

Datasäädöksen datanjakosopimusten kilpailuoikeudellinen tulkinta ja sopimusmenettelyn ongelmien ratkaiseminen

OTMU2461-1003 Immateriaalioikeudet ja informaation muu sääntely
Tutkielma

Laatija:
Lenni Lassila

10.10.2024

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

Tutkielma

Oppiaine: Oikeustiede

Tekijä: Lenni Lassila

Otsikko: Datasäädöksen datanjakosopimusten kilpailuoikeudellinen tulkinta ja sopimusmenettelyn ongelmien ratkaiseminen

Ohjaajat: Tuomas Mylly, Heidi Härkönen

Sivumäärä: 77 sivua

Päivämäärä: 10.10.2024

Euroopan unioni (EU) on säätänyt uuden asetuksen, datasäädöksen, joka on tullut voimaan vuoden 2023 lopussa. Datasäädös sääntelee erityisesti verkkoon kytkettyjen laitteiden tuottaman sensoridatan saatavuutta. Laitteen käyttäjän valtuuttamana sensoridatan haltijalla on velvollisuus jakaa käyttäjän tuottaman datan kolmannelle osapuolella. Jakaminen tulee tapahtua kohtuullisin, oikeudenmukaisin ja syrjimättömin ehdoin. Datan siirtämisestä saa periä vastaanottajalta siirtämisen kustannukset ja kohtuullisen marginaalin. Tutkielma keskittyy kolmannen osapuolen ja datan haltijan väliseen sopimussuhteeseen. Metodologialta tutkielmani on oikeustaloustieteellinen. Tulkitsen ja systematisoin olemassa olevia normeja datasäädöksen näkökulmasta. Teen myös suosituksia siitä, miten datasäädöksen mekanismit tulisi järjestää. Vahvistan oikeudellista argumentaatiota taloustieteen näkemyksien avulla. Taloustieteen osalta tutkimusmenetelmä on kirjallisuuskatsaus.

Datan käyttöä on datasäädöksessä useilla tavoilla rajoitettu. Keskeisenä kieltona jaettua dataa ei saa käyttää kilpailevan älylaitteen valmistamiseen. Kilpailukielto koskee laitteita, jotka kilpailevat samoilla markkinoilla älylaitteen kanssa, josta data on jaettu. Markkinat määritellään vakiintuneiden EU:n kilpailuoikeuden tulkintojen perusteella. Käyn läpi tutkielmassa EU:n kilpailuoikeuden tulkintoja, ja tutkin miltä osin ne soveltuvat datasäädöksen tavoitteiden kannalta, ettei kilpailua liikaa rajoiteta. Perinteisiä kilpailuoikeudellisia tulkintoja markkinoiden määrittämisestä voidaan seurata normaalisti. Ainoastaan markkinajärjestelmän käsite tulisi hylätä datasäädöksen osalta. Siinä kaksi toisiinsa liittyvää markkinaa katsotaan yhdeksi markkinaksi. Todennäköisesti juuri näillä liitännäisillä markkinoilla hyödyttäisi yhteiskuntaa eniten kilpailu. Lisäksi säädöksen tilanne ei voi muodostaa ikuista kilpailukieltoa.

Datanjakosopimuksien osalta tutkitaan ongelmia, jotka voivat syntyä avoimista kysymyksistä ehdoissa ja hinnan muodostumisessa. Kahtena pääjakolinjana on hintaperusteiset sekä ehtoperusteiset ongelmat, kuten datan jakamisen tekniset kustannukset ja liikesalaisuudet. Liikesalaisuuksien osalta esitellään vain keskeisiä näkökulmia. Ongelmien estämiseksi esitin kahta mekanismia, jotka tulisi tuoda säädökseen. Ensimmäisenä EU:n komission tulisi määrittää formaali tarjous-vastatarjous-mekanismi. Toisena tekniset kulut tulisi tasata ostajien kesken arvioimalla kysyntää ja jakamalla arvioihin perustuen tekniset kustannukset. Vaihtoehtoisesti voitaisiin luoda kulujen tasausjärjestelmä. Lisäksi haltijan tulisi tarjota aina halvinta turvallista jakotapaa teknisten kustannusten minimoimiseksi. Perustelin myös mekanismien tarvetta datamarkkinoihin ja dataan liittyvällä taloustieteellisillä näkemyksillä, joissa erityisesti painotettiin sopimusjärjestelmää. Datasäädös voi toteuttaa tavoitteet, kunhan komissio laatii tarkat sekä selkeät mallisopimusehdot, ja lisäksi muutoksenhakumenettely järjestetään tehokkaasti.

Avainsanat: datasäädös, markkinoiden määrittäminen, *hold-up*-ongelma, FRAND-neuvottelumenettely, FRAND-ehdot

Sisällys

Datasäädöksen datanjakosopimusten kilpailuoikeudellinen tulkinta ja sopimusmenettelyn ongelmien ratkaiseminen	I
Lähteet.....	V
Lyhenteet.....	XVII
1 Johdanto.....	1
1.1 Motivaatio ja uusi asetus	1
1.2 Tutkimuskysymys, rajaukset ja metodologia.....	3
2 Datan ominaisuudet ja niiden taloustieteellinen tulkinta	6
2.1 Data ja epäsymmetrisen informaation markkinat	6
2.2 Datan myynnin perusmalli, sekä teoreettisia ja empiirisiä näkökulmia epäsymmetrisen informaation markkinoista.....	9
2.3 Hinnoittelusta	13
2.3.1 <i>Cost plus</i> -hinnoittelumekanismi.....	13
2.3.2 Muita informaatiohyödykkeiden hinnoittelumekanismeja	18
3 Markkinoiden määrittely ja sen vaikutukset datasäädökseen	22
3.1 Markkinoiden määrittelyn lähtökohdat	22
3.2 Markkinamäärityksen taloustieteellinen perusta	25
3.2.1 Keskeiset kvantitatiiviset menetelmät.....	25
3.2.2 Ristijousto ja markkinavoima	29
3.3 Markkinamäärityksen juridinen arviointi	32
3.3.1 Tuotemarkkinat	32
3.3.2 Vertikaaliset ketjut.....	37
3.3.3 Maantieteelliset markkinat	42
3.4 Mahdollinen kilpailukiello ja kokoavat näkökohdat.....	46
3.4.1 Kilpailukiello	46
3.4.2 Markkinamäärityksen kokoavat näkökohdat ja keskeiset tulkinnat	51
4 Kohtuullisuuden tulkinta <i>hold-up</i>-ongelmana.....	54
4.1 FRAND-ehdot ja standardipatenttijärjestelmä.....	54
4.1.1 Lähtökohdat	54
4.1.2 Puhdas <i>hold-up</i> ja opportunisti	56

4.2 Mistä <i>hold-up</i>-tilanteet syntyvät datasäädöksen tapauksessa?	58
4.2.1 Liikesalaisuuksien käyttö	58
4.2.2 Hintaan liittyvä <i>hold-up</i> ja syrjimättömyys eli FRAND-ehtojen ND-osa	60
4.2.3 <i>Hold-up</i> ja kilpailuoikeudellinen kohtuuton hinnoittelu	64
4.3 FRAND-neuvottelumenettely ja datasäädöksen oikeusturva.....	67
4.3.1 FRAND-neuvottelumenettelyt.....	67
4.3.2 Kuinka datasäädöksen neuvottelut tulisi järjestää?.....	69
5 Johtopäätökset	72

Lähteet

Kirjallisuus

- Angrist, Joshua – Pischke, Jörn-Steffen, *Mostly Harmless Econometrics An Empiricist's Companion*. Princeton University Press 2008.
- Akerlof, George, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics* 84 (3) 1970, s. 488-500.
- Aplin, Tanya – Radauer, Alfred – Bader, Martin – Searle, Nicola, The Role of EU Trade Secrets Law in the Data Economy: An Empirical Analysis. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 54 2023, s. 826–858.
- Arkhangelsky, Dmitry – Athey, Susan – Hirshberg, David – Imbens, Guido – Wager, Stefam Synthetic Difference-in-Differences. *American Economic review* 111 (12) 2021, s. 4088–4118.
- Aron, Debra – Burnstein, David, Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy. *Journal of Competition Law & Economics* 4 (4) 2010, s. 973–994.
- Arrow, Kenneth, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, s. 609–626 teoksessa *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*. Princeton University Press 1962.
- Banasevic, Nicholas – Bobowiec, Zuzanna, SEP-Based Injunctions: How Much Has the *Huawei v ZTE* Judgment Achieved in Practice? *Journal of European Competition Law & Practice* 14 (2) 2023, s. 121–133.
- Bergemann, Dirk – Bonatti, Alessandro – Smolin, Alex, The Design and Price of Information. *American Economic Review* 108 (1) 2018, s. 1–48.
- Borghetti, Jean-Sebastian – Nikolic, Igor – Petit, Nicolas, FRAND licensing levels under EU law. *European Competition Journal* 17 (2) 2021, s. 205–268.
- Bresnahan, Timothy, Empirical Studies of Industries with Market Power, s. 1011–1057 teoksessa Schmalensee, Richard – Willig, Robert. (ed.), *Handbook of Industrial Organization, Volume 2*. New Holland 1989.
- Brittain, Stephen, Justifying the Teleological Methodology of the European Court of Justice: A Rebuttal. *Irish Jurist* 22 2016, s. 134–165.
- Brooks, Roger – Geradin, Damien, Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment, s. 52–77 teoksessa Jakobs, Kai. (ed.), *Innovations in Organizational IT Specification and Standards Development*. IGI Global 2013.

- Calzolari, Giacomo – Cheysson, Anatole – Rovatti, Riccardo, Machine Data: Market and Analytics. SSRN 2023. (<https://ssrn.com/abstract=4335116>, Luettu 28.08.2024).
- Carlton, Dennis – Shampine, Allan, An Economic Interpretation of FRAND. *Journal of Competition Law & Economics* 9 (3) 2013, s. 531–552.
- Chone, Philippe – Linnemer, Laurent – Verge, Thibaud, Double Marginalization, Market Foreclosure, and Vertical Integration. *Journal of the European Economic Association* 22 (4) 2024, s. 1884–1935.
- Coate, Malcolm – Fischer, Jeffrey, A Practical Guide to Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. *Journal of Competition Law & Economics* 4 (4) 2008, s. 1031–1063.
- Contreras, Jorge, Global Rate Setting: A Solution for Standards-Essential Patents. *Washington Law Review* 94 (2) 2019, s. 701–758. (Contreras 2019a)
- Contreras, Jorge, Ado About Hold-Up. *University of Illinois Law Review* 2019 (3) 2019, s. 875–906. (Contreras 2019b)
- Cooter, Robert – Ulen, Thomas, *Law & Economics*. Sixth edition. Pearson Education International 2012.
- Cunningham, Scott, *Causal Inference: The Mixtape*. Yale University Press 2021.
- Curtis, Douglas – Irvine, Ian, *Microeconomics: Markets, Methods & Model*. Luryx 2015.
- Delbaen, Freddy – Schachermayer, Walter, *The Mathematics of Arbitrage*. Springer 2006.
- Dornis, Tim, Standard-Essential Patents and FRAND Licensing—At the Crossroads of Economic Theory and Legal Practice. *Journal of European Competition Law & Practice* 11 (10) 2020, s. 575–591.
- Drexl, Josef, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access. *Journal of International Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 8 (4) 2017, s. 257–292.
- Drexl, Josef – Banda, Carolina – Otero, Begoña González – Hoffmann, Jörg – Kim, Daria – Kulhari, Shraddha – Moscon, Valentina – Richter, Heiko – Wiedemann, Klaus, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission’s Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonised rules on fair access to and

- use of data (Data Act). Max Planck Institute for Innovation and Competition. (Max Planck Position Statement 2022)
- Dulleck, Uwe – Kerschbamer, Rudolf, On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods. *Journal of Economic Literature* (44) 2006, s. 5–42.
- Duch-Brown, Nestor – Martens, Bertin – Müller-Langer, Frank, The economics of ownership, access and trade in digital data. JRC Digital economy working paper. European Commission 2017.
- Eckardt, Matina – Kerber, Wolfgang, Designing the Bundle of Rights on IoT Data: The EU Data Act, s. 3–22 teoksessa Sattler, Andreas – Zech, Herbert. (ed.), *The Data Act: First Assessments*. Universität Trier und dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier 2024. (Eckardt – Kerber 2024a)
- Eckardt, Matina – Kerber, Wolfgang, Property rights theory, bundles of rights on IoT data, and the EU Data Act. *European Journal of Law and Economics* 57 2024, s. 113–143. (Eckardt – Kerber 2024b)
- Elhauge, Einer, Do Patent Holdup and Royalty Stacking Lead to Systematically Excessive Royalties? *Journal of Competition Law & Economics* 4 (3) 2008, s. 535–570.
- Elizalde, Javier, Market definition with differentiated products: a spatial competition application. *European Journal of Law and Economics* 36 (3) 2013, s. 471–521.
- Elzinga, Kenneth – Mills, David, The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses. *American Economic Review* 101 (3) 2011, s. 558–564.
- Ezrachi, Ariel, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*. Hart Publishing 2018.
- Farrell, Joseph – Hayes, John – Shapiro, Carl – Sullivan, Theresa, Standard Setting, Patents, and Hold-Up. *Antitrust Law Journal* 74 2007, s. 603–670.
- Ferro, Miguel Sousa, *Market definition in EU competition law*. Edward Elgar Publishing. 2019.
- Furse, Mark, Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition. *European Competition Journal* 4 (1) 2008, s. 59–83.
- Filistrucchi, Lapo – Geradin, Damien – van Damme, Eric – Affeldt, Pauline, Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law & Economics* 10 (2) 2014, s. 293–339.

- Gabison, Garry, A Two-Dimensional Approach to Non-Discrimination Terms in FRAND Licensing Agreements. *Boston University Journal of Science & Technology Law* 24 2018, s. 100–136.
- Gal, Michal, Abuse of Dominance – Exploitative Abuses, s. 385–422 teoksessa Lianos, Ioannis – Geradin, Damien. (ed.), *Handbook on European Competition Law*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Ghafele, Roya – Schmitz, Jan, Economic Perspectives on FRAND. *Journal of European Competition Law & Practice* 11 (1–2) 2020, s. 90–94.
- Gilbert, Richard, Deal or No Deal? Licensing Negotiations in Standard-Setting Organizations. *Antitrust Law Journal* 77 (3) 2011, s. 855–888.
- Glasner, David – Sullivan, Sean, The Logic of Market Definition. *Antitrust Law Journal* 83 (2) 2020, s. 293–345.
- Graux, Hans – Somers, Gert – Van Camp, Stefan – Morel, Sophie – Herrera, Facunda – Maridis, George – Di Giacomo, Debora – Vassot, Solene, Study on model contract terms and fairness control in data sharing and in cloud contracts and on data access rights. European Commission Directorate-General for Justice and Consumers 2022. (Study on model contracts 2022)
- Heim, Mathew – Nikolic, Igor, A FRAND Regime for Dominant Digital Platforms. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 10 (1) 2019, s. 38–55.
- Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisu 17, Helsinki 2011. (<http://hdl.handle.net/10138/225264> Luettu 07.10.2024).
- Höcük, Seyit – Martens, Bertin – Prufer, Patricia – Carballa Smichowski, Bruno – Duch-Brown, Néstor – Kumar, Pradeep – Mulder, Joris, Economies of Scope in Data Aggregation: Evidence from Health Data. SSRN TILEC Discussion Paper 020 2022. (<https://ssrn.com/abstract=4338447>, Luettu 28.08.2024).
- Jones, Alison – Lovdahl-Gormssen, Liza, Abuse of dominance: exclusionary pricing abuses s. 385–422 teoksessa Lianos, Ioannis – Geradin, Damien. (ed.), *Handbook on European Competition Law*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Jones, Charles – Tonetti, Christopher, Nonrivalry and the Economics of Data. *American Economic Review* 110 (9) 2020, s. 2819–2858.

- Jost, Peter – Reik, Steffen – Ressi, Anne, The information paradox in a monopolist's credence goods market. *International Journal of Industrial Organization* (75) 2021, s. 1–13.
- Kaplow, Luis, Why (Ever) Define Markets? *Harvard Law Review* 124 2010, s. 437–517.
- Kaplow, Luis, Market Definition Alchemy. *The Antitrust Bulletin* 57 (4) 2012, s. 915–952.
- Katz, Michael – Shapiro, Carl, Critical Loss: Let's Tell the Whole Story. *Antitrust* 17 (2) 2003, s. 49–66.
- Kerber, Wolfgang, Data Act and Competition: An Ambivalent Relationship. Forthcoming in: *Concurrences* 1/2023 2022. (<https://ssrn.com/abstract=4342488>, Luettu 07.10.2024). (Kerber 2022a)
- Kerber, Wolfgang, Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not fulfill its objectives. SSRN 2022. (<https://ssrn.com/abstract=4080436>, Luettu 24.08.2024). (Kerber 2022b)
- Kerber, Wolfgang, EU Data Act: Will New User Access and Sharing Rights on IoT Data Help Competition and Innovation? *Journal of Antitrust Enforcement* 12 (2) 2024, s. 234–240.
- Kieff, Scott – Layne-Farrar, Anne, Incentive Effects from Different Approaches to Holdup Mitigation Surrounding Patent Remedies and Standard-Setting Organizations. *Journal of Competition Law and Economics* 9 (4) 2013, s. 1091–1124.
- Lawrance, Sophie – Brooks, Francion – Batsford, James, *Unwired Planet v Huawei, Conversant v Huawei & ZTE*: UK Supreme Court confirms Global FRAND licensing. *Journal of European Competition Law & Practice* 11 (9) 2020, s. 516–523.
- Lemley, Mark – Shapiro, Carl, Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review* 85 2007, s. 1991–2049.
- List, John, The Behavioralist Meets the Market: Measuring Social Preferences and Reputation Effects in Actual Transactions. *Journal of Political Economy* 114 (1) 2006, s. 1–37.
- Mandrescue, Daniel, Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases. *Journal of Antitrust Enforcement* 10 2022, s. 469–517.

- Mariniello, Mario, Fair Reasonable and Non-discriminatory (FRAND) Terms: a Challenge for Competition Authorities. *Journal of Competition Law and Economics* 7 (3) 2011, s. 523–541.
- Martimot, David – Piccolo, Salvatore, Resale price maintenance under asymmetric information. *International Journal of Industrial Organization* (25) 2007, s. 315–339.
- Marshal, Ronald – Jacobs, Red, Cost-Plus Pricing. SSRN 2016. (<https://ssrn.com/abstract=3141407>, Luettu 12.12.2023).
- Martens, Bertin – de Streeck, Alexandre – Graef, Inge – Tombal, Thomas – Duch-Brown, Nestor, Business-to-Business data sharing: An economic and legal analysis. JRC Digital economy working paper. European Commission 2020.
- Martens, Bertin, Pro- and Anti-Competitive Provision in the Proposed European Union Data Act. Working Paper Bruegel 2023.
- Mehta, Sameer – Dawande, Milind – Janakiraman, Ganesh – Mookerjee, Vijay, How to Sell a Data Set? Pricing Policies for Data Monetization. *Information System Research* 32 (4) 2021, s. 1281–1297.
- Metzger, Axel – Schweitzer, Heike, Shaping Markets: A Critical Evaluation of the Draft Data Act. SSRN 2022. (<https://ssrn.com/abstract=4222376>, Luettu 07.10.2024).
- Metzger, Axel, Contracts under the Data Act: Review of standard terms and FRAND Conditions, s. 67–81 teoksessa Sattler, Andreas – Zech, Herbert. (ed.), *The Data Act: First Assessments*. Universität Trier und dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier 2024.
- Monti, Giorgio – Tombal, Thomas – Graef, Inge, Study for developing criteria for assessing “reasonable compensation” in the case of statutory data access right. Study for the European Commission Directorate-General Justice and Consumers 2022.
- Myerson, Roger, Optimal Auction Design. *Mathematics of Operations Research* 6 (1) 1981, s. 58–73.
- Mylly, Tuomas, Intellectual property and European economic constitutional law: the trouble with private informational power. IPR University Center 2009.
- Mylly, Ulla-Maija, Trade Secrets and the Data Act. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 55 2024, s. 368–393.

- Nazzini, Renato, Abuse of dominance: exclusionary non-pricing abuses, s. 473–515 teoksessa Lianos, Ioannis – Geradin, Damien. (ed.), Handbook on European Competition Law. Edward Elgar Publishing 2013.
- Niedermaier, Tilman – Picht, Peter, FRAND Dispute Resolution under the Data Act and the SEP Regulation. SSRN 2023. (<https://ssrn.com/abstract=4447930>, Luettu 26.08.2024).
- Nordberg, Ana, Trade secrets, big data and artificial intelligence innovation: a legal oxymoron?, s. 192–218 teoksessa Schovsbo, Jens – Minssen, Timo – Riis, Thomas. (ed.), The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU: An Appraisal of the EU Directive. Edward Elgar Publishing Limited 2020.
- Pila, Justin – Wadlow, Christopher, The Unitary EU Patent System. Bloomsbury Publishing 2015.
- Putnam, Jonathan, Economic Determinations In “FRAND Rate” -Setting: A Guide For The Perplexed. Fordham International Law Journal 41 2018, s. 953–1016.
- Raad, James – Sharma, Abhinav – Nicolau, Juan Luis, Performance effects of innovation in two-sided markets: The paradigmatic case of OTAs. Tourism Management 94 2023, s. 1–8.
- Ramello, Giovanni, The past, present and future of comparative law and economics, s. 3–22 teoksessa Eisenberg, Theodore – Ramello, Giovanni. (ed.), Comparative Law and Economics. Edward Elgar Publishing 2016.
- Rothschild, Michael – Stiglitz, Joseph, Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. The Quarterly Journal of Economics 90 (4) 1976, s. 629–649.
- Saint-Antoine, Paul – Trego, Garrett, Solutions to Patent Hold-up beyond FRAND: An SOS to SSOs. The Antitrust Bulletin 59 (2) 2014, s. 183–220.
- Sandeen, Sharon – Rademacher, Christoph – Ohly, Ansgar, Research handbook on information law and governance. Edward Elgar Publishing 2021.
- Schaer, Gene, The Cellophane Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers. The Yale Law Journal 94 (3) 1985, s. 670–693.
- Scheffman, David – Coate, Malcolm – Silvia, Louis, Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: an Economic Perspective. Antitrust Law Journal 71 (1) 2003, s. 277–318.

- Schmitz, Patrick, Contracting under adverse selection: Certifiable vs. uncertifiable information. *Journal of Economic Behavior and Organization* 182 2021, s. 100–112.
- Sidak, Gregory, The Meaning of FRAND, Part I: Royalties. *Journal of Competition Law & Economics* 9 (4) 2013, s. 931–1055.
- Sidak, Gregory, Negotiating FRAND Licenses in Good Faith. *The Criterion Journal of Innovation* 5 2020, s. 1–27.
- Stocking, George – Mueller, Willard, THE CELLOPHANE CASE AND THE NEW COMPETITION. *The American Economic review* 42 (1) 1955, s. 29–63.
- Sundararajan, Arun, Nonlinear Pricing of Information Goods. *Management Science* 50 (112) 2004, s. 1660–1673.
- Tang, Yaojia – Tang, Chunhui, Injunctive Relief under Anti-monopoly Law for the Holders of SEPs. *GRUR International* 69 (5) 2020, s. 474–488.
- Tian, Yingjie – Ding, Yurong – Fu, Saiji – Liu, Dalian, Data Boundary and Data Pricing Based on the Shapley Value. *IEEE* 10 2022, s. 14288–14300.
- Tirole, Jean, *The Theory of Industrial Organization*. The MIT Press 2001.
- Tsilikas, Haris, *Antitrust Enforcement and Standard Essential Patents*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. 2017.
- Van Bael, Ivo – Bellis, Jean-François, *Competition law of the European Community*. Fifth edition. Kluwer Law International 2010.
- Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*. Eight edition. W.W. Norton & Company 2010.
- Vassallo, Andrew, Can One (Ever) Accurately Define Markets? *Journal of Competition Law & Economics* 13 (2) 2017, s. 261–280.
- Werden, Gregory, Beyond Critical Loss: Tailoring Applications of the Hypothetical Monopolist Paradigm. U.S. Dep't of Justice Antitrust Division Economic Analysis Group Discussion Paper No. 2-9, 2002.
- Werden, Gregory, Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow. *Antitrust Law Journal* 78 (3) 2013, s. 729–746.
- Werden, Gregory, The Hypothetical Monopolist Test in Sysco: A Litigation Muddle Needing Analytical Clarity. *Journal of Competition Law & Economics* 12 (2) 2016, s. 341–350.
- Werden, Gregory – Froeb, Luke, Why Patent Hold-Up Does Not Violate Antitrust Law. *Texas Intellectual Property Law Journal* 27 2019, s. 1–29.

Whish, Richard – Bailey, David, Competition law. Eight edition. Oxford University Press 2015.

Williamson, Oliver E., The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting. The Free Press 1985.

Zavolokina, Liudmila – Schlegel, Manuel – Schwabe, Gerhard, How can we reduce information asymmetries and enhance trust in ‘The Market for Lemons’? Information Systems and e-Business Management (19) 2021, s. 883–908.

Virallislähteet

European Parliament Briefing, March 2017, The EU as a community of law Overview of the role of law in the Union. (Euroopan parlamentin tiedotus)

Komission tiedonanto, 97/C 372/03, merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. (vanha tiedonanto markkinoiden määrittämisestä)

Komission tiedonanto 2011/C 11/01. Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamiselle horisontaalisiin yhteistyösopimuksiin. (horisontaalit suuntaviivat)

Komission tiedonanto 2022/C 248/01. Vertikaalisia rajoituksia koskevat suuntaviivat COM(2022) 66 final, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealla ja aleuiden komitealla, Euroopan datastrategia. (Euroopan datastrategia)

COM(2022) 68 final, Ehdotus EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON ASETUS datan oikeudenmukaista saatavuutta ja käyttöä koskevista yhdenmukaisista säännöistä. (datasäädösehdotus)

SWD(2022), Commission Staff Working document Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act). (datasäädös vaikutustenarviointiraportti)

Komission asetus (EU) 2023/1066 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten tiettyihin ryhmiin. (ryhmäpoikkeusasetus)

Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2023/2854, annettu 13 päivänä joulukuuta 2023, datan oikeudenmukaista saatavuutta ja käyttöä koskevista

yhdenmukaisista säännöistä ja asetuksen (EU) 2017/2394 ja direktiivin (EU) 2020/1828 muuttamisesta. (datasäädös)

Komission tiedonanto, C/2024/1645, merkityksellisten markkinoiden määritelmästä unionin kilpailuoikeuden kannalta. (uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä)

Internetlähteet

Back to Basics – What are economic models?

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2011/06/basics.htm> (Luettu 01.10.2024).

Core-Economics sanasto. <https://www.core-econ.org/the-economy/v1/book/fi/text/50-02-glossary.html> (Luettu 7.9.2024).

Court presentation. <https://unified-patent-court.org/en/court/presentation> (Luettu 22.08.2024).

Default Premium: What it Means, How it Works.

<https://www.investopedia.com/terms/d/defaultpremium.asp> (Luettu 07.10.2024).

Intellectual Property Rights. <https://www.etsi.org/intellectual-property-rights> (Luettu 23.08.2024).

Price Elasticity of Demand Meaning, Types, and Factors That Impact It.

<https://www.investopedia.com/terms/p/priceelasticity.asp> (Luettu 17.07.2024).

Unitary patent. <https://www.epo.org/en/applying/european/unitary/unitary-patent> (Luettu 22.08.2024).

Understanding Patent Issues During IEEE Standards Development.

<https://standards.ieee.org/wp-content/uploads/import/documents/other/patents.pdf> (Luettu 23.08.2024).

Types of Consumer Goods That Show the Price Elasticity of Demand.

<https://www.investopedia.com/ask/answers/012615/what-types-consumer-goods-demonstrate-price-elasticity-demand.asp> (Luettu 12.05.2024).

Shaping Europe's digital future, Data Act. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-act> (Luettu 07.10.2023).

Secure personal data. https://www.edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/secure-personal-data_en#toc-2 (Luettu 05.05.2024).

Oikeustapaukset

Euroopan unionin Tuomioistuimen ratkaisut

Tuomio 21.02.1973. Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc.

v. komissio C-6/72, EU:C:1973:22.

Tuomio 13.11.1975, General Motors Continental NV v. komissio, C-26/75,

EU:C:1975:150.

Tuomio 14.02.1978. United Brands Company ja United Brands Continental BV v.

komissio, C-27/76, EU:C:1978:22.

Tuomio 13.02.1979. Hoffman-La Roche & Co. AG v. komissio, C-85/76,

EU:C:1979:36.

Tuomio 31.05.1979. Hugin Kassaregister AB ja Hugin Cash Registers Ltd v.

komissio, C-22/78, EU:C:1979:138.

Tuomio 09.11.1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. komissio, C-

322/81, EU:C:1983:313.

Tuomio 15.03.2007. British Airways plc v. komissio, C-95/04 P, EU:C:2007:166.

Tuomio 02.04.2009. France Télécom SA v. komissio, C-202/07 P, EU:C:2009:214.

Tuomio 16.07.2015. Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. ja ZTE Deutschland

GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477.

Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisut

Tuomio 12.12.1991. Hilti Ag v. komissio, T-30/89, EU:T:1991:70.

Tuomio 15.12.2010. Confédération européenne des associations d'horlogers-

réparateurs (CEAHR) v. komissio, T-427/08, EU:T:2010:517.

Tuomio 29.03.2012. Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA v. komissio, T-

336/07, EU:T:2012:172.

Tuomio 05.10.2020. HeidelbergCement AG ja Schwenk Zement KG v. komissio, T-

380/17, EU:T:2020:471.

Euroopan unionin komission päätökset

Päätös 23.7.2004, Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg, A.36.568/D3.

Päätös 23.7.2004, Sundbusserne v. Port of Helsingborg, A.36.570/D3.

Päätös 03.05.2005. Bertelsmann / Springer, M.3178.

Päätös 10.07.2008. Confédération européenne des associations d'horlogers-

réparateurs (CEAHR), AT.39097.

Päätös 22.11.2012. Glencore / Xstrata, M.6541.

Päätös 03.10.2014. Chiquita Brands International / Fyffes M.7220.

Päätös 08.08.2015. General Electric / Alstom, M.7278.

Päätös 27.06.2017. Google Search (Shopping), AT.39740.

Päätös 27.02.2020. Assa Abloy / Acta Record M.9408.

Päätös 14.04.2021. Schwarz Group / Suez Waste Management companies,
M.10047.

Muut oikeudet

Tuomio 11.06.1956. United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377.

Tuomio 06.05.2009. Orange-Book-Standard. Bundesgerichthof, KZR 39/06.

Tuomio 29.06.2015. Sysco Corporation, USF Holding Corp. ja US Foods, Inc. v.
Federal Trade Commission, District of Columbia, 141 0067.

Lyhenteet

API	ohjelmistorajapinta (engl. application programming interface)
BA	British Airways
CEAHR	Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs
CLA	kriittisten menetysten analyysi (engl. Critical Loss Analysis)
DA	Datasäädös, Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2023/2854, annettu 13 päivänä joulukuuta 2023, datan oikeudenmukaista saatavuutta ja käyttöä koskevista yhdenmukaisista säännöistä ja asetuksen (EU) 2017/2394 ja direktiivin (EU) 2020/1828 muuttamisesta
DID	ero eroissa (engl. difference-in-differences)
DMA	digimarkkinasäädös, Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2022/1925, annettu 14 päivänä syyskuuta 2022, kilpailullisista ja oikeudenmukaisista markkinoista digitaalialalla ja direktiivien (EU) 2019/1937 ja (EU) 2020/1828 muuttamisesta
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUYT	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin
FRAND	oikeudenmukainen, kohtuullinen ja syrjimätön (engl. fair, reasonable and non-discriminatory)
FT	France Telecom SA
GDPR	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta, yleinen tietosuoja-asetus (engl. General Data Protection Regulation).
HLR	Hoffman La Roche

IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers
IoT	esineiden Interneti (engl. Internet of Things)
NBIM	Nederlandesche Banden Industrie Michelin.
ND	syrjimätön (engl. non-discriminatory)
Pk-yritykset	mikro-, pienet- ja keskikokoiset yritykset
RAND	kohtuullinen ja syrjimätön (engl. reasonable and non-discriminatory)
RPA	ryhmäpoikkeusasetus
SEUT	sopimus Euroopan unionin toiminnasta.
SSNIP-testi	pieni merkittävä ei siirrettävä hintojen korotus testi (engl. Small Significant Non-transitory Increase in Price Test)
TK	tutkimus ja kehitys
TOM	tekniset ja organisatoriset keinot (eng. technical and organizational measures)
UB	United Brands
UK	Yhdistyneet Kuningaskunnat
UPC	yhdistetty patenttitoimioistuin (eng. Unified Patent Court)
2BT	kaksi-blokkinen-tariffi (engl. two block tariff)
2PT	kaksiosainen tariffi (engl. two part tariff)

1 Johdanto

1.1 Motivaatio ja uusi asetus

Euroopan unionin (EU) komissio on alkuvuodesta 2022 tehnyt ehdotuksen datan oikeudenmukaista saatavuutta ja käyttöä koskevista yhdenmukaisista säännöistä, lyhyemmin datasäädös (DA). Datasäädös astui voimaan viimeisen neuvottelukierroksen jälkeen vuoden 2023 lopussa. Datasäädös on tärkeä osa EU:n strategioita sekä vihreässä siirtymässä että digitaalisen talouden kehittämisessä.¹ Digitaalisen talouden kehittämiseksi komissio on laatinut helmikuussa 2020 datastrategian. Strategian tarkoitus on pääasiassa helpottaa datan liikkumista talousjärjestelmän läpi, helpottaa liitännäissääntelyjen, kuten tietosuojan ja kyberturvallisuuden noudattamista, sekä selkeyttää sääntöjä eri toimijoiden välillä.²

Datasäädöksen tarkoitus on helpottaa yllä mainittujen tavoitteiden toteutumista horisontaalilla tasolla. Datasäädöksen tärkeimpiä tavoitteita ovat: datan jakaminen eri toimialojen välillä, viranomaisten pääsy dataan sekä palveluiden vaihtaminen eri digitaalisten alustojen välillä. Oikeudellisista tavoitteista tärkeimpiä ovat osapuolten sopimussuhteiden vakiintuminen sekä kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta sopimustahojen neuvotteluvoiman tasapainottaminen.³ Tavoitteiden perusteella voi helposti vetää johtopäätöksen, että kyseessä on yksi merkittävimmistä säädöksistä datasääntelyn alalla. Muutenkin digitaalista taloutta koskevan sääntelyn määrä on kasvanut huimaa vauhtia viime vuosina. Kehitys on ollut niin voimakasta, että on alettu jo joissakin yhteyksissä puhumaan informaatio-sääntelystä omana oikeudenalana.⁴

Datasäädöksen tarkoitus on säännellä erityisesti esineiden Internetissä (IoT) tuotettua dataa. Säädöksen alaisiksi esineiksi määritetään kaikki esineet, jotka ovat yhteydessä Internetiin. Säädöksen soveltamisen ulkopuolelle on rajattu DA 2(1)(5):n kohdan perusteella laitteet, joiden pääasiallinen toiminto on datan tallennus, käsittely tai siirto käyttäjän puolesta, esim. älypuhelimet ja tietokoneet⁵. Laitteilla tuotetun datan määritelmä on myös laaja. Tiivistetysti dataksi on määritelty kaikki laitteen käytön perusteella tuotettu informaatio, mukaan lukien

¹ Shaping Europe's digital future, Data Act.

² Euroopan datastrategia, s. 4–5.

³ Shaping Europe's digital future, Data Act.

⁴ Sandeen – Rademacher – Ohly 2021, s. IX (introduction).

⁵ Datasäädös johdanto-osa, kohdat 14–15.

kuva- ja äänitallenteet. Määritelmien takia säädöksen soveltamisala on erittäin laaja ja koskee lähes kaikkia sektoreita.⁶ Datasäädöksen keskiössä on kolmikantatilanne, jossa osapuolina ovat: datan haltija (tuotteen valmistaja), käyttäjä (tuotteen ostaja) sekä kolmas osapuoli. Datasäädöksen 5(1):n perusteella laitteen käyttäjä tai tämän edustaja voi vaatia, että datan haltija asettaa datan kolmannen osapuolen saataville. Pyynnöstä ei saa aiheutua kuluja käyttäjälle. Tutkielma tulee keskittymään datan haltijan ja kolmannen osapuolen väliseen interaktioon.

Kolmannella dataa vastaanottavalla osapuolella on paljon velvollisuuksia. Kolmas osapuoli ei saa artiklojen 5 ja 6 perusteella: käyttää hyväksi datan haltijan haavoittuvuuksia infrastruktuurissa, tehdä yleisen tietosuoja-asetuksen (GDPR) 4 artiklassa mainittua profilointia, välittää käsittelemätöntä dataa muille osapuolille ilman käyttäjän kanssa tehtyä sopimusta tai käyttää dataa kilpailevan IoT-laitteen kehittämiseksi. Datan haltijan velvollisuus on taas olla vaatimatta muita kuin tarpeellisia tietoja datan vastaanottajalta ja pidättäytyä tarjoamasta dataa digimarkkinasäädöksessä⁷ määritellyille portinvartijoille. Varsinaista transaktiota koskevat velvoitteet ovat säädöksen 8 ja 9 artikloissa, jossa tiivistetysti määrätään datan haltijan tarjoamaan dataa oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin (FRAND) ehdoin⁸, sekä korvauksen datasta tulee olla kohtuullinen. Molemmille osapuolille on vielä paljon muitakin velvoitteita, mutta nämä ovat tutkielman kannalta tärkeimmät velvoitteet. Muut velvoitteet ovat DA:n luvuissa II-IV. Vielä erillisenä tulee mainita liikesalaisuuksien vaikutus sopimussuhteeseen. Liikesalaisuuksien osalta DA 8(6):ssa on määrätty, että liikesalaisuuksia tarvitsee ilmaista vain siltä osin, mitä 6 artiklan datan jakaminen vaatii. Tästä voivat datan haltija ja vastaanottaja sopia. Liikesalaisuuksien suoja ei estä siis jakamista lain tasolla, mutta datan haltijalla on oikeus ryhtyä toimenpiteisiin siltä osin, ettei liikesalaisuudet paljastuisi.

Mikro-, pienten- ja keskikokoisten yritysten (pk-yritykset) osalta on rajoitettu säädöksen soveltamista. DA 7(1):n perusteella säädöksen datan jakovelvoitteita ei sovelleta pk-yrityksiin,

⁶ Datasäädös johdanto-osa kappale 17.

⁷ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) 2022/1925, kilpailullisista ja oikeudenmukaisista markkinoista digitaalialalla ja direktiivien (EU) 2019/1937 ja (EU) 2020/1828 muuttamisesta (digimarkkinasäädös lyhyemmin DMA).

⁸ FRAND-ehdot. Näitä kolmea kriteeriä, *oikeudenmukainen, kohtuullinen ja syrjimätön*, käytetään paljon muuallakin dataa koskevassa sääntelyssä. Irrallisena huomiona datan hintaa koskevassa DA 9 artiklassa puhutaan reilusta ja syrjimättömistä ehdoista (RAND). Käytännössä RAND- ja FRAND-ehdot tarkoittavat samaa asiaa ja riippuen kontekstissa käytetään jompaakumpaa. Yksinkertaisuuden takia tutkielmassa käytetään vain FRAND-termiä, eikä oikeudellisen tulkinnan kannalta ole merkitystä, millä nimellä reilua ehtokokonaisuutta kutsutaan.

kun ne ovat datan haltijan asemassa. Tämä tarkoittaa, että tutkielma tulee pitkälti keskittymään vain suurten yritysten välisiin suhteisiin.

1.2 Tutkimuskysymys, rajaukset ja metodologia

Tutkimuskysymykset ovat:

Miten vakiintuneet unionin kilpailuoikeuden markkinoiden määrittelyn tulokset soveltuvat datasäädökseen? Mistä syntyy datanjakosopimusten keskeiset ongelmatilanteet ja miten ne voidaan estää?

Vaikkakin nämä kysymykset saattavat vaikuttaa irrallisilta, on niiden taustalla kaksi keskeistä näkökulmaa. Ensinnäkin kaikki kysymykset vaikuttavat siihen, miten säädöstä voidaan soveltaa tehokkaasti. Esimerkiksi *Eckardt* ja *Kerber* ovat maininneet datasäädöksen keskeisinä ongelmina tehokkaalle yritysten väliselle soveltamiselle: liian voimakas datan haltijan oikeuksien painotus, jakotapoja ei ole standardoitu, liikesalaisuuksien suojaaminen, FRAND-ehtojen tulkinnanvaraisuus, sekä yleisesti säädöksen aukot.⁹ Toinen keskeinen oikeudellinen tema tutkimuskysymysten taustalla on kilpailuoikeus. Koko datasäädöksen tarkoitus on luoda tehokkaat laitedatamarkkinat ja parantaa jo olemassa olevia markkinoita. Datasäädöksen tavoitteiden kannalta on osuvaa lähteä tutkimaan aihetta kilpailuoikeudellisesti.

Kahdesta pääkysymyksestä markkinoiden määrittely on puhtaasti kilpailuoikeudellinen. Sopimusmenettelyn keskeisten ongelmien etsiminen ja ratkaiseminen tehdään standardiessentiaalipatenttikehikossa. Lainsäätäjällä on tuonut kyseisen kehikon datasäädökseen FRAND-ehtojen välityksellä. Kehikossa riidanratkaisua ja tehokasta soveltamista on EU-alueella kehitetty kilpailuoikeuden kautta. Tämän välityksellä myös toinen pääkysymyksistä on lopulta johdettavissa kilpailuoikeudellisiin teemoihin. Kilpailuoikeudellisesti myös mielenkiintoisena aspektina on kollusion riskin lisääntyminen. Aina kun saman sektorin toimijoiden sekä tuotantoketjun toimijoiden yhteistyötä lisätään, lisääntyy riski kolluusiolle. Tämä on luonnollisesti yhteistyön kääntöpuoli. Kilpailuoikeudellinen analyysi ei tule ylettymään tähän teemaan, mutta tämä on hyvä pitää mielessä, kun lähdetään rakentamaan datasäädöksen ympärille sopimusmenettelyä.

Apukysymyksenä ja johdatuksena aiheeseen käydään läpi datan erityisasemaa hyödykkeenä. Samalla tutkitaan myös datasäädöksen datan sekä yleisemmin informaatiohyödykkeiden

⁹ Eckardt – Kerber 2024a, s. 21–22. Eckardt – Kerber 2024b, s. 137. Kerber 2022b s. 11–12.

hinnoittelumekanismeja. Tähän liittyen käydään läpi datamarkkinoihin liittyviä markkinaepäonnistumisia, ja mitä tulee ottaa huomioon mekanismeissa, jotta säädöksen tavoitteet onnistuisivat. Aion lyhyesti ottaa kantaa liikesalaisuuksien suojaamiseen liittyviin kysymyksiin, sillä kyseessä on yksi tärkeimmistä tavoista suojata informaatiota. Liikesalaisuuksien käyttämistä käsitellään lyhyesti sopimusmenettelyä koskevassa osiossa. Liikesalaisuuksien suojaaminen kuitenkin sisältää huomattavan paljon mielenkiinnon kohteita, jonka takia esittelen vain ongelman tematiikkaa, enkä niinkään mene tarkkoihin oikeudellisiin tulkintoihin.

En tule käsittelemään datan jakoon liittyviä ongelmia, jotka liittyvät yleisen tietosuojasäätelyn (GDPR) sääntelyyn tai *sui generis* tietokantaoikeuteen. GDPR:n liittyvät kysymykset ovat tärkeitä myös säädöksen soveltamisen kannalta, mutta rajautuvat tutkielman ulkopuolelle. Sopimuksia läpikäydessä oletetaan, ettei niissä ole tietosuojaan liittyviä ongelmia. Tämä tarkoittaa, että hypoteettisessa tilanteessa olisi henkilötietoja sisältävän datamassan siirtäminen sallittua DA 5(7):n nojalla, kun käyttäjä ei ole GDPR 4(1) mukaisesti rekisteröity. Kuitenkin GDPR 6 tai 9 artiklan mukaiset käsittelyperusteet olisivat kunnossa. *Sui generis* tietokantaoikeuden osalta mennään datasäädöksen artiklan 48 taakse ja todetaan, ettei tietokantaoikeutta sovelleta datasäädöksen alaisessa datanjakamisessa.

Toisena hyvin keskeisenä kysymyksenä on, että säädös koskee vain käsittelemätöntä konedataa. Säädöksen soveltamisen kannalta tämä on keskeinen kysymys, mutta rajautuu tutkielman ulkopuolelle. Datasopimusten kohdalla oletetaan, ettei tämä ole ongelma eli osapuolten välillä vallitsee yhteisymmärrys jaettavan datan laadusta, ja kiistat liittyvät muihin seikkoihin. Datasäädöksen 13 artiklassa on säännelty kielletyistä yksipuolisista sopimusehdoista. Toisen pääkysymyksen, neuvottelumenettelyn ongelmat, osalta ei suoranaisesti tutkita DA 13(4):n nojalla kiellettyjä ehtoja tai 13(5):n mainittuja ehtoja, joiden tarkoitus tai vaikutus olisi kielletty. Tarkoituksena on tutkia lievempiä, melkein kohtuuttomia tilanteita, joissa osapuolilla on aito neuvottelujen jälkeinen riita joistain ehdoista. Tietenkin räikeimmät ”ota tai jätä” -henkiset sopimukset ja aitojen neuvottelujen puute lankeaa DA 13 artiklan soveltamisalaan ja toimii näin perälautana. Koska tutkielma keskittyy datan haltijan ja kolmannen osapuolen väliseen suhteeseen, oletetaan, ettei käyttäjän ja kolmannen osapuolen välisessä oikeussuhteessa ole ongelmaa. Tällä tarkoitetaan, että kolmas osapuoli on saanut käyttäjältä luvan hankkia käyttäjän tuottamaa laitedataa datan haltijalta. Tosiasiallisesti tähän oikeussuhteeseen voi liittyä paljon mielenkiintoisia tilanteita ja sitä on myös voimakkaasti säädelty datasäädöksessä.

Pk-yritysten osalta on muitakin erikoissääntöjä. Datanjakosopimuksissa on rajoitettu hintaa, jonka datasta voi pyytää. Luvun 4 jakosopimuksia koskevat kysymykset voivat rajoitetun osin soveltua myös koskemaan pk-yrityksiä, esim. kustannusperusteiselta jakosopimuksien haittaamisen osalta. Kuitenkin keskiössä on suurten yritysten välinen kilpailu, johon ei liity rajoitteita samalla tavalla kuin pk-yrityksiin. Viimeisenä jakosopimuksien osalta ei oteta kantaa rajoituksista jakaa laitedataa digimarkkinasäädöksen mukaisesti portinvartijoille. DA 5(3):n perusteella portinvartija ei voi olla kolmas osapuoli. Portinvartija voi olla kuitenkin datan haltija, ja tätä voi pitää hyvänä muistutuksena siitä, kuinka suuria toimijoita datasäädös koskee sekä paljon joillakin osapuolilla voi olla neuvotteluvoimaa.

Tutkielma tulee olemaan oikeustaloustieteellinen.¹⁰ Päämetodina on tulkintalainoppi. Tulen tulkitsemaan ja systematisoimaan olemassa olevia oikeusnormeja uuden datasäädöksen valossa.¹¹ Toisena keskeisenä oikeustieteen metodina on kriittinen oikeustiede ja *de lege ferenda* -suositusten tekeminen.¹² Tulen kriittisesti tarkastelemaan datasäädöksen mekanismeja, ja tekemään ehdotuksia siitä, miten niitä tulisi muuttaa, jotta säädöksen tavoitteet toteutuisivat ja sitä voitaisiin soveltaa tehokkaasti. Taloustieteen osalta päämetodina on kirjallisuuskatsaus. Taloustiede ei ole tutkielman keskiössä. Kuitenkin hyvin moni keskeinen oikeudellinen kysymys ja kilpailuoikeudellinen teema vaativat taloustieteellistä argumentaatiota. Kirjallisuuskatsaus tullaan tekemään informaatiohyödykkeiden markkinoista, myyntitavoista, hinnoittelusta ja kilpailuoikeuden markkinoiden määrittelyn empiirisistä metodeista. Taloustieteen tarkoitus on tutkielman kontekstissa antaa lukijalle perusteluja tietyille oikeudellisille tulkinnoille, sekä taustoittaa datasäädöstä ja kilpailuoikeutta. Luvussa 2 käsitellään dataa hyödykkeenä, datamarkkinaepäonnistumia sekä datan myyntimekanismeja. Luku 3 käsittelee markkinoiden määrittystä datasäädöksen kilpailukiellon kannalta. Luku 4 käsittelee keskeisiä ongelmia FRAND-ehtoisissa datanjakosopimuksissa, ja kuinka näitä tulisi lieventää neuvottelumenettelyllä. Luvussa 5 vedetään yhtään tutkielman keskeiset näkökulmat ja johtopäätökset.

¹⁰ Ramello 2016, s. 6. Cooter – Ulen 2012, s. 3–4.

¹¹ Hirvonen 2011, s. 36–38.

¹² Hirvonen 2011, s. 50–51.

2 Datan ominaisuudet ja niiden taloustieteellinen tulkinta

2.1 Data ja epäsymmetrisen informaation markkinat

Luvun tarkoituksena on auttaa hahmottamaan, miksi data on hyödykkeenä erityisasemassa, miten se aiheuttaa markkinaepäonnistumisia, miten markkinat saadaan tehokkaiksi ja miten eri hinnoittelumeکانismit vaikuttavat voiton jakautumiseen myyjän sekä ostajan välillä. Ensimmäisenä lähdetään liikkeelle datasta hyödykkeenä, ja miten sen uniikki luonne vaikuttaa sen asemaan vaihdannassa ja malleissa. Data on luokaltaan jaettava hyödyke verrattuna normaaleihin jakamattomiin hyödykkeisiin. Jakamattomilla hyödykkeillä tarkoitetaan hyödykkeitä, joita usea taho ei voi kuluttaa samanaikaisesti. Esimerkiksi polttoaine on jakamaton hyödyke. Ostettaessa huoltoasemalta polttoainetta auton tankkiin ei kukaan muu voi ostettua polttoainetta käyttää omassa autossaan samanaikaisesti. Jos yrityksellä on datasetti hallussa, esim. jääkaapin sensorien tuottamaa dataa ja tämä datasetti tulee avoimesti saataville, voivat kaikki käyttää dataa ilman, että se estäisi yritystä itse käyttämästä sitä.¹³

Tästä asetelmasta voimme jo päätellä datatalouden suurimman ongelman ja kitkan vaihdannalle. Kun data on jollakin taholla hallussa, on kynnys jakaa sitä korkea, sillä transaktion jälkeen datan alkuperäisen haltijan *de facto* mahdollisuudet vaikuttaa siihen, kuka käyttää dataa, ovat vähäiset. Datan jaettavaan luonteeseen liittyy kiinteästi *Arrowin* informaatioparadoksi¹⁴. *Arrowin* teorian perusteella, jotta informaation ostaja voisi asettaa valuaation (ts. oikean suuruisen ostotarjouksen) informaatiolle tulisi hänen pystyä tarkastamaan informaatio. Oletuksena on, että sokkona tehty valuaatio on väärä. Jos ostaja näkee informaation, ei hänen enää tarvitse ostaa sitä, koska hän on jo saanut sen tarkastamalla haltuun. Oikea valuaatio pystytään tekemään vain, jos koko informaatio on nähtävillä. Tämän takia datan myyjällä ei ole insentivejä näyttää dataa ostajalle.¹⁵ Kun tähän lisätään vielä yllä mainittu datan jaettavuus, alkuperäisen haltijan mahdollisuudet saada datasta lisäarvoa ovat haihtuneet, koska kaikki halukkaat voivat saada sen korvauksetta, jos myyntitilanteessa data/informaatio pääsee vuotamaan ostajalle.¹⁶

¹³ Jones – Tonetti 2020, s. 2819–2821. Martens – de Streel – Graef – Tombal – Dutch-Brown 2020, s. 12.

¹⁴ Dutch-Brown – Martens – Mueller-Langer 2017, s. 36–37.

¹⁵ Arrow 1962, s. 615.

¹⁶ Taho, joka on saanut datan haltuun ilmaiseksi, voi päättää jakaa sitä kaikille.

Data on myös lähes poikkeuksetta uniikki hyödyke. Tämä tarkoittaa, ettei sitä voida replikoida. Vaikka usealla datasetillä voi olla läheisiä vastineita, substituutteja, eivät ne kuitenkaan koskaan voi olla samoja kuin alkuperäinen¹⁷. *Duch-Brown, Martens ja Mueller-Langer* ovat komissiolle tehdyssä selvityksessä tuoneet esille toisen näkemyksen, että data ei ole lopulta uniikkia, vaan markkinoilta löytyy substituutteja helposti.¹⁸ IoT-datan osalta pitää kuitenkin ottaa huomioon, että laitteen sensoridata voi olla tosiasiallisesti uniikkia, eikä tietyn laitteen korjauspalvelua tarjoavalle yritykselle kelpaa vastaavanlaisen laitteen data. Datasäädöksen kontekstissa dataa voi luonnehtia pääsääntöisesti uniikiksi.¹⁹

Varsinaisen tutkimuskysymyksen taloustieteellisen pohjan keskiössä on epäsymmetrinen informaatio.²⁰ Epäsymmetrisen informaation kysymykset ensimmäisenä popularisoi *Akerlof* artikkelissaan, joka käsitteli erityisesti käytettyjen autojen markkinoita ja luottomarkkinoita. Perusideana on, että vaihdettavat hyödykkeet, *Akerlofin* artikkelissa käytetyt autot, ovat joko hyviä tai huonoja. Myyjä tietää hyödykkeen tyypin, sillä hänellä on käyttökokemusta siitä. Hyvän hyödykkeen markkina-arvo ja sitä kuvaava hinta on korkea, vastaavasti huonon hyödykkeen arvo on matala. Ostaja ei pysty havaitsemaan ostotilanteessa, onko hyödyke hyvä vai huono eli ostajan ja myyjän välillä vallitsee epäsymmetrinen informaatio tuotteen laadusta. Jos molemmilla osapuolilla olisi yhtäläiset tiedot laadusta, tapahtuisi vaihdanta symmetrisen informaation vallitessa.²¹

Epäsymmetrinen informaatio voi johtaa kitkaan vaihdannassa ja ostajien haitalliseen valikoitumiseen. Olettaen, että kyseessä on vain kertaluontoinen vaihdantatilanne, myyjän tarkoituksena on maksimoida omia voittojansa ja hänen toimintaansa ei vaikuta mikään muu insentiivi. Jatkaen *Akerlofin* esimerkkiä, tällöin tuotteen hinta tulee aina olemaan korkea, joka vastaa hyvän tuotteen hintaa. Myyjän on kannattavaa hinnoitella huonotkin autot korkealle. Ostajalla ei ole mitään mahdollisuutta varmistua, onko auto hyvä vai huono. Kun myyjällä on hallussa huono auto ja hän hinnoittelee sen korkealle, ei se ostotilanteessa mitenkään eroa

¹⁷ Substituutti tarkoittaa tässä vastaavia datasettejä, joilla voidaan korvata alkuperäinen.

¹⁸ Dutch-Brown – Martens – Mueller-Langer 2017, s. 20.

¹⁹ Tämä kuitenkin voimakkaasti riippuu käyttötarkoituksista. Käytännössä, jos datasetti ei ole uniikki, tasapainottaa se vaihdannassa voimasuhteita.

²⁰ Metzger on maininnut, että datasäädöksen mekanismit estävät epäsymmetrisen informaation ongelman. Nähdäkseni tätä ei voi täysin arvioida ennakolta, ja pidän sen takia tärkeänä esitellä epäsymmetrisen informaation konseptin. Ks. Metzger 2024, s. 73.

²¹ Akerlof 1970, s. 489.

hyvästä autosta. Jos ostaja päättää ottaa riskin ja ostaa auton näillä markkinoilla korkeaan hintaan, on huonon auton myyjän ylimääräinen tuotto hyvän ja huonon auton hinnan erotus.²² Ongelmana on, että epäsymmetrinen informaatio aiheuttaa kitkaa vaihdannalle. Edellisestä esimerkistä herää oikeutettu kysymys, kuka ostaja on valmis ottamaan riskin siitä, että auto on huono. Staattisessa mallissa *Akerlof* osoitti, ettei vaihdantaa synny ollenkaan epäsymmetrisen informaation vallitessa.²³

Epäsymmetriseen informaatioon liittyy yleisesti haitallinen valikoituminen.²⁴ Oikean elämän esimerkki auttaa hahmottamaan haitallisen valikoitumisen konseptia. Haitallinen valikoituminen on erityisesti läsnä vakuutusmarkkinoilla. Otetaan esimerkkinä vakuutus ajoneuvon vaurioille, ns. kaskovakuutus. Jokainen tietää onko itse hyvä vai huono kuski. Hyvä kuski tietää, ettei hän tarvitse kallista vakuutusta vaurioita varten, sillä hän pitää lähes varmana, ettei kolaroi. Kuitenkin jotkut hyvistä kuljettajista ovat riskin kaihtajia ja haluavat ostaa silti vakuutuksen. Nämä asiakkaat ovat vakuutusyhtiön näkökulmasta hyviä asiakkaita sillä korvausmeno vahingoista suhteessa tuloihin on pieni. Toinen osa vakuutuksen kysyjistä koostuu huonoista kuskeista, joiden riski kolaroida on suuri, ja tämän vuoksi he haluavat ostaa vakuutuksen, jopa kalliilla. Vakuutuksen tarjoaja ei voi erotella toisistansa hyviä ja huonoja kuskeja, jonka takia markkinoilla vallitsee epäsymmetrinen informaatio. Kun vakuutusyhtiö tarjoaa vakuutusta näillä markkinoilla, voi se olla varma, että vakuutusta kysyvät juuri ne kuskit, jotka tarvitsevat sitä, eli joiden riski vahinkoon on korkea. Ainoa tapa olla voitollinen on nostaa hintoja, niin että vain riskialttiit henkilöt ostavat vakuutuksen.²⁵ Epäsymmetrinen informaatio on aiheuttanut haitallista valikoitumista markkinoilla. Haitallinen valikoituminen tässä tapauksessa on sitä, että vakuutuksen tarjoajan erottelukyvyn puutteen takia markkinoille valikoituivat juuri ne henkilöt, joille vakuutuksen myynti on heikosti kannattavaa ja tämä vähentää tehokkuutta.²⁶

²² Akerlof 1970, s. 490.

²³ Staattinen malli tarkoittaa, että vaihdantapäätös tehdään vain kerran. Ei ole olemassa neuvotteluja tai useita kierroksia, joissa vaihdantaa voidaan käydä. Vaihdannan loppuminen ks. Akerlof 1970, s. 490–491.

²⁴ Akerlof 1970, s. 493.

²⁵ Akerlof 1970, s. 493–494.

²⁶ Ks. alkuperäinen vakuutusmallin rakentaminen Rothschild – Stiglitz 1976, s. 630–637.

2.2 Datan myynnin perusmalli, sekä teoreettisia ja empiirisiä näkökulmia epäsymmetrisen informaation markkinoista

Ennen kuin yllä mainittuja teorioita epäsymmetrisestä informaatiosta ja datasta aletaan yhdistelemään, tarvitaan tarkempi kehikko datan vaihdannasta. Taloustieteellisessä kirjallisuudessa on tyypitelty datan myyntitilanne kolmeen osaan; myynti on molemmille osapuolille hyödyllistä, myyjä on neutraali myynnin suhteen sekä myynti on myyjälle haitallista.²⁷ Ensimmäisessä tilanteessa datan ostaja tarjoaa myyjän tuotteeseen nähden komplementaarista palvelua. Jatkaen jääkaappiesimerkillä datan ostaja voi tarjota jääkaapin korjauspalveluita ja se tarvitsee valmistajan dataa tietääkseen, milloin on oikea hetki vaihtaa laitteen moottori. Neutraali taas tarkoittaa, ettei datan käyttö liity mitenkään valmistajan toimintaan. Esimerkiksi valtion tutkimuslaitos haluaa dataa jääkaapeista, jotta se voi selvittää ruokailutottumuksia. Haitallinen tarkoittaa, että datan ostaja kilpailee joillain markkinoilla datan myyjän kanssa. Jääkaappiesimerkissä valmistaja tarjoaa myös itse korjauspalveluita, eikä se halua myydä dataa kilpailijalle korjausmarkkinoilla.²⁸

Sinänsä neutraali ja komplementaarinen tilanne ei kaipaakaan niin paljon selvittämistä, koska lähtökohtaisesta molemmissa tilanteissa vaihdannasta on hyötyä.²⁹ Suurin vaara strategiselle käyttäytymiselle ja vaihdannan haittaamiselle on tilanteessa, jossa datan myyjä ja ostaja kilpailevat markkinoilla. Kilpailun käsitettä tässä tilanteessa voi myös laajentaa koskemaan potentiaalista kilpailua. Tuottajalla voi olla tarkoitus laajentaa omaa toimintaansa alamarkkinoille, jonka takia sillä ei ole intressiä haitata omaa markkinoille tuloa kiristämällä kilpailutilannetta.

Peliteoreettisesti voidaan vielä kilpailutilanteet jaotella kahtia. Kilpailutilanteet voivat olla kertaluontoisia interaktiota tai toistettuja, joissa on useita kierroksia. Toistetuissa peleissä kierrokset voi hahmottaa sopimusneuvotteluina. Kaikista haitallisista ja vaarallisista tilanteista on, jos sopimus on kertaluontoinen. Tällöin datan myyjällä, varsinkin jos ostaja on kilpailija, on korkeimmat insentiivit haitata sopimusmenettelyä ja pyrkiä saamaan korkein voitto tai estää

²⁷ Martens – de Streel – Graef – Tombal – Dutch-Brown 2020, s. 19–20.

²⁸ Data lisää luovaa tuhoa ja kilpailua, ks. Jonas – Tonetti 2020, s. 2855.

²⁹ Kuitenkin on mahdollista, että aggressiivinen toimija haluaa kartuttaa omaa ylijäämäänsä neutraalissa tilanteessa. Komplementaaristen tuotteiden osalta ei ole loogista ajatella, että datan myyjä lähtisi käyttäytymään strategisesti.

sopimus. Kertaluontoisuuden takia datan myyjän ei tarvitse miettiä muita ulkoisia tekijöitä kaupanteon jälkeen, vaan voi tavoitella maksimaalista voittoa.

Toinen tilanne on jo hieman monimutkaisempi ja intuition löytäminen ei ole niin yksinkertaista. Kyseessä on toistettu peli, jossa on useita kierroksia.³⁰ Datan myyjällä on vaihtoehtona tarjota reilu sopimus, joka on hyödyllinen kummallekin osapuolelle – molemmille jää tästä ylijäämä/voittoa. Toinen vaihtoehto on tarjota epäreilu sopimus, jossa kaikki ylijäämä jää myyjälle. Tärkeintä on huomioida, että ostaja tekee sopimuksen molemmissa tilanteissa. Luonnollisesti ostaja preferoi reilua sopimusta. Ostajalla on kuitenkin käytössä neuvotteluvoimaa siten, että hän voi ”rankaista” myyjää, jos myyjä tarjoaa huonoa sopimusta. Jos ostajalla on tarpeeksi neuvotteluvoimaa, voi rankaisu ja sen uhka olla tarpeeksi suuria ja näin ollen estää datan myyjän epäreilun tarjouksen. Datan myyjän ei ole tällöin järkevää ottaa riskiä rankaisusta. Esimerkki auttaa jälleen hahmottamaan intuitiota. Datan haltija myy dataa yritykselle, joka on myyjäyrityksen toisella liiketoiminta-alueella tärkeä kumppani. Ostaja voi uhata, että se lopettaa yhteistyön myyjäyrityksen toisella liiketoiminta-alueella, jos se ei saa kohtuullisin ehdoin dataa ostettua. Kun toisen palvelun tarjoaminen on tarpeeksi merkittävä osa datan myyjäyrityksen toimintaa, ei sillä ole halukkuutta lähteä riskeeraamaan asiakkuutta datan myynnin yhteydessä ylimääräisen tuoton takia. Tarpeeksi suuri neuvotteluvoima tasapainottaa myyjän halukkuutta hankkia ylimääräisiä tuottoja ostajan kustannuksella.³¹

Datan osalta sen luonteeseen kuuluu pakosta jo epäsymmetrisen informaation ongelma. Dataa hankkiessa ollaan välittömästi *Arrowin* informaatioparadoksin piirissä. Paradoksi johtaa siihen, että ostajan täytyy sokkona ostaa data myyjältä ja luottaa siihen, mitä myyjä kuvailee datasta. Myyjällä on paljon enemmän tietoa suhteessa ostajaan, jolloin markkinoilla vallitsee epäsymmetrinen informaatio. Lisäksi data on jokseenkin uniikki hyödyke, jolloin ostajan on vaikeaa tai jopa mahdotonta hankkia korvaavia substituuotteja datalle. Tässä vaiheessa syntyy valikoitumista, joka vahvistaa datan myyjän asemaa. Kun kyseessä on uniikki data, jolle ei ole olemassa substituuotteja, myyjälle syntyy enemmän neuvotteluvoimaa. Myyjä tietää, että hänellä

³⁰ Varian 2010, s. 529–530.

³¹ Tarkemmin esimerkkinä datan myyjä A on monialainen yritys, joka tarjoaa laitteita ja ohjelmistoja. Datan ostaja B on yksi tärkeimmistä ohjelmiston ostajista, mutta kilpailee myös laitteiden korjausmarkkinoilla A:n kanssa. Vaikka A haluaisi saada myynnistä mahdollisimman suuren tuoton, uhkaa B lopettaa ohjelmiston ostamisen, jos A tarjoaa huonoa sopimusta. Ohjelmistojen myynti on niin tärkeää A:lle, että se päättää olla hyötymättä B:n kustannuksella dataa myydessä.

on hallussaan uniikki data, jolloin ostaja on valmis neuvottelemaan todelliseen maksuhalukkuuteen asti, koska korvaavaa dataa ei ole saatavilla.³²

Taloustieteellisessä kirjallisuudessa on käsitelty paljon epäsymmetrisen informaation vaikutusta markkinoihin, ja erityisesti ylijäämän allokontiin. Ensimmäisenä käydään läpi luottamusmarkkinoita³³, jotka ovat epäsymmetristen markkinoiden erikoistapaus. Luottamusmarkkinat käsittävät kaikki markkinat, jossa myyjä on asiantuntija, joka tietää paremmin, mitä ostaja/asiakas tarvitsee. Esimerkkinä näistä markkinoista ovat konsultti- ja lääkäripalvelut.³⁴ Erityispiirteenä on vielä, ettei *ex post* asiakas voi havaita, onko häntä huijattu tarjoamalla tarpeetonta palvelua tai pyytämällä ylihintaa palvelusta.³⁵ Vaikkei datan myynti suoranaisesti ole yhtenäinen luottamusmarkkinoiden kanssa, on niissä paljon yhtäläisyyksiä. Myyjällä on parempi asema epäsymmetrisen informaation takia, eikä ostaja voi havaita onko kaikkea ”tarpeellista” dataa myyty. Kuitenkin tärkeänä erona on, ettei myyjä tiedä tarkalleen, mitä ostaja tarvitsee.

Jostin, Reikin ja Ressin artikkelissa on käyty läpi luottamusmarkkinoiden teoreettista kehikkoa. Artikkelin tärkein viesti on, että luottamusmarkkinat voidaan saattaa tehokkaaksi ja petosvapaaksi, jos voidaan asettaa instituutio, jonka avulla asiantuntijat joutuvat vastuuseen asiakasta huijattaessa.³⁶ Tulos myötäilee aiempia tutkimustuloksia, jotka *Dulleck ja Kerschbamer* ovat saaneet omassa tutkimuksessaan.³⁷ Epäsymmetrisen informaation aiheuttama huijauksen vaara voidaan poistaa asiantuntijan vastuunalaistamisella.

Zavolokina, Schlegel ja Schwage ovat tehneet empiirisen tutkimuksen siitä, miten sovelluksen avulla voidaan lievittää *Akerlofin* esittelemää käytettyjen autojen myynnin ongelmaa.³⁸

³² Toiminta on lähellä differoitujen tuotteiden markkinoita, joissa myyjä voi toimia monopolistina. Jokainen myyjä kohtaa oman tuotteen kohdalla markkinakysynnän, ja hinnoittelemalla monopolistin lailla maksimoi omat voittonsa. Differointi ks. Tirole 2001, s. 277–279.

³³ Engl. *credence goods*.

³⁴ Jost – Reik – Ressi 2021, s. 1.

³⁵ Jost – Reik – Ressi 2021, s. 1–2.

³⁶ Jost – Reik – Ressi 2021, s. 11–12.

³⁷ Jost – Reik – Ressi 2021, s. 1 sekä Dulleck – Kerschbamer 2006, s. 35. On huomioitava, että tutkimuksien lopputulokset eroavat siltä osin, että ensimmäisessä on todettu palveluntarjoajan verifiointi luotettavaksi olevan turha ehto, kun taas jälkimmäisessä sitä pidettiin tarpeellisena. Datan osalta en pidä verifiointia tärkeänä, vaan datan myyjän vastuu on tärkeämpi.

³⁸ Zavolokina – Schlegel – Schwage 2021, s. 883–884.

Tutkimuksen tuloksena oli, että sovellus, joka sisälsi tietoja autosta, vähensi tilastollisesti merkittävästi ostajien epäilyksiä auton myyjiä kohtaan. Tärkeinä tekijöinä tutkijat pitivät, että tiedot olivat laadukkaita, verifioitavissa lohkoketjun avulla sekä asiantuntijat olivat käyneet ne läpi.³⁹ Eräessä toisessa empiirisessä tutkimuksessa osoitettiin, että epäsymmetrinen informaatio aiheuttaa tehottomuutta. *List* osoitti kenttäkokeessa, jossa ostettiin baseball-kortteja ilman arvon tarkistamista, että osa myyjistä antoi vähempiarvoisen kortin verrattuna siihen, mitä asiakas maksoi ja ansaitsivat ylimääräisiä tuottoja. Kun tilanteeseen lisättiin ulkoisen asiantuntijan arvonmääritys, katosi ongelma välittömästi.⁴⁰

Schmitz on esittänyt omassa artikkelissaan teoreettisen kehikon siihen, miten tiedon varmistamisen optio vaikuttaa ostotarjouksiin ja sitä kautta transaktiossa ylijäämän jakautumiseen myyjän ja ostajan välillä.⁴¹ Artikkelin merkittävin tulos oli jokseenkin epäintuitiivinen. Varmistettavan tiedon olemassaolo aiheuttaa kitkaa, eikä ratkaise epäsymmetrisen informaation ongelmaa.⁴² Tutkimuksen kehikossa sopimuksen arvo riippuu maailmantilasta. Hyvä maailmantila tuottaa korkeamman arvon verrattuna huonoon maailmantilaan. Sopimuksen osapuolet eivät havaitse maailmantilaa. Ostaja voi kuitenkin hankkia halvalla tiedon siitä, mikä on todennäköisyys eri maailmantilojen realisoitumiseen. Jos tässä tilanteessa hyvän maailmantilan todennäköisyys on pieni, niin myyjä sivuuttaa informaatiomarkkinoilta epätietoiset ostajat. Suhteessa tilanteeseen, jossa informaatiota ei voi ostaa, tehokkuus pienenee.⁴³ Tulos vaikuttaa melko pitkälle johdetulta, mutta kuitenkin yleistyy helposti, ja pikemminkin osoittaa, että vaikka tietyt asiat vaikuttavat intuitiivisesti parantavan markkinoita, pitää varoa pitkälle menevien päätelmien tekemistä tehokkuudesta.

Toisena esimerkkinä intuition vastaisesta tuloksesta on myyntihinnan kiinnittäminen, joka tuottaa tehokkaampia tuloksia verrattuna määrän kiinnittämiseen. *Martimort* ja *Piccolo* ovat artikkelissaan tutkineet teoreettisia markkinoita, joissa on päämies–agentti–ongelma. Päämies, tuotteen valmistaja, antaa jälleenmyyjän, agentin, myydä tuotteita kuluttajalle. Valmistaja ei

³⁹ Zavolokina – Schlegel – Schwage 2021, s. 903–904.

⁴⁰ List 2006 s. 4–5 ja s. 32–33.

⁴¹ Schmitz 2021, s. 100–101.

⁴² Schmitz 2021, s. 109.

⁴³ Schmitz 2021, s. 102 ja s. 109.

havaitse kysyntää, joka johtaa epäsymmetrisen informaation tilanteeseen ja tehottomuuteen^{44,45}. Tutkimuksen tärkein tulos oli, että vastoin yleistä kilpailuoikeudellista sääntelyä kuluttajien hyödyn maksimoi hintojen kiinnittäminen verrattuna määrän kiinnittämiseen. Tulos osittain vahvistaa *Chicagon* koulukunnan ajatuksen, jossa epäsymmetrisen informaation vallitessa hinnoittelustrategiat ovat huomattavan monimutkaisia.⁴⁶

Tiivistetysti epäsymmetrinen informaatio aiheuttaa ongelmia markkinoilla, tämä on osoitettu teoreettisesti ja empiirisesti. Datan myyntiä karakterisoi hyvin voimakas informaation epäsymmetria. Voidaan jollakin varmuudella todeta, että epäsymmetrinen informaatio on yksi keskeisimmistä syistä datamarkkinoiden epäonnistumiselle. Implisiittisesti markkinaepäonnistuminen sisältää myyjän suuremman neuvotteluvoiman olemassaolon. Nämä faktat tulee ottaa huomioon oikeudellisessa analyysissä. Kuitenkin mukaillen *Chicagon* koulukunnan kritiikkiä, on mahdollista, että tietyissä tilanteissa tulokset ovat vastoin yleistä intuitiota, jolloin pitkälle menevien johtopäätösten tekemistä markkinoista ja niiden mekanismeista pitää välttää tai ainakin tehdä harkiten.

2.3 Hinnoittelusta

2.3.1 *Cost plus* -hinnoittelumekanismi

Datasäädöksen epävirallisiin esitöihin kuuluu komission tilaama tutkimus myyntimekanismista, joka toteuttaisi datasäädöksen 8 ja 9 artiklan mukaiset kohtuulliset ehdot ja korvauksen. Tämä toimii tietynlaisena vertailuna muille jäljempänä esitettävillä myyntimekanismeille. Komission tilaamassa tutkimuksessa on esitelty datan myyntimekanismina *cost plus* (CP) -mekanismi. CP-mekanismissa hinta jaetaan kahteen osaan. Kustannuspuoli koostuu datan siirtämisen teknisistä kustannuksista, sekä hallinnointikustannuksista. Plus-osa, jäljempänä lisäarvo-osa, taas tarkoittaa marginaalia, joka on datan arvo. CP-malli on tavallaan faktorimalli. Tämä tarkoittaa, että CP-hinta muodostuu useista eri tekijöistä (faktoreista), joiden arvo vaikuttaa lopulliseen hintaan.⁴⁷ Mekanismi tuotiin

⁴⁴ Tehottomuus aiheutuu kaksoimarginaalista. Kun sekä valmistaja että myyjä ottavat hintaan mukaan marginaalin, joutuu kuluttaja maksamaan kaksi marginaalia. Marginaali on suurempi verrattuna tilanteessa, jossa myyjä ja valmistaja olisivat vertikaalisti integroituneet yhdeksi myyntitahoksi. Ks lisää Chone – Linnemer – Verge 2024.

⁴⁵ Martimort – Piccolo 2007, s. 316–317.

⁴⁶ Martimort – Piccolo 2007, s. 334.

⁴⁷ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 7.

lopullisessa versiossa säädöstekstintasolle.⁴⁸ Datasäädöksen 9(2):n a-alakohdassa on määritelty kustannukset, joita voidaan ottaa huomioon hinnassa: ”datan saataville asettamisesta aiheutuvat kustannukset, mukaan lukien erityisesti datan muotoilusta, sähköisestä levittämisestä ja tallentamisesta aiheutuvat kustannukset”. B-alakohdassa on määritelty taas, mitä lisäarvo-osaan voi kuulua: ”investoinnit datan keräämiseen ja tuottamiseen, tarvittaessa ottaen huomioon, ovatko muut osapuolet osallistuneet kyseisen datan hankkimiseen, tuottamiseen tai keräämiseen”. Erillisenä saman artiklan 3 kohdassa on mainittu hinnan myös määräytyvän datan määrän, laadun ja luonteen perustella. Nämä ovat tuotu suoraan tutkimuksesta lopulliseen säädösversioon.

Kustannuspuolesta tekniset kustannukset ovat eniten tulkinnanvaraisia. Tutkimuksessa on käyty läpi kaksi jakolinjaa näille kustannuksille. Ensimmäinen on yksinkertainen datan siirto sekä *in situ* tapahtuva datan hyödyntäminen. Datan siirto tarkoittaa tässä yksinkertaisuudessaan, että datasta tehdään datasetti ja se lähetetään kolmannelle osapuolelle.⁴⁹ *In situ* eli paikan päällä tapahtuva datan käyttö voi olla yrityksen tiloissa, esim. jollain määrättyllä terminaalilla tehtävää datan käyttämistä tai jo olemassa olevaa infrastruktuuria hyödyntäen etäkäyttöä. Ensimmäisessä tilanteessa yksinkertaisen siirron tekniset kustannukset ovat hyvin pienet, ja ne koostuvat datan muokkaamisesta oikeaan muotoon. Datan muokkaamisen aiheuttamia kustannuksia käydään jäljempänä lisäarvo-osiossa. *In situ* datan käyttöä ei taas sisältäisi ollenkaan siirtokustannuksia. Tämä johtuu siitä, että siirrosta ei synny ylimääräisiä teknisiä kustannuksia, vaan voidaan hyödyntää jo olemassa olevia tapoja siirtää data.⁵⁰ Toinen puoli teknisistä kustannuksista ovat ohjelmointirajapinnat (API)⁵¹. Ohjelmointirajapinta tarkoittaa, että datan vastaanottajalle luodaan järjestelmiin, esim. järjestelmään missä data on tallennettuna, oma käyttöliittymä, jossa ostaja pääsee käyttämään datan kerääjän hallussa olevaa dataa. Rajapintojen tekeminen on edellisiin vaihtoehtoinen verrattuna kallista ja haastavaa. API oikeuttaa perimään korkeampia teknisiä kustannuksia.⁵²

⁴⁸ Alkuperäisessä säädösehdotuksessa puhuttiin vain kohtuullisesta hinnasta. Pidän perusteltuna, että tarkempi hinnoittelumenettely vahvistettiin asetustasolla, vaikka nähdäkseni on parempia ja yksinkertaisempia tapoja hinnoitella dataa.

⁴⁹ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 12.

⁵⁰ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 28–29.

⁵¹ Englanniksi Application Programming Interface.

⁵² Monti – Tombal – Graef 2022, s. 12–13.

Teknisiä kustannuksia kohottaa myös mahdolliset standardit tilanteessa, jossa joudutaan siirron takia muokkaamaan vastaanottajalle jaettavaa dataa. On katsottu myös että, pitkälle suodatettu data nostattaa teknisiä kustannuksia.⁵³ Teknisiin kuluihin vaikuttaa myös, onko käytössä tilausmalli ja miten paljon kustannuksia jaetaan. Tilausmallien osalta on todettu, ettei datan haltija saisi tarjota pelkästään kointäsummaisista pitkän ajan tilauksia, vaan pitäisi tarjota myös lyhyempiä tilauksia.⁵⁴ Tutkimuksessa on jokseenkin epäselvästi otettu kantaa teknisten kulujen jakamiseen. Osapuolten kannalta reilu ehdotus olisi, että esim. API muodostamisen kustannukset jaettaisiin osittain useiden datan vastaanottajien kesken. Vaikka pääsääntönä on, että datan ostaja maksaa tekniset kustannukset, on todettu, ettei datan haltija olisi oikeutettu siirron ollessa kertaluontoinen perimään kaikkia teknisiä kustannuksia ostajalta. Pääsäännöllä halutaan suojata datan kerääjän insentiivejä investoida ja teknisten kulujen veloittaminen ensimmäiseltä asiakkaalta tulisi tämän takia sallia tietyissä määrin.⁵⁵ Kustannusten jakautumisesta lisää jäljempänä luvussa 4, jossa käsitellään FRAND-ehtojen syrjimättömyysvaatimusta ja erityiskysymyksenä teknisten kustannusten veloittamista ostajalta. Kuluosioon kuuluu vielä hallinnolliset kustannukset. Niiden osalta on vain todettu, että voidaan soveltaa yksinkertaista tariffia, joka on kiinteä eli siihen ei liity tasoeroja.⁵⁶

CP-mekanismin lisäarvo-osa on vaikeampi määrittää. Siihen liittyy kustannusosiota enemmän faktoreita. Lisäarvo-osaan vaikuttaa, kuinka paljon dataa pyydetään siirrettäväksi sekä datan laatu. Enemmän dataa ja parempi laatu tuottavat korkeamman hinnan. Laadulla tarkoitetaan esimerkiksi, onko data: raakadataa, käsiteltyä dataa vai johdettua dataa. Raakadata on dataa, joka on tullut suoraan sensoreista ja on käsittelemätöntä. Käsitelty data tarkoittaa, että data on muutettu käsiteltävään muotoon eli datalla voidaan tehdä analyysejä ja testejä. Johdettu data on käsitelystä datasta johdettua dataa, johon on voitu yhdistää esimerkiksi muita aineistoja.⁵⁷ Vaikeampaa on määrittää lisäarvo-osion faktoreista datan kerääjän liiketoimintamallin ja datan vastaanottajan datan käytön vaikutukset hintaan. Nämä ovat myös ne osat, jotka tuottavat eniten tulkintaa ja mahdollistavat strategisen käyttäytymisen. Liiketoimintamallin vaikutus hintaan on jaettu vielä kolmeen osaan. Jos datan hankkiminen on tärkeä osa liiketoimintaa, ja siihen on

⁵³ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 13.

⁵⁴ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 14–15.

⁵⁵ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 16–17.

⁵⁶ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 15.

⁵⁷ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 19–20.

tehty suuria investointeja, tulisi lisäarvo-osan olla korkein. Tarkoitus on suojata yrityksen insentiivejä investoida ja innovoida.⁵⁸ Kun datan haltijalla on muita tulonlähteitä eri aloilla, tulisi lisäarvo-osan olla pienempi. Erityisesti tilanteissa, joissa dataa siirretään eri sektoreiden välillä, ei tulisi periä suurta lisäarvoa. Pienin lisäarvo-osa olisi tilanteissa, joissa data olisi liiketoiminnan sivutuote.⁵⁹

Lisäarvo-osaan vaikuttaa myös datan vastaanottajien datan käyttötarkoitukset. Jos vastaanottaja tekee jälkimarkkinoilla substituuotteja tai kilpailevia palveluita, tulee hinnan olla korkeampi. Komplementaaristen tukevien palveluiden osalta hinnan tulee olla alhaisempi verrattuna edelliseen ja irrallisten palveluiden osalta alhaisin.⁶⁰ Tämä on linjassa aiemmin esitellyn datan vaihdantakehikon kanssa. Lisäksi vastaanottajan statuksella on vaikutus datan hintaan. Yritysten tulisi maksaa korkein hinta, kolmannen sektorin toimijoiden tulisi saada alhaisemmalla hinnalla ja tutkimuslaitosten tulisi saada data kaikista halvimmalla.⁶¹ Viimeisenä on kysynnän ja tarjonnan vaikutus hintaa. Tutkimuksessa on todettu, että datasäädöksen tulisi taata kohtuullinen hinta datan vastaanottajille, jotka kohtaavat suuren liikeriskin, kuten tutkimus- ja kehitystoiminnassa (TK-toiminta).⁶² Tarjontapuolelta on todettu vain, että neuvotteluvoima on datan haltijalla ja tiukka kilpailutilanne estää tarjontapuolen väärinkäytöksiä. Toisaalta tarjontapuolen investointeja tulisi suojata.⁶³

CP-mekanismi on kattava ja ottaa huomioon lähes kaikki hintaan vaikuttavat faktorit. Mekanismia on myös perusteltu hyvin tutkimuksessa jo olemassa olevilla mekanismeilla.⁶⁴ CP-hinnoittelusta on myös olemassa aikaisempaa tutkimusta. *Marshall* ja *Jacobs* ovat artikkelissaan esitellyt jokseenkin yksinkertaisen kehikon, jossa on tutkittu CP-hinnoittelua suhteessa normaaliin rajakustannusperusteiseen hinnoitteluun. Klassinen sääntö on, että voitto

⁵⁸ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 21.

⁵⁹ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 21–22.

⁶⁰ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 23–25.

⁶¹ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 23–25.

⁶² Monti – Tombal – Graef 2022, s. 22.

⁶³ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 22–23.

⁶⁴ Ks. Monti – Tombal – Graef 2022, Annex 1.

maksimoiva yritys asettaa hinnan siten että rajatulo on yhtä kuin rajakustannus^{65,66} Rajakustannus tarkoittaa paljon yhden lisäyksikön tuottaminen lisää kustannuksia, ja rajatulo vastaavasti paljon yhden lisäyksikön myynti tuo lisää tuloja. *Marshallin* ja *Jacobsin* esimerkissä monopolistisen yrityksen kulut ovat epälineaariset. Se tarkoittaa, etteivät kulut kasva tuotannon mukana tasaisesti, vaan kuluissa voi olla esim. hypähdyksiä ylemmälle tasolle.⁶⁷ Tutkimuksen tärkein tulos oli vastoin klassista näkemystä, että epälineaarissa kuluympäristössä useiden tuotteiden kohdalla vakio lisäarvo-osa tuottaa suurimman voiton. Rajoituksena tuloksiin ja niiden yleistettävyyteen on, ettei yksinkertainen malli pysty ottamaan huomioon useita eri faktoreita.⁶⁸ Kun tätä suhteutetaan datasäädöksen CP-mekanismiin, nähdään, miksi on perusteltua käyttää kyseistä mekanismia. Kulut ovat datasäädöksen ympäristössä myös epälineaarisia. Esimerkiksi riippuen datan jakotavasta, joko suora siirto tai API, on kulurakenne huomattavan erilainen. Tässä mielessä on hyvä, että CP-hinnoittelu jättää tarpeeksi liikkumavaraa myyjille, jotta saataisiin optimaalinen hinta.

Isoimpana kritiikkinä CP-hinnoittelulle on sen monimutkaisuus. Yleisellä tasolla hyvä, läpinäkyvä ja reilu hinnoittelusääntö on yksinkertainen. Esimerkiksi eri muotoiset huutokaupat ovat hinnoittelusääntöjen osalta yksinkertaisia, mutta tuottavat hyviä tuloksia.⁶⁹ CP-hinnoitteluun liittyy useita faktoreita, ja monen määräytyminen on tulkinnanvarainen.⁷⁰ Tulkinnanvaraisuus, johtaa herkästi siihen, että se mahdollistaa myyjän väärinkäytöksiä. On vielä jokseenkin huolestuttavaa, että kaikista väärinkäytöksille herkimmissä tilanteissa, jossa datan ostaja on myyjän kanssa kilpailija, on sallittu korkeampi hinta. Lisäksi on vielä tunnistettu ongelma, että myyjällä on lähes poikkeuksetta enemmän neuvotteluvoimaa. Nämä molemmat vahvistavat paljon myyjän asemaa. Todennäköisesti CP-hinnoittelu toimii suurimmassa osassa kaupankäyntitilanteissa, vaikka kirjallisuudessa on esitetty paljon kritiikkiä koko CP-

⁶⁵ Koskee täydellisten markkinoiden tilannetta, mutta myös esim. *Bertrand*-oligopoleja, sekä *Cournot*-oligopoleja yritysten rajakustannukset ollessa identtiset. *Cournot* mallinnetussa kilpailussa yritykset valitsevat vain paljon he tarjoavat tuotteita markkinoille. Markkinahinta otetaan annettuna. *Tirole* 2001, s. 209. *Bertrand* mallinnetussa kilpailussa firmat eivät valitse määrää vaan kilpailevat asettamalla hinnan. *Tirole* 2001, s. 205–206.

⁶⁶ Marshall – Jacobs 2016, s. 3.

⁶⁷ Marshall – Jacobs 2016, s. 7.

⁶⁸ Marshall – Jacobs 2016, s. 17–18.

⁶⁹ Ks. optimaalinen myyntimekanismi (eli huutokauppa), Myerson 1981.

⁷⁰ Martens 2023, s. 12.

mekanismille.⁷¹ Kun CP-hinnoittelun faktorit ja niiden määräytyminen saadaan jollakin asteella standardoitua, parantaa se mekanismin toimintaa. Se ei kuitenkaan poista yllä mainittua ongelmaa toimijoiden halusta ja mahdollisuudesta strategiseen käyttäytymiseen. Merkilliseksi tilanteen tekee, että datasäädöksen yhtenä tärkeimpänä tavoitteena on laitteiden korjauspalveluiden tarjonnan parantaminen. Korjauspalveluissa on kaikista todennäköisintä, että valmistaja on kilpailija datan vastaanottajan kanssa.

2.3.2 Muita informaatiohyödykkeiden hinnoittelumekanismia

Taloustieteellinen kirjallisuus on rikasta informaatiohyödykkeiden, kuten datan, myynnin osalta. On kehitelty paljon eri hinnoittelutapoja ja myyntimekanismeja. *Mehta* ym. ovat käyneet läpi muutamaa eri tapaa hinnoitella datasettejä. Malli lähtee liikkeelle siitä, että on olemassa useita asiakkaita, jotka kysyvät eri määriä dataa. Dataa pystyy suodattamaan haluamallaan tavalla. Mitä enemmän asiakas suodattaa dataa, sen kalliimpi datasetti on.⁷² Datasettien koot eivät ole myöskään yhtäläisiä. Artikkelin teoreettisessa kehikossa käytiin läpi samankokoisten datasettien optimaalinen myyntimekanismi, mutta datasäädöksen tapauksessa on järkevämpää käydä läpi vain erikokoisten datasettien myyntiä. Artikkelissa esitettiin mekanismi, jota käyttäen saadaan aikaiseksi optimaalinen hinta.⁷³ Tämä on kuitenkin vain mittapuu, johon verrattiin kahta yleistä hinnoittelusääntöä, kaksiosainen tariffi (2PT) ja kaksi-blokki-tariffi (2BT). 2PT koostuu kiinteästä hinnasta ja per-datasetti hinnasta. 2BT on yleistetty muoto 2PT:sta eli siinä on kynnyksiarvo, joka määrää ensisijaisen datasettikohtaisen hinnan, sekä ensisijaisen oston ylimenevän hinnan. Mielenkiintoisena tuloksena, kun näitä hinnoittelusääntöjä simuloitiin, oli että 2PT ja 2BT tuottivat melkein saman hinnan kuin paras myyntimekanismi. Huomionarvoista oli, että juuri yksinkertainen 2PT-mekanismi oli lähellä parasta vaihtoehtoa.⁷⁴ Datasäädöksen yhteydessä esitetty hinnoittelu, kiinteä hinta ja

⁷¹ *Martens* ja erityisesti *Kerber* ovat voimakkaasti kritisoineet koko datasäädöstä ja erityisesti myyntimekanismeja. Ks. myyntimekanismista *Martens* 2023, s. 12–13. Ks. datasäädöksen tavoitteiden epäonnistumisesta *Kerber* 2022b.

⁷² *Mehta – Dawande – Janakiraman – Mookerjee* 2021, s. 1286–1287.

⁷³ Mekanismi oli tässä tapauksessa lineaarinen rajoitettu optimointiongelma, jonka maksimointi tuottaa optimaalisen hinnan. *Mehta – Dawande – Janakiraman – Mookerjee* 2021, s. 1294–1295.

⁷⁴ *Mehta – Dawande – Janakiraman – Mookerjee* 2021, s. 1295–1296.

ylimenevältä käytöltä maksu, on kaksiosainen tariffi. Yhtenä CP-hinnoittelun yksinkertaisena erityismuotona on esitelty siis 2PT.⁷⁵

Tian, Ding, Fu ja *Liu* ovat lähteneen purkamaan datan myyntiä kaksisuuntaisten markkinoiden⁷⁶ kautta. Ulkoinen välittäjä pyrkii mallissa yhdistämään kysyntä- ja tarjontapuolen. Tarkoitus on löytää sopiva hinnoittelualgoritmi, joka tuottaa voittoa maksimoivan ja tehokkaan vaihtoehdon. Tutkijat kokeilivat monta eri hinnoittelumetodia, ja simuloivat näitä aineistolla.⁷⁷ Vaikka malli kärsii tietyistä yksinkertaistavista oletuksista ja rajoitteista, tuottaa se kuitenkin melko hyvän lopputuleman oikeana hintana.⁷⁸ *Bergemann, Bonatti* ja *Smolin* ovat tutkineet taas täydentävän informaation hintaa. Tässä mallissa datan potentiaalisella ostajalla on jo informaatiota hallussa, mutta hän haluaa ostaa lisäinformaatiota, jotta pystyy tekemään tarkempia arvioita epävarmoista maailmantiloista.⁷⁹ Esimerkkinä on luottoluokittajat, jotka haluavat tehdä parempia ennusteita asiakkaiden maksukyvystä. Malli perustuu hinnoitteluvaihtoehtoihin, joiden perusteella maksimoidaan voittoa. Mittareina toimii tilastolliset testit.⁸⁰ Tärkeimpänä huomiona tutkimuksessa oli hinnoittelun vaikeus. Ostajien oma tietoisuus vaikuttaa paljon päätöksentekoon. Lisäksi yksinkertaista ”suppeista” dataseiteistä voitiin rakentaa rikasta informaatiota.⁸¹

Sundararajan on käynyt tutkimuksessaan läpi informaatiohyödykkeiden hinnoittelua myös epälineaarissa ympäristössä. Keskeisenä oletuksena hänen esittämässään malleissa oli positiiviset transaktiokustannukset.⁸² Transaktiokustannukset ovat esim. datan siirtoon liittyviä

⁷⁵ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 15.

⁷⁶ Kaksisuuntaiset markkinat eroavat hieman normaaleista markkinoista, joissa on vain myyjä ja ostaja. Kaksisuuntaisilla markkinoilla on alusta, joka yhdistää kysyntä- ja tarjontapuolen. Molemmilla puolilla toimijat kilpailevat keskenään. Lisäksi kaksisuuntaisilla markkinoilla on yleensä voimakkaat verkostovaikutukset, jotka hyödyttävät kaikkia, kun käyttäjiä on paljon. Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 296–300.

⁷⁷ Tian – Ding – Fu – Liu 2022, s. 14297–14298. Tutkimuksen hinnoittelumetodeilla ei ole intuitiivisia tulkintoja, vaan ne ovat matemaattisia algoritmeja. Lisäksi tutkimuksen perushinnoittelu perustui *Shapley*-arvoon, joka johdettiin peliteoreettisesti. En pidä tämän tutkielman kannalta järkevänä esitellä kaikkia menetelmiä tarkasti. Tärkeämpää on osoittaa, että on olemassa paljon eri tapoja hinnoitella dataa ja useat näistä johtavat monopolistin kannalta optimaaliseen hintaan.

⁷⁸ Tian – Ding – Fu – Liu 2022, s. 14299.

⁷⁹ Bergemann – Bonatti – Smolin 2018, s. 2–3.

⁸⁰ Bergemann – Bonatti – Smolin 2018, s. 5–8. Tilastolliset testit ovat hypoteesitestejä. Riippuen ostajan tarpeesta pyritään minimoimaan vääriä positiivisia ja/tai vääriä negatiivisia osumia.

⁸¹ Bergemann – Bonatti – Smolin 2018, s. 35–26.

⁸² Sundararajan 2004, s. 1661.

hallinnollisia kustannuksia.⁸³ Lisäksi oletettiin, että eri kuluttajat kysyvät eri määrän informaatiota.⁸⁴ Näiden oletuksien vallitessa paras tapa hinnoitella oli myydä informaatio käyttöpohjaisesti (mitä enemmän käytät sitä enemmän maksat) tai kiinteään hintaan rajoituksetta. Keskeisiä huomioita hinnoittelusta olivat: transaktiokustannusten laskiessa tulee suosia käyttöpohjaista hintaa, on järkevää yhdistää kiinteä maksu sekä käyttöpohjamaksu, alussa markkinoiden ollessa kapeat tulisi suosia kiinteää hintaa ja liikkua myöhemmin käyttöpohjaiseen hintaan.⁸⁵ Verrattuna CP-hinnoitteluun tuottavat nämä hyvän tuloksen⁸⁶, sekä ovat ennen kaikkea yksinkertaisia.

Ehkä tärkeimpänä huomiona kaikista yllä esitellyistä tutkimuksista on informaation hinnoittelun ja myynnin vaikeus. Ei ole olemassa yhtä parasta mallia, tai edes konsensusta minkä tyylliset hinnoittelusäännöt tuottavat parhaan lopputuleman. Dataa voidaan luonnehtia hyvin välituotteena. Datan merkitys ostajalle, ja sitä kautta datan arvostus riippuu esimerkiksi, kuinka tärkeää data on palvelun tai tuotteen tuottamiselle tai onko jo oikeanlaista dataa ostajan hallussa. Tässä mielessä unionin lainsäätäjän esittämä CP-hinnoittelu monimutkaisuudestaan huolimatta voi menestyä. Se mahdollistaa monen eri asian huomioonottamisen hinnassa.

Kuitenkin yhtenä keskeisenä kritiikkinä koko datan myyntijärjestelmälle datasäädöksen alla on, että se perustuu virheellisiin premisseihin. Monen tutkijan näkemykseen mukaan unionin lainsäätäjä on virheellisesti olettanut, että datasta tulisi periä lisäosaa, tai edes maksua. Datan keräämisen kustannukset huomioidaan jo laitteen hinnassa, johon sisältyy sensorien kustannus.⁸⁷ Käytännössä tuotettu data ei synnytä yhtään lisäkustannuksia, eikä siihen tarvitse investoida, jolloin investointien suojaaminen on turhaa. Lisäksi datan kohdalla on osoitettu, että sen poolaaminen suuriin ja monipuolisiin datasetteihin tuo lisäarvoa.⁸⁸ *Kerber, Eckardt,*

⁸³ Sundararajan 2004, s. 1661. Transaktiokustannukset vertautuvat melko lähelle CP-mallin kustannusosiota, joka koostui esim. hallinnollisista kustannuksista.

⁸⁴ Sundararajan 2004, s. 1662.

⁸⁵ Sundararajan 2004, s. 1670. Mielenkiintoisena huomiona on, että pelkkä käyttöpohjainen hinta, sekä kiinteä maksu ja käyttöpohjainen hinta ovat hyvin lähellä *Mehta ym.* esittelemää mallia ylempänä.

⁸⁶ Esimerkkejä näiden menetelmien käytöstä oikeassa elämässä ks. Sundararajan 2004, s. 1660–1661.

⁸⁷ Martens 2023, s. 11. Kerber 2022a, s. 8.

⁸⁸ Martens 2023, s. 20. Aiheesta lisää ks. Calzori – Cheysson – Rovatti 2023 ja Höcük – Martens – Prüfer Carballa Smichowski – Duch-Brown – Kumar – Mulder 2022.

Martens, Metzger, ja Schweitzer ovat olleet kärkipäässä kritisoimassa investointien suojaamista datasäädöksessä.⁸⁹

Viimeisenä selvyttä tarvitaan siihen, mitä hinnoittelulla halutaan saavuttaa. Jokainen esitelty hinnoittelu menettely on ollut monopolistin voittojen maksimoivaa hinnoittelua. Tämä tarkoittaa, ettei transaktiosta jää ylijäämää ostajalle, tai jos jää niin vain häviävän pieni määrä. On perusteltua lähestyä ongelmaa myyjä voittojen maksimoinnin kannalta. Voittojen maksimointi takaa sen, että myyjä saa tuoton investointeja vastaan, joka pitää insentiivit innovoida ja investoida korkealla. Tähän myös liittyy todennäköisesti näkemys, että data on vain raaka-aine, jota käyttäen ja omaa tuotantoteknologiaa hyödyntäen ostaja luo omassa liiketoiminnassa arvonlisää. Esimerkiksi IoT-datan ostaja käyttää dataa tarjotakseen preventiivisiä korjauspalveluita laitteille. Toisaalta, kun EU on määrittänyt tärkeimmäksi tavoitteeksi kilpailun ja taloudellisen toiminnan lisäämisen informaatiomarkkinoilla, vaatisi tavoite tasaisempaa voittojen jakaantumista, jotta sekä kysyntä- ja tarjontapuolella olisi insentiivit osallistua markkinoille. Kun peilataan tilannetta lähes täydellisiin markkinoihin, tulisi voitto jakautua kummallekin osapuolelle. Kilpailuoikeudellisessa tematiikassa kilpailu ja insentiivit ovat usein vastakkain. Jäljempänä ehtoja ja hinnoittelua koskevassa analyysissä tullaan pureutumaan oikeudellisesti tähän aiheeseen.

⁸⁹ Eckardt – Kerber 2024b, s. 137. Martens 2023, s. 12–13. Metzger – Schweitzer 2022, s. 16–17.

3 Markkinoiden määrittely ja sen vaikutukset datasäädökseen

3.1 Markkinoiden määrittelyn lähtökohdat

Kilpailuoikeudessa markkinoiden määrittäminen on yksi keskeisimmistä kysymyksistä. Klassisesti markkinoiden määrittelyssä pyritään selvittämään taloudellisten toimijoiden markkinavoimaa relevanteilla markkinoilla, johon perustuen selvitetään kilpailunrajoituksen taloudellinen vaikutus.⁹⁰ Datasäädöksen kohdalla markkinoiden määrittämistä ei tehdä sen vuoksi, että voitaisiin arvioida kilpailunrajoitusten efektiä. Markkinoiden määrittäminen on merkityksellistä datasäädöksen datan käytön rajoitusten laajuuden arvioinnissa. Sädöksen 4 ja 6 artikloissa on muun muassa määrätty, ettei käyttäjä tai kolmas osapuoli saa käyttää datan haltijalta saatua dataa tuotteen kehittämiseen, joka kilpailisi alkuperäisen tuotteen kanssa, josta data on saatu. Kielto koskee myös jakamista muulle kolmannella osapuolella kilpailevan laitteen kehittämiseksi. Sana kehittäminen tulee ymmärtää laajasti tarkoittamaan kokonaan uusien kilpailevien laitteiden kehittämistä ja olemassa olevien parantelua. Vaikkei tätä lue varsinaisesti säädöksen johdanto-osassa, sanamuodon mukaisella tulkinnan perusteella on tämä näin ymmärrettävä.⁹¹ Kuitenkin herää kysymys, missä mielessä ja kuinka laajasti datan käyttämistä on rajoitettu. Kuinka laajasti määritetään vastaavat laitteet, joiden kanssa ei saa kilpailla? Millä maantieteellisellä alueella kilpailu on rajoitettu? Synnyttääkö tämän ikuisen kilpailukiellon datan käytön suhteen?

Datasäädöksen lopulliseen versioon on lisätty tarkennus siitä, millä tavalla markkinoita tulee määritellä.⁹² Johdanto-osan perusteella tuotemarkkinoita määriteltessä tulee seurata vakiintuneita unionin kilpailuoikeudellisia periaatteita.⁹³ Yleisestikin kilpailuoikeudellisten asioiden, kuten määräävän markkina-aseman väärinkäytön, tutkiminen alkaa relevanttien markkinoiden määrittämisellä, joten relevanttien markkinoiden arviointi on linjassa datasäädöksen kilpailuoikeudellisen lähestymiskulman kanssa. Markkinoiden määrittely on yleensä jaettu kolmeen osa-alueeseen: substituuttimarkkinat, maantieteelliset markkinat sekä

⁹⁰ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittelystä, luku 1.2. Ferro 2019, s. 29–30 ja s. 33.

⁹¹ Oikeuskirjallisuudessa ei ole tuotu poikkeavia näkemyksiä tästä määrittelmästä, jolloin nähdäkseni tulkinta on oikea, vaikka mielestäni tämä tulisi spesifioida edes johdanto-osassa.

⁹² Alkuperäisessä ehdotuksessa ei ollut mainittu eksplisiittisesti kilpailuoikeutta. Ks. Alkuperäinen datasäädösehdotus johdanto-osa, kohta 28.

⁹³ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

temporaaliset markkinat.⁹⁴ Tässä luvussa keskitytään vain substituuttimarkkinoiden kriteeristöön sekä maantieteellisiin markkinoihin. Lisäksi lopussa otetaan kantaa markkinoiden määrittämisen tiukkaan tulkintaa, voiko syntyä *de facto* ikuinen kilpailukiello, jos katsotaan, ettei saisi kilpailla samoilla tuotemerkkinoilla.

Varsinainen markkinoiden määrittäminen aloitetaan tutkimalla komission tiedonantoa markkinoiden määrittämisestä. Alkuperäinen tiedonanto on annettu jo vuonna 1997, mutta siitä on tullut uusi versio alkuvuodesta 2024.⁹⁵ Tiedonannon mukaan relevantit tuotemerkkinat kattavat:

*kaikki tuotteet, joiden asiakkaat katsovat olevan ominaisuuksiltaan, hinnaltaan ja käyttötarkoitukseltaan keskenään vaihdettavissa asianomaisten yritysten tuotteisiin tai korvattavissa niillä, kun otetaan huomioon kilpailuolosuhteet ja kysynnän ja tarjonnan rakenne markkinoilla.*⁹⁶

Määritelmä on melko laeva mutta siitä voidaan tuoda esiin logiikka, jolla relevantit tuotemerkkinat määritellään. Määrittäminen tapahtuu etsimällä substituutteja. Substituuteilla tarkoitetaan tuotteita ja palveluita, joiden kuluttamisen osalta kysyntäpuoli on indifferentti⁹⁷ kahden vaihtoehdon välillä – heille on saman tekevää kumman valitsevat.

Substituuttivaikutus voidaan jakaa vielä kysyntä- ja tarjontapuolen substituutioon.⁹⁸ Kysyntäpuolella tarkoitetaan tahoja, jotka ostavat tuotteita ja palveluita, yleensä kuluttajia. Kysyntäpuolen osalta tutkitaan tuotteiden ominaisuuksia ja käyttötarkoituksia. Samankaltaiset tuotteet, esim. pakastimet ja jääkaappipakastimet, kuuluvat todennäköisesti samoille markkinoille.⁹⁹ *Ferro* on tutkinut EUT:n oikeuskäytäntöä ja sen perusteella tuonut esille palasia, joita tulisi ottaa huomioon, kun arvioidaan kysyntäpuolen osalta itsenäisiä markkinoita. Samankaltaiset kysyntärakenteet kuuluvat todennäköisesti samoille markkinoille, toisaalta itsenäinen rakenne viittaa itsenäisiin markkinoihin. Tuoteniput, joita ostetaan suurissa määrin,

⁹⁴ Ks. *Ferro* 2019, luvut 6–8.

⁹⁵ Keskeisempänä uudistuksena oli teknologian ja innovaatioiden huomioiminen tiedonannossa. Nykyinen ottaa nämä paljon paremmin huomioon ja soveltuu myös datasäädöksen alaan paremmin.

⁹⁶ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 12.

⁹⁷ Indifferentillä tarkoitetaan, että kuluttajalle kaksi vaihtoehtoa ovat yhtä hyviä. Tätä kuvaa samahyötykäyrä, joka kuvastaa niitä kulutuspareja, jotka tuottavat saman hyödyn. Ks. Core-Economics sanasto, kohta samahyötykäyrä.

⁹⁸ Van Bael – Bellis 2010, s. 120–123.

⁹⁹ Van Bael – Bellis 2010, s. 121.

muodostava todennäköisesti itsenäiset markkinat.¹⁰⁰ Toisena yhtä tärkeänä osana kysyntäpuolta on hinta ja sen vaikutus.¹⁰¹

Hinnan vaikutusta kysyntään tutkitaan hypoteettisen monopolistin testillä (SSNIP-testi)¹⁰². Testissä tutkitaan, mitä tapahtuu kysynnälle, jos hypoteettinen monopolisti nostaisi hintoja pysyvällä tavalla n. 5–10 % yli kilpailullisen hinnan.¹⁰³ Komission uudessa tiedonannossa markkinoiden määrittämisestä löytyy komission määrittämä tapa, kuinka SSNIP-testiä sovelletaan. Jos hinnan nostamisen jälkeen kysyntä siirtyy korvaaville tuotteille ja tästä seuraa, ettei hintojen nosto ole kannattavaa, lisätään korvaavat tuotteet alkuperäisille tuotteille. Uudelle laajemmalle tuoteperheelle SSNIP-testi tehdään uudestaan. Menettelyä toistamalla saadaan määritettyä tuotekokonaisuus, joka muodostaa itsenäisen markkinan.¹⁰⁴ Markkina-analyysissä kysyntäpuolen tutkiminen on dominoinut EU:ssa.¹⁰⁵ Sen analysointia pidetään jokseenkin helpompana verrattuna tarjontapuolen analysointiin.¹⁰⁶

Tarjonnan substituution osalta tutkitaan, miten tarjonta reagoi muutoksiin esim. hinnassa. Tarjonnan korvaavuuden osalta arvioidaan, kuinka helppoa yrityksillä on uudelleen konfiguroida tuotantoansa toisen tuotteen valmistamiseen. Uudelleen konfiguroinnin mahdollisuus riippuu siitä, kuinka paljon uponneita kustannuksia syntyy tuotannon vaihtamisessa ja kuinka suuri riski vaihtamiseen liittyy. Uponneet kustannukset tarkoittavat tässä investointeja, jotka menetetään, kun tuotantoa vaihdetaan. Riski voi olla esimerkiksi kysynnän ja hinnan suurta vaihtelua.¹⁰⁷ Tarjonnan korvaavuus on yleensä voimakasta, kun samasta tuotteesta valmistetaan useita eri versioita, ja valmistajalla on helppo vaihtaa tuotantoa eri versioiden välillä.¹⁰⁸ Toinen tapaus, jossa tuotteiden korvaavuus on todennäköisesti voimakasta, on mittatilaustuotteet. Tällöin on järkevää aggregoida useat mittatilaustuotteet

¹⁰⁰ Ferro 2019, s. 160–161.

¹⁰¹ Van Bael – Bellis 2010, s. 121.

¹⁰² SSNIP-testi on lyhenny sanoista *small but significant non-transitory increase in price*. Tarkoittaa pientä mutta merkittävää ja ei siirrettävää hintojen nousua yli kilpailullisen tason.

¹⁰³ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 59. Coate – Fisher 2008, s. 1035.

¹⁰⁴ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohdat 29–30.

¹⁰⁵ Ferro 2019, s. 108.

¹⁰⁶ Ferro 2019, s. 110.

¹⁰⁷ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 33.

¹⁰⁸ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 34.

yksille markkinoille.¹⁰⁹ Jos vain osalla tuottajista on kykyä reagoida tarjonnan muuttumiseen, ei tällöin koko markkinaa pidä integroida.¹¹⁰ Tarjontapuolen osalta voisi tiivistää, että tarjontapuoli pitää huomioida markkinoilla, jos se pystyy reagoimaan lyhyellä aikavälillä homogeeniseen 5–10 %:n kokoiseen ei siirrettävään hintojen korotukseen. Muissa tapauksissa korvaavuusefekti on liian vähäinen tai hidas, eikä sitä tule huomioida markkinoiden määrittämisessä. Datasäädöksen tulkintojen osalta tämä tiukka rajaus noudattelee hyvin säädöksen tarkoitusta estää suoraa kilpailua IoT-laitteiden kanssa, joista data on tuotettu. Esimerkkinä vielä; älykellosta tehdään kahta versiota, täys- ja vajaaversio. Kolmas osapuoli hankkii dataa täysversion valmistajalta, ja käyttää sitä vajaaversio parantamiseen. Tarjonnan kannalta on helppo vaihdella näiden kahden version välillä. Tämän takia kolmas osapuoli kilpailisi suoraan samoilla älykellomarkkinoilla, ja olisi syyllistynyt kiellettyyn datan hyödyntämiseen.

Datasäädöksen johdanto-osassa on vielä tarkemmin avattu, millä perusteella määritellään tuotemarkkinoita kilpailuoikeudellisen tulkinnan lisäksi. Dataa on kielletty käyttää laitteen valmistamiseen, joka on ominaisuuksien, hinnan ja käyttötarkoituksen perusteella käyttäjien näkökulmasta korvaava tai vaihdettava.¹¹¹ Kriteeristö on linjassa komission uuden linjapaperin kanssa, mutta vaatii kuitenkin tarkempaa kilpailuoikeudellista tulkintaa.¹¹²

3.2 Markkinamäärittelyn taloustieteellinen perusta

3.2.1 Keskeiset kvantitatiiviset menetelmät

Markkinoiden määrittelyn perusta on taloustieteellisessä analyysissä.¹¹³ Kuitenkin arviointi on aina lopulta juridista. Nyt kun ei varsinaisesti ole oikeustapausta eikä dataa, ei voida suorittaa kvantitatiivista analyysiä markkinoista eri testeillä. Kuitenkin testien yleisistä oletuksista,

¹⁰⁹ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 35.

¹¹⁰ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 36.

¹¹¹ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

¹¹² Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 12.

¹¹³ Ks. markkinoiden määrittämisestä Bresnahan 1989. Jokseenkin jo vanha artikkeli eri empiirisistä menetelmistä markkinoiden määrittämisestä. USA:n kilpailuviranomaisen käytännöstä ks. Scheffman – Coate – Silvia 2003, s. 285–288.

tuloksien tulkinnoista ja ongelmakohdista voi saada lisäkontekstia juridisen analyysin ympärille.

SSNIP-testi on yksi käyttökelpoisimmista kvantitatiivisista menetelmistä substituuttimarkkinoiden määrittelyssä.¹¹⁴ Vaikkei EUT käytä lähestulkoon aina testiä, on sitä useissa tuomioissa käytännössä sovellettu, esimerkiksi määriteltäessä, miltä osin varsinaisen tuotteen kysyntä muuttuu, jos siihen liittyvillä jälkimarkkinoilla osien/tuotteiden hintaa nostettaisiin.¹¹⁵ Vaihtoehtona pistemäisesti markkinoiden tutkimiselle SSNIP-testillä voidaan tarkastella yleisesti tasapainoa markkinoilla. Siinä tutkitaan, miten hinnannosto vaikuttaa muihin kolmansien markkinoiden tuottajiin, ja heidän strategiseen käyttäytymiseensä. Logiikkana on, olettaen aloittamiskustannusten olevan tarpeeksi alhaalla, että muilta markkinoilta siirtyisi tuottajia tuottavimmille markkinoille. Tätä kautta syntyy epäsuorasti kilpailupainetta, joka puhuu markkinoiden hallintaa vastaan.¹¹⁶

SSNIP-testin empiirisenä jatkeena on kriittisten menetyksien analyysi (CLA).¹¹⁷ CLA:ssa määritetään monopolistin kriittinen menetys/tappio. Oletuksena on, että markkinoilla vallitsee selkeästi yksi hinta. Monopolisti ansaitsee hinnankorotuksen jälkeen suuremman marginaalin relevanteilla markkinoilla, mutta häviää kaiken kysynnän, joka siirtyy substituuttimarkkinoille.¹¹⁸ Siirtymän perusteella estimoidaan kriittinen teoreettinen tappio ja sitä verrataan oikeaan hinnankorotukseen.¹¹⁹ Kriittinen tappio on kynnsarvo, jonka ylittämisen jälkeen hinnannosto ei ole taloudellisesti kannattavaa, sillä kysynnän siirtyminen syrjäyttää korkeammasta hinnasta saadun tulon, jolloin kokonaisvaikutus on negatiivinen.¹²⁰ On olemassa muitakin tapoja määrittää empiirisesti markkinoita. Yksi tapa on käyttää luonnollista koetta. Tässä kokeessa tutkitaan, miten ulkoinen shokki vaikuttaa markkinatasapainoon ja yritysten

¹¹⁴ Ferro 2019, s. 130–131.

¹¹⁵ Ks. tuomio 29.03.2012, Telefonica, T-336/07, EU:T:2012:172, kohta 139.

¹¹⁶ Coate – Fischer 2008, s. 1043.

¹¹⁷ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 59. Coate – Fischer 2008, s. 1042. Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 329–330. Werden 2003, s. 266–268. CLA engl. *Critical Loss Analysis*.

¹¹⁸ Coate – Fischer 2008, s. 1040–1041. Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 329–330.

¹¹⁹ Ferro 2019, s. 133.

¹²⁰ CLA-testiin liittyen *Werden* on analysoinut eri oletuksien vaikutusta testiin. Lisää tästä ks. Werden 2002.

käyttäytymiseen. Käyttäytymisestä voidaan, johtaa markkinarajoja. Yleisenä shokkina käytetään stabiileilla markkinoilla uuden yrityksen tuloa, tai markkinoilta poistumista.¹²¹

Markkinamäärityksen ongelmien osalta voidaan lähteä liikkeelle klassisesta ongelmasta eli *Cellophane*-harhasta. USA:n korkein oikeus¹²² tutki *Du Pont*:n asemaa sellofaanin markkinoilla. SSNIP-testin virheellisen soveltamisen perusteella oikeus katsoi markkinat liian laajaksi. Liian laajan markkinan takia vaikutti, ettei *Du Pontilla* ollut markkinavoimaan niin paljon, että se olisi voinut käyttää hyväksi markkina-asemaa. SSNIP-testin liian manuaalinen soveltaminen johti virheelliseen johtopäätökseen ja tuomioon.¹²³ *Cellophane*-harhalle on myös robusti teoreettinen pohja. *Vassallo* on tutkimuksessaan käynyt läpi teoreettisella tasolla SSNIP-testin ongelmia. Hän on näyttänyt, että esim. *Cournot* mallinetussa kilpailussa, SSNIP-testi voi herkästi indikoida liian laajat markkinat, joka johtaa *Cellophane*-harhaan.¹²⁴

SSNIP-testin ongelmana on löytää hinnan oikea kilpailullinen taso. Kun hinnanmuutosta tutkitaan, peilataan sitä aina kilpailulliseen tilanteeseen. Vaikka jokainen malli on lähtökohtaisesti yksinkertaistus oikeasta maailmasta, niin on kuitenkin käytännössä vaikea löytää numeerisesti oikea kilpailullinen hintojen taso.¹²⁵ Oikean hinnan löytäminen vaatii tietyllä tavalla kehäpäättelyä. Oikean kilpailullisen hintatason löytäminen vaatii markkinoiden määrittämistä, toisaalta hintatason avulla pyritään määrittämään markkinat.¹²⁶ Irrallisena huomiona voi mainita, että on muitakin mallinnustapoja kuvata markkinoita, ja nämä eivät kärsi vastaavalla tavalla harhasta. *Werden* on esitellyt erään mallin, joka takaa yhtäläisen hinnan korotuksen vaikutuksen eri tahoille, eli helpottaa SSNIP-testin soveltamista.¹²⁷ *Werden* on vielä esitellyt erään USA:n oikeudessa olleen yrityskaupan yhteydessä, että kuvailtu malli olisi soveltunut paremmin, suhteessa perinteiseen SSNIP-testiin.¹²⁸

¹²¹ Coate – Fischer 2008, s. 1044–1045.

¹²² Tapaus, United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

¹²³ Ferro 2019, s. 137–138. Schaer 1985, s. 676–677. Ks. kapeista sellofaani markkinoista Stocking – Mueller 1955, s. 51–52.

¹²⁴ Vassallo 2017, s. 276–278.

¹²⁵ Ferro 2019, s. 139.

¹²⁶ Ferro 2019, s. 140.

¹²⁷ Werden 2016, s. 345–346.

¹²⁸ Kyseessä oli *Sysco* tapaus. Tapauksessa Sysco yritti fuusioita US-foods yrityksen kanssa. Kuitenkin USA kilpailuviranomainen katsoi, että fuusio vähentäisi merkittävästi kilpailua ruokapalveluiden jakelumarkkinoilla

Cellophane-harhalla on myös käänteinen puoli. Tämä syntyy tilanteessa, jossa markkinoiden hintataso on liian alhainen. Kun hintaa nostetaan kilpailulliselle tasolle, ei käytännössä tapahdu mitään siirtymää markkinoilla. Tässä tilanteessa markkinat määritetään liian kapeaksi. Liian kapea määritelmä yliarvioi osapuolten markkinavoimaa.¹²⁹ On muutamia tilanteita, joissa näin voi käydä. Ensimmäisenä ovat säännellyt markkinat. Näillä markkinoilla lainsäätaja/viranomainen on voinut asettaa hinnan alle kilpailullisen tason. Toisena ovat kilpailumenettelyt, joissa hinta lasketaan tarkoituksella alhaiselle tasolle, kuten saalishinnoittelu. Saalishinnoittelussa markkinoilla oleva vahvempi yritys voi ”saalistaa” heikompaa osapuolta. Menettelyn tarkoituksena on, että hinta lasketaan lähellä kustannuksia, siten ettei tuotteesta tehdä voittoa, tai niillä tehdään tappiota. Tällöin paremmassa taloudellisessa asemassa, vakavaraisempi tai parempi luottoluokitus¹³⁰, oleva osapuoli voi sietää tappioita ja ajaa heikommat yritykset ulos markkinoilta.¹³¹ Jos menettely jatkuu pitkään, voi SSNIP-testissä hinta vaikuttaa alhaisemmalta verrattuna oikeaan kilpailulliseen tasoon. Tällöin päädytään käänteiseen *Cellophane*-harhaan.¹³² *Vasallo* on myös käänteisen *Cellophane*-harhan tapauksessa näyttänyt teoreettisella mallilla, kuinka herkästi SSNIP-testi johtaa virheelliseen päätelmään.¹³³

Markkinoiden määrittämiseen liittyy myös muita jokseenkin ilmeisiä ongelmia. Yhtenä keskeisenä ongelmana kaikkeen empiiriseen työhön on datan saatavuus. CLA:n osalta erityisiä haasteita ovat: markkinat ovat liian yksinkertaiset rakenteelta, analyysi ei tuota lisäarvoa tai dataa ei ole saatavilla.¹³⁴ Empiirisen analyysin osalta ongelmana on usein kontrafaktuaalin (verrokin) löytäminen. Analysoitaessa ulkoisen shokin vaikutusta markkinoihin vaikutuksen suuntaa ja kokoa voidaan arvioida vertaamalla kehitystä toiseen markkinaan. Kehityksen ei

ja haki kieltoa fuusiolla oikeudessa. Oikeus oli viranomaisen kanssa samaa mieltä ja kielsi fuusion. Kuitenkin *Werdenin* näkemyksen perusteella, oikeus tulkitsi väärin SSNIP-testiä tapauksessa, joka osittain johti virheelliseen markkinoiden määrittämiseen. Ks. FTC tapaus 141 0067 sekä *Werden* 2016, s. 347–349.

¹²⁹ Aron – Burnstein 2010, s. 987.

¹³⁰ Talousjargonilla ilmaistuna pienempi likviditeettirajoite. Markkinaosapuolista yleisesti kauemmin ollut vahvempi osapuoli saa parempaa luottoa, koska luottotappio riski (*default premium*) ja sitä kautta riskipremio, eli hinta, jonka riskistä lainaaja joutuu maksamaan, on pienempi. Ks. riskipremiosta, *Default Premium: What it Means, How it Works*.

¹³¹ Saalishinnoittelu ks. Jones – Lovdahl-Gormsen 2013 s. 427–429.

¹³² Aron – Burnstein 2010, s. 987. Ferro 2019, s. 139–140.

¹³³ *Vasallo* 2017, 269–270.

¹³⁴ Coate – Fischer 2008, s. 1032. Lisää kritiikkiä/riskejä CLA-menettelystä ks. Katz – Shapiro 2003.

tarvitse olla täysin identtinen, mutta kontrafaktuaalin kehityksen pitää olla shokkihetkeen asti riittävän samanlainen, jotta markkinoita voidaan verrata keskenään.¹³⁵ Ekonometrisesti on myös mahdollista luoda ”synteettinen vastine”, jossa yhdistetään useita eri ominaisuuksia luovuttajahavainnoista, jolloin voidaan keinotekoisesti luoda sopiva kontrafaktuaali.¹³⁶ Synteettisen vastineen luomisessa ongelmana on jälleen datan saatavuus. Muutenkin markkinoiden arviointi *ceteris paribus* -oletuksella on vaikeaa. Oletuksen ideana on, että kaikki analyysin kannalta ei oleelliset aspektit pysyvät vakiona, ja muutos kohdistetaan vain yksittäiseen muuttujaan, kuten hintaan.¹³⁷ Tämän jälkeen tutkitaan vaikutusta esimerkiksi kysynnän siirtymiseen. Markkinat ovat kuitenkin elävä organismi, jossa saman aikaan tapahtuu paljon liikehdintää sekä kysyntä että tarjontapuolella. Hieman kriittisesti voi pohtia, miten systeemin eristäminen ja jäädyttäminen vaikuttaa tulkinnan tuloksiin tutkittaessa *de facto* dynaamisia vaikutuksia.¹³⁸

3.2.2 Ristijousto ja markkinavoima

Kvantitatiivisen markkinoiden määrittämisen osalta keskeisenä käsitteenä on kysynnän hintajousto.¹³⁹ Sillä tarkoitetaan, kuinka paljon hyödykkeen kysyntä muuttuu, kun sen hintaa korotetaan. Joustoluku muodostetaan siten, että kysynnän prosentuaalinen muutos jaetaan hinnan prosentuaalisella muutoksella. Lukua tulkitaan siten, että jouston ollessa yhden ja nollan välillä muutos hinnassa ei vaikuta yhtä suuresti kysytyyn määrään eli on joustamatonta.

¹³⁵ Kyseessä on kausaalipäätelyä. Se, että datasta löytyy korrelaatio joidenkin muuttujien välillä, ei tarkoita automaattisesti syy-seuraus-suhdetta. Kontrafaktuaalin avulla voidaan verrata kehitystä tutkittavaan muuttujaan ja suorittaa robustia kausaalipäätelyä. Näin pyritään selvittämään oikea kausaalivaikutus ilmiöiden välillä. Ekonometrisessä tutkimuksessa on paljon panostettu kausaalipäätelyyn ja yksi yleinen metodi on esimerkiksi *difference-in-differences* (DID). Siinä verrataan kahden riippumattoman ryhmän kehitystä. Hyvän analyysin pohjalla on, että ryhmien kehitys on ollut samanlaista yli ajan. Kun toinen ryhmä kokee intervention/shokin kuten lakimuutoksen, tutkitaan, miten intervention jälkeen kohderyhmän kehitys on muuttunut suhteessa verrokkiryhmään. Vertaamalla näitä voidaan arvioida shokin vaikutus kehitykseen. Lisää DID:stä ks. Angrist – Pischke 2008, s. 227. Cunningham 2021, s. 406–411. Ks. kontrafaktuaalista Cunningham 2021, s. 125–125.

¹³⁶ Ks. Arkhangelsky – Athey – Hirshberg – Imbens – Wager 2021, s. s. 4088–4091. Cunningham 2021, s. 511–512.

¹³⁷ Cunningham 2021, s. 11.

¹³⁸ Absoluuttisesti numeeriset arviot ovat aina vääriä. Tarkoituksena on tutkia muutosten suuntia. Voimakkaat muutokset ehkä indikoivat, SSNIP-testin tapauksessa, laajempia markkinoita. Taloudellisten mallien hyvyys ja voima perustuu juuri siihen, että ne ovat yksinkertaistuksia oikeasta maailmasta. Mallien tulkinnessa tulisi siis keskittyä muutosten suuntaan ja kokoon, eikä varsinaisesti tarkkoihin numeerisiin arvoihin. Ks. Back to Basics – What are economic models?

¹³⁹ Normaalisti muihin markkinoiden määrittämisen mittareihin liittyy melko paljon ekonometrista analyysiä. Ristijousto on kuitenkin helposti ymmärrettävä ja melko kuvaileva luku, josta voidaan tehdä yksinkertaisia päätelmiä markkinoista.

Esimerkiksi 10 %:n hinnankorotus vähentää kysyntää vain 5 %. Jos luku on yli yhden, puhutaan joustavasta kysynnästä. Esimerkiksi 10 %:n hinnan lasku lisää kysyntää 15 %.¹⁴⁰ Kysynnän hintajoustosta voidaan johtaa kysynnän ristijousto. Siinä tuotteen A kysynnän prosentuaalinen muutos jaetaan tuotteen B hinnan prosentuaalisella muutoksella. Jos ristijousto on positiivinen ovat tuotteet substituutteja. Esimerkiksi jos Tuotteen B hinta nousee, lisää tämä tuotteen A kysyntää. Tällöin tuotteet ovat substituutteja, jolloin hinnan nousua voidaan kompensoida vaihtamalla omaa kulutusta toiseen tuotteeseen. Käytännössä SSNIP-testillä pyritään estimoimaan tätä joustoa.

Markkinoiden määrittämisen osalta on keskeistä selvittää juuri kulutuksen siirtymistä tuotteiden välillä, jolloin voidaan substituuttien avulla määrittää, kuinka leveät markkinat ovat. Tietenkin ristijoustolla on ilmeisiä rajoituksia. Ensinnäkin luku ei ole vakio kaikilla hinta-kysyntätasoilla. Luonnollisesti voidaan nähdä, että mitä korkeampi tuotteen hinta on sitä vähemmän pieni muutos hinnassa vaikuttaa kysynnän siirtymiseen. Esimerkiksi, jos banaanikilon hinta nousee 5 euroa, todennäköisesti tapahtuu kulutuksen siirtymistä omenoihin. Toisaalta, jos uuden sähköauton hinta nousee 500 euroa, ei se välttämättä aiheuta merkittävää siirtymää kysynnässä polttomoottoriautoihin. Ristijouston kautta voidaan johtaa *Lerner*-indeksi, joka kuvastaa yrityksen monopolivoimaa. Toinen tapa johtaa *Lerner*-indeksi on ottaa hinnan ja rajakustannuksen erotus ja jakaa se hinnalla. Tästä saadaan selville, kuinka suuren hintakiilan yritys voi laittaa rajakustannuksen päälle. Täydellisillä markkinoilla hinta on sama kuin rajakustannus eli kiila on nolla. Normaaleilla markkinoilla kiila on olemassa mutta, jos yritys voi asettaa suuren kiilan indikoi se monopolivoimaa.¹⁴¹

Yleisesti kvantitatiiviset menetelmät ja eri indeksit liittyvät markkinavoiman määrittämiseen. Pyrkimys on selvittää, kuinka paljon yrityksellä on markkinavoimaa, joka realisoituu esim. kykynä hinnoitella korkeammalle menettämättä asiakkaita. Yrityksen markkinavoima yritetään yleensä johtaa sen markkinaosuudesta.¹⁴² Tähän menettelyyn on liittynyt paljon kritiikkiä, joidenkin taloustieteilijöiden puolelta. Suurimpana kriitikkona on ollut *Kaplow*. Hänen

¹⁴⁰ Matemaattinen esitys, Curtis – Irvine 2015, s. 86–87. Ks. yksinkertainen sanallinen esitys, Price Elasticity of Demand Meaning, Types, and Factors That Impact It.

¹⁴¹ Elzinga – Mills 2011, s. 558–560.

¹⁴² Markkinaosuuksia ja markkinoiden keskittyneisyyttä kuvaillaan *Herfindahl-Hirschman-indeksillä*. Se on yritysten markkinaosuuksien neliöiden summa. Indeksien luku on aina 0 ja 10.000 välissä. Komissio on esim. asettanut kynnsarvot sille, milloin markkinat ovat liian keskittyneet. Whish – Bailey 2015, s. 45–46. Markkinavoima markkinaosuuksista ks. Kaplow 2010, s. 443–447.

näkemyksensä perusteella markkinavoiman määrittäminen markkinaosuuksista on looginen mahdollisuus. Markkinaosuuksiin perustuva lähestymistapa on lähtökohtaisesti arvio, ja sisältää virheen suhteessa oikeaan tasoon. Virheen suuntaa ei voi kuitenkaan arvioida sillä paras veikkaus markkinavoimasta on paras veikkaus. Kun virheen kokoa tai suuntaa ei voida tietää, markkinavoiman oikeudellinen arviointi on kyseenalaista johtaa markkinaosuuksiin perustuvasta analyysistä. Tämän vuoksi menetelmää ei tulisi käyttää.¹⁴³

Datasäädöksen markkina-analyysissä säästytään näiltä ongelmilta. Kyseessä on pitkälti relevantin tuote-, maantieteellisen- ja temporaalisen markkinan määrittämisestä. Keskeisenä kysymyksenä ei ole vaikutukset kilpailuun ja markkinoiden keskittymiseen, jotka olisivat perinteisiä markkinavoimateemoja. Markkinavoima pikemminkin kuvaa yrityksiä, kun taas datasäädöksen markkinoiden määrittämisestä tarkoituksena on löytää tuotemarkkinat, eikä yritykset ole tässä keskiössä.¹⁴⁴ Aiemmin esitettyä joustojen käsitettä tarvitaan SSNIP-testissä ja substituuttien määrittämisessä, joka rajaa markkinat.

Nyt kun markkinoiden määrittelylle on rakennettu voimakas taloustieteellinen pohja, voi oikeutetusti kysyä, mihin juristeja edes tarvitaan markkinoiden määrittelyssä. *Werden* on artikkelissaan ehdottanut, että juristien merkitystä tulisi vähentää merkittävästi. Hän on ehdottanut, että taloustieteilijöiltä tulisi ottaa vastaan todistelua ja taloustieteilijöiden pitäisi toimia tuomareiden teknillisinä neuvonantajina.¹⁴⁵ Kuitenkin olen hieman erimielistä tästä, ja olen asiassa enemmän *Ferron* näkemyksen kannalla. *Ferro* on huomauttanut, että vaikka markkinoiden määrittämisessä onkin voimakas taloustieteellinen pohja, viimesijainen analyysi on oikeudellinen.¹⁴⁶ Oikeustieteessä muutenkin kyseessä on tosiseikkojen sovittamisesta oikeusnormeihin ja punninta niiden välillä tapauskohtaisesti. Markkinoiden määrittämisessä ei tule orjallisesti seurata kvantitatiivista analyysiä. Oikeudellisen tulkinnan avulla voidaan ottaa huomioon laajasti eri aspekteja, jotka vaikuttavat tuotemarkkinoihin eikä niitä välttämättä

¹⁴³ Kaplow 2012, s. 924–928. Alkuperäinen *Kaplowin* kritiikki ks. Kaplow 2010. Keskeinen huomio *Kaplowin* kritiikissä oli, että markkinavoimaa voidaan nykyisellä tavalla päätellä vain, kun tuotteen ovat homogeenisiä, mikä oli *Kaplowin* mukaan liian tiukka oletus. Kaplow 2010 s. 515. *Werden* on vastauksessaan *Kaplowin* tekstiin avannut, että *Kaplowin* lähestymistapa perustuu virheellisiin oletuksiin useista läheisistä substituuttien (ei homogeenisessä ympäristössä) hallinasta. Kuitenkin *Werden* tunnustaa, että jako passiivisiin ja aktiivisiin kilpailuefekteihin helpottaa markkinavoiman tulkinnassa. *Werden* 2013, s. 745–746.

¹⁴⁴ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

¹⁴⁵ *Werden* 2016, s. 349. *Kaplow* on myös kritisoinut oikeustieteilijöiden kykyä analysoida numeerisia ongelmia. Kaplow 2010, s. 506.

¹⁴⁶ *Ferro* 2019, s. 26–27.

havaita taloudellisessa analyysissä. Näin ollen, vaikka datasäädöksen tapauksessa seurataan kilpailuoikeudellista tulkintaa markkinoiden määrittelyssä ja kvantitatiivista puolta, tulee markkinoiden määrittästä soveltaa juridisesti datasäädöksen valossa.

3.3 Markkinamäärityksen juridinen arviointi

3.3.1 Tuotemarkkinat

Oikeuskäytäntö ohjaa sekä komission että kansallisten kilpailuviranomaisten toimintaa markkinoiden määrittelyssä. Keskeisimmistä tapauksista voidaan johtaa tärkeimmät oikeusohjeet siitä, miten markkinoiden määrittämisen substituuttiarviointia sekä maantieteellistä ulottuvuutta tulisi soveltaa datasäädöksen osalta. Ensimmäisenä katsotaan tapausta *United Brands (UB) v. komissio*. Tässä tapauksessa oli kyse banaanimarkkinoista, ja siitä että UB hinnoitteli *Chiquita* merkkisiä banaaneja eri lailla eri maissa. Tuotemarkkinoiden osalta oli keskeisenä kysymyksenä, olivatko banaanit ja muut tuoreet hedelmät samoilla markkinoilla.¹⁴⁷ Hintojen osalta banaanien hinta laski, kun tuli muiden hedelmien, kuten appelsiinien, sesonki.¹⁴⁸ Tämä ainakin osaltaan indikoi tuotteiden substituutiota. Tuomioistuimien totesi, että banaanien kulutus on tietyille väestösegmenteille erityisen tärkeää.¹⁴⁹ Banaaneja on myös saatavilla vuoden ympäri siten, että ylikapasiteetti mahdollistaa vastauksen positiivisiin kysyntäshokkeihin.¹⁵⁰ Suhteessa muihin ympärivuotisesti tarjottaviin hedelmiin banaaneilla oli uniikit ominaisuudet.¹⁵¹ Näiden perusteella unionin tuomioistuin piti banaanimarkkinoita omana irrallisena markkinana.¹⁵² Älylaitteiden osalta keskeisenä tuotemarkkinarajaukselle on ominaisuuksien merkitys kulutukseen. Tämä tarkoittaa, että tuotteiden osalta pitää tutkia niiden käyttötarkoitusta ja ominaisuuksia.¹⁵³ Tätä myös heijastelee uusi komission tiedoksianto markkinoiden määrittämisestä, jossa nimenomaisesti nostettiin yhdeksi kriteeriksi tuotteiden

¹⁴⁷ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 12–13.

¹⁴⁸ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 15–16.

¹⁴⁹ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohta 19.

¹⁵⁰ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 23–24.

¹⁵¹ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 25–26.

¹⁵² Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohta 35.

¹⁵³ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

korvattavuuden osalta ominaisuudet ja käyttötarkoitus.¹⁵⁴ Kirjallisuudessa on myös tuotu esille näkemys, että kuluttajajoukkoa rajatessa pitää olla selkeää, ketkä kuuluvat relevantin markkinan kuluttajiin. Lisäehtona on myös, ettei jälkimarkkinoilla saa olla arbitraasimahdollisuutta^{155, 156}.

Hoffman La Roche (HLR) v. komissio oli kyse vitamiinimarkkinoista. HLR:n väitettiin käyttäneen hyväkseen määräävää markkina-asemaa vitamiinimarkkinoilla.¹⁵⁷ Riidan osapuolet hyväksyivät komission esityksen, että jokaista vitamiinia pidetään omana tuoteryhmänä.¹⁵⁸ HLR kuitenkin haastoi, että C- ja E-vitamiini kuuluivat samoille markkinoille. Molemmilla vitamiineilla oli myös nyt tutkittavana olevan kulutusmarkkinan (farmaseuttinen ja lisäravinne) lisäksi kysyntää lisäaineena muillakin aloilla.¹⁵⁹ Tuomioistuimen näkemyksen mukaan tuote voi kuulua useille eri markkinoille. Jotta tuotteet voisivat kuulua samoille markkinoille, pitää niiden välillä tapahtua substituutiota riittävästi tarjonnan vaihdellessa.¹⁶⁰ EUT kuitenkin ilmaisi, että komission alkuperäisessä päätöksessä oli epävarmuutta markkinarajauksen osalta.¹⁶¹ EUT:n lopullinen johtopäätös oli, että vähäinen substituutio teknologisilla markkinoilla ei oikeuttanut tuotteiden sisällyttämistä samoille markkinoille.¹⁶² Keskeinen oikeusohje oli, että substituution pitää olla merkittävää, jotta voitaisiin sisällyttää tuotteet samoille markkinoille toisen markkinan perusteella. Datasäädöksen tapauksessa tulee älylaitteella olla riittävästä kysyntästä eri markkinoilla tai kysynnän pitää reagoida muutoksiin, jotta tuotemarkkinat voitaisiin integroida.

¹⁵⁴ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 12b sekä vanha tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 7.

¹⁵⁵ Arbitraasilla tarkoitetaan yleisesti, että saadaan varmasti positiivinen tuotto ilman riskiä. Jälkimarkkinoiden tapauksessa ostetaan tuote A hinnalla X, ja ostaja saa sen varmasti myytyä hintaan X+B jälkimarkkinoilla. Näin saadaan arbitraasituotto B varmasti ilman riskiä. Ks. perinteinen arbitraasi Delbaen – Schachermayer 2006, s. 3–4.

¹⁵⁶ Ezrachi 2018, s. 38.

¹⁵⁷ Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohdat 1–3.

¹⁵⁸ Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 23.

¹⁵⁹ Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 25.

¹⁶⁰ Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 28.

¹⁶¹ Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 29.

¹⁶² Tuomio 13.02.1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 30. Ezrachi 2018, s. 39.

Tapauksessa *Europemballage Corp ja Continental Can v. komissio* oli kyse fuusiosta, jonka komissio oli kieltänyt.¹⁶³ Unionin tuomioistuin kumosi päätöksen toteamalla, ettei komissio ollut riittävästi selvittänyt metallisten säilyketölkkien markkinoita.¹⁶⁴ EUT painotti erityisesti markkinoiden määrityksen tärkeyttä ja sitä, että arviointi tapahtuu tutkimalla vain tuotteen ominaisuuksia, käyttöä sekä vaihdettavuutta muihin tuotteisiin.¹⁶⁵ Tuomioistuin mainitsi päätöksessään, ettei komissio ollut arvioinut pakkausten erityispiirteitä. Tämän takia ei voitu arvioida sitä, miten muista kevytmetallipakkauksista voitiin siirtyä nyt kyseessä olleisiin tuoteryhmiin.¹⁶⁶ Komission päätöksessä oli sisäistä kontradiktiota, koska osa perusteluista viittasi oikeastaan laajempien markkinoiden olemassaoloon.¹⁶⁷ Päätös etabloi käytännön, että markkinat kuuluu määrittää oikein.

Tapauksessa *Nederlandesche Banden Industrie Michelin (NBIM) v. komissio* oli kyse *Michelin*-merkkisten renkaiden valmistuksesta ja jälleenmyynnistä. Markkinoiden määrityksen osalta EUT tutki, oliko raskaiden ajoneuvojen, henkilöautojen ja pakettiautojen renkaat sekä niiden uudelleenpinnoitus samoilla markkinoilla.¹⁶⁸ Tämä oli merkityksellistä sillä raskaiden ajoneuvojen renkaiden markkinoilla NBIM:llä oli vahva markkina-asema.¹⁶⁹ Jos kaikki markkinat aggregoitaisiin yhteen markkinaosuus laskisi alle viiterajojen. EUT painotti päätöksessään, ettei markkinoiden määrityksessä ole kyse vain objektiivisesta arvioinnista, vaan kokonaisuudesta, jossa otetaan huomioon kilpailu kysyntä- ja tarjontapuolella.¹⁷⁰ EUT perusteli, ettei raskaan kaluston renkaiden ja henkilöautojen vaihtorenkaiden markkinoilla ole lainkaan keskinäistä substituutiota. Lisäksi tuotantolaitosten uudelleenkonfigurointi valmistettavaa tuotetta vaihdettaessa on vaikeaa.¹⁷¹ Kysyntäpuoli oli myös merkittävästi erilainen, koska raskaan kaluston renkaiden ostajat ovat ammattimaisia verrattuna

¹⁶³ Tuomio 21.02.1973, *Continental Can*, C-6/72, EU:C:1973:22, kohta 1.

¹⁶⁴ Tuomio 21.02.1973, *Continental Can*, C-6/72, EU:C:1973:22, kohdat 33 ja 37.

¹⁶⁵ Tuomio 21.02.1973, *Continental Can*, C-6/72, EU:C:1973:22, kohta 32.

¹⁶⁶ Tuomio 21.02.1973, *Continental Can*, C-6/72, EU:C:1973:22, kohta 33

¹⁶⁷ Tuomio 21.02.1973, *Continental Can*, C-6/72, EU:C:1973:22, kohta 34.

¹⁶⁸ Tuomio 09.11.1983, *Michelin*, C-322/81, EU:C:1983:313, kohdat 1–4.

¹⁶⁹ Tuomio 09.11.1983, *Michelin*, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 33.

¹⁷⁰ Tuomio 09.11.1983, *Michelin*, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 37.

¹⁷¹ Tuomio 09.11.1983, *Michelin*, C-322/81, EU:C:1983:313, kohdat 39 ja 41.

perusrenkaiden ostajiin.¹⁷² EUT myös totesi, että raskaan kaluston osalta jälleenmyyntiporras joutuu tarjoamaan kaikkia kokoja, jolloin ei voida erotella näitä markkinoita hienojakoisemmin.¹⁷³ Uudelleenpinnoitusten osalta todettiin yksioikoisesti, että riippuvuutta on olemassa markkinoiden välillä, mutta se on niin pientä, ettei se tarjoa tosiasiallista vaihtoehtoa uusille renkaille. Tämän vuoksi uudelleenpinnoitusta ei pitänyt ottaa huomioon markkinoiden määrittämisessä.¹⁷⁴ Kun peilataan nyt NBIM-tuomiota älylaitteiden markkinoille, voidaan tehdä jälleen tärkeitä erotteluja. Esimerkiksi, jos rekka-autoa tarjotaan pääosin ammattiohjaajille, ei se kilpaile missään tilanteessa henkilöautojen kanssa, koska kysyntäpuolella ei tapahdu siirtymää. Datan käyttökiellon kannalta, jos rekka-autoista saa dataa, voi sitä käyttää tämän argumentin perusteella vapaasti henkilöautojen kehitykseen. Kuitenkin tulkinta ei ole näin yksiselitteinen, vaan jäljempänä tarkastellaan komponenttitasolla kilpailua verrattuna tuotantoketjun loppupään hyödykkeisiin.

Tapauksessa *British Airways (BA) v. komissio* oli kyse BA:n matkatoimistoille antamista myyntimäärän mukana kasvavista myyntikomissioista. Tämä aiheutti käytännössä uskollisuuslennusten kaltaista kilpailun estämistä ja lukkiutumista.¹⁷⁵ Markkinoiden määrittämisen osalta BA oli kiistänyt komission näkemyksen siitä, että matkatoimistopalvelut muodostaisivat omat markkinat ja kyseisessä tapauksessa maantieteelliset markkinat koskisivat vain Yhdistyneitä Kuningaskuntia (UK).¹⁷⁶ BA oli ilmoittanut, että UK:n matkatoimistot kohtaavat kilpailupainetta muilta kansainvälisiltä matkatoimistoilta.¹⁷⁷ EUT:n mukaan toimistot olivat irrallisia lentoyhtiöistä liikeriskin kannalta.¹⁷⁸ Matkatoimistot välittivät suurimman osan lentolipuista, eikä lentoyhtiöt olisi tosiasiallisesti voineet vastaavaa volyyymia korvata. Lisäksi matkatoimistot tarjosivat asiakkaille palveluita varaamiseen liittyen ja mahdollistivat esim. usean eri lentoyhtiön käyttämisen reitillä.¹⁷⁹ Matkatoimistoilla oli näiden seikkojen takia tärkeä taloudellinen asema suhteessa lentoyhtiöihin, eikä niitä voitu lyhyellä

¹⁷² Tuomio 09.11.1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 40.

¹⁷³ Tuomio 09.11.1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 44.

¹⁷⁴ Tuomio 09.11.1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, kohdat 50–56.

¹⁷⁵ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 20–26.

¹⁷⁶ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 22 ja 74–88.

¹⁷⁷ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 92.

¹⁷⁸ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 93.

¹⁷⁹ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 94–97.

aikavälillä korvata, jonka takia katsottiin, että ne muodostivat omat markkinat¹⁸⁰. Maantieteellisten markkinoiden osalta sopimukset matkatoimistojen ja BA:n välillä koskivat pitkälti UK:n markkinoita.¹⁸¹ Menettelyn osalta matkatoimistojen keskeinen taloudellinen infrastruktuuri, sekä BA menettely, koskivat vain UK:ta.¹⁸² BA:n menettely koski vain muutamaa kansainvälistä matkatoimistoa¹⁸³. Koska taloudellisesti ja kilpailullisesti yhdenmukaiset menettelyt olivat vain UK:n markkinoilla, voitiin todeta se relevantiksi maantieteelliseksi markkinaksi.¹⁸⁴ Myöhemmin otetaan kantaa vielä huolto ja varaosamarkkinoiden erillisyyteen suhteessa primääri markkinoihin, mutta BA tapauksesta voi tuoda kilpailun olemassaolon merkityksen siihen, että kytköksissä olevat markkinat katsotaan erillisiksi. Datasäädöksen kannalta kahden kytketyn tuotteen välinen kilpailupaineen pitää olla niin voimakasta, että se voi tyydyttää kytketyn markkinan kysynnän, jos tarjontapuoli kohtaa negatiivisen shokin.

Tapauksessa *France Telecom SA (FT) v. komissio* oli kyse FT:n harjoittamasta saalishinnoittelusta nopeiden internetyhteyksien markkinoilla.¹⁸⁵ Markkinoiden määrittämisen osalta keskeinen oikeudellinen kysymys oli, olivatko hitaat ja nopeat internetyhteydet samoilla vai eri markkinoilla.¹⁸⁶ Tuomioistuin totesi, että markkinoiden määrittämisessä on kyse pitkälti objektiivisesti tarkasteltuna tuotteiden välisestä korvattavuudesta.¹⁸⁷ Jos tuotteita voidaan käyttää useilla eri tavoilla, kuuluvat ne tällöin eri markkinoille, kun ne tyydyttävät itsenäisiä taloudellisia tarpeita ja kohtaavat itsenäistä kilpailupainetta.¹⁸⁸ Internetyhteyksien osalta nopeita ja hitaita yhteyksiä voidaan käyttää samoihin käyttötarkoituksiin. Kuitenkin nopealla yhteydellä on laajemmat markkinat, koska tietyt palvelut ja sovellukset vaativat nopean yhteyden. Lisäksi laitteet, modeemit, eivät tue samanaikaisesti hitaita ja nopeita yhteyksiä.¹⁸⁹

¹⁸⁰ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 100.

¹⁸¹ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 111.

¹⁸² Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 112–114.

¹⁸³ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 115.

¹⁸⁴ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 108 ja 116–117.

¹⁸⁵ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohdat 6–8.

¹⁸⁶ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohta 73.

¹⁸⁷ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohta 78.

¹⁸⁸ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohta 79.

¹⁸⁹ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohdat 82–84.

Markkinoiden määrittelyssä oli sovellettu SSNIP-testiä. Sen tuloksena huomattiin, että siirtyminen hitaiden ja nopeiden palveluiden välillä oli äärimmäisen epäsymmetristä. Kun hitaiden yhteyksien hintaa korotettiin, siirtyi paljon kuluttajia nopeiden yhteyksien markkinoille. Vastakkaisessa tilanteessa siirtyminen oli marginaalista.¹⁹⁰ Tuomioistuin totesi, että siirtymisen epäsuhta indikoi sitä, ettei tuotteet olleet tosiasiallisesti substituutteja, jolloin ne kuuluivat asettaa eri markkinoille.¹⁹¹ Viimeisenä huomiona tuomiossa oli vielä merkittävä hintaero tuotteiden välillä.¹⁹² Datasäädöksen tuotemarkkinoiden osalta, tuomiosta saadaan muutama merkittävä tulkinta. Ensiksi SSNIP-testi on hyvä lähtökohta markkinoiden määrittelyssä. Toisena tärkeänä huomiona on, että kaksisuuntainen efektiivisesti yhtä suuri substituutio laitteiden välillä indikoi yksiä tuotemarkkinoita. Toisin sanoen siirtyminen markkinoiden välillä on yhtä suurta riippumatta, kumminpäin SSNIP-testi tehdään. Viimeisenä hinnan merkitystä ei voida sivuttaa, eli tuotteiden hinnat tulee olla jokseenkin samaa luokkaa. Esimerkiksi luksusauto *Mercedes-Benz* ei ole *Toyotan* halvimpien mallien kanssa samoilla markkinoilla pelkästään jo hintaeron perusteella.

3.3.2 Vertikaaliset ketjut

Tapaus *Hugin v. komissio* koski kassakoneiden varaosien myyntiä. *Hugin* oli kieltäytynyt myymästä varaosia itsenäisille korjaajille. Markkinoiden määrittelyssä oli kyse, muodostaako *Huginin* kassakoneiden varaosat oman itsenäisen markkinan.¹⁹³ Kassakoneet ovat teknisesti niin monimutkaisia koneita, että niiden käyttäjät tarvitsevat erillisen korjauspalvelun. Korjauspalveluita ei voitu järjestää ilman *Huginin* tarjoamia vaihto-osia. Lisäksi purkuosamarkkinat olivat liian kapeat eivätkä tyydyttäneet kysyntäpuolta.¹⁹⁴ Näin ollen kapeasti määriteltynä *Huginin* varaosat muodostivat oman markkinan.¹⁹⁵ Kyseinen oikeustapaus on vanha, mutta tärkeänä huomiona on juuri lukkiutuneiden asiakkaiden asema, jota nyt datasäädöksellä pyritään auttamaan.¹⁹⁶ Korjausmarkkinat oli tässä tapauksessa oma

¹⁹⁰ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohdat 87–88.

¹⁹¹ Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohta 89.

¹⁹² Tuomio 02.04.2009, France Telecom, C-202/07 P, EU:C:2009:214, kohta 85.

¹⁹³ Tuomio 31.05.1979, Hugin, C-22/78, EU:C:1979:138, kohta 5.

¹⁹⁴ Tuomio 31.05.1979, Hugin, C-22/78, EU:C:1979:138, kohdat 7–9.

¹⁹⁵ Tuomio 31.05.1979, Hugin, C-22/78, EU:C:1979:138, kohta 10.

¹⁹⁶ Datasäädös vaikutustenarviointiraportti, kohta 5.2.2.

irrationaalinen markkina, joka puhuu datasäädöksen pääidean puolesta lisätä tarjontaa korjauspalveluissa.

Tapauksessa *Hilti* v. komissio oli kyse naulapyssyjen naulojen sekä naulalippaiden markkinoista. *Hilti* oli estänyt pelkkien lippaiden myynnin naulojen valmistajalle ja sulki sen markkinoilta.¹⁹⁷ Euroopan unionin yleisessä tuomioistuimessa (EUYT) oli kyse siitä, kuinka näiden kolmen tuotteen: naulapyssyt, lippaat sekä naulat, markkinat määritellään. Tuomioistuin päätyi vahvistamaan komission näkemyksen siitä, että markkinat olivat eriytyneet kolmeksi kapeaksi alamarkkinaksi.¹⁹⁸ Pääsyinä oli, ettei eri naulojen ja lippaiden välillä ollut substituutiota (pieni ristielastisuus). Lisäksi, koska ei ollut yhteistä standardia nauloille, jokaiselle naulatyypille oli oma valmistaja jälkimarkkinoilla, joka toi kysyntäpainetta.¹⁹⁹ Tiivistetysti kyse oli siitä, että kun tuote kuluttaa jotain muuta tavaraa, esim. naulapyssy nauvoja tai partahöylä vaihtoteriä, voi kulutusosat muodostaa oman irrationaalisen jälkimarkkinan. Jälleen markkinoiden erillisyyden puhuu datasäädöksen idean puolesta mahdollistaa kilpailua jälkimarkkinoilla.

Tapauksessa *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* (CEAHR) v. komissio oli kyse siitä, että luksuskellojen valmistajat kieltäytyivät toimittamasta kellojen varaosia.²⁰⁰ Markkinoiden määrittelyn osalta kiistana oli, oliko komissio virheellisesti määrittänyt kellojen ja niiden varaosien markkinat.²⁰¹ Komission näkemys markkinoiden yhtenäisyydestä ja kuluttajien mahdollisesta substituutiosta oli virheellinen EUYT:n mukaan. Komissio väitti, että kuluttajat siirtyvät varaosien hinnannousun takia käyttämään toisia luksuskelloja, vaikka tosiasiallisesti huoltokulut, joihin kuului varaosien hinta, olivat marginaalisia suhteessa kellojen hankintahintaan.²⁰² Mielenkiintoisena oli tuomioistuimen näkökanta markkinajärjestelmästä. Markkinajärjestelmällä tarkoitetaan että primääri- ja sekundäärituotetta käsitellään yhtenä markkinana. Tämä on mahdollista, jos SSNIP-testin perusteella sekundäärimarkkinoilla tapahtuva hinnankorotus johtaisi kuluttajien siirtymiseen

¹⁹⁷ Tuomio 12.12.1991, *Hilti*, T-30/89, EU:T:1991:70, kohdat 3–6.

¹⁹⁸ Tuomio 12.12.1991, *Hilti*, T-30/89, EU:T:1991:70, kohta 65.

¹⁹⁹ Tuomio 12.12.1991, *Hilti*, T-30/89, EU:T:1991:70, kohdat 54–58.

²⁰⁰ Tuomio 15.12.2010, *CEAHR*, T-427/08, EU:T:2010:517, kohdat 3–5.

²⁰¹ Tuomio 15.12.2010, *CEAHR*, T-427/08, EU:T:2010:517, kohta 83.

²⁰² Tuomio 15.12.2010, *CEAHR*, T-427/08, EU:T:2010:517, kohdat 82–83 sekä 95–96.

primäärimarkkinoilla tuotteesta toiseen, joka tekisi hinnankorotuksen kannattamattomaksi.²⁰³ Yleinen tuomioistuimien päätös lopputulemaan, että komissio oli virheellisesti määritellyt kellomarkkinat ja niiden korjausmarkkinat samoille markkinoille.²⁰⁴

Uudessa tiedonannossa markkinoiden määrittämisestä on erikseen spesifioitu kolmen tyyppiset tuotekokonaisuudet.²⁰⁵ Ensimmäinen on markkinajärjestelmä, jonka mukaan primääri- ja sekundäärituotteet kuuluvat samoille markkinoille.²⁰⁶ Tarkemmin markkinat katsotaan todennäköisesti markkinajärjestelmäksi: kun primäärituotetta hankittaessa otetaan huomioon elinkaarikustannukset, korkea sekundäärituotteen arvo verrattuna primäärituotteeseen, korkea substituoitavuus primäärituotteiden välillä ja sekundäärimarkkinoilla on vähän erikoistuneita toimijoita. Komissio on käsitellyt markkinajärjestelmää päätöksessään, joka koski kahden energiansektorin toimijan yrityskauppaa.²⁰⁷ Komissio katsoi, että primäärimarkkinoiden raskaat kaasuturbiinit ja sekundäärimarkkinoiden huolto- ja valvontapalvelut muodostivat yhtenäisen markkinan.²⁰⁸

Datasäädöksen tuotemäärittelyn kannalta komission tulkinta ja EUYT:n näkemys markkinajärjestelmistä on jokseenkin huolestuttava. Markkinalla, jossa sekundäärituotteen hinta vaikuttaa varsinaisen primäärituotteen ostamiseen, on erittäin tärkeää jälkimarkkinan kilpailullisuus, koska tämä on keskeinen osa ostopäätöstä. Jos nyt katsottaisiin, että klassisen määrittelyn perusteella primäärituotteeseen liittyvä sekundäärinen älylaite olisi osa primäärilaitemarkkinaa, vesittäisi tämä datasäädöksen idean. Tällöin primäärimarkkinan laitevalmistajalla olisi oikeus valvoa sitä, ettei sekundäärilaitteen tarjoaja käyttäisi dataa sen kehittämiseen. Toisin sanoen kilpailukiello laajenisi primäärimarkkinoilta myös sekundäärimarkkinoille. Sekundäärinen liitännäislaitte kuuluu samoille tuotemarkkinoille primäärituotteen kanssa, ja näin ollen kilpailisi IoT-tuotteen kanssa. Tällöin DA:n 4 ja 6 artiklojen nojalla olisi kiellettyä käyttää dataa kilpailevan tuotteen kehittämiseen. Tämä

²⁰³ Tuomio 15.12.2010, CEAHR, T-427/08, EU:T:2010:517, kohta 105.

²⁰⁴ Tuomio 15.12.2010, CEAHR, T-427/08, EU:T:2010:517, kohta 119.

²⁰⁵ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, luku 4.5.

²⁰⁶ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 100.

²⁰⁷ Päätös 08.09.2016, General Electric / Alstom, M.7278, kohta 1.

²⁰⁸ Päätös 08.09.2016, General Electric / Alstom, M.7278, kohdat 95–97.

vesittäisi merkittävästi säädöksen käyttökelpoisuutta markkinoilla, joissa on keskeistä pyrkiä estämään myyjäriippuvuuden, *vendor lock-in*, vaikutusta toimijoihin.

Tässä tilanteessa tulisi asetuksen tavoitteen toteutumisen kannalta irrottautua perinteisestä kilpailuoikeuden tulkinnasta, ja irrottaa sekundäärituote primäärituotteen markkinoista. Eksplisiittisesti komission tai EUT:n tulisi linjata, että kilpailevan tuotteen valmistaminen tarkoittaa juuri primäärituotetta, eikä koko ketjua liitännäislaitteet mukaan lukien. Tämä olisi myös datasäädöksen johdanto-osan mukainen. Sen perusteella tarkoitus on suojata älylaitteeseen laitettuja investointeja, ja pitää insentiivit innovoida korkealla. Tarkoitus on estää vain korvaavan laitteen, primäärituotteen, valmistaminen ja sitä kautta investoinnin heikentyminen. Tarkoitus ei ole millään tavalla estää liitännäisten sekundäärilaitteiden kehittämistä, vaan päinvastoin lisätä kilpailua näillä markkinoilla. Palvelujen osalta on mainittu, ettei rajoituksia kilpailun suhteen ole suhteessa primäärituotteeseen, josta data on saatu.²⁰⁹

Teleologinen laintulkinta tukee myös markkinajärjestelmän hylkäämistä. Teleologisella tulkinnalla tarkoitetaan, että lakia tulkitaan sen tavoitteiden kannalta.²¹⁰ Sitä on käytetty erityisesti EU:n oikeudessa.²¹¹ Tulkinnan avulla voidaan tukkia esimerkiksi aukkoja ja pyrkiä normien tehokkaaseen soveltamiseen.²¹² Vaillinaisesti johdantokappaleessa mainittu ”kilpailuoikeudellinen tulkinta” muunnetaan teleologian avulla hienojakoisemmaksi ja tilanteeseen riittävän sofistikoituneeksi tulkinnaksi. Tällöin kilpailuoikeudellinen tulkinta pitäisi ymmärtää pikemminkin suppeana tuotemarkkinoiden määrittelynä ja unohtaa laajemmat markkinoiden käsitteet, erityisesti markkinajärjestelmän käsite.²¹³

Markkinajärjestelmän määrittämisessä tulisi käyttää SSNIP-testi varoen, sillä nähdäkseni erottelu primääri- ja sekundäärituotteen välillä tulisi perustua puhtaaseen oikeudelliseen arviointiin. Markkinajärjestelmän tapauksessa SSNIP-testi antaisi todennäköisesti liian lavean tulkinnan. SSNIP-testi on kuitenkin hyvä tutkittaessa, onko eri tasoisten primäärituotteiden välillä

²⁰⁹ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

²¹⁰ Euroopan parlamentin tiedotus 2017, s. 6.

²¹¹ Euroopan parlamentin tiedotus 2017, s. 6. ja Brittain 2016, s. 134.

²¹² Brittain 2016 s. 160–161.

²¹³ Tavallaan kilpailuoikeudellinen tulkinta datasäädöksen kontekstissa tulisi perustua sanamuodonmukaiseen tulkintaan. Datasäädöksen johdanto-osan kohdan 32 mukaisesti investointien suojaaminen ja tuotteiden vaihdettavuus tulisi ymmärtää tiukasti ja muut täydentävät käsitteet, kuten markkinajärjestelmä, tulisi sivuuttaa.

substituutiota, jolloin ne kuuluisivat samoille tuotemerkkinoille (sanamuodon mukaisessa merkityksessä). Lisäksi, kun markkinajärjestelmien osalta voidaan tehdä erottelu primääri- ja sekundäärituotteiden välillä, ei pitäisi olla vaikeutta ymmärtää markkinat erillisenä, ja ymmärtää kilpailevan laitteen valmistaminen koskemaan vain kyseistä tuotetta.²¹⁴

Muiden markkinakokonaisuuksien osalta voidaan noudatella yleistä käytäntöä. Markkinajärjestelmän sijaan voidaan määrittää, että jokaisen primäärituotteeseen liittyvät sekundäärituotteet muodostavat itsenäisen markkinan.²¹⁵ Tästä esimerkkinä on jälleen kellot, joissa jokaisen brändin osalta voi olla itsenäiset jälkimarkkinat.²¹⁶ Toinen markkinajako on, että primääri- ja sekundäärituotteet muodostavat kaksi itsenäistä markkinaa.²¹⁷ Esimerkiksi olisi olemassa standardoidut partahöylät ja partaterät. Molemmat tuotantoportaavat, höylät ja terät, muodostaisivat omat markkinat. Kahden markkinan tulkinta ei tuota datasäädöksen kannalta ongelmia, koska sekundäärimarkkinoilla olevat tuotteet eivät olisi samoilla markkinoilla primäärituotteiden kanssa. Tällöin kielto datan käytöstä kilpailevan tuotteen kehittämiseen ei laajene ja tee lopulta datasäädöksestä hyödyttömiä.

Komponentti- ja välituotemerkkinoiden kohdalla voidaan pitäytyä normaalissa tulkinnassa. Vain tapauksissa, joissa välituotteet muodostavat tarpeeksi suuret markkinat, voidaan markkinoita pitää itsenäisinä. Vaikka välituotteita käytetäänkin tuotannossa, voi niiden kysyntä olla sen verran kapeaa, ettei ole oikeutettua käsitellä niitä omina markkinoina.²¹⁸ Tässä tilanteessa välituotemerkkinan hallinta tulisi tulkita kilpailupaineena, jota tulisi huomioida vain markkinavoiman analysoinnissa.²¹⁹ HLR tapauksessa vitamiinimarkkinoilla ei otettu huomioon, että C- ja E-vitamiineja käytettiin muuallakin kuin ihmisten ravintolisänä.²²⁰ Datasäädöksen tilanteessa ei markkinoiden määrittämisellä ole tarkoitus selvittää osapuolten markkinavoimaa, vaan tuotteiden substituutiota. Sen takia tulisi säädöksen valossa sallia

²¹⁴ Tulkinta olisi myös johdonmukainen suhteessa datasäädöksen johdanto-osaan.

²¹⁵ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 100.

²¹⁶ Päätös 10.07.2008, CEAHR, AT.39097, kohdat 95–96.

²¹⁷ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 100. Esimerkkitapaus ks. päätös 27.02.2020, ABLOY / Agta Record, M.9408, kohdat 127–130. Tapaus koski ovien ja niihin liittyvien palveluiden markkinoiden erillisyyttä. Varsinainen juttu koski yrityskauppaa.

²¹⁸ Ferro 2019, s. 186–187.

²¹⁹ Ferro 2019, s. 189.

²²⁰ Tuomio 13.02.1979, Hoffman-La Roche, C-85/76, EU:C:1979:36, kohta 28.

tuotteesta tulleen datan käyttäminen komponenttien valmistamiseen vain, jos niillä on tarpeeksi laajat ja itsenäiset markkinat. Muussa tapauksessa datan käyttäminen komponenttien parantamiseen tuotantoketjussa menee kategoriaan kielletty käyttö, jos komponenttia käytetään samalla markkinalla olevan IoT-laitteen parantamiseen. Tarkka rajanveto on kuitenkin vaikeaa ja tulee tehdä tapauskohtaisesti. Ilman itsenäisiä markkinoita dataa tulisi voida käyttää komponenttien parantamiseen, jos niitä käytetään ei-kilpailevaan IoT-laitteeseen. Tämä putoaa suoraan DA:n mukaisen sallitun hyödyntämisen tulkintaan.

3.3.3 Maantieteelliset markkinat

Maantieteelliset markkinat ovat tuotemarkkinoiden osalta toinen keskeinen elementti substituuttien lisäksi. Komission uudessa tiedonannossa markkinoiden määrittämisestä keskeisenä määritelmänä on kilpailun riittävä homogeenisuus markkinoilla. Tämä tarkoittaa, että kysyntä, tarjonta ja muut olosuhteet ovat tarpeeksi yhtäläiset alueella toimiville yrityksille.²²¹ EUT on käsitellyt tuomioissaan riittävän homogeenisuuden kriteeriä. Tapauksessa UB tuomioistuin määrittä, että markkinoilla tulee kilpailuedellytysten olla samankaltaiset kaikille taloudellisille toimijoille.²²² Banaanimarkkinoiden osalta osassa yhteisön valtioissa oli kilpailua rajoittavia järjestelmiä, jonka takia ne kuului rajata pois maantieteellisesti.²²³ Loput valtiot muodostivat homogeeniset vapaan kilpailun markkinat, vaikka osassa olikin tuontitullit käytössä.²²⁴ Myöskään banaanien kuljetuskustannukset eivät muodostaneet estettä pitää markkinoita tarpeeksi samankaltaisina.²²⁵ Tuoreempana tapauksena yleisistä maantieteellisten markkinoiden määrittämisestä on EUYT:n päätös asiassa *HeidelbergCement AG ja Schwenk Zement KG v. komissio*. Kyse oli kahden rakennusmateriaaleja valmistavan yrityksen yrityskaupasta.²²⁶ Tuomioistuin vahvisti jälleen tapauksen UB kriteeristön. Lisäksi oikeus mainitsi huomioonotettavina kriteereinä

²²¹ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 12b.

²²² Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohta 44.

²²³ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 47–51.

²²⁴ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 52–53.

²²⁵ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohta 55.

²²⁶ Tuomio 05.10.2020, *HeidelbergCement AG ja Schwenk Zement KG*, T-380/17, EU:T:2020:471, kohdat 1–7.

maantieteellisiä markkinoita määrittäessä tuotteiden sekä palveluiden luonteen, markkinoille pääsyn esteet, kuluttajien preferenssit, hintaerot ja markkinoiden rakenteet.²²⁷

Kuluttajien preferenssien vaikutuksesta esimerkkinä on komission päätös asiassa *Google search (shopping)*. Kyseessä oli menettely, jossa *Google* suosi omia hintavertailusivuja hakukonehaussa.²²⁸ Markkinoiden määrittämisessä tultiin siihen tulokseen, että jokainen maa muodostaa oman maantieteellisen markkinan. Tämä johtui siitä, että jokaiselle EU-alueen maalle oli oma kieliversio hakukoneesta, jota luonnollisesti kuluttajat preferoivat. Lisäksi suuren mittaluokan internetsivuilla ei ollut taloudellisesti järkevää tehdä eri kieliversioita, jolloin markkinat rajautuivat valtiokohtaiseksi.²²⁹ Kuluttaja preferenssillä on erittäin paljon vaikutusta suhteessa datasäädökseen. Älylaitteisiin liittyy usein eri kieliversioita. Tällä voi olla suuri merkitys siinä, onko esim. Ranska ja Viro samoilla markkinoilla. Laitteissa kuitenkin usein on dominoivana englanninkieliset versiot, jotka ovat usein käyttökelpoisia myös markkinoilla, joilla kuluttajien äidinkieli ei ole englanti. Tältä osin, riippuen luonnollisesti tuotteesta ja kuinka tärkeänä osana kieli on tuotetta, markkinat voidaan rajata sopivalle alueelle. Toinen kuluttajapreferenssejä käsitellyt komission tapaus koski banaanimarkkinoilla toimivien yritysten fuusioitumista, *Chiquita Brands International* ja *Fyffes*. Komission näkemyksen mukaan eri kansallisilla markkinoilla, ja laajemmilla alueilla, preferoitiin eri; hintaisia, kokoisia, laatuksia, alkuperäisiä banaaneja, pakkauksia sekä brändejä. Maiden välillä oli myös eroja tarvittavissa sertifikaateissa ja jakelujärjestelmissä. Näiden perusteella markkinat määritettiin kansallisiksi.²³⁰ Pohjois-Euroopan osalta kilpailudynamiikassa tuli ottaa huomioon kuljetuskustannukset.²³¹

Maantieteellisten markkinoiden kannalta keskeisenä näkökohtana on myös kuljetuskustannukset, ja niihin liittyvät tekijät. Kuljetuskustannusten osalta määritellään yleensä alue, jonka sisällä tuotetta voidaan kuljettaa tai vaihtoehtoisesti asiakkaat liikkuvat ostamaan tuotetta. Liikkuvuutta on tutkittu esim. lentokenttien ja ruokakauppojen kohdalla, sillä kyseiset palvelut eivät liiku, vaan asiakkaat tulevat niiden luokse. Älylaitteiden osalta

²²⁷ Tuomio 05.10.2020, HeidelbergCement AG ja Schwenk Zement KG, T-380/17, EU:T:2020:471, kohta 294.

²²⁸ Tiivistelmä päätöksessä 27.06.2017, Google Search (Shopping), kohta 9.

²²⁹ Tiivistelmä päätöksessä 27.06.2017, Google Search (Shopping), kohdat 253–254.

²³⁰ Päätös 03.10.2014, Chiquita Brands International / Fyffes M.7220, kohdat 120–127.

²³¹ Päätös 03.10.2014, Chiquita Brands International / Fyffes M.7220, kohta, 131.

todennäköisesti ei ole tarvetta tutkia niinkään asiakkaiden liikkumista. Suurimpien älylaitteiden, kuten raskaanteollisuuden laitteiden osalta, kuljetuskustannukset oivat olla keskeinen kysymys. Komissio on jätteenkäsittelyä koskevassa yrityskaupassa käsitellyt ympäristö- ja kuljetuskustannuksia. Tapauksessa todettiin, että kuljetuksista tulevat CO₂-päästöt tulee ottaa huomioon kuljetuskustannuksissa ja sitä kautta relevantin markkina-alueen määrittämisessä.²³²

Läheisenä aiheena kuljetuskustannuksiin on kauppavirrat ja tarjonnan korvattavuus. Komission markkinamäärittämis tiedonannossa on mainittu, että suuret kauppavirrat ja tuonnin reagointi hinnanmuutokseen viittaavat kaupan esteettömyyteen ja indikoivat yhtenäisiä maantieteellisiä markkinoita.²³³ Komission päätöksessä, joka koski sinkkimarkkinoilla olevia yrityksiä arvioitiin, voiko tuonti korvata EU-alueella sinkin tarjontaa. SSNIP-testin avulla ja tarkemmalla tilastollisella testaamisella tultiin lopputulokseen, ettei tuonti voi korvata EU-alueen tuotantoa, joka viittasi siihen, ettei sinkkimarkkinat olleet maailmanlaajuiset.²³⁴

Komissio otti kantaa yksipuolisen tuonnin merkitykseen tapauksessa, joka koski *Bertelsmannin* ja *Springerin* fuusiota. Kyseessä oli lehtien painomarkkinat. Pääkohteessa Saksassa markkinat oli merkittävästi erilaiset verrattuna muuhun Eurooppaan. Saksassa oli paljon kapasiteettia (lähes 50 % koko Euroopasta). Tämän takia Saksasta oli paljon vientiä. Vienti ei kuitenkaan ollut tasaisesti jakautunut painotalojen välillä.²³⁵ Suuresta viennistä huolimatta markkinat määritettiin koskemaan vain Saksaa. Kapeita markkinoita perusteltiin sillä, ettei vienti ollut niin suurta, että sillä olisi ollut merkitystä suoraan muihin markkinoihin, kuten Ranskaan.²³⁶ Oikeastaan lopputulema on markkinamäärittämis perusteella looginen. Vaikka vientiä oli paljon, ei se ollut kuitenkaan niin suurta, että se olisi voinut korvata toisen maan tuotannon. Käyttäen SSNIP-testin logiikkaa, jos Englannissa printtituotteiden hinta nousisi 5–10 %, ei Saksan tuontipaine välttämättä tekisi nostosta kannattamatonta. Lisäksi homogeenisuuden

²³² Päätös 14.04.2021, Schwarz Group / Suez Waste Management companies, M.10047, kohta 58.

²³³ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 75.

²³⁴ Päätös 22.11.2012, Glencore / Xstrata, M.6541, kohdat 147–148.

²³⁵ Päätös 03.05.2005, Bertelsmann / Springer, M.3178, kohta 59.

²³⁶ Päätös 03.05.2005, Bertelsmann / Springer, M.3178, kohta 70.

kannalta päätöksessä myös mainittiin, että julkaisijoilla oli melko eri preferenssit painatuksessa, joka oli omiansa vaikuttamaan tuontiin.²³⁷

NBIM-tapauksessa on todettu, että vaikka yritys oli osa isompaa konsernia, niin NBIM:n toiminnan keskittyminen yhdelle alueelle viittasi siihen, ettei markkinat olleet sen laajemmat.²³⁸ Tärkeimpänä kriteerinä todettiin, että taloudelliset ehdot ovat tarpeeksi homogeeniset vain Alankomaiden markkinoilla, joka muodosti tapauksen relevantin maantieteellisen markkinan.²³⁹ Tapauksessa BA lentolippujen myynnin osalta määritettiin, ettei kilpailuolosten tarvinnut olla täysin vaan vain riittävän homogeeniset.²⁴⁰ Lentolippujen osalta todettiin, että suurin osa varauksista, aikoinaan²⁴¹, tehtiin kotimaassa ja välitys suoritettiin kotimaan matkatoimistojen kautta.²⁴² Vain osalla toimijoista oli globaaleja sopimuksia, ja ne täydensivät vain paikallisia sopimuksia.²⁴³ Näiden seikkojen vuoksi lentolippujen myynti rajoittui vain UK:n alueelle, joka muodosti tapauksen relevantin maantieteellisen markkinan.

Keskeisenä erona vanhaan tiedonantoon nähden on, että markkinoiden riittävän homogeenisuuden kriteerin tutkimisessa on luovuttu SSNIP-testin soveltamisesta tutkittaessa relevanttien markkinoiden maantieteellistä ulottuvuutta.²⁴⁴ Toisaalta SSNIP-testin logiikkaa voi käyttää ajattelun tukene maantieteellistä ulottuvuutta määriteltäessä, vaikei sitä kvantitatiivisesti sovellettaisi. Keskeisenä kvantitatiivisena metodina on havaintoalueiden tutkiminen. Analyysissa on yleensä piirretty ympyröitä tiettyjen toimipisteiden ympärille, joissa kuluttajien käyttäytyminen on samankaltaista, eli kilpailuolosuhteet ovat homogeeniset.²⁴⁵

²³⁷ Päätös 03.05.2005, Bertelsmann / Springer, M.3178, kohta 70.

²³⁸ Tuomio 09.11.1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 25.

²³⁹ Tuomio 09.11.1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, kohta 26.

²⁴⁰ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 108.

²⁴¹ Nykyään lentolippujen ostaminen on lähempänä kaksisuuntaisia markkinoita. Lentolippujen metahakusivustoilla toimii sekä verkkomatkatoimistot ja lentoyhtiöt, jotka myyvät lentolippuja asiakkaille. Nykyään ei olisi niin yksioikoista todeta, että tietyn maan osalta muodostuu yhtenäiset markkinat. Ks. Raad – Sharma – Nicolau 2023, osat 1 ja 2.

²⁴² Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohdat 109–111.

²⁴³ Tuomio 15.03.2007, British Airways, C-95/04 P, EU:C:2007:166, kohta 115.

²⁴⁴ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, osio 3.1.1.

²⁴⁵ Ks. Elizalde 2013, s. 472–473 ja uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohdat 70–74.

Datasäädöksen osalta maantieteellinen markkinan määrittäminen ei tuota samalla tavalla ongelmaa kuin tuotemarkkinoiden määrittäminen. Käytännössä laitteiden kohdalla voidaan yksinkertaisesti katsoa markkinoita missä kilpailun kriteerit ovat homogeeniset. Homogeenisyys kattaa kaikki markkinoihin liittyvät aspektit kuten: kuljetuskustannukset, tuonti, vienti, preferenssit, sääntely sekä kilpailutilanne. Unionin oikeuskäytännössä on usein oltu kapeiden maantieteellisten markkinoiden kannalla, jolloin tulkinnallisesti tämä on ongelmaton datasäädöksen kannalta.

3.4 Mahdollinen kilpailukiello ja kokoavat näkökohdat

3.4.1 Kilpailukiello

Yhtenä mielenkiintoisena näkökulmana kieltoon käyttää dataa laitteen kanssa kilpailevan tuotteen valmistamiseen on kysymys, muodostaako tämä ikuisen kilpailukiellon. Tilanne voisi muodostua, kun dataa jaetaan oikeutetusti ja vastaanottaja haluaa alkaa myöhemmin valmistamaan kilpailevaa laitetta. Ensimmäisenä huomiona on, ettei säädös kiellä jakamista sellaiselle osapuolelle, joka valmistaa kilpailevaa laitetta. Esimerkki tuo vielä konkreettisemmin kilpailukiellon esiin. Suomessa älylaitteita valmistava yritys A jakaa dataa Portugalissa vastaavia laitteita valmistavalle yritykselle B. Yritykset myyvät tuotteita vain kotimaassa, jolloin ne eivät kilpaile samoilla markkinoilla, eikä portugalilainen yritys riko 6 artiklan kieltoa. Myöhemmin yritys B laajentaa myyntiä koko EU-alueelle, mukaan lukien Suomen markkinoille. Onko tämä kiellettyä kilpailua, ja onko olemassa aikajännettä, jonka jälkeen kilpailu olisi sallittua? Toinen ongelma muodostuu, kun dataa jaetaan kolmannelle osapuolelle lain puitteissa oikeutettuun toimintaan, kuten korjauspalvelun kehittämiseen, mutta osapuolen yritystoimintaan kuuluu myös kilpailevan tuotteen kehitys ja valmistus. Miten kielletty käyttö voidaan estää tässä tilanteessa, jos esimerkiksi yrityksellä on vain yksi tutkimus- ja kehitysosasto? Liian tiukka kontrolli voi johtaa tilanteessa kilpailukielloon dataa vastaanottavalle yritykselle.

Toisen esimerkin tilanteessa datan haltija ei voi kieltäytyä datan jakamisesta perusteella, että yritys harjoittaa kilpailevaa toimintaa. Laittoman käytön estämiseksi on tarpeellista ottaa toisenlaisia askelia. Sen tarkempaa menemättä tapoihin suojata dataa väärinkäytöltä, suojaus voidaan toteuttaa teknisillä ja organisatorisilla keinoilla (TOM).²⁴⁶ Organisatorinen

²⁴⁶ TOM-suojakeinot ovat käytössä henkilötietojen suojaamisessa, GDPR artikla 32 ja johdanto-osa kohta 78. Metzger ja Schweitzer ovat listanneet, mitä teknisiä asioita tulisi ottaa datasäädöksessä huomioon. Listassa muun muassa painotettiin selkeitä ehtoja ohjelmistorajapintoja koskevissa sopimuksissa ja *in situ* -pääsyn rajoittamista vain erikoistapauksiin. Metzger – Schweitzer 2022, s. 24–25.

suojaaminen on esimerkiksi tässä tapauksessa tutkijatiimien pitäminen erillään. Toinen tutkijatiimi käyttää datasäädöksen nojalla hankittua dataa ja tästä erillään on tiimi, joka kehittää kilpailevaa laitetta. Henkilötietojen suojaamisesta ja käsittelystä on jo olemassa paljon hyviä käytänteitä, miten voidaan rajoittaa pääsyä dataan. Teknisinä keinoina ovat älysovimukset ja ohjelmistorajapinnat. Niiden avulla voidaan rajoittaa sekä valvoa, kuka on käyttänyt dataa.²⁴⁷ Jokseenkin itsestään selvänä aspektina on osapuolten *good faith*. Yleensä tematiikassa liikaa keskitytään mahdollisiin haittoihin ja väärinkäytöksiin. Suurin osa liiketoiminnasta kuitenkin perustuu yhteistyöhön ja osapuolten väliseen luottamukseen. Vaikka osapuolella olisikin mahdollista käyttää väärin dataa, ei se todennäköisesti tarkoita, että näin tapahtuisi. Vastapainona kilpailun ollessa kiihkeää lisääntyy insentiivit toimia väärin.

Ensimmäisen esimerkin tilannetta voidaan tutkia kilpailukieltosopimusten kautta. Niillä on selkeä kilpailu oikeudellinen ulottuvuus. Kilpailukiello voidaan nähdä SEUT 101 artiklan mukaisena kiellettyinä sopimisena, erityisesti horisontaalissa tilanteessa, jossa osapuolet ovat samalla tuotantoportaalla. Vertikaalisella suhteella tarkoitetaan, että kyseessä on suhde eri tuotanto- tai jakeluportaan välillä.²⁴⁸ Horisontaali taas viittaa tässä tapauksessa siihen, että molemmat osapuolet ovat IoT-laitteiden valmistajia, kilpailukiello koskee käytännössä horisontaalia tilannetta.²⁴⁹ Horisontaalien sopimusten sallittavuudesta löytyy komission suuntaviivat.²⁵⁰ Horisontaali-suuntaviivoissa käsitellään kilpailukieltosopimuksia pitkälti toiminnan osalta. Suuntaviivoissa on mainittu, että keskeisinä haittoina/huolina yhteistyösopimuksissa on hintojen nousu, kolluusio, heikompi tuotteiden laatu (alhaisempi teknologian taso) ja markkinoilta sulkeminen.²⁵¹ Hyötyinä on mainittu tilanteet, joissa kehitystoiminta on komplementaarista, eikä sitä tapahtuisi ilman yhteistyötä.²⁵² Keskeisenä huomiona on, että suuntaviivat kohdistuvat yhteistyöhön. Kuitenkin datasäädöksen tapauksessa

²⁴⁷ Datasäädöksen esitöissä on käyty jakotapoja läpi, ja tunnistettu ne turvallisina tapoina jakaa dataa. Lisää teknisiä metodeja datan suojaamiseen ks. Secure personal data, kohta Technical measures.

²⁴⁸ Komission asetus (EU) 2022/720, annettu 10 päivänä toukokuuta 2022, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin (vertikaalisia menettelyjä koskeva ryhmäpoikkeusasetus). Vertikaalisten suhteiden määrittelmä asetuksen 1(1) alakohdat a ja b. Van Bael – Bellis 2010 s. 169–171.

²⁴⁹ Van Bael – Bellis 2010 s. 419.

²⁵⁰ Komission Tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin.

²⁵¹ Horisontaalit suuntaviivat, kohdat 135–137.

²⁵² Horisontaalit suuntaviivat, kohta 138.

kyse on pikemminkin kiellosta käyttää dataa innovointiin. Tämä muistuttaa vaikutuksiltaan eniten tilannetta, missä suljetaan markkinoilta pois muita, kun tehdään eksklusiivisia sopimuksia tiettyjen komponenttien käyttämisestä lisensoinnin kautta, joka on taas vertikaalinen suhde.²⁵³ Toisaalta tässä tapauksessa ei voida yksipuolisen menettelyn osalta tutkia asiaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön alla, koska IoT-laitteen valmistajalla ei ole välttämättä kategorisesti määräävää asemaa tuotteen kohdalla. Tämän takia, on järkevämpää tutkia tilannetta horisontaalina rajoituksena, joka tavallaan luo reunaehdot kielletylle kilpailulle. Horisontaalin rajoituksen kautta voidaan analogisesti tutkia missä menee sallittujen kilpailukieltojen rajat, ja soveltaa näitä rajoja datasäädökseen.

Horisontaalien suuntaviivojen perusteella tk-sopimuksen sallittavuuden osalta tutkitaan: tehokkuuden kasvua, tarpeellisuutta, siirtymää kuluttajille, sekä mahdollisia toimenpiteitä. Tehokkuuden osalta tutkitaan lisääkö menettely teknologiaa, markkinoiden kehittymistä, tiedon leviämistä alalla sekä tuotantokulujen pienentymistä.²⁵⁴ Näiden hyötyjen pitää valua kuluttajalle, jotta menettely olisi sallittua, esim. korkeampi laatu tai alhaisempi loppuhinta.²⁵⁵ Menettely saa olla vain niin laaja kuin on enimmäissään tarpeellista.²⁵⁶ Sopimisella ei saa estää kilpailua.²⁵⁷ Merkittävimpanä on todettu uponneiden kustannusten merkitys arviointiin. Jos projektista on jo muodostunut kustannuksia eikä puuttumisella voitaisi saavuttaa alkuperäistä tilannetta, arviointi tehdään silloisen sopimusajankohdan valossa. Huomioon otetaan myös innovoinnin päämäärä muodostaa immateriaalioikeuksia, jotka sallitusti muodostavat yksinoikeuden.²⁵⁸ Datasäädöksen kannalta keskeistä on painotella kilpailua rajaavan vaikutuksen, sekä investointien suojan välillä. Molemmat oikeudet vetävät vastakkaisiin suuntiin. Säädöksessä muutenkin nämä oikeudet törmäävät usein ja säädös sekä johdanto-osa vaikenevat usein kumpi oikeus voittaa, tai edes millä tavalla niitä tulisi arvioida. Arviointi on vain piilotettu FRAND-ehtojen taakse.

²⁵³ Nazzini 2013, s. 479–480.

²⁵⁴ Horisontaalit suuntaviivat, kohta 155.

²⁵⁵ Horisontaalit suuntaviivat, kohdat 159–161.

²⁵⁶ Horisontaalit suuntaviivat, kohta 158.

²⁵⁷ Horisontaalit suuntaviivat, kohta 159.

²⁵⁸ Horisontaalit suuntaviivat, kohta 164.

Tk-yhteistyöstä on olemassa oma ryhmäpoikkeus asetus (RPA).²⁵⁹ Horisontaalisopimuksen kesto on rajattu seitsemään vuoteen siitä, kun yhteistyöteknologia tai sitä sisältävät tuote on saatettu sisämarkkinoille, RPA 6(3). Poikkeusta voidaan soveltaa vain, jos osapuolten yhteenlaskettu osuus relevanteista tuote- ja teknologiamarkkinoista ei ylitä 25 %, RPA 6(1). RPA:n 8 artiklassa on määrätty kielletyt rajoitukset. Sopimusteknologian tai -tuotteen²⁶⁰ myyntiä ja tuotantoa saa rajoittaa vain ajalta, jolloin osapuolet ovat sopineet yhteisestä hyödyntämisestä. Tämä käytännössä rajaa, että kielto tuottaa kilpailevaa tuotetta on rajattu sopimuksen voimassaoloajaksi eli enintään seitsemäksi vuodeksi. Tiivistetysti unionin oikeudella on kielteinen näkemys ikuisia kilpailukieltoja kohtaa.

Tk-yhteistyössä kilpailukielto on sallittu vain sopimusteknologian osalta seitsemän vuoden ikkunassa, jos osapuolet täyttävät RPA:n vaatimukset ja pääsevät poikkeuksen piiriin. Kuitenkin datasäädöksen sanamuoto jättää takaoven auki ikuiselle kilpailukielolle. Kielto ei koske ylipäättänsä kilpailua vaan ainoastaan datan käyttämistä kilpailevaan tuotteen kehitystoimintaan. Peilaten aiempaan esimerkkiin yrityksen B:n laajentumisesta kilpailevalle markkinoille, ei kilpailukiellon tulisi olla ikuinen. Kilpailukielto suojaa tehtyjä investointeja.²⁶¹ Jossakin vaiheessa myyntitulot ovat kattaneet investointikustannukset, eikä niitä tarvitse enää vastaavalla tavalla suojata.²⁶² RPA:ssa lainsäätäjällä on asettanut kuoletusajaksi 7 vuotta, jonka jälkeen investoinnit ovat saaneet riittävän tuoton, eikä suojaa tarvita. Toinen huomio on, että alkuperäisen hankitun datan merkitys IoT-laitteessa saattaa olla vähäistä. Jatkuvan kehitystyön perusteella alkuperäinen data ei ole välttämättä enää relevanttia, jolloin säädöksen hengessä tulisi tulkita, ettei sitä ole käytetty kilpailevaan tuotteeseen tai tuote ei sisällä sitä. Investointisuojaan tarvetta ja datan käyttöä laitteessa tulee punnita tapauskohtaisesti, mutta sen ei tulisi olla ikuinen lähes missään tilanteessa.

Kehitystoiminnalla tulisi olla myös suoja tuomioistuin- ja viranomaismenettelyssä. Datan jakaminen on pakollinen velvoite, eikä sitä voi kiertää pelkästään syyllä, että epäillään

²⁵⁹ Komission asetus (EU) 2023/1066, annettu 1 päivänä kesäkuuta 2023, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten tiettyihin ryhmiin.

²⁶⁰ RPA:n 1 artikla 5 kohta. Sopimusteknologialla tarkoitetaan yhteisen tk:n lopputuloksena syntynyttä teknologiaa tai prosessia. Saman artiklan 6 kohdassa sopimustuotteella tarkoitetaan tuotetta, johon on käytetty yhteisen tk:n lopputuloksena syntynyttä teknologiaa tai prosessia.

²⁶¹ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

²⁶² Metzger – Schweitzer 2022, s. 16.

väärinkäyttöä.²⁶³ Sopimus voi tulla voimaan sopivilla ehdoilla riitamenettelyn jälkeen, vaikka datan haltija olisi ollut sitä vastaan. Kun dataa vastaanottava kolmas osapuoli kehittää kilpailevaa laitetta on haltijalla oikeus valittaa tästä viranomaiselle, riidanratkaisuelimelle tai tuomioistuimelle, ja vedota kilpailukieltoon.²⁶⁴ Datasäädöksessä ei ole mainittu, että tässä menettelyssä olisi käänteinen näyttötaakka, eli datan haltijan pitää pystyä osoittamaan, että kolmas osapuoli on laittomasti käyttänyt dataa. Datasäädöstä koskevassa tutkimuksessa on oltu myös kannalla, että todistustaakka tulisi olla kantajalla.²⁶⁵

Datasäädökseen on tuotu paljon standardiessentiaalipatentteihin liittyviä yksityiskohtia kuten FRAND-ehdot. Tietyllä tavalla data ja patentit ovat lähellä toisiansa, vaikka teknisesti ottaen dataan ei voi perustaa immateriaalioikeuksia. Datasäädöksen kontekstissa dataa koskeva kilpailukielto on lähellä patenttiyksinoikeutta. Sen perusteella patentoitua teknologiaa ei saa käyttää ilman haltijan suostumusta. Loogisesti datan haltijalla on kilpailukiellon kohdalla todennäköisesti samanlaisia oikeussuojakeinoja käytössä kuin patenteissa, eri pituiset kieltomääräykset ja korvaukset. EU-alueella suurimman osan unionin jäseniä kattavia patenteja, jotka Euroopan patentti toimisto myöntää, koskevat riidat käsitellään yhdistetyssä patenttituomioistuimessa (UPC).²⁶⁶ UPC:n menettelysäännöissä on mainittu, kuinka todistustaakka jakaantuu riidoissa. UPC:n perustamissopimuksen 54 artiklan mukaan pääsääntönä näyttötaakka faktoista on sillä osapuolella, joka vetoaa niihin. Poikkeuksena tähän 55 artiklan perusteella, kun uusi tuote on tehty patenttiteknoologiaa käyttäen ja loukkaus on siinä mielessä ilmeinen, ettei tuotetta olisi voinut muuten saada aikaiseksi, on todistustaakka käänteinen. Datasäädöksen osalta tulisi soveltaa vain perustamissopimuksen 54 artiklaa. Jos datan haltija vetoaa kilpailukiellon rikkomiseen, pitää sen pystyä näyttämään väite. Artikla 55

²⁶³ Esimerkiksi on mahdollista kieltäytyä jakamasta dataa sillä perusteella, että liikesalaisuuksien paljastumisen riski on korkea ja paljastumisesta syntyisi suuria taloudellisia tappioita. Lisäksi millään menetelmällä ei voida kiertää objektiivista paljastumisen riskiä, DA 4(8).

²⁶⁴ Muutoksenhakuoikeudesta lisää jäljempänä. Sääntelyteknisesti voi kuitenkin mainita, että muutoksenhakuoikeuksia koskevat säännöt ovat jakautunut hieman ympäri säädöstä. Riidanratkaisuelimestä säädetään datasäädöksen 10 artiklassa. Viranomaisesta, joka käsittelee säädökseen liittyvät valitukset, säädetään 37 artiklassa. Artikloissa 38–39 säädetään oikeudesta valituksen tekemiseen ja tehokkaista oikeussuojakeinoista eli valituksesta tuomioistuimeen.

²⁶⁵ Max Planck instituutin kommentaarissa FRAND-sopimusten osalta on ehdotettu, että todistustaakka tulisi olla datan haltijalla. Ylettäisiin tämän sopimuksia koskevan taakan myös koskemaan kilpailukielloja. Ks. Max Planck Position Statement 2022, s. 38–39.

²⁶⁶ Ks. koko järjestelmästä, Unitary patent ja oikeuksista, Court presentation. Lisää aiheesta, Pila – Wadlow 2015.

on nähdäkseni patenteja koskeva, ja dataan ei liity samalla tavalla suojeltavaa innovointia.²⁶⁷ Nähdäkseni lainsäätäjäksi olisi erikseen määrittänyt käänteisen todistustaakan, jos se olisi katsottu sen tarpeelliseksi datasäädöksessä. Analogisesti näkisin järkevänä, että datasäädöksen kiistoissa koskien kilpailukielloa ja datan laitonta käyttämistä kilpailevan laitteen kehittämisiin, tulisi noudattaa normaalia todistustaakkaa – väitteen tekijän kuuluu perustella väite.

Normaali todistustaakka suojaisi kolmannen osapuolen kehitystoimintaa, koska presumptio olisi, ettei dataa ole laittomasti käytetty, jollei tätä pystytä näyttämään toteen. Menettely suojaa kolmannen osapuolen etua siinä määrin, ettei datan hankkimisesta ja kilpailevan laitteen itsenäisestä kehittämisestä muodostu tilannetta, jossa järjestely automaattisesti johtaisi *de facto* kilpailukielloon. Kuitenkin datan haltijan oikeutettua etua suojellaan säädöksessä sallimalla tarpeellisten teknisten menettelyjen käyttämisen datan suojaamiseen, DA 11(1), ja niistä syntyvien kustannusten tasaamiseen, lisää jäljempänä. Nähdäkseni säädöksen tavoitteiden mukaisen tulkinnan avulla mekanismit voidaan luoda riittävän vahvoiksi, jotta ne estävät ikuisen kilpailukiellon muodostumisen.²⁶⁸ Mekanismin epäonnistuessa viimesijaisena perälautana on kilpailuoikeuden ja SEUT 101 artiklan tulkinnat.

3.4.2 Markkinamäärityksen kokoavat näkökohdat ja keskeiset tulkinnat

Markkinoiden määrittämisessä pitää ottaa laajasti huomioon monia aspekteja. Datasäädöksen tapauksessa määrittäminen ei tarvitse mennä täysin ”loppuun” asti sillä, tarkoitus ei ole selvittää yritysten markkinavoimaa tietyillä tuotemarkkinoilla, vaan mitkä tuotteet kilpailevat keskenään. Näkemykseni mukaan asetuksen sekä EU:n datastrategian toteutumisen kannalta voidaan järkevästi noudattaa lähes kaikkia markkinoiden määrittämissääntöjä. Tuotteiden osalta tutkitaan SSNIP-testin avulla läheisiä substituuotteja pääosin hinnan ja ominaisuuksien osalta. Maantieteellisten markkinoiden osalta uusi keskeinen kriteeri, riittävän homogeeniset markkinat, toimii hyvin, koska se ei liiaksi estä säädöksen tavoitteiden toteutumista estämällä vastaavan primäärituotteen kehittämistä kahdella täysin erillä maantieteellisellä markkinalla.

²⁶⁷ Sen tarkemmin menemättä kriteeriin, mikä on innovatiivinen ominaisuus ja miten käytännön todistelu menisi datasäädöksen kiistatilanteissa, liittyy kysymykseen paljon oikeudellista verkottuneisuutta. Onko ominaisuutta suojeltu jollakin toisella immateriaalioikeudelle? Onko ominaisuus saatu selvillä sallitulla käänteismallintamisella? Käytettiinkö käänteismallintamisen apuna DA:n nojalla laitteesta saatua dataa? Kopioitiinko ominaisuus suoraan DA nojalla saadulla datalla? Nämä ovat joitakin oikeudellisia kysymyksiä joihin kiistat voisivat liittyä. Kuitenkin jokaisella osapuolella tulisi olla velvollisuus esittää näyttöä väitteisiinsä, joiden perusteella oikeus tekisi ratkaisun.

²⁶⁸ Lisää jäljempänä neuvottelumenettelyä koskevassa alakohdassa 4.3.2.

Keskeinen poikkeus on markkinajärjestelmä, jolla tarkoitetaan, että primääri- ja sekundäärituotteet ovat samoille markkinoilla. Datasäädöksen koko idea on lisätä kilpailu sekundäärimarkkinoilla eli laitteiden tapauksessa korjaus- ja liitännäislaitemarkkinoilla. Tältä osin poikkeaisin täysin ja ohittaisin kilpailuoikeudellisen näkemyksen. Datasäädöksessä vastakkaisissa vaakakupeissa painaa kilpailun lisääminen *vendor-lock-in* efektin poistamisella ja innovoinnin insentiivien pitäminen korkealla. Tältä osin, jos sovelletaan markkinajärjestelmän tulkintaa, estää se datan jakamisen kolmansille liitännäislaitteiden tarjoajille, sillä liitännäislaitteet kilpailisivat primäärituotteiden kanssa samoilla markkinoilla. Vastapainona näillä markkinoilla todennäköisesti *vendor-lock-in* efekti on erittäin voimakasta, ja kysyntäpuolta hyödyttäisi kilpailu. Valmistajan suojaaminen pitäisi kuitenkin insentiivit innovoida korkealla, sillä tuotto koko vertikaalissa ketjussa jäisi vertikaalisti integroituneelle valmistajalle.²⁶⁹ Kuitenkin asetuksen selkeä painopiste on kilpailun lisääminen, sillä kustannuksella, että markkinoilla jo olevat laitevalmistajat kärsivät tästä, ja joutuvat kohtaamaan enemmän kilpailua sekundäärimarkkinoilla. Muutenkin markkinajärjestelmän käsite voidaan johtaa pikemmin ajatukseen markkinavoimasta. Ideana on, että sekundäärimarkkinojen toimijoilla on niin paljon markkinavoimaa, että ne voivat hinnoittelupäätöksillään vaikuttaa primäärimarkkinoilla ostajien päätöksentekoon. Tämänkin vuoksi tulisi hylätä näkemys markkinajärjestelmistä, koska tulkinnassa ei ole kyse markkinavoimasta vaan tuotteiden substituutiosta.

Markkinajärjestelmä teema ei kuitenkaan koske välituote – lopputuote aspektia. Siinä kyseessä ei ole samalla tavalla riippuvuutta sekundäärimarkkinoista, vaan kyse on primääri markkinoista ja niihin liittyvistä välituotteista. Datasäädöksen kannalta tulkinta tulisi olla, että välituotteen muodostaessa itsenäisen tarpeeksi laajan markkinan saisi lopputuotteesta tuotettua dataa käyttää välituotteen kehittämisessä. Jos välituotteella ei ole omaa markkinaa vaan se on vain panos lopputuotteeseen, IoT-laitteeseen, ei saisi lopputuotteesta tuotettua dataa käyttää välituotteen kehittämiseen sillä se lopulta kilpailisi vain lopputuotemarkkinoilla osana IoT-laitetta.²⁷⁰ Tässä tilanteessa tulisi soveltaa kieltoa käyttää dataa kilpailevan laitteen tuottamiseen.

²⁶⁹ Olettaen nyt, että valmistaja on vertikaalista integroitunut, siten että ketjuun kuuluu tuotteen valmistaminen ja liitännäispalvelut.

²⁷⁰ Jos välituotetta käytetään erin IoT-laitteen parantamiseen, joka ei kilpaile alkuperäisen laitteen kanssa samoilla markkinoilla, on käyttö sallittua.

Mielenkiintoisena näkökulmana on, että useat tahot ovat kritisoineet koko kilpailukiello rajoituksen olemassaoloa. Kuten aiemmin jo esiteltiin, on mahdollista, ettei IoT-laitevalmistajien investointeja tarvitse suojalle, sillä ne voidaan sisällyttää laitteen hintaan. Tämän näkökulman jatkeena on, että ei ole perustelua suojella markkinoilla olevia yrityksiä kilpailukiellolla.²⁷¹ Osittain olen samalla linjoilla näiden näkökulmien kanssa, mutta pidän todennäköisenä, että lainsäätäjät on tarkoituksella tehnyt liennytyksen valmistajille, jottei järjestelmä vaikuttaisi liian yksipuoliselta. Datasäädöksen tavoitteiden kannalta tulkinnat markkinoiden määräytyksestä on tarkoituksellisesti tehtävä tiukaksi, ja sitä kautta mahdollisimman kilpailumyönteiseksi, jotta säädöksen tavoitteet toteutuisivat.

²⁷¹ Kärkipäässä kritiikissä ovat olleet *Kerber* ja *Eckardt*. Ks. Eckardt – Kerber 2024a. Eckardt – Kerber 2024b. Kerber 2024. Kerber 2022a. Kerber 2022b. Lievempää kritiikkiä ks. Martens 2023. Metzger – Schweitzer 2022.

4 Kohtuullisuuden tulkinta *hold-up*-ongelmana

4.1 FRAND-ehdot ja standardipatenttijärjestelmä

4.1.1 Lähtökohdat

Ennen siirtymistä varsinaiseen datasäädöksen alaiseen FRAND-ehtojen tulkintaa käydään läpi pohja, jonka ympärille FRAND-järjestelmä on varsinaisesti luotu. FRAND-ehdot liittyvät standardienssentiaalipatentteihin (SEP). Nykyisessä teknologiapainotteisessa informaatiovetoisessa talousjärjestelmässä tarvitaan standardeja. Niiden avulla eri valmistajien laitteet voivat toimia yhdessä. Standardien avulla keskeisten teknologioiden kustannukset voidaan pitää alhaalla, ja ne ovat myös saatavilla kaikille valmistajille ja lopulta kuluttajille. Kaikista suurimmat standardit koostuvat SEP:sta. Näitä standardeja ovat esimerkiksi 4G- ja 5G-verkot, Bluetooth ja WiFi. Jokainen standardi koostuu useista eri patenteista.²⁷² Standardipatenttien takana on standardeja asettavat ja kehittävät organisaatiot (SSO).²⁷³ Kaksi suurinta organisaatiota ovat *European Telecommunications Standards Institute* (ETSI) ja *Institute of Electric and Electronics Engineers* (IEEE).²⁷⁴ Standardia kehittäessä SSO johtaa työtä, johon järjestelmässä mukana olevat tahot, kuten yritykset, voivat osallistua omilla patenttiportfolioilla. Sen jälkeen, kun SSO on saanut kehitetty standardin, alkaa sen lisensointi. Lisensoinnissa SEP-haltijat ovat osana SSO:ta lupautuneet kertomaan kaikki heidän hallussansa olevat relevantit immateriaalioikeudet standardille. Lisäksi osapuolet ovat sitoutuneet tarjoamaan lisenssit patenteihin FRAND-ehdoin. Standardin implementoija käy neuvottelut jokaisen SEP-haltijan kanssa, jollei patenttien hallintaa ole keskitetty yhdelle taholle²⁷⁵. Jotta lisensoinnin kustannukset eivät kohoaisi liian suuriksi ja romuttaisi sitä kautta SEP-standardin tarkoitusta, on luotu FRAND-järjestelmä. FRAND-ehtojen avulla lisenssisopimukset ja ehdot ovat reilut, kohtuulliset ja syrjimättömät. Näiden ehtojen

²⁷² Esimerkiksi 4G LTE -verkko koostuu noin 4700 patentista. Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, Case 170/13, EU:C:2015:477, kohta 40.

²⁷³ Nämä ovat käytännössä samoja tahoja. SSO tulee engl. *Standard Setting Organization* ja SDO tulee sanoista *Standard Developing Organization*.

²⁷⁴ ETSI käyttää FRAND-ehtoja ja IEEE RAND-ehtoja lisenssisopimuksissaan. Kuitenkin näillä kahdella ehtokokonaisuudella ei ole juuri muuta eroa kuin lyhenne. Tämän takia, kuten jo johdannossa tuli ilmi, käytetään DA:n tapauksessa termiä FRAND. Ks. FRAND-ehdoista, Intellectual Property Rights, kohta ETSI IPR Policy. RAND-ehdoista, Understanding Patent Issues During IEEE Standards Development, kohta Essential Patent Claims.

²⁷⁵ Werden – Froeb 2019, s. 2–3.

soveltamisen avulla varmistetaan kohtuullisesta hinnasta, ja siitä ettei käytetä väärin patenttioikeuksien negatiivista ulottuvuutta, jonka avulla voidaan kieltää käyttämästä laittomasti patenteja tuotannossa.²⁷⁶

FRAND-ehdoin ja FRAND-neuvottelumenettelyyn liittyy paljon tulkintaa. FRAND-ehdot voi mieltää kohtuulliseksi pohjaksi, jonka päälle standardin implementoija ja SEP-haltijat neuvottelevat hinnasta ja muista keskeisistä ehdoista. Neuvotteluiden epäonnistumiseen liittyy *hold-up*-ongelma. FRAND-neuvottelut alkavat standardin asettamisen jälkeen ja neuvottelukierroksien tuloksena on joko FRAND-ehdoinen lisenssisopimus tai ei sopimusta. EU-alueella on ollut kaksi neuvottelumenettelyä *Orange Book* (OB) ja *Huawei/ZTE* (H/Z). OB-menettely on tullut Saksan alemmista oikeusasteista. H/Z-menettely on tullut EUT:n oikeuskäytännöstä, lisää näistä jäljempänä.²⁷⁷

Hold-up-ongelma liittyy hinnasta sopimiseen lisenssineuvotteluiden epäonnistuessa. Tiivistetysti se tarkoittaa, että lisenssinantaja pyrkii hyödyntämään neuvotteluvoimaansa ja saamaan korkeamman hinnan. Neuvotteluvoima syntyy tässä tilanteessa kolmesta osasta. Ensinnäkin standardin asettamisen jälkeen ei sitä lähdetä muuttamaan jälkeinpäin, koska muokkaamisen kustannukset ovat liian korkeat. Lähes kaikilla patenteilla on oma merkityksensä standardiin, jolloin niitä ei voi vain ottaa pois.²⁷⁸ Toiseksi, kun patentin käyttö on varmistettu standardin sisällä, luo patenttien ja immateriaalioikeuksien negatiivinen ulottuvuus neuvotteluvoimaa. Patentin haltijalla on lähtökohtaisesti oikeus kieltää kolmatta osapuolta käyttämästä patenttia ennen kuin lisenssisopimuksesta on sovittu.²⁷⁹ Viimeisenä standardin implementoijan uponneet kustannukset voivat luoda neuvotteluvoimaa. Lisensoija on jo voinut tehdä investointeja patentoidun teknologian käyttöönottoon liittyen. Investoinnit ovat todennäköisesti uponneita siinä mielessä, ettei syntyneitä kuluja saada takaisin, jos lisenssineuvottelut epäonnistuvat.²⁸⁰ Tämä luo painetta lisensoijalle saada lisenssisopimus, ja voi painostaa maksamaan korkeamman hinnan. *Hold-up*-ongelman yhtenä seurauksena

²⁷⁶ Ks. Saint-Antoine – Trego 2014, s. 184–189. Tsilikas 2017, s. 11–14. Contreras 2019a, s. 702–704. Contreras 2019b, s. 876–884. Dornis 2020, s. 575–576. Ghafele – Schmitz 2020, s. 90–91.

²⁷⁷ Ks. Tsilikas 2017, s. 41–43 ja 46–48.

²⁷⁸ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 616–617. Contreras 2019b, s. 881–883.

²⁷⁹ Mylly 2009, s. 291.

²⁸⁰ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 612.

nähdään rojaltien²⁸¹ kasaaminen. Se on SEP-järjestelmään liittyvä uhkakuva, jossa useat patentin haltijat käyttävät neuvotteluvoimaa ja neuvottelevat kilpailullista- tai kohtuullista tasoa korkeammat rojalit. Tällöin standardoidun teknologian lopullinen hinta kasvaa ja voi lopulta tehdä siitä taloudellisesti kannattamattoman.²⁸²

4.1.2 Puhdas *hold-up* ja opportunismi

Hold-up-ongelmalle on konkreettinen taloustieteellinen pohja. Puhtaan *hold-up*-tilanteen muodostuminen on sidoksissa uponneisiin kustannuksiin.²⁸³ Alkuperäisen teorian katsotaan formuloineen *Williamson*. Hän ei varsinaisesti määritellyt *hold-up*-termiä vaan opportunistista toimintaa.²⁸⁴ *Williamsonin* mukaan opportunistinen käyttäytyminen on oman hyödyn tavoittelua petollisen toiminnan avulla. Petollinen toiminta voi olla mitä tahansa vastapuolen harhauttamista.²⁸⁵ *Williamsonin* teorian toinen puoli liittyi spesifeihin omaisuuseriin ja niihin liittyviin investointeihin. Spesifiä omaisuutta voi käyttää vain yhteen tarkoitukseen. Muihin käyttötarkoituksiin käytettäessä omaisuuden arvo laskee. Kyse on siis pitkälti uponneista kustannuksista. Käyttäen hyväkseen uponneiden kustannusten tuomaa lukkiutunutta tilannetta toinen osapuoli voi toimia opportunistisesti.²⁸⁶ Hieman pehmittäen *Williamsonin* teoriaa opportunistisen neuvottelun voisi määritellä oman hyödyn tavoittelemiseksi toisen kustannuksella neuvotteluvoimaa käyttäen.

Varsinaiseen SEP-järjestelmään liittyvän *hold-up*-ongelman popularisoi *Shapiro*.²⁸⁷ Standardipatentteihin liittyvä *hold-up* perustuu uponneisiin teknologiakohtaisiin kustannuksiin ja standardin asettamisen jälkeisiin käytäviin neuvotteluihin. Jos lisensoiva osapuoli tekee patenttiin liittyviä investointeja, jotka ovat uponneita siinä mielessä, ettei niillä ole käyttöä

²⁸¹ Datasäädöstä koskevassa kirjallisuudessa on käytetty datasopimuksien kohdalla maksusta usein virheellisesti termiä rojalit. Rojalit tarkoittaa osaa, joka maksetaan tuotteen myyntihinnasta. Kuvitteellisesti 1 %:n rojalit tarkoittaisi, että tuotteen myyntihinnasta lisenssinantaja saisi 1 %:n korvauksen lisenssiteknologian käyttämisestä. Datasäädökseen ei liity rojalteja. Siirtosopimuksessa sovitaan hinnasta, joka maksetaan, eikä tähän tule millään tavalla sotkea termiä rojalit. Rojalit termi on oikea SEP-lisensseistä puhuessa mutta sitä ei tulisi käyttää DA:n tilanteessa.

²⁸² Lemley – Shapiro 2007, s. 1992–1993. Vastakkainen näkemys, ks. Elhauge 2008.

²⁸³ Ks. Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 603–604.

²⁸⁴ Contreras 2019b, s. 884–887. Kieff – Layne-Farrar 2013, s. 1094–1095.

²⁸⁵ Williamson 1985, s. 47–52.

²⁸⁶ Williamson 1985, s. 52–56.

²⁸⁷ Contreras 2019b, s. 885.

ilman patenttitekniologiaa, synnyttää tämä kiilan. Kiila on lisäosa, jonka lisensoija on valmis maksamaan teknologiasta rojalteina lisenssinantajalle verrattuna tilanteeseen, jossa neuvottelut käydään ennen investointeja.²⁸⁸ Uponneet kustannukset tekevät vaihtoehdosta, jossa kieltäydytään patenttitekniologian käyttöönotosta, kalliimman. Tätä ongelmaa myös syventää voimakas standardoitiin liittyvä inertia.²⁸⁹ Standardin asettamisen jälkeen on SSO yleensä haluton muokkaamaan sitä, koska kyseessä on vaikea prosessi.²⁹⁰ FRAND-ehdot ja rajoitukset patentoijan kiello-oikeuteen liittyvät yllä mainittuihin uponneisiin kustannuksiin. Kun standardi otetaan käyttöön, ja eri tahot tekevät siihen liittyviä teknologiaspesifejä investointeja, halutaan suojella implementoijien investointeja. FRAND-ehdoilla pyritään estämään opportunistinen käyttäytyminen ja varmistamaan kohtuullinen rojaltien taso.

Verrattuna puhtaaseen taloustieteellisen *hold-up*-tilanteeseen datasäädökseen liittyvä *hold-up* ei ole oikeasti *hold-up*-tilanne. Kun neuvotteluja käydään datan jakamisesta kolmannelle osapuolelle, ei todennäköisesti ole tehty vielä suurempia investointeja. Päinvastoin tarkoituksena on investoida ja innovoida saadun datan avulla. Todennäköisesti näistä osapuolista datan haltijalla on teknologiaspesifejä uponneita kustannuksia. Tältä kantilta katsoen voisi potentiaalisesti syntyä *hold-out*-tilanne. *Hold-out*-tilanteessa lisensoija käyttää hyväkseen neuvotteluvoimaansa ja neuvottelee rojalitit alle kilpailullisen tason.²⁹¹

Datasäädöksen alla *hold-up*-ongelma tulisi hahmottaa pikemminkin informaation epäsymmetrian kautta. *Hold-up* tulisi mieltää neuvotteluvoiman hyväksikäyttönä ja opportunistina. Tämä on lähellä *Williamsonin* alkuperäistä näkemystä. Periaatteessa tilannetta voisi kuvata jollakin toisella termillä. Lainsäätäjä on päättänyt tuoda säädökseen FRAND-terminologiaa, jonka takia pidän *hold-up*-ongelma termiä osuvana kuvailemaan datan haltijan opportunistista käyttäytymistä neuvotteluissa. Kuten jo luvussa 2 kuvailtiin, synnyttää epäsymmetrinen informaatio neuvotteluvoimaa paremmin informoidulle osapuolelle. Datan haltija voi olla lähes varma siitä, että kolmas osapuoli haluaa datan, jos se alkaa neuvottelemaan

²⁸⁸ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 611–613.

²⁸⁹ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 616–617.

²⁹⁰ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 616–617. Contreras 2019b, s. 881–883.

²⁹¹ *Hold-out* liittyy myös SEP-järjestelmään ja on *hold-up*-tilanteen vastakohta. Jos patentin haltijaa estetään kieltämästä toista osapuolta käyttämästä patentoitua teknologiaa, kun lisenssisopimusta ei saada aikaiseksi, muodostaa tämä *hold-out*-tilanteen. Tällöin implementoijalle syntyy ylimääräistä neuvotteluvoimaa, koska patentin haltijaa on kielletty käyttämästä immateriaalioikeuksiin liittyvää kiello-oikeutta. Patenttien yhteydessä kieltoa käyttää patenttia kutsutaan englanniksi *injunctive relief*. Ks. aiheesta Tang – Tang 2020, s. 478.

tosissaan. Tällöin kolmannen osapuolen maksuhalukkuus voi olla korkeampi verrattuna täydellisten markkinoiden kilpailulliseen hintaan, jolloin haltija voi hyödyntää tätä ylimääräistä neuvotteluvoimaa korkeampana hintana tai parempina ehtoina.

4.2 Mistä *hold-up*-tilanteet syntyvät datasäädöksen tapauksessa?

4.2.1 Liikesalaisuuksien käyttö

Hold-up-tilanne voi mahdollisesti syntyä useiden eri aspektien kautta. Kahtena pääjakolinjana datasäädöksen tapauksessa ovat hintaan ja ehtoihin liittyvät *hold-up*-tilanteet. Hintaan liittyen käsitellään jäljempänä yhtenä erityiskysymyksenä teknisten kustannusten jakautumista osapuolten välillä. Tekniset kustannukset ovat datan jakamisesta, kuten ohjelmistorajapintojen luomisesta, syntyneitä kustannuksia. Kustannuksiin ja hintaan liittyen käydään läpi kilpailuoikeudellinen kohtuuttoman hinnoittelun kriteeristö ja sen soveltuvuus *hold up* -tilanteen arviointiin. Datasäädösehdotuksen alkuperäiseen versioon liittyvä *Max Planck* instituutin kommentaari tunnisti *hold-up*-ongelman vain hinnan ja rojaltien osalta.²⁹² Liberaalimpaa *hold-up*-määritelmää käyttäen on löydettävissä ehtoihin liittyviä *hold-up*-tilanteita ja näistä yksi tärkein ehtokokonaisuus liittyy liikesalaisuuksiin.

Liikesalaisuuksien suoja tulee EU:ssa liikesalaisuusdirektiivistä²⁹³. Käytännössä jokaisen jäsenvaltion lait seuraavat keskeisiltä osin, kuten millainen tieto voi olla liikesalaisuus, direktiiviä.²⁹⁴ Direktiiviin mukaan tiedon pitää täyttää kolme kumulatiivista kriteeriä, jotta se voitaisiin katsoa liikesalaisuudeksi. Direktiivin 2(1):n mukaan liikesalaisuuden pitää olla salaista tietoa siinä mielessä, ettei se ole yleisesti tiedossa tai helposti saatavilla. Tiedolla pitää olla kaupallista arvoa, koska se on salaista. Liikesalaisuuden haltijan on pitänyt ryhtyä kohtuullisiin toimiin pitääkseen tieto salassa. Näistä kriteereistä helpoiten täyttyy toinen, eli tiedon kaupallinen arvo. Käytännössä vain melko triviaalin tiedon katsotaan rikkovan tätä ehtoa.²⁹⁵ Datan osalta ensimmäinen kriteeri on kaikista ongelmallisin. Yleisesti informaation katsotaan koostuvan semanttisesta ja syntaktisesta osasta. Semanttinen osa tarkoittaa, että datalla on merkitystä, jolloin se on tietoa. Syntaktinen tarkoittaa vain numeerista esitysmuotoa,

²⁹² Max Planck Position Statement 2022, s. 33.

²⁹³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943, julkistamattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta.

²⁹⁴ Nordberg 2020, s. 199.

²⁹⁵ Nordberg 2020, s. 207–208.

johon pitää soveltaa analyysiä, jotta se olisi tietoa.²⁹⁶ Ongelma syntyy siitä, että on katsottu, ettei raakadata täytä semanttista kriteeriä, koska sillä ei ole vielä merkitystä. Liikesalaisuuksien osalta on katsottu, että suojataan vain tietoa, jolla on merkitys eli semanttista osaa, jolloin raakadataa ei voi suojata liikesalaisuutena.²⁹⁷ Kuitenkin *Drexlin* näkemyksen perusteella tämän rajauksen tekeminen ei ole täysin yksioikoista.²⁹⁸ Lisäksi suurin datamassoihin liittyy toinenkin aspekti. Jos data on kerätty avoimista lähteistä, esim. louhimalla Internetistä, ei se voi määritelmällisesti saada liikesalaisuuksien suojaa, koska se on yleisesti tiedossa ja saatavilla.²⁹⁹

Raakadata ja liikesalaisuudet liittyvät kahdella keskeisellä tavalla datasäädökseen. Datan pakollinen jakaminen on ulotettu koskemaan vain raakadataa. Datasäädöksen johdanto-osan perusteella raakamuotoinen data kuuluu asetuksen soveltamisalaan. Vaikka dataa olisi esikäsitelty, kuten tyhjiä arvoja siivottu, kuuluisi data soveltamisalaan. Johdettu data, jonka analysointiin on tehty investointeja ei kuuluisi säädöksen soveltamisalaan.³⁰⁰ Datanjakosopimukset voivat myös koskea laajemminkin muuta dataa, jolloin liikesalaisuuksien suojaaminen on keskeisempi kysymys. Lisäksi datan jakamisen yhteydessä voi tulla esille datan haltijan muitakin liikesalaisuuksia, liittyen esim. tuotantoon, jolloin liikesalaisuuksien suojaaminen on keskeistä salaisuuden haltijalle.

Datasäädöksessä on pyritty luomaan tehokkaat mekanismit liikesalaisuuksien suojaamiselle. Sädöksen 5 artiklassa määritellään datan haltijan ja kolmannen osapuolen väliset velvollisuudet. Artikla velvoittaa osapuolia ryhtymään tarpeellisiin toimenpiteisiin liikesalaisuuksien suojaamiseksi. Haltijan pitää yksilöidä data, joka on suojattu liikesalaisuutena. Lisäksi osapuolten tulee organisatorisesti ja teknisesti riittävällä tavalla suojata data. Jos liikesalaisuuksien jakamisesta ei päästä sopuun, tulee haltijan ilmoittaa säädöksen 37 artiklassa määritetyille toimivaltaiselle viranomaiselle miltä osin ja miksi jakaminen ei alkanut tai keskeytyi. Viranomaisen tehtävänä on arvioida, onko kyseessä liikesalaisuuksista ja tarjota ratkaisuja jakokeinoista. Datan haltija voi 5 artiklan nojalla kieltäytyä datan jakamisesta, jos haltija voi osoittaa objektiivisesti, että paljastuminen aiheuttaa

²⁹⁶ Drexl 2017, s. 263 ja 277. Nordberg 2020, s. 201–202.

²⁹⁷ Mylly 2024 s. 373. Nordberg 2020, s. 202. Aplin – Radauer – Badin – Searle 2023, s. 843.

²⁹⁸ Drexl 2017, s. 263.

²⁹⁹ Koskien kysymystä liikesalaisuuksien soveltamisesta ks. Max Planck Position Statement 2022, s. 100.

³⁰⁰ Datasäädös johdanto-osa, kohta 15 ja Mylly 2024, s. 373.

todennäköisesti suurta taloudellista tappiota kohtuullisista suojoimista huolimatta. Tämäkin ratkaisu tulee ilmoittaa valvovalle viranomaiselle. Samat velvoitteet löytyvät säädöksen 4 artiklasta koskien laitteen käyttäjää.

Juuri tästä tilanteesta voi syntyä sopimusperusteinen *hold-up*-tilanne. Haltija voi hidastaa, ja erikoistapauksissa estää jakosopimuksen toteutumisen vetoamalla liikesalaisuuksien suojaan. Raskailla TOM-suojoimilla voidaan myös korottaa hintaa, ja tehdä sopimisesta vähemmän houkuttelevaa.³⁰¹ Mylly on artikkelissaan kuitenkin todennut, että tehokkaan viranomaismenettelyn avulla liikesalaisuuksien šikaanin omainen käyttäminen ei olisi ongelma.³⁰² Olen kuitenkin hieman skeptisempi tämän suhteen, sillä oikeussuojakeinoihin ja menettelyyn liittyy paljon avoimia tulkintoja, joiden vuoksi voi olla mahdollista käyttää liikesalaisuuksia *hold-up*-position luomisessa.

4.2.2 Hintaan liittyvä *hold-up* ja syrjimättömyys eli FRAND-ehtojen ND-osa

Hintaan liittyviä *hold-up*-tilanteita on olemassa loputtomasti. Esimerkkejä mahdollisista tulkinnanvaraisuuksista ovat muun muassa lisäarvo-osaan liittyvät kysymykset, kuten mikä on datan keräämisen merkitys liiketoiminnalle sekä kolmannen osapuolen asema. Molemmat näistä vaikuttavat hintaan. Tässä osassa keskitytään vain yhtenä esimerkkinä teknisiin kustannuksiin. Potentiaaliset ongelmat ja mahdolliset ratkaisut yleistyvät tietyin osin muihinkin hintaperusteisiin *hold-up*-tilanteisiin.³⁰³ Kuten jo luvussa 2 tuli esille, on teknisten kustannusten jakaminen tulkinnanvaraista. Hinnan osalta datan haltijan datan jakamisesta syntyneiden uponneiden kustannusten säilyttäminen voi olla kiellettyä FRAND-ehtojen syrjimättömyyteen (ND) perustuen. Kustannuksiin liittyen pitää määrittää, mitä ovat jakosopimuksissa kohtuulliset tekniset kustannukset, joita voi periä. Kustannusten säilyttäminen tuo *hold-up*-problematiikan tähän kysymykseen. Jos lainsäätäjällä sallii kustannusten siirtämisen datan ostajalle ja haltijalla on insenttiivit nostaa hinta mahdollisimman korkealle, voi syntyä *hold-up*-tilanne. Hintaan

³⁰¹ Aiheeseen liittyy paljon mielenkiintoisia aspekteja, joita on käytä ylempänä jo läpi. Kuitenkin liikesalaisuustematiikan tarkempi tutkiminen rajautuu tutkielman ydinaiheen ulkopuolella. Kyseessä on kuitenkin niin merkittävä tapa suojata informaatio, ja siihen liittyy paljon tulkinnallisuutta, jonka takia pidin asianmukaisena käydä keskeisiä kysymyksiä läpi.

³⁰² Mylly 2024, s. 20. Lisää neuvottelu- ja viranomaismenettelystä jäljempänä alaluvussa 4.3.

³⁰³ Teknisiin kustannuksiin keskitytään nyt kolmesta syystä. Ensinnäkin teknisillä kustannuksilla on kiinteä yhteys uponneiden kustannusten vaikutuksiin neuvotteluissa ja sitä kautta kytkeä *hold-up*-teoriaan on johdonmukaista. Toiseksi CP-hinnoittelua käsitelleessä artikkelisissa teknisten kustannusten jakautuminen jää hyvin avonaiseksi kysymykseksi. Kolmanneksi datasäädöksen tapauksessa usein vastakkain ovat kilpailun lisääminen ja investointien suojaaminen, jolloin teknisten kustannusten jakautuminen konkretisoi tätä teemaa.

perustuvan *hold-up*-tilanteen osalta ei ole keskeistä tutkia tarkasti tilanteita, joissa *hold-up* syntyy, vaan miten näiden syntymistä ja haittaa voidaan minimoida FRAND-ehdoilla ja -neuvottelumenettelyllä.

Syrjimättömyydelle on laaja pohja unionin oikeudessa.³⁰⁴ Syrjimättömyys tarkoittaa tiivistetysti, että samankaltaisissa tapauksissa kohdellaan samalla tavalla ja eri tapauksissa erillä tavalla. Syrjimättömyyden periaate tulee SEUT 8 ja 19 artikloista, sopimus Euroopan unionista 2 ja 3 artikloista sekä perusoikeuskirjan 21 artiklasta. FRAND-ehjoja koskien ei ole paljon tutkittu syrjimättömyyden periaatetta ja horisontaalista suoraan sovellettavasta syrjimättömyydestä ei ole oikeustapauksia.³⁰⁵ FRAND-ehjojen syrjimättömyyden osalta on tunnistettu, että riippuen oikeusjärjestelmästä kyse on joko laista tai faktoista.³⁰⁶ *Borghetti*, *Nikolicin* ja *Petit*in artikkelin perusteella lisenssinantajalla olisi oikeus tarjota eri tuotantoportailla oleville tahoille eri ehjoja. Tuotantoportaan sisällä ei tulisi sallia syrjiviä ehjoja, vaikka lisensoija olisi kilpailija.³⁰⁷ Datasäädöksen kannalta tämä on tullut esille eri tahojen eri kohteluna. Esimerkiksi yritykseltä, joka kilpailee älylaitteeseen liittyvällä palvelumarkkinalla, on oikeus pyytää suurempaa lisäarvo-osaa, kun taas voittoa tavoittelemattomalta tutkimuslaitokselta ei tulisi pyytää lisäarvo-osaa ollenkaan. Tämä ei kuitenkaan vielä vastaa kysymykseen teknisten kustannusten jakautumisen.

FRAND-ehjojen syrjimättömyys osa on SEP-kirjallisuudessa määritelty ja tulkittu kankeasti. *Putnam* on esittänyt syrjimättömyyden ehdon haitallisena määritelmänä, joka pakottaa lisenssinantajan tarjoamaan samaa rojaltia kaikille halukkaille.³⁰⁸ *Carlton* ja *Shampine* ovat taas jakaneet syrjimättömyyden taloustieteelliseen ja FRAND-pohjaiseen tulkintaan. Taloustieteellinen tulkinta tarkoittaa, että maksettaisiin sama rojalti ja ehdot olisivat samat.³⁰⁹ FRAND-pohjainen tulkinta tarkoittaa, että *ex ante* samassa tilanteessa olevia lisensoijia kohdellaan samankaltaisesti. Eri tilanteessa olevia tahoja, jotka saavat eri suuruisen

³⁰⁴ *Heim* ja *Nikolic* ovat käyneet läpi useita eri kohtia EU:n lainsäädännössä, joissa esiintyy suoraan tai implisiittisesti FRAND-ehdot. Lisäksi he ovat erityisesti maininneet FRAND-ehdot yhdeksi tavaksi järjestää pääsy dataan. Ks. Heim – Nikolic 2019, s. 51–52, sekä artikkelin luku E kokonaisuudessaan.

³⁰⁵ Borghetti – Nikolic – Petit 2021, s. 219–220.

³⁰⁶ Gabison 2018, s. 105.

³⁰⁷ Borghetti – Nikolic – Petit 2021, s. 221.

³⁰⁸ Putnam 2018, s. 999–1003.

³⁰⁹ Carlton – Shampine 2013, s. 545–546. *Sidak* on määritellyt tämän kapeaksi syrjimättömyydeksi. Sidak 2013, s. 997.

inkrementaalisen arvon lisenssistä, voi kohdella eri tavalla.³¹⁰ Tämä on linjassa EU:n oikeuden perinteisen syrjimättömyyden tulkinnan kanssa. Mielenkiintoisena huomiona on, että *Sidak* on kytkenyt *Carltonin* ja *Shampinen* laajemman FRAND-pohjaisen syrjimättömyyden tulkinnan kaksiosaiseen tarffiin. *Sidakin* näkemyksen mukaan kyseinen hinnoittelumalli toteuttaisi hyvin syrjimättömyyden vaatimuksen.³¹¹ *Gilbert* on myös kytkenyt syrjimättömyyden suoraan FRAND-rojalttien suuruuteen. Hänen näkemyksensä mukaan syrjimättömyys estää *hold-up*-tilanteen muodostumisen kieltämällä kohtuuttomien rojalttien pyytämistä suhteessa muihin.³¹²

Teknisten kustannusten jakautumisen osalta syrjimättömyyden tulisi tapahtua kahdessa ulottuvuudessa. Samanlaisesta datan jakotavasta syntyvät tekniset kustannukset tulisivat olla perusteiltaan samat. Jos eri kolmansien osapuolten kanssa on jaettu dataa käyttäen esim. älysopimuksia, tulee älysopimuksista muodostuneet kustannukset olla saman perusteiset. Tällä tarkoitan, että jakotapana älysopimus muodostaa perustason, jonka päälle lisätään vielä esimerkiksi sopimuksen räätälöintiin liittyviä kustannuksia. Osapuolia ei tulisi eriarvoistaa saman datan jakotavan sisällä. Eri jakotapoihin perustuvat kustannukset voisivat poiketa. Varsinaisesti jakotavalla ei tulisi luoda lisähintaa datan jakoon.

Toisena ulottuvuutena on saman datan ostajien välinen hierarkia. Jos dataa jaetaan älysopimusta tai ohjelmistorajapintaa hyödyntäen yhdelle osapuolelle, muut myöhemmin tulevat ostajat voivat hyötyä jo olemassa olevasta infrastruktuurista. Onko siis tässä tilanteessa syrjintää periä ensimmäiseltä datan ostajalta kaikki teknisen infrastruktuurin kulut? Nähdäkseni tämä riippuu siitä, kuinka todennäköisenä datan haltija pitää datan myyntiä. Ei ole kohtuutonta velvoittaa datan haltijaa suorittamaan estimointia siitä, paljon datalle tulee olemaan kysyntää. Normaalistikin SEP-lisenssin rojaltilaste perustuu estimointiin.³¹³ Datasäädöksen johdanto-osassa on mainittu, että datan saataville asettaminen, joka perustuu monen tahon yhteiseen

³¹⁰ Carlton – Shampine 2013 s. 546. *Sidak* on määritelty tämän laajaksi syrjimättömyydeksi. *Sidak* 2013, s. 997. Tämän kanssa linjassa on *Brooksin* ja *Geradin* näkemys siitä, että ND-osa on jotain vähemmän kuin ETSIN *Most Favored Licensee* ehto, jonka mukaan suotuisin lisenssisopimus pitää tarjota kaikille halukkaille. Brooks – Geradin 2011, s. 66–67. *Mariniello* on taas tulkinnut syrjimättömyyttä velvollisuutena tarjota kaikille halukkaille lisenssiä. *Mariniello* 2011, s. 525–226 ja s. 532.

³¹¹ *Sidak* 2013, s. 998–1000. Aiemmin esittelin jo 2PT:n yhtenä tehokkaana tapana hinnoitella informaatiohyödykkeitä.

³¹² *Gilbert* 2011, s. 868–869.

³¹³ Ks. *Sidak* 2013 luku IV. Tässä käydään kattavasti läpi *ex ante* rojaltilasteen määrittämistä. Verrattuna nyt datan jakamiseen tämä ei ole niin ongelmallista, koska vain teknisten kulujen jakamisen tulisi perustua ennusteisiin.

pyyntöön, yksittäisen vastaanottajan ei tulisi maksaa täysimääräisesti asettamisesta aiheutuneita kokonaiskustannuksia.³¹⁴ Menisin tässä tulkinnassa hieman pidemmälle siinä, että haltijan pitäisi ryhtyä kattavimpiin toimiin teknisten kustannusten tasoittamisessa estimoimalla oletettua kysyntää ja sen perusteella jakaa kustannukset.³¹⁵ Tähän, kuten kaikkeen sopimustoimintaan, liittyy riski, että syntyy tappioita ja kustannuksia, jolloin toteutunut marginaalin on pienempi.

ND-osaa ja FRAND-ehdoja koskevan kirjallisuuden perusteella ei ole kohtuutonta olettaa ja velvoittaa, että datan haltija estimoisi kysynnän ja jakaisi tasaisesti kulut kaikille kysyville tahoille. Tämän lisäksi kaikista kalleimmissa tapauksissa, voitaisiin luoda järjestelmä, joka jälkikäteisesti tasaisi tekniset kulut datan lisensoijien kesken. Palaten datasäädöksen esitöihin pidän epätodennäköisenä, että mallisopimusehdoissa jaettaisiin teknisten kustannusten vastuuta. Vaikka säädöksen johdanto-osassa painotetaan kilpailun lisäämistä, varsinaisissa velvoitteissa painotetaan paljon investointien suojaa.³¹⁶ Tämä käytännössä tarkoittaa, että datan jakamisesta syntyneitä uponneita kustannuksia siirretään mahdollisimman vähän datan haltijoille.³¹⁷

Hold-up-tilanteen estämiseksi pitäisi nähdäkseni vielä liittää toinen velvoite datan haltijalle. Haltijalla tulisi olla velvoite tarjota teknisten kustannusten kannalta kaikista halvinta jakomenetelmää turvallisten jakotapojen joukosta. Tällä tarkoitan sitä, että jakotapojen joukko kattaa käytännössä säädöksen mukaiset turvalliset jakotavat. Turvalliset jakotavat määräytyvät esimerkiksi DA 11 artiklan perusteella, joka käsittelee TOM-suojatoimenpiteitä. Jakamisen turvallisuuden kannalta datan haltijan suojeltavia intressejä ovat esimerkiksi liikesalaisuudet, henkilötietojen suoja ja kyberturvallisuus. Objektiivisesti turvallisista jakotavoista tulisi olla velvoite tarjota ensisijaisesti halvinta vaihtoehtoa, jotta tarjous olisi reilu ja kohtuullinen.

³¹⁴ Datasäädös johdanto-osa, kohta 47.

³¹⁵ Kirjallisuudessa *Metzger* on esittänyt näkemyksen, että FRAND-ehdot ovat vain mittatikka, joka riidanratkaisuelimien käytössä. Kolmas osapuoli ei voisi perustaa kannatte siihen, että sopimus ei ole FRAND-henkinen suhteessa muihin osapuoliin. Kuitenkin näen DA:n kontekstissa FRAND-ehdot legaalina pohjana, joka varmistaa kohtuullisuuden minimitason. Tämän takia näen perustelluksi muodostaa voimasuhteita tasoittavia mekanismeja. Ks. Metzger 2024, s. 79–80.

³¹⁶ Tavoitteista ks. datasäädös johdanto-osa, kohdat 4–6.

³¹⁷ Datasäädös johdanto-osa, kohdat 46–47. Kohdassa 47 on eksplisiittisesti mainittu: ”Ensinnäkin *kohtuullinen korvaus* tietojen saataville asettamista ... *voi sisältää* korvauksen datan saataville asettamisesta aiheutuneista kustannuksista. Kyseiset *kustannukset voivat olla teknisiä kustannuksia*, kuten kustannukset, jotka aiheutuvat datan jäljentämisestä, sähköisestä levittämisestä ja tallentamisesta, mutta niitä eivät ole datan keräämisestä tai tuottamisesta aiheutuvat kustannukset”, kursivointi lisätty.

Ehdotus on myös CP-mallin mukainen, jonka perusteella datan haltijalla on oikeus periä positiivinen marginaali. Marginaali ei muodostu teknisistä kustannuksista.³¹⁸ Näiden kahden mekanismin avulla, syrjimätön kohtelu teknisissä kustannuksissa ja halvin turvallinen jakotapa, voidaan tehokkaasti välttyä teknisten kustannusten aiheuttamalta *hold-up*-tilanteelta. Tähän kun yhdistetään formaali neuvottelumenettely, voidaan saavuttaa säädöksen tavoitteet tehokkaasti. Toisaalta *Contreras* on SEP-järjestelmän FRAND-neuvotteluja koskevassa tutkimuksessa ilmaissut osuvasti, että tarkkuutta ja tehokkuutta ei voida saavuttaa samanaikaisesti.³¹⁹ Ehdottamani mekanismin tapauksessa, ne todennäköisesti lisäävät reiluutta ja parantaisivat FRAND-ehtojen toteutumista, mutta hidastaisi sopimusmenettelyä. Kuitenkin mekanismien tarkoitus on myös vähentää FRAND-riitojen määrää, joka pitkässä juoksussa tehostaisi järjestelmää.³²⁰

4.2.3 *Hold-up* ja kilpailuoikeudellinen kohtuuton hinnoittelu

Kilpailuoikeudellista teemaa jatkaen käydään viimeisenä hintaperusteisen *hold-up*-tilanteen arvioinnissa kohtuuttoman hinnoittelun kriteeristöä. Kohtuuton hinnoittelu tarkoittaa, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttää asemaansa hyväksi ja asettaa kohtuuttomat hinnat. Periaatteessa kohtuuton hinnoittelu kattaa muitakin hintaan perustuvia kilpailuoikeudellisia rikkomuksia, kuten hintaruuvien.³²¹ Nyt kuitenkin käydään vain perusmuotoisen kohtuuttoman hinnoittelun kriteeristö ja peilataan sitä hintaan perustuviin *hold-up*-tilanteisiin. Keskeisenä on jälleen huomioida, ettei tarkoitus ole tutkia määräävää markkina-asemaa vaan EUT:n linjaamia kriteeristöjä, joiden perusteella määritellään, onko menettely ollut kilpailua rajoittavaa. Yleensä kohtuuton hinnoittelu on määräävän markkina-aseman

³¹⁸ Marginaali on kytketty datan määrään, muotoon, laatuun, liiketoimintamalliin ja datan keräämiseen sekä tuottamiseen liittyviin investointeihin.

³¹⁹ *Conteras* 2019a, s. 753–754.

³²⁰ FRAND-menettelyn osalta esimerkiksi *Metzger* edustaa linjaa, jossa keskitytään tiettyssä mielessä enemmän tehokkuuteen kuin tarkkuuteen. Ks. *Metzger* 2024, s. 79–81.

³²¹ Hintaruuvi, engl. *price squeeze* tai *margin squeeze*, syntyy tilanteissa, joissa vertikaalista integroitunut yritys nostaa ylämarkkinoilla tuotannon tekijän hintaa. Tämä nostaa alamarkkinoilla kilpailijoiden kustannuksia ja ajaa nämä pois markkinoilta. Jones – Lovdahl-Gormsen 2013, s. 442–443.

yhteydessä liitetty monopolistin käyttäytymiseen. Datanjakosopimusten tapauksessa ei kuitenkaan tarvitse olettaa tai tutkia aiheeseen liittyvää monopoliteemaa.³²²

EUT:lla on oikeuskäytäntöön perustuen kaksi keskeistä tapaa arvioida kohtuutonta hinnoittelua. Ensimmäinen on *General Motors* (GM) tapauksen perusteella johdetut kriteerit. GM toi maahan autoja. Tapauksessa Belgian viranomainen oli delegoinut GM:lle velvollisuuden sertifioida sen omistamien merkkien alla maahantuodut autot. Sertifikointimaksu oli 2400 % korkeampi verrattuna muihin EU-alueen vastaaviin maksuihin.³²³ EUT:n mukaan hinta oli kohtuuton, koska se oli liian suuri verrattuna palvelun taloudelliseen arvoon.³²⁴ Myöhemmin tapauksessa UB tuomioistuim selkeytti vielä kohtuuttoman hinnoittelun kriteeristöä. Sen perusteella luotiin kaksiosainen testi, jonka perusteella hinnan tulee olla kohtuuton ja hinnan pitää olla epäreilu itsessään tai verrattuna vastaaviin kilpaileviin tuotteisiin.³²⁵ Testin ensimmäisessä osassa tutkitaan kustannusten ja myyntihinnan eroa. Toisen osan perusteella arvioidaan, onko hinta kohtuuton verrattuna verrokkitasoon.³²⁶

Keskeisenä ongelmana testin toisessa osassa on vertailun vaikeus. Kuten jo aiemmin todettiin, on empiirisessä työssä vaikeinta sopivan verrokin löytäminen.³²⁷ Hintaan vaikuttaa liikaa pieniä asioita yrityksen sisällä, yksilölliset tuotantotavat ja -kustannukset, jotta voitaisiin tehdä robustia taloustieteellistä päättelyä kohtuuttomuudesta.³²⁸ Ongelmaa kuvastaa hyvin se, ettei yksikään komission päätös ole pysynyt oikeudessa, jossa komissio perusti kohtuuttomuuden arvioinnin vertailuun.³²⁹ Silti EU-alueella on suosittu kohtuuttomuuden arvioinnissa

³²² Vaikka on mahdollista nähdä datan haltija monopolistina oman datan osalta, ei tämä liity määräävään markkina-asemaan ja markkinoiden hallintaan. Näin ollen voidaan ohittaa menettelyyn liittyvät näkemyksen monopoleista.

³²³ Tuomio 13.11.1975, *General Motors*, C-26/75, EU:C:1975:150, s. kohta 12. *Gal* 2013, s. 401.

³²⁴ Tuomio 13.11.1975, *General Motors*, Ca-26/75, EU:C:1975:150, kohta 12.

³²⁵ Tuomio 14.02.1978, *United Brands*, C-27/76, EU:C:1978:22, kohdat 250–252.

³²⁶ *Gal* 2013, s. 401. *Mandrescu* 2022, s. 491.

³²⁷ *Glasner – Sullivan* 2020, s. 19.

³²⁸ *Mandrescu* 2022, s. 492. Ks. myös *Gal* 2013, s. 416–417. *Gal* luettelee vielä tarkemmin ehtoja, joiden pitäisi täyttyä, jotta voitaisiin vertailla kahta yritystä. Yksi näistä ehdoista on yritysten identtinen kulurakenne. Ehto konkretisoi erinomaisesti analyysin vaikeutta.

³²⁹ *Furse* 2008, s. 47.

kustannusten ja hinnan vertailua sekä pelkkää hintojen vertailua.³³⁰ Vertailua hintojen ja tuotteiden välillä tehdään kolmessa ulottuvuudessa: substituutit, maantieteellinen ulottuvuus ja ajallinen ulottuus. Tämä tuo vielä lisää haastetta, sillä kohtuuttomuutta ei voida mielivaltaisesti tutkia vain poikkileikkauksena. Arviointi on kuitenkin pyritty jättämään sopivan vapaaksi, sillä komission mukaan kohtuullisuuden arvioinnissa voidaan ottaa huomioon muitakin kuin hintaan liittyviä komponentteja, kuten kysynnän vaikutus tai liitännäiset palvelut.³³¹

Datasäädöksen alla voidaan kohtuuttoman hinnoittelun kriteeristöä ottaa irti muutama keskeinen huomio. Ensinnäkin jos kohtuuttomuus ei ole ilmiselvää, tulee se perustaa joihinkin järkeviin tekijöihin. Ensisijaisesti tulisi tehdä vertailua vastaaviin tuotteisiin. Kuitenkin datan tapauksessa, ja varsinkin säädöksen alkuvaiheissa, ei välttämättä ole käytäntöä jakosopimuksista, jolloin ei voida suorittaa vertailua. Sen sijaan arviointi tulisi perustaa tässä tilanteessa taloudellisen arvon tulkintaa. Tämä tarkoittaa CP-menetelmän eri osien kohtuullisuuden arviointia, ja erityisesti kohtuullisen marginaalin tulkintaa. Komission mukaan kohtuullisuuden tutkinnassa ei voi käyttää yksinkertaista CP-mallia. Vain riittävän sofistikoituneella CP-mallilla voidaan tutkia hinnan reiluutta.³³² Datasäädöksen tapauksessa on CP-malli riittävän sofistikoitunut, vaikkakin sitä on kritisoitu monimutkaisuuden takia. Kokonaisuutena sopimuksen ja hinnan tulisi olla kohtuullinen. Tämä vaikuttaa jokseenkin itsestäänselvyydeltä. Kuitenkin datan luonteeseen liittyvien haasteiden vuoksi komponenttien vertailu itsessään on ainoa järkevä tapa arvioida kohtuuttomuutta. Kustannusten osalta on myös vaikeaa arvioida datan tuotantokustannuksia. Periaatteessa data syntyy sensoreista laitteen käyttämisen tuloksena. Laitteen käyttäminen ei ole kuitenkaan kvantifioitava kustannus. Toisaalta on mahdollista ajatella, että datan kustannus on sensori ja sen asennus, mutta nämäkin voi nähdä itsenäisinä kustannuksina. Tämän vuoksi en näe järkeväksi soveltaa hinta-kustannusvertailua datasäädöksen kohtuuttomuuden arvioinnissa.

GM-tapauksen kaltainen tuhansia prosentteja korkeampi hinta olisi varmasti DA 13 artiklan nojalla kielletty sopimus ehto. Lisäksi kaikki kovat datanjakosopimuksiin liittyvät ota tai jätä ehdot ovat kiellettyjä. Säädöksen johdanto-osan sanamuotoja mukaillen kiellettyjä ovat kaikki selkeästi hyvästä kauppatavasta poikkeavat sopimukset, sekä sopimukset missä ei ole aidosti

³³⁰ Mandrescu 2022, s. 491.

³³¹ Päätös 23.7.2004, Scandilines, A.36.568/D3, kohdat 209–212 ja 226–228. Mandrescu 2022, s. 494.

³³² Päätös 23.7.2004, Scandilines, A.36.568/D3, kohdat 221–224. Päätös 23.7.2004, Sundbusserne, A.36.570/D3, kohdat 199–202.

neuvoteltu.³³³ Yllä käydyt *hold-up*-tilanteet kuitenkin liittyvät pikemminkin ei ilmiselvään yksipuoliseen kohtuuttomuuteen.

4.3 FRAND-neuvottelumenettely ja datasäädöksen oikeusturva

4.3.1 FRAND-neuvottelumenettelyt

Historiallisesti EU-alueella on ollut kaksi FRAND-neuvottelumenettelyä. Varhaisin oli Saksan oikeuksien kehittämä OB-menettely. OB-menettely ei liittynyt SEP-järjestelmään vaan muuhun Cd-levyjä koskevaan standardiin, kuitenkin Saksassa OB-menettelyä käytettiin myös SEP-riidoissa.³³⁴ OB-menettelyn mukaan lisenssinhakija on patentin haltijalta kieltomääräykseltä turvassa, jos se tekee avoimen (*unconditional*) tarjouksen ja käyttäytyy kuin aito lisensoija.³³⁵ Komissio hylkäsi OB-menettelyn melko nopeasti päätöksessään, joka koski *Motorolan* ja *Applen* välistä FRAND-ehdotusta. Riidassa *Motorola* jatkoi patenttiansa koskevaa kieltomääräystä kuuden lisenssineuvottelukierroksen ajan, kunnes lopulta se hyväksyi *Applen* tarjouksen OB-standardin mukaisena. Komission mukaan SEP-järjestelmä voi johtaa *hold-up*-tilanteisiin patentinhaltijan neuvotteluvoiman vuoksi. *Apple* olisi tullut tulkita halukkaaksi lisensoijaksi jo toisen neuvottelukierroksen jälkeen. *Applella* ja muilla lisensoijilla tulisi olla mahdollisuus haastaa SEP-rikkomuksia ilman, että katsottaisiin olevan haluton lisensoija. *Motorolan* menettely häiritseviä kilpailua, johti huonompiin lisenssiehtoihin ja murensi luottamusta SEP-prosessiin.

Tämän päätöksen jälkeen tuli melko nopealla tahdilla EUT:lta H/Z -neuvottelumenettely. *Huaweilla* oli hallussa 4G-verkon SEP-standardiin liittyviä patenteja.³³⁶ Usean neuvottelukierroksen jälkeen se kieltäytyi lisensoimasta teknologiaa *ZTE*:lle ja haki Saksasta oikeudelta kieltomääräystä patentin käyttämiseen sekä vaati patentoitua teknologiaa sisältävien tuotteiden poisvetoa markkinoilta.³³⁷ Saksan tuomioistuin ohjasi asian EUT:lle, koska oli tiedossa kitka komission ja saksalaisten näkemyksistä standardeista ja kilpailuoikeudesta.

³³³ Datasäädös johdanto-osa, kohdat 59–62.

³³⁴ Banasevic – Bobowiec 2023, s. 124.

³³⁵ Orange Book Standard, File Number KZR 39/06, 6 May 2009, kohdat 29 ja 40.

³³⁶ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohdat 23–24.

³³⁷ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohdat 31–34.

EUT:n mukaan kielto lisensoida voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.³³⁸ Pääsy tulisi sallia *essential facilities* -doktriinin mukaisesti.³³⁹ EUT loi tapauksessa yksityiskohtaisen neuvottelumenettelyn, jonka perusteella tulisi varmistua, että menettelyn seurauksena voidaan luoda FRAND-tarjoukset. Aluksi SEP-haltijan pitää ilmoittaa patenttioikeuksista, joita implementoija rikkoo.³⁴⁰ Implementoijan pitää tämän jälkeen ilmoittaa halukkuutensa lisensoida.³⁴¹ SEP-haltijan tulee tarjota implementoijalle FRAND-ehtoista sopimusta, jossa on erityisesti avattu rojaltien määrä ja laskentatapa.³⁴² Jos implementoija ei hyväksy tarjousta, sen pitää tehdä kirjallisesti hyvin perusteltu FRAND-ehtoinen vastatarjous.³⁴³ SEP-haltijan hylätessä vastatarjouksen implementoijan tulee tarjota vakuuksia liittyen patentin käyttöön.³⁴⁴ Tämän jälkeen siirrytään riidanratkaisumenettelyyn, jossa määritellään FRAND-rojaltien taso.³⁴⁵

UK:n korkein oikeus on myös käynyt läpi EUT:n H/Z-menettelyä. Sen näkemyksen mukaan menettelystä pakollinen on vain ilmaista implementoijalle patenttioikeuksien rikkomisesta. Muut osat päätöksestä tarjoavat tietyt raamit menettelylle.³⁴⁶ *Sidak* on kritisoinut juuri tätä, että mannermaisista oikeusjärjestyksistä puuttuu selkeät säännöt tarjoukselle, sen hyväksymiselle ja neuvottelujen päättämiseksi.³⁴⁷ Juuri näitä aukkoja on todennäköisesti pyritty paikkaamaan H/Z-menettelyssä.³⁴⁸

³³⁸ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-70/13, EU:C:2015:477, kohta 46.

³³⁹ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohdat 47–47 ja 71.

³⁴⁰ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohdat 61–62.

³⁴¹ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohta 63.

³⁴² Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-70/13, EU:C:2015:477, kohta 63.

³⁴³ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohta 66.

³⁴⁴ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohta 67.

³⁴⁵ Tuomio 16.7.2015, Huawei/ZTE, C-170/13, EU:C:2015:477, kohta 68.

³⁴⁶ Lawrance – Brooks – Batsford 2020, s. 522.

³⁴⁷ *Sidak* 2020, s. 12–13.

³⁴⁸ Neuvottelutasapainosta ks. Banasevic – Bobowiec 2023, s. 131–132.

4.3.2 Kuinka datasäädöksen neuvottelut tulisi järjestää?

Datasäädöksen osalta tulisi rajoitetuin osin noudattaa H/Z-menettelyä.³⁴⁹ Neuvottelut lähtisivät liikkeelle tilanteesta, kun kolmas osapuoli on ilmoittanut laitteen käyttäjän valtuuttamana, DA 5(1), osto-oikeudesta datan haltijan dataan. Tämän jälkeen kohtuullisen ajan sisällä tulisi datan haltijan esittää FRAND-ehtoinen tarjous, jossa olisi eritelty erityisesti hinta ja sen komponentit, suojattavat liikesalaisuudet ja datan jakotapa. Tämä jälkeen kolmas osapuoli voi hyväksyä tarjouksen. Jos osapuoli kokee tarjouksen FRAND-ehtojen vastaisena, tulee sen tehdä kirjallisesti vastatarjous. Tarjouksessa tulisi tuoda esiin FRAND-hinta ja keskeiset ehdot, kuten sopiva jakotapa. Jos datan haltija ei hyväksyisi vastatarjousta, tulisi asia siirtää ratkaistavaksi ulkoiselle taholle. Formaali tarjous ja vastatarjous ovat siitä hyviä, että ne tavallaan määrittävät hintahaitarin, jonka sisällä todennäköisesti sijaitsee oikea hinta. Tietenkään riidanratkaisu ei ole täysin sidottu siihen, mitä osapuolet ovat esittäneet kohtuullisena hintana.

Datasäädös käytännössä tarjoaa kolme eri foorumia, joissa voidaan ratkaista kiistoja hinnasta ja ehdoista. Riita voidaan saattaa tuomioistuimen, toimivaltaisen viranomaisen tai riidanratkaisuelimen ratkaistavaksi, DA artiklat 39, 38 sekä 10. Riidanratkaisuelimen päätös on sitova vain, jos osapuolet ovat ennakolta sopineet, että ratkaisu sitoo heitä, DA 10(12). Käytännössä ylimpänä hierarkiassa säädöksen perusteella on aina tuomioistuin.³⁵⁰ Useassa säädöksen kohdassa on mainittu mahdollisuudesta valittaa toimivaltaiselle viranomaiselle, kuitenkin sen rajoittamatta hakea muutosta tai ratkaisua tuomioistuimelta, esim. DA 4(3), 5(12), 10(13) ja 39. Varsinaiset tarkat prosessisäännöt ratkeavat myöhemmin kansallisessa implementoinnissa.³⁵¹ Osa tutkijoista on kokenut ongelmana, että Euroopassa voi asiantuntijat loppuvat kesken.³⁵² Euroopassa ei välttämättä ole vielä riittävästi asiantuntijoita näihin kaikkiin

³⁴⁹ Yleisesti jakamisesta ks. Drexl 2017, s. 285.

³⁵⁰ Riidanratkaisuelin ei voi ratkaista asiaa, joka on saatettu toisen riidanratkaisuelimin tai tuomioistuimen käsiteltäväksi, DA 10(7). Lisäksi viranomaismenettely ei ole este riitauttaa asiaa tuomioistuimeen tai valittaa viranomaisen päätöksestä. Todennäköisesti prosesseja ei voi käydä rinnakkain. Säädöksestä puuttuu spesifit prosessisäännöt, mutta yleisesti samaa asiaa ei voi samanaikaisesti käsitellä useassa foorumissa. Kansalliset säännöt todennäköisesti ratkaisevat nämä prosessuaaliset kysymykset, esim. DA 39.

³⁵¹ Esimerkiksi *lis pendens* kysymys on jokseenkin vielä ilmassa. Vaikka riidanratkaisuelin ei voi käsitellä samaa asiaa, joka on ratkaistu muualla, DA 10(7), ei ole kuitenkaan otettu kantaa riidan eri osien ratkaisemiseen eri elimissä. Toinen esimerkki prosessuaalisesta epävarmuudesta on riidanratkaisuelimen ratkaisun sitovuus. Hypoteettisesti osapuolilla on oikeus DA 10(13) nojalla hakea muutosta tuomioistuimesta ennen riidan ratkaisun lopputuloksen saamista, jos sitovuudesta ei ole päästy sopuun. Tämä saattaa olla ongelmallista, joidenkin jäsenvaltioiden prosessisääntöjen kannalta. Niedermaier – Picht 2023, s. 10–11 ja 13.

³⁵² Max Planck Position statement 2022, s. 42.

kansallisiin elimiin.³⁵³ Tämä voi mahdollisesti vaarantaa oikeusturvan toteutumista tuomioistuinten ulkopuolella.

Liikesalaisuuksien osalta on kiistely hieman puhtaan hinta-ehto-tematiikan ulkopuolella. Kuten aiemmin käytiin läpi, liittyy liikesalaisuuksiin täysin itsenäinen arviointi, joka on säädöksen mukaisten valituselimiä varassa. Liikesalaisuuksien osalta tutkitaan, täyttyykö liikesalaisuusskriteerit, ja mitkä ovat sopivat TOM-menetelmät niiden suojaamiseksi. Siksi tämä osio tulisi jättää legaalien vastatarjouksen ulkopuolelle, koska datan ostajan näkemyksellä ei ole suoranaisesti merkitystä. Kolmas osapuoli voi suoraan valittaa datan haltijan näkemyksistä, mitkä ovat sopimustilanteessa suojattavat liikesalaisuudet. Liikesalaisuuksien osalta on säädöksessä omat mekanismit, joiden avulla pyritään varmistamaan säädöksen tavoitteiden toteutuminen.

Luvussa 2 käsiteltiin epäsymmetrisen informaation markkinoita. Lähes kaikissa malleissa, ja DA:n kannalta esitellyssä kehityksessä, markkinaepäonnistumiset voitiin estää ulkoisen validoinnin avulla. Juuri tämän takia on keskeistä saada neuvottelumenettely selkeäksi ja pitää muutoksenhaun kynnys alhaalla ja järjestelmä tehokkaana. Tehokkaiden muutoksenhakumahdollisuuksien avulla voidaan varmistua FRAND-hinnasta ja -ehdoista, joihin osapuolet voivat luottaa. Näin vältetään todennäköisesti datan myynnin ongelmilta ja DA:n tavoitteet on mahdollista saavuttaa. Osapuolten välinen luottamus ja reilut tarjoukset, *good faith*, ovat mainittu keskeisenä elementti datanjakosopimuksia koskevassa tutkimuksessa. Vaikka tutkimus koski vapaaehtoisia sopimuksia, niin datasäädöksen onnistumisen kannalta olennaista oli, että pakollinen jako muokkautuisi mahdollisimman lähellä vapaaehtoista sopimista, jolloin päästäisiin lähelle *de facto* markkinoiden muodostumista. Tutkimuksessa on painotettu myös ei kustannuspohjaista hinnanmuodostusta. Tämä toteutuu datasäädöksen tapauksessa hinnan lisäosan avulla. Hinnan osalta ja neuvottelujen kannalta on myös mainittu syrjimättömyyden periaatteen toteutumisesta sekä läpinäkyvyydestä.³⁵⁴

Luvussa 3 käydyn käytön rajoituksen laajuus voitaisiin ratkaista myös osana neuvottelumenettelyä. Osapuolet voisivat ehdoissa sopia, mitä tuotteita ja markkinoita

³⁵³ Niedermaier – Picht 2023, s. 9.

³⁵⁴ Study on model contracts 2022, s. 44–45.

kilpailukiello koskisi. Erimielisyydet voitaisiin helposti ja tehokkaasti ratkaista. Eri *hold-up*-tilanteiden osalta esim. halvimman turvallisen jakomuodon voisi myös määrittää osana ehtoja.

Nähdäkseni yllä ehdotettua neuvottelumenettelyä ei voi asettaa pakolliseksi. Jos EU olisi halunnut määrittää menettelyn, olisi se hinnoittelun lailla säätänyt siitä. Oikeastaan tällä hetkellä edes johdanto-osassa ei mainita menettelyistä. SEP-järjestelmän tavoin neuvottelumenettelyä ei voi pakottaa lakisääteiseksi SEUT 102 artiklan soveltamisella. Kuten aiemmin jo mainittiin, ei todennäköisesti datasäädöksen tilanne täytä määräävän markkina-aseman väärinkäytön määritelmää. Komission tulisi määrittää mallisopimusehdoissa³⁵⁵ myös formaali neuvottelumenettely, jota osapuolet voisivat noudattaa viimesijaisena vaihtoehtona. En pitäisi täysin mahdottomana, että yllä esitetyn lailla soveltuvien osin neuvottelu voisi jäljitellä H/Z-menettelyä. Tämä sopisi erinomaisesti FRAND-teemaan, joka käytännössä on tuotu säädökseen. Neuvottelumenettely olisi myös käyttökelpoinen siinä mielessä, että sitä voisi käyttää DMA:ta koskevissa asioissa, esimerkiksi neuvotteluissa hakukonedatan hankkimisessa DMA:n 6(11) artiklan mukaisesti.

³⁵⁵ Metzger on myös korostanut mallisopimusehtojen merkitystä markkinoiden syntymiselle. Metzger 2024, s. 74–75.

5 Johtopäätökset

Data on luokaltaan jaettava hyödyke. Lisäksi datan myyntiin liittyy voimakkaasti *Arrowin* informaatioparadoksi. Näiden kahden seikan takia datamarkkinoita karakterisoi vaihdannassa informaation epäsymmetria, joka johtaa datamarkkinoiden toimimattomuuteen.³⁵⁶ Taloustieteellisessä kirjallisuudessa ja empiirisessä työssä on epäsymmetrisen informaation markkinoiden osalta löydetty tapoja lievittää ongelmia ja markkinaepäonnistumisia. Kaikista keskeisintä on huonommin informoidun osapuolen kyky varmistaa, ettei häntä ole huijattu transaktiossa ja myös vastuunalaistaa paremmin informoitu osapuoli.³⁵⁷

Datasäädöksessä datan myyntimekanismiksi on valikoitunut CP-mekanismi. Siinä datan hinta koostuu kustannus- ja lisäarvo-osasta, DA 9(1). Molemmat osat on jaoteltu useampiin eri osiin, faktoreihin, jotka määrittävät lopulta kokonaishinnan. Datasäädöksen 9 artiklan perusteella hintaan vaikuttaa: datan muotoilu, sähköinen jakaminen, tallentaminen, investoinnit datan keräämiseen ja tuottamiseen sekä datan määrä, muoto ja laatu. Datasäädöstä koskevassa kirjallisuudessa on kritisoitu CP-mekanismia sen tulkinnanvaraisuuden takia. On myös katsottu, että lisäarvo-osan perustelut ovat virheelliset. Useiden tutkijoiden mielestä ei ole tarpeellista suojata datan haltijan investointeja, koska investointikulut voidaan vyöryttää hintaan.³⁵⁸ Yleisesti on myös tiedossa, että datan kerääminen suuriin datajoukkoihin tuottaa eniten hyötyä yhteiskunnalle, joka puhuu lisäarvo-osaa vastaan.³⁵⁹ On olemassa muitakin yksinkertaisempia tapoja hinnoitella dataa. Yhtenä esimerkkinä on kaksiosainen tariffi, joka on CP-mekanismiin yksinkertaistettu muoto. Hinta koostuu kiinteästä osasta ja muuttuvasta osasta.³⁶⁰ Komissio voisi esimerkiksi mallisopimusehdoissa määrittää nämä yksinkertaisesti. Mielenkiintoisena huomiona on, että eräässä tutkimuksessa kaksiosainen tariffi tuotti myyntihinnan kannalta lähes parhaan mahdollisen lopputuleman suhteessa monimutkaiseen parhaaseen myyntimekanismiin.³⁶¹

³⁵⁶ Jones – Tonetti 2020, s. 2819–2821. Martens – de Streel – Graef – Tombal – Dutch-Brown 2020, s. 12.

³⁵⁷ Ks. Jost – Reik – Ressi 2021, s. 1 sekä Dulleck – Kerschbamer 2006, s. 35.

³⁵⁸ Martens 2023, s. 12–13. Kerber 2022a, s. 8.

³⁵⁹ Martens – de Streel – Graef – Tombal – Dutch-Brown 2020, s. 23–24. Dutch-Brown – Martens – Mueller-Langer 2017, s. 9–10.

³⁶⁰ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 15.

³⁶¹ Mehta – Dawande – Janakiraman – Mookerjee 2021, s. 1295–1296.

Taloustieteellisessä kirjallisuudessa on käyty läpi eri tapoja hinnoitella dataa ja muita informaatiohyödykkeitä. Kaksisuuntaisilla markkinoilla välittäjä yhdistää kysyntä- ja tarjontapuolen.³⁶² Lisäinformaatiota ostaessa hinnoittelu perustuu tilastolliseen testaamiseen ja ennusteiden parantamiseen.³⁶³ Epälineaarissa ympäristössä voidaan myös yhdistää strategioita, joissa datan myyntiin yhdistetään kiinteä hinta datasta sekä käyttöön perustuva hinta.³⁶⁴ CP-mallissa on myös yhtenä vaihtoehtona ehdotettu kiinteää hintaa ja käyttöön perustuvaa hintaa.³⁶⁵ CP-malli vaikuttaa blanketti ehdotukselta, jonka sisällä voidaan fasilitoida paljon eri vaihtoehtoja. Datasäädöksen soveltamisala on hyvin laaja, jonka perusteella laveiden raamien tarjoaminen oli perusteltua. CP-mallin liiallinen monimutkaisuus voi kuitenkin johtaa markkinaepäonnistumiseen. Unioni selvästi halusi mahdollistaa datasäädöksen laajan soveltamisen. Blankettimallin sijaan yhtenä vaihtoehtona olisi ollut luoda muutama eri hinnoittelumalli, joiden perusteella erikokoiset taloudelliset toimijat olisivat voineet tehdä sopimuksia. Komissio tulee varmasti tarkentamaan mallisopimusehdoissa eri hinnoitteluvaihtoehtoja, ja viimeistään alan käytäntö tulee määrittämään eri sopimustyyppit.

Yhtenä keskeisenä datasäädöksen datan käytön rajoituksena on kielto käyttää laitteesta saatua dataa kilpailevan laitteen valmistamiseen tai kehittämiseen. Datasäädöksen johdanto-osassa on mainittu, että kielto koskee laitteita, jotka kilpailevat samoilla markkinoilla. Markkinamäärittämissä tulee noudattaa unionin vakiintuneita kilpailuoikeudellisia tulkintoja.³⁶⁶ Markkinoiden määrittäminen on sekä talous- että oikeustieteellinen tehtävä. Taloustiede tarjoaa empiiriset työkalut ja teoreettisen pohjan toimivasta markkinoista. Oikeudellinen tulkinta voi ottaa huomioon laajempia näkökulmia, mutta pohjautuu lopulta tavoitteeseen toimivista markkinoista. Markkinoita määritettäessä pyritään löytämään tuotteen substituuttimarkkinat, maantieteelliset markkinat ja temporaaliset markkinat.³⁶⁷ Keskeisenä työkaluna määrittämissä on SSNIP-testi. Testissä tutkittavan hyödykkeen hintaa nostetaan pysyvästi 5–10 %. Jos hinnankorotuksen jälkeen kuluttajia siirtyy paljon kuluttamaan toista tuotetta, kuuluvat tuotteet todennäköisesti samoille markkinoille. Uudelle tuotenipulle

³⁶² Ks. Tian – Ding – Fu – Liu 2022.

³⁶³ Ks. Bergemann – Bonatti – Smolin 2018.

³⁶⁴ Ks. Sundararajan 2004.

³⁶⁵ Monti – Tombal – Graef 2022, s. 14–15.

³⁶⁶ Datasäädös johdanto-osa, kohta 32.

³⁶⁷ Ferro 2019 luku 3.3.

toistetaan testiä, kunnes kuluttajat eivät siirry enää hinnankorotuksen perusteella. Näin saadaan määriteltyä substituuttimarkkinat eli markkinat, joissa tuotteet ovat vaihdettavissa kuluttajien näkökulmasta.³⁶⁸ Maantieteellisten markkinoiden kohdalla pyritään määrittämään alue, jossa kilpailuolosuhteet ovat riittävän homogeeniset.³⁶⁹ Markkinoiden tutkimista voidaan jakaa myös vielä kysyntä- ja tarjontapuoleen. SSNIP-testi tutkii käytännössä kysyntäpuolta, eli mitkä tuotteet ovat toisiinsa nähden vaihdettavissa.³⁷⁰ Tarjontapuoli taas tutkii, kuinka tarjonta reagoi, jos hinta nousee markkinoilla. Käytännössä tutkitaan, tuleeko markkinoille lisää yrityksiä tai tuotantoa.³⁷¹

Tuotemarkkinoiden määrittämisen osalta unionin kilpailuoikeus on tullut EUT:n, EUYT:n ja komission oikeus- sekä ratkaisukäytännöstä. Käytännössä datasäädöksen tehokkaan soveltamisen kannalta voidaan lähes täysin noudatella unionin oikeuskäytäntöä. Komission uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä summaa hyvin keskeiset pointit tuotemarkkinoiden määrittämisestä. Tuotemarkkinoilla tutkitaan tuotteita, jotka ovat ominaisuuksiltaan, hinnaltaan ja käyttötarkoitukseltaan keskenään vaihdettavissa, kun otetaan huomioon kilpailuolosuhteet ja kysynnän sekä tarjonnan rakenne.³⁷² Datasäädöksen tavoitteiden kannalta keskinäistä vaihdettavuutta tulisi tulkita melko tiukasti, jolloin kilpailukiellon määrittely ei laajenisi. Tiukalla tulkinnalla tarkoitan, että tilanteissa, joissa ollaan kahden vaihtoehdon välillä, tulisi aina voittaa kapea markkinatulkinta, joka puhuisi kilpailun puolesta ja säädöksen hengen mukaisesti.

Vertikaalisten suhteiden osalta, joissa yritykset ovat eri tuotantoportailta suurimmalta osin tulisi seurata vakiintuneita tulkintoja. Vertikaalisilla ketjuilla tarkoitetaan, että ylämarkkinoiden primäärituotteet ovat kytköksissä alamarkkinoiden sekundäärituotteisiin.³⁷³ Tulkinnassa ei ole ongelmia, kunhan ala- ja ylämarkkinat katsotaan erilliseksi. Ongelma muodostuu markkinajärjestelmän tilanteessa. Siinä sekundäärituote vaikuttaa primäärituotteeseen niin

³⁶⁸ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 59.

³⁶⁹ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 38.

³⁷⁰ Tämä tulee siitä, että SSNIP-testi olettaa tuottajan olevan monopolisti, jolloin tutkitaan *de facto* kysyntäpuolen käyttäytymistä.

³⁷¹ Coate – Fischer 2008, s. 1043.

³⁷² Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 23.

³⁷³ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 99.

paljon, että on katsottu tuoteperheen muodostavan yhden integroidun markkinan.³⁷⁴ Juuri näillä markkinoilla on todennäköisesti tuotteeseen lukkiutuneita asiakkaita, jotka hyötyisivät sekundäärimarkkinoiden kilpailullisuudesta. Tässä tulkinnassa olisi kiellettyä käyttää primäärimarkkinoiden laitteesta saatua dataa sekundäärimarkkinoiden laitteen kehittämiseen, koska nämä olisivat samoilla markkinoilla. Tässä tulisi tulkinnallisesti poiketa yleisestä käytännöstä. Kun voidaan tehdä erottelu primääri ja sekundäärimarkkinoiden välillä, tulisi nämä pystyä ymmärtää omiksi markkinoiksi, jolloin olisi oikeutettua kilpailla alamarkkinoilla. Markkinajärjestelmän osalta järjestelmä syntyy käytännössä kilpailupaineen sekä asiakkaiden päätöksenteon kautta. Markkinajärjestelmän eri markkinalla voi kuitenkin olla omaa kilpailua. Markkinajärjestelmän teemat liittyvät markkinavoiman määrittämiseen. Datasäädöksen tapauksessa ei tutkita markkinavoimaa vaan tuotemarkkinoita. Tämän takia kyseistä konstruktiota ei tarvitsisi datasäädöksen tapauksessa. Sädöksen tehokkaan soveltamisen kannalta tulisi teleologian kautta sivuuttaa markkinajärjestelmän käsite ja tutkia markkinoita erillään.

Maantieteellisten markkinoiden osalta tutkitaan millä alueella on riittävän homogeeniset kilpailuolosuhteet. Tällä alueella yritykset voivat vastata kysyntään ja asiakkaat muodostavat tarjontapuolen. Laitteiden osalta voidaan täysin seurata normaaleja tulkintoja. Asioita, joita tulee ottaa tarkemmin huomioon ovat kilpailupaine, voidaanko tuonnilla korvata alueen tuotantoa, kuljetuskustannukset ja kuluttajien preferenssit, laitteille spesifinä esim. eri kieliversiot.³⁷⁵

Markkinamäärityksen viimeisenä osana käytiin läpi kilpailukiellon pituutta. Käytännössä kysymys oli siitä, jos dataa on hankittu laillisesti ja käytetty ei-kilpailevilla markkinoilla tuotteen kehittämiseen, mutta yritys haluaisi myöhemmin laajentua samoille markkinoille datan haltijan kanssa. Onko olemassa ajanjaksoa, jonka jälkeen olisi sallittua laajentua? Tulkinnallisesti ongelmaa lähestyttiin tk-ryhmäpoikkeusasetuksen kautta. RPA:ssa sopimusteknologian kilpailukiellon pituus oli rajattu maksimissaan seitsemään vuoteen. Samaa logiikkaa käyttäen ei datasäädöksen kilpailukiello tulisi olla ikuinen. Jossakin vaiheessa datanhaltija on saanut investoinneille riittävän tuoton, ja muutenkin jatkuvan kehityksen tuloksena data on osittain voinut menettää jo merkitystä, jolloin ei olisi enää suojattavaa

³⁷⁴ Tuomio 15.12.2010, CEAHR, T-427/08, EU:T:2010:517, kohta 105. Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohta 100.

³⁷⁵ Uusi tiedonanto markkinoiden määrittämisestä, kohdat 67–74.

intressiä olemassa. Tulkinta tulee tehdä aina tapauskohtaisesti, mutta korkealla varmuudella ei kilpailukiellon tulisi olla missään tilanteessa ikuinen. Viimesijaisena perälautana toimii SEUT 101 artikla.³⁷⁶

Hold-up-problematiikka tuotiin FRAND-ehtojen kautta datasäädökseen. *Hold-up*-tilanteilla tarkoitetaan tiiviisti kaikkia menettelyjä, joilla datan haltija pyrkii haittaamaan neuvotteluita tai saamaan paremman hinnan kolmannelta osapuolelta käyttäen hyväkseen neuvotteluvoimaa.³⁷⁷ *Hold-up*-tilanteet jaoteltiin ehto- ja hintaperusteisiin. Ehtoperusteisiä *hold-up*-tilanteita syntyy esim. liikesalaisuuksien käytöstä. Liikesalaisuudet ovat keskeinen tapa suojella informaatiota. Kuitenkin datasäädöksen raakadatan osalta ei ole aina selvää kvalifioituuko se liikesalaisuudeksi.³⁷⁸ Datan haltija voi esim. pyrkiä estämään sopimusta vetoamalla DA 5(11) mukaisesti liikesalaisuuksien paljastumisen riskiin tai käyttää hyväkseen raskaita TOM-suojakeinoja. Hintaperusteisen *hold-up*-tilanteiden osalta käytiin syrjimättömyyden, ND-osa, toteutumista teknisten kustannusten jakautumisessa yhtenä esimerkkinä. Keskeisenä on syrjimättömyys kahdessa ulottuvuudessa. Samassa tilanteessa olevia kolmansiä osapuolia tulee kohdella yhdenvertaisesti ja eri tilanteessa olevia eri lailla. Datanjakotapojen osalta kustannukset pitää olla saman perusteiset samojen jakotapojen osalta, kuitenkin huomioiden tilanteiden erilaisuus lopullinen hinta voi vaihdella. Samaa datasettiä jaettaessa kolmansiä osapuolia pitää kohdella tasavertaisesti. Kilpailuoikeudellisen kohtuuttoman hinnoittelun arviointi ei tuo paljon lisäarvoa sopimuksen kohtuullisuuden arviointiin. Kilpailuoikeudellisen kohtuuttoman hinnoittelun kriteeri on melko korkea, jolloin jo tulnaisiin todennäköisesti DA 10 artiklan kiellettyyn yksipuoliseen menettelyyn.³⁷⁹ Kilpailuoikeudesta voidaan ottaa vain tapa määrittää kohtuuttomuutta, joka perustuu arvioon tuotteen taloudellisesta arvosta ja sen arvosta suhteessa muihin vastaaviin hyödykkeisiin.³⁸⁰

Datanjakosopimukseen liittyen esittelin kaksi mekanismia, joiden avulla voitaisiin vähentää *hold-up*-tilanteiden riskiä. DA 11 artiklan rajaamista objektiivisesti turvallisista jakotavoista tulisi tarjota halvinta vaihtoehtoa. Näin voitaisiin suojella datan haltijan oikeuksia ja samalla

³⁷⁶ Ikuinen kilpailukiello olisi SEUT 101 artiklan vastaista kiellettyä sopimista.

³⁷⁷ Farrell – Hayes – Shapiro – Sullivan 2007, s. 611–613.

³⁷⁸ Mylly 2024 s. 373. Nordberg 2020, s. 202. Aplin – Radauer – Badin – Searle 2023, s. 843.

³⁷⁹ Esim. GM tapauksen 2400%:a korkeampi ajoneuvon lisensointimaksu verrokkeihin nähden katsottiin olevan kohtuuton. Tuomio 13.11.1975, General Motors, Case 26-75, EU:C:1975:150, kohdat 1 ja 12.

³⁸⁰ Mandrescu 2022, s. 494.

tarjota reilu vaihtoehto kolmannelle osapuolelle. Toisena teknisten kulujen tasaamiseksi tulisi luoda järjestelmä, jossa ostajien kesken tasattaisiin teknisiä kustannuksia. Tähän liittyen laiveampana vaihtoehtona datanhaltijan tulisi pystyä arvioimaan datan kysyntä ja arvioihin perustuen tasata teknisiä kustannuksia, esim. API:n luomisesta. Viimeisenä komission tulisi määrittää formaali neuvottelumenettely, joka voisi seurata H/Z-neuvottelumenettelyä. Menettelyssä pyrittäisiin vain määrittämään formaali tarjous-vastatarjous-mekanismi, jonka jälkeen osapuolet voisivat riitatilanteessa saattaa ongelmat ulkoisen tahon ratkaistavaksi. Datasäädöksen datan jakamisen useat ongelmat ratkeavat tehokkaalla muutoksenhaulla eri foorumeissa: tuomioistuimet, toimivaltaiset viranomaiset sekä riidanratkaisu. Datamarkkinoiden teorian perusteella tehokas muutoksenhaku on yksi keskeisistä tavoista saada markkinat toimimaan.³⁸¹ Useat yllä esitellyt *hold-up*-ongelmat ratkeavat riidanratkaisun perusteella. Lisäksi tehokas muutoksenhaku voi jo estää osapuolten strategista käyttäytymistä, koska siitä ei ole saatavilla hyötyä

Datasäädöstä on paljon kritisoitu oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa. Joidenkin tutkijoiden mielestä koko säädös perustuu väärin premissihin, ja tämä on heijastunut huonoiksi mekanismeiksi.³⁸² Datasäädös kuitenkin tulisi ymmärtää vain markkinoita mahdollistavaksi pohjalajiksi. Säädöksen mekanismit ovat vain legaalinen vaihtoehto vapaaehtoiselle vaihdannalle ja sopimiselle. Komission kuitenkin tulisi olla tässä hereillä ja panostaa mallisopimusehtojen luontiin, jotta säädöksen legaalinen vaihtoehto olisi aidosti käyttökelpoinen. Datamarkkinoiden osalta tulemme näkemään vasta vuosien päästä, miten alan yleinen käytäntö on kehittynyt, kuinka datasäädös on onnistunut tavoitteissaan ja miten sen tulkinta on kehittynyt. Komissiolla ja unionin tuomioistuimilla on lähitulevaisuudessa keskeinen rooli varmistaa datasäädöksen tehokas soveltaminen.

³⁸¹ Ks. Jost – Reik – Ressi 2021, s. 1 sekä Dulleck – Kerschbamer 2006, s. 35.

³⁸² Kärkipään kritiikki, ks. Eckardt – Kerber 2024a. Eckardt – Kerber 2024b. Kerber 2024. Kerber 2022a. Kerber 2022b. Lievempää kritiikkiä ks. Martens 2023. Metzger – Schweitzer 2022.