SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 228

Pertti Virtanen

MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN KONTROLLOINTI

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 228

Pertti Virtanen

Määräävän markkina-aseman kontrollointi

Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus
Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston Fellman-salissa perjantaina 27. päivänä huhtikuuta 2001 kello 12.

With an English Summary

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

Julkaisuvaliokunta
Raimo Lahti, puheenjohtaja
Markku Helin
Mika Hemmo
Risto Nuolimaa
Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
P. (09) 603 567, f. (09) 604 668
s-posti: sly@lakimies.org
www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-559-2

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Pertti Virtanen
ISSN 0356-7206
ISBN 951-855-184-7
Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2001

Alkusanat

Tutkimuksen tekeminen, kuten kai elämäkin, on eräänlainen prosessi. Jokin sysää sen liikkeelle ja lopulta – toivottavasti – päädymme johonkin lopputulokseen. Aina ei alussa lainkaan tiedä mitä tuloksena voi olla ja mitä mutkia matkaan tulee. Itseeni tämä kuvaus sopii aivan pilkulleen. Jo opiskeluaikana ryhdyin ajattelemaan jatko-opintoja, koska isoveljeni oli suorittamassa lääketieteen tohtorin tutkintoa. Ei sitä nyt voitu olla pekkaa pahempia! Olin todennut elämän antaneen minulle sen onnenpotkun, että pidin oikeustieteestä! Tämä havainto tuntui varsin kummalliselta, koska osa kurssikavereistani lähinnä kiroili opintojen puuduttavuutta. Muistan väitelleeni ääneen tenttikirjojen kanssa. Toivottavasti joku jaksaa väitellä tämän minun kirjani kanssa.

Aiheen osalta on kiittäminen sen aikaista yritysoikeuden professoria Risto Nuolimaata, joka nyt esitarkastajan roolissa on saanut nähdä työn ”hedelmät”. Hän antoi projektiaineen teemaksi ”Tarjouskartelli Suomen ja Ruotsin kilpailulainsäädännössä” ja minä olin myyty mies. Tästä heräsi kiinnostus ensin EU-oikeuteen ja sitten lisensiaattityön tasolla Saksan oikeuteen. Jälkimmäinen työ opetti minulle, ettei kilpailuoikeutta voi ymmärtää ilman riittävää taloustieteellistä pohjaa ja seurasi taloustieteellisen ”tutkiskelun” vaihe. Professori Nuolimaa on aina kysyessäni ”Onko jatkaminen kannattavaa” vastannut kyllä, joten hänelle suuret kiitokset saamastani kannustuksesta.

Saksan oikeuden tutkiminen oli kiehtova maailmansa, koska se vaati perehtymistä heidän ajattelumaailmaansa niin oikeus- kuin taloustieteen osalta. Tätä tutkimusta ei olisi syntynyt ilman Hampurissa viettämääni 2,5 kuukauden jaksoa. Koko tänä aikana oli tukenani ja apunani ystäväni professori Hans Burgbacher Hochschule für Wirtschaft und Politik’sta. Erittäin suuret kiitokset käydyistä keskusteluista ja tuesta!

Toisen tieteenalan puolella käväiseminen on aina riskialtista, koska ajattelumallit ja tutkimusmetodit poikkeavat toisistaan. Suuri kiitos tältä osin kuuluu edesmenneelle professori Veikko Reinikaiselle ja toiselle esitarkastajalle professori Mikko Puhakalle, jotka kommentoivat tutkimuksen taloustieteellistä lähtökohtaa.

Tutkimuksen ohjaaminen ja tukeminen on sen karikoissa ja sokkeloissa aina tärkeää. Välillä olisin halunnut heittää koko homman kesken, tutkielmien ja tenttien tarkastukset kaatuivat niskaan ja ylipäätään tuntui, ettei tästä ikinä tule valmista. Näissä tilanteissa minua kannusti aina erittäin positiivisesti professori Matti Rudanko. Hänen kanssaan käydyissä keskusteluissa mietittiin tutkimuksen rakennetta ja hän pyrki aina pitämään laitostehtävät niin vähäisinä kuin mahdollista. Erittäin suuret kiitokset saadusta avusta ja kannustuksesta!

Myös vanhempani ovat jatkuvasti tukeneet tutkimuksen edistymistä. Isäni on lukenut lukuisia eri versioita läpi korjaten havaitsemiaan kieli- ja ajatusvirheitä. Lämpimät kiitokset saamastani tuesta!

Tutkimuksessa on toivoakseni havaittavissa eräänlainen ”ratkaisijan näkökulma”. Tältä osin on kiittäminen Tapiola-yhtiöissä viettämiäni kesiä, lukuisia vastuukorvausratkaisuja ja -ongelmia sekä työkavereiden kanssa käytyjä vahingonkorvausoikeudellisia keskusteluja. Tämä ”varaventtiili” oli minulle henkisesti tärkeä, koska väitöskirjaprojektin vaihteluna oli erittäin rentouttavaa pohtia niin tuottamusta kuin vahingonmääräänkin!

Tiedeyhteisössä käytävä keskustelu vaikuttaa aina tutkimukseen, vaikka omasta aiheesta ei kovin suoraan puhuttaisikaan. Peilaamalla omia ajatuksiani ja seuraamalla muiden reaktioita oppii yllättävän paljon. Toivoakseni työni on tätä kautta tullut lukijalle ymmärrettävämmäksi. Lämpimät kiitokset tältä osin professori Juha Pöyhöselle ja erityisesti professori (ma) Sauli Mäkelälle. Myös tiedekunnan taholta on hanketta aina kannustettu, mistä haluan kiittää dekaani Matti Niemeä. Kaikenlaista opastusta byrokraattisissa kuvioissa on antanut tiedekuntasihteeri Markku Vartiainen.

Loppuvaiheen sangen kiireisen oikoluvun osalta haluan erittäin lämpimästi kiittää isääni ja tiedekunnasta toimistosihteeri Kyllikki Peuraa.

Saamastani taloudellisesta tuesta kiitän Lapin Yliopistoa, Oikeustieteen tutkimussäätiötä ja Tapiola-yhtiöitä.

Tutkimuksen valmistumiseen ovat vaikuttaneet myös monet muut tässä suoraan mainitsemattomat henkilöt. Lämpimät kiitokset kaikille ystävilleni tuesta ja kannustuksesta!

Rovaniemellä, helmikuun lämmintä talvea ihmetellen,

Pertti Virtanen

Sisällys

ALKUSANAT V

SISÄLLYS VII

LÄHTEET XV

LYHENTEET XXVII

I JOHDANTO 1
1. Tutkimusteema 1
2. Rajaukset 9
3. Tutkimusmetodi 11
4. Tutkimukseen liittyviä painotuksia 14

II KILPAILU TALOUDELLISENA JA OIKEUDELLISENA ONGELMANA 17
1. Kilpailu 18
1.1 Kilpailun lähtökohdat 18
1.2 Keino – päämäärä -ongelmat 23
1.3 Kilpailu-käsitteen ongelmat 27
1.4 Kilpailufunktiot 29
1.5 Todellinen ja potentiaalinen kilpailu 31
1.6 Horisontaalinen – vertikaalinen kilpailu 32
1.7 SCP-malli 33
1.8 Peliteoria yritysten toimintamallien arvioinnissa 37
1.8.1 Staattiset pelit 38
1.8.2 Dynaamiset pelit 40
2. Markkinamuodot 43
2.1 Täydellinen kilpailu 43
2.2 Epätäydellinen kilpailu 49
2.3 Monopoli ja monopsoni 50
2.4 Oligopoli ja oligopsoni 53
2.4.1 Yleistä 53
2.4.2 Oligopoli-sidonnaisuus 57
2.4.3 Peliteoreettinen lähestymistapa 59
2.4.4 Oligopolin vaikutukset 62
2.5 Kartelli 65

2.6 Monopolistiset markkinat 66
2.7 Bilateraaliset markkinamuodot 67
2.8 Diskriminointi epätäydellisen kilpailun seurauksena 69
3. Markkinoille pääsyn esteet ja niiden vaikutus 72
3.1 Yleistä 72
3.2 Keinot 80
3.2.1 Limit pricing -teoria ja skaalaedut 80
3.2.2 Saalistushinnoittelu 83
3.2.3 Tuote-eriyttäminen ja mainonta 88
3.2.4 Tuotteen kehittäminen 93
3.2.5 Sopimukset ja vertikaalinen integroituminen 94
3.2.6 Muut keinot 96
3.3 Markkinoilletulo prosessina 100
3.4 Markkinoille pääsyn esteiden vaikutus 103
3.4.1 Yleistä 103
3.4.2 Vaikutus tekniseen kehitykseen 107
3.5 Kritiikki 108
4. Toimiva kilpailu ja sen vaihtoehdot 115
4.1 Toimiva kilpailu (workable competition) 115
4.2 Uusklassinen teoria (Neuklassik) 121
4.3 Kantzenbach'n malli laajasta oligopolista toimivan kilpailun esikuvana 125
4.4 Koeteltavat markkinat (contestable markets) -teoria 127
4.5 Chicagon koulukunta 131
5. Markkinat 132
5.1 Määrittely 132
5.2 Tuotekohtaiset markkinat 137
5.3 Maantieteelliset markkinat 140
6. Markkinoiden keskittyminen – markkinavoima 141
6.1 Keskittyminen 142
6.2 Markkinavoima 146
7. Määräävä asema 150
7.1 Määräävä asema taloudellis-juridisena käsitteenä 150
7.2 Rapautuuko määräävä asema? 155
7.3 Määräävän aseman väärinkäyttö / hyödyntäminen ja sen taloudellinen merkitys 158
7.4 Reagointitavat 164
8. Yritys taloustieteellisenä ja kilpailuoikeudellisena toimijana 166
8.1 Saksa 170
8.2 Suomi 172
8.3 EU 174
9. Kilpailunrajoitus käsitteenä 177
10. Kilpailutekijät 181

10.1 Hinta ja kustannukset kilpailutekijöinä 182
10.2 Tuotteen eriyttäminen 183
10.2.1 Mainonta ja jakelujärjestelmät eriyttämiskeinoina 185
10.2.2 Kytkykaupat eriyttämiskeinona 187
10.3 Muut kilpailutekijät 188
10.4 Kilpailutekijöiden merkitys 190
11. Sopimukset ja sopimusvapaus 191
12. Kilpailupolitiikka 195
12.1 Kilpailupolitiikka suhteessa talouspolitiikkaan 196
12.2 Kilpailupolitiikan tehtävät ja keinovaihtoehdot kilpailun kannalta . 199
12.2.1 Tehtävät 199
12.2.2 Kilpailupolitiikan keinot 202
12.2.3 Kielto- ja väärinkäyttöperiaate 204
12.3 Kilpailupolitiikan ja -oikeuden muut tehtävät 208
12.4 Erityisesti EU:n kilpailupolitiikasta 210
13. Yhteenveto 215
13.1 Kilpailukäsitteen merkitys 215
13.2 Määräävä asema erityisenä ongelmana 221
13.3 Reagointimahdollisuudet 223

III SAKSAN KILPAILUOIKEUS – ITSENÄINEN RATKAISUKO? 228
1. Yleistä 228
1.1 Lainsäädännön taustaa 228
1.2 Tärkeimmät lakiuudistukset 229
1.3 Lainsäädännön tarkoitus 230
1.4 Suorituskilpailu tai UWG suojeltavan kilpailun rajana? 233
2. GWB 19 § – yleisnormi määräävästä asemasta 238
2.1 GWB 19 §:n tarkoitus 241
2.2 Markkinoille pääsyn esteiden merkitys GWB 19 §:n kannalta 242
2.3 Markkinat 244
2.3.1 Tuotekohtaiset markkinat 247
2.3.2 Alueelliset markkinat 251
2.3.3 Ajalliset markkinat 252
2.4 Määräävä asema GWB 19 §:n mielessä 254
2.4.1 Määräävässä asemassa oleva oligopoli 259
2.4.2 Myyjän määräävä asema 262
2.4.3 Ostajan määräävä asema 262
2.4.4 Arviointinormit 268
a) yksittäinen yritys 271
b) oligopoli 272
c) useamman normin yhtäaikainen soveltaminen 273
2.5 Väärinkäyttö 274
2.5.1 Syy-yhteys 277

2.5.2 Haittaaminen 280
a) hinnat 283
b) alennusjärjestelmät 287
c) sopimusehdot 288
d) kytkykaupat 289
e) mainonta 290
f) muut keinot 291
2.5.3 Riistäminen 291
a) hinnat 292
b) sopimusehdot 300
c) myyjän riistäminen 301
2.5.4 Välttämättömät tietoverkot ja rakenteet 302
2.6 Yksinoikeussopimukset tms. ja määräävä asema 305
2.6.1 Lain tarkoittamat sopimukset 306
2.6.2 Väärinkäyttö 308
3. Diskriminointia koskeva erillisnormi 310
3.1 Määräävä asema / riippuvuus 313
3.1.1 Valikoimaan perustuva riippuvuus 323
3.1.2 Ylikysyntään / pulaan perustuva riippuvuus 327
3.1.3 Yrityskohtainen riippuvuus 328
3.1.4 Myyjien riippuvuus 329
3.2 Samanlaisille yrityksille avoin liiketoiminta 332
3.3 Liikesuhde 337
3.4 GWB 20 §:ssä kielletyt menettelytavat 337
3.5 Diskriminointitavat 341
3.5.1 Myyntijärjestelmät ja toimituskiellot 341
a) tasapuolisuusvaatimus ja toimitusvelvollisuus 341
b) pula ja kapasiteettiongelmat 345
c) asiakassuhteen tms. merkitys 345
d) oikeussuojakeinot 347
3.5.2 Hinnat 348
3.5.3 Sopimusehdot ym. 350
3.6 Haittaaminen 350
3.6.1 Myyntijärjestelmät ym. 353
3.6.2 Hinnat 353
3.6.3 Pk-yritysten toiminnan haittaaminen 357
3.6.4 Muut keinot 360
3.7 Passiivinen diskriminointi 361
3.8 Perusteltu syy / kohtuuttomuus 362
4. Seuraamukset 368
4.1 Kielto- ja suoritustuomiot 368
4.1.1 Kieltotuomio 368
4.1.2 Vahvistustuomio 370

4.1.3 Suoritustuomio 371
4.2 Pätemättömyys / mitättömyys 372
4.3 Vahingonkorvaus 373
4.3.1 Tuottamus 375
4.3.2 Suojanormi 376
4.3.3 GWB 19 § suojanormina 380
4.3.4 Vahingonmäärä ja syy-yhteys 381
5. Yhteenveto 383
5.1 Kilpailukäsite ja lain tarkoitus 383
5.2 Määräävä asema ja väärinkäyttö 384

IV MÄÄRÄÄVÄ ASEMA PIENEMMILLÄ KANSALLISILLA MARKKINOILLA – SUOMEN TILANNE 387
1. Yleistä 387
1.1 Tärkeimmät lakiuudistukset 387
1.2 Kilpailukäsite ja kilpailupolitiikka 390
2. Määräävä asema 395
2.1 Markkinat 395
2.1.1 Tuotemarkkinat 396
2.1.2 Maantieteelliset markkinat 401
2.2 Määräävän aseman kriteerit 404
2.2.1 Markkinaosuus 406
2.2.2 Muut määräävän aseman kriteerit 408
2.3 Oligopolin määräävä asema 410
3. Väärinkäyttö 412
3.1 Väärinkäytön käsite 412
3.2 Syy-yhteys 413
3.3 Väärinkäyttömuodot 414
3.3.1 Yleistä 414
3.3.2 Monopolihinnoittelu ja kohtuuttomat sopimusehdot 414
3.3.3 Saalistushinnoittelu ja ristisubventio 422
3.3.4 Alennusjärjestelmät 425
3.3.5 Hintasyrjintä 430
3.3.6 Liikesuhteista pidättäytyminen 431
3.3.7 Kilpailua rajoittavat sopimusehdot 437
3.3.8 Kytkykaupat 439
3.3.9 Myyntijärjestelmät 440
3.3.10 Immateriaalioikeudet 443
4. Seuraamukset 445
4.1 Väärinkäytön kieltäminen 445
4.2 Pätemättömyys / mitättömyys 446
4.3 Vahingonkorvaus 447
5. Yhteenveto 449

5.1 Yleistä 449
5.2 Erityisesti määräävän aseman väärinkäytöstä 450

V HALLITSEVA ASEMA JA INTEGRAATIO – MÄÄRÄÄVÄ ASEMA EU:N KILPAILUOIKEUDESSA 452
1. Yleistä 452
1.1 Yleistä EU:n kilpailuoikeudesta 453
1.2 Kauppa-kriteeri 456
1.3 Vaikutus kilpailuun 459
1.4 Yhteisön oikeuden vaikutus kansallisella tasolla 459
1.4.1 Suora vaikutus 459
1.4.2 Vaikutus jäsenmaiden lainsäädäntöön 463
2. Määräävän aseman sääntely EU:ssa 464
2.1 82 Artiklan tarkoitus 464
2.2 81 ja 82 artiklan yhteinen soveltaminen 467
2.3 Markkinat 469
2.3.1 Tuotekohtaiset markkinat 470
2.3.2 Maantieteelliset markkinat 476
2.3.3 Ajalliset markkinat 479
2.4 Oleellinen osa yhteismarkkinoista 480
2.5 Määräävän aseman kriteerit 483
2.5.1 Markkinaosuus 485
2.5.2 Muut kriteerit 487
2.6 Määräävässä asemassa oleva oligopoli 489
3. Mitä tarkoitetaan määräävän aseman väärinkäytöllä? 492
3.1 Yleiset kriteerit 492
3.2 Syy-yhteys 494
3.3 Eri väärinkäyttömuodot 497
3.3.1 Kohtuuttomat hinnat ja sopimusehdot 497
3.3.2 Saalistushinnoittelu 502
3.3.3 Myyntijärjestelmät ja alennukset 507
3.3.4 Toimituksista ja palvelun tarjoamisesta kieltäytyminen 510
a) toimitus- ja tarjoamisvelvollisuus 510
b) asiakassuhteen merkitys 514
c) oikeutettu liikesuhteista pidättäytyminen 515
3.3.5 Tuotannon, markkinoiden ja teknisen kehityksen rajoittaminen 516
3.3.6 Diskriminointi 520
3.3.7 Kytkykaupat 524
3.3.8 Yksinoikeudet 525
3.3.9 Kilpailijan kannalta välttämätön laitteisto tms. (essential facilities-doktriini) 530
4. Seuraamukset 532

4.1 Kielto- ja suoritustuomiot 532
4.2 Vahingonkorvaus 533
5. Yhteenveto 535
5.1 Integraatio-tavoitteen merkitys 535
5.2 Määräävä asema ja sen väärinkäyttö 536

VI MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ KILPAILUOIKEUDELLISENA ONGELMANA 538
1. Yleisesti hyväksytyt käsitteet 538
1.1 Kilpailunkäsite 538
1.2 Markkinat 540
1.3 Määräävä asema 542
1.4 Väärinkäyttö 544
2. Ongelmakysymyksiä 545
2.1 Oligopoli 545
2.1.1 Saksa 545
2.1.2 EU 546
2.1.3 Miksi Suomessa ei ole oligopolisääntöä? 547
2.1.4 Mitä kontrolloidaan? 548
2.2 Syy-yhteys: minkälaista yhteyttä määräävän aseman, toiminnan ja seurausten välillä voidaan vaatia? 550
2.3 Diskriminointi 552
2.4 Ylihinnoittelu 553
2.5 Toimituskiellot 554
3. Väärinkäyttö yrityksen toiminnan rajaajana 555
3.1 Yleistä 555
3.2 Miten suhtautua eri kilpailukeinoihin? 557
3.2.1 Hinnat 558
3.2.2 Sopimusehdot 560
3.2.3 Myyntijärjestelmät 561
3.2.4 Tuotteet ja tuotevalikoimat 562
3.2.5 Mainonta ja muu markkinointi 563
3.2.6 Eri keinojen yhteisvaikutus 565
4. Miksi emme puuttuisi hallitsevan yrityksen toimintaan? 566
4.1 Yleistä 566
4.2 Tehokkuus 567
4.3 Tutkimus- ja kehitystoiminta tms. 569
5. Tuleeko hallitsevan yrityksen toimia kontrolloida ja miten? 570

SUMMARY 573

ASIAHAKEMISTO 582

Lähteet

1. Kirjat

Aalto-Setälä, Ilkka; Kärkkäinen, Hannu K.; Lehto, Petri; Petäjäniemi-Björklund, Anne; Stenborg, Markku: Kilpailulait ja julkiset hankinnat, Helsinki 1999 (*Aalto-Setälä ym.*)

Aberle, Gerd: Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2., überarbeitete Auflage, Stuttgart 1992

Albach, Horst: Als-Ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt: zur Berechnung hypothetischer Wettbewerbspreise auf oligopolistischen Märkten, Tübingen 1976

Areeda, Phillip; Turner, Donald F.: Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. Vol I–III, Boston 1978–1980 (*Areeda ym. + Vol*)

Arndt, Helmut: Kapitalismus, Sozialismus, Konzentration und Konkurrenz, 2., grundlegend veränd. Aufl., Tübingen : Mohr 1976 (*Arndt I*)

Bael, Ivo Van; Bellis, Jean-François: Competition Law of the European Community, Third Edition 1994, reprinted Reading 1996 (*Bael ym.*)

Bain, Joe S.: Barriers to New Competition, fourth printing Harvard 1967 (*Bain I*)

Bain, Joe S.: Industrial Organization, second edition 1968 (*Bain II*)

Baird, Douglas G.; Gertner, Robert H.; Picker, Randal C.: Game Theory and the Law, Harvard 1994 (*Baird ym.*)

Bary von, Gottfried: Das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV: Die Leitlinien der deutschen Rechtsprechung zum Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB als Grundlage einer verstärkten Anwendung des Art. 86 EWGV durch den Europäischen Gerichtshof, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und die nationalen Gerichte der Mitgliederstaaten der EG, München 1986

Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 18., neubearbeitete Auflage, München 1995 (*Baumbach ym.*)

Baumol, William J. – Blinder, Alan S.: Economics, Principles and Policy, Fifth Edition, New York 1991 (*Baumol ym. I*)

Baumol, William J.; Panzar, John C.; Willig, Robert D.: Contestable Markets and The Theory of Industry Structure, New York 1982 (*Baumol ym. II*)

Bechtold, Rainer: GWB; Kartellgesetz; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1993

Begg, David; Dornbusch, Rudiger and Fischer, Stanley: Economics, third edition, UK 1991 (*Begg ym.*)

Bellamy, Christopher; Child, Graham: Common Market Law of Competition, London 1987 (*Bellamy ym.*)

BGB Das Bürgerliche Gesetzbuch, 4. Auflage, München 4/93

Blair, John M.: Economic Concentration, structure, behavior and public policy, New York 1972

Bleckmann, Albert: Europarecht, 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1997

Borchardt, Klaus-Dieter: Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Heidelberg 1996

Bork, Robert H.: The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself, New York 1978

Burkhardt, Jürgen: Kartellrecht; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Europäisches Kartellrecht, München 1995

Carlhoff, Ulrich: Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Köln 1988

Castrén, Martti: Eu-Suomen markkinaoikeus, Helsinki 1997

Chamberlin, Edward Hastings: The Theory of Monopolistic Competition. A Re-orientation of the Theory of Value, Harvard 1965
Chandler, Alfred D. (Jr): Scale and Scope. The Dynamics of Industrial Capitalism, Cambridge, Massachusetts 1990
Clark, John Maurice: Competition as a Dynamic Process, United States 1961
Coase, R. H.: The Firm, the Market, and the Law, Chigago 1988 (*Coase I*)
Cook, Mark & Farquharson, Corri: Business Economics, London 1998 (*Cook ym.*)
Creifelds, Carl: Rechtswörterbuch. Toim. Kauffmann, Hans, München 1996
Czada, Peter; Tolksdorf, Michael; Yenal, Alparslan: Wirtschaftspolitik. Aktuelle Proplemfelder, Zweite erweiterte und aktualisierte Auflage, Berlin 1992
Davies, Stephen; Lyons, Bruce with Dixon, Huw; Geroski, Paul: Economics of industrial organisation, New York, 1988 (*Davies ym.*)
Demsetz, Harold: The economics of the business firm. Seven critical commentaries, Cambridge University Press 1997 (*Demsetz I*)
Emmerich, Volker: Kartellrecht, 6., völlig neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1991 (*Emmerich I*)
Emmerich, Volker: Kartellrecht, 7. völlig neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1994 (*Emmerich II*)
Emmerich, Volker: Kartellrecht, 8. völlig neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1999 (*Emmerich III*)
Emmerich, Volker: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4., völlig neubearbeitete Auflage, München 1995 (*Emmerich IV*)
Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Herausgegeben von Edith Eucken und K. Paul Hensel. 6., durchgesehene Auflage, Tübingen 1990
Fejo, Jens: Monopolret og marked, Denmark 1985
Fikentscher, Wolfgang: Wirtschaftsrecht. Band II Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983
Fischer, Stanley; Dornbusch, Rudiger; Schmalensee, Richard: Economics, second edition, New York 1988 (*Fischer ym.*)
Fleischer, Holger: Behinderungsmißbrauch durch Produktinnovation: Eine ökonomische und juristische Analyse zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht, Baden-Baden 1997
Friedman, James: Oligopoly Theory, Cambridge 1983 (*Friedman, J*)
Friedman, Milton: Capitalism and Freedom, Reissued with new Preface 1982, Chigago (*Friedman, M*)
Galbraith, John Kennet: Uusi Yhteiskunta, Rauma 1968. Vuonna 1967 ilmestyneestä alkuperäisteoksesta "The New Industrial State" suomentaneet Paula ja Kari Sajavaara
Geroski, Paul A.: Market Dynamics and Entry, Oxford 1991 (*Geroski I*)
Geroski, Paul A.: Market Structure, Corporate Performance ande Innovative Activity, Oxford 1994 (*Geroski II*)
Gibbons, Robert: Game Theory for Applied Economists, New Jersey, 1992 (*Gibbons I*)
Gibbons, Robert: A Primer in Game Theory, New York 1992 (*Gibbons II*)
Goyder, D. G.: EC Competition Law, Third Edition, Oxford 1998
Gravelle, Hugh and Rees, Ray: Microeconomics, second edition, London and New York 1992 (*Gravelle ym.*)
Grabitz, Eberhard und Hilf, Meinhard (toim): Kommentar zur Europäischen Union. München, Stand: 11. Ergänzungslieferung Juli 1997. (Julkaisuajankohdan 85 ja 86 artiklan osalta teos on päivitetty kesäkuussa 1990) (*Grabitz ym.*)
Green, N; Hartley, T. C.; Usher, J. A.: The Legal Foundations of the Single European Market, Great Britain 1991 (*Green ym.*)
Groeben von der, Hans; Boeckh von, Hans; Thiesing, Jochen; Ehlermann, Claus-Dieter: Kommentar zum EWG-Vertrag, 3., neubearb. Aufl., Baden-Baden 1983 (*Groeben ym.*)

Hagman, Rauni: Kilpailunrajoitus. Uusi kilpailulainsäädäntö ja ETA-sopimuksen kilpailusäännöt, Jyväskylä 1993
Hampden-Turner, Charles and Trompenaars, Fons: The Seven Cultures of Capitalism, Great Britain 1995 (*Hampden-Turner ym.*)
Hartmann, Bernhard: Das Diskriminierungsverbot. Die kartellrechtlichen Grundlagen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Freiburg 1981
Hayek von, F. A.: Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von F. A. von HAYEK, Tübingen 1969
Heap, Shaun P. Hargraves and Varoufakis, Yanis: Game Theory. A Critical Introduction, London 1995 (*Heap ym.*)
Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I, Helsinki 1997
Herdzina, Klaus: Wettbewerbspolitik, 3., überarbeitete Auflage, Stuttgart 1991
Hoppmann, Erich: Behinderungsmißbrauch: Die Entwicklung von per-se Verboten für marktbeherrschende Unternehmen – dargestellt am Beispiel der Umsatzrabatte, Tübingen 1980 (*Hoppmann I*)
Hoppmann, Erich: Marktmacht und Wettbewerb (Beurteilungskriterien und Lösungsmöglichkeiten), Tübingen 1977 (*Hoppmann II*)
Hoppmann, Erich: Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988 (*Hoppmann III*)
Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (herausgeber): EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Band 1, München 1997 (*Immenga ym. I*)
Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (herausgeber): GWB Kommentar zum Kartellgesetz. München, 2., neubearb. Aufl., 1992 (*Immenga ym. II*)
Jacquemin, Alexis: The New Industrial Organization, second printing, London 1991. Vuonna 1985 ilmestyneestä alkuperäisteoksesta ”Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle” kääntänyt Fatemeh Mehta.
Jickeli, Joachim: Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Baden-Baden 1990
Joutsamo, Kari; Aalto, Pekka; Kaila, Heidi; Maunu, Antti: Eurooppaoikeus, toinen tarkistettu painos, Helsinki 1996 (*Joutsamo ym.*)
Kalliomaa-Puha, Laura: Kielletyt kartellit ja hyödyllinen yhteistyö kilpailuoikeudessa, Helsinki 1995
Kantzenbach, Erhard: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. 2., durchgesehene Auflage, Göttingen 1967
Kantzenbach, Erhard; Kruse, Jörn: Kollektive Marktbeherrschung. Göttingen 1989 (*Kantzenbach ym.*)
Kapteyn, P. J. G. and Verloren van Themaat, P.: Introduction to The Law of the European Communities. After the coming into force of the Single European Act. Second Edition edited by Laurence W. Gormley, Deventer 1990 (*Kapteyn ym.*)
Kerber, Wolfgang: Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht: Das Nachfragemachtproblem im Rahmen einer evolutionären Spielraumanalyse und Kritik seiner bisherigen wettbewerbspolitischen Behandlung, Baden-Baden 1989
Kirschstein, Friedrich: Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. München 1974
Kleinmann, Werner / Bechtold, Rainer: Kommentar zur Fusionskontrolle. 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1989 (*Kleinmann ym.*)
Knöpfle, Robert: Der Rechtsbegriff ”Wettbewerb” und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln 1966
Korah, Valentine: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, sixth edition, Oxford 1997
Kreps, David M.: A Course in Microeconomic Theory, New York 1990
Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeuden perusteet, Vantaa 2000 (*Kuoppamäki I*)
Kuoppamäki, Petri: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja fuusiovalvonta EY:n kilpailuoikeudessa, Helsinki 1992 (*Kuoppamäki II*)

Kurz, Rudi und Rall, Lothar: Behinderungsmißbrauch: Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung / Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft, Tübingen 1983 (*Kurz ym.*)
Langen, Eugen; Niederleithinger, Ernst; Ritter, Lennart; Schmidt, Ulrich: GWB, Kommentar zur Kartellgesetz, 6. Auflage, Berlin 1982 (*Langen ym. I*)
Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef (Herausgegeben von: Hermann-Josef Bunte): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. 7. Aufl., Berlin 1994 (*Langen ym. II*)
Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef (Herausgegeben von: Hermann-Josef Bunte): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. 8. Aufl., Berlin 1998 (*Langen ym. III*)
Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef (Herausgegeben von: Hermann-Josef Bunte): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. 9., neubearb. und erw. Aufl., Berlin 2001 (*Langen ym. IV*)
Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (*Larenz I*)
Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrects, Band II Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1981 (*Larenz II*)
Lasok, D.: The Law of the Economy in European Communities, London 1980
Leivo, Kirsi – Leivo, Timo: Euroopan yhteisön kilpailuoikeus, Helsinki 1997 (*Leivo ym.*)
Lüke, Gerhard; Walchshöfer, Alfred: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1992 (*Lüke ym.*)
Mandel, Siegfried: Das Diskriminierungsverbot gemäß § 26 Absatz 2, Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Grenzen der Zulässigkeit für den selektiven Vertrieb, Frankfurt am Main 1991
Mentula, Arttu; Pokela, Hannu; Saraste, Tuomas: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailuoikeudessa, Tampere 1998 (*Mentula ym.*)
Mestmäcker, Ernst-Joachim: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974 (*Mestmäcker I*)
Mestmäcker, Ernst-Joachim: Der verwaltete Wettbewerb: Eine vergleichnde Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984 (*Mestmäcker II*)
Molle, Willem: The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy, Aldershot 1991
Mononen, Marko: Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi, Helsinki 1995
Möschel, Wernhard: Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974 (*Möschel I*)
Möschel, Wernhard: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983 (*Möschel II*)
Müller-Uri, Rolf: Kartellrecht mit Anhang: Kartellrecht der EG, Köln 1989
Phlips, Louis: Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective, Cambridge 1995 (*Phlips I*)
Posner, Richard: Antitrust Law An Economic Perspective, Chigago 1976
Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuusoikeus, Helsinki 2000
Rinck, Gerd: Wirtschaftsrecht, 5. neubearbeitete Auflage, Köln 1977
Rissanen, Kirsti; Korah, Valentine: EY:n ja Suomen kilpailuoikeus, Helsinki 1991 (*Rissanen ym.*)
Ritter, Lennart; Braun, David W.; Rawlinson, Francis: EEC Competition Law, A Practioner's Guide, Compact Edition, Deventer 1993 (*Ritter ym. I*)
Ritter, Lennart; Braun, David W.; Rawlinson, Francis: European Competition Law: A Practioner's Guide, Student Edition, Haque 2000 (*Ritter ym. II*)
Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1993 (*Rittner I*)
Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1995 (*Rittner II*)
Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1999 (*Rittner III*)
Robinson, Joan: The Economics of Imperfect Competition, Second Edition 1969, Reprinted 1972, 1976, 1979
Sandrock, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968 (*Sandrock I*)

Savia, Elena: The Finnish Alcohol Monopoly and the European Integration, Helsinki 1993
Scherer, F. M.: Industrial Market Structure and Economic Performance, Second Edition, Chigago 1980
Scherer, F. M. / Ross, David: Industrial Market Structure and Economic Performance, Third Edition, Boston 1990 (*Scherer ym.*)
Schlechtriem, Peter: Schuldrecht. Besonderer Teil, 4. neubearbeitet Auflage, Tübingen 1995
Schmidt, Ingo: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 4., neubearb. Aufl., Stuttgart 1993 (*Schmidt I*)
Schmidt, Ingo: Wettbewerbpolitik und Kartellrecht, 5., neubearb. Aufl., Stuttgart 1996 (*Schmidt II*)
Schmidt, Ingo / Schmidt, André: Europäische Wettbewerbspolitik, München 1997 (*Schmidt ym.*)
Schneider, Helmut: Mikroökonomie. Eine Einführung in die Preis-, Produktions- und Wohlfahtrstheorie, 4. neubearbeitete Auflage, München 1986
Schulze Steinen, Petra: Kauppakumppanin mahti ja määräävä markkina-asema, Helsinki 1998
Schumann, Jochen: Grunzüge der mikroökonomischen Theorie, 6. Auflage, Berlin 1992
Schumpeter, Joseph A.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 7. erweiterte Auflage, Tübingen und Basel 1993. Übers. aus dem Engl. von Susanne Preiswerk
Schäfer, Hans-Bernd; Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin Heidelberg 1986 (*Schäfer ym.*)
Shy, Oz: Industrial Organization: Theory and Applications, London 1996
Smith, Adam: The Wealth of Nations, Books I–III with introduction by Andrew Skinner, Penguin Classics England 1986
Steindorf, Ernst: Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, Heidelberg 1982
Stigler, George J.: The Organization of INDUSTRY, Chigago 1968 (*Stigler I*)
Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, Helsinki 1997
Utton, M. A.: Market Dominance and Antitrust Policy, England 1995
Varian, Hal R.: Intermediate Microeconomics. A Modern Approach, Second Edition, New York 1990
Virtanen, Martti: Market Dominance – Related Competition Policy. An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution, Turku 1998 (*Virtanen I*)
Weatherill, Stephen & Beaumont, Paul: EC Law, second edition, London 1995 (*Weatherill ym. I*)
Weatherill, Stephen & Beaumont, Paul: EU Law. The essential guide to the legal workings of the European Union, third edition under present title 1999 (*Weatherill ym. II*)
Weizsäcker v., C. C.: Barriers to Entry. A Theoretical Treatment, Berlin 1980
Whish, Richard: Competitition Law, Second edition, London 1989
Willeke, Franz-Ulrich: Wettbewerbspolitik, Tübingen 1980
Williamsson, Oliver E.: Antitrust Economics, Oxford 1989
Woll, Artur: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 11., überarbeitete und ergänzte Auflage, München 1993
Wuttke, Jürgen: Sicherung des Leistungswettbewerbs durch das Verbot der unbilligen Behinderung in § 26 Abs. 4 GWB, Köln 1995
Yip, George S.: Barriers to Entry; A Corporate-Strategy Perspective, United States of America 1982

2. Artikkelit

Aine, Antti: Suomen kilpailulainsäädännön kehityspiirteitä. Teoksessa Kansainvälisestä kaupasta. Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä 2.11.2000, Turku 2000, ss 1–35
Arndt, Helmut: Macht und Wettbewerb. Teoksessa Handbuch des Wettbewerbs, toim. Cox, Helmut; Jens, Uwe; Markert, Kurt, München 1981, ss 49–78 (*Arndt II*)
Baumol, William J.: Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. The American Economic Review, Vol. 72 No. 1, 1982, ss 1–15
Baumol, William J. and Ordover, Janusz A.: Use of Antitrust to subvert Competition, The Journal of Law & Economics, Volume XXVIII May 1985, ss 247–265 (*Baumol ym. III*)

Baur, Jürgen F: Rechtlige Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Betriebs-Berater, Heft 20 / 20. Juli 1973, ss 915–920

Benisch, Werner: Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise. Wirtschaft und Wettbewerb, 12/1974, ss 801–816 (*Benisch I*)

Benisch, Werner: Verschiebung des Marktrisikos durch Lieferzwang – Bemerkungen zum Diskriminierungsrecht. Teoksessa Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, toim. Gamm, Otto-Friedrich; Raisch, Peter und Tiedemann, Klaus, Köln 1988, ss 607–625 (*Benisch II*)

Brunila, Anne: Kilpailunrajoitukset – kilpailupolitiikan iso paha susi? Kansantaloustieteellinen aikakausikirja, 1991:1, ss 38–49

Coase, R. H.: The Nature of the Firm (1937). Teoksessa: The Nature of the Firm; Origins, Evolution, and Development, edited by Williamson, Oliver E.; Winter, Sidney G., Oxford 1991, ss 18–33 (*Coase II*)

Comanor, William S. and Frech III, H. E.: Strategic Behavior and Antitrust Analysis. The American Economic Review, vol. 74 No. 2 1983, Papers and Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association, 1984, ss 372–376 (*Comanor ym.*)

Demsetz, Harold: Barriers to entry. The American Economic Review, Vol. 72 No. 1, 1982, ss 47–57 (*Demsetz II*)

Dixit, Avinash: Entry and Exit Decisions under Uncertainty, Journal of Political Economy, vol. 97, 1989, ss 620–638 (*Dixit I*)

Dixit, Avinash: The Role of Investment in Entry-Deterrence, The Economic Journal, volume 90, March 1980, ss 95–106 (*Dixit II*)

Dörinker, Wolfram: Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB. Wirtschaft und Wettbewerb, 2/1959, ss 81–89

Emmerich, Volker: Die fünfte GWB-Novelle. Die Aktiengesellscfaft, Nr. 8 1.8.1989 (*Emmerich V*)

Emmerich, Volker: Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht. Die Aktiengesellschaft, 21. Jahrgang, Nr. 9 12.9.1976, ss 225–231 (*Emmerich VI*)

Encacoua, David; Geroski, Paul; Jacquemin, Alexis: Strategic Competition and the Persistence of Dominant Firms: a Survey. Teoksessa New Developments in the Analysis of Market Structure, toim. Stiglitz, Joseph E. and Mathewson, G. Frank for the International Economic Association, London 1986 (*Encacoua ym.*)

Ewald, Heinz: Diskriminierungsverbot und Nachfragemacht. Betriebs-Berater, Heft 26 / 20. September 1973, ss 1181–1184

Fehl, Ulrich und Schreiter, Carsten: Preistheorie. Teoksessa Allgemeine Wirtschaftstheorie: Neuere Entwicklungen, toim. Berthold, Norbert, München 1995, ss 1–30 (*Fehl ym.*)

Fischötter, Werner: Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB. Wirtschaft und Wettbewerb, 6/1974, ss 379–397

Fleischer, Holger; Weyer, Hartmut: Neues zur 'essential facilities' -Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht. Eine Besperchung der Bronner-Entscheidung des EuGH, Wirtschaft und Wettbewerb, 4/1999 ss 350–363 (*Fleischer ym.*)

Fudenberg, Drew and Tirole, Jean: Fat-Cat Effect, The Puppy-Dog Ploy and the Lean and Hungry Look. The American Economic Review, vol. 74 No. 2, 1984, Papers and Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association, ss 361–366 (*Fudenberg ym.*)

Gamm v., Otto-Friedrich: Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung. Neue Juristische Wochenschrift, 1980, Heft 46, ss 2489–2496 (*Gamm I*)

Gamm v., Otto-Friedrich: Potentieller Wettbewerb – Substitutionswettbewerb. Teoksessa Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, toim. Gamm, Otto-Friedrich; Raisch, Peter und Tiedemann, Klaus, Köln 1988, ss 643–657 (*Gamm II*)

Geroski, P. A.: Do Dominant Firms Decline? Teoksessa The Economics of Market Dominance. Edited by Donald Hay and John Vickers, Oxford 1987, ss 143–167 (*Geroski III*)

Goll, Hans: § 22 GWB ein Schutzgesetz? Wirtschaft und Wettbewerb, 5/1976, ss 291–296

Graumann, Mathias: Bausteine einer Theorie des dynamischen Wettbewerbs. Wirtschaftswissenschaftlichen Studium, Heft 3, März 1994, ss 143–146

Gäbelein, Wolfgang: Monopol- und Oligopolvermutungen des GWB, insbesondere bei mehrfachen Vorliegen. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1983, 574–581

Hahn, Rüdiger: Die Beurteilung von Niedrigpreispolitik und Mischkalkulation marktbeherrschender Unternehmen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB. Wirtschaft und Wettbewerb, 4/1984, ss 285–297

Hilke, C. and Nelson, Philip B.: Noisy Advertising and the Predation Rule in Antitrust Analysis. The American Economic Review, vol. 74 No. 2, 1984, Papers and Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association, ss 367–371 (*Hilke ym.*)

Honkapohja, Seppo: Kilpailupolitiikka ja strategisen kilpailun teoria, Kansantaloudellinen aikakausikirja, 1990:1, ss 55–61

Immenga, Ulrich: Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 5. Jahrgang, Heft 1/1994, ss 14–18

Innes, Robert and Sexton, Richard J.: Strategic Buyers and Exlusionary Contracts. The American Economic Review, vol. 84 No. 3, 1994, ss 566–584 (*Innes ym.*)

Joskow, Paul L.; Klevorick, Alvin K.: A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, The Yale Law Journal, Volume 89, Number 2, December 1979, ss 213–270 (*Joskow ym.*)

Karehnke, Wolfgang: Die Abgabe von Produkten unter Selbskostenpreis. Zum Beschluß des Kammergerichts vom 12.3.1982. Die Aktiengesellschaft, 12/1982, ss 327–332

Kilian, Wolfgang: Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang für Markenartikelhersteller. Eine kritische Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 26 Abs. 2 S. 2 GWB. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1978, ss 453–485

Klein, Benjamin and Murphy, Kevin M.: Vertical Integration as a Self-Enforcing Contractual Arrangement. The American Economic Review, vol. 87 No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, ss 415–420 (*Klein ym.*)

Klimisch, Annette; Lange, Markus: Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1998 ss 15–26 (*Klimisch ym.*)

Knieps, Günter: Neuere Entwicklungen in der Regulierungsdiskussion. Wirtschaftswissenschaftlichen Studium, Heft 12, Dezember 1995, ss 617–622

Koskenranta, Hannu: Predatory Pricing and its characteristics in the European Community context. Teoksessa Kansainvälisestä kaupasta. Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä 2.11.2000, Turku 2000, ss 111–133

Krause, Nils / Oppolzer, Sebastian: Anwendungsprobleme des § 20 IV GWB hinsichtlich des Verkaufs unter Einstandspreis. Wirtschaft und Wettbewerb 1/2000, ss 17–26 (*Krause ym.*)

Landes, William M. and Posner, Richard A.: Market Power in Antitrust Cases, Harvard Law Review, Volume 94, March 1981, ss 937–996 (*Landes ym.*)

Lenel, Hans Otto: Konzentration und Wettbewerb, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 39, 1988, ss 137–167

Leo, Christoph: Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB. Wirtschaft und Wettbewerb, 7 u. 8/1959, ss 485–499

Markert, Kurt: The Control of Abuses by Market-Dominating Enterprises under German Antitrust Law, Cornell International Law Journal, Vol. 11, 1978, ss 275–301 (*Markert I*)

Markert, Kurt: Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf Vertriebsselektionen von Markenartikelherstellern. Teoksessa Selektiver Vertrieb und SB-Warenhäuser. Der Beitrag des Kartellrechts für den Zugang neuer Handelsformen zum Markenartikelvertrieb – Eine Zwischenbilanz, Frankfurt 1982, ss 23–56 (*Markert II*)

Markert, Kurt: Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Teoksessa Handbuch des Wettbewerbs, toim. Cox, Helmut; Jens, Uwe; Markert, Kurt, München 1981 (*Markert III*)

McGee, John S.: Predatory Pricing Revisited, The Journal of Law & Economics, Volume XXIII, October 1980, ss 289–330

Mueller, Dennis C.: Entry, Exit and the Competitive Process. Teoksessa Entry and Market Contestability, toim. Geroski, P. A. and Schwalbach, J.

Möschel, Wernhard: EG-Industriepolitik nach Maastricht, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 43, 1992, ss 415–421 (*Möschel III*)

Niederleithinger, Ernst: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Freiheitsschutz oder Wirtschaftsverwaltung? Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1985, ss 5–17

Niskanen, Esko: Kilpailulaki ja määräävässä asemassa oleva yritys. Kansantaloudellinen aikakausikirja 1989:1, ss 55–60

Oberender, Peter: Industrieökonomie. Teoksessa Allgemeine Wirtschaftstheorie: Neuere Entwicklungen, toim. Berthold, Norbert, München 1995, ss 1–30 (*Oberender I*)

Oberender, Peter: Industrieökonomik. Wirtschaftswissenschaftlichen Studium, Heft 2, Februar 1994, ss 65–73 (*Oberender II*)

Okko, Paavo: Kilpailu, taloustiede ja integraatio. Teoksessa Puheenvuoroja kilpailusta, toim. Kojamo, Jussi, Helsinki 1996

Ottel, Fritz: Ein Wirtschaftlicher Wettbewerbsbegriff. Wirtschaft und Wettbewerb, 11/1964, ss 921– 939

Phlips, Louis: Information and Collusion. Teoksessa The Economics of Market Dominance. Edited by Donald Hay and John Vickers, Oxford 1987, ss 89–104 (*Phlips II*)

Phlips, Louis and Moras, Ireneo Miguel: The AKZO Decision: A Case of Predatory Pricing?, The Journal of Industrial Economics, Volume XLI, September 1993, ss 315–321 (*Phlips ym.*)

Reimann, Thomas: Mißbrauchsaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, Wirtschaft und Wettbewerb, 9/1976, ss 541–552

Riesenkampff, Alexander: Umfang des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB. Betriebs-Berater, Heft 5/20. Februar 1974, ss 206–208

Röpke, Wilhelm: Kernfragen der Wirtschaftsordnung, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 48, 1997, ss 27–64

Sandrock, Otto: Die zweite Kartellnovelle. Die Novellierung der §§ 1, 16, 17, 22 GWB. Bertriebs-Berater, Heft 3/30. Januar 1973, ss 101–107 (*Sandrock II*)

Schlecht, Otto: Entscheidungslinien der deutschen Wettbewerbspolitik, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 43, 1992, ss 319–335

Schmalensee, Richard: Another Look at Market Power, Harvard Law Review, Volume 95, 1982, ss 1789–1816 (*Schmalensee I*)

Schmalensee, Richard: Antitrust and the New Industrial Economics, The American Economic Review, vol. 72 No. 2, 1982, Papers and Proceedings of the Ninety-Fourth Annual Meeting of the American Economic Association, ss 25–28 (*Schmalensee II*)

Schmalensee, Richard: Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute? Teoksessa The Economics of Market Dominance. Edited by Donald Hay and John Vickers, Oxford 1987, ss 61–88 (*Schmalensee III*)

Schmidt, André: Die europäische Wettbewerbspolitik nach dem Vertrag von Amsterdam (*Schmidt, A*), Wirtschaft und Wettbewerb, 2/1999 ss 133–140

Schmidtchen, Dieter: Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 39, 1988, ss 111–135

Schockenhoff, Martin: Die gerichtliche Durchsetzung von Belieferungsansprüchen aus § 26 II GWB, Neue Juristische Wochenschrift, 1990, Heft 3, ss 152–158

Seidenfus St., Hellmuth: Wettbewerbsbeeinträchtigungen als Folge der Kooperation von Staat und Wirtschaft. Teoksessa Der Einfluß des Staates auf den Wettbewerb. Herausgegeben von Burkhardt Röper, Berlin 1986

Shepherd, William G.: Contestability vs. Competition, The American Economic Review, Vol. 74 No. 4 1984, ss 574–587

Stefanadis, Christodoulos: Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View, The Journal of Law & Economics, Volume XLI October 1998, ss 429–450
Stigler, George J.: The Xistence of X-Efficiency, The American Economic Review, vol. 66 No. 1, 1976, ss 213–216 (*Stigler II*)
Stockmann, Kurt: Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch die öffentliche Hand. Teoksessa Institutionen und Grundfragen des Wettbewerbsrechts. Herausgegeben von Uwe Blaurock, Göttingen 1988
Treis, Bartho und Hermes, Oliver: Grundriß einer erfahrungswissenschaftlichen Erfassung von Nachfragewettbewerb, Die Aktiengesellschaft, 9/1988, ss 263–267 (*Treis ym.*)
Ulmer, Peter: Der Begriff 'Leistungswettbewerb' und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft 9 September 1977, ss 565–580
Ungern-Sternberg von, Thomas: Zum Begriff des "zeitlich relevanten Marktes". Wirtschaft und Wettbewerb, 9/1984, ss 707–711
Vickers, John and Hay, Donald: The Economics of Market Dominance. Teoksessa The Economics of Market Dominance. Edited by Donald Hay and John Vickers, Oxford 1987, ss 1–60 (*Vickers ym.*)
Virtanen, Martti: Määräävä markkina-asema ja kilpailupolitiikka. Kansantaloudellinen aikakausikirja 1989:3, ss 355–359 (*Virtanen II*)
Wallraff, Arnold: Enges Oligopol und Mißbrauch. Zum Verhältnis von § 22 Abs. 2 zu Abs. 4 des GWB. Wirtschaft und Wettbewerb, 4/1974, ss 211–216
Werner, Rosemarie: Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen in GWB. Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, Köln 1979, ss 49–63
Winter, Sidney G.: On Coase, Competence, and the Corporation. Teoksessa: The Nature of the Firm; Origins, Evolution, and Development, edited by Williamson, Oliver E.; Winter, Sidney G., Oxford 1991, ss 179–195
Wirz, Hanns: Die Vermutete Marktbeherrschung. Wirtschaft und Wettbewerb 10/1975, ss 611–619

3. Virallislähteet

3.1 Saksa

3.1.1 Hallituksen esitykset

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 22.1.1955 (*BTDr 1158*)
Deutscher Bundestag: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18.8.1971 (*BTDr VI/2520*)
Deutscher Bundestag: Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 30.5.89 (*BTDr 11/4610*)
Deutscher Bundestag: Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 29.01.98 (*BT-Drucksache 13/9720)*

3.1.2 Muut esitykset

Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD, FDP. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 25.1.73 (*BTDr 7/76*)

3.1.3 Valiokuntien mietinnöt

Deutscher Bundestag: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 29.6.1957 (*BTDr 3644*)

Deutscher Bundestag: Unterrichtung zu dem von den Fraktionen der SDP, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Weetberbsbeschränkungen, 13.6.1973 (*BTDr 7/765*)

Deutscher Bundestag: Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1.12.1989 (*BTDr 11/5949*)

Deutscher Bundestag: Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 06.05.98 (*BT-Drucksache 13/10633*)

3.1.4 Monopolikomission raportit

Monopolkommission: Hauptgutachten 1976/1977: Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. Baden-Baden, 1978 (*Hauptgutachten 1976/1977*)

Monopolkommission: Hauptgutachten 1978/1979: Fusionskontrolle bleibt vorrangig. Baden-Baden, 1980 (*Hauptgutachten 1978/1979*)

Monopolkommission: Hauptgutachten 1980/1981: Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. Baden-Baden, 1982 (*Hauptgutachten 1980/1981*)

Monopolkommission: Hauptgutachten 1982/1983: Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. Baden-Baden, 1984 (*Hauptgutachten 1982/1983*)

Monopolkommission: Hauptgutachten 1986/1987: Die Wettbewerbsordnung erweitern. Baden-Baden, 1988 (*Hauptgutachten 1986/1987*)

Monopolkommission: Hauptgutachten 1990/1991: Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. Baden-Baden, 1992 (*Hauptgutachten 1990/1991*)

Monopolkommission: Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. Baden-Baden, 1985 (*Sondergutachten 14*)

3.2. Suomi

3.2.1 Komitean mietinnöt

KM 1952:33 Kartellikomitean mietintö

KM 1962:4 Komitean mietintö: Ehdotus laiksi taloudellisten kilpailunrajoitusten valvonnasta perusteluineen.

KM 1972:52 Hinta- ja kilpailukomitean mietintö

KM 1982:49 Kilpailutoimikunnan mietintö

KM 1987:4 Kilpailu- ja hintakomitean mietintö

KM 1991:15 Kilpailulainsäädännön uudistaminen. Kilpailulainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintö

Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikunta raportteja 3/1997: Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppojen valvonta ja toimivaltakysymykset (*Raportteja 3/1997*)

3.2.2 Hallituksen esitykset

HE 1954/95 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi talouselämässä esiintyvien kilpailunrajoitusten valvonnasta

HE 1962/95 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taloudellisen kilpailun edistämisestä

HE 1987/148 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista

HE 1991/162 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista

HE 1997/243 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen littyvien lakien muuttamisesta.

3.3 EU

3.3.1 Komissio

Commission: Fourteenth Report on Competition Policy, Brussels, 1985 (*14th Report*)

Commission: Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87, Brussels, 27.9.2000, 2000/0243 (Cns) (*Proposal*)

Komission ohjelma nro 99/027: Valkoinen kirja EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamissääntöjen uudistamisesta, Bryssel 1999 (*Ohjelma nro 99/027*)

Komissio: Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, Euroopan yhteisöjen virallinen lehti 1997, C 372/5–13 (*Komission tiedonanto*)

Komissio: XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 1997, Bryssel 1998 (*XXVIII kertomus*)

Komissio: XXVIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 1998, Bryssel 1999 (*XXVIII kertomus*)

European Comission: The Single Market Review; Impact on Competition and Scale Effects; Competition Issues (*Competition Issues*)

3.4 OECD

OECD: Predatory Pricing, OECD 1989 (*OECD I*)

Kilpailuvirastojen ratkaisujen osalta on käytetty viraston kotisivua http://www.kilpailuvirasto.fi, jos alaviitteessä ei mainita sivunnumeroa. Sivunnumeron sijasta viitataan ao. ratkaisun kohtaan.

Lyhenteet

[§]	Aiemmin voimassa ollut pykälänumero suorassa lainauksessa
AGBG	Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz
a.F.	alte Fassung (vanha muoto)
art.	artikla
Bekl.	Beklagte (vastaaja)
BKartA	Bundeskartellamt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgerichtshof
ECR	European Court Reports'
em.	edellä mainittu
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KG	Kammergericht = Berliinin alueen OLG, jonne BKartA:n päätöksistä valitetaan
KHO	Korkein Hallinto-oikeus
Kl.	Kläger (kantaja)
LG	Landsgericht
n.F.	neue Fassung (uusi muoto)
OLG	Oberlandsgericht
so.	siis oikeastaan
pk-yritys	pieni ja keskisuuri yritys
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb -lehti
UWG	Gesetz gegen unlautere Wettbewerb

I Johdanto

1. TUTKIMUSTEEMA

Yhteiskunnan kaikki toimijat – niin yksityishenkilöt kuin yritykset – ovat tiettyjen oikeudellisten normien ja taloudellisten lainalaisuuksien alaisia. Länsimaissa yhteiskunnan perustana on ollut markkinatalous ja tähän elimellisesti liittyvä vapaa kilpailu. Käsitteet liittyvät pitkälti liberalismin ajatuksiin vapaudesta. Kaiken taloudellisen toiminnan perustarkoitus on yksinkertaisesti tavaroiden ja palvelujen vaihdanta vastiketta vastaan kuluttajien tarpeiden tyydyttämiseksi. Komentotaloudessa tätä toimintaa markkinoilla säädetään jonkin ”ylemmän” tahon, kuten valtion, toimesta. Markkinataloudessa määräävän tekijän tulisi olla kilpailu. Kukaan ei anna ohjeita tai määräyksiä, vaan kysyntä ja tarjonta määrittävät ne automaattisesti vapaan kilpailun kautta. Tässä mielessä kilpailu on – Adam Smith'iä lainatakseni – se näkymätön käsi, joka suunnitelmatalouden määräysten sijasta ohjaa mitä tuotetaan ja kuinka paljon.

Kilpailu rajaa yrityksen mahdollisuuksia päättää omista hinnoistaan ja tuotannostaan, koska kilpailijoiden toimet vaikuttavat siihen. Markkinoiden hintatasoa ei voi ylittää, jos kukaan ei enää osta tuotetta kalliimmalla hinnalla. Riippumattomuus kilpailijoista ja kilpailusta mahdollistaa suuremman pelivaran tässä suhteessa. Tämä asema voi syntyä suuremman tehokkuuden, pitemmän ajan kuluessa luodun markkinavoiman, tms. avulla. Sen perustana voi olla nk. luonnollinen monopoli (markkinoille ei kustannusrakenteen takia mahdu kuin yksi yritys), laillinen monopoli (lainsäätäjä on antanut yhdelle yritykselle yksinoikeuden) ja patentteihin sekä tietotaitoon perustuva hallitseva asema. Yritys voi yksinkertaisesti parempien voimavarojensa, hallintonsa, kilpailijoiden toiminnan vaikeuttamisen, tms. kautta saavuttaa hallitsevan aseman markkinoilla. Tehokkuus ja pyrkimys hyvään markkina-asemaan ovat sinänsä osa kilpailuprosessia. Liian vahva asema ja sen mahdollistama pyrkimys kilpailijoiden toiminnan kontrolloimiseen johtavat jo kilpailuprosessin vääristymiseen. Yleensä muista riippumatonta määräävää asemaa ei sinänsä ole kielletty (poikkeuksena yrityskaupat). Jos kilpailevia tuotteita ei kehitetä, (patenttisuojan tms. takia) eikä kysyntä pysty suuntautumaan muualle (esim. tietty määrä tuotetta on jokaiselle välttämätöntä), voi tilanne muodostua pitkäkestoiseksi. Tässä asemassa olevalla yrityksellä on suuri houkutus käyttää sitä hyväkseen joko ylisuurten voittojen tai oman aseman vahvistamisen muodossa. Markkinatalous ei kestä loputtomiin tällaista toimintaa – suuret yritykset valtaavat markkinat toisensa jälkeen ja tukahduttavat kilpailun.

Eteemme tuleva kysymys koskettaa kaikkia yhteiskunnan tahoja. Jos yritys A

on pitkän kehitystyön jälkeen luonut laitteen x, eikä kukaan vielä pysty vastaavaan suoritukseen, on se muista riippumaton. Reagoimmeko vielä tähän? Olisiko sillä merkitystä, että x olisi syntynyt sattumalta tai että kyseessä olisi esim. geenimanipuloitu ruokakasvi? Tai nuorisomuodin uusin hitti, joka kaikkien on saatava? Kyky toimia muiden vaikutuksesta välittämättä antaa yritykselle enemmän kontrollia omista markkinoistaan, ja se voi pyrkiä laajentamaan tätä valtaansa tai vain hyödyntämään sitä. Hyväksymmekö tilanteen helpommin, jos A:n valta on alueellisesti tai liki samanlaisten tuotteiden kautta rajattua? Jos pidämme yritys A:n kehitystyötä hyödyllisenä (jopa toivottavana teknisen kehityksen nimessä), tuleeko reagoida joihinkin sen toimiin? Suhtaudummeko kielteisesti x:n jatkokehittelyyn, koska se pidentäisi ja vahvistaisi A:n asemaa markkinoilla? Saako A laajentaa vaikutusvaltaansa x:n lisälaitteiden markkinoille? Puutummeko A:n hinnoitteluun ja millä perustein? Onko A itsessään tai sen toimet jopa uhka demokratiselle vallankäytölle? Yritys A ei toisaalta saa olla suojaton. Sen on voitava tietää varsin tarkkaan mitä se saa tehdä, koska yritys voi toimia vain liiketaloudelliselta pohjalta. Epävarmuus maksaa, koska yrityksen on laskelmissaan huomioitava kilpailijoiden ja viranomaisten eri reaktiot. Tilanteeseen puuttuminen voi myös aiheuttaa erilaisia kustannuksia (valvonnasta, oikeudenkäynneistä sekä toiminnan muuttamisesta aiheutuvia) sekä hyvinvointitappioita (saako kukaan kehitettyä laitetta x, jos A sanktioiden / tappioiden pelossa jättää homman sikseen?).

Markkinoiden toiminta ei ole yksiselitteisesti sidoksissa yrityksen kokoon tai voimavaroihin. Pidetäänkö tilannetta tyydyttävänä riippuu pitkälti tarkastelunäkökulmasta. Muutamat harvat yritykset voivat tulevan kehityksen valossa olla tehokkaampia kuin suuri joukko kiivaasti – lähinnä tässä päivässä – kilpailevia pieniä yrityksiä. Monopolikaan ei aina estä markkinoiden toimintaa, jos se joko kokee olevansa jonkinasteisen kilpailun kohteena tai arvioi uusien kilpailijoiden voivan tulla markkinoille. Yksi tämän työn tarkoituksista on tuoda esille se sääntöihin tottuneille juristeille ikävähkö havainto, ettei varsinkaan tietyn markkinamuodon vaikutusta markkinoiden toimintaan voida pitävästi arvostella yleisellä tasolla. Voimme katsoa yrityksen hyödyntäneen määräävää asemaansa markkinoiden toiminnan kannalta vahingollisesti toimiessaan tavalla x. Menettely x voi silti olla toisen yrityksen suhteen (eri markkinoilla) hyväksyttävää tai haluttua. Se voi olla sitä jopa samankin yrityksen suhteen tulevaisuudessa markkinatilanteen muuttuessa.

Lainsäädännön ja talouden yhdistämisen suuri ongelma on se, että lainsäädännön on oltava riittävän tarkkaa ja yksiselitteistä, jotta normeja voidaan ylipäätään noudattaa. Talouden oletetaan toki toimivan tiettyjen sääntöjen mukaan (eli hinnat seuraavat kysynnän ja tarjonnan vaihteluja tms.), mutta nämä ovat lähinnä pelkistettyjä malleja ja vaikutussuhteita. Tutkimuksen suuri kysymys on, miten yhdistämme nämä kaksi maailmaa? Vaarana on toisaalta liikakontrolli, jolloin vapaa markkinatalous voi hävitä viranomaiskontrollin taakse ja toisaalta ylisallivuudesta mahdollisesti seuraava markkinoiden luisuminen muutaman suuryrityksen hallin-

taan. Normatiivinen ajattelu kaipaa lisäksi selvää puuttumiskynnystä, jota mikään talousteoria ei hevin voi antaa.[1]

Tutkimukseni aiheena on määräävän aseman väärinkäyttö Saksan, Suomen ja EU:n oikeudessa. Pyrin siis selvittämään miten muista riippumaton yritys tai yritysryhmä käyttää tätä mahtiaan hyväkseen ja onko sen käytös tuomittavaa ja missä olosuhteissa. Tutkimuksen painopiste on ”väärinkäytön” eri muodoissa itse määräävää asemaa koskevan osuuden jäädessä vähemmälle. Väärinkäytön ja hallitsevan aseman yhteyden takia ei rajanveto ole yksiselitteinen eikä sitä työssä pyritä tarkkaan tekemäänkään. Viranomaiskontrollin piirissä on normaalisti vasta ko. aseman väärinkäyttö, eikä sen syntymistä ole tutkimuksen kohdejärjestelmissä totaalisti kielletty, koska se on markkinoiden toiminnan kannalta luonnollinen ilmiö. Väärinkäytöksi voidaan laajimmillaan mieltää mikä tahansa hallitsevan yrityksen toiminta, joka rajoittaa kilpailua. Laajimmillaan jouduttaisiin kieltämään menettelytapoja, jotka ovat markkinoiden ja yhteiskunnan kannalta suotavia.

Väärinkäyttö on pitkälti tapaus- ja markkinakohtaista eikä sitä ole kovin tarkkaan määritelty talousteorian tasolla. Amerikkalainen lähtökohta on Sherman Act’n monopolisoimiskielto, mutta Euroopassa ei ole omaksuttu tällaista teoreettisesti yksiselitteistä, mutta käytännössä vaikeasti rajattavaa päämäärää. Tutkittavissa järjestelmissä pyritään liiallisen markkinavoiman kontrolliin, mutta tavoite ei ole selkeästi määritettävissä johtuen erilaisista painotuksista (kilpailukyky, demokraattisen vallankäytön turvaaminen, monopolisoimiskehityksen vastustaminen). Tutkimuksessa tämä ongelma ilmenee lähinnä siinä, että tarkastelu joudutaan pakosta rajaamaan jo havaittuihin väärinkäyttönä pidettyihin menettelytapoihin eikä tulevaisuuden suhteen voida varmuudella ennustaa ovatko nämä edes läheskään ainoat / vaarallisimmat menettelytavat, ja voiko jokin muu toiminta olla markkinoiden kannalta tulevaisuudessa huomattavasti vaarallisempaa. Oikeusvarmuus vaatii rajojen etsimistä sekä pelisääntöjen luomista yritysten ohjenuoraksi ja tehokkaan kilpailun varmistamiseksi. Pyrkimyksenä on siten löytää vapaan kilpailun turvaava standardi. Säätelyn puuttuminen johtaa periaatteessa oikeudelliseen epävarmuuteen ja mielivaltaisten ratkaisujen mahdollisuuteen.[2]

---

[1] Tätä ongelmaa kuvaa Kivi-päivillä pitämässään luennossa Okko. Ks. Okko s. 3 ”Kilpailuviranomaisen tehtävä on siis normatiivinen, mutta sitä ei pidä käsittää yhteiskunnallisen suunnittelijan tehtäväksi, jonka toiminta-ajatuksena on järjestää talous oikeaan muotoon esimerkiksi niin, että rajakustannus vastaa rajatuloa tuotannossa. Kilpailulainsäädännön ja sen soveltamisen tehtävänä on enemmänkin puuttua peliin vasta, kun reilun pelin sääntöjä rikotaan ja itse kilpailuprosessin elossa pysyminen on uhattuna.”

[2] Bork s. 72–73 ”The need of the law generally is for the systematic development of normative models of judicial behaviour, models which, …, will at least distantly approach the rigor of the descriptive models of basic economic theory. Until we have such models, criticism of the courts for having the wrong goals will generally be empty, … This is a deplorable condition, since it means that we lack valid, objective standards for evaluating and controlling judicial performance. In such circumstances, we cannot attain a ’rule of law’ ”.

Tutkimuksessa käytetään johdonmukaisesti määräävän markkina-aseman rinnalla termiä hallitseva asema. Näillä tarkoitetaan samaa asiaa.

Tietyn standardin määrittäminen edellyttää yhteisymmärrystä lähtökohdista sekä riittävän selkeää lopputulosta. Lähtökohtana voidaan Bork'n tavoin pitää kuluttajien etua. Tämä käsite on siinä mielessä selkeä, että se nojautuu lähinnä tehokkuuden lisäämiseen sekä tätä kautta kuluttajille koituvaan hyötyyn. Tutkimuksessa ei suoraan nojauduta vain tähän standardiin, vaikka erityisesti tehokkuuden korostaminen erilaisten tulonjakokysymysten sijasta voi yhteiskunnankin kannalta olla järkevä ratkaisu. Kuluttajien etua ei mielestäni voida valita yksinomaiseksi standardiksi, koska tarkastelu jättää huomioimatta toiminnan ulkoiset (esim. ympäristövaikutukset) ja tulevat (esim. raaka-aineen tuhlaileva käyttö) vaikutukset. Kuluttajien kannalta voi toisessa tapauksessa olla hyödyllisempää sallia yrityksen menetellä tavalla x ja taas kieltää sama toiminta markkinatilanteen muututtua / toisilla markkinoilla. Tämä etu ei siten ole muutoinkaan mikään yksiselitteinen, sitova standardi. Bork ilmaisee oman standardinsa kansakunnan kokonaisedun korostamisen kautta, jolloin tulonjakokysymykset jätetään kokonaan sivuun. Itse korostaisin markkinoiden toimivuuden varmistamista markkinavoiman kontrollin kautta. Tällöin päätarkoituksena on pitää markkinat mahdollisimman avoimina eräänlaisen "liukuvan standardin" avulla. Kyseisellä standardilla tarkoitan kilpailuviranomaisten toimien mitoittamista markkinoiden avoimuusasteen mukaan, jolloin pitemmälle menevät reaktiot ovat sitä perustellumpia mitä suljetummista markkinoista on kyse. Kuluttajien etua ei voida minkään standardin muodostamisessa sivuuttaa, koska koko kilpailuprosessin lopullinen tavoite on tyydyttää kuluttajien tarpeet mahdollisimman tehokkaalla tavalla. Liikaa kilpailua korostava malli johtaisi tämän ajattelun vastaiseen tulokseen, koska tuotanto ei välttämättä ole enää tehokkaimmillaan kilpailijoiden määrän kasvaessa markkinoilla. Vastaavasti tekninen kehitys voi vaatia markkinoiden osittaista monopolisoimista, jotta kehitykseen on riittäviä kannustimia. Tällöinkään kuluttajien etu ei ole mahdollisimman voimakas "kilpailu".[3]

Tutkimuksen pyrkimyksenä on selvittää niitä taloudellisen toiminnan eri muotoja, joita ei hallitsevan yrityksen käyttäminä voida hyväksyä. Samalla tavoitteena on miettiä niitä keinoja, joilla yrityksen ja sitä kautta markkinoiden toimintaan puututaan. Periaatteessahan markkinoiden tulisi automaattisesti kontrolloida markkinavoiman kasvua uusien yrittäjien kautta, mutta käytännössä esiintyy lukuisia sellaisia markkinahäiriöitä, joita ei voida jättää yksinomaan markkinoiden oman mekanismin varaan. Kyse voi olla esim. tuotteen keinotekoisesta niukkuudesta määräävässä asemassa oleva yrityksen estäessä eri keinoin kilpailun viriämisen markkinoilla. Jos tilanne menee niin pitkälle, ettei se enää korjaudu tehokkaampien kilpailijoiden muodostaman uhan kautta, tulisi asiaan puuttua. Tällöinkin tavoitteena tulee olla kilpailuprosessia tukeva menettelytapa eikä sitä korvaava yhteiskunnallinen kontrolli.

---

[3] Bork toteaa sinänsä osuvasti, ettei kilpailuoikeuden tehtävänä voi olla päättää kuka on rikas ja kuka köyhä. Bork s. 90–91.

Saksan kilpailulaki on tullut voimaan 1.1.1957 ja on edelleen voimassa – tosin varsin merkittävin muutoksin. Tutkimuksessa Saksan ja Suomen kilpailuoikeutta käytetään mallina kansallisen oikeuden ja EU-oikeuden rinnakkaiselosta. Saksalaista lainsäädäntöä ei ole aivan viime aikoihin mennessä pyritty muokkaamaan EU-normien mukaiseksi, joten se tarjoaa tässä mielessä eräänlaisen peilikuvan suomalaiselle EU-normeja mukailevalle lähtökohdalle. Toisaalta Saksa on ollut EEC-jäsenvaltio alusta alkaen, joten saksalainen oikeus- ja talousteoria ovat vaikuttaneet sekä EEC-sopimuksen tekstiin että myöhempään oikeuskäytäntöön. Saksalaista oikeutta käytetään myös vahingonkorvausoikeudellisen seuraamusjärjestelmän esimerkkimaana, koska tutkimuksen kohteena olevista oikeusjärjestelmistä Saksalla on kauimmin ollut vahingonkorvausvelvollisuutta koskeva normi ja tätä on myös käytetty väärinkäyttötapauksissa. EU:n piirissä korvausvelvollisuuden mahdollisuus nojautuu ainoastaan oikeuskäytäntöön eikä sitä ole Saksan normien tavoin yleisesti sovellettu.

Saksan oikeuden sijasta olisi ollut mahdollista käyttää esim. englantilaista kilpailulainsäädäntöä vertailun kohteena. Anglo-amerikkalainen oikeusjärjestelmä poikkeaa kuitenkin merkittävästi suomalaisesta, mikä olisi vaikeuttanut oikeudellisen ongelman hahmottamista. Anglo-amerikkalaisen järjestelmän vaikutusta eurooppalaiseen kilpailuoikeusajatteluun ei voida kiistää, joten varsinkin taloudellista ongelmanasettelua käsittelevässä jaksossa II nojaudutaan usein lähinnä Yhdysvalloista peräisin oleviin teorioihin. Anglo-amerikkalaisen järjestelmän hyödyntäminen vertailukohteena sanktioiden osalta olisi edellyttänyt huomattavan laajaa perehtymistä näiden maiden vahingonkorvausjärjestelmään ”treble damages” -instituutioineen. Saksalainen vahingonkorvausjärjestelmä on lähempänä suomalaista, jolloin vahingonkorvauksen merkitystä kilpailuoikeudellisena sanktiona voidaan tarkastella paremmin. Common Law -järjestelmät olisivat vaatineet heidän ominaispiirteidensä parempaa suhteuttamista, jotta tarkastelu olisi onnistunut.

Suomen kilpailulainsäädännön voidaan katsoa varsinaisesti syntyneen 1980- ja 1990-luvuilla. Sen taustalla oleva kehitys on ollut pikemmin hintakontrollin historiaa kuin vapaan kilpailun painottamista. Vasta mainittuina ajankohtina tapahtui selkeä siirtymä tehokkaan kilpailun painottamiseen ja deregulointiin. Käytössämme ei ajanjakson lyhyyden sekä markkinoiden pienuuden vuoksi (so. Suomessa ei yksinkertaisesti ole vastaavaa massaa yrityksiä reagoimassa toistensa väitettyihin määrääviin asemiin ja toimiin kuin Saksassa) ole laajaa oikeustapausaineistoa lain tulkinnan avuksi. Vertailu Saksaan tuo esille hyödyllisen kontrastin tässä mielessä sekä oman järjestelmämmekin kannalta hyödyllisiä tulkintamahdollisuuksia. EU-jäsenenä seuraamme luonnollisesti tarkoin EU:n kilpailuoikeuden kehitystä ja sen vaikutus on jo 1990-luvun alusta ollut selvästi havaittavissa kilpailulainsäädännössämme.[4]

---

[4] Esim. Kuoppamäki korostaa kilpailuoikeuden olevan kasuistinen oikeudenala, joka avautuu vasta soveltamiskäytännön myötä. Kuoppamäki I s. 33–34.

Lainsäädännön tavoitteiden vastatessa pitkälti toisiaan on mahdollista hyödyntää Saksan oikeus-

Taloustieteen kannalta määräävä asema voi muodostua joko yksittäisen yrityksen saavuttaessa hallitsevan aseman markkinoilla (monopoli tai monopolin omainen tilanne) tai yritysryhmän saadessa tämän aseman (oligopoli). Saksan oikeudessa monopoli ja oligopoli on pitkälti rinnastettu toisiinsa. Suomessa määräävän aseman väärinkäyttö on liitetty vain yksittäisiin elinkeinonharjoittajiin tai näiden yhteenliittymään. EU-oikeudessa on oligopolin toiminnan kontrolloimista pidetty mahdollisena väärinkäyttönormien avulla, mutta kanta on hieman epäselvä. Taloustieteen kannalta molemmat ilmiöt ovat kilpailun vääristymiä, mutta markkinoille tulon esteiden puuttuessa niiden oletetaan korjaantuvan itsestään. Tältä kannalta katsottuna tärkein muoto määräävän aseman väärinkäyttöä ovat ne keinot, joilla yritys pyrkii estämään kilpailun syntymisen (esim. kattavilla yksinoikeussopimus -verkoilla). Toisaalta hallitsevan aseman tulisi yleensä murentua itsestään. Tämä ajattelumalli ei anna käytännön tuomarille kovin paljon lähtökohtia yksittäisen ratkaisun tekemiseen, koska oikeudellinen ratkaisu on sidottu tiettyyn tapaukseen, eikä kovin pitkälle tulevaisuuteen meneviä arviointeja voida tehdä. Sekä tietyn keinon vaikutusta tulevaisuudessa että markkinoiden hallinnan pysyvyyttä on vaikea arvioida ainakaan yksittäisen ratkaisun yhteydessä. Määräävässä asemassa oleva yritys voi puolestaan yrittää vedota esim. kapasiteettiongelmiin ja tätä kautta rajakustannuksiin (yhden uuden kappaleen tuottaminen ylittää sen hinnan mitä tuotteesta markkinoilta saadaan). Tällöin on usein ongelmana ratkaisijan kannalta se, ettei annettujen tietojen oikeellisuuden arviointi ole yksinkertaista.

Väärinkäyttötilanteissa puututaan yritysten sopimusvapauteen. Tällöin on kyseessä usein sopimusvapauden negatiivinen puoli, eli oikeus olla tekemättä sopimuksia tai sopimusehtojen sisältövapaus. Yleisperiaatteena sopimusvapaus yritysten toiminnanvapauden (elinkeinovapaus tms.) muodossa on hyväksytty sekä Saksan että Suomen oikeudessa, joten siitä poikkeaminen on aina perusteltava ja vaatinee laintasoista normia. Sopimusvapaudesta poikkeaminen on pidettävä niin vähäisenä kuin mahdollista, eikä määräävässäkään asemassa olevaa yritystä voida asettaa jatkuvan kontrollin alle. Tämä olisi vapaan markkinatalouden perusperiaatteiden vastaista (ts. estäisi markkinoiden vaikutuksen yrityksen toimintaan). Puuttumista voidaan ylipäätäänkin perustella lähinnä sillä, ettei hallitseva yritys enää ole täysin markkinoiden kontrollin alainen ja kaikkien viranomaistoimien tms. tulee pyrkiä lähinnä estämään / poistamaan markkinoiden vapaan toiminnan vastaisia menettelytapoja.

Tutkimuksessani keskitytään määräävän aseman väärinkäyttötapauksista lähinnä diskriminointiin ja toisen yrityksen toiminnan haittaamiseen. Vähemmälle huomiolle jäävät kohtuuttomat hinnat ja sopimusehdot. Pyrin selvittämään miten

---

käytäntöä EU:n oikeuskäytännön tavoin, vaikka molemmissa tapauksissa on toki otettava huomioon markkinoiden erot sekä varsinkin EU:n osalta osin eri tavoitteet. Tähän (EU-oikeuden osalta) viittaa myös Kuoppamäki. Ks. em. lähde s. 34.

ja mihin tulisi puuttua, jotta markkinat voisivat toimia mahdollisimman vapaasti ja automaattisesti. Haittaamis-käsitettä käytetään Saksan oikeudessa eräänlaisena diskriminoinnin rajakäsitteenä. Lakitekstissä ei pykälän otsikkoa lukuunottamatta edes mainita diskriminointia ja asia on ilmaistu termillä erilainen kohtelu (GWB § 20 Abs. 2 Satz 1: "… unterschiedlich behandeln"). Kyseisessä pykälässä diskriminointi ja haittaaminen on rinnastettu tai-sanalla ja niiden tulkinnat kulkevat lähellä toisiaan. Suomen oikeudessa ei diskriminoinnista ole säädetty erillistä normia eikä sitä suoranaisesti mainita kilpailunrajoituslaissa (esitöissä on viittaus). EEC-sopimuksessa diskriminointi ja haittaaminen on katsottu niin merkittäviksi, että ne on mainittu 82 artiklan esimerkkiluettelossa. Termejä diskriminointi ja haittaaminen ei tosin suoraan käytetä, mutta niiden sisältöä vastaavat kohdat b, c ja d.[5]

Diskriminoinnin ja haittaamisen valitsemista tutkimuskohteiksi pidän perusteltuna kahdesta pääsyystä. GWB 20 § on suoraan yritysten oikeuksiin puuttuvaa lainsäädäntöä, johon kohteeksi joutunut yritys voi vedota vaatien kielto- tai suoritustuomiota sekä mahdollisesti vahingonkorvausta. Pykälä on selkeästi Saksan kilpailulain vahingonkorvausnormin (33 §) tarkoittama "suojasäännös" (Schutznorm). Määräävää asemaa koskevan yleissäännöksen GWB 19 §:n osalta ko. normin asema suojanormina ei ole yhtä yksiselitteinen. Em. käsitteet sisältyvät myös GWB 19 §:ään ja Saksan kartelliviranomainen (Bundeskartellamt) voi tämän pykälän perusteella kieltää määräävässä asemassa olevaa yritystä jatkamasta diskriminoivia toimenpiteitä. Suoran vetoamisen mahdollisuus on luonut varsin laajan oikeuskäytännön, johon tutkimuksessa saksalaisten omaa käytäntöä noudattaen paljolti nojaudutaan. EU-oikeudenkin lähtökohtana on mahdollisuus saada joko EU:n viranomaisilta (komissiolta, yhteisön tuomioistuimilta) kielto- tai suoritetuomio. Lisäksi EEC-sopimuksen kilpailunormit ovat suoraan vaikuttavaa oikeutta, joten niihin voidaan vedota jäsenmaiden tuomioistuimissa. Toisaalta kilpailijoiden toiminnan haittaaminen vääristää markkinoiden toimintaa enemmän kuin hallitsevan aseman hyödyntäminen ylihinnoittelun tms. avulla. Jälkimmäiset menettelytavat merkitsevät enemmän tulon siirtoa kuin kilpailuautomatiikan suoranaista haittaamista. Välillistä haittaa niistä on, koska tuloksensa saattaa olla valmistuskustannuksiltaan kalliimman korvaavan tuotteen käyttö, joka sekä vääristää markkinoita että siirtää voimavaroja vähemmän tuottavaan toimintaan.

Näihin normeihin perustuvat ratkaisut muokkaavat markkinoiden toimintaolosuhteita. Äärimmillään niitä voidaan käyttää markkinoiden avaamiseenkin esim. velvoittamalla myymään tiettyä raaka-ainetta. Pyrkimyksenä on selvittää, voidaanko johtopäätöksiä tehdä juuri näiden markkinavaikutusten osalta, sekä voidaanko

---

[5] Saksan kilpailurajoituksia koskee laki: "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", johon lyhenne GWB viittaa. Sen rinnalla on laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa eli "Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb", josta käytetään lyhennettä UWG.

EU:n osalta tärkeimmät kilpailusäännöt ovat nk. Rooman sopimuksessa eli EEC-sopimuksessa.

normeja pitää tässä mielessä onnistuneina. Taustalla on aina oikeusvarmuus ja tietyssä määrin perusoikeuskysymykset (omaisuuden suoja, elinkeinovapaus jne.). Tarkoituksena on hakea tasapainoa taloudellisen tehokkuusajattelun ja oikeustieteen painottamien periaatteiden välillä.

Vahingonkorvaus osana kilpailuoikeudellista sanktiopalettia on mielenkiintoinen, koska se ei ole yksinomaan viranomaisten toimista riippuvainen kieltotuomioiden tavoin. Yritykset voivat toki vaatia suoritus- tai kieltotuomiota itsekin joko kansallisen tai EU:n kilpailulainsäädännön perusteella, mutta vahingonkorvaus kannustaa tätä aktiivisuutta mahdollistaen kulujen ja tappioiden vaatimisen vastapuolelta. EU:n oikeus edellyttää korvausta EU:n kilpailusäännösten vastaisesta menettelystä maksettavaksi jäsenvaltioiden lain nojalla. Suomen lainsäädännön vahingonkorvausnormi on uusi ja kokeilematon. Ulkomaisten esimerkkien etsiminen on siten perusteltua. Ongelma ei ole yhtä polttava tilanteissa, joissa jo olemassa olevien sopimussuhteiden perusteella pystyy vaatimaan suoritustuomiota, koska tähän voidaan liittää sopimusoikeudellinen vahingonkorvausseuraamus.

Vahingonkorvauksen merkitystä ennalta ehkäisevänä tekijänä kilpailuoikeudessa on varsin hankala arvioida, koska vaatimusten esittämiselle voi olla erilaisia kynnyksiä (kuten oikeudenkäyntikulut, liikesuhteet tms.). Korvauksen sijasta suoritus- tai kieltotuomio voi olla yrityksen kannalta merkittävämpi, jolloin vahingonkorvausvaade jätetään tekemättä tai siitä luovutaan. Saksalaiseen tapaan normitasolla oleva selkeä oikeus korvaukseen vaikuttanee jossain määrin ennalta ehkäisevästi. Suomalaisen normin vaikutuksia ei ainakaan vielä voida arvioida. Varsinaiseen lopulliseen ”paremmuus”-asetelmaan viranomaismenettelyn ja yksityisen aktiivisuuden välillä ei tutkimuksessa uskota päädyttävän, koska eri oikeusjärjestelmien erilaiset toimintaolosuhteet ja talouspoliittiset kysymykset vaikuttavat tähän ratkaisuun. Yksityisessä toiminnassa on lisäksi vaarana oikeuden väärinkäytön mahdollisuus (eli perusteettomat kanteet tms.).

Tutkimuskohteeseen liittyviä oikeustapauksia on paljon ja näihin tapauksiin liittyvä taloudellinen intressi on suuri. Diskriminointi on sopimusvapauden kannalta varsin hankala määritellä. Hinnat ja sopimusehdot voivat vaihdella mitä erilaisimpien syiden takia aina kaupan kohteena olevien tuotteiden / palvelujen määrä- ja laatueroista erilaisten toimitustapojen luomiin ongelmiin asti. Haittaamista arvioitaessa on huomioitava yhteydet yksinoikeussopimusjärjestelmiin, joiden ulkopuolelle jäänyt yritys voi pyrkiä vetoamaan siihen, että järjestelmän luonut yritys pyrkii kohtuuttomasti haittaamaan hänen toimintaansa. Sopimusvapauteen ei tuomioistuin ratkaisuissa yleensä suoraan vedota, mutta sen vaikutus näkyy selvästi niissä kannanotoissa, joissa todetaan yrityksellä olevan periaatteessa oikeus rakentaa haluamansa jälleenmyynti- tms. järjestelmät.

Määräävän aseman väärinkäyttöä tutkittaessa painotetaan helposti vain nykyhetkeä eli tietyn, väärinkäytöksi todetun toiminnan kieltämistä. Taloudellinen toiminta ei kuitenkaan koskaan voi sitoutua tietyn ajanjakson menettelytapoihin,

vaan sekä markkinat että tuotteet muuttuvat jatkuvasti. Tällöin nousee esille ongelma siitä, miten suhtautua aiemmin annettuihin ratkaisuihin, joissa on esim. velvoitettu toimittamaan tuotetta x ehdoilla y vastapuolelle. Voiko määräävässä asemassa oleva yritys omin päin poiketa ratkaisusta lähes milloin haluaa, olosuhteiden vähäisten muutosten jälkeen, suurten muutosten jälkeen, vai pitäisikö sen kääntyä ensin viranomaisten puoleen?

Taloustieteen kannalta katsottuna diskriminointi ja haittaaminen voivat toimia markkinoille pääsyn esteinä. Tiettyjen asiakkaiden saamat, muita paremmat edut haittaavat kilpailijoiden markkinoilletuloa, koska uusi yritys ei saa samoja etuja. Hallitseva yritys hyötyy monopoli tai sen lähellä olevasta asemastaan. Asiakasyritys ei uskalla uhmata sitä, koska pelkona on hyödyllisen sopimussuhteen katkaisu. Taustalla voi olla pyrkimys markkinoiden jakoon, josta markkinaosapuolet voisivat hyötyä monopolivoittojen kautta. Oikeuspoliittisena ja oikeudellisena ongelmana on näissä tilanteissa yritysten luomien nk. strategisten esteiden ja markkinoiden kautta syntyvien rakenteellisten esteiden erottaminen. Sanktion tai muun viranomaisreaktion mitoittaminen vain strategiseen esteeseen puuttuvaksi vaatisi näiden kahden erottamista. Markkinatilanne voi johtaa diskriminointiin esim. kysyntäerojen kautta tai sinänsä hyödyllisenä pidetyn myyntijärjestelmän kautta. Toisaalta yritys voi selkeästi pyrkiä joko luomaan ko. olosuhteet tai vahvistamaan markkinoiden luomaa tilannetta omaksi edukseen.

Tutkimuksella pyritään selvittämään niitä sääntöjä, joihin yritykset voivat vedota toimiessaan Saksan, EU:n ja Suomen markkinoilla. Käytännön intressi on suuri varsinkin pienille ja keskisuurille yrityksille, koska näiden yritysten suoja on esim. Saksan GWB 20 §:n kautta laajempi kuin muiden. Tällaisen yrityksen tarvitsee osoittaa vain riippuvuussuhde suuryritykseen sekä diskriminointi jne. Vastapuolen ei tarvitse olla määräävässä asemassa koko markkinoihin nähden. Vastaavasti EU:n kilpailunormit ovat tietyssä määrin suunnattuja juuri pk-yritysten toimintaedellytysten parantamiseen suhteessa suuryrityksiin. Käytännössä esteenä saattaa tosin olla voimavarojen puute tai asiakassuhteiden säilyttäminen, vaikka oikeudellisista mahdollisuuksista tiedettäisiin. Vastaavasti suuryritysten on tunnettava toimintamahdollisuuksiensa rajat, jotta yhteismarkkinoita voitaisiin hyödyntää.

2. RAJAUKSET

Työni tärkein – ja samalla kiistanalaisin – rajaus on EU:n yleisten kilpailusääntöjen tarkastelun rajaaminen vähimpään mahdolliseen. Esim. kattavaan esitykseen EU:n ja jäsenmaiden toimivaltaa rajaavasta ”kauppakriteeristä” ei pyritä eikä siinä käsitellä lainkaan eri kartelliviranomaisia tai tuomioistuinjärjestelmiä. Rajauksen takana on pyrkimys osoittaa, että kansallinen lainsäädäntö ei suinkaan ole tehoton ja tarkoitukseton, vaikka se joutuu toimimaan EU:n normien vaikutuksen alla. Samalla lähestytään kansallisen lainsäädännön ja EU:n suoraan vaikuttavien nor-

mien välistä ongelmakysymystä painopisteen ollessa lähinnä kansallisessa oikeudessa. Lisäksi EU:n kilpailuoikeutta käsitteleviä kotimaisiakin lähteitä on riittävästi, joten yleisesitys ei enää ole tarpeenkaan. Toisaalta EU:n säädöksiin ei sisälly vahingonkorvausnormia. Vahingonkorvausoikeudellinen tarkastelukulma on kuitenkin kiinnostava, koska esim. vahingonkorvauksen määrä joudutaan arvioimaan sen mukaan mitä vahinkoa kärsinyt yritys olisi kenties ansainnut, jos sitä ei olisi diskriminoitu. Toisaalta Suomen nykyinen kilpailulaki on pitkälti rakennettu EU-oikeuden esimerkin varaan, eikä näiden kahden tarkastelu rinnakkain antaisi sen kaltaista jännitettä kuin vertaaminen Saksan oikeuteen. Pyrkimyksenä on tältä osin arvioida, olisiko Suomessa tarvetta säädellä yksityiskohtaisemmin määräävän aseman väärinkäyttöä. Erilaisten taloudellisten lähtökohtien takia näitä johtopäätöksiä ei voine viedä kovin pitkälle.

Tutkimuksesta on rajattu pois se mahdollinen näkökulma, että käsitteitä lähestyttäisiin eri oikeudenalojen rinnakkaiskäsitteiden kautta, kuten työoikeudessa käytettävän diskriminointikäsitteen avulla. Työn ekonomian lisäksi taustalla on se tosiseikka, että Saksan kilpailulaki on kehittynyt varsin itsenäisesti – lukuunottamatta liittoutuneiden voimaansaattaman Dekartellisierungsgesetze'n vaikutusta. Suomen oikeuden lähtökohtana on ollut lähinnä siirtymä hintakontrollista toimivan kilpailun painottamiseen ja suorat yhteydet muihin oikeudenaloihin ovat olleet varsin vähäisiä. Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa ei viitata esim. työoikeudessa käytettyyn diskriminoinnin käsitteeseen. Vastaavasti EU-oikeus nojaa lähinnä anglo-amerikkalaiseen kilpailuoikeusperinteeseen, jossa työoikeuteen liittyvät asiat on perinteisesti jätetty tarkastelukulman ulkopuolelle. Yksityisoikeudellisten käsitteiden esittely ja niitä koskevien teorioiden tarkastelu on jätetty työn ulkopuolelle, koska näkökulma on tahdottu pitää mahdollisimman kilpailuoikeudellisena.

Kilpailuoikeuteen laajassa mielessä kuuluvat sekä kilpailunrajoitukset että sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa. Näistä jälkimmäinen on rajattu pääosin pois työn aihepiiristä, koska lähtökohtani on tutkia mahdollisuuksia puuttua kilpailunrajoituksiin toimivan kilpailun varmistamiseksi. Sama menettely voi olla sekä kilpailunrajoitus että sopimaton kilpailukeino. Saksan oikeuden käsittely vaatii kuitenkin UWG:n ja sitä kautta sopimattoman menettelyn tarkastelua siltä osin kuin GWB:llä ja UWG:llä voidaan pyrkiä samaan päämäärään. Tarkastelukulma on näissäkin tapauksissa yksinomaan kilpailunrajoituspuolella. Tätä näkökulmaa ei tule täysin unohtaa, koska monen sopimattomaksi kilpailuksi katsotun menettelytavan taustalla on yrityksen markkinavoima. Ilman jonkinlaista vaikutusvaltaa markkinoihin eivät esim. kilpailijaa mustamaalaavat mainokset johda mihinkään konkreettiseen hyötyyn mainosten laatijan kannalta. Perinteisesti sopimatonta menettelyä käsitellään omana oikeudenalanaan, eikä tässäkään tutkimuksessa pyritä laajempaan yhdistämiseen.

Markkinavoimaa kontrolloidaan jälkikäteisen puuttumisen lisäksi jo sen syntymistä ja vahvistumista kontrolloivan yrityskauppakontrollin kautta. Tämä kilpailuoikeuden osa-alue on viime aikoina ollut enemmän esillä kuin väärinkäyttökont-

rolli. Taloudellinen tosiasia on, ettei markkinoiden hallintaa yhden tai muutaman yrityksen voimin voida kokonaan estää, eikä tämä ole edes järkevä tavoite mm. teknisen kehityksen vaatimukset huomioon ottaen. Tutkimus on rajattu jo syntyneen markkinavoiman kontrolliin eikä yrityskauppoihin puututa. Tältä osin on riittävästi tutkimusta ja lisäksi aihe vaatisi huomattavan laajan käsittelyn sen vaikeuden takia (mm. kysymykset reagointitavoista ja omaisuuden suojasta nousevat vielä terävämmin esille).

Työssä sivutaan julkisyhteisön asemaa markkinoita hallitsevana ”yrityksenä”. Lähestyminen rajautuu lähinnä elinkeinonharjoittaja – yritys -käsitteitä tarkastelevaan jaksoon eikä esim. julkisia hankintoja koskevia säädöksiä käsitellä.

Tutkimus jakaantuu viiteen pääjaksoon: kilpailuoikeudellisia perusongelmia koskeva jakso, Saksan oikeus, Suomen oikeus, EU-oikeus ja oikeusvertaileva jakso. Jaolla pyrin esittämään ao. normit ja niiden tulkinnan sellaisena kokonaisuutena, että osien lukeminen ja hyödyntäminen olisi mahdollista erillisinäkin. Samalla tarkastelun kohteina on erityyppisiä markkinoita integraatioon tähtäävistä EU-markkinoista laajoihin ja suppeampiin kansallisiin markkinoihin asti. Tavoitteena on tarkastella määräävän aseman väärinkäyttöön liittyviä ongelmia osin markkinoiden erojen valossa sekä osin kilpailuoikeudelle annettujen / syntyneiden erilaisten tavoitteiden valossa.

Kilpailuoikeudellisten ongelmien ymmärtäminen edellyttää sekä talous- että oikeustieteellistä perustaa. Peruskäsitteitä tarkastelevassa jaksossa pyritään luomaan paitsi riittävä perusta seuraavien lukujen ymmärtämiseen myös antamaan lukijalle käsitys kilpailua koskevista teoreettisista ja oikeuspoliittisista ongelmista.

Historiallista taustaa ei tutkimukseen ole tarkoitus ottaa kuin nykyisen lainsäädännön ensivaiheista alkaen. Saksan osalta lähtökohta on siten vuonna 1.1.1958 voimaantullut Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Saksan aiempi kilpailulaki, vuoden 1923 Kartellverordnung, oli suunnattu lähinnä sen ajan kartellien toimintaa vastaan. Vaikka kartellin sinänsä voidaan katsoa vastaavan määräävässä asemassa olevaa oligopolia, on toiminta ja sääntely kuitenkin erilaista kuin määräävän aseman väärinkäyttöä koskevat normit. Oikeuskäytännössäkään ei ole tähän lakiin vedottu tutkimuskohteen osalta. Vastaavasti ei EU:n osalta käytännössä koskaan vedota EEC-sopimusta edeltäneisiin neuvotteluihin. Suomenkin kohdalta kilpailulainsäädäntö on varsinaisesti kehittynyt vuodesta 1957 eteenpäin, joten historiallista tarkastelukulmaa ei tältäkään kannalta voi pitää välttämättömänä.

3. TUTKIMUSMETODI

Tutkimuksen perustarkoitus on väärinkäytön käsitteen selvittäminen oikeudellisen ratkaisijan näkökulmasta. Peruslähtökohta on siten oikeustieteellinen taloustieteen varsin vahvasta painotuksesta huolimatta. Oikeudellisen ratkaisun ongel-

mien kautta työ painottuu lainopin puolelle. Työn painottuessa markkinavoiman yhteen kontrollitapaan ei varsinaiseen laajempaan systematisointiin pyritä.

Kilpailuoikeuden voidaan ylipäätään katsoa syntyneen markkinoiden luoman sääntelytarpeen kautta. Markkinoiden toiminnan ymmärtämistä ilman taloustiedettä ei voida pitää mahdollisena, joten jokaisen kilpailuoikeuden tutkijan on perehdyttävä taloustieteelliseenkin ongelmanasetteluun. Riippuu pitkälti tutkimuksen tavoitteista kuinka merkittävä sija taloustieteelle tutkimuksessa annetaan. Pyrittäessä lähinnä normi- tai tapauskommentaariin voidaan taloustieteen roolia supistaa. Tässä tutkimuksessa tämän kaltaista metodia käytetään eri maiden lainsäädäntöjä koskevissa luvuissa pyrkien kuitenkin esittämään taloustieteen vaikutus lainsäädäntöön. Taloustieteen merkitys painottuu ongelman asettelua ja käsitteitä tarkastelevassa toisessa luvussa sekä oikeusvertailevassa viimeisessä luvussa. Normeja käsittelevissä jaksoissa talousteoria on osa normien perustana olevia arvostuksia, joten näissäkin tutkimuksessa esille tuodut taloudelliset pohdinnat ovat taustalla.[6]

Taloustieteen teorioista tutkimus nojaa pitkälti nk. toimialan taloustieteeseen, koska tämän teorian taustalla on pyrkimys määrittää markkinoiden toimintaa erilaisissa strategisissa tilanteissa. Näiden tilanteiden tarkastelussa pyritään hyödyntämään peliteoriaa, jonka lähtökohtana on juuri strategisten vaihtoehtojen arviointi peliin osallistuvien (so. markkinoilla toimivien yristen ym.) kannalta. Tarkoituksena ei ole kattava esitys näiden teorioiden eri muodoista, eikä niiden matemaattisia malleja (ekonometriaa tms.) työssä varsinaisesti hyödynnetä. Tutkimus nojautuu myös nk. klassisen ja neoklassisen taloustieteen malleihin. Näitä hyödynnetään lähinnä markkinoiden arvioinnissa, vaikka nämä mallit ovatkin pitkälti staattisia. Asemaa markkinoilla joudutaan väärinkäyttökontrollissa tarkastelemaan jonkun ajankohdan mukaan, ja se on siinä mielessä staattista. Lainsäädäntökin lähtee tältä osin yleensä markkinaosuuksien tms. tekijöiden arvioinnista, jolloin arvioinnin kohteena on itse asiassa ”historiallinen siivu” yritykseen kohdistuvasta markkinaprosessista. Väärinkäytön arvioinnissa ei mielestäni voida pitäytyä pelkästään – jos lainkaan – staattiseen näkökulmaan, koska eri ratkaisujen vaikutukset ulottuvat aina tulevaisuuteen. Esimerkiksi puuttuminen yrityksen käyttämään hintatasoon on signaali paitsi tälle yritykselle miten sen pitäisi toimia tulevaisuudessa (ja voi johtaa esim. laadun heikentämiseen vastaavien voittojen keräämiseksi) myös potentiaalisille kilpailijoille, jotka laskevat toimintamahdollisuudet viranomaisten salliman hintatason mukaan. Tällaisissa tapauksissa olisi mielestäni osittain irtauduttava klassisen hintateorian staattisista arvioinneista, vaikka ne ovatkin hyödyllisiä apuvälineitä. Markkinoiden toimintaan puuttuvan

[6] Asian voi ilmaista toteamalla taloustieteellisten teorioiden muodostavan tietyssä määrin kilpailuoikeuden normien tosiseikaston, kuten luonnontiede on ydinenergiaa koskevien sääntöjen taustalla. Ks. tältä osin Sandrock I s. 8–9.

reaktion dynaamiset, pitemmän aikavälin seuraukset tulisi johdonmukaiseen kilpailupolitiikkaan pyrittäessä ottaa arviointiin mukaan.[7]

Toimialan taloustieteen – kuten mikrotaloustieteen – tavoitteena on arvioida, milloin taloudellisen toiminnan lopputulos (performance) on yhteiskunnan kannalta paras mahdollinen. Scherer ym. toteavat perusväitteessään tämän vaativan neljän päämäärän maksimaalista saavuttamista. Ensinnäkin tuotannon tulee vastata kuluttajien tarpeita vähiä resursseja hukkaamatta. Toiseksi uuden teknologian ja tieteen tuloksia on hyödynnettävä. Kolmas ja neljäs tavoite enemmän ”sosiaalisina” jäävät ehkä kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa taka-alalle, mutta työllisyyden takaamista ja kohtuullista tulonjakoa ei sovi unohtaa, koska ne luovat taloudelliselle toiminnalle demokraattista tukea. Toimialan taloustiede lähestyy näitä päämääriä analysoimalla markkinoiden rakenteita (structure), toimintaa (conduct) ja saavutettavia tuloksia (performance). Kyse ei ole suljetusta järjestelmästä, vaan painotuserot voivat vaihdella radikaalistikin.[8]

Tutkimus on oikeusvertaileva lähtökohtana tietyn oikeudellisen ilmiön tarkastelu eri oikeusjärjestelmissä. Varsinaiseen oikeuskulttuurien vertailuun ei pyritä, koska tämä vaatisi huomattavasti laajemman läpileikkauksen nk. talousoikeuden (Wirtschaftsrecht) ja siviilioikeuden sekä tietyssä määrin prosessioikeuden osalta. Kaikki nämä osa-alueethan sinänsä vaikuttavat yhteiskunnan taloudelliseen toimintaan ja muodostavat kilpailuoikeuden laajemman kehyksen. Oikeusvertailuna tutkimusta tämä rajaus rasittaa sikäli, ettei lukija voi tutkimuksen perusteella saada kokonaiskuvaa yritystoiminnan säätelystä. Tämä vaatisi sekä laajempaa oikeudellista että taloudellista tutkimusta. Tutkimuksen tuloksena on näkemys taloudellisen vallan kontrolloimisesta kilpailuoikeudellisin keinoin esimerkkijärjestelmissä.

Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa voidaan liikkua pelkällä teorian tasolla eri ilmiöitä tarkastellen. Tällöin tutkimus voi olla pitkälti metodologinen, jolloin kohteena on joko yksinomaan tutkimuksessa tai ratkaisutoiminnassa käytettävien oikeus-taloustieteellisten menetelmien arviointi. Ratkaisutoiminnan asettuessa – lähes pakon sanelemana – pitkälti yksittäisratkaisutasolle ei tätä kautta saada kovin selkeää kuvaa tosielämän ongelmista. Taustalla ovat paljolti itse kilpailukäsitteen ongelmat, mikä estää eri kilpailulaeissa käytettyjen yleiskäsitteiden perinteisen oikeudellisen analysoimisen viimeistä pilkkua myöten. Pieni muutos talouselämän tosiasioissa pakottaa ainakin arvioimaan aiemmat pohdin-

---

[7] Taloustieteilijöiden keskuudessa toimialan taloustiede on käsittäkseni yleisesti hyväksytty, vaikka sitä vastaankin on argumentoitu. Stigler huomauttaa koko teorian nojautuvan yleisiin taloustieteellisiin oppeihin eikä mistään erillisestä teoriasta voida edes puhua. Hänen mukaansa taustalla on osittain antiteoreettinen pyrkimys (so. ilmeisesti lähinnä populistinen?). Ks. Stigler s. 1.

[8] Scherer ym. toteavat SCP-mallin joutuneen kovankin kritiikin kohteeksi, mutta pitävät sitä joka tapauksessa hyvänä ”hattuhyllynä” relevanttien teorioiden ja faktojen järjestämiseksi. Ks. toimialan taloustieteen (Industrial Organization) osalta laajemminkin Scherer ym. s. 2–7.

nat uudelleen. Samalla lainsäädännön merkitys voi muuttua ilman lainsäätäjän toimiakin![9]

Tutkimuksessa pyritään luomaan kuva kilpailuoikeudellisista ongelmista osana markkinatalousjärjestelmää. Tätä järjestelmää ei liene kukaan pystynyt kattavasti analysoimaan, joten siihen tai tähän liittyvään oikeudellis-taloustieteellisen metodin (kutsuttiin sitä sitten nimellä law and economics) ongelmakenttään ei metodologisella tasolla puututa. Pyrkimyksenä ei siten ole kehittää tätä metodia suuntaan tai toiseen. Kyseinen metodi on pikemminkin aiemman kilpailuteorian ja kilpailunormien yhteistyön seurauksena syntynyt tapa tarkastella oikeudellisia ongelmia taloudellisten käsitteiden valossa. Monopoleja ja trusteja koskeva lainsäädäntö on huomattavasti tätä metodia vanhempaa (esim. USA:n Sherman Act säädettiin 1890-luvulla), eikä aihetta siten tarvitse lähestyä oikeustaloustieteelliseksi kutsuttavan metodin kautta. Itse kilpailun käsitteeseen sisäänrakennettua taloudellista tehokkuutta, resurssien ja tulonjaon jakautumista koskevat vaatimukset ovat olleet esillä kilpailupoliittisessa tarkastelussa jo ennen oikeustaloustieteen teorioita.

Oikeustaloustiede ja taloudellisen tehokkuuden sekä – ehkä piilevämmin – yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden vaatimukset muodostavat työn laajemman viitekehyksen. Kilpailu ei ole itsearvo, vaan osa yhteiskunnan kokonaisprosessia. Meidän on tiedettävä mitä sillä tarkoitamme, jotta kilpailunrajoitus olisi ymmärrettävissä. Sekä lainsäätäjän että tuomarin / muun asiasta kiinnostuneen juristin (miksei taloustieteilijänkin) tulee ainakin tietää sääntelyn kohteen ja – vaikkakin pitkälti ns. megatasolla vaikuttavan – sääntelyn päämäärän ominaisuudet.

4. TUTKIMUKSEEN LIITTYVIÄ PAINOTUKSIA

Pyrittäessä lähestymään kilpailuoikeutta on vaikeutena taloudellisen toiminnan laaja kirjo. Sama menettely voi periaatteessa olla sekä kielletty että sallittu, jos taloudellinen tausta on erilainen. Läpi koko talouden ulottuva tutkimus jäisi miltei pakonomaisesti joko metodeja pohtivaksi tai liikaa eri järjestelmiä kuvailevaksi. Toisaalta tietyn esimerkkitoimialan esille nostaminen ei ole toimiva ratkaisu, koska yhteisen esimerkin löytäminen tutkittaville järjestelmille sekä riittävän syvällisen tiedon saaminen ko. toimialasta ei ole työn tarkoituksen kannalta mahdollista tai tarpeellistakaan. Tiettyjä keskustelussa osin sivuutettuja kysymyksiä pyrin lähestymään tavanomaista enemmän.

Tukkukauppojen sekä kauppaketjujen asema on Suomessa ja Saksassa ollut jonkin verran keskustelussa esillä. Suomalaisessa keskustelussa asia tuli määrää-

[9] Viittaan tältä osin jaksoon II Kilpailu taloudellisenä ja oikeudellisena ongelmana.

vän aseman osalta ilmi lähinnä yrityskauppakontrolli keskustelussa Keskon tapauksen myötä. Samalla itse asiassa havainnollistettiin ko. toiminnan keskittyneisyyttä ja tätä kautta taustalla olevaa vaaraa määräävän aseman väärinkäytöstäkin. Polttoainetukku ja -vähittäiskaupassa mahtiasemassa oleva konserni Neste on tätä asemaa jo väärinkäyttänytkin hinnoittelussaan.[10]

Saksassa varsinkin elintarvikkeiden myynti on keskittymässä yhä harvempien ketjujen käsiin. Sama suuntaus vallitsee muussakin kaupassa suurten tavaratalo-ketjujen vallan kasvaessa (nk. SB-Warenhäuser). Kaupunkien keskustojen kuolemaa pidetään eräänä seurauksena pienten yritysten jäämisestä kilpailun jalkoihin. Saksassa keskustelu on tietyssä määrin laantunut 1980-luvun jälkeen, mikä sallii tämän työn rakentamisen sen tulosten varaan. Käytyä keskustelua pyritään kuvaamaan varsinkin ostajan määräävän aseman ja sen väärinkäytön käsitteiden kautta, koska tämä seikka on jäänyt suomalaisessa keskustelussa tietyssä määrin vain rakenteita pohtivan keskustelun taustalle.

EU:nkaan kannalta kuluttajien mielipiteitä ja ostosvalikoimia hallitsevat yritykset eivät ole merkityksettömiä. Pelkkä tuotteen jääminen valikoimasta pois jonkin suuren jäsenvaltion osalta voi olla pienemmälle valmistajalle iso ongelma. Samalla osa jäsenvaltioiden välisestä kaupasta jää syntymättä. Lisäksi jo muutoinkin kotimaista tuotetta arvostavien kuluttajien ostotottumuksia voidaan ainakin jossain määrin ohjailla tarjolla olevien valikoimien avulla (tässä mielessä pelkkä esiinpanotapa, mainostus tms. on selkeä kilpailutoimi). EU ei toki voi reagoida pakottamalla kaikki jäsenmaat ostamaan aina muiden jäsenmaiden tuotteita, mutta sen on voitava estää tarkoituksellinen markkinoiden jakoon pyrkivä toiminta.

Missään tutkimuksen kohteena olevassa järjestelmässä ei kuitenkaan ole suoraviivaista kantaa siihen missä tilanteissa tukkukauppa tai suuri tavaratalokonserni voi olla hallitsevassa asemassa. Lähtökohta on näissäkin tilanteissa markkinakohtainen, jolloin asiaa joudutaan tarkastelemaan vähintään tuoteryhmätasolla. Avoimena pitäisin kysymystä siitä missä määrin laaja valikoima ja tietyn tasoinen palvelu (tai sen puuttuminen itsepalveluun perustuvissa yrityksissä) voisi luoda omat markkinansa, joita yritys sitten hallitsisi verrattuna vain muutamaan tuotteeseen ja hyvään palveluun erikoistuneeseen liikkeeseen.

Kilpailun kannalta markkinavoimaiset tukkukaupat ovat hyvin kiinnostavia. Niitä koskee moni kilpailuteorian ja -oikeuden kiehtovista ongelmista. Jo ostajan määräävän aseman arviointi tuottaa ongelmia. Jälleenmyyntimarkkinoiden avulla syntyvä hallitseva asema joidenkin tuotteiden ostajana on harvinainen. Parhaana esimerkkinä voidaan pitää Alkon vähittäismyyntimonopolin kautta syntyvää liki monopoli-ostajan asemaa joidenkin tuotteiden osalta. Muodostavatko esim. suuret

[10] Ks. KHO 1995:49 s. 336, jossa todettiin Nesteen hintojen eriyttämisen olleen vastoin kilpailunrajoituksista annetun lain 7 §:ää ja EEC-sopimuksen [86] artiklaa.

kauppaketjut oligopolin sille tuotteita tai palveluja tarjoavan myyjän kannalta? Kuluttajan kannalta voidaan tarkastella ongelmaa vaihtoehtojen vähentymisestä sekä mahdollisesta monopolimaisesta hyötymisestä kuluttajien kustannuksella. Tilannetta voidaan tarkastella horisontaalisestikin markkinoille pyrkivien yritysten kannalta.

Jakeluketjussa törmätään usein bilateraalisiin markkinatilanteisiin. Harvemmin yksi ainoa yritys hallitsee täydellisesti sekä tuotteiden toimittajia että omia asiakkaitaan. Kiinnostava kysymys onkin, missä määrin jonkin yrityksen valta-asema on vain tietyn tukkukaupan tms. omien pyrkimysten heijastuma, ja vastaavasti voiko suuryritys hallita markkinoita tukkukaupan avulla. Vahvaltakaan vaikuttava kansallinen tukkuyritys ei tätä todellisuudessa ole, jos se on tosiasiassa riippuvainen ulkomaisista suurtoimittajista.

Jo tässä yhteydessä on syytä muistuttaa, ettei tutkimuksella pyritä suosittamaan mitään tiettyjä rakenteita tai rakenteellisia muutoksia. Voimassa olevat markkinarakenteet otetaan annettuna ja pyritään ainoastaan arvioimaan missä tilanteissa lainsäätäjän tai käyttäjän tulisi reagoida. Kuluttajansuojaan suoranaisesti liittyviä pyrkimyksiä ei ole, vaan (kuten kilpailuteoriassa yleensä) kilpailun etujen oletetaan koituvan kuluttajienkin hyväksi.

Oligopolien luomaa ongelmaa pyritään tarkastelemaan jo sen takia, ettei kilpailuoikeudessa tai talousteoriassa ole päästy selville mitä nämä täsmälleen ovat ja miten näihin pitäisi reagoida. Oligopoli voi toiminnaltaan muistuttaa kartellia, vaikka suoranaista sopimusta ei olisikaan. Yhteistyössä voiton maksimoiva oligopoli on talousteorian kannalta monopoli, jolloin voisimme oikeudellisesti puuttua sen toimintaan hallitsevan aseman normien kautta. Hiljaiseen yhteistyöhön sekä avoimiin sopimuksiin perustuvana yhteistyömuotona se on samalla usein kartellisääntöjen ulottuvilla. Oligopolin rajausongelmat värittävät tämän ilmiön tarkastelua, koska läheskään kaikissa tilanteissa ei kyse ole kahdesta tai kolmesta samantapaisesta yrityksestä, vaan heterogenisesta yritysjoukosta, jonka ääripäissä voi olla yksi selvästi muita isompi ja toisaalta joukko pienempiä.

Oligopolikysymys on jo sikäli kiinnostava, että tutkimuksen kohteessa olevissa järjestelmissä on omaksuttu erilaiset kannat siihen, miten tähän ilmiöön reagoidaan. Selvä puuttumismahdollisuus on omaksuttu Saksassa, EU:n osalta linja on osin epäselvä ja Suomessa ei oligopoleja voi kontrolloida määräävän aseman väärinkäyttöä koskevien normien kautta. Vaarana on se, että kartellien ja yksittäisen hallitsevan yrityksen väliin jää harmaa alue, jota ei lainkaan kontrolloida. Toisaalta teoria ei selvästi osoita mitä meidän tulisi kontrolloida, ja kovin raskas valvontakoneisto voisi olla tehottomampi vaihtoehto kuin luottaminen oligopolin keskinäiseen kilpailuun sekä sen ulkopuolelta tulevaan kilpailupaineeseen. Tärkein ongelma on tavallaan jo ratkaistu kartellikiellon kautta, koska oligopoli ei laillisesti voi vakiinnuttaa asemaansa sopimusjärjestelyin.

II Kilpailu taloudellisena ja oikeudellisena ongelmana

Taloustieteellisenä ja sosiologisena käsitteenä kilpailu on osa yhteiskunnallisia prosesseja, jota tutkitaan joko yhteiskunnallisen hyödyn maksimoimiseksi tai prosessin ymmärtämiseksi (esim. mahdollisimman tasaisen kehityksen turvaamistarkoituksessa). Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa käsitteestä ”kilpailu” tulee oikeudellinen käsite, joten mitään täydellistä vastaavuutta taloustieteellisten tai muiden teorioiden kanssa ei voida edes odottaa. Oikeudellista merkitystä ei kuitenkaan voi ymmärtää tietämättä mistä ilmiöstä on kyse ja miksi se ylipäätään on säätelyn kohteena. Tapauskohtaisuuden korostaminen voi johtaa siihen, että asetamme kilpailuviranomaiset markkinoiden tilalle. He tuskin voivat tutkia kaikkia markkinailmiöitä, jolloin asioihin puuttuminen olisi sattumanvaraista. Taloustiedettä tarvitaan siten osoittamaan, mikä on todellinen ongelma ja mihin meidän täytyy ja ei täydy puuttua. Tarkoituksena on lähinnä oikeudellisen yhteisen nimittäjän löytäminen – sikäli kuin se on mahdollista.[1]

Rittner on kuvannut käsitettä kilpailu oikeudellisena peruskäsitteenä (Ordnungsprinzip), joka on osa vapauden ja yhdenmukaisuuden käsitteitä. Lähtökohtana on yksityisautonomia, joka ei-toivottaviin tuloksiin johtaessaan täytyy alistaa oikeudelliseen kontrolliin. Taloudellinen käsite kilpailu on hänelle vasta toissijainen, välttämättömiä perusteita tarjoava tutkimuskohde. Taloustiede ei voi korvata oikeudellisia päätöksiä. Rittner’n ajatus kilpailusta perusoikeuksiin rinnastettavana oikeudellisena ilmiönä on mielenkiintoinen, muttei välttämättä kovin antoisa. Hän tavallaan korottaa käsitteen niin korkealle tasolle, että – kun taloustieteestäkään ei ole apua – hyödyllisen ja vahingollisen kilpailun raja jää täysin epäselväksi. Viittaus oikeudelliseen päätöksentekoon korostaa lähinnä tuomarin ratkaisupakkoa eikä niinkään tarjoa apuneuvoja itse ratkaisutoimintaan. Tavallaan Rittner’n käsitys kilpailusta oikeudellisena ilmiönä on kovin minimaalinen. Hän rajaa vi-

---

[1] Oikeudellisen käsitteen merkitystä sekä yhteyksiä taloustieteeseen ja sosiologiaan korostaa Saksan osalta Knöpfle asiaa käsittelevässä habilitaatio-työssään. Ks. Knöpfle s. 4–8; samalla kannalla on Rittner. Ks. Rittner III s. 2, 5.

Hieman epäillen taloustieteen kautta syntyviin yhteyksiin suhtautuu Kuoppamäki. Ks. Kuoppamäki I s. 23 ”Taloustiede ei anna lainsäätäjälle tai viranomaiselle valmiita vastauksia, vaan lähinnä nyrkkisääntöjä ja työvälineitä oikeudellisen päätöksenteon tueksi. Varsin usein tietyn menettelytavan vahingollisuuteen tai hyödyllisyyteen voidaan ottaa kantaa vasta tapauskohtaisen markkina-analyysin jälkeen”; Suomessa on kilpailun ymmärtämisen merkitystä korostanut Okko. Hän tosin toteaa, ettei tässä ole kovin hyvin onnistuttu. Ks. Okko s. 1.

ranomaisten ja tuomioistuinten tehtävän pelkästään tunnusmerkistön toteutumisen seurantaan. Avoimeksi jää tällöin esim. se, mitkä keinot ovat yhteiskunnan kannalta järkevimpiä yksittäisen ratkaisun osalta? Tarkoituksenahan on ylläpitää kilpailua eikä yksinomaan rangaista tai kieltää yksittäistä yritystä.[2]

Vaikka näkökulma on määräävässä asemassa ja sen väärinkäytössä ei tutkimuksessa voida välttyä itse kilpailun määrittelyltä, koska hallitsevan yrityksen toimia kontrolloitaessa olisi pystyttävä määrittelemään mitä viranomais- tai kilpailijoiden (so. siviilioikeudellisilla) toimilla oikein saadaan aikaan. Pyrkimyksenähän on yleisesti juuri kilpailun edistäminen (ja samalla yhteiskunnallisesti jo haitalliseksi koetun vallan kontrolli) eikä yrityksen rankaisu sen tehokkuuden takia tms. Mitä epävarmempia me olemme toivotun lopputuloksen suhteen (so. mitä epätarkempi kilpailun käsite on) sitä enemmän liikkumavaraa joudutaan jättämään sekä asioita ratkaiseville tuomareille jne. että kontrollin kohteena oleville yrityksille.

1. KILPAILU

1.1 Kilpailun lähtökohdat

Toimiessaan markkinoilla yritykset joutuvat välttämättä tekemisiin toistensa kanssa, jolloin syntyy eturistiriitoja ja siten keskinäistä kilpailua. Tässä ilmaisussa on jo oletettu markkinoiden eli jonkinlaisen tuotannon / tuotteen (ts. itse asiassa tarjonnan) sekä kysynnän olemassaolo. Kilpailusta voidaan kuitenkin puhua vasta siinä vaiheessa, kun ostaja käsittää keskenään kilpailevien suoritteiden olevan samanlaisia ja voi valita sen yrityksen, jonka ehdot ovat hänelle edullisemmat. Muussa tapauksessa on kyse monopolista, jota usein käytetään kilpailun arviointivälineenä.[3]

Kilpailun pohjana on vaihdannan vapaus. Ilman vaihdantaa meidän täytyisi elää omavaraistaloudessa, jossa kaikkea tuotettaisiin itse. Tällöin erikoistumisen edut jäisivät saavuttamatta. Vaihdanta on kilpailun pohjana oleva mekanismi, joka

---

[2] Rittner III s. 129–130. Rittner korostaa varsin saksalaiseen tapaan oikeudellisen harkinnan olevan sidottua mikä on ehkä vaikuttanut hänen mielipiteeseensä kilpailu-käsitteen merkityksestä sekä taloustieteen roolista tältä osin. Ks. em. lähde s. 142–143, jossa tekijä korostaa juuri ratkaisujen sidonnaisuutta sekä valittaa syntynyttä tapaa neuvotella kilpailuviranomaisten kanssa epävirallisesti.

Vrt. esim. Fejo s. 72–73. Tekijä tosin korostaa, ettei talousteoria voi olla yksinomainen ratkaisuperuste, mutta toteaa sen roolin olevan keskeisen normien tulkinnassa sekä päätettäessä niiden säätämisestä.

[3] Scherer ym. erottavat toisistaan yrittäjien keskinäisen ”kilvoittelun” (rivalry) ja markkinoiden rakenteeseen sidotun, taloustieteellisen mallin kilpailusta. Keskinäinen ”kilvoittelu” on liikemiehille ymmärrettävämpi käsite, koska he yrittävät myydä tuotetta ostaja X:lle ja tietävät kaupan estävän toisia enää myymästä samaa määrää X:lle. Kuten Scherer ym. toteavat, ei kaksi vehnää tuottavaa tilaa koe tällä lailla ”kilvoittelevansa” ostajista, mutta silti ne ovat kilpailun alaisia. Ks. Scherer ym. s. 15–16.

määrittää hintojen kautta mitä kannattaa tuottaa resurssien ohjautuessa sinne missä kysyntääkin on. Vaihdannan vapaus on tällöin kilpailunrajoitusten vastakäsite. Kilpailua rajoittava menettely vaikuttaa aina vaihdantaankin. Kärjistäen voidaan todeta sopimusten solmimisen vaativan vaihtoehtoja (muuten ei ole kyse vapaaehtoisesta sopimuksesta) ja tätä kautta sopimusvastapuoleksi halukkaiden keskinäistä kilpailua. Toinen kilpailun taustatekijä ovat varallisuusoikeudet (sekä tuotantotekijöiden että valmiiden tuotteiden).[4]

Kilpailun perussyynä on resurssien vähäisyys. Jos kaikkia tuotteita, raaka-aineita, palveluja tms. riittäisi joka ainoalle niitä haluavalle, ei kilpailua voisi lainkaan syntyä. Yltäkylläisyydessä ei ole syytä kilpailla toisten kanssa! Resurssien riittämättömyyden takia hinnat on määriteltävä kilpailun avulla. Ihmisten on pakko tehdä ratkaisu haluavatko he x vai x+1 kappaletta tiettyä tuotetta, ja ovatko he jälkimmäisessä tapauksessa halukkaat luopumaan y-tuotteesta. Lisäkappaleen hinta on se määrä y-tuotetta, josta joudutaan luopumaan (nk. vaihtoehtoiskustannus). Taloustieteessä katsotaan kaikilla olevan tiettyjä tarpeita, joiden tyydyttämistä voidaan kuvata nk. utility-funktion avulla. Tuotteen hinnan ollessa pienempi tai sama kuin henkilön siitä saama tyydytys, on ko. henkilö valmis ostamaan tuotteen. Ne, joiden mielestä tuotteesta saatava tyydytys on alle sen hinnan, eivät osta ko. tuotetta. Tarjonnan lisääntyessä ja hintojen laskiessa he voivat ostaa sen, jos tyydytyksen arvo uudessa hintatasossa ylittää hinnan.[5]

Hinta toimii ”tyydytys-mittari” -ominaisuudessaan tehokkaana informaatiokeinona. Vapaasti määräytyvä hinta kertoo niin yrityksille kuin kuluttajillekin mistä tuotteista on pulaa ja mitä on runsaasti. Tämän tiedon pohjalta voidaan tehdä sekä tuotanto- että kulutuspäätökset. Hintainformaatio on tosin sidottu tietyn hetkiseen tilanteeseen, joten oikeakaan tieto ei estä eri markkinaosapuolia tekemästä vääriä johtopäätöksiä (esim. suuri joukko yrityksiä lisää tuotantoaan aiheuttaen hintojen voimakkaan laskun). Kilpailun ja samalla markkinatalouden voimaa juuri talouden toiminnan kannalta merkittävän informaation jakajana korostaa

---

[4] Bork pitää eräänä vaihtoehtona kilpailukäsitteen määrittelyssä juuri kaikkien kilpailunrajoitusten puuttumista. Hän ei hyväksy tätä käsitettä, koska se johtaisi äärimmillään sopimusten sitovuudesta luopumiseen. Bork s. 59; Rittner III s. 2 ”Denn der Vertrag setzt den Wettbewerb, die Wahlfreiheit jedes Vertragspartners, voraus, und der Wettbewerb erreicht seine Erfüllung, sein Ziel, immefort in dem Abschluß von Verträgen.”

[5] Arndt I s. 14 ”Konkurrenz, …, ist ein Organisationsprinzip, das Produktion und Distribution (Verteilung) auf den Märkten einer Wirtschaftsgesellschaft nach dem Prinzip der Knappheit reguliert.”; Baumol ym. I s. 34 ”Virtually all resources are scarce, meaning that humanity has less of them than we would like. So choises must be made among limited set of possibilities, in full recognition of the inescapable fact that a decision to have more of one thing means we will have less of something else”.; Begg ym. s. 44–46. Kirjoittajat toteavat osuvasti, etteivät kaikki halukkaat saa tuotetta vapailta markkinoilta, vaan ainoastaan ne, jotka ovat valmiita maksamaan markkinoiden määräämän hinnan, s. 80–82.

Hyödyn maksimointi tarkoittaa yleensä maksimointia usean tuotteen suhteen eli kuluttaja valitsee itselleen hyödyllisimmän ”ostoskorin”.

se, että vaihtoehdossa – komentotaloudessa – jonkun täytyisi aina määritellä hinnat. Hyödykkeiden lähes äärettömän määrän huomioiden ei tämä tehtävä voi onnistua.[6]

Resurssien vähäisyyden lisäksi kilpailun syntymiseen on vaikuttanut erikoistuminen. Agraarisessa yhteiskunnassa kaikki tarvittavat tuotteet valmistettiin pitkälti yhdessä talousyksikössä (maatila, kyläyhteisö jne.) jokaisen tehdessä lähes kaikkia töitä. Jonkinlaista erikoistumista oli toki jo tässäkin vaiheessa. Siirryttäessä teolliseen ja nykyään jälkiteolliseen yhteiskuntaan on koko siirtymän syynä pitkälti ollut erikoistumisasteen nousu. Adam Smith'n esimerkin mukaisesti nuppineulan tuotannon eri vaiheisiin erikoistuneet työntekijät saattoivat valmistaa moninkertaisen määrän nuppineuloja verrattuna yhteen työntekijään, joka teki kaikki vaiheet. Erikoistuminen johti luonnollisesti markkinavoiman kasvuun, koska tiettyä tuotetta ei enää saatukaan omasta yhteisöstä, vaan se oli ostettava muualta. Mitä monimutkaisemmasta ja kalliimmasta prosessista on kysymys, sitä helpommin saattoi syntyä monopoliasema, koska tarvittavaa osaamista ei kenties ollut lainkaan ulkopuolisten saatavilla. Erikoistumis-malli edellyttää vapaata ammattiin tai markkinoille pääsyä, koska tehottomampi yritys voi muutoin estää tehokkuuden nousun.[7]

---

[6] Friedman, M s. 13 "Fundamentally, there are only two ways of co-ordinating the economic activities of millions. One is central direction involving the use of coercion … The other is is voluntary co-operation of individuals – the technique of the market place."; Röpke korostaa, ettei vapaalle hinnan muodostukselle tai komentotaloudelle ole mitään puolivälin vaihtoehtoa, vaan jompi kumpi täytyy valita. Hän painottaa tekstissä esitettyä kantaa hintojen roolista tiedon välittäjänä. Ks. Röpke s. 43–44.

Vrt. Knöpfle s. 196 "Es gilt klar zu erkennen, daß eine Marktwirtschaft normalerweise nicht 'durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuert wird', wobei der gegenwärtige Preis gemeint ist. In der Realität fehlt es überhaupt – von wenigen Ausnahmen abgesehen – an einem Marktmechanismus." ja s. 212, jossa tekijä korostaa vaihtoehtojen olemassa olon sekä myyjä että ostajapuolella olevan edellytys talouselämän toiminnalle. Tekijän kanta on kuitenkin jonkin verran epäselvä, koska hän s. 208 toteaa: "Der Wettbewerb wirkt somit überhöhten Preisen entgegen…". Hinnan rooli markkinaprosessissa jää Knöpflen tarkastelussa mielestäni osittain epäselväksi ja ehkä ristiriitaiseksikin.

[7] Baumol ym. I s. 44–45; Smith s. 109–110, 112–115. Smith painottaa erikoistumisen olevan yhteydessä paitsi tietyn tehtävän parempaan oppimiseen (ja siitä seuraavaan tuotannon kasvuun) myös koneistuksen kehittymiseen. Työntekijän luonnollinen halu päästä vähemmällä työllä johti erilaisten koneiden keksimiseen ja uuteen tuotannon kasvuun. Smith'n ajatusmalli on varsin paikkansa pitävä nykyäänkin – olkoonkin, että teollisuudessa on monotonisimmissa töissä pyritty korvaamaan työntekijä kokonaan koneilla ja yhteen työtehtävään keskittymisestä on siirrytty teamajatteluun.

Smith'n ajattelua vastaa myöhemmässä saksalaisessa taloustieteessä Hayek. Hänen mukaansa talous toimii ideaalisesti, jos jokainen ryhmä on erikoistunut tuottamaan sitä tuotetta, jota he pystyvät tekemään muita halvemmalla. Käytännössä ideaali ei Hayek'n mukaan voi toteutua, koska hallitukset sekä itse estävät että sallivat yritysten / yksilöiden estää uusien tehokkaampien yrittäjien alalle tuloa. Ks. Hayek s. 121–122.

Yrityksen kannalta toiminta markkinoilla merkitsee jonkun sopivan alueen, tuotteen tms. löytämistä. Samasta paikasta voi kilpailla toinen yritys. Hetkellinen ”oma paikka” ei edes ole pysyvä, vaan markkinaosapuolet joutuvat jatkuvasti hakemaan uusia paikkoja joko toisten pyrkiessä samoille markkinoille tai markkinoiden vaatimusten muuttuessa. Tässä dynaamiseen kilpailuun perustuvassa ajattelussa ei täydellisen kilpailun malli tai markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä ole sinänsä ratkaiseva, vaan pikemminkin historiallisen kehityksen luoma jatkuva paine uudistumiseen ja muuttumiseen. Muutospaineita syntyy jo kuluttajien preferenssien muuttumisen ja tekniikan kehittymisen kautta. Staattiset mallit jättävät pitkälti huomioimatta markkinoiden väitetyn kehityksen uuden tuotteen luojan monopolista kohti kilpaillumpaa tilannetta. Ottel huomauttaa osuvasti, että tasapainotilan saavuttaminen johtaa itse asiassa kilpailun loppumiseen.[8]

Dynaamisen näkökulman pohjana on ajatus paitsi yritysten reaktioista toistensa toimiin myös tämän kehityksen uutta luova voima. Staattinen malli olettaa lopputuloksena olevan tasapainotilan. Kehitykseen tarvitaan tällöin ulkopuolinen sysäys, joka siirtää tasapainokohdan muualle. Yritykset ryhtyvät olosuhteiden muutoksen seurauksena tavoittelemaan uutta tasapainoa, mutta ne eivät ole varsinaisesti prosessin alullepanijoita. Dynaamisessa prosessissa yritysten omat pyrkimykset siirtoihin ja vastasiirtoihin, jotka soisivat niille kilpailijoita paremman aseman, luovat jopa niiden itsensä kannalta yllättäviä lopputuloksia. Muutokset

---

[8] Tätä ”juoksukilpailua” muistuttavaa mallia edustavat esim. Kantzenbach s. 34. Kantzenbach’n mielestä sekä monopoli että polypoli ovat tämän toimivan kilpailun staattisia rajatapauksia. Ks. em. lähde s. 35; Langen ym. II s. 86–88, jossa viitataan mm. Sandrock’n näkemykseen; Ottel s. 926 ”Wettbewerb ist das Streben nach einem wirtschaftlichen Zusammenhang oder das Bemühen um einen Platz für die eigene Leistung, wobei dieser Platz auch von anderen erstrebt wird oder bereits eingenommen ist”, s. 928–929 ”Wettbewerb ist somit ein Schwebezustand, der durch Erreichung eines Gleichgewichtszustandes aufgehoben wird…”. Samassa yhteydessä kirjoittaja huomauttaa markkinoilla toimivien voivan pyrkiä valitsemaan ”tasapainotilan”, jossa ne eivät edes halua kilpailla muiden kanssa. Kyseiseen menettelyyn voivat ryhtyä sangen pienenkin markkinaosuuden omaavat yritykset; Sandrock I s. 129–130; Schmidt II s. 1 ”Wir wollen Wettbewerb – im Sinne einer vorläufigen und im Einzelfall ergänzungsbedürftigen Arbeitshypothese – als das Streben von zwei oder mehr Personen bzw. Gruppen nach einem Ziel verstehen … (z.B. sportlicher, kultureller oder wirtschaftlicher Wettkampf).”

Vrt. Friedman, M s. 119–120. Tekijä korostaa, ettei taloudellisessa kilpailussa ole samanlaista ”mies miestä vastaan” asetelmaa kuin urheilussa. Näkökulma on tosin sidottu täydellisen kilpailun malliin, joten tekijän todellinen kanta jää epäselväksi. Samoin Knöpfle s. 212, jossa tekijä pitää markkinaosapuolien valintamahdollisuutta kokonaistaloudelle (so. kansantaloudelle) edullisimpana ja nimenomaan hylkää sekä hintoihin perustuvan automatiikan että ”Wettkampf” mallin.

Oberender painottaa yritysten reaktioihin perustuvaa markkinateoriaa (Markttheorie). Uuden tuotteen osalta lähtökohta on tällöin markkinoiden intransparenssi (so. myyjä ei voi tarkkaan tietää miten hänen uutta tuotettaan markkinoilla arvioidaan eivätkä ostajat voi tietää minkä arvoinen tuote todellisuudessa on). Tämä mahdollistaa korkeamman voiton keräämisen, joka sitten ajan myötä [tässä yksinkertaistamanani] tuo uusia yrittäjiä markkinoille joko suoraan tai substituutio kilpailun kautta. Ks. Oberender II s. 70.

voivat siten olla markkinoiden sisälläkin syntyviä eivätkä pelkästään ulkopuolisten tekijöiden muuttumisen seurausta.[9]

Chandler jakaa kehitystä johtavat voimat kahteen osaan sisäisiin ja ulkoisiin. Yrityksen sisällä pyritään käyttämään olemassa olevia voimavaroja mahdollisimman tehokkaasti, josta voi olla seurauksena esim. uuden tuotteen kehittäminen tai tuotannon laajentaminen kokonaan uudelle alueelle. Ulkoisia vaikutteita syntyy tuotteiden kysynnän vaihtelun kautta, jonka syynä voivat olla merkittävät keksinnöt, väestörakenteen muutos sekä talouden syklit.[10]

Dynaamisissa malleissa markkinoiden kehitys johtaa ohimenevään liika- tai alitarjontaan sekä vaihteluun näiden välillä. Yritysten rajallinen kapasiteetti, kapasiteetin muutoksen hitaus sekä yritysjohtajien tms. erilaiset reaktio estävät välittömän tasapainotilan saavuttamisen. Tämä viive ei kuitenkaan ole suurin ero staattisten ja dynaamisten näkökulmien välillä, koska edellisissäkin voi esiintyä epätasapainoa. Ero on lopputuloksessa, jossa staattisten mallien lähtökohtana on alati tasapainotilaa lähestyvä liike (tasapaino nähdään ideaalitilana). Dynaamisen prosessin seurauksena voi olla ohimenevä tasapainotila, mutta markkinat voivat muotoutua uudelleen ja prosessi tätä kautta jatkua uusien liika- tai alitarjontatilanteiden kautta.[11]

Arndt pitää staattisia malleja todellisuutta vastaamattomina. Ne koskevat vain omaa mallimaailmaansa eikä niiden pohjalta voida ratkaista ”oikeita” taloudellisia ongelmia. Staattisissa malleissa on hänen mielestään pidetty lähinnä poikkeustilanteina ”tosimaailman” kysymyksiä, vaikka vastausta olisi pitänyt hakea juuri näihin. Dynaamisen mallin tunnuspiirteenä Arndt pitää tulonjako-ongelmien (joita staattisetkin mallit käsittelevät) lisäksi myös tuotanto- ja tuotekierto-ongelmien (Zirkulationsproblem) tutkimista. Vain tällaisessa dynaamisessa tilanteessa kilpailulla voi ylipäätään olla merkitystä. Se on prosessi, jossa yritykset mukautuvat kuluttajien toiveisiin sekä pyrkivät etsimään uusia tuotteita kilpailijoita paremman

---

[9] Tekstissä esitetty on varsin karkea yksinkertaistus staattisen ja dynaamisen näkökulman eroista. Harva taloustieteilijä hyväksyisi sitä sellaisenaan ja suurimmassa osassa erilaisia kilpailumalleja on piirteitä staattisesta ja dynaamisesta katsantotavasta.

Arndt toteaa kilpailun olevan muiden ominaisuuksiensa ohella arviointiprosessin, jossa tuotteiden arvostus vaihtuu kysynnän mukaisesti. Ks. Arndt I s. 16–17.

Clark korostaa yritysten siirtojen ja vastasiirtojen luovan kilpailunpaineen. Tämä paine vaikuttaa lopulta tehokkaasti koko markkinoihin, vaikka vaikutustapoja ei hänen mielestään voida ennakoida eikä vaikutus ole välitöntä. Clark painottaa, ettei kilpailunpaine ole tässä mielessä sidottu yritysten lukumäärään. Ks. Clark s. 15–16.

[10] Chandler s. 40.

[11] Arndt korostaa, että tasapainotila on poikkeus eikä sääntö, kuten staattisissa malleissa on katsottu. Ks. Arndt I s. 5 sekä s. 8, jossa Arndt painottaa sekä kysynnän että tarjonnan olevan muuttujia markkinoiden voidessa syntyä tai hävitä niiden muutosten myötä.

Varsin selkeän esityksen sekä myyjän että ostajan markkinoiden ja niiden kehityksen osalta kapasiteettiongelmatkin huomioiden (so. täydellisen kilpailun mallista poiketen ei oleteta täydellistä informaatiota tms.) tarjoaa Arndt I s. 20–28, 30–32.

tuloksen saavuttaakseen. Vastaavasti kilpailijat pyrkivät matkimaan uuden tuotteen kehittäjää.[12]

Yrityksen kannalta kyse on kilpailusta silloin, kun sen johdon mielestä yritykseen kohdistuu kilpailua. Tämän ajattelumallin mukaan markkinoiden todellinen rakenne ei ole ratkaiseva. Monopoliyrityksen johtohenkilötkin voivat mieltää yritykseensä kohdistuvan kilpailua, jolloin he toimivat kuten kilpailua olisi. Määritelmässä kilpailua on toimiminen ”kilpailijana”, vaikka tähän ei olisi mitään tarvetta. Oikeudellisen ratkaisun suhteen malli on hankala, koska äärimmilleen vietynä se yhdistää määräävän aseman väärinkäytön ja itse ko. aseman määrittelyn.[13]

1.2 Keino – päämäärä -ongelmat

Kilpailua voidaan tarkastella joko keinona jonkin taloudellisen hyvän saavuttamiseen, kuten mahdollisimman korkea tehokkuusaste, tulonjaon optimaalisuus, tms. aina tarkastelijasta riippuen. Toisaalta se voi olla päämäärä itsessään, jos rinnastetaan vapaa yhteiskunta – vapaa kilpailu tai oletetaan vain riittävän kilpailun estävän taloudellisen mahdin keskittymistä. Ongelma on pitkälti dynaaminen, koska staattisessa mallissa päämäärät ovat mielestäni ulkoa annettuja, jolloin kilpailulle jää vain keinon asema. Staattisen mallin lopputulos on tasapainotila, joka määräytyy markkinarakenteen kautta. Kilpailu määrittää tätä tilaa tarkastellessamme kuinka monta toimijaa on markkinoilla (esim. monopolin tasapainotila, täydellisen kilpailun tasapainotila). Kaiken uutta luovan voiman on staattisessa mallissa tultava sen ulkopuolelta, kun dynaamisessa mallissa kilpailu on osa jatkuvaa, etenevää prosessia, jonka lopputulosta emme voi varmuudella ennustaa.[14]

---

[12] Arndt I s. 2–4. Tekijä korostaa, että kilpailua esiintyy vain jos keksimis- ja matkimisprosessit jatkuvasti seuraavat toisiaan. Jos yksilöivä vaihe (so. kehitysvaihe) saa liian suuren vallan, johtaa se keskittymiseen (so. ”matkiminen” ei saa riittävästi tilaa). Toisaalta ”tuotekopioinnin” liika helpottaminen poistaa yrityksiltä kannusteen ylipäätään kehittää uusia tuotteita. Ks. em. lähde s. 4.

[13] Shy s. 63 ”DEFINITION 4.1 A buyer or a seller (agent in what follows) is said to be competitive (or alternatively, to behave competitively) if the agent *assumes or believes that the market prices is given and that the agent's actions do not influence the market price*.” Shy korostaa juuri markkinoilla toimijan uskomusten merkitystä verratuna myyjien tai ostajien lukumäärästä lähtevään tarkasteluun. Ks. em. lähde s. 63–64.

[14] Saksalaisessa keskustelussa kilpailua on pidetty sekä keinona että päämääränä. Toisaalta painotetaan ns. sosiaalista markkinataloutta. Katso tästä keskustelusta: Czada ym. painottavat markkinataloudessa ratkaisujen tapahtuvan desentralisoidusti. Toisaalta kilpailujärjestyksen (Wettbewerbsordnung) luomisen katsotaan olevan valtion tehtävä. Keinojen on kuitenkin oltava markkinoiden vaatimusten mukaisia. Ks. Czada ym. s. 8, 17–18 ”Die Konzeption der Sozialen Marktwirtschaft enthält auch eine wichtige *Entscheidungsregel* für die wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmen. Diese heißt *Marktkonformität der Maßnahmen*.”; Fikentscher kiteyttää ongelman siten, että kilpailu on

Kilpailun prosessi -käsitettä voidaan arvostella itse prosessin liikakorostamisen takia. Bork toteaa prosessin voivan muodostua itse päämäärää tärkeämmäksi, jolloin kuluttajien kannalta hyödyllinenkin kilpailun eliminointi jäisi tekemättä. Äärimmillään tilanne voisi hänen mielestään johtaa siihen, ettei mitään yritystoimintaakaan sallittaisi, koska jokainen yritysmuoto rajoittaa aina jotenkin kilpailua (esim. osakkaiden välillä). Bork'n mielipiteeseen ei voida yhtyä, koska kilpailu prosessina tarkoittaa aina jonkun voittamista ja jonkun häviämistä. Prosessiin sisältyy siten tietty kilpailun eliminointifunktio. Tutkittavissa järjestelmissä ei ole missään omaksuttu kilpailukäsitettä, jossa itse kilpailu nostettaisiin kaikkien muiden (tehokkuus, kuluttajien etu jne.) päämäärien yläpuolelle.[15]

Hayek korostaa, että markkinataloudella ei edes tulisi olla mitään päämäärää. Hänen englantilaiseen liberalismiin nojaavan ajattelunsa lähtökohtana on yksilöiden vapauden suojaaminen. Sana markkinatalous (Wirtschaft) on tällöin väärä, koska se korostaa johonkin tiettyyn lopputulokseen pyrkimistä, kuten yksittäisen talouden (koti- tai yritystalous) päättäessä minkä useammasta vaihtoehdosta se toteuttaa. Sääntöjen tehtävänä on määritellä mitä yhteiskunnan jäsenet eivät saa tehdä, mutta käskyjä ei niiden kautta tule antaa. Hayek huomauttaa, ettei talousjärjestelmä voi varmistaa, onko lopputuloksena yhteiskunnan kannalta tärkeämpi vai vähemmän tärkeämpi tuotos. Hayek kutsuu järjestelmäänsä katallaktiseksi nojautuen kreikan kielen sanaan katallattein. Tämä tarkoittaa paitsi vaihtoa ja kauppaa myös yhteisöön ottamista sekä vihollisen ystäväksi tekemistä. Sana kuvaa Hayek'n ajattelua sikäli, että jokaisen voidessa toimia haluamallaan tavalla (vain muiden oikeuksien so. pelisääntöjen rajoittamana) kaikki kuuluvat "maailmanyhteisöön" eikä erityistä syytä vihamielisyyteen olisi.[16]

Milton Friedman pitää talousjärjestelmää eräänä yhteiskunnallisen vapauden tukipilarina. Vapaa markkinatalous on vapaan yhteiskunnan eräs, vaikkakaan ei riittävä edellytys. Ilman taloudellista vapautta esim. valuutan vaihdossa oikeus poistua maasta ei ole juuri minkään arvoinen. Taloudellinen vapaus tukee samalla poliittista vapautta, koska se pitää taloudellisen ja poliittisen voiman erossa toisis-

---

yleisesti ottaen sekä päämäärä että keino. Tietyn yhteiskunnallisen vapauden säilyttäminen edellyttää kilpailun hyväksymistä päämääräksi ja toisaalta se on markkinoiden toiminnan organisoinnissa vain yksi käytössä olevista keinoista. Fikentscher s. 144, 147 "Allen Varianten des Liberalismus ist die Überzeugung gemein, daß Freiheit nichts taugt, wenn sie nicht auf wirtschaftlich, d.h. durch Existenzminimum und Entalftungsschancen wahrgenommen kann. Demokratie ohne Antitrust – dies genau ist die Freiheit und die Gleichheit, unter den Brücken zu schlafen."

[15] Bork s. 58–59. Bork'n johtopäätökset on tehty USA:n lainsäädännön pohjalta eivätkä siten ole välttämättä yleistettävissä.

[16] Hayek s. 112–113, 115. Jälkimmäisellä sivulla Hayek korostaa ihmisten vapautta valita omat päämääränsä minkä takia lakien avulla ei tulisi määrätä ketään tekemään mitään vaan ainoastaan pidättäytymään toisten oikeuksien loukkaamisesta. Poikkeuksena Hayek näkee tietyt – lähinnä yleisinhimilliset – velvollisuudet hengen pelastamisesta ja katastrofien estämisestä.

taan. Toisaalta taloudellinen vapaus on päämäärä sinänsä eikä pelkästään keino. Päämäärän merkitys korostuu hänen mukaansa siinä, että tavallisille kansalaisille mahdollisimman korkea elintaso on tärkeämpi päämäärä kuin jokin abstraktinen, ideologinen hyvä.[17]

Hayek'n ja M. Friedman'n ajattelua vaivaa tilanteen liiallinen yksinkertaistaminen. Ihmiset eivät ole antiikin Kreikan demokratia mallin tavoin täysin tasavertaisia (antiikin aikanakaan samanarvoisuus ei koskenut kuin tiettyä luokkaa). Jotta suuryritys saataisiin kunnioittamaan pienempiensä oikeuksia, voi ainoa mahdollisuus olla asettaa sille muista poikkeavia velvollisuuksia. Epäilen M. Friedman'n esittämän poliittisen ja taloudellisen vallan erottamisen merkitystä, koska yksi monikansallinen yritys voi toimillaan muuttaa pienen kansallisvaltion markkinaolosuhteita hyvin radikaalisti. Poliitikot eivät voi maan etuja vaarantamatta jättää yrityksen toiveita kokonaan huomioimatta. Poliittinen ja taloudellinen valta ei tällöin ole varsinaisesti erillään, vaan ainakin talouspolitiikan osalta luisumassa yksittäisen yrityksen hallintaan. M. Friedman tarkastelee tilannetta lähinnä USA:n markkinoiden kannalta, jossa em. uhka ei nykyisellään liene kovin todennäköinen. Suomessa ja Ruotsissa on käyty keskustelua matkapuhelinjättien osuudesta maiden kokonaistuotannossa. Kukaan ei ole vielä pitänyt tilannetta huolestuttavana, mutta olisiko jonkun maan resursseja yli 50 % hallitseva yritys enää neutraali tekijä poliittisessakaan päätöksenteossa?

Hayek'in ajatteluun voidaan mielestäni yhtyä siltä osin kuin hän toteaa tiettyjen päämäärien saavuttamisen taloutta ohjaamalla olevan mahdotonta markkinataloudessa – tai katallaktissa. Esimerkkinä voitaisiin pitää 1990-luvulla voimakkaasti esillä ollutta pyrkimystä mahdollisimman suuren työllisyysasteen saavuttamisesta. Mitään yksiselitteistä näyttöä ei ole siitä, että talouden ohjaamiseen käytetyt keinot (verotus, koulutus tms.) olisivat vaikuttaneet juuri lainkaan työllisyystilanteeseen, vaan pikemminkin muutokset liittyvät talouden sykleihin. Kilpailuoikeuden kannalta Hayek'n ja M. Friedman'n ajattelu johtaisi pelisääntöjen ja yritysten toimintavapauden korostamiseen.

Galbraith ei nykyaikaisessa yritystoiminnassa hyväksy markkinatalousmallin edellyttämää kilpailuun perustuvaa taloudellista ohjausmekanismia. Tämän mekanismin sijasta on siirrytty suunnitteluun perustuvaan taloudenpitoon. Pääoma ei enää olisi ratkaiseva ohjaustekijä, koska sen määrä on suunnitelmien kautta ohjattavissa (yrityksiin sijoitettavien omien voittojen tms. avulla). Osake- tms. omistuksen hajanaisuus estää sijoittajia käytännössä kontrolloimasta yritystä 1900-luvun alkuvuosikymmenten finanssimiesten tavoin. Erona sosialistisen järjestelmien ja nk. markkinatalouden välillä hän pitää lähinnä eri keinoja motivoinnissa sekä eroa siinä kuka suunnitelmat tekee (edellisessä valtio ja jälkimmäisessä yritykset itse). Perusteluna näkemykselleen Galbraith esittää modernin tuotannon vaativan yksityiskohtaista suunnittelua ennen kuin tuote edes saadaan aikaan.

[17] Friedman, M s. 8–9.

Tästä aiheutuu yritykselle kustannuserä, jonka kattamista pyritään varmistamaan jo etukäteen markkinoimalla tuotetta. Malli on tietyssä määrin oikeaan osuva, koska taloudellinen toiminta kieltämättä vaatii pitkälle meneviä suunnitelmia. Pääoman merkityksen arviointi voi tosin olla sangen hankalaa, koska Galbraith'n ajattelusta poiketen juuri mikään yritys ei liene täysin riippumaton ulkopuolisista pääomamarkkinoista.[18]

Mielestäni Galbraith unohtaa markkinamekanismin dynaamisuuden, joka – ainakin periaatteessa – voisi johtaa suuryrityksen perikatoon. Mikäli suoranaista monopolia ei ole, kilpailevat erilaiset ”suunnitteluyhteisöt” ja ”-kulttuurit” keskenään. Kilpailu on toimivaa niin kauan, kun yrityksen on huomioitava muut ”suunnittelijat” toiminnassaan. Aiheen kannalta kiinnostava Galbraith'n esittämä johtopäätös on yrityskoon kasvu. Tätä edellyttää suunnittelun tehokkuus ja tuotannon vaatimat resurssit. Määräävän aseman syntyminen olisi siten vain markkinatalousjärjestelmän kehityksen ja suunnittelujärjestelmäksi muuttumisen seuraus. Samalla olisi kyseenalaista, pitääkö tällaiseen asemaan päässeen yrityksen toimia kontrolloida, koska se on yhteiskunnan kannalta mahdollisimman tehokas yksikkö, jota pitäisi tukea! Ajattelun dynaamisuuden puute näkyy osittain siinä, ettei Galbraith ole huomioinut markkinoiden avautumisen ja kansainvälisen kaupan yleisempää vaikutusta yrityskoon merkityksen arvioinnissa. Hänen ajattelumallinsa teknisestä kehityksestä vain yhä suuremmissa ja suuremmissa yksiköissä on muutoinkin kiistanalainen.

Kilpailua voidaan pitää myös perusoikeuskysymyksenä. Pöyhönen korostaa tästä seuraavan markkinaosapuolille velvollisuuden arvioida tekojensa vaikutuksia toimivan kilpailun kannalta. Kilpailu olisi siten itsessään eräs tavoiteltava hyve. Tekijä jättää tarkemmin rajaamatta, mitä toimivalla kilpailulla tarkoitetaan. Asiaa ei myöskään suoraan kytketä vallanjakokysymyksiin.[19]

---

[18] Galbraith korostaa suunnittelun merkitystä yrityskoon valintaan. Ks. Galbraith s. 100–101 sekä s. 101 ”General Motorsin koko ei palvele monopolia tai mittasuhteiden aikaansaamia etunäkökohtia, vaan se palvelee suunnittelua, eikä suunnittelun kannalta – tarjonnan ja kysynnän valvonta, pääoman hankinta ja riskien vähentäminen – yhtiön optimaaliselle koolle ole mitään ylärajaa. Voitaisiin sanoa, että mitä suurempi sen parempi.”

Vrt. Clark s. 92–93. Tekijän lähtökohta vastaa Galbraith'ia suunnittelun tarpeellisuuden osalta. Hän ei kuitenkaan sivuuta kilpailua, vaan katsoo suunnittelu- ja suunnitelmien toteutusprosessin lopputulosten olevan epävarmoja ja ”voiton maksimointi” tässä mielessä tapahtuu yrityksen ja erehdyksen kautta. Yritysten kannalta maksimointi ei edes ole yhtä välttämätöntä kuin hengissä pysyminen, jolloin reagointi muiden siirtoihin voi olla maksimointia tärkeämpää.

[19] Tekijä on pyrkinyt tietyssä määrin irroittautumaan liberalismin ajatusten mukaisesta vapaudesta. Toisaalta kilpailu perusoikeutena ei voi tarkoittaa juuri muuta kuin pyrkimystä estää vallan keskittyminen. Ks. Pöyhönen s. 64–66 (vapauteen liittyvää tarkastelua), 82–84 (toimivat markkinat perusoikeutena).

Ajattelu muistuttaa saksalaista keskustelua GWB:n tarkoituksesta. Ks. tältä osin jakso III 1.3.

1.3 Kilpailu-käsitteen ongelmat

Kilpailuinstituution kannalta voidaan ainakin täydellisen kilpailun teorian, ja ehkä osittain toimivan kilpailunkin, näkökulmasta pitää ongelmallisena markkinoiden globaalista oligopolisoitumista. Tämä kehitys korostaa ylikansallisten kilpailuoikeusjärjestelmien, kuten EU:n kilpailuoikeuden merkitystä. Vaarana on kilpailunesteiden luominen maailmanmarkkinoiden eri osien välille. EU:n komissio on todennut kehityksen vaativan laajoja tutkimuksia sekä kilpailuviranomaisten yhteistyötä. Eräs avoin kysymys on väitetty muutos kohti informaatioyhteiskuntaa, joka voi johtaa kansainvälisten ”verkostoyritysten” syntyyn kansallisten markkinoiden kustannuksella. Tämän kehityksen vaikutus kilpailuun on avoin puhumattakaan siitä, mikä kilpailu- tai taloudellisen toiminnan malli seuraa tätä ”jälkiteolliseksi” luonnehdittavaa yhteiskuntaa.[20]

Taloustieteellistä malli-ajattelua vastaan voidaan hyökätä sen arvoköyhyyden perusteella. Jokainen kuluttaja (tai yritys jne.) nähdään taloustieteellisissä malleissa arvotyhjiönä, jonka oletetaan ostavan tuotetta oman hyötynsä edistämiseksi. Lähestymistapaa on kritisoitu anglo-amerikkalaistyyliseksi, koska näissä maissa ajattelutapa on lähempänä lyhytaikaisen hyödyn tavoittelua kuin esim. Japanissa tai Saksassa. Tosiasiassa kuluttajien valintoihin vaikuttaa ympäristö (so. ostamme yleisesti arvostettua tuotetta, vaikka siitä saatava hyöty ei kenties ole läheskään niin hyvä kuin jonkin toisen tuotteen). Kuluttajien arvostuksen kautta erilaiset moraaliset ja eettiset arvot voivat tulla osaksi talousprosessia. Kuluttajat voivat olla valmiita jopa boikotoimaan joitain tuotteita, jos valmistajan toimintaa pidetään moraalisesti tai ympäristön tms. kannalta arveluttavana. Epäselväksi jää mikä on kilpailun tosiasiallinen merkitys tässä ”ostamisprosessissa”. Näennäisesti kilpailtu hinta tai muut sopimusehdot kun eivät välttämättä ole seurausta kilpailusta, vaan markkinoiden toimintaa joko hallitsevan tai ainakin siihen vahvasti vaikuttavan yrityksen (yritysten) menettelystä.[21]

---

[20] Globalisoitumisen ja informaatioteknologian merkitystä verkostumisen ja talouden toiminnan muutosten kannalta korostavat Cook ym. s. 12; EU:n osalta ks. Ohjelma nro 99/027 s. 8–9.

[21] Cook ym. 37–38. Tekijät viittaavat Shell-yhtiön Brent Spar porauslauttaa koskevaan kohuun, joka johti ostoboikotteihin tms. ja lopulta upotusoperaation peruuttamiseen. Shell oli heidän mielestään epäonnistunut arvioinnissaan ympäristön merkityksestä kuluttajille sekä mahdollisuudestaan vedota tieteellisiin argumentteihin; Galbraith s. 44–47. Tekijä korostaa suuryrityksellä olevan sekä selvän tarpeen pyrkiä markkinoiden kontrolloimiseen että myös mahdollisuuden tehdä tämä. General Motors ei muuta hintojaan vain sen takia, että joku kenties jättää tuotteen ostamatta ko. hinnalla. Taustalla on mainonta, myyntiorganisaatio ja tuotesuunnittelu, jotka kaikki tähtäävät tietyn hintaisen tuotteen luomiseen; Hamden-Turner ym. s. 3–6. Kirjoittajat painottavat kaiken toiminnan olevan kulttuurisidonnaista. Eri maiden taloudellisen ajattelun erosta kiinnostuneiden kannattaa tutustua tarkemmin heidän kirjaansa asiasta. Itse olen havainnut anglo-amerikkalaisen mallin voiman sekä Suomessa että Saksassa. Valtaosa taloustieteellisestä kirjallisuudestamme on joko englanninkielistä tai perustuu näissä maissa esitettyihin teorioihin. Kirjoittajat eivät kuitenkaan sinänsä kiistä kilpailun ja markkinatalouden merkitystä yleensä, vaan pyrkivät tuomaan esille ko. järjestelmän monipuolisuuden; Scherer ym. toteavat amerikkalaisten johtajien arvostavan japanilaisia enemmän pääoman

Kilpailu on lisäksi sangen abstrakti käsite. Puhtaan teorian tasolla yksittäisten toimijoiden todelliset syyt ja menettelytavat lakaistaan oletusten taakse. Teoreetikkoa ei yleensä kiinnosta tietyn ostajan motiivi eikä (monopolia tai oligopolia lukuunottamatta) juuri tiettyjen yritystenkään motiivit. Perusoletuksena on pyrkimys mahdollisimman suureen tehokkuuteen eri markkinaosapuolten osalta. Kuluttaja maksimoi hyötynsä ja yritys tuottonsa kilpailun avulla. Käytännön ristiriidat unohdetaan toteamalla yritysten ja kuluttajien keskimäärin toimivan teorian odottamalla tavalla. Yksittäisen kuluttajan tai yrityksen teorian vastainen ratkaisu ei siten kaada ajattelumallia, vaikka teorian edellyttämällä tavalla toimivia tahoja ei olisi lainkaan.[22]

Mielestäni ei ole täysin välttämätöntä edes olettaa kuluttajien toimivan hyödyn maksimoijina teorian edellyttämällä kaikki tietävällä tavalla. Kilpailun kannalta on tärkeintä, että kuluttajat tekevät valintansa, vaikka heitä olisi siihen painostettu, houkuteltu, harhautettu tms. Kilpailun painetta syntyy yritysten puolella näiden valintojen pohjalta, vaikka ne kohdistuisivat yhteiskunnan kannalta vääriin tuotteisiin (esim. liiallinen tupakan poltto tai alkoholin kulutus). Vastaavasti yritys ei voi jättäytyä pitkiksi ajoiksi yhden menettelytavan varaan ja unohtaa muita. Ennemmin tai myöhemmin joku toinen tulisi markkinoille tehokkaamman tuotantoprosessin tai paremman tuotteen avulla. Galbraith'ia mukaillakseni suunnitteluprosessi ja suunnittelijat johtavat jatkuvaan kehitykseen, koska muuten he olisivat työttömiä. Kilpailun kannalta on siten lähinnä yhdentekevää pyrkiikö yritys osakkeenomistajien voittojen maksimointiin vai toiminnan turvaamiseen sen joutuessa reagoimaan muiden toimintaan. Jos yritysten keskinäinen kilpailu sallitaan, pyrkivät ne kilpailuedun saavuttamiseksi tehostamaan tuotantoaan. Kuluttajien valinnan vapauden ja yritysten toiminnan vapauden poistaminen tai liiallinen rajoittaminen sen sijaan tuhoaa kilpailuprosessin. Tässä yhteydessä korostuu markkinoille pääsyn esteiden merkitys. Kilpailuprosessi voi vähintään hidastua, jos yritys toteaa, että se säilyttää markkina-asemansa vähemmällä työllä. Yritysten toiminnan rajoittamista on kuitenkin pakko tehdä sekä kilpailun ylilyöntien torjumiseksi että yhteiskunnan muiden päämäärien toteuttamiseksi. Kilpailua ei käsitteenä, päämääränä tai keinona voida mielestäni asettaa muiden yhteiskunnan tavoitteiden edelle, vaan sen asemaa joudutaan pohtimaan osana yhteiskunnallista kokonaisuutta. Tällöin kilpailun keino-päämäärä -ominaisuudet nousevat taloustieteen perusmalleja selkeämmin esille.

Oikeudelliseen ajatteluun, jossa joudutaan miettimään kysymyksiä miksi ja miten puuttua tietyn yrityksen menettelytapoihin, ei siten saada kilpailun käsittees-

---

tuottavuutta ja osakehintoja. Japanilaiset painottavat enemmän tuotteen kehittämistä ja markkinaosuutta. Kuten tekijät huomauttavat, ei tämä osoita japanilaisten halveksivan voittoja, vaan lähinnä heidän pyrkivän tulevien voittojen korostamiseen amerikkalaisia enemmän. Ks. Scherer ym. s. 40.

[22] Clark huomauttaa voiton maksimoinnin käyttämisen yrityksen ainoana motiivina voivan johtaa harhaan kätkemällä muut motiivit. Hän viittaa myös aikaperspektiivin merkitykseen tässä yhteydessä. Ks. Clark s. 94–95.

tä tai muutoinkaan taloustieteestä suoria vastauksia eikä kyseinen tieteenala siihen käsittääkseni pyrikään. Vaikka taloustieteilijä tuomitsisi monopolit tehottomuuden tai monopolivoittojen takia, ei hän tällöinkään väitä, että yhteiskunnan tulisi puuttua kaikkiin monopoleihin tai että ylisuuri voitto tulisi esim. konfiskoida yhteiskunnalle. Useimmiten samaan hengenvetoon vielä todetaan, että täydellinen kilpailu tai monopoli ovat mallitapauksia eikä niitä käytännössä esiinny kovin usein. Osasyy selkeiden toimintamallien puuttumiseen on se, ettei talousteoria pysty eikä edes mielestäni pyri luomaan kilpailumallia, jossa eksaktisti sanottaisiin, mikä toimi milloinkin edistää ja mikä rajoittaa kilpailua. Markkinasidonnaisuuden takia tämä johtaisi lukemattomiin variaatioihin ja olisi todennäköisesti täynnä virheitä. Lopputulos on se, että kilpailua joudutaan ratkaisutoiminnassa lähestymään hyvin tapauskohtaisesti. Käytössämme on vain tietyt – varsin laajat – mallit, joihin tilannetta voidaan verrata. Oikeustieteellisen ratkaisun kautta markkinatilanteeseen puuttuminen on siten tietyssä määrin koe, jonka lopputuloksia ei voida täysin etukäteen ennustaa. Käytännössä tämä johtaa vain selkeimpiin tapauksiin puuttumiseen, koska vain tällöin voimme olla jollain lailla varmoja ratkaisun hyödyllisyydestä kilpailunkin kannalta.

1.4 Kilpailufunktiot[23]

Tarkasteltaessa kilpailua keinona on etsittävä vastausta kysymykseen mihin pyritään. Tässä mielessä kilpailulla täytyy olla tiettyjä havaittavia funktioita, joita se toteuttaa enemmän tai vähemmän hyvin. Se mikä funktio asetetaan etusijalle on yhteiskuntapoliittinen ratkaisu. Teoriassa kilpailu on pitkälti automaattinen ilmiö, joka toimiessaan täyttää kaikki mahdolliset (so. kilpailusta riippuvat) funktiot ilman asioihin puuttumista.

Kilpailun edellytetään jakavan resurssit kysynnän mukaisesti sekä sopeuttavan tuotannon kysyntään. Jos tuotetta kysytään, siirtyy sen valmistukseen enemmän resursseja ja samalla vähemmän kysytty tuote menettää resursseja. Yritykset vähentävät / lisäävät tuotantoaan oletetun kysynnän mukaisesti sekä reagoivat todettuihin kysyntämuutoksiin oli niiden syynä muoti, tekninen kehitys, tms. Samalla toteutuu ainakin osittain kehitysfunktio, eli yritykset pyrkivät kehittämään uusia tuotteita tai parantamaan tuotantoprosessejaan, jos ne olettavat uudelle tai halventuneelle tuotteelle olevan markkinoita. Kehitysfunktio ja resurssien jako / sopeutusfunktiot eivät välttämättä vastaa täysin toisiaan, koska yritystoiminta – inhimillisenä toimintana – voi johtaa epäonnistuneisiin kehityshankkeisiin. Eräs kilpailun funktio on tällöin se, ettei epäonnistunutta tuotetta koskaan tuoda markkinoille tai

[23] Jakso on lähinnä lyhyt kertauksen / esittelynomainen, koska kilpailufunktiot ovat osin sisäänrakennettuja eri kilpailuteorioihin ja tulevat esille niitä tarkasteltaessa. Lisäksi ne ovat osin käyneet ilmi jo edellä olevasta kilpailua yleisesti tarkastelevasta esityksestä.

se vedetään niiltä pois. Tilannetta voidaan sekä resurssi- että kehitysfunktion osalta verrata komentotalouteen, jossa tuotantoa voidaan periaatteessa jatkaa loputtomiin, vaikka tuotteella ei olisi mitään kysyntää. Monopoli voi periaatteessa toimia yhtä tehokkaasti kuin kilpailtu yritys, mutta sillä ei ole vastaavaa pakkoa tähän. Ei-kilpailluissa tilanteissa on siten aina vaarana resurssien jaon vääristyminen ja tehoton toiminta.[24]

Tuotantotekijöiden tehokas käyttö edellyttää itse tuotantoprosessin olevan mahdollisimman tehokasta eli se täyttää skaalatuotannon vaatimukset. Skaalatuotanto voi perustua tuotteeseen, tuotantoyksikköön tai usean tuotantoyksikön yhteiskäyttöön. Kyse on samalla erikoistumisen hyödyistä. Scherer ym. käyttävät esimerkkinä tuotekohtaisesta edusta kuulalaakereiden tuotantoa, jossa suurempien määrien tuottaminen on halvempaa, koska yritykset voivat käyttää erikoiskoneita. Tuotantoyksikkötasolla skaalaetuja saavutetaan esim. silloin, kun laitteet vaativat säännöllistä huoltoa. Vaikutus tuotantoon on sitä pienempi mitä useampi kone on käytössä. Usea erikoistunut tuotantoyksikkö voi hyödyntää esim. yhteistä markkinointiorganisaatiota. Ideaalimaailmassa tämä johtaisi siihen, että markkinoilla toimii vain skaalatuotannon edut hyödyntäviä yrityksiä. Näin voi olla lähinnä silloin, kun skaalatuotannon edellyttämä vähimmäismäärä on pieni. Mitä suurempaa tuotantoa edun saavuttaminen vaatii, sitä vähemmän yrityksiä voi olla markkinoilla ja samalla todennäköisyys siitä, että markkinat eivät jakaudu tasan ”skaalatuotantoyksiköihin” kasvaa.[25]

Tietynasteisesti toissijaisia funktioita ovat informaatio-, kasvatus- ja sosiaalifunktiot. Kilpailun toimiessa (so. resurssien jakautuessa tehokkaasti ja yritysten tuotekehityksen toimiessa oletusten mukaisesti) nämä funktiot toteutuvat lähes automaattisesti. Informaation siirtyminen on kilpailun kannalta elintärkeää, koska

---

[24] Arndt erottaa toisistaan Verteilungs- ja Lenkungs-funktiot. Näistä edellinen kuvaa tuotantotekijöiden arvostusta saatavilla olevan määrän perusteella (so. mitä enemmän on sitä vähemmän arvostetaan ja päinvastoin). Jälkimmäinen on nimenomaan resurssienjako-funktio. En ole tekstissä tehnyt ko. erottelua, koska kilpailu ohjaa tuotannontekijöitä kysynnän mukaan periaatteessa riippumatta niiden hinnoista (so. kalliitkin resurssit siirtyvät sinne missä ne paremmin tuottavat). Ks. em. seikoista sekä funktioista yleisemminkin Arndt I s. 69–71. Tekijä huomauttaa osuvasti, ettei kehitys aina johda mielestämme oikeisiin lopputuloksiin, mutta kehitystä on yleensä ottaen pidettävä parempana kuin historiallista vertailukohtaa (so. Ardndt’n esimerkkiä lainatakseni autoilulla on haittapuolensa, mutta tilanne on parempi kuin se, että vain osalla kansalaisista oli varaa pitää hevosta ja kuljettajaa). Ks. em. lähde s. 70; Scherer ym. s. 20 ”in long-run equilibrium, each firm is producing its output at the minimum point on its average total cost curve. Firms that fail to operate at the lowest unit cost will incur losses and be driven from the industry. Thus, resources are employed at maximum production efficiency under competition.”, s. 23 ”In sum firms with monopoly power may deviate from the zero-profit and minimum-cost conditions…, but they need not do so.”

[25] Skaalatuotanto (eli economics of scale and scope) esitetään tässä lähinnä tarkoituksella tutustuttaa lukija tähän taloudellisen toiminnan ”tehokkuusmittariin”. Kyse ei ole niin yksinkertaisesta ilmiöstä kuin teksti antaisi ymmärtää eikä aina voida määrittää tarkkaan milloin ja mitä skaalatuotannon etuja jollain yrityksellä, tietyssä tuotannossa tms. on. Ks. skaalatuotannon perusteorian osalta esim. Scherer ym. s. 97–102 (etujen lähtökohta), 102–106 (miksi etuja ei aina voida saavuttaa).

muutoin resurssitkaan eivät voi jakautua oikein. Tämä funktio voidaan jakaa määrä- ja laatuinformaatioon, joista ensimmäinen liittyy kysynnän vaihteluihin saman tuotteen osalta. Laatuinformaatio on valmistajille tärkeää tilainteissa, joissa esim. tulonjaon tai muodin muutosten takia kysyntä siirtyy joko laadukkaampien ja eriytyneempien tuotteiden (lähinnä käytössä olevien tulojen kasvaessa) tai standardituotteiden suuntaan (lähinnä tulojen vähentyessä). Arndt korostaa kasvatusfunktion merkitystä sikäli, että kilpailun tulisi johtaa kyvykkäiden johtajien / yritysten ”voittoon” ja vastaavasti huonojen ”häviöön”. Sosiaalifunktiolla Arndt tarkoittaa kilpailunpaineen vaikutusta yritysten taloudellisiin voittoihin, eli esim. uuden tuotteen markkinoille tuoneen yrityksen saamat monopolivoitotkin ovat vain ohimeneviä, jos kilpailu täyttää tämän tehtävänsä.[26]

1.5 Todellinen ja potentiaalinen kilpailu

Kohdatessaan kilpailijan markkinoilla yritys joutuu miettimään omia toimintalinjojaan. Kilpailu on tässä mielessä todellista aina silloin kun kilpailijan olemassaololla on jotain merkitystä yrityksen kannalta. Perinteellisemmin todellisena kilpailuna pidetään lähinnä samoilla markkinoilla samalla hetkellä toimivia yrityksiä.

Potentiaalinen kilpailu on markkinoille pyrkivien tai sinne mahdollisesti tulevaisuudessa pyrkivien yritysten luomaa painetta markkinoilla jo oleviin yrityksiin. Paineen täytyy olla jossain määrin todennäköistä ennen kuin sen voidaan olettaa vaikuttavan yritysten käyttäytymiseen. Gamm huomauttaa, ettei nimitys ”potentiaalinen kilpailu” ole oikea, koska vain varsinainen toteutunut kilpailu on kilpailua, ja muulta osin on kyse vain todennäköisyyden arvioinnista. Markkinoilla toimivien yritysten kannaltahan kyse on kenties toteutuvasta kilpailuolosuhteiden muutoksesta, eli yritykset arvioivat miten markkinaolosuhteet muuttuvat ja miten kaikki kilpailijat (potentiaalisetkin) tähän tilanteeseen reagoivat. Osittain kyse on markkinoiden määrittelystä – laajempi rajaus saattaa kattaa sen mitä toiset pitävät vain potentiaalisena kilpailuna.[27]

Todellisen kilpailun osalta voimme todeta (jos markkinoiden rajaus on tehty oikein) markkinoiden kilpailutason niillä toimivien yritysten lukumäärän ja markkinaosuuksien tms. perusteella. Potentiaalisen kilpailun osalta käytössä ei ole mitään tällaista mittaria. Kuten Stigler huomauttaa, voimme lähinnä tutkia mitä yrityksiä markkinoille on aiemmin tullut tai vastaako tarkasteltava toimiala niitä, joihin oletetut potentiaaliset kilpailijat yleensä investoivat. Tämä menetelmä olisi

---

[26] Arndt I s. 70–72.

[27] Gamm II s. 646–647. Gamm korostaa, ettei potentiaalinen kilpailu ole oma kilpailumuotonsa, vaan vain todellinen kilpailu on tässä mielessä ”kilpailua”.

Substituutio-tuotteiden ja markkinoiden rajauksen osalta viittaan tämän luvun jaksoon 4. Markkinat.

käyttökelpoinen arvioitaessa jonkun tietyn yrityksen halukkutta / mahdollisuutta tulla markkinoille. Yleisemmällä tasolla olisi tyydyttävä lähinnä jo toteutuneen markkinoille tulon tarkasteluun, mikä ei johtane muuhun tulokseen kuin pitempiaikaisten monopolivoittojen houkutusvaikutuksen toteamiseen.[28]

Potentiaalista kilpailu voi olla sekä tuote- että aluekohtaisten markkinoiden suhteen. Edellisessä tapauksessa kyse on myytävän tuotteen kanssa samankaltaisesta tuotteesta, joka voisi kelvata samoille ostajille. Täyttä identiteettiä ei vaadita, vaan riittää, että ainakin osa ostajista kokisi tuotteen samanlaiseksi. Potentiaalisen kilpailun paine on sitä suurempi mitä lähempänä tuotteet ovat toisiaan. Alueellinen potentiaalinen kilpailu on saman tuotteen eri alueellisten markkinoiden synnyttämää. Jos alueella A tuotetta myyvä yhtiö saattaa vaivatta siirtyä myymään tuotetta myös alueelle B, ei jälkimmäisellä alueella jo toimiva yritys voi pitää markkina-asemaansa turvattuna. Hankalimmin arvioitavissa on kolmas ryhmä, eli täysin uuden kilpailevan yrityksen perustaminen (esim. markkinoiden valtaamispyrkimyksessä).[29]

Potentiaaliselle kilpailulle annettava merkitys vaihtelee tilanteittain. Mitä kilpaillummat markkinat ovat sitä vähäisempi merkitys potentiaalisella kilpailulla on yritysten kannalta. Markkinoille pyrkimisen todennäköisyys laskee, jos kilpailu on ajanut hinnan niin alas, ettei mitään ylisuuria voittoja ole odotettavissa. Vastaavasti monopoliasemassa olevan yrityksen kannalta riski on erittäin todellinen, jos se ei pysty luomaan markkinoille pääsyn esteitä.[30]

1.6 Horisontaalinen – vertikaalinen kilpailu

Kilpailu ymmärretään tavanomaisesti lähinnä horisontaaliseksi ilmiöksi, joka koskee samalla tuotannon tasolla olevia yrityksiä. Esim. kuluttajan hyöty on valmistajien keskinäisen kilpailun seurausta, ei kuluttajan ja yrityksen välisen kilpailun tulos. Edes markkinavoimaisen myyjän tai ostajan seuraavaan / edelliseen portaaseen kohdistama painostus ei ole kilpailua, vaan horisontaalisen kilpailun vähyyden ilmentymä.

Vertikaalinen integroituminen ei sekään ilmennä vertikaalista kilpailua, vaan ainoastaan yrityksen pyrkimystä sisäistää osa markkinoiden toiminnoista omaan yritykseen. Pyrkimyksenä voi toki olla joko integroitavan tason hallinta tai siellä aiemmin hallinneen yrityksen markkinavoiman pienentäminen, mutta tällöinkin on kyse horisontaalisen kilpailun aloittamisesta.

Käsitteellisesti vertikaalinen kilpailu tuntuu omalaatuiselta ajatukselta – ikään kuin kilpailtaisiin eri urheilulajeissa yhtäaikaa. Elinkeinoelämä ei kuitenkaan voi

---

[28] Stigler I s. 22.
[29] Schmidt II s. 63.
[30] Gamm korostaa normikohtaista tulkintaa potentiaalisen kilpailun merkityksestä. Ks. Gamm II s. 647–648.

järjestyä tiukasti markkinatasojen mukaan, koska markkinatalouden idea vaatii jatkuvaa tehokkaimman ratkaisun hakemista. Vertikaalisesti tuotannon ja kaupan porras kilpailevat keskenään siitä, kuka minkäkin toiminnon tekee. Ratkaisevaa ei tällöin voi olla perinteiseen tehtävänjakoon sidottu ajattelu, vaan tehokkuuskysymys. Keskeisin esimerkki tällaisesta kilpailusta on mainonta. Merkkituotteen valmistajan kannalta sen oma imago on niin merkittävä, ettei se halua tästä luopua ja keskittää mainonnan itselleen. Toisaalta kaupan alan yritykselle on tärkeää luoda oma imago (asiantuntevana, halpana tms.) yrityksenä, jolloin se hoitaa mainonnan ja vaatii tuottajalta esim. omalla tuotemerkillään varustettuja perustuotteita. Tuotekehityskään ei sinänsä ole valmistajien yksinoikeus, vaan ajatus voi olla kaupan portaastakin lähtöisin.[31]

Vertikaalisen kilpailun sijasta edellä mainitusta tilanteesta voidaan toki käyttää horisontaalisen kilpailun nimitystä, jos katsotaan yritysten toimivan näiden kilpailutekijöiden osalta samalla tasolla. Terminologista nimitystä tärkeämpää on itse ilmiön tunnistaminen eli kilpailun markkinoiden rakenteisiin vaikuttavien voimien tunteminen. Kerber viittaa tästä lähtökohdasta monien Saksassa haitallisina pidettyjen ilmiöiden (kuten kaupan alan yritysten vaatimat alennukset, näyteikkunavuokrat tms.) olevan pikemminkin tämän vertikaalisen kilpailun ilmentymiä.[32]

1.7 SCP-malli

Kilpailu voidaan ymmärtää markkinoiden rakenteen, yritysten toiminnan ja markkinoilla ilmenevän lopputuloksen välisenä vuorovaikutuksena. Yksinkertaisimmassa muodossa tämä SCP (Structure – Conduct – Performance) malli olettaa markkinoiden rakenteen määräävän yrityksen käyttäytymisvaihtoehdot ja tätä kautta lopputuloksenkin. Malli ei toki tässä muodossakaan määritä yhtä tiettyä lopputulosta, vaan lähinnä rakenteesta lähtien todennäköisimmät lopputulosvaihtoehdot. Esimerkiksi oligopolitilanteesta voidaan johtaa sekä yhteistyöhön perustuva monopolimaiseen hinnoitteluun päätyvä että hintasotaan johtava malli. Kaavamaisen rakenteen ongelmana on dynaamisuuden puute. Se kuvaa tietyn hetken vaihtoehtoja eikä edellisistä tilanteista ”opita” mitään.[33]

---

[31] Kerber s. 227, 231–235. Kerber korostaa vertikaalisen kilpailun tehokkuutta lisäävää ominaisuutta. Ks. em. lähde s. 233 ”Die evolutionären Wettbewerbsprozesse sorgen jedoch auch für die Realisierung und Verbreitun der effizienteren vertikalen Arbeitsteilungen. Erweist sich bspw. die Verlagerung der Regalpflege von H1 (kauppa) auf A1 (tarjoaja) als effizienter, so geraten die Mitanbieter von A1 und H1 unter Wettbewerbsdrück.”

[32] Kerber s. 236.

[33] Esim. Bain’n ongelmanasettelussa rakenteen ja toiminnan oletetaan määräävän lopputuloksen. Ks. Bain II s. 3 ”Thus we look initially to the characteristics of market structure and of market conduct as primary determinants of the market performance of enterprises, …”

Markkinoiden rakenne määräytyy markkinoilla toimivien yritysten määrän ja niiden välisten suhteiden mukaan. Tässä mielessä sekä myyjien keskinäiset että ostajien keskinäiset suhteet ja näiden tahojen väliset suhteet ovat merkittäviä. Bain liittää markkinoiden rakenteen perustekijöihin vielä markkinoille pääsyn esteet. Lähtökohtana voidaan yleisemminkin pitää niitä tekijöitä, jotka ovat tietyllä hetkellä vallitsevan rakenteen taustalla. Yritysten lukumäärää rajaa esim. käytössä oleva teknologia, raaka-aineet tai markkinoiden kasvu. Tietyillä markkinoilla vallitseva rakenne ei voi ohittaa näitä taustatekijöitä. Yritysten toiminnan perustekijöitä ei yleensä voi määritellä suoraan toimintavaihtoehtojen pohjalta, vaan pikemminkin niiden parametrien perusteella, joihin yritys voi tietyissä tilanteissa vaikuttaa. Näitä parametrejä ovat mm. hinta-, tuote-, myynti- sekä yhteistyöpolitiikat. Jälkimmäinen tarkoittaa yrityksen käytösvaihtoehtoja suhteessa muihin yrityksiin ja voi siten rajata esim. hintapolitiikan käyttövaihtoehtoja.[34]

Jo Bain tuli siihen lopputulokseen, ettei yrityksen toiminnan pohjalta voida tehdä suoria itsenäisiä johtopäätöksiä ilman markkinoiden lopputulosta koskevia havaintoja. Tällöin voidaan kysyä, mikä merkitys itse toiminnalle jää. Eikö yhtä hyvin voitaisi tehdä päätelmät suoraan rakenteen ja markkinoiden lopputuloksen välisistä oletetuista yhteyksistä? Jälkimmäinen vaihtoehto ei kuitenkaan ole kestävä, koska sen nojalla pitäisi itse asiassa kieltää kaikki monopolihinnoittelu tms. ja pakottaa yritykset ”kilpailtuun” hintaan. Toinen vaihtoehto olisi johdonmukaisesti purkaa ne rakenteet, joista markkinoiden lopputuloksen perusteella seuraa ylisuuria voittoja. Seurauksena olisi kilpailun dynamiikan täydellinen katoaminen, koska osa ”voitoista” perustuu yrityksen kilpailun kautta hankkimaan etumatkaan, eikä mihinkään sinänsä monopolisointina yms. pidettävään keinoon. Bain’n esille tuoma ongelma yrityksen toiminnan epämääräisyydestä suhteessa lopputulokseen korostaa suorien kieltojen asettamisen vaikeutta. Menettelyähän ei ole järkevä kieltää, jos sen lopputulos ei aina ole markkinoiden toiminnan kannalta negatiivinen (so. tässä on eräs taloudellinen perustelu väärinkäyttönormien käytölle). Bain’n on katsottu lukeutuvan rakennetta painottaviin tutkijoihin rinnakkaisen koulukunnan näkökulman perustuessa enemmän toimintamallien tutkimiseen.

---

[34] Bain II s. 7, 9–1. Bain jakaa yritykset ensin kolmeen ryhmään keskittymisasteen perusteella sitten kahteen ryhmään tuotedifferointiasteen pohjalta ja lopulta vielä kolmeen ryhmään markkinoille pääsyn esteiden kannalta. Lopputuloksena on yhdeksän eri luokkaa. Ks. em. lähde s. 27–32 jaon perusteiden ja lopputuloksen osalta; Clark huomauttaa tehokkaan yritysrakenteen voivan olla ristiriidassa kilpailun kannalta halutun lopputuloksen kanssa. Tehokas kehittelytyö voi esim. vaatia tietyn kokoista tutkimusyksikköä, jolloin markkinoinnin kauttakin on pystyttävä myymään riittävä määrä eri tuotteita ko. yksikön ylläpitämiseksi. Edes markkinoiden kannalta hyödyllinen erikoistuneiden pienempien yritysten määrä ei ole etukäteen arvioitavissa. Ks. Clark s. 419–420. Taustatekijöiden merkitystä SCP-ajattelun kannalta painottavat mm. Scherer ja Virtanen. Ks. Scherer s. 4–5. Tekijän arviossa perustekijöihin on sisällytetty mm. markkinointitavat ja elinkeinoelämän sosio-ekonomiset arvot; Samoin Scherer ym. s. 4–6; Virtanen toteaa ko. malli on osittain harhaanjohtava ilman näiden ”Basic Conditions” huomioimista. Ks. Virtanen I s. 26–28.

Ks. seuraavia täydellistä ja epätäydellistä kilpailua koskevia jaksoja.

Scherer pitää mahdollisena tutkia yritysten toimintaa eri markkinatilanteissa ja saada tätä kautta tietoa menettelyn vaikutuksesta lopputulokseen.[35]

Bain'nkin toteama yhteys markkinoilla ilmenevän lopputuloksen ja yrityksen toiminnan välillä kuvaa hänen ymmärtäneen SCP-mallin vuorovaikutussuhteiden olevan laajempia kuin edellä kuvattu perusmalli. Mallin käyttöä hankaloittaa se, että itse asiassa kaikki vaikuttaa tavalla tai toisella toisiinsa. Esim. oligopoliyritykset käyttäytyvät tietyllä tavalla, koska ne olettavat siitä seuraavan niille edullisen lopputuloksen. Samalla toiminta voi vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen (uusien kilpailijoiden tulo estyy tai joku vanhoista yrityksistä joutuu luopumaan markkinoista). Tietty markkinarakenne voi olla jopa haluttu lopputulos, jolloin yritysten kannalta toiminta ja markkinoiden tulos ovat vain tämän päämäärän vaatimia keinoja.[36]

Clark pyrkii dynamisoimaan mallin toteamalla lopputulosten voivan johtua erilaisista markkinarakenteista. Nämä vaihtelevat tilanteen mukaan, jolloin jopa sama lopputulos voi johtua täysin eri syistä. Yritykset myös seuraavat toimintansa tuloksia ja voivat valita sekä markkinakäyttäytymisen että rakennetta koskevat ratkaisunsa aiempien tulosten valossa. Clark'kin painottaa vuorovaikutuksen monisuuntaisuutta. Yritys voi pyrkiä tiettyyn lopputulokseen, jolloin se valitsee joko rakenteen tai menettelytapansa tältä pohjalta. SCP-analyysiä hän pitää tärkeänä, koska sitä kautta voimme vaikuttaa epäsuorasti lopputulokseen. Vain poikkeustilanteissa suora vaikuttaminen olisi hyväksyttyä. Clark ei pohdi mahdollisuutta vaikuttaa epäsuorasti markkinoiden rakenteeseen ja käytösmalleihin. Jos yritykset valitsevat keinonsa ja tekevät rakenteita koskevat ratkaisunsa osittainkin odotettavien tulosten valossa, eikö olisi järkevää todeta tiettyjen tulosten olevan yhteiskunnan kannalta haitallisia? Tällä pyrittäisiin estämään väärien rakenteiden ja toimintatapojen syntymistä jo ennakolta. Käytännössä markkinoiden dynamiikka

---

[35] Bain II s. 326–327. Ks. erityisesti s. 327 "For a knowledge of performance, as *well as a full description of the character of conduct itself*, we ordinarily need to examine market preformance directly." (kursivointi alkup. tekstissä).

Vrt. Scherer s. 6–7. Tekijä kumoaa Bain'n esittämät perustelut siitä, miksi toiminnan tutkiminen on liian vaikeaa tai ei anna riittävää tietoa tosiasioista. Hän myöntää, ettei tarvittavan tiedon saanti ole helppoa, mutta tieteen päämäärän tulisi olla paremman, useampia muuttujia käytettävän teorian luominen eikä vetäytyä helpomman ongelman selvittelyyn. Olen tässä työssä enemmän Scherer'n linjoilla jo sen takia, että tekstissä ilmaistuin tavoin ei väärinkäyttökontrollille olisi muutoin mitään sijaa.

[36] Esitetyissä malleissa vaikutussuhteet esitetään usein liiankin pelkistettyinä. Esim. Scherer ym. eivät kaavakuvan perusteella katso taustatekijöiden (Basic Conditions) vaikuttavan kuin markkinoiden rakenteeseen. Kuitenkin esim. tuotteen kesto, paino/hinta -suhde sekä lainsäädäntö voivat vaikuttaa ratkaisevasti esim. tuotteen hinnoittelumahdollisuuksiin. Esim. lyhytkestoinen tuote kannattaa myydä huomattavallakin alennuksella viimeisen käyttöpäivän lähestyessä. Paino/hinta sekä kesto vaikuttavat varastointiratkaisuihin tms. Tekstissä tekijät tuovat ko. yhteydet paremmin esille. Ks. Scherer ym. s. 5 (kaavakuva), 6 "That is we seek theories that permit us to predict ultimate market performance from the observation of structure, basic conditions, and conduct", "To be sure, not all influences flow from basic conditions and market structure towards performance. There are also important feedback effects…"

voi estää lopputuloksen kautta vaikuttamisen. Meidänhän olisi jatkuvasti tiedettävä mikä sen hetken markkinatilanteessa on haitallinen lopputulos eikä säätelyä tarkan tiedon puuttuessa voitaisi ulottaa kuin lähinnä itsestään selvyyksiin. Eräs esimerkki tästä ajattelusta on yrityskauppakontrolli, jonka taustalla on oletus tiettyjen markkinarakenteiden kilpailua vääristävästä vaikutuksesta (so. markkinoilta ei saada toivottua lopputulosta).[37]

Mallia voidaan kritisoida asioiden liian pitkällemenevästä yksinkertaistamisesta. Monopolinkin on pyrittävä luomaan tuote, jota kuluttajat haluavat, ja tarjottava sitä sellaiseen hintaan, että kysyntää ylipäätään syntyy. Mikäli markkinoille tulon esteitä ei ole, on em. toiminnan lopputuloksena ”kilpailtu hinta”. Monopolin tavoitteena on suurinta liikevoittoa tuottava toiminta tai ainakin oman aseman säilyttäminen, joten tuotantoa on tarpeen mukaan rationalisoitava. Muussa tapauksessa se menettäisi valta-asemansa. ”Hiljaa elävä” oligopoli ei välttämättä ole yhtään em. tilannetta tehokkaampi. SCP-mallin tueksi voidaan todeta, että suoranaisen kilpailun paineen puuttuessa tulos on todennäköisesti kuluttajille / markkinavastapuolelle epäedullisempi kuin kilpailluilla markkinoilla.[38]

Vuorovaikutussuhteiden verkko ja yrityksen toiminnan sekä markkinoiden lopputuloksen välinen epäselvä korrelaatio johtavat yhdessä siihen, ettei SCP-mallista ole kilpailuoikeuden perustaksi. Se on mielestäni liikaa sidottu taustalla piilevään täydellisen kilpailun ajatteluun. Mitä enemmän ”structure”-osaa painotetaan sitä lähempänä on oletus, että rakenteellisesti mahdollisimman kilpailtu (so. täydellinen kilpailu) on asetettava mallin ihannekuvaksi. Teoria voi olla osa kilpailupoliittista harkintaa pyrittäessä arvioimaan tiettyjen toimien mahdollisia vaikutuksia SCP-mallin eri osa alueilla. Suora kilpailuoikeudellinen yhteys edellyttäisi kuitenkin selvää mallia siitä, mikä toiminta tai mikä rakenne tulee missäkin tilanteessa kieltää. Tätä vastausta SCP-malli ei anna eikä käsittääkseni edes pyri antamaan. Malli on siten hyödyllinen apukeino, jota vastaan markkinoiden rakenteen vaikutuksia tulisi peilata. Se edustanee taloustieteen tämän hetken perussuuntausta, joten tässäkään mielessä sen sivuuttaminen ei ole mahdollista.[39]

---

[37] Clark s. 421–423. Ks. erityisesti s. 421 alkaen: ”To sum up, 'structure' suggest results, impliedly judged by normative standards. But conditions are broader than structure, and results include more than is generally suggested by 'performance'. And there are mutual interactions: conditioning factors are results of prior actions and include anticipated results of contemplated actions. Business behavior – the intermediate term here proposed – is both result and cause; and insofar as it is not precisely determined, it has room to act as an independent causal factor.”

[38] Esim. Knöpflen kanta vastannee tekstissä esitettyä, koska hän toteaa täysin tarjontamonopoleista koostuvien markkinoidenkin (so. kansantalouden) johtavan toiminnan koordinoimiseen (so. ilman keskusjohdon tms. vaikutusta päätetään missä, mitä, miten paljon ja kenelle jotain tuotetaan). Knöpfle kritisoi kuitenkin lähinnä liiallista kilpailuvapauden ja voittopyrkimysten ”automatiikan ” korostamista. Ks. s. 198–199 ja 212. Jälkimmäisellä sivulla tekijä nimenomaan korostaa markkinaosapuolen valintamahdollisuuden tärkeyttä eli markkinoiden rakenne ei hänellekään ole yhdentekevä!

[39] Scherer ym. mukaan SCP-malli on hyödyllinen apuväline taloustieteellisessä ajattelussa, vaikka vuorovaikutussuhteet olisivat niin voimakkaita, että mallin ennustusvoima kärsisi. Heidän kirjansa

1.8 Peliteoria yritysten toimintamallien arvioinnissa

SCP-mallin avulla voidaan tarkastella mitä vuorovaikutussuhteita yritysten välillä on. Se ei kuitenkaan anna tarkempaa vastausta siihen, miten yritykset yksittäisessä tilanteessa toimivat. Mallin lähtökohtahan on se, että yritykset tietävät rakenteen vaikuttavan sekä toimintaan markkinoilla että lopputulokseen ja päinvastoin. Peliteoria pyrkii määrittämään juuri niitä strategisia vaihtoehtoja, joita yrityksellä jossain markkinatilanteessa on. Arvioitaessa peliteorian kautta sitä mitä yritys voi tehdä, on arvioinnin kohteena yrityksen asema markkinoilla (eli markkinoiden rakenne), omat toimintavaihtoehdot ja oletetut tulokset. Tässä mielessä teoria täydentää SCP-mallia.

Peliteorian yhteiskunnalliset soveltamisalueet ovat edellä mainittua laajempia, koska sitä voidaan käyttää kaikkiin niihin tilanteisiin, joissa toimijalla on strategisia vaihtoehtoja. Toinen peruslähtökohta on se, että toimijoita on useampi kuin yksi ja he tietävät voivansa vaikuttaa toisen menettelytapoihin omalla ratkaisullaan. Tämä vaade on pitkälti määrittelykysymys, koska monopoli (eli yksinäinen toimija) voi joutua miettimään millä strategialla se säilyttää tämän asemansa. Samalla se vaikuttaa muihin. Jos kyse on puhtaasta voiton maksimoinnista, käytetään termiä ”peli luontoa vastaan”, eikä varsinaisesta strategisesta vaihtoehdosta ole kysymys. Jos toimijoita on monta, eikä menettely vaikuta toisten toimintaan, ei vaihtoehtoja myöskään ole, vaan rinnakkaisista luonnollisista peleistä.[40]

Peliteorian tuloksia voidaan hyödyntää arvioitaessa lainsäädännön ja oikeudellisten ratkaisujen vaikutuksia. Mikäli pystymme vaikuttamaan yritysten tulosodotuksiin (payoffs) niiden valitsemien keinojen osalta, voimme samalla estää haitallisena pidetyn vaihtoehdon valitsemista. Tämä on mahdollista välillisestikin, kunhan muutos vain tekee ei-toivotun strategian kannattamattomaksi. Etuna olisi tällöin normien automaattisuus, koska rationaalinen yrittäjä ei toki valitse epäedullista ratkaisua! Edellytyksenä on se, että tiedämme sekä asioiden vaikutussuhteet markkinataloudessa että oikeudellisten normien seuraukset yritysten ja muun yhteiskunnan kannalta. Oikeudellisten keinojen tulisi olla tehokkaita, jotta

---

on organisoitu tämän mallin pohjalta. Ks. Scherer ym. s. 6; Virtanen I s. 26 korostaa mallin edustavan taloustieteen päävirtausta. Vuonna 1998 julkaistuna hänen työnsä edustaa uusinta suomalaista näkemystä, vaikka tekijä ei ole lähdeviitetasolla tai tekstissä erityisesti tuonut esille ketkä nykyisistä taloustieteilijöistä ovat hänen ilmoittamallaan kannalla. Virtanen toteaa lisäksi päävirtausta edustavien taloustieteilijöiden käyttävän täydellistä kilpailua mallinaan tekstissä ilmaistuin tavoin markkinoiden toimintaa arvioidessaan. Ks. em. lähde s. 29.

Ottamatta kantaa siihen missä määrin vuorovaikutusuhteiden monipuolisuus estää SCP-mallin käyttöä ja mikä sen asema taloustieteellisessä ajattelussa uusimmassa keskustelussa on, käytetään mallia tämän työn pohjana yhdessä peliteorian kanssa.

[40] Friedman, J s. 207–209. Tekijä rajaa peliteorian lähinnä oligopoli-tilanteisiin, koska näissä tapauksissa oletetaan keskinäisen vaikutuksen edellytyksen täyttyvän.

yrittäjän tulosodotus todella muuttuu. Tulosodotusta ei saa laskea sataprosenttisen lainkuuliaisuuden varaan, vaan se on esim. 40 % tästä (jos kiinnijäämisriski ja negatiivinen seurauksen todennäköisyys on tämän suuruinen).[41]

1.8.1 Staattiset pelit

Staattisessa täydellisen informaation pelimallissa toimintavuorojen määrä on rajoitettu ja pelaajat joutuvat tekemään ratkaisunsa yhtäaikaa. Tunnetuin esimerkki on nk. vangin pulma, jossa vaihtoehdot ovat vaikeneminen ja kertominen. Jos molemmat vaikenevat, kumpikin saa vain lyhyen rangaistuksen. Toisen kertoessa tehdystä rikoksesta ja toisen vaietessa kertoja palkitaan jättämällä hänet rankaisematta, kun vaikenija saa maksimirangaistuksen. Molempien kertoessa he saavat tavallisen rangaistuksen. Pelaajat tietävät toistensa vaihtoehdot, joten epävarmuutta ei ole kuin siitä kumman toinen pelaaja valitsee. Optimaalein lopputulos ei ole vaikeneminen, koska toisen vaietessa toinen voittaisi kertomalla. Häviäjän kannalta tämä on pahin vaihtoehto, joten päädytään siihen, että molemmat kertovat. Pelissä saattaa olla myös nk. dominoiva strategia, jolloin osapuolten vaihtoehdot itse asiassa karsiutuvat. Jos voisimme todeta, että hinnan asettaminen sellaiselle tasolle, ettei markkinoille tulo kannata, on hallitseva strategia, ei ole pelkoa monopolihinnoittelusta. Staattisen pelin kautta voimme myös arvioida mikä on pelaajan paras vaihtoehto annetussa pelissä. Jos voimme todeta, että kahden tai useamman pelaajan parhaat vaihtoehdot ovat samat (näitä kohtauspisteitä voi olla useita), olemme määritelleet Nash'n tasapainon. Tässä tilanteessa ei pelistrategian muuttaminen kannata, koska lopputulos olisi huonompi pelaajan itsensä kannalta. Osa kartellilta vaikuttavista tilanteista voi selittyä juuri sillä, ettei yrityksillä ole mitään syytä muuttaa toimintaansa, vaikka mitään yhteistyötä ei olekaan.[42]

Parhaassa tapauksessa voidaan määrittää mitkä strategiat ovat täydellisesti dominoituja (eli niitä ei kannata missään tapauksessa käyttää) ja mitkä ovat dominoivia (eli ne ovat vähintään yhtä hyviä tai parempia kuin seuraavaksi paras vaihtoehto). Yhden vaihtoehdon ollessa muita parempi voidaan luonnollisesti todeta tämän olevan se, jota yritys tai muu toimija tulee käyttämään. Käytännössä muita parempia vaihtoehtoja on useita ja vastapuolelle (toiselle pelaajalle) on epäselvää mitä niistä tullaan käyttämään. Rationaalisuusoletuksen mukaisesti lähtökohtana on se, ettei kukaan pelaaja käytä dominoitua vaihtoehtoa, vaan valitsee

[41] Baird ym. s. 17 "The legal rule brings about changes even though it attaches consequences to actions that are never taken, either when the legal rule is in place or when it is not." Ks. yksinkertaisten vaikutusmallien osalta em. lähde s. 14–19.

[42] Staattisesta pelimallista ks. esim. Gibbons II s. 2–3 (vangin pulma), 4–6 (hallitseva strategia), 8–10 (Nash'n tasapainotila).

jonkin dominoivista strategioista. Käytännössä ajattelumallia voidaan käyttää ”käyttökelvottomien” vaihtoehtojen karsimiseen.[43]

Epätäydellinen informaatio muuttaa pelin luonnetta sikäli, ettei toinen osapuoli voi varmasti tietää minkä tyyppistä strategiaa pelin aloittanut käyttää. Pelaajalla on jonkinlainen arvio eri vaihtoehdoista sekä todennäköisyydestä millä jotain vaihtoehtoa tullaan käyttämään. Taloudellisessa ratkaisussa voidaan ajatella markkinarakenteen mahdollistavan esim. toimintastrategiat s1–s3 ja vastapuolen arvioidaan saavuttavan näillä strategioilla tulokset t1–t3. Rationaalisesti toimiva yritys arvioi tässä tilanteessa, mikä olisi vastapuolen järkevin siirto ja markkinakäyttäytyminen suunnataan tämän mukaisesti. Pelaajat eivät kuitenkaan tiedä varmasti mitä tyyppiä muut pelaajat ovat, joten informaatio on epätäydellistä. Yhteiskunnan kannalta voidaan päätyä tehottomaan ratkaisuun (eli yhteinen hyöty jää maksimoimatta), jos todennäköisyysarvion perusteella yritys on epävarma lopputuloksesta, ja päätyy turvallisempana pitämäänsä ratkaisuun. Esimerkiksi markkinoille pääsyn ei tarvitse olla estetty, vaan riittää se, että tulija pitää hallitsevan yrityksen estämistoimia riittävän todennäköisinä. Mistään todennäköisyysarviosta ei ole kyse, jos yritys pystyy päättelemään miten toinen tulee varmuudella toimimaan. Tämä edellyttää käytännössä tietoa vastapuolen tulosodotuksista eri vaihtoehdoissa. Toimimalla markkinoilla yritys saa käytännössä näitä tietoja ja pystyy arvioimaan eri vaihtoehtojen todennäköisyyksiä.[44]

Bayesilainen Nash tasapaino vallitsee silloin, kun kukaan pelaajista ei halua muuttaa strategiaansa. Strategia määräytyy sen mukaan, mitä ko. pelaajan tyyppiset pelaajat tekisivät ja tasapaino syntyy strategian ollessa paras vastaus erityyppisten pelaajien strategioihin. Pelaajat eivät tiedä varmuudella mitä tyyppiä peliin osallistujat ovat, joten heidän on etsittävä parasta vaihtoehtoa kaikkiin tilanteisiin. Tasapainotilanteita voi olla useita, kuten Nash-tasapainossa. Mallissa on huomioitu paitsi todennäköisyyksien vaikutus yleensä myös uuden tiedon merkitys. Käytännössä eri vaihtoehtojen todennäköisyydet sekä pelaajien tyypit paljastuvat ainakin osittain, jos samanlaista peliä (eli yhteiskunnallista vuorovaikutusta, toimintaa markkinoilla tms.) toistetaan useampaan kertaan.[45]

Informaation epätäydellisyys mahdollistaa erilaisten signaalien antamisen. Mikäli ”luonto” (käytännössä esim. markkinarakenne) mahdollistaa muutaman toimintavaihtoehdon, voi pelaaja pyrkiä viestittämään toiselle mitä vaihtoehdoista se

---

[43] Baird ym. s. 11–12 Ks. dominoituja strategioita koskevan oletuksen osalta em. lähde s. 12 This bring us to our second solution concept, that of *iterated dominance: A player believes that other players will avoid strictly dominated strategies and acts on that assumption. Moreover, a player believes that other players similarly think that the first player will not play strictly dominated strategies and that they act on this belief. A player also acts on the belief that others assume that the first player believes that others will not play strictly dominated strategies, and so forth ad infinitum.*”

[44] Gibbons I s. 148 ”Here, because nature reveals player i’s type to player i but not to player j…, player j does not know the complete history of the game when actions are chosen…”

[45] Bayesilaisen Nash-tasapainon määritelmästä ks. esim. Gibbons I s. 149–152.

tulee käyttämään. Tarkoituksena voi olla esim. vastapuolen ei-toivotun käyttäytymisen vähentäminen, kuten pyrkimys estää kartellin linjasta poikkeaminen.[46]

1.8.2 Dynaamiset pelit

Dynaamisessa mallissa peli ei ole yksi, vaan useampivuoroinen. Tietyn ajan kestävässä pelissä on päätepiste, johon peli päättyy. Rationaalisesti ajattelevan pelaajan oletetaan laskevan, mikä olisi tämän viimeisen pelin optimaalinen ratkaisu ja päättelevän siitä taaksepäin aina ensimmäisen pelin optimaaliseen ratkaisuun (backwards-induction outcome). Jatkuvassa pelissä ei ole päätepistettä, jolloin optimaalista ratkaisua ei voida arvioida ns. viimeisen vuoron mukaan. Ajan kuluminen aiheuttaa sen, ettei vaihtoehdoista saatavaa hyötyä voi laskea pelkästään summaamalla vuorojen tulokset yhteen. Tulevaisuudessa saatava tulo ei vastaa tämän hetken tuloa, koska sitä ei voida välittömästi käyttää. Tulevien tulojen arvo on siten laskettava diskonttaustekijän avulla eli ratkaisu riippuu korkotekijästä (mitä suurempi korko sitä arvokkaampaa on tämän hetken tulos verrattuna tulevaan). Arvioinnissa voi vaikuttaa myös pelin päättymismahdollisuus, jos on oletettavissa, että toistuva peli loppuu tietyllä todennäköisyydellä vuoroon x. Tärkein ero yhden vuoron ja dynaamisten pelien välillä on se, että pelaaja voi käytöksellään vaikuttaa toisen ratkaisuihin seuraavan vuoron aikana. Taloudellinen ratkaisutilanne voi olla tämän kaltainen yrityksen tietäessä oman toimintansa vaikuttavan toisen toimiin. Ongelmana on se, että monimutkaisempien peliesimerkkien tavoin osapuolilla voi olla useita eri ratkaisuvaihtoehtoja. Täydellisen informaation oletuksen vallitessa vaihtoehdot ovat tiedossa, mutta käytännössä näin ei ole.[47]

Dynaamisten pelien eräs ryhmä ovat toistuvat pelit, joissa samaa peliä toistetaan useamman kerran joko rajatun määrän tai loputtomiin. Esimerkkinä tästä käytetään toistuvaa vangin pulma -peliä. Kuten vangin pulmassa, tässä toistuvassa pelissä ratkaisu on tehtävä tunnustamisen ja vaitiolon välillä. Rajoitetusti toistettava peli vastaa muutoinkin alkuperäistä, ja siten ensimmäisen pelin tulosodotukset vain lisätään jatkopeliin. Pelaajien käyttäytyminen ei tällöin lainkaan muutu, koska alkuperäisen pelin Nash tasapaino pysyy samana. Ensimmäisen pelin tasapainon ollessa tunnustaminen ei toistetussa pelissäkään ole rationaalista päätyä toiseen ratkaisuun. Toistuvasta pelistä voidaan tehdä se käytännön kannalta tärkeä lopputulos, ettei yrityksenkään kannata toimia kuin Nash tasapainon mukaisesti, vaikka samaa peliä toistettaisiin, mikäli toistojen määrä on rajallinen. Esimerkiksi oligopolin, jonka hintataso on asettunut tasapainoon, ei kannata poiketa tästä tilasta, ellei pelin olosuhteissa jokin muutu.[48]

---

[46] Dynaamisista signaali-peleistä (Signaling Games) ks. Gibbons II s. 183–190.
[47] Gibbons II s. 82–84 (tietyn ajan toistuva peli), 88–91 (jatkuva peli).
[48] Gibbons I s. 82–83. Johtopäätös pätee yleisemminkin. Ks. em. lähde s. 83 ”Proposition If the stage game G has a unique Nash equilibrium then, for any finite T, the repeated game G(T) has a unique subgame-perfect outcome: the Nash equilibrium of G is played in every stage.”

Rajattomasti toistettava peli tai peli, joka päättyy tietyllä todennäköisyydellä joka vuoron jälkeen, poikkeaa edellisestä. Pelkkä tulosodotusten yhteenlasku ei riitä, koska periaatteessa lopputulos on joka tapauksessa määrättömän suuri. Mikäli vangin pulmaa toistetaan loputtomiin, ei tunnustaminen enää ole ainoa optimaalinen ratkaisu. Osapelien paras ratkaisu olisi edelleen tunnustaminen (eli eiyhteistyö), mutta koko pelin kannalta parempaan ratkaisuun voi päästä esim. laukaisustrategiaa (trigger strategy) käyttämällä. Pelaajien ollessa epävarmoja vastapuolen siirrosta on heidän aiemmalla menettelyllään eli maineella merkitystä. ”Isku – iskusta” (Tit-for-Tat) strategiassa toisen epämieluisaan siirtoon vastataan seuraavalla vuorolla valitsemalla sama vaihtoehto. Molempien tietäessä tämän voidaan päätyä yhteistyöhön, koska se on pitemmän päälle kannattavampaa.[49]

Täydellinen Bayes’n tasapainomalli on bayesilaisen Nash’n tasapainon laajennus epätäydellisen informaation dynaamisissa peleissä. Dynaamisen pelin ero staattiseen on tältä osin se, etteivät osallistujat voi varmuudella tietää mihin kohtaa pelijärjestelmässä on tultu. Tämä joudutaan päättelemään tulosodotusten perusteella, jolloin pelaajan oletetaan toimivan uskomustensa mukaan rationaalisesti. Pelaajan uskoessa olevansa tietyssä ratkaisukohdassa (node in the information set) hänen ratkaisunsa täytyy olla rationaalinen tämän uskomuksensa kanssa ja pyrkiä saavuttamaan oletettu paras vaihtoehto. Mikäli tietyt strategiat johtavat tasapainotilaan, on näiden strategioiden valitsemisen todennäköisyys positiivinen verrattuna muihin. Kaikkien pelaajien uskomusten katsotaan muodostuvan näiden todennäköisyyksien kautta, jolloin pelin tulisi saavuttaa kaikkien kannalta paras tasapainotila (eli sellainen tilanne, jossa missään vaiheessa toisella tavalla toimiminen ei olisi ollut järkevää). Käytännössä pelaajien uskomukset voivat poiketa niin paljon toisistaan, ettei mitään tasapainoa saavuteta. Mallin avulla voidaan kuitenkin karsia täysin epätodennäköiset toimintavaihtoehdot.[50]

Pelit eivät välttämättä ole tietyntyyppisiä, vaan saman pitemmän pelin sisään voi olla rakentuneena useita eri pelejä. Tällöin tietyn pelin merkitys ei välttämättä ole sama kuin se olisi täysin itsenäisenä, yksittäisenä pelinä. Esimerkiksi vangin pulma voi johtaa erillisenä pelinä sosiaalisesti tehottomaan ratkaisuun, mutta laajemmassa pelissä se voi olla osa ratkaisua osoittaessaan tietyn vaihtoehdon todennäköiset tulosodotukset ja sitä kautta pelaajien todennäköiset strategiat.

---

[49] Gibbons I s. 89–93 (toiston merkitys vangin pulma -pelissä), 224-231 (maineen merkitys vangin pulman osalta).

Laukaisustrategiassa toisen osapuolen yhteisten etujen vastainen siirto johtaa yhteistyön päättymiseen eikä sitä enää jatketa. Tit-for-Tat-strategiassa yhteistyöhön voidaan palata, jos pelaajat ymmärtävät toisen noudattavan tämänlaista strategiaa.

[50] Tarkoituksena ei ole esitellä epätäydellisen informaation pelin mallia lähemmin. Tästä nk. täydellisestä Bayes’n tasapainosta (Perfect Bayesian Equilibrium) ks. lähemmin Baird ym. s. 80–89. Tekijät huomauttavat s. 88, että eri vaihtoehdoista voidaan karsia dominoidut vaihtoehdot, vaikka tämä ei suoraan Bayes’n tasapainon kautta onnistukaan. Taustalla on looginen ajatus siitä, ettei kukaan toimi omaa intressiään vastaan; Gibbons I s. 177–180; Gibbons II s. 175–183.

Baird ym. käyttävät esimerkkinä tilannetta, jossa vangin pulman ratkaisu osoittaisi toisen pelaajan saavan tietyn tuloksen. Tällöin tämä pelaaja ei valitse pelin toisessa haarassa tätä huonompaa ratkaisua. Tekijät kuitenkin varoittavat juuri pelimallien rakentamisen vaikeudesta sekä siitä, että erehtyminen tietyn pelin muodossa voi johtaa vääriin johtopäätöksiin.[51]

Dynaamisen pelin osalta aloitusvuorolla voi olla merkitystä. Se, joka pääsee aloittamaan pelin voi omalla vaihtoehdollaan antaa signaalin toiselle ja samalla vähentää tämän ratkaisuvaihtoehtoja. Markkinoiden kannalta aloituksen vaikutus korostuu, jos osapuoli voi vaikuttaa siihen kumpi pääsee aloittamaan pelin. Mikäli esimerkiksi investoinnilla voidaan antaa signaali markkinoille pyrkivälle omasta markkinoille tulon jälkeisestä tuotantotasostaan, voi pyrkijän ainoaksi rationaaliseksi vaihtoehdoksi jäädä pysyä poissa markkinoilta.[52]

Peliteoria lähtee tiukasta rationaliteettiajattelusta eli siitä, että pelaajat todella pyrkivät parhaaseen mahdolliseen vaihtoehtoon. Oletuksena on lisäksi se, että peliin (eli markkinoiden toimintaan) osallistuvilla on samanlainen käsitys rationaliteetistä. Rationaliteettioletus vastaa sikäli todellisuutta, että jokainen todennäköisesti toimii omasta mielestään rationaalisesti. Rationaalisuutta rajaa käytössä olevan informaation epätäydellisyys ja sitä muokkaa osapuolten aiempi käyttäytyminen. Peliteorian malleissa yleensä oletetaan saavutettavien lopputulosten olevan tiedossa, mikä ei voi vastata markkinoiden toimintaa. Jo tämä johtaa siihen, että voidaan toimia rationaalisesti useilla eri tavoilla – vaikka käytössämme olisi ns. dominoiva strategia (eli jokin vaihtoehto on aina muita parempi), koska rationaalisuus on sidottu oletukseemme lopputuloksesta. Peliteorian merkitys on lähinnä keinona rajata ratkaisuvaihtoehtoja ja sitä kautta yritysten kannalta keino arvioida tietyn strategian kannattavuutta.[53]

Taloudellisessa päätöksenteossa yrityksen ja markkinoiden rakenne sekä talouden taustatekijät vaikuttavat yrityksen näkemykseen sen kannalta parhaasta ratkaisusta. Markkinoiden rakenne voi sulkea joitain pelivaihtoehtoja pois (eli se määrittää pelin äärirajat). Yrityksen kannalta oletettavat korkotason muutokset tms. vaikuttavat tulevaisuudessa saatavan voiton arvoon. Viime kädessä yrityksen

---

[51] Baird ym. s. 191–195 (embedded games), 195 ”An isolated prisoner’s dilemma is a problem; an embedded prisoner’s dilemma may solve a problem. Not seeing the larger game leads to mistaken analysis. Yet the missing part of the game is only one of many mistakes that can be made. …, it is easy to misidentify the game being played. What appears to be a prisoner’s dilemma may be something else entirely. We must be cautious about concluding that the insights of a particular game-theoretic model can be carried over to a particular real-world situation, …”

[52] Baird ym. s. 57–63. Tekijät käyttävät esimerkkinä sementin valmistusta, jossa markkinoilla jo toimiva viestii konehankinnoillaan ulkopuoliselle aikovansa joka tapauksessa lisätä tuotantoaan. Mikäli tulija pääsisi aloittamaan pelin, ei tuotannon lisäys enää kannattaisi ja markkinoilla olija joutuisi tyytymään kilpailun lisääntymiseen.’

Viittaan uskottavia esteitä koskevien ongelmien osalta markkinoille pääsyn esteitä käsittelevään jaksoon 3.

[53] Esim. Heap ym. hyökkäävät varsinkin tiukimpia rationaliteettivaatimuksia vastaan. CKR (Common Knowledge Rationality) ja CAB (Consistently Aligned Beliefs) olettavat rationaalisten osa-

tarve saada positiivinen tulos juuri nyt voi vaikuttaa siihen, ettei se halua käyttää strategiaa, joka takaisi kenties vielä paremman tuloksen, mutta vasta pitemmällä aikavälillä. Lyhytjänteisyys voi johtua esim. rahoitustilanteesta (velkoja saatava lyhennettyä) tai osakekurssin korotustarpeesta. Pelaajat toimivat omasta näkökulmastaan rationaalisesti, mutta todennäköisten siirtojen selvittäminen edellyttää tietoa mikä on rationaalinen vaihtoehto juuri yrityksen x kannalta! Pelin päättymistodennäköisyyttä voidaan verrata esim. tilanteeseen, jossa markkinatilanne muuttuu radikaalisti fuusion tai muun rakenteellisen muutoksen kautta. Taloushan ei ole sidottu toimijoiden identiteetteihin, mutta riittävän suuri muutos muuttaa jo itse peliä (so. osapuolten kannalta ratkaisuvaihtoehdot muuttuvat radikaalisti).

2. MARKKINAMUODOT

2.1 Täydellinen kilpailu

Taloustieteellisen ihannemallin mukaan nk. täydellisessä kilpailussa kysynnän ja tarjonnan lait määräisivät markkinoiden toiminnan yritysten reagoidessa toistensa ja ostajien päätöksiin. Yksittäinen yritys ei tällaisessa tilanteessa pysty vaikuttamaan tuotteen hintaan, vaan se on ulkopuolinen vakiotekijä. Tuotteen hinta ei muutu, vaikka yritys lisäisi tai vähentäisi tarjontaansa (eli kysyntäkäyrä on horisontaalinen suora). Edellytyksenä on se, että kaikki yritykset olisivat pieniä suhteissa markkinoihin, tuote olisi samanlainen, ostajat tietäisivät hyvin myyjien vaatiman hintatason, myyjät toimisivat riippumattomina toisistaan, ja yritykset voisivat tulla markkinoille ja poistua niiltä esteittä (so. kustannuksitta). Markki-

---

puolten pitävän toisiaan rationaalisina ja että molemmat tietävät tämän seikan. Eli jokainen on a) instrumentaalisesti rationaalinen; b) kaikki tietävät tämän; c) kaikki tietävät b:n; d) kaikki tietävät c:n ja niin edelleen. Tästä on vedetty se johtopäätös, että saman informaation omaavat rationaaliset henkilöt tekevät samat johtopäätökset (eli CAB toteutuu). Heap ym. eivät pidä tällaista lopputulosta mitenkään välttämättömänä, vaan heidän esimerkkiään lainatakseen kaksi muotitietoista ”muotipeliä” pelaavaa tahoa ei välttämättä päädy samoihin vaatteisiin! Ero saattaa olla informaatiotasolla, mutta kaikkien arvostusten sitominen rationaliteettiin ei ole tekijöiden mielestä mahdollista. Käytännön testit ovat osoittaneet, etteivät ihmiset aina toimi rationaliteettivaatimusten mukaisesti. Ks. Heap ym. s. 23–28 (CKR ja CAB vaatimusten kritisointia), 45–48 (mitä voidaan rationalisoida CKR:n pohjalta). Ks. erityisesti s. 48 ”Each player can rationally play one of two strategies (tekijöiden esimerkissä 2.5) and the game is indeterminate. … Perhaps we should be gratefull; at least four strategies were eliminated. But even this is not allways possible. In the game of Figure 2.6, all strategies are rationalisable because no strategy is dominated – …” Ks. myös em. lähde jakso 8 tehtyjen kokeiden osalta.

CKR-vaatimuksesta luopumisen käytännön merkityksestä ks. Encaoua ym. s. 71 ”This common knowledge lies in the fact that each player knows that co-operation is the best response to entry and that entry is best response to co-operation. It turns out that lack of common knowledge can be sufficient to generate predatory strategies in equilibrium. The basic idea is that no entrant knows whether a profitable commintment to the market exists, because it cannot distinquish ’innocent’ from ’strategic’ situations.”

noille tulon ja poistumisen osalta täydellisen kilpailun malli muistuttaa nk. perfectly contestable market -teoriaa. Tämän teorian mukaan yritysten lukumäärällä ei sinänsä ole merkitystä, vaan ainoastaan juuri markkinoille tulon tai sieltä poistumisen esteillä. Lopputulos on sama kuin täydellisessä kilpailussa. Kummallakaan osapuolella ei saa olla preferenssejä ostajien tai myyjien suhteen, eli jokainen ostaja on halukas ostamaan jokaiselta myyjältä ja päinvastoin. Kaupankäynnin oletetaan lisäksi tapahtuvan kustannuksitta (so. joltain toiselta myyjältä ostaminen ei aiheuta neuvottelu- tms. kustannuksia eli transaktiokustannuksia ei ole). Yrityksiä täytyy olla niin runsaasti, ettei yksittäisen yrityksen tarjonnan muuttuminen tosiasiallisestikaan voi vaikuttaa hintatasoon.[54]

Kilpailijoiden haittaaminen tai liikesuhteista kieltäytyminen ei ole täydellisessä kilpailussa mahdollista. Tämä seuraa loogisesti vaihtoehtojen lukuisasta määrästä, ja yksittäisen toimijan mahdottomuudesta vaikuttaa markkinoihin. Eucken ilmaisee asian toteamalla, ettei kyse ole kamppailusta ”mies miestä vastaan”, vaan rinnakkain tapahtuvasta kilpailusta (so. urheilukilpailun tyyliin). Eucken’n lähtökohta on sikäli mielenkiintoinen, ettei hän mainitse yritysten lukumäärästä periaatteessa mitään, vaan painottaa kilpailusuhteiden merkitystä taloudellisten toimijoiden suunnitelman laatimiselle. Käytetyt esimerkit (maanviljelijä, kotirouva) viittaavat suureen lukumäärään. Eucken painottaa hinnan merkitystä ko. prosessin ohjaajana. Valtion tai muun tahon ohjaus ei tässä tilanteessa ole tarpeellista, koska osapuolet voivat tehdä taloudelliset suunnitelmansa käytössä olevien hintatietojen perusteella.[55]

---

[54] Areeda ym. Vol II s. 268–269 (edellytykset); Baumol ym. s. 538, 551–552. Kirjoittaja mainitsee esimerkkinä täydellisestä kilpailusta USA:n osakemarkkinat, mutta korostaa täydellisen kilpailun tutkimisen tuovan esille mitä kilpailu ideaalisesti toimiessaan voisi saada aikaan. Samalla korostetaan myös sitä, että täydellisen kilpailun vallitessa yritysten tuotantokustannukset ovat pienimmät mahdolliset; Begg ym. s. 133–134. Kirjoittaja huomauttaa osuvasti, että tietämättömän ostajan mielestä saman vuosimallin samanlaisen uuden, mutta kalliimman auton täytyy olla jotenkin parempi –> täydellinen kilpailu ei toteudu, 607–608, nk. perfectly contestable market -käsitteen osalta. Katso tältä osin epätäydellistä kilpailua koskevaa jaksoa; Fikentscher s. 188–190; Fischer ym. s. 158–159; Gamm I s. 9–10; Kreps s. 264–265; Schneider s. 36, 263–266. Kirjoituksessa tarkastellaan myös niitä muutospaineita, joita uuden yrityksen tuleminen ”täydellisesti kilpailluille markkinoille” aiheutuu. Kilpailu on aina prosessi mikä käy tekstistä hyvin ilmi.

[55] Eucken s. 247–249. Eucken’n näkemys on suorastaan yllättävän kritiikitön ottaen huomioon, että 1950-luvulla oli jo julkaistu täydellistä kilpailua kritisoivia tutkimuksia (mm. Clark). Näkemys on lisäksi täysin staattinen eikä tekijä pohdi osapuolten muutosten aiheuttamia vaikutuksia.

Vrt. Knöpfle s. 113–118. Tekijä kritisoi vertausta urheilukilpailuun, koska taloudellinen kilpailu ei pyri jonkun yksittäisen suorituksen voittoon vaan markkinoiden tyydyttämiseen. Vertailu voisi ylipäätään toimia vain homogeenisilla markkinoilla (so. kilpailtaisiin samasta asiasta) ja edellyttää tämän takia Knöpflen mielestä nimenomaan täydellisesti toimivia markkinoita. Urheilukilpailuvertaus on hänen mielestään sikälikin huono, että siinä unohdetaan markkinavastapuolen keskinäinen (so. tätä kautta ”urheilijoiden suoritukseen” kohdistuva) kilpailu. Knöpfle vertaa tilannetta urheilukilpailuun, jossa urheilijoiden lisäksi tuomaritkin kilpailisivat samanaikaisesti keskenään urheilijoiden suorituksien arvostelusta.

Mallista voidaan johtaa väite, jonka mukaan kilpailu on mahdollisimman täydellistä sen tarkoittamissa olosuhteissa (so. em. suuri joukko yrityksiä kummallakin puolella markkinoita). Epätäydellisimmillään kilpailu olisi siten kahden monopolin ollessa vastakkain. Kilpailuoikeuden päämääränä tulisi olla pienyritysten suojaaminen, jotta markkinat eivät pääsisi keskittymään täydellisen kilpailun olosuhteita pitemmälle. Kantzenbach huomauttaa päättelyn perustuvan vain tehtyihin oletuksiin kustannusfunktiosta, rahoitustilanteesta ja yritysten oletetuista päämääristä. Näkökulma ei ole realistinen ja täydellinen kilpailu on tässä mielessä vain harhakuva. Kuten Bork huomauttaa, ei kilpailun käsite mitenkään sisällä vaatimusta tietyn kokoisten yritysten suojaamisesta.[56]

Mallin taustalla ovat todennäköisesti Adam Smith'n ajatukset luonnollisesta hinnasta, joka voi poiketa todellisesta hintatasosta. Hinnat pyrkivät kuitenkin kohti tätä tasoa. Pitempiaikaisten poikkeamisten syynä Smith piti mm. sen aikaista lainsäädäntöä, joka mahdollisti monopoli- tai sen kaltaisen aseman markkinoilla. Luonnollinen hinta määräytyy normaalin palkkatason, voittojen ja vuokrien perusteella.[57]

Täydellisessä kilpailussa ulkopuolisten tekijöiden muutosten tulisi teoriassa johtaa siihen, että markkinoille joko tulee tai niiltä poistuu yrityksiä siitä riippuen, muuttuuko tuotanto esim. raaka-aineiden hinnanmuutoksen tai kysynnän muutoksen takia kannattavammaksi tai kannattamattomammaksi. Informaatio markkinoiden tilasta on heti kaikkien saatavilla ja on aukotonta. Samoin yritysten reaktioiden oletetaan tapahtuvan silmänräpäyksessä. Kyse ei ole yritysten itse määräämästä hintatasosta jne., vaan markkinoille tulon ja niiltä poistumisen ollessa esteetöntä, ne sopeutuvat tilanteeseen joko käynnistämällä tai lopettamalla tuotantonsa. Yksikään yritys ei tällöin voi saada voittoa markkinoilta, koska hinnan nostaminen tai muutoin syntyvä voitto houkuttelisi markkinoille heti uusia yrityksiä. Resurssien jako on mahdollisimman tehokasta (eli Pareto-optimaalista), koska pääoma ja tuotanto siirtyy tuottavammille markkinoille, kunnes tasapaino on saavutettu. Voiton osalta kuluihin lasketaan pääomalle menevä tuotto, joka vastaa saman pääoman muualle sijoitettuna saamaa tuloa (kyse ei siis ole kirjanpidollisesta voitosta). Mallin mukaan kaikki yritykset toimivat mahdollisimman tehokkaasti, koska samanlainen tuotantotekniikka on kaikkien saatavilla.[58]

---

[56] Bork käyttää tältä osin täydellisen kilpailun lähikäsitteenä markkinoiden hajaantumista (fragmentation), jolla kuitenkin tarkoitetaan lähinnä riittävää määrää yrityksiä markkinoilla. Bork s. 60–61; Kantzenbach s. 20–21.

[57] Smith s. 157–158, 164–165. Smith huomauttaa osuvasti kilpailun ja monopolin eron olevan siinä, että edellisessä hinta on aina alin mahdollinen ja jälkimmäisessä korkein saatavissa oleva (monopoliyritysten kannalta).

[58] Areeda ym. Vol II s. 268–270.

Pareto-optimaalisuudella tarkoitetaan tilannetta, jossa mikä tahansa muutos johtaisi jonkun aseman huonontumiseen. Tällainen tilanne saavutetaan vasta kun kaikki sellaiset muutokset on tehty, jotka parantavat jonkun asemaan kenenkään kärsimättä. Ks. tästä käsitteestä esim. Varian s. 15–16.

Teoria ei lainkaan huomioi aikatekijää, vaan markkinoille tulon ja poistumisen oletetaan onnistuvan likipitäin hetkellisesti. Kuitenkin jo markkinoiden tarjoamien tilaisuuksien selvittäminen (toimi sitten ostajana tai myyjänä) vaatii tiedon keruuta eikä tämä voi nykytekniikallakaan tapahtua hetkessä. Resursseista ainoastaan pääoma voi olla varsin nopeasti siirrettävissä (jos yrityksellä on käytössä likvidiä omaa pääomaa eikä mitään rahoitusjärjestelyjä tarvita), mutta mitä spesiaalimmasta tuotannontekijästä on kyse, sitä hankalampi muutos on.[59]

Täydellisessäkään kilpailussa ei tuotetta riitä kaikille halukkaille, vaan kilpailun tuloksena on tuotteen hinnan lasku alimmalle mahdolliselle tasolle (tietyllä hetkellä katsottuna). Tällöin hinta, tuotanto ja ihmisten tyydytysfunktio kohtaavat optimaalisella tavalla (eli Pareto-optimaalisesti). Tällöin mitään ei voida tuottaa enemmän jonkun toisen tuotteen tuotannon kärsimättä (tai jonkun ihmisryhmän joutumatta epäedullisempaan tilanteeseen). Tehokkuus ei tässäkään yhteydessä merkitse oikeudenmukaisuutta, koska esim. lihan hintataso saattaa kysynnän perusteella nousta, jolloin köyhemmät kansalaiset joutuvat tyytymään kala- tai viljapitoisempaan ravintoon, vaikka he haluaisivat syödä enemmän lihaa. Täydellisen kilpailun kannalta tehokkuus toteutuu, jos tässä tilanteessa hinta on alin mahdollinen.

Teoriaa voidaan kritisoida sikäli, että perinteisenä lähtökohtana se on käsitetty staattiseksi. Päämääränä on tietty tasapaino, johon ”kilpailun” tulisi periaatteessa loppua. Käytännössä ostajilla on lähes aina preferenssejä, jotka muuttuvat ajan kuluessa. Lähes täydellisinäkin pidetyillä viljamarkkinoilla ostajilla on preferenssejä eri viljalaatujen suhteen (ts. erilaista vehnää leivontajauhoiksi kuin makaronituotantoon). Perustellusti voidaan kysyä, täyttäisikö täydellinen kilpailukaan kilpailun innovaatiota edistävää päämäärää. Tärkeimmän kilpailutekijän – hinnan – ollessa annetun ei yrityksillä ole enää mitään kilpailuvapautta. Täydellisen kilpailun markkinoista taas ei voitane puhua, jos yritykset paremman teknologian avulla pyrkivät saamaan toisia suurempia voittoja, koska tämä kehitys johtaisi ennemmin tai myöhemmin hintojen muuttumiseen. Siten tekninen kehityskin jää mallissa huomioon ottamatta.[60]

---

[59] Begg ym. s. 137–143, jossa kirjoittajat käsittelevät pitemmällä aikavälillä tapahtuvia muutoksia (eli sitä mekanismiä, jolla tuotannonala hakeutuu tasapainoon markkinoilla); Kreps s. 272–274, jossa kirjoittaja korostaa mallin olevan riippuvainen nimenomaan tuotantotekniikan ja kulujen samanlaisuudesta; Stigler I s. 8–9. Tekijä katsoo taloustieteilijöiden sinänsä todenneen aikatekijään liittyvät ongelmat, mutta niitä pidetään niin vähäarvoisina, että ne voidaan teoreettisissa malleissa unohtaa.

[60] Begg ym. s. 133. Kirjoittajat painottavat sekä tuotteiden korvaavuusasteiden erilaisuuden että kuluttajien tietojen / preferenssierojen johtavan mallin syrjäytymiseen. Tutkiessaan mallia he olettavat tuotteiden olevan homogeenisia ja ostajien tietävän kaikki tuotteista.; Clark s. 56 huomauttaa, etteivät täydellisen kilpailun mallia tukevatkaan itse haluaisi sen edellyttämää tuotteiden homogeenisuutta ja staattisuutta, koska tämä uhkaisi kilpailua enemmän kuin tuotedifferointi; Kantzenbach katsoo mallin täyttävän hänen kilpailulle asettamistaan kriteereistä vain kaksi, jolloin huomiotta jää tuotannon sopeutuminen ei taloudellisiin muutoksiin (so. markkinoiden ulkopuolisiin) ja tekniseen

Weizsäcker rinnastaa täydelliseen kilpailuun oman mallinsa II-tason kilpailun eli kilpailun tuotannon tasolla. Edellytyksenä ovat kuluttajien tason kilpailun estäminen, tuotannon vaatiman tietouden ja raaka-aineiden vapaa saatavuus sekä mahdollisuus myydä tehty tuote rajoituksitta. Mitään liikesalaisuuksia ei saisi olla. Kuluttajien (eli I-tason) kilpailulla hän tarkoittaa olemassa olevien tuotteiden vaihdantaa, lahjoittamista tai esim. varastamista. Tuotannon tason kilpailu vaatii tämän I-tason kilpailun estämistä omistusoikeuksien avulla. Weizsäcker ei pidä täydellistä kilpailua ihanteena, koska se estää III-tason (keksintöjen taso) kilpailun toimivuutta. Todellisuudessa kilpailun on käsitettävä kaikki mainitut tasot eikä tältä kannalta täydellinen kilpailu ole mahdollista.[61]

Tietyissä tapauksissa on epävarmaa, saavutetaanko täydellisen kilpailun edellyttämällä yrityslukumäärällä optimaalista tuotannon tasoa. Tuotannon määrä voi jäädä liian alhaiseksi, jos vähäisempi määrä yrityksiä voisi tuottaa saman määrän tai enemmän tehokkaammin kuin mallin edellyttämä suuri joukko yrityksiä. Tämä skaalatuotantoon sidottu argumentti ei sinänsä osoita täydellisen kilpailun olevan mahdotonta, mutta se painottaa ko. mallin toimivan huonosti kaiken taloudellisen toiminnan esikuvana. Vastaavasti optimaalinen määrä voi jopa ylittyä, jos valmistus vaatii kiinteän kustannuserän sijoittamista (kapasiteetin perustamiskustannukset tms.) ja tämä erä on merkittävä suhteessa tuotteen hintaan. Markkinoille voi tulla samanaikaisesti niin paljon yrityksiä, että tuotannon optimitaso ylittyy ja kiinteiden kustannusten menettämispelko estää niitä poistumasta markkinoilta teorian olettamalla tavalla. Tässä mielessä contestable markets -teoria on ”toimivampi”, koska siinä potentiaalisen kilpailun oletetaan pakottavan yritykset toimimaan täydellisen kilpailun tavoin.[62]

Kantzenbach’n mielestä kyse on vain ”osittaismallista”, joka soveltuu tiettyjen markkinoiden tietyn hetken tarkasteluun. Tällöin kaikki näiden markkinoiden ulkopuolella oleva on otettava huomioon vain annettuina tietoina, jotka eivät

---

kehitykseen. Ks. Kantzenbach s. 16–17 (hänen kilpailulle asettamansa funktiot), 21 (mitä täydellisen kilpailun malli näistä täyttää); Kurz ym. s. 19 ”Er versucht das *evolutionäre* Phänomen ’Wettbewerb’ durch Gleichgewichts- und Optimal*zustände* zu erklären. … Der durch unternehmerisches Verhalten (als treibende Kraft) vollbrachte Anpassungs*prozeß* ist das Wesentliche, nicht der fiktive Endzustand …” (kursiivi alkup. tekstissä); Möschel II s. 43– 44. Kirjoittaja painottaa täydellisen kilpailun olevan ainoastaan malli, jota rasittaa lisäksi sen pyrkimys staatteiseen tasapainotilaan.; Schmidt I s. 7–9. Kirjoittaja esittää tekstissä mainittua kritiikkiä tukeutuen lähinnä amerikkalaisiin kirjoittajiin.; Schumpeter s. 174–175. Tekijä painottaa suuryritysten itse asiassa olevan kehityksen moottoreita; Woll s. 275–276, jossa kirjoittaja toteaa analysoinnin kohteena olevan täydellisen kilpailun mallissa lähinnä teoreettisen lopputilan. Taloustieteellisen tutkimuksen kannalta hän pitää itse prosessia (ts. jonka oletetaan johtavan tasapainotilaan) tärkeämpänä.

[61] Weizsäcker s. 5–8. Tekijä korostaa sivulla 8 kilpailun olevan tasapainoitettu yhdistelmä kaikkien tasojen kilpailua eikä kilpailupolitiikka voi onnistua ilman niiden huomioimista.

[62] Schumpeter huomauttaa sekä teknisen kehitykseen että skaalaetuihin liittyvistä ongelmista ja pitää selkeästi vääränä täydellisen kilpailun käyttämistä talouspoliittisena mallina. Mielenkiintoisesti sinänsä hän ei mainitse esim. Clark’n, Robinson’n tai Chamberlain’n teorioita tässä yhteydessä. Ks. Schumpeter s. 174, 175.

tarkasteluajanjaksona voi muuttua. Kilpailupoliittiseksi esikuvaksi täydellisen kilpailun mallista ei tämän takia hänestä ole, koska politiikasta päätettäessä on ratkaistava koko kansantaloutta – ei yksittäisiä markkinoita – koskevia ongelmia. Staattisen näkökulman painotuksen kautta se voi olla suorastaan harhaanjohtava.[63]

Käytännössä ihannemalli ei toteudu, koska sen edellyttämää puhdasta markkinataloutta ei ole olemassa, vaan yritysten toimintaa rajaavat monet muut tekijät kuin markkinoilla vallitseva kysyntä ja tarjonta. Näitä tekijöitä ovat mm. verot, työllisyyspolitiikka ja muut valtion toimet sekä yritysten erilaisuudet, kuten erilainen koko, patentteihin tms. perustuva suoja, tekniikan kehitys yleensä sekä kilpailunrajoitukset (kartellit ja määräävän aseman väärinkäyttö jne.). Markkinoilta poistuminen tai niille tulo ei sekään yleensä ole ilmaista, vaan vaatii huomattaviakin kustannuksia. Yritykset voivat pitää yllä tappiollistakin tuotantoa, jos kilpailunäkymien odotetaan parantuvan tai tuotannolla on yrityksen kannalta muuta arvoa kuin markkinahinta (esim. yritys haluaa pysyä riippumattomana kilpailijoistaan jonkin puolivalmisteen osalta). Kilpailuoikeudella tarkoitetaan laajassa mielessä koko sitä säädösaineistoa, jolla pyritään turvaamaan toimiva kilpailu. Tällöin siihen kuuluu sopimattomien kilpailumenetelmien ehkäiseminen ja kilpailunrajoitusten kieltäminen tai vahingollisten vaikutusten estäminen. Nämä osat ovat riippuvaisia toisistaan, koska ne molemmat määrittelevät sitä, mikä on hyödyllistä kilpailua.[64]

Vaikka täydellisen kilpailun ajatus pohjautunee Smith'n teoriaan, ei tämä teoria mielestäni pohjaudu staattisen kilpailun mallille. Hinnat liikkuvat luonnollisen hinnan molemmin puolin aina kysynnän ja tarjonnan mukaisesti. Liikakysyntä nostaa palkkoja ja johtaa liikatarjontaan sekä tätä kautta palkkojen laskuun. Mark-

---

[63] Kantzenbach s. 22, 136 "… daß das Modell der vollständigen Konkurrenz aufgrund seines ausschließlich statischen Charakters als Orientierungsgröße für die Wettbewerbspolitik unbrauchbar ist. Wird mit der im Modell gegebenen vollständigen Erfüllung der drei statischen Wettbewerbsfunktionen und Funktionsfähigkeit verbunden, so ist das Modell … sogar irreführend." Samaan ongelmaan viittaa Schumpeter s. 169–170. Tekijä painottaa, että täydellinen kilpailu voisi teoriassa johtaa yhä kauemmas tasapainopisteestä johtavaan kehitykseen. Hinnan ollessa annettu seuraa esim. tuotantohäiriöstä johtuvasta pulasta hinnan korotus, joka saa yritykset tuottamaan tämän hinnan edellyttämän määrän. Markkinat eivät ko. hinnalla osta tarvittavaa määrää tuotetta ja hinta laskee mistä seuraa tuotannon supistuminen ja hinnan nousu. Noidankehä on tätä kautta valmis.

[64] Begg ym. s. 159. Tekstissä korostetaan pienimmän tehokkaan tuotantomäärän merkitystä markkinoiden rakenteelle sekä kehityskulujen kasvavaa merkitystä tältä osin; Fikentscher s. 190 "Jener Obstbauer wird sagen: Die Konkurrenz ist schaft, aber ich kann den andern keine Konkurrenz machen … Die vollständige Konkurrenz – die sehr unvollständig ist – ist übrigens besonders gefährdet durch zentrale Informations- und Lenkungsmaßnahmen, eben die Intrumente, deren sich die landwirtschaftlichen und andere 'Marktordnungen' bedienen."; Goyder s. 10–11; Lasok s. 163; Möschel II s. 43–44 "Sie bleiben materiell unbefriedigend, weil ihr Erkenttnisobjekt ein stationäres Gleichgewicht ist. Es werden Ausgangs-, Übergangs- und Endzustände eines komplexen Marktgeschehens analysiert. Wie es aber zu den Datenänderungs- und Anpassungsprozessen kommt, bleibt außerhalb der Betrachtungsweise."; Rinck s. 227–229 (yleisesti); Rittner III s. 116–117 (lähinnä Saksan oikeuden osalta).

kinoilla voi olla erinäisiä tekijöitä, jotka estävät luonnollisen hinnan saavuttamista. Luonnollinen hintakin muuttuu ajan kuluessa seuraten tuotantotekijöiden hinnan muutoksia. Smith katsoi luonnollisen hintatason riippuvan kysynnän ja tarjonnan lisäksi yhteiskunnan luonteesta, eli oliko yhteiskunta eteenpäin menevä, staattinen vai taantuva.[65]

Kilpailupoliittisesti teoria johtaa vaatimukseen tietyn optimaalisen markkinarakenteen edistämisestä. Mikäli tällaista tilannetta ei voida saavuttaa, tulisi markkinoiden toimintaa muutoin korjata ko. suuntaan puuttumalla joko markkinoiden tulokseen (esim. verotuksen tai hinta- tms. kontrollin kautta) tai yritysten toimintatapoihin. Kaikkia näitä keinoja sinänsä käytetään, mutta tuskin kukaan enää väittää niiden perustuvan täydellisen kilpailun vaatimaan hajautettuun markkinarakenteeseen, vaan markkinoiden toimintaprosessia haittaavan markkinavoiman ehkäisyyn.[66]

2.2 Epätäydellinen kilpailu

Täydellisen kilpailun jättäessä monet todellisuudessa esiintyvät kysymykset vaille vastausta on taloustieteessä siirrytty käsittelemään epätäydellisen kilpailun mallia. Tässä tilanteessa yritys voi omalla toiminnallaan vaikuttaa hieman markkinoihin, esim. nostaa tuotteensa hintaa, rajoittaa tuotantoa jne. Nimitys epätäydellinen kilpailu viittaa ainoastaan täydellisen kilpailun malliin eikä sinänsä kerro mitään, siitä kuinka kovaa kilpailu markkinoilla tosiasiassa on. Tämän arvioimiseksi olisi jokaista markkinaa ja markkinatyyppiä tarkasteltava erikseen. Kilpailupoliittisessa mielessä nimitys ”epätäydellinen” johtaa helposti siihen harhakäsitykseen, että ”oikeaan” kilpailuun päästään ”epätäydellistä” kilpailua jotenkin täydentämällä.

Epätäydellistä kilpailua ei tulekaan pitää minään täydellisen kilpailun vaihtoehtona, vaan kyse on eri lähtökohdista johdetuista taloudellisista teorioista. Teorioiden taustalla on yleisesti havainto siitä, ettei täydellisen kilpailun malli ainakaan sellaisenaan ole toteutettavissa tai otettavissa kilpailupolitiikan lähtökohdaksi.

---

[65] Smith s. 161–163 (hinnan ja luonnollisen hinnan suhteesta), 172–176. Kirjoittaja käyttää esimerkkinä eteenpäin menevästä maasta Amerikan siirtokuntia (so. ennen niiden itsenäistymistä), paikallaan pysyvästä maasta Kiinaa ja taantuvasta maasta Englannin Länsi-Intian saarten taantuvia alueita. Smith johtaa mallistaan myös väestönkasvuun ja vähenemiseen meneviä johtopäätöksiä. Hänen ajatusmallinsa mukaan väestönmäärän tulisi sopeutua työvoiman kysyntään (enemmän lapsia kun tarvitaan enemmän väkeä, vähemmän taantuman aikana). Vrt. jo edellisessä jaksossa esitettyä Ottel’n käsitystä siitä, että kilpailua ei ole lainkaan, jos tasapainotila saavutetaan. Ks. Ottel s. 928–929.

[66] Kurz ym. s 20–21. Tekijät huomauttavat hintateoreettisen mallin (so. täydellisen kilpailun) seuraamisen johtavan tehottomaan kilpailupolitiikkaan.

Mikrotaloustieteen kannalta epätäydellinen kilpailu voidaan määrittää tilanteeksi, jossa saatavilla olevia resursseja ei hyödynnetä täydellisesti. Tämä voi ilmetä sekä raaka-aineiden tai työvoiman vajaakäyttönä että kehitys- / keksimistyön vähenemisenä.[67]

2.3 Monopoli ja monopsoni

Täydellisen kilpailun vastakohtana pidetään nk. puhdasta monopolia. Tällöin markkinoilla on yksi ainoa yritys. Asia voidaan ilmaista sanomalla, että jollain yrityksellä on ainutlaatuinen tuote, jota kukaan muu ei osaa / pysty valmistamaan. Kysyntämonopoli-tilanteissa (eli nk. monopsoni) tuotteella on yksi ainoa ostaja, jolloin valmistajat eivät voi tarjota tuotettaan muualle, vaan joutuvat tyytymään tämän yrityksen tarjoamiin hintoihin ja ehtoihin. Kilpailijoiden puuttuessa ei monopoliyrityksiin kohdistu minkäänlaista kilpailupainetta. Täydellinen monopoli on harvinaisuus, koska yleensä jonkinlainen korvaava tuote tai palvelu kilpailee sen kanssa. Lisäksi kilpailuviranomaiset yleensä pyrkivät vastustamaan näin vahvan markkina-aseman syntymistä. Monopolikäsitettä käytetään usein kuvaamaan yrityksiä, joiden markkinaosuus ei tosin ole 100 %, mutta hyvin lähellä tätä. Tällöin nämä yhtiöt voivat toimia monopolin tavoin.[68]

Monopoli voidaan kuvata yrityksen itsensä kannalta tilanteeksi, jossa joko kilpailijoita ei ole lainkaan tai näiden vaikutus jää alle yrityksen ”havaitsemiskynnyksen”. Havaitsemiskynnys voi vaihdella yrityskohtaisesti. Yrityksellä on omasta mielestään aina kilpailijoita, jos kynnys on matala.

Monopolin erityistapaus on määräävässä asemassa oleva yritys, jolla on monta pientä kilpailijaa. Nämä eivät pysty tuottamaan markkinoiden vaatimia määriä, joten markkinajohtaja voi hyödyntää tilannetta esim. perimällä korkeamman hinnan omista tuotteistaan. Se ei ole täysin riippumaton kilpailijoista, eikä aseman säilyminen ole mahdollista ilman markkinoille tulon estämistä.

Joskus markkinoille pääsy ei ole mahdollista erityistuotteen, lakiin tms. perustuvien rajoitusten takia. Erilaisiin lainsäädöksiin perustuva monopoli on luonteeltaan oikeudellinen. Laillisia rajoituksia ovat suoraan myönnetyt monopoliasemat (kuten Alkolla tiettyjen alkoholijuomien tukkukaupan ja vähittäismyynnin osalta) sekä erilaisiin patenttisäädöksiin ja mallioikeusnormeihin perustuvat monopolit. Monopoli voi perustua yrityksen omiin pyrkimyksiin estää kilpailijoiden pääsy markkinoille tai tekniseen etumatkaan. Tekninen etumatka voi olla lähinnä ohimenevä ilmiö, mutta sen pönkittämää monopolia voidaan pitää yllä suurempien tuotantovolyymien ja yleisön keskuudessa luotujen mielikuvien avulla. Tästä voi-

[67] Schumann s. 38.
[68] Baumol ym. I s. 578, jossa kirjoittajat huomauttavat, että lisäedellytyksenä on se, ettei mikään yritys tuota edes likimain korvaavaa tuotetta. Monopsonin osalta s. 781; Schumann s. 296–297.

daan pitää esimerkkinä Intelin ylivoimaa prosessorimarkkinoilla. Kilpailevia tuotteitahan on olemassa, mutta silti lähes kaikki haluavat ostaa ”Intel inside” -tietokoneen. Monopoliasema voi olla useilla eri markkinoilla, jolloin se voi joltain osin perustua tekniseen etumatkaan / patentteihin ja toisilla markkinoilla lainsäädännön perusteella myönnettyyn monopoliin.[69]

Monopoliasema voi perustua siihenkin, ettei tuotetta kerta kaikkiaan kannata tuottaa kuin erittäin suurissa tuotantoyksiköissä ja -sarjoissa. Vaaditut sarjat voivat olla niin suuria suhteissa markkinoihin, ettei kannattavaa tuotantotoimintaa voi harjoittaa kuin yksi ainoa yritys. Tuotantosarjojen ei kuitenkaan tarvitse olla suuria, jos kysyntä on niin vähäistä, ettei tuotetta kannata valmistaa taloudellisesti tehokkainta määrää. Suuremmalla tuotantosarjalla yksikkökustannukset laskisivat, mutta tähän ei ryhdytä, koska tuote ei mene kaupaksi. Molemmissa tapauksissa on kyseessä nk. luonnollinen monopoli.[70]

Kysyntämonopoli perustuu usein liikatuotantoon. Kysynnän vähentymisen tai muun vastaavan syyn takia tuotetta on markkinoilla liikaa, jolloin ostaja voi valita mitä tuotetta hän haluaa ostaa. Vastaava tilanne syntyy silloin kun markkinoilla on vain yksi sellainen ostaja, jonka haluama määrä mahdollistaa kannattavan tuotannon. Valmistavan yrityksen näkökulmasta ei ostajan kanssa kilpailevilla pienemmillä yrityksillä ole tällöin merkitystä tehtäessä päätöstä tuotannon aloittamisesta tai jatkamisesta. Tukku- ja vähittäiskauppaportaan keskittyessä ei valmistajille lopulta jää kuin yksi vaihtoehto tuotteen ostajaksi. Monopsoni ei ole välttämättä monopoli (so. se voi olla ostojensa suhteen monopsoniasemassa jollain alueella, mutta kilpailee tuotteellaan / tukkukauppapalveluillaan muiden yritysten kanssa).[71]

Monopoli voi päättää omista hinnoistaan sekä usein pitää hinnat korkealla tuotantoa rajoittamalla, koska tässä asemassa olevilla yrityksillä ei ole kilpailun kautta syntyvää painetta alentaa hintojaan tai tehostaa tuotantoaan. Mahdollisuus vapaaseen hinnanmuodostukseen voi johtaa nk. monopolivoittojen keräämiseen. Tuotanto rajoitetaan sellaiselle tasolle, jolla rajakustannukset vastaavat rajatuottoja. Monopoli voi muista yrityksistä poiketen asettaa hintatason kysynnän mukaan, eli periä sen hinnan, minkä asiakkaat ovat valmiita maksamaan siitä määrästä, mikä monopolin kannalta on järkevää tuottaa (kilpailun kohteena olevalle yrityk-

---

[69] Baumol ym. I s. 578–579.

[70] Luonnollisesta monopolista on kyse myös niissä tilanteissa, joissa optimaalista tuotantomäärää ei saavuteta edes yhdessä tehtaassa (eli markkinat ovat itse asiassa liian pienet suhteessa tuotantoon). Tälläisia tuotteita joudutaan usein subventoimaan valtion toimesta. Baumol ym. I s. 579–580. Kirjoittajat huomauttavat, että luonnollinen monopoli olisi sinänsä hyödyllinen kuluttajille, mutta riskinä on sen väärinkäyttö hinnankorotusten tms. kautta.; Schumann s. 295 ”Von einem ’natürlichen’ Monopol spricht man bei Subadditivität der Kosten, d.h. einer Situation, in der die Kosten eines einzigen Anbieters einer insgesamt abzusetzenden Menge kleiner sind als die Summe der Kosten, die bei irgendeiner Aufteilung dieser Menge auf mehrere Anbieter entstehen würden.”

[71] Gravelle ym. s. 368–369.

sellehän hinta on ”annettu”). Yrityksen saama voitto ylittää tällöin sen voiton, jonka siihen sijoitettu pääoma saisi muualle sijoitettuna. Kuluttaja voi vain ostaa tai jättää ostamatta kilpailevien tuotteiden puuttuessa. Monopoleilla ei ole vastaavaa tarvetta parantaa tuotteitaan kuin kilpailluilla aloilla.[72]

Taloudellisesti monopolia ei pidetä tehokkaana, koska sen ei yleensä kannata tuottaa sitä määrää, jolla keskimääräiset kulut per yksikkö ovat pienimmillään. Tavallisesti monopoli tuottaa liian vähän, jolloin täydellisen kilpailun tilanteeseen (tuotetta tuotetaan juuri niin paljon kuin kysyntä ja tarjonta määräävät) ei päästä. Tällöin voimavarat jakautuvat väärin, koska monopolituotteen tuotantoon ei käytetä niin paljon kuin olisi taloudellisesti järkevää. Posner huomauttaa, ettei tältä osin ole niinkään kyse monopolin omasta toiminnasta, vaan siitä, että kuluttajat ostavat sellaisia korvaavia tuotteita, joita vapaan kilpailun vallitessa ei kannattaisi ostaa. Tältä osin on kyse yhteiskunnalle aiheutuvasta ylimääräisestä kustannuksesta, koska voimavaroja tuhlaavan tuotteen valmistus kiihtyy.[73]

Laadun tai teknisen kehityksen osalta näin selkeitä johtopäätöksiä ei voi tehdä, eikä oikeudellinenkaan arviointi ole tältä osin mahdollista ilman lisäargumentointia (esim. vesi- tms. monopolien osalta viranomaiset voivat edellyttää tietyn tasoista laatua, koska talousvettä on yleensä ostettava samalta toimittajalta, vaikka tämä ei huolehtisi vesijohtoverkon toiminnasta riittävästi). Normien puuttuessa monopoli voi kilpailemattoman asemansa avulla itse päättää tekeekö se tuotteistaan huonolaatuisempia ja lyhytkestoisempia, jolloin kuluttajien on ostettava uusi tuote aikaisemmin kuin pitkäkestoisten tuotteiden osalta olisi välttämätöntä. Teoriassa ratkaisevia ovat tuotantokustannukset. Jos monopolin kannalta on edullisempaa tuottaa yksi pitempikestoinen tuote kuin kaksi lyhytkestoista (tai muu kestoaikojen pituuden perusteella määräytyvä suhde), se tuottaa tällaisen. Tässä puhtaan matemaattisessa arvioinnissa ei oteta huomioon markkinoiden (so. kuluttajien mieltymysten) muutoksia, jotka voivat johtaa toisenlaiseen ratkaisuun (esim. odotettavissa on kysynnän muutos, jolloin lyhytkestoinen tuote pakottaa kaikki kuluttajat seuraamaan uutta ”muotia”).[74]

Posner ei usko monopoleilla olevan suuria vaikutuksia niin tuotantokustannusten kuin tekniseen kehitykseen yleensäkään. Monopolihan hyötyy nimenomaan hintojen ja määrän laskemisesta optimaaliselle tasolle sen kannalta. Kustannustason lasku ja tuotteiden kehitys auttavat suuremman voiton keräämisessä, joten niiden osalta monopolinkin kannattaa luoda ”kilpailumaisia” toimintamalleja (Posner käyttää esimerkkinä monopoliyrityksen sisäisen kustannustasoa koskevan kilpailun). Ajattelumalli pätenee useimmissa käytännön tilanteissa, koska yleensä

---

[72] Taloustieteellisesti monopoli päättää tuotantomääristä kustannusten eikä kysynnän ja tarjonnan avulla. Ks. esim. Baumol ym. I s. 582–583, 584 ”As compared with the perfectly competitive ideal, the monopolist restricts output and charges a higher price”; Kreps s. 299–300; Posner s. 12–13.
[73] Baumol ym. I s. 585–586; Posner s. 9–11.
[74] Shy s. 315–317.

aivan puhdasta monopolia ei markkinoilla ole, vaan yritykseen kohdistuu vielä jonkinlaista ulkoistakin kilpailupainetta.[75]

Yrityksen monopoliasema jonkun tuotteen osalta ei välttämättä osoita, että sillä olisi huomattava markkinavoima. Kysynnältään joustavan tuotteen hinnan nostaminen johtaa kysynnän rajuun laskuun, eikä yritys siten pääse nauttimaan suuria monopolivoittoja. Kuta joustamattomampaa kysyntä on sitä vankempi yrityksen asema markkinoilla on.

Monopsoni voi vastaavasti painaa hinnan alle kilpailun luoman tason. Kysyntämonopolin ostaessa tuotteita tai palveluita kilpailluilta markkinoilta vaikuttaa ostettava määrä suoraan hintoihin (kysynnän kasvaessa myyjät nostavat hintojaan). Ostajan kannalta tämä johtaa paitsi lisäkappaleiden tms. hinnan nousemiseen myös kaikkien samoilta markkinoilta ostettavien kappaleiden hinnan nousemiseen (kilpailuilla markkinoilla hinnat eivät määräydy kappale- tai eräkohtaisesti, vaan koko markkinoiden osalta). Rajoittamalla ostomääriä hinnat pysyvät alhaisempina ja monopsoni voi saada suuremman voiton. Monopsoni voi pyrkiä luomaan myyjien keskuuteen ”kilpailua” ostamalla aina halvinta tuotetta. Lopputuloksena voi olla tilanne, jossa hinta painuu alle keskimääräisen valmistuskustannusten ja tuotanto on valmistajan kannalta tappiollista.[76]

Monopsonitilanteen merkitys on monopolia hankalammin arvioitavissa. Kuluttajathan saattavat saada haluamaansa tuotetta halvemmalla kuin he muuten sitä saisivat. Toisaalta tuotetta valmistaville yrityksille ei kerry varoja tuotannon uudistamiseen ja tuotteiden kehittämiseen. Pitemmällä aikavälillä niiden kannattaa lopettaa tappiollinen tuotanto, ja tällöin kuluttajahinnat nousevat.

2.4 Oligopoli ja oligopsoni

2.4.1 Yleistä

Oligopolissa kilpailijoita on vähän ja jokainen voi omalla toiminnallaan vaikuttaa markkinoihin. Käsitteellisesti voidaan erottaa suppea ja laaja oligopoli. Näistä ensimmäinen kuvaa tilannetta, jossa markkinoilla on vain kaksi (nk. duopoli) tai muutama yritys (tavanomaisimmin yläraja on viisi tai vähemmän). Jälkimmäisessä yrityksiä voi olla enemmän, ja raja onkin pitkälti liukuva. Bain toteaa duopolin

[75] Posner s. 16–18.

[76] Baumol s. 782 (kirjoittaja käyttää esimerkkinä työmarkkinoita, mutta malli pätee muihinkin monopsoneihin); Monopsonin vaikutuksesta ostettaviin määriin ja hintoihin ks. esim. Gravelle ym. s. 369–370 ”The analysis of the single buyer confronting many competitive sellers is rather similar to the analysis … of the single seller confronting many competitive buyers. In each case the firm realizes that it faces a curve relating price to quantity which summarizes the response of the competitive side of the market and the firm sets the quantity or price in light of this interdependence of price and quantity.”

tai muutaman yrityksen oligopolin olevan helposti määriteltävissä verrattuna atomistiseen (so. täydelliseen) kilpailuun. Ongelmia syntyy välitilanteissa. Tällöin arviointiin voi vaikuttaa esim. markkinoiden yleinen tilanne. Mitä vakaampi tämä on, sitä helpompi on yritysten havaita toisten poikkeaminen linjasta. Vastaavasti epävakailla markkinoilla yrityksen ”oman” toiminnan menestymismahdollisuus on suurempi. Kilpailuoikeudellisesti välitilanteiden arviointi voi olla vaikeaa, koska oikeudellisesti ”oligopoli” on olemassa vain tietyissä markkinatilanteissa. Käytännössä ei liene järkevää puuttua näissä tapauksissa ilmenevään monopolihinnoitteluun tms. Mahdollisena – joskin hankalana – pidän puuttumista aseman vakauttamiseen tähtääviin menettelyihin (yrityskaupat ja markkinoille pääsyn esteet).[77]

Monopoliin ja täydelliseen kilpailuun verrattuna oligopolin toimintaa on vaikea ennustaa. Yritysten pyrkiessä voiton maksimointiin voi lopputulos olla yhteinen monopolihinnoittelu (vrt. kartellit!). Teoriassa oligopolin on katsottu voivan johtaa tasapainotilaan, jolloin monopolia tai täydellistä kilpailua lähestyvä hinnoittelu riippuu lähinnä yritysten lukumäärästä. Yksi tärkeimmistä havainnosta oli se, että duopolin tai oligopolin kautta syntyvä tasapainotila voi olla suora seuraus yritysten välisistä vaikutussuhteista, eikä siten mitään yhteistoimintaa tarvita. J. Friedman korostaa, ettei Cournot’n mallin staattisuuskaan vaikuta tämän perushavainnon merkitykseen. Monijaksoisilla markkinoilla (multiperiod markets) yritys kerää tietoa osapuolten aiemman toiminnan pohjalta ja tekee sitten omat tuotantoa ja hintaa koskevat ratkaisunsa. Jokaisella jaksolla ideaaliratkaisu on periaatteessa Cournot’n tasapainotila.[78]

Monopolihinta on oligopoliyritysten kannalta Pareto-optimaalinen ratkaisu, koska se johtaa yhteisen voiton maksimointiin. Mikään muu vaihtoehto ei enää ole yhteisellä voittomaksimin rajakäyrällä (profit possibility frontier). Tällöin vähintään yksi yrityksistä voisi kasvattaa voittojaan muiden kärsimättä. Markkinoilta saatava maksimituotto on monopolihinta, joten tätä ei voida ylittää. Tasapainotilojen lopputulos on normaalisti alle monopolihintatason, joten yksi talousteorian mielenkiintoisimmista kysymyksistä onkin päästäänkö monopolihintaan ilman yhteistyötä? Määräävän aseman kannalta voidaan lisäksi tutkia, voiko muista erottuva markkinavoimaisempi yritys ohjata hintatasoa tähän suuntaan?[79]

---

[77] Bain II s. 116.

[78] En käsittele tässä yhteydessä tarkemmin eri tasapainomalleja, jotka ovat yleensä johdettavissa toisistaan. Tunnetuimpia malleja ovat Cournot’n ja Nash’n tasapainotila -mallit. Cournot-mallin osalta ks. esim. Friedman, J s. 27–32 (mallin johtaminen), 32–34 (sen merkitys).

[79] Profit possibility frontier’n osalta ks. Friedman, J s. 24 ”A profit possibility frontier can be found by selecting profit levels for firm 1 and then maximizing the profits for firm 2 with respect to q1 and q2 (= tuotantomäärät), while requiring that the profit for firm 1 be held at preassigned level.”; Scherer ym. s. 204–205 ”At point M, the sum of Firm 1’s profits plus Firm 2’s profits is at a maximum, and so we conclude … that P1 = P2 = 128 $ (tekijöiden käyttämän esimerkin hintojen pohjalta) is the *joint profit-maximizing* solution for the duopolists. To reach it, Firms 1 and 2 must cooperate as if they were a unified monopoly.”

Peliteorian näkökulmasta neljä on vähän ja kuusi paljon, joten kilpailuoikeudellinen valvonta voitaisiin keskittää edelliseen ryhmään. Lukumäärään on päädytty arvioimalla olisiko yritykselle hyötyä kartellista vai ei. Kuuden tai useamman yrityksen tapauksessa yhä useampi haluaisi pysyä kartellin ulkopuolella, vaikka osa voi olla sen jäseniä. Mallin mukaan jäsenten määrä olisi aina neljä ja vain ulkopuolisten määrä kasvaa. Varovainen johtopäätös voisi olla se, että neljä tai sitä pienempi määrä yrityksiä voi todennäköisemmin toimia yhdessä esim. markkinoille pääsyä torjuakseen. Kilpailupoliittisesti tulisi olla tarvittavat keinot estää kartellinomaista tilannetta muuttumasta liian pitkäaikaiseksi (jos markkinoilla on tilaa muillekin) tai viimeisenä keinona puuttua hinnanmuodostukseen, jos yritykset yhdessä keräävät monopolivoitot. Kartellisäännöt eivät tähän välttämättä riitä, koska yhteistyö on ”pakon sanelemaa”, eli yhteistyö on yrityksille edullisempaa kuin avoin kilpailu.[80]

Oligopoli esiintyy harvoin ”puhtaana” muutaman yrityksen joukkona. Todennäköisimmin markkinoilla on joukko pieniä yrityksiä eli nk. competetive fringe. Nämä toimivat atomistisen kilpailun mallin mukaan, eikä yksittäisen yrityksen hinnanlasku vaikuta muiden toimintaan. Näillä yrityksillä lienee yhdessä jonkinasteinen oligopolin hintatasoa alentava vaikutus. Bain huomauttaa pienempien kilpailijoiden kustannusten olevan usein oligopolin ydintä korkeampia ja tuotteiden olevan kuluttajien silmissä huonompia (so. suurten yritysten tuotteet ovat paremmin tunnettuja). Markkinajohtajan kustannusetu saattaa johtaa pienempien yritysten keskinäisen kilpailun korostumiseen, mikä lopulta hyödyttää lähinnä hallitsevaa yritystä. Mitä suurempi markkinaosuus pienemmillä yrityksillä on ja mitä vähemmän niillä on em. haittoja sitä lähemmäs kilpailtua hintatasoa tulisi päätyä.[81]

Oligopoliyritysten on seurattava kilpailijoidensa menettelyä. Usein ryhmästä erottuu muita voimakkaampi markkinajohtaja, jonka hinnankorotuksia, alennuksia tms. muut jäljittelevät. Tällöin oligopoli on asymmetrinen vastakohtana symmetriselle oligopolille, jossa yritysten markkinaosuudet ovat suurinpiirtein yhtäsuuret. Markkinoille tulo on oligopolitilanteessa hankalaa yritysten pyrkiessä

---

[80] Phlips I s. 23–28 (pääosin matemaattinen mallinnus, jonka avulla lopputulokseen on päädytty). Tekijän käyttämässä pelissä on kolme alapeliä: 1. liitynkö kartelliin vain en?; 2. kartellin kiintiöistä sopiminen; 3. omasta tuotettavasta määrästä päättäminen. Peliteorian mukaisesti etsitään ensin optimaaliratkaisu alapeliin 3 ja sen jälkeen alapeliin 2 ja 1. Mallin tulisi toimia myös epätäydellisen informaation tilanteissa. Ks. em. lähde s. 56–66 (pääosin matemaattinen mallinnus).

[81] Bain II s. 122–123. Bain huomauttaa competive fringe’n puuttumisen johtavan pienempiin tuotantomääriin ja korkeampiin hintoihin (so. lähemmäs monopolimaista käyttäytymistä). Oligopolitilanteiden luokittelussa tulisikin siten huomioida kilpailevien pienten yritysten merkitys.; Scherer ym. toteavat markkinajohtajan osuuden ensin laskevan ja sitten lisääntyvän pienempien yritysten määrän kasvaessa markkinoille, jos markkinajohtajalla on kustannusetu. Käytännössä tämä tarkoittaa pienten yritysten kilpailevan keskenään niin voimakkaasti, että se hyödyntää vain hallitsevaa yritystä. Mitä suurempi kustannusetu ja mitä enemmän pieniä kilpailijoita on sitä korostetumpi on hallitsevan yrityksen asema. Ks. Scherer ym. s. 223.

estämään kilpailun lisääntymistä. Laajan ja suppean oligopolin eroa pidetään periaattellisesti merkittävänä, koska laajassa oligopolissa yritysten välisen yhteistyön mahdollisuus on suppeaa pienempi. Kuta enemmän yrityksiä markkinoilla toimii, sitä hankalampi muiden on vahtia toisten toimintaa ja tätä kautta houkutus poiketa yhteisestä ”linjasta” on suurempi. Kartelleja koskevan tiukan kiellon eräs syy onkin ollut juuri se, että niiden avulla laajakin oligopoli pystyi pitämään osapuolet ruodussa.[82]

Oligopolitilanteessa markkinoilla toimivien yritysten on päätettävä minkälaista strategiaa ne seuraavat. Määritettäväksi tekijäksi voidaan ottaa joko hinta tai tuotettava määrä. Puhtaimmissa malleissa muiden yritysten ei oleteta muuttavan toimintaansa, vaan kyse on päätöksenteossa vakiosta. Tätä ajattelua ei nykyään pidetä kovin realistisena, koska kilpailijat hyvin todennäköisesti reagoivat jotenkin, jolloin tämä reaktio otetaan jo etukäteen huomioon yrityksen laskelmissa. Ratkaisut voidaan tehdä joko hintajohtajan ja seuraajan tai määräjohtajan ja seuraajan asemassa. Vaikka yritys ratkaisisi tuotantomäärää ja hintaa koskevat kysymykset ”itsenäisesti”, ei se tällöinkään tee ratkaisua ottamalla markkinat annettuina, kuten täydellisessä kilpailussa, vaan pyrkii arvioimaan kilpailijoiden todennäköiset reaktiot. Toisin kuin klassisessa oligopoliteoriassa ei nykyään enää oleteta muiden yritysten seuraavan passiivisena toisen menettelyä, vaan hintajohtaja tms. tilanteissakin on pitkälti kyse reaktiosidonnaisuuteen perustuvasta hiljaisesta yhteistyöstä.[83]

Oligopsonin osalta aiheuttaa ongelmia se, ettei yrityksillä tässä tilanteessa ole erityistä tarvetta yhteistyöhön. Oligopolihan pyrkii hintojen korkeana pitämiseen mikä vaatii linjasta poikkeamisen estämistä tai rankaisemista. Oligopsonissa yritykset pyrkivät ostamaan tuotteen mahdollisimman halvalla, eikä linjasta poikkeaminen tarjoamalla enemmän kuin muut ole todennäköistä. Yhteistyötä yritysten välillä voi syntyä lähinnä silloin, kun ne vain tätä kautta voivat saada normaalia edullisemmat toimitusehdot tai hinnat. Oligopsonin merkitys voikin olla lähinnä sen pyrkimyksessä estää uusien kilpailijoiden markkinoille tuloa ja täten rajoittaa myyjien vaihtoehtoja. Samalla kyse voi olla seuraaviin markkinoihin kohdistuvasta oligopoliasemasta, jonka heikentyminen ei ole yritysten intressissä. Tulokkaalle myyvää yritystä voidaan esim. boikotoida, jolloin liikesuhteiden katkeamisuhka riittää houkuttavankin ostotarjouksen torjumiseen.

---

[82] Bain II s. 115–116; Fischer ym. s. 196–198, 209–210.

Tutkimuksen keskittyessä määräävän aseman väärinkäyttöön ei oligopolin kartelli- tai kartellinomaista yhdenmukaista käyttäytymistä käsitellä tässä työssä. Esimerkiksi hinnanmuodostuksen osalta nämä kuitenkin liittyvät varsin läheisesti yhteen väärinkäytön kanssa, jolloin kilpailuoikeudelliseksi ongelmaksi kohoaa kysymys oligopolin normaalista reaktiosidonnaisuudesta verrattuna tarkoitukselliseen yhteistyöhön sekä voiko oligopolin perimä hinta nousta ilman varsinaista yhteistyötäkin monopolitasolle, jolloin siihen tulisi puuttua väärinkäyttökontrollin kautta.

[83] Kantzenbach ym. s. 22–26 (klassisten oligopolimallien esittely ja kritiikki), 26 ”Die Unternehmen verhalten sich kollusiv in Kenntnis der oligopolistischen Interdependenz und der dabei bestehenden gegenseitigen Abhängigkeit …”; Scherer s. 152–153 (Cournot-mallin esittely), 155 (kritiikkiä); Varian s. 440–448 (määrä- ja hintajohtajuuden matemaattiset mallit).

2.4.2 Oligopoli-sidonnaisuus

Reaktiosidonnaisuuden kautta voidaan oligopoli määritellä tilanteeksi, jossa yrityksen toiminnasta johtuvat kysynnän vaihtelut ovat merkittäviä sekä yrityksen itsensä että markkinoilla toimivien kilpailijoiden kannalta. Edellä käsitelty hinnanmuodostus on osa reaktiosidonnaisuutta. Periaatteessa vaihtoehtoja on kaksi: yhteisen voittopotin kasvattaminen (vakiintuneiden markkinaosuuksien pohjalta) tai oman osuuden kasvattaminen muiden kustannuksella. Yritys tietää tämän ”petkutuksen” (so. oligopolin hintatasosta tai tuotantomäärästä poikkeamisen) voivan johtaa muiden vastareaktioon. Tällöin sen on arvioitava ”kiinnijäämisen” seuraukset sekä lyhytaikaisesti (mahdollinen hintasota tms.) että pitempiaikaisesti (sinänsä hyödyllisenä pidetty hiljaiselo voi lakata yritysten jatkossa epäillessä toisiaan). Monopolissahan yrityksen toiminnalla ei ollut mitään merkittävää vaikutusta tältä osin. Polypolissa (so. täydellisen kilpailun tilanteessa) vaikutus kohdistuu vain yritykseen itseensä, eikä muutos ole kilpailijoiden kannalta merkittävä.[84]

Missä määrin ”petkutus” kannattaa riippuu oligopolin luonteesta. Mitä stabiilimpi oligopolitilanne on, sitä suurempi etu yrityksille sen säilyttämisestä on. Ne voivat laskea keräävänsä ylisuuria voittoja vielä pitkälle tulevaisuuteen. Stabiilisuutta korostaa oligopolin symmetrisyys ja yritysten kustannusrakenteen samanlaisuus. Vastaava vaikutus on tuotteiden homogeenisuudella, jolloin kilpailijoiden omasta poikkeavan tarjouksen arviointi on yksinkertaista. Heterogeenisen tuotteen osalta tulisi ensin määritellä oman ja ”naapurin” tuotteen erot ja näiden vaikutus hintatasoon ennen kuin ”hinnasta poikkeamisen” toteaminen on mahdollista. Kustannusrakenteeltaan halvemman yrityksen ei juuri tarvitse pelätä kilpailijoiden reaktioita, koska se tietää näiden kärsivän hintasodasta sitä enemmän. Näissä tapauksissa on tosin riskinä tämän yrityksen monopolisointipyrkimys. Markkinatilanteen muuttuessa nopeasti tai voimakkaasti ei oligopolin hiljainen yhteistyö yleensä voi kestää. Samaan johtanee alalla oleva ylikapasiteetti, koska tästä aiheutuva kustannus toimii suurena houkuttimena myydä yli ”sovitun” määrän. Tilanteen arvioidaan yleensä olevan pysyvämpi tiukan oligopolin suhteen, koska muutaman harvan suuryrityksen on helppo tarkkailla toisiaan. Tässä tilanteessa ei markkinoilla mahdollisesti toimivilla pienyrityksillä ole suurta merkitystä. Ne voivat jopa hyötyä oligopolin varjossa elämisestä perimällä itsekin oligopolihintaa tuotteistaan.[85]

---

[84] Bain II s. 118–119. Bain korostaa ratkaisujen ristiriitaisuutta yrityksen kannalta ja markkinatilannesidonnaisuutta; Kantzenbach ym. s. 38. Tekijät painottavat, että laskelmissa on huomioitava vaikutukset muillakin markkinoilla. Oligopoliyrityksen taipumus ”petkutukseen” voi saada muut epäilemään sen toimia näissäkin tapauksissa; Sandrock I s. 89, 91, 93 (reaktiosidonnaisuuden erilaisuuden osalta).

[85] Bain II s. 119. Bain arvioi, etteivät kaikki (tässä yhteydessä voisi käyttää termiä ”tiukka oligopoli”, vaikka Bain ei sitä käytä) hänen asettamansa edellytykset käytännössä juuri koskaan toteudu ja yrityksillä on siten aina eriasteisia houkutuksia poiketa markkinalinjasta; Kantzenbach ym.

Oligopolin ”yhteistoimintaa” voidaan liioitella. Kaikki oligopolit eivät päädy hiljaiseloon, vaan kilpailu voi olla hyvinkin kiivasta yritysten kesken. Mikäli kartellia ei ole, ei ole selvää viestityskanavaakaan, jonka avulla toimintaa voitaisiin koordinoida. Mitä heterogenisemmista tai voimakkaammin teknisesti kehittyvistä tuotteista on kyse sitä todennäköisemmin päädytään kilpailuun (eli oligopoli ei ole stabiili). Teoria ei ylipäätään anna suoraa vastausta kysymykseen, miksi jokin oligopoli kilpailee enemmän kuin toinen. Reaktiosidonnaisuus-ajattelu ei lisäksi todista kovin vakuuttavasti, miten oligopoli pystyy nostamaan hintojaan yli kilpaillun tason. Sen mukaanhan muutos ei saisi perustua yhteistoimintaan, vaan ainoastaan taloudellisiin tosiseikkoihin. Whish korostaa, ettei hintajohtajuuskaan ole ratkaisu tähän pulmaan, koska se viittaa lähinnä yhden yrityksen (so. hintajohtajan) hallintaan. ”Sovittu” hintajohtajuus taas on kartelli. Scherer tulkitsee tilannetta toisin, koska hän katsoo hintajohtajuuden nostavan ainakin vähäisessä määrin hintaa kilpaillusta. Hän myöntää, ettei arvio päde tilanteisiin, jossa hintajohtajan kustannustaso on muita oligopolin jäseniä alhaisempi.[86]

Posner pitää oligopolin keskinäistä riippuvuutta (interdependence theory) liioiteltuna, vaikka myöntää ongelman olemassaolon. Hänen mukaansa muiden myyjien reaktionopeutta on suuresti liioiteltu. Yhden yrityksen hinnanlaskuhan ei vain vie asiakkaita toisilta, vaan tuo uusia markkinoille. Muiden reaktioiden osalta merkitystä on näissä tilanteissa, miten suurta osaa ko. yrityksen tai markkinoiden tuotannosta hinnan lasku koskee sekä homogeenisuusasteella. Mitä erilaisemmista tuotteista on kyse, sitä vähemmän syytä muilla on reagoida, koska ne eivät menetä omia asiakkaitaan. Posner huomauttaa osuvasti hinnan olevan ylipäätään kilpailupoliittinen ongelma, jos se ylittää kilpaillun hintatason. Näin ei välttämättä ole laita, jos yritykset käytännössä kilpailevat korkeamman hinnan pois tarjottujen oheispalvelujen tms. muodossa. Posner’n mielestä kilpaillun hinnan ylittävä hintataso voi olla merkki vain hiljaisesta yhteistyöstä, johon USA:ssa tulisi puuttua Sherman Act’n kautta. Mitään muita todisteita kuin taloudellista näyttöä tähän ei tarvittaisi (so. ei mitään näyttöä yhteydenpidosta tms.). Tutkimuksen kohteena olevissa järjestelmissä kyse olisi kartelliin verrattavasta yhteistyöstä tai muiden edellytysten täyttyessä määräävän aseman väärinkäytöstä.[87]

---

s. 42–43. Tekijät huomauttavat suuremman yrityksen voivan tarvittaessa ostaa pienen kilpailijan pois markkinoilta, jos se osoittautuu häiriötekijäksi. Tältä osin yrityskauppakontrollin merkitys markkinarakenteen avoimena pitäjänä luonnollisesti korostuu. Ks. em. lähde s. 54–56 dynaamisen kehityksen ja ylikapasiteetin vaikutusten osalta. Lisätekijöinä oligopolin pysyvyyden osalta tekijät mainitsevat mm. kysynnän joustamattomuuden sekä uponneet kustannukset. Ks. em. lähde s. 45–53.

[86] Scherer s. 176 ”The paramount problem for firms trying to make the best of an oligopolistic market structure is to devise and maintain communication systems that permit behavior to be coordinated in the common interest.”, 184; Whish s. 482–483. Tekijä huomauttaa jonkun yrityksen tuotannon kasvun ja hinnan alennuksen voivan rajoittua vain siihen, jolloin muilla ei ole suoranaista syytä reagoida (niiden tuotanto tai voitot eivät pienene). Hinnan nostamiseen liittyvistä ongelmista ks. em. lähde s. 484.

[87] Posner s. 43 (riippuvuusteorian osalta), 44–46 (kritiikin osalta). Ks. ”hiljaiseen yhteistyöhön” puuttumisen osalta em. lähde s. 55–71.

Posner'n malli lakaisee oligopoliongelman siististi taloudellisen "maton" alle. Sen soveltaminen käytäntöön ei välttämättä onnistu, koska se ensinnäkin edellyttää kilpaillun hintatason tietämistä ja toisaalta erilaisten lisäpalvelujen oikean hinnan arvioimista. Tiukan oligopolin tapauksissa voitaisiin joutua lähes jatkuvaan kontrolliin, koska pelkkä puuttuminen hintatasoon yhden kerran ei estä saman ilmiön toistumista ehkä hieman toisessa muodossa. Posner liittää teoriansa yritysten pilkkomista vastustavaan kantaansa. Tähän verrattuna jatkuvampaakin markkinakontrollia voidaan pitää perusteltuna. Tutkittavissa oikeusjärjestelmissä ei ole USA:n lainsäädäntöä vastaavaa normistoa, joten ongelma on tältä osin hieman erilainen. Oligopolin arvioidut taloudelliset vaikutukset ovat toki samanlaisia.[88]

2.4.3 Peliteoreettinen lähestymistapa

Oligopoleja ja kartelleja on usein kuvattu peliteorian avulla. Yritys "pelaa" kilpailijoidensa reaktioilla, ja sen on arvioitava mitä kilpailijat tulevat tekemään esim. tilanteessa, jossa se alentaa hintaa 5 %. Alentaminen on kannattavaa vain, jos markkinaosuus kasvaa, mikä edellyttää kilpailijoiden passiivisuutta (so. nämä eivät seuraa hinnanlaskua). Nk. vangin pulman mukaisesti yritykselle olisi edullisinta, jos vain se voisi laskea hintojaan. Toisaalta se tietää, että tämä on toisten yritysten kannalta epäedullisin tilanne. Käytännössä hinnanlasku joudutaan arvioimaan sen tilanteen pohjalta, jossa kaikki markkinoilla toimivat yritykset laskevat hinnan samalle tasolle tai pitävät hinnat entisellään. Kilpailun kannalta haitallisinta on "vankien" kommunikointi, koska tämä poistaa epävarmuuden odotettavasta hintatasosta. Vangin pulmassa oletetaan kummankin valitsevan sen lopputuloksen, joka epävarmuustilanteessa minimoisi heidän rangaistuksensa. Kaikkein edullisin vaihtoehto on yhteistyö, jossa kiistämällä koko rikoksen molemmat vapautuisivat (eli yritykset voisivat kerätä monopolivoittoja).[89]

Varhaisempi peliteoreettinen lähestymistapa oli tulkita oligopoli nolla-summapeliksi. Jokainen siirto merkitsee tällöin sitä, että toinen osapuoli voittaa tai menettää jotain. Muutosten summa on aina nolla. Yrityksen pyrkimyksenä on "mini-max" -tilanne, jossa toisen osapuolen käytös huomioiden valitaan paras ratkaisu. Vaihtoehdon valinnan perusteena on mahdollisimman pieni tappio (eli riskittömin vaihtoehto). Lopputulos ei välttämättä ole positiivinen (eli yritys ei

---

[88] Posner'n kanta varsinkin pilkkomisten suhteen on varsin jyrkkä. Ks. Posner s. 94–95. Kritiikki kohdistuu osittain USA:ssa 1970-luvulla ehdotettuun lainsäädäntöön. Aiheen ulkopuolelle jäävänä ei asiaa laajemmin käsitellä.

[89] Scherer s. 162–164. Tekijä käyttää sivuilla 163–164 esimerkkinä käytännön oligopolista GE:n ja Westinghousen hinnoittelua. GE oli ilmoittanut vuonna 1963 antavansa tietyn suuren alennuksen sekä uusille että kaikille korkeintaan kuusi kuukautta aikaisemmille tilauksille. Westinghouse tiesi siten GE:n hintatason, mutta sen ei kannattanut ryhtyä hintakilpailuun, koska GE olisi yksinkertaisesti voinut muuttaa hintatasoaan.

ehkä pääse voitolle). Vastapuoli valitsee toisen tehtyä siirtonsa luonnollisesti itselleen parhaan vaihtoehdon. Käytännössä harva oligopolitilanne voidaan muokata nollasumma-peliksi.[90]

Toistetussa pelissä ei lähtökohtana voi olla yhden kierroksen nollasumma-ratkaisu, vaan tietyn siirron vaikutukset peliin kokonaisuudessaan. Oletuksena on yhteistyö tilanteissa, joissa vastapuolen kannalta haitallinen siirto johtaisi ”rankaisutoimiin” eli esim. hintasotaan. Yleensä oletetaan reaktioiden olevan pysyviä, eli seuraavasta siirrosta alkaen tuotetaan vain rankaisutoimen edellyttämä määrä tms. Teoriassa peli voidaan tällöin pelkistää yhden kierroksen optimiratkaisun etsimiseksi, koska tämä on osapuolten kannalta paras vaihtoehto. Ajattelumalli kuvaa nollasummapeliä paremmin oligopolin keskinäistä riippuvuutta, koska se ei edellytä mitään kommunikointia tai muuta kartellitoimintaa. Phlips korostaakin, ettei tällaisessa tapauksessa voida erottaa toisistaan oligopolin jäsenten ”itsenäistä” ja sovittuun yhteistyöhön perustuvaa menettelyä. Käytännössä lienee tosin vaikeaa laskea, mikä olisi sen hetkisessä tilanteessa eri osapuolten kannalta paras vaihtoehto. Peliteoriassa tilanne on lisäksi tavallisesti pelkistetty pariin vaihtoehtoon, jotka toistuvat joka kierroksella. Tällöin riittää kerran valitussa oikeassa vaihtoehdossa pysyminen. Eri asia on, voidaanko teoriaa hyödyntää, jos jokainen kierros on itsenäinen (esim. pelaajat vaihtuvat, taloudelliset olosuhteet muuttuvat, kysyntä vaihtelee jne.). Teoria kuvannee parhaiten yritysjohtajien tietynlaista ”näppituntumaa”, eli todennäköisesti tiedetään melko hyvin miten pitkälle voidaan mennä ja milloin kilpailijat todella reagoivat.[91]

Yhteistyö voi toistuvassa pelissäkin kaatua, jos osapuolten arvostukset poikkeavat riittävästi toisistaan. Hetkellistä voittoa painottava yritys ei kenties lainkaan välitä muiden reaktioista (esim. yrityksen osakkeet halutaan myydä ja voiton näyttäminen on tärkeää). Phlips korostaa em. pelin johtavan ”yhteistyö” lopputulokseen vain, jos kaikki arvostavat voittoja samalla aikajanalla. Jos tämän hetken voitto on jonkun osapuolen kannalta selkeästi tulevaa tärkeämpää, ei oligopoliyritysten kesken voi syntyä sen enempää sopimukseen kuin markkinoiden luomaan paineeseen perustuvaa yhteistyötä. Tulevien voittojen diskontattu arvo on tässä mielessä ratkaiseva tekijä. Jos tulevaisuudessa voitetun markan arvo on nykytilanteessa vain murto-osa nykyhetkellä ansaitusta, voi petkutus olla kannattavaa, vaikka se ei pitempi jaksoisessa tarkastelussa sitä olisi. Peli edellyttää joko täydellistä informaatiota diskonttaustekijöistä (jolloin strategia voidaan suunnata esim. petkutusoletuksen mukaan) tai eri yritysten taloudellisten olo-

[90] Ks. peliteoriasta esim. Scherer s. 160–161.

[91] Perusmallin esittää Phlips. Lähtökohtana on tuotetun määrän valitseminen kaikkien yritysten kannalta optimaaliselle tasolle. Jos joku poikkeaa tästä, muut rankaisevat sitä. Koska rankaisu ei periaatteessa pääty koskaan, ei ”poikkeajan” väliaikainen hyöty voi riittää pitkällekään. Kaikille on siten selvää, että poikkeaminen johtaa vain yhteisen voiton pienentymiseen eikä kukaan poikkea ideaalitilasta. Ks. Phlips I s. 94–96.

suhteiden samankaltaisuutta (eli ne todellisuudessa arvostavat tulevat voitot liki samaan arvoon, vaikka ne eivät ennen ”siirtoa” voi tästä aivan varmoja ollakaan).[92]

Ajattelumallit eivät kuitenkaan ole pysähtyneet ikuisia rangaistustoimia tms. vaativiin. Peliin voidaan esim. liittää kovempia rankaisuja kuin pelkkä tuotannon lisäys tai yritysten voidaan olettaa palaavan yhteisen voiton maksimointiin joidenkin vuorojen jälkeen (eli keppi ja porkkana -strategia). Phlips käyttää esimerkkinä duopolin minimax-peliä, jossa kumpikin uhkaa toimia toisen voiton minimoivalla tavalla tietyn ajan. Tämän jälkeen palataan maksimoivaan hinnoitteluun, jos kumpikin on toiminut pelin vaatimalla tavalla (eli jos vain toinen on pyrkinyt minimoimaan ”vastustajansa” voiton, se jatkaa tätä toimintaa kunnes kilpailija osoittaa omalla menettelyllään ”sitoutuneensa” peliin). Tässäkin pelissä on itse asiassa oletuksena, ettei rankaisuun koskaan ryhdytä, koska osapuolet ovat etukäteen arvioineet poikkeamisen olevan kannattamatonta (eli uhka on uskottava).[93]

Peliteoriassa on tutkittu erilaisten signaalien merkitystä. Oligopolissa kyse olisi ”yhteisen edun” vastaisesti toimivan yrityksen rankaisemisesta esim. muuttamalla hintatasoa sen päämarkkina-alueella. Nk. base point -hinnoittelussa tämä tarkoittaisi hinnoittelupisteen valitsemista ”rikkurin” alueelta, jolloin jokainen oligopoliyritys tarjoaisi tuotetta hänen alueellaan vähintään yhtä edullisesti kuin rangaistava yritys. Signaali on tehokkaimmillaan, jos kohde olettaa toiminnan voivan jatkua periaatteessa loputtomiin (eli se esim. ajettaisiin markkinoilta). Yrityksen kannalta on kyse petkutuksen kannatusarvioinnista. Eri asia on, voidaanko ”pelimallin” avulla arvioida yritysten käytännön vaihtoehtoja, koska kovin selviin rankaisutoimiin olisi kilpailuviranomaistenkin helppo puuttua.

Peliteorian ongelmana pitäisin sitä, että tosiasiassa päättymätön peli, johon voi liittyä uusia pelaajia, asettaa pelaajan kohtuuttoman hankalan ratkaisun eteen. Vähänkään laajemmassa ja avoimemmassa oligopolissa tuskin voidaan laskea tarkkaan eri osapuolten reaktioita. Peliteoreettinen vaihtoehto sekä yleensäkin oligopoli-sidonnaisuus toimii sitä paremmin mitä lähempänä duopolia ollaan. Peliteoria osoittaa samalla ko. markkinoiden toimivan kilpailun rajat. Ei voida väittää muidenkaan yritysten kilpailevan markkinoilla yhtään tehokkaammin, jos ne loogisesti päätyisivät samantapaiseen ratkaisuun!

Jos oligopolia halutaan kontrolloida kilpailuoikeudellisesti, tulisi peliteorian valossa estää informaation täydellisyys sekä alentaa markkinoille pääsyn esteitä (uusia pelaajia on tällöin ”pelin laidalla” odottamassa ”virhesiirtoa”). Tämä voi vaatia määräävän markkina-aseman ulottamista oligopoleihin, koska peliteorian

---

[92] Phlips I s. 97.

[93] Phlips I s. 101–102. Phlips käyttää esimerkkinä Englannissa 1980-luvulla tutkittua suola-duopolia ja päätyy toteamaan osapuolten päätyvän ”rinnakkaiseen hinnoitteluun”, koska muu ei kannata. Tämä pätee siitä huolimatta, että toinen yritys voisi uhata toista sellaisella hinnalla, ettei jälkimmäisen kannattaisi tuottaa yhtään mitään. Molempien osapuolten noudattaessa minimax-strategiaa uhkaus olisi kuitenkin liian kallis ja siten molemmilla osapuolilla on syy hinnoitella tuotteet yhteistä voittoa silmällä pitäen. Ks. em. lähde s. 101–105.

mukaan kyse ei varsinaisesti ole hiljaisesta yhteistyöstä, vaan pelin aiheuttamasta, itsenäisestä paineesta toimia ”pelin sääntöjen” mukaisesti. Samalla törmäämme kontrollointiongelmaan. Jos peli päättyy loogisesti yhteistyöhön eikä markkinoille pääsyyn voida vaikuttaa, yritysten ei voida väittää toimivan kilpailuteorian kannalta väärin. Asiaan puuttuminen on tällöin markkinoiden sääntelyä kilpailuoikeudellisin keinoin, mikä voi johtaa alkutilannetta epätaloudellisempaan esim. poistaessaan tuotekehitystä tai korvaavien tuotteiden markkinointia edistäviä signaaleja.

2.4.4 Oligopolin vaikutukset

Oligopoli voi johtaa markkinoiden jäykkyyteen. Varsinkaan hinnalla ei kannata kilpailla, koska muut vastaisivat tähän heti. Yhteistyön avulla voidaan hintoja pyrkiä nostamaan (esim. nk. rajakustannushinnoittelun avulla). Tiukassa oligopolissa saattaa syntyä hintasota, jossa tarkoituksena on ajaa muut markkinoilta alentamalla hinta jopa reilusti alle tuotantokustannusten. Yhteistyövaihtoehtoa voi pitää todennäköisempänä, ellei markkinoilla ole yhtä muita vahvempaa yritystä, joka voisi pyrkiä monopolisoimiseen. Tällöinkään hintasota ei ole kovin todennäköinen kilpailuviranomaisten puuttumisriskin takia. Oligopolin erikoisuus markkinamuotona on, ettei sen käytöstä voida monopolin tai polypolin tavoin suoraan ennustaa. Edellisessähän yritys päättää itse hinnasta ja tuotantomääristä, jälkimmäisessä nämä määräytyvät automaattisesti markkinoiden mukaan. Oligopolissa hinta ja tuotantomäärät perustuvat yritysten reaktioihin toistensa toimiin, eikä etukäteen voida arvioida onko lopputulos lähellä monopolimaista käyttäytymistä vai enemmän ”täydellistä kilpailua” jäljittelevää.[94]

Oligopolin jäykkyyttä voi joissain tapauksissa tukea nk. polvekas kysyntäkäyrä (kinked demand curve). Tilanne syntyy yrityksen tietäessä hinnan alennuksen aiheuttavan vastaavan laskun kilpailijoiden hinnoissa. Nousua ei seurattaisi yhtä orjallisesti (osa jättäisi hintansa ennalleen tai korottaisi niitä vähemmän). Hinnan lasku ei kannata, koska kaikki menettäisivät, eikä laskua havitteleva saisi itselleen mitään etua. Korotus vähentäisi sen tuottoja entisestään sekä lisäisi kilpailijoiden tuloja näiden saadessa uusia asiakkaita. Scherer huomauttaa tilanteen koskevan erityisesti niitä yrityksiä, jotka eivät voi toimia hintajohtajina. Tyypillisesti kyse on pienemmistä ”seuraajayrityksistä”, jolloin kysyntäkäyrän katkos toimii eräänlaisena oligopolin ”kurinpitoautomaattina”. Oligopolin johtavien yritysten linjan vastainen menettely toisi mukanaan vain tappiota![95]

---

[94] Kantzenbach ym. s. 13–15. Tekijät käyttävät lähtökohtana tiukkaa oligopolia ja onkin muistettava, ettei laaja oligopoli kovin helpolla pysty monopolinomaiseen toimintaan. Poissuljettua tämä ei ole, mutta vaatinee jo kartellia tms. järjestelyä.
[95] Scherer s. 165–167.

Kysyntäkäyrän polvekkuusilmiö ei ole kiistaton. Stigler toteaa usean eri oligopolitilanteen osalta yritysten seuranneen aivan vastaavasti hintojen nousua kuin laskuakin. Yhdessä tapauksessa hintojen laskua ei seurattu ja – teorian mukaan kilpailuedun saanut yritys – peruutti laskun. Stigler myöntää, ettei kukaan vääristyneen kysyntäkäyrän kannattajakaan väitä tilanteen olevan tällainen jokaisessa oligopolitapauksessa. Hänen esimerkkinsä ovat kuitenkin niitä tuotannon aloja, joita kannattajat ovat käyttäneet esimerkkeinä vääristymistä. Siten näyttö vääristymistä ei Stiglerin havaintojen perusteella olisi vahva. Vääristymän pitäisi olla selvempi, jos yrityksiä on vähän tai markkinoilla on muita vahvempi hintajohtaja. Näitäkään väittämiä eivät Stiglerin havainnot tue. Lopputuloksena on se, ettei vääristymä ole todennäköinen jo sen takia, että yritysjohtajat osaavat toki kiertää sen omaksi edukseen (salaisia alennuksia, yhteistyötä jne.).[96]

Kysyntäkäyrän polvekkuus ei välttämättä ole oikea peruste hintojen jäykkyydelle. Se selittää ylipäätään paremmin miksi hinnat jäykistyvät jollekin tasolle kuin miten tälle tasolle päädytään. Scherer huomauttaa, että ”vääristymän” alarajalla olevan marginaalikustannustason laskun pitäisi johtaa selvään hinnan laskuun ja volyymin kasvuun, koska yrityksen paras tuotantotaso ei enää seuraakaan ”vääristymää”, vaan on jo normaalin kysyntäkäyrän puolella. Teorian operationalisuutta on muutoinkin sangen vaikea ymmärtää. Edellytyksenä täytyy olla paitsi varsin homogeninen tuote myös sangen tasaiset kustannuskäyrät. Riittävän tehokas yritys voi kaapata itselleen suuren osan markkinoista laskemalla hinnat alle ”vääristymän” edellyttämien, jolloin lopputuloksena voi olla tiukempi oligopoli tai monopoli. Tietävätkö yritykset todellakin toistensa kustannukset niin tarkkaan että ne voivat olettaa ”vääristymän” olevan jollain tasolla? Schererkin toteaa yritysten voivan ennemmin seurata jotain pitemmän aikavälin strategista päämäärää kuin pelkäävän teorian olettamin tavoin hinnan muuttamista.[97]

Oligopolin hintatason taustalla voi aivan yhtä hyvin olla peliteorian kaltainen tilanne, jossa joko eri signaalein (ts. kilpailuoikeudellisesti tavanomaisesti kielletyllä yhteistyöllä tai tätä lähenevällä menettelyllä) tai yrityksen ja erehdyksen kautta päädytään johonkin hintatasoon. En ylipäätään pitäisi oligopolin hintatasoa kaikkein pahimpana ongelmana, jos ei ole selvää näyttöä monopolihinnoittelusta. Tällöin taustalla lienee jonkun asteinen yhteistyö ja kyse on kartellisäännösten kautta ratkaistavasta ongelmasta. Muissa tapauksissa oligopoli tavallaan reagoi markkinoihin ja kyse on tässä mielessä ”kilpaillusta” hinnasta, vaikka se ylittäisi optimaaliseksi katsotun hintatason.

Yritysten tuotanto ei tapahdu tyhjiössä, vaan ne voivat säädellä markkinoille laskettavaa määrää varastoja täyttämällä tai toimitusaikoja pidentämällä. Varastot

---

[96] Stigler I s. 217–221, 226 (yritysten määrään liittyvien havaintojen osalta), 228 (hintajohtajuuden osalta), 229–230. Tekijän esimerkit ovat 1930-luvulta, joten suoria johtopäätöksiä nykytilanteeseen ei voine tehdä.

[97] Scherer s. 167–168.

voivat siten olla eräs jäykkyyttä lisäävä tekijä. Kovin pitkäaikainen varastointi ei ole kustannuksia aiheuttavana järkevää, eikä varastoja tosin voida täyttää loputtomiin, vaan ne on jossain vaiheessa saatava purettua. Varastoja pidetään merkittävinä nimenomaan oligopolitilanteissa, koska näissä pelko hintatason epäedullisesta muutoksesta ja ”yhteisten” voittojen pienentymisestä antaa yrityksille hyvän syyn toimia mieluummin varastojen kautta. Eräänä esimerkkinä voitaisiin käyttää paperiteollisuutta, jossa sellun ja paperin varastoja kasvatetaan maailmanmarkkinahinnan ollessa liian alhainen. Jos alhainen hintataso jatkuu, seuraa tehtaiden seisokkeja eli kapasiteettia sopeutetaan kysyntään. Ensimmäinen – oligopolistinen reaktio – on em. varastojen täyttäminen. Teoriassa ei monopoli– tai atomistisen kilpailun tulisi johtaa varastointiin, koska näissä säätelykeinona on yrityksen itsensä päättämä varastotaso tai hinta.[98]

Kilpailuoikeudellisen ratkaisun löytäminen on siten vaikeaa. Yrityksethän luonnollisesti katsovat vain seuraavansa markkinoiden pakosta syntyvää hintatasoa ja tuotantomääriä, eikä kyse ole mistään yhteistyöstä. Yhteistyöolettamaa voi tukea hintojen jäykkyys tilanteessa, jossa niiden tulisi ylikapasiteetin tai markkinoiden dynamiikan takia laskea. Oligopolin pysyvyyden tavallisesti edellyttämiä markkinoille pääsyn esteitä voitaisiin sinänsä pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Tällaisen tilanteen havaitseminen ei kuitenkaan ole helppoa. Tähän strategiaan saattaa liittyä hintojen laskeminen lähemmäs kilpailtua tasoa, joka tekee väitetyn yhteistyön todistamisen vielä vaikeammaksi. Mikäli hyväksytään uponneiksi kustannuksiksi mainonta, tavaramerkkien arvo, sopivat sijaintipaikat ostajien kannalta tms. seikat sekä näiden pitäminen markkinoille pääsyn esteinä, voi markkinoille pääsy estyä sellaisesta syystä, joka sinänsä ulospäin vaikuttaa oligopolin väliseltä kovaltakin kilpailulta (esim. jatkuvat mainoskampanjat). Käytännössä yritysten tarkoitus voi olla molempia, eikä yksittäisen yrityksen osalta edes välttämättä voida todeta mitään erityistä tarkoitusta menettelyn osalta. Vaikeasti ratkaistavaksi ongelmaksi jää tällöin se, tuleeko tilanteeseen puuttua vai ei.

Whish esittää kilpailuoikeudellisiksi ratkaisuvaihtoehdoiksi joko rakenteisiin tai oligopolin toimintaan puuttumista. Rakenteisiin puuttuminen ei hänen mielestään ole yksiselitteistä, koska oligopolia ei ole todistettu ”yleisvaaralliseksi”. Toimintatapoihin voidaan puuttua lähinnä paljastamalla kartellinomainen yhteistyö.[99]

---

[98] Scherer s. 193–197. Tekijä käyttää esimerkkeinään lähinnä 1950- ja 1960-lukujen tutkimuksia, joita en ole tässä ryhtynyt tarkemmin käsittelemään. Tutkimukset näyttäisivät tukevan johtopäätöstä oligopolin varastojen kautta tapahtuvasta markkinasäätelystä. Scherer huomauttaa varastoinnin voivan johtaa riskiin dumppauksesta niiden kasvaessa liian suuriksi ja jonkin yrittäjän joutuessa paniikkiin. Ks. em. lähde s. 197.

[99] Whish s. 485–486.

2.5 Kartelli

Kartelli on keino sitoa yritykset toimimaan yhteisen voiton hyväksi. Päämääränä on, kuten oligopolillakin, monopolivoiton saavuttaminen. Monopoli ei tarvitse kartellisopimusta, koska se hallitsee yksin markkinoita. Jos oletamme monopolin sopivan toisen vastaavan kanssa, ettei omaa tuotetta markkinoida toisen alueella, olemme rajanneet alueelliset markkinat väärin. Sopimus ei olisi tarpeen, jos mitään vaikutusta toisen markkinoilla ei voi olla, eikä tällainen yritys enää ole todellisessa monopoliasemassa. Vastaavasti täydellistä kilpailua lähentyvissä tilanteissa sopiminen ei ole mahdollista yritysten suuren lukumäärän takia. Vaadittavan tuotannon rajoituksen luominen hinnan korottamiseksi monopolitasolle ei myöskään voi onnistua, koska yksittäisen yrityksen tuotantomäärä on vähäinen markkinoiden kokonaiskysyntään verrattuna, eli suuren joukon yrityksiä tulisi poistua markkinoilta. Oligopolissa sopimuspainetta lisää yritysten tietoisuus siitä, että ne ovat joka tapauksessa sidottuja toistensa toimintaan. Yhteisen voiton lisääminen parantaisi kaikkien tulosta, jos vain sopimukseen päästään.[100]

Kartellimuotoja on lukematon joukko riippuen siitä mistä kaikista asioista pyritään sopimaan. Toisinaan pelkät tapaamiset voivat johtaa keskinäiseen yhteisymmärrykseen, kuten U.S. Steel'n hallituksen puheenjohtajan mukaan nimetyillä Gary-päivällisillä tapahtui vuosina 1907–1911. Vastaava moderni esimerkki voisi olla alan tuotemessut tai toimialayhdistyksen teemapäivä hotellissa. Alarajan määrittäminen voi olla hyvin hankalaa, koska mikään kilpailuviranomainen ei voi kieltää yritysjohtajia tapaamasta toisiaan eri tilanteissa. Riippuu lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä, voidaanko tapaamisten jälkeistä yhdenmukaista toimintaa pitää kartellina vai ei. Toinen ääripää ovat hyvin yksityiskohtaiset sopimukset hinnoista, tuotantokiintiöistä, toimitusehdoista ja myytävien tuotteiden laadusta. Karkeasti arvioiden kartelli voi toimia sitä epävirallisemmin ja yksinkertaisemmin sopimuksin mitä enemmän tuotteet ja kustannusrakenteet muistuttavat toisiaan ja mitä varmemmin osapuolet tämän tietävät. Verrattaessa tätä ehtoa oligopoliriippuvuutta helpottaviin tekijöihin on helppo todeta niiden vastaavan toisiaan.[101]

Tarkasteltaessa tilannetta pelinä on kartellin tärkein ominaisuus kyky levittää informaatiota sekä luoda uskottavia sitoumuksia. Kartellin kautta osapuolet saavat enemmän tietoa toistensa tuotantokustannuksista ja kartellin jäsenet voivat sitou-

---

[100] Kuvaavaa kartelleille on, että Scherer ym. aloittavat oligopolistista koordinaatiota tukevia tekijöitä koskevan jakson juuri kartellisopimuksilla. Kartelleja ei myöskään käsitellä oligopolista erillisenä ongelmana. Ks. Scherer ym. s. 235 "An oligopolist's problem would be greatly simplified if managers could meet with their opposite numbers at rival firms and negotiate mutually beneficial prices and market shares."

Työni aihe on määräävän markkina-aseman kontrollointi, joten kartellikysymykset jäävät pitkälti tutkimusteeman ulkopuolelle. Kartelleja käsitellään tässä jaksossa osin tarkoituksena luoda täydellinen kuva markkinoiden toimintatavoista ja osin oligopoliteorian täydennyksenä.

[101] Scherer ym. s. 235–236 (Gary-päivällisten osalta), 236–237 (muiden kartellimuotojen osalta).

tua rankaisemaan sopimuksen rikkojaa hintasodalla. Kartelliakin vaivaa sama vangin pulma kuin oligopolia: petkutus voi kannattaa! Jos osapuolten kannalta jokaisen paras vaihtoehto on sitoumuksen rikkominen, ei kartelli voi toimia ilman petkutuksen estämistä. Sopimus rikotaan, jos oletettu voitto on suurempi kuin mitä muuten saataisiin toisten reaktiosta riippumatta. Tyypillisen vangin pulma tilanteen tavoin yhteistyö olisi sinänsä paras ratkaisu, koska yhteistyö tuottaa enemmän kuin sitoumuksen rikkominen.[102]

Viranomaisten kannalta riippuvuudesta ja sopimuksesta johtuvien tilanteiden erilainen kohtelu johtaa vaatimukseen velvollisuudesta erottaa nämä tapaukset toisistaan. Jos erilaisten tapaamisten tms. seurauksena on vain markkinoiden tasapainon asettuminen sille tasolle, jonne se muutoinkin olisi asettunut, ei tilanteeseen puuttuminen ole mielekästä eikä kyseessä ole varsinaisesti kartelli. Toisaalta on syytä epäillä, että kaikenlaisen yhteistoiminnan tarkoituksena on varmistaa, että markkinat asettuisivat lähemmäs monopolihintatasoa kuin mihin oligopoliyritykset toisiaan epäillen voisivat päästä.

2.6 Monopolistiset markkinat

Markkinat ovat monopolistiset, jos kilpailijoita on sinänsä lähes rajattomasti, mutta ostajien kannalta tuotteet ovat korvikkeita, eivät samanlaisia. Malli vastaa täydellistä kilpailua paitsi tuotteiden heterogeenisuuden osalta. Liian suuret hinnankorotukset johtavat ostajien siirtymiseen korvaaviin tuotteisiin. Uusien yrittäjien tulolle ei ole esteitä ja kuluttajien oletetaan tietävän kaiken mahdollisen tarjolla olevista tuotteista.[103]

Normaalia suurempi voitto vaatii näillä markkinoilla jonkinlaisia esteitä osamarkkinoille tulon osalta. Käytännössä yritykset voivat oligopolin tavoin pyrkiä hiljaiseen yhteisymmärrykseen, jossa naapuriyrittäjä jätetään rauhaan tämän tehdessä saman vastapalveluksena.[104]

Monopolistisiin markkinoihin voidaan rinnastaa tuotteet, joiden osalta halvimman hintaa ei kannata selvittää. Nämä kustannukset ja ostamiseen liittyvät kulut

---

[102] Phlips I s. 49–51 (kartellia koskeva vangin pulma tilanne), 52–56 (ratkaisuja ja niihin liittyviä ongelmia).

[103] Tätä markkinamuotoa ei esitellä tarkemmin, koska monopolistisilla markkinoilla toimiva yritys ei ole määräävässä asemassa potentiaalisen ja korvikkeiden aiheuttaman kilpailun takia. Baumol ym. I s. 592–593. Kirjoittajat käyttävät esimerkkinä jäätelöbaaria, joka voi uusilla mauilla ja pakkauksilla yrittää lisätä asiakasmäärää ja myydä tuotetta kalliimmalla. Kilpailijat voivat kuitenkin helposti matkia tätä yrittäjää ja hinnat laskevat.; Kantzenbach ym. s. 57. Tekijät käsittelevät monopolistista kilpailua osana oligopolimallia. Heidän terminologiassaan kyse on ”monimarkkinanäkökulmasta”. Katson heidän tarkoittavan lähinnä monopolistisia markkinoita, koska tekijät viittaavat polypolististen toimialan voivan kätkeä ko. tilanteen taakseen.

[104] Kantzenbach ym. s. 57–58. Tekijät huomauttavat näiden markkinoiden voivan olla jopa homogeniseen tuotteeseen perustuvaa oligopolia staattisempia.

(siirtyminen toiseen liikkeeseen, ajan menetys tms.) ovat kuluttajan kannalta liian suuret verrattuna hyödykkeen hintaan, jolloin se ostetaan samasta kaupasta kuin muut hyödykkeet. Tällaisia tuotteita ovat mm. suola, muut mausteet jne, jotka ovat pääosin laadultaan samanlaisia ja jotka ostetaan ikään kuin kylkiäisinä. Markkinat eivät ole rakenteeltaan monopolin kaltaisia, koska tarjoajia on paljon, mutta hintakilpailua ei silti voi syntyä. Vaikka kyseiset markkinat voitaisiin tunnistaakin, ei niihin käytännössä voida puuttua kilpailulainsäädännön kautta, koska tilanteen mieltäminen määrääväksi asemaksi on hankalaa ja viranomaisten asiaan puuttumiskustannukset ylittäisivät siitä saatavan hyödyn.[105]

Pitkällä aikavälillä monopolistiset markkinat voivat tuottaa ylisuuria voittoja vain, jos kuluttajat eivät saa riittävästi tietoa ostaakseen halvinta tuotetta (so. hinta-laatu -suhteella mitattuna). Markkinaosuutta voidaan yrittää ylläpitää esim. lyhytkestoisilla alennusmyynneillä, tarjoamalla eri laatuisia tuotteita tai käyttämällä eri hintoja eri myymälöissä. Pyrkimyksenä on nostaa kuluttajan oppimiskustannuksia (eli tuotteen etsiminen muualta ei kannata, koska edellisen viikon edullisempi myymälä ei välttämättä ole sitä enää). Kilpailupoliittisesti tilanne on ongelmallinen, koska kyse ei ole määräävästä asemasta tai kartellista tms., vaan yritysten itsensä kannalta varsin raa'asta kilpailusta. Tilanne voi johtaa pienten liikkeiden kuolemaan, koska kuluttajat eivät markkinamekanismin hämärryttyä vaivaudu selvittämään, saisiko tuotteen edullisimmin muualta kuin siitä marketista, johon muutenkin mennään.

2.7 Bilateraaliset markkinamuodot

Edellisissä jaksoissa markkinamuotoja on tarkasteltu lähinnä horisontaalisesti ottamatta lainkaan huomioon muuta kuin kilpailijoiden lukumäärää. Kuten jo vertikaalista kilpailua koskevassa jaksossa todettiin, ei ostajien tai myyjien toiminta ole yrityksen kannalta merkityksetöntä. Bilateraalisilla markkinamuodoilla ei kuitenkaan tarkoiteta em. vertikaalista kilpailua, vaan markkinatilannetta, jossa vastakkain vertikaalisessa suhteessa on markkinavoimaisia yrityksiä. Tilanne on tyypillisimmillään oligopolin kohdatessa toisen tai yhden markkinavoimaisen ostajan (tämän ei tarvitse olla monopoli).[106]

Monopolin tai oligopolin oletettiin edellä pystyvän monopolivoittojen keräämiseen tai kehityksen jarruttamiseen (nk. hiljaisen elämän kautta). Bilateraalisen teorian peruskysymys onkin: muuttuuko tämä tilanne, jos toinen osapuoli ei olekaan atomistisen nimetön (kuten kuluttaja) vaan tärkeä asiakas / myyjä? Jälkimmäisten osaltahan ei vallitse täydellistä kilpailua, joten niiden ei tarvitse ottaa

[105] Schäfer ym. s. 305. Kirjoittajat huomauttavat, että jokainen tällaisen tuotteen myyjä voi toimia monopoliyrityksen tavoin ja periä tuotteesta kilpailuhintaa korkeamman hinnan.
[106] Ks. edellä jakso 1.6 Horisontaalinen – vertikaalinen kilpailu.

hintaa tai muita kauppaehtoja annettuina. Ne voivat itsekin pyrkiä toimimaan hinnan asettajina tms. Periaatteessa yritysten voi olettaa välttävän tämänkaltaisia vastakkainasetteluja, joten suuri ostaja etsii vastapuolikseen mieluummin pieniä tavaran toimittajia ja vastaavasti suurempi valmistaja pienempiä ostajia. Käytännössä volyymien kasvaessa ja kaupan portaan keskittyessä ei sen enempää isoilla valmistajilla kuin isoilla kauppaliikkeilläkään ole muuta vaihtoehtoa kuin käydä kauppaa keskenään.

Monopoli – monopoli vastakkainasettelua pidetään haitallisena, koska molemmat tahot pyrkivät monopolivoittojen keräämiseen. Ostajan markkinavoima ei riitä myyjän vallan murtamiseen, koska sopivaa painostuskeinoa ei ole. Ostojen siirtämisellä muualle ei voi uhata, jos toista myyjää ei ole! Vastaava tilanne kohtaa myyjääkin, koska sekään ei voi myydä muille kuin monopoliostajalleen. Käytännössä tilanteen syntyminen edellyttänee jonkinasteisia oikeudellisia monopoleja, koska muutoin – ainakin pitemmän ajan kuluessa – monopolin kannattaa investoida omaan myyntiketjuun tai omaan valmistukseen. Haitallisena tätä tilannetta pidetään sikäli, että kahden eri yrityksen keräämä monopolivoitto on suurempi kuin yhden yhtenäisen monopolin, joten näissä tilanteissa yritysten fuusio olisi periaatteessa tehokkaampi ratkaisu kuluttajankin kannalta![107]

Vähintään yhden vahvemman ostajan toimimista markkinoilla pidetään yleensä positiivisena, vaikka tämä johtaa muiden ostajien diskriminoimiseen tämän yrityksen eduksi. Vahvempi ostaja pystyy vaatimaan tätä diskriminointia ja estää tällä menettelyllä edellisen markkinaportaan oligopolin hiljaisen yhteistyön syntymisen. Ainakin teoriassa lopputuloksena on yleinen hintatason lasku. Toisaalta kyse voi olla lähinnä monopolivoittojen siirtämisestä yhdeltä markkinaportaalta toiselle kuluttajien varsinaisesti hyötymättä asiasta. Kerber pitääkin kilpailun vaikutusten edellytyksenä useamman vahvan yrityksen toimimista markkinoiden eri tasoilla. Tällöin kummallakin puolella on riittävästi voimaa toisen kontrolloimiseen, ja oletettavasti kaupan tasolla keskitytään asiakkaiden hankkimiseen, jolloin ainakin osa yritysten voitosta siirtyy kuluttajille halvempina hintoina tai parempina tuotteina. Diskriminointi tämän prosessin alkuun saattajana on pitkälti hyödyllistä.[108]

Bain huomauttaa bilateraalisen oligopolin vaikutusten riippuvan markkinasuhdanteista. Jos tuotetta ei ole riittävästi saatavilla, ei vahvakaan ostaja siten saisi

---

[107] Käytännössä tämänkaltaisia tilanteita ei juuri esiintyne. Tutkimuksen mielenkiinnon kohteena olevan kaupan alan suuryritysten osalta ei monopoli – monopoli suhteesta voida puhua ainakaan tutkittavissa maissa. Sivuutan tältä osin Alkon tarkastelun, koska se on edelleen lähinnä integroitunut monopoli, vaikka valmistus- ja myyntitoiminnat on eriytetty omiksi yhtiöikseen.

[108] Kerber s. 194–195. Jälkimmäisellä sivulla Kerber painottaa, ettei yrityksiä saa olla liikaa. Yritysten määrän merkitystä Kerber painottaa useassa eri kohdassa. Ks. em. sivujen lisäksi esim. s. 249 ”Bedingung für die Funktionsfähigkeit dieser evolutionären Marktprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen ist vor allem die Existenz einer genügend großen Anzahl von Wirtschaftssubjekten auf jeder Wirtschaftsstufe…”

Ks. diskriminoinnin osalta myös seuraava jakso 2.8.

mitään alennuksia. Pienemmät yritykset joutunevat maksamaan tuotteesta aina enemmän kuin suuret. Bain ei katso tilastollisten tutkimusten tukevan väitettä bilateraalisen oligopolin ”kilpailtuun” hintaan johtavasta lopputuloksesta suuntaan tai toiseen. Ajattelussa on jossain määrin unohtunut markkinoiden dynamiikka. Tärkeä ostaja on tätä, vaikka tuotetta ei jollain hetkellä olisikaan riittävästi saatavilla. Kyseinen asiakas saanee siten aina muita selkeästi paremmat kauppaehdot, jotta se ylituotantotilanteissakin mieluiten kääntyisi juuri aiemman myyjän puoleen. Valmistajalle voi lisäksi olla hyvinkin edullista varmistaa tietty kapasiteetin käyttöaste suhdanteista riippumatta.[109]

2.8 Diskriminointi epätäydellisen kilpailun seurauksena

Monopoli voi pyrkiä lisäämään voittojaan diskriminoinnin avulla. Samaa keinoa käytetään monopolistisen kilpailun luojana. Oligopolitkin pyrkivät tuotteidensa erilaistamiseen, koska se vähentää keskinäistä kilpailua ja siten painetta seurata muiden hintoja. Ilmiö ei ole haitallinen silloin, kun se perustuu todellisiin kustannussäästöihin tai asiakkaiden tarpeisiin. Se voi kuitenkin merkitä tulonsiirtoa ostajilta myyjäyrityksille. Laajamittainen diskriminointi on mahdollista vain, jos sen harjoittajilla on riittävästi markkinavoimaa. Tässä mielessä se on perinteisen klassisen hintamallin kannalta selkeästi markkinoiden toiminnan vääristymä.[110]

Diskriminointi voi olla jopa positiivinen ilmiö, jos tuloksena on tuotannon lisääntyminen. Yksi yhtenäinen hinta voisi johtaa siihen, että halvimmin hinnoiteltu ryhmä tai markkina jäisi kokonaan ilman tuotetta. Esimerkkinä voidaan käyttää joko opiskelija-alennuksia tms. tai kysynnältään toisistaan poikkeavia markkinoita. Edellisessä yksi yhtenäinen hintataso johtaisi siihen, ettei opiskelijoilla kenties olisi varaa ostaa lainkaan teatteri- tai junalippuja, jolloin teatteri tai juna olisi tyhjempi. Maantieteellisesti hintaerojen kieltäminen saattaisi jättää ostovoimaltaan vähäisemmän markkina-alueen kokonaan ilman tuotetta. Whish huomauttaa, että näissä tapauksissa on itse asiassa osittain kyse tulonsiirrosta rikkaammilta köyhemmille kuluttajille, joten ilmiö ei tulonjaonkaan osalta ole kokonaan negatiivinen. Tulonjakovaikutus lienee hankalasti arvioitavissa, koska yrityksen kannalta diskriminoinnilla pyritään omien voittojen kasvattamiseen, jolloin se pyrkii omimaan ”tulonsiirronkin” itselleen. Koska tuotantomäärä on ei-diskriminoitua tilannetta suurempi, tapahtuu silti jonkin verran tulonsiirtoa.[111]

---

[109] Bain II s. 369–370.

[110] Cook ym. s. 219 ”Price discrimination is usually practised by a monopolist, or a group of organisations acting together as a monopolist would.”; Whish s. 519.

[111] Integraation kannalta kyseessä voi olla positiivinen markkinoita avaava vaikutus. Ks. tältä osin Competition Issues s. 98; yleisemmin Whish s. 519–520.

Diskriminointi vaikuttaa yleensä useilla eri markkinaportailla. Ongelmana voi tällöin olla vaikutusten osittainen ristiriitaisuus. Diskriminoivan yrityksen tasolla kyse voi olla oligopolistisesta kilpailusta, jonka vaikutukset ovat periaatteessa positiivisia. Kilpailijoiden on esim. hankalampi havaita toisten hinnan alennuksia tms., koska vaikutus ei näy kauttaaltaan samanlaisena, vaan vain osamarkkinoilla. Diskriminoidun yrityksen ja tätä kenties seuraavien markkinaportaiden tasolla kyse voi olla haitallisesta eriarvoisuudesta, joka estää niitä kilpailemasta tasavertaisesti muiden yritysten kanssa. Toisinpäin käännettynä oligopolin keskinäinen kilpailu saattaa piilevien alennusten tms. lakatessa loppua, mutta alemmilla portailla tasa-arvoisuus ja kilpailumahdollisuudet parantuvat. Mitä suurempi markkinaosuus diskriminoivalla yrityksellä on (ja siten mitä vähäisempää kilpailu tällä tasolla voi olla) sitä enemmän diskriminoivia menettelytapoja voidaan rajoittaa seuraavan tason kilpailumahdollisuuksien parantamiseksi. Yleistä diskriminointikieltoa ei juuri kannatetakaan, koska haittavaikutukset ovat pitkälti sidoksissa markkinavoimaan.[112]

Diskriminoinnin lähtökohtana on tieto siitä, mitä jokainen ostaja on valmis maksamaan tuotteesta tai miten alhaiseen hintaan myyjä tuotteensa myy. Markkinat täytyy siten voida erottaa toisistaan, jotta diskriminointi olisi mahdollista. Hintaerojen ylläpitäminen ei ole mahdollista, jos tuotetta halvemmalla ostavat pystyvät myymään sen voitolla niille, joille yritys itse tarjoaa sitä vielä kalliimmalla. Tämän jälkeen hinta määritellään erikseen jokaista ostajaa tai myyjää varten. Tällöin kaikki maksavat juuri sen hinnan, jota he omassa tapauksessaan pitävät vielä siedettävänä. Toisin kuin tavanomaisessa monopolivoitto-tilanteessa ei ”innokkain” ostaja saakaan tuotetta samalla hinnalla kuin muut, vaan hän maksaa enemmän. Täydellinen diskriminointi ei yleensä onnistu. Kukaan ei voi tietää jokaisen ostajansa hintapreferenssejä! Yleisempi diskriminoinnin muoto onkin asiakkaiden jakaminen karkeasti ryhmiin ja erilaisten alennusten myöntäminen ostajaryhmittäin.[113]

Hintadiskriminointi voidaan jakaa kolmeen eri asteeseen. Ensimmäinen aste, eli täydellinen hintadiskriminointi, toteutuu vain kaikkien maksaessa preferenssinsä mukaisen hinnan tuotteesta. Toisen asteen diskriminointi perustuu ostettuihin määriin. Tiettyä tuotetta ostava maksaa yhtäläisen hinnan saman määrän ko. tuotetta ostavan kanssa, vaikka heidän preferenssinsä poikkeaisivat toisistaan.

---

[112] Diskriminoinnin ristiriitaisista vaikutuksista huomauttavat esim. Competition Issues s. 99–100; Schmidt. Ks. Schmidt II s. 124–125.

Viittaan Saksan oikeuden diskriminointinormia koskevaan jaksoon määräävässä tai tätä lähenevässä asemassa olevien yritysten harjoittaman diskriminoinnin osalta.

[113] Cook ym. s. 219. Tekijät painottavat lisäksi markkinakohtaisten hintaelastisuuserojen merkitystä diskriminoinnin mahdollistavina tekijöinä.

Esimerkkinä diskriminoinnista voidaan käyttää mm. lentoyhtiöitä. Näiden kannattaa täyden hinnan lippujen lisäksi myydä loput paikat hyvinkin halvalla. Ne myös jakavat asiakaskuntansa ryhmiin maksuvalmiuden mukaisesti (business – turistiluokat), vaikkakin taustalla on tietty ero palveluissa.

Kolmas aste on hintojen jakaminen ostajaryhmien mukaan, jolloin ryhmän sisällä on sama hintataso.[114]

Mitään pakollisia hintaeroja ei edellytetä, vaan tuotteesta peritty yksi yhteneväinen hinta voi olla diskriminoiva, jos hinnoittelussa ei huomioida toimituksesta aiheutuvia kustannuseroja. Ostajallehan tuote ei ole samanhintainen, jos lähempänä tehdasta toimiva yritys joutuu maksamaan siitä yhtä paljon kuin kauempana toimiva (so. tuottaja vastaa kuljetuskustannuksista). Diskriminointia on tällä perusteella saman hinnan käyttö, vaikka kustannusten perusteella hintojen pitäisi poiketa toisistaan.[115]

Hintadiskriminoinnin lähtökohtana on yritysten pyrkimys erilaistaa tuotteitaan. Esimerkiksi kirjoja myydään ensin kovakantisina versioina ja sitten pehmeäkantisina. Edellisillä pyritään rahastamaan niitä ostajia, jotka haluavat saada uuden kirjan heti sen ilmestyessä tai muutoin tarvitsevat esim. kovan kulutuksen takia kestävämpää kirjaa (kirjastot tms.). Pehmeäkantisia kirjoja ostavat ne, jotka haluavat lukea kirjan, mutta joille sen saaminen heti uutena ei ole välttämätöntä. Diskriminointia voidaan edesauttaa paitsi eroilla tuotteen laadussa myös mielikuvamainonnan tms. kautta (esim. samoja lääkeaineita sisältävät lääkkeet, joista on saatavana kalliimpi ja väitetysti tehokkaampi versio sekä halvempi perusmalli). Erottelu voi tapahtua pakkauskokojen avulla tuomalla markkinoille sekä perhepakkaus että luksuspakkaus. Jälkimmäistä ostavat oletettavasti esim. kioskien asiakkaat, joilla ei ole aikaa etsiä halvempia pakkauksia. Yleinen edellytys tämänkaltaisen diskriminoinnin menestymiselle on ryhmien helppo eroteltavuus. Cook ym. mainitsevat esimerkkeinä sukupuoleen, ikään tms. liittyvät seikat, jotka on helppo pienin kustannuksin tarkistaa. Tällöinkin tuotteen täytyy olla sellainen, ettei edelleen välittäminen ole mahdollista tai kannattavaa.[116]

Diskriminointi voi ilmetä muutenkin kuin hintaeroina. Osittain kyse on välillisestä hintadiskriminoinnista, kuten erilaisista toimitus- tai maksuehdoista. Näiden varsinainen vaikutus on tuotteesta aiheutuvien kustannusten jakautuminen epätasaisesti ostajien kesken. Hintadiskriminointia voidaan käyttää yleiskäsitteenä näistäkin ilmiöistä. Muu varsinainen diskriminointi on luonteeltaan jo myynnistä tai ostoista kieltäytymisen tapaista toimintaa, jolla pyritään selkeästi vaikuttamaan markkinoiden toimintaan eikä hintadiskriminoinnin perusmallin tapaisesti hyötymään markkina-asemasta. Pyrkimyksenä on lähinnä oman aseman vahvistaminen.

Diskriminoinnin merkitys tuotantomäärien osalta ei välttämättä ole haitallinen. Verrattaessa tavalliseen monopoliin diskriminoiva yritys tuottaa enemmän, koska sen ei kannata rajoittaa tuotantoaan vain monopolihinnan tuottavaan osuuteen. Tuottamalla aina ”kilpailtuun” määrään asti yritys voi kerätä koko markkinoiden tuoton itselleen. Toiminta on tällöin tehokasta sikäli, että tuotetta valmistetaan

---

[114] Begg ym. s. 152–154; Varian s. 411–414.
[115] Whish s. 515.
[116] Cook ym. s. 219, 221.

yhteiskunnallinen optimimäärä. Toisaalta tulonjako vääristyy edellä käsitellyin tavoin.[117]

Diskriminoinnin kääntöpuoli on sopimuksesta kieltäytyminen tai erilaisten sopimusehtojen käyttäminen eri tilanteissa. Kyse on siten yrityksen kannalta sopimusvapaudesta, eli vapaudesta joko jättää sopimus kokonaan tekemättä tai tehdä se vain tietyin ehdoin. Tältä kannalta ei yrityksen päämäärillä ole merkitystä, koska se harjoittaa laillista vapauttaan. Kieltäytyminen voi olla seuraus liian suuresta kysynnästä tai tarjonnasta, jolloin tuotteella on joko liian vähän ostajia tai liian paljon. Seurauksena voi olla esim. se, että joku ryhmä ei saa tuotetta lainkaan tai tarjontaa rajoitetaan tiettyihin ostajaryhmiin nähden. Tilanteeseen puuttuminen ei ole perusteltua, jos on odotettavissa, että markkinat itse korjaavat sen. Periaatteessa sekä ylitarjonnan että ylikysynnän pitäisi johtaa muutoksiin joko tarjonnassa tai kysynnässä hintojen muuttuessa. Hallitseva yritys voi pyrkiä tilanteen hyödyntämiseen, jos se pystyy estämään markkinoille pääsyn. Tällöin ollaan todellisessa diskriminointitilanteessa, johon tulisi puuttua. Eräs tärkeä osa diskriminoinnin arviointia on siten markkinavoima.[118]

3. MARKKINOILLE PÄÄSYN ESTEET JA NIIDEN VAIKUTUS

3.1 Yleistä

Täydellisen kilpailun malli rakentuu taloudellisen toiminnan kitkattomuudelle. Tuotannon aloittaminen ja lopettaminen eli markkinoille tulo ja niiltä poistuminen ovat tässä ajattelussa välittömästi tapahtuvia ja kustannuksettomia. Todellisuudessa tilanne voi harvoin olla tällainen, koska jopa tuotannosta poistetun pellon käyttöönottaminen vaatii jonkinverran aikaa (hinnan kohotessa riittävän korkealle voidaan tehdä tuotannon aloittamispäätös, mutta satoa saadaan vasta seuraavalla satokaudella). Täydellisessä kilpailussa voidaan periaatteessa sahata edestakaisin optimitasapainon ylä- ja alapuolella, jos em. aikaviive on merkittävä. Mitä enemmän toiminnan käynnistämisestä aiheutuu kustannuksia, sitä kauempana olemme täydellisen kilpailun mukaisesta tilanteesta. Kilpailu on siten epätäydellistä jo silloin, kun markkinoille pääsy ja niiltä poistuminen ei ole kustannuksetonta tai viivytyksetöntä. Lisäkitkaa aiheutuu käyttämättömän kapasiteetin arvon alentumisesta. Yrityksen kannalta voi olla järkevämpää pyrkiä jatkamaan tappiolliseksi todettua tuotantoa, jos seisokki johtaisi tavaramerkin tunnettavuuden laskuun, ammattitaitoisen työvoiman irtisanomiseen tms.[119]

---

[117] Yksinkertaista monopolia ja diskriminointia on verrannut toisiinsa Robinson s. 204–206.
[118] Fejo s. 414–416. Tekijä korostaa sivulla 416, ettei tarkkaa rajaa diskriminoinnin ja sopimuksesta kieltäytymisen välillä voida tehdä.
[119] Dixit käsittelee kysymystä markkinoille tulo- ja poistumisratkaisujen kannalta. Ks. Dixit I s. 621.

Markkinoille pääsy ei ole esteetöntä, jos uusi yrittäjä on epäedullisessa asemassa niillä jo toimiviin nähden. Tätä voidaan mitata vertaamalla ”kilpailtua” ja vallitsevaa hintatasoa. Markkinoille pääsyn ehtona (condition of entry) on siten tämän esteen voittaminen. Tällainen epäedullinen tilanne perustuu markkinoille pääsyn esteisiin (barriers to entry). Varsinaisena esteenä ei tulisi pitää pelkästään kokemuksen, tehokkuuden tms. luomaa asemaa markkinoilla. Tilanne perustuu, kuten Bork osuvasti huomauttaa, yrityksen aiempiin investointeihin. Markkinoille tulijan on luonnollisesti sijoitettava vastaava pääoma, eikä sille voida keinotekoisesti viranomaisten toimesta luoda ”markkinoille tulon edellytyksiä”.[120]

Markkinoille pääsyn ehdot ovat markkinoiden rakenteeseen vaikuttavia tekijöitä. Ne rajaavat mitkä toimialan vaihtelut pysyvät vain sen puitteissa ja mitkä johtavat uusien yrittäjien tuloon markkinoille. Markkinoille pääsy voi tässä mielessä olla helppoa tai vaikeaa riippuen siitä, miten korkeita esteitä markkinoille tulolle on. Bain toteaa, että toiminta markkinoilla on tavallaan toissijainen, potentiaaliseen käytökseen viittaava. Jos yritykset toimisivat markkinoille tuloa edistävästi (esim. riittävän korkea hintataso), markkinoille pääsyn ehdot täyttyvät. Bain siis erottaa toisistaan sen tilanteen, jossa markkinoille tulo ei kannata niistä keinoista, jolla tämä tilanne voidaan luoda.[121]

Epätäydelliselle kilpailulle on tyypillistä, ettei markkinoille pääseminen tai niiltä poistuminen ole vapaata. Toimintaa ei kannata aloittaa, koska vaadittava investointi ylittää oletetut voitot tai tarvittavaa teknistä tietämystä ei ole saatavilla. Lainsäädännöllä markkinoille pääsyn esteitä voidaan luoda esim. patentti- tms. yksinoikeusjärjestelmien kautta tai myöntämällä suoraan monopoliasema jollekin yritykselle. Lyons painottaa, että jopa historiallinen kehitys (voisi kai sanoa sattuma) voi olla markkinoille pääsyn esteenä, koska yritys A:n aloitettua toimintansa ei markkinoille ehkä enää ole yritys B:n mielestä järkevää pyrkiä. Tapahtuma voidaan nähdä prosessina, joka alkaa ”esimarkkinoista” kiinnostuneista taloudellisista toimijoista, joista valikoituvat toiminnan aloittamista harkitsevat ”pelaajat”.

---

[120] Tätä ”klassiseksi” katsottavaa määritelmää käytti jo Bain. Ks. Bain I s. 3 ”Let us view it (so. condition of entry) moreover as evaluated roughly *by the advantages of established sellers in an industry over potential entrant sellers, these advantages being reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above a competitive level wihtout attracting new firms to enter the industry*”; Bain II s. 252 ”In loose terms, the *condition of entry* is then defined as the ’disadvantage’ of potential entrant firms as compared to established firms – or, conversely, the ’advantage’ of established over potential entrant firms.”, 255 ”The existence of a condition of entry to an industry … obviously reflects the existence of some *barrier to entry* - …”; vrt. Bork s. 310–311; samalla kannalla kuin Bork on Schmidtchen s. 130 ”Die Kunden kaufen nämlich … nicht nur das Produkt, sondern sie kaufen beim Oldtimer auch weniger Risiko oder mehr Information. Der Oldtimer hat in der Vergangenheit in Reputation investiert, und dieses Kapital trägt jetzt Früchte.” (kursivointi alkup. tekstissä).

[121] Bain I s. 3 ”As such, the ’condition of entry’ is then primarily a structural condition, determining in any industry the intra-industry adjustments which will and will not induce entry. Its reference to market conduct is primarily to potential rather than actual conduct, since basically it describes only the circumstances in which the pontentiality of competition from new firms will or will not become actual.”

Nämä käynnistävät markkinoiden toiminnan, jolloin johtavaan asemaan nousevat ne yritykset, joiden siirrot ovat parhaiten ajoitettuja. Välttämättä kyse ei tarvitse olla ensimmäisenä markkinoille tulosta, koska myöhempi aloittaja voi toisinaan hyötyä ensimmäisen yrityksen panostuksesta (esim. mainonta tms.).[122]

Markkinoille pääsyn esteet voidaan Begg ym. tapaan jakaa viattomiin ja strategisiin. Edelliset eivät ole markkinoilla toimivien yritysten itsensä luomia, vaan ne perustuvat esim. alalla jo toimivien yritysten kustannusetuihin (jos kyse on luonnollisesta monopolista etu on lähes absoluuttinen). Oligopoli-tilanteessa yrityksillä voi yhdessä olla tällainen etu verrattuna markkinoille pyrkiviin, jolloin niiden ei käytännössä tarvitsisi huomioida potentiaalista kilpailua lainkaan. Kantzenbach ym. jakavat tämän ensimmäisen ryhmän institutionaalisiin ja luonnollisiin esteisiin. Jälkimmäinen vastaa jo mainittuja kustannus- tms. etuja. Valtioista (esim. tullit) johtuvat esteet ovat tässä jaottelussa institutionaalisia esteitä. Strategiset esteet yritykset luovat itse. Tällä voidaan tarkoittaa esim. niiden hintasotien ”sietokykyä” tai valikoimien rakentamista siten (esim. eri markkinasegmentit kattaviksi), etteivät markkinoille pyrkijät löydä kunnon jalansijaa. Jaottelu ei ole täysin suljettu, koska yritys voi pyrkiä itse korostamaan viattomankin esteen vaikutusta.[123]

Schmalensee käyttää samaa jakoa (operating advantages ja strategic advantages), mutta hän painottaa strategisten etujen vaikuttavan vain markkinoille tulovaiheessa. Jos yritys tulee onnistuneesti markkinoille, ei näillä esteillä olisi enää merkitystä. Ajatus on oikea, jos esteet tulkitaan vain markkinoille pääsyyn liittyviksi. Schmalensee’n toimintaan liittyvät esteet ovat esim. patentteihin tai absoluuttisiin kustannusetuihin liittyviä, joten näiden vaikutus jatkuu hänen mukaansa myös uuden yrityksen tultua markkinoille. Markkinoille tulo on kuitenkin vasta ensimmäinen vaihe tulijan markkinoille aiheuttamissa muutoksissa ja aiempien yritysten kannalta voi olla järkevää pyrkiä ainakin laajentumisen estämiseen erilaisen strategisen käyttäytymisen kautta.[124]

Viattomat esteet perustuvat yleensä alalla toimivien yritysten tehokkuuteen eikä niitä voi siten pitää keinotekoisina. Esteiden sijasta voitaisiin puhua markkinoille pääsyn hankaluudesta. Bork painottaa tehokkuus- ja keinotekoisten esteiden erottamista toisistaan, koska muutoin kilpailupolitiikalla hyökätään tehokkuutta vastaan markkinoiden vapauden nimissä. Markkinoille pääsyn vaikeus vaihtelee luonnollisesti muistakin syistä kuin yritysten itsensä luomien esteiden takia eikä tällaisiin hankaluuksiin tule puuttua.[125]

---

[122] Lyons’n kannan osalta ks. Davies ym. s. 26–27; Jacquemin on esittänyt markkinoille tuloa tekstissä kuvattuna prosessina. Ks. Jacquemin s. 121–124 ja erityisesti s. 123 oleva kaavakuva.
[123] Begg ym. s. 167–169; Kantzenbach ym. s. 74–75. Tekijät eivät käytä sanaa viaton, mutta jaottelu vastaa Begg ym. tarkoittamaa.
[124] Schmalensee III s. 64–65. Tekijä toteaa, että strategiset edut eivät menetä vaikutustaan patenttien tms. tavoin ajankulumisen myötä, mutta tulon vaikuttavan tekstissä mainituin tavoin.
[125] Bork s. 311.

Bain jakaa esteet kolmeen ryhmään. Ostajien preferenssien takia markkinoilla jo toimivilla yrityksillä voi olla tuotteiden heterogeenisuudesta johtuva etu uusiin nähden. Tämän edun hän arvioi olevan käytännössä merkittävimmän. Niillä voi olla absoluuttinen kustannusetu tai skaalaetu (economies of large scale firms). Edellisen merkitys on todennäköisesti vähäinen lukuunottamatta joitain patenttija raaka-aineen hallintatapauksia. Tähän ryhmään Bain lukee myös pääoman saantimahdollisuuden. Yrityksen skaalaedulla on jonkin verran merkitystä, koska uusi yritys joutuisi joko aloittamaan alle tehokkaan skaalatuotannon tai sen tuotanto vaikuttaisi markkinoiden kokonaishintaa alentavasti. Jälkimmäisessä tilanteessa on vaarana aiempien yritysten kostotoimet. Käytännön ratkaisutilanteessa ei varsin heikkoon tilastolliseen luotettavuuteen perustuva jako ole kovin hyödyllinen. Bain'n näkemyksen voi katsoa antavan jonkinlaisen varovaisen viitteen mistä tilanteista (so. erityisesti heterogeenisten tuotteiden ja tuotedifferoinnin osalta) esteitä tulisi etsiä. Skaalaedun osalta tilanteen muuttaminen voi olla mahdotonta, jos tehokas tuotantomäärä on suuri verrattuna kysyntään.[126]

Markkinoilta poistuminen ei ole yrityksen päätöksenteon kannalta merkityksetöntä. Investointien kannattavuuteen vaikuttaa sekin, voidaanko niihin käytetty raha (nk. sunk costs) saada takaisin toiminnasta luovuttaessa. Mitä enemmän erityisosaamista ja laitteita vaaditaan sitä hankalampaa omaisuudesta luopuminen yleensä on. Ostajina eivät tällöin voi toimia juuri muut tahot kuin markkinoilla jo aiemmin toimineet yritykset. Nämä tuskin ovat halukkaita maksamaan kovin suurta hintaa kilpailijan omaisuudesta, koska ko. omaisuudesta saatava vähäinen hinta toimii markkinoille tulon esteenä ja pienentää siten heihin kohdistuvaa kilpailupainetta. Yritystoiminnasta, joka ei vaadi kuin toimiston tms. hankkimista, on helppo luopua, koska toimitilat voidaan myydä muuhunkin käyttöön. Tällaiselle alalle pääsyä ei juuri voida estää (ellei ala vaadi jotain erikoisosaamista, viranomaisten antamaa toimilupaa / pätevyystodistusta tms.). Kiinteät kustannukset, vaikka ne olisivat huomattavatkin, eivät voi olla markkinoille pääsyn esteinä, jos investointia voidaan käyttää muuhun toimintaan (kuten siirtää lentokone toiselle reitille) tai toiminnan lopetuksen yhteydessä omaisuudesta saatava hinta vastaa alkuperäistä investointia käytön aiheuttamalla kulutuksella vähennettynä.[127]

Yrityksen kannalta sen markkinoille pääsy voi olla muilta poissuljettu, jos sillä on absoluuttinen etu pyrkijöihin verrattuna (esim. oikeudellinen monopoli). Markkinoille tulo voi olla yhdentekevää, jos voitot eivät alene (so. sen ei edes

---

[126] Bain I s. 12–14; Bain II s. 255–269 (eri vaihtoehtojen esittely), 280–282. Tekijän näkemys perustuu varsin vähäiseen otokseen amerikkalaisia yrityksiä ja perustuu 1950-luvun tilastoihin. Tämän tutkimuksen tarkoituksena ei ole selvittää Bain'n väittämien tilastollista pohjaa, koska tämä on ollut suorastaan taloustieteellisen tutkimuksen oma haaransa puolesta ja vastaan väitteineen.

[127] Baumol ym. II s. 289. Tekijät painottavat kiinteiden kustannusten vaikuttavan samalla tavoin sekä markkinoilla jo toimiviin että sinne tuleviin yrityksiin; Davies ym. s. 37–38; Jacquemin s. 101. Tekijä toteaa, ettei skaalatuotoilla ole merkitystä, jos uponneita kustannuksia ei olisi, koska markkinoille pyrkijä pystyisi aina saavuttamaan riittävän tuotannon tason.

kannata tyydyttää kysyntää lisäkapasiteetin kalleuden takia). Strategisesta toiminnasta on kyse silloin, kun yrityksen tulee joko sallia markkinoille tulo tai pyrkiä sitä estämään. Tämä riippuu pitkälti siitä, riittävätkö markkinoiden tuotot kaikille yrityksille ja mitä kustannuksia (investointeja) niillä pysyminen vaatii. Toimintaan voi vaikuttaa pyrkijän menettely. Jos tämä yritys osoittaa, ettei se ole merkittävä uhka, voi markkinoille tulon salliminen olla kannattavin ratkaisu (nk. judo-economics). Muutoinkaan ei esteiden luominen ole järkevää, jos se ei ole kannattavaa (so. pääsyn esteenä seuraavien monopoli- tms. voittojen tulee olla suurempia kuin esteen vaatimat kustannukset sekä markkinoille tulo tilanteessa saadut voitot). Kannattavuusarviointiin vaikuttaa vertailu markkinoille tulon jälkeiseen tilanteeseen. Jos uusi yritys tulee markkinoille, on osa sen sijoituksesta todennäköisesti uponneita kustannuksia. Tällöin sen kannattaa jäädä markkinoille, vaikka tuotot eivät kattaisi kaikkia näitä kustannuksia. Siten on kalliimpaa ajaa yritys markkinoilta kuin estää sen tulo. Monopolivoittoja keräävä yritys joutuu lisäksi jakamaan voittonsa tulijan kanssa. Vaikka kyse olisi vanhan monopolimarkkinan rinnalle kehittyvästä uudesta markkinasta, olisi monopolivoitto kahdelta täysin hallitulta markkinalta suurempi kuin yhdeltä (eli markkinoiden välille syntyvää tuotteiden korvaavuudesta johtuvaa kilpailua voidaan hillitä). Yleisemmin voidaan todeta, että täydellisessä yhteistyössä toimivia yrityksiä lukuunottamatta voittotaso laskee kilpailijan tullessa markkinoille, jos kyse ei ole vain markkinoiden reunalla toimivasta merkityksettömästä yrityksestä. Näidenkin yhteisvaikutus saattaa vaikuttaa voittoa alentavasti.[128]

Arvioitaessa markkinoille pääsyn esteen kannattavuutta yrityksen kannalta ei voida lähteä pelkästään esillä olevasta tilanteesta, vaan tulevatkin vaikutukset on huomioitava. Markkinoille tulon salliminen voi toimia signaalina muille halukkaille ja johtaa markkina-aseman eroosioon. Muutaman vuoron pituisen ”pelin” sijasta yritystä kohtaa usean vuoron mittainen – kenties päättymätön – peli, jonka lopputulos voi yrityksen ratkaisujen kannalta olla aivan erilainen kuin yhteen tapaukseen sidottu tarkastelu. Yritykset eivät lähde tyhjästä, jolloin sekä markkinoilla olevan että sinne pyrkivän ominaisuudet vaikuttavat esteen luomisja tehokkuusmahdollisuuksiin. Esteen rakentaminen on tästä näkökulmasta sitä

[128] Bain II s. 274. Tekijä jakaa esteet niiden vaikutuksen mukaan neljään luokkaan ottamatta mitään kantaa siihen, ovatko esteet yritysten luomia vai rakenteellisia. Yleisenä rakenteellisena kehyksenä on kuitenkin oligopolitilanne, koska atomistisessa kilpailussa ei esteitä ole / niillä ei ole merkitystä. Ks. tältä osin em. lähde s. 272; Geroski toteaa markkinoille tulon estämisen voivan olla optimaalinen strategia, jos markkinoilta pois ajaminen on suhteellisesti kalliimpaa. Tämä tilanne vallitsee, vaikka lyhyellä ajanjaksolla este ei olisi kannattava. Hän käsittelee myös monopolivoiton jakautumista. Ks. Geroski I s. 115–116; Jacquemin s. 102–104. Tekijä huomauttaa muiden kilpailukeinojen kuin hinnan voivan laajentaa markkinoilla jo olevan yrityksen vaihtoehtoja; Shy s. 186–187 (yrityksen perusvaihtoehdot), 188–192 (kapasiteetin vaikutus), 195–197 (investointien vaikutus), 198 (nk. judo economics). Shy’n malli on rakennettu monopoli – duopoli tilanteen ja homogenisen (so. samanlaisen ja eriyttämättömän tuotteen varaan). Perusvaihtoehdot ovat pitkälti samanlaiset muissakin tilanteissa, mutta mallin lopputulos voi poiketa (so. kannattaako markkinoille pääsyä estää vai ei).

kannattavampaa mitä todennäköisemmin yhden uuden yrityksen sallimisesta seuraisi toisten tulo markkinoille. Salliminen voi olla paras ratkaisu, jos voidaan luoda duopolin tai tiukan oligopolin tilanne, joka estää markkinoiden reunalla toimivien pääsyn niille. Toisaalta yritys joutuu laskemaan, etteivät tulokkaat välttämättä lopu yhden onnistuneen torjunnan jälkeen. Tähän voi johtaa esim. se, että muut yritykset pitävät yhden epäonnistujan kohtaloa sattumana tai luulevat olevansa sitä kilpailukykyisempiä. Todennäköisesti markkinoilla toimivien yritysten on laskettava tietyn asteisen jatkuvan esteen varaan ja arvioitava menettelyn kannattavuus pitemmällä aikavälillä. Avoimeksi jääkin voiko yritys todella päästä nauttimaan monopolivoitoista riittävässä määrin käytettyihin kustannuksiin nähden.[129]

Toimivan strategisen esteen tulee olla uskottava. Kilpailijat eivät voi pitää uskottavana estettä, joka on vähäarvoinen (ts. jonka ohittaminen onnistuu pienellä lisäpanostuksella) verrattuna niihin voittoihin, joita markkinoille pyrkivä yritys uskoo saavansa. Optimaalinen este olisi sellainen, jota ei koskaan tarvitse toteuttaa (so. pelkkä uhka estää markkinoille tulon). Comanor ym. erottavat toisistaan ”saalistuskeinot” eli menettelytavat, joissa yrityksen on luovuttava osasta voittoaan toteuttaessaan uhkansa ja muut keinot. Jälkimmäisten osalta ei yritys kärsi markkinoille tulon tapahtuessa ja toimiessaan uhkaamallaan tavalla voiton suoranaisesta pienentymisestä. Tekijät eivät arvio kuinka vahva muihin keinoihin perustuva uhka voi olla, joten erottelun mielekkyys on epäselvä. Kilpailupoliittisesti ei uskottavuusrajan alapuolelle jääviin esteisiin tulisi kiinnittää mitään huomiota. Tällainen tilanne on Kantzenbach ym. mukaan uponneiden kustannusten puuttuminen. Tällöin markkinoilta poistuminen on niin helppoa, etteivät niillä jo toimivat yritykset kykene luomaan uskottavaa estettä ulkopuolisiin nähden. Näiden riski (mahdollisesti menetettävä panos) jää pieneksi. Käytännössä on helpompi määritellä mihin toimenpiteisiin aiotaan puuttua kuin puuttumisen edellytyksenä vielä selvittää niiden seuraukset eli jopa markkinakohtaiset uskottavuudet.[130]

Uskottavuutta voi korostaa se, että tehty investointi on yrityksen kannalta peruuttamaton, eli se ei saisi rahojaan takaisin toiminnasta luopuessaan. Tämä kanta korostaa uponneiden kustannusten merkitystä. Strategisten keinojen osalta pyrkimyksenä on luoda vähintään vaikutelma siitä, että tehdyt toimet ovat peruut-

---

[129] Jacquemin huomauttaa, etteivät yritykset pysty tekemään päätöksiä markkinoille tulosta tai torjuntakeinoista täysin rationaalisesti. Hän toteaa tarvittavien arviointimallien olevan hyvin monimutkaisia. Ks. Jacquemin s. 106–107.

[130] Uskottavuus argumentoinnin osalta ks. esim. Comanor ym. s. 373–374; Honkapohja s. 58; Kantzenbach ym. s. 77, 83–84, 96–97. Tekijät eivät suoraan viittaa uskottavuuteen eri tilanteissa, vaan tämä ilmenee lähinnä tehdyistä johtopäätöksistä.

Saalistus- ja muiden keinojen osalta ei mielestäni voida täysin yhtyä Comanor ym. kantaan siitä, että voiton pienentyminen olisi selvä ero niiden välillä. Jälkimmäisissäkin tilanteissa toteutunut markkinoille tulo syö voittoja ja tulijan kulujen nostamiseen pyrkivä strategiakin vaatinee jotain kuluja (ja tämäkin pienentää voittoja).

tamattomia. Uskottavuuden lisäksi esteen on oltava havaittava ja kestävä. Jos pyrkijä ei voi tietää markkinoilla toimivan yrityksen pystyvän reagoimaan markkinoille tuloon esim. tuotantoaan lisäämällä, se saattaa aloittaa toiminnan. Markkinoita hallitsevan yrityksen kannalta voidaan tällöin joutua tilanteeseen, jossa markkinoilta pois ajaminen on jo liian kallista. Peruuttamattomuus ja kestävyys eivät luonnollisesti ole absoluuttisia suureita, koska yritys saa niiden kautta aikaa tulijoihin verrattuna. Kuta kauemmin esteen ohittaminen kestää sitä kalliimmaksi se tulijalle muodostuu.[131]

Lähinnä uskottavuuden pohjalta Jickeli jakaa yritysten strategiavaihtoehdot niiden resurssien mukaan neljään ryhmään. Suuret ja vahvat yritykset ovat saksanpaimenkoiria ja käyttäytyvät tämän mukaisesti agressiivisesti markkinoille pyrkijöihin nähden. Tällainen yritys voi kuitenkin toimia ”laiskan kissan” tavoin ja sallia markkinoille tulon, jos sen asema ei ole täysin uhattuna. Malli on Fudenberg ym. perusteella järkevä tilanteissa, joissa yritys on esim. mainonnan avulla luonut uskollisen asiakaskunnan, joka ei siirtyisi tulijalle. Tällöin se voi edelleen periä näiltä asiakkailta korkeampia hintoja ja voitto on suurempi kuin markkinoille tulon estämistapauksessa. Näissä tapauksissa yli-investointi kapasiteettiin tai mainontaan voi olla kannattava, vaikka se voi toisaalta suorastaan pakottaa yrityksen omaksumaan laiskan kissan roolin. Heikommat yritykset käyttäytyvät vastaavasti joko agressiivisesti (”laiha ja nälkäinen”) tai puolustuksellisesti (”Schoßhündchen”). Jako kuvaa sinänsä hyvin vaihtoehtojen laajuutta ja tilannekohtaisuutta. Sama yritys voi toisissa tilanteissa pitää parempana agressiivistä menettelyä ja toisissa ”laiskan kissan” elämää. Jako ei kuitenkaan auta ennustamaan yritysten reaktioita, koska sekä hallitsevat että pienemmät voivat toimia joko agressiivisesti tai passiivisesti valitun strategian riippuessa yrityksen omasta päätöksestä.[132]

Peliteorian valossa kyse on siitä pystyykö yritys luomaan sellaisen vaikutelman, että strategista keinoa käytettäessä sen voitto on pienempi tai tappio suurempi, jos markkinoille tulo sallitaan. Hintasota kaikkine tappioineen on tällaisessa tilanteessa kannattavampi vaihtoehto. Asiasta tietoinen ulkopuolinen ei voi laskea itsekään saavansa voittoa, vaan joutuvansa hintasotaan. Tällöin markkinoille tulo

---

[131] Encaoua ym. s. 58–59. Tekijät korostavat esteen uskottavuuden riippuvan epätäydellisen informaation maailmassa siitä, mitä ulkopuolinen uskoo esteestä. Hallitsevan yrityksen todelliset reaktiot (jos markkinoille tulo tapahtuu) ja se mitä ulkopuoliset ovat ajatelleet sen strategiasta voivat siten olla kaksi täysin eri asiaa; Geroski I s. 117–118. Geroski viittaa myös siihen, että esteen täytyy olla riippumaton markkinoilla toimivasta yrityksestä (eli se ei itsekään voi purkaa estettä). Ks. em. lähde s. 118 ”In essence, this amounts to saying that the expenditures that create the pre-commitment to y* (= markkinoille tulon estävä tuotannon määrä) are sunk into assets whose effective life is not only long, but also exogenous to the actions of the incumbent.”; Jacquemin s. 101, 107 ”No one can tie others up if he is not tied up himself or if he does not appear to be tied up.”; samoin Vickers ym. s. 15.

[132] Fudenberg ym. s. 361, 362. Englanninkieliset nimitykset ovat hänen tekstissään seuraavat: Fat-Cat Effect, The Puppy-Dog Ploy and the Lean and Hungry Look; Jickeli s. 76–77.

jää tekemättä. Yleisemminkin strategisen esteen tavoitteena on luoda vaikutelma siitä, että markkinoille tulijan tuotanto ei voi olla kannattavaa.[133]

Jacquemin korostaa yrityksen voivan luoda esteitä omalle markkinoilta poistumiselleen, jos se tätä kautta säilyttää markkina-asemansa ja saatava tuotto on esteen aiheuttamia kustannuksia suurempaa. Tulon ja poistumisen esteet ovat siten saman kolikon kaksi puolta ja periaatteessa tarkoituksena voi olla jomman kumman korostaminen samaan lopputulokseen, eli markkinoille tulon estämiseen, pääsemiseksi. Tulokkaiden kannalta poistumisen esteet voivat pakottaa ne pysymään markkinoilla, jolloin esteen luoneen yrityksen kannalta lopputuloksena voi olla tuloon mukautuminen. Muutkaan keinot eivät enää tässä vaiheessa vaikuttaisi tilanteeseen, koska esim. alihinnoittelu vaikeuttaisi molempien (so. tässä vaiheessa tulija toimii jo markkinoilla) tulosta heikentävästi.[134]

Uponneiden kustannusten ei edes tarvitse olla kovin suuria. Periaatteessa pienikin kustannuserä voi riittää, jos se tekee markkinoille tulon kannattamattomaksi. Baumol ym. painottavat, että kyse on nimenomaan lisäriskistä verrattuna markkinoilla jo toimivaan yritykseen. Tämä yritys on todennäköisesti joutunut itse tekemään saman investoinnin aiemmin, mutta kertaalleen upotettu kustannus sitoo sen markkinoille. Tulokas joutuu arvioimaan, saisiko investoinnille paremman tuoton muualta, jolloin tämä vaihtoehtoiskustannus on uponnut kustannuserä.[135]

Mueller huomauttaa, ettei markkinoille pääsyn esteiden kautta ole pystytty kaikilta osin luetettavasti selvittämään markkinoiden toimintaa. Hallitseva yritys voi kerätä markkinoilta muita suurempia voittoja houkuttelematta niille uusia yrityksiä. Kyse ei välttämättä edes ole mistään strategiasta, vaan eräällä lailla saavutetusta asemasta. Mainonta ja tuote-eriyttäminen voivat estää markkinoille pääsyä joissain tapauksissa, mutta nämäkään eivät ole yleispäteviä selityksiä. Muita paremmat voitonsaantimahdollisuudet viittaavat siihen, ettei optimaalinen markkinatilanne ole lainkaan saavutettavissa kaikissa tilanteissa. Emme voi edellyttää, että muita paremmin menestyneitä yrityksiä ruvettaisiin rankaisemaan, jos mitään selvää markkinoille pääsyn estämistä ei esiinny. Mueller'n havainnoista voitaisiin tosin päätellä tehokkaan kilpailupolitiikan vaativan mahdollisuuksia puuttua esimerkiksi tuote-eriyttämiseen, jos tätä käytetään strategisena keinona.[136]

---

[133] Jacquemin s. 111–114 (viitatussa osassa on tekstissä esitettyä laajempi esitys peliteoreettisesta mallista); Vickers ym. s. 15 "First, the incumbent dominant firm commits expenditures on some 'strategic variable' K, which may be thought of as capacity, advertising, or R & D, for example. This affects the payoff that the rival would receive if it entered the market, and so it consists of choosing a level of K such that the expected payoff to an entrant, $R^e(K)$, would be less than zero."

[134] Jacquemin s. 118–120.

[135] Baumol ym. II s. 289 "The cost figure corresponding to an entry barrier need not be fixed, but may vary with the magnitudes of the entering firm's output.", s. 290–291.

[136] Mueller katsookin lisätutkimuksen olevan tarpeen. Mueller s. 9–11.

3.2 Keinot

Termi ”keinot” viittaa markkinoilla olevan yrityksen mahdollisuuksiin torjua niille tuloa. Tarkastelun kohteena on siten yrityksen mahdollisuus käyttää eri kilpailukeinoja strategisina esteinä. Erottelua ei voitane pitää kovin selvänä, koska yritys voi pitemmän ajan kuluessa pyrkiä asemansa parantamiseen monin eri keinoin. Yrityksen kannalta viaton este on yhtä hyödyllinen kuin strateginenkin. Edelliseen on vain kilpailijoiden ja viranomaisten hankalampi puuttua ja se vaatii yleensä muita kuin puhtaasti kilpailupoliittisia toimia (esim. deregulaatiota).[137]

Keinot voidaan karkeasti jakaa hinnoitteluun liittyviin ja muihin keinoihin. Jälkimmäisiä ovat esim. mainonta, tuotekehitys tms. Varsinkin muut keinot ovat tavallisesti seuraus yrityksen halusta kilpailla markkinoilla ja siten viattomia (so. niihin ei em. tapauksessa pitäisi puuttua). Toisaalta hinnoittelua ei ole pidetty uskottavana markkinoille pääsyn esteenä, koska puhtaasti hinnoitteluun perustuva strategia on helposti muutettavissa, ellei yritys ole esim. kapasiteetin kautta sitonut itseään tiettyyn tuotantotasoon. Tulkinnassa on oltava äärimmäisen varovainen, koska virheellinen puuttuminen voi johtaa hyödyllisen kilpailun vähenemiseen. Mitä enemmän markkinavoimaa yrityksellä on, sitä ankarammin sen käyttämiä keinoja voitaneen arvostella. Sopimus-, kilpailu- ja elinkeinovapaus koskee monopolejakin, joten mitään keinoa ei voida kieltää yksinomaan määräävän aseman takia, vaan olisi osoitettava joko markkinoiden sulkemistarkoitus tai seuraus.[138]

3.2.1 Limit pricing -teoria ja skaalaedut

Yksi markkinoille pääsyn ”peruseste” on talousteorian kannalta nk. limit pricing, jossa hintataso asetetaan sellaiseksi, ettei markkinoille tulo kannata. Korkeamman hintatason käyttäminen johtaisi markkinoille tuloon ja alempi hintataso merkitsisi voiton pienentymistä tarpeettomasti. Rajaehtona kyseisen hinnoittelun käyttämiselle on se, että yritys / yritykset pystyvät tuottamaan markkinoiden haluaman määrän tuotetta. Jos näin ei ole, nousee hintataso tyydyttämättömän kysynnän takia, ja kapasiteettiä on lisättävä joko vanhojen tai uusien yrittäjien avulla.[139]

---

[137] Näkökulman tulisi aina olla strateginen, koska pelkkä tekninen lähestymistapa (so. johonkin yritysten tunnuslukuihin sidottu) ei mahdollista mielekästä kilpailupoliittista lähestymistä. Tällä kannalla on esim. Comanor ym. s. 375.

Pelkkä strateginen tarkastelu keinojen suhteen voi toisaalta johtaa oikeusvarmuuden kannalta hankalien kriteerien käyttöön, koska yritys ei periaatteessa voisi olla varma siitä puututaanko johonkin toimeen vai ei. Teknisesti ”ei kilpailua haittaava” keino, kuten kokonaiskustannukset ylittävä hinnoittelu voitaisiin osoittaa pyrkimykseksi haitata markkinoille pääsyä eikä yritys saisi mukautua potentiaalisen kilpailun uhkaan entisiä monopolihintojaan laskemalla.

[138] Encaoua ym. s. 61–63. Tekijät viittaavat hinnoittelun uskottavuusongelmiin; OECD I s. 15.

[139] Määritelmän osalta ks. esim. Scherer s. 234 ”This price, … , is called limit price – that is, the price that limits to zero the entry and expansion of fringe rivals. The dominant firm must also ensure taht the market demand … at that price is satisfied.”

Hinta asetetaan tasolle, jossa skaalatuotannon edellyttämä vähimmäismäärä johtaa ylituotantoon markkinoilla. Markkinoilla jo olevien yritysten jatkaessa vanhaa tuotantomäärää johtaisi kapasiteetin lisäys hinnan alentumiseen alle kannattavuusrajan. Jos pyrkijä olettaa vanhojen yritysten toimivan em. tavalla ei se tule markkinoille, ellei se pysty tehokkaamman tuotannon kautta alittamaan muiden minimihintaa. Vanhojen yritysten reaktiot riippuvat pitkälti skaalatuotantokäyrän jyrkkyydestä. Kuta jyrkempi käyrä on lähellä minimituotantomäärää, sitä kalliimpaa on aloittaa vähänkin tätä määrää pienemmällä tuotannolla. Toinen tärkeä tekijä on kysynnän joustavuus. Tuotannon lisäyksen laskiessa merkittävästi tuotteen hintaa jo pienikin lisäys laskee yritysten tuottoja. Tällöin torjunta tai sillä uhkaaminen voi olla vanhojen yritysten kannalta ainoa järkevä keino ja tulijakin olettaa näin olevan. Hinta rajautuu kuitenkin pitkälti muiden markkinoille pääsyn esteiden kautta markkinoiden rakenteen määrittäessä yritysten liikkumavaran. Lähellä monopoliasemaa olevat yritykset voivat siten periä selvästi korkeampaa hintaa kuin suuremman kilpailupaineen alla toimivat.[140]

Yritykset eivät välttämättä koe itsellään olevan järin suurta etua toisiin verrattuna, ja siten on kyseenalaista kuinka paljon limit pricing -mallia käytetään ja onko sen käyttäminen ylipäätään tietoista. Bain'n 1950-luvulla tehdyssä tutkimuksessa vain parilla tutkituista 20 toimialasta oli selviä skaalatuottoetuja tuotantoyksikkötasolla. Tällöinkään ei Bain'n mukaan saavutettu mitään lisäetua yksikköjen määrää lisäämällä, joten näille markkinoille periaatteessa pääsi perustamalla minimituottoisen yksikön. Tätä tuki se havainto, ettei mikään kyseisistä teollisuuden aloista ollut "ruuhkainen", eli yritykset toimivat ylioptimaalisella tasolla (so. kapasiteetin vähennys ei olisi nostanut niiden yksikkökustannuksia).[141]

Limit pricing -malli soveltuu lähinnä homogeenisiin tuotteisiin, koska mitä erilaisemmista tuotteista on kyse sitä enemmän jo lähtökohtana oleva oletettu kilpailtu hinta vaihtelee. Yritys joutuu myös arvioimaan, kannattaako sen välttämättä estää markkinoille tuloa, koska limit price on alhaisempi kuin markkinoilta sillä hetkellä saatavissa oleva hinta. Scherer toteaa, että kyse on tulevien voittojen diskonttaamisesta tähän ajankohtaan, jolloin olisi tunnettava kaikki tulevaan liittyvät epävarmuustekijät. Mitä heterogenisempi tuote on, sitä suurempia nämä ovat, koska kysyntä saattaa vaihdella muodin tms. muutosten takia, eikä ole lainkaan varmaa, että tuotteen kysyntä säilyisi jatkossa vahvana.[142]

Oligopolitilanteissa yhteisen limit pricing -hinnan ylläpito vaatii varsin tarkkoja tietoja muiden yritysten reaktiosta. Jos kaikki yrittävät maksimoida voittonsa pitämällä tuotannon sillä tasolla millä yhden lisäkappaleen tuotto vastaa sen

---

[140] Skaalatuotannon merkitystä korosti jo Bain, vaikka hän ei varsinaisesti limit pricing -termiä käyttänytkään. Ks. Bain I s. 101–108.
[141] Bain I s. 90–92, 102. Tehty arvio perustuu 1950-luvulla tehtyyn kyselytutkimukseen, joten nykytilanne on tässä mielessä avoin.
[142] Scherer s. 234–235.

valmistuskuluja (eli marginaalituotto vastaa marginaalikustannuksia), oligopoli tuottaa kokonaisuudessaan liian vähän ja tulijalle on tilaa. Toisaalta tuotannon lisääminen tasolle, jolla marginaalikustannukset vastaavat tuotteesta saatua hintaa, aiheuttaa ”liikatuotannon”. Kuten Scherer huomauttaa, voi tilanne olla ratkaistavissa yhteistoiminnalla tai kartellilla, mutta nämä kiellettyinä toimintatapoina eivät useinkaan ole mahdollisia. Lisäksi on aina vaarana oligopolin yhteistyön pettäminen. Menestyksen edellytyksenä on tuotteen tasalaatuisuus, helposti arvioitavat tuotantokustannukset sekä riittävän pieni määrä markkinoilla toimivia yrityksiä.[143]

Limit pricing -teoriaa voidaan mielestäni moittia osittain virheellisesti ymmärretystä kilpailukäsitteestä. Jos – muiden esteiden puuttuessa – hinta asetetaan potentiaalisten kilpailijoiden takia tasolle x markkaa, eikö tämä itse asiassa ole kilpailtu hinta? Täydellisen kilpailun mallihan lähtee siitä, että mikään yritys ei saa tuottaa nk. taloudellista voittoa. Tehokkaassa kilpailussa tämä oletus on pakosta relatiivinen. Kilpailun tulee johtaa tehokkaimpaan tilanteeseen, eikä yritysten käyttämään hintaan puuttuminen limit pricing -tapauksissa mitenkään paranna kilpailua ainakaan silloin, kun markkinoita hallitsevalla / hallitsevilla yrityksillä on vapaata kapasiteettiä. Hinnan laskeminen johtaa tuotannon lisäykseen, mutta todennäköisemmin vanhojen kuin uuden yrittäjän toimesta. Hinnan nostaminen uuden yrittäjän saamiseksi markkinoille johtaisi absurdiin tilanteeseen, jossa viranomaisten olisi harkittava kuinka monta yritystä ne markkinoille haluavat. Lisäksi toiminnan aloittaminen johtaisi pakosta hinnanlaskuun (kapasiteettihän lisääntyy vielä entisestään) tai tehottomaan tuotantoon (jos tehokkaan skaalatuoton vaatimaa tasoa ei saavuteta). Limit pricing -tilanteessa voi olla kyse todellisesta taloudellisesta optimista, johon puuttuminen ei kannata. Em. seikan tunnistaminen (kuten ylipäätään sen onko kyse limit pricing -menettelystä) on vaikeaa ja täten puuttumiskynnyksen on oltava korkealla. Eri asia on, jos yrityksillä on muiden esteiden takia monopolinomainen asema, ja hintaan halutaan puuttua asiakkaiden tai kuluttajien suojaamiseksi.[144]

---

[143] Scherer ym. s. 365–366.

Esitetty näkökulma pätee muihinkin markkinoille pääsyn estämiskeinoihin ja oligopolitilanteeseen. Mainonnan tai kapasiteetin osalta yhteisen linjan löytäminen on todennäköisesti vielä vaikeampaa, koska kyse voi olla markkinoilla jo toimiviin yrityksiin eikä tulijoihin kohdistettu toiminta.

[144] Bain tuntuu käyttävän limit pricing-teoriaa pikemminkin markkinoille pääsyn esteiden mittana kuin selkeästi esteenä. Ks. Bain II s. 31 ”It (viitataan markkinoille pääsyn ehtoihin) *may be measured* by the degree to which established firms can persistently elevate their prices above minimal average or competitive costs without making it attractive for new firms to enter.”, s. 253.

Toisaalta Bain on määritellyt ’kilpaillun hinnan’ nimenomaan alimman saavutettavan kustannustason mukaan. Tähän hän on sisällyttänyt myös pääoman normaalin koron. Edellä esitetty päätelmä ei siten ole mitenkään varma. Ks. Bain I s. 6.

Tekstissä ilmaistu kanta vastaa pitkälti Areeda ym. kritiikkiä. Jos monopolin tuotantokustannukset ovat potentiaalisia kilpailijoita alhaisemmat, ei tekijöiden mielestä ole järkevää pitää tilannetta kilpailun kannalta haitallisena. Monopolihan vain kilpailee omalla kilpailuedullaan ja markkinoille

Pidän sangen kyseenalaisena, voidaanko tätä hinnoittelumallia edes lukea varsinaiseksi markkinoille pääsyn estämiskeinoksi. Sehän toimii täysin muiden – joko rakenteellisten tai strategisten – esteiden varassa. Limit pricing ei luo esteitä, vaan ainoastaan hyödyntää niitä. Tällainen hinnoittelu on järkevää vain siinä tapauksessa, että saatava voitto on yrityksen käyttämällä arviointijaksolla suurempi kuin sallittaessa kilpailijan tulo markkinoille.[145]

Limit pricing -teoria rakentuu tietyssä mielessä yksipuolisen markkinatarkastelun varaan. Kasvavilla markkinoilla menettely ei voi olla mielekäs, elleivät yritykset pysty samanaikaisesti ylläpitämään uskottavaa hinnoittelupolitiikkaa ja laajentamaan tuotantoaan kysyntää vastaavaksi. Tällainen yhtälö ei riittävän voimakkaan tulokkaan mielestä voi olla uskottava, eikä sitä todennäköisesti markkinoilla toimivien taholta edes yritetä. Pyrkijä voi lisäksi uskoa muiden yritysten mukautuvan sen toimintaan ja hinnan asettuvan kaikkien kannalta järkevimmälle tasolle. Mitä vahvempi tämä yritys on, sitä helpommin se voi olettaa näin käyvän, koska sen torjuminen vaatisi muilta käytössä oleviin resursseihin nähden kohtuutonta ponnistelua.[146]

3.2.2 Saalistushinnoittelu

Yritys voi pyrkiä torjumaan markkinoille tulijaa sen jo aloitettua toimintansa. Tällöin voidaan keinona käyttää esim. oman tuotteen hinnan alentamista alle kustannusten (nk. predatory pricing) tai jälleenmyyjiin kohdistettua painostusta (etteivät nämä ottaisi uuden yrityksen tuotteita valikoimiinsa). Onnistunut torjunta markkinoille pyrkineen yrityksen vetäytyessä niiltä puolestaan toimii selkeänä esteenä muille pyrkijöille. Samaa keinoa voidaan käyttää ”kurinpidollisesti”, jos joku toimii markkinoilla vastoin hallitsevan yrityksen intressejä. Esteen tehokkuutta vain korostaa se, että sitä on jo kertaalleen käytetty. Vaikutusta voidaan vielä korostaa palkkaamalla kilpailijan palveluksessa olleita henkilöitä, jolloin mahdollisella uudella yrittäjällä ei ole saatavana toiminnan osaavaa henkilökuntaa. Kilpailupoliittisesti näihin tilanteisiin tulisi puuttua, mutta varsinkin väitettyihin alihintoihin puuttuminen on helposti ristiriidassa kuluttajan edun kanssa

---

tulon keinotekoinen salliminen edellyttäisi hinnan nostamista tehottomampien yritysten vaatimusten mukaan. Sinänsä myönnetään, että pitempiaikainen monopoli voi johtaa kehityksen hidastumiseen ja olemassa olevan tietouden hitaampaan leviämiseen, mutta tämä ei kirjoittajien mielestä ole riittävä peruste limit pricing’n kieltämiselle. Ks. Areeda ym. Vol III s. 159–160 sekä osuva loppukommentti s. 160–161 ”In sum, without even considering the formidable administrative problems which suprevising a monopolist’s pricing policies would impose, we conclude that more or less permanently ’low’ prices are competition on merits and not an abuse of power or exclusionary behaviour…”

[145] Tähän ajatteluun viittaa tietyssä määrin edellä käsitelty Bain’n ”condition of entry” ja ”barriers of entry” jaottelu. Bain myös erottaa selkeästi itse esteinä toimivat tekijät ja sen kannattaako tämän jälkeen käyttää pääsyn estävää hintaa vai sallia markkinoille tulo. Ks. Bain I s. 172.

[146] Stigler I s. 20–21. Tekijä moittii teoriaa siitäkin, ettei markkinoiden rakennetta huomioida riittävästi (s. 21): ”Industry structure is irrelevant. The ability of the oligopolists to agree upon and police the limit price is apparently independent of the sizes and numbers of oligopolists. The theory of oligopoly is solved by murder.”

(tämähän saa tuotetta ainakin väliaikaisesti halvemmalla). Demsetz suhtautuu hyvin kriittisesti juuri hintoihin puuttumiseen, koska tämän voi kääntäen katsoa johtavan hinnanalennuksen sitomiseen kilpailijoiden hyväksyntään! Hän huomauttaa varsin osuvasti, ettei nk. sisäänvetotarjouksilla ja muulla alihinnoittelulla ole periaatteellista eroa (molemmissa tuotetta voidaan myydä alle marginaalikustannusten). Juridista lähestymistapaa, jossa tarkastellaan hinnanalennuksen motiivia, Demsetz pitää harhaanjohtavana. Kritiikki on sikäli oikeaan osunutta, ettei varmasti voida arvioida, joutuvatko kuluttajat todella maksamaan kalliimman hinnan siitä, ettei markkinoille tule muita yrityksiä (so. onko tulevaisuudessa maksettava monopolihinta lyhytaikaista hyötyä suurempi). Toisaalta Demsetz tuntuu jättävän tarkastelunsa ulkopuolelle juuri strategisen esteen syntymisen ja sen vaikutukset. Esitetyt ajatukset kärjistävät sinänsä osuvasti kysymystä siitä, missä määrin markkinavoimaisen yrityksen kontrolloiminen on yleensä tarpeellista.[147]

McGee on määritellyt saalistuksen menettelytavaksi, jota ei tehtäisi muuten kuin tulevaisuudessa saatavan monopolivoiton takia. Mikä tahansa muu tuotantokustannukset alittava hinta ei ole saalistusta, vaan osa kilpailuprosessia. Tämä prosessi voi vahingoittaa kilpailijoita ja jopa yritystä itseään, mutta pelkästään tällä perusteella ei kyse ole saalistuksesta. Painotus on tärkeä, koska kilpailuviranomaisille kanteluja tms. tekevät juuri kilpailijat, joiden intressissä on pitää hintataso korkealla![148]

Phlips toteaa saalistushinnoittelun olevan tyypillisesti monialayrityksen käyttämä keino. Jos yritys hallitsee vain niitä markkinoita, joille pyrkijä on tulossa on halvempi vaihtoehto yrittää hankkia tämä yritys omistukseensa. Perustelu ei kilpailulainsäädännön valossa ole täysin pitävä, koska fuusio tai muu yrityskauppa voi olla kielletty. Ilman toisilta markkinoilta siirrettäviä voimavaroja yrityksellä täytyisi tosin olla riittävästi likvidejä varoja saalistuksen aiheuttamien kustannusten kattamiseen. McGee painottaa likvidien varojen olevan erittäin kalliita yrityksen kannalta (nehän ovat itse asiassa käytöstä poissa olevia ja pääosin tuottamattomia varoja).[149]

---

[147] Demsetz II s. 52 ”Now, it would hardly seem serving of social purposes to establish legal rights requiring that the permission of one’s rivals be obtained before a price reduction…”, 53, 54–56; Joskow ym. s. 229. Tekijät korostavat design-team’ien hajoamisen vaikeuttavan entisestään mahdollisuutta myydä yritys uusille omistajille; Kantzenbach ym. s. 96–97. Tekijät painottavat sitä, että alihinnoittelu kannattaa vain, jos muita markkinoille pääsyn esteitä on. Muussa tapauksessa yritykset vain vahingoittavat itseään. He viittaavat tältä osin uponneisiin kustannuksiin; McGee painottaa, ettei kilpailuoikeus saa rangaista kilpailluista hinnoista. Olennainen kysymys on siten todellisen taudin eli saalistuksen erottaminen markkinoiden tavallisesta toiminnasta. McGee s. 292–293.

[148] McGee s. 292. Tekijä painottaa lisäksi yrittäjien olevan kiinnostuneita vain yrityksensä menestyksestä eli saavutettavista tuotoista. Saalistushinnoittelua ei siten käytetä huvin vuoksi tai sadismista. Tarkastelu voidaan näin ollen kohdistaa niihin tapauksiin, joissa saalistuksen voidaan olettaa kannattavan. Ks. em. lähde s. 294–295.

[149] Phlips I s. 185–189.

Vrt. McGee s. 297 ”A firm plotting a predatory campaign would require disproportionately greater (so. verrattuna saalistuksen kohteeseen) liquid reserves, and in one way or another, it will have to pay for them. Liqued reserves are costly, and disproportionately large reserves are disproportionately costly.”

Areeda ym. suhtautuvat kielteisesti saalistushinnoitteluun. He toteavat, että kyse on harvinaisesta ja osin väärin tulkitusta ilmiöstä. Saalistus edellyttää kahden ehdon täyttymistä. Yrityksellä tulee olla enemmän voimavaroja (staying power) ja kilpailijan kukistamisen jälkeen odotettavien voittojen täytyy varsin suurella todennäköisyydellä (so. etukäteen arvioituna) ylittää saalistuskampanjan kustannukset. Kilpailijoiden ajaminen markkinoilta ei yksinkertaisesti voi onnistua, jos näillä on vähintään yhtä suuret voimavarat kuin saalistajalla. McGee huomauttaa, että tavallisesti saalistuksen kustannukset ovat saalistajalle selvästi suuremmat kuin kohteelle. Sillä on yleensä selvästi suurempi markkinaosuus, joten hinnanlasku (jos sitä ei voida kohdistaa pieneen markkinasegmenttiin eli diskriminoida) johtaa suurempaan tuoton laskuun kuin kohteella. Lisäksi tuotantoa on kasvatettava kysynnän noustessa hinnan laskun seurauksena. Voittojen keruumahdollisuutta rajoittaa uusien yrittäjien tulo markkinoille siirryttäessä saalistushinnoittelusta monopolihinnoitteluun. Perusedellytyksenä ovat siten varsin korkeat markkinoille pääsyn esteet. Saalistushinnoittelun toistamista kirjoittajat eivät pidä todennäköisenä keinona estää markkinoille tuloa, koska toisto herättäisi ennemmin tai myöhemmin kilpailuviranomaistenkin huomion.[150]

Saalistushinnoittelu edellyttää tuotantokustannusten alittamista. Hyväksyttäessä vähemmän yrityksen eri kustannuseristä arviointiin tuotekappaleen kulut laskevat ja yritys voi käyttää alhaisempaa hintaa. Vastaavasti päädytään korkeampaan sallittavaan hintaan, jos kustannuksiin lisätään esim. osa kiinteistä kustannuksista. Ratkaisu riippuu paljolti rajanvedosta vaihtuvien (eli selvästi tuotannon määrän mukaan vaihtelevien) ja kiinteiden (eli periaatteessa tuotannosta riippumattomien) kustannusten mukaan. Monituoteyrityksessä törmäämme lisäksi ongelmaan eri tuoteryhmien kustannuksista ja niiden jaosta. Markkinointi-, tuotekehittely- ja hallinnointikustannukset voidaan periaatteessa lukea moneen eri kategoriaan. Tiettyä tuotetta mainostava kampanja on varsin selkeästi osa tämän tuotteen kustannuksia, mutta miten tulisi suhtautua tavaramerkkiä esille tuovaan markkinointiin, jossa samalla mainostetaan osaa yrityksen tuoteryhmistä? Tarkan marginaalikustannuksen arviointi on usein liki mahdotonta, vaikka eri kustannusryhmien jaosta olisi sovittukin. Lähtökohdaksi on talous-

---

[150] Areeda ym. Vol III s. 149–150; kilpailijoiden mahdollisuudesta palata takaisin markkinoille ottamalla entinen kapasiteetti käyttöönsä tai uusien kilpailijoiden tulosta markkinoille ostamalla em. kapasiteetti itselleen huomauttavat myös McGee s. 296–297 ja Phlips I s. 187–188.
McGee huomauttaa tulevien voittojen olevan vähempiarvoisia kuin nykyisten, joten mitä kauemmin oletetun monopolivoiton saaminen kestää sitä suurempia voittojen täytyisi olla. Ks. McGee s. 295–296 (saalistuksen kustannusten osalta), 297.

Suomalaisessa keskustelussa epäilevän kannan on omaksunut Koskenranta. Hän painottaa paitsi menettelyn irrationaliteettia (vaatii mm. kohtuuttomia voimavaroja saalistajalta) myös saalistuksen kohteiden vastastrategioiden mahdollisuuksia. Hivenen ristiriitaisesti hän kuitenkin EU:n kilpailupolitiikkaa koskevassa jaksossa päätyy toteamaan saalistuksen voivan olla järkevää suuryrityksille aivan samoin perustein kuin se tekstissä aiemmin hylätään! Ks. Koskenranta s. 112–114 (saalistushinnoittelun irrationaliteetin osalta), 121–122 (EU:n kilpailupolitiikan osalta).

tieteessäkin hyväksytty vaihtuvien kustannusten käyttö marginaalikustannusten korvikkeena.[151]

Vaihtuvat kustannukset voivat toisinaan ylittää marginaalikustannukset. Tällöin yritys on ohittanut tehokkaimman tuotannontason ja sen laskeminen pudottaisi kustannuksia. Jos hinta on vaihtuvien kustannusten yläpuolella, ei toiminta tuota tappiota. Areeda ym. pitävät näitä tilanteita ylipäätään harvinaisina ja pitkälti harmittomina. Hinnan laskeminen tehokkaimman tuotannonmäärän mukaiselle tasolle voisi synnyttää tyydyttämätöntä kysyntää, jota kilpailijatkaan eivät välttämättä saa täytettyä (jos markkinoille ei mahdu kahta tai useampaa minimiskaalatuoton vaateet täyttävää tehdasta tms.). Tuloksena voisi olla yhteiskunnan kannalta hyödytön ylikapasiteetti. Toisaalta skaalatuoton ehdot täyttävän yrityksen mahtuessa markkinoille toimii korkeampi hintataso vain kutsusignaalina.[152]

Phlips pitää tuotantokustannuksia tarkastelevaa lähtökohtaa vääränä. Yleensä unohdetaan markkinoille tulijan kustannukset, jolloin saalistushinnoitteluna voidaan pitää tulijan kannalta voitollista hintatasoa! Arvostelu on oikeaan osunutta, koska ei ole mitään syytä puuttua näihin tilanteisiin. Tulijan toiminnan ollessa kannattavaa ja markkinoita hallinneen yrityksen tappiollista on kyse tehokkaamman yrityksen markkinoiden valtauksesta, eikä ole mitään syytä pakottaa hintatasoa ylöspäin kilpailuviranomaisten taholta. Mikäli saalistushinnoittelun raja asetetaan vaihtuvien kustannusten tasolle, ei tulijan menettely ole saalistusta, vaikka ilmeisenä pyrkimyksenä olisi syrjäyttää ja ajaa pois markkinoilta niitä aiemmin hallinnut yritys. Yleisemmällä tasolla tarkastelu tulisi kohdistaa siihen, onko markkinoilla ollut tilaa useammalle yritykselle ennen markkinoille tulon tapahtumista ja väitettyä saalistusmenettelyä.[153]

Täydellisen informaation vallitessa ei tuotteen myyminen alle kustannusten olisi teoriassa järkevää. Monialayrityskin joutuu arvioimaan tilannetta, jossa sen kymmenestä eri markkinasta viimeisellä olisi turvauduttava alihinnoitteluun kilpailijoiden peloittamiseksi. Viimeinen markkina ei (muilla jo tapahtuneen alihinnoittelun takia) pelota enää ketään. Tällöin on järkevämpää mukautua markki-

---

[151] Areeda ym. Vol III s. 154–157; McGee painottaa hintojen alentamisen olevan tyypillinen ilmiö markkinoilla, johon ei tule suhtautua kielteisesti. Hänkin kannattaa lähinnä keskimääräisten vaihtuvien kustannusten käyttämistä lähtökohtana. McGee s. 292–293.

[152] Areeda ym. Vol III s. 169–170.

[153] Phlips I s. 221–222, 239 ”The positive implication is that the plaintiff (or the antitrust authority) should provide evidence to the effect that an alleged predatory price cut turned a positive entry value into a negativeone for the alleged victim. … In simple words, this amounts to showing that, without the price cut, there was room in the market for an additional firm under normal competition, that is, in a non-cooperative Nash equilibrium.”

Non-cooperative Nash equilibrium on peliteoriassa käytetty tasapainotila, joka on peliin osallistuvien (so. markkinoilla toimivien yritysten) paras saman aikainen vastaus toisten strategisiin toimiin. Jos tämä tila on saavutettu, ei minkään yrityksen kannata muuttaa toimintaansa, koska se ei voisi parantaa asemaansa. Kyseinen tasapainotila voidaan liittää moniin eri malleihin, kuten Phlips huomauttaa eikä se sinänsä ole mikään kilpailuteoreettinen ihannetila. Ks. tältä osin Phlips I s. 5–7.

noille tuloon. Muiden tietäessä tämän mukautuminen olisi järkevämpää yhdeksänsillä, kahdeksansilla ja edelleen ensimmäisilläkin markkinoilla. Jos informaatio on epätäydellistä, eivät potentiaaliset kilpailijat pysty tekemään em. kaltaista arviointia ja alihinnoittelu voi olla toimiva markkinoille tulon este. Sen merkitys korostuu, jos markkinoilla jo olevalla on informaatioetu pyrkijöihin nähden. Ei tule unohtaa, että toisen monialayrityksen pyrkiessä toisen markkinoille informaatioetu ei välttämättä ole kovin suuri, koska tällaisella yrityksellä on yleensä riittävät resurssit sekä tarvittava kokemus tietojen keruusta eri markkinoilta. Taloustieteellisten mallien useinmiten omaksuma lähtökohta tuntuu unohtavan tämän seikan ja pyrkijää käsitellään lähinnä markkinoilla olijaa selvästi heikompana ja ”yksiala-yrityksenä”.[154]

Saalistushinnoittelusyytöstä vastaan voi puolustautua väittämällä vain vastaavansa markkinoille tulleen kilpailijan toimiin. Väite ei voi menestyä, jos tulija ei todellisuudessa syyllisty saallistushinnoittelun kaltaiseen alihinnoitteluun esim. markkinointimielessä. Areeda ym. eivät hyväksyisi puolustautumismahdollisuutta missään olosuhteissa. Monopoli saisi laskea hintansa korkeintaan vaihtuvien tuotantokustannusten tai marginaalikustannusten tasolle, muttei alemmaksi. Esitettyä kantaa on pidettävä liian jyrkkänä ainakin niissä tapauksissa, joissa markkinoille on tulossa taloudellisesti vahva suuryritys eikä pienempi kilpailija, kuten Areeda ym. tuntuvat olettavan. Eräs tulkintamalli olisi katsoa tilanteessa syntyvän duo- tai oligopolin ja kieltää kumpaakin yritystä käyttämästä ko. hinnoittelua. Jos tulija on riittävän vahva, ei sen tarvitse markkinaosuutta saadakseen käyttää saalistushinnoittelua. Menettelyn kieltäminen kummaltakin hallitsevalta yritykseltä estäisi markkinoilla toimivien pienempien yritysten tappiot suurempien puristuksessa.[155]

Hinnan alentaminen väliaikaisesti alle tuotantokustannusten voi toimia markkinointikeinona, jolla pyritään houkuttelemaan uusia asiakkaita markkinoille. Jos kyse on markkinoille tulevasta yrityksestä tai täysin uudesta tuotteesta, ovat menettelyn vaikutukset kilpailun kannalta positiivisia. Monopoli käyttää tätä keinoa lähinnä kilpailun torjumiseen, jolloin sitä ei voida pitää hyväksyttävänä. Areeda ym. korostavat, että vain yleiseen hintatason laskuun (kysynnän laskiessa tuotteen elinkaaren myötä tms.) tai uuden tuotteen markkinoille tuomiseen vedoten monopoli saisi laskea hinnan alle tuotantokustannusten. Edellisessä tapauksessa alennus ei saisi olla yleinen, vaan esim. uusille asiakkaille tai tietyille markkina-alueille suunnattu. Lisäksi monopolin tulisi ennemmin käyttää muita markkinoin-

---

[154] Jacquemin s. 116–117. Tekijä pitää hinnoittelua eräänlaisena investointina yrityksen (ilmeisesti aggressiiviseen?) maineeseen, jolloin pyrkimyksenä voi olla myös väärän kuvan antaminen kustannustasosta (so. hinnan laskulla pyritään luomaan kuva todellista matalammasta kustannustasosta); OECD I s. 9–13. Raportissa päädytään juuri informaatiotekijöiden kautta pitämään alihinnoittelua rationaalisena keinona; Phlips I s. 189–193.

[155] Areeda ym. Vol III s. 178–180. Tulijaa koskeva oletus ilmenee s. 180 lauseesta: ”There is after all, consolation for the monopolist in his relative security from serious insury at the hands of a *smaller rival* unlawfully pricing below marginal cost, …”

tikeinoja. Näkökulma on turhan jyrkkä, koska hinnan väliaikainen lasku alle yksikkökustannusten tuotantoa sopeutettaessa täytyisi olla hyväksyttävä. Diskriminoinnin vaatiminen voisi johtaa kilpailun kannalta vähintään yhtä hankaliin ongelmiin kuin mitä saalistushinnoittelu on. Vaarana on esim. alennusten suuntaaminen kilpailijoiden parhaille markkina-alueille! Jälkimmäisessä tapauksessa kyse ei ole varsinaisesta marginaalikustannusten alittamisesta, jos tuotannon määrän kasvaessa (eli saavutettaessa skaalatuotannon etu) yksikkökustannukset tulevat laskemaan.[156]

3.2.3 Tuote-eriyttäminen ja mainonta

Muuttamalla tuotteensa hieman kilpailijoiden tuotteesta poikkeavaksi yritys saa jonkinasteisen autonomian hinnoittelunsa suhteen. Jos lähtökohtana on liki täydellisen kilpailun tilanne (eli monta pientä kilpailijaa) päädytään monopolistisiin markkinoihin. Varsinaisesta markkinoille pääsyn esteestä ei tällöin ole kysymys, koska yritys ei pysty kontrolloimaan kokonaismarkkinoita. Markkinoita kontrolloimaan pyrkivän yrityksen kannalta kyse on mahdollisuudesta luoda oma markkinasegmentti, jota se hallitsee. Tavoitteena voi olla joko kalliimpi, pienempi markkina tai massamarkkinoiden hallinta. Jälkimmäisessä tapauksessa ei nk. luksus-tuotteiden valmistajien markkinoille tulolla ole varsinaista merkitystä yritykselle. Perustavoitteena on yleensä saavuttaa ostajien uskollisuus, jolloin hinta voidaan asettaa korkeammalle kuin muutoin olisi mahdollista (eli ostajat eivät siirry hivenen halvempaan tuntemattomaan tuotteeseen).[157]

Voimakas mainonta voi periaatteessa estää markkinoille tuloa. Tulijan olisi kyettävä vastaamaan tähän kampanjaan saadakseen tuotteensa kaupaksi. Jo tunnetun tuotemerkin mainostamisen oletetaan vaativan vähemmän kustannuksia ja tulokas joutuu siten käyttämään suhteessa enemmän varoja markkinoille pääsyn varmistamiseen. Markkinoilla olevalla on tällöin etu suhteessa tulijaan, jos se saavuttaa pyrkijää paremman suhteen myyntihinnan ja tuotteen valmistus- sekä markkinointikulujen välillä. Tässä tilanteessa tuote-eriyttäminen kannattaa, vaikka mitään skaalaetua ei olisikaan. Hallitseva yritys voi lisäksi pyrkiä täyttämään markkinat omalla mainonnallaan, jolloin tulijan viesti joko hukkuisi tähän massaan tai se joutuisi tyytymään vähemmän näkyviin mainoskeinoihin. Lyons huomauttaa osuvasti, ettei mainoskampanjoilla ole jälkimyyntiarvoa, joten kyse on itse asiassa ”upotetusta” kustannuksesta. Posner ei hyväksy ajatusta mainonnan vaikutuksesta, koska mikään ei estä uutta yritystä hyödyntämästä olemassa olevien mainoskampanjaa. Se voi tyytyä vähäisempään mainontaan tai sopimaan jälleenmyyjien kanssa näiden ottavan tuotteen valikoimaansa oman tuotemerkkin-

---

[156] Areeda ym. Vol III s. 176–178.

[157] Bain I s. 114–117. Tekijä painottaa sitä, että tuote-eriyttäminen johtaa eri tasoisiin esteisiin. Näitä on arvioitava eri myyjäyritysten osalta erikseen.

sä alla. Kritiikki pitänee paikkansa päivittäistavarakauppaan kuuluvien tuotteiden osalta, joissa ostopäätöksiin voidaan vaikuttaa esille laittamisella marketeissa tms. Missä määrin sama vaikutus koskee kestokulutustuotteita on mielestäni avoin, koska näissä tapauksissa kuluttajien ostopäätöksiin vaikuttavat muutkin seikat kuin pelkkä hinta. Tuotevalikoiman laajuuskin voi olla esteenä, jos tulijan pitäisi heti pystyä tuottamaan koko valikoimaa saadakseen itselleen jonkinlaisen markkinaosuuden.[158]

Mainonnan merkitys esteenä korostuu, jos siinä on saavutettavissa skaalatuottoja. Suuryrityksen käyttäessä kampanjaansa 1.000.000,- mk ja tulijan 40 % tästä ei mainonnan skaalatuottojen vallitessa tulijan mainonnan vaikutus ole 40 % kilpailijan mainonnasta. Mikäli pienempi yritys ei voi saavuttaa isomman tuotantolukuja, voi mainonnan suhteellinen osuus kustannuksista kasvaa ja samalla yksikkökustannukset / tuote ovat suuremmat. Tunnetun monialayrityksen osalta ei arviointi ole helppoa, koska se ei uusillakaan markkinoilla lähtisi nollasta, vaan voisi nojautua olemassa olevaan mainontaan ja tuotemerkkiin. Tunnettavuus on kuitenkin tuotekohtaista eikä esim. Valio tai Coca-Cola hyötyisi nimestään ja oman alueensa mainonnasta, jos ne ryhtyisivät markkinoimaan kännyköitä. Sensijaan IBM ja Nokia voisivat helpommin hyödyntää olemassa olevaa organisaatiota toistensa markkinoille laajentuakseen.

Bork ei pidä mainontaa keinona estää markkinoille tuloa, koska kenelläkään ei ole monopolia mainonnan suhteen. Sekä markkinoille pyrkijä että siellä jo oleva – oli sitten kyseessä monopoli tai vähemmän voimakas yritys – ovat samalla viivalla. Mainonta ja sen luoma maine ovat Bork'n mukaan pääomaa (capital assets) ja ainoa ero tulijan ja hallitsevan yrityksen välillä on se, että jälkimmäinen on jo sijoittanut tämän pääoman. Oletetun voiton ollessa riittävä ei mikään mainonta estä markkinoille tuloa.[159]

Areeda ym. eivät pidä mainontaa erillisenä ongelmana. Kyse voi olla saalistushinnoittelusta, jos yrityksen hintataso alittaa muuttuvat kustannukset. Näihin kustannuksiin lasketaan mainonta. Ajatus on sikäli looginen, että oman kustannustason nostaminen tekee yrityksen haavoittuvammaksi tehokkaamman kilpailijan

---

[158] Bain korostaa juuri tuotteesta saatavan hinnan vertaamista sen myymisestä aiheutuviin kokonaiskustannuksiin arvioitaessa tuote-eriyttämisen merkitystä. Ks. Bain I s. 14–15; Davies ym. s. 44–47 (tuotevalikoiman osalta), 48 (mainosten merkityksen osalta).; vrt. Jacquemin s. 114–115. Tekijä pitää mainonnan vaikutusta lähinnä "ajan ostamisena" muiden keinojen käyttöä varten; vrt. Jickeli s. 86–87. Tekijä suhtautuu mainonnan vaikutukseen epäilevästi katsoen sen olevan joka tapauksessa esim. tuotekehittelyn kautta luotua vähäisempi. Hänen kantansa vastaa pitkälti Jaqcquemin'ia; Hilke ym. s. 367. Tekijät toteavat, ettei selkeitä empiirisiä tuloksia ole voitu saada, koska muuttujien kontrollointi on hankalaa ja yritykset yleensä käyttävät useita eri keinoja samanaikaisesti. Ks. em. lähde s. 370–371; Vrt. Posner s. 92–93 "Massive advertising of the existing brands will raise the cost and hence the price of those brands, and thus give the more moderately advertised or nonadvertised new brand a price advantage."

[159] Bork s. 314–315 ja lopputulema s. 315 "It is impossible to see how advertising and promotion can artificially keep other firms out of lucrative markets."

markkinoille tulolle. Eriyttämisongelmaa tekijät eivät pidä ongelmana, vaikka yritys voisi luoda pitkäkestoisia kuluttajapreferenssejä, ellei em. saalistusmenettely toteudu. Lähtökohta vastaa siten Posner'n ajatuksia. Bork pitää ”saalistusmainontaa” liki mahdottomana, koska se on käyttökelpoinen vasta kilpailijan jo tultua markkinoille. Tällöin saalistuksella pitäisi saada kilpailija vetäytymään niiltä, mikä on liki mahdotonta, koska mainonta on pienenevien marginaalituottojen alaista kuten mikä tahansa muu panostuskin. Uhri voi huoletta antaa markkinaosuutensa pienentyä seuraten hallitsevan yrityksen voimavarojen tuhlausta! Mallista tuntuu unohtuneen mahdolliset pitkäaikaiset vaikutukset varsinkin alueellisesti jakaantuneilla oligopolistisilla markkinoilla. Mitä vahvemmat kuluttajien preferenssit ovat sitä enemmän vaaditaan markkinoille pyrkijältä. Peliteorian mallina tilannetta tulisi tarkastella ei niinkään sen valossa, onko markkinoille tulo tai niillä pysyminen täysin kannattamatonta, vaan tehdäänkö tulo strategisena vaihtoehtona jotain muuta vaihtoehtoa epäedullisemmaksi. Tällöin emme pelaa pelkästään tuote-eriyttämisellä, vaan myös mainonnalla, resursseilla tms. Oligopolissa tilanne voi johtaa siihen, ettei kukaan halua keinuttaa venettä. Lisäksi mainontaa tuskin käytetään ainoana oman aseman varmistuskeinona ja esim. voimakas panostus tuotekehitykseen voi auttaa markkinoiden hallinnassa. Ongelma tältä osin on se, että kilpailun aiheuttaman ja oletettavasti hallitsevan aseman aiheuttaman lopputuloksen erottaminen voi olla liki mahdotonta. Areeda ym. kanta siitä, että ongelma tulisi sivuuttaa ei siten ole aivan oikea, mutta sitä ei pitäisi ylikorostaakaan.[160]

J. Friedman jakaa mainonnan vaikutukset täydellisen yhteistyön ja täydellisen saalistuksen välille. Kyse ei ole varsinaisesti yrityksen itsensä valitsemasta keinosta, vaan pikemmin tuotesidonnaisuudesta. Eri valmistajien hyvin samanlaisia tuotteita mainostettaessa markkinoinnin tulos on lähinnä tuotteen kokonaiskysynnän kasvu. Saalistavaa tämä mainonta olisi vain muihin tuotteisiin nähden, koska yhden tuotteen kysynnän kasvu vähentää muiden kysyntää. Jokainen toki mainostaa – Friedman'n esimerkin mukaan – oman meijerinsä maitoa, mutta lopputulos on lähinnä maidon kulutuksen kasvu. Mainonta vaikuttaa yksinomaan saalistavasti vain, jos tuotteen kokonaiskysyntä ei lainkaan kasva markkinoinnin lopputuloksena eli mainonta vain siirtää kysyntää valmistajalta toiselle.[161]

Markkinoille tulon ollessa lähes varma tai sen tapahduttua voidaan mainonnalla pyrkiä markkinoiden täyttämiseen. Jälleenmyyjien ostopäätökset uuden tuotteen osalta perustuvat yleensä sen ensi hetkien menekkiin ja tätä kautta arvoitavaan tulevaan kysyntään. Hallitsevan yrityksen vastatessa uuden kilpailijan mainontaan

---

[160] Areeda ym. Vol III s. 191–192. Ks. erityisesti s. 192 ”The deficiences of advertising – that it supplies inadequate information and may contribute to monopoly problems – may call for some solution. A neutral source of accurate and complete information is a possible one. But apart from predatory spending, antitrust law should ignore the problem.”; Bork s. 315.
[161] Friedman, J s. 143–145, 160–161.

omallaan voi tuloksena olla alkukysynnän lasku ja sitä kautta huonommat ennusteet tulevankin osalta. Mainoskampanja voi vaikuttaa kuluttajiin saaden nämä epäilemään uuden tuotteen toimivuutta, edullisuutta, hyötyä tms., jolloin kysyntä kohdistuisi edelleen markkinoilla jo oleviin.[162]

Mainontaa voidaan pitää osana tuotteen eriyttämistä, jolloin kyse on yhdestä tuotekokonaisuudesta. Tämän kokonaisuuden osia ovat itse fyysinen tuote ja sen mainonnan kautta saama arvostus. Yritys pyrkii luonnollisesti säilyttämään asemansa markkinoilla, jolloin se kilpailee näillä tuotekokonaisuuksilla muiden vastaavien kanssa. Tältä kannalta mainontaan tulee puuttua äärimmäisen harvoin, koska markkinoiden automatiikka kuluttajien mieltymysten muodossa huolehtii siitä, ettei ”huono” tuote voi menestyä. Bork korostaa, että tehokkuuden käsite on tässä yhteydessä ymmärretty väärin. Kyse ei ole pelkästään alemmista kustannuksista, vaan paremmasta tarpeiden tyydyttämisestä. Jos tuote-mainosyhdistelmä antaa kuluttajalle jotain enemmän kuin kilpailijan ”karvalakki-malli”, ei ilmiö ole mitenkään haitallinen. Kuluttajien mainontaan, mielikuviin tms. perustuvat preferenssit ohjaavat heidät ostamaan haluamiaan tuotteita. Mainonnan tuskin voidaan väittää pakottavan kuluttajat ostamaan. Lukuunottamatta hyvän tavan vastaista mainontaa seuraisi yritysten toiminnan rajoittamisesta vain kuluttajien tarpeiden vähäisempi tyydyttäminen. Lisäksi kuluttajien mieltymykset korvattaisiin jonkun viranomaistahon tai tuomioistuimen oikeana pitämillä näkökannoilla. Kuluttajat eivät osta ainoastaan perustuotteita, vaikka ne toteuttaisivat samat fyysiset tarpeet. Kysyntä kohdistuu myös eri tavoin varusteltuihin tai muotoiltuihin tuotteisiin, vaikka ne olisivat yksinkertaista mallia kalliimpiakin. Tämä osoittaa halua ostaa kyseisiä tavaroita ja on osa kuluttajan autonomiaa.[163]

Tuote-eriyttäminen voi jopa auttaa markkinoille tulossa, jos tulija keksii sellaisen tuoteyhdistelmän, jota olemassa olevat yritykset eivät tarjoa. Näiden ei välttämättä kannata kilpailla tulijan kanssa, jos sen vaatimat investoinnit ylittävät odotetut tuotot. Tulija voi muutoinkin pyrkiä suuntaamaan toimintansa siten, ettei se muodosta suoraa uhkaa jo toimiville yrityksille. Yip käyttää termiä strategiset vaihtoehdot ja painottaa, ettei markkinoille tulijan tarvitse toimia samoin kuten siellä jo olevat (perinteinen teoria lähtenee jälkimmäisestä ajatuksesta). Yip’n ajatusta voidaan kritisoida siinä mielessä, että tuottoisan ”osamarkkinan” pitäisi olla muiden toimialalla olevien yritysten tiedossa ja näiden kannattaisi investoida siihen. Jos erillisen tuotantolaitoksen perustaminen kannattaa tulijalle, se ei voine olla kannattamatonta muillekaan! Yip käsittänee asian siten, että joissakin tilan-

---

[162] Hilke ym. s. 368.

[163] Bork korostaa tuotedifferointiin puuttumisen johtavan kuluttajien etujen pienentymiseen. Hän on perustellusti sitä mieltä, ettei voida väittää jonkun tietävän muita ihmisiä paremmin mitä nämä oikein haluaisivat ostaa. Ks. Bork s. 312–314 sekä s. 318–319.

Tällainen mainonta olisi Friedman’n tarkoittamaa saalistus-mainontaa, koska tavoitteena on siirtää kysyntää omaan tuotteeseen.

teissa ”osamarkkinainvestointi” johtaisi päämarkkinoiden tai tuotemerkin arvon alentumiseen ja olisi täten alalla jo toimivalle kannattamaton verrattuna pyrkijään. Jälkimmäisten yritysten täytyy olla varuillaan, koska ”epäsuora” tulokas voi myöhemmin pyrkiä kaappaamaan niiden markkinat. Yip käyttää esimerkkinä japanilaisia moottoripyörien valmistajia, jotka alkoivat ensin markkinoida pienitehoisia moottoripyöriä ja näiltä osamarkkinoilta käsin valtasivat lopulta alan koko markkinat.[164]

Osamarkkinoille tuloa voidaan haitata paitsi täyttämällä nämä markkinat myös mainonnan kautta. Markkinoilla jo olevaa tunnettua tuotemerkkiä ei välttämättä tarvitse mainostaa yhtä voimakkaasti kuin uutta tulokasta. Vastaavasti tulokaskaan ei todennäköisesti ole mikään aivan toisesta tuotekategoriasta tuleva yrittäjä, vaan joltain samankaltaisesta tuotteesta siirtyvä (kuten tunnetun astianpesuainevalmistajan siirtyessä tuottamaan konetiskiainetta). Tällöin Scherer’n esittämä mainonta ja muut tuotantokustannukset eivät muodostane kovin ratkaisevaa kiinteiden kustannusten erää, ja ainoaksi keinoksi jäisi markkinoiden täyttäminen ehkä uhkaamalla vastaavalla laajennuksella tulokkaan omille markkinoille.[165]

Tuote-eriyttäminen ja markkinointi eivät ole teoreettisestikaan yhtä selkeäpiirteinen markkinoille pääsyn este kuin saalistushinnoittelu tai limit pricing. Oikeudellista puuttumiskriteeriä haettaessa tavoitteena on markkinoiden kannalta hyödyllisen sekä neutraalin toiminnan erottaminen haitallisesta. Pelkästään se, että keinot voivat joissain tilanteissa olla yrityksen kannalta yksi strateginen tapa estää markkinoille pääsyä ei vielä voi johtaa niiden kieltämiseen. Kuten Friedman toteaa, on mahdollista, että yhteiskunnan kannalta mainostetaan liikaa. Äärimmäinen johtopäätös olisi, ettei mainontaa tulisi olla lainkaan! Tällöin kuluttajat eivät saa tarvitsemaan informaatiota tuotteista ja kuluttajien hyödyn menetys todennäköisesti ylittäisi säästyneet markkinointikulut. Vaikutus säteilisi tuote-eriyttämiseen ja tuotteiden kehittämiseen, koska uuden tuotteen markkinoille tuominen vaikeutuisi. Toimintaan puuttuminen tulisi siten tehdä kokonaisarvostelun pohjalta, jossa merkittävin seikka voisi olla se voiko ko. yrityksen markkinointi ja tuote-eriyttäminen olla tarkoitettu vain markkinoille pääsyn estämiseksi.[166]

---

[164] Scherer rinnastaa tilanteen alueellisiin markkinoihin, joissa markkinoille tulija etsii sopivaa sijaintipaikkaa niillä jo toimivien yritysten ”välimaastosta”. Pyrkimyksenä on löytää täyttämätön kohta tuoteominaisuusavaruudesta (product characteristics space). Hallitseva yritys voi pyrkiä estämään markkinoille tulon kehittämällä tuotteitaan ”kaikkien makujen mukaisiksi”. Esimerkkinä Scherer viittaa ruotsalaiseen tupakkamonopoliin, joka markkinoiden avauduttua EFTA-sopimuksen myötä joutui laajentamaan merkkivalikoimaansa 12:sta 25:teen, jotta ulkomaiset kilpailijat eivät olisi päässeet markkinoille. Ks. Scherer s. 258–259; Yip s. 28–29, 30–31.

[165] Scherer s. 259.

En tässä yhteydessä käsittele kysymystä siitä olisiko molempien yritysten hiljainen luopuminen toistensa markkinoille menemisestä kartellisääntöjen vastainen.

[166] Friedman, J s. 160–161.

3.2.4 Tuotteen kehittäminen

Tuotteen kehittämistä voidaan käyttää markkinoille pääsyn esteenä joko päätuotteesta riippuvaisilla lisälaitteiden tai -palvelujen markkinoilla tai itse päätuotteen osalla. Edellinen tilanne on osittain rinnastettavissa kytkykauppaan, koska tietyn osan uudistuksen (esim. tietokoneiden lisälaitteiden liitäntäjärjestelmät tai autojen moottorien ohjausjärjestelmät) tarkoituksena voi olla näiden päätuotteesta riippuvien markkinoiden valtaaminen. Fleischer suhtautuu kriittisesti tähän vaihtoehtoon, koska kytkykaupasta poiketen ei osapuolten välillä ole sopimusta, joka sitoisi asiakkaan kytkettyyn tuotteeseen. Tällöin ei ole mahdollista saada mitään varmaa asemaa markkinoilla, koska kilpailevat valmistajat voivat koska tahansa ratkaista tekniset ongelmat ja tuoda kilpailevan lisälaitteen tms. markkinoille. Oikeudellisesti rinnastus ei ole Fleischer'n mukaan hyväksyttävissä, koska kytkykaupoista poiketen ei ole mitään sopimusta, joka voitaisiin kieltää. Ainoaksi vaihtoehdoksi jäisi määräys paljastaa uusi standardi tms. Fleischer'n kritiikki on mielestäni oikeutettua niissä tapauksissa, joissa sopivia lisälaitteita voidaan kohtuullisin kustannuksin kehittää ja joissa tarvittava tieto ei ole patentein tms. suojattua. Mikäli päätuotteen valmistaja pystyy suojaamaan oman standardinsa riittävän hyvin ja sitä kautta nostaa lisälaitteen tms. kustannuksia yli omien tai sopimustoimittajiensa kustannustason, on olemassa vaara lisälaitemarkkinoiden monopolisoimisesta kytkykauppa-ajattelun mukaisesti. Menettely ei silti haittaisi markkinoille pääsyä, jos päätuotteella on riittävästi kilpailevia järjestelmiä. Käytännön esimerkkinä ovat tietokoneen käyttöjärjestelmät, jotka ovat olleet pitkälti Microsoft-yhtiön hallussa. Erilaisten ohjelman valmistajien on käytännössä pakko sovittaa ohjelmansa toimimaan Microsoftin Windows-järjestelmän kanssa, koska muutoin heidän tuotteensa ei menestyisi. Uuden järjestelmän kehittämisen yhteydessä on luonnollisesti houkuttavaa pyrkiä laajentamaan oman yrityksen valtaa sovellusohjelmamarkkinoille.[167]

Päätuotteen osalta kyse on lähinnä olemassa olevan kehitykseen liittyvän prosessuaalisen monopolin pidentämisestä. Kuten Areeda ym. huomauttavat, on vaarana teknisen kehityksen keskittyminen esim. tietylle patentin haltijalle. Tämä yritys voi olla keksijöiden ja jatkokehittelijöiden kannalta ainoa asiakas, koska se aiempien monopolivoittojensa turvin voi maksaa paremman hinnan lisäkehitelmistäkin. Yritys voi itsekin tehdä kehitystyötä, jolla se pidentää patenttiensa ja liikesalaisuuksiensa ikää. Mitä kattavammin se hallitsee tietyn teknologian sitä epätodennäköisempää on markkinoille pääsy ilman lisenssiä tai muuta hallitsevan yrityksen myötävaikutusta. Markkinoille pääsyn esteenä se voi toimia, jos yritys tätä kautta nostaa kilpailijoiden kustannuksia sekä estää imitoitujen tuotteiden markkinointia.[168]

---

[167] Fleischer s. 41–44.

[168] Areeda ym. Vol III s. 115–116; Fleischer s. 65–66. Tekijä huomauttaa hankaluudesta erottaa pyrkimys nostaa kilpailijoiden kustannuksia ja normaali tuotteen kehittäminen.

Molempien tapausten osalta ongelmallista on se, ettei teknisen kehityksen vaatimuksia ole helppo erottaa strategisesta markkinoille pääsyn esteestä. Liian laaja paljastamisvelvollisuus voi poistaa tilapäisen monopolin suoman mahdollisuuden peittää kehityskustannukset, jolloin tuotteen kehittäminen ei enää kannattaisi. Kehityksen ollessa voimakasta olisi varsin epävarmaa väittää yrityksen pyrkivän estämään markkinoille pääsyä vain, koska se on kehityksen eturintamassa ja sillä on vahva markkina-asema.

Areeda ym. ovat esittäneet vaihtoehdoksi oman teknisen kehityksen sallimista, koska muutoin ei yrityksillä ole riittäviä kannustimia sijoittaa varoja kehitystyöhön. Mitään pakkolisenssijärjestelyjäkään ei siten tulisi hyväksyä. Muiden tekemien keksintöjen osalta monopolille tulisi sallia vain ei-yksinomainen oikeus. Tämä estäisi kehityksen pysähtymistä, koska ulkopuoliset tietäisivät heillä olevan ainakin yhden potentiaalisen ostajan. Samalla muu kuin monopoli voisi päästä markkinoille hankkimalla oikeudet ko. keksintöön. Tällainen oikeus voisi olla yksinoikeus, jolloin vaarana on uuden monopolin syntyminen entisen tilalle. Areeda ym. mukaan tämä vaara ei ole kovin realistinen, koska uhanalainen monopoli olisi halukas maksamaan kehittäjälle estääkseen yksinoikeuden menemisen muualle. Ajattelumallissa jää avoimeksi mihin asti kirjoittajat ulottaisivat velvollisuuden hankkia vain ei-yksinomainen oikeus keksintöön. He käyttävät johdonmukaisesti termiä monopoli, jolloin avoimeksi jää tarkoitetaanko tällä samalla markkinoita esim. 60 % hallitsevaa yritystä tai oligopoli-yrityksiä. Varsinkin jälkimmäisissä tilanteissa ei esitetty ratkaisu ole ideaalinen, koska lopputuloksena voi olla se, että kaikki oligopoliin kuuluvat yritykset hankkivat oikeudet keksintöön. Tämä voi luoda niille yhteisen kilpailuedun, joka estää lisäkilpailijoiden tulon markkinoille. Parempaa vaihtoehtoa on hankala luoda, koska oligopoli voi olla markkinoiden sanelema eikä mikään keinotekoinen malli johtane kuin taloudelliseen tehottomuuteen.[169]

3.2.5 Sopimukset ja vertikaalinen integroituminen

Solmimalla raaka-aineiden tms. tuottajien tai jälleenmyyjien kanssa yksinoikeussopimus voidaan nämä tahot sitoa oman yrityksen toimintaan. Jos hallitseva yritys pystyy rakentamaan riittävän laajan verkoston, ei tulokkaille välttämättä ole tilaa markkinoilla. Ne eivät esim. pysty tuottamaan skaalatuotannon vaatimaa määrää, koska ostajia ei ole tarpeeksi. Esteen toimivuus on näissä tilanteissa sidottu siihen, voiko edeltäville tai seuraaville markkinoille päästä. Yksinoikeussopimuksella ei ole laajempaa merkitystä, jos sidotun jälleenmyyjän läheisyyteen voidaan perustaa kilpaileva liike ja tätä kautta voidaan turvata riittävä menekki kilpaileville tuotteille.[170]

---

[169] Areeda ym. Vol III s. 120–124 (ei-yksinomaisen lisenssin osalta) ja 127–133 (oman / omaan lukuun tehdyn teknisen kehityksen osalta).

[170] Markkinoita sulkevaa vaikutusta ei välttämättä koeta kovin selväksi. Ks. esim. Scherer ym. s. 564, jossa tekijät toteavat tällaisilla sopimuksilla voivan olla jonkinlaisen sulkevan vaikutuksen (foreclosure effect), mutta toisaalta niillä on tehokkuusetujakin.

Yksinoikeussopimuksia voidaan puolustaa niiden tehokkuudella ja sillä, ettei mikään jälleenmyyjä tms. ryhtyisi toimintaan, joka pitemmällä aikavälillä huonontaisi sen asemaa (so. ellei sopimus tarjoa parempia etuja on tällaisen yrityksen kannalta tärkeää, että markkinoilla on vaihtoehtoja). Vaarana on diskriminoivan järjestelmän luominen, jossa hallitseva yritys pyrkii sitomaan itseensä riittävän määrän jälleenmyyjiä ja myymään lopuille tuotteen monopolihinnalla. Tämä malli voidaan asettaa kysymyksenalaiseksi tilanteissa, joissa diskriminoitujen jälleenmyyjien ei enää kannattaisi toimia markkinoilla. Jälleenmyyjäportaan oligopolisoituminen ei ole hallitsevan yrityksen intressissä! Eräs arvioinnin tärkeimpiä elementtejä on minkälainen asema sitovalla yrityksellä on markkinoilla. Pääpaino tulisi olla tuotteiden välisessä kilpailussa, koska oman tuotteen jälleenmyyjien välisen kilpailun rajoittaminen ei estä markkinoille tuloa kilpailevalla tuotteella, jos kysyntää on riittävästi.[171]

Chicagon koulukunnan taholta on suhtauduttu kielteisesti mahdollisuuteen sulkea markkinat yksinoikeussopimusten avulla. Heidän täysin hyväksyttävä lähtökohtansa on se, että tällaisten sopimusten tulisi yleisesti ottaen olla laillisia. Bork toteaa, ettei tuottaja Alpha voi saada kaikkia ostajia suostumaan yksinoikeussopimuksen solmimiseen, ellei tällainen sopimus ole niiden kannalta paras ja tehokkain ratkaisu. Ne voivat hyväksyä sopimuksen esim. silloin, kun Alpha tuote on muita parempi. Stefanadis ei kiistä tätä tehokkuushavaintoa, mutta toteaa, ettei se ole pätevä kaikissa yhteyksissä. Mikäli kyse on markkinamuodosta, jossa sekä tuottaja- että ostajapuolella on vain muutama suuryritys, voidaan markkinat sulkea jopa tehokkaammalta tulijalta. Markkinoita hallitsevan yrityksen on jopa pakko pyrkiä tällaiseen toimintaan, jos se haluaa säilyä markkinoilla. Lisäedellytyksenä on edunsaaneen ostajan selvä sitoutuminen järjestelyyn (eli se ei ole valmis suostumaan sopimussuhteeseen tulijan kanssa, vaikka tämä korvaisi sopimussakon tms. seurauksen).[172]

---

[171] Diskriminoivaa mallia käsittelee Stefanadis. Hänen tekstinsä viittaa selvästi siihen, että tilanne voi olla lähellä horisontaalis-vertikaalista kartellia (so. jossa vertikaalisella sopimuksilla rajoitetaan samalla horisontaalista kilpailua sekä valmistus- että jälleenmyyjätasoilla. Ks. Stefanadis s. 430 ”In this sense, exclusive supply contracts may be regarded as a coalition consisting of an upstream and some downstream firms that can readily emerge to extract profits from the remaining upstream and downstream firms.”

[172] Bork s. 303–305. Ks. erityisesti s. 304–305 ”It is important to see that Alpha must offer something to the food canners (esimerkin tuote on säilykepurkki) to get them to sign requirements contracts, and it must offer that something for the life of the contract, which means that, in terms of cutting out rivals, the contract offers Alpha no advantages it would not have had without the contract. The advantage of the contract must be the creation of efficiency…”

Vrt. Stefanadis s. 430 (yksinoikeussopimusten merkityksestä), 432 ”The model of this article, …, casts doubts of the suppliers’ argument. The analysis shows that having downstream contract participants satisfied with an exclusivity scheme does not necessarily lead to efficiency. … the reason downstream contract participants are satisfied with the exclusivity scheme is that they have been offered contracts selectively and have thus been given the opportunity to become members of a coalition that inefficiently extracts profits from the remaining upstream and downstream firms.”, 440–442 (mallin vaatimat siirrot sekä ostajan sitoutumisedellytys).

Yritys voi integroitua vertikaalisesti, jolloin se huolehtii joko osto- tai myyntitarpeistaan osin oman organisaation kautta. Tavoitteena voi olla hallitsevan aseman levittäminen tai täysin hyväksyttävä toimitusvarmuuden parantaminen. Hallittaessa jotain markkinaporrasta liki täydellisesti ovat omat asiakkaat aina osin vertikaalisesti integroituneen yrityksen kilpailijoita. Yritys voi pyrkiä esim. painostamaan näitä kilpailijoita toimimaan sen haluamalla tavalla tai hintaruuvia (price squeeze) käyttämällä ajamaan niitä markkinoilta. Tämä ei ole mikään kilpailunrajoitus, jos alhaisempi hinta perustuu vertikaalisen integraation tuomaan tehokkuusetuun. Pitempää ajanjaksoa tarkastellessa tehokkuus voi tosin johtaa kilpailun häviämiseen seuraavalta portaalta, jos vertikaalinen integroituminen ei ole mahdollista kilpailijoille. Määräävä yritys voi käyttää hintaruuvia saalistuskeinona, jolloin seuraavan portaan hinta laskettaisiin alle vertikaaliselle yritykselle aiheutuvan kustannustason. Kuten Areeda ym. huomauttavat, on lähtökohtana oltava juuri koko yrityksen hintataso eikä esim. vertailu ulkopuolisten ostohintoihin. Kustannukset ylittävä hinnoittelu on lähinnä tehokkuuteen perustuvaa ja vain ne alittava saalistusta.[173]

3.2.6 Muut keinot

Tarvittavan pääoman hankintakustannustenkin voidaan olettaa toimivan esteenä, jos rahan hinta on toimintaa aloittavalle korkeampi kuin markkinoilla jo oleville. Bain pitää tämänkaltaisen esteen vaikutusta epäselvänä. Varmin johtopäätös on hänen mukaansa potentiaalisten kilpailijoiden määrän vähentyminen pääoman tarpeen kasvaessa. Huomautus on mielestäni lähinnä teoreettinen, koska suurpääomaa vaativa yritystoiminta ei ole todennäköisin tyhjästä aloittamisen kohde ja siten kaikki yksityishenkilöt, pienemmät yritykset tms. ovat joka tapauksessa poissuljettuja potentiaalisen kilpailun vaihtoehtoina. Posner huomauttaa tältä osin osuvasti, että monet pyrkijöistä ovat monialayrityksiä, joille vaadittavan pääoman kerääminen kilpailukykyiseen hintaan ei voine aiheuttaa ongelmia. Tämä ajatus pätee kuitenkin vain suuryritysten osalta, ja on sangen hankala arvioida mikä vaikutus pääoman hinnalla olisi esim. Suomen kaltaisilla markkinoilla, joilla – varsinkin aiemmin – pankkiryhmittymät pyrkivät hallitsemaan investointipääomien keruuta. Tässä mielessä laajempien pääomamarkkinoiden luominen – mitä euro helpottanee – vähentänee markkinoille pääsyn esteitä.[174]

---

[173] Areeda ym. Vol III s. 230–234. Ks. erityisesti s. 234 johtopäätöstä: ”… a ’predatory’ price squeeze by an integrated monopolist should be unlawful only (1) where monopolization of the second stage would be unlawful; (2) where used to coerce agreements violating § 1 (viitataan Sherman Act’iin); or (3) where ’exclusionary’ with respect to rivals in his monopoly market.”

[174] Bain II s. 282–284. Ks. erityisesti s. 283 ”Second, very large amounts of capital simply cannot be raised at all, …, by very large percentage of all the individualas, groups, or business concerns … Therefore, the ranks of the effedctive potential entrants are often greatly thinned by capital requirements, …”; vrt. Bork s. 320 ”Capital requirements exist and certainly inhibit entry – just as talent requirements for playing professional football exist and inhibit entry. Neither barrier is in any sense artificial or the proper subject of special concern for antitrust policy.”; vrt. Posner s. 93.

Pääoman tarve saattaa hidastaa markkinoille tuloa, koska kustannukset kattavan tuloksen kerääminen tuotannon aloittamisen jälkeen kestää pitempään. Tulijan on harkittava aloittamista tarkemmin. Kyse on sinänsä luonnollisesta esteestä, mutta markkinoilla oleva voi vaikuttaa siihen viestittämällä hintojen laskusta kapasiteetin lisääntyessä, jakeluverkostonsa kattavuudesta, tuotemerkkinsä erinomaisuudesta jne. ja tekemällä näillä keinoin investoinnin kannattavuuden entistä epävarmemmaksi. Mikäli tulija on vauras monialayritys, ei vaikutus ole välttämättä näin selvä. Joskow ym. huomauttavat pääomatarpeen yleensä viittaavan uusien tuotantolaitosten tai muun kapasiteetin rakentamistarpeeseen, joten markkinoille tulo voi olla fyysisesti hidasta tämän takia.[175]

Pääoman tarvetta voidaan periaatteessa korostaa kasvattamalla yritystä sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti. Bork huomauttaa, ettei tämä voi olla este markkinoille tulolle. Yrityksen kasvaessa ohi tehokkaimman koon sen kustannukset kasvavat ja markkinoille tulijalla on entistä suurempi etu siihen nähden. Pääoman hankinta helpottunee, jos tämä etu (so. mahdollisuus ansaita) voidaan osoittaa rahoittajalle. Yrityskoon kasvattamisesta aiheutuva pääoman tarve voisi toimia esteenä lähinnä silloin, kun tuotannon skaalaetu on jokseenkin sama pienemmälle ja suuremmalle yritykselle, eivätkä jälkimmäisen kustannukset ainakaan merkittävästi kasva. Tällöin ollaan lähinnä tehokkuuteen tms. verrattavassa tilanteessa, ja on mielestäni epävarmaa, voitaisiinko suurempi yrityskoko luokitella muuksi kuin viattomaksi esteeksi (so. lähinnä luonnolliseksi kehitykseksi). Kilpailuoikeuden kannalta ei liene luotavissa standardia, jonka perusteella pääoman hankintaan tai pääomamarkkinoihin muutoin voitaisiin puuttua esteiden poistamiseksi näissä tapauksissa.[176]

Tavallaan hinnoitteluun sidottu este on kapasiteetin rakentaminen markkinoille tulon varalta. Yrityksen ”pelissä” on tällöin periaatteessa kolme päävaihtoehtoa. Markkinoille tulo voi olla kapasiteetti huomioiden kaikissa tilanteissa kannattamatonta (so. ollaan lähinnä luonnollisen monopolin tilanteissa) tai toisessa ääritilanteessa se kannattaa aina riippumatta niillä jo toimivan yrityksen kapasiteettiratkaisuista. Kummassakaan vaihtoehdossa ei yrityksellä ole mitään strategisia toimintamahdollisuuksia, joten kilpailuoikeudellinen puuttuminen valittuun kapasiteettiin ei ole järkevää. Mikäli uuden kilpailijan voittomahdollisuudet riippuvat markkinoilla olevan ratkaisuista, on strateginen toiminta periaatteessa mahdollista. Dixit’n jaottelua lainatakseni tällainen tilanne syntyy lähinnä silloin, kun markkinoille pääsyn estäminen vaatisi suurempaa tuotantoa kuin yritys monopolitilanteessa päätyisi. Äärivaihtoehtoina on tällöin joko pääsyn salliminen tai sen estäminen valitsemalla sopiva kapasiteetti ja vastaava hinta.[177]

---

[175] Joskow ym. s. 228.

[176] Bork s. 320–322. Bork painottaa yrityksen integroituvan joka tapauksessa vertikaalisesti. Tehoton integroituminen lisäisi monopolinkin kustannuksia ja saattaisi siten johtaa markkinoille tuloon.

[177] Dixit II s. 100–101. Dixit käyttää termejä limit-capacity ja limit-pricing, jotka kuvaavat mielestäni hyvin kapasiteettiratkaisun yhteyttä limit-pricing -teoriaan.

Kapasiteetin käyttöä esteenä haittaa luonnollisesti sen rakentamisen ja ylläpidon vaatimat kustannukset. Dixit'nkin ajattelu perustuu pitkälti siihen, että yritys pystyy todella arvioimaan nämä kustannukset ja tältä pohjalta valitsee itselleen kannattavimman vaihtoehdon. Ulkopuolisen tarkastelijan – oli tämä sitten asiaa ratkaiseva viranomainen tai ei – kannalta hankalaa on varmuudella tietää, milloin kyse on nimenomaan strategisesta ”torjuntaratkaisusta”, milloin kenties varautumisesta kasvavaan kysyntään tai skaalatuoton saavuttamisesta. Arvioinnissa jouduttaneen tyytymään selvimpien tapausten esille ottamiseen, eikä tällöinkään kyseeseen yleensä tule itse kapasiteettiin puuttuminen (koska tutkittavissa järjestelmissä ei ole mahdollisuutta pilkkoa olemassa olevaa yritystä, en pidä mahdollisena vaatia sitä myymään tai muuten purkamaan osaa kapasiteetistään).

Kapasiteettiin voidaan verrata yrityksen organisaatiomallia. Yleensä oletetaan pyrittävän tehokkaimpaan mahdolliseen organisaatioon. Tämän määrittäminen voi olla liki mahdotonta, joten organisaatiota ei voida pitää markkinoille pääsyn esteenä pelkästään sen poiketessa tavanomaisesta. Organisaatiomuodon ollessa eräs kilpailukeino johtaisi toinen tulkinta kilpailun estämiseen. Ongelma on tarvittava näyttö. Lähtökohta ei voi olla pelkästään subjektiivinen, eli ei voida vaatia selkeää markkinoille pääsyn estämistarkoitusta. Organisaatioon tulisi silti periaatteessa puuttua, jos valittu malli muodostuu kilpailijoiden kannalta uponneeksi kustannukseksi. Jacquemin käyttää esimerkkeinä paitsi fuusioita sekä yhteisyrityksiä myös strategisena pidettävän tuotteen hallinnoimista muista poikkeavalla tavalla konsernin sisällä. Tarkoituksena on jälkimmäisessä tilanteessa säilyttää valmius reagoida kilpailijoiden toimiin näiden pyrkiessä jonkun muun tuotteen markkinoille. Jacquemin lukee yrityksen organisaatioon myös sen suhteet ympäröivään yhteiskuntaan, jolloin esim. kansainvälinen suuryhtiö voi hallita tilannetta taloudellisen voimansa kautta tehokkuusetujen sijasta.[178]

Kuljetuskustannusten muodostaessa merkittävän osan tuotteen hinnasta vähänkin kauempana tuotantoyksiköstä voisi monopolihinta houkuttaa uusia yrittäjiä rakentamaan tuotantolaitoksia hallitsevan yrityksen laitosten ”väliin”. Ne olisivat kilpailukykyisiä samalla hinnalla, jolla hallitseva yritys myy omaa tuotetta yksiköistään, koska kuljetuskustannukset turvaavat kilpailuedun uusille yrittäjille. Markkinoille pääsy voidaan tällöin estää vain sijoittamalla tuotantoyksiköitä alueellisesti kattavasti. Scherer käyttää esimerkkinään sementinvalmistusta ja malli sopinee parhaiten juuri tämänkaltaisiin homogeenisiin tuotteisiin. Lisäedellytykseksi täytyy asettaa kysynnän varsin tasainen jakaantuminen, koska investointi alhaisen kysynnän alueella voi olla kalliimpi (so. yksikkö ei pysty markkinoimaan minimiskaalatuotannon edellyttämää määrää). Tällöin voi markkinoille pääsyn salliminen olla järkevää, koska ”huonolla” markkina-alueella toimiva yritys tuskin uhkaa vakavasti parempia markkina-alueita hallitsevaa.[179]

---

[178] Jacquemin s. 152–155.

[179] Scherer s. 252–256. Tekijä käsittelee tekstissä mainittua ongelmaa kannattamattomista yksiköistä. Hän ei kuitenkaan pohdi tuotteen homo- tai heterogeenisuuden merkitystä. Ks. em. lähde s. 255–256.

Osamarkkinoita voidaan käyttää markkinoille pääsyn torjuntakeinoina, jos ne helpottavat hallitsevan yrityksen saalistuskäyttäytymistä. Se voi laskea hintatasoaan vain joillain osamarkkinoilla ja estää kilpailijan tulon näille markkinoille. Mikäli kyseinen markkina on välttämätön laajemmille markkinoille pääsylle, estyy samalla kilpailun leviäminen tuottoisemmille markkinoille. Edellytyksenä on se, että laajemmat markkinat ovat joko teknisesti (so. tuotanto on käytännössä aloitettava osamarkkinoilla myytävästä tuotteesta) tai oikeudellisesti suljetut (esim. voimassa olevat patentit muilla markkinoilla).[180]

Viattomalta vaikuttavaa markkinoille pääsyn estettä voidaan yrityksen omien toimien avulla vahvistaa. Pieni uponneiden kustannusten erä voi olla riittävä ehkäisemään markkinoille tuloa, jos tulija tietää menettelystään seuraavan raa'an hintakilpailun. Tuotteen teknisellä kehityksellä voidaan samanaikaisesti tyydyttää yrityksen ulkopuolisia vaatimuksia (ts. uusia tuotteita kuluttajille), mutta tarkoituksena voi olla potentiaalisten markkinoille tulijoiden kustannusten nostaminen. Vastaavasti tehokkaan jakelun edellyttämää jälleenmyyjäverkkoa ei voida luoda kustannuksitta, jos se onnistuu lainkaan (esim. jälleenmyyjät ovat oligopolitilanteessa jo sitoutuneet eri merkkeihin, eivätkä ole halukkaita vaihtamaan edustusta uuteen tuntemattomaan merkkiin). Molemmissa näissä tapauksissa yrityksen on sopeutettava toimintansa siitä aiheutuviin kustannuksiin. Jatkuva tekniikan muuttaminen voi johtaa omien, vanhojen asiakkaiden menettämiseen ja sitä kautta tappioihin. Jälleenmyyjäverkon osalta ratkaisevaa voi olla, joutuisiko markkinoille tulija todella investoimaan vastaavan määrän vertikaalisen integratioon, vai olisiko halukkaita jälleenmyyjiä vielä sen käytettävissä (myös uusien yrittäjien kautta).[181]

---

[180] Joskow ym. s. 230.

[181] Jickeli s. 80–82 (teknisen kehityksen osalta on erotettava patenttien ja muun kehityksen vaikutus), 87–89, 90–92, 95–97. Tekijä korostaa "yhteensopivuus" otsikon alla ratkaisun ongelmallisuutta vanhojen asiakkaiden kannalta. Ks. em. lähde s. 91 "Denn wenn die Kompatabilität von der angegriffenen Firma relativ leicht hergestellt werden kann, … Versucht der Angreifer das zu vermeiden, indem er dauernd neue Standards schafft, trifft er damit zum guten Teil auch seine Abnehmer, …" Merkittävä tämä ongelma voi olla pitkälle kehitetyissä tuotteissa, joiden mallit vaihtuvat säännöllisesti ja jotka vaativat erilaisia lisälaitteita.

Uponneiden kustannusten vaikutuksen osalta ks. esim. Knieps s. 617–619. Kirjoittaja suuntaisi luonnollisten monopolien osalta kontrollin niihin tilanteisiin, joissa markkinoilla toimiminen vaatii investointeja ja tätä kautta uponneita kustannuksia. Jos näitä ei ole, voidaan tällainenkin monopoli jättää markkinoiden kontrollin varaan; Shy s. 170, 184–185. Kirjoittaja päätyy siihen lopputulokseen, että hyvinkin pieni uponneiden kustannusten erä voi estää markkinoille tulon. Tällöin on edellytyksenä se, että yritysten välille syntyisi heti hyvin tiukka kilpailu. Hän myöntää, että tavallisemmin markkinoille tulija pyrkii mieluummin eriyttämään oman tuotteensa turvatakseen riittävien voittojen saamisen.

3.3 Markkinoilletulo prosessina

Markkinoille pääsyn esteitä tarkastellaan usein lähinnä niillä jo toimivien yritysten näkökulman kautta. Olettamuksena on se, että markkinoille tulija on riittävän voimakas voidakseen vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin ja sitä kautta jo toimivien yritysten päätöksentekoon. Jotta voisimme tietää mikä merkitys markkinoille pääsyn esteillä todellisuudessa on, olisi tunnettava paitsi minkälainen yritys voi tulla tietyille markkinoille, minkälaisen jalansijan se saa, miten sen markkinaosuus ja tuotto kehittyisivät, sekä mitä yrityksiä se syrjäyttää. Geroski kuvaa tilannetta termillä markkinoilletulo-ohjelma, jolla hän tarkoittaa tulijan tarvetta päättää em. kysymysten valossa oma toimintastrategiansa. Tässä prosessissa tuloa koskeva ratkaisu on vain ensimmäinen aste ja tämän jälkeen on vielä päätettävä miten, missä, milloin, kuinka paljon (so. mitä markkinaosuutta tavoitellaan) ja miten nopeasti sekä kuinka pitkäksi ajaksi.[182]

Kilpailun kannalta uusien toimijoiden vaikutus on suurimmillaan, jos ne voivat heti toiminnan aloittamisen jälkeen saada riittävän suuren markkinaosuuden, osuuden voidaan olettaa kasvavan (riippuen aiempien yritysten reaktioista), ja toiminta kattaa aloittamiskustannukset. Ideaalimaailmassa jokainen voisi ennustaa, pystyykö hän saavuttamaan vähimmäistason (eli tuottavan toiminnan). Kilpailun kannalta lopputulos olisi tällöin monopolin tai oligopolin reunalla toimivan yritysryppään kasvaminen, jolloin sen vaikutuskin oletettavasti lisääntyisi. Markkinoilletulo täyttäisi siten ainakin potentiaalisen kilpailun vaikutuksen ja olisi kilpailun kannalta positiivinen. Epätäydellisen informaation vallitessa ei aloittaja voi tietää, onko hänellä mahdollisuuksia saavuttaa pysyvämpi jalansija markkinoilta. Tätä ei ehkä edes haluta, jos tavoitteena on vain avautuneen tilaisuuden hyödyntäminen (eli hit and run -strategia).

Markkinatilanteita tarkasteltaessa on todettu, että markkinoille tulee tavallisesti varsin suuri joukko uusia yrityksiä. Toisaalta nettomäärä voi jopa pienentyä. Geroski pitäisi tällaista toimintaa lähinnä ”potentiaalisena” markkinoilletulona eikä vielä todellisena. Todelliseksi se muuttuu vasta sitten, kun tulijalla on jonkinlainen mahdollisuus selvitä markkinoilla. Aiempien yrityksien kannalta tällainen markkinoille tulo on taustakohinaa, josta ei todennäköisesti kannata kovin paljon välittää. Geroski toteaa lähinnä 1970-lukuun kohdistuneisiin tutkimuksiin vedoten pienten uusien yritysten kilpailevan lähinnä keskenään ja markkinoita jo

---

[182] Geroski I s. 54 ”Decisions about ’whether to enter’ give way to decisions on issues concerned with ’how’, ’when’, ’where’, ’how much and fast’ and ’for how long’, the answer of each being conditional on those of the others. The consequence, then, is an ’entry programme’, a sequential set of conditional decisions that descripe the activities of an entrant both before and after its first appearance in the market.”; samaan ongelmaan viittaa Mueller s. 14 ”Heterogeneity is also apparent in the entry and exit process. It is apparent in the great differences that exist across industries in the amounts of entry and exit taking place. It is apparent in the differing characteristics of the firms entering…”

hallitsevien kannalta merkitys jää tällöin vähäiseksi. Markkinoiden reunan (ns. competitive fringe) kasvaessa saattaa vaikutus tosin lisääntyä hallitsevien yritysten kannalta, mutta on silti kyseenalaista kannattaako varsinaiseen markkinoille pääsyn esteiden rakentamiseen ryhtyä. Lukuisien pienien yritysten ”torjuminen” lienee varsin kallista saavutettavaan hyötyyn verrattuna.[183]

Uponneista kustannuksista riippuen voi markkinoille tulla vahvan kysynnän aikana sellaisia yrityksiä, jotka jäävät markkinoiden ”vangeiksi”. Korkea hintataso on houkuttanut ne tekemään investointipäätöksen, ja kysynnän heikentyessä (tai tarjonnan lisääntyessä) laskeva hinta estää investoinnin kuolettamisen vaatiman tuoton saamisen. Jos yritys olettaa suhdanteiden voivan parantua, saattaa se jäädä markkinoille, vaikka vain vaihtuvat kustannukset on katettu. Dixit kuvaa ilmiötä nimellä ”hysteresis”, joka tarkoittaa kyvyttömyyttä muuttaa ilmiön suuntaa, vaikka sen syy on muuttunut (so. kysyntä pienentynyt, valuuttakurssi muuttunut jne.). Markkinoille tulo prosessin kannalta kyse on häiriötekijästä, joka todennäköisesti estää hyödyllistä markkinoille tuloa. Yritykset toki tuntevat tällaisen tilanteen vaarat, jolloin epävarmassa tilanteessa investointipäätös voidaan jättää tekemättä.[184]

Toimintaansa vasta aloittavien yritysten lisäksi markkinoille voi pyrkiä joko toimintaansa laajentava (diversifying entry) tai ulkomaalainen (eli toisilla alueellisilla markkinoilla toimiva) yritys. Näiden yritysten etuna on aiempi kokemus toiminnan aloittamisesta eri markkinoilla tai itse tuotteesta (laajennettaessa alueellisesti toimintaa). Todennäköisyys, että ne säilyvät markkinoilla on tämän takia selvästi suurempi kuin pk-yrityksillä. Markkinoilla jo olevien kannalta tällainen yritys on vastaavasti muita suurempi uhka, vaikka nämäkään yritykset eivät usein ole voitollisia ensimmäisinä markkinoille tulon jälkeisinä vuosina. Ne kuitenkin – osittain omaamansa tietämyksen ja taloudellisten voimavarojen takia – voivat jäädä markkinoille ja aikaa myöten vallata hallitsevien yritysten asemaan vaikuttavan markkinaosuuden.[185]

Markkinoille tuloprosessia voidaan tarkastella myös sen mukaan minkälaisen aseman yritys on saavuttanut. Englannin automarkkinoita koskevassa tutkimuksessaan Geroski erotti toisistaan jalansijan saamisen (toe-hold entry) ja varsinai-

---

[183] Geroski I s. 31 ”The pool of firms involved in this turnover over a period of five to ten years is very large relative to the number of new firms present in any year, and simply of an entirely different order of magnitude relative to the number who survive throughout that five to ten year period. The consequence of entry is a rather temporary displacement of rather small incumbents. Life at the bottom end of the industry size distribution is, no doubt, nasty, brutish and short.”

Geroskin käyttämistä tutkimuksista ks. tarkemmin em. lähde s. 12–30. Erityisesti korostaisin todettua suurta vaihtuvuutta juuri osoituksena ”taustakohinasta”.

[184] Dixit I s. 622–623. Tekijä toteaa, etteivät hinnanmuutokset voi olla tärkein laukaiseva tekijä, koska ne ovat aina yrityksen kannalta epävarmoja.

[185] Geroski I s. 31–36. Geroski toteaa alkuvuosien huonomman tuloksen johtuvan ainakin osittain suhteellisesti suuremmasta panostuksesta tutkimukseen ja tuotekehitykseen sekä markkinointiin. Ks. em. lähde s. 34.

sen markkinoille tulon. Edellinen vaati sellaisen automäärän myymistä, että vakuutuksen vaatiman arvioinnin teko kannatti ja jälkimmäinen 1 %:n markkinaosuutta, jolloin oman myynti- ja huoltoverkoston perustaminen oli kannattavaa. Merkittävin ero jalansijan ja varsinaisen markkinoille tulon välillä oli uponneissa kustannuksissa. Myynti- ja huoltoverkoston perustaminen vaati kustannuksia, joita ei enää olisi saanut takaisin toiminnan loppuessa. Markkinoilla jo olevien kannalta voidaan asiaa tarkastella signaalina siitä, että tulija on sitoutunut toimimaan markkinoilla pitemmän ajan. Selkeä ero vallitsi myös jalansijan saamisen ja toiminnan myöhemmän laajentamisen välillä. Jalansijan ja varsinaisen markkinoille tulon jälkeen saattoi kulua pitkäkin aika, mutta kun toiminta oli kerran kunnolla aloitettu sitä laajennettiin muihin markkinasegmentteihin (markkinat oli jaettu pienten, keskikokoisten ja isojen autojen markkinoihin) varsin nopeasti. Geroski toteaa tilanteiden poikkeavan niin paljon toisistaan, että jalansijaa voidaan pitää lähinnä potentiaalisen markkinoille tulijan asemana (eli Geroskin termeillä markkinoille tulosta kiinnostunut ”agentti”) ja vasta em. 1 %:n markkinaosuuden saavutettuaan yritys on ”pelaaja”.[186]

Taloudellisessa prosesissa ”agentti-vaihe” toimii tietojen keruuaikana, jolloin pyritään etsimään sopivaa markkinarakoa ja oikeaa tilaisuutta toiminnan aloittamiseen. Agentit saavat oletettavasti helpommin tietoa jostain oman osaamisalueensa lähellä olevista markkinoista. Geroski toteaa markkinoiden tai markkinaryppäiden siten luovan omat markkinoille tulijansa. Toiminnan laajentamisen osalta on todennäköisempää pyrkiä sellaisille markkinoille, joista voi olla jotain etukäteistietoa. Geroski ei kuitenkaan käsittääkseni edes väitä, että tämä on ainoa markkinoille tuloprosessin muoto. Ajateltaessa esim. Nokian kehitystä kumisaappaista ja metsäteollisuudesta kännyköihin ei elektroniikka-alasta ole alunperin voinut olla juuri mitään kokemusta. Jonkinlainen ”agenttivaihe” on tällöinkin täytynyt olla, koska tuskin investointeja on tehty pelkän uskon varassa. Geroski ei tarkastele alihankintatilanteita, vaikka näiden voisi ajatella luovan melko suojatun ”agenttiaseman” ja siten mahdollistavan varsinaisen markkinoille tulon lopputuotteen osalta. Kilpailun kannalta olisi ehkä tärkeämpää tunnistaa tietojen keruun merkitys ja mitkä mahdollisuudet markkinoita hallitsevilla yrityksillä on kontrolloida tätä tietoa.[187]

Markkinoille tuloa tärkeämpää kilpailun kannalta on kyky säilyä tekijänä markkinoilla ja ylipäätään saavuttaa sellainen asema, että markkinoilla voi toimia menestyksekkäästi. Markkinoille tulon esteiden sijasta voitaisiin käyttää termiä

---

[186] Geroski I s. 40–42.

[187] Geroski I s. 42–44, 46 ”Thus, there is a strong sense in which new markets develop first from other markets and then from within. Agents and, in due course, players in new markets often come from nearby user or producer markets, usually in a varying mixture of new and diversifying entrants, and often in successive waves loosely ordered by industry of origin. However, as new markets mature and develop, they often generate new entrants from within the ranks of existing firms.”

markkinoilla selviämisen esteet. Markkinoita hallitsevien yritysten kannalta vain sellaiset tulijat, joiden voi olettaa saavuttavan kannattavan toiminnan edellytykset ja tämän yleensä vaatiman kohtalaisen markkinaosuuden, ovat merkittäviä. Strateginen toiminta kannattaa suunnata vain näitä vastaan, koska vain tällaisesta torjunnasta voi olla hyötyä. Varsinaisen potentiaalisten tulijoiden massan tarkastelun sijasta hallitsevan yrityksen kiinnostus kohdistuu niihin ”agentteihin”, joista voi olettaa tulevan edes jollain lailla merkittäviä ”pelaajia”. Tarkasteltavina ovat todennäköisemmin joko markkinoiden reunalla jo toimivat tai läheisillä markkinoilla olevat yritykset. Mahdollinen toimintastrategia suuntautuu tästä lähtökohdasta laajentumisen esteiden luomiseen sekä tiedon kontrollointiin. Kilpailuoikeuden huomio tulisi pitkälti suunnata juuri sellaisia strategisia keinoja vastaan, jotka estävät potentiaalisen menestyjän markkinoille tulon tai haittaavat sen kasvumahdollisuuksia.

3.4 Markkinoille pääsyn esteiden vaikutus

3.4.1 Yleistä

Harvoin jotain taloudellista ilmiötä tai toimintaa voidaan tuomita täysin kielteiseksi. Markkinoille pääsyn turvaaminen ei ole eikä saakaan olla kilpailupolitiikan itsetarkoitus. Periaatteessa se on yksi keino ylläpitää kilpailuprosessia. Pääosin esteiden purkaminen vaikuttaa positiivisesti pakottaen markkinoilla jo olevat (sekä mahdollisesti niitä hallitsevat) yritykset myönnytyksiin asiakkaisiinsa nähden. Vickers ym. vertaavat kolmea eri tilannetta eli (a) strategisen esteen vaikutusta; (b) lopputulosta ilman strategista estettä (eli markkinoille pääsy on sallittu); ja (c) tilannetta, jossa markkinoille tulon uhkaa ei ole. Ei-strateginen käyttäytyminen jää harkinnasta pois, koska siihen ei tarvitse puuttua. Verrattaessa yrityksen tehokkuutta strategisen esteen tapauksissa ja ”ei-uhkaa” tilanteissa ei vaikutus ole yksiselitteinen. Uhka voi johtaa ei toivottaviin (so. resursseja haaskaaviin) esteiden rakenteluihin, mutta toisaalta se voi toimia kannustimena toiminnan tehostamiseen ja tuotekehitykseen. Vickers ym. päätyvät järjestykseen b, a, c eli paras tilanne on toiminta ilman strategista estettä ja huonoin ”ei-uhkaa” tilanne.[188]

Markkinoille pääsyn vaikutusta on hankala arvioida. Onko näkökulma yksinomaan kuluttajien, jolloin pääpaino olisi tuotteiden hinnan alentumisessa, sopimusehtojen parantumisessa jne.? Vai onko markkinoilla alunperin olleen yrityksen taloudellisen aseman muutoskin huomioitava? Jälkimmäinen ratkaisu tuntuu järkevältä pohdittaessa sellaisten hyväksyttyjen esteiden kuin patentti- ja mallioikeuksien asemaa. Pääsyn vapauttaminen johtaisi mahdollisesti tuotekehityksen

[188] Vickers ym. s. 16–17.

yms. toiminnan vähentymiseen. Laajemmassa mielessä markkinoille tulo on tehotonta, jos niillä jo toimiva yritys häviää enemmän kuin tulija ja ostajat hyötyvät.[189]

Vaikutuksen astetta ei myöskään ole helppo selvittää. Jos markkinoille tulo on Geroskin katsomin tavoin liian meluisaa ja vähämerkityksellistä korjatakseen automaattisesti markkinoiden virheitä, voi syynä olla markkinoiden pitempiaikainen tasapaino tai niiden omituisuudet (ts. kehitys seuraa enemmän taloudesta tai tuotekehityksestä johtuvia syklejä kuin yritysten toimien suoranaisia vaikutuksia). Markkinoilla ei kerta kaikkiaan ole sijaa uudelle merkittävämmälle kilpailijalle, ja niille tulon merkitys supistuu pk-yritysten vaihtumiseen. Toisaalta yritysten toiminta voi vaikuttaa näihin kriteereihin, kuten Geroskikin toteaa.[190]

Vaikutusta voidaan arvioida myös siltä kannalta miten markkinoille tulon käy jatkossa. Bain on tältä osin jakanut markkinoille pääsyn esteiden seuraukset kuuteen pääluokkaan, jotka vaihtelevat jatkuvan helpon pääsyn ja täysin estetyn pääsyn välillä. Ääripäitä voi kuvata liki täydellisen kilpailun ja monopolin tilanteiksi. Niiden lisäksi markkinoille pääsy voi alunperin olla tehottomasti estettyä (so. markkinoille pääsee), mutta vaikeutua tästä. Mikä vaikutus eri esteillä voi olla, ei-empiirisen tutkimuksen puuttuessa (so. 1950-luvun tilanteessa) ollut arvioitavissa, mutta täysin tai tehokkaasti estynyt markkinoille tulo oli lähinnä silloin, kun markkinoille tulon esteet ovat eri tekijöiden yhteisvaikutuksesta korkeat. Tällaisena alana Bain mainitsi mm. auto- ja tupakkateollisuuden. Sinänsä mielenkiintoisesti Bain ei tarkastele vastakohtaista lähtökohtaa eli estetyn pääsyn helpottumista. Tämähän voisi olla mahdollista esim. uuden valmistustekniikan kehittämisen myötä patentilla suojatun menetelmän rinnalle. Bain kytkee esteiden vaikutuksen selvästi markkina-asemaan eli keskittymisasteeseen ja skaalatuotantoon.[191]

Uutta tuotantoa tai yritystoimintaa ei aina voida luoda hetkessä. Osa markkinoille pääsyn esteen vaikutuksesta muodostuu tästä väliajasta. Mikäli tuotannon luominen kestää kauan (esim. teräksen tuotanto), ei markkinoilla jo olevan yrityksen tarvitse ainakaan heti reagoida. Bain katsoo kauemman kestävän tulon vaikuttavan selkeästi vähemmän kuin lyhyessä ajassa tapahtuvan. Peliteorian valossa tämä vaikutus on epäselvä. Valmistuuhan uusi kapasiteetti joskus, jolloin siihen olisi reagoitava. Lisäksi iso, pitkäaikainen investointi likimain pakottaa uuden yrittäjän jäämään markkinoille, koska muutoin ei investointia voida kuolettaa. Pelin siirtona järkevämpi tapa olisi pyrkiä estämään jo kapasiteetin rakentami-

---

[189] Laajaa, kaikki osapuolet huomioivaa näkökulmaa esittävät Innes ym. s. 567 "…, a buyer-entrant coalition will elicit entry when it is socially inefficient, that is, when the net buyer-entrant gains are exceeded by the incumbent seller's profit losses."

[190] Geroski I s. 99–103.

[191] Bain I s. 25–26 sekä laajemmin luokittelun perusteista s. 21–24, todetuista esteistä s. 167–171 ja vaikutusten arvioinnin osalta s. 172–174.

Bain käyttää pitkälti synonyyminä esteiden vaikutusta ja markkinoille tulon edellytyksiä. Nämä on siis jo aiemmin mainituin tavoin erotettava its esteistä tai keinoista luoda esteitä.

nen. Toki nopea markkinoille tulo vaatii välittömämpää reaktiota, mutta vaikutuserot eivät ehkä ole niin selviä kuin Bain antaisi ymmärtää.[192]

Lähinnä saalistushinnoittelua tarkastelevassa artikkelissaan Joskow ym. arvioivat virhearvioinneilla voivan olla kahdenlaisia seurauksia. Ensinnäkin ”positiivinen virhe”, eli tilannetta pidetään saalistushinnoitteluna, vaikka se ei ole sitä. Tällöin viranomais- tai kilpailijoiden reaktion seurauksena yritys pakotetaan käyttämään korkeampaa hintaa kuin se olisi ilman puuttumista käyttänyt. Tilanne johtaa kuluttajien kannalta turhan korkeaan hintatasoon sekä mahdollisesti tehottomaan tuotantoon (eli markkinoilla pysyy tai sinne tulee hallitsevaa yritystä tehottomampia tuottajia). Kirjoittajat pitävät tätä ”virhearviointia” kokonaistilanteen kannalta hyväksyttävänä, vain jos markkinoille tulevien yritysten määrä johtaa monopolihinnoittelun estymiseen (so. hallitseva yritys ei enää pysty nostamaan hintatasoa viranomaisten määräämästä tai se jopa laskee tästäkin). Ajattelumallin heikkoutena on se, että alunperin kiellettyä hinnanlaskua olisi todella voinut seurata yhteiskunnan kannalta merkittävä ylihinnoittelu. Tämä ei liene kovin todennäköistä, koska jo viranomaisten toimesta ”jäädytetyn” hinnan oletetaan säilyttävän joukon kilpailijoita markkinoilla. Pitäisin virheellisen ”positiivisen” välttämistä täten vielä tähdellisempänä kuin kirjoittajat tuntuvat sitä pitäneen.[193]

Toinen vaihtoehto on virheellinen ”negatiivinen” ratkaisu, jossa saalistushinnoittelua ei havaita. ”Saalistuksen” onnistuessa hallitseva yritys voi nostaa hintatasonsa monopolihintaan, mistä voi seurata tehottomuustappioitakin (jos yritys laiminlyö kustannusten pitämisen minimissään). Molempia arviointimalleja voidaan mielestäni soveltaa muihinkin kilpailukeinoihin kuin hinnoitteluun. Esimerkiksi virheellinen positiivinen ratkaisu mainonnan tai tuotedifferoinnin osalta voisi johtaa siihen, etteivät kuluttajat saa niin laajaa valikoimaa kuin he haluaisivat. Joskow ym. lähtevät selvästi siitä, että harkinta täytyy tehdä tapauskohtaisesti markkinoiden ominaisuuksista lähtien, koska muuten emme kykene ennustamaan, mikä on virhearvioinnin todellinen hinta. Ratkaisevaa on mm. se, miten jäykkää kysyntä on, koska korvaavia tuotteita on tällöin vähemmän ja onnistuneen markkinoille pääsyn estämisen tulos siten parempi (eli monopolihinta on korkeampi, koska asiakkaat eivät helposti siirry korvaaviin tuotteisiin). Kysynnän jäykkyydellä ei kuitenkaan ole merkitystä, jos markkinoille pääsy on vaivatonta eikä kilpailevan tuotannon aloittaminen kestä kovin pitkää. Kilpailupolitiikan kannalta tämä on tärkeää, koska vain tätä kautta voidaan selvittää tulisiko markkinoille pääsyn esteisiin ylipäätään suhtautua hyvin tiukasti vai ei (eli onko virheellinen negatiivinen ratkaisu pahempi kuin positiivinen). Joskow ym. yhdistävät tämän ratkaisun

---

[192] Bain I s. 10–11.

[193] Joskow ym. s. 223–224. Tekijät eivät itsekään ole kovin varmoja siitä, että virheellinen positiivinen ratkaisu johtaisi joissain tapauksissa parempaan lopputulokseen, koska he käyttävät sivulla 224 sanaa ”may” kuvatessaan tilannetta.

markkinoiden rakenteeseen, koska mitä kannattavampaa markkinoille pääsyn estäminen on (mitä varmemmin hallitseva yritys voi kerätä monopolivoittoja), sitä kalliimpi virheellinen negatiivinen ratkaisu yhteiskunnan kannalta on.[194]

Innes ym. tarkastelevat tehotonta markkinoille tuloa peliteorian valossa. Käytetty peli perustuu oletukseen siitä, että osapuolet voivat tehdä sitoumuksia jo ennen markkinoille tuloa, ja mitkä ovat näiden sitoumusten vaikutukset niiden vaihtoehtoihin. Edellytyksenä on se, että ostajat voivat toimia strategisesti eli yhteistyössä. Malli ei edellytä yhtä ainoaa ostajaa, mutta yhteistyön täytyy koota riittävän suuri joukko markkinoille tulijan kannalta. Toinen edellytys on yksinoikeussopimukset. Lopputuloksena voi olla markkinoille tulijan ja ostajaryhmän ”liittoutuma”, jossa markkinoille tulon hyöty sisäistyy kyseisille tahoille. Jos markkinoilla ollut yritys häviää em. hyötyä enemmän, on tulo ollut tehoton. Jos hallitsevalle yritykselle sallitaan yksinoikeussopimusten teko, voi se käyttää hajoita ja hallitse taktiikkaa. Tällöin osalle ostajia tarjotaan sellaisia etuja, ettei ostajien keskinäinen yhteistyö kannata. Yrityksen ei Innes ym. mukaan kuitenkaan kannata täysin estää niille tuloa, joten lopputulos on jopa vapaampaa markkinoille tuloa tehokkaampi![195]

Innes ym. esittämän teorian merkitystä on vaikea arvioida. Se toteutuu varsin harvoissa tilanteissa. Käytännön esimerkkeinä tekijät käyttävät Coca Cola-juomaa pullottavien yhtiöiden ja muovipulloja valmistavan yrityksen välistä riitaa, jossa pullojen valmistaja pyrki hajoita ja hallitse menettelyllä estämään ostajien yhteistyön (nämä olisivat perustaneet markkinoille uuden yrityksen). Kaapeli- ja satelliittitv:n välinen kilpailu on toinen esimerkki, jossa ostajien yhteistyö asukasyhdistysten tms. puitteissa voi johtaa etukäteen tehtäviin yksinoikeussopimuksiin sekä kirjoittajien mukaan koeteltaviin markkinoihin verrattavaan tilanteeseen. Käytetyt esimerkitkään eivät siten juuri tuo esille negatiivisia seurauksia. Yleisempi ongelma näissä arvioinneissa on se, että yhteiskunnan kannalta pelkkä tehokkuusarviointi ei välttämättä ole riittävä, vaan kyse on samalla tulonjakoongelmasta hallitsevan yrityksen ja kuluttajien välillä. Saatamme pitää parempana tilannetta, jossa hallitseva yritys häviää enemmän kuin tulija / kuluttajat hyötyvät, jos hyöty kohdistuu aiempaa paremmin kuluttajille esim. alempien hintojen muodossa.[196]

---

[194] Joskow ym. s. 224–225, 226–228, 235–236.

[195] Innes ym. s. 582 (loppupäätelmät) sekä 574–575 (hajoita ja hallitse -sopimusten vaikutuksen osalta).

Mallissa oletetaan yritysten käyttäytymisen estävän liian laajan markkinoilletulon, jolloin se olisi vapaata markkinoille pääsyä tehokkaampaa. Malli on tuotu tässä esille tarkoituksena esittää markkinoille pääsyyn liittyviä monipuolisia taloudellisia kysymyksiä enkä pyri mallin taloustieteellisen pätevyyden tms. arviointiin.

[196] Innes ym. s. 580–582.

3.4.2 Vaikutus tekniseen kehitykseen

Teknisesti kehittyvien tuotteiden tai tuotantomenetelmien osalta on vaarana kehityksestä johtuvan hinnan laskun nimeäminen saalistukseksi. Virheellinen positiivinen tulos on yhteiskunnan kannalta kallis, koska rajoittamalla yrityksen mahdollisuutta hyötyä kehitystyöstään me samalla vähennämme sen halua ylipäätänsä ryhtyä ko. työhön. Ratkaisevaa on sen selvittäminen, onko tekninen kehitys lähtöisin hallitsevasta vai pienemmistä markkinoilla toimivista yrityksistä. Jälkimmäisessä tapauksessa saalistustoimien estäminen on yhteiskunnan kannalta hyödyllistä teknisen kehityksenkin kannalta.[197]

Markkinavoima ja tätä kautta markkinoille pääsyn vaikeus voi vaikuttaa tekniseen kehitykseen myös suoremmin. Jos otetaan pohjaksi Schumpeter'n malli, on kehitys seurausta lähinnä riittävien voimavarojen sijoittamisesta. Hänen näkökulmastaan kehitys toteutui parhaiten monopolien ja suuryritysten kautta. Mikäli tämä ajatus hyväksytään, olisi markkinoille pääsyn esteiden vaikutus ainakin osittain positiivinen. Schumpeter ei tosin tarkastellut tätä kysymystä, ja hän viittaa teknisen kehityksen luomaan paineeseen, joten hän tuntuu olettaneen markkinoiden olevan avoimia. Geroski on tarkastellut Schumpeter'n mallia markkinavoiman välillisen ja välittömän vaikutuksen kautta. Välillinen vaikutus ei kohdistu suoraan markkinoille, vaan lähinnä yrityksen tuotekehityksen kautta saamaan oletetettuun markkina-asemaan. Tässä markkinavoima on yritykselle hyvä apuväline, koska se voi aiemman markkina-asemansa avulla helpommin estää kilpailijoiden pääsyn uuden kehitetyn tuotteen markkinoille. Toisaalta aiemmat esteet voivat haitata uusillekin markkinoille pääsyä. Hallitsevan yrityksen näkökulmasta sen kustannukset voivat olla muita alhaisempia eri tuotteiden tuotannon tukiessa toisiaan ja muutoinkin oletettavissa oleva voitto keksinnöstä voi olla muita suurempi. Tältä kannalta markkinavoima olisi positiivinen tekijä, koska se toimisi kannustimena kehitystyölle.[198]

Geroski toteaa, ettei pelkkä välillisen kannustin vaikutuksen arviointi voi riittää. Markkinavoima vaikuttaa myös suoraan sikäli, että yritys pyrkii hyödyntämään olemassa olevaa asemaansa markkinoilla. Tällöin liian nopea kehitystyö voisi johtaa olemassa olevaan tuotantoon sijoitettujen resurssien vajaakäyttöön.

---

[197] Joskow ym. s. 232–233.

[198] Geroski I s. 216–217 (välillinen vaikutus).

Vrt. Schumpeter, joka katsoi kehityksen olevan eräänlaista mutaatiota, joka johtaa aiemman rakenteen tuhoon eli nk. "schöpferischen Zerstörung" (luova tuho). Tämä malli oli tarkoitettu lähinnä täydellisen kilpailun staattisen mallin vastapainoksi, joten on hankalaa sanoa pitikö Schumpeter todella kehityksen ainoana eteenpäin vievänä tekijänä aiemman "tuhoamista". Hän kuitenkin piti monopolia jossain mielessä tämän kehityksen lopputuloksena, joka ei suinkaan ollut mikään rauhallinen asema vaati tarkkaa tilanteen seurantaa. Schumpeter s. 137–138 (luovan tuhon osalta), 165–167 (monopolin merkityksen osalta), 168 (vaikeudesta estää teknistä kehitystä), 174–175 (suuryritykset ovat kehityksen tärkein eteenpäin viejä).

Pienempi yritys voi siten olla halukkaampi sijoittamaan kehitystyöhön, koska sen suhteellinen tuotto on suurempi. Vastoin Schumpeter'n hypoteesia pienetkin yritykset osallistuvat kehitystyöhön. Geroski arvelee, että markkinavoiman ja teknisen kehityksen riippuvuus on näennäistä. Keskittyneillä tuotannon aloilla, joissa kehitystyö on yleistä, ei tämän kehityksen syy ole niinkään markkinavoima kuin tarjolla oleva tilaisuus (eli koko teollisuuden ala menee eteenpäin, eivätkä suurimmatkaan yritykset voi tällöin jäädä sivuun). Muutoinkin on olemassa näyttöä siitä, että jonkin asteinen kilpailu kannustaa kehitystyöhön. Markkinoille pääsyn esteiden vaikutus olisi siten lähinnä negatiivinen.[199]

Geroski korostaa, ettei markkinoille pääsyn edes tarvitse aktualisoitua, jotta tekninen kehitys olisi toivotun kaltaista. Potentiaalinen paine markkinoiden ulkopuolelta voi johtaa niillä jo toimivat parantamaan tuotteitaan, alentamaan kustannuksiaan tms. tuote- ja prosessikehityksen avulla. Markkinoiden kannalta voidaan jopa erottaa uuden yrityksen tulo uuden idean luomisesta. Vanhoja yrityksiä matkiva tulija vaikuttaa markkinoihin ohjaamalla niitä kohti tasapainotilaa (competitive equilibrium), kun uuden idean luonut yritys vaikuttaa kysyntää siirtävästi (eli vaikuttaa kysyntään enemmän kuin yhden jakajan tulo lisää vaikuttaisi). Jälkimmäisessä tilanteessa ei suunta ole kohti tasapainotilaa, vaan pikemmin sitä järkyttävä.[200]

3.5 Kritiikki

Markkinoille pääsyn esteet eivät ole teoreettisesti selkeä ryhmä, jonka vaikutukset markkinoilla voitaisiin esittää monopoli- tai täydellisen kilpailun teorian mukaisina yksiselitteisinä lopputuloksina. Kiistanalaista on osin esteiden kokonaisvaikutus, eri keinojen merkitys strategisen esteen luomisessa sekä informaation merkitys.

Demsetz katsoo esteiden syntyvän usein pikemmin epätäydellisen informaation ja esim. omistusoikeudesta johdettavien esteiden kautta. Mainonnan tarve perustuu hänen kannaltaan siihen, ettei markkinoilla ole täydellistä informaatiota tuotteesta. Mainontaahan ei tarvittaisi lainkaan, jos kaikki ostajat tietäisivät

---

[199] Geroski I s. 217–218, 225–226 "Thus, much of the statistical evidence on the effect of actual market power on innovativeness provides little more than weak support for the Schumpeterian hypothesis, if that. Entrants and small firms do innovate, contributing a share of innovations far in excess of their share of employment or value added, and the positive association that is sometimes observed between indurstry concentration and innovative inputs or output almost certainly arises because highly concentrated industries are frequently also those that are rich in technological oppurtunity.", 228–229.

[200] Geroski I s. 210–214. Tekijä painottaa myös sitä, ettei vertaus geenimutaatioihin tai luonnonvalintaan ole kovin onnistunut, koska näissä tapauksissa muutoksen lähtökohtana ovat vain ulkoiset tekijät. Ihmiset ja tätä kautta yritykset voivat uudistua sisältäpäin muuttamalla tarkoituksellisesti omia toimintatapojaan (eli kuten Geroski asian ilmaisee ihmisleopardi osaa vaihtaa pilkkujaan).

tarkalleen eri valmistajien tuotteiden ominaisuudet, hinnan tms. Kielto ei parantaisi tilannetta, koska kuluttajat todennäköisemmin ostaisivat tuotteen yritykseltä, jolla on jo mainetta tuottajana. Uusi tyhjästä aloittava, yritys ei tässä tilanteessa voisi lainkaan kilpailla markkinoilla jo pitempään toimineen yrityksen kanssa. Vastaavaa ajattelumallia voidaan Demsetz'n mukaan soveltaa pääomahankintaan tms., koska näissäkin tapauksissa markkinoilla jo toimiva yritys koetaan luotettavammaksi. Omistusoikeudellisena kysymyksenä voidaan arvioida esim. patenttitai tavaramerkkilainsäädännön merkitystä. Näiden avullahan tietyn tiedon tai maineen omaavat yritykset voivat varmistaa tämän tiedon tulevan kuluttajienkin tietoon. Kuten Demsetz huomauttaa, voitaisiin lähtökohdaksi ottaa ko. oikeuksien heikentäminen, mutta tällöin vastaava tieto olisi hankittava muulla tavoin.[201]

Posner pitää markkinoille pääsyn esteiden teoriaa tietyssä määrin harhaanjohtavana. Koko pohdinta tulisi yhdistää kysymykseen markkinoilla jo toimivien pienten yritysten mahdollisuudesta laajentua. Monopolihintahan ylittää keskimääräiset tuotantokustannukset, joten näillä yrityksillä olisi selkeä houkutin tuotannon kasvattamiseen. Tuotannon jäädessä entiselle tasolle on syynä Posner'n mielestä pienempien yritysten tehottomuus verrattuna markkinoita hallitseviin yrityksiin. Tämä ei kuitenkaan estä niitä kasvattamasta tuotantoaan tehokkaammalle tasolle ja siten haastamasta markkinajohtajia. Tämän ollessa mahdollista markkinoilla jo oleville yrityksille ei estettä ole ulkopuolisiinkaan nähden.[202]

Toisaalta Posner katsoo eräänlaisia markkinoille pääsyn esteitä syntyvän väliaikaisesti vaadittavien investointien takia. Teräsmarkkinoita hallitseva yritys voi siten nauttia monopolivoitoista jonkin aikaa, koska tarvittavaa tuotantokapasiteettiä ei rakenneta hetkessä. Jos uusien yritysten toimintaa todella estetään markkinoiden sulkemispyrkimyksen kautta, voidaan tähän Posner'nkin mielestä puuttua.[203]

Posner lähestyy markkinoille pääsyn esteitä mielestäni liian idealistisesti. Esitetty väite siitä, ettei toistumattomia (nonrecurring) markkinoille pääsyn kustannuksia voi juuri olla ja että nämä ovat ainoat todellisen markkinoille pääsyn esteet, ei ole kovin uskottava – varsinkaan kun Posner ei asiaa sen laajemmin perustele. Väitettä on hankala ymmärtää, koska loogisesti ajatellen kaikki tulokkaat kohtaavat joitakin esteitä eikä esteen toistumattomuus tai toistuvuus (so. este on sama kaikille) voi olla ratkaiseva tekijä. Ilmeisesti Posner lähtee siitä, että aina on olemassa riittävän suuri ulkopuolinen yritys, joka investointien kautta voi saavuttaa riittävän tuotantomäärän, ja jota mitkään esteet eivät pidättele. Onko jonkin suuryrityksen "markkinoiden valtaus", mihin tilanne voi helposti johtaa, kilpailun kannalta myönteistä on mielestäni sangen epävarmaa. Eri markkinoi-

---

[201] Demsetz II s. 49–52. Samantapaista kantaa edustaa Hoppmann, joka korostaa, ettei tuotteiden heterogenisoiminen vielä mitenkään rajoita kilpailua. Ks. Hoppmann II s. 16–17.
[202] Posner s. 92.
[203] Posner s. 91.

ta hallitsevat yritykset voivat myös päätyä ”hiljaiseen” markkinoiden jakoon, jos niille tulo johtaisi vain omia markkinoita uhkaaviin vastatoimiin.[204]

Pienten yritysten laajentumispyrkimyksistä ei voitane vetää kovin laajoja johtopäätöksiä, koska väitetyn tehottomuuden lisäksi taustalla voi olla pelko suurempien yritysten reaktiosta tai yrityksen tyytyväisyys omaan asemaansa. Vastoin Posner’n olettamaa pienempi yritys voinee olla jopa tehokkaampi, jos suuryritys on jo ylittänyt tehokkaimman tuotantomäärän. Tällöin pienemmälle yritykselle on itse asiassa edullista luoda kuva tehottomuudesta ja markkinoille pääsyn esteistä. Tämä estää sekä hallitsevan yrityksen vastatoimet (sitä ei uhata) että uusien kilpailijoiden tulon markkinoille ja sallii hintatason vakiinnuttamisen tehokkaan pienemmän yrityksen kerätessä monopolivoittoja.[205]

Posner tuntuu olettavan markkinoille pyrkijöillä olevan täydelliset tiedot markkinaolosuhteista, koska hän hylkää ajatuksen siitä, että hallitseva yritys pelkällä olemassaolollaan estää muiden markkinoille tuloa. Hänestä tämä olisi mahdollista vain, jos yritys ei mitenkään hyödynnä ko. asemaa. Olettaman pohjalla täytyy olla ajatus täydellisestä informaatiosta, koska muussa tapauksessa yritys pystyy luomaan kuvaa kilpailumaisesta hintatasosta eli tilanteesta, jossa markkinoille tulo ei kannata. Posner tuntuu olettavan, että hallitsevan yrityksen johtajat ovat niin tyhmiä tai ahneita, että he aina siirtyvät raa’impaan monopolihinnoitteluun. Tosin varsinaista kilpailupoliittista syytä puuttua tilanteeseen ei ole, jos yritys arvioimansa potentiaalisen kilpailun takia joutuu pitämään hintansa lähes kilpaillulla tasolla.[206]

Posner’n ajatuksia voidaan kritisoida markkinoiden ulkopuolisten ja alalla jo toimivien yritysten pääsyn esteiden eroilla. Tällöin markkinoilla tai niiden läheisyydessä (esim. substituutit, alueellinen läheisyys) toimivilla yrityksillä katsotaan olevan etuja täysin ulkopuolisiin verrattuna. Ne tuntevat alan, hallitsevat tekniikan ja niillä on jo jonkin verran good will -arvoa kuluttajiin nähden. Käytännössä ero ei liene näin merkittävä, koska täysin ulkopuoliset yritykset ovat harvoin edes kiinnostuneita toiminnan aloittamisesta. Jos esim. oletettavien voittojen kannalta panostus on selkeästi houkutteleva, lienee tavanomaisin tapa ostaa alalla toimiva pienempi yritys (mahdollisesti suurikin). Ns. raa’asta pystymetsästä aloit-

---

[204] Posner s. 92 ”In any event, there is grave doubt whether there are important nonrecurring costs of entry – barriers to entry in the true sense. Economies of scale do not create a barrier to entry; they only dictate the level of output that the new entrant must achieve…”

[205] Toisaalta teoriassa on liiankin helposti rajattu pois laajentumisen merkitys. Näin on tehnyt Bain oletuksissaan, vaikka myöntää laajentumisen voivan vaikutta kilpailuasetelmaan. Ks. Bain I s. 5 ”The second exclusion is the expansion of capacity by an established firm. … Both of these exclusions are in some degree arbitrary, …, and since the expansion of established competitor may, from the standpoint of another established firm, have about the same significance as entry of a new firm with new capacity.”

[206] Posner s. 93 ”… if a firm once achieved a dominant position …, its position would tend to persist by sheer inertia. This would be true, however, only in the unlikely event that the managers of the firm did nothing to exploit their dominant position.”

taminen ei jo uuteen toimintaan liittyvien riskien takia ole järin houkuttelevaa. Tällaisia riskejä eivät ole pelkästään markkinoille pääsyn vaatimat investoinnit ja uponneet kustannukset, vaan myös virhearviointien vaara markkinainformaation vähäisyyden takia. Tämä informaatio tulee yrityskaupan mukana. Yip jakaisikin tulijat suoriin (direct entry) ja hankinnan (acquisition entry) kautta tuleviin. Jälkimmäisinä hän pitää vain niitä, jotka pyrkivät toimintansa laajentamiseen. Pelkkä investointi ei ole hankinta tässä mielessä. Ratkaisu vaihtoehtojen välillä riippuu kustannuksista sekä siitä aikajaksosta, jota yritys pitää relevanttina. Suora sijoitus vaatinee pitemmän ajan tuottaakseen, mutta ei toisaalta välttämättä vaadi yhtä suurta sijoitusta heti alussa. Yip painottaa, että harva hankinnan kautta toimialalle tuleva olisi kiinnostunut suorasta toiminnan aloituksesta. Koska laajentumishaluinen yritysostaja lisää kilpailua, tulisi kilpailupolitiikassa huomioida tämä mahdollisuus suhtautumalla myönteisemmin lähinnä konglomeraattisiin tai markkinoiden läheisyyteen suuntauviin yrityskauppoihin. Miten yrityskaupan hyöty / haitta -arviointiin kilpailun kannalta kytkettäisiin markkinavoiman vaikutus näissä tapauksissa on mielestäni epäselvää.[207]

Yip korostaa markkinoille tulijoilla voivan olla etukäteistietoja joko yrityskaupan tai osaavien työntekijöiden avulla. Pyrkijä on lisäksi usein jo toimiva yritys eikä Bain'n lähtökohtanaan käyttämä uusi yrittäjä. Jälkimmäisistäkin Yip toteaa näiden todennäköisesti olevan esim. saman toimialan yrityksestä lähteneitä työntekijöitä tai johtajia, joten ne eivät ole täysin tietämättömiä markkinoiden tilanteesta.[208]

Demsetz'n ja Posner'n ajatukset kuvaavat laajemminkin nk. Chigagon koulukunnan oppeja. Tämän 1980-luvulla USAssa vaikutusvaltaa saaneen ryhmän mielestä markkinoille pääsyn esteitä ovat vain julkisen vallan asettamat sekä horisontaaliset kilpailunesteet. Kaikki muu kuuluu markkinoiden normaaliin toimintaan, johon ei tule puuttua.

Markkinoille pääsyn esteiden teorian eräs selvä heikkous on oletus täydellisestä informaatiosta ja dynaamisuuden puute. Ajatus tehokkaan esteen luomisesta perustuu pitkälti siihen, että yritys voi laskea ne rajat missä puitteissa se itse vielä voittaa, mutta markkinoille tulo ei enää kannata. Yritys ei yleensä tunne kysynnän tarkkaa rakennetta, tuotteissa on pieniä eroja, markkinoille pyrkivän voimavarat ja tekninen osaaminen ei ole tiedossa ja oligopolitilanteessa markkinoilla jo olevien muiden yritysten reaktio on epävarma. Vastaavasti markkinoille pyrkivä selvittää omalta kannaltaan parhaat vaihtoehdot ja tulevien kilpailijoiden reaktiot. Se ei voi saada täydellistä informaatiota esim. vapaasta kapasiteetistä, muiden reaktioista tai tarjonnan lisääntymisen kautta syntyvästä uudesta hintatasosta. Kilpailun dy-

---

[207] Kantzenbach ym. s. 89–93 painottavat markkinoiden läheisyydessä toimivien yritysten etuja. Varsinkin alueellisesti lähekkäin toimivat yritykset voivat tätä kautta selkeästi luoda kilpailupainetta toisilleen; Yip s. 67–69, 70–72.
[208] Yip s. 23–24.

naamisuuteen ja tehokkuutta edistävään vaikutukseen itse asiassa kuuluu tiettyjen virhepäätösten teko näissä tilanteissa.[209]

Dynaamisuuden puute ilmenee markkinoiden eri vaiheiden huomioimatta jättämisenä (klassisessa Bain'n teoriassa). Bain perusteli näkökulmaa sillä, että arvion pohjana on se hintataso, jonka markkinoilla olevat yritykset voivat jatkuvasti saavuttaa laukaisematta niille tuloa. Tämä jatkuvuus edellytti hänestä pitemmän ajanjakson näkökulmaa. Markkinoiden kehitysaste tulisi sinänsä Bain'n mukaan huomioida jakamalla markkinoille tulon edellytykset välittömiin ja yleisiin. Edelliset ovat toimialan kehityksen mukaan muuttuvia jälkimmäisten ollessa näiden summa, joka määräytyy mm. sen mukaan, onko uusia yrityksiä tullut toimialalle. Arvona yleinen edellytys voi olla yksi yleinen luku (eli este on aina sama kaikille pyrkijöille), jokaisen pyrkijän mukaan vaihtuva (so. aina markkinoille tulon jälkeen estearvo muuttuu) tai todennäköisimmin näiden väliltä. Teorialla on pyritty havainnollistamaan sitä, ettei markkinoille pääsyn esteitä tule arvioida yhtenä muuttumattomana arvona. Se ei mielestäni vastaa kysymykseen yritysten strategisista, markkinoiden vaiheen mukaan muuttuvista vaihtoehdoista.[210]

Markkinoille tulo on houkuttelevinta niiden laajentuessa eikä toisaalta pääsyn estäminen ole tällöin helppoa (ellei yrityksillä ole patenttien tms. yksinoikeuksien luomaa suojaa). Kasvun laantuessa muita tehokkaammalla yrityksellä voi olla mahdollisuus tulla markkinoille, mutta näissä tilanteissa voi olemassa olevien tuotemerkkien luoma uskollisuus jo sinänsä toimia esteenä. Taantuvilta markkinoilta yleensä pyritään pois, joten tältä osin ei erityistä ongelmaa syntyne. Kilpailupoliittisesti laajentuville markkinoille pääsy tulisi pitää mahdollisimman vapaana, koska tällöin syntyy riittävä paine alkuvaiheen monopolihinnoittelusta luopumiseksi. Kyse on tasapainoilusta kehitystyön kannustamisen (patentit ja muut tekijänoikeudet) sekä kilpailun vapauden välillä. Kasvun laantuessa vaarana on mainonnan ja tuotemerkkien kautta tapahtuva markkinoiden sulkeminen, jolloin näihin puuttuminen olisi tässä vaiheessa kannattavimmillaan. Toisaalta on muistettava, että uudet tuotteet perustuvat pitkälti aiempiin malleihin, joten selvää rajaa ei markkinoiden vaiheiden perusteella voida vetää.[211]

Yip korostaa traditionalisten markkinoille pääsyn esteiden voivan joskus toimia markkinoille tuloa edistävinä tekijöinä. Yip jakaisikin yrityksen strategiaan vaikuttavat tilanteet kolmeen ryhmään eli pääsyn esteisiin (barrier effects), houkutustekijöihin (inducement effects) ja tasapainotilaa järkyttäviin tekijöihin (disequilibrium effects). Mainonta tai vaadittava pääoma ei voi toimia esteenä, jos pyrkijä on riittävän suuri yritys, joka voi investoida riittävästi markkina-asemansa vakiinnuttamiseen. Näissä tapauksissa esteestä tulee samalla suoja tulijalle, jonka avulla se

[209] Jickeli s. 25.
[210] Bain I s. 7, 9–10.
[211] Jickeli s. 24. Tekijä korostaa investointipäätösten edellyttävän juuri markkinoiden tulevan kehityksen arviointia.

pystyy itse hyötymään keskittyneiden markkinoiden vähäisemmästä kilpailusta. Yip jakaisi lisäksi markkinat eri segmentteihin (esim. halpa ja kallis tuotesegmentit). Jos tulija ei edes pyri suoraan kilpailemaan kallista segmenttiä hallitsevien yritysten kanssa, ei näiden välttämättä kannata ryhtyä sen ”halpatuotteen” kanssa kilpailemaan. Tällainen kilpailu voisi johtaa niiden oman merkin arvon alentumiseen. Tässä mielessä olisi tärkeää tutkia ”liikkuvuuden” esteitä eri segmenttien välillä. Kuten Yip toteaa, pelkkä markkinoille tulohan ei vielä kilpailun kannalta merkitse mitään, jos yrityksen vaikutus markkinoihin on vähäinen (so. se toimii vain markkinoiden vähäarvoisella reuna-alueella jättäen isot, tärkeimpiä alueita hallitsevat yritykset rauhaan). Yip’n käyttämä liikkuvuuden este voitaneen tulkita traditionaalisemmaksi markkinoille pääsyn esteeksi, jos eri segmentit tulkitaan eri markkinoiksi. Periaatteessa liikkuvuuden esteet ovat joka tapauksessa pääosin samoja kuin markkinoille pääsyn esteet sillä poikkeuksella, että markkinoiden osa-alueella toimivalla yrityksellä on todennäköisesti varsin tarkka tieto kokonaismarkkinoista.[212]

Taloustieteellisen ja kilpailuoikeudellisen ongelmien ratkaisun kannalta markkinoille pääsyn tai poistumisen esteet ovat hankalia, koska niiden tarkka määrittely ei välttämättä onnistu. Kaikki markkinoille pyrkijätkään eivät ole samalla lähtöviivalla (alalla jotain kautta jo toimiva voi helpommin pyrkiä siirtymään esim. pitemmälle jalostettujen tuotteiden tekemiseen, isommalla yrityksellä on suuremmat resurssit). Kilpailupolitiikan päämääränä ei edes voi olla yritysten tasapäistäminen, joten tämä erilaisuus on hyväksyttävä. Kyse ei ole mistään tietyn tasoisesta ”muurista”, vaan este voi olla hyvin vähäinen (alalla toimivien yritysten pienikin hinnan korotus voisi johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille) tai merkittävä (monopolihintakaan ei saa uusia yrityksiä pyrkimään markkinoille). Ylimääräisten markkinoille pääsyn esteiden luomista voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, mutta voidaanko rakenteellisia esteitä pitää väärinkäyttönä? Nämähän saattavat olla tietyn yrityksen tarkoituksellisesti aiheuttamia (rakennettu tietoisesti ylikapasiteettiä tms.). Toisaalta ne voivat perustua markkinoiden taantumiseen tai tehtyyn virhearviointiin. Mainontaan, tuotekehittelyyn tms. puuttuminen voisi johtaa markkinatalousmallin täydelliseen syrjäytymiseen, koska olisi määriteltävä jokaista tapausta varten hyväksyttävä mainonnan ja tutkimuksen taso! Taloustieteen kannalta paras ratkaisu olisi markkinoille pääsyn esteiden alentaminen, mutta oikeudellinen järjestelmä, jossa investointeja tms. kontrolloitaisiin tätä kautta asettaa suuria vaatimuksia ratkaisijoille ja oikeusvarmuudelle.[213]

---

[212] Yip s. 25 ”Existing firms with surplus funds may also seek out markets with high barriers, so that they can inverst those funds to get behind the barriers…”, 26–27 (liikkuvuuden esteiden eli ”mobility barriers” osalta), 38–40 (Yip’n käyttämän kolmijaon osalta).

[213] Davies ym. s. 28; Mainonnan osalta Ulmer pitää mahdollisena ylimitoitetun mainonnan voivan toimia markkinoille pääsyn esteenä. Tarkkaa rajaa ei hänkään ole halukas määrittämään, vaan jättää sen tapauskohtaiseksi. Ks. Ulmer s. 571; Vickers ym. huomauttavat hankaluudesta erottaa normaali kilpailu markkinoille pääsyn esteistä ja tämän kilpailupolitiikalle aiheuttamista hankaluuksista. Ks. Vickers ym. s. 17.

Taloustieteen ja oikeustieteen merkittävin ero on vaatimus operationaalisuudesta. Lainsäädäntöä käytetään sitovien ratkaisujen tekemiseen. Taloustiede etsii niitä vaikutustekijöitä, jotka voivat johtaa markkinoiden toiminnan häiriintymiseen. Usein esitetään joitain reagointikeinoja, mutta harvemmin mitään yksittäistapaukseen sopivaa. Markkinoille pääsyn esteitä koskevassa teoretisoinnissa tämä ongelma mielestäni korostuu. Eri vaikutusmahdollisuuksia ja niiden yhdistelmiä voitaneen löytää lähes rajattomasti, mutta kukaan ei uskalla ehdottaa tarkkoja puuttumiskeinoja, koska keinot ovat pääosin samoja mitä markkinoilla muutoinkin käytetään. Limit pricing ja saalistushinnoittelu -teorioiden suosio johtunee osin siitä, että nämä hintateorian johdannaisina ovat helpommin matemaattisesti esitettävissä. Samalla voidaan oletettavasti esittää jokin raja mitä ei saisi alittaa.

Markkinoita hallitsevan yrityksen motiivien huomioiminen on sekä talous- että oikeustieteellisesti hankala kysymys. Todisteita tarkoituksellisesta markkinoille pääsyn estämisestä ei saatane kuin murto-osassa epäilyttäviä tapauksia. Kyseenalaista on tarkoituksellisenkaan toiminnan tuomitseminen pelkästään tällä pohjalla, jos yritys vain toimii tehokkaasti. Se voi ehkä torjunnan jälkeen jatkaa korkeampien hintojen keräämistä, mutta jos mitään taloudellisesti merkittäviä esteitä ei ole, lienee uusi uhka aina kontrolloimassa toimintaa. Katsoisin painopisteen olevan taloudellisten estämismahdollisuuksien todistamisessa ja tätä näyttöä tavalla tai toisella tukevassa motiivi-näytössä. Jälkimmäiseksi tulisi hyväksyä näyttö siitä, ettei mikään muu tarkoitus voi olla järkevä. Nykytilannehan on se, ettei motiiveilla ole lähtökohtaisesti mitään merkitystä. Kilpailuviranomaisten onkin varauduttava mitä erilaisemman näytön esittämiseen.[214]

Talousteoriassa tuntuvat jääneen vähemmälle huomiolle markkinoilla jo toimivien ja niille pyrkivien ominaisuudet. Tulisiko kahden yhtä vahvan yrityksen duopolin syntymistä edistää pakottamalla aiemmin markkinoita hallinnut lopettamaan pääsyä haittaavan toimintansa? Entä taloudellisesti vahvan yrityksen tunkeutumista vanhan – ehkä tehottoman – oligopolin markkinoille? Tuloksena voivat olla markkinat, joille pääsy on entistä hankalampaa. Esteiden alentaminen siten, että markkinoille tulisi vain pieniä tai keskisuuria yrityksiä ja kilpailuolosuhteita muutettaisiin tällä tavoin lähemmäksi ”täydellistä” tai edes ”toimivaa” on mielestäni utopiaa. Markkinoiden kannalta voi syntyä lähinnä taustakohinaa, jolla ei ole todellista vaikutusta markkinaprosesseihin pienien yritysten kilpaillessa keskenään markkinoiden reuna-alueista. Bain on lähestynyt ongelmaa lähinnä siltä kannalta, miten tulon synnyttävää hintaa tulisi verrata minimikustannuksiin. Tulijoiden osalta loogisena havaintona on pidettävä sitä, etteivät ne kaikki ole samassa asemassa, ja että tietty hinta voi johtaa rajalliseen määrään markkinoille tulijoita. Oikeudellista ratkaisua ei toisaalta voida rakentaa ratkaisijan tai edes

[214] Comanor ym. painottavat motiivien tutkimista, koska tätä kautta toiminnan pitemmän ajan seuraukset ovat arvioitavissa. Hekään eivät usko yhtä ainoaa ratkaisua löydettävän. Ks. Comanor ym. s. 375–376.

asiantuntijoiden markkinoiden muutosta koskevan arvion varaan, koska tämä olisi oikeusvarmuuden kannalta liian epämääräistä.[215]

Lopputuloksena on mielestäni strategisten markkinoille pääsyn esteiden poistamisen ehdoton välttämättömyys, vaikka tehtävää ei jo yritysten oikeusvarmuus huomioiden voidakaan saattaa loppuun. Kilpailuprosessi edellyttää sekä markkinoiden sisäisiä että niiden ulkopuolelta tulevia paineita. Vaikka tilannetta ei voitaisikaan tasoittaa esim. mainontaan tai rahoitusmahdollisuuksiin puuttumisen avulla, tulisi strategiset esteet pyrkiä tunnistamaan ja poistamaan. Miten kilpailuoikeus voi tästä tehtävästä selviytyä oikeusvarmuuden ja omistusoikeutta koskevien periaatteiden valossa, on vieläkin pitkälti avointa. Markkinoidenkaan kannalta ei voida pitää perusteltuna kovin laajaa harkintavaltaa, koska epävarmuustilanne saattaisi johtaa esim. investointien vähentymiseen. Viranomaiskoneistoa ei myöskään voida asettaa kuluttajien tahdon sijaan. Tässä mielessä pidän vaarallisena vaihtoehtojen lukumäärän sekä pk-yritysten merkityksen korostamista. Näihin ryhmiin vetoamalla on helppo todistaa välttämättömyys puuttua yksittäisen suuryrityksen toimintaan, vaikka ko. yritys vain täyttää markkinoiden tarpeen. Arvioinnin hankaluudet korostavat sinänsä markkinoiden rakennekontrollin merkitystä yrityskauppakontrollin kautta, koska tämä voi olla joissain tapauksissa jälkikäteistä esteiden poistamista huomattavasti edullisempi tapa.

Rakenteellisen ratkaisun merkitystä korostaa ”tehottoman” markkinoille tulon vaara. Tämä rajautunee verrattain harvoihin tilanteisiin ja pitäisin yhteiskunnan kannalta tehottomuutta jopa hyväksyttävänä, jos se liittyy yrityksille annettavaan signaaliin kielteisestä suhtautumisesta markkinoille tulon esteisiin. Tiukempi linja pitänee useampia markkinoita avoimina tehokkaalle markkinoille tulolle kuin edesauttaa tehotonta toimintaa.

4. TOIMIVA KILPAILU JA SEN VAIHTOEHDOT

4.1 Toimiva kilpailu (workable competition)

Kilpailu ei ole itsetarkoitus. Kilpailuoikeuden tarpeellisuuden arvioimiseksi on tiedettävä mitä yritysten kilpailu saa aikaan verrattuna edellä mainittuihin kilpailua rajoittaviin tilanteisiin. Kilpailun ehkä merkittävin vaikutus on voimavarojen käytön ohjaaminen taloudellisesti mahdollisimman tehokkaaseen käyttöön ja tätä kautta kuluttajien ylijäämän kasvattaminen. Teoriassa tämä tarkoittaa sitä, että kuluttajien mieltymykset saavat yritykset tuottamaan haluttuja tuotteita, jolloin taloudellisia voimavaroja siirtyy ko. tuotantoon. Ohjaajana toimii tuotteen hinta, joka muuttuu kysynnän mukana. Samalla yritykset joutuvat toimimaan mahdolli-

[215] Bain I s. 8–9.

simman tehokkaasti, jos ne haluavat pysyä markkinoilla. Periaatteessa kilpailun pitäisi toimia kansainvälisellä tasolla jakaen resursseja eri maihin sen mukaan, miten tehokasta tuotanto on tietyssä maassa (esim. Suomessa voidaan raaka-ainevarojen puolesta tuottaa hyvin paperia jne., mutta ajateltavissa on, että paperin tuottaminen muualla on edullisempaa, jolloin suomalaisen teollisuuden on joko parannettava tehokkuuttaan tai siirryttävä muualle). Tehokkuuskaan ei ole itsetarkoitus, vaan sen avulla pystytään luomaan parhaat mahdolliset edellytykset myönteiselle taloudelliselle kehitykselle. Talouden toimiessa tehokkaasti on kokonaistuotannon käytössä enemmän voimavaroja kuin tehoton toiminta synnyttäisi. Tällöin kehitys on oletettavasti nopeampaa.[216]

Kilpailu on dynaamisessa mielessä se anonyymi tekijä, joka kontrolloi ja ohjaa markkinoiden toimintaa. Sanktiona on huono menestys markkinoilla ja kannustimena etumatkan saavuttaminen kilpailijoihin sekä tämän mahdollistama ”ylivoittojen” keruu. Esitetty kuvaus ei ole kovin erottelukykyinen, koska täydellisen kilpailun mallissakin kilpailu pakottaa yritykset toimimaan tietyllä tavalla. Sanktiona on se, ettei voi toimia markkinoilla lainkaan, jos vähänkin poikkeaa muiden hintatasosta. Toimivassa kilpailussa ero on se, ettei kehitys pääty minkään tilan saavuttamiseen, vaan yritykset jatkavat etulyöntiasemaan pyrkimistä ja toisten menestyksen matkimista. Markkinat myös poistavat heikommat yritykset niiltä. Jos toiminta ei tuota riittävää voittoa, on edessä joko toiminnan lopettaminen tai yhdistyminen tehokkaampaan yritykseen.[217]

Kilpailu edistää paitsi tuotantotekijöiden tehokkainta jakautumista myös teknistä kehitystä. Estääkseen muita valtaamasta markkinoita on yrityksen tuotettava vähintään samantasoisia tuotteita kuin muut tarjoavat. Kilpailu nähdään tällöin dynaamisena prosessina toisin kuin täydellisen kilpailun mallissa. Monopoliyrityksillä ei ole staattisessa tilassa tarvetta kehittää tuotantoprosessejaan tai tuotteitaan, vaan ne voivat tyytyä keräämään monopolistisia voittoja. Dynaamisessa mallissa niiden on varmistettava oma markkinaosuutensa ja siten tavallisesti huolehdittava tutkimustoiminnastakin. Teknisen kehityksen edistäminen kilpailun avulla luo eräänlaisen ”näköharhan” sikäli, että kehityksen tukeminen vaatii patentteja, mallisuojaa, tavaramerkkejä yms., jotka ovat sinänsä monopolistisia (ts. vain haltijalla on oikeus määrätä mitä hän oikeudellaan tekee). Tällaisen monopolin käyttöä on valvottava (ehdot lisenssisopimuksissa jne), mutta kilpailun kannalta se ei periaatteessa ole haitallinen, koska vaihtoehtoiset ratkaisut ovat

---

[216] Czada ym. s. 95 Kirjoittaja korostaa kilpailun täyttävän tehtävänsä vain, jos kumpikaan markkinaosapuoli ei pysty vaikuttamaan toiseen; Fischer ym. s. 177, 181; Molle s. 146; Rissanen ym. s. 1.
[217] Scherer ym. s. 48–49. Tekijät vertaavat yritysten ”elossasäilymistarkoitusta” Darwinin luonnon valinta teoriaan. He huomauttavat, ettei sen toimivuus ole mitenkään varmaa, koska tehotonkin yritys voi sinnitellä markkinoilla pitkän ajan; Schmidt III s. 60. Schmidt toteaa, että kilpailun toimivuus mitataan sillä, miten nopeasti muut voivat saavuttaa jonkun yrityksen etumatkan. Hän tarkoittanee tällä, ettei yritysten lukumäärällä ole välttämättä suoraa merkitystä kilpailun toimivuuden kannalta.

yleensä mahdollisia. Nämä kilpailevat aiempien ratkaisujen kanssa ja vievät samalla kehitystä eteenpäin.[218]

Toimivan kilpailun käsitteellä tarkoitetaan taloustieteellistä mallia, joka ottaa huomioon todellisuudessa vallitsevan tilanteen. Tällöin kilpailua ei tule tarkastella staattisena tilana, vaan prosessina. Päämääränä on varsinaisesti talouden edistäminen. Tärkein ero täydellisen kilpailun malliin on siinä, ettei sen vaatimia tasapainotiloja edes oleteta saavutettavan. Kilpailua ei hylätä kokonaan, koska sitä pidetään monopolimalleja tai suunnitelmataloutta tehokkaampana resurssien jakajana. Scherer käyttää vertauksena paluuta Adam Smith'n malliin laajemmassa mielessä.[219]

Teoria ei ole jäänyt vaille kritiikkiä, koska toimivan kilpailun mittaaminen on hankalaa. Tilannetta pitäisi itse asiassa verrata johonkin toiseen kilpailutilanteeseen. Jos ensimmäinen on "toimivampi" kuin jälkimmäinen, on toimivan kilpailun idea saavutettu. Todellisuudessa tarkastelun lähtökohtana olisi nykytilan vertaaminen hypoteettiseen tilaan, jonka tutkija itse asettaisi. Toimivaa kilpailua voidaan lähestyä pyrkimällä määrittämään, mitä täydellisen kilpailun elementtejä ei voi käytännössä toteutua ja mitä piirteitä epätäydellisestä kilpailusta (nk. vastamyrkkyteesi) tulisi omaksua, jotta päämäärään (ts. toimivaan kilpailuun) päästäisiin.[220]

Phlips on ehdottanut oligopolististen markkinoiden osalta ei-yhteistyöhön perustuvan Nash'n tasapainon käyttämistä mallina toimivasta kilpailusta. Parempaan lopputulokseen ei voida päästä, koska tässä tasapainotilassa yrityksillä ei ole mitään syytä muuttaa toimintatapojaan (esim. hinnan alennus johtaisi vain kaikkien markkinoilla toimivien kannalta huonompaan loputulokseen). Phlips käyttää Nash'n tasapainoa myös sen arvioimiseen, kuinka monta yritystä markkinoille mahtuu tehokkaan tuotannon kannalta. Jos tämä esim. osoittaa kahden yrityksen olevan tehokkain vaihtoehto, ei kilpailua saada toimivammaksi pyrkimällä yritysten määrän lisäämiseen tai muullakaan keinolla. Kuten Phlips huomauttaa, kilpailuviranomaiset eivät ole yhteiskuntasuunnittelijoita, vaan heidän päämääränsä

---

[218] OECD I s. 9.

[219] Scherer s. 41 "Given all the qualifications and doubts unearthed in the foregoing pages, extreme confidence in the purely and perfectly competitive model as a blueprint for utopia is hardly in order", 48 "If one stands back and gazes astigmatically at the competitive model without worrying about the fine points, one sees that it does display generally greater responsiveness of product supplies to consumer demands and generates a more potent set of incentives for the frugal use of resources than does the monopoly model."

[220] Talousoikeudellinen teoria käyttää kahta toimivan kilpailun teoriaa "Workable" ja "Effective" = tehokas. Näistä jälkimmäinen korostaa kilpailun olevan prosessi, joka ei periaatteessa lopu koskaan. Ks. esim. Schmidt I s. 9–11; Woll s. 278–281. Kirjoittaja huomauttaa paitsi mittausongelmista, myös ristiriitaisten päämäärien mahdollisuudesta. Kuluttaja voi saada tuotteen jonkin aikaa edullisemmalla, koska myyjäyritys pyrkii ajamaan muut markkinoilta alihinnoittelulla päästäkseen monopoliasemaan.

Ajatuksen käyttää kilpailun vääristymiä "täydellisen kilpailun" paikkaamiseen tuo esille mm. Möschel II s. 45.

tulisi olla paras markkinarakenne käytössä olevan teknologian ja tarpeiden kannalta. Tämän arviointitavan ongelmana on se, tiedämmekö todella mikä missäkin kilpailutilanteessa on Nash'n tasapaino? Sekä erityisesti juuri Phlips'n korostama täydellinen ei-yhteistyöhön perustuva?[221]

Toimivan kilpailun käsitteen merkittävin ero verrattuna täydelliseen kilpailuun on sen dynaamisuudessa. Kilpailu on prosessi, jossa etumatka (eli uuden tuotteen kehittäminen) ja matkiminen (eli muut oppivat valmistamaan samaa tuotetta) seuraavat toisiaan. Tässä ajattelussa markkinoiden "epätäydellisyydet" eli poikkeamat täydellisen kilpailun mallin vaatimuksista ovat välttämättömiä. Täydellisen kilpailun mallissa ikäänkuin oletetaan ulkopuolisen tekijän sysäävän kehityksen liikkeelle, mutta näitä tekijöitä ei lainkaan tarkastella. Dynaamisen kilpailun ei edes tarvitse olettaa johtavan tasapainotilaan, vaan markkinat toimivat yritysten siirtojen ja vastasiirtojen varassa. Siirrot ja menettelytavat eivät ole samanlaisia, vaan voivat vaihdella mm. tuotteen homogeenisuuden mukaan. Mitä erilaisempi tuote sitä laajempi liikkumavara yrityksellä on, koska sen toimet eivät ole yhtä suoria uhkia kilpailijoille kuin samanlaisten tuotteiden osalta. Clark painottaa, ettei siirtoja tarvitse olla jatkuvasti, kunhan markkinat eivät jää staattisen puolustuksen tasolle.[222]

Clark huomauttaa, ettei tehokkaan (so. toimivan) kilpailun käsite määrittele tyhjentävästi mallin edellytyksiä. Ajatuksesta lienee johdettavissa se, ettei dynaamisen prosessin ehtoja voida poissulkevasti määritellä. Hän ei pidä hyväksyttävänä vertausta kilpailuun, jossa voi olla vain yksi voittaja. Tarkasteltaessa kilpailua jatkuvana prosessina ei vaatimus tietystä voittajasta voisikaan olla toimivuuden edellytyksenä, koska "peli" ei pääty yhteen voittoon, vaan jatkuu. Käynnissä on lisäksi useita eri "pelejä". Clark katsoo kuten Galbraith'kin, ettei yrityksen päämäärä välttämättä ole voiton maksimoiminen. Toisin kuin Galbraith hän ei pidä tätä toimivan kilpailun esteenä. Clark huomauttaa, että maksimointi vaatii hyvin suurta tarkkuutta yrityksen toiminnassa ja ajanjakson määrittämistä (eli voittoa voidaan maksimoida esim. lyhyellä, keskipitkällä tai pitkällä aikajaksolla). Todennäköisimpänä "voiton" maksimoijana Clark pitää huonosti menestyvää yritystä, joka tällä keinoin vaivoin pystyy toimimaan kannattavasti. Kilpailun toimivuutta ei siten sulje pois yritysten pyrkimys toteuttaa muita päämääriä kuin voiton tavoittelu osakkeenomistajille.[223]

---

[221] Phlips II s. 94–96.

[222] Clark katsoo kilpailun olevan tehokasta (mitä voitaneen verrata toimivaan tässä yhteydessä), jos yritykset tekevät hinnoitteluratkaisunsa itsenäisesti ja ainakin joidenkin yritysten intressissä on toimia aggressiivisesti hinnoittelussaan. Clark'n malli dynaamisuudesta painottaa juuri siirtojen ja vastasiirtojen merkitystä tekstissä ilmastuin tavon. Ks. Clark s. 18, 471–476; Schmidt II s. 10.

[223] Clark s. 18; Scherer ym. toteavat tavoitteena voivan olla esim. yrityksen toimintaedellytysten turvaaminen pitemmällä ajanjaksolla. Tekijät toteavat, että ristiriita voiton tavoittelun ja muiden päämäärien välillä on suurimmillaan staattisissa malleissa kun dynaamisissa malleissa ero ei ole näin selvä. Mikäli yrityksen johto alkaa yhä enemmän suunnata voimavaroja huonosti kannattaviin projekteihin, alkaa kasvun korostaminen pienentää voittoa. Ks. Scherer ym. s. 44–46.

Toimivaa kilpailua on yleensä lähestytty nk. SCP-ajattelun (structure – conduct – performance) kautta. Markkinoiden rakenteen tulisi tässä mallissa mahdollistaa mahdollisimman tehokas kilpailu. Rakenne riippuu mm. markkinoilla toimivien yritysten määrästä, tuotteen homogeenisuudesta tai hetorogeenisuudesta, markkinoille pääsyn esteistä ja markkinoiden vaiheesta. Rakenne ei mallissa yksiselitteisesti määrää yrityksen menettelyä tai tulosta, vaan eri osat ovat toistensa summa. Rakennearvion ja aiempien tulosten perusteella yritys päättää seuraavan vaiheen menettelystään (so. mille tasolle tuotteen hinta, laatu, mainonta tms. asetetaan).[224]

SCP-malli edellyttää sen osa-alueita vastaavien testien tekemistä, jotta todellisuutta ja mallia voitaisiin vertailla. Rakenteen ja käyttäytymisen osalta arvioidaan yksinkertaisesti kilpailunrajoitusten olemassa oloa. Jos näitä ei ole, tällöin markkinoilla vallitsee toimiva kilpailu. Mikäli rajoituksia on, on tutkittava mitä näistä seuraa, eli onko rakenteen ja toiminnan vuorovaikutuksen seurauksena kilpailupoliittisesti haitallinen rajoitus.[225]

Täydellistä kilpailua ei SCP-mallissa edellytetä, vaan jo oligopolinkin (varsinkin laajan oligopolin) katsotaan täyttävän riittävästi kilpailun edellytykset. Mallin ongelmana on ensinnäkin kehäpäätelmien riski, koska kaikki eri osat vaikuttavat toisiinsa. Nämä eri osien väliset vuorovaikutukset eivät edes ole yksiselitteisiä, vaan käytännössä jouduttaisiin arvioimaan kokonaista vaikutussuhteiden verkkoa. Eri osia ei todennäköisesti voida ainakaan kaikissa tilanteissa pitää samanarvoisina, jolloin joudutaan arvioimaan korostetaanko esim. rakennetta vai tulosta. Lisäksi malliin vaikuttavat yhteiskunnan asettamat muut vaatimukset, kuten verotus, työmarkkinat, yritysmuodot jne.[226]

Scherer huomauttaa osuvasti, että SCP-mallin mukainen ajattelu ei ratkaise ongelmaa siitä, mikä on milloinkin riittävää. Hän käyttää esimerkkinä markkinoiden rakennetekijää – tuotedifferointia. Jonkun asteisia eroja pidetään kilpailun kannalta hyvinä, jos ne eivät ole liian suuria ja tuotanto säilyy ”hintaherkkänä” (so. suurempi hinnan muutos johtaa kysynnän muutokseen eli varsinaista monopoliasemaa ei ole). Vaarana on Scherer’n mukaan arvoarvostelu, jolloin ratkaisu voisi vaihdella samanlaisissakin tapauksissa aina ratkaisijan käsityskannan mukaan. Vastaava ongelma syntyy siitä, ettei toimivan kilpailun osalta voida määrittää, kuinka monta tekijää kilpailun on täytettävä ollakseen toimivaa. Tätä ongelmaahan ei ole täydellisessä kilpailussa, koska teoria edellyttää kaikkien kriteerien

---

[224] Scherer s. 42. Tekijä on jakanut SCP-mallin edellyttämät komponentit 15 osaan; Schmidt II s. 52–56. Schmidt huomauttaa em. lähteen sivuilla 53–54 osuvasti, että käyttämällä SCP-ajattelun eri komponentteja voidaan saada lukuisa määrä mahdollisia markkinoiden rakennetta kuvaavia vaihtoehtoja. Lähtemällä neljästä perusmallista hän päätyy 81 vaihtoehtoon!

Olen käsitellyt asiaa tarkemmin edellä jaksossa 1.7.

[225] Aberle s. 31–32.

[226] Aberle huomauttaa painotusongelmista sekä mallin aukollisuudesta jo sen takia, ettei toimivaa kilpailua ole sitovasti missään määritetty. Ks. Aberle s. 33; Emmerich korostaa keskinäisten vaikutussuhteiden verkon arvioinnin ja halutun päämäärän selvittämisen hankaluutta. Ks. Emmerich II s. 12–13; Schmidt II s. 56.

toteutumista. Toimivassa kilpailussa kyse on painotusongelmastakin: tyydymmekö hyvään lopputulokseen, vaikka rakenne vaikuttaa ”epätoimivalta” tai toisinpäin?[227]

Knöpfle rinnastaa oman ”vaihtoehtojen riittävyyteen” perustuvan kilpailukäsitteensä toimivaan kilpailuun, koska molemmissa on kyse yritysten toiminnan vaikutuksesta markkinoilla. Mikäli markkinavastapuolella on vaihtoehtoja, mihin kohdistaa ostonsa / myyntinsä, ei myyjä/ostaja voi olla varma saako hän juuri ko. kaupan. Hänen on tässä tilanteessa tehtävä vähintään yhtä hyvä tarjous kuin kilpailijansa pysyäkseen markkinoilla. Knöpfle korostaa tämän tarpeen jatkuvan pitemmällä ajanjaksolla, jolloin tullaan juuri toimivaan kilpailuun rinnastettavalle alueelle. Knöpflen mallin kilpailu on ”toimivaa”, jos yritykset joutuvat dynaamisessa tarkastelussa kehittämään suoritustaan markkinoiden vaatimusten mukaisesti.[228]

Kilpailunvapautta korostavaa teoriaa voidaan pitää omana toimivasta kilpailusta erillisenä mallina, jossa siitä poiketen korostetaan kilpailuprosessin arvioinnin mahdottomuutta (ja samalla ilmeisesti vaikutusmahdollisuuksien vähäisyyttä) sekä kilpailun toimintaa eri markkinaosapuolten tarpeiden tyydyttäjänä. Mallin ”voittokulkua” voidaan korostaa toteamalla komentotalousajatteluun ja markkinoiden toiminnan säätelyyn perustuvien talousjärjestelmien osoittautuneen käytännössä huonosti toimiviksi. Kilpailunvapausajattelun kautta luovutaan tietyn päämäärän arvioimisesta, eli ei ole olemassakaan jotain kilpailun tasoa, jolle tulisi pyrkiä (so. toimivan kilpailun ajatus tiettyjen kilpailufunktioiden toteutumisen välttämättömyydestä, jotta kilpailu olisi toimivaa, on tässä mielessä vieras). Periaatteellisesta erosta huolimatta mallit ovat varsin lähellä toisiaan, koska toimivankin kilpailun lähtökohtana on yleensä ”vapaa kilpailu”.[229]

Kilpailunvapauden korostaminen ei varsinaisesti ilmaise mihin pyritään (eli liike on tärkeämpää kuin päämäärä), mutta ainakin tuotteiden hinnan ja laadun tulisi määräytyä markkinamekanismin perusteella. Tämän päämäärän soveltaminen määräävän aseman väärinkäytön arviointiin ei ole ongelmatonta, koska sen arviointi, mikä olisi vapaata tai toimivaa kilpailua, ei ole selkeiden vertailukohtien puuttuessa aina mahdollista. Edellytyksenä ei voi olla se, että kaikki kilpailun muodot olisivat jatkuvasti aktiivisia. Yrityksellä tulee ainoastaan olla valmius käyttää näitä keinoja tilanteen niin vaatiessa. Lisäksi on oletettava, että tarvetta

---

[227] Scherer s. 42–43.

[228] Knöpfle rinnastaa kilpailun eri vaihtoehdoista yritykselle aiheutuviin riskeihin, mahdollisuuksiin ja saavutettaviin tuloksiin. Kilpailunrajoitus on tällöin mikä tahansa menettelytapa, joka rajaa yrityksen käytössä olevia eri mahdollisuuksia. Ks. Knöpfle s. 222 sekä toimivan kilpailun rinnastuksen osalta em. lähde s. 241–242.

[229] Emmerich II s. 14–15. Kirjoittaja korostaa kaikkien dynaamiseen kilpailun käsitteeseen rakentuvien teorioiden tukevan pitkälti toisiaan eikä suoranaisesta vastakkain asettelusta voida puhua. Emmerich on toisaalta teoksessaan käsitellyt mahdollisimman vapaata kilpailua omana lukunaan ”Konzept der Wettbewerbsfreiheit”.

tähän syntyy. Timosta mukaillen voidaan katsoa, että toimivassa kilpailussa hallitsevan yrityksen täytyy saada valita kilpailukeinonsa hinta- ja markkinamekanismien rajoissa. Lainsäädännön ja oikeuskäytännön tehtäväksi jää tämän vapauden rajojen määrittely. Ongelmaksi muodostuu haitallisten ja hyödyllisten ”epätäydellisyyksien” (jälleen verrattuna täydellisen kilpailun malliin) selvittäminen. Nämä voivat vaihdella markkinatilanteen mukaan, eli hyväksyttävä menettely (epätäydellisyys) joillain markkinoilla ei välttämättä ole tätä toisilla markkinoilla.[230]

4.2 Uusklassinen teoria (Neuklassik)

Uusklassinen teoria korostaa kilpailunvapautta ja on varsin lähellä liberalistista vapausajattelua. Kun markkinoiden pohjana on yksilöiden vapaus päättää omasta toiminnastaan, ei näihin ratkaisuihin tule puuttua kuin niiden rajoittaessa toisten vapautta. Toisin kuin toimivassa kilpailussa ei mitään päämäärää varsinaisesti ole, vaan oikeuden rooli olisi pikemminkin erotuomarimainen, ”kiellettyjen pelitapojen” poistaja. Vapauden rajana on siten toisten vapaus ja velvollisuus sietää muiden omien vapauksiensa piirissä harjoittamaa toimintaa. Mielestäni ajattelumallissa ei loppujen lopuksi liikuta kaukanakaan toimivasta kilpailusta, koska sallitun ja kielletyn toisen vapauteen puuttumisen erottaminen edellyttää jonkinasteista käsitystä siitä, mihin pyritään ja mikä niin sanotusti estää ”kilpailun toimivuutta.” Merkittävin ero on päämäärän tuntemattomuuden ja itseluomisen korostamisessa. Hoppmann vertaa kilpailuoikeutta liikennesääntöihin. Näillä asetetaan ”tiellä” liikkujille (so. kilpailijoille) ne rajat, joita heidän on noudatettava, jotta järjestys säilyisi. Lainsäätäjä ei kuitenkaan päätä sitä kuka milloinkin mihinkin matkustaa, vaan nämä päätökset syntyvät tavallaan automaattisen prosessin seurauksena.[231]

---

[230] Clark s. 18 korostaa, ettei kilpailun tehokkuus edellytä jatkuvien uusien keinojen keksimistä; Schmidt II s. 10–11; Timonen s. 220–221. En voi täysin yhtyä Timosen esittämään käsitykseen siitä, että jälkikäteinen puuttuminen olisi helpommin tehtävissä kuin fuusiokontrolli. Markkinoiden toiminnan kannalta määräävän aseman syntymisen ehkäiseminen on helpommin perusteltavissa ainakin silloin kun jälkikäteisessä kontrollissa jouduttaisiin usein puuttumaan yrityksen hinnoitteluun. Etukäteiskontrollin ongelmahan on lähinnä se milloin yrityskauppa on ylipäätään kilpailun kannalta haitallinen ja jälkikäteiskontrollin ongelma on se, että sillä pyritään korjaamaan jo vääristyneiksi katsottujen markkinarakenteiden mahdollisesti aiheuttamia ongelmia. Käytän tässä yhteydessä sanaa mahdollinen, koska määräävän aseman ja oletetun väärinkäytön syy-yhteys voi olla hyvinkin ongelmallinen.

[231] Hoppmann III s. 69–70; Kerber s. 80–82. Tekijän mainitsemassa säätelyssä (positiivinen komponentti: perustuslaissa tms. mainitut vapaudet; negatiivinen komponentti: kielto puuttua tietyissä tilanteissa toisen vapauteen varkauksien, kilpailunrajoitusten tms. kautta) liikutaan selkeästi liberalistisessa ajattelussa, vaikka sitä ei suoraan mainita; Schmidtchen s. 113 ”Als wettbewerbsbeschränkend gilt ihm (so. kilpailuvapausteoriassa) all das Handeln von Marktteilnehmern, das die Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigt.”

Termin uusklassinen synonyyminä voidaan käyttää nimitystä ”mahdollisimman vapaa kilpailu”. Tämä termi olisi varsinkin Hoppmann’n korostamaa ajattelua lähellä. Uusklassinen ilmaisee kuitenkin paremmin teorian kannattajien lähestymistapaa kilpailuun, ja käytän teoriasta tätä nimitystä. Liberalistinen omaa vapautta ja muiden vapautta korostava ajattelu kun jättää valtiolle lähinnä saman roolin kuin Adam Smith sillä katsoi olevan, eli puitteiden luomisen.[232]

Mahdollisimman vapaa kilpailu tarkoittaa markkinaosapuolten vapautta pyrkiä parempaan suoritukseen teknisessä, organisatorisessa tai taloudellisessa mielessä. Yrityksillä pitää olla vapaus saada luoda uusia tuotteita, menetelmiä tai markkinoita. Vapauskäsitteestä johdettavien periaatteiden mukaisesti niillä on lisäksi oikeus estää toisia haittaamasta oman vapauden käyttöä. Vastaavat säännöt tosin rajoittavat omaa toimintaa. Vastapuolen kannalta kyse on valinnan vapaudesta eri suoritusten välillä. Tämä valintaprosessi pakottaa ”konservatiiviset” yrityksetkin mukautumaan kilpailuun tehostamalla omaa toimintaansa.[233]

Teorian objektiivisena elementtinä on markkinoiden rakenne. Kriteereinä ovat tällöin kilpailijoiden lukumäärä, markkinoiden alueellinen ja tuotepohjainen rakenne, markkinoille pääsyn esteet, keskittymisaste jne. Subjektiivisen elementin muodostaa yritysten tosiasiallinen toiminta markkinoilla. Markkinoita ei rajata tarkemmin, koska jokainen valmistaja kilpailee jokaisesta kuluttajasta. Kilpailuprosessi ei ole tässä mielessä sidottu tiettyyn tuotteeseen eikä markkinarakenteeseen, kuten täydellinen kilpailu. Teoria painottaa lähinnä subjektiivista elementtiä, koska mitään kilpailua ei synny, jos yritykset eivät ryhdy kilpailemaan keskenään. Kilpailijoiden lukumäärä ei ratkaise sitä kilpailevatko he vai eivät. Tärkeimmäksi eroksi toimivan kilpailun malliin Woll pitää sitä, että neoklassinen teoria ei lähde vertaamaan kilpailutilannetta mihinkään hypoteettiseen tapahtumaan, vaan pyrkii selvittämään miten markkinat todellisuudessa toimivat.[234]

---

[232] Hoppmann III s. 75–77. Hoppmann ei selvästi pidä itseään neoklassikkona, koska hän varaa tämän termin niille, jotka pyrkivät luomaan monimutkaisista taloudellisista tosiasioista yksinkertaistettuja taloudellisia malleja. Tietyssä mielessä hän kritisoi samalla SCP-ajattelua. Ks. em. lähde s. 77–79; Kerber s. 78, 79. Tekijä ei käytä termiä neoklassinen, vaan kilpailunvapaus. Hoppmann’n lisäksi viitataan lähinnä Hayek’n teorioihin; Schmidt II s. 14. Tekijä yhdistää teorian vain Hoppmann’n ajatteluun eikä sinänsä perustele miksi hän käyttää nimitystä ”neuklassik”.

[233] Schmidtchen s. 115. Schmidtchen jakaa vapauden kolmeen osa-alueeseen eli yleiseen vapauskäsitteeseen; oikeudelliseen vapauskäsitteeseen; ja suojeltuun alueeseen (protective perimeter). Tällä tarkoitetaan tekstissä ilmaistua vapauden rajaa eli oikeutta kieltää toisia estämästä oman vapauden käyttöä ja vastaavaa omaan toimintaan kohdistuvaa rajoitusta. Ks. em. lähde s. 114–118.

[234] Hoppmann II s. 9 ”Alle Waren und Dienstleistungen stehe im Wettbewerb mit allen übrigen Waren und Dientsleistungen. Wettbewerb ist also nicht in einzelne Teillwettbewerbe aufgespalten.”; Schmidtchen s. 124–125. Tekijä korostaa erityisesti sitä, ettei ilman jonkinasteista markkinavoimaa edes ole kilpailua. Ks. em. lähde s. 124 ”Der Grund ist schlicht: Ohne Maktmacht wären wettbewerbliche Marktprozesse gar nicht möglich.”; Woll s. 283–284. Kirjoittaja käyttää neoklassista teoriaa kilpailupolitiikan nimenomaisena perustana, jossa kilpailupolitiikan tarkoitus on varmistaa, että markkinoilla todella kilpaillaan.

Kilpailu käsitetään tässä teoriassa nimenomaan prosessiksi eikä tietyksi tilaksi. Prosessin tulisi johtaa taloudellisten tekijöiden spontaaniin vuorovaikutukseen ja kehitykseen. Tällöin talouskin toimii mahdollisimman tehokkaasti. Ilmaisu viittaa edellä mainituin tavoin siihen, ettei markkinoiden rakenteella ole varsinaista merkitystä, jos itse prosessi on niin vapaata kuin mahdollista. Schmidtchen huomauttaa kilpailun olevan vapauksien käyttämisestä syntyvä prosessi, joka johtaa sosiaaliseen vuorovaikutukseen yhteiskunnan jäsenten välillä. Kehityskulkua ei voida säädellä, vaan ”peliin” osallistujien oppimisen kautta kilpailu kehittyy edelleen. Voimme vain luoda mallilauseita kehityskulun lainalaisuuksien perusteella. Mitä selvempiä ”lainalaisuuksia” taloudellisesta toiminnasta voidaan havaita sitä tarkempaa kilpailupolitiikkaa voitaneen teorian perusteella harjoittaa. Lauseiden avulla voidaan lähinnä ilmaista mitä kilpailijat eivät saa tehdä ja mitä he voivat tehdä. Itse kilpailu on yritysten valintaa kiellettäväksi katsottujen menettelytapojen rajan sisäpuolella. Eräs teorian hankaluus käytännön kannalta on mielestäni juuri tässä: se ei anna selviä kriteerejä kielletyn / sallitun rajanvedon tekimiseksi tai määrittele erillistä reagointikynnystä. Schmidtchen on tehnyt tätä rajanvetoa toteamalla, että kaikki mikä haittaa taloudellista tehokkuutta tulisi kieltää ja loput sallia. Hän myöntää, että yksittäistapauksissa ratkaisut voivat olla hankalia. Kehityskulku on teorian valossa aina varsin arvaamatonta, eikä mallilauseita voi pitää normilauseisiin rinnastettavina määräyksinä tai kehotuksina, vaan tietyn totuusasteen omaavina väitteinä talouden syy-seuraussuhteista. Mahdollisimman laajaan kilpailunvapauteen pyrkiminen voisi johtaa mitättömienkin kilpailunrajoitusten tutkimiseen, mikä ei voi olla taloudellisesti järkevää.[235]

Lenel pitää Schmidtchen’n kilpailukäsitettä harhaanjohtavana. Määritettäessä kilpailunvapauden rajat lähinnä lain sallimien menetelmien kautta joudutaan kilpailuna pitämään esim. kartelleja, jos ne ovat lain hyväksymiä. Lenel huomauttaa tämän johtavan siihen, että kartellit olivat vuoteen 1945 osa ”kilpailupeliä”. Kärjistäen kartellit olivat kilpailun ilmentymiä ko. ajanjaksoon asti ja vasta tämän jälkeen kilpailunrajoituksia. Esitetty kritiikki on mielestäni osin oikeutettua, koska normeilla on oltava perustansa talouden realiteeteissä eikä päinvastoin. Käsittäisin kuitenkin Schmidtchen’nkin olevan pikemminkin edellisellä kuin jälkimmäisellä kannalla. Tähän viittaa pyrkimys lainalaisuuksien etsimiseen ja näistä johdettavien mallilauseiden käyttö.[236]

Hoppmann’n esittämä markkinakäsite jää tietyssä määrin epäselväksi, koska hän toisaalta puhuu tiettyihin teollisuuden aloihin ja markkinoihin kohdistuvasta kilpailusta. Teoria kuitenkin hylkää toimivan kilpailun käsitteen juuri ”osamarkkinoiden” mahdottomuudella. Termillä tarkoitetaan itse asiassa kysymystä relevanttien markkinoiden määrittelystä, jonka mahdollisuuden teoria siten periaatteessa

---

[235] Schmidtchen s. 112–113, kilpailuvapauskäsitteen osalta s. 118–119 sekä kielletyn / sallitun rajanvedosta s. 120–121.
[236] Lenel s. 138.

kiistää. Toisena perusteena on se, ettei kilpailun ”toimintoja” voida etukäteen määritellä, vaan kilpailua on aina tarkasteltava markkinakohtaisesti. Hoppmann pitää erilaisia kilpailun etuliitteitä vain harhaanjohtavina.[237]

Pelkkä yrityksen koko ja tätä kautta johdettu käsite markkinavoima ovat neoklassiselta kannalta harhaanjohtavia. Kilpailun syntyessä, yritysten saamasta etumatkasta ja toisten pyrkimyksistä saavuttaa tätä etumatkaa johtuen, markkinoilla on aina toisia voimakkaampia yrityksiä. Hoppmann korostaa, ettei yritysten kasvusta tai keskittymisasteesta vielä voida vetää mitään kilpailunrajoituksia koskevia johtopäätöksiä.[238]

Uusklassisen teorian juuret ovat klassisessa (so. Adam Smith’n teoriasta kehitetyssä) oppisuunnassa. Tätä kautta korostetaan erityisesti markkinoiden vapautta suhteessa kolmansiin ja markkinaosapuoliin nähden. Keskeisellä sijalla on Smith’n ajatus ”näkymättömästä kädestä”. Teoria nojaa pitkälti yhteiskunnalliseen liberalismiin, jonka vastapuolena vapaa talousjärjestelmä toimii. Hoppmann pitää markkinataloutta itseasiassa oikeusvaltion kääntöpuolena. Yhdessä ne muodostavat vapaan yhteiskunnan. Markkinoiden oletetaan toimivan ”kilpailun hengen” varassa, joka syntyy kilpailun edullisuudesta kaikille osapuolille. Mitään tiettyä yritysmäärää tms. ei aseteta päämääräksi, vaan ainoastaan esimerkkilauseiden laatiminen on mahdollista.[239]

Uusklassinen teoria ei oleta kaikkien markkinoiden voivan toimia täysin vapaasti, vaan niihin voivat vaikuttaa joko keinotekoiset (so. yritysten tai valtion luomat) tai luonnolliset (tuotantoon, kuten economics of scale liittyvät) esteet. Edelliset perustuvat yritysten tai valtion toisiin nähden harjoittamaan pakkoon ja ne tulee poistaa selkein kieltonormein. Jälkimmäisten osalta suhtautuminen on lähinnä positiivistä, koska ne ilmaisevat yritysten keskinäistä kilpailua. Niihin voidaan tarvittaessa puuttua erilaisin rajoitusnormein. Määräävän aseman osalta lähtökohtana on ”monopolisoimisen” estäminen, jolla tarkoitetaan kaikkien kil-

---

[237] Hoppmann II s. 19–20, 21 ”Die Auffassung, daß man an den konkreten Marktergebnissen die Wirksamkeit, Wesentlichkeit oder Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf einem Teilmarkt erkennen könne, ist also nicht nur unvollziehbar, sondern sie ist auch falsch.”; Schmidtchen yhtyy laajemmin perustelematta Hoppmann’n kantaan markkinoiden ”jakamattomuudesta.” Hän korostaa kilpailunvapaus-käsitteen väärinymmärrysriskin olevan huomattava, koska sekä ”vapaus” että ”kilpailu” käsitetään lukuisin eri tavoin. Ks. Schmidtchen s. 113, 114–115.

Vrt. Lenel s. 137–138. Tekijä hyväksyy sinänsä ajatuksen eri markkinoiden vaikutuksista toisiinsa, mutta toteaa vaikutussuhteiden voimakkuuden vaihtelevan. Hän pitää Hoppmann’n teoriaa lähinnä toiveajatteluna, jolla pyritään lakaisemaan markkinoiden määrittelyongelma ”maton alle”.

[238] Hoppmann II s. 12 ”Eine Unternehmung ist nicht notwendigerweise wettbewerbsbeschränkend, weil sie groß ist, *sondern sie ist möglicherweise groß, weil sie wettbewerblich ist*.”

[239] Hoppmann II s. 8 ”Beide Aufgaben, Informationsvermittlung und Lieferung von Anreizen und Sanktionen, löst das Marktsystem spontan,…”; Hoppmann III s. 70–71. Ks. erityisesti s. 71 ”Es handelt sich nicht lediglich um Interdependenz … autonomer Bereiche (so. markkinatalous ja oikeusvaltio), …, *sondern es handelt sich genauer um zwei Aspekte desselben Gegenstandes, nämlich Rechtsstaat und marktwirtschaftliche Ordnung sind zwei Aspekte dessen, was man eine freiheitliche Gesellschaft nennt*.”

pailunvapautta rajoittavien toimien kieltämistä. Näitä ei kuitenkaan voida määritellä, koska ne vaihtelevat tapauskohtaisesti. Mitään tiettyä toimea, markkinarakennetta jne. ei siten voida pitää sinänsä kiellettynä.[240]

Schmidt kritisoi koulukuntaa jo siltäkin pohjalta, ettei ”kilpailun hengen” olemassaoloa tai määrää ole voitu mitata. Teoria ei ota kantaa siihen mitä tulisi tehdä, jos markkinoilla toimii ”epäkilpailuhenkisiä” yrityksiä. Kilpailupoliittisesti ei myöskään ole kyetty luomaan riittävän yleispäteviä kieltonormeja, jotta teoriaa voitaisiin käytännössä riittävän täsmällisten kriteerien puuttuessa soveltaa. Etuna pitäisin kilpailuprosessin korostamista sekä huomion kiinnittämistä markkinoiden automatiikkaan. Tältäkin osin teoria on tavallaan osa toimivan kilpailun käsitettä. Mahdollisimman toimiva kilpailuhan on lähinnä mahdollisimman vapaata kilpailua. Ero on ainoastaan siinä, että toimivan kilpailun kautta pyritään rakentamaan kielletty / sallittu standardia, mitä kilpailunvapautta korostava teoria ei ole riittävässä määrin tehnyt. Teoria on tavallaan lähellä Chigagon koulukuntaa, koska molempien voidaan katsoa korostavan juuri kilpailuprosessia ja sen automatiikkaa.[241]

4.3 Kantzenbach'n malli laajasta oligopolista toimivan kilpailun esikuvana

Kilpailun toimivuutta voidaan lähestyä kilpailun intensiivisyyden kautta. Tässä Kantzenbach'n ehdottamassa mallissa kilpailu ei ole intensiivisimmillään täydellisessä kilpailussa, koska tällöin ei ole mitään syytä kilpailla. Se vähäinen liikkumavara, joka yrityksillä on, ei vaikuta toisten toimintaan. Mahdollisia keksintöjä ei kannata matkia, koska uuden tuotanto- tms. prosessin tai tuotteen vaikutus jää yritysten pieni koko huomioiden vähäiseksi. Vastaava tilanne on monopolissa kilpailijoiden puuttuessa kokonaan. Kilpailun syntyminen edellyttää sitä, että ostajat voivat siirtyä toisen yrityksen asiakkaiksi. Tätä mahdollisuutta ei ole monopolissa. Toisaalta polypoliyrityksillä ei ole riittävää kapasiteettiä (tuotanto määräytyy hinnan mukaan ja siten kaikki myydään). Kiivaimmillaan kilpailu on periaatteessa tiukassa oligopolissa, mutta tällöin on riskinä keskinäinen yhteistyö. Tästä näkökulmasta toimivimpana kilpailuna Kantzenbach pitää väljää oligopolia, koska näillä yrityksillä on riittävä kapasiteetti ja asiakkaiden siirtyminen muodostaa riittävän olemassaolon uhan. Uhka saa yritykset dynaamisesti kehittämään tuotteitaan ja tuotantoaan. Tämän kanssa ristiriidassa voi tosin olla tuotannon

---

[240] Esimerkiksi tuotteiden eriyttämistä (Produktdifferenzierung), osapuolten subjektiivisiä preferenssejä tai epätäydellistä tietoa uusista asioista ei voida pitää kilpailunrajoituksina tai markkinoiden epätäydellisyytenä. Kilpailunrajoitus on ainoastaan kilpailun estäminen. Ks. Hoppmann II s. 14, 14–15 (luonnollisten esteiden osalta), 26–27 (monopolisoimisen osalta).

[241] Schmidt II s. 17–19.

edellyttämä yrityskoko, jos kilpailun kannalta optimaalinen yrityskoko on selvästi pienempi kuin kustannusoptimaalinen. Tällöin kilpailun toimivuuden edellyttämää yritysmäärää ei saavuteta, koska se ei ole kannattavaa. Kilpailupolitiikan pääpainoalueen Kantzenbach näkee juuri näissä tilanteissa.[242]

Schmidt kritisoi Kantzenbach'n esittämää mallia sekä dynaamisuuden että muiden markkinoilla vaikuttavien tekijöiden (kuten transparenssin, tuotteiden homogeenisuusasteen, markkinoiden vaiheen ja markkinoille pääsyn esteiden) unohtamisen osalta. Kritiikkiin voidaan vastata, ettei Kantzenbach itsekään katsonut laajan oligopolin käsitteen olevan täysin yksiselitteisen, vaan se kattaa laajan alueen markkinoista vain ääripäiden ollessa lähtökohtaisesti "huonoja" malleja.[243]

Schmidt ei pidä Kantzenbach'n mallia kovin dynaamisenakaan, koska hänen teoriansa arvioi kilpailuprosessia vain tietyn markkinarakenteen funktiona. Kantzenbach'n oma ajattelu lähtee selkeästi siitä, että juuri markkinoiden dynaamisen kehityksen turvaamiseksi hänen laaja oligopolimallinsa on toimivin. Mielenkiintoisella tavalla Kantzenbach'n mallia tukee Clark'n tehokkaiden markkinoiden edellytykseksi nostama riittävä määrä suuria ja tehokkaita yrityksiä. Vain tällaisilla yrityksillä on mahdollisuus laajentaa tuotantoaan ja siten edellytykset kilpailuun. Clark'n osalta markkinoiden rajaus voi tosin olla Kantzenbach'ia laajempi, jolloin jo tämä seikka johtaa vaatimukseen suuremmasta yrityskoosta.[244]

Lenel pitää laajan oligopolin teoriaa liian pelkistettynä. Kantzenbach olettaa hänen mukaansa vain yhden yrityksen voivan olla polypolissa aktiivisen. Yksinäisenä yritys ei pysty vaikuttamaan markkinoihin. Lenel toteaa osuvasti, ettei aktiivisten yritysten määrä riipu yksinomaan niiden kokonaismäärästä markkinoilla. Laajassa oligopolissa voi, kuten muissa markkinamuodoissa vallita hiljaiselo. Esitetty kritiikki ei ole täysin perusteltua, koska Kantzenbach'n teorian lähtökohtana on mielestäni se oikea havainto, että oman toimintansa vaikutukset paremmin arvioimaan pystyvä yrittäjä on todennäköisemmin valmiimpi aktiiviseen kilpailuun kuin sellainen, joka tietää aktiivisuutensa johtavan vain vähäisiin tai olemattomiin parannuksiin tuloissaan. Lenel on oikeassa painottaessaan, ettei

---

[242] Kantzenbach s. 39–49 (luku 7 potentiaalinen kilpailun intensiteetti) ja erilaisten ongelmatekijöiden osalta em. lähde s. 53 sekä 83–86 (yritysten kasvun ja kilpailuintensiteetin ongelmista). Kantzenbach'n teorian perusteluja ei tässä yhteydessä pyritä laajemmin esittämään, koska se ei ole tutkimusaiheen kannalta välttämätöntä.

[243] Schmidt II s. 13–14; Vrt. Kantzenbach s. 49 "Im Gegensatz zum statischen Modell der vollständigen Konkurrenz erfordert die optimale Wettbewerbsintensität in dynamischer Betrachtung keine theoretischen Grenzfälle der Marktform. Sie wird vielmehr in der Regel *im Bereich* weiter Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung zu finden sein." (kursivointi kirjoittajan)

[244] Clark s. 146–147. Clark näkee pienen koon aiheuttavan suoria kustannustason ongelmia (esim. markkinointi on mahdollista vain tukkukauppojen kautta). Vastaavan kannan hän omaksuu kapasiteettikysymysten osalta painottaen keskikokoisten yritysten merkitystä sekä tuotedifferointikilpailun osalta. Ks. em. lähde s. 168–169, 249; Kantzenbach s. 136–137, jossa Kantzenbach tulee juuri dynaamisten kilpailufunktioiden perusteella tekstistä ilmenevään johtopäätökseen; Vrt. Schmidt II s. 13.

rajanvetoa voida tehdä tarkkaan, mutta tämä ei käsittääkseni ole ollut Kantzenbach'n tarkoitus.[245]

Kilpailupoliittisesti Kantzenbach olisi jopa valmis suosimaan(!) kartelleja, jos tätä kautta vähennetään tiukan oligopolin hintasodan riskiä. Tällöin esim. pelkkä hintakartelli olisi hyvä vaihtoehto, jos vain teknistä kehitystä tms. haittaavat tuotantoa, aluejakoa jne. koskevat sopimukset saadaan eliminoitua. Ensisijaisesti tulisi toki pyrkiä markkinarakenteen muuttamiseen. Väärinkäyttönä voisi teorian valossa pitää lähinnä laajan oligopolin syntymistä estäviä toimia eli markkinoille pääsyn haittaamista.[246]

4.4 Koeteltavat markkinat (contestable markets) -teoria

Markkinoille pääsyn esteitä voidaan kuvata nk. contestable markets -mallin avulla. Perfectly contestable market -tapauksessa esteitä ei ole, jolloin mikään yritys ei voi saada monopolivoittoja ja toiminta on mahdollisimman tehokasta. Todellisuudessa näitä markkinoita ei ole, mutta mallin etuna on se, että sitä voidaan Baumol'n mukaan käyttää hyväksi kaikkien markkinamuotojen toimintaa arvioitaessa, oli kyseessä sitten monopoli tai oligopoli. Teoria toimisi eräänlaisena kilpailun tehokkuuden mittapuuna, jolloin viranomaisten pitäisi puuttua toimintaan, joka poikkeaa em. mallista. Ylihintoja perivä tai tehoton yritys olisi koko ajan alttiina äkillisille kilpailijoiden tekemille ”iskuille”, koska nämä voisivat periaatteessa ryhtyä tuottamaan jotain tuotetta vain päivän ajan ja viedä tämän osan markkinoista.[247]

Täydellisesti koeteltaville markkinoille tulo ja niiltä poistuminen on kustannuksetonta. Yritys saa siten sijoituksensa takaisin luopuessaan ko. toiminnasta. Ostajilla ei myöskään ole sellaisia preferenssejä, jotka haittaisivat yhtä tehokkaiden potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa. Tällöin ei markkinoilla jo toimi-

---

[245] Lenel s. 144.

[246] Kantzenbach s. 144 ”Unter Umständen, … , mögen die genannten lockeren Organisationsformen (ts. laaja oligopoli) nicht zu verwirklichen sein oder nicht ausreichen, um oligopolistische Machtkämpfe zu vermeiden. In diesen wegingen Einzelfällen erscheint es zweckmäßig, durch die Genehmigung von Kartellen, …, beschräkte Funktionsfähigkeit zu erhalten.”

[247] Baumol s. 2 ”It is, generally, characterized by optimal behaviour and yet applies to the full range of industry structures including even monopoly and oligopoly.”; Baumol ym. I s. 607 ”A profitable market that is contestable is therefore attractive to potential entrants. Because of the absence of barriers to entry or exit, firms undertake little risk by going into such a market. If their entry turns out to have been a mistake, they can move to another market without loss.”; Davies ym. s. 30–31. Kirjoittaja käyttää termiä ”hit and run” kuvaamaan yritysten mahdollisuutta toimia markkinoilla hyvin lyhyen ajan ilman mitään negatiivisiä seurauksia.

Vrt. Begg ym. s. 167. Kirjoittajat korostavat sitä, että monopolina voidaan pitää vain yritystä, jonka ei tarvitse lainkaan pelätä muiden yritysten tuloa markkinoille. Kirjoittajien käsitys tästä markkinamuodosta on siten selvästi suppeampi kuin Baumol'n, joka ilmeisesti käyttää ko. termiä kaikista tietyillä markkinoilla yksinään toimivista yrityksistä.

va yritys voi estää markkinoille tuloa. Tämä pakottaa sen toimimaan jatkuvasti mahdollisimman tehokkaasti ja esim. investoimaan kilpailukykyä parantaviin / tehokkuutta lisääviin prosesseihin. Tälläiset markkinat ovat tietyssä mielessä ”pysyviä” (sustainable), koska tehokkuus ja hintavaatimukset johtavat siihen, ettei markkinoille tulo kannata. Tilanne vakiintuu siten, että muutos vaatii jonkun ulkopuolisen tekijän muuttumista (esim. raaka-aineiden hintataso tai tuotantotekniikka). Shepherd korostaa edellytyksenä olevan lisäksi sen, että yritys voisi aloittaa yhtä suuren tuotannon kuin markkinoilla jo olevakin samanlaisten skaalatuottoetujen saavuttamiseksi. Tätä olettamusta hän pitää epärealistisena. Jacquemin kritisoi mallia mm. tuotedifferoinnin unohtamisesta.[248]

Contestable markets -mallin eräänä etuna Baumol pitää sitä, ettei tässä mallissa sitouduta yritysten määrään. Klassisessa mallissahan monopoli edustaa kaikkein rajoittuneinta tilannetta, josta sitten yritysten määrän lisääntyessä edetään kohti täydellistä kilpailua. Markkinoille pääsyn esteiden puuttuessa markkinat itse valitsevat tehokkaimman yritysmäärän oli sitten kyse yhden tai useamman tuotteen valmistamisesta. Baumol’n lähestymistapa on pikemminkin tehokkuushakuinen, ja hän korostaa kahdenkin yrityksen voivan toimia tehokkaasti (so. ne pakottavat toinen toisensa kilpailemaan). Tehokkuuden luojana hänen mallissaan on markkinoille pääsyn esteiden vähäisyys, jolloin monopolikin voi joutua toimimaan ikään kuin se olisi kilpailluilla markkinoilla, jos esteiden puuttuessa siihen kohdistuu potentiaalista kilpailua. Tehokkuusnäkökulmaa korostaa se, etteivät Baumol ym. pidä mahdollisena siirtää varoja monopolisoiduilta kilpailluille markkinoille. Monopoliyrityshän ei lähde toisille markkinoille, jos se ei odota saavansa voittoa toiminnastaan. Sen on siis oltava vähintään yhtä tehokas kuin pienemmät kilpailijansa. Varojen siirtäminen monopolimarkkinoilta ei onnistu, koska yrityksen olisi perittävä ylihintaa näiltä markkinoilta, mikä johtaisi potentiaalisen kilpailun aktualisoitumiseen ja monopoliaseman menetykseen. Monopolin tuloa ei sinänsä tule estää pelkästään sen perimien alhaisempien hintojen takia, koska alhaisempi hintataso voi olla osoitus toimialojen yhdistämiseen liittyvästä skaalaedusta (economics of scope).[249]

---

[248] Baumol ym. II s. 349–350, 351; Jacquemin s. 26–29; vrt. Shepherd s. 576–577.

[249] Baumol s. 2, 6–8. Baumol korostaa esitetyn mallin olevan yritysten lukumäärän osalta lähellä todenmukaista, koska hänen mielestään todellisillakin markkinoilla yritysten määrä on lähellä sitä mikä mallin mukaan pitäisi vallita. Väite on ongelmallinen, koska markkinoidenhan voidaan väittää olevan mallin mukaisia tekemällä todellisia markkinoita vastaava malli! Baumol ei muutoinkaan selitä miten esimerkkeinä käytetyt markkinat (maatalous, autojen valmistus) vastaavat hänen malliaan ja onko niiden kehitys johdettavissa mallista; Baumol ym. II s. 353–356.

Vrt. Begg ym. s. 167, jossa kirjoittajat toteavat mallin havainnollistavan sitä, ettei markkinoiden rakennetta ja niillä toimivien yritysten reaktioita voida selvittää vain laskemalla yrityksiä. He kritisoivat mallia myös sikäli, ettei se tarpeeksi hyvin huomioi markkinoilla olevien yritysten mahdollisuutta reagoida potentiaalisiin tulijoihin. Jälkimmäistä kritiikkiä en pitäisi täysin oikeutettuna, koska mallin eräs ideahan on se, että uhka markkinoille tulosta saa yritykset reagoimaan ja käyttäytymään kilpailua muistuttavalla tavalla. Ongelma on pikemminkin siinä muistuttaako yritysten toiminta todellisuudessa paljoakaan kilpailtuja markkinoita, ellei paine ulkopuolelta ole merkittävä.

Edes markkinoille pääsyn esteiden olemassaolo tai niille tulon epäonnistuminen ei estä koeteltavien markkinoiden positiivista vaikutusta markkinoiden toimintaan. Tuotteet on aina hinnoiteltava alle monopolihintojen, jotta markkinoille ei tulisi uusia yrityksiä. Baumol'n ajatukset korostavat tältä osin potentiaalisen kilpailun, mutta samalla matalien markkinoille pääsyn esteiden merkitystä. Koeteltavuudellahan ei voi olla mitään merkitystä, jos este sallii monopolivoittojen keräämisen.[250]

Teorian kolmas etu on se, ettei markkinoilla jo olevien yritysten toiminta vaikuta mitenkään lopputulokseen. Ne voivat pyrkiä yhteistyöhön, toimia muutoin samanlaisesti tai sattumanvaraisestikin. Potentiaalisen kilpailun jatkuva paine johtaa ne joka tapauksessa tuottamaan optimaalin määrän tuotetta markkinahinnoin. Jos ne eivät toimisi näin, voisi markkinoille tuleva yritys vallata niiden asemat ja lopputulos olisi em. optimitilanne.[251]

Kilpailupoliittisena tavoitteena koeteltavat markkinat teoria pitää markkinoille pääsyn ja poistumisen esteiden purkamista, olivat nämä sitten julkisen vallan (lainsäädäntö jne.) tai yksityisten luomia. Mitä vähemmän esteitä on sitä vähemmän mitään toimenpiteitä tarvitaan. Baumol ym. sitovat tämän uponneisiin kustannuksiin. Jos em. kustannuksia on, tulisi markkinoilla jo olevien yritysten "kostoluonteiset" toimet pyrkiä estämään. Tekijät myöntävät, että lääke voi tässä tapauksessa olla pahempi kuin sairaus. Oikeuspoliittisesti olisi mielestäni erittäin hankalaa lähteä määrittämään tilanteita, joissa hintatason muutos ei ole pelkästään luonnollinen reaktio tarjonnan lisäykseen (uuden kilpailijan tultua markkinoille). Teoriahan vaatii varsin hienojakoista määrittelyä, jotta potentiaalinen kilpailu voisi todella vaikuttaa oletetulla tavalla. Karkeisiin alihinnoittelutapauksiin (tai muihin kostotoimiin) puuttuminen ei vielä riitä, koska tällöin yritys voi "kostaa" kilpailijoilleen tietyn "puuttumiskynnyksen" yläpuolisten hintojen avulla. Muiden yritysten tietoisuus alalla jo toimivan mahdollisuudesta reagoida markkinoille tuloon viranomaisten puuttumatta asiaan tekee investoinnin kannattamattomaksi, ja alalla oleva voi kerätä ainakin jonkinasteisia monopolivoittoja.[252]

Markkinoilta poistumisen "ilmaisuutta" on syytä epäillä, koska lähes kaikki tuotanto vaatii panostusta jonkinlaiseen erityisosaamiseen, koneisiin, mainontaan tms. Jos kyse ei ole maantieteellisestä "hit and run" operaatiosta, jossa vain väliaikaisesti käväistään "naapurin" alueella, ei yritys itse enää pysty hyödyntämään tehtyä panostusta ja siten sille aiheutuu uponneita kustannuksia, eikä markkinoilta poistuminen ole maksutonta.[253]

---

[250] Baumol ym. II s. 221–224. Ks. erityisesti s. 222 "Our analysis, …, should lend itself to interpretation as a powerful argument for freedom of entry. … that freedom of entry, indeed the mere threat of incursions by entrants into the market, may effectively discipline the monopolist, *even if entry is never succesful*." (kursivointi alkup. tekstissä)

[251] Baumol ym. II s. 28.

[252] Baumol ym. II s. 360–361.

[253] Ko. seikkaa painottaa Shepherd s. 577.

Koeteltavat markkinat teorian ongelmana voidaan pitää jonkin asteista staattisuutta. Tällä tarkoitetaan lähinnä tiettyyn markkinarakenteeseen sitoutuvaa näkökulmaa. Erityisen ongelmallisena pidetään olettamaa, jonka mukaan kysynnän joustavuuden täytyy olla ääretöntä (eli kysyntä joustaa heti uuden tarjonnan tullessa markkinoille), kun etabloituneiden yritysten tarjonta muuttuu vasta ajan kuluessa. Olettama on ”hit and run” vaikutusten takia välttämätön, koska muussa tapauksessa jo toimivalla yrityksellä on sellaisia etuja ja mahdollisuuksia, joita lyhytaikaista hyötyä tavoitteleva tulija ei pysty saavuttamaan. Tällöin ”hit and run” ei ole järkevä vaihtoehto, ja tätä kautta ei synny kilpailupainetta, kuten teoria olettaa. Varsinkin dynaamisuutta koskevaa kritiikkiä on vaikea arvioida, koska periaatteessa malli ei ole sidottu täydellisen kilpailun kaltaiseen tasapainotilaan, vaan esim. teknistä kehitystä voidaan tarkastella tätä kautta. Ajateltavissa on tilanne, jossa markkinoille pyrkijällä on siellä olijaa parempi teknologia. Jos mitään esteitä ei ole, tulisi tulijan periaatteessa vallata koko markkina itselleen.[254]

Lisäksi on kyseenalaista seuraisiko markkinoille tuloa yhtään aikaisempaa kilpailtumpi tilanne. ”Hit and run” -ajattelu ei ole kovin looginen, sillä markkinoilla jo ollutta yritystä tehokkaamman kannattaa luonnollisesti jatkaa näillä markkinoilla. Kuta vahvempi markkinoilla jo toimiva yritys on, sitä todennäköisemmin niille tulijan pitäisi päästä samanlaiseen asemaan. Luonnollisen monopolin voi contestable markets -mallissakin korvata vain samanlainen, eikä lopputulos ole välttämättä kilpailun kannalta juuri aiempaa parempi. Toisaalta on muistettava, että teoria lähtee juuri markkinoille tulon uhan vaikutuksesta yritysten toimintaan, jolloin tilanteen pitäisi olla niin kilpailtu kuin markkinarakenne antaa myöten. Edellä mainittu kritiikki kohdistuukin lähinnä siihen, onko uhka kaikissa tapauksissa niin realistinen, että hallitseva yritys todella toimisi mallin mukaisesti.[255]

Shepherd kritisoi ”contestable markets” teoriaa jo sen nimen harhaanjohtavuudesta. Sana ”contest” tarkoittaa jonkinasteista kilpailua ja vie näkökulman hänen mukaansa lähinnä markkinoille tulon jälkeisiin tilanteisiin, joissa sitten vallitsisi

---

[254] Mikään ei estä markkinoilla jo toimivaa yritystä oppimasta yhdestä ”hyökkäyksestä”, jolloin se voi huonontaa markkinoille pyrkijän odotuksia saatavista voitoista ja markkinoille tulo jää kenties tekemättä. Ks. tältä osin Fehl ym. s. 7. Tekijät huomauttavat, että markkinoille pyrkijän on voitettava informaatiota koskeva ongelma, joka syntyy siitä, etteivät ostajat voi varmasti tietää minkälaatuinen ko. yrityksen suorite on. Ks. ed. lähde s. 8; Oberender I s. 40. Tekijä näkee mallin staattisuuden siinä, että se on edelleen sidottu tasapainotilojen etsintään; Schmidt II s. 67.

Vrt. Baumol ym. II luku XIV, jossa tekijät tarkastelevat aikatekijän vaikutusta teoriaansa. He myöntävät suoraan, että tilanne voi muuttua dramaattisestikin. Ks. s. 405–406 ”In this chapter we find that all this changes drastically in an intertemporal setting. Unsustainability can come closer to being the rule rather than the exception. … In the intertemporal case, …, we will find that the domain of the invisible hand can be far more limited than intuition may have led us to suspect. Often there may well be no sustainable solutions and the market mechanism may well produce an intertemporal allocation of resources that is patently ineffiecient.”

[255] Shepherd kritisoi teoriaa myös siitä, ettei se varsinaisesti tuo mitään uutta taloustieteeseen. Ks. Shepherd s. 578.

jokin ”contest” markkinoilla jo toimivan ja sinne tulleen välillä. Shepherd toteaa teorian kuitenkin painottuvan nimenomaan markkinoille pääsyn esteisiin ja oletettamuksena olevan sen, ettei ”hit and run” -tapauksissa mitään kilpailua markkinoille tulon jälkeen edes synny.[256]

4.5 Chicagon koulukunta

Chicagon koulukuntaa voidaan pitää eräänlaisena vastalauseena toimivan kilpailun mallia suosivalle Harvardin koulukunnalle. Tämä koulukunta luopuisi pitkälti kilpailuoikeudellisesta sääntelystä, koska pitkällä aikavälillä markkinat luovat parhaan lopputuloksen. Kaikenlainen asiaan puuttuminen valtion taholta vain huonontaa tilannetta. Kilpailulainsäädännön päämääräksi hyväksytään vain kuluttajien etujen parantaminen, johon pyritään talouselämän tehokkuutta lisäämällä. Hyväksyttävinä on siten pidettävä kaikkia yrityskauppoja tms., joiden tuloksena on taloudellisesti tehokkaamman yksikön syntyminen.[257]

Puuttuminen taloudellisesti tehokkaaseen toimintaan on mallissa selkeästi kielletty. Tällaista tilannetta voisi pitää jopa kilpailuoikeuden väärinkäyttönä. Sääntö pätee kaikkiin tilanteisiin, eli koulukunta sallisi tehokkuuspuolustuksen niin yrityskauppojen kuin muiden kilpailunrajoitusten osalta.[258]

Koulukunta vastustaa erityisesti vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin puuttumista. Bork katsoo näiden olevan vain heijastuma yrityksen oikeudesta omiin suorituksiinsa. Jos yrityksen oikeutta päättää näistä suorituksista ei voida rajoittaa sen esim. itse myydessä tuotteitaan, ei oikeutta määritellä jälleenmyyjien myyntiehdot ja hintataso voida rajoittaa.[259]

Määräävän aseman osalta koulukunnan painottama horisontaalisten kilpailunrajoitusten merkitys ei ole toimiva lähtökohta. Teoria sinänsä myöntää juuri hallitsevien yritysten voivan aiheuttaa ongelmia vertikaalisissa ja konglomeraattisissa tilanteissa, mutta käsittääkseni nämä vaikutukset nähdään selkeästi vähäisempinä kuin horisontaalisen tason vaikutukset ovat. Painotus on tietyssä mielessä oikeassa, koska juuri tämän tason mahdollisimman tiukka hallinta luo mahdollisuuden

---

[256] Shepherd s. 572–573. Tekijä käyttää termiä ”ultra-free entry” kuvaamaan sitä mitä hänen mielestään Baumol ym. ovat tarkoittaneet.

[257] Bork s. 7 ”Business efficiency necessarily benefits consumers by lowering the cost of goods and services …”, 9.

[258] Williamson painottaa, että ratkaisujen on perustuttava taloudelliseen analyysiin eikä tunteeseen. USAssa 1960- ja 1970-luvulla tehtyjä ratkaisuja, joissa tehokkuutta suorastaan rangaistiin, hän pitää yksittäistapausilmiönä eikä sinänsä esimerkkinä yleisemmästä tehokkuuden vastaisesta linjasta. Williamson s. 303–304, 309–310.

[259] Bork s. 29 ”A manufacturer, for example, could always perform the retailing function itself; therefore, nothing is lost if, instead, it requires of independent retailers the maintenance of their resale prices, or sales only within prescribed territories, or exclusive dealing in the manufacturer’s products.”

kerätä monopolivoittoja. Muuta päämäärää yritykselle ei tässä teoriassa käsitetäkseni hyväksytä. Pelkkä markkinoiden hallinta ilman voittojen saamista on lähinnä voimavarojen haaskaamista tyhjänpäiväisyyksiin. Tällöin unohdetaan se, ettei monopolivoittojen arviointi ole yksinkertaista. Markkinoita sekä vertikaalisesti että horisontaalisesti kontrolloimaan pystyvä yritys voi tällaista asemaa vailla olevaa helpommin nostaa katettaan, vaikka se ei ulospäin vaikuttaisi monopolivoittojen kerääjältä. Taloudellinen tehokkuus edellyttää markkinoille tulo signaalina toimimattomien ylivoittojen estämistä, jolloin markkinoiden paineen varmistaminen niille pääsyn esteitä purkamalla on eräs toimivimmista keinoista.

5. MARKKINAT

5.1 Määrittely

Kilpailu yritysten kesken tapahtuu aina joillakin markkinoilla. Yksinkertaisimmillaan on kyse tuotteen A myyjien ja ostajien kohtaamisesta. Heidän toimintansa vaikuttaa tuotteen hintaan. Alunperin markkinat käsitettiin lähinnä fyysisenä paikkana, mutta nykyään ne voivat olla täysin paikasta riippumattomat, kuten osakemarkkinat, joilla ostaminen tai myyminen ei edellytä läsnäoloa pörssissä.[260]

Markkinat voi kuvata myös päätöksentekoprosessina, eli menetelmänä, jolla ostajat päättävät saamiensa tarjousten perusteella hankkia tuotteen. Samalla myyjät saavat informaatiota siitä, mitä ostajat haluavat. Kysynnän ja tarjonnan kohdatessa syntyy tuotteen hinta markkinoilla.[261]

Markkinat eivät yleensä ole abstrakteja, toisistaan riippumattomia käsitteitä, vaan ne muodostavat kokonaisen järjestelmän (so. markkinatalouden). Muutos joillain markkinoilla vaikuttaa toisiinkin. Kansantaloudellisella tasolla kysynnän kasvu joillain markkinoilla johtaa tulojen lisääntymiseen sekä tätä kautta kysynnän kasvuun muuallakin. Vastaavasti kysynnän pienentyminen heikentää välillisesti kokonaiskysyntää. Markkinavoimainen yritys voi pyrkiä laajentamaan vaikutusvaltaansa toisille markkinoille. Varsinkin suuret raaka-ainevarat tai nk. pullonkaula-tuotteen (tarvitaan useilla eri aloilla) omaava yritys voi hyödyntää tätä vuorovaikutusta ja saavuttaa hallitsevan aseman useilla eri markkinoilla.[262]

---

[260] Bain II s. 7; Baumol ym. I s. 537, johon tekstissä mainittu markkinakäsite perustuu.

[261] Begg ym. s. 8 ”A market is a shorthand expression for the process by which households’ decisions about consumption of alternative goods, firms’ decisions about what and how to produce, and workers’ decisions about how much and for whom to work are all reconciled by adjustment of prices.”; Clark s. 104–105 ”… from the standpoint of economics, the market for a product is the scene, or scope, of the operations and economic forces that determine the character and amount of the product and the terms on which it is disposed of…”

[262] Bain jakaa kansantalouden sektoreihin, jotka koostuvat toimialoista (tai markkinoista) ja nämä vuorostaan yrityksistä. Ks. Bain II s. 5–7. Bain’nkin määritelmässä päällekkäisyydet ovat mahdollisia. Ks. em. lähde s. 6 ”…, recognizing of course that there are some overlaps and interrelations among industries which make the picture a bit complicated when we observe its details.”

Markkinat muuttuvat ajan kuluessa, koska tuotteet kehittyvät ja yrityksiä tulee / poistuu markkinoilta. Mitä pitempi tarkasteluväli sitä enemmän erilaisia korvaavia tuotteita voi olla. Väärinkäyttökontrollissa tämä aikafunktio ei ole kovin merkittävässä asemassa, koska tarkastelu on suunnattu jo sattuneeseen tapahtumaan, joka osaltaan määrää mitä markkinoita oikeudellisesti tarkastellaan. Oletettavan kehityksen tulisi silti vaikuttaa ainakin seuraamuksia ja yleensä puuttumistarvetta harkittaessa.[263]

Laaja markkinakäsite johtaa siihen, ettei isoillakaan kartelleilla tai suuryrityksillä välttämättä ole kilpailua rajoittavia, ainakaan huomattavia vaikutuksia. Sekä tuotteen että maantieteellisen alueen suhteen ahtaasti määritellyt markkinat voivat johtaa pienenkin tuottajan ”monopoliasemaan”. Kilpailuoikeudessa käytetään käsitettä relevantit markkinat, eli ne markkinat, joilla kyseisen tuotteen ja tuottajan voidaan katsoa olevan kilpailutilanteessa. Rajanveto tapahtuu suhteessa korvaavien tuotteiden luomaan potentiaaliseen kilpailuun ja on pitkälti liukuva. Mikäli kysynnän jousto voitaisiin määritellä tarkkaan, vältyttäisiin Landes ym. mielestä näiltä ongelmilta. Käytännössä joustojen arviointi on hankalaa ja relevantit markkinat joudutaan aina määrittelemään tapauskohtaisesti. Niihin vaikuttavat mm. vuodenajat, taloudellinen tilanne yleensä, tuotteen luonne, maantieteelliset seikat ja jopa valtioiden toimet.[264]

Perinteinen markkinakäsite on sidottu kilpailuun. Kilpailevat tuotteet kuuluvat samoille markkinoille. Pelkkä tuotteiden välinen kilpailu ei enää välttämättä riitä markkinoiden määrittelyyn, vaan lähtökohdaksi tulisi ehkä omaksua markkinointitavat. Kuten Cook ym. viittaavat, kilpailevat päivittäistavarakaupassa perinteisten marketti ja pienmyymälöiden rinnalla huoltoasemat. Jälkimmäisten ”kokonaistuotteeseen” kuuluvat polttoaineet ja muut perinteiset huoltamoartikkelit sekä lisääntyvässä määrin elintarvikkeet tms. Kilpailuoikeudellisen arvioinnin hankaluutena on erottaa todelliset kilpailutilanteet. Siten suuren huoltamoketjun asemaa arvioitaessa tulisi tapauksesta riippuen huomioida emoyhtiön asema polttonesteiden jalostajana, päivittäistavarakaupan ja kioskikaupan kilpailupaineet sekä esim. automaattiasemien luoma kilpailu polttoaineiden jakelumarkkinoilla. Yritysten

---

[263] Areeda ym. Vol II s. 348. Tekijöiden lähtökohtana on markkinavoima-arvio, jolloin tuotannon ja kysynnän elastisuus vaikuttanee perinteistä mallia enemmän. He painottavat, ettei oikeudellisessa arvioinnissa tulisi huomioida kapasiteetin lisäämistä vaativia toimia (ilmeisesti näiden tavallisesti vaatiman pitkän aikavälin takia).

[264] Rittner s. 128.

Vrt. Landes ym. s. 962–963 ”Less obviously, if we could readily determine market elasticities of demand (but not firm elasticities of demand), we would not have to worry about how broadly or narrowly the market was defined for purpose of using equation (2) to determine the firms elasticity of demand and hence the firm’s market power.” Tekijöiden lähtökohta on siten se, että laajemmilla markkinoilla yrityksen markkinaosuus olisi tosin pienempi, mutta vastaavasti kysynnän joustavuus olisi pienempi. Tällöin pienemmänkin markkinaosuuden vaikutus on suurempi. Vastaavasti suppeammin määritellyillä markkinoilla kysynnän jousto on suurempi eikä suurikaan markkinaosuus välttämättä osoita markkinavoimaa.

välisten yhteyksien kasvaessa (esim. saman asiakasetukortin bonuksia voi saada useiden eri tuotteiden ja palveluiden ostosta) markkinakäsite voi muuttua kohti jonkinlaista ”peruskulutuspakettia”, johon luettaisiin kaikki tavanomaiset päivittäiset ostokset ja palvelut. Tapauskohtaisesti relevantit markkinat voidaan toki mainitultakin pohjalta arvioida selkeästi rajallisemmiksi, jos riittävää kilpailupainetta tai tuotteiden kysyntäjoustoa ei ole.[265]

Markkinoita voidaan pyrkiä erottamaan toisistaan ”korvaavuusaukkojen” (substitution gabs) avulla. Tällöin eri markkinoina pidetään tilanteita, joissa korvaavuusasteen ero on riittävän suuri. Vaadittavan eron määrittely on vaikeaa, ja koko ajatusrakennelma jättää avoimeksi suhtautumisen tilanteeseen, jossa kysyntä tosin vaihtelee, mutta mitään selkeitä ”aukkoja” ei voida todeta.[266]

Rittner huomauttaa, ettei mitään ”normaalimarkkinoita” ole olemassakaan. Koska emme pysty luomaan tällaista, edes jollain lailla yksiseliteistä käsitettä, ei oikeudellisessa ratkaisussakaan voida lähestyä markkinoita yhden yksinomaisen tyypin pohjalta. Kyse ei ole torista, tukusta tai pörssistä eikä Rittner’n mukaan edes taloustieteen esille tuomista malleista. Kaikki normit eivät edellytä markkinoiden rajaamista, jos lähtökohtana on tietyn menettelyn kieltäminen (kuten Rittner’n mielestä kartellit). Relevantit markkinat hän määrittäisi täysin normikohtaisesti, koska mitään yleispätevää tuote-, alue- ja ajallista markkinaa eri säädösten tarpeisiin ei ole. Kuten Hoppmann myös Rittner katsoo kaikkien rajausten olevan ehdollisia, koska eri tuotteet kilpailevat aina jollain tasolla keskenään. Määrittelyn vaikeutta tai mahdottomuutta korostaa prosessin dynaamisuus, jossa markkinat määräytyvät tilanteen mukaan.[267]

Rittner’n esittämä kanta luo tavallaan enemmän kysymyksiä kuin mihin se vastaa. Normikohtaisuuteen voi yhtyä, koska markkinoiden arvioinnin välttämättömyys korostuu niissä tapauksissa, joissa puututaan suoraan yrityksen toimiin markkinoilla verrattuna rakenteellisiin järjestelyihin (joita edustavat kartellien ohella yrityskaupat). Jälkimmäisissä tapauksissahan markkinoiden muutoksen tulisi seurata rakenteen muutoksesta (eli SCP-mallissa muuttaisimme structurea ja pyrkisimme välillisesti, eli markkinatilanteen muutoksen kautta performancen muuttumiseen). Edellisissä tapauksissa muutos voi toki muuttaa markkinoita, mutta pyrkimyksenä on enemmän suora taloudelliseen tulokseen vaikuttaminen, jossa epäsuorasti voi olla kyse rakenteesta. Toiminnan vaikutukset ovat epä-

---

[265] Cook ym. viittaavat huoltamoesimerkin kautta kilpailun monimutkaistuneen. Kilpailu ei välttämättä ole suoraan havaittavissa markettien toiminnassa, mutta tekijät painottavat yritysjohdon, markkinointihenkilökunnan sekä talousanalyytikkojen joutuvan enenevässä määrin huomioimaan muidenkin kuin ”oman” sektorinsa luomia mahdollisuuksia ja uhkia. Ks. Cook ym. s. 26.

[266] Ongelmaa korvaavuusaukoista käsittelevät mm. Scherer ym. s. 75–76 ”The ideal definition of a market must take into account substitution possibilities in both consumption and production … But how, exactly, does one draw the line between ’good’ and ’not good enough’ substitutes?” ja Schmalensee I s. 1799–1800.

[267] Rittner III s. 164–166.

selvempiä, jolloin arvioinnin kohdistaminen tiettyihin markkinoihin auttaa kilpailun kannalta haitallisten vaikutusten torjumisessa. Se ajatus, ettei taloustieteellinen kysyntä-markkina -teoria voisi auttaa oikeudellisessa ratkaisuissa (eli lainsäädäntö ja -käyttötasoilla) on harhaanjohtava. Talousteoria kuvaa yleisellä tasolla sitä miten kilpailu toimii jollain markkinoilla. Perusajatus siitä, että hinta seuraa kysyntää ja tarjontaa oikeuttaa yhdistämään tietyt tuotteet joinain aikoina samoille markkinoille. Se ei anna yleispätevää vastausta siihen, miksi juuri nyt tuote A muodostaa omat markkinat eikä yhteismarkkinoita B:n kanssa. Malli antaa oikeustieteelle peruskeinot arvioida, miten tietty kysyntä-tarjonta -tilanne voidaan rajata omiksi markkinoikseen. Hoppmann'lainen ajattelu kaikkien kilpailusta kaikkia vastaan ei sekään edistä oikeusvarmuutta tai ratkaisutoimintaa. Ehkä Rittner on enemmän tarkoittanut sitä, ettei jostain ratkaisusta voida vetää kovin kauas ulottuvia johtopäätöksiä, koska markkinat voivat muuttua!

Markkinat tulisi periaatteessa rajata objektiivisesti. Pelkästään jommankumman osapuolen käsitystä ei voi hyväksyä, koska osapuolet luonnollisesti pyrkivät itselleen edulliseen tulkintaan. Periaatteessa tuote tai palvelu kuuluu samoihin osto- tai myyntimarkkinoihin, jos asiakas pystyy tarvittaessa vaihtamaan tuotemerkistä toiseen ilman hankaluuksia. Tällöinkään ei lähtökohtana saisi olla itseluodun riippuvuuden hyväksyminen (yritys on esim. suunnannut koko prosessinsa tietyn puolivalmisteen varaan ja ostajan kanssa syntyneessä riidassa väittää tämän puolivalmisteen muodostavan omat, ostajayrityksen hallitsemat, markkinansa, koska se ei itse pysty vaihtamaan tuotetta ilman suuria kustannuksia).

Markkinat voidaan määritellä myös "hypoteettisen monopolin" avulla. Ajattelumallissa monopolin oletetaan korottavan hintoja 5–10 %:ia. Omina markkinoinaan pidetään siten tilanteita, joissa yrityksellä olisi em. hinnan korotusvaran verran markkinavoimaa muihin tuotteisiin / alueisiin verrattuna. Kyse on siten kysynnän jouston mittaamisesta, joka tehdään ensin arviomalla jokin keskenään kilpaileva tuoteryhmä ja sitten lisätään tähän ryhmään uusia tuotteita, jos niiden valmistajien oletettavasti kannattaisi kilpailla em. tuotteiden kanssa. Hypoteettisen mallin ongelma on aina se, että yhtäpitävyys todellisuuden kanssa on vaikea varmistaa. Lisäksi sekä asiakkaiden että potentiaalisten kilpailijoiden reaktiot ovat aikaan sidottuja (korvaaviin tuotteisiin siirtyminen / korvaavan tuotannon aloittaminen), joten markkinamääritykset on tehtävä kohteena olevan kilpailunrajoituksen mukaan. Täydellistä joustoa ei voida vaatia, koska samoilla markkinoilla kilpailee yleensä saman tuotteen erilaisia muotoja, joiden välillä on pieniä hintaeroja. Erojen kasvaessa riittävän suuriksi tulisi tuote luokitella omiksi markkinoikseen.[268]

---

[268] Perinteisestikin tuotteiden korvaavuutta on arvioitu sen perusteella, miten hinnan muutos vaikuttaisi ostajien käyttäytymiseen. Ks. esim. Bain II s. 113; vrt. Clark s. 105 "…that the antitrust laws are not concerned because a seller has unified control over his individual product, even if that product is in some respect unique, so long as it is competing with other freely selected variants of what we have

Mielenkiintoista rajaustapaa esitetään Areeda ym. taholta. Heidän lähtökohtansa on perinteinen tarve määritellä tuote- ja alueelliset markkinat. Tämän lisäksi tulisi huomioida tarjonnan jousto eli tuotannon muuttamismahdollisuus. Tarjonnan hintajoustolla tarkoitetaan yritysten kykyä lisätä tuotantoaan suhteessa kysynnän kasvusta johtuvaan hintatason muutokseen. Kyse voi olla jo markkinoilla toimivien yritysten mahdollisuudesta lisätä tuotantoaan, mutta myös uusien yritysten tulosta markkinoille. Lähtökohta on tavallista selkeämmin tuotetta valmistavan yrityksen eikä niinkään sitä ostavan tahon. Painotus on sikäli oikea, että tekijät vastustavat liian kapea-alaisia markkinarajauksia. Jos yritys voi vaikuttaa kilpailutilanteeseen, ei sitä tule jättää pois arvioinnista. Varsinainen rajaus tehdään markkinavoiman kautta. Tällöin omina markkinoina pidetään niitä tilanteita, joissa niillä toimivilla on riittävästi markkinavoimaa ulkopuolisiin verrattuna. Yrityksillä tulee siten olla jokin selkeä kilpailuetu joko tuotteen ominaisuuksien tms. tai kuljetuskustannusten kautta, jolloin markkinoille tulo ei kannata. Kirjoittajien mielestä vaadittavan markkinavoiman aste on tässä rajauksessa suurin ongelma, koska esim. 1 % ero ei vielä estäne ulkopuolisia, 5 % saattaessa riittää ja 10 % varmasti riittäessä. Samalla markkinarajaus on sidottava siihen oikeudelliseen tarkoitukseen, johon sitä käytetään (so. hekin hyväksyvät lähtökohdan, jossa esim. yrityskauppakontrollissa käytettäisiin eri arviointitapaa kuin väärinkäyttökontrollissa).[269]

Markkinavoimaan perustuva rajaus täyttää objektiivisuuden kriteerin, koska kyse on asiakkaan mahdollisuudesta siirtyä tuotteesta toiseen (eli kannattaako se). Kuljetuskustannukset tms. ovat lisäksi laskettavissa, jolloin malli olisi toimiva alueellisten markkinoiden arvioinnissa. Muissa tapauksissa ongelmana on se, ettei eri ostajien käsitys markkinavoimasta ole sama. Muuttaminen matemaattiseksi arvioksi ei välttämättä onnistu, jolloin käsite markkinavoima ei tarkoita muuta kuin ostajien mieltymysarviointia ja tuotteen vaihdettavuusanalyysiä. Malli on varsin lähellä perinteisiä hinta- ja kysyntäjoustoon perustuvia arvioita.

---

classed as 'the same product'. … This is clearly a much more elastic concept than the one sometimes employed … of a trading area in which there can be but one price at one time for one product."

Esimerkiksi Lehto pitää hintatestiä sikäli hyvänä, että sen kautta esitetään oikeita kysymyksiä siitä, mitkä hyödykkeet, tarjoajat ja alueet kilpailevat keskenään. Hän toteaa testin olevan teoreettisen, markkinamäärityksen menetelmällisen apuvälineen. Laskelmallisen hintatestin pitäisi kohdistua vähintään 1 vuoden ajanjaksoon, joten tekijä huomioi osittain tarjonnan joustavuuttakin. Ks. Lehdon osalta Aalto-Setälä ym. s. 92–94.

[269] Areeda ym. Vol II s. 346–348 ja erityisesti s. 348 "In short the 'market' is seldom an independent variable. Because market definition usually depends on the degree of market power that is thought relevant for particular antitrust purposes, the market's boundaries ultimately reflect a legal conclusion, not an economic fact." Kirjoittajien tuottajanäkökulmaa painottava ilmenee esim. jaksoista 526–528. Ks. em. lähde s. 374–388.

5.2 Tuotekohtaiset markkinat

Markkinoiden rajaaminen tuotekohtaisesti on sekä teoreettisesti että käytännöllisesti hankalaa. Mikäli jokainen tuote kelpaisi vain tiettyyn käyttötarkoitukseen eikä mihinkään muuhun, ei ongelmia olisi. Tällainen tuote muodostaisi omat markkinansa. Ajateltavissa on, että esimerkiksi autoilla olisi vain yhdet ainoat markkinat, joita tarkasteltaisiin. Käytetäänhän autoja lähinnä vain henkilöiden ja tavaroiden kuljettamiseen. On kuitenkin eri autotyyppejä, joilla on selvästi eriävät käyttötarkoitukset. Selvää on, ettei kuorma-autojen ja henkilöautojen markkinoita voida verrata keskenään, mutta miten suhtautua eri hintaluokan henkilöautoihin? Entä varaosien tms. markkinat?

Ongelmaa on taloustieteessä ja kilpailuoikeudessa lähestytty kysynnän avulla. Pyritään selvittämään, rinnastaako käyttäjä tuotteet keskenään siten, että voidaan katsoa niiden kilpailevan samoista markkinoista. Toisiaan täydentävät tuotteet eivät kilpaile samoista markkinoista. Fischerin mallin mukaisesti liha ja kala ovat rinnastettavissa toisiinsa ja tupakka täydentää niitä. Ts. jos lihan hinta nousee, kasvaa kalan kysyntä, mutta muutokset tupakan hinnassa eivät vaikuta lihan ja kalan markkinointiin. Lihan ja kalan välinen nk. kysynnän ristijousto on tällöin positiivinen. Toisiaan täydentävien tuotteiden ristijousto voi olla negatiivinen, jolloin toisen tuotteen hinnannousu johtaa sitä täydentävän tuotteen kysynnän alenemiseen (so. ostetaan vähemmän tuotetta A, jota käytetään vain yhdessä tuotteen B kanssa –> tällöin ei tarvita B:täkään yhtäpaljon kuin ennen). Toisaalta on otettava huomioon ketkä voivat eri syistä kilpailla tietyllä alueella. Kuluttajien kannalta kysymys on valintamahdollisuuksien olemassaolosta; jos kilpailevia tuotteita ei ole, ei ole valintamahdollisuuksiakaan.[270]

Ristijouston käyttöä vaikeuttaa se, ettei tarkkoja tietoja ole saatavissa. Yritykset voivat itse määritellä jouston omien kokemustensa perusteella, mutta ratkaisutoiminnassa vaarana on omien näkökulmien korostaminen. Hallitseva yritys tuskin pyrkisi esittämään valmistamansa tuotteen joustoa suhteessa muihin mahdollisimman pienenä, vaan haluaa esittää suuren joukon tuotteita sitä korvaavina. Lisäksi ei ole määritelty, miten suuri jouston tulisi olla. Hyväksytäänkö vain pienen hinnan muutoksen aiheuttama kysynnän muutos osoitukseksi tuotteiden korvaavuudesta? Vai sallimmeko hallitsevalle yritykselle enemmän liikkumavaraa? Arviointi voi johtaa väärään lopputulokseen siinäkin tapauksessa, että yritys perii tuotteestaan liki monopolihintaa. Mitä korkeampi hinta on sitä enemmän kuluttajat siirtyvät korvaaviin tuotteisiin, vaikka ne heidän mielestään eivät ominaisuuksiltaan vastaisi hallitsevaa tuotetta. Tuotteen kysynnän hintajousto on tällöin korkea. Hinnankorotustesti pitäisi näitä tuotteita samoille markkinoille kuuluvina! Utton painottaa määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoitteena

[270] Begg ym. s. 69–70; Baumol ym. I s. 473–474; Emmerich I s. 224; Fischer ym. s. 88–89.

olevan saada hinta juuri tällaiselle tasolle, jossa kysyntä on jo joustavaa. Se tosin menettää jonkun verran asiakkaita, mutta tulos on silti parempi kuin suuremmalla tuotantomäärällä.[271]

Kysyntä ei ole vakioitavissa siten, että hinnan muutos tuotteen A osalta johtaisi kaikki siirtymään tuotteen B kuluttajiksi. Osa kuluttajista preferoi tuotetta A hyvinkin korkealla hinnalla, koska heidän mielestään B ei kelpaa korvikkeeksi. Vastaavasti osa kuluttajista ei huoli A:ta ilmaiseksikaan, vaan he käyttävät B:tä A:n hinnasta riippumatta. Kysymys on nk. kysynnän hintajoustosta, johon vaikuttaa mm. minkätapaisesta tuotteesta on kysymys (korvaamattoman välttämättömyystarvikkeen osalta ei joustoa voi tapahtua), vastaavantapaisten tuotteiden saatavuus (kuta enemmän korvaavia tuotteita on sitä helpommin kysyntä siirtyy näihin). Alhainen kysyntäjousto osoittaa, ettei tuotteella kysyntäkäyrän tällä osalla ole merkittäviä korvaavia tuotteita. Kysynnän jousto on yleensä osittain aikasidonnaista. Osaa tuotteista ei voi lyhyellä tähtäyksellä korvata (esim. talon lämmitysjärjestelmä), mutta pitemmällä aikavälillä voidaan nämäkin tuotteet korvata toisilla.[272]

Päätuotteen lisäksi yritykset markkinoivat yleensä erilaisia huoltopalveluja, neuvontaa, opastusta, varaosia jne. Päätuotteen kanssa yhdessä myytyinä ne kuuluvat samoille markkinoille, mutta usein niitä myydän erikseenkin. Tällöin myyjänä ei välttämättä ole päätuotteen valmistaja, vaan esim. itsenäinen huoltoyritys. Tarjonnan ollessa täysin päätuotteen valmistuksesta riippumatonta on näitä tuotteita ja palveluita pidettävä omina markkinoinaan. Esimerkkinä voidaan käyttää pakoputkien markkinoita. Putken on tosin oltava ajoneuvon mallin mukainen, mutta sen voi silti valmistaa ja myydä kuka tahansa. Ongelmallisempi on tilanne, jossa päätuotteen teknisten tms. ominaisuuksien tai sen valmistajan mallisuojien kautta markkinoilla voi olla vain sen hyväksymiä yrittäjiä. Rajataanko markkinat vain merkin x varaosien mukaan, jolloin valmistajalla on selkeästi määräävä

---

[271] Lehto korostaa taloustieteellisten kvantitaavisten analyysien vaativan paljon pohjatietoja, joten tällaisia analyyseja on hyödynnetty lähinnä yrityskaupoissa. Ks. Lehdon osalta Aalto-Setälä ym. s. 95–96; Utton s. 11 ”Although the concept (viitataan ristijoustoon) may help to clarify thinking about the scope of markets, there are practical reasons why it is of limited policy use. Estimates of crosselasticities are not readily available or easily made. … Furthermore it is not clear where the cut-off points should be, … In the context of an antitrust case, what constitutes a ’relatively large’ crosselasticity, 2, 5, 25 or higher?”, 71–72.

[272] Yleisesityksenä kysyntäjoustoista ks. esim. Baumol ym. I s. 461–462, 465–468, 472.

Ristijousto ja kysyntäjousto voivat olla eri suuruisia. Markkinoiden määrittelyn kannalta erolla ei ole kovin suurta merkitystä. Jos tuote on todella asiakkaiden mielestä korvaava (eli ristijoustolla mitattuna), kuuluvat tuotteet samoille relevanteille markkinoille. Lehdon käyttämä esimerkki on tässä mielessä harhaanjohtava, koska hän katsoo ristijouston antavan virheellisen kuvan kilpailun ulottuvuudesta. Esimerkissä yritys 1 valmistaa tuotetta A 1000 kpl ja yritys 2 tuotetta B (substituuttia) 10 kpl. Tuotteen A hinnan korotus prosentilla johtaisi tuotteen B kysynnän kasvuun 50 %. Tämä on kuitenkin vain 5 kpl eli yrityksen 1 kannalta 0,5 % kysynnän lasku. On hankala mieltää tilanteen antavan väärää kuvaa kilpailusta, vaikka tuotemarkkinat olisivat tuotteiden A ja B markkinat. Arvioimalla valmistajien mahdollisuudet toimia näillä markkinoilla päädytään itsestään selvästi siihen, että yritys 1 hallitsee relevantteja markkinoita! Ks. Lehdon esimerkin osalta Aalto-Setälä ym. s. 96–97.

asema niiden osalta? Vai voiko mitään itsenäisiä markkinoita enää olla olemassakaan? Kysehän voi olla vain päätuotteen välttämättömästä osasta, jolloin kilpailu on päätuotevalmistajien tasolla. Kuluttajien kannalta esimerkki jälkimmäisestä tilanteesta on tuote, jonka tiedetään vaativan tiettyä huoltoa / opastuspalvelua / käyttötukea. Tällöin jo tuotetta ostaessa kysyntä kohdistuu tähän kokonaisuuteen.[273]

Areeda ym. katsovat yhteisessä tuotantolaitoksessa valmistettavien tuotteiden kuuluvan samoille markkinoille, koska yritys pystyy muuttamaan tuotantoaan tuotteesta toiseen. Näkökulma on väärä, sillä ostajien kannalta ei valmistuspaikalla ole merkitystä, ellei kuljetuskustannuksissa ole eroja. Kustannusten ollessa liki toisiaan yritys voi aivan yhtä hyvin muuntaa toisella paikkakunnalla olevan tuotantolaitoksen tuottamaan tuotteen x sijasta tuotetta y. Ainoastaan tuotantoprosessin synergiaedut voivat vaikuttaa arviointiin, mutta tällöinkään merkitys kilpailun kannalta ei ole kirjoittajien tarkoittama. Kyse on lähinnä potentiaalisesta kilpailusta. Sellaisena muutosmahdollisuus voidaan huomioida, jos se on markkinatilanteessa odotettavissa.[274]

Taloustieteellisiä malleja ei voida suoraan siirtää oikeustieteelliseen päätöksentekoon, koska ne eivät pysty antamaan yhtä ainoaa selkeää vastausta. Kuten lainsäädäntö taloudellinen teoria ja tosiseikasto edellyttävät tulkintaa. Tilastollisesti on täysin mahdollista, että kahden eri tuotteen hinnat korreloivat keskenään ilman, että niillä on mitään todellista yhteyttä. Tällöin on hintajoustoihin perustuvan mallin sijasta arvioitava, voidaanko tuotteita ylipäätään käyttää saman tapaisiin tarkoituksiin. Eri mallit johtavat jossain määrin erilaisiin tuloksiin, jolloin ratkaisupakon alla työskentelevä tuomari joutuu joko valitsemaan jonkun teorian kannattaman linjan tai (todennäköisemmin) tekemään päätöksensä pitkälti jutusta ilmenevien erityisseikkojen perusteella. Ongelmana voivat olla näennäiset yhteenliittyvyydet. Tuotteet ovat kenties pitemmän aikajakson kuluessa reagoineet aivan kuin kysymyksessä olisi kysyntäjousto-tilanne. Todellisuudessa ei kuitenkaan näin ole laita. Mistä tuomari saa tarvittavan tiedon ratkaista ko. ongelma? Vaarana on kehäpäätelmä, jossa sekä määräävä asema että tuote määritellään yrityksen käyttäytymisen perusteella (so. jos se käyttäytyy, kuten määräävässä asemassa oleva yritys tuotteen A osalta – tuote A:n täytyy muodostaa omat markkinansa – se on määräävässä asemassa tuotteen A osalta!).[275]

---

[273] Schulze Steinen s. 53–57. Tekijä huomauttaa osuvasti, että jälkimarkkinatuotteen valmistuksen kannattaessa vain alkuperäisen tuotteen valmistajalle ei itsenäisiä markkinoita voi olla. Kysymystä siitä missä määrin esim. huoltoyrityksen investointeja tulee huomioida markkinarajauksessa pidän Schulze Steinen tavoin tilannekohtaista arviointia vaativana.

[274] Areeda ym. Vol II s. 352 ”Products produced in common facilities, however, are in the same market regardless of price relationships. This is so whether (1) the products are ’joint products’ where the production of X necessarily results in the production of Y in more or less fixed proportions, or (2) the facilities are freely convertible from one product to the other.”

[275] ”Väärinpäin” kulkevasta päättelyketjusta mainitsee myös Virtanen. Ks. Virtanen II s. 357 ja alaviite 15. En voi täysin yhtyä Virtasen kantaan, koska oikeudellisesti on aina todistettava määräävän aseman olemassaolo. Eri asia on se, että oikeuskäytännössä markkinat voidaan määritellä liian ahtaasti, jolloin yrityksellä näyttäisi olevan määräävä asema. Lopputulokseen voi vaikuttaa ainakin tuomareiden mielessä epäilty väärinkäyttö.

5.3 Maantieteelliset markkinat

Markkinat täytyy lähtökohtaisesti määritellä sekä maantieteellisesti että tuote- tai tuoteryhmäkohtaisesti. Markkinoiden rajaaminen alueellisesti on eräänlaista potentiaalisen kilpailevan tarjonnan arviointia. Jos tarjontaa ei tietylle alueelle voi tulla muualta (esim. yhden taajaman ravintolat), voidaan katsoa tämän alueen muodostavan omat markkinansa. Maantieteelliset markkinat ovat yleensä melko vakaat, koska kuluttajat eivät pysty kovin paljon muuttamaan tottumuksiaan sen osalta mistä tuotteensa hakevat (supermarket tai tietyn raaka-aineen osalta esim. Rotterdamin satama). Arvioinnissa on otettava huomioon mahdolliset kaupan esteet, kuten tariffit, tuontikiintiöt ja vapaaehtoiset tai sovitut vientirajoitukset (esim. japanilaisten autonvalmistajien sitoutuminen pitämään vientinsä Eurooppaan tietyllä tasolla).

Arvioinnin lähtökohtana on tuotemarkkinoiden tapaan kysyntä. Eri paikkakuntien markkinat kuuluvat samaan markkina-alueeseen, jos hinnan muutos toisessa johtaa kysynnän muutokseen toisella paikkakunnalla. Etäisyyden kasvaessa kuljetuskustannukset tms. kulut kasvavat ja lopulta ylittävät hinnankorotuksen merkityksen. Tuotteen ostaminen toiselta paikkakunnalta ei enää kannata, vaan se haetaan lähempää, vaikka hinta on kalliimpi kuin mitä tuote muualla maksaa. Esim. kuljetusvälineiden tariffien ja tuotteiden kuljetuskelpoisuuden (koko, säilyvyys tms.) muutosten oletetaan heijastuvan markkinoiden laajentumisena tai supistumisena. Kaupanesteiden purkaminen voi laajentaa tuotteen alueellisia markkinoita, mutta esim. ostajauskollisuuden merkitystä voi tällöin olla hankala arvioida. Uskollisuuden luominen mm. erilaisten kanta-asiakasetujen avulla on ainakin Suomessa ollut viimeaikojen tyypillinen markkinointikeino. Kanta-asiakas ei välttämättä vaivaudu selvittämään tuotteen ostomahdollisuuksia muualta, vaikka tuotteen saisi halvemmalla asiakasedutkin huomioiden. Muutoinkin kysyntään perustuva arviointi on paljolti rationaalisesti toimivan kuluttajan mallin (nk. homo oeconomicus) varassa. Paremman lähtökohdan puuttuessa kysynnän muutos tulisi arvioida keskiarvon perusteella ja vastaavasti markkinarajaus näin saatujen tulosten avulla. Mitä ammattimaisempi ostaja on sitä lähempänä on erilaisten kustannusvaihtelujen heijastuminen suoraan markkina-arviointiin.[276]

Yrityksen kannalta markkinoiden alueelliset keskittymät ja näiden etäisyydet voivat olla merkittäviä. Suhteelliset kuljetuskustannukset kasvavat, jos kotimarkkinoiden ulkopuolella on selvästi vähemmän potentiaalisia asiakkaita tuotettavaan määrän nähden. Vastaava ongelma syntyy tuotantokustannuksien ollessa alhaisia

---

[276] Kuljetusmahdollisuuksien vaikutuksen markkinoihin huomioi jo Adam Smith. Hän vertasi vesikuljetuksen ja maakuljetuksen edullisuutta (sen aikaisella tekniikalla!). Ks. Smith s. 122–123.

Markkinoiden alueellista toimintaa tarkastelee tuotantoyksikköjen kautta esim. Scherer. Hän painottaa sitä, että tuote täytyy saada myytyä, jolloin kuljetuskustannukset sekä tätä kautta järkevien maantieteellisten markkinoiden koko vaikuttaa toimialarakenteeseen. Ks. Scherer s. 88.

tuotettavaan massaan nähden. Tuotetta ei kannata kuljettaa kovin kauas, koska kuljetuskustannusten osuus hinnasta nousee suhteellisesti enemmän kuin arvokkaan, vähän tilaa vievän tuotteen osalta.[277]

Kaupan esteiden vähentyessä ja yritysten levittyessä eri maanosiin maantieteellisten markkinoiden arviointi vaikeutuu. Tulisiko ostajien preferenssien lisäksi huomioida myyjien mahdollisuudet ja halukkuus tuoda tarjontaa tietylle alueelle? Yritykset voivat tuotanto- ja markkinointikapasiteettinsa kautta luoda tai yhdenmukaistaa kysyntää esim. EU:n eri osissa. Kyseessä on eräänlainen potentiaalisen ja aktuaalisen alueellisen kilpailun arviointi. Käytännön tasolla yritys todennäköisesti pyrkii esim. kansallisia preferenssejä korostamalla estämään ”vieraan” tuloa markkinoille, mutta eräs EU:n ja globaalin taloudellisen integraation seuraus on juuri tämän kaltaisten esteiden heikkeneminen. Vastaava, mutta suoraviivaisemmin markkina-rajaukseen vaikuttava tekijä, on kuljetuskustannusten muuttuminen. Mitä halvempaa kuljettaminen on sitä helpommin tuotanto tai tukkukauppa keskitetään muutamille paikkakunnille. Suomessa tästä on hyvänä esimerkkinä tukkukaupan vetäytyminen Rovaniemeltä Ouluun. Missä määrin tämä osittain potentiaalinen kilpailu voidaan ottaa markkinoita koskevissa ratkaisuissa huomioon, on mielestäni teorian valossa avointa ja jäänee pitkälti käytännön ratkaisijan tehtäväksi.[278]

Maantieteelliset markkinat voivat nk. ketjuuntua. Tällä tarkoitetaan tilannetta, jossa samaa tuotetta / palvelua tarjoavat yritykset kilpailevat lähinnä naapurialueilla olevien liikkeiden kanssa. Liikkeen A kilpailijoina voivat siten olla esim. liikkeet B–E, mutta liikkeen B kilpailijoina ovatkin liikkeet A, D ja F, koska liikkeen C ei kannata myydä tuotettaan enää B:n alueella eikä toisaalta F:n kannata kilpailla A:n alueella. Esimerkkinä tämän tapaisesta tilanteesta ovat esim. nelostien huoltamot, jotka yleensä seuraavat eri suunnissa olevien naapureiden hinnankehitystä.

6. MARKKINOIDEN KESKITTYMINEN – MARKKINAVOIMA

Markkinoiden keskittyessä niillä toimii yhä harvempia yrityksiä. Pelkona näissä tilanteissa on haitallisen markkinavoiman kasvu. Näille markkinoille pääseminen on uusille yrittäjille hankalaa, koska vaadittava panos on yleensä suuri. Keskittymisprosessi on ollut pitkälti yksisuuntainen ja jopa globaali ilmiö monikansallisten konsernien pyrkiessä ydintoimialoillaan hallitsemaan tuotantoa. Keskittyminen on tietyssä määrin tekninen käsite, joka toimii vallitsevan tilanteen mittarina.

---

[277] Scherer s. 88.
[278] Scherer s. 88. Tekijä käyttää esimerkkinä rautateiden kehityksen vaikutusta tuotettuihin määriin.

Markkinavoima on tämän kilpailupoliittinen heijastuma, jolloin tarkastellaan yrityksen tosiasiallista voimaa tietyillä markkinoilla.

Keskittymistä ei tule sekoittaa yrityksen kokoon. Suurikaan kansallinen tai monikansallinen yritys ei välttämättä hallitse markkinoita, eivätkä markkinat edes ole keskittyneet, jos markkinoiden volyymi on riittävän suuri. Friedman huomauttaa markkinoiden laajentumisen (kuljetuskustannusta alentumisen tms. myötä) johtaneen yrityskoon kasvuun. Tämä ei saisi johtaa suuryritysten merkityksen yliarvioimiseen, koska todellisuudessa (M. Friedman kirjoittaa 1950- ja 1960-luvun alun USA:n tilanteen perusteella) näin ei ole markkinoiden laajennuttua vastaavasti ja relatiivisen koon siten pysyneen samana.[279]

6.1 Keskittyminen

Markkinoiden keskittymisellä tarkoitetaan yritysten osuutta tietyistä markkinoista. Mitä suurempi osuus muutamalla yrityksellä on, sitä suurempi on markkinoiden keskittymisaste. Yleisimpinä rajoina on käytetty 50 % (yksi yritys) tai 75 % (3 yritystä tai vähemmän). Varsinkin yrityskauppojen vaikutusta on arvioitu em. kaltaisten markkinaosuuksien perusteella. Mitä keskittyneemmät (ts. oligopolistisemmat tai monopolistisemmat) markkinat ovat, sitä haitallisempi voi yrityskauppa olla. Keskittymisastetta käytetään myös eräänlaisena merkkinä kilpailun toimivuudesta. Muutaman yrityksen hallussa olevilla markkinoilla ei todennäköisesti ole kovin suurta kilpailua. Kilpailu voi silti olla hyvinkin kovaa esim. niissä tilanteissa, joissa kahdella yrityksellä on lähes yhtä suuret markkinaosuudet. Markkinaosuuden merkitystä voi vähentää markkinoille tulon helppous, pienempien yritysten kyky laajentaa omaa osuuttaan markkinoista tms.[280]

Keskittymisen vaikutuksia voidaan painottaa eri tavoin. Suorat markkinaosuudet eivät välttämättä kuvaa kovin hyvin yrityksen todellista vaikutusvaltaa markkinoilla. Tämän ongelman ratkaisemiseksi on kehitetty erilaisia indeksejä, joissa korostetaan joko tuotosta (esimerkkinä Lerner indeksi) tai markkinoiden rakennetta yritysten markkinaosuuksien summan kautta. Jälkimmäinen vaihtoehto voi perustua puhtaaseen yhteenlaskuun tai markkinaosuuden indeksointiin. Tavallisin indeksointimalli on Herfindahl–Hirschman indeksi, joka korostaa suuria yrityksiä

---

[279] Friedman, M s. 122 ”There is, I suspect, a widespread impression that monopoly is both far more important than these estimates (so. 1950-luvun asiaa koskevat tutkimukset) suggest and been growing steadily over time. One reason for this mistaken impression is the tendency to confuse absolute and relative size.”

[280] Suuren markkinaosuuden merkitystä painottavat esim. Landes ym. s. 946–951 (tekijät viittaavat myös kysynnän ja tuotannon joustomahdollisuuksiin sekä markkinoille tuloon markkinaosuuden vaikutusta vähentävinä tekijöinä) ja Utton s. 34–35 ”If one firm makes, say 90 per cent of the sales in a properly defined market, then, even though it is not strictly the sole seller …, it is very likely to be in a position of dominance and able to control prices in its favour.”

pienempiin verrattuna. Lerner-indeksissä lähtökohtana on kysynnän elastisuus, jolloin joustavampi kysyntä vähentää yrityksen markkinavoimaa. Tähän indeksiin voidaan kytkeä myös markkinoilla toimivien pienempien yritysten vaikutus (so. mikä ovat muiden kuin hallitsevan yrityksen mahdollisuudet laajentaa tuotantoaan / kasvattaa markkinaosuuttaan eli kuinka joustavaa niihin kohdistuva kysyntä on). Indeksien ongelma on niiden sidonnaisuus markkinoiden rajauksiin sekä esim. tuonnin vaikutuksin huomioon ottaminen.[281]

Baumol pitää ajatusta keskittymisestä haitallisena ilmiönä osittain vääränä. Keskittyminen voi olla jopa hyve, jos markkinoille pääsyn ja poistumisen esteitä ei ole. Tällöin yritykseen kohdistuu kilpailupaineita, eikä se voi toimia muista riippumatta. Tilanne on sama, vaikka yrityksellä olisi ollut suuri markkinaosuus jo pitemmän aikaa. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta ajatus on hankala, koska se ajaisi yhä enemmän kehäpäätelmään. Yrityksen määräävää asemaahan ei voisi enää arvioida pelkän markkinaosuuden perusteella, vaan usein jouduttaisiin päättelemään ko. asema vain yrityksen toiminnasta eli oletetuista kilpailupaineista. Muista riippumaton toiminta olisi siten indisiona paitsi markkinoille pääsyn / poistumisen esteistä myös määräävästä asemasta. Baumol on toki oikeassa korostaessaan pelkän keskittymisen viattomuutta taloudelliselta kannalta, jos keskittymän taustasyitä ei selvitetä. Käytännössä tämä ratkaisu joudutaan ainakin osittain jättämään lainsäätäjälle, koska tapausta ratkaiseva viranomainen ei hevin pysty selvittämään kaikkia markkinoille tulon ja poistumisen esteitä. Markkinaosuuden sijaan jouduttaisiin valitsemaan joku muu mittari, jonka katsotaan ilmaisevan markkinoille pääsyn vaikeutta ja johon ratkaisut perustettaisiin.[282]

Eräänä kilpailupolitiikan suuntaamismallina voidaan Geroskin ajatusten mukaisesti pitää kilpailuviranomaisten toiminnan kohdistamista keskittyneisiin markkinoihin. Tällöin lähtökohtana voi olla joko tietyn keskittyneeltä vaikuttavan teollisuuden asettaminen tavallista tarkempaan ”seulontaan” tai tutkimusten aloittaminen yksittäisistä markkinavoimaisista yrityksistä. Jälkimmäistä ajattelua puoltaa monialayritysten suuri merkitys ja keskittymisen vaikutusten arvioinnin hankaluus näissä tilanteissa. Kilpailupolitiikan suuntaaminen Geroskin mallin mukaan voi lähinnä tehostaa viranomaisvalvontaa. Yksittäisratkaisuissa siitä ei ole ohjenuoraksi, ellei lainsäädäntöön oteta selkeitä markkinaosuus- tms. rajoja

---

[281] Indekseistä ja niihin liittyvistä ongelmista ks. esim. Scherer s. 56–64; Lerner-indeksiä ja tarkastelun sitomista kysyntäjoustoon kannattavat Landes ym. Tekijät tosin myöntävät tämänkin indeksin voivan ylikorostaa markkinavoimaa tietyissä tapauksissa, mutta sen mukainen laskutapa voisi toimia markkinaosuuksien merkityksen täsmentäjänä. Landes ym. s. 939–942 (Lerner-indeksi ja sitä koskevat perusongelmat), 944–945 (markkinaosuuden huomioiminen indeksissä).

[282] Baumol s. 14. Baumol vetää johtopäätöksensä pikemminkin yritysten keskittymisvalvontakontrollin (huom. USA:ssa sisäiseen kasvuunkin voidaan puuttua) kuin väärinkäyttökontrollin puolelle. Mielestäni hänen ajatuksistaan voidaan kuitenkin selvästi johtaa tekstissä esitetty ajatus, koska kilpailun paineen alla toimiva yrityshän ei voi toimia väärin!

puuttumiskriteereiksi. Tällaisten rajojen ongelma on se, että ne ovat riippuvaisia markkinoiden rajauksista tai muista valituista kriteereistä.[283]

Markkinoiden keskittymisen syitä ei ole helppo eritellä. Se voi johtua halusta torjua kilpailun aiheuttamia paineita ja siten taata oman yrityksen tuloksen maksimointi. Keskittämistä vastustavina tekijöinä voidaan pitää mm. teknistä kehitystä sekä suurien yksiköiden johtamisen hankaluutta (nk. managerial diseconomics). Tekniseen kehitykseen vedoten voidaan puolustaa suuriakin hetkellisiä markkinaosuuksia, koska kilpailun paineen pitäisi nämä purkaa. Blair'n esittämiä tietoja voidaan tosin kritisoida niiden iän (1970-luvun alku ja sitä vanhempia) ja mahdollisesti tarkoitushakuisuuden pohjalta. Keskittyneitä markkinoita puolustavaan yritykseen tulisi ratkaisutoiminnassa suhtautua varauksella, koska todennäköisesti näitä yrityksiä haittaavat edelleen Blair'n mainitsemat tekijät (so. taloudellinen tehokkuus voi kuvata jonkun yksikön tehokkuutta esitettyjen lukujen valossa, mutta se ei kerro olisiko pienempi yksikkö jopa tehokkaampi). Tekninen kehityskään ei välttämättä ole ratkaiseva, koska tuotteen markkinoille saattaminen voi vaatia huomattavia pääomia mainostamiseen, valmistamiseen tms. Keskittyneitä markkinoita hallitsevat yritykset voivat lisäksi pyrkiä hankkimaan ko. tekniikan haltuunsa, jolloin ne vain vahvistavat asemaansa. Hyvä esimerkki on Microsoft, joka on ostanut pienempiä innovatiivisia kilpailijoita saadakseen niiden keksinnöt haltuunsa.[284]

Taloustieteellisissä tutkimuksissa ei ole löydetty mitään maagista rajaa keskittymiselle, vaan eri kirjoittajat ovat painottaneet erilaisia raja-arvoja (esim. 50 % osuus kahdella yrityksellä, 80 % osuus neljällä jne.). Oikeustieteelliseltä kannalta keskittyminen on siten pikemmin eräs indisio markkinoiden tilasta kuin täysin

---

[283] Davies ym. s. 179–180. Sivulla 180 Geroski korostaa yksittäisen yrityksen merkitystä: "A reasonable case can be made to concentrate policy resources at the level of the firm by focusing on large dominant firms, and then, in cases where a firm's interaction with other firms is particularly extensive, perhaps to expand outwards towards the industry level."

[284] Asiasta kiinnostuneiden kannattaa tutustua Blair'n kirjan jaksoihin 2 ja 3 (luvut 5–15). Suhtaudun Blair'n sikäli varauksella, että hän vaikuttaa olevan jokseenkin täysin "big business'tä" vastaan eikä kirjassaan juuri myönnä isosta yrityskoosta olevan hyötyä. Hyökkäys kohdistuu sinänsä lähinnä konglomeraatteja vastaan ja avoimeksi jää suhtautuisiko kirjoittaja samalla tavoin myös vertikaaliseen integroitumiseen. Tekninen kehitys on osittain ajanut Blair'n väitteen ohi (so. että teknologia halventaisi tuotantokustannuksia) esim. tietokoneiden prosessorien tms. osalta (nämä täytyy valmistaa erityisissä puhtaissa tehtaissa, kehittely vie vuosia ja jokainen kehitysaste vaatii käytännössä uuden tehtaan). Silti voidaan kysyä olisiko vapaampi kilpailu synnyttänyt esim. parempia ratkaisuja käyttäjien kannalta?

Teknisen kehityksen merkitystä markkinaosuuksien suhteen korostaa erityisesti nk. neoklassinen koulukunta. Ks. esim. Hoppmann II s. 16 "Ein großer Marktanteil ist jedoch auch bei ganz unbeschränktem Wettbewerb möglich. So ist der Innovator eines neuen Produktes sogar definitionsgemäß ein Unternehmenmit Marktanteil von 100 %, … Es ist zwar Alleinanbieter, aber solange der Zugang zu notwendigen Ressourcen nicht unter seiner Kontrolle steht und es andere Unternehmen nicht unter Zwang setzen kann, ist der Wettbewerb nicht beschränkt."

Vrt. Arndt I s. 138–140. Tekijän mielestä keskittymisprosessin varsinainen syyllinen on valtio, joka on sallinut mm. osakeyhtiöoikeuden ja patenttioikeuden kautta omistuksen ja vallan erottamisen sekä patenttien käyttämisen markkinoille pääsyn esteinä.

itsenäinen ratkaisukriteeri. Raja on liukuva ja varsinkin pienempien markkinaosuuksien osalta edellyttää muiden kriteerien käyttämistä. Avoimena pitäisin kysymystä, missä määrin tarkastelua tulisi ylipäätään suunnata yhtiöiden maailmanlaajuisiin voimavaroihin sekä niiden likviditeettiin. Keskittymisastehan voidaan pitää tarkoituksellisesti matalana, jottei yrityksen toimintaan puututtaisi. Taloudellisten voimavarojen uhka voi johtaa yhdenmukaiseen käyttäytymiseen kilpailijoiden tietäessä taloudellisesti vahvemman voivan tarvittaessa jopa ostaa ne pois markkinoilta.

Markkinoiden keskittymiseen ja markkinavoiman kasvuun voi johtaa yritysten pyrkimys päästä toisista riippumattomaan (so. määräävään) asemaan. Taustalla voi olla täysin hyväksyttävänä pidettävä ajatus kustannussäästöistä ottamalla esim. jakelu yrityksen omaan hallintaan. Taloustieteen kannalta yhden yrityksen alle kannattaa siirtää kaikki ne toiminnot, jotka yrityksen sisällä tulevat halvemmiksi kuin markkinoiden kautta hoidettuina (nk. transaction cost -ajattelu). Keskittyminen voi siten olla luonnollisen kehityskulun pää, jolloin kilpailuoikeuden tehtävänä on lähinnä estää markkinavoiman kasvua muuttumasta kilpailua rajoittavaksi tekijäksi. Tällöin joudutaan punnitsemaan yrityksen esille tuomia keskittymisen etuja ja niiden sen toiminnalle asettamia vaatimuksia (esim. pyrkimystä varata tietty puolivalmiste vain omien yhtiöiden käyttöön). Viime kädessä kysymys on valinnasta mahdollisimman vapaan kilpailun ja (kenties vain väliaikaisen) taloudellisen tehokkuuden välillä.[285]

Keskittymisen hyötyjä voidaan ylikorostaa. Blair on taloudellista keskittymistä koskevassa tutkimuksessaan todennut yritysten usein jättävän laskematta toiminnan laajentamisen tai yrityskaupan todelliset kustannukset. Itsenäinen, erikoistunut alihankkija pystyy yleensä sopeuttamaan tuotantonsa paremmin markkinoiden muuttuviin vaatimuksiin kuin yrityksen sisäisenä toimiva osasto. Yleensäkin transaktiokustannusten arviointi on vaikeaa. Ratkaisijan kannalta vertikaalisesti integroituneen yrityksen omien yhtiöiden etusijalle asettaminen ei siten ole täysin hyväksyttävää, varsinkin jos alkuperäinen keskittymisen syy on ollut lähinnä kilpailunrajoittaminen.[286]

---

[285] Keskittymisen taustalla olevaa vaihtoehtoa toiminnan jättämisestä joko markkinoiden tehtäväksi tai yrityksen sisäiseksi tehtäväksi erittelee Williamsson, joka on ko. suuntauksen (nk. transaction cost -teoria) pääedustajia. Ks. Williamsson s. 75 ”With this basis the transaction cost approach attempts to identify a set of market or transactional factors which together with a related set of human factors explain the circumstances under which complex contracts involving contigent claims will be costly to write, execute, and enforce. Faced with such difficulties, …, the firm may decide to bypass the market and resort to hierarchical modes of organization. Transactions that might otherwise be handled in the market would then be performed internally and governed by administrative processes.”

[286] Blair s. 34–39, jossa kirjoittaja toteaa USA:n osalta vertikaalisen keskittymisen vähentyneen 1950-luvun jälkeen (teoksessa ei ole empiiristä tietoa 1960-luvun jälkeiseltä ajalta sen kirjoittamisajankohdan takia).

6.2 Markkinavoima

Erityisesti määräävän aseman väärinkäyttöä kilpailuoikeuden kannalta arvioitaessa törmätään käsitteeseen markkinavoima. Käsite kuvaa yrityksen asemaa markkinoilla ja lähtee pitkälti edellä käsitellyistä maantieteellisistä ja tuotekohtaisista markkinoista. Niiden lisäksi markkinavoiman arvioinnissa otetaan huomioon yrityksen taloudellinen asema (käytössä olevat varat, tuotantokapasiteetti, mahdollisuus suunnata tuotantoa tietyille alueille jne) ja tekniset mahdollisuudet kilpailijoihin verrattuna (know how, patentit tms.). Voimakas yritys voi säilyttää tai parantaa asemaansa markkinoilla. Hetkellinen suurikaan markkinaosuus ei välttämättä osoita yrityksen omaavan markkinavoimaa eikä yleensä haittaa kilpailua. Keskittymisasteen tavoin ongelmaksi nousee haitallisen markkinavoiman raja.[287]

Taloustieteessä markkinavoima on ilmaistu mahdollisuutena nostaa hinnat yli kilpaillun tilanteen edellyttämän tason sekä kykynä pitää hintoja em. tasoa korkeammalla. Lyhyellä ajanjaksolla riittävän suuren osan markkinoiden kapasiteetistä tuottava yritys kykenee nostamaan hinnan yli kilpaillun tason. Jos markkinat kontrolloivat tämän hetkellisen markkinavoiman esiintymisen, ei ole syytä puuttua asiaan. Pitempiaikainen markkinavoima vaatii mahdollisuutta kontrolloida kilpailua. Tämä edellyttää tavallisesti kykyä pitää markkinat suljettuina muilta, joko markkinoille pääsyn tai sieltä poistumisen esteiden kautta. Markkinavoiman arviointi liitetään yleensä markkinoiden keskittymiseen. Keskittymisen ja hintojen välistä korrelaatiota on kritisoitu, koska se ei vaikuta kovin vahvalta. Coase katsoo taustalla olevan pyrkimyksen etsiä monopolinomaisia piirteitä yrityksistä eikä niinkään todellisen tutkimustuloksen.[288]

Arvioitaessa keskittymisen ja markkinavoiman suhdetta olisi huomioitava markkinoiden koko. Pienempien markkinoiden tiukkakaan keskittyminen – kuten monopoli – ei ole yhteiskunnan kannalta yhtä haitallinen kuin laajempien markkinoiden joutuminen yhden tai kahden yrityksen haltuun. Oikeudellisesti joudutaan tosin arvioimaan puuttumisen ennaltaehkäiseviä vaikutuksia, jotka voivat korostaa markkinoiden merkitystä muuten kuin puhtaasti taloudellisessa mielessä. Landes ym. katsovat, että ainakin kilpailuviranomaisten ohjetasolla tulisi määrittää jokin puuttumiskynnys myös markkinoiden koon suhteen. Jotta tällainen arviointi

---

[287] Bellamy ym. s. 401–403; Niskanen s. 56–57. Niskanen luopuisi kokonaan määräävän aseman arvioinnista keskittymisen avulla ja siirtyisi markkinavoimaan perustuvaan arviointiin. Hän joutuu tosin myöntämään, ettei tällöinkään vältytä haitallisen markkinavoiman arviointiongelmilta.

[288] Areeda ym. Vol II s. 322; Baumol ym. I s. 688–689. Kirjoittajat huomauttavat markkinavoiman merkityksen olevan vähäisintä niillä markkinoilla, joille pääsy on helppoa; Coase I s. 67–69, jossa kirjoittaja katsoo tutkijoiden etsineen monopolinomaisia piirteitä yrityksistä. Näiden piti ko. tutkijoiden mukaan ilmetä ylisuurina voittoina, joten vähäistäkin korrelaatiota pidettiin merkittävänä; Schmalensee painottaa lyhyt- ja pitempiaikaisen markkinavoiman erottamista toisistaan. Koko ei sinänsä edes itsessään välttämättä ole mikään etu markkinavoiman kannalta. Schmalensee III s. 63–64.

toimisi esim. Suomen kaltaisilla markkinoilla, olisi ulkomaisten yritysten markkinoille pääsy huomioitava. Suljetummilla markkinoilla pienemmänkin monopolin merkitys on suurempi, koska houkutus vaikutus ei välttämättä toimi ja valta-asema kestää siten pitempään. Landes ym. eivät edes käsittele kysymystä vahingon kertautumisesta. Jatkuva monopolihan tuottaa saman hyvinvointitappion vuodesta toiseen, jolloin heidän asettamansa esimerkki-kynnys (24,5 miljoonan dollarin tappio) voisi ylittyä esim. toisena tai kolmantena vuotena.[289]

Markkinavoima ei ole sidottu sen käyttämiseen. Jos yrityksellä on kyky nostaa hintojaan yli kilpaillun tason, sillä on markkinavoimaa. Yritys voi pyrkiä esim. liikevaihdon maksimoimiseen, jolloin se ei tarkasteluhetkenä ehkä käytä omaamaansa markkinavoimaa. Pitemmällä ajanjaksolla seurauksena voi olla kilpailun puuttumisesta aiheutuvia ongelmia, jos yritys kykenee vakiinnuttamaan asemansa (eli käytännössä luomaan markkinoille pääsyn esteitä). Tällöin vaarana on monopolimainen ”hiljaiselo” ja kehityksen hidastuminen. Vaara tosin on varsin vähäinen, jos mitään kiertämätöntä estettä ei ole (esim. ratkaisevaa prosessia koskeva patentti tai liikesalaisuus). Hiljaiselohan saattaisi tarjota muille toimijoille tilaisuuden saavuttaa vahva asema markkinoilla![290]

Markkinavoima ei ole absoluuttinen käsite. Sen aste voi vaihdella, joten emme voi tyytyä pelkästään kysymykseen, onko markkinavoimaa vai ei? Joudumme arvioimaan sen määrää ja todellisia vaikutuksia markkinoilla. Markkinavoima on kysyntään (tai tarjontaan) sidottu funktio, jossa ratkaisevaa on, siirtyvätkö ostajat (tai tarjoajat) toisiin tuotteisiin tai toisten yritysten asiakkaiksi. Areeda ym. painottavat, ettei kyse ole mistään yksiselitteisestä numeroarvioinnista, vaan realiteettien tarkastelusta. Heidän esimerkkiään lainatakseni 50 % markkinaosuus on osoitus markkinavoimasta, jos tämä yritys voi tehokkaamman tuotannon tms. takia päättää muista riippumatta tuotantomääristään ja hinnoistaan. Markkinavoimaa ei vastaavasti ole, jos kyseinen yritys tietää, että muut pystyvät reagoimaan sen toimenpiteisiin, eikä sillä ole oleellista etua pienempiin kilpailijoihinsa nähden.[291]

Markkinavoimaa voidaan keskittymisasteen lisäksi arvioida yrityksen voimavarojen kautta. Oletuksena on vahvan yrityksen ”pelotusvaikutus”, jolloin esim.

---

[289] Landes ym. s. 953–957. Tekijät eivät edes väitä, että heidän mallinsa olisi käytännössä toimiva, vaan kyse on ongelman havainnollistamisesta.

[290] Käyttämätöntä markkinavoimaa onkin tarkasteltu enemmän teoreettisena vaihtoehtona. Areeda ym. uskovat, etteivät kilpailuviranomaiset yleensä edes huomaa tämäntapaista tilannetta, koska sitä on vaikea erottaa kilpaillusta. He myös viittaavat ”hiljaiseloon”, mutta mielestäni turhaan kritiikittömästi. Sen sijaan se ajatus, että yrityskauppakontrollissa tulisi huomioida tällainen käyttämätönkin markkinavoima on kyllä oikea, joskin vaikeahkosti toteutettavissa. Ks. Areeda ym. Vol II s. 329.

[291] Areeda ym. Vol II s. 323, 325. Tekijöiden käyttämä esimerkki 50 % markkinaosuudesta lopun jakautuessa tasan viiden kilpailijan kesken on toki sikäli yksinkertaistettu, että siinä oletetaan näiden kilpailijoiden voivan reagoida suurimman yrityksen toimiin. Tämä ei ole aina mahdollista, jos se edellyttäisi kapasiteetin lisäystä ja siten tarjonnan nostamista 110 % tasolle markkinoihin nähden (oletuksena oli se, että 10 % tuotteesta tuottava yksikkö toimii alhaisimmin yksikkökustannuksin).

hintataso voisi asettua normaalia korkeammalle. Aktiivinen kilpailu voisi pienempien yritysten näkökulmasta johtaa tappiolliseen hintasotaan. Markkinavoimaa voi korostaa lähimarkkinoilla (sekä alueellisesti että tuotemarkkinoiden osalta) toimiminen, jos se vaikeuttaa markkinoille pääsyä tai siitä on tuotannollista tai markkinointiin liittyvää synergiaetua. Yritys voi myös vähentää omaa markkinavoimaansa sitoutumalla tietynlaiseen tuotantoon. Kalliita luksusartikkeleita valmistavalla yrityksellä on teoriassa enemmän markkinavoimaa, koska hintojen nostaminen useallakaan prosenttiyksiköllä ei välttämättä vaikuta kysyntään juuri lainkaan. Mikäli yritys on panostanut massatuotantoon, on sille yleensä äärimmäisen tärkeää saavuttaa skaala-tuotannon vaatima minimimäärä. Tällöin ei hinnassa ole vastaavaa liikkumavaraa.[292]

Tuotteiden erilaisuus saattaa aiheuttaa harhakuvan markkinavoimasta, jos osa ostajista on valmis maksamaan tuotteesta enemmän kuin lähinnä korvaavasta. Tällöin yrityksellä on markkinavoimaa vain diskriminointitapauksissa, eli silloin kun se pystyy hinnoittelemaan tuotteensa ostajaryhmäkohtaisesti. Mikäli näin ei ole, ei kalliimman hinnan periminen tuotteesta ole järkevää menetettäessä kilpailijoille suuri osa niistä asiakkaista, jotka eivät erityisemmin arvosta tuotedifferointia. Diskriminointi voi sinänsä tapahtua joko hinnan avulla tai valmistamalla oma ”luksus-malli” halukkaille ostajille.[293]

Markkinavoima on luonnollisesti todistettava. Lähdettäessä mahdollisuudesta ylläpitää kilpailtua hintatasoa korkeampaa hintaa joudutaan arviointi perustamaan hintojen ja kustannusten vertailuun. Osa väitetystä ylihinnasta voi olla harvinaisemmasta voimavarasta maksettavaa korvausta, jolloin mistään liikahinnasta ei ole edes kyse. Kustannusten osalta joudumme heti ongelmiin, koska marginaalikustannusten määrittäminen onnistuu vain aniharvoin. Keskimääräiset muuttuvat kustannukset voivat toimia korvaavana kriteerinä, mutta mitä niihin voidaan lukea? Hallinto-, tuotekehitys-, markkinointi- tms. kulut ovat hankalasti luettavissa yksittäisen tuotteen kustannuksiksi ja niiden vaikutus saattaa ulottua pitkälti ohi tarkasteltavan aikavälin. Yleensä taloustiede tuntuu unohtaneen markkinavoima-arvioinnista monituoteyritysten tuoteperheiden kautta saamat edut, jotka eivät välttämättä ole muutettavissa suoraan hinta-kustannustekijöiksi (ne ilmenevät enemmän markkinoille pääsyn este -tekijöinä).[294]

---

[292] Areeda ym. käyttävät esimerkkinä kuulakärkikyniä, jotka olivat alunperin luksustuotteita. Siirryttäessä massatuotantoon ei valmistaja enää voi saavuttaa samaa markkinavoimaa kuin vähentämällä tuotannon määrän minimiin. Tämä ei kustannuksiin nähden ole järkevä vaihtoehto. Ks. Areeda ym. Vol II s. 324.

[293] Areeda ym. Vol II s. 326–327. Tekijät painottavat tekstissä ilmaistun ongelman lisäksi tuotteiden vaihdettavuuden (so. substituutioasteen vaikutusta) tuotannon ja hintojen osalta.

[294] Viittaan Areeda ym. Vol II jaksoon 5B ”Proving Market Power”, jossa varsinkin eri kustannustekijöitä käsitellään. Tekijät eivät mielestäni ole esittäneet kovin hyvää ratkaisua juuri hallinto- tms. kustannusten saati monituoteyritysten osalta. Oikeaan osuvana on pidettävä sitä, etteivät tekijät halua karsia kovin monia kustannuseriä muuttuvista kustannuksista – viime kädessähän kaikki kustannukset ovat muuttuvia, kuten kirjoittajat toteavat. Esim. tuotantoon sitomattomien verojen

Markkinavoima on oleellinen osa kilpailuprosessia eikä siten yksinomaan tuomittavissa. Yrityksen kehittäessä uuden tuotteen ja saadessa tätä kautta vahvan aseman markkinoilla se voi ylläpitää korkeampaa hintatasoa kuin olisi kilpailutilanteessa mahdollista. Kyse on silti lähinnä yrityksen kekseliäisyyden ”palkitsemisesta” ja tuotekehitykseen käytettyjen kustannusten kattamisesta. Jos asema ei ole pysyvä, ei kilpailulle kokonaisuudessaan aiheudu etuja suurempaa haittaa.[295]

Markkinavoimaa ei voida kokonaan kieltää sen muidenkaan hyötyjen takia. Ohimenevänä ilmiönä se toimii kannustimena, joka saa muut parantamaan omaa suoritustaan. Täysin tasapäisessä tilanteessa ei tätä vaikutusta ole. Toimivan kilpailuprosessin voidaan katsoa toimivan ”vallan jakajana”, jossa valta ei koskaan häviä vaan siirtyy taholta toiselle (esim. kilpailijalle tai markkinavastapuolelle). Tuotekehitys voi luoda valta-aseman, joka muiden kehittäessä kilpailevia tuotteita osoittautuu ohimeneväksi. Ostajan tai myyjän markkinoiden eräs ilmentymä on se, että ko. tahoilla on hetkellistä valtaa vastapuoleen nähden ja tuotannon sopeutuessa kysynnän vaihteluun tämä valta häviää. Hyödyllisen vallan eräänä tunnusmerkkinä voimme pitää juuri ohimenevyyttä. Ongelma on se, ettemme tunne etukäteen, miten tehokkaasti markkinat ja kilpailijat kulloinkin reagoivat, joten tarkka rajanveto hyväksyttävän ja paheksuttavan markkinavoiman välillä ei ole mahdollista. Kilpailuoikeudellisesti huomio kiinnittyy jälleen prosessin kulkua estäviin tekijöihin. Jos yritys voi omilla toimillaan estää muita murentamasta sen valta-asemaa, on tähän pyrittävä puuttumaan. Areeda ym. tavoin voimme tässä yhteydessä painottaa markkinoille pääsyn esteiden merkitystä prosessia estävinä tekijöinä.[296]

Ratkaisupakon alla toimivalle tuomarille ei määräävän aseman määrittelyssä yleensä jää paljon muita vaihtoehtoja kuin markkinoiden keskittymisen tarkastelu. Tämä ei saisi johtaa Coasen pelkäämään monopolin etsintään, johon hän piti eräänä syypäänä ilmeisesti juuri USAn oikeuslaitosta. Käytännössä ei keskittymisasteen ja markkinaosuuksien käyttöä määräävän aseman mittareina voida hylätä, koska lainsäätäjätkin ovat yleensä käyttäneet niitä jonkinlaisina lähtökohtina.

---

jättäminen pois laskuista on oikea ratkaisu ainoastaan, jos verorasitus on sama kaikille. Tämä voi päteä USA:ssa, mutta ei välttämättä päde Euroopassa. Markkinavoimaa toki vie se, että joutuu maksamaan enemmän veroja. Miten tämä kohdistetaan tuotekohtaiseen markkinavoimaan on sitten ihan oma ongelmansa. Ks. Areeda ym. Vol II s. 330–345.

[295] Aberle korostaa markkinoiden dynaamisuuden ylläpitämistä. Yritys ei saisi koskaan olla varma saavuttamansa hallitsevan aseman pysyvyydestä. Ks. Aberle s. 92–93, 105–106.

[296] Areeda ym. Vol II s. 328 ”The significance of market power depends not only on its degree but also on its durability. … Substantial market power can persist only if there are significant and continuing barriers to entry.”, s. 329 ”One might say that a firm which could sustain a monopoly price for no more than some defined period of time lacks market power. But in economic terms, it would be more accurate to say that the firm indeed has market power but that its power is transitory. *The law remains free to determine what duration is a proper object of concer, and to vary that determination with the nature of the conduct that has created or would create the power issues …*”; Ardnt I s. 60–63.

Muiden kriteerien, kuten taloudellisten voimavarojen määrittely, on yleensä monimutkaisempaa eikä esim. pelkästään liikevaihtoon sidottuja lainsäädännöllisiä rajoja voi pitää järkevinä. Markkinaosuuksien tavoin yrityksen voimavarojen tms. tulisi kiinnittää viranomaisten huomio yritykseen, jolloin esim. suuren markkinaosuuden ja liikevaihdon omaavaa yritystä tulisi ”valvoa” tarkemmin kuin yksinomaan jommalla kummalla kriteerillä mitattuna voimakasta yritystä. Käytännön voimavarojen vähäisyydestä johtuen viranomaisilla ei läheskään aina ole mahdollista tarkkailla yrityksiä em. perusteilla, vaan valvonta painottuu jälkikäteiseen puuttumiseen.

7. MÄÄRÄÄVÄ ASEMA

7.1 Määräävä asema taloudellis-juridisena käsitteenä

Määräävä asema on osa markkinoiden dynamiikkaa. Kuten Virtanen huomauttaa, tämän aseman taustalla on yleensä yrityksen toisia parempi toiminta ja pyrkimys olla muita tehokkaampi. Täyskielto johtaisi dynaamisen prosessin osittaiseen pysähtymiseen eikä siten ole ainakaan taloudellisen tehokkuuden kannalta toivottavaa. Perusongelmana on tietyssä laajuudessa sallitun hallitsevan aseman (poislukien yrityskauppojen kautta saavutettu) mahdollistaman kilpailijoiden toiminnan haittaamisen ja muiden markkinaosapuolten riistämisen sopeuttaminen toisiinsa. Mitään yleispätevää normia ei liene annettavissa, mikä korostaa tilanteen ongelmallisuutta oikeusvarmuuden ja viranomaisten linjaratkaisujen kannalta.[297]

Yritys on määräävässä asemassa, jos se on riippumaton toisten yritysten toiminnasta markkinoilla. Se voi itse päättää hintatasostaan ja kauppaehdoista. Riippumattomuuden ei tarvitse olla täydellistä, vaan markkinoiden hallinta osoittaa kykyä toimia itsenäisesti, muiden yritysten vaikuttaessa vain vähäisessä määrin omiin ratkaisuihin. Kyse on tässä mielessä markkinavoiman ilmentymästä. Käännetysti voidaan sanoa, että muut eivät pysty rajoittamaan yrityksen toimintaa. Täydellisimmillään toimintavapaus on monopoliyrityksellä, koska se on ainoa kilpailija eikä mikään toinen yritys kontrolloi sitä. Kilpailuoikeuden soveltamiseen ei yleensä vaikuta, perustuuko monopoli tosiasiallisiin seikkoihin (käytän-

---

[297] Virtanen I s. 323 ”*The superior resource base is generally the fruit of alertness, business acumen and innovativeness. Market dominance is a legitimate phenomenon in a market economy and cannot be outlawed in itself without obstructing the very market process.* On the other hand, the superior base may be defended, … by artificially preventing rivals from developing theirs. Neither can the possibility be denied that the utilatization of a superior resource base may be excessive from a public point of view.” ja 325 ”*The strategic prespective underscores the manysidedness and complexity of the abuse-of-market dominance issue and suggests that few across-the-board rules are available thereon to the competition policymaker.*” (kursiivi alkup. tekstissä)

nössä kukaan ei voi kilpailla) vai oikeudellisiin seikkoihin (laki sallii vain yhden yrityksen monopolin). Yritys voi olla määräävässä asemassa oligopolimarkkinoilla, jos se on niin paljon voimakkaampi kuin muut, etteivät ne pysty tehokkaasti vaikuttamaan sen toimintaan. Tähän voi viitata esim. yrityksen oma menettely, mikäli se pystyy pitämään markkinat suljettuina saalistushinnoittelulla tms. keinoilla. Tässä yhteydessä on varottava kehäpäätelmää – pelkkä näyttö siitä, että yritys on toiminut kuin se olisi määräävässä asemassa ei vielä osoita varmasti tämän aseman olemassa oloa. Käytännössä arviointi voi painottua enemmän markkinoiden rakenteellisiin seikkoihin (markkinaosuus tms.), joiden perusteella oletetaan yrityksen olevan hallitsevassa asemassa kuin todellisiin mahdollisuuksiin toimia muista piittaamatta.[298]

Talousteoriassa määräävää asemaa on pyritty arvioimaan mm. sen perusteella, voiko yritys nostaa hintojaan kilpailijoista riippumatta. Markkinoita hallitsevan yrityksen asiakkaat eivät siirry ostamaan kilpailijoilta ainakaan merkittävässä määrin, vaikka hintoja on nostettukin. Joidenkin asiakkaiden hankintojen suuntautuminen kilpailijoille ei vielä osoita, etteikö yritys voisi toimia muista riippumatta. Rajauksen suhteen on oltava varovainen, koska hintatasot, tuotteiden laadut tms. voivat johtaa siihen, ettei kysyntä suuntaudu yksiselitteisesti johonkin tuotteeseen, ja kilpailijoiden tuotetta hankittaisiin vasta esim. 7 % hinnankorotuksen tapahduttua yrityksen korotettua hintojaan esim. 4 %:lla. Mitä suurempi hinnannousu voidaan tehdä ilman reaktioita sitä varmemmin on kyse määräävästä asemasta. Käytännössä ei tätä arviointitapaa juuri käytetä, koska arviointi perustuu joko teoreettisiin laskelmiin (siirtyisivätkö yrityksen A asiakkaat yrityksen B asiakkaiksi, jos A nostaa hintojaa x %:lla?) tai todelliseen markkinatilanteeseen (tällöin pitäisi pystyä varmistamaan, ettei kyse ole muusta markkinoihin liittyvästä seikasta vaan nimenomaan määräävästä asemasta). Hinnat saattavat normaalistikin vaihdella ja jonkin alan hintatason selvittäminen voi erilaisten alennusten

---

[298] Areeda ym. ovat pohtineet kysymystä yrityksen toimien merkityksestä osana markkinavoimakysymystä. Mahdollisina menettelytapoina on pidetty esim. tulleihin, patentteihin tms. vetoamista, koska toimista ei olisi mitään hyötyä, jos yrityksellä ei ole markkinavoimaa (so. se ei pystyisi jälkikäteen keräämään kilpailtua korkeampaa hintaa). He kuitenkin painottavat, ettei menettely vielä osoita luotettavasti, että yrityksellä olisi markkinavoimaa (eli voisiko se olla hallitsevassa asemassa. Ks. Areeda ym. Vol II s. 344–345 ja erityisesti s. 345 ”The weakness of such evidence, …, is that it gives no reliable clue to the degree of market power that the actor possesses, and he may even have none. … Conduct, in short, will rarely if ever establish substantial market power.”

Saksan oikeuden osalta ks. Emmerich I s. 232–234; Kehäpäätelmän ongelmaan puuttuu Hoppmann II s. 25–26, jossa neoklassisen teorian pohjalta päädytään siihen, ettei määräävää asemaa voi lainkaan määritellä yrityksen kilpailijoista riippumattoman aseman avulla; Markert I s. 283–284 ”It is generally agreed that the question of whether a firm is exposed to substantial competition is determined by market conduct test; is the firms market conduct controlled by competitive forces, or can it act without having to consider the possible actions and reactions of competitors?”

EU-oikeuden osalta ks. Bellamy ym. s. 390 ”Dominance”, therefore is the power to hinder effective competition, which probably means the power to behave independently in the market.”; Leivo ym. s. 320.

tms. takia olla vaikeaa. Hallitsevasta asemasta on kyse vasta silloin, kun kyky pitää hintoja kustannukset ylittävällä tasolla kestää jonkin aikaa eli em. hintojen vaihtelu täytyy eliminoida tarkastelusta. Ongelmana on vaadittavan ajan määrittäminen. Pidämmekö määräävänä asemana sitä, että yritys voi kerätä suuria taloudellisia voittoja tietäen kapasiteetin lisäyksen vaativan aikaa? Kielteinen kanta sallii yrityksen hyötyvän markkinoille tulon viiveestä. Jos se ei itse ole estänyt markkinoille pääsyä, on myönteisen kannan ottaminen hankalaa. Kysehän on taloudelliseen prosessiin liittyvästä tekijästä (yllättävä kysynnän lisäys, yrityksen luoma uusi tuote tms.), jolloin asiaan puuttuminen tarkoittaisi markkinoille annettavan signaalin vääristämistä.[299]

Sekä suhteellisen pieni että suuryritys voi olla määräävässä asemassa, jos hallitsevan aseman pääkriteerinä käytetään markkinaosuutta. Molempien yritystyyppien toiminta voi sinänsä vaikuttaa kilpailuun, mutta vain jälkimmäisen vaikutuksella on todennäköisesti kilpailupoliittista merkitystä. Tällöin muiden mahdollisten kriteerien, kuten yrityksen taloudellisten voimavarojen, merkitys korostuu.[300]

Virtanen korostaa hintajohtajuuteen sidotun teorian lähteneen ajatuksesta, jonka mukaan määräävä asema voitiin määrittää markkinajohtajuuden perusteella. Teorian ongelma oli se, ettei hintajohtajuus osoittautunut käytännössä pysyväksi, vaan yleensä rapautui ajan myötä. Hintajohtajuus on lähinnä eräs määräävän aseman olemassaoloa tukeva seikka, joka täydentää markkinaosuuteen pohjautuvaa tarkastelua. Virtasen kannassa kiinnittää huomiota se, ettei hän näytä pohtineen kysymystä oligopolin määräävän aseman kannalta. Oligopolissahan hintajohtajuutta on pidetty yhtenä oligopolin toimintatapana. Tällöin hintajohtajan ei edes tarvitse olla suurin yritys.[301]

Jacquemin huomauttaa seuraajan aseman olevan tuottavamman kuin johtajan. Edellinen voi myydä haluamansa määrän johtajan asettamalla hintatasolla. Toisaalta johtaja joutuu seuraamaan seuraajan reaktioita. Näillä edellytyksillä varsinkin tehokkaamman yrityksen voi olla järkevää asettua seuraajan rooliin ja jättää (tietyssä määrin näennäinen) johtajuus tehottomammalle kilpailijalle. Hallitsevaa

---

[299] Tarkastelukulma on pitkälti sama kuin edellä olevassa markkinavoima-jaksossa.
Utton korostaa hintojen voivan vaihdella kysynnän ja tuotantotekijöiden tarjonnan myötä. Todisteena määräävästä asemasta ei voida pitää yllättävästä kysynnän kasvusta aiheutuvaa suurta voittoa, koska tällaisen ”ylivoiton” voisi saada kilpailtu teollisuuskin. Hän ei määrittele mikä olisi se aikaraja, jonka puitteissa asiaan tulisi puuttua, vaan toteaa, ettei määräävästä asemasta ole kysymys, jos hintatasoa ei voida ylläpitää markkinoille tulon takia. Utton s. 10.

[300] Virtanen painottaa ko. asemien eroa. Ks. Virtanen I s. 319.

[301] Virtanen II s. 356. Tekstissä hintajohtajuutta korostava lähestymistapa on liitetty erityisesti yrityskauppakontrolliin. Virtanen ei väitöskirjassakaan vie tätä teemaa pitemmälle, vaan tyytyy painottamaan hintajohtajuuden merkitystä eräänä määräävän aseman vahvistavana seikkana. Ks. Virtanen I s. 316 ”*Evidence of consistent price leadership may be used to confirm that the competitors in the market have fallen into a follower status and succumbed to the effective market control of the dominant firm*.” (kursiivi alkup. tekstissä)

asemaa ei siten saa yhdistää hintajohtajuuteen ilman muuta näyttöä. Esitetty malli on riippuvainen johtajuuden käsitteestä. Mikäli näennäinen johtaja toimii eräänlaisena koekaniinina markkinoiden reaktioille, voi todellinen johtaja olla juuri seuraaja. Tällöin edellytetään ainakin hiljaista yhteistyötä yritysten välillä.[302]

Määräävää asemaa voidaan lähestyä nk. strategisen edun kautta. Yritys voi hallita markkinoita vain, jos sillä on jokin etu suhteessa muihin alalla toimiviin yrityksiin. Tällaisia etuja on lähinnä markkinoille aiemmin tulleilla yrityksillä, jotka pyrkivät luomalla erilaisia markkinoille pääsyn esteitä säilyttämään oman asemansa. Kuten Virtanen huomauttaa, ei viattoman (mittakaavaetuihin tms. perustuvan) ja ei-hyväksyttävän strategisen aseman hyödyntämisen erottaminen ole helppoa. Itse aseman määrittelyn kannalta ei kyseisellä erottelulla ole sinänsä merkitystä.[303]

Taloustieteen pohjalta ei voida tehdä selvää määrittelyä useamman yrityksen määräävästä asemasta, koska sen kannalta kyse on oligopolista eli yhdestä markkinamuodosta. Varsinkin tiukkaa oligopolia pidetään yleensä haitallisena, koska siihen liittyy helposti piilokartelleja sekä markkinoille pääsyn esteitä tms. kilpailunrajoituksia. Lainsäädännössä on jouduttu kehittämään kriteerit paitsi sille milloin jotkut yritykset ovat yhdessä määräävässä asemassa, myös sille voidaanko tällaisen yritysjoukon yhden yrityksen menettelyä pitää ko. aseman väärinkäyttönä, kun muut eivät toimi samalla tavoin. Erilaista käyttäytymistähän voidaan pitää osoituksena kilpailusta, jolloin poikkeavasti käyttäytyvää yritystä ei voisi pitää oligopolin määräävän aseman väärinkäyttäjänä. Toisaalta yritys voi toimissaan nojata oligopolimarkkinatilanteeseen ja omiin tietoihinsa muiden yritysten reaktioista. Väärinkäyttöä olisi siten kaikki se toiminta, joka nojaa oligopolin kokonaisasemaan markkinoilla ja jonka vaikutukset suuntautuvat lähinnä oligopolin ulkopuolisiin yrityksiin.[304]

Vastapuolen asema on jäänyt taloustieteessä vähemmälle huomiolle. Suuryritysten sopimusverkostot ja vaihtoehtojen vähäisyys voivat ajaa osan niiden sopimuskumppaneista riippuvaiseen asemaan. Tällainen yritys joutuu kaikessa toiminnassaan huomioimaan tuotteidensa ostajan (alihankintariippuvuustilanteissa) tai raaka-aine / puolivalmisteiden myyjän toivomukset. Vahvoja ostajia voivat olla kaupan ketjut, koska tuotteen näkyvästi esille saaminen voi pitää valmistuk-

---

[302] Jacquemin s. 70–71. Tekijä ei perustele esittämäänsä näkökantaa kovin laajasti, vaan tarkoituksena on lähinnä esittää kritiikkiä liian yksinkertaisille hintajohtajuus – hallitseva asema tulkinnoille.

[303] Utton s. 10–11 ”The corollary is that where serious and prolonged divergencies occur between price and costs (eli kyse on Utton’n mukaan hallitsevasta yrityksestä) the cause can be traced back to some impediment to entry.” Tekijä toteaa, että lopputuloksena voi olla voimakkuudeltaan poikkeavia määrääviä asemia eri markkinoilla, jolloin kilpailuviranomaisten tulisi keskittyä vakavampiin tapauksiin; Virtanen II s. 357. Vrt. Niskanen s. 37, jossa korostetaan potentiaalisen kilpailun voimakkuutta ja alalle pääsyn esteitä määräävän aseman arvioinnissa.

Ks. myös markkinoille pääsyn esteitä ja koeteltavia markkinoita käsitteleviä jaksoja.

[304] Viittaan ao. lakeja koskevaan esitykseen lainsäädännöllisten ratkaisujen osalta.

sen kannattavana riittävän kysynnän avulla. Mainituissa tilanteissa kyse on enemmän bilateraalisesta markkinavoimasta kuin perinteisestä kilpailijoihin nähden hallitsevasta asemasta. Ilmiöt kietoutuvat toisiinsa, koska riittävän kapea markkinoiden määrittely luokittelisi kaikki niistä määräämiksi asemiksi, eikä toisaalta hallitsevaa vastapuolta voi olla olemassa ilman jonkinlaista (vähintään perinteistä määräävää asemaa lähestyvää) markkinavoimaa. Pidän kyseenalaisena sitä tuleeko näissä tilanteissa ylipäätään käyttää ”kauppakumppanin mahti” -termiä Schulze Steinen tapaan. Kilpailuoikeudellisen kontrollin raja ja koko valvonnan tarve on aina liukuva, joten perinteinen käsitteistö mielestäni riittää. Tutkittavista järjestelmistä asiaa on selkeimmin pohdittu Saksassa, jossa GWB 20 §:n riippuvuusajattelu on sen eräs ilmentymä. Kuvaavaa tosin on, ettei tämä normi varsinaisesti perustu mihinkään taloudelliseen teoriaan, vaan on ollut yhteiskuntapoliittinen ratkaisu pk-yritysten aseman turvaamiseksi. Markkinoiden tehokkuuden kannalta ei näillä suhteilla ole välttämättä merkitystä, koska loppukuluttajien kannalta markkinoilla on riittävästi vaihtoehtoja. Lukuisat riippuvuussuhdeverkot voivat tosin johtaa tarjonnan kapea-alaistumiseen, kun hyvä uusi tuote ei ”systeemin” ulkopuolisena pääse myyntiin. Vastapuolen asemaa ei siten sovi unohtaa arvioitaessa markkinavoimaa ja sitä kautta hallitsevaa asemaa.[305]

Vaarana markkinavastapuolen aseman liiallisessa painottamisessa on pyrkimys markkinoiden toiminnan ”mikrohallintaan” kilpailuviranomaisten taholta. Puuttumalla esim. siihen, mitä yrityksiä jokin suuryritys saa ottaa alihankkijoikseen rajoitetaan sopimusvapautta erittäin paljon. Jo alihankkijoiden toimitusehtojen muuttaminen voi johtaa alihankinnoista luopumiseen ja toiminnan keskittämiseen takaisin ”emoyritykseen”. Suojan tarvekaan ei ole ilmeinen, koska sopimuskumppanien ”tappaminen” ei voi olla kenenkään intressissä. Yrityshän itse tarvitsee näitä vastapuoliaan ja investointihalukkuus esim. tuotantolaitteisiin tai vastaavasti tiettyyn myyntijärjestelmään romahtaa, jos sopimuskumppanina toimiminen ei ole kannattavaa.

Käytännössä määräävän aseman määrittäminen voi olla hankalaa, koska harva yritys on täysin ilman kilpailijoita – varsinkin kun mukaan lasketaan potentiaalinen kilpailu. Taloustieteen lähtökohta ”toiminnan vapaudesta” ei ole oikeus-

---

[305] Schulze Steinen s. 2–3. Tekijä viittaa saksalaiseen riippuvuuskäsitteeseen, jota pitää oman kauppakumppanin mahti -ajattelunsa kilpailuoikeudellisena sovelluksena. Ks. erityisesti s. 2 ” ’Kauppakumppanin mahdilla’ (KKM) tarkoitetaan tilannetta, jossa yrityksen … sopimusperusteinen voima on niin suuri, että yrityksellä voidaan sanoa ’otteen’ markkinavastapuolestaan …” Käytetyn käsitteen ongelmallisuutta kuvaa s. 21 esimerkki elokuvia levittävän yrityksen mahtiasemasta suhteessa elokuvateattereihin. Näissä tilanteissa voitaisiin aivan yhtä perustellusti käyttää määräävän aseman termiä, koska varsinkin pienillä kielialueilla markkinoille pääsyn esteet (tarvittavat käännöspalvelut, teattereiden sitominen sopimuksin tai omistuksen kautta) johtavat hallitsevaan asemaan kilpailijoihinkin nähden. Schulze Steinen käyttämä terminologia on sidoksissa hänen juuri tähän kysymykseen suhtautuvaan tutkimukseen ja sen kannalta sinänsä toimivaa.

Tämä tutkimus painottuu laajemmin väärinkäyttöproblematiikkaan, jonka osa riippuvuussuhteet ovat. Itse käytän jatkossa termiä riippuvuus kuvaamaan Schulze Steinen KKM -tilanteita.

tieteellisesti täysin hyväksyttävä kehäpäätelmän riskin takia. Asiaa ratkaisevan tuomarin olisi ylipäätään pystyttävä saamaan jonkinlainen olympolainen näkemys asiaan – kilpailijathan luonnollisesti argumentoivat määräävän aseman puolesta syytöksien kohteena olevan yrityksen pyrkiessä vesittämään näitä väitteitä esim. määrittelemällä markkinat erittäin laajoiksi. Hallitsevasta yrityksestä riippuvaisen alihankkijan intressissä voi toisinaan olla vastapuolen aseman korostaminen.

7.2 Rapautuuko määräävä asema?

Määräävä asema – kuten mikään inhimillisen toiminnan tulos – ei ole staattinen tila, vaan se sekä voi että muuttuu ajan kuluessa. Muutosherkkyyteen vaikuttaa monia eri tekijöitä, joista tärkeimpiä ovat tuotettavan tuotteen tai palvelun ominaisuudet (eli kuinka vakaista markkinoista on kysymys). Epävakailla markkinoilla toimiva yritys ei voi luottaa asemansa pysyvyyteen, vaan sen on joko pyrittävä markkinavoimansa avulla valtaamaan uusia markkinoita (ja pääsemään niillä määräävään asemaan) tai muutoin varauduttava kilpailun aiheuttamaan paineeseen. Jälkimmäisessä tapauksessa mahdollinen määräävän aseman hyödyntäminen on pitkälti ohimenevää. Yritys voi pyrkiä kontrolloimaan markkinoiden muutosprosessiakin, jos sen voimavarat ja markkina-asema on riittävän vahva. Näihin tilanteisiin liittyy yleensä markkinoille pääsyn esteiden korostuminen, koska muutoksen estäminen silloin, kun markkinoille tulo on mahdollista, lienee käytännössä mahdotonta.[306]

Dynaamiselta kannalta arvioinnin tulisi kohdistua yrityksen kilpailuetuihin ja -haittoihin kilpailijoihin nähden ja vastaavasti näiden mahdollisuuksiin pärjätä kilpailussa hallitsevaa yritystä jäljittelemällä tai parempia kilpailukeinoja käyttämällä. Arvioinnissa ei kuitenkaan tulisi pidättäytyä peliteoreettiseen näkökulmaan, jossa yritysten ikäänkuin oletetaan aloittavan ”pelin” tietystä ajankohdasta. Käsitteet ”aloittajan” ja ”seuraajan” etu voivat menettää merkityksensä, jos kyse on suhteellisesta, jatkuvasta edusta. Näyttö määräävästä asemasta on sitä vahvempi mitä selkeämmin yritys pystyy luomaan markkinoilla jatkuvan vahvan aseman, joka rakentuu aiempien kilpailuetujen varaan niitä vahvistaen. Nykyisten suuryritysten ollessa pitkälti monikansallisia maailmanlaajuisesti toimivia konserneja ei mielestäni edes voida olettaa kilpailuetujen välttämättä rapautuvan ajan kuluessa. Tuotantohan voidaan esim. siirtää halvempiin maihin, jatkuva tuotekehitys luo uusia menekkituotteita ja kerätyt taloudelliset voimavarat sallivat kilpailijoiden mahdollisuuksien rajaamisen. Yrityksen tuotemerkki on voinut saa-

---

[306] Geroski painottaa, ettemme tiedä kovin paljoa siitä miten nopeasti markkinat toimivat. Geroski III s. 143 ”Dominant firms do decline, but the notion that there is anything quick, systematic, or inevitable about it is doubtfull.”

Vrt. edellä olevaa markkinavoima jaksoa ja siinä käsiteltyä Areeda ym. ajattelumallia.

vuttaa sellaisen aseman, ettei vähäisemmillä voimavaroilla toimivalla kilpailijalla välttämättä ole edes halua haastaa hallitsevaa yritystä. Kilpailuetujen arviointi niiden pysyvyyden, hyödyllisyyden, haitallisuuden jne. kannalta on sangen epävarmaa, joten tällaisen arvion käyttökelpoisuus yksittäistapauksissa on kyseenalaista. Puuttumista yrityksen toimintaan voidaan pitää perustellumpana, jos sen luoma asema mahdollistaa itsenäisen, markkinoita kontrolloivan toiminnan pitkälti tulevaisuuteen. Käytännön ratkaisutasolla jouduttaneen jatkossakin turvautumaan markkinaosuuden kaltaisiin kriteereihin, jotka ovat lähinnä merkkejä todellisista kilpailueduista. Dynaamisuutta tässä näkökulmassa edustaa lähinnä markkinaosuuden pysyvyyden kautta tulevaisuuteen tehty arvio markkinoiden hallinnan jatkuvuudesta.[307]

Teknistä kehitystä on yleensä korostettu sinä kilpailutekijänä, joka mahdollistaa sekä hallitsevan aseman syntymisen että sen rapautumisen. Jos yrityksellä on tuote, jonka avulla se on määräävässä asemassa, ei yrityksellä ole tarvetta kehittää uutta vanhan tilalle. Uuden kehittäminen tapahtuu vasta silloin, kun edellisestä on saatu kaikki hyöty irti. Markkinoille pyrkivillä tai niiden reunoilla toimivilla kilpailijoilla ei ole vastaavaa tarvetta hyödyntää olemassa olevaa, vaan uutta luomalla ne voisivat saavuttaa itse hallitsevan aseman. Hallitseva yritys voi kuitenkin saada niin vahvan aseman markkinoilla, että tutkimus suunnataan sen tarpeiden mukaan. Tutkimuksen suuntautumiseen ainakin osittain asiakkaiden tarpeiden mukaan viittaa Geroskin Englannin markkinoita koskeva tutkimus, jossa todettiin suurta osaa keksinnöistä käytettävän muussa kuin keksinnön tehneessä yrityksessä. Keksijänä oli useinmiten pk-yritys, joten havaintojen merkitys kilpailuprosessin kannalta voi olla positiivinenkin. Lopputuloksena voi myös olla vertikaalinen ryhmä, jonka sisällä vaihdetaan luottamuksellista tietoa ryhmää hallitsevan yrityksen ehdoilla. Ilmiö ei ole haitallinen, jos markkinoilla on esim. voimakas oligopoliyritysten välinen kilpailu. Se voi muodostaa määräävää asemaa tukevan tekijän, jos mitään todellista kilpailua ei ole. Muiden yritysten pääsy markkinoille on entistä hankalampaa, jos ne eivät voi helposti saada käyttöönsä erilaisten alihankkijoiden tms. tekemiä teknisiä parannuksia, keksintöjä tms.[308]

---

[307] En yhdy Virtasen esittämään kantaan, että kilpailuetujen tulisi taloushistorian valossa aina rapautua. Joka tapauksessa eroosioprosessi voi olla niin hidas, että sen merkitys on olematon kilpailupolitiikan kannalta. Sinänsä Virtasen määräävän aseman dynaamisuuden painotukseen on syytä yhtyä. Ks. Virtanen I s. 316–317.

Vrt. Schmalensee III s. 67–68. Tekijä painottaa, ettei edes kilpailuetuihin perustumattoman määräävän aseman osalta voida arvioida kuinka nopeasti tämä asema häviää (oletuksena on, ettei asemaa voi ylläpitää). Toisaalta kilpailuedut voivat heikentyä esim. hallitsevan yrityksen ”pehmentyessä” kilpailun puuttuessa. Ks. lopputulos s. 68 ”Market dominance is not inevitably long lived but, if it is protected by substantial and continuing operating or strategic advantages, it may persist for many decades.”

[308] Geroski II s. 17–25.

Geroski ei ole teoksessaan tehnyt tekstissä esitettyä vertikaalisen ryhmän johtopäätöstä. Pidän sitä kuitenkin loogisena mahdollisuutena, jos asiakkaat / käyttäjät pystyvät vaikuttamaan tuotekehityk-

Tekninen kehitys voi korostua myös yrityksen tehokkuuden kautta. Geroski on todennut teknisen kehityksen johtavan yritysten tuottojen kasvuun verrattuna sellaisiin yrityksiin, jotka eivät kehitä tuotteitaan. Samalla kehityksen ylläpito suojaa yrityksiä talouden sykleiltä, joten niiden markkina-asema on tätäkin kautta vahvempi. Geroski kuvaa näkökulmaa teknisen kehityksen prosessinäkökulmaksi (process view of innovation), jossa painotus on kehitysprosessin yrityksen voimavaroja kehittävissä vaikutuksissa. Jos hallitseva yritys jatkaa kehitystyötä ylläpitäen sisäistä tietotaitoa, vahvistaa se samalla määräävän aseman pidentämismahdollisuuksiaan. Toisaalta kyse on taloudellisesti tehokkaasta toiminnasta, joten asiaan puuttuminen ei todennäköisesti ole hyödyllistä.[309]

Oikeudellisessa arvioinnissa mahdollisesti ohimenevä valta-asema hankaloittaa päätöksentekoa. Tarkkaan ottaen juridinen termi määräävä asema ei sisällä aikarajausta, joten väärinkäyttöön voitaisiin puuttua, vaikka yritys olisi jo menettänyt tai tulee menettämään ko. aseman. Yhteiskunnan kannalta ei voi olla hyväksyttävää ohimenevänkään väärinkäytön salliminen, jos se aiheuttaa vakavia vaurioita talouselämälle, resurssien haaskausta tms. Lähestymme tässä rikosoikeudellista ennaltaehkäisevyysajattelua, koska puuttuminen voi periaatteessa vaikuttaa muiden – mahdollisesti täysin eri markkinoilla toimivien – yritysten menettelytapoihin. Tietyssä määrin yrityksen markkina-aseman arviointi on siten sidottu kehäpäätelmään, vaikka tätä ei kovin hyväksyttävänä voida pitääkään. Viranomaisilta tai kilpailijoilta ei tule kieltää reagointimahdollisuutta ainakaan niissä tapauksissa, joissa selvänä pyrkimyksenä on hallitsevan aseman varmistaminen tai pidentäminen sekä muutoin erityisen selvä väärinkäyttö (esim. haittaamistarkoitus on osoitettavissa tai todettavissa).

Geroski korostaa markkinoiden toiminnan hitauden olevan selkeä ongelma kilpailupolitiikan kannalta. Pitkäkestoinen hallitseva asema ei välttämättä ole haitallinen, mutta jos yhteiskunnan etu on em. aseman rapautuminen (eli kilpaillumpi tilanne on tehokkaampi tms.) voi puuttuminen yrityksen toimintaan tai rakenteisiin olla perusteltua. Markkinoiden hitaus on eräs tekijä laskettaessa puuttumisen aiheuttamia kustannuksia. Nopeasti ohimenevään tilanteeseen ei kannattaisi puuttua, koska saavutettu hyöty ei vastaa kustannuksia. Pitkälle tulevaisuuteen ulottuva väärinkäyttö tekee viranomaisreaktiosta oikeutetun, jos markkinoiden toiminnan tehostuminen tuottaa yhteiskunnalle enemmän kuin puuttumiskustannukset. Kuta pitempään yritys voisi jatkaa kilpailuprosessin hidastamista tai monopolivoittojen keräämistä, sitä suuremmaksi yhteiskunnan etu reaktiosta muodostuu. Arviointia vaikeuttaa se, etteivät muutokset välttämättä ole pysyviä,

---

sen suuntaan. Talouspoliittisesti Geroski kuitenkin suosittaa nimenomaan tuotekehityksen vertikaalista tarkkailua horisontaalisen tarkastelun sijasta. Sopiva yksikkö teknisen kehityksen kannalta olisi hänen mielestään kehitystyötä tekevien yritysten ”network”, joten Geroskin kilpailupoliittiset johtopäätökset lienevät samankaltaisia. Pelkkää yrityksen kokoa ei voida pitää kehitystä edistävänä tekijänä. Ks. tältä osin Geroski II s. 159–161.

[309] Geroski II s. 126–128 (tekijän johtopäätökset).

eli yritys voi esim. uuden keksinnön tai markkinoille pääsyn esteen kautta jälleen vahvistaa markkina-asemaansa.[310]

Vielä ristiriitaisemmaksi arviointi muuttuu, kun Geroskin tapaan kysytään ”Rapautuuko määräävä asema ajan myötä?” sijasta ”Miksi se ei rapaudu?” Tekijän mielestä hallitsevalla yrityksellä on intressi ylläpitää tätä asemaa. Tällöin puolustustoimiin ryhdytään, jos tilanne koetaan uhkaavaksi eli yritykseen kohdistuu vähintään potentiaalista kilpailua. Geroski päätyy painottamaan säännöllisen ja innovatiivisen markkinoille pyrkimisen olevan kilpaillun ympäristön tärkein perusta. Kilpailulla ei tällöin tarkoiteta markkinoille pääsyn esteiden puuttumista, koska näitä selvästi on, ja niitä myös hyödynnetään markkinoille tulon tai markkinoiden sisällä liikkumisen estämiseksi. Lopputulos on sikäli nurinkurinen, että määräävässä asemassa oleva yritys, johon ei kohdistu kilpailua menettää tämän aseman todennäköisemmin kuin kilpailun kohteena oleva. Kilpailupolitiikka ja erityisesti väärinkäyttökontrolli on kuitenkin useinmiten suunnattu juuri erilaisia markkinoille pääsyn esteiden luomismenetelmiä vastaan. Samalla pyrimme estämään hiljaiseloa viettävää yritystä keräämästä monopolivoittoja. Tulisiko hallitsevat yritykset pakottaa hiljaiseloon, jotta niiden markkinavoima heikentyisi? Kysehän on itse asiassa kilpaillusta tilanteesta, koska hallitseva yritys ei voi toimia muista riippumatta. Kilpailupoliittinen ongelma on lähinnä siinä, kuinka toimivaa tällainen ”torjuntakilpailu” on, ja voisiko puuttuminen tuottaa paremman lopputuloksen kuin markkinoiden toimintaan luottaminen.[311]

7.3 Määräävän aseman väärinkäyttö / hyödyntäminen ja sen taloudellinen merkitys

Määräävää asemaa voidaan tarkastella eri puolilta. Yhteiskunnan kannalta joudutaan arvioimaan lähinnä markkinoiden toiminnan tehokkuutta, ja sitä hyötyvätkö yhteiskunnan jäsenet mahdollisimman tasapuolisesti yritystoiminnassa syntyvästä taloudellisesta hyödystä. Potentiaalisten ja todellisten kilpailijoiden kannalta kysymys on pääsystä jakamaan niitä ylisuuria voittoja, joita määräävässä asemassa olevan yrityksen koetaan saavan. Itse tässä asemassa olevan yrityksen kannalta

---

[310] Geroski III s. 143–144. Tekijä toteaa näytön viittaavan pikemminkin siihen, ettei määräävä asema rapaudu nopeasti, systemaattisesti tai pysyvästi. Ks. em. lähde s. 144–151.

[311] Geroski III s. 159–162 sekä lopputulema s. 162 ”The hypothesis that this line of reasoning leads one to is the following: *dominant firms decline when they become sleepy and thus vulnerable to a sudden, innovative entry challenge; and they become sleepy when they have not, over a reasonable period, faced such types of challenge*.”

On huomattava, ettei Geroski esitä kilpailupolitiikan suuntaamista em. hypoteesin mukaan, vaan tarkastelun kohteena on ainoastaan se miksi hallitseva asema voi joissain tapauksissa jatkua hyvin pitkään. Hypoteesi toki johtaa siihen esittämääni ajattelumalliin, ettei puuttuminen ole välttämättä perusteltua, jos kyse on itse asiassa kilpaillusta tilanteesta.

kyse on tehtyjen ehkä huomattavienkin investointien kattamisesta sekä riittävän suuren osingon tuottamisesta omistajille, jotta nämä olisivat halukkaita investoimaan toimintaan myöhemminkin. Lisäksi yritys voi varautua tuleviin investointeihin omavaraisuusastetta nostamalla tai varoja rahastoimalla. Vähemmän legitiiminä pyrkimyksenä voi olla yksinkertaisesti suurten voittojen tavoittelu. Hyväksyttävien ja ei-hyväksyttävien päämäärien erottaminen ei käytännössä ole mahdollista, koska molemmat johtavat ulkoisesti samaan lopputulokseen (so. yritys joko kerää niin suuren voiton kuin markkinatilanne sallii tai mihin se muutoin pyrkii).

Hallitseva asema vaikuttaa markkinoihin sekä tuotannontekijöiden jakautumisen että tehokkuushäviöiden kautta. Nk. X-tehottomuuden (X-ineffiency) väitetään olevan seurausta yrityksen tyytymisestä saavutetun aseman hyödyntämiseen, jolloin kilpailun paineen puuttuessa yritykselle aiheutuu tehokkuushäviöitä. Yrityksellä ei ole tarvetta tehostaa tuotantoaan, vaan ajan kuluessa työvoimaa voidaan palkata liikaa, raaka-aine häviöistä ei välitetä jne. Seurauksena on kustannustason nousu kilpailtuun tilanteeseen verrattuna. X-tehottomuutta voi aiheuttaa organisaation muuttuminen vaikeasti hallittavaksi, ja Scherer ym. toteavat tehottomuutta esiintyvän enemmän monitoimialakonserneissa kuin erikoistuneissa yrityksissä. Väitetyn tehohävikin mittaaminen ei ole helppoa ja koko käsite on osittain kiistanalainen.[312]

Hallitsevan aseman aiheuttaman tehottomuutta ovat myös sen puolustamisesta aiheutuvat kustannukset. Markkinoille pääsyn esteisiin, kuten mainontaan tai varakapasiteettiin, käytetään voimavaroja, joita ei kilpaillussa tilanteessa tarvittaisi. Rajan vetäminen ylenmääräisen varojen käytön ja tavallisen kilpailuun liitty-

---

[312] Scherer ym. toteavat kilpailun paineen yleisesti ottaen tehostaneen yritysten toimintaa. X-tehottomuutta on siten olemassa, mutta sen yhteyksistä markkinavoimaan ei vielä tiedetä riittävästi. Ks. Scherer ym. s. 668–669, 672 ”The evidence is fragmentary, but it points in the same general direction. X–inefficiency exists, and it is more apt to be reduced when competetive pressures are strong than when firms enjoy insulated market positions”; Utton ei ota yksiselitteistä kantaa, mutta hänen viitattujen tapausten perusteella hän tuntuu pitävän X-tehottomuutta merkittävänä tekijänä. Ks. Utton s. 23–24.

Vrt. Stigler II s. 213–216. Tekijä katsoo ensinnäkin kyseessä olevan liian yksipuolisen näkökulman. Motivaation puutetta on lähestyttävä sen kustannuksista ja tuotosta käsin. Kyse ei ole Stigler'n mielestä hukkaan menevästä tuotosta, vaan siitä, että tuotetaan jotain muuta (eli esim. työntekijä tuottaa itselleen vapaa-ajasta saatavaa hyötyä). Stigler lukee motivaation osaksi tuotantotekniikkaa (hän tarkoittanee esim. valintaa automaation ja muun työnteon välillä sekä esim. miten kyvykkäitä johtajat ovat jne.). X-tehottomuudella lähinnä kätketään kysymys siitä, onko yritys saavuttanut optimaalisen tuotantotekniikan ja mikä tämä olisi. Stigler hylkää ajatuksen siitä, että monopoli ei pyrkisi voiton maksimointiin, koska tätä väitettä ei hänen mielestään ollut osoitettu toteen. Myöskään markkinoille tulevat uudet yrittäjät eivät automaattisesti johda tuotannon tehostumiseen, koska keskustelussa on sivuutettu ongelma siitä, mistä riittävän tehokkaat uudet yrittäjät tulevat. Stigler tarkoittanee viimeksi mainitulla sitä, että tuotannon tehostaminen entisestään edellyttäisi uusien yritysten olevan hallitsevaa yritystä tehokkaampia.

Stigler'n lähestymistavan puutteena voidaan pitää hänen esittämiensä väitteiden yksipuolisuutta. Mittapuun puuttuminen on toki ongelma, joka pakottaa arvioimaan X-tehottomuutta jonkinlaisen oletetun tehokkuus-skaalan mukaan, mutta selvä poikkeama tehokkuushuipusta pitäisi tällöinkin olla havaittavissa.

vän toiminnan välillä ei ole helppoa, koska esim. oligopolissa yritykset periaatteessa vain reagoivat toistensa toimiin. Ilman ulkopuolista säätelyä mitään ideaalitasoa tuskin voidaan saavuttaa ja säätelykään ei ole ilmaista![313]

Määräävää asemaa ei sinänsä yleensä ole kielletty, mutta sen väärinkäyttöä pidetään markkinoiden kannalta haitallisena ja tähän tulee tietyissä tapauksissa reagoida. Taloustieteelliseltä kannalta tällöin on kysymys joko monopolistisista voitoista, pyrkimyksestä pitää markkinat suljettuna tai ulottaa määräävä asema uusille markkinoille. Yritys voi pyrkiä samanaikaisesti jokaiseen em. päämääristä, jolloin väärinkäytöksi luokiteltavan toiminnan erottuminen vaikeutuu, koska mitään yksittäistä toimintatapaa ei välttämättä käytetä. Toimintaa voidaan arvioida mm. vertailumarkkinoiden avulla eli vertaamalla monopolimarkkinoita niitä mahdollisimman paljon (tuotteen tms. osalta) muistuttaviin kilpailtuihin markkinoihin. Käytännössä vertailusta ei liene suurtakaan hyötyä, eikä talousteoriassa käsittääkseni edes pohdita tätä Saksan oikeudessa lähinnä 1970-luvulla esille noussutta mahdollisuutta. Tosiasiallisiin seikkoihin perustuvien monopolien (nk. luonnollinen monopoli) osalta on jouduttu kehittämään erilaisia kriteerejä mm. kohtuullisten toimitusehtojen ja -hintojen arvioimiseksi, koska tällöin ei edes vertailumarkkinoita välttämättä ole.

Terminologisesti sanaa ”väärinkäyttö” voidaan mielestäni pitää perusteltuna, koska yrityksen toiminta menee pidemmälle mitä markkinat kilpailluissa olosuhteissa sallisivat tai mikä edes kilpailun puuttuessa on hyväksyttävää. Yrityksen itsensä kannalta on aina kyse saavutetun aseman hyödyntämisestä tai turvaamisesta eikä termi tältä kannalta ole perusteltu. Niskanen pitää ongelmallisena sitä, että termi johtaa siihen vaikutelmaan, että käyttäytymisen muoto on vaikutuksia tärkeämpää. Oikeudelliselta kannalta tarkasteltuna tätä ongelmaa lisäävät osittain eri oikeusjärjestelmissä omaksutut esimerkkiluettelot. Kun taloustieteessä ei kuitenkaan ole voitu tarkkaan määritellä niitä tilanteita, joissa ”hyväksikäyttöön” pitäisi puuttua, ei lainsäätäjillä ole oikeusvarmuuden kannalta muuta mahdollisuutta kuin käyttää jonkinasteisia esimerkkejä.[314]

Puututtaessa määräävän aseman väärinkäyttönä pidettävään hintaan voidaan itse asiassa pitkittää tämän aseman vaikutuksia. Tällöinhän kilpailijoiden kannustimena toimiva houkutin (kuten ylisuuret voitot tms.) pienenee. Lyhyen aikavälin edusta voi siten aiheutua pitemmän aikavälin haitta. Virtanen huomauttaa tästä vaarasta todeten hintajohtajankin joutuvan pitkällä aikavälillä huolehtimaan tehokkuudestaan, jos mielii asemansa säilyttää. Hänen artikkelissaan esittämänsä kanta on ilmeisesti suunnattu vain hintoihin eikä sitä mielestäni saa suoraan laajentaa muihin kilpailutekijöihin. Käytettäessä asiakkaiden kannalta epäedullisia sopimusehtoja tai diskriminoitaessa heitä ei yrityksen kilpailijoiden markki-

---

[313] Scherer ym. s. 672–674.

[314] Vrt. Niskanen s. 57. Niskasen mielestä ei taloudellisessa analyysissä ylipäätään tulisi käyttää termiä väärinkäyttö vaan ainoastaan hyväksikäyttö.

noille pyrkimisen kannustimia voi pitää niin selvinä, että kilpailuviranomaisten ”antaa olla” -politiikkaa voisi pitää perusteltuna.[315]

Areeda ym. eivät hyväksy monopolihintoihin puuttumista missään tapauksessa. Puuttuminen paitsi poistaa markkinoille tulo signaalin myös estää tehokkuusedusta nauttivia yrityksiä hyötymästä omista kyvyistään. Hyötymisen estäminen samalla vähentää halukkuutta tehostaa toimintaa, kehittää tuotteita tms. Hintakontrollin hyväksyminen ei johtaisi positiivisiin tuloksiin, koska emme pysty määrittämään mikä olisi se oikea hinta, jonka monopoli saa periä tuotteestaan.[316]

Määräävän aseman hyödyntäminen on sallittua, jos väärinkäytön raja ei ylity. Hinnan osalta nämä tilanteet liittyvät tyypillisesti nk. laillisiin monopoleihin (patentit, mallioikeudet jne.), mutta käytännössä hintatasoa voidaan pitää jonkin verran kilpailtuja markkinoita korkeammalla ilman kilpailuviranomaisten reagointia. Raja on liukuva, eivätkä yritykset yleensä pyri maksimaalisiin voittoihin, vaan esim. etukäteen lasketun tuoton avulla saamaan kohtuulliseksi katsomansa hyödyn tilanteesta. Väärinkäyttönä ei voida pitää sellaista tilannetta, jossa yrityksen menettely olisi mahdollista ilman määräävää asemaa. Toisaalta väärinkäyttöä voi olla menettely, joka muun yrityksen tekemänä ei sitä olisi, jos se perustuu em. aseman hyödyntämiseen. Esimerkkinä on tilanne, jossa yritys luo yksinmyyntijärjestelmän, joka sen määräävän aseman takia käytännössä sulkee muut markkinoilta.

Talousteorian valossa on mielestäni avointa minkäasteista yhteyttä aseman ja toiminnan välillä voidaan vaatia. Minkään oikeudellisen syy-yhteysopin kaltaisen mallin luominen ei ole järkevää. Esim. markkinoille pääsyn strategisia esteitä ajateltaessa ei ole todennäköistä, että esteitä voisi tehokkaasti luoda ja hyödyntää kuin markkinoita jollain lailla hallitseva yritys. Tällöin tarkastelun painopiste siirtyy pitkälti menettelyn seurauksiin, mikä lienee tavanomaisin näkökanta taloustieteessä. Sallitun ja kielletyn raja sekä liittymä markkinavoimaan on siten lähinnä aseman hallitsevuudesta seuraava kilpailukeinon haitallisuus markkinoiden toiminnalle. Syy-yhteyden tulisi vallita näiden seurausten ja markkinavoiman eikä suhteessa käytetyt kilpailukeinot ja seuraukset / markkinavoima. Pelkkä seurausten painottaminen johtaisi kategorisiin kieltoihin, jotka todennäköisesti haittaisivat kilpailluilla markkinoillakin toimivia yrityksiä.

Oligopolin muodostamat markkinat ovat määräävän aseman osalta sikäli ongelmallisia, ettei niistä voi etukäteen tietää vallitseeko markkinoilla sangen kova kilpailu vai toimivatko yritykset yhteistyössä. Kuta tiukempi oligopoli on (ts. kuta vähemmän suuria yrityksiä markkinoilla toimii), sitä todennäköisemmin ne pääty-

---

[315] Virtanen II s. 356.

[316] Areeda ym. Vol III s. 148–150. Tekijät eivät lainkaan pohdi täysin suojatun monopolin mahdollisuutta rajoittaa pysyvästi tuotantoaan ja pitää hinnat korkeana. Argumentti oikean hinnan arvioinnin vaikeudesta sopii toki näihinkin tilanteisiin.

vät jonkinlaiseen – ehkä hiljaiseen – yhteistoimintaan. Laajemman oligopolin osalta voidaan olettaa markkinoilla kilpailtavan ainakin tuotteen laadulla tai mainonnan avulla saavutettavalla tuotteen erottuvuudella. Toisaalta tiukassa oligopolissa kilpailu voi olla hyvinkin raakaa, jos yritykset pyrkivät saamaan etulyöntiaseman toisiinsa nähden. Kyse on vangin pulmasta, jossa yritys saisi suurimman voiton, jos se yksin hintojen laskun tms. avulla saisi kaikki asiakkaat itselleen. Sen on kuitenkin huomioitava muiden oligopoliyritysten reaktio, jolloin kaikkien yritysten hintojen laskeminen johtaa jokaisen kannalta lähtötilannetta epäedullisempaan tilanteeseen. Yhteistyö ei johda yhtä suuriin voittoihin kuin yksin tehty hintojen lasku (jota muut eivät seuraa), mutta siitä ei aiheudu yrityksen kannalta yhtä suurta vahinkoakaan kuin yleisestä hintojen laskusta. Ongelmaksi muodostuu markkinoiden ja kilpailuoikeuden kannalta se, että aina ei voida varmuudella sanoa, onko jokin hintataso seurausta yhteistyöstä vai kaikkien tekemästä hinnanlaskusta. Pyrkimyksenähän ei saa olla hintojen muutosten estäminen, vaan markkinoiden kilpailuun perustuvan toiminnan varmistaminen. Oikeudellista ratkaisua tehtäessä olisi siten kyettävä arvioimaan mistä hinnan muutos johtuu. Itse yrityksen kannalta kysymys on toimintastrategian valinnasta, johon vaikuttaa yrityksen arvio muiden reaktioista.

Oligopolien arviointia vaikeuttaa symmetrisen ja asymmetrisen oligopolin markkinakäyttäytymisen erot. Edellisessä kilpailu saattaa olla ajoittain hyvin kovaa, jos joku yrityksistä pyrkii hintakilpailun tms. kautta laajentamaan markkinaosuuttaan. Tällöin on olemassa todellinen riski hintasodasta. Todennäköisimmin tilanne rauhoittuu jonkinlaiseksi hiljaiseksi yhteistyöksi, jossa hintatasosta päätetään yhteydenottojen, hintalistojen tms. perusteella tai seurataan tiettyä hintajohtajaa. Asymmetrisessä oligopolissa sen johtaja (jonka markkinaosuus on muita yrityksiä merkittävästi suurempi) toimii hintajohtajana. Muilla yrityksillä ei juuri ole mahdollisuuksia haastaa tätä yritystä, koska se pystyisi kestämään hintasotaa huomattavasti niitä kauemmin (varsinkin jos kysymys on konglomeraattiyrityksestä, joka voi muiden toimialojensa voitoilla rahoittaa tappiollistakin toimintaa).[317]

Määräävän aseman hyödyntäminen / väärinkäyttö johtaa markkinoiden toiminnan vääristymiseen. Hintataso voi olla tavallista korkeampi, jolloin tietty osa kuluttajista ei osta tuotetta, vaikka kilpaillulla hinnalla sen hankkisivat (so. kysymyksessä on monopolin omainen käyttäytyminen). Samalla tuotanto jää alle optimaalisen tason, koska lisätuotanto johtaisi hinnan laskuun mitä yritykset eivät halua.[318]

---

[317] Blair s. 498–508. Kirjoittaja viittaa USA:n senaatin kuulusteluihin, joissa yritysjohtajat yleensä totesivat seuraavansa alan hintoja sekä ylös- että alaspäin. Myös hintajohtajaa tehokkaammat yritykset nostivat hintojaan tämän mukaisesti, vaikka ne olisivat voineet pyrkiä laajentamaan markkinaosuuttaan sen kustannuksella. Syyksi Blair arveli juuri hintajohtajan suuremmat resurssit.
[318] Ks. tältä osin esim. Blair s. 523–550 (Ch. 20).

Määräävän aseman väärinkäytön arvioinnin hankalimpia piirteitä on se, ettei ilmiötä ole pystytty tarkkaan rajaamaan. Erittäin kovalta kilpailulta vaikuttava tilanne voi arvioinnissa paljastua vain monopoliyrityksen pyrkimykseksi poistaa kilpailijat markkinoilta hinnoittelemalla tuotteet niin alas, ettei markkinoilla toimiminen enää kannata. Moralistiselta kannalta voimme tällöin heti todeta, että kysymys on selkeästi kiellettävästä ilmiöstä. Mutta onko näin? Markkinathan eivät ole olemassa kilpailijoita varten, vaan yhteiskunnan kannalta kysymys on tavaroiden tuottamisesta mahdollisimman edullisesti. Kaikkien ratkaisujen tulisi viime kädessä hyödyttää kuluttajia. Yrityksen joutuessa sellaiseen tilanteeseen, että se esim. markkinoiden houkuttavuuden takia – varsinkin, jos tuote teknisesti koko ajan kehittyy – joutuu jatkuvasti pelkäämään potentiaalisten kilpailijoiden tuloa markkinoille, ei alihinnoittelu voi käytännössä jatkua loputtomiin. Tällöin ovat usein kysymyksessä laajenevat markkinat eikä yksi isokaan yritys voi ilman patenttien tms. laillista suojaa estää muiden pääsyä erittäin tuottoisille markkinoille! Esimerkkinä tämäntapaisesta tilanteesta voidaan pitää Intelin valta-asemaa mikroprosessori-markkinoilla. Kaikki yleensä tuomitsevat tai ainakin paheksuvat tilannetta, jossa valtaosa maailman prosessoreista on Intelin valmistamia. Kuitenkin Intel on joutunut vuosi vuodelta kehittämään uusia tuotteita ja mikrojen kokonaishinnat ovat suorastaan romahtaneet esim. 1980-luvun lopulta. Kuluttajien kannalta kehitys on ollut hyödyllinen ja siihen puuttuminen pelkästään joidenkin yritysten suojaamiseksi esim. työllisyyspoliittisilla perusteilla voisi olla pitemmällä aikavälillä erittäin haitallista. Kotimaisena esimerkkinä Nokian asema Suomen kansantaloudessa on jo niin vahva, että tulevaisuudessa mahdollisesti perusteltukin puuttuminen voi jäädä tekemättä. Emme edes pysty arvioimaan milloin kehitys päättyy, koska eri tietotekniikkamarkkinoiden laajenemiselle ei ole ainakaan vielä ennustettu selvää loppua tai edes hiipumista.

Yritysten päästäminen liian hallitsevaan asemaan suhteessa muuhun yhteiskuntarakenteeseen voi aiheuttaa puhtaasti taloudellisen tarkastelun ja tähän liittyvän tehokkuusarvioinnin ulkopuolisia ongelmia. Riittävän vahva monikansallinen tai kansallinen yritys voi saada poliittista vaikutusvaltaa uhkaamalla investointien jäädyttämisellä, työpaikkojen siirtämisellä muualle ja tarjoamalla poliittisille johtajille tukeaan esim. vaalirahoituksen muodossa. Suuryritysten demokratialle luomaa uhkaa ei tule sivuuttaa, koska riittävän laaja markkinoiden hallinta voi johtaa suunnitelmatalouden kaltaiseen tilanteeseen, jossa suunnittelijoina ovat valtion sijasta suuryritykset. Vähäinen ja epäsäännöllinen vaikutus ei vielä vaikuttane yhteiskunnan perustaan haitallisesti, mutta laajasti markkinoita hallitseva ”yritysoligarkia” voisi tähän johtaa. Virtanen huomauttaa osuvasti, ettei läheskään kaikki markkinoiden hallinta johda tai edes voi johtaa talous- ja yhteiskuntajärjestelmää uhkaaviin mittoihin. Jos näin olisi, tulisi määräävä asema kieltää kokonaan sen taloudellisista hyödyistä riippumatta.[319]

---

[319] Virtanen I s. 324. Tekijä varoittaa suuryritysten pyrkimyksestä vaikuttaa demokraattiseen päätöksentekoon mainitsematta tosin mitään suomalaisia tai EU:n aluetta koskevia esimerkkejä. Käytän-

Yrityksen puolustaessa saavuttamiaan kilpailuetuja joudutaan hankaliin rajanvetotapauksiin. Kaikkia puolustuskeinoja ei voida kieltää, koska muutoin kiellettäisiin käytännössä itse asemaan pyrkiminenkin ja samalla estettäisiin kilpailun dynaamisuutta. Yritys voi harhauttaa muita luulemaan, ettei kilpailu kannata, koska se on teknologisesti tai muilta voimavaroiltaan muita parempi. Se voi pyrkiä tosiasiallisesti vahvistamaan asemaansa, voimavarojaan tai teknistä tietämystään. Kilpailuprosessiin liittyy tietyssä määrin informaation epätäydellisyys, jolloin menestyksekästä hämäystäkään ei voida suoraan tuomita markkinoiden toiminnan vastaisena.[320]

Yritys voi pyrkiä estämään uusien yritysten tuloa sen hallitsemille markkinoille. Tällöin voidaan käyttää useita erilaisia keinoja aina alihinnoittelun uhasta ylikapasiteettiin. Oikeudellisessa mielessä osa keinoista on sellaisia, ettei niihin ole käytännössä mahdollista puuttua. Yritys voi esim. rakentaa huomattavan ylikapasiteetin tai uhrata huomattavia summia mainontaan. Näihin toimiin puuttuminen johtaisi helposti yrityksen toiminnan jatkuvaan säätelyyn, mikä ei ole väärinkäyttönormien tarkoituksen mukaista eikä taloudellisesti järkevää kontrollista aiheutuvien kustannusten ja markkinoiden ohjailusta seuraavan kilpailun sivuuttamisen takia. Yksittäistapauksiin voidaan mahdollisesti puuttua, jos voidaan osoittaa selvä kilpailun vastainen motiivi tai seuraamus. Asiaa hankaloittaa se, ettei taloustieteessä ole pystytty luomaan yksiselitteistä teoriaa siitä, miten markkinoille pääsyn esteet itse asiassa vaikuttavat.[321]

7.4 Reagointitavat

Lainsäädäntö antaa hyvin avoimet kädet lainkäyttäjälle todetuissa väärinkäyttötapauksissa. Väärinkäyttö on pyrittävä kieltämään tai lopettamaan. Menettelyn kieltäminen on järkevää niissä tilanteissa, joissa se on jo vapaaehtoisesti lopetettu tai joissa väärinkäytön vaikutuksia ei joko tarvitse tai ei voida poistaa. Kieltotuomion päämäärä on lähinnä sen varmistaminen, ettei menettelyä uudisteta. Mikäli yritys on jo aiheuttanut markkinoiden rakenteen tai toiminnan vääristymisen, ei pelkkä kielto välttämättä palauta ”kilpailtua” tilannetta (so. edes niin tehokasta kilpailua kuin markkinoilla oli ennen väärinkäytön aloittamista). Tosin markkinoille pääsyn estävän menettelyn kieltäminen johtaa oletettavasti kilpailun

---

nön tietojen kerääminen lieneekin tältä osin sangen hankalaa, koska sekä yritykset että poliitikot haluavat salata vaikutuskanavat niin pitkälti kuin mahdollista. Tässä yhteiskunnallisessa kentässä lehdistön ja yhteiskunnallisen muun informaation (julkisuusperiaate jne.) merkitys korostuu puhtaasti kilpailuoikeudellisia keinoja enemmän. Tutkimukseni painottuessa enemmän väärinkäytön oikeudellisiin puoliin sivuutan pitkälti yhteiskunnallisen aspektin sitä täysin unohtamatta.

[320] Virtanen I s. 323–324.

[321] Virtanen I s. 325.

aktivoitumiseen, jos hallitseva yritys ei pysty rakentamaan muita strategisia esteitä ja rakenteesta johtuvat luonnolliset esteet eivät estä markkinoille tuloa. Peliteoreettisesti ajatellen kielto ei markkinoille tulon estämisen osalta riitä, jos muita tapoja on olemassa ja yritys on saanut sellaisen maineen, että se myös käyttää niitä. Kieltohan on jälkikäteinen reaktio, jolloin markkinoille pyrkivä yritys on jo kärsinyt vahinkoa.

Termi väärinkäytön lopettaminen voidaan tulkita suppeasti, jolloin se vastaa lähinnä menettelyn kieltämistä. Laajempi, käytössä oleva tulkinta tarkoittaa lopettamisella niitä toimia, joilla väärinkäytön haittavaikutus pyritään poistamaan. Lähtökohtana on tällöinkin kielto, mutta yritys voidaan määrätä toimimaan tietyllä tavalla, jos mikään muu ratkaisu ei johtaisi väärinkäytön loppumiseen. Tätä argumenttia on käytetty toimituskieltotapauksissa perusteluna hallitsevan yrityksen toimitusvelvollisuudelle. Pelkkä kielto ei johtaisi mihinkään, koska siitä ei synny suoraa velvollisuutta toimittaa tiettyä määrää tuotetta.

Varsinkin EU-oikeuden osalta on noussut esille kysymys hallitsevan yrityksen velvollisuudesta huolehtia markkinoilla vielä olevasta kilpailusta. Tämä asettaa kysymyksen siitä, voidaanko määräävä yritys pakottaa ”suosimaan” kilpailijoitaan. Pisimmälle vietynä tämä voisi tarkoittaa hintatason asettamista kilpailijoiden kannalta sopivaksi, tarpeellisen teknisen tietämyksen julkistamista tai kilpailullisista reaktioista pidättäytymistä (esim. markkinoille tulotapauksissa hallitseva yritys ei saisi ryhtyä markkinointikampanjaan tms.). Vaarana on se, että liu’umme suojaamaan yksittäisiä yrityksiä tai esim. pk-yrityksiä markkinoiden toiminnan kustannuksella. Muutoinkin ”markkinoista huolehtimisvelvollisuutta” voidaan pitää kiistanalaisena, koska hallitsevan aseman ollessa sinänsä sallittu ja luonnollinen tavoite yrityksille, olisi vastoin tätä sallivaa kantaa käytännössä pakottaa yritys luopumaan tästä asemasta. Lopputulos voisi olla se, ettei tekniseen kehitykseen panostettaisi riittävästi saavutetun normaalisti ohimenevän nk. prosessuaalisen monopolin merkityksen vähentyessä.[322]

[322] Viittaan Fleischer’n määritelmään ”markkinarakennevastuusta”. Ks. Fleischer s. 68 ”Damit (viitataan em. vastuuseen) verbindet sich die Vorstellung, daß ein Unternehmen ab einem bestimmten Grade von Marktmacht auf die kompetitive Struktur des Marktes Rücksicht nehmen und sich in seinem Geschäftsgebaren kompetetive aggressiver Wettbewerbsstrategien enthalten müsse.”

8. YRITYS TALOUSTIETEELLISENÄ JA KILPAILUOIKEUDELLISENA TOIMIJANA

Kilpailuoikeuden lähtökohtana on taloudellisen kilpailun edistäminen, ja sen subjektit on rajattava tätä seikkaa silmällä pitäen. Tavalliset kansalaiset kilpailevat keskenään esim. työmarkkinoilla, mutta tähän ei kilpailuoikeutta sovelleta, koska sitä ei pidetä taloudellisena yrittämisenä. Lisäksi kansalaiset vaikuttavat kilpailutilanteeseen kuluttajina, mutta tähänkään toimintaan ei sovelleta kilpailuoikeutta. Julkinen valta vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin monilla tavoin. Osittain se itse kilpailee markkinoista myydessään tuotteita, mutta toisaalta se voi lainsäädännöllä, infrastruktuurin kehittämisellä, sekä välillisillä ja välittömillä tuilla vaikuttaa markkinoihin.[323]

Varsinainen toimija markkinoilla on yritys. Tällä käsitteellä on omat merkityksensä eri oikeudenaloilla aina vero-oikeudesta yhtiöoikeuteen. Kilpailuoikeudessa yritys-käsite on yleensä laaja eikä sitä voida suoraan johtaa muiden oikeudenalojen vastaavista käsitteistä. Periaatteessa se kattaa kaiken itsenäisen yritystoiminnan aina yhden miehen yrityksestä monikansalliseen konserniin. Oikeudellinen yritysmuoto ei ole ratkaiseva, vaan se, että toiminta vaikuttaa kilpailuun. Tällöin toimijaa pidetään yrityksenä, ellei toiminta ole täysin valtion tms. määräämää (esim. julkisen vallan käyttöä). Valtion liiketoimintakin kuuluu tämän käsitteen piiriin, vaikka sitä usein koskevat eri normit kuin yksityisyrityksiä.[324]

Taloustieteessä yrityskäsitettä ei välttämättä lainkaan määritellä, vaan yritys nähdään markkinoilla toimivana perusyksikkönä (so. neoklassisen teorian nk. musta laatikko). Yrityksen tarkoitukseksi nähdään yleensä vain rahan ansaitseminen omistajille. Coasen mukaisesti voidaan tätä näkökulmaa kritisoida, koska yrityksen perustaminen, laajentaminen ja supistaminen tarvitsevat aina jonkin perusteen. Uuden tytäryhtiön tms. perustamista voidaan pitää mielekkäänä, jos sitä kautta hoidetaan jokin tehtävä markkinoita tehokkaammin. Vertailukohtana ovat tällöin yrityksen sisäiset transaktio- tai hallinnoimiskustannukset ja sen ulkopuoliset, sekä tuotannontekijöiden ostoon että valmiiden tuotteiden tms. myyntiin liittyvät, transaktiokustannukset.[325]

Yrityskoon ja markkinavoiman kasvun kannalta mielenkiintoinen on Coasen jo vuonna 1937 esittämä arvio, jonka mukaan tekninen kehitys voi johtaa suurem-

---

[323] Goyder s. 87; Saksan osalta Rittner s. 117; Suomen osalta ks. mm. KM 1952:33, jossa työvoiman kysyntä jätettiin komitean ehdottaman lain ulkopuolelle, koska työmarkkinoiden toimintaan liittyvät ongelmat olivat enemmän yleissosiaalisia ja asia oli järjestetty poliittisesti ja oikeudellisesti jo omilla järjestelyillään.

[324] Rinck s. 241; Rissanen ym. s. 35–34; Rittner s. 116 (lähinnä Saksan oikeuden osalta).

[325] Vrt. Begg ym. s. 96–97. Kirjoittajat lähinnä esittelevät Englannissa käytettävät yritysmuodot puuttumatta mitenkään niiden taloudelliseen merkitykseen. Kuvauksen tarkoitus on lähinnä painottaa eri yritysmuotojen soveltuvan eri tarkoituksiin (pääomatarpeen mukaan tms.), s. 101–102, jossa painotetaan yritysten päätarkoituksen olevan rahan ansaitseminen omistajille.; Coase I s. 37–47, jossa kirjoittaja käsittelee yrityksen syntymiseen liittyviä syy-seuraussuhteita.

piin yritysyksiköihin. Suurten yksiköiden hallinnoimis- ja valvontakulut pienenevät mahdollistaen suuryksiköiden tehokkaan käytön. Koon kasvattamista voidaan pitää perusteltuna vain, jos yrityksen ulkopuoliset transaktiokustannukset (joihin kuuluu tällaisen järjestelyn epävarmuuskin) pienenevät sisäisiä vähemmän. Coase sisällyttänee yrityskäsitteeseensä osittain perinteisen yrityksen ulkopuolella pidettyjä alihankinta- tai jälleenmyyntisuhteita, kuten franchising tyyppisen toiminnan. Esitetty näkökulma on mielenkiintoinen, koska sen avulla markkinoiden globalisoitumisen ja teknisen kehityksen luoma yrityskoon kasvu asettuu osaksi taloudellisen tehokkuuden edistämistä. Coase ei tosin käsittääkseni yritäkään väittää, että kaikki yritykset olisivat vain niin suuria kuin tehokkuus vaatii. Informaation epätäydellisyyden takia yritykset lienevät pikemminkin suurempia kuin tehokkuus edellyttäisi. Selkeän empiirisen mittapuun puuttuessa ei mallin muuntaminen oikeudelliseksi normiksi liene ajankohtaista.[326]

Yrityksien voidaan katsoa syntyneen evoluutionkin pohjalta. Ratkaisevaa ei tällöin ole se, onko toiminnan sisäinen organisoiminen kaikissa tilanteissa ulkoista, pitkäaikaisiin sopimuksiin perustuvaa järjestelyä tehokkaampaa. Sisäistä organisaatiota tai toimintojen integroimista käytetään, jos tämä on keskimääräisesti osoittautunut ulkoista paremmaksi. Yrityksen kasvu on tältä pohjalta osittain sattumanvaraista, koska integroituminen ei täydellisen informaation puutteessa edes voi perustua yksityiskohtaisiin kannattavuuslaskelmiin. Yritys ei välttämättä ”disintegroi” itseään, jos myöhemmin havaitaan, että toimintojen integroiminen oli vain marginaalisesti kannattavaa tai, että se on muuttunut jopa tappiolliseksi sopimusjärjestelyihin verrattuna. Winter ei pidä näkökulmaa sinänsä ristiriitaisena transaktiokustannustarkastelun kanssa, koska näiden kustannusten vähentyminen organisatoristen uudistusten kautta johtaa menestyneimpien yritysten kasvuun ja on siten eräällä lailla eräs evoluutiotekijä. Hän ei hyväksy transaktiokustannusten ottamista analyysin perusyksiköksi, koska organisaatiomuutokset vaativat sopeutumista eikä yksittäisen kustannuskysymyksen ratkaisu vielä suoraan johda yrityksen sisäiseen kehitykseen.[327]

Demsetz’n lähtökohtana on Coasesta poiketen neoklassinen talousteoria. Hän katsoo neoklassisen teorian edellyttävän yritykseltä muutakin kuin kaavamaisen aseman eri tuotannontekijöiden ja tuotteiden kierrossa. Yrityksen perusmääritelmä on hänellä jonkin tuottaminen toisia varten. Coase on korostanut liikaa organisaation merkitystä ja hallinnoimiskulujen asemaa. Hallinnointiahan tapah-

---

[326] Coase II s. 21–22 (yrityskäsitteen osalta), 25 (teknisen kehityksen osalta).

[327] Winter painottaa yhden hyvän organisatorisen ratkaisun voivan kannattaa useitakin epäpäteviä ratkaisuja yrityksen kokonaisuudessaan kärsimättä. Ks. Winter 191–192 sekä transaktiokustannusteorian ja evoluutioteorian eroavuudesta s. 192 ”In the evolutionary view – perhaps in contrast to the transaction cost view – the size of a large firm at a particular time is not to be understood as the solution of some organizational problem. … In short a position, atop the leaque standings (viitataan Fortune listan kärkiyritykseen) is not a ’great play’. It may express the cumulative effect of many great plays; it does not exclude the possibility that there were also several not-so-great plays.”

tuu kotioloissa sekä ostajan ja myyjänkin välillä (edellinen ohjaa jälkimmäistä antamaan tietyn tuotteen hänelle eikä myyjä tällöin tarvitse ohjeita oman organisaationsa esimiehiltä). Coase on hypännyt liian suoraan yrityksen sisälle jättäen pohtimatta yrityksen merkitystä markkinoiden kannalta. Tällöin yrityksen asemaksi tulee toimia erikoistumisyksikkönä (sama yritys voi erikoistua moneen eri tuotteeseen). Transaktio-kustannusten merkitys on lähinnä siinä, että ne johtavat yritysten lukumäärän vähentymiseen ja sitä kautta erikoistumisasteen pienentymiseen. Tämä kehitys on Demsetz'n mielestä haitallista, koska se vähentää tuotantoa (jota erikoistuminen siis automaattisesti lisäisi). Yritys-käsite ei Demsetz'n mielestä edellytä edes mitään organisaatiota, vaan yksi johonkin tuotteeseen erikoistunut yrittäjä on yritys.[328]

Erikoistumisen lisäksi voidaan korostaa yhteistyön merkitystä. Yritys organisoi erilaisiin toimenpiteisiin erikoistuneen yksilöt / tuotannontekijät yhteen ja luo tätä kautta suuremman tuotannon kuin muuten olisi mahdollista. Vastaavan tapaisiin lähtökohtiin perustuu teoria yrityksestä / yrittäjästä välittäjänä (arbitrage). Yrittäjän tehtävänä on tällöin jatkuvasti etsiä uusia tulolähteitä toimien välittäjänä tuotannontekijä- ja tuotemarkkinoiden välillä. Edellytyksenä toiminnan mielekkyydelle on se, että markkinoiden välillä on jonkinlainen ero (so. tuotannontekijöiden hinta ei saa täysin vastata tuotteen hintaa), josta "välittäjä" saa palkkionsa. Tämä ajattelu edellyttää yrittäjien muuttavan toimintaansa heti eron hävitessä. Sitä voidaan pitää eräänlaisena tuotteen elinkaariajattelun ilmentymänä (so. tuotteen myynnin laskiessa alle kannattavuusrajan ei "välittäjälle" enää heru palkkiota ja toiminta on suunnattava uusiin tuotteisiin).[329]

Tästä pohdinnasta ei ole paljonkaan hyötyä oikeustieteellisen yrityskäsitteen määrittämiseksi, koska kilpailuoikeudessa yritykset ovat tavallaan ratkaisun kannalta ulkopuolisia tekijöitä, joiden sisäiseen organisaatioon, pääomarakenteeseen tai yritysmuotoon ei puututa. Taloustiedehän ei edes pyri antamaan selviä ratkaisuohjeita tältä osin, vaan kyse on markkinoiden toiminnan selvittämisestä ja yrityksen roolista tässä toiminnassa. Teorioita voidaan hyödyntää lähinnä keskittymisen syitä ja yritysten toimintaa markkinoilla arvioitaessa. Teorian merkitys korostuu sallittaessa olemassaolevien yritysten pilkkominen. Tällöin yrityksen sisäistä ta-

---

[328] Demsetz katsoo Coasen teorian voivan olla eräs peruste yritysten olemassaololle joissain olosuhteissa. Välttämättömänä hän ei sitä pidä. Ks. Demsetz s. 6 Samalla sivulla hän toteaa humoristisesti: "Management takes place in households, which, I presume, are not firms." Ks. ed. lähde s. 7–9 erikoistumisteorian perustelujen osalta ja s. 11 transaktio-kustannusten vaikutusten osalta. Vrt. Begg ym. s. 96, 101, jossa lähtökohtana on yrityksien olemassaolo vain voiton maksimoimiseksi (so. organisaatio tms. jäävät "mustaan laatikkoon").

[329] Erikoistumisteoriasta ks. esim. Gravelle ym. s. 167. Kirjoittajat huomauttavat, että klassinen yritys-käsite on erikoistumisen ja yhteistyön lisäksi sidottu tiettyyn organisaatioon ja tiettyihin omistusoikeuksiin. Pelkkä tuottajien yhteistyö vailla mitään organisaatiota, jossa kaikki omistaisivat "yhteistyössä" tuotannon tekijät jne., ei ole klassisen teorian tarkoittama yritys.

Välittäjäteoriasta ks. esim. Oberender II s. 66. Kirjoittaja painottaa välitystehtävän olevan periaatteessa väliaikainen ja tasapainon löytyessä yrittäjän tulisikin etsiä uusia mahdollisuuksia.

loudellista tehokkuutta voitaisiin käyttää puolustuksena. Vastaavasti taloudellisesti mielekkäänä ei voida pitää yrityksen pakottamista tuotteidensa myyntiin silloin, kun yritys on perustettu ainoastaan emoyhtiönsä tarpeiden tyydyttämistä varten eikä sillä ole kapasiteettia tätä laajempaan tuotantoon (so. ulkopuoliselle myyminen aiheuttaisi niin suuret kulut, ettei toiminta enää kannattaisi), vaikka sille käytännössä olisi muodostunut määräävä asemakin.

Mikäli lähtökohtana pidetään evoluutioteoriaa tai vastaavaa mallia, jossa yrityksen kehitys on pitkälti sattumanvaraisen kehityksen tulos, ei tehokkuuspuolustus voi muodostua kovin merkittäväksi. Merkitystä ei ole niinkään sillä, että teoria Winter'n esittämässä muodossa ei pidä yrityskoon kasvun määrittäjänä yksinomaan (missä määrin ylipäätään jää avoimeksi) transaktiokustannuksia. Tärkeämpää olisi tunnistaa niitä evoluutiotekijöitä, jotka johtavat kasvuun tai valta-aseman vakiinnuttamiseen. Jos tähän ei pystytä, jää yrityskäsitteelle jatkossakin sen nykyinen rooli teknisenä oikeudellisena käsitteenä vailla merkittävämpää vaikutusta siihen mihin menettelyihin puututaan kilpailunoikeuden pohjalta. Evoluutioteorian voidaan itse asiassa katsoa korostavan markkinoille pääsyn vapauden ja väärinkäyttökontrollin sekä yrityskauppakontrollin merkitystä liiallisen evoluution hillitsijöinä.

Taloustieteellinen yrityskäsite ei edes sisällä mitään hyvän tai pahan -kriteeriä. Kilpailuoikeudellisesti ei siten voida todeta yrityksen, joka aiheuttaa transaktiokustannusten lisääntymistä markkinoilla tai estää erikoistumista, olevan erityisen haitallinen ja oikeudellisen valvonnan tarpeessa. Varsinkin Coasen transaktiokustannusteoriaa voidaan jopa käyttää puolustamaan hyvin suuria, markkinoita hallitsevia yrityksiä, koska tämä voi olla teorian kannalta tehokkain ratkaisu ulkopuolisten transaktiokustannusten ollessa riittävän suuret.

Yritys-käsite ei kilpailulainsäädännön tarkoittamassa mielessä aina toteudu, vaikka oikeussubjektin toiminnassa olisi itsenäiseen yritystoimintaan viittaavia piirteitä. Pelkästään esim. omien verojen maksaminen ei välttämättä osoita kyseessä olevan yritystoiminnan, jos samanlaisia tehtäviä hoitavat tavallisetkin työntekijät. Esimerkkinä voidaan pitää freelance-toimittajia, jotka jutun tehtyään tarjoavat sitä tv- tai sanomalehtiyhtiöille. He tekevät periaatteessa täysin samanlaisen tuotteen kuin ko. yhtiöiden työntekijät varsinkin, jos toimintaan ei liity yrittäjän riskiä. Mitä enemmän taloudellista riskejä (esim. omia investointeja, laitteita tms.) henkilö ottaa sitä todennäköisemmin häntä olisi pidettävä yrityksenä kilpailuoikeudellisessa harkinnassa.[330]

---

[330] Tämä kanta otettiin OLG Bremenin tapauksessa (22.1.1985), jossa televisioyhtiölle töitä tekevää vapaata toimittajaa ei pidetty yrityksenä, koska hänellä ei ollut mitään yrittäjän riskiä. Ks. WuW 11/1985 s. 910.

8.1 Saksa

Saksan kilpailuoikeus koskee vain yrityksiä, mutta tätä käsitettä ei rajata. Rittner'n mukaan käsite voidaan jakaa kahteen osaan: absoluuttiset ja relatiiviset yritykset. Edelliset ovat aina yrityksiä niin osto-, myynti-, kuin valmistustoiminnassaankin. Tällaisia ovat kaikki yhtiömuodossa toimivat yritykset. Relatiiviset yritykset toimivat vain osittain yrityksinä, ja niiden toiminnassa on ei-yritysmäisiä osia. Yksityisyrittäjä on yritys siltä osin kuin hän hoitaa omaa liikettään, mutta hän on kuluttaja yksityistaloutensa osalta. Tähän ryhmään kuuluvat ne oikeushenkilöt ja oikeushenkilöominaisuutta omaamattomat yksityishenkilöiden yhteenliittymät, joiden toiminnassa on joitain yritysluonteisia toimintoja sekä valtion laitokset tms. Tulkintaa on kuvattu funktionaaliseksi ts. lähtökohta on se, toimiiko A kuten yritys vai ei, vaikka A ei olisi oikeushenkilö. Tulkintaan ei vaikuta, pyritäänkö tuottamaan voittoa vai ei (hyväntekeväisyysjärjestöt jne.) eikä toiminnan juridinen muoto. Konsernilla tarkoitetaan Saksassa Rittner'n tulkinnan mukaan osittain GWB 1 §:n mukaista yritysten yhteenliittymää (Vereinigung von Unternehmen). Rinck katsoo, että konserni on sinänsä jo yritys, jolloin käsite yritysten yhteenliittymä jää tarkoittamaan erilaisia yrityselämän järjestöjä tms.[331]

Kilpailuoikeus pyrkii kattamaan kaiken taloudellisesti merkittävän toiminnan. Aiemmin oli epäilyksiä, voidaanko esim. vapaita ammatteja (asianajaja, lääkäri tms.) pitää GWB:n tarkoittamina yrityksinä. Perusteluina oli lähinnä se, että näistä oli annettu omia säädöksiä, joiden katsottiin menevän GWB:n edelle. Tulkinta on jo kuitenkin pitkään ollut se, että vapaat ammatit sekä esim. urheiluseurat ja tieteen tai taiteen alan järjestöt ovat yrityksiä siltä osin kuin ne harjoittavat yritystoimintaa. Tätä tulkintaa ei estä se, että osa näiden kilpailunrajoituksista voi jäädä GWB:n ulkopuolelle sen takia, että ne perustuvat suoraan niitä koskevaan lainsäädäntöön (tällaisia asioita voivat olla mm. lääkärin ja potilaan sekä asianajajan ja asiakkaan välisiin suhteisiin liittyvät sopimukset, järjestöjen päätökset tms., joilla kilpailua voitaisiin rajoittaa).[332]

---

[331] Emmerich I s. 34–35; Kleinmann ym. s. 117, 119 (kirjoittajien käsitys on se, ettei GWB:tä voida soveltaa niihin yhtiömuotoisiin yrityksiin, jotka eivät todellisuudessa toimi [nk. pöytälaatikkoyhtiöt]); Rinck s. 241, 242; Rittner III s. 150–152, 155–157. Vrt. WuW 1/1991 (OLG 22.3.1990) s. 57. Tapauksessa katsottiin konsernin emoyhtiöllä olevan oikeus kohdella tytäryhtiötään sen kilpailijoista poikkeavalla tavalla. Myös järjestöä voidaan pitää yrityksenä.

[332] Emmerich I s. 37–38; Rittner III s. 154–155; Oikeuskäytännössä Berliinin LG katsoi jo 3.4.1959 vapaiden ammattien voivan ottaa osaa toimintaan markkinoilla ja siten joutuvan GWB:n kontrollin alaisiksi. Ks. WuW 7/8/1959 s. 582–583. BKartA otti samanlaisen kannan päätöksessään 9.5.1959. Ks. WuW 7/8/1959 s. 605 "Das GWB enthält keine Bestimmung, nach der die freien Berufe ausdrücklich von der Anwendung des GWB freigestellt worden sind. … Wenn eine Anregung des Bundesrates, dem § den klärenden Zusatz anzufügen "Als Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift gilt auch die Ausübung eines freien Berufes" nicht Gesetz geworden ist, so folgt daraus noch nicht, daß das Gegenteil dieses Vorschlages Gesetz geworden ist." Ylimmän oikeusasteen tasolla asia varmistui BGH:n tuomiossa 20.11.1964 ("Rinderbesamung" -tapaus), jossa eläinlääkäreitä pidettiin yrittäjinä GWB 20 §:n tarkoittamassa mielessä. Tuomioistuin ei tällöinkään ottanut kantaa siihen

Valtio ja muu julkishallinto (kunnat jne.) voivat kilpailla markkinoista normaalina tuottajana valtion yritysten ja laitosten kautta. Kilpailuoikeuden kannalta hankalampi tilanne on valtio kuluttajana (erilaisten tarvikkeiden ostaminen tms.). Stockmann on todennut, ettei vertaus ole kovin osuva, koska valtion vaikutusvalta ostajana on hyvin paljon suurempi kuin kuluttajan. Rittner'n mukaan valtio on tällöinkin kilpailulainsäädännön alainen. Hän viittaa GWB 98 §:ään, joka kuitenkin vain rinnastaa valtion omistamat yritykset muihin yrityksiin. Kysymys on ratkaistu em. toiminnallisen yrityskäsitteen avulla eli ne toiminnot, joissa valtio toimii yritysmäisesti voivat joutua kilpailuviranomaisten kontrollin alaisiksi. Emmerich huomauttaa perustellusti, että toimintojen tulee olla yritysmäisiä GWB:n eikä jonkin toisen lain tarkoittamassa mielessä. Valtion viranomaisten tms. kokonaisuudesta on voitava rajata selkeä "yritys". Ilman tätä rajausta ei kontrolli ole mahdollista, koska saman "yrityksen" sisäiset tavaran jne. siirrot eivät kuulu kilpailuoikeuden alaisuuteen. Julkisen vallan käyttöä eivät GWB:n säädökset rajoita. Vastaava lähestymistapa on omaksuttu niihin "tavallisiin" yrityksiin nähden, joilla on julkisoikeudellisia tehtäviä. Ainoastaan näiden tehtävien osalta ko. yritys voi jäädä GWB:n soveltamisalan ulkopuolelle.[333]

Oikeuskäytännössä julkisia tehtäviä hoitavien yhteisöjen, mukaan lukien valtio ja kunnat, on katsottu olevan yrityksiä, jos niiden harjoittama toiminta on yritysluontoista. Julkisen vallan käytössäkin tulisi aina ottaa huomioon kilpailun vaatimukset eli toimenpiteet pitäisi suunnitella siten, että ne rajoittavat / haittaavat kilpailua mahdollisimman vähän. Näissä tapauksissa ei sovelleta suoraan GWB:tä, koska kyse on julkisen vallan käytöstä. Tämä ajatus pohjautuu elinkeinovapauden perustuslain suojaan, jota viranomaisetkaan eivät saa ohittaa.[334]

---

tulisiko kaikkia GWB:n normeja soveltaa jokaiseen vapaaseen ammattiin. Eläinlääkäreiden osalta tulkintaa ei estänyt vuoden 1936 säännös, jossa ko. ammatin harjoittajia ei pidetty vapaan ammatin harjoittajina. Ks. WuW 4/1965 s. 320–321.

[333] Emmerich IV s. 22–23. Tekijä huomauttaa valtion velvollisuutena olevan erityisesti määräävää asemaa koskevien normien varominen, koska valtiokaan ei saa suosia / haitata markkinavastapuolia; Rittner III s. 155–158; Stockmann s. 67–69.

[334] Yritysominaisuuden osalta ks. esim. WuW 9/1990 s. 774–775 (BGH 14.3.1990) "Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts wie die Rundfunkanstalten können Unternehmen im Sinne des GWB … sein. Im Hinblick auf den Zweck des GWB, … ist davon auszugehen, daß grundsätzlich jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr den Unternehmensbegriff des Gesetzes erfüllt." Julkisia tehtäviä hoitavan yhteisön velvollisuudesta huomioda kilpailun vaatimukset ks. esim. (BGH 25.6.1964 "Schmerzmittel" -tapaus) WuW 4/1965 s. 316 "Die Grundrechte auf gleichmäßige Behandlung sowie auf Freiheit und Schutz der Gewerbetätigkeit in Verbindung mit … den Regeln zur Aufrechterhaltung eines freien, aber lauteren Wettbewerbs verpflichteten jeden Amtsträger, Maßnahmen, die den Wettbewerb berühren könnten, auf das unbedingt Notwendige zu beschränken …"

Julkisen vallan merkityksen osalta ks. Emmerich VI s. 228–229. Emmerich huomauttaa osuvasti valtion olevan omiin säädöksiinsä sidotun eikä taloudellisia päätöksiä tehtäessä voida vedota sellaisiin julkiseen valtaan liittyviin päämääriin, joille ei ole lainsäädännössä annettu erivapauksia.

Tutkimukseni tarkoitus ei ole pohtia julkisen vallan asemaa tarkemmin tai esitellä keinoja vaatia korvauksia tai päätösten oikaisua, joten en mene ko. kysymyksiin tekstissä esitettyä tarkemmin.

8.2 Suomi

Suomen kilpailuoikeuden lähtökohtana on Saksan tavoin laaja yrityskäsite. Vuoden 1954 lakia valmistellut kartellikomitea rajoitti kilpailunrajoituksia koskevan ilmoitusvelvollisuuden vain elinkeinonharjoittajiin (eli kuluttajat ja elinkeinonharjoittajan toiminta kuluttajana jäivät selvästi lain alan ulkopuolelle). Komitea käytti elinkeinonharjoittamisesta sanamuotoa ”ammattimaisesti myy tai ostaa tavaroita tai yrittäjänä suorittaa palveluksia”. Esineiden ja aineettomien varallisuusoikeuksien ammattimainen vuokraaminen rinnastettiin ehdotuksessa elinkeinonharjoittamiseen. Nimitystä elinkeinonharjoittaja komitea ei halunnut käyttää, koska se olisi voinut aiheuttaa ongelmia maatalousyrittäjien suhteen. Komitea painotti sitä, että ostaminen ja myyminen (so. elinkeinonharjoittajan käsite) tuli ymmärtää mahdollisimman laajasti. Hallituksen esityksessä viitattiin tältä osin kirjanpitovelvollisuuteen, jota pidettiin ilmoitusvelvollisuudenkin rajana.[335]

Vuoden 1987 mietinnössä peruslinjaus ei muuttunut, mutta komitea painotti kilpailuviranomaisten velvollisuutta yhteistoimintaan asianomaisen alan erityisviranomaisten kanssa. Näiden tuli toisaalta huomioida kilpailun tarpeet omissa ratkaisuissaan. Lain soveltamisalaan ei siten varsinaisesti puututtu. Ratkaisu on silti hieman kyseenalainen, koska lähtökohdan tulisi perustua markkinatilanteen arviointiin, jolloin toimialakohtaiset erot huomioitaisiin päätöksenteossa. Esillä olleet toimialat – pankki- ja vakuutustoiminta – ovat tyypillisiä oligopolialoja Suomessa, joten niiden kilpailuoikeudellinen valvonta on erittäin tärkeää. Asiaan palattiin jo vuoden 1991 mietinnössä, jolloin ratkaisua pidettiin epätyydyttävänä. Erityisviranomaiset joutuivat huomioimaan toimivan kilpailun kanssa ristiriidassa olevia periaatteita, mikä ei taannut kilpailun edistämistä niiden käsittelyssä. Ko. toimialojen taloudelliseen merkitykseen ehdotus ei perustunut. Lain tasolla muutos näkyi siinä, että kilpailuvirasto sai vuoden 1991 uudistuksessa oikeuden tehdä esityksen myös pankki- ja vakuutustoiminnan osalta siitä riippumatta mikä oli ko. alojen erityisviranomaisten kanta.[336]

---

[335] KM 1952:33 s. 28–29, 35. Komitea mainitsi erikseen kaasun ja veden sekä sähkönjakelun, vaikka näitä nykykäsityksen mukaan pidettäisiin ilman muuta elinkeinotoimintana; HE 95/1954 s. 4; Vuoden 1982 kilpailutoimikunnan mietinnössä peruslinjaus oli sama. Toimikunta painotti, ettei periaatteessa mitään tullut jättää kilpailunrajoituslainsäädännön ulkopuolelle ilman painavia syitä, mutta mitään tekstimuutoksia ei tässä vaiheessa toteutettu. Työmarkkinoiden osalta linja oli sama kuin aiemmin eli niihin lakia ei sovellettaisi. Ks KM 1982:49 s. 84–85.

[336] KM 1987:4 s. 60–66 (komitea tarkasteli varsin laajalti miksi mm. työmarkkinoille, maatalouteen, pankki- ja vakuutustoimintaan tarvittiin erityiskohtelua); vrt. KM 1991:15 s. 38. Komitea esitti ratkaisujen siirtämistä kilpailuvirastolle siten, että erityisviranomaisilla olisi lausunnonantamisoikeus.

Ks. myös HE 148/1987 s. 26–27 sekä vuoden 1988 kilpailunrajoituslain 14 §. Kilpailuvirastolla oli oikeus tehdä neuvotteluesitys vain, jos erityisviranomaiset kieltäytyivät tekemästä sitä. Vrt. HE 162/1991 s. 15, jossa erityisviranomaisille jätettiin vain oikeus tulla kuulluksi.

Toimialakohtainen tarkastelu jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle, joten en käsittele laajemmin kyseistä ongelmaa.

Suomessa ei syntynyt kiistaa siitä, pitäisiko vapaat ammatit ottaa kilpailunrajoituksia koskevan lainsäädännön piiriin. Jo vuonna 1952 mietintönsä antanut kartellikomitea katsoi niiden kuuluvan lain piiriin. Tältä osin ongelmana pidettiin sitä, että näiden ammattien suoritukset ovat sangen yksilöllisiä, jolloin niiden objektiivinen arvostelu oli hankalaa. Lain ulkopuolelle vapaita ammatteja ei haluttu jättää, koska näillä ammateilla on suuri taloudellinen merkitys.[337]

Julkisyhteisöjenkään osalta ei Suomessa haluttu tehdä mitään poikkeusta. Kartellikomitea katsoi laajemmin pohtimatta lain koskevan julkisyhteisöjä silloin, kun ne harjoittavat ansiotoimintaa. Perusteluna oli se, että ko. yhteisöjä ei saanut asettaa yksityisiä yrittäjä parempaan asemaan. Ansiotoimintarajauksella julkisen vallan käyttö jätettiin Suomessakin lain soveltamisalan ulkopuolelle.[338]

Julkisen vallan osalta ei ole ratkaisevaa, onko toiminta yhtiöitetty vai ei. Yhtiöt tosin harjoittavat lähes järjestään ansiotoimintaa, jolloin niiden osalta ei tule tulkintaongelmia. Julkisyhteisön paitsi huolehtiessa viranomaistehtävistään myös tarjotessa tässä tehtävässä syntyvää hyödykettä markkinoille voi syntyä ristiriitoja. Rauman Tenniskeskus -tapauksessa kilpailuneuvosto piti ratkaisevana sitä, onko kohteena oleva toiminta pääosin liiketaloudellista vai ei. Hivenen ristiriitaisesti päätöksessä tämän jälkeen todetaan, että kilpailunrajoituslakia sovelletaan saman yksikön hoitaessa sekä viranomaistehtäviä että elinkeinotoimintaa silloin, kun kyse on elinkeinotoiminnasta. Kappaleen tarkoitus lienee se, että selkeästi erotettavissa oleva liiketoiminta on aina kilpailunrajoituslainsäädännön alaista ja hankalasti erotettavissa oleva ei (esim. kustannukset syntyvät lähinnä viranomaistoiminnassa ja liiketoiminta on vain vähäinen keino rahoittaa niitä). Kilpailuneuvosto tosin edellytti, että liiketoiminta on erotettava viranomaistoiminnasta.[339]

Rauman Tenniskeskus -tapauksessa kuntaa ei liikuntapaikkojen tarjoajana pidetty kilpailunrajoituslain tarkoittamana yrittäjänä. Liikuntapalvelujen tarjonta on osa julkisin verovaroin rahoitettua peruspalvelutoimintaa liikuntalain nojalla. Kilpailuneuvosto totesi, että tälläisten tavoitteiden toteuttaminen on epäilemättä julkinen tehtävä. Se ei kuitenkaan johda kaikkien kuntien tarjoamien liikuntapalvelujen sulkemiseen automaattisesti kilpailunrajoituslain soveltamisalan ulkopuolelle. Ratkaisu jättää tosin avoimeksi milloin neuvoston kriteerit voivat täyttyä. Vastikkeellisuus ei vielä riitä ja ilta-aukiolo on vain tapa lisätä liikuntalain mukaista palvelujen tarjontaa! Urheiluseurojen ja nuorten hintojen alentaminen on

---

[337] KM 1952:33 s. 21. Määräävän aseman osalta vapaat ammatit ovat varsin vähämerkityksellisiä. Paikallinen oligopoli-tilanne voi kuitenkin vallita, joten en halua niitä Suomenkaan osalta sivuuttaa.

[338] KM 1952:33 s. 21; samaa rajausta käytettiin vuonna 1991. Ks. KM 1991:15 s. 125 ehdotus 3 §:n 2 momentin osalta: ”Elinkeinonharjoittajana pidettäisiin luonnollista henkilöä tai yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka harjoittaa ammattimaista yleensä taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaan.”

Kilpailunrajoituslain 3 § 1 momentti käyttää edelleen samaa rajaustapaa.

[339] Rauman Tenniskeskus -tapaus 10.4.2000 d:o 57/690/99 s. 16–17.

Kanta vastaa pitkälti Saksassa omaksuttua. Ks. edellä jakso 8.1.

lähinnä diskriminointia tuloksen maksimoimiseksi, koska näillä ei olisi varaa maksaa kovin suuria vuokria. Tämän diskriminoinnin yhdistäminen yhteiskuntapoliittiseen harkintaan johtaisi siihen, että varakkailta ryhmiltä voitaisiin periä täysi hinta eikä kunta silti toimisi liiketaloudellisesti! Tapauksessa perityt hinnat yli 21-vuotiaiden yksityisten osalta ovat ilmeisesti olleet varsin lähellä toisiaan (pieni sali 60 mk kaupungilla ja sulkapallon tuntihinta 48–64 Rauman Tenniskeskuksessa). Täysin käsittämätön on perustelu, ettei toiminta olisi ollut ”rajoituksetta yleisölle kohdennettua”, kun päätöksestä ei lainkaan ilmene kenelle se sitten oli kohdennettu. Urheiluseurat ym. ovat kuluttajia siinä missä muutkin ja tässä mielessä yleisöä.[340]

Kunnan toiminnasta olisi tapauksessa todennäköisesti voitu erottaa varsinaisen käytön (eli koulutilojen osalta koululaisten ja opiskelijoiden kouluaikaan tai kouluun liittyvä toiminta) ohella iltoihin ja viikonloppuihin kohdistuva vuokraustoiminta. Se, että tilojen käyttö tehostuu, ei voi olla peruste myöntää kunnalle mahdollisuutta saada monopoli liikuntapaikkojen osalta. Kilpailuneuvosto ei lainkaan suostunut pohtimaan sitä, toimiko kunta elinkeinonharjoittajan tavoin päättäessään hinnoittelusta. Se, että peruserona yleisesti on yksityisen toiminnan pyrkimys voiton tuottamiseen ja julkisyhteisön hinnoittelun perustuminen omakustannushintoihin, vaatisi asian tutkimista eikä elinkeinonharjoittajaominaisuuden hylkäämistä liki automaattisesti. Neuvoston päätös on sikäli ristiriitainen, että sen loppuosa pohtii varsin pitkään mahdollisen alihinnoittelun tms. vaikutuksia sekä julkisen vallan velvollisuuksia. Ratkaisussa mm. mainitaan, että kilpailuoikeudellinen interventio edellyttäisi sitä, että julkinen valta olisi selkeästi ulottanut toimintansa yksityisen liiketoiminnan puolelle ja saanut toiminnallaan aikaan markkinahäiriön. Jos julkisen vallan velvollisuus on huomioida kilpailun tarpeet, miten sille voidaan sallia ”selvä ulottaminen” ja ”markkinahäiriön aiheuttaminen”?[341]

8.3 EU

EEC-sopimuksen 81 ja 82 artiklassa ei ole määritelty termiä yritys (undertaking). Käytännössä tulkinta sisältää kaiken yritysmuotoisen toiminnan. Ongelmia ovat aiheuttaneet lähinnä normien soveltaminen yksityisten henkilöiden toimintaan ja konserniyhtiöihin. Yhteisön tuomioistuin on tulkinnassaan hyväksynyt sen kannan, että yritys tarkoittaa taloudellista yksikköä. Tällä perusteella katsottiin useita eri yhtiöitä kontrolloivan yksityishenkilön olevan yksi ”yritys” (Case 170/83). Omaksutun kannan mukaan konserniyhtiöiden eri osia (tytäryhtiöt, myyntikonttorit tms. toimistot) ei pidetä itsenäisinä yrityksinä, vaan kysymyksessä on yksi

[340] Rauman Tenniskeskus -tapaus 10.4.2000 d:o 57/690/99 s. 18–22.
[341] Rauman Tenniskeskus -tapaus 10.4.2000 d:o 57/690/99 s. 22–26.

kokonaisuus (Case 15/74 ja 16/74). Näiden välillä ei ole mitään kilpailua, jota ne voisivat rajoittaa. Arviointi ei riipu siitä, ovatko konsernin osat yhtiöoikeudellisesti itsenäisiä oikeushenkilöitä vai eivät. Goyder korostaa tulkinnan olevan hyödyllisen, koska se vastaa taloudellisia tosiseikkoja ja samalla prosessuaalisesti mahdollistaa puuttumisen EU:n ulkopuolella sijaitsevien emoyhtiöiden toimintaan.[342]

Johdonmukainen linja on ollut sisällyttää yrityksen käsitteeseen kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden taloudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Vastiketta vastaan palveluja tarjoava tullihuolinta oli siten yhteisön tuomioistuimen mukaan yritystoimintaa, vaikka se edellytti toimilupaa ja sitä voitiin harjoittaa ilman henkilöllisten, materiaalisten ja immateriaalisten edellytysten täyttymistä. Muunlainen kanta ei olisi mahdollinen, koska rajanveto on tehtävä yritystoiminnan ja työntekijän aseman välillä. Tämä on ratkaistava itsenäisen ja työnantajan johtovallan kautta eikä käytössä olevien resurssien avulla. Nk. vapaan ammatin harjoittajat ovat itsenäisesti toimiessaan myös yrityksiä, jos he tarjoavat palveluja tietyillä markkinoilla.[343]

Kauppa-agentit ovat oma erityisongelmansa, koska heidän tehtävänsä voivat olla lähellä itsenäisen jälleenmyyjän toimintaa, mutta toisaalta heidän oletetaan toimivan vain päämiehensä ”jatkeena” eli tämän ohjeiden ja määräysten mukaan. Kauppa-agenttien osalta lähtökohtana on taloudellinen realiteetti, ei toiminnalle annettu nimi, kuten yhteisön tuomioistuin totesi Suiker Unie -tapauksessa (Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73). Tyypillisestä agentista ei tuomioistuimen mukaan ole kyse, jos toiminta tapahtuu agentin eikä päämiehen riskillä.[344]

---

[342] Goyder s. 86–87, 91, 92 ”The adoption by the Court of the ’group economic unit’ theory has a dual advantage for the Commission. It enables it to apply a test to the relationship between undertakings within a corporate group which gives a realistic degree of emphasis to the actual economic relationship between them, rather than relying on formal tests … It also enables Commission (and the Court) to justify the extension of its jurisdiction to parent companies apparently operating from outside the Community…”; Mestmäcker I s. 199–201; Rissanen ym. s. 35–36; ECR 1974 s. 1159, 1167; ECR 1974 s. 1198 ”Article [85] is not concerned with agreements or concerted practises between undertakings forming part of the same concern …, if the undertakings form an economic unit…”; ECR 1984 s. 3016 ”In competition law, the term ”undertaking” must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal.

[343] Tullihuolitsijan asema oli esillä EU:n komission Italiaa vastaan nostamassa jutussa C-35/96. Ks. Oikeustapauskokoelma I s. 3866–3867 ”Suullisessa käsittelyssä Italian hallitus vetosi siihen, että tullihuolitsija, kuten asianajaja, maanmittari tai tulkki, harjoittaa vapaata ammattia ja on itsenäinen riippumaton työntekijä, jota ei voida pitää [85] artiklan tarkoittamana yrityksenä, …”. Tätä tuomioistuin ei hyväksynyt viitaten aiempiin tapauksiin. Ks. em. lähde s. 3895–3896.

Italian kanta on sikäli mielenkiintoinen, että se osoittaa yhä edelleen yritettävän ajaa läpi yrityskäsitettä supistavia kantoja. Tällaisten väitteiden menestymismahdollisuus on jatkossakin vähintään kyseenalainen.

[344] Tapauksen osalta ks. ECR 1975 s. 1997–1998 ja erityisesti kohta 480 ”In fact, if such an agent works for the benefit of his principal he may in principle be treated as an auxiliary organ forming an integral part of the latter’s undertaking, who must carry out his principal’s instructions and thus like a commercial employee, forms an economic unit with his undertaking.” sekä kohta 482 ”The

Määräävän aseman kannalta omaksutulla tulkinnalla on ainakin se merkitys, että hallitseva asema voi korostua konsernin taloudellisten voimavarojen kautta. Käytännössä vaikutus voi jäädä enemmän emoyhtiön tasolle kuin esim. myyntiportaan tasolle eikä konsernisuhde siten vaikuta arviointiin kuin minimaalisesti. Kattava konsernin sisäinen jälleenmyyjäverkosto voi toisaalta osoittaa pyrkimystä sulkea markkinat muilta. Tällöin yhtiöryhmän sisäiseen kaupan käyntiin täytyy voida puuttua riippumatta järjestelyn oikeudellisesta muodosta. Konsernisuhde ei siten saa muodostua puolustukseksi.

Toisaalta konsernin sisäisiä liikesuhteita ei voi pitää sen paremmin 81 kuin 82 artiklankaan vastaavina. Jos yrityksellä on oikeus määrätä tytäryhtiönsä tai agenttinsa toiminnasta ja se kantaa tästä aiheutuvan taloudellisen riskin, ei kyse ole liiketoimesta tai sopimuksesta em. artiklojen tarkoittamassa mielessä.[345]

EU:ssä ei ole otettu sitovaa kantaa siihen, miten olisi suhtauduttava valtioon ”yrityksenä”. Julkisen vallan käyttö, tapahtui se sitten keskus- tai paikallishallinnossa, ei ole 81 ja 82 art. tarkoittamaa yritystoimintaa. Valtion yhtiöt tms. eivät aiheuta ongelmia, koska niiden on katsottu olevan yrityksiä (vrt. 86 art., jossa on poikkeussääntöjä näiden yritysten osalta). Hankalimmillaan tilanne on silloin, kun valtio hankkii tarvikkeita julkisen vallan käyttöä varten ja ostosopimuksissaan tms. rajoittaa kilpailua. Sitä, voidaanko valtiota tällöin pitää yrityksenä, ei ole ratkaistu. Valtiollahan ei ole ”liikevaihtoa”, jonka mukaan sakot tms. voitaisiin arvioida.[346]

Kuntienkaan osalta ei ole selvää kantaa, mutta ainakin harjoittamansa taloudellisen toiminnan osalta ne voivat olla yrityksiä. Ongelmia voi aiheutua erilaisten sosiaali- ja terveydenhoitopalvelujen osalta, koska näitä palveluja voivat ainakin osittain tarjota muutkin tahot kuin kunnat. Kunnan asema palvelujen ja tuotteiden ostajana on kilpailuoikeudellisesti selvittämättä. Vaikka kunnalla saattaa omalla alueellaan olla määräävä asema ostajana, ei vaikutus jäsenmaiden väliseen kauppaan ole vastaavalla tavalla todennäköistä kuin valtion kohdalla.[347]

---

position is different if the agreements entered into … confer upon these agents or allow them to perform duties which from an economic point of view are approximately the same as those carried out by an independent dealer, because they provide for the said agents accepting the financial risks of the sales or of the performance of contracts entered into with third parties.”

[345] Tämä kanta vahvistettin jo Suiker Unie -tapauksessa (Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73). Ks. tältä osin ECR 1975 s. 2000 ”If the producer avails himself of an agent who is an auxiliary organ forming an integral part of his undertaking, purchases from this ’representative’ are in fact direct purchases from his principal. Therefore such conduct can neither be an abuse nor evidence thereof.”

[346] Bellamy ym. 48; Leivo ym. s. 23; Mestmäcker I s. 202–203.

Tutkimuksen varsinaisena kohteena ei ole valtion tai muiden julkisyhteisöjen toiminta, joten esim. julkisten hankintojen kilpailuttamista koskeviin normeihin ei puututa.

[347] Leivo ym. s. 23. Tekijät toteavat lyhyesti kunnan voivan olla taloudellista toimintaa harjoittaessaan yritys ottamatta asiaan laajemmin kantaa.

9. KILPAILUNRAJOITUS KÄSITTEENÄ

Kilpailunrajoitus on oikeustieteilijän kannalta sangen epätyydyttävä käsite. Sitä ei voida tyhjentävästi määritellä, koska se seuraa taloudellista todellisuutta. Eilispäivän kilpailukeinoa pidämme ehkä tänään kilpailua rajoittavana ja mahdollisesti – lainsäädännöstä riippuen – kiellettynä. Tilanne voi muuttua päinvastaiseksikin. Lainsäädännön kohteeksi joutuvat yritykset tietävät tämän, joten ne pyrkivät miettimään keinoja ”kiertää” kilpailuoikeudellisia normeja. Yrityksen kannalta kilpailunrajoitusta voidaan ”verrata” nk. verosuunnitteluun. Lainsäädännöllä ei pyritä kaikkien kilpailukeinojen kieltämiseen ja tiettyjen, kilpailunrajoituksina pidettyjen osalta voi saada poikkeusluvan. Tällöin ei riskiä rangaistuksesta ole. Vasta erehtyminen lain väärälle puolelle voi johtaa jonkinlaiseen sanktioon. Raja sallitun ja kielletyn välillä on varsin häilyvä riippuen markkinatilanteesta tms. seikoista sekä kilpailuviranomaisten kullakin hetkellä omaksumasta tulkintalinjasta. Pyrkiessään kilpailijoiden toiminnan haittaamiseen yritys ottaa aina riskin sanktiosta. Markkinoilla tapahtuvat muutokset tuovat usein esiin uusia kilpailutekijöitä ja siten ehkä suorastaan luovat uusia kilpailunrajoituksia.

Kilpailu on rajoittunut, jos yritys A ei voi päättää kilpailutekijöistä vapaasti (tai antaa markkinoiden määrätä niitä hänen puolestaan). Rajoitus voi olla oikeudellinen (lainsäädännön kautta syntyneet monopolit tms.) tai tosiasiallinen (esim. markkinoiden rakenteeseen perustuva). Tällaisia rajoituksia ovat mm. sopimus, päätös, järjestely tai toimenpide, jonka tarkoituksena on siihen osallistuvien yritysten kilpailun poistaminen tai rajoittaminen taikka kilpailuedellytysten parantaminen ulkopuolisten yritysten suhteen. Nämä rajoitukset syntyvät yleensä elinkeinonharjoittajien tai heidän keskusjärjestönsä sopimuksella. Mikäli yrityksen markkina-asema on vahva, voi se rajoittaa kilpailua yksipuolisesti (nk. määräävän aseman väärinkäyttö). Terminä kilpailunrajoitus kattaa valtionkin vapaalle kilpailulle asettamat rajoitukset. Kilpailua on rajoitettu, jos yksilöllä ei ole mahdollisuutta toimia vapaasti kilpaillen haluamallaan talouselämän alalla.[348]

Asetettaessa kilpailuoikeuden päämääräksi toimivan ja tehokkaan kilpailun ylläpitäminen on kilpailunrajoituksena pidettävä kaikkia niitä menettelytapoja, jotka johtavat tästä ihannetilasta poikkeamiseen. Määritelmä ei sulje pois perinteisen terminologian käyttämistä (so. voimme edelleen käyttää nimityksiä kartelli tai vertikaalinen kilpailunrajoitus), mutta lähtökohta on periaatteessa laajempi. Kuoppamäkeä lainatakseni kilpailulaki on markkinatalouden perustuslaki, jolla suojataan kilpailua prosessina ja instituutiona. Esitetty laaja määritelmä on tar-

---

[348] Baumbach ym. s. 50, 51; vrt Gamm I s. 10–11 (kirjoittaja katsoo kilpailunrajoituksen liittyvän nimenomaan markkinoihin – pelkkä vaikutus joihinkin yksilöihin ei riitä); Hagman käyttää kilpailunrajoituiksista esimerkkiluetteloa, jossa on mainittu elinkeinonharjoittajien väliset sopimukset, yksipuolisesti kilpailua rajoittavat toimet, sekä sääntely, sekä hallintotoiminta. Hagman s. 14; Schmidt I s. 107; Rissanen ym. s. 4.

peellinen, koska se suuntaa huomiomme nimenomaan kilpailuprosessiin. Tavoitteenahan ei saisi olla joidenkin yksittäisten menettelytapojen metsästäminen, vaan kilpailun ylläpitäminen. Ratkaisutoimintaa ajateltaessa ei toimivasta ja tehokkaasta kilpailusta poikkeaminen ole riittävä lähtökohta, koska hyvin vähäinenkin poikkeama olisi kilpailunrajoitus ja siten potentiaalinen puuttumisen kohde.[349]

Monopolitilanteessa ei terminologisesti ole lainkaan kilpailunrajoituksia. Monopoli on markkinarakenteeseen perustuva tila, jossa kilpailua ei ole lainkaan eikä siten sen rajoituksia. Monopoli voi rajoittaa kilpailua pyrkimällä estämään kilpailijoiden toimintaa esim. markkinoille pääsyn esteitä luomalla. Mikäli se ei näin tee, koska esim. vahvan luonnollisen monopolin suoma asema ei tätä vaadi, ei varsinaisesta rajoituksesta ole kysymys. Juridisessa kielenkäytössä kilpailunrajoitus-termiä käytetään yleensä näissäkin tilanteissa erittelemättä monopolin vaikutusta markkinoilla sellaisenaan ja sen eri kilpailukeinojen avulla toteuttamia kilpailunrajoituksia.[350]

Kilpailunrajoitus voidaan määritellä Kantzenbach'n tavoin todellisen kilpailun ja potentiaalisen kilpailun erona. Hänen laajaan oligopoliin rakentuvassa teoriassaan tällainen poikkeama voi ilmetä lähinnä vain tässä markkinamuodossa. Polypolissa kilpailunrajoituksia voi olla vain kysynnän vähentyessä ja valtion vaikutuksella. Tiukassa oligopolissa tilanne muuttuu hyvin pian joko hintajohtajuudeksi tai monopoliksi, koska tässä markkinatilanteessa todennäköinen tuhoava hintakilpailu ei voi kestää pitkään. Kantzenbach'n esittämä malli on teoreettisesti ja loogisesti pitävä, mutta se ei ole kovin valaiseva. Kilpailunrajoituksen määrittely vaatisi potentiaalisen kilpailun tuntemista mikä taas pitäisi arvioida vallitsevien markkinaolosuhteiden pohjalta.[351]

Kilpailua rajoittavat menettelytavat olivat tuttuja jo Adam Smith'n aikoina. Elinkeinonharjoittajat pyrkivät säilyttämään etuoikeutensa rajoittamalla kisällien määrää (eli elinkeinonharjoittamisen oikeutta). Usein pyrkimyksenä oli saada valtiolta yksinoikeus jonkin tietyn alueen kauppaan ja sitä kautta mahdollisimman suuret voitot (esim. Itä-Intian komppania jne.). Smith'n näkemyksen mukaan elinkeinonharjoittajat eivät ylipäätään kokoontuneet yhteen kuin hintoja nostaakseen! Lainsäädännöllistenkään toimenpiteiden hankaluus ei jäänyt häneltä huomaamatta Smith'n samalla painottaessa – nykytermejä käyttääkseni – deregulaation merkitystä.[352]

---

[349] Kuoppamäki ei ole suoranaisesti määritellyt mitä hän tarkoittaa kilpailunrajoituksella, mutta hän kannattanee tekstissä olevaa laajaa määritelmää yleislähtökohdaksi. Ks. Kuoppamäki I s. 17 (kilpailunrajoituksen määritelmä), 20–21 (kilpailulainsäädännön yleistavoite kilpailuprosessin suojelijana), 23 (tavoitteena puuttuminen markkinoiden toimivuutta heikentäviin tai elinkeinonharjoittajien vapautta rajoittaviin kilpailunrajoituksiin).

[350] vrt. esim. Castrén s. 138–139. Tekijä on yhdistänyt monopolinkin kilpailunrajoituskäsitteen alle, vaikka vasta monopolin toiminta tässä asemassa voi olla kilpailua rajoittavaa.

[351] Kantzenbach s. 101–103.

[352] Smith s. 222–223, 232–233 "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspriracy against the public, or in some contrivance

Kilpailunrajoitukset voidaan luokitella joko vaikutusten tai syiden perusteella. Kilpailunrajoitus voi vaikuttaa joko horisontaalisesti (tuottaja – tuottaja, tukkukauppa – tukkukauppa tai kauppa – kauppa), vertikaalisesti (tuottaja – tukkukauppa jne.) tai diagonaalisesti (osapuolten markkinoilla ei ole mitään yhteistä). Kilpailunrajoittamisen syyt Schmidt jakaa kolmeen ryhmään: Sopimusstrategia, haittaamisstrategia ja keskittymisstrategia. Näistä ensimmäinen on itsenäisten yritysten keskinäistä yhteistyötä kartellien tms. muodossa kohdistuen suoraan kilpailijoihin. Haittaamisstrategialla pyritään estämään tai vaikuttamaan kilpailijoiden ja asiakkaiden toimintaan markkinoilla. Keinoina voidaan käyttää diskriminointia, boikottia tms. tai yksinoikeussopimuksia jne. Määräävän aseman väärinkäyttö eri muodoissaan kuuluu Schmidt'n jaottelussa tähän ryhmään. Keskittymisellä pyritään saavuttamaan markkinoiden hallinta vähentämällä kilpailijoiden lukumäärää.[353]

Määräävän aseman, kuten monopolin tai oligopolin, hyödyntäminen voi rajoittaa kilpailua. Käytännössä näitä markkinamuotoja ei ole olemassa puhtaina, vaan voidaan puhua monopolinomaisista tai oligopolistisista markkinoista. Sopimuksin voidaan kilpailua rajoittaa mm. erilaisin kartellein (osto-, myynti- ja tarjouskartellit), määrähinnoin ja valikoivan myynnin sekä toimituksista kieltäytymisen avulla. Sopimuksiin perustuvat rajoitukset liittyvät yleensä vähintään tiukan oligopolistisiin markkinoihin, koska sopimukseen pääseminen ei ole mahdollista, jos kilpailijoita on lähes rajattomasti! Edellä mainitut kilpailunrajoitukset voivat esiintyä erilaisina yhdistelminä – kuten määräävässä asemassa olevan kartellin ostajiltaan vaatimien edelleenmyyntihintojen muodossa.[354]

Kilpailunrajoitusten luokittelun mielekkyys on kyseenalaista. Lähes kaikilla yrityksen toimilla on vaikutuksia sekä horisontaalisessa että vertikaalisessa tasossa. Yritykset voivat lisäksi kilpailla keskenään eri tasoillakin riippuen vertikaalisen integraation asteesta. Tosiasiallisen kilpailunrajoituksen käsitettä haittaa rajaamisongelma suhteessa puhtaasti markkinatilanteeseen perustuvaan asemaan ja yrityksen toimiin tämän aseman hyödyntämiseksi. Suuressa osassa tapauksia hyödyntäminen edellyttää jonkinasteista yhteistyötä muiden yritysten kanssa, koska monopolikin voi tarvita jälleenmyyjiä tms. Tällöin olemme jo lähellä kartellin omaista tilannetta.

Kilpailunrajoituksista voidaan erottaa kilpailun vääristyminen, joka yläkäsitteenä kattaa kilpailunrajoituksetkin. Tähän käsitteeseen kuuluvat kaikki valtion toimenpiteet, joilla markkinoiden toimintaa ohjataan. Näitä toimenpiteitä voivat

---

to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemplies, much less to render them necessary."

[353] Schmidt I s. 107, 108, 115, 122.

[354] Goyder s. 11–12; Kapteyn ym. s. 513.

olla lainsäädäntö, subventiot eri muodoissaan sekä eriasteiset päätökset, joilla valtio joko tukee tai estää tiettyjen yritysten toimintaa. Valtio voi vaatia itsenäisiä yrityksiä solmimaan kartellisopimuksia tms. sekä osallistua näihin valtion yhtiöiden kautta, jolloin liikutaan kilpailunrajoituksen ja vääristymisen rajamailla. Kilpailunrajoitusten määrittely on siten viime kädessä riippuvainen poliittisesta päätöksenteosta, johon markkinoiden eri osapuolet pyrkivät vaikuttamaan (esim. teollisuuden liittojen kannanotot lainsäädäntöhankkeisiin tms.). Taustalla voi olla esim. korkeamman tasoiseksi katsottava arvo – Willeken esimerkkiä lainatakseni teollisuussalaisuuksien tai patenttien pakkopaljastamista ei pidetä yhteiskunnan (demokraattisten) perusarvojen mukaisena, vaikka kilpailu tästä kovenisikin.[355]

Taloudellinen kilpailu on kaikissa tutkittavissa järjestelmissä katsottu toimivan markkinatalouden pohjaksi. Saksan oikeus katsoi täydellisen kilpailun olevan ideaalin markkinamuodon, johon pitää mahdollisuuksien rajoissa pyrkiä. On huomattava, ettei GWB määrittele sitä, mikä ideaali ts. häiriintymätön kilpailu on. Käytännössä lähtökohta on toimiva kilpailu. Suomen lähtökohta on toimiva ja tehokas kilpailu ilman tarkempaa lainsäädännöllistä määritelmää. EU nojaa Saksan tavoin markkinatalouteen ja sen perusajatuksiin on aina kuulunut mahdollisimman vapaan kilpailun ylläpitäminen jäsenmaiden välillä. EEC-sopimuksessa lähtökohtana on kuitenkin ainoastaan kilpailun häiriintymättömyys, kilpailua ei muutoin määritellä. Suomessakin markkinatalous on aina ollut lähtökohta, joka tosin on laajan nk. suljetun sektorin osalta aiemmin jäänyt pitkälti toteuttamatta. EU-jäsenyyden myötä mm. maatalouden kilpailuasetelmat ovat kuitenkin radikaalisti muuttuneet (tältä osin ei kylläkään varsinaisesti siirrytty markkinatalouteen, vaan EU:n maatalouspolitiikkaan).[356]

---

[355] Seidenfus s. 18–19. Tekijä painottaa, että kilpailunrajoituskäsitteeseen tulisi sisällyttää valtion vaikutus kilpailuparametreihin. Tämä voi tapahtua joko valtion vain salliessa tietyn menettelyn tai sen aktiivisesti tukiessa kilpailua rajoittavia toimia.; vrt. Willeke s. 66–67. Kirjoittaja ei käytä termiä kilpailun vääristyminen, vaan pitää myös poliittisiin lähtökohtiin nojautuvia kilpailun esteitä kilpailun rajoituksina; vrt. EEC-sop. 87 art., joka koskee valtion apuja. Kyseinen artikla on sijoitettu kilpailuoikeusnormien kanssa samaan osaan.

[356] Saksan osalta ks. Rittner III s. 123 ”Er ging (viitataan vuoden 1952 hallituksen esitykseen) davon aus, daß das Gesetz primär den vollständigen Wettbewerb … als ideale Marktform anzustreben habe und daß überall dort, wo dieses Ziel nicht erreichbar ist, eine staatliche Aufsicht an seine Stelle treten müsse.”; Suomen osalta ks. HE 162/1991 s. 3. Erääksi merkittäväksi seikaksi nostettiin markkinamekanismin itseohjautuvuus.

10. KILPAILUTEKIJÄT

Kilpailunrajoitus ja kilpailu kohdistuu johonkin kilpailutekijään. Nämä voivat olla suoraan tuotteen tai palvelun hintaan (kokonaishinta, erilaiset alennukset tms.) tai laatuun vaikuttavia. Välilliset kilpailutekijät eivät vaikuta suoraan jonkun tuotteen hintaan, mutta niiden parantaminen tai huonontaminen voi esim. parantaa/huonontaa tuotteen saatavuutta tai laatua. Tällaisia tekijöitä ovat mm. tuotekehittely ja tutkimus, varastointi, kuljetuskustannukset jne. Osa kilpailutekijöistä voidaan muuttaa lyhyelläkin aikavälillä, mutta rakenteelliset kilpailutekijät (markkinoiden rakenne, pitkistä etäisyyksistä johtuvat kuljetuskustannukset tms.) vaativat yleensä pitemmän ajan muuttuakseen, jolloin itse muutoksen ennustaminenkin voi olla hankalaa.[357]

Teoriassa kilpailutekijältä voidaan edellyttää tietynlaista merkitystä markkinoiden kannalta ennen kuin sellaisesta on edes kysymys. Tässä ajattelumallissa varsinkin muut kilpailukeinot kuin tuotteen hinta voivat olla markkinoiden kannalta niin vähämerkityksellisiä, että ne voidaan jättää huomioimatta. Sandrock'n esimerkissä kilpailukeinona ei siten voi pitää mainontaa, jos mainonnan tuloksena yrityksen tulot eivät mitenkään muutu. Mielestäni on varsin kyseenalaista erotella kilpailutekijöitä niiden vaikutuksen mukaan. Tällainen harkinta liittyy pikemminkin sen arvioimiseen, halutaanko yrityksen menettelyyn puuttua. Yrityksen itsensä kannaltahan kyse on aina kilpailutekijästä, koska mainoksiakaan tuskin tuotetaan vain ”huvin vuoksi”. Tietynlainen etusija täytynee suoda hinnoittelulle, koska tämä on ensinnäkin helpoiten havaittavissa oleva ja toisaalta kuluttajien kannalta tärkein kilpailukeino. Schmidt huomauttaa osuvasti, ettei muita kilpailutekijöitä yleensä käytetä itsenäisinä (esim. mainonta suunnataan tiettyyn hintaryhmään, joka täytyy päättää jo ennen mainonnan aloittamista).[358]

Kilpailutekijöitä käytetään eri tavoin tuotteen elinkaaren aikana. Tuotaessa uutta tuotetta markkinoille on tärkeintä saada ostajat tietoiseksi tästä seikasta, jolloin tärkeimmäksi kilpailutekijäksi muodostuu mainonta. Se on usein sekä suggestiivista että informatiivista (edellisen tarkoituksena on saada aikaan reaktio ”on komeaa olla ensimmäinen” ja jälkimmäisen kertoa mitä uusi tuote oikein tekee). Tuttua tuotetta ei tarvitse mainostaa kovin tietopuolisesti, vaan suggestiivinen aines riittää. Mainonnan laatu riippuu kohderyhmästä (so. jälleenmyyjät vai kuluttajat). Tuotteen kysynnän alkaessa laskea uudempien tuotteiden tullessa

---

[357] Schmidt I s. 107.

[358] Kilpailukeinoja koskeva pohdinta liittyy Sandrock'n sinänsä oikeana pidettävään ajatukseen, ettei kaikki yrityksen toiminta välttämättä vaikuta kilpailuun varsinkaan, jos se kohdistuu johonkin muuhun kuin mitä yritys normaalisti harjoittaa. Eri asia on auttaako Sandrock'n ajatusmalli edes teoreettisesti kilpailun tai kilpailutekijöiden käsitteiden määrittelyssä. Ks. tältä osin Sandrock I s. 162–163; Schmidt'kin korostaa hinnan merkitystä. Ks. Schmidt II s. 67–68 ”Für die Marktversorgung kommt dem Einsatz des Aktionsparameters Preis eine hervorragende Bedeutung zu, zumal die anderen Aktionsparameter nicht losgelöst von der Preisdimension betrachtet werden können. Mit dem Fehlen des Preiswettbewerbs entfällt ein wichtiges Argument zugunsten einer wettbewerblichen Organisation der Wirtschaft.”

markkinoille voidaan pyrkiä korostamaan tuotteen luotettavuutta, korjaus- tms. palveluiden hyvää saatavuutta jne.

10.1 Hinta ja kustannukset kilpailutekijöinä

Hinnan merkitys kilpailutekijänä riippuu sekä tuotteen elinkaaresta että markkinoista. Monopolin tai tiukan oligopolin vallitessa ei hinnan käyttäminen kilpailutekijänä ole yrityksen kannalta järkevää, koska tuotteen myynti ei välttämättä lisäänny vastaavasti. Yritysten välille voi syntyä jonkinlaista yhteistoimintaa, joka johtaa samanaikaisiin hinnanmuutoksiin, tietojen vaihtoon hintojen arviointiin liittyvistä kriteereistä jne. Laajan oligopolin tms. tilanteissa hinnalla sen sijaan voi olla huomattava merkitys, varsinkin jos yritykset pystyvät jonkin verran eriyttämään tuotteitaan esim. mainonnan luomien mielikuvien avulla. Tiukka homogeniseen tuotteeseen perustuva oligopoli voisi joutua nk. oligopolistiseen hintasotaan, jos hinnalla ryhdyttäisiin aktiivisesti kilpailemaan. Kaikkien tietäessä tämän riskin ei kilpailua käytännössä synny.[359]

Hinta on kilpailutekijänä sikäli hankala, ettei voida selkeästi määritellä, miten tiettyyn hintaan on päädytty. Erilaisia hinnoittelustrategioita on lukuisia eikä niihin puuttuminen ole useinkaan järkevää. Yritys voi esim. pyrkiä hintadiskriminointiin tuomalla markkinoille mallisarjan, jonka eri mallien välillä on selkeät hintaerot. Erot voivat perustua joko todellisille eroille tuotteissa tai pelkästään tavaramerkin kautta syntyviin eroihin (so. kuluttajat arvostavat tunnettua merkkiä ja ovat halukkaita maksamaan siitä enemmän). Hallitsevan yrityksenkin osalta suhtautuisin sangen varovaisesti tällaiseen menettelyyn puuttumiseen, jos tarjonta itse asiassa vain vastaa markkinoiden kysyntää, vaikka yritys tätä kautta kerää paremman tuoton. Yrityksen kannalta eräs järkevä hinnoittelutapa on tuotteiden myyminen yhdessä pienellä alennuksella, jolloin erikseen ostaminen olisi kalliimpaa. Tämän menettelyn ongelma on se, että se suosii niitä yrityksiä, jotka valmistavat / joiden valikoimissa on molempia tuotteita. Eräs merkittävistä kilpailuoikeudellisista ongelmista on kilpailijoiden estämiseen pyrkivän saalistushinnoittelun tunnistaminen. Sitä voi tapahtua esim. em. eri tuotteiden yhteisen hinnan kautta sekä erilaisten alennusten tms. avulla. Toisaalta kyse voi olla periaatteessa hyväksyttävästä uuden tuotteen tai tavaramerkin markkinoinnista. Jälkimmäiset tapaukset tulisi pyrkiä erottamaan varsinaisesta saalistushinnoittelusta lähinnä markkina- ja tuoteanalyysin avulla.[360]

---

[359] Schmidt II s. 58–59. Schmidt korostaa tekstissäkin ilmaistua heterogenisen ja homogenisen oligopolin välistä eroa hinnoittelun suhteen.

[360] Ks. erilaisten hinnoittelustrategioiden osalta esim. Cook ym. s. 239–249 sekä s. 256 mainittu kirjallisuus.

Tämän tutkimuksen päämääränä on selvittää yritysten toimintojen vaikutusta kilpailuun, jolloin ne perusteet joilla yksittäinen yritys valitsee hintansa eivät välttämättä ole relevantteja. Aihetta ei tämän takia käsitellä laajemmin.

Hinnan käänteinen kilpailutekijä on kustannus. Yrityksellä on kilpailijoitaan suurempi liikkumavara, jos sen kustannukset ovat tuotantoyksikköä kohden näitä pienemmät. Kustannusten alhaisuutta voidaan hyödyntää varsinkin niissä tilanteissa, joissa pyritään luomaan markkinoille tulon esteitä tai pakotettamaan markkinoilla jo olevia yrityksiä vetäytymään niiltä. Oligopolitilanteessa hintajohtajan asema on helpompi, jos sen kustannukset ovat ryhmän alhaisimmat tai lähellä tätä. Välttämätöntä tämä ei kuitenkaan ole, koska muun markkinavoimansa avulla yritys voi ”pakottaa” tai ”suostutella” toiset yritykset pitämään korkeampaa hintatasoa. Oman kustannustasonsa lisäksi yritys voi vaikuttaa kilpailijoiden kustannuksiin, jos se pystyy esim. kontrolloimaan jotain raaka-ainetta tai puolivalmistetta.

Hinta ja kustannustaso ovat usein sidoksissa tuotantomääriin. Tyhjäkäynnillä oleva kapasiteettihan ei tuota mitään ja kustannukset saattavat nousta radikaalistikin. Syynä nousuun voi olla se, ettei enää saavuteta tehokkainta tuotantomäärää (nk. minimum efficient scale), jolloin potentiaalinen skaalaetu jää saamatta. Toisaalta seisovaa tehdasta on huollettava, ja tuotteesta riippuen tuotannon alas- ja ylösajokustannukset voivat olla huomattavia. Chandler on taloushistoriallisessa työssään korostanut markkinoita johtaville yrityksille olleen tärkeintä mahdollisimman tasaisen tuotantomäärän (through-put) ylläpitäminen. Tämäkään ei yleensä estänyt markkinoiden muuttumista ainakin oligopolistisiksi, mutta johtava yritys tuotti hänen arvioidensa mukaan muita enemmän. Tutkimustulosta ei mielestäni voida siirtää tähän päivään markkinakehityksen osalta, mutta kapasiteetin käyttöastehavainto on yleispätevä.[361]

10.2 Tuotteen eriyttäminen

Tuotteen eriyttäminen on varsinkin oligopolitilanteissa merkittävä kilpailukeino. Tuotteet voidaan esim. suunnata tiettyjen ostajaryhmien tarpeiden mukaisesti, jolloin saavutetun erikoisosaamisen takia kilpailijoiden ei kannata aivan vastaavaa tuotetta valmistaa. Äärimmäisyyteen viety heterogenisointi johtaa itse asiassa uusien markkinoiden syntymiseen. Yritysten pyrkimyksenä on päästä monopolin omaiseen asemaan eli luoda markkinoille monopolistinen kilpailu. Tällöinkin yrityksen liikkumavara on vielä kilpailun rajaama, eikä se voi siirtyä kokonaan monopolihinnoitteluun. Miten suuri liikkumavara on, määräytyy sekä tuotannon että kysynnän joustavuuden kautta. Teoriassa yritysten voitot ovat sitä suuremmat mitä erilaisemmiksi ostajat kokevat tuotteet. Markkinoilla toimivien yritysten

[361] Chandler s. 24. Tekijä korostaa tuotantomäärän lisäksi ”nopeuden ekonomiaa” eli sitä, että yrityksen on saatava raaka-aineet halutulla volyymillä halutussa ajassa ja vastaavasti tuotteet mahdollisimman nopeasti kuluttajille.

lukumäärä rajautuu tällöin pitkälti uponneiden kustannusten pohjalta. Kustannusten kasvaessa yrityksiä toimii vähemmän markkinoilla.[362]

Tuotteen eriyttämistä vastaa tukku- tai vähittäiskaupan valikoiman eriyttäminen. Pyrkimyksenä voi olla esim. vain tietynlaatuisten tai merkkituotteiden myyminen. Vastaavasti tavaratalo ei ota valikoimiinsa kaikkein erikoisimpia tuotteita, vaan lähinnä johtavia merkkejä kaikista niistä tuoteryhmistä, joita asiakkaat normaalisti olettavat saavansa tavaratalosta. Siten tavaratalossa on usein rautatarvikeosasto, mutta sieltä ei voi ostaa ko. alan erikoistuotteita (esim. ruuveja tms. on perusvalikoima eikä kaikkia mahdollisia kokoja).

Tuotteen laatua voidaan hyödyntää joko pyrkimällä tuomaan markkinoille selvästi aiempia parempi tuote (tästä näkökulmasta uuden tuotteen ”keksiminen” on vain hyvin merkittävä ”laadunparannus”). Laatua voidaan tällöin käyttää juuri eriyttämistarkoituksessa. Yrityksen pyrkimyksenä on patentin tai teknisen osaamisen vaikutuksen pidentäminen ohi teollisuusoikeuksien nauttiman suojan, jolloin vähäinenkin parannus ja tästä saatu mallimuutos voi kilpailukeinona olla merkittävämpi kuin se teknisesti on. Toisaalta laatua voidaan laskea, jos hintakilpailu tai eriyttäminen ei ole mahdollista. Oletuksena on se, etteivät kuluttajat havaitse pientä laadun laskua. Markkinaosuus pysyy siten lähes vakiona, ja yritys kerää alentuneiden kustannusten kautta (halvemmat raaka-aineet, vähemmän työtunteja tms.) suuremmat voitot. Laadun alentaminen voi olla toisaalta tarkoitettu kuluttajien havainnoitavaksi, jos pyritään tuomaan markkinoille ”jokamiehen halpamalli”.[363]

Kilpailutekijänä voidaan käyttää tuotteen myynnin yhteydessä tarjottavia takuita tai erillisiä huoltopalveluja. Samalla oma tuote saadaan poikkeamaan kilpailijan tuotteesta, joka ilman erilaisia lisäpalveluja tms. vaikuttaa ”riisutulta” verrattuna runsaasti erilaisia ekstroja sisältävään. Esimerkiksi ostettaessa tietokonetta voivat ostopäätökseen vaikuttaa hinnan lisäksi ratkaisevasti käyttäjälle tarjottavat tukipalvelut. Huoltopalvelut voivat toisaalta kilpailla omina tuotteinaan. Rahoituspalvelun tarjoamista voidaan käyttää joko erillisenä kilpailukeinona (kuten tarjottaessa edullista maksuaikaa) tai osana tuotteen hintaa (tällöin käteiskauppa on yleensä edullisempi, koska se on myyjälle kannattavampaa). Erillinen huoltoyritysverkosto voi parantaa valmistajan / muiden myyjien asemaa markkinoilla, jos tuotteelle voidaan taata mahdollisimman hyvä huolto (vrt. em. tukipalvelut tietokonekaupassa, jossa nopean avun saaminen on varsinkin yrityksille merkittävää).[364]

---

[362] Albach s. 44; Shy s. 135–140 (tuotteiden eriyttämisen vaikutuksesta yrityksen voittoihin – matemaattinen perustelu sekä Cournot-mallin [määrän suhteen] että Bertrandin-mallin [hintaa vaihdetaan] suhteen), 143–147 (monopolistisen kilpailun osalta).

[363] Clark s. 185–189. Tekijä viittaa keksintöjen normaalisti syrjäyttävän jonkin aiemman ja vain harvan rakentuvan täysin uuteen tietoon. Yritysten kannalta kyse on kustannustekijästäkin, koska laitteistojen tms. uusiminen ja aiempien purkaminen kovin nopeassa tahdissa voi olla liian kallista saavutettavaan hyötyyn nähden; Schmidt II s. 59–60. Laadun parantamisen osalta Schmidt huomauttaa ongelmana olevan vaikeus havaita tätä parannusta. Kuluttaja ei ennen kauppaa (eikä aina sen jälkeenkään) pysty arvioimaan onko tuotteen laatu todella toisen valmistajan tuotetta parempi.

[364] Schmidt II s. 60–61.

10.2.1 Mainonta ja jakelujärjestelmät eriyttämiskeinoina

Eriyttämiseen voidaan pyrkiä mainonnan ja jakelujärjestelmien avulla. Yrityksen tavoitteena voi olla esim. luksus-tuotteen markkinointi, jolloin mainonnassa on pyrittävä luomaan kuva laadultaan muita tuotteita paremmasta tuotteesta. Tätä mielikuvaa voidaan tukea sekä hintapolitiikan että jakelujärjestelmän avulla. Hinta ei saa olla liian alhainen, koska tämä luo vaikutelman ”jokamiehen” tavarasta. Vastaavasti tuotetta ei valmistajan kannalta saisi myydä liian lukuisissa eikä ainakaan tietyn standardin alittavissa liikkeissä. Käytännössä esim. kosmetiikkatuotteissa merkkivalmistajat pyrkivät saamaan erilliset tavaratalo-osastonsa tai -myyntipisteensä, koska vain tällöin tuote erottuu muista. Mikäli yritys tavoittelee mahdollisimman suurta volyymiä, on ratkaisevassa asemassa tuotteen saatavuuden parantaminen sekä hintatason laskeminen sellaiselle tasolle, että tuotetta voidaan markkinoinnissa tuoda esiin ainakin jotain pääkilpailijaansa edullisempana. Hinnan saavuttaessa alimman mahdollisen (tai halutun) pisteen on turvauduttava enemmän positiivisen mielikuvan luomiseen (esim. laaja menekki voidaan kuvata ilmaisuksi tuotteen ”laadukkuudesta” kilpailijoihin verrattuna).[365]

Mainonta vaikuttaa sekä kilpailijoiden asemaa hankaloittavasti (pyrkimyksenä on houkutella kilpailijoiden asiakkaita itselle) että kokonaiskysyntää lisäävästi. Jälkimmäisessä tapauksessa ei ole kyse varsinaisesta eriyttämisestä, koska lopputuloksena on kaikkien tuotteen valmistajien menekin kasvu. Kyseistä, informatiivista mainontaa ei pidetä kilpailun kannalta haitallisena eikä se siten ole kilpailuoikeudellisesti kovin relevanttia. Stigler huomauttaa osuvasti, että ostajan on tämänkin mainonnan perusteella ostettava tuote joltain valmistajalta / kaupalta, joten täysin neutraalia se ei voi olla. Edes tietyn alan yhteismainonta ei tätä kokonaan ole, koska esim. siirtyminen sähkölämmitykseen vähentää öljyn kulutusta tms. Kilpailulliset vaikutukset eivät kuitenkaan johda varsinaiseen eriyttämisvaikutukseen eikä kilpailunrajoituslainsäädännön pohjalta ole syytä reagoida (sopimaton menettely saattaa tulla kyseeseen).[366]

Chamberlin katsoo mainonnan johtavan markkinoilla toimivien yritysten määrän vähentymiseen ainakin, jos toimijoita on alunperin monta. Oligopolin kaltaisessa tilanteessa myynnin edistämiseen vaikuttaa yritysten arvio kilpailijoiden toiminnasta eikä lopputulos ole välttämättä em. kaltainen vähentyminen. Lopputuloksena voi olla jopa myynnin edistämisen ”hiljainen” rajoittaminen, jotta

---

[365] Tuotteen eriyttämistä ja sen vaikutusta kilpailukäsitteeseen on pohtinut laajemmin Chamberlin. Mainonta voi hänen mukaansa pyrkiä joko olemassa olevan kysynnän parempaan tyydyttämiseen (so. kuluttajia informoidaan tarjolla olevista mahdollisuuksista) tai kysynnän muokkaamiseen oman tuotteen suuntaan luomalla ”merkkiuskollista” asiakaskuntaa. Hän toteaa osuvasti, ettei näitä mainonnan kahta funktiota voitane käytännössä erottaa toisistaan. Ks. Chamberlin s. 119–120.

[366] Informatiivisen mainonnan sivuuttaa tällä maininnalla Arndt I s. 107; laajemmin Stigler I s. 182–185.

markkinoiden vallitseva tila säilyisi. Oligopolin kannalta pelkona on hinta-mainontasodan syttyminen, jossa kukaan ei voittaisi.[367]

Arndt katsoo mainonnan voivan tietyissä tilanteissa jopa estää todellisen kilpailun ilmentymisen kokonaan. Eriyttäminen voi mennä niin pitkälle, että ostajasta tulee mukautumiskohde, eikä tarjonta enää mukaudu kysynnän perusteella niin kuin pitäisi. Teknisen kehityksen kuva voi vääristyä, jos mainonnalla luotua ”edistyksellistä” kuvaa ei vastaa todellinen muutos. Esimerkkinä Ardnt käyttää sen tyyppisiä melko homogenisiä tuotteita kuin pesuaineet ja hammastahnat, joiden mainonnassa usein vedotaan uusiin, paremmin tehoaviin tuotteisiin. Kuluttajan on näissä tilanteissa lähes mahdotonta arvioida, onko todella kyse parannuksesta vai vain mainonnasta.[368]

Mainonnan kautta luodut uskomukset voivat olla hyvin pitkäikäisiä ja toimia siten markkinoille pääsyn esteinä, vaikka hallitseva yritys olisi joutunut vähentämään mainontaansa viranomaismääräyksen takia. Potentiaalisten kilpailijoiden on panostettava itse jonkinlaiseen mainoskampanjaan, jotta markkinoille tulo olisi mielekästä. Mainostamaton tuote ei todennäköisesti kiinnosta kuluttajia, koska he epäilevät sen olevan huonolaatuisempi. Tilannetta voidaan korjata esim. julkisen valistustoiminnan tms. kautta, vaikka tällaisen informaation vaikutusta voidaan epäillä. EU-alueella vaarana on lisäksi syyte kansallisten tuotteiden suosimisesta, jolloin muu kuin EU:n laajuinen kampanja voisi kaatua komission vastustukseen.[369]

Myyntijärjestelmän tarkoituksena on parantaa tarjottavan tuotteen menekkiä tai siitä saatavaa voittoa. Valmistajat kilpailevat jakelukanavien hallinnasta ja vastaavasti suuret tukkuketjut tms. tiettyjen valmistajien kontrolloimisesta. Mitä vähemmän kilpailua on (so. mitä markkinavoimaisempi jokin valmistaja tai tukkuketju tms. on) sitä parempi kontrolli järjestelmän luojalla on. Tällöinkään järjestelmä ei ole ilmainen, vaan sen luojan on aina tarjottava jonkinlainen kannustin järjestelmän jäsenille. Viime kädessä kyse on eri osapuolten marginaaleista sekä voittomahdollisuuksista ylipäätään.[370]

---

[367] Chamberlin s. 151–154, 161–162 (lukuisia yrityksiä -tilanteen osalta) sekä em. lähde s. 170–171 (oligopolitilanteen osalta).

[368] Arndt I s. 107–108.

[369] Scherer viittaa mainonnan vaikutukseen käyttäen esimerkkinään kahta puhdistusaineiden valmistajaa, jotka 1966 sopivat Englannin hallituksen (so. kilpailuasioista vastaavan ministerin) kanssa mainostamattoman, 20 % halvemman tuotteen tuomisesta markkinoille. Tuote ei mennyt kaupaksi. Tästä voidaan mielestäni vetää tekstissä esitetty johtopäätös kuluttajien epäluuloisuudesta. Voisiko julkinen informaatio todella toimia tällaisen ”esteen” poistajana on epäselvää, vaikka Scherer tätä kannattaakin. Ks. Scherer s. 404.

[370] Chamberlin s. 120–121. Tekijä korostaa jakeluketjun osilla olevan erilaisia tehtäviä tuotteen laadusta riippuen. Mitä laajempi menekki tarvitaan (Chamberlin käyttää esimerkkinä nk. convinience goods) sitä tärkeämpi on saada jakeluketjuun jäseniä, joilla on kattavat suhteet jälleenmyyjätasolla.

Yrityksen kannalta myyntijärjestelmä on keino kontrolloida menekkiä. Tietyn käyttöasteen saavuttaminen jakeluketjuun sidottujen yritysten avulla voi mahdollistaa kustannusten painamisen alemmas, koska tuotanto voidaan suunnitella skaalatuoton vaatimien määrien mukaan. Tehokkuuden kannalta tulos voi siten olla positiivinen. Kilpailun kannalta on olemassa riski markkinoille pääsyn esteiden korostamisesta, mikä voi olla järjestelmän luojan päämääräkin. Kilpailuoikeudellisesti tehokkuusvaikutus ja markkinoiden sulkeminen pitäisi erottaa toisistaan ja vain jälkimmäiseen puuttua. Jakelujärjestelmä on yleensä osa yrityksen kokonaismarkkinointia, joten sitä tulisi käsitellä yhdessä mainonnan ja muiden myynnin edistämiskeinojen kanssa.

10.2.2 Kytkykaupat eriyttämiskeinona

Myös kytkykauppa on eräs keino tuoda yrityksen oma suoritus paremmin esille. Riippumatta siitä, yhdistetäänkö täysin toisistaan riippumattomia vai käyttöyhteydessä olevia tuotteita, on perustarkoituksena luoda mielikuva muista poikkeavasta suorituksesta. Yrityksen imagon kannalta kytkentä on välttämättöntä, jos oman päätuotteen toimintaa ei voida taata ilman tietynlaatuista sivutuotetta. Varsinaisesti tuotteen eriyttämisestä on kyse vain, jos suoranaista välttämättömyyttä ei ole.

Kilpailun kannalta merkitys on neutraali, jos kyse on vain rinnakkaisista tarjouksista, joista ostaja valitsee haluamansa. Mikäli yritys hallitsee jonkun tuotteen markkinoita, voi se painostaa ostajat käyttämään myös jotain toista tuotetta esim. kieltäytymällä myymästä hallitsemaansa tuotetta tai rajoittamalla takuun vain tilanteisiin, joissa kaikki varaosat ja muut tarvikkeet ostetaan siltä. Fejo huomauttaa, ettei kyse välttämättä ole mitenkään kilpailuun vaikuttavasta tilanteesta, koska yritys vain ottaa kytkevästä tuotteesta monopolivoiton (so. siihen kytketty tuote on tavallaan osapuolten kannalta arvoton). Fejo ei pidä tilannetta vaarattomana, koska pitemmän ajan kuluessa kytkentä voi johtaa markkinoiden hallintaan sekä kytkevän että kytketyn tuotteen osalta.[371]

Bork pitää kytkykauppoja kilpailun kannalta harmittomana, koska kyse on ainoastaan siitä, tarjotaanko tiettyä tuotetta itsenäisenä vai ainoastaan jonkin toisen tuotteen kanssa. Bork käyttää esimerkkinä tilannetta, jossa elintarvikesäilykkeiden valmistaja on valmis maksamaan 100 $ vuokran suolan levityslaitteesta. Jos tämä on maksimivuokra, ei vuokranantajalla enää ole mitään keinoa saada vuokraajaa ostamaan tarvitsemansa suolan häneltä muutoin kuin kilpailukykyiseen hintaan. Muussa tapauksessa vuokra ei ole ollut maksimitasolla ja väitetty suolasta saatava monopolihinta on itse asiassa levityslaitteen vuokrankorotusta. Vastaa-

[371] Fejo painottaa, että kytkykauppojen merkitys on sidottu siihen, miten hallitseva asema yrityksellä on kytkevän tuotteen osalta. Hän vertaa tilannetta yksinoikeussopimuksiin, joiden vaikutukseen myös liittyy kysymys sitovan yrityksen markkinavoimasta. Ks. Fejo s. 472–473, 493–495, 497–498.

va esimerkki on Bork'n mukaan IBM:n reikäkorttien ostovelvoite. Kahta monopolivoittoa ei voi saada yhdellä monopolilla.[372]

Bork'n esittämä ajattelumalli on looginen, mutta ei täysin paikkaansa pitävä. Kuten Fejo on todennut, voi pitempiaikaisesta kytkennästä seurata kytketyn tuotteen hallinta. Kytkevää tuotetta hallitseva yritys ei välttämättä edes pyri totaaliseen monopolivoittoon tämän tuotteen osalta, koska se voisi johtaa kilpailevien menetelmien kehittämiseen. Kahden tuotteen yhteinen monopoli voi olla sen kannalta edullisempi kilpailukeino, koska kytketyn tuotteen kilpailun vähetessä yritys voi päästä markkinoimaan tätä tuotetta monopoliasemassa sellaisillekin ostajille, jotka eivät tarvitse kytkevää tuotetta. Kilpailun kannalta ei silti välttämättä ole kyse haitallisesta toimintatavasta, joten kytkykauppoja ei tulisi pitää automaattisesti kiellettyinä edes hallitsevien yritysten osalta. Selkeästi hyväksyttävinä tulisi Bork'n tavoin pitää kytkykauppoja, jotka perustuvat skaalatuottoihin, teknisiin seikkoihin tai yrityksen imagon säilyttämiseen.[373]

10.3 Muut kilpailutekijät

Kapasiteetti ja sen käyttämistä koskevat ratkaisut vaikuttavat yrityksen asemaan markkinoilla sallien tai estäen reaktiot kasvavaan kysyntään, kysyntävaihteluihin tai kilpailijoiden markkinaosuuden laajentamispyrkimyksiin. Dynaamisessa kilpailutilanteessa on todennäköisesti rakennettava jonkin verran ylikapasiteettiä, koska markkinoiden muutoksia ei voi täydellisesti ennustaa. Kilpailun kannalta tietty vapaa kapasiteetti on välttämätöntä. Muussa tapauksessa tuotantokykyisempi kilpailija voisi hintoja polkemalla vallata huomattavan markkinaosuuden. Hinnan lasku vastauksena kilpailijan toimiin ei auta, jos tätä kautta lisääntyvää kysyntää ei voida tyydyttää. Yli- tai vapaakapasiteetti on hankala käsite, koska osa ”ylimääräiseltä” vaikuttavasta kapasiteetistä rakennetaan järkevän huoltokierron varmistamiseksi. Clark huomauttaa osuvasti, ettei jonkinasteista ylikapasiteettiä tule pitää kysynnän ja tarjonnan lain vastaisena.[374]

Yrityksen organisaation muutoksen tarkoituksena on lähinnä sen aseman parantaminen markkinoilla. Muita tehokkaammalla organisaatiolla voidaan saavuttaa etuja yrityksen eri toiminnoissa, kuten tutkimuksessa, tuotannossa tai markkinoinnissa. Arviointia hankaloittaa se, ettei yksi ainoa organisaatiomalli todennäköisesti sovi esim. tutkimukseen ja markkinointiin. Yritysten erot voivat siten osittain kompensoitua toisen hallitessa tutkimuksen ja toisen markkinoinnin.[375]

---

[372] Bork s. 372–373, 374–375.
[373] Bork s. 378–380.
[374] Clark painottaa, että vapaan kapasiteetin puute johtaa itse asiassa kilpailun paineen vähentymiseen. Ks. Clark s. 166–169 sekä 175–177 (yleisemmin kapasiteetin valintaongelmien osalta).
[375] Organisaation kehityksen merkitykseen teknisen kehityksen osalla viittaa Clark s. 184.

Yritys voi pyrkiä raaka-aineiden tai eri tuotteiden saannin sekä omien tuotteidensa markkinoinnin varmistamiseen taakse- tai eteenpäin suuntautuvan integroitumisen avulla. Tämä voi tapahtua usealla eri tavalla esim. yrityskauppojen, mutta aivan yhtä hyvin myyntijärjestelmien tai franchising-ketjujen avulla. Rajanveto yrityskaupan tai yhteisyrityksen sekä sopimuksiin perustuvien järjestelyjen välillä on oikeudellisesti merkittävä, mutta yrityksen kannalta kyse on samasta päämäärästä. Pyrkimyksenä voi yksinkertaisesti olla oman kapasiteetin mahdollisimman tasainen käyttö, jolloin kustannukset saadaan pidettyä kurissa. Toisaalta taustalla voi olla selkeä halu estää muiden pääsyä markkinoille haittaamalla näiden raaka-aine tms. hankintaa tai valmiiden tuotteiden myyntiä.

Integroituminen voi olla selkeä tehokkuustekijä tilanteissa, joissa sen avulla poistetaan ylimääräinen kustannustekijä (transaktiokustannus tms.) tai ”petkuttamismahdollisuus” yritysten välillä. Mitä riippuvaisempi yritys on jonkin toiminnan osalta sitä todennäköisemmin sen on päädyttävä joko sopimusjärjestelyyn tai yrityskauppaan tekijän varmistamiseksi. Jälkimmäiseen keinoon päädytään yleensä silloin kun riski ”petkutuksesta” tai ”kiristämisestä” on niin suuri, että edes agenttisuhdetta lähenevä järjestely ei voi riittää. Tyyppiesimerkkinä käytetään yleensä amerikkalaista General Motors – Fisher Body tapausta, jossa Fisher Body saattoi tuotteensa voimakkaan kysynnän takia toimia sopimuksen tarkoituksen vastaisesti omaksi edukseen. Ostamalla ko. yrityksen GM ratkaisi tilanteen integraation avulla.[376]

Integroitumista ei välttämättä valita pelkästään tehokkuuden takia. Syynä voi olla kilpailulainsäädännön kielteinen tai sellaiseksi oletettu suhtautuminen erilaisiin vertikaalisiin sopimusjärjestelyihin. Lähtökohtaisestihan ei yrityksen tai konsernin sisäiseen toimintaan voida puuttua, joten integroitumisella voidaan pitkälti suojautua viranomaisten asioihin puuttumiselta. Keino ei ole täysin varma ainakaan hallitsevien yritysten kannalta, koska toimituksista kieltäytyminen tms. markkinoille tulevalle yritykselle saattaa olla em. aseman väärinkäyttöä. Kuten Whish huomauttaa, ei yritysten taloudelliseen tehokkuuteen perustumaton integroitumisratkaisu ole yhteiskunnan kannalta paras ratkaisu, joten vertikaalisia kilpailunrajoituksia tarkasteltaessa tulisi periaatteessa huomioida riski vertikaaliseen integraatioon pakottamisesta.[377]

---

[376] Ks. Klein ym. s. 415–416 (vertikaalisen suhteen ongelmista), 416–418 (GM – Fisher Body -tapauksesta sekä sopimusjärjestelyn ongelmista), 418–420 (vertikaalisen yrityskauppa integraation eduista).

Olen tässä yhteydessä hyödyntänyt GM – Fisher Body –tapausta vain Klein ym. kuvaamana esimerkkinä ongelmasta minkä takia itse tapausta ei esitellä tarkemmin eikä myöskään alkuperäistä lähdettä ole käytetty.

[377] Whish s. 553–554.

10.4 Kilpailutekijöiden merkitys

Yleensä ei käytetä tai edes voida käyttää vain yhtä kilpailukeinoa kerrallaan. Hinnan muutoksen yhteydessä esille nousee mainonta, laatu, jakelujärjestelmät jne. Kuten Clark osuvasti huomauttaa, ei hinnalla kilpaileminen olisi kovin järkevää, jos yrityksellä ei olisi riittävää kapasiteettiä lisäkysynnän kattamiseen. Tässä mielessä kapasiteetti voi olla viimesijainen tekijä, joka rajaa yrityksen käytössä olevat vaihtoehdot. Käytännön merkitystä arvioitaessa ei siten tulisi keskittyä yksinomaan yhden kilpailutekijän vaikutuksiin, koska tällöin vaikutus voi olla joko liian vähäinen tai merkittävä. Edellinen tilanne voi olla esim. hyvin suunniteltu markkinointi, jossa yhdistyy tuotteen tarkoituksellinen eriyttäminen, tätä vastaava hintapolitiikka, markkinointikeinot ja riittävä kapasiteetti. Yksin ei mikään käytetyistä keinoista välttämättä vaikuttaisi paljoakaan markkinoilla yhteisvaikutuksen luodessa merkittävän edun yritykselle.[378]

Määräävässä asemassa oleva yritys voi usein vaikuttaa eri kilpailutekijöihin ja käyttää niitä omien tarkoitusperiensä mukaisesti. Lähtökohtana ei kuitenkaan ole yksioikoisesti esim. tuoton maksimointi, vaan kilpailutekijöiden käyttö riippuu paljolti mm. potentiaalisen kilpailun aiheuttamista paineista. Yritys voi esim. pyrkiä sulkemaan muut pois markkinoilta pitämällä hinnan alhaisena. Se voi pyrkiä manipuloimaan muita kilpailutekijöitä, kuten mainontaa tai markkinoille pääsyä. Blair katsoo markkinoiden keskittymisen USA:ssa tiettyjen tuotteiden osalta (mm. autot) johtuneen osittain suuryritysten mahdollisuudesta saada halvempaa mainonta-aikaa televisiosta. Nämä yritykset ostivat 1960-luvulla suuria mainospaketteja ja saivat TV-yhtiöiltä selkeästi muita yrityksiä suuremmat alennukset. Tuote, joka ei näkynyt mainoksissa parhaimpaan katseluaikaan, oli lähes tuomittu. Mallimuutoksilla – varsinkin autoteollisuudessa – voidaan pyrkiä haittaamaan markkinoille pääsyä, koska ne vaativat tuotantotekniikan uudistamista ja tällaisiin jatkuviin muutoksiin ei pienemmillä yrityksillä ole varaa. Tekninen kehitys vaatii investointeja ja mallimuutoksia, joten väärinkäyttönä ei näitä muutoksia ilman muuta näyttöä voida pitää.[379]

Kilpailutekijöiden merkitystä kilpailuoikeuden kannalta on vaikea arvioida. Nykyiset moniala- tai monituoteyritykset eivät ole teorian kuvaamalla tavalla riippuvaisia tuotteen elinkaaresta. Ne voivat subventoida tietyn tuotteen hintaa

---

[378] Clark s. 121. Tekijä kritisoi tältä pohjalta täydellisen kilpailun olettamaa yrityksistä, jotka jatkuvasti toimivat optimikapasiteetillä. Dynaaminen kilpailu edellyttää jonkinasteista ylikapasiteettiä paitsi hintakilpailutilanteita varten myös kysynnän vaihtelujen varalta.

[379] Blair s. 308–338 (Chapter 13). Kirjoittajan argumentointi perustuu paljolti USA:n kongressin järjestämiin kuulusteluihin sekä erilaiseen tilastolliseen näyttöön. Johtopäätökset vaikuttavat oikean suuntaisilta, mutta niiden soveltamiseen nykypäivän Suomen tai Euroopan markkinoille on suhtauduttava varovaisesti. Sekä mainostoiminta että tuotantotekniikka ovat huomattavasti muuttuneet 1960-luvun ajoista ja sen aikaiset suuret yhdysvaltalaisyrityksetkin ovat monesti joutuneet kohtaamaan kovaa kilpailua Aasian alueen yritysten taholta.

alentamalla yrityksen osien sisäisessä tavaraliikenteessä perittäviä hintoja tms. Monet uudet tuotteet perustuvat vanhoihin tuotteisiin eikä mainonta tai myynti tällöin lähde tyhjästä. Ison konglomeraatin voima on pitkälti mahdollisuudessa siirtää voimavaroja tuotannon alalta toiselle, jolloin tilanteen oikeudellinen arviointi voidaan kilpailutekijöiden sijasta joutua painottamaan juuri yrityksen yleisiin voimavaroihin. Toisaalta kilpailusta kuluttajille tuleva hyöty välittyy pitkälti juuri kilpailutekijöiden kautta, jolloin niiden jättäminen huomiotta voi olla jopa osoitus kilpailupolitiikan osittaisesta epäonnistumisesta. Yritysten kannalta kilpailutekijät ovat tärkeä osa markkinainformaatiota ja samalla niiden keinovalikoimaa. Yritysjohto voi reagoida kilpailijan hinnanalennukseen esim. laskemalla hintaa hieman vähemmän ja lisäämällä markkinointimenoja. Määräävässä asemassa olevalle yritykselle kyse on viestintämahdollisuudesta. Voimakas tiettyyn kilpailijaan kohdistuva mainonta tms. viestii kilpailijan ylittäneen ”sopivuuden rajat” ja voi johtaa ”hiljaiseen yhteiseloon” palaamiseen.

11. SOPIMUKSET JA SOPIMUSVAPAUS

Sopimus on vaihdannan mahdollistava instrumentti. Sopimuksen avulla voidaan siirtää tuotteiden omistusoikeus tai muu esineoikeus valmistajalta kuluttajalle joko vastiketta vastaan tai vastikkeetta. Kilpailun syntyminen edellyttää sopimusvapautta, koska tämän vapauden rajoittaminen estää hintojen ja kauppaehtojen asettumista markkinoiden määräämälle tasolle. Sopimusvapaus mahdollistaa samalla resurssien mahdollisimman tehokkaan käytön. Sitä voidaan pitää eräänä deregulaation osana. Jo Adam Smith kannatti sopimusvapauden lisäämistä merkantilistisen talousjärjestelmän purkamiseksi.[380]

Vaihdannan intressissä on sopimusvapauden lisäksi sopimusten sitovuus. Osapuolille ei voida antaa mielivaltaista oikeutta luopua tai muuttaa sopimusta. Sitova sopimus voidaan saattaa tarvittaessa pakkokeinoin voimaan. Kilpailuoikeutta ei saisi käyttää keinona suojata elinkeinonharjoittajia sopimusten sitovuudelta. Kilpailuoikeudellinen reaktio tulisi rajata niihin tapauksiin, joissa on joko kyse kartellista tai markkinavoimaa hyödyntäen synnytetystä, selkeästi yksipuolisesta sopimuksesta. Jälkimmäisestä tilanteesta ei ole kyse vain sen takia, ettei muuta sopimuskumppania ole tarjolla kuin hallitseva yritys.

---

[380] Hemmo s. 3, 4 Hemmo korostaa sopimusoikeuden lähteneen juuri talouspainotteisista rationaliteettioletuksista. Esimerkkinä tästä hän pitää sitä, ettei tunne- tms. aineettomille arvoille ole sopimusoikeudessa annettu paljonkaan merkitystä; Schäfer’n ja Ott’n tavoin voidaan katsoa sopimusvapauden olevan osa kilpailun teknistä kehitystä eteenpäin vievää järjestelmää. Ks. Schäfer ym. s. 248.

Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoitus ottaa kantaa sopimusvapaudesta käytävään keskusteluun tai sopimusoikeudellisiin teorioihin sopimuksen merkityksestä. Pyrin tällä jaksolla hahmottamaan sopimuksen merkitystä kilpailuoikeudellisena instrumenttina määräävässä asemassa olevan yrityksen ja sen asiakkaiden tms. kannalta.

Mononen käyttää termiä toiminnan vapaus, joka sopimusvapauden lisäksi sisältää tuloksenteon vapauden sekä vaihdannan joustavuuden ja sujuvuuden. Jälkimmäiset voidaan mielestäni pitkälti asettaa sopimusvapauden alle, koska sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden kautta pyritään juuri vaihdannan turvaamiseen. Samalla mahdollistetaan Monosen toteamalla tavalla vaihdannan tehokkuus.[381]

Sopimusvapaudella tarkoitetaan sekä vapautta solmia sopimus että päättää sen sisällöstä. Lähtökohta on siten vapaaehtoisuus, eli ketään ei saa pakottaa sopimukseen. Sopimusvapauden käänteinen puoli on oikeus pidättyä sopimuksesta. Sopimusosapuoli saa siten vapaasti valita kenen kanssa hän ylipäätään solmii sopimuksen. Sopimusvapaus ei ole rajaton, vaan siitä on lukuisia lainsäädännön ja oikeuskäytännön kautta syntyneitä poikkeuksia.[382]

Sopimusvapauteen voidaan liittää perusoikeuskysymys omaisuuden suojasta. Varsinkin pakotettaessa yritys sen kannalta epämieluisiin tai jopa kannattamattomiin sopimuksiin voi tuloksena olla esim. yrityksen arvon alentuminen osakemarkkinoilla tai yrityksen tuoton vähentyminen. Vastaava tulos voi olla yrityksen liiketoimien rajoittamisellakin. Puuttumalla yrityksen asemaan markkinoilla puututaan siten väistämättä sen omistajien omistusoikeuteen.

Laajempana sopimusvapauteen liittyvänä kysymyksenä on yritysten yleinen toiminnan vapaus. Jos erilaisilla taloudellisilla normeilla – mukaan lukien kilpailuoikeus – säädetään tarkkaan minkälaisen sopimuksen missäkin tilanteessa voi tehdä, ei yrityksellä juuri ole toiminnan vapautta. Tällöin on vaarana itse kilpailuinstituution sivuuttaminen. Whish katsoo EU-oikeuden osalta erilaisten poikkeuslupa-sääntöjen lisääntymisen johtaneen osittain siihen, että kilpailun näkymättömän käden sijasta toimintaa ohjaa DGIV:n ”näkyvä käsi”. EU:n kilpailuviranomaisten epäviralliset päätökset voivat lisätä tämän ohjaustoiminnan merkitystä, koska yritykselle voi olla edullisempaa noudattaa saamiaan neuvoja kuin pyytää komission virallista päätöstä sekä mahdollisesti vielä riitauttaa ko. päätös. Vaaraa ei tule ylikorostaa, koska oikeusjärjestelmän yleisenä tarkoituksena on määrittää oikeusalamaisten toiminnan puitteet. Sopimusvapautta on voitava rajoittaa, jos tällä tavoin estetään yhteiskunnan kannalta kielteinen kilpailunrajoittaminen. Tietyssä määrin ongelma on pikemminkin siinä kuka kontrolloi ja kontrolloidaanko kilpailuviranomaisia ylipäätään riittävästi. Sopimus- ja toiminnanvapaus ei saisi edes hallitsevan aseman osalta hävitä viranomaisten ohjailutoimien alle. Ongelma lienee vähäisempi määräävän aseman osalta, koska näiden yritysten kontrolloimiseen on – ainakin heikompia – kartelleja vahvempi syy. Tällöinkin painopisteen

---

[381] Mononen s. 144–145. Kyseessä ei varsinaisesti ole mielipide-erosta minun ja Monosen välillä, vaan lähinnä siitä miten vaihdantaa tarkastellaan.

[382] Hemmo s. 57, 62; Larenz I s. 40 ”Der Selbstbindung eines jeden ist nach der Grundidee des Vertrages ein Akt der Freiheit.”; Mononen s. 151–152. Mononen näkee sopimusvapauden kohtuullisuuden vasta-arvona ja ilmeisesti osin tätä kautta rajoitettavana. Pääperiaate on hänenkin mukaansa se, ettei vapautta saisi rajoittaa enemmän kuin on tarpeen.

tulisi olla yksittäisten kielteisten menettelytapojen poistamisessa ei koko toiminnan ohjaamisessa.[383]

Taloustieteen mallit edellyttävät usein täydellistä informaatiota tai kykyä arvioida millä todennäköisyydellä yritys tulee toimimaan tietyllä tavalla. Sopimussuhteessa tämä merkitsee sitä, että osapuolten pitäisi olla tasa-arvoisia informaation suhteen sopimusta solmittaessa. Hemmo korostaa, että heidän pitäisi tietää kaikki tarpeellinen tarjottavasta hyödykkeestä, vastapuolen preferensseistä sekä sitoutua sopimukseen vapaaehtoisesti ja lisäksi täyttää tehty sopimus. Käytännössä osapuolet eivät aina pysty rationaalisesti päättämään, mihin he sitoutuvat esim. markkinointikeinojen tms. takia. Kilpailun ja sopimusvapauden perusedellytyksenä voidaan pitää sitä, että osapuolilla olisi toisintoimimismahdollisuus.[384]

Epätäydellinen informaatio johtaa siihen, etteivät sopimusosapuolet tiedä mihin he sitoutuvat. He luulevat sopimuksen seurausten olevan heille edulliset (muutenhan sitä ei solmita), mutta vasta jälkikäteen voidaan tämä seikka – mahdollisesti muuttuneissa olosuhteissa – arvioida. Kilpailuoikeuden kannalta pitkälti neutraalina pitäisin sen ratkaisemista kummalle osapuolelle riski olosuhteiden muuttumisesta asetetaan. Jos hallitseva yritys ei ole omilla toimillaan aiheuttanut muutosta, ei kyse ole kilpailuun liittyvästä ongelmasta, vaan esim. kohtuusperiaatteen tai kuluttajasuojanormien kautta ratkaistavasta tapauksesta. Osapuoli ei kuitenkaan saa johtaa toista harhaan oman, toista osapuolta täydellisemmän informaation avulla. Kuluttajansuoja ja kilpailuoikeus työskentelevät saman päämäärän hyväksi yrityksen pyrkiessä hallitsevan asemansa hyväksikäyttöön kuluttajien etujen vastaisesti ja kilpailua vääristävästi. Mitään syytä en näiden oikeuden alojen suoraan yhteisarviointiin näissäkään tapauksissa näe, vaan kyse on satunnaisesta intressiyhteydestä. Kilpailuoikeutta ei voida sitoa sopimusvapauden tai kuluttajansuojan takeeksi yksittäisiä tapauksia varten, vaikka sitä voidaan näissä tilanteissa hyödyntää, jos tilanteesta kärsivälle annetaan oikeus suoraan vedota kilpailunormeihin (tällöin pienempi yritys saisi samantapaista suojaa kuin kuluttaja saa ilman oikeustoimilain kohtuullistamiseen vetoamista).

Sopimusvapaus on osittain ristiriitainen lähtökohta määräävän aseman väärinkäytön kannalta. Yksinomaan sopimusvapautta painottava näkökanta johtaisi siihen, että markkinoita hallitseva yritys voisi pitkälti sanella sopimusehdot, eikä varsinainen sopimusvapaus siten edes toteutuisi. Jonkinlaiset rajoitukset ainakin sopimuksen sisällön suhteen ovat siten tarpeen. Kilpailuoikeuden kannalta hanka-

---

[383] Komissio on havainnut ”samaan muottiin” ajamis-ongelman ja pyrkii muuttamaan poikkeuslupajärjestelmän yksinkertaisemmaksi sekä vain tietyt keinot kieltäväksi (eli enää ei olisi esimerkkiluetteloa tietyistä sallituista toimintatavaoista). Määräävän aseman osalta vaikutusta ei olisi, koska markkinaosuuksiin sidotut raja-arvot ehdotetaan asetettavaksi alle hallitsevan aseman alarajan. Ks. XVIII kertomus s. 30–31; Whish s. 20.

[384] Hemmo s. 5. Hemmo korostaa sopimusoikeuden tarkoituksena olevan hallita juuri tekstissä mainittuja ilmiöitä. Ei-hyväksyttävänä pidettävään vaihdantamenettelyyn on voitava puuttua sopimusoikeuden keinoin.

lampi ongelma on informaatioepätasapainon oikaiseminen. Voidaanko yritys aktiivisin toimenpitein pakottaa tasapuolisen neuvotteluaseman tms. luomiseen? Kuluttajien osalta tilanne on pitkälti ratkaistu kuluttajasuojanormeilla (erilaiset informointivelvollisuudet, takuut jne.), mutta yritystenkin kesken vallitsee usein kuluttajamainen hallitseva – alistettu (informaatio mielessä) suhde. Raja jatkuvan ja tiettyihin tapauksiin puuttuvan sallitun kontrollin välillä on pakosta häilyvä. Yleinen velvollisuus vastata kilpailusta markkinoilla voi johtaa käytännössä yrityksen toimien jatkuvaan yksittäiskohtaiseen kontrolliin. Yksittäistapauksena voidaan esim. kieltää tietynlaisen myyntijärjestelmän käyttö, jos tämä estäisi markkinoille pääsyä. Vaikutus on tällöinkin pitkäaikainen eikä yritys ainakaan ennen markkinatilanteen muuttumista voi pyrkiä samanlaisen järjestelmän luomiseen. Kontrolli kohdistuu silti vain yhteen väärinkäytöksi katsottuun menettelyyn eikä hallitsevankaan yrityksen kilpailuvapautta rajoiteta tätä laajemmin.[385]

Oikeutta jättää sopimus kokonaan solmimatta voidaan pitää yrityksen kannalta vielä tärkeämpänä, jolloin tämän oikeuden rajoittamista olisi perusteltava mahdollisimman tarkoin. Yrityksen kapasiteetti ei välttämättä riitä kaikkien tarpeiden tyydyttämiseen ja näissä tilanteissa sopimuspakko voi johtaa vakaviin markkinahäiriöihin, jos samalla hinnat sidotaan liian alhaiselle tasolle (kysyntäylijäämä johtaa ainakin teoriassa ”mustiin markkinoihin” tyydyttämättömän kysynnän etsiessä tuotetta tätä kautta). Sopimuspakkoa voidaan perustella taloudelliselta pohjalta silloin, kun tähän keinoon turvautuminen on ainoa tapa säilyttää jonkin asteinen kilpailu markkinoilla (jos sopimuksesta kieltäytymistä käytetään keinona ajaa kilpailijat markkinoilta). Yhteiskunnan kannalta joudutaan sopimuspakko lisäksi asettamaan luonnollisille monopoleille ja vastaaville (esim. tietyissä patenttitapauksissa), koska muuten tuotanto voi jäädä suboptimaaliselle tasolle. Markkinavoimaisella yrityksellä on kuitenkin jonkinasteinen kontrolli markkinoihin nähden tai vähintään selkeästi toista osapuolta paremmat tiedot markkinoiden tilanteesta. Se ei siten saa käyttää tätä informaatioylivoimaansa toisen osapuolen etujen vastaisesti eikä pelkästään muiden yksilöiden haittaamispyrkimyksessä (so. sopimusvapauden rajoitusten kautta on tässäkin tilanteessa voitava suojata kolmatta osapuolta).

Edes monopoliasemassa olevalle yritykselle ei voida asettaa täydellistä sopimuspakkoa, vaan sillä on oltava oikeus kieltäytyä solmimasta sopimuksia kelvottomina pidettyjen asiakkaiden kanssa (maksukyvyttömät, agressiiviset tms.). Oikeus kieltäytyä sopimuksen tekemisestä on tällöin arvioitava tapauskohtaisesti.

Määräävässä asemassa olevat yritykset syyllistyvät harvoin suoranaisiin pakotuskeinoihin saadakseen tuotteitaan kaupaksi tai ostaakseen raaka-aineita tms.

---

[385] Pöyhönen painottaa julkisella vallalla olevan intressi ja velvollisuus rajoittaa yritysten sopimusvapautta, jos vapauden käyttö johtaisi markkinoiden jakoon tms. tai peruspalvelujen riittämättömään tarjontaan. Tilannetta voidaan korjata omistusoikeuteen tai sopimusvapauteen puuttumalla sekä vastuunormien avulla. Tekijä ei erottele tilannekohtaista ja jatkuvaa kontrollia. Ks. Pöyhönen s. 3–4.

Sopimusoikeudellisen järjestelmän instrumenteistä ei pakotusta, petollista viettelyä jne. siten voida solmittuihin sopimuksiin yleensä soveltaa. Sopimusosapuolten kesken voisi lähinnä tulla kysymykseen hinnan ja muiden sopimusehtojen kohtuullistaminen. Sopimuksen sitovuudesta poikkeamisen on näissäkin tapauksissa aina perustuttava sopimuksen luomaan osapuolten väliseen epäsuhtaiseen tilanteeseen.

Sopimusoikeus on riittämätön instrumentti silloin, kun sen keinoin ei voida luoda kilpailun edellyttämää toisintoimimismahdollisuutta. Osapuolet saattavat olla tyytyväisiä sopimukseensa, jolloin koko asia ei tule käsiteltäväksi sopimusoikeudellisen järjestelmän perusteella. Sen vaikutukset eivät edes voi ulottua sopimuksen ulkopuolelle, joten kilpailijoiden suojaaminen ei tätä kautta onnistu. Kilpailuoikeuden eräänä ongelmana voidaan pitää sen arvioimista, milloin esim. viranomaistoimintoisesti on puututtava sopimuksiin, joiden muuttamiseen osapuolilla ei ole intressiä. Kartellien tms. osalta puuttumisintressin on katsottu olevan selvän, ja ne on pääsääntöisesti kielletty. Määräävän aseman osalta tilanne on hankala, koska viranomaistoimin ei juuri pystytä luomaan uusia vaihtoehtoja, vaan osapuolten olisi edelleen tehtävä sopimuksia keskenään. Kilpailuoikeudellisinkaan keinoin ei sopimusten sitovuutta voida mielivaltaisesti järkyttää.

12. KILPAILUPOLITIIKKA

Lainsäädännön tarkoituksena on toteuttaa yhteiskunnallinen päämäärä. Tavoitteen asettaminen tapahtuu poliittisella tasolla osana yhteiskunnallista kokonaisharkintaa. Kilpailuoikeudessa tätä tehtävää toteuttaa kilpailupolitiikka. Siinä yhdistyvät niin taloudellinen tehokkuusvaatimus kuin demokratiaa painottava, taloudellisen vallan kasvua vastustava ajattelu. Lainsäätäjän on valittava miten eri osa-alueita painotetaan. Kilpailupoliittinen keskustelu voi olla hyvin lähellä lainsäädäntöä, jolloin sitä on vaikea erottaa itse normien perusteluista. Toinen ääripää on laaja, yleensä eri taloustieteen teorioihin, nojaava tarkastelu, jossa esiin nousevat eri taloustieteen koulukunnat, eri käsityskannat sopimusvapauden ja demokratian merkityksistä tms.[386]

Kilpailupolitiikka on sidoksissa suojeltavaan oikeushyvään, vapaaseen kilpailuun. Tällöin ongelmaksi nousee edellä käsitellyin tavoin itse kilpailun käsitteen epämääräisyys. Tilanteen ongelmallisuutta korostavat erilaisten, mahdollisten kilpailunrajoitusten lähes rajaton määrä sekä niiden liittyminen erilaisiin kilpailutekijöihin. Kilpailun ja kilpailunrajoituksen välinen raja on liukuva riippuen usein

[386] Suomalainen keskustelu on lähempänä ensimmäistä mallia eikä hallituksen esityksien lyhyitä toteamuksia lukuunottamatta yleensä juuri pohdita kilpailun asemaa laajemmin. Ks. luvun IV jakso 1.2 ”Kilpailukäsite ja kilpailupolitiikka”. Saksassa keskustelu on lähempänä laajempaa mallia ja EU on ehkä puolivälissä.

markkinatilanteesta ja yritysten markkinavoimasta. Lainsäädännön tasolla ongelma on osittain ratkaistu käyttämällä yleislausekkeita, jotka yksityiskohtaista säätelyä joustavampina pystyvät mukautumaan erilaisiin kilpailutilanteisiin ja -rajoituksiin.

Kilpailu ei saa muodostua kilpailupolitiikassakaan yksinomaiseksi päämääräksi, vaan tavoitteena tulisi aina olla myös kuluttajien edun korostaminen. Tällöin taloudellisen tehokkuuden merkitys korostuu. Utton huomauttaa, että liian yksipuolinen kilpailun painottaminen voi johtaa kuluttajien edun vastaiseen kilpailijoiden suojaamiseen, jos tarkastelussa korostuu yritysten määrä markkinoilla eikä tehokkuus.[387]

Kilpailupolitiikka ei vaikuta pelkästään suoranaisten kieltojen tai määräysten kautta, vaan vaikuttaa myös ennaltaehkäisevästi yritysten toimintaan. Yritykset ottavat normit, kilpailunrajoituksen ilmenemisriskin ja todennäköiset seuraukset huomioon jo erilaisia markkinointi- tms. kilpailukeinoja suunnitellessaan. Mestmäcker huomauttaa jokaisen kilpailunrajoitukseen puuttuvan normin poistavan yrityksen käytöstä tietyn toimintamallin. Tätä kautta normien vaikutus ulottuu paitsi yksittäiseen yritykseen myös sen kilpailijoihin, tavaroiden toimittajiin sekä asiakkaisiin. Kuta epäselvempi ja laaja-alaisempi normi on, sitä hankalampi yritysten on sen vaikutuksia arvioida. Vaikutus ei välttämättä ole sidoksissa siihen, olisiko menettely todellisuudessa kiellettävissä vai ei, koska yrityksen kannalta (arvioitavat prosessikustannukset, kielteinen julkisuus tms.) asian ratkominen viranomais- tai tuomioistuinteitse on kalliimpaa kuin kilpailukeinosta odotettava hyöty. Käytännössä tämä voi johtaa hyödyllisenkin kilpailukeinon hylkäämiseen. Lainsäätäjän ja -käyttäjän kannalta ongelma on lainsäädännön / oikeudellisten ratkaisujen vaikutusten arvioinnissa. Eri yritysten / toimialojen ja jopa taloudellisten suhdanteiden vaihtelujen aiheuttamien riskinottohalu/kyky -erojen takia ei selvää kaavaa ole annettavista. Vaarana on aina kilpailuoikeudellisen kontrollin suuntaaminen vähämerkityksisiin tapauksiin, joissa kontrollikustannukset ylittävät saavutettavan hyödyn.[388]

12.1 Kilpailupolitiikka suhteessa talouspolitiikkaan

Kilpailupolitiikka on osa yleistä talous- ja yhteiskuntapolitiikkaa. Lainsäädännön lisäksi yhteys näkyy niissä käytännön ratkaisuissa, joissa taloudellinen tilanne, alueelliset erot, rakennekriisi tms. seikat ovat kilpailunrajoitusten taustalla. Esi-

[387] Utton s. 6–7 ”Unless the antitrust body keeps efficiency and the consumer interest firmly in mind it may serve the interests of weak competitors.”

[388] Mestmäcker II s. 97–99. Mestmäcker ei sinänsä erittele mitä eri tekijöitä yritykset joutuvat ratkaisuissaan huomioimaan, mutta tekstissä mainittu vertailu ”prosessointikulujen” ja tulojen kannalta lienee tärkeimpiä.

merkiksi Saksan talousministerillä on oikeus myöntää poikkeuslupa yrityskaupalle tai kartellille talouspoliittisilla perusteilla - ei kilpailuoikeudellisilla! Vastaavasti EU:n tasolla on ollut pyrkimyksiä sallia kilpailunrajoituksia talouspoliittisin perustein. Tämä vaikutus näkyy lähinnä yrityskauppakontrolliasetuksessa. Sekä kansainvälisellä että valtioiden sisäisellä tasolla kilpailupolitiikka liittyy kaupan liberalisointiin. Vaikutussuhde on molemminpuolinen, sillä tiettyihin hintoihin ja muihin ehtoihin sidottu (suunnitelma)talous ei edellytä kilpailua tai kilpailupolitiikkaa. Toisaalta vaihdannan vapaus vaatii erilaisten tariffien ja vaihdantaa rajoittavien normien poistamista sekä saavutetun vapauden ts. kilpailun turvaamista. Kilpailupolitiikalla on oltava edellisessä jaksossa ”kilpailu” mainittuja kilpailun myönteisiä vaikutuksia tukeva keinovalikoima. Samalla se joutuu tasapainoilemaan ”puhtaan” kilpailuoikeudellisen lähtökohdan ja muiden sosiaalisten ja kehitysaluepoliittisten (valtion sisäiset ja maapallon laajuiset), sekä tekniseen kehitykseen ja taloudelliseen tehokkuuteen liittyvien näkökohtien välillä. Julkisen vallan rooli on edistää kilpailua tai pyrkiä vastaavan hyödyn saamiseen markkinoiden kontrollin avulla, jos tehokkaan kilpailun edellytyksiä ei ole olemassa.[389]

Laaja tulkinta kilpailuoikeuden päämääristä hyväksyy erilaisten talouspoliittisten ja sosiaalipoliittisten tavoitteiden huomioimisen. Kuluttajien etua korostettaessa vaihtoehtomahdollisuuksia pidetään tärkeämpinä kuin puhtaasti taloudellista tehokkuutta (so. yhden tuotteen tehokas monopoli on huonompi vaihtoehto kuin useamman tuotteen tuotanto). Samalla voidaan pyrkiä suojaamaan pk-yrityksiä, koska muutoin kuluttaja voi joutua suuryritysten ”armoille”. Varsinkin kansallisessa päätöksenteossa on vaarana kilpailuoikeuden yhdistäminen työllisyys- ja aluepoliittisiin ongelmiin esim. yrityskauppakontrolli-tapauksissa. EU-tasolla kilpailuoikeus nähdään integraatiokeinona. Näkökulma hylkää Chigagon koulukunnan tehokkuusajattelun, vaikka tämä malli olisi periaatteessa yksinkertainen käyttää. Kilpailuoikeudella ja -politiikalla olisi yksi ainoa tavoite – tehokkuus, eikä muita päämääriä hyväksyttäisi. Laaja näkökulma yhdistää pitkälti talouspolitiikan kilpailuoikeuteen. Mallia ei mielestäni voida pitää hyväksyttävänä, vaikka liian kapea näkökulma Chigagon koulukunnan tavoin ei myöskään voi toimia tyydyttävästi. Laaja tarkastelu nostaisi kilpailuviranomaiset ”superviranomaisten” asemaan, jotka selkeästi kilpailuun painotetun lainsäädännön ja kokemuksen pohjalta joutuisivat ratkaisemaan sosiaalipoliittisia tms. kysymyksiä. Käytännössä näitä kysymyksiä ei voida täysin välttää.[390]

---

[389] Markert I s. 276–277; OECD I s. 20–21; Laajassa mielessä kilpailupolitiikkaan voidaan lukea esim. deregulaatio, koska tätä kautta voidaan avata uusia markkinoita kilpailulle. Ks. Rissanen ym. s. 266–267; Schlecht huomauttaa teollisuuspoliittisen painotuksen voivan johtaa siihen, että kilpailupolitiikka toimii ”konserniseppänä”. Ks. Schlecth s. 323; Vickers ym. toteavat, ettei kilpailupolitiikkaa edes voi tarkastella eristettynä muusta talouspolitiikasta. Ks. Vickers ym. s. 2.

[390] Whish toteaa Chigagon koulukunnan ajattelun olevan lakimiehille hankalaa, koska se olisi puhtaan taloustieteellistä ja tällaisena heille hankalammin ymmärrettävää. Ks. Whish s. 17. Tekijä esittelee osana kilpailuoikeuden tavoitteita tekstissä mainittuja näkökulmia (so. tekijä ei käytä termiä kilpailupolitiikka, vaikka tämä olisi ehkä ollut paikallaan). Ks. em. lähde s. 17–20.

Suppeassakaan tulkinnassa kilpailupolitiikka ei ole muusta oikeusjärjestyksestä irrallinen ilmiö. Areeda ym. tapaan voidaan todeta kilpailun toimivan yhteiskunnan lainsäädännön ja muiden normien luomassa kehyksessä. Kilpailupoliittiset tavoitteet, kuten toimiva kilpailu tai mahdollisimman tehokas resurssien jako, eivät toteudu, ellei muu lainsäädäntö tue niitä. Samalla kilpailupolitiikka jättää muulle lainsäädännölle sellaisia tehtäviä, joita se ei pysty kunnolla hoitamaan. Esimerkkinä tällaisista ovat esim. tulonjako- (verotuksen tms. kautta) ja ympäristökysymykset.[391]

Kilpailupolitiikka voi joutua suoranaiseen ristiriitaan talouspolitiikan kanssa. Talouspoliittiset päämäärät, kuten täystyöllisyys ja tasainen tulonjako, eivät välttämättä ole tyydyttävästi tai lainkaan toteutettavissa kilpailupoliittisin keinoin. Em. perustein voidaan pyrkiä suoraan perustelemaan kilpailua rajoittavia toimia, vaikka todellinen pyrkimys on yrityksen oma hyöty tms. tai poliittinen etu (esim. omassa vaalipiirissä olevan yrityksen tukeminen äänestäjien saamiseksi). Varsinkin EU:n tasolla tämä ristiriita korostuu johtuen jäsenmaiden erilaisista käsityksistä kilpailu- ja talouspolitiikan suhteen.[392]

Talouspoliittiset toimet ovat harvoin kilpailun kannalta neutraaleja, mikä tulisi huomioida eri vaihtoehtoja harkittaessa. Taloudelliset suhdanteet voivat vaihdella alueittainkin, jolloin koko talouden kannalta oikeaan osuvien keinojen löytäminen on vaikeaa. Vaarana on kilpailunrajoittuminen enemmän kuin on tarkoitettu.[393]

Määräävän aseman väärinkäytön kontrollin osalta ristiriidat eivät yleensä ole tavanomaisia. Näillä ratkaisuilla ei ole yhtä näkyvää asemaa kuin esim. suuria yrityskauppoja koskevilla päätöksillä, joten poliitikkojen kiinnostus niihin on vähäisempi. Lisäksi tältä osin voi katsoa vallitsevan varsin laajan yhteisymmärryksen siitä, että taloudellisen voiman väärinkäyttöä tulee jollain lailla kontrolloida. Yksityiskohtien osalta voi vallita huomattaviakin poliittisia erimielisyyksiä, koska suuryritys voi olla merkittävä veronmaksaja ja työllistäjä jollain alueella ja joukko pienempiä kilpailijoita toisaalla. Varsinkin pyrkimykset markkinoille pääsyn esteiden alentamiseen voivat tällaisessa tapauksessa johtaa irtisanomisiin, joita esim. toisessa jäsenmaassa toimiva kilpailija ei korvaa. Käytännön tasolla erilaisen lobbauksen merkitystä juuri väärinkäyttövalvonnan osalta on mahdotonta arvioida, mutta sen vaikutus ei liene huomattava.

Väärinkäyttökontrollin toimiessa lähinnä kilpailuoikeudellisena keinona estää jo saavutetun aseman käyttöä markkinatalouden etujen vastaisesti voi liiallisen

---

[391] Areeda ym. Vol I s. 16–18.

[392] Mahdolliseen ristiriitaan viittaa mm. Schmidt ym. s. 8, 104 ”Damit werden in Art. 3 EGV n.F. (viitataan Maastricht’n sopimuksen tuomiin muutoksiin) das Wettbewerbsprinzip und das als Stärkung der Wettbewerbsfägigkeit der Indurstrie der Gemeinschaft umschriebene Prinzip der Indurstriepolitik *gleichgestellt, womit sich eine völlig neue Rechtslage ergibt(!).*”; samoin Schlecht s. 323 ”Auch auf europäischer Ebene drohen Gefahren. Einige Mitgliedstaaten dehen das Wettbewerbsrecht als Instrument zur Durchsetzung konkret vorgegebener, staatlicher Ziele. Sie befrachten das Rechtsgebiet mit bestimmten sozial-, arbeitsmarkt-, oder mittelstandspolitischen Vorgaben,…”

[393] Globaalin ohjauksen ja kilpailun välisiä ongelmia korostaa Seidenfus s. 26–28.

teollisuus- tai työvoimapoliittisen painotuksen seurauksena olla rakenteiden muuttuminen markkinavoimaisia yrityksiä suosivaksi. Tämä voisi johtaa markkinavoiman käytön hyväksymiseen ”tavanomaisena” ja tätä kautta väärinkäytöstenkin yleistymiseen. Tässä mielessä ei muita kuin kilpailuoikeudellisia päämääriä tulisi pitää kuin ääritapauksissa relevantteina ratkaisuperusteina. Nykytilassa en näe varsinaista riskiä em. kehityksestä.[394]

12.2 Kilpailupolitiikan tehtävät ja keinovaihtoehdot kilpailun kannalta

12.2.1 Tehtävät

Kilpailupolitiikan painopisteen arviointi on yleensä vaikeaa. Ongelmana on se, että kilpailupolitiikka itsessään voi muodostua kilpailunrajoitukseksi ts. lähestyä suunnitelmataloudellista mallia. Hintoihin puuttuminen voi johtaa niiden määräämiseen kilpailuviranomaisten taholta. Kilpailuoikeus ei muutenkaan saisi asettaa yrityksille niin tiukkoja rajoja, että pääasia – kilpailu – tyystin unohtuu. Emmericht’iin yhtyen voidaan katsoa markkinoiden avoimena pitämisen olevan ehkä se alue minne kilpailupolitiikka tulisi suunnata. Uusien kilpailijoiden paine markkinoilla on tärkeä tekijä kilpailuprosessin ”hyvinvoinnin” ylläpitämisessä. Tämä ei vaadi kaiken huomion kiinnittämistä yrityskauppoihin, koska muutkin kilpailunrajoitukset, kuten kartellit ja määräävän aseman väärinkäyttö, voivat estää markkinoille pääsyä. Eräs päämääristä on valtioiden itsensä luomien esteiden poistaminen, mikä vaatii markkinoille pääsyä estävien lakien ja säädösten poistamista (esim. erilaiset elinkeinoluvat Suomessa). Valtion luomien monopolien purkamista voidaan käyttää kilpailun edistämiskeinona, jolloin ongelmaksi voivat muodostua sekä poliittiset kysymykset (kuten alkoholilainsäädäntö Suomessa) että taloudelliset tekijät (yksityistäminen ei johda monopolin purkautumiseen, jos markkinoille ei yksityistämisen jälkeenkään mahdu kuin yksi yritys).[395]

Kilpailupolitiikan tehtäviä harkitessa on ratkaistava talouden ulkopuolisten arvojen merkitys. Pyritäänkö tätä kautta demokratian vahvistamiseen yritysten harvainvaltaa vastaan? Talouteen liittyvinä ylemmän tason päämäärinä voidaan pitää – Schmidt’iä lainatakseni – vapautta, hyvinvointia ja oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukaisuus on pitkälti tulonjakoargumentti, jolloin se on tietyssä määrin hy-

---

[394] Asian laajempi käsittely koskisi pikemminkin yrityskauppakontrollia, joten se jää tämän työn teeman ulkopuolelle.

[395] Baumol korostaa valtion luomien markkinoilta poistumisen esteiden, kuten työntekijöille maksettavien korvausten voivan muodostua kilpailunrajoituksiksi. Lähtökohtana on hänen käyttämänsä contestable market -malli, jossa markkinoilta poistumisen esteet voivat ehkäistä muita yrityksiä pyrkimästä monopoli- tai oligopolimarkkinoille. Ks. Baumol s. 14; Emmerich I s. 19.

vinvoinnin osatekijä. Markkinoiden toimintakin edellyttää tiettyä oikeudenmukaisuutta, jotta käytetyt keinot pysyvät ”pelisääntöjen” rajoissa.[396]

Kantzenbach’n käyttämin tavoin kilpailuoikeuden päämäärinä voidaan pitää suorituksia vastaavaa tulonjakoa, kuluttajien suveriniteettiä, tuotannon tekijöiden optimaalista jakautumista, markkinoiden (so. lähinnä tuotannon) joustavuutta ja teknistä kehitystä. Schmidt huomauttaa näiden tavoitteiden asettamisen merkityksenä olevan järkevän kilpailumallin luomisen lainsäädännön ja hallitusten toiminnan esikuvaksi. Tätä kautta voidaan rajata talouspoliittisesti relevantit asiat irrelevanteista.[397]

Kilpailupolitiikan tehtävät ovat sekä yhteiskunta- että markkinasidonnaisia. Muutokset tässä toimintaympäristössä johtavat kilpailupolitiikan muuttumiseen. Yleisimmän tason päämäärien avoimuudesta johtuen muutos ei välttämättä ole havaittavissa tällä tasolla, vaan pikemminkin painotuseroissa. Esim. painotetaanko enemmän sosiaalisia päämääriä, kuten tulonjakoa ja oikeudenmukaisuutta, vai taloudellisen toiminnan tehokkuutta ja siten kilpailun merkitystä. Arvioinnissa tulisi pyrkiä pitemmän ajanjakson kehityksen huomioimiseen, koska lyhyen tähtäimen talouspoliittinen tuki saattaa johtaa myöhempiin rakenteellisiin ongelmiin. Hetkellisellä tai pitemmälläkään tuella voidaan vain harvoin taata esim. työpaikkojen säilymistä.[398]

Markkinatalousmallissa kilpailu asetetaan yleensä sekä keinoksi että päämääräksi. Kilpailun lisääminen on keino, joilla markkinavoimaa tulisi purkaa. Toisaalta kilpailu itse on markkinataloutta eteenpäin vievä voima, joten se on tässä mielessä päämäärä. Se on kuitenkin varsin abstrakti käsite, jota ei voida määritellä tarkkaan (terminologisesti – ja käytännöllisestikin – voi olla liikaa tai liian vähän kilpailua).

Kilpailupoliittisissa ratkaisuissa ei tule unohtaa sitä, että kykymme kontrolloida kilpailua ovat rajalliset. Mikään kontrolli ei ole ilmaista, joten vain sellaiset tehtävät ovat mielekkäitä, jotka voidaan toteuttaa kilpailupoliittisin keinoin tehokkaammin kuin markkinoiden itseohjautuvuuden kautta. Kuten Vickers ym. huo-

---

[396] Katso talouden ulkopuolisten päämäärien osalta jakso 12.3.

Areeda ym. Vol I s. 7–9, 12–13. Tekijät toteavat USAn kokemusten perusteella kilpailupolitiikan voivan tukea ”populistisia” päämääriä, mutta ratkaisujen kallistuneen selkeästi tehokkuuden puolelle ristiriitatilanteissa. He painottavat muun lainsäädännön voivan hoitaa eri sosiaaliset tehtävät kilpailulainsäädäntöä paremmin; Schmidt II s. 28. Vastaavat yleisen tason päämäärät ovat esim. Timosen tutkimuksessa. Ks. Timonen s. 35. Tekijä hyväksyy selkeästi oikeudenmukaisuuden perusteena markkinamekanismin toimintaan puututtaessa. Ks. em. lähde s. 90 sekä laajemmin Timosen asiaa käsittelevä jakso 2.5.3.

[397] Kantzenbach s. 16–18. Kantzenbach huomauttaa ensimmäisen kolmen funktion olevan staattisia ja vain kahden viimeisen dynaamisia; Samaan luetteloon nojaa myös Schmidt II s. 28.

[398] Green ym. s. 198 ”Thus, it is not accurate to ascribe any specific purpose as the main objective. Rather, on must view the rules of competition as serving different purposes at different points of time in history.”; Schlecht’n mielestä valtion on pyrittävä vastustamaan yksittäisten ryhmien esittämiä tukivaateita ja ylipäätään pyrittävä tukien purkamiseen. Hän näkee ainoana ratkaisuna selvästi kilpailuoikeudellisen painotuksen. Ks. Schlecht s. 323.

mauttavat, ovat kilpailun, kilpailunrajoitusten sekä kilpailupolitiikan vaikutukset markkinoilla usein epäselviä. Tekijöihin yhtyen on syytä todeta, ettei tehokkaan kilpailupolitiikan tehtävä voi olla jokaisen yksittäistapauksen läpikohtainen tutkiminen. Tämä olisi aivan liian kallista! Voimavarat tulisi suunnata vain merkittävien tapausten tutkintaan ja osin jo normitasolla helpottaa pääosin suotavana pidetyn menettelyn sallimista. Edellytyksenä on etukäteisarvio siitä, mitkä tapaukset ovat yleisen edun kannalta merkittäviä ja mitkä eivät. Esimerkiksi paikallisen määräävän aseman ensi tarkastelun perusteella vähäiseen ylihinnoitteluun puuttuminen ei ole viranomaistasolla järkevää varsinkin, jos muita oikeussuojakeinoja on käytettävissä. Toimintaan puuttuminen on ylipäätään harvoin perusteltua, jos käytössä ei ole keinoja toimivan kilpailun varmistamiseksi tai palauttamiseksi markkinoille (poikkeuksena suojatun monopolin kohtuuttomien voittojen ja sopimusehtojen säätely joissain tapauksissa). Jos lopputuloksena ei voi olla kilpailun palautuminen markkinoille, joutuvat kilpailuviranomaiset todennäköisesti jatkuvasti valvomaan yrityksen toimintaa ja lopputulos voi poiketa kilpaillusta tilanteesta enemmän kuin kontrolloimaton alkutila![399]

Kilpailupolitiikan kustannuksiin on luettava virhekäyttötilanteet eli tapaukset, joissa lopputuloksena on kilpailun rajoittuminen eikä lisääntyminen. Tällaiset ratkaisut ovat mahdollisia, koska varsinkin kilpailijoilla on intressi estää liian tehokkaan yrityksen toimintaa. Jo asian turhasta selvittämisestä aiheutuu kustannuksia, jotka eivät tuota yhteiskunnalle mitään. Baumol ym. korostavat, että ongelma on sisäänrakennettu jokaiseen kilpailuoikeuskysymykseen, koska kilpailukeino – kuten alhainen hinta – voi ulkopuolisten silmissä olla kilpailunrajoitus. Haitalliseksi tilanne muuttuu silloin, kun hintataso perustui yrityksen skaalatuottoihin tai tehokkuuteen eikä mistään saalistushinnoittelusta ollut kysymys![400]

Keinona voidaan käyttää tarpeettoman prosessin aikaansaamista, jolloin väitetty kilpailusääntöjen rikkoja joutuu turhaan puolustamaan toimiaan. Jos vaarana on lisäksi kilpailuviranomaisten tai –tuomioistuimen erehtyminen taloudellisista tosiseikoista, voi seurauksena olla yhteiskunnan kannalta hyödyllisen toiminnan kieltäminen! Turhien prosessien vaaraa on pidetty ensisijassa USA:n ongelmana

---

[399] Vickers ym. s. 18–19 sekä erityisesti tekijöiden lopputulema s. 19 ”First, policy should be framed with a view to minimizing the cost of the two types of error (condemning desirable behaviour and permitting undesirable behaviour) together with the cost of administering policy. … Secondly, … the process of effective competition is by and large the most practicable system for achieving more efficient resource allocation … The principal concern of competition policy should therefore be the promotion and maintenance of the process of effective competition. … Thirdly, we believe that it would be wrong to condemn allegedly anticompetitive conduct without reason to believe that effective competition is absent (or would be absent if the conduct were permitted) … Finally, as with crime, preventing dominance is better than curing it…”

[400] Baumol ym. III s. 247 ”There is a specter that haunts our antitrust institutions. Its threat is that, far from serving as the bulwark of competition, these institutions will become the most powerfull instrument in the hands of those who wish to subvert it.”

treble damages -mahdollisuuden takia, mutta komission tai kansallisten viranomaisten tutkimuksista ja päätöksistä aiheutuu kustannuksia eurooppalaisillekin yrityksille. Kilpailuoikeudellisten kriteerien epävarmuus, jolta emme voi välttyä, pahentaa ongelmaa. Ratkaisut ovat pitkälti tapauskohtaisia, jolloin kielletyn ja sallitun raja jää epäselväksi. Tästä voi olla seurauksena hyödyllisten kilpailukeinojen käyttämättä jättäminen ainakin pelättäessä kilpailijan vievän asian viranomais- tai tuomioistuin käsittelyyn. Pelkkä uhka prosessista voi riittää, jos ei voida ennustaa prosessin lopputulosta ja käsittelystä aiheutuu joka tapauksessa kustannuksia.[401]

12.2.2 Kilpailupolitiikan keinot

Kilpailunrajoitukset vääristävät markkinoiden toimintaa ja saattavat johtaa tuotteiden hintojen nousuun, yritysten konkursseihin ja tarjolla olevien valikoimien pienenemiseen. Valtioiden intressissä on toimivan tai mahdollisimman vapaan kilpailun ylläpitäminen (nk. workable competition). Kilpailulainsäädännöllä pyritään suojaamaan kilpailua instituutiona ei sinänsä yksittäisiä yrityksiä. Kilpailupolitiikan eräs päämäärä on estää yksittäisten yritysten talousmahdin liiallinen kasvu. Vastaavasti julkinen valta saattaa rajoittaa omia mahdollisuuksiaan estää valtion yhtiöiden kanssa kilpailevien yritysten toimintaa. Yleensä kilpailupolitiikan ulkopuolelle jäävät valtion antamat välttämättömät palvelut.[402]

Yksinkertaisimmillaan kilpailupolitiikka on kilpailun itseparantaviin voimiin luottava ”laissez faire” -lähestymistapa. Tässä mallissa valtion tulee pidättyä kaikista kilpailuun puuttuvista toimista ja ongelmien oletetaan ratkeavan kilpailun itsensä luomien paineiden kautta. Mallia lähellä on Chigagon koulukunnan ajattelutapa. Sinänsä kukaan ei kiistä, etteikö kilpailu olisi se keino, joka parhaiten estää taloudellisen voiman väärinkäytön. Käytännössä on mahdotonta ennustaa, miten pitkän ajan tämä prosessi veisi, ja mitä keinotekoisia esteitä yritykset pystyvät sen tielle rakentamaan. Paras johtopäätös lienee, että valtion tulee puuttua kilpailutilanteeseen mahdollisimman vähän ja silloinkin sellaisilla keinoilla, jotka parhaiten edesauttavat kilpailun syntymistä.[403]

Kilpailupolitiikalla voidaan pyrkiä vaikuttamaan joko yritysten rakenteisiin tai niiden toimintaan. Näistä ensimmäistä ilmentää yrityskauppakontrolli, joka on voimassa sekä EU:ssa että Saksassa. Suomessa yrityskauppakontrolli tuli voimaan 1.10.1998. Äärimmilleen vietynä rakenteellinen kontrolli tarkoittaa yritysten pilkkomista osiin aina, kun ne ovat saavuttaneet määräävän aseman (tätä linjaa

---

[401] Baumol ym. III s. 254–255 (joustavien normien ongelmasta), 261–263 (EU:n tilanne verrattuna USAn).

[402] Goyder s. 10, 11–12 (EU:n osalta); Rissanen ym. s. 266 ”Kilpailulainsäädäntö ja siihen nojaava kilpailupolitiikka on se osa talouspolitiikan välineistöä, jonka avulla pyritään turvaamaan markkinoiden toimivuus…”

[403] Schmidt II s. 145–146. Schmidt huomauttaa osuvasti, ettei väliaikana (so. ennen kilpailun parantavan prosessin vaikutusta) olisi minkäänlaista suojaa markkinavoimaa vastaan.

lähinnä on USA:n kilpailuoikeus). Markkinoille pääsyn esteiden purkaminen on toinen tapa vaikuttaa rakenteisiin, vaikka epäsuorempi kuin pilkkominen. Pitemmällä aikavälillä esteiden alentamisen tulisi johtaa joko yritysten lukumäärän kasvuun tai vähintään potentiaalisen kilpailun vaikutuksen kasvuun. Yrityksen liikkumavara pienenee vastaavasti. Rakenteisiin puuttumisella on se etu, ettei tällöin tarvitse arvioida yksittäisten toimenpiteiden hyväksyttävyyttä kilpailuoikeuden kannalta, vaan ainoastaan pyrkiä pitämään markkinat niin avoimina ja kilpailtuina kuin mahdollista. Täysin onnistunut ”rakennepolitiikka” tekisi siten väärinkäyttöpolitiikan tarpeettomaksi. Käytännössä jonkinasteista väärinkäyttökontrollia tällöinkin tarvitaan.[404]

Toimintaan puuttumisen tarkoitus on estää yksittäistä yritystä tai yritysryhmittymää (konserni, oligopoli-asemassa olevat yritykset) käyttämästä saavuttamaansa markkinavoimaa väärin. Rakenteelliseen kontrolliin verrattuna lähestymistavassa on se etu, että yritykset voivat vapaasti laajentaa toimintaansa, pyrkiä mahdollisimman tehokkaaseen yksikkökokoon jne. Toisaalta toiminnan kontrolloiminen voi johtaa koko vapaan kilpailun syrjäyttämiseen. Kaikissa tutkimuksen kohteena olevissa maissa on perinteisesti painotettu tätä kontrolloimismuotoa ja rakenteisiin liittyvä kontrolli on saatettu voimaan vasta vuosia myöhemmin (Saksassa 16 vuotta GWB:n säätämisen ja EU:ssa noin 35 vuotta EEC-sopimuksen solmimisen jälkeen – poikkeuksena on ECSC-sopimus, jossa rakenteellinen kontrolli oli jo alunperin). Yrityskauppakontrollin voimaan tulon myötä painopiste on tosin siirtynyt osittain pois väärinkäyttökontrollista. Yksinomaan yritysten toimintaan puuttuvan väärinkäyttökontrollin ongelmaksi on nähty sen tehottomuus sekä kilpailun palauttamisen hankaluus markkinoille, joilla sitä ei enää ole.[405]

Markkinavoiman kontrollia ei voida toteuttaa kahdessakaan mielessä täydellisen tasa-arvon pohjalta. Itsestään selvänä lähtökohtana pidetään markkinavoimaisen yrityksen muita tiukempaa kontrollia ja sitä, että tällä yrityksellä on muista poiketen vastuu toimistaan markkinoilla. Tasa-arvo ”mies ja ääni” pohjalta ei näissä tilanteissa voi toteutua. Nämä yritykset voivat toki vaatia, että niitä kohdellaan keskenään tasavertaisesti, mutta tämän toteuttaminen voi olla hankalaa, koska markkinavoima on jonkin / joidenkin yritysten tiettyihin markkinoihin kohdis-

---

[404] Schmidt II s. 146. Schmidt varoittaa tässä yhteydessä nk. vastavoimateoriasta, jonka mukaisesti rakenteellisia vääristymiä vastaan voitaisiin taistella luomalla toiselle markkinapuolelle vastaavanlaisen valtakeskittymän. Tästä voi seurata nk. valtaspiraali, jossa vallan keskittyminen toisella puolella ruokkii sen lisäkeskittymistä toisellakin puolella; esim. Vickers ym. pitävät markkinoille pääsyn esteisiin puuttumista juuri keinona estää hallitsevan aseman ylläpitoa. Vickers ym. s. 24–25 ”In summary, the best antidote to firms' behaviour designed to maintain positions of dominance is to promote the freedom of entry.”

Tämä tutkimus keskittyy erilaisten väärinkäyttötilanteiden kontrolloimiseen eikä pitempi aikaista rakenteellista vaikutusta markkinoille pääsyn esteiden osalta ole tarkasteltu lähemmin. Vickers ym. esittämä ajatus on kuitenkin sisäänrakennettu koko markkinoille pääsyn esteiden malliin ja äärimmilleen vietynä se johtaa koeteltavat markkinat ajatteluun.

[405] Schmidt II s. 146–147.

tuvaa voimaa. Keinot joudutaan valitsemaan markkinakohtaisesti, jolloin yritykseen voi kohdistua aivan toinen seuraamus kuin toiseen. Markkinasidonnaisuudesta johtuen en pidä mahdollisena hallitsevan aseman kontrollin avulla puuttua laajemmin monialayritysten toimintaan. Tämä voisi lisäksi johtaa pahempiin markkinahäiriöihin kuin mitä yritys itse aiheuttaa.[406]

Toinen vähemmälle huomiolle jäävä tasa-arvonäkökulma olisi kaikkien yritysten saattaminen ”samalle viivalle” tiettyjen markkinoiden osalta. Tällöin suuryritykset tulisi joko pilkkoa tai pienempiä yrityksiä tukea. Tähän ajatusmalliin voidaan liittää hallitsevaan yritykseen kohdistuva vaatimus sietää tai suosia pienempiä kilpailijoitaan. Näin pitkälle viety velvollisuus johtaisi pikemminkin kilpailun lamaantumiseen eikä siten ole perusteltavissa.[407]

Periaatteessa kilpailupolitiikka voidaan rakentaa valtiollisen omistusoikeuden varaan. Tällöin yritys ei voi käyttää markkinavoimaansa väärin, koska se on valtion kontrollissa. Riskinä on ”kontrolliviranomaisten” ja yritysjohdon yhteistoiminta. Tätä järjestelmää käytettiin laajasti entisissä kommunistisissa maissa sekä markkinatalousmaissa tietyillä toimialoilla (lähinnä energian tuotanto, liikenne, telekommunikaatio). Järjestelmän katsotaan olevan periaatteessa huonompi kuin väärinkäyttökontrolliin rakentuva kilpailupolitiikka. Tätä nykyistä käsitystä ilmentää valtion yritysten yksityistämissuuntaus.[408]

12.2.3 Kielto- ja väärinkäyttöperiaate

Perinteisesti kilpailupoliittiset lähestymistavat on jaettu kielto- ja väärinkäyttöperiaatteeseen. Kolmantena vaihtoehtona yritykset voidaan velvoittaa antamaan tietoja kilpailunrajoituksistaan ja näitä julkaisemalla pyritään estämään rajoitusten haitallisia vaikutuksia. Tämä menettely on jäänyt pitkälti syrjään. Kilpailunrajoituksia voidaan tarkastella myös niihin puuttumisen vaikutusten ja kustannusten kautta, jolloin lähtökohtana on tehokkaimman keinon etsintä. Tällöin jako kielto- ja väärinkäyttöperiaatteeseen menettää osittain merkityksensä.[409]

---

[406] Kurz ym. s. 62–65. Tekijät viittaavat markkinoiden eri vaiheiden merkitykseen hallitsevan yrityksen toimien arvioinnissa. Ks. erityisesti em. lähde s. 64 ”In beiden formulierten Maximen steckt der Gedanke einer *Marktstrukturverantwortung*, d.h. an marktmächtige Unternehmen werden im Interesse einer bestimmten Marktstruktur bzw. einer Strukturdynamik erhöhte Anforderungen gestellt – konkret: ihre Handlungsfreiheit wird eingeschränkt. Das bedeutet aber weder Existenzgarantie für den Restwettbewerb, noch Strukturerhaltung,…” (kursiivi alkup. tekstissä).

[407] Kurz ym. s. 65. Tekijät viittaavat varsinkin kilpailunvapautta painotettaessa markkinoiden rakenteen jäävän taustalle. Missään tapauksessa he eivät hyväksy hallitsevalle yritykselle asetettavaa vaatimusta ”sietää” kilpailua, vaan näillä yrityksillä on oikeus ryhtyä jopa pienempien yritysten kannalta markkinoiden rakennetta ”huonontaviin” toimiin.

[408] Schmidt II s. 147. Koska tätä lähestymistapaa ei ole missään tutkimuksen kohteena olevissa oikeusjärjestelmissä valittu perusvaihtoehdoksi, en käsittele tässä työssä aihetta laajemmin.

[409] Suomessakin todettiin jo vuonna 1962, ettei pelkkä kilpailunrajoitusten julkaiseminen näyttänyt estävän niiden syntymistä. Ks. HE 95/1962 s. 1. Komitean mietinnössä julkisuusperiaatteen epäonnistumisen syinä pidettiin mm. sanomalehdistön odotettua vähäisempää kiinnostusta ja viranomaisten julkaiseman ”Kartellirekisteri” -julkaisun vähäistä menekkiä. Ks. Km 1962:4 s. 21.

Kieltoperiaate tarkoittaa kilpailunrajoitusten kieltämistä, jolloin niitä koskevat sopimukset tms. järjestelyt ovat mitättömiä. Ne ovat kiellettyjä suoraan lain nojalla (eli per se). Periaatteen etu on selkeys, koska tietyn tyyppisen kilpailunrajoituksen todistaminen riittää. Samalla minimoidaan kontrolliviranomaisten kustannukset. Yritysten kannalta syntyy säästöä, koska ne todennäöisesti jättävät kokeilematta selkeästi kiellettyjä menettelytapoja (raja-alueita voi toki olla). Kielteisenä seurauksena voi olla tehokkaan ja siten yhteiskunnan kannalta hyödyllisen yritystoiminnan rajoittaminen.

Väärinkäyttöperiaate ei sinänsä kiellä kilpailunrajoitusta, jos sillä ei ole haitallisia vaikutuksia talouteen tai kilpailijoihin. Tällöin voidaan haitalliset sopimusehdot tms. todeta pätemättömiksi. Väärinkäyttöperiaatetta voi Aberlen tavoin kuvata ”ongelmaorientoituneeksi”, koska tarkoitus on puuttua vain tiettyihin ongelmiin eikä koko kilpailunrajoituskategoriaan. Väärinkäytön rajat ovat kieltoperiaatetta epäselvempiä, koska menettelytavan haitallisuutta voi olla liki mahdoton arvioida etukäteen. Seurauksena on viranomaisten ja yritysten kustannusten kasvaminen, koska molemmat joutuvat panostamaan väitetyn väärinkäytön tutkimiseen (so. onko kyse lopulta hyödyllisestä vai vahingollisesta toiminnasta). Etuna on joustavuus verrattuna kategorisiin kieltoihin. Yleensä kilpailuoikeudessa sovelletaan kumpaakin periaatetta eivätkä ne esiintyne missään täysin ”puhtaina”.[410]

Kieltoperiaate johtaisi äärimmilleen sovellettuna hyödyllisten (so. taloudellista tehokkuutta parantavien, kuluttajien hyvinvointia lisäävien) kilpailunrajoitusten kieltämiseen. Loppuun asti vietynä kiellon perusteella olisi puututtava kaikkiin vähämerkityksellisiinkin tapauksiin. Sitä on usein lievennetty nk. rule of reason -ajattelulla, jolloin vain vähän kilpailua rajoittava menettely voidaan sallia, jos se on kuluttajien kannalta edullista. Tähän malliin nojaa esim. EEC-sopimuksen 81(3) art. sekä Saksan kilpailulain kartellikiellon poikkeukset. Brunila huomauttaa kieltoperiaatteen lähtevän staattisesta täydellisen kilpailun mallista, joka nojautuu lähinnä hintakilpailuun sekä markkinaosuuksiin. Hänen ajattelussaan markkinarakenne on seurausta dynaamisesta kilpailuprosessista, johon ei pitäisi kieltoperiaatteen avulla puuttua. Puuttuminen on hyväksyttävää vain, jos tehokkuushyödyt ja -haitat ovat selkeästi arvioitavissa. Määräävän aseman osalta ei kieltoperiaatteella ole vastaavaa merkitystä, koska tätä asemaa ei suoraan kielletä ja väärinkäyttö joudutaan arvioimaan tapauskohtaisesti. Riippuu lähinnä näkökulmasta pidetäänkö esim. EEC-sopimuksen 82 art. esimerkkiluetteloa osoituksena kieltoperiaatteen vaikutuksesta tälle alueelle.[411]

Kieltoperiaate tulee Mestmäcker’n mielestä ulottaa ainakin sellaisiin kilpailumenettelyihin, jotka ovat mahdollisia vain määräävässä asemassa olevalle yrityk-

---

[410] Aberle s. 83–84; Goyder s. 12–13; Joutsamo ym. s. 600–601; harmonisoinnin osalta ks. esim. Kapteyn ym. s. 467– 484; Rittner III s. 123–126 (Saksan oikeuden kehityksestä yhä enemmän kieltoperiaatteen suuntaan).

[411] Aberle s. 84; Brunila s. 40.

selle sekä vain tälle yritykselle järkeviä (so. lähinnä markkinoiden monopolisointi). Rajaus ei loogisuudestaan huolimatta ole kovin hedelmällinen, koska suurin osa ”monopolisointiin” käytetyistä keinoista lienee muunnelmia muiden yrittäjien menetelmistä.[412]

Väärinkäyttöperiaatteen suurin ongelma on sekä lainkäyttäjän että yritysten kannalta oikeudellisten ratkaisujen ennakoimattomuus. Etukäteen ei voida luotettavasti määritellä mitä voidaan pitää väärinkäyttönä varsinkin, kun esim. yritysten markkinavoima voi vaikuttaa arviointiin. Kuinka pitkälti voidaan resurssien puitteissa tutkia väitetyn väärinkäytön seuraamuksia, on hankalaa arvioida. Väärinkäytön rajat ovat kieltoperiaatteeseen verrattuna aina epäselvemmät, joten se vaatii kilpailuviranomaisilta enemmän työtä. Markkinoiden dynamiikkakaan ei välttämättä tule sen paremmin huomioiduksi kuin kieltoperiaatteenkaan osalta. Ratkaisuthan tehdään jälkikäteen ja huomion kohteena on yksi tai useampi markkinoilla toimiva yritys. Lisäksi näiden yritysten tulisi osoittaa menettelyn hyödyt, mikä voi olla lähes mahdotonta. Katsoisin väärinkäyttöperiaatteen mahdollistavan kieltoperiaatteeseen verrattuna lähinnä dynamiikan helpomman huomioimisen, mutta varsin avoimeksi jää päädytäänkö tätäkään kautta mihinkään taloudellisesti optimaaliin ratkaisuun. Arvioinnissa tulisi huomioida viranomaisten ja yritysten kustannukset selvittelyprosessissa. Monelle yritykselle kieltoperiaate voi siten olla jopa parempi vaihtoehto – varsinkin, jos se on kierrettävissä. Brunila huomauttaa juuri empiirisen arvioinnin vaikeudesta.[413]

Väärinkäyttökontrollin ongelma on edellä mainitussa mielessä syy-yhteyskysymys. Toiminnan kieltämisen seurauksilla ja ne aiheuttaneilla toimilla on oltava jonkin tasoinen syy-seuraussuhde. Tämä on oltava riittävästi etukäteen arvioitavissa, koska oikeusvarmuus edellyttää yritysten voivan toimia ilman seuraamusten tai muun puuttumisen pelkoa, jos mahdollisimman tarkan arvioinnin jälkeenkään menettely ei vaikuta kilpailuoikeuden vastaiselta. Lisäksi puuttuminen on signaali markkinoille, joten syy-yhteyssuhteen tulevat muutokset olisi pyrittävä arvioimaan. Väärinkäyttökontrollihan ei ole rakennekontrollia, joten periaatteessa emme saisi käyttää oikeudellisia keinoja, jotka pakottaisivat yrityksen luopumaan hallitsevasta asemastaan. Tämä kanta ei toki estä esim. markkinoille pääsyn esteiden purkamista, koska tällöin ainoastaan palautamme markkinoiden dynamiikan.

Yleisesti hyväksyttävänä on pidettävä väärinkäyttökontrollin ulottamista laajimmillaan markkinavoimaisiin yrityksiin tilanteissa, joissa muutoin sinänsä hyväksyttävällä menettelyllä niiden käyttämänä on kilpailulle kielteisiä seurauksia.

---

[412] Mestmäcker II s. 99. Mestmäcker’n tässä yhteydessä käyttämä jako viiteen eri ryhmään ei ole suoraan ryhmiteltävissä kielto- tai väärinkäyttöperiaatteen mukaan eikä hän näitä nimityksiä käytä. Ryhmässä 1. mainitut suorat kiellot mainitaan tässä yhteydessä vain esimerkkinä.

[413] Aberle s. 84. Tekijä toteaa, ettei esim. hintoja koskevien väärinkäytöstapausten osalta voida tehdä taloustieteellisesti selvää jakoa väärinkäytön ja hyväksyttävän hinnoittelun välillä; Brunila s. 40–41. Hän katsoo väärinkäyttöperiaatteen olevan taloudellisesti kuitenkin paremmin perusteltavissa.

Arviointi sidotaan tavanomaisesti joko aseman hyödyntämiseen tai monopolisoimispyrkimyksiin (näihin voidaan lukea kaikki markkinoille pääsyn esteisiin liittyvät toimet).[414]

Kantzenbach pitää väärinkäyttöperiaatteen ongelmana sitä, ettei sen kautta päästä hänen kannattamaansa ideaaliseen kilpailurakenteeseen. Kilpailupolitiikan tulisi puuttua markkinavoiman jakaantumiseen ensisijaisesti kieltoperiaatteen keinoin ja vasta toissijaisesti väärinkäyttökontrollin kautta niissä tilanteissa, joissa markkinavoimaan puuttuminen ei ole järkevää (so. luonnollinen monopoli tai kustannusrakenteen vaatima laajaa oligopolia tiukempi oligopoli). Rakenteisiin puuttuminen on tästä näkökulmasta tarpeen sekä liian keskittyneen että liian hajanaisen markkinavoiman osalta. Kantzenbach'n ajatuksiin voitaisiin yhtyä, jos vain ideaalin markkinamuodon määritteleminen olisi aina mahdollista.[415]

Saksan oikeus on kompromissi kielto- ja väärinkäyttöperiaatteiden välillä, vaikka kieltonormien vaikutus kasvoi viimeisimmässä uudistuksessa. GWB:n 1 §:n perussäännös kieltää kaikki kilpailua rajoittavat sopimukset. Toisaalta laki ei kiellä määräävää asemaa sinänsä, vaan ainoastaan sen väärinkäytön (ts. väärinkäyttöperiaate). Eri tutkijat saattavat käsitellä määräävän aseman väärinkäyttöä kieltoperiaatteen pohjalta, koska väärinkäyttö on laissa selvästi kielletty. GWB 1 §:stä on mm. tiettyjä talouselämän aloja ja tiettyjä kartellityyppejä koskevia poikkeuksia, joiden osalta on yleensä väärinkäyttö kielletty. Toimivaan kilpailuun pääsemiseksi ei riitä pelkkä haitallisten kilpailunrajoitusten kieltäminen, vaan tämän lisäksi täytyy ehkäistä sopimattomien kilpailukeinojen käyttö (harhaanjohtava mainonta jne.). Saksan oikeuden kannalta sekä GWB että UWG pyrkivät tältä osin samoihin päämääriin. Ne suojaavat toimivaa kilpailua ja yksittäisen yrityksen toimintavapautta.[416]

Möschel katsoo Saksan oikeuden väärinkäyttöperiaatteen jakaantuvan kahteen osaan, eli sellaisiin normeihin, joissa lainsäätäjä on selkeästi sallinut jonkin menettelyn ja pyrkii estämään yrityksiä väärinkäyttämästä niille suotua poikkeusmahdollisuutta. Tätä ajattelua edustavat esim. GWB 2–12 §:t. Määräävän aseman

---

[414] Mestmäcker II s. 99. Tekijä näkee eräänä vaihtoehtona "konkreettisen vaarantamisnormin" (konkreter Gefährdungstatbestand) tilanteissa, joissa menettelystä voi seurata markkinoiden monopolisoiminen. Konkreettisuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä lainkäyttäjän velvollisuutta osoittaa menettelyn voivan konkreettisesti johtaa ko. lopputulokseen. Vastaavasti "abstrakti vaarantamisnormi" lähtee suoraan menettelyn monopolisoimisolettamasta, joka johtaa joko suoraan menettelyn kieltämiseen tai suo yrityksille eri asteisia vaihtoehtoja olettaman kumoamiseen. Tähän ryhmään voidaan lukea erilaiset todistustaakkanormit.

[415] Kantzenbach s. 135. Ks. myös edellä toimivan kilpailun jakso 4.

[416] Möschel II s. 66, jossa kirjoittaja erottaa kielto- ja väärinkäyttöperiaatteet siten, että ensimmäisen osalta kielletystä menettelystä voidaan heti langettaa seruaamus, kun toinen antaa viranomaisille ainoastaan puuttumismahdollisuuden (johon tosin voi olla liitetty sakotus- tms. mahdollisuus, jos voidaan osoittaa menettelyn tahallisuus tms.); Rinck s. 237–238, 247–248; Rittner III s. 273 "Die Neufassung (vuoden 1999 lakiuudistus) hat jedoch die bisherige Mißbrauchslösung durch eine Verbotsnorm ersetzt…"

kohdalla ei tällaista lainsäätäjän tarkoitusta ole, koska kysymys ei ole mistään varsinaisesta poikkeuksesta, vaan tiettyjen markkinamuotojen lähtökohtaisesta sallittavuudesta. Tulkinnallista apua ei jaottelusta liene saatavissa, koska käsitellyt tilanteet poikkeavat toisistaan, eikä määräävän aseman väärinkäyttöä koskevissa tapauksissa viitata GWB:n kartellipoikkeuslupia koskeviin tapauksiin.[417]

EU:ssakin peruslähtökohta on kieltoperiaate. EEC-sopimuksen 82 art. osalta voidaan Saksan tavoin argumentoida, että kysymyksessä olisi väärinkäyttöperiaate, koska määräävää asemaa ei ole sinänsä kielletty. Normi ei kuitenkaan edellytä minkään viranomaisen puuttumista asiaan, vaan menettely on kiellettyä suoraa lain nojalla. Tästä lähtökohdasta kyse on selkeästi kieltoperiaatteesta.

Suomen oikeudessa on kielletty tietyt kilpailunrajoitukset (mm. kartellit). Tältä osin noudatetaan selkeästi kieltoperiaatetta. Määräävän aseman väärinkäytön kohdalta esille tulee samantapainen kategorisointiongelma kuin Saksan oikeudessa eli vain väärinkäyttö on kiellettyä. Jos kieltoperiaatteeseen yhdistetään sanktioiden mahdollisuus, on sekä Saksassa että Suomessa tältä osin kysymys kieltoperiaatteen soveltamisesta. Alkuperäinen, pelkkään tiedottamiseen perustuva linja on jäänyt sivuun.[418]

12.3 Kilpailupolitiikan ja -oikeuden muut tehtävät

Kilpailupolitiikalla voidaan pyrkiä demokratian varmistamiseen vastustamalla taloudellisen voiman keskittymistä muutaman toimijan käsiin. Keskittyminen voisi antaa näille tahoille yhteiskunnallista (so. poliittista) vaikutusvaltaa. Olettamuksena on vallan väärinkäytön riskin kasvaminen taustalla olevien taloudellisten voimavarojen kasvaessa. Valta voisi ilmetä esim. puolueiden sitoutumisena tiettyjen yritysten toimintaedellytysten tukemiseen. Käytännössä ei kilpailupolitiikalla yleensä ole suoria demokratiaa tukevia päämääriä, vaan keskittymistä estämällä vaikutetaan välillisesti yhteiskunnan muihin rakenteisiin.

Talouspoliittisten päämäärien lisäksi kilpailuoikeus suojaa sopimusvapautta. Esim. kartellikielto torjuu osapuolten sopimusvapautta rajoittavien sopimusten syntyä. Vastaavasti voidaan ajatella ostajien sopimusvapauden säilyvän paremmin, koska kartellin tai määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuus sanella sopimusehdot on asetettu kilpailuoikeudellisen valvonnan alle. Voidaanko tätä kautta ja kuinka pitkälti suojella todellista toiminnan vapautta, ei tosin ole yksiselitteisesti vastattavissa. Schmidt'n tavoin tulisi ainakin tehdä erottelu todellisen ja muodollisen vapauden välillä. Jälkimmäinen ei välttämättä salli yksilölle

[417] Möschel II s. 66.
[418] Esim. Mentula ym. pitävät määrävän aseman väärinkäyttöä kieltoperiaatteen alaisena. Ks. Mentula ym. s. 16–19. Tekijät toteavat kuitenkin sivulla 16 tilanteen olevan osin ongelmallisen; vrt Mononen s. 58–63.

mitään todellista vapautta. Harhaanjohtavaan mainontaan voidaan puuttua joko kilpailuoikeuden tai kuluttajansuojanormien kautta. Toisaalta Saksan, Suomen tai EU:n kilpailuoikeus ei tunne määräävässä asemassa olevien yritysten paloittelemista, joten yritysten markkinavoimaan ja asemaan markkinoilla ei voida paljolti puuttua. Kilpailuoikeuden kautta ei pystytä lisäämään kuluttajien tietoisuutta markkinatilanteesta (tästä on hyvänä osoituksena kilpailunrajoitusten rekisteröimisestä luopuminen Suomessa). Määräävässä asemassa oleva yritys on yleensä huomattavasti näkyvämpi kuin pienemmät kilpailijansa ja näiden on todennäköisesti pystyttävä tarjoamaan tuotteitaan merkittävästi halvemmalla saadakseen jalansijan markkinoilla. Muodollisen sopimusvapauden lisääminen niin kilpailuoikeuden kuin kuluttajansuojankaan keinoin ei siten johda todelliseen sopimusvapauteen, ellei vaihtoehtoja ole.[419]

Fikentscher katsoo kilpailuoikeudella olevan yleisen sosiaalipoliittisen päämäärän, koska se muiden talouspoliittisten keinojen ohella vaikuttaa mm. tulonjakoon. Nämä vaikutukset ovat lähinnä heijastumia kilpailun tehostumisesta ja perustuvat yleensä laajempiin yhteiskuntapoliittisiin ratkaisuihin. Pareto-tehokkuutta mukaillen kilpailupolitiikalla ei pidä pyrkiä tulonjakoon, joka ei maksimoi kokonaishyötyä kenenkään kärsimättä tästä hyödyn lisäyksestä. Jonkin verran etusijalle tekijä asettaa yhteiskunnallisen vapauden. Timonen on todennut, että tähän ajatteluun on lisättävä markkinoiden toimintaa ja oikeudenmukaisuutta koskevat kriteerit harkittaessa sääntelyn tarvetta. Fikentscher'n ajatteluun on yhdyttävä sikäli, että kilpailupolitiikka vaikuttaa jonkin verran tulonjakoon. Tämä vaikutus korostuu, jos kilpailupolitiikalle annetaan esim. pk-yrityksiä tukevia tehtäviä. Taloudellisena instrumenttina kilpailu on paremmin suunnattavissa tehokkuuteen ja jaettavan hyvän kasvattamiseen kuin jakoa koskeviin oikeudenmukaisuuskysymyksiin. Monopolihinnoitteluun puuttumista voidaan tosin tukea oikeudenmukaisuusargumenteilla, koska näissä tapauksissa ylihinta merkitsee tulonsiirtoa ostajilta myyjälle.[420]

---

[419] Rissanen ym. s. 268, jossa kirjoittaja huomauttaa kilpailupolitiikan tarkoituksena olevan myös elinkeinovapauden ja samalla yritysten toimintavapauden suojaamisen; Schmidt II s. 29.

[420] Fikentscher s. 147–148, 150–151 "Zusammengenommen ist jedoch der Freiheit vor der Effiezienz und den 'guten Marktergebnissen' das Schwergewicht zuzuerkennen, … Im übrigen stehen die Einzelziele der 'guten Marktergebnisse' untereinander und mit dem Ziel wirtschaftlicher Effizienz im Sinne des Pareto-Optimums auf einer Stufe. Die Umstände müssen entscheiden, ob im Einzelfall z.B. der Krisenfestigkeit oder der Niedrigspreispolitik oder der Verteilungseffizienz der Vorrang einzuräumen ist."; Timonen s. 90. Tulonjako liittyy selvästi oikeudenmukaisuus ja tehokkuuskysymyksiin, joita ei tämän poliittisesti sangen aran alueen osalta voida yksinomaan kilpailupolitiikan kautta ratkaista.

12.4 Erityisesti EU:n kilpailupolitiikasta

EU:n kilpailupolitiikka on suunnattu yhteismarkkinoiden luomiseen. Sillä ei edes Maastricht'n sopimuksen jälkeen voida katsoa olevan muita tästä pidemmälle meneviä tehtäviä. EEC-sopimuksen 3(1) art. g-kohta vastaa täysin aikaisempaa 3(f) artiklaa eikä siinä mainita muita kuin em. tehtävä, eli sellaisen järjestelmän luominen, joka varmistaa, ettei kilpailu yhteismarkkinoilla häiriinny. 3 art. eri kohdissa mainitut keinot ovat vain eräs tapa toteuttaa yhteisön 2 artiklassa itselleen ottamat päämäärät. Yhteismarkkinoiden luomista tukeva kilpailupolitiikka ei siten saa olla ristiriidassa talous- tai rahaliittopäämäärien kanssa. Sen on jo 2 art. sanamuodon nojalla pyrittävä turvaamaan taloudellisen toiminnan tasainen ei-inflatoorinen kehitys. Amsterdamin sopimuksen jälkeen 2 art. mainitaan omana päämääränään myös kilpailukyvyn säilyttäminen. Schmidt ym. pitävät kilpailupolitiikan päämääränä myös taloudellista oikeudenmukaisuutta, jolla he tarkoittavat yksilöiden ja yritysten yhtäläisiä oikeuksia kilpailla eri jäsenmaissa minkään jäsenmaan suosimatta omia tai jonkun toisen maan kansalaisia. Oikeudenmukaisuus edellyttää lisäksi esim. pk-yritysten sekä työntekijöiden ja kuluttajien aseman huomioimista. Markkinoiden integroiminen voi jopa edellyttää tietyn asteista muun lainsäädännön harmonisoimista, jotta olosuhteet olisivat yrityksille samanlaiset eri jäsenmaissa.[421]

Komissio korostaa edelleen kilpailupolitiikan merkitystä keinona puolustaa ja edistää yhteismarkkinoita. Tavoitteena on estää talouden toimijoita keinotekoisesti määräämästä markkinoiden toiminnasta. Erityisen tarkasti seurataan edelleen juuri markkinoiden eriyttämiseen johtavia menettelytapoja.[422]

Komissio on painottanut kilpailupolitiikan kattavan kaikki taloudellisen toiminnan osa-alueet ja muodostavan yhtenäisen kokonaisuuden jäsenmaiden kansallisten ratkaisujen kanssa. Uusien jäsenmaiden liittyminen edellyttäisi kilpailupolitiikan tiukentamista, koska ehdokasmaissa on suunnitelmatalouden jäljiltä valtion monopoleihin sekä yritysten yhteistoimintaan nojaava perinne, mikä ei ole EU:n kilpailu-ajattelun mukaista. Kaikesta tästä seuraisi komission työmäärän kasvu ja sen vuoksi pyrkimyksenä on nykyistä hajautetumpi käsittely. Taloudellisten päämäärien osalta ei ehdoteta mitään muutoksia, vaan vapaaseen kilpailuun ja yhteismarkkinoihin nojaava ajattelu säilyy muutoksista huolimatta.[423]

---

[421] Langen ym. II s. 1419 "Aus Art. 2 und Art. [3 Buchst. g] ist als eigentliches Programm entnehmbar, daß die EG primär auf die Herstellung und Bewahrung eines grundsätlich freien, dem Wettbewerbsprinzip verpflichteten Binnenmarkt ausgerichtet ist."; Vrt. Molle s. 28–29 "Such a policy (kilpailupolitiikka) affects other areas as well: equal competitive conditions for companies require a degree of harmonisation of consumer policy (concerning responsibility, for instance) but also of enviromental policy (avoiding unnecessary costs; pollution abatement)."; Vrt. Schmidt ym s. 6–7; Ks. EEC-sopimus 2 art. ja 3(1) art. g-kohta.

[422] Komission peruslinjaus käy ilmi komission kilpailupolitiikkaa koskevista kertomuksista. Ks. esim. XXVIII kertomus s 19–20. Kertomuksessa määritetään suoraan otsikontasolla kilpailupolitiikan olevan keino puolustaa ja edistää yhteismarkkinoita.

[423] Ohjelma Nro 99/027 s. 7, 8.

3 artiklassa mainitut keinot (tai politiikat) ovat periaatteessa tasa-arvoisia. 3(1) art. g-kohdan tulkinnassa on siten huomioitava esim. ympäristöpolitiikka, teollisuuden kilpailukyky ja tekninen kehitys (l, m ja n-kohdat.[424]

5(2) artiklan ilmaisema subsidiariteettiperiaate soveltuu vain niille alueille, joilla EU:lla ei ole yksinomaista toimivaltaa. 3(1) art. g-kohdalla ja 81–86 artikloilla ei luoda yhteisölle kaiken kattavaa yksinomaista kilpailupolitiikkaa. Jäsenvaltiot saavat siten edelleen harjoittaa omaa kilpailupolitiikkaa, kunhan sisämarkkinoiden luomista ja EU:n tätä varten omaksumaa kilpailupolitiikkaa ei loukata. Schmidt ym. mielestä artiklaa tulisi tulkita siten, että jäsenvaltioiden tuomioistuinten tulisi ottaa aktiivisempi rooli EEC-sopimuksen toteuttamisessa tältä osin. Komissio on asettumassa samalle kannalle, koska yhteisön laajentuminen johtaisi keskitetyn valvonnan tehottomuuteen. Hajautettu valvonta olisi lähempänä sen kohteita ja paikalliset viranomaiset tuntisivat olosuhteet komissiota paremmin.[425]

Integraatiopolitiikan osana kilpailupolitiikka pyrkii sulattamaan kansalliset markkinat yhteismarkkinoiksi. Kilpailupolitiikka on keino, jolla estetään yrityksiä tai jäsenvaltioita jakamasta markkinoita – maiden välisiin rajoihin tai muiden alueisiin perustuvien – tarpeidensa mukaan. Missä määrin kilpailua voidaan EU:n osalta pitää päämääränä jää avoimeksi. Eräs tavoite sen täytyy olla, koska muutoin kyse olisi pelkästä teollisuuspolitiikasta. Integraation vaatimusten takia EU:n kilpailupolitiikkaan voidaan katsoa kuuluvan eriasteisten säädösten harmonisoinnin sikäli kuin jäsenvaltioiden säädösten erilaisuus rajoittaa kilpailua.[426]

Bael ym. painottavat integraation korostamisen johtaneen vertikaalisten kilpailunrajoitusten aseman painottumiseen komission ja tuomioistuimen käytännössä. Tekijät huomauttavat näiden rajoitusten taustalla olleen usein markkinoiden eroa-

---

[424] Schmidt ym. s. 104.

Kilpailukyvyn merkityksen osalta ks. alla Andre Schmidt'n omaksuma kanta 2 art. muutoksen osalta.

[425] Lähinnä toimivallan jakokysymystä tarkastellen Langen ym. II s. 1418, 1419; erityisesti subsidiariteetin kannalta Schmidt ym. s. 123, 128–129, 130–131.

Komission suunnitelmien osalta ks. Ohjelma nro 99/027 s. 22–23; Komissio on korostanut samaa asiaa asetusehdotuksessaan. Ks. Proposal s. 5–8. Komissio painottaa uuden järjestelmän tuovan lisää toimijoita kilpailuoikeudelliseen valvontaan ja siten parantavan yritysten mahdollisuuksia tasapuoliseen kohteluun (”level playing field). Samalla myös EEC-sopimuksen 5 art. subsidiariteettivaatimus toteutuisi paremmin. Ks. em. lähde s. 11.

[426] Aalto-Setälä ym. s. 42 ”On silti tärkeää muistaa, ettei integraatiotavoite ole EY:n kilpailupolitiikan tavoitteista tärkein. EY:n kilpailupolitiikan tärkein tavoite on kilpailun suojeleminen. Integraatiotavoite näkyy kuitenkin komission tutkinnan painopisteissä”; Goyder s. 13–14, 16 ”Moreover, this emphasis on integration of markets will be found to play an especially important role in various areas of the law, … Indeed, in the past it seems at times to have been given priority by DG IV even over the encouragement and protection of the competitive process itself,…”; Green ym. s. 199–200. Tekijät katsovat taloustieteilijöiden aloittaneen integraation suosion (”seeming obsession with integration”) kritisoimisen, mutta poliittisella tasolla kiinnostus taloudelliseen integraatioon on kasvanut Itä-Euroopan tapahtumien takia; Joutsamo ym. s. 214–215; harmonisoinnin osalta ks. esim. Kapteyn ym. s. 467–484.

vuudet, joista ei pitäisi syyttää yrityksiä, vaan jäsenvaltioita. Asiaa voidaan arvostella toisin, jos komission pyrkimyksenä on tätä kautta ollut eräänlainen taloudellisten olosuhteiden ”pakkoharmonisointi”. Jäsenvaltiothan eivät voi jättää yrityksiään oman onnensa nojaan, jos rinnakkaistuonti alkaa enemmälti viedä niiden markkinaosuuksia. Vastaako tällainen taka-ajatus – jos sellainen on ollut / on – 3(1) art. g-kohdan tavoitteita häiriytymättömästä kilpailusta yhteismarkkinoilla on osin kyseenalaista. Bael ym. kritiikkiin voidaan vastata sitenkin, että puuttuminen vain horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin olisi todennäköisesti sallinut yhteismarkkinoiden hiljaisen jakamisen kansallisiin osiin jakelujärjestelmien ja lisenssitms. sopimusten avulla. Toisaalta Bael ym. eivät ilmeisesti tarkoita koko vertikaalisen kontrollin romuttamista, vaan he suosittavat joustavamman rule of reason -linjan omaksumista.[427]

Integraatiopolitiikan lisäksi EU:n päämääränä ovat oikeudenmukaisuus, kohtuullisuus ja taloudellinen tehokkuus. Oikeudenmukaisuustavoitteita ilmentävät sekä kuluttajansuoja pyrkimykset että halu edistää pienten ja keskisuurten yritysten toimintaa. Määräävän aseman kannalta varsinkin jälkimmäinen ryhmä luo paineita tiukempaan väärinkäyttö- ja fuusiokontrolliin, silloin kun suuryrityksen toiminta olisi selkeästi uhka pienemmille. Markkinoille pääsyn ollessa toisinaan hankalaa erityisesti pienyrityksille eivät pelkät kilpailupoliittiset keinot riitä, vaan käytännössä joudutaan turvautumaan erilaisiin tuki- ja rahoitusjärjestelmiin. Tämä alue on lähempänä EU:n ja jäsenmaiden talouspolitiikkaa kuin puhdasta kilpailupolitiikkaa.[428]

Tehokkuuden asema EU:n kilpailupolitiikassa ei ole täysin ristiriidaton. Tehokkuuserojen avulla voidaan perustella suurta yrityskokoa, joka ei välttämättä ole edellä mainitun oikeudenmukaisuus- ja tähän kytkeytyvän demokraattisuusajattelun mukaista. Toisaalta pk-yritysten merkitystäkään ei saisi itsetarkoituksenomaisesti korostaa, jos suuremmasta yrityksestä on todellisia tehokkuusetuja. Tehoton tuotanto ei voi olla eurooppalaisen kuluttajan etujen mukaista eikä tällaista tulisi tukea vain oletetun kilpailun turvaamiseksi. Käytännössä pk-yritysten asema voi kaikesta tuesta huolimatta olla niin heikko, etteivät ne todellisuudessa kilpaile alan suuryrityksen kanssa. Tällöin tilanne näyttää EU:n kannalta

---

[427] Bael ym. s. 13–15. Rule of reason -linjaa tukeva kanta ilmenee erityisesti s. 14 ”However, in the field of territorial restrictions there are instances where, in termes of consumer welfare, it would pay to adopt a 'rule of reason' or the doctrine of ancillary restraints instead of the per se approach hitherto followed.”

[428] Green ym. s. 202–203. Tekijät painottavat, ettei kilpailuoikeudessa tule painottaa suuruuden etuja PK-yritysten vahingoksi. Ajattelussa on ehkä kaikuja yrityskauppakontrolliasetusta edeltäneeltä yritysten kokoa kilpailutekijänä painottaneesta ajattelusta; vrt. Korah s. 10, 11 ”How far competition law is capable of furthering all these goals without a considerable loss in efficiency is controversial. Small firms that are efficient need no special treatment. Help required for those that are not reduces efficiency to the extent that it consumes resources and encourages the creation and growth of firms that are less efficient.”

näennäisesti hyvältä: eri jäsenmaissa toimii useita yrityksiä ja tästä päätellään jäsenmaiden välillä olevan kilpailua! Kilpailupoliittisesti järkevintä on pyrkiä pitämään markkinoiden rakenteet mahdollisiman avoimina puuttumatta liialti yksittäisten yritysten jokapäiväiseen toimintaan.[429]

Kohtuullisuuskaan ei välttämättä ole yhteensopiva tehokkuuden ja oikeusvarmuuden kannalta, jos tällä perusteella pyritään valvomaan käytettyä hintatasoa ja sopimusehtoja. Korah'n esittämä kanta, jonka mukaan viranomaisen jälkikäteen kohtuuttomaksi arvioima hintataso on yrityksen kannalta suorastaan pahempi kuin etukäteinen hintakontrolli, on pitkälti oikea. Yhteismarkkinoiden kannalta on ylipäätään varsin vähän merkitystä sillä, saavatko tuotteiden ostajat aina "reilun" kaupan. Pyrkimyksenä tulisi olla yhteismarkkinoiden jakamiseen tähtäävien hintaerojen estäminen, ja muut hintakysymykset tulisi jättää kansallisen sopimus- tai kilpailuoikeuden varaan.[430]

EU:n kilpailupoliittiseksi päämääräksi voidaan asettaa EU:n kokonaiskilpailukyvyn parantaminen maailman markkinoilla suhteessa muihin kauppablokkeihin. Tällöin pyrkimyksenä voisi olla esim. EU-alueella toimivan yrityksen tukeminen tms., jotta voidaan luoda vastapaino muualla toimiville suuryrityksille. Painotuksen muuttamista tähän suuntaan voidaan tukea Maastrichtin ja Amsterdamin sopimuksissa EEC-sopimukseen lisätyillä kilpailukyvyn kohentamiseen tähtäävillä artikloilla. Kilpailuoikeudellisesti linjaus johtaisi yrityskauppojen sallimiseen ko. perustein sekä mahdollisesti määräävän aseman väärinkäytön (markkinoille pääsyn esteiden tms. avulla) hyväksymiseen, jos näillä keinoin edistetään EU:n kauppapoliittista asemaa. Riskinä on – kuten Schlecht huomauttaa – että sivuutamme markkinatalouden peruslähtökohdan eli vapaan kilpailun ja tämän synnyttämän taloudellisen tehokkuuden. Ristiriita voi olla osin näennäinen, koska tehokkaampi tuotanto on kilpailukykyisempi, joten samaan päämäärään voidaan päästä kilpailuoikeudellisia keinoja painottaen.[431]

Maastrichtin sopimus on kilpailupoliittisesti hankala. Sopimuksella luotuja lisäartikloita voidaan periaatteessa tulkita kahden päälinjan mukaisesti. Kilpailuoikeudellisesti vähemmän muutoksia aiheutuisi tulkinnasta, jossa painotetaan, ettei 157 art. tavoitteena ole suoranainen kilpailukyvyn nosto, vaan ainoastaan

---

[429] Green ym. s. 203–205. Tekijät katsovat tehokkuuden nousseen esille EU-tasolla erityisesti 1980-luvun puolen välin jälkeen. Heidän mielestään havaittavissa on Chigagon-koulukunnan vaikutuksia eikä tehokkuutta korostavan ajattelumallin etenemistäkään voi pitää poissuljettuna; samoin Whish s. 35.

Vrt. Cook ym. s. 22–23 esille tuomaa pk-yritysten merkitystä työllistäjinä.

[430] Korah s. 113 "Because of the impreciness of the legal criteria, price regulation ex post facto – the condemnation of excessive prices in the past – is even more worrying than regulation for the future.", 122 "The prohibition on overcharging by firms with only slight market power is also worrying. Article [86(a)] forbids unfair prices, but does not set up any machinery for determining what prices are fair. It is difficult to reconcile price regulation with competition in the same market."

[431] Schlecht s. 324.

edellytysten luominen tälle. Lisäksi yhteisön kilpailukyvyn parantamisen kanssa samanarvoisana tavoitteena (so. 3 art. alakohtana) on häiriöttömän kilpailun ylläpitäminen. Kilpailukykyä ei siten saisi parantaa kilpailun kustannuksella.[432]

Toinen mahdollinen tulkintalinja antaisi EU:lle huomattavasti enemmän teollisuuspoliittista valtaa. Tätäkin tulkintaa voidaan perustella 3(1) art. g ja m kohtien samanarvoisuudella. Jälkimmäisellä täytyy olla jokin itsenäinen tarkoitus, koska muuten sitä ei olisi säädettykään. Kilpailukyvyn ylläpito vain kilpailua edistämällä ei olisi järkevä tulkinta. Kumpi tulkinnoista (jos puhtaasti kumpikaan) muodostuu yhteisön päälinjaksi on epäselvää ottaen huomioon varsinkin saksalaisissa lähteissä esiintyvän kritiikin.[433]

Kilpailukyvyn säilyttämispäämäärän voidaan katsoa olevan ristiriidassa kilpailupolitiikan kanssa, jos sen katsotaan tarkoittavan puhtaasti teollisuuspoliittisia keinoja (kuten yritysten tukemista). Andre Schmidt on painottanut Amsterdamin sopimuksella vahvennetun yhteisön talouspoliittisia toimivaltuuksia. Teollisuuspolitiikasta on siten tullut eräs keskeisistä yhteisön politiikoista. Sopimusteknisesti ylätason normissa (eli 2 art.) oleva maininta asettaisi tämän päämäärän jopa kilpailupolitiikan edelle! Kilpailukyky voidaan kuitenkin tulkita nimenomaan toimivan kilpailun kautta syntyväksi, jolloin suoranaista ristiriitaa ei olisi.[434]

Monopolikomissio meni vuoden 1990/1991 raportissaan niinkin pitkälle, että se suositti 157 artiklan poistamista, koska kyseessä oli valitettava EU-oikeuden laajennus. Artiklan toimenpideluettelo oli niin yleinen ja laaja, että vaarana oli ohjailevan sektoraalisen teollisuuspolitiikan aktivointi. Tulkinnallinen vaihtoehto ei komissiolle riittänyt, koska tämä olisi tarkoittanut säädöksen tulkitsemista tarpeettomaksi! Artikla velvoittaa jäsenmaita, joten ne voisivat oletettavasti käyttää sitä ”kilpenä” puolustaessaan teollisuuspoliittisia toimenpiteitään. Raportista on kulunut 8 vuotta eivätkä komission pahimmat epäilyt ole toteutuneet. Edes Amsterdamin sopimuksen tuomille muutoksille ei yleensä anneta samanlaista, talouspoliittisen aspektin vaarallisuutta korostavaa, muutosta kuin saksalaisessa keskustelussa on tehty.[435]

---

[432] Bleckmann on selkeästi kilpailuvapautta korostavan tulkinnan puolella. Ks. Bleckmann s. 1000–1001. Ks. erityisesti s. 1001 ”Bei der ’Förderung eines für die Initiative und Weiterentwicklung der Unternehmen … günstigen Umfelds’ … ist hervorzuheben, daß gerade nicht die Unternehmen direkt gefördert werden sollen, sondern lediglich ihr *Umfeld*”; Joutsamo ym. pitävät teollisuuspolitiikan roolia pelkkänä tulevaisuuden suuntalinjojen määrittäjänä, joka käytännössä jää esim. kilpailupolitiikan varjoon. Ks. Joutsamo ym. s. 862–864; Möschel kutsuu ko. tulkintalinjaa ”terveyttä toivovaksi” (Gesundbeter-Interpretation). Ks. Möschel III s. 418 (kursiivi alkup. tekstissä).

[433] Möschel III s. 418–420. Möschel kutsuu laajempia valtaoikeuksia tukevaa tulkintalinjaa Kassandra-tulkinnaksi.

[434] Schmidt, A s. 133, 134, 136 ”Dennoch ist die Vertragsrevision von Amsterdam mit Sorge zu betrachten. Sie entpricht der Tendenz, daß immer weitere Aufgaben der Gemeinschaft übertragen werden. … Die Charakterisierung des Wettbewerbs in der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union als prädominantens Prinzip (i.S. einer Systemgarantie) kann für sich alleine noch nicht sicherstellen, daß es nicht zu interventionistischen Handlungen kommen kann.”

[435] Samalla komissio katsoi artiklalla luodun valtioiden toimintaa ohjaavan ”yliperustuslaillisen” normin (Überverfassungsrang). Ks. Hauptgutachten 1990/1991 s. 17–18.

13. YHTEENVETO

13.1 Kilpailukäsitteen merkitys

Tutkimuksessa kilpailua tarkastellaan pitkälti sekä keinona että päämääränä. Kummassakin mielessä on välttämätöntä saavuttaa jonkinasteinen ymmärrys, jotta yritysten toimintaa säätelevän oikeudellisen ympäristön käsittely olisi mahdollista. Tämä lähtökohta on yhtä lailla tärkeä sekä lainsäätäjälle ja lakia käyttävälle tuomioistuimelle että lain kohteena oleville yrityksille. Mitään käsitelainopillista järjestelmää ei kilpailusta kuitenkaan voi luoda, joten ratkaisut jäävät aina jossain määrin riippumaan näkökulmista. Taloustieteen pohjalta ei ole löydettävissä yhtenäistä esikuvaa, johon kaikki markkinat voitaisiin yhdistää ja jonka perusteella voitaisiin lainsäätäjälle ja lainkäyttäjälle asettaa jokin selkeä päämäärä. Kuluttajien hyöty ei kelpaa yksinomaiseksi päämääräksi, koska dynaamisessa maailmassa emme voi pitävästi määritellä, onko nyt hyödyllisenä pidetty toiminta sitä tulevien kuluttajien kannalta. Hyöty on ylipäätään kovin hankalasti määriteltävissä, koska tuleva hyöty pitäisi diskontata nykytilaan ja vaarana on tämän hetken hyödyn yliarvostaminen pitemmän ajanjakson tehokkuuden kustannuksella. Yhteiskunnan toimintaan vaikuttavat monet muut seikat kuin pelkkä kilpailu, kuten kilpailupolitiikkaa koskevassa jaksossa todettiin. Jo tämä sulkee pitkälti pois yksinomaisen kuluttajan aseman tarkastelun. Ongelmana on se, että kilpailupolitiikan puitteissa joudutaan pakosta tekemään arvoihin liittyviä päätöksiä, joihin sen paremmin talous- kuin oikeustieteen on hankala antaa selviä vastauksia.[436]

Keino-päämäärä asettelu luo heti kysymyksen päämääristä, jotka eivät enää ole yksinomaan tai lainkaan taloudellis-oikeustieteellisiä, vaan pitkälti yhteiskuntatieteellisiä. Jos korostamme kilpailua päämääränä, painotamme samalla usein pyrkimystä vastustaa vallan keskittymistä yleensä. Vallan kolmijako-oppiin on aiemmin liitetty neljäntenä valtiomahtina lehdistö. Voimme itse liittää viidenneksi – vai pitäisikö se asettaa jopa ensimmäiseksi? – taloudellisen toiminnan. Tällöin pyrkimyksenä on tasapainottaa yksityisen ja julkisen mahdin välistä vaakaa, joka markkinatalousjärjestelmässä voi kallistua yksityisen taloudellisen mahdin puolelle. Kilpailu on tällöin päämäärä siinä mielessä, että se on osa demokraattista yhteiskuntajärjestelmää, jossa lähes kaikki perustuu yhteiskunnan jäsenten keskinäiseen kilvoitteluun sekä liiallisen vaikutusvallan ehkäisemiseen.[437]

---

[436] Kiinnostavalla tavalla kilpailu keino-päämääränä -ongelmana ilmenee Clark'n tekstistä. Hän asettaa yhdeksi kilpailun päämääräksi (osana lukua "What do we want competition to do for us?") kilpailun hengissä pysymisen. Kilpailun päämääränä on siten sellaisten olosuhteiden luominen, jossa ne jotka haluavat kilpailua voivat kontrolloida niitä, jotka eivät halua eikä päinvastoin. Ks. Clark s. 66–67.

[437] Vrt. Stigler I s. 5. Tekijä toteaa kilpailun kuuluvan ihmisten joka päiväiseen toimintaan. Tällöin pelkkä kilpailu voi olla päämäärä (esim. urheilukilpailuissa). Taloudellisen toiminnan osalta se ei sitä voi olla: "In economic life competition is not a goal: it is a means of organizing economic activity to achieve a goal."

Toisaalta voimme pyrkiä ihmisten fyysisten tarpeiden mahdollisimman suureen tyydyttämiseen. Aikakaudesta ja näkemyksistä riippuen painotetaan usein erilaisia tarpeita. Talousjärjestelmän tyydyttäessä pitkälti ihmisten ruokaan ja asuntoon liittyvät perustarpeet EU:n alueella eivät nämä tarpeet enää korostu ko. alueella käytävässä keskustelussa. Elintasoa pidetään eräänä tarpeena, jolloin korostuu usein työllisyyden ylläpito, tavaroiden kuluttaminen ja erilaisia haluja mahdollisimman vastaavan tuotannon luominen. Yhtä hyvin eräänä tarpeena voidaan pitää kestävää kulutusta tai muuten luonnonsuojelua korostavia näkökulmia. Näissä tapauksissa kilpailu on lähinnä keino saavuttaa nämä päämäärät mahdollisimman tehokkaasti.

Pelkästään staattiseen näkökulmaan perustuvia malleja ei tutkimuksessa voida hyödyntää kuin apukäsitteinä, koska puuttuminen yritysten toimintaan on aina dynaamista. Sillä on aina jotain vaikutuksia markkinoiden kehitykseen tulevaisuudessa. Apukäsitteinä täydellisen kilpailun kautta syntyneitä monopolin, oligopolin jne. malleja on pakko käyttää, koska näitä termejä käytetään lainsäädännössäkin. Missä määrin näkökulma tällöin on dynaaminen (so. tuleeko esim. aina huomioida ratkaisua tehtäessä onko monopoli monopoli huomennakin) jäänee avoimeksi tämän tutkimuksen jälkeenkin. Dynaamisuuden näkökulmaa voidaan muutoinkin pitää ongelmallisena, koska jokainen teoria voidaan esittää dynaamisena. Täydellinen kilpailu on dynaamista, jos tasapainotilaa ei saavuteta tai se muuttuu. Toimiva kilpailu on dynaamista, koska sitä pidetään prosessina. Väärinkäyttötapauksiin puuttumisen osalta on yrityskauppakontrollista poiketen muistettava itse kiellettävän menettelyn tapahtuneen menneisyydessä, jolloin dynaamisuuden vaikutus ei liity tähän jo sattuneeseen tapahtumaan. Dynaamisuus on näissä suhteissa ratkaisevaa sikäli, että oikeudellinen ratkaisu – tai jo pelkästään lainsäädännön olemassaolo – vaikuttaa sekä tämän yrityksen että muiden markkinoilla toimivien yritysten menettelyyn tulevaisuudessa. Virheellisen sallivan tai kieltävän ratkaisun seurauksena voi siten olla esim. markkinarakenteen jäykistyminen, vääristyminen tai monopolinomaisen käytöksen hyväksyminen.[438]

Dynaamisen näkökulman suuri ongelma tarkkuutta ja oikeusvarmuutta edellyttävän ratkaisutoiminnan kannalta on sen epämääräisyys. Ei ole olemassa tiettyä lopputulosta, johon tulisi itsestään selvästi pyrkiä. Vastaavasti ei ole määriteltävissä keinovalikoimaa, jolla ihannetila saavutettaisiin. Harva markkinoiden toimintaa koskeva väite on verifioitavissa etukäteen. Nykyiseen tilanteeseen sidottu oikeudellinen ratkaisu voi ratkaisijan saatavilla olevien faktojen valossa johtaa parhaimpaan lopputulokseen, mutta vähänkin merkittävämpi muutos markkinoilla voi periaatteessa kumota ratkaisun perustana olevan arvion markkinatilanteesta ja tehdä ratkaisusta kenties kilpailua rajoittavan. Toki pystymme melkoisella todennäköisyydellä arvioimaan tiettyjen karkeiden linjojen merkityksen, joten selviin monopoli- tai oligopoliaseman väärinkäytöksiin voidaan sen enempiä ajat-

[438] Viittaan jaksossa 12 Kilpailupolitiikka esitettyihin Mestmäcker'n kannanottoihin.

telematta puuttua. Epävarmuus tulevasta markkinakehityksestä ja jopa nykytilanteen arvion oikeellisuudesta voi kuitenkin johtaa melko suuren liikkumavaran suomiseen yrityksille. Kilpailuoikeus on tässä mielessä huono korvike markkinoiden omalle automatiikalle eikä missään muodossa – edes yrityskauppakontrollin kautta – täysin estä yrityksiä hyödyntämästä monopolivoimaansa.

Käytännön arviointia vaikeuttaa ehkä eniten informaation epätäydellisyyden merkitys. Kuinka pitkälti toimitaan arvausten, kokemuksen ja tiedon varassa? Jälkikäteen on toki helppo todeta jonkun menettelytavan vaikuttaneen kilpailua haittaavasti, mutta etukäteen tämä ei välttämättä ole mahdollista edes markkinoilla pitkään toimineille yrityksille (joilla siis on paljon kokemusta). Oligopolin oletettu tasapainotila voi olla harha, jos rajasimme markkinat virheellisesti. Miten potentiaalinen kilpailu vaikuttaa yritysten ratkaisutasolla ja toimitaanko peliteorian mallien mukaisesti? Kuta vähemmän informaatiota yrityksillä ja kilpailuviranomaisilla on todellisesta kilpailutilanteesta sitä suurempi on virhepäätösten mahdollisuus. Nk. informaation taloustieteessä tätä kysymystä on tutkittu, ja tuloksia voidaan käyttää eri kilpailumallien tarkasteluun. Koska tätäkään kautta ei saada yksittäisen väärinkäytön määrittelyyn suuriakaan apuneuvoja – jos mitään – olen jättänyt tämän taloustieteen alueen tarkastelun työn ulkopuolelle. Asiaa ei voi täysin sivuuttaa, koska markkinat eivät epätäydellisen informaation vallitessa toimi samoin kuin täydellisen informaation alaisina. Tämä tulee pitää mielessä markkinoiden toimintaa ja tätä kautta yritysten toimintaa / menettelyn vaikutuksia arvioitaessa. Ratkaisijalla on tavallaan edessään ”harmaa alue”, jonka osalta ei kenties edes voida saada täysin varmaa tietoa. Oikeudellisesti on taloudellinen tehokkuus ja toimivan kilpailun lähtökohdat huomioiden päätettävä onko puuttumisen hyöty suurempi kuin siitä aiheutuva haitta.

Erityisesti kilpailuoikeuden kannalta kilpailun käsitteen epämääräisyys ja erilaisten mahdollisten mallien lukuisuus on lainsäätäjän ja -säädännön kannalta ongelmallista, koska jokainen laki vaatii jonkin tarkoituksen, jota varten se säädetään. Herdzina on osuvasti huomauttanut, ettei yhtenäisen kilpailun käsitteen määrittäminen liene mahdollista, koska siihen on jo liitetty kokonainen joukko erilaisia attribuutteja (täydellinen, epätäydellinen, potentiaalinen, innovatoorinen jne.). Painotettaessa jotain yksittäistä ominaisuutta jäävät muut helposti taka-alalle. Kilpailu on eräänlainen yleiskäsite, joka mukautuu hyvin erilaisiin tilanteisiin. Kilpailunrajoituksia koskevan lainsäädännön perustarkoituksena on kilpailun edistäminen ja sen vääristymien ehkäiseminen. Käsitteen epämääräisyys jättää lainsäädännönkin tarkoituksen varsin avoimeksi eikä systeemilähtöisestä tulkinnasta siten ole mainittavaa hyötyä. Kilpailun käsite on tavallaan tulkittava erikseen jokaista tapausta varten.[439]

---

[439] Herdzina s. 8–9; vastaavasti Sandrock I s. 77. Sandrock huomauttaa epäselvyyttä lisäävän samallekin termille (kuten wirksamen Wettbewerb) annetut eri merkitykset. Hän korostaa tässä mielessä peruskäsitteiden selvittämistä ennen asian enempää pohtimista. Ks. em. sivu: ”Die Reihe

Kantzenbach'n mallia laajasta oligopolista "parhaimpana" vaihtoehtona ei tutkimukseen voida suoraan soveltaa. Jos tämä ajatus toimisi, ei väärinkäytön kontrollia tarvittaisi kuin luonnollisen monopolin ja tähän suuntaan viittaavissa tilanteissa (so. kilpailullinen optimi alle kustannusoptimin). Hänen kilpailunrajoitusmalliaankaan ei voida sen epämääräisyyden takia hyödyntää, vaikka se on sinänsä loogisesti pitävä. Tutkittavista oikeusjärjestelmistä ei mikään ole pyrkinyt markkinavoiman kontrolliin kartellien avulla "epätyydyttävän" tiukkojen oligopolien osalta. Käytännössä tämä olisi lähes varma keino lopettaa viimeinenkin kilpailu oligopoliyritysten välillä.

Koeteltaviin markkinoihin perustuva malli rakentuu epärealistisille oletuksille markkinoille tulon ilmaisuudesta ja nopeudesta. Tämän mallin etu on sen markkinoiden automatiikan olennaisen osan – markkinoille tulon tai siirtymisen korostamisessa. Loogisesti malliin on liitettävä markkinoilla jo olevan yrityksen pyrkimykset parantaa asemaansa. Erilaiset kasvun esteetkin olisi siten huomioitava. Ongelmaksi voi tosin kilpailupolitiikan kannalta muodostua se, tuemmeko samalla hallitsevan aseman luomisprosessia!

Chigagon koulukunnassa ilmenevää painotusta vain horisontaalisten tilanteiden tutkimiseen ei sitäkään voida ottaa suoraan tutkimuksen lähtökohdaksi. Tarkastelukulman ollessa nimenomaan hallitsevassa asemassa on mielestäni tärkeämpää pohtia kaikkia tämän aseman seurauksia niiden taloudellisista ilmentymistä riippumatta. Jako horisontaaliseen, vertikaaliseen tai konglomeraattiseen vaikutukseen on tässä mielessä osittain tarpeeton. Sitä voidaan käyttää lähinnä kuvaamaan eri tilanteisiin liittyviä riskejä kilpailuprosessin kannalta. Horisontaaliset vaikutukset ovat vaarallisimpia, koska ne heijastuvat yleensä suoraan markkinoiden toimintamahdollisuuksiin. Kyse on aina pikemminkin kilpailunrajoituksen asteesta kuin horisontaalis-vertikaalisjakaumasta. Vertikaalisesti riittävän rajoittunut kilpailu luo mahdollisuuden horisontaalisenkin kilpailun rajoittamiseen sekä voi torjua varsinkin markkinoille pyrkiviä yrityksiä.

Näkökantaa, joka hylkäisi taloustieteelliset mallit lähes täysin, ei myöskään voi pitää hyväksyttävänä. Lainsäädäntötasolla niiden kehitys antaa uusia näkökulmia. Peliteoria painottaa yritysten strategisten vaihtoehtojen esiinnostamista sekä taloudellisen liikkumavaran arviointia. Kilpailuahan ei voida luoda, jos se ei yritysten kannalta ole lainkaan järkevää. Vastaavasti laajaa oligopolia korostavat näkökulmat, jotka ovat osittain toimivan kilpailun ajattelun takana, kiinnittävät huomiomme kilpailun kannalta vaarallisiin rakenteisiin. SCP-malli vie tätä näkökulmaa lähemmäs markkinoiden toimintaa ja kilpailun oletettua roolia siinä. Lopputuloksena ei toki ole mikään yleispätevä kilpailukäsite, vaan joukko työvälineitä ongelman hahmottamiseen. Lainsäätäjän sidottua tietyssä määrin lainkäyttä-

---

der wirtschaftsteoretischen – und von dort ins Wettbewerbsrecht übernommenen – Begriffe, … , ließe sich beliebig vermehren. Es ist deshalb erforderlich, die von uns verwendeten Begriffe genau zu definieren…"

jän kädet omiin tarkoituksiinsa ei jälkimmäiselle aina jää suurta liikkumavaraa. Laajoja yleisiä ongelmia käsittelevien sääntöjen, kuten määräävän aseman väärinkäyttönormin, osalta taloustieteen kilpailumalli yhdessä markkinakäsitteen sekä mm. peliteorian keinojen avulla antaa ratkaisijalle silti valmiudet paremmin hahmottaa mihin hänen päätöksensä voi johtaa.

Tässä tutkimuksessa lähtökohtana on lähinnä toimivan kilpailun käsite, koska sitä voidaan pitää Euroopassa laajimmin hyväksyttynä kilpailumallina. Tämäkään malli ei sinänsä edes väitä kilpailun olevan yleispätevästi samanlainen joka tilanteessa, joten mitään ehdotonta oikeudellista mallia siitä ei voida laatia. Lisäksi täydellisen kilpailun mallin jäätyä sivuun kilpailupoliittisesta keskustelusta lähes jokainen jatkokehitelmä on jossain määrin kuvannut toimivaa kilpailua (paitsi Hoppmann'n uusklassinen lähestymistapa). Tarkastelukulmassa näkyvät varsinkin markkinoille pääsyn esteitä koskevat ajatukset. Kilpailun kun yleensä edellytetään olevan sitä toimivampaa mitä vähemmän jokin kilpailijoista voi vaikuttaa toisten toimintaan tai menestykseen muutoin kuin omalla menestyksellään.

Markkinoiden "toimivuus" on ehkä yleisimmin ilmaistavissa oleva kilpailuoikeuden päämäärä. Sen sisältö tosin saattaa vaihdella markkinoilta ja ajanjaksoilta toiselle, koska itse toimivuuden kriteerit ovat varsin epäselvät. Lähinnä oletetaan toimivan kilpailun tukevan kuluttajien kannalta hyödyllistä taloudellista kehitystä, jonka osia ovat tekninen kehitys, tulonjaon oikeudenmukaisuus ja tuotteiden saatavuus mahdollisimman edullisesti. Kaikessa epämääräisyydessään toimiva kilpailu vastannee parhaiten markkinoiden todellisia tapahtumia, vaikka oletettavasti parempiakin malleja voidaan kehittää. Kilpailunrajoitus tulee tällöin nähdä funktionaalisena käsitteenä, jonka avulla markkinoiden toimivuutta pyritään varmistamaan eikä niinkään formaalis-loogisena mallina. Ratkaisutoiminnassa merkitystä joudutaan antamaan enemmän tietyssä tilanteessa vaikuttavalle kilpailukeinolle ja mitä yrityksen menettelylle juuri tässä tapauksessa pitäisi tehdä, kuin sille, päädytäänkö lopputuloksena jonkin tietyn "ihannemallin" mukaiseen tilanteeseen. Sandrock'ia lainatakseni kilpailumenettely on toinen puoli kilpailusuhteita ja erityisesti oikeudellisessa arvioinnissa tärkeä. Oikeudellisessa tarkastelussa joudutaan aina huomioimaan lainsäätäjän eri normeille mahdollisesti antamat erilaiset tavoitteet, mutta nämäkin asettunevat tämän laajan "katon" alle.[440]

Markkinoiden toimivuutta korostettaessa oletamme samalla niiden todella voivan suoriutua tehtävästään mahdollisimman tehokkaana hyödykkeiden tuottajana. Tässä mielessä tutkimus nojaa Hayek'n liberalistisiin ajattelumalleihin, joissa korostuu pelisääntöjen merkitys sekä kehityksen jättäminen muutoin markkinoiden oman toiminnan varaan. Liberalistisissa malleissa ei mielestäni huomioida riittävästi jo syntyneen valtaepätasapainon merkitystä. Ne lähtevät ikään kuin

---

[440] Sandrock I s. 154 "Im Wettbewerbsrecht hat die Lehre von den Wettbewerbshandlungen die Aufgabe, die rechtlich irrelevanten Nicht-Wettbewerbshandlungen von den rechtlich relevanten Wettbewerbshandlungen zu scheiden."

”puhtaalta pöydältä”, vaikka jo Hayek’n aikana (1950-luvun Saksassa) epätasapaino on ollut merkittävä. Taloudellinen tuotanto ei ollut täydellisen kilpailun mallin mukaisesti pienten yritysten käsissä, vaan markkinoita hallitsivat edelleen monella toimialalla suuryritykset. Vapauden korostaminen voisi johtaa siihen absurdiin lopputulokseen, että tuemme samalla hallitsevan yrityksen oikeuksia määrätä markkinoiden toiminnasta. Pelkkä markkinoiden vapauteen pyrkivä politiikka ei siten voi aina olla riittävää, vaikka korostaisin avoimmuutta juuri hallitsevaa asemaa kontrolloivana voimana.

Kilpailun toimivuus tai toimimattomuus on markkinasidonnaista. Tämä väite johtaa sekä vaatimuksen markkinoiden määrittelystä arvioinnin pohjaksi että tarpeeseen arvioida tietyn kilpailukeinon vaikutusta juuri tietyssä tilanteessa. Toimivan kilpailun suuri harha on mielestäni se, ettei se lopulta kerro meille todellisuudesta yhtään mitään. Perinteisessä teoriassa se asettuu jonnekin täydellisen kilpailun ja tiukan oligopolin välille. Kantzenbach’n laajaa oligopolia voisi pitää eräänä toimivan kilpailun mallina. Dynaamisessa katsantokannassa toimivaa kilpailua on oikeastaan kaikki, mikä johtaa mahdollisimman tehokkaaseen lopputulokseen. Mikään ei estä sitä, että joku kilpailukeino olisi tästä näkökulmasta vuoroin kilpailua edistävä ja vuoroin sitä haittaava. Malliesimerkkinä voidaan käyttää yksinoikeussopimuksia, jotka voivat auttaa uuden yrityksen pääsyä markkinoille, mutta voivat toimia hallitsevan yrityksen keinoina estää kilpailua.

Markkinoiden rakenne ja tätä kautta määräävän aseman käsite vaikuttavat kilpailun toimivuuteen monisäikeisesti. Staattisessa mallissa rakenne määräsi pitkälti lopputuloksen eli monopolin oletettiin keräävän monopolivoittoja, ja tämän aseman olevan juuri näiden voittojen takia haluttavan. Kaikki muutkin epämiellyttävät ilmiöt markkinoilla voitiin kytkeä tähän monopolisoimispyrkimykseen. Dynaamisena lähtökohtana ei voida pitää markkinoilla jo vallitsevan tilanteen tarkastelua, eikä vain tältä pohjalta voida arvioida, mikä olisi toimivaa kilpailua ko. tilanteessa. Yritysten päämääriä voi olla samanaikaisestikin useita aina toiminnan jatkuvuuden turvaamisesta tietyn suuruisen voiton saamiseen. Eräänä tavoitteena voi olla henkilöstön ja omistajien toimeentulon varmistaminen. Emme siten voi arvioida yritystä sen oletettujen pyrkimysten mukaan, vaan pikemminkin sen toiminnan vaikutusten pohjalta.

Vaikutusten korostaminen luo pohjan markkinatilanteiselle arviolle. Tällöin lähestymme SCP-mallia sen modernissa muodossa, jossa vaikutussuhteet eivät enää ole yksisuuntaisia vaan monitahoisia, eri osien välisiä vaikutuksia. Tällöin voidaan joko Virtasen tavoin katsoa taustalla olevan tiettyjä perusolettamia tai lukea ne suoraan esim. rakenne -osaan. Markkinasidonnaisuus vaatii tietyn kilpailukeinon vaikutusten selvittämistä aina vallitsevan ja odotettavan markkinatilanteen valossa. Esimerkiksi oman markkina-aseman suojaaminen vertikaalisen integraation tai sopimussuhdeverkon kautta on yritykselle välttämätön ja yleensä sallittava keino. Kilpailun toimivuuden kannalta liu’umme kuitenkin väärinkäytön puolelle, jos yritys tätä keinoa käyttämällä joko saavuttaa tai varmistaa hallitsevan aseman. Määräävän aseman ei tällöin tarvitse olla mitenkään sidoksis-

sa juuri niihin markkinoihin, joilla kilpailukeinoa käytetään, vaan pyrkimyksenä voi olla esim. yrityksen voimavarojen yleinen vahvistaminen. Missä määrin meidän tulee hyväksyä tehokkuus- tai (yritykseen sidottu) tarkoituksenmukaisuuspuolustus toiminnalle riippuukin juuri markkina-asemasta ja -tilanteesta johdettavista seurauksista. Todellinen ongelma syntyy näiden seurausten arvioinnin vaikeudesta sekä siitä oikeudenmukaisuuteen ja sopimus- / elinkeinovapauteen sidotusta lähtökohdasta, ettei kenenkään elinkeinotoimintaan saa puuttua tarvittavaa enemmän.

Toimiva kilpailu on oikeudellisena mallina lähinnä erittäin laajan sekä joustavan yleisperiaatteen tasoa. Tästä seuraa, ettei pelkästään kilpailun toimivuuden varaan voida tehdä mitään ratkaisuja. Oikeusvarmuuden kannalta ei voitaisi riittävän tarkasti erotella tilanteita, joissa kilpailu on varmasti toimivaa ja joissa se ei sitä ole yhden ainoan, kilpailuun vain vähän vaikuttavan tekijän takia. Mallin taustalla olevat realiteetit estävät näin tarkan arvion tekemisen. Joustavuutta korostaa erityisesti markkinasidonnaisuus. Mallin on oltava joustava, koska yksien markkinoiden kilpailutilannetta ei voida siirtää suoraan (tai aina edes suurtenkaan ”korjausten” jälkeen) toisten markkinoiden ”halutun” kilpailun esikuvaksi. Mallin on oltava avoin, koska kilpailu saattaa kehittyä arvaamattomaan suuntaan. Lopullista, juridisesti yleispätevää käsitettä emme pysty kilpailusta luomaan edes kaikkien käytettävissä olevien talousteorian mallien avulla.[441]

13.2 Määräävä asema erityisenä ongelmana

Määräävä asema on tilanne, jossa markkinoiden toiminta on oletettavasti vääristynyt tai ei muutoin voi saavuttaa ideaalitilaa. Markkinoiden automatiikka ei näissä tapauksissa johda kilpailun toimivuuteen joko markkinarakenteen (ts. luonnollisen monopolin tai oligopolin tilanteet) tai yhden tai muutaman yrityksen saavuttaman valta-aseman takia. Edellisessä tapauksessa voimme pyrkiä lähinnä markkinatuloksen oikaisemiseen yritysten menettelytapoja säätelemällä, koska rakenteelliset keinot johtaisivat tehottomuuteen. Jälkimmäisessä tapauksessa jopa suorat rakenteelliset keinot (so. pilkkominen tms.) olisivat mahdollisia, jos lainsäädäntö ne sallii.

---

[441] Rittner korostaa kilpailun ”karttavan” oikeudellis-käsitteellistä määrittelyä, koska se liittyy ihmisten väliseen fundamentaaliseen ilmiöön, joka ilmenee monissa muissa kilpailun muodoissa (kuten urheilu, politiikka, kouluarvosanat). Taloudellinen kilpailu ei kuitenkaan ole verrattavissa em. kilpailunmuotoihin, vaan on niihin verrattuna rajattomampi ilmiö, jolle ei voida määrittää tarkkoja sääntöjä tai edes päämäärää. Ks. Rittner III s. 2–3, 22–23; Scherer tuo mielestäni erittäin hyvin esille toimivan kilpailun olevan lähinnä hyvä ”alkeellinen kartta”, jota joudumme tarkentamaan. Ks. Scherer s. 44 ”The competetive norm does seem to serve as a good first aproximation, but it is difficult to state a priori how much competition is needed to achieve disable economic performance, nor can we formulate hard and fast rules for identifying cases in which a departure from competition is desirable.”

Hallitseva asema voi aiheuttaa ristiriitaisia tunteita sikäli, että kyse saattaa olla historiallisen kehityksen kautta syntyneestä pääosin tehokkuuteen tai muihin kilpailuetuihin perustuvasta asemasta. Toisaalta vallan keskittyminen voi johtaa siihen, että markkinoiden automatiikka sivuutetaan täysin eikä määräävä asema murene, vaikka näin pitäisi tapahtua. Yrityksen ohimenevä tekninen tai tehokkuusetu muuttuu joko sen omien menettelytapojen tai yksinkertaisesti taloudellisen vallan pelotusvaikutuksen kautta pysyväksi. Tapausten ollessa tuote- ja markkinakohtaisia ei taloustiede anna meille selvää rajaa siitä, milloin kyse todella on ohimenevästä ja milloin ei. Tuotanto on voinut vaatia suuria investointeja, jolloin Posner'n ajatusten mukaisesti markkinatilannekaan ei voi muuttua hetkessä. Reagoiminen tässä vaiheessa olisi markkinoiden kannalta negatiivista, koska se antaisi kielteisen signaalin kaikille suurinvestointeja suunnitteleville. Kukaan ei sijoita, jos ei panosta edes tietyllä todennäköisyydellä saada takaisin.

Tekninen kehitys vaatii kannustimia, koska siihenkään ei voi sijoittaa, jos oletettu tuotto ei kata kustannuksia. Kehittäminen on riskialtista, jolloin onnistuneiden projektien tuoton on katettava epäonnisetkin. Yrittäjille on myönnetty patentti- tms. tekijänoikeudellista suojaa juuri kannustavan vaikutuksen luomiseksi. Teoriassa tätä kautta syntyvä määräävä asema on ohimenevä ja loppuu patenttisuojan tms. päättyessä tai kilpailijoiden kehittäessä vastaavaa teknologiaa. Markkinoiden hallinta voi muuttua pitempiaikaiseksi, jos yritys hallitsee kaikkia potentiaalisia kehityslinjoja tai on johdonmukaisesti jatkanut tuotekehitystä. Patenttien tms. antamaa suojaa pidetään ohimenevyyden takia lähinnä hyödyllisenä, mutta pitempi aikainen hallinta voi johtaa merkittäviin kilpailun vääristymiin.

Darwinilaisen ajattelun valossa yritysten päämääränä on kerätä vähintään niin paljon voittoa, että niiden toiminta on turvattu. Tämä asettaa samalla tietynlaisen "minimitehokkuus" kriteerin eli toiminta ei saa olla niin tehotonta, ettei kilpailutilanteessa voida saavuttaa eloonjäämisen edellyttämää minimivoittoa. Määräävän aseman osalta ajattelu ei toimi, jos yritys voi markkinoille pääsyä kontrolloimalla tosiasiassa päättää selviytymisen kriteereistä. Kilpailun painetta vailla ei toiminta tehostu edes "darwinilaisen" ajattelun vaatimalla tavalla. Oikeudellisen ratkaisijan kannalta ajatus voi olla mielenkiintoinen, mutta se ei ole kovin antoisa. Kuten Scherer ym. toteavat suojatussa hallitsevassa asemassa oleva yritys voi toimia vuosikymmeniä voittoja maksimoimatta. Miten arvioimme tämän suojan tason? Kuinka kauan olemme valmiit odottamaan kilpailun painetta?[442]

Hallitsevan yrityksen oletetaan toisaalta voivan sortua tehottomuuteen sisäisen organisaation "laiskistuessa" kilpailun puutteessa. Kilpailuoikeustapauksissa lähtökohtana on harvemmin tällainen tilanne, koska tehoton yritys ei välttämättä enää pysty torjumaan markkinoille tuloa (ellei toiminnan tehostaminen ole mahdollista nopeammin kuin markkinoille tulo). Kilpailijoiden kannalta huomattavasti haital-

[442] Scherer ym. s. 48–49.

lisempi on potentiaalisen kilpailun tai teknisen kehityksen ylläpitämä jatkuva etumatka. Vaarana on kilpailuoikeuden väärinkäyttö tehottomampien yritysten hyväksi, jos lainkäyttö suunnataan näihin itse asiassa kilpailtuihin tilanteisiin. Rajanveto ei näissäkään tapauksissa ole selvää, koska hallitsevalla yrityksellä on intressi kasvattaa markkinoille tulon esteitä suuremman hyödyn saamiseksi.

Talousteoria ei anna suoraa vastausta siihenkään kysymykseen miten hallitseva yritys vaikuttaa markkinoilla. Tämä asema ei sinänsä pakota monopolivoittojen keräämiseen tai muiden markkinoilletulon estämiseen. Kun eri kilpailukeinot saattavat paitsi edistää yrityksen tuotteiden markkinointia myös haitata kilpailijoiden toimintaa, joudutaan arvostus- ja syy-yhteys ongelmien eteen. Yhteiskunnan kannalta on hyödyllistä saada tuotteita markkinoille, joten minkään yrityksen toimintaa ei saa estää vain kilpailun nimissä. Toisaalta valta-asemaa ei saisi tukea. Kilpailukeinon vaikutukset voivat olla osin sattumanvaraisia, jolloin syy-yhteys määräävään asemaan on hatara. Tulisiko yritystä ”rangaista” vain menestymisen takia, jos se ei etukäteen voinut arvioida menettelynsä esim. estävän markkinoille tuloa? Yksittäistapauksessa arviointi joudutaan lopulta tekemään pitkälti sen mukaan, kuinka haitallisena tiettyä hallitsevaa asemaa pidetään markkinoiden kannalta ja miten hyvin kilpailukeinon vaikutukset on voitu arvioida. Käytännössä yrityksille jää jonkinasteinen pelivara, koska vähäisimpiin ”rikkeisiin” puuttuminen voisi lopulta haitata kilpailua enemmän kuin hyödyttää sitä.

Esimerkki oikeudellisen ratkaisijan kannalta ongelmallisesta kilpailukeinosta on saalistushinnoittelu. Tätä pidetään talousteoriassa järkevänä vain silloin, jos menetetyt tulot voidaan korvata monopolihinnoittelulla. Sataprosenttisella varmuudella saalistushinnoittelu voitaisiin siten todistaa vain jälkikäteen! Riittävänä näyttönä voidaan toki pitää aiempaa vastaavaa toimintaa, mutta tällöin yritys on saanut yhden ”ilmaisen” torjuntakerran sekä mahdollisesti ehtinyt luoda maineen, joka pelottaa uusia markkinoille pyrkijöitä. Jos monopolihinnoittelu ei ole mahdollista, ei väitettyyn saalistukseenkaan tulisi puuttua. Talousteoria ei anna selvää vastausta siihen, miten ratkaisijan on meneteltävä, jos väitetään yrityksen syyllistyneen vielä jatkuvaan saalistushinnoitteluun eikä selkeää näyttöä saalistustarkoituksesta tai aiemmasta toiminnasta ole. Jos lähtökohdaksi omaksutaan se, että kaikki alle vaihtuvien kustannusten tapahtuva myynti on kiellettyä saalistusta Areeda ym. mallin mukaisesti, ei ongelmaa ole edellyttäen, että voimme varmasti määrittää kustannustason! Vähänkin jatkuvampi toiminta viittaa lähinnä pyrkimykseen kilpailla, koska hallitsevakaan yritys tuskin myy tuotettaan pitkiä aikoja tappiolla.

13.3 Reagointimahdollisuudet

Kilpailunrajoitus ei ole muusta yhteiskunnan toiminnasta irrallinen ilmiö, koska kilpailukaan ei sitä ole. Tietyssä määrin kilpailunrajoituksiksi joudutaan luokittelemaan tilanteita, joissa kyse on pikemminkin taustalla olevan kilpailua rajoitta-

van rakenteen tai valtion toiminnan seurauksesta. Kilpailuoikeudellisesti nämä tapaukset on hyväksyttävä oikeudellisiksi kilpailunrajoituksiksi, koska seurausten oikominen voi toisinaan olla ainoa mahdollisuus ja – ehkä nopeampana keinona – muissakin tilanteissa hyödyllistä. Riskinä on väärän signaalin antaminen markkinoille, eli taustalla olevan rakenteellisen ongelman säilyttäminen tai vahvistaminen. Tältä pohjalta houkuttimena toimivaan hintatasoon tms. puuttuminen ei ole taloudellisesti perusteltua kuin poikkeustilanteissa. Taloudellisesti järkevää on aina puuttua markkinoille pääsyn strategisiin esteisiin, jos ne ovat tunnistettavissa ja oikeudellisesti erotettavissa sallitusta toiminnasta.

Schmalensee on todennut New Industrial Economics -teorian ja kilpailuoikeuden yhteensovittamisen aiheuttavan ongelmia. Näkökulma on laajemminkin hyödynnettävissä. Tekijä toteaa teorian luoneen joukon hyödyllisiä malleja, mutta se ei vielä kirjoitusajankohtana ollut antanut varmoja työvälineitä empiristen toimialatutkimusten tekoon. Mallien monipuolistumisesta on lisäksi seurannut kilpailuoikeudellisten ratkaisujen kallistuminen. Lain tarkoituksena on normatiivisen ratkaisun etsiminen eli taloustieteilijän näkökulmasta tehokkuuden parantaminen. Taloudellisen toiminnan eri muodot poikkeavat niin paljon toisistaan, ettei yleispätevää ratkaisua ehkä ole olemassakaan. Tällöin lainsäädäntökään ei voi olla yleispätevää eikä käytössämme ole selviä reagointisääntöjä. Toisena ongelmana Schmalensee pitää päämäärän arviointiongelmaa. Täydellisen kilpailun mallin menetettyä tämän aseman on lopputuloksena ollut epätäydellisen kilpailutilanteen muuttaminen toiseksi epätäydelliseksi kilpailutilanteeksi. Tehokkuusseuraamukset ovat näissä tapauksissa äärimmäisen vaikeita ennustaa johtuen markkinoiden vuorovaikutuksesta.[443]

Yrityksiltä vaadittavan kilpailun lisäksi ”parhaan ratkaisun” edellytyksenä on oikean tai pikemmin oikeiden kilpailutekijöiden tunnistaminen. Taloudelliseen toimintaan puututtaessa pitäisi lisäksi pystyä arvioimaan, mikä vaikutus puuttumisella missäkin markkinatilanteessa on. Ratkaisu ei ole tehokas, jos vaadittava kilpailuntaso saavutettaisiin tai todettu kilpailunrajoitus torjuttaisiin yhteiskunnan ja yritysten kannalta edullisemmin puuttumalla johonkin toiseen kilpailutekijään kuin mihin ratkaisussa päädyttiin. Oikeudellisesti ilmaisten tulee käytettävien keinojen olla välttämättömiä ja tarkoituksenmukaisia, koska kyse on yrityksen toiminnan vapauteen (elinkeinovapauteen, sopimusvapauteen) puuttumisesta. Oikeudellinen ratkaisu on tarkoitettu kohdetta sitovaksi eikä sitä yleensä ajallisesti rajata. Tulevaisuuden epävarmat muutoksetkin olisi siten huomioitava puuttumiskeinoista ja -tarpeesta päätettäessä.

Parhaan keinon löytäminen ei ole talousteorian valossa yksinkertaista. Kysymys siitä, mihin puututaan asettaa heti seuraavan kysymyksen miten? Kilpailutekijät vaikuttavat toisiinsa, jolloin puuttuminen johtaa muutoksiin toisaallakin.

---

[443] Schmalensee II s. 25–27. Tekijä mainitsee esimerkkeinä tehokkuuden kannalta hankalasti arvioitavista tilanteista sitomisen, saalistushinnoittelun ja yleisemmin markkinoille pääsyn esteet.

Lisäksi muutoksilla on aina vaikutus muualle yhteiskuntaan, koska tavalla tai toisella vaikutus kiertyy tuotteen hintatasoon, erilaisiin investointeihin, työllisyyteen jne. Ongelmaa voidaan valaista esimerkillä määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, joka pyrkii ylläpitämään ko. asemaa toistuvilla sisäänvetotarjouksilla sekä tähän liitetyllä massiivisella mainonnalla. Myyntihinnan alittaessa sisäänostohinnan voidaan perustellusti jopa myyntihintaan puuttua. Toisaalta yritystä ei voida vaatia ryhtymään minkään tuotteen osalta varsinaiseen korkeaan monopolihinnoitteluun, joka toisi uusia yrittäjiä markkinoille. Pieni korjaus, jolla sisäänostohinta ylitetään, ei välttämättä muuta yrityksen markkina-asemaa lainkaan – varsinkaan jos mainonta jatkuu entisenlaisena. Mainontaan puuttuminen on toisaalta erittäin hankalaa, jos kyse ei ole sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Pelkkään mainonnan määrään puuttuminen voi johtaa yrityksen toiminnan jatkuvaan kontrolliin, mikä ei elinkeinovapauden valossa eikä edes kilpailuoikeuden tarkoitusperien kannalta (esiintyvien kilpailunesteiden poistaminen markkinataloutta vaarantamatta) ole tarkoituksenmukaista tai edes sallittua.

Yrityksen näkökulmaakaan ei tule unohtaa. Hallitsevalla yrityksellä on oikeus toimia markkinoilla. Scherer on ilmaissut asian hyvin kysymällä, mitä määräävässä asemassa oleva yritys saa tehdä, jos se kohtaa kilpailua? Tulisiko sen pitää hintataso entisellä, kilpailtua hintaa korkeammalla tasolla, jolloin se automaattisesti menettäisi markkinaosuuttaan ja tukisi markkinoille tuloa? Vai saako se reagoida kilpailijoiden toimiin? Onko yrityksellä ylipäätään vastuuta markkinoiden toiminnasta? Suoraa vastausta kysymyksiin ei voida esittää. Yrityksen ja koko markkinatalouden kannalta on erittäin tärkeää, ettei toimintamahdollisuuksia liikaa kuristeta. Vaikka hyväksyisimme velvollisuuden vastata markkinoilla vielä olevasta kilpailusta, ei tämä saa johtaa epämääräisiin käskyihin viranomaisten ja tuomioistuinten taholta. Mitä enemmän yritystä määrätään toimimaan tietyllä tavalla – varsinkin selvän aikarajan tai toisintoimimismahdollisuuden puuttuessa – sitä enemmän siirrämme markkinoiden toimintaa viranomaisten harteille. Lopputulos ei ole enää kilpailu vaan suunnitelmatalous.[444]

Taloustieteessä on keskusteltu Coasen vuonna 1937 esittämän ajatuksen valossa siitä, mikä johtaa yrityksen perustamiseen sen osista (ihmisistä, muista tuotannontekijöistä) erillisenä yksikkönä. Hänen lähtökohtanaan oli ero yrityksen sisäisissä ja ulkoisissa transaktiokustannuksissa, jolloin vähäisemmät sisäiset kustannukset johtavat yrityksen perustamiseen ja kasvuun. Transaktiokustannusten minimoiminen on yhteiskunnan kannalta hyödyllistä, koska tehokkaammin toimiva talous lisää jaettavaa ”kakkua”. Hyöty ei tällöin saa jäädä yrityksen sisäiseksi, mikä edellyttää väärinkäyttökontrollia, vaikka tietty yrityskoko olisi jollain markkinoilla muita tehokkaampi. Käytännössä tätä lähestymistapaa haittaa paitsi sen

---

[444] Scherer s. 537–538. Sivulla 538 tekijä joutuu toteamaan: ”The problem of setting appropriate conduct standards for firms dominating the markets they serve is as challenging as it is important.”
Viittaan jaksoon 7.4 ”Reagointitavat” tarkemman käsittelyn osalta.

kiistanalaisuus myös eri transaktiokustannusten verifioiminen. Näkökulma on käsittääkseni jäänyt lainsäädäntötasolla jotensakin täysin huomioimatta.

Ratkaisutoimintaa tulee lisäksi lähestyä sanktioiden tehokkuuden valossa. Mikään oikeusjärjestys ei kykene suuren yritysjoukon – tuskin edes muutaman yrityksen – jatkuvaan kontrolliin, jossa yritysten jokainen ratkaisu tutkittaisiin ja sen sallittavuudesta kiisteltäisiin oikeussaleissa tai kilpailuvirastoissa. Sanktiojärjestelmä tulee siten rakentaa mahdollisimman automaattiseksi, jossa toisten yritysten paine saa potentiaalisen kilpailunrajoittajan miettimään kilpailukeinojensa käyttöä (so. yritämme luoda kilpailua sinne missä sitä ei ainakaan ”toimivassa” määrin ole ollut). Tällainen automatiikka voi toimia vain, jos kilpailevilla yrityksillä ja asiakkailla tms. on riittävä syy puuttua yrityksen toimintaan (eli ne saavat omasta innostaan jonkinlaisen ”palkkion”). Käytännössä tätä automatiikkaa tukee mielestäni parhaiten yrityksille ja mahdollisesti joissain tapauksissa kuluttajajärjestöille annettava kanneoikeus, jolloin em. tahoilla olisi oikeus saada sekä korvausta menetyksistään että selkeä kielto tai muutosvaatimus kilpailulain rikkojalle. Ennaltaestävyys ei tietenkään voi jo aiemmin mainittujen heikkouksien (yrityksille pakosta suotava liikkumavara jne.) takia olla täydellinen, mutta yritys pyrkii varmemmin noudattamaan kilpailun asettamia pelisääntöjä, jos kuka tahansa kanssakilpailijoista ja muista markkinaosapuolista on oikeutettu reagoimaan sen menettelyyn kuin, jos puuttuminen olisi vain kilpailuviranomaisten harkinnan varassa.

Markkinoiden automatiikkaa korostava vaihtoehto on sinänsä niille pääsyn esteiden purkamiseen pyrkivä kilpailupolitiikka. Tällöin olisi keskityttävä yritysten itsensä luomiin esteisiin, koska muut ovat osa markkina-automatiikkaa. Erityyppisten esteiden erottaminen voi olla käytännössä lähes mahdotonta, joten kovin hyvänä ratkaisuna ei tätäkään linjausta voida pitää. Tässä työssä se on kuitenkin omaksuttu erääksi peruslähtökohdaksi juuri viranomaiskontrollin vähyyden korostamisen takia. Oikeudellisena standardina strategiset esteet voivat toimia vain, jos pystymme määrittämään ne riittävän selkeästi. Kuten markkinoille pääsyn esteitä koskevasta jaksosta ilmeni, ei tätä ole pystytty tekemään. Lähestymistapaa ei siten voi käyttää yksinomaisena, vaikka sen avulla voidaan luoda karkea standardi. Tällöin olisi tunnistettava ne menettelytavat, jotka ovat kilpailun kannalta kielteisiä estäessään markkinoille tuloa. Toimintaa, joka ei voi haitata markkinoille tuloa kuin normaalin kilpailuprosessin osana (so. kilpailu tarkoittaa aina sitä, ettei jokainen voi menestyä), ei tule kieltää. Epävarmoissa tilanteissa menettely olisi oikeusvarmuudenkin nimissä sallittava.

Sanktioautomatiikkaa ei voida viedä äärimmäisyyksiin asti. Vaarana on kilpailun sabotoiminen väitettyjen kärsijöiden taholta. Jonkin yrityksen hyvä kilpailukeino kun yleensä on toisten mielestä sopimaton ja markkinoiden toimintaa vaarantava. Kanteita ja viranomaisten tutkimusta voidaan käyttää shikaaniluontoisesti tuomalla keskeneräinen tapaus julkisuuteen. Oikean tasapainon löytäminen vaatinee jopa normikohtaista harkintaa. Taloustieteellistä sääntöä tämän ongelman ratkaisemiseen ei mielestäni ole. Käytännössä ongelma olisi mää-

räävän aseman osalta lähinnä kuluttajajärjestöjä tms. koskeva, sillä harva pienempi yritys ryhtyy haastamaan alaa hallitsevaa ainakaan turhilla oikeusprosesseilla tms. Se menettäisi itse enemmän.[445]

Taloudellisten teorioiden suureksi ongelmaksi muodostuu näkökulmista riippumatta se, että ne eivät anna oikeudellisen ajattelun kannalta riittävän selkeää päämäärää, jolloin oikeudellisen ratkaisun edellyttämät standardit jäävät epäselviksi. Tuloksena voi olla paitsi se, että tuomioistuimet ja viranomaiset saavat kohtuuttoman laajat oikeudet kilpailun toimivuuden kannalta myös se, ettei haitallisiin toimiin voida riittävästi puuttua. Rajatapausten osalta on aina luotettava pikemmin kilpailun automatiikkaan kuin viranomaisreaktioihin, koska muutoin lähinnä vähämerkityksellisten kilpailunrajoitusten lisäksi kiellämme joukon talouselämän kannalta hyödyllisiä toimintatapoja. Mitä väljemmäksi oikeudellinen standardi joudutaan taloustieteen valossa vetämään sitä enemmän näitä rajatapauksia jää.

Oikeudellisesti ongelmaksi jää aina lainsäädännön tietyn asteinen jäykkyys, joka liittyy vaatimukseen tietystä kaikkien noudatettavasta standardista. Laki on käyttäytymissääntö siitä riippumatta, mikä on säännön kohteena oleva toiminta. Lakia ei voi muuttaa tilannekohtaisesti, jolloin yksityiskohtainen tulkintaa tiukasti sitova lainsäädäntö voi estää järkiperäisen reagoinnin muuttuviin taloudellisiin olosuhteisiin. Kilpailuoikeudessa kilpailuun liittyvien käsitteiden laajuus vaatii siten varsin avointen normien käyttämistä ja tapauskohtaista tulkintaa, jotta lainsäädännön tarkoitus edes laajassa mielessä saavuttaisiin. Avoin normi siirtää kuitenkin merkittävässä määrin taloudellista ja tätä kautta poliittista valtaa kilpailuviranomaisille ja tuomioistuimille. Hyvänä esimerkkinä tästä on EU-oikeuden käyttö 1960-luvun lopulta suurinpiirtein Maastricht'n sopimukseen asti (nyttemmin on ehkä havaittavissa tästä jaksosta poikkeavia tendenssejä subsidiariteettiperiaatteen korostamisen kautta). Tälle jaksolle tyypillistä olivat poliittiset ristiriitaisuudet jäsenmaiden välillä ja komission sekä tuomioistuimen selkeä pyrkimys edistää integraatiota kilpailuoikeuden avulla.

---

[445] Viittaan tämän ongelman osalta Saksan oikeuden eri sanktiomahdollisuuksia käsitteleviin jaksoihin, jotka kuvaavat tässä mielessä varsin pitkälle vietyä kilpailuoikeusjärjestelmää. Kuten myöhemmästä esityksestä ilmenee ei eri sanktioiden asettaminen eri tilanteissa ole ollut Saksassakaan mikään itsestäänselvyys.

III Saksan kilpailuoikeus – itsenäinen ratkaisuko?

1. YLEISTÄ

1.1 Lainsäädännön taustaa

Toisen maailmansodan voittajavaltiot pitivät eräänä syynä sotaan Saksan sotatarviketuotannon voimakasta keskittämistä, joka oli ilmennyt mm. pakkokartelleina. Sotapotentiaalin pienentämiseksi länsiliittoutuneet säätivät Länsi-Saksaan oman kilpailunrajoituslakinsa nk. Dekartellisierungsgesetz'n. Lähtökohtana oli kartellien kieltäminen (ts. kieltoperiaate) sekä liittoutuneiden viranomaisten oikeus puuttua muihin kilpailunrajoituksiin (ts. lähellä väärinkäyttöperiaatetta). Erillislaeilla pyrittiin lisäksi hajoittamaan suuret teollisuuskeskittymät, jotka olivat olleet luomassa Adolf Hitlerin armeijaa (Krupp, IG-Farben jne.). Vähitellen länsiliittoutuneet siirsivät toimivaltaansa talouden alueella Saksan omille viranomaisille. Kilpailuoikeuden osalta vaatimuksena oli kilpailunrajoituslain laatiminen. Saksan hallitus täytti tämän tehtävän vuoden 1955 esityksellä, joka johti nykyisen kilpailunrajoituslain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eli GWB) säätämiseen. Laki tuli voimaan 1.1.1958.[1]

Lain taustalla on selkeästi liberalistinen, markkinataloudellinen ideologia. Painotuksen voidaan katsoa olleen jopa täydellisen kilpailun mallin puolella. Hallitus on tosin esityksessään pohtinut keskushallinnon johtaman talouden mallia, mutta päätynyt markkinatalouteen, koska tämä malli on vallalla länsimaissa. Lisäksi esityksessä viitataan siihen, ettei keskusjohtoinen komentotalous Saksassakaan ollut toiminut hyvin (ts. viitataan Adolf Hitlerin ajan talousmalliin). Tämä malli ei myöskään ollut sopusoinnussa demokratian kanssa.[2]

GWB:n toisessa uudistuksessa lainsäätäjä painotti vuoden 1955 esitystä enemmän yritysten "etumatkan" olevan kilpailun kannalta jopa hyödyllistä. Vain tätä

---

[1] Bechtold s. 3–4; BTDr 1158 s. 24; Möschel II s. 21–22. Kirjoittaja painottaa alkuperäisenä tarkoituksena olleen estää Saksan sotilaallisen mahdin uusi nousu, mutta tämä seikka jäi yhä enemmän taustalle (mm. kylmän sodan alkamisen takia).

[2] BTDr 1158 s. 21; Kirschstein s. 16–17. Kirjoittaja painottaa saksalaisen neoliberalistisen koulukunnan ajatusten johtaneen juuri täydellisen kilpailun korostamiseen, vaikka toisen suuntaisiakin ajatuksia esityksestä löytyy (täydellisen kilpailun lisäksi korostettiin kilpailun teknistä ja taloudellista kehitystä edistäviä ominaisuuksia); Niederleithinger s. 10, jossa kirjoittaja huomauttaa USA:n esikuvan vaikuttaneen liittoutuneiden lainsäädännön kautta lähinnä siten, ettei hyvien ja pahojen kartellien erottamisesta edes keskusteltu. Hän katsoo GWB:n lähtökohdaksi muodostuneen nimenomaan kolmansien suojaamisen amerikkalaisen esikuvan mukaisesti.

kautta syntyy dynaamista kilpailua. Tällöin muilla yrityksillä tulee olla mahdollisuus pyrkiä etumatkan kaventamiseen. Viimeistään tässä vaiheessa Saksan voidaan virallisestikin katsoa siirtyneen toimivan kilpailun malliin.[3]

Saksan kilpailulailla on em. liittoutuneiden lainsäädännön lisäksi kotimaiset juuret, joihin laki pitkälti nojautuu varsinkin kartelleja koskevien normien osalta. Taustalla vaikuttaa 1800-luvun alkupuolen elinkeinovapauden myöntäminen Saksan silloisissa valtioissa. Kehitys vastasi tämän jälkeen pitkälti muun maailman kehitystä teollistumisineen sekä kartellien yleistymisineen. Ensimmäisen maailmansodan jälkeen vuonna 1923 säädettiin Kartellverordnung, jossa kiellettiin kartellien väärinkäyttö, eli laki perustui väärinkäyttöperiaatteelle. Tämän lain kautta vakiintui mm. kartellin käsite. Toisaalta vuonna 1933 kanssallissosialistinen hallitus sääti pakkokartellilain, jolla pyrittiin liittämään yksityinen yrityselämä valtion kontrolliin.[4]

Aiemman lainsäädännön merkitystä nykypäivän kannalta on varsin vaikea arvioida. Läheskään kaikissa kommentaareissa ei käsitellä lainsäädännön kehitystä, vaan lähtökohtana on vuonna 1957 säädetty laki. Hallituksen esityksessä ko. laiksi ei ole yleisperusteluissa tai yksittäisten pykälien osalta juuri viitattu aiempaan lainsäädäntöön. Tärkeimpänä poikkeuksena on kartelleja koskeva GWB 1 §, jossa on selkeä viittaus aiempaan oikeuskäytäntöön ja vuoden 1923 lakiin. Määräävää asemaa koskevien normien osalta ei tällaisia viittauksia ole, koska näitä kysymyksiä ei vuoden 1923 laissa vielä käsitelty. Liittoutuneiden lainsäädäntöön ei ymmärrettävästi haluta viitata.[5]

1.2 Tärkeimmät lakiuudistukset

GWB:tä on uudistettu määräävää asemaa ja diskriminointia koskevien normien osalta useaan eri otteeseen. Ensimmäinen uudistus tuli voimaan 1.1.1966, jolloin lakiin lisättiin väärinkäyttöä koskeva yleislauseke. Toinen uudistus tuli voimaan 5.8.1973. Tässä uudistuksessa määräävän aseman kriteerejä tarkennettiin (mm. ylivoimaisen markkina-aseman kautta) sekä lisättiin lakiin ko. asemaa koskevat arviointinormit.

Neljännessä uudistuksessa 26.4.1980 lakiin lisättiin määräävää asemaa koskevat arviointinormit sekä muutettiin väärinkäyttönormeja. Viidennen 22.12.1989 voimaan tulleen uudistuksen tärkein muutos aiheen kannalta oli diskriminointia

---

[3] BTDr VI 2520 s. 21. Kilpailun kannalta haitallista on tällöin se, että yritys pystyy estämään muiden toimet etumatkan umpeen kuromiseksi. Siirtymisestä dynaamisen kilpailun malliin huomauttaa Kirschstein s. 17.

[4] Bechtold s. 2–3; BTDr 1158 s. 24; Möschel II s. 16–20, jossa kuvataan ajanjakson 1800–1939 pääasiallinen kehitys.

[5] BTDr 1158 s. 24–25 (1 §:n perustelujen osalta); Möschel II s. 21–22, jossa kirjoittaja toteaa, ettei liittoutuneiden säätämä Dekartellierungsgesetz koskaan täysin menettänyt miehittäjän oikeuden mainettaan.

koskevan riippuvuus-normin muuttaminen koskemaan vain pieniä ja keskisuuria yrityksiä. Kuudes laajempi uudistus on tullut voimaan 1.1.1999. Tällä uudistuksella muutettiin lain rakennetta merkittävästi, mutta normisisältö jäi pitkälti entisenlaiseksi. Tavoitteena oli lähinnä ankaramman EU-oikeuden omaksuminen sekä lain muuttaminen luettavammaksi. Aiheen kannalta kiinnostava muutos oli entisen GWB 22 §:n (nyk. 19 §) muuttaminen kieltonormiksi.[6]

1.3 Lainsäädännön tarkoitus

Lainsäädännön tarkoitus voi laajassa mielessä ilmetä kaikista niistä seikoista, jotka ovat lainsäädännön taustalla (esityöt, komitean mietinnöt, lain hyväksymisvaiheessa ilmaistu lainsäätäjän tahto). Laki voi ajan kuluessa irtautua lainsäätäjän alun perin tarkoittamasta. Saksan kilpailulain osalta lain tarkoitusta korostaa se, että oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä jatkuvasti vedotaan tähän tarkoitukseen. Sitä ei ilmaista viittaamalla suoraan lainsäätäjän tahtoon esim. esitöiden kautta lukuunottamatta myöhempiä uudistuksia (joissa esityötkin ovat täydellisempiä). Pyrkimyksenä on pikemminkin vedota lain ilmaisemaan markkinatalousjärjestelmään ja mahdollisimman laajaan kilpailun vapauteen.

Lain tarkoitus on ilmaistu jo hallituksen esityksessä vuoden 1957 kilpailulaiksi. Johdantokappaleessa todetaan lain pyrkimyksenä olevan markkinatalouden edistäminen ja säilyttäminen. Lain tulee varmistaa kilpailun vapaus sekä voittaa markkinavoimat niissä tapauksissa, joissa ne estivät kilpailun toimivuutta. Toisaalta korostetaan sitä, ettei valtion tule puuttua markkinamekanismin toimintaan, ellei tämän mekanismin säilyttäminen sitä vaadi. Laki tukee tavallaan kahta elementtiä, eli yhteiskunnallisen päätöksenteon hajauttamista vastapainona valtiojohtoiselle taloudelle ja toisaalta markkinoiden toimintaa taloudellisen hyvinvoinnin luojana.[7]

Kilpailulain perustarkoituksena on kilpailun vapauden suojaaminen, koska kilpailun katsotaan parhaiten toteuttavan taloudellisen hyvinvoinnin luomistehtävän. Kartellisopimukset kieltävillä normeilla ei esim. pyritä suojaamaan sopimusosa-

---

[6] Kolmatta vuonna 1976 voimaan tullutta uudistusta en käsittele, koska se koski lähinnä lehdistöfuusioita. Neljännen ja viidennen uudistuksen yrityskauppasääntöjen muutoksia en aiheen ulkopuolelle jäävinä käsittele. Viidennen uudistuksen tavoitteena oli nimenomaan kaupan alan kilpailun parantaminen. Ks. BTDr 11/4610 s. 10 Viimeisimmän uudistuksen tavoitteista ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 30. Lakiin jäi edelleen lukuisia poikkeuksia kartellikiellosta eikä harmonisointi muutoinkaan edennyt kovin pitkälle. Tähän viittaa myös Rittner. Ks. Rittner III s. 124.

[7] BTDr 1158 s. 21; vrt. Schmidt I s. 149–150. Schmidt'n mielestä lailla on kaksi perusfunktiota eli yhteiskunnallisen toiminta- ja päätösvapauden säilyttäminen (ts. demokraattinen elementti) ja taloudellisen hyvinvoinnin edistäminen oikeudenmukaisen varojen jaon, tehokkaan taloudellisen toiminnan jne. kautta (ts. puhtaasti taloudellinen elementti).Viimeisimmässä uudistuksessakin korostettiin lähinnä kilpailun merkitystä sekä eurooppalaista harmonisointia. Ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 30 "Ziele des Entwurfs ist die Stärkung des Wettbewerbsprinzips im Hinblick auf neue Anforderungen. Gleichzeitig soll das deutsche Recht mit dem europäischen Recht harmonisiert werden."

puolia ja heidän toimintavapauttaan, vaan kilpailun säilymistä hintoja tms. määrittelevänä tekijänä. Lainsäädännöllä voidaan pyrkiä suojaamaan markkinoille pääsyä, kuten esim. diskriminointinormien osalta on laita. Tällöinkään ei suojata jotain tiettyä yritystä, vaan mahdollisuutta päästä markkinoille yleensä. Kilpailuvapautta voidaan edistää tasoittamalla kilpailutilannetta. Määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoima pitäisi tämän lähtökohdan mukaisesti neutralisoida ja saattaa heikommat kilpailijat samalle viivalle. Periaatteellisesta, vain kilpailuun sidotusta, lähtökohdasta huolimatta laissa on normeja, joilla suojataan yksittäistä kilpailijaakin (diskriminointinormit, vahingonkorvausmahdollisuus).[8]

Mestmäcker korostaa kilpailun instituutiona liittyvän sekä kilpailuprosessiin että kilpailunvapauteen. Minkään näistä määrittely ei onnistu ilman muita. Hän ilmaisee tätä kautta osuvasti lainsäädännön tarkoituksen. Se on suojata kilpailua instituutiona kilpailunvapaudelle perustuvassa kilpailujärjestelmässä. Lainsäädäntö luo puitteet tämän tarkoituksen toteutumiselle GG:n, GWB:n ja UWG:n kautta. Valitettavasti itse kilpailun käsitteen epämääräisyyden takia ei tämäkään määritelmä suoraan rajaa mitä lainsäädännöllä tulisi kieltää ja mitä ei.[9]

Schmidtchen katsoo kilpailukäsitteen jääneen määrittelemättä sekä lainsäädännössä että myöhemmin käydyssä keskustelussa juristien ja ekonomien välillä. Kilpailuilmiön tärkeimmistä muodoista (Wesen des Wettbewebs) ei sinänsä edes voida johtaa jotain kilpailupoliittisia päätelmiä. Lainsäädännön taustalla ovat tietyt arvostukset, joiden oikeaksi tai vääräksi todistaminen ei ole mahdollista. Voimme vain pyrkiä varmentamaan, onko näitä arvostuksia todella käytetty lainsäädännössä.[10]

Saksassa on käyty kilpailulain virallisesta markkinataloudellisesta ideologiasta huolimatta keskustelua siitä, onko lain tarkoituksena kilpailuvapauden suojaaminen vai toimiminen valtion keinona kontrolloida markkinoita. Keskustelu liittyy kysymykseen siitä, toimiiko lain soveltaja siviilioikeudellisessa asemassa vai hallintoviranomaisena. Jälkimmäisessä tapauksessa oltaisiin lähellä tilannetta, jossa markkinatalousideologiasta huolimatta lähtökohtana on keskusjohtoinen talous. Niederleithinger painottaa lain rakentuvan siviilioikeudelliselle pohjalle, koska kartellikiellon, hintojen sitomisen kiellon ja diskriminointikiellon tehosteena ovat lähinnä erilaiset siviilioikeudelliset sanktiot (vahingonkorvaus, sopimuspakko jne.). Toisaalta laki antaa viranomaisille tarvittaessa mahdollisuuden puuttua kilpailunrajoituksiin, vaikka kukaan ei sitä olisi pyytänyt. Niederleithinger pitää perustellusti hintojen kontrollointia määräävän aseman tapauksissa eräänä

[8] Möschel II s. 74–76.
[9] Mestmäcker II s. 83.
[10] Schmidtchen s. 112. Tekijä pyrkii todistamaan, että kilpailuvapausteoria vastaa parhaiten lainsäädännön päämääriä ja siten kilpailuoikeuden arvostuksia.

esimerkkinä markkinoiden kontrolloimisesta. Tätä ilmentävät myös erilaiset poikkeuslupajärjestelyt (mm. kartellien ja yrityskauppojen osalta).[11]

Edellä mainittua lain tarkoitusta voidaan pitää sinänsä selkeänä ja yleisesti hyväksyttynä vielä tänäkin päivänä. Ulkopuolisen tarkastelijan kannalta hämmästyttää kuitenkin yleinen vetoaminen ko. päämäärään. Varsinkin oikeuskirjallisuutta tutkiessa tulee mieleen ajatus, että maininta ”ottaen huomioon lain tarkoitus” (Ziel dieses Gesetzes ja vastaavat lausumat) on muodostunut suorastaan itsetarkoitukseksi, joka tulee mainita jokaisessa mahdollisessa paikassa. Kriittisesti arvioiden lain tarkoitus voi toimia lähinnä eräänlaisena viimeisen ristiriidan ratkaisun apuneuvona (nk. kiperissä tapauksissa).

Saksalaisessa oikeustieteessä lain tarkoitusta käytettäneen kilpailuoikeuden osalta lähinnä em. kiperien tilanteiden ratkaisuneuvona. Ongelmaksi on kuitenkin jäänyt mielestäni se, ettei oikeudellisissa ratkaisuissa tai kirjallisuudessa eritellä mitä lain tarkoituksella kulloinkin tarkoitetaan. Lopputuloksena on usein se, että jokaisen normin tarkoitusta tulisi tulkita nimenomaan tämän normin valossa. Tämän lähinnä teleologisen tulkintamallin taustalla on osittain lain syntyhistoria. Kuten Sandrock huomauttaa, ei lainsäätäjä omaksunut suoraan minkään tietyn koulukunnan ajattelumallia, vaan lain taustalla oleva ideologia jäi pitkälti edellä mainitun markkinatalousmallin varaan. Selvän esikuvan puuttuessa joudutaan normikohtaisessa tulkinnassa turvautumaan lain ideologiaan sidotun teleologisen tulkinnan lisäksi aina kielelliseen, historialliseen tms. tulkintamalleihin. Lain voitaisiin katsoa korostavan kilpailuvapautta, ellei siinä olisi lukuisia poikkeuksia tästä vaatimuksesta (kuten tiettyjen kartellien salliminen). Pelkkä kilpailunvapauden korostaminen ei yksittäisessä ratkaisussa kerro lukijalle paljon mitään. Pelättävissä on mielestäni se, että viranomaistoiminnan tai kanteen kohteena olevan yrityksen oikeuksia poljetaan lakaisemalla ne lain tarkoituksen alle.[12]

Lain tarkoituksen määritteleminen voi olla hankalaa Saksan kilpailuoikeudessa tehtyjen lukuisten osittaisuudistusten takia. Tärkeimmät normit – kuten kartelleja koskevat – ovat tosin pysyneet pitkälti samanlaisina, mutta esim. yrityskauppoja

---

[11] Mestmäcker II s. 82–83. Tekijä viittaa vaaraan, joka syntyy tarkasteltaessa kilpailua ilman kilpailunvapauden ja yksittäisten kilpailijoiden aseman huomioimista. Mestmäcker katsoo tällaisen tarkastelun voivan johtaa rakennepoliittisten ratkaisujen suosimiseen kilpailun kustannuksella (ts. suositaan tiettyä olemassa olevaa markkinarakennetta); Niederleithinger s. 11. Kirjoittaja katsoo fuusiokontrollinkin toimivan kolmansien vapauden suojaamiseksi, koska se estää ennakolta haitallisen markkinavoiman syntymisen., 12–15; Vrt. Sandrock’n esittämä GG:n neutraalilähtökanta, jonka mukaan Saksan perustuslaissa ei ole suoraan omaksuttu mitään tiettyä talouspoliittista mallia, vaan lainsäätäjä voi laki- tai normikohtaisesti päättää mitä talouspolitiikkaa halutaan noudattaa. Tällä ei tarkoiteta sitä, että lainsäätäjä voisi näissä tilanteissa ohittaa perustuslain. Ks. tältä osin Sandrock I s. 49–53.

[12] Etsittäessä jotain yleistä esikuvaa (Leitbild) kilpailuoikeudelle, joudutaan Sandrock’n mukaan turvautumaan lähinnä teleologiseen tulkintaan. Ks. Sandrock I s. 42–44. Kirjoittaja huomauttaa GWB:n sisältävän useita normeihin sidottuja päämääriä, joita tutkittaessa joudutaan turvautumaan kaikkiin käytössä oleviin tulkintakeinoihin aina historiallisesta teleologiseen asti. Ks. em. lähde s. 58–59.

koskevia säädöksiä on jatkuvasti muuteltu. Ajan kuluessa lain tarkoitusta on pakko tulkita osittain oikeuskäytännön valossa ja se saattaa irtautua kokonaan omaksi käsitteekseen, joka voi saada eri muodon eri tapauksissa. Tällöin ”lain tarkoitus” itse asiassa tarkoittaa – ja korostaa – tuomioistuinten valtaa.

1.4 Suorituskilpailu tai UWG suojeltavan kilpailun rajana?

Suorituskilpailulla tarkoitetaan laajassa mielessä yrityksen oman suorituksen parantamista kilpailijoiden suorituksiin verrattuna. Pyrkimyksenä on siten määritellä mikä on suojeltavan arvoista kilpailua. Eräs lähestymistapa on tehdä suora johtopäätös ja katsoa vain suorituskilpailun olevan lain tarkoittamaa kilpailua. Ei-suorituskilpailu (so. kilpailu, joka ei suoraan liity omaan suoritukseen) ei siten olisi suojeltavan arvoista. Jaon taustalla on pitkälti UWG, jonka kannalta rajanvetoa on pidetty välttämättömänä. Sopimattomana ei UWG:n mielessä voida pitää toimintaa, joka tähtää vain oman suorituksen parantamiseen lain sallimin keinoin. Aiemman GWB 28 §:n (nyk. 24 §) vuoden 1973 muutoksen myötä osa kirjoittajista katsoo tämän lain lähentyneen UWG:tä ja lainkohdassa mainitun suorituskilpailun olevan laajemminkin käytettävän periaatteen. Kartellikieltoa koskevasta poikkeussäännöstä ei tätä johtopäätöstä kuitenkaan tulisi tehdä.[13]

Jo lain säätämisvaiheessa vuonna 1957 käytiin keskustelua siitä, mitä lain tarkoittama kilpailu on. Valiokuntatasolla katsottiin sopimattomien kilpailukeinojen poistamisen edellyttävän erillistä kilpailusääntöjä koskevaa lainkohtaa, mutta

---

[13] Käytän tässä yhteydessä termejä suorituskilpailu ja ei-suorituskilpailu, koska ne parhaiten vastaavat saksalaisessa materiaalissa käytettyjä termejä Leistungswettbewerb ja Nichtleistungswettbewerb.

Langen ym. vetävät aiemmasta GWB 28 §:stä (nyk. 24 §, jossa yritysjärjestöille tms. sallitaan kilpailusääntöjen antaminen sopivan ja suorituksen kannalta oikean [leistungsgerechte Wettbewerb = Leistungswettbewerb]) sen johtopäätöksen, että kyseessä on yleisempikin rajanveto lain osalta, joka vaikuttaa varsinkin määräävän aseman väärinkäytön osalta (so. GWB 19 ja 20 §:ien osalta). Ks. tältä osin Langen ym. II s. 91–92; samoin myöhemmässä painoksessa Langen ym. III s. 31; samalla kannalla Ulmer s. 566.

Vrt. Immenga ym. II s. 1423–1424, jossa ei aiemman GWB 28 §:n tarkoituksena mainita mitään em. lähteissä omaksuttua muutosta lain painopisteessä. Tekijät eivät sinänsä kiellä GWB:n yleisempänä tarkoituksena olevan nimenomaan toimivan kilpailun suojaaminen, jonka eräs osatekijä on suoritukseen liittymättömistä keinoista vapaa toiminta.; samoin Mestmäcker II s. 25 ”Aus § [28 Abs. 2] läßt sich mithin kein darüber hinausgehender allgemeiner Grundsatz des Wettbewerbsrechts entnehmen. *Die Vorschrift ist, wie andere Ausnahmen von Kartellverbot, vielmehr eng auszulegen*.” Lain sanamuoto on (24 §): ”(1) Wirtschafts- und Berufsvereiningungen können für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen. (2) Wettbewerbsregeln sind Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. (3) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen können bei der Kartellbehörde die Anerkennung von Wettbewerbsregeln beantragen. …” Absatz 4 ja 5 koskevat menettelyä, joten niitä ei siteerata.

tarkoituksena ei selkeästi ollut tehdä tästä mitään johtopäätöksiä kilpailu-käsitteen osalta. Vasta lain tasolla sopimattomaksi (eli esim. UWG:n kautta) tai kielletyksi todettua menettelyä ei enää GWB:nkään kautta suojattaisi. Wuttke on valiokuntamietinnön perusteella 1990-luvulla katsonut, ettei lainsäätäjä ole myöhemmissäkään uudistuksissa muuttanut tätä alkuperäistä lähtökohtaa. Mitään suorituskilpailukäsitettä ei siten tulisi käyttää.[14]

Ulmer katsoo GWB:n painopisteen siirtyneen vuoden 1973 lainmuutoksella entisestä kilpailunvapautta painottavasta enemmän suorituskilpailua painottavaan suuntaan. Perusteluna hän käyttää paitsi GWB [28] §:n muuttamista myös yleisesti ko. lainmuutosta. Ajattelumallia on vaikea ymmärtää, koska laki vain mahdollistaa talouselämän järjestöjen ja toimialayhdistysten antamat kilpailusäännöt, joita voitaisiin muutoin pitää lain vastaisina kartelleina (niissähän sovitaan kilpailutekijöiden käytöstä markkinoilla). Normi on siten lähinnä poikkeus kartellikiellosta. Muilla muutoksilla tiukennettiin määräävän aseman kontrollia ja diskriminointinormia. Näitä Ulmer pitää ilmeisesti pienten ja keskisuurten yritysten suojaksi tehtyinä muutoksina. Nämä normit toki suojaavat niitä yrityksiä, jotka eivät ole markkinoita hallitsevassa tai tätä lähenevässä asemassa eli todennäköisimmin pk-yrityksiä. Taloudellisesti nämä yritykset eivät ole erityisen suojan tarpeessa, jos ne eivät ole suuryrityksiä tehokkaampia ja jälkimmäiset pyri niiden toiminnan estämiseen. Tällöinkään ei mitään ei-suorituskilpailun käsitettä tarvita, koska markkinoiden monopolisoimispyrkimykset ja muu määräävän aseman väärinkäyttö on ilman erityisiä teorioitakin GWB:n vastaista. Kyseenalaisena pidän ylipäätään suorituskilpailun käsitteen yhdistämistä pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. Lukuunottamatta täydellisen kilpailun mallia ei taloustieteen kannalta ole mielestäni mitenkään perusteltua tarkastella markkinatilannetta vain em. yritysryhmän kautta. Markkinoiden toiminnan kannaltahan on tärkeintä, että markkinoilla toimii tehokkaan kilpailun kannalta riittävä määrä yrityksiä ja etteivät markkinoille pääsyn esteet nouse liian suuriksi.[15]

Sanamuodon perusteella suorituskilpailu ei rajaisi oikeastaan mitään. Tavalla tai toisellahan yritys aina pyrkii oman suorituksensa parantamiseen. Edes viittaus

---

[14] BTDr 3644 s. 15 ”Der Ausschuß hat auf die Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes verzichtet. Er ist davon ausgegangen, daß unter witschaftlichem Wettbewerb *jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf aus Kosten eines Wettbewerbs einen Vorteil zu verschaffen.* Soweit diese Vorteilsverschaffung *nicht durch Gesetz als unlauter oder verboten gekennzeichnet ist*, muß sie als erlaubt gelten.”

Wuttke s. 11 ”Anderseits gibt es auch keine Anzeichen dafür, daß er (lainsäätäjä) die ursprüngliche Konzeption, durch die Regelungen des GWB nicht irgendeine Wettbewerbsform, sondern den Leistungswettbewerb zu gewährleisten, aufgegeben hätte.”

[15] Ulmer ei sinänsä täysin yhdistä pieniä ja keskisuuria yrityksiä ja suorituskilpailua, mutta korostaa jälkimmäisten asemaa. Ks. Ulmer s. 565 ”Diese Vorbehalte ändern freilich nichts daran, daß in besonderem Maß der leistungsfähige Mittelstand von einer Wettbewerbspolitik profitieren wird, … und zu diesem Zweck bemüht ist, leistungsfremde Praktiken marktstarker Unternehmen zu verhinder.”, 566 (GWB:n ”linjanmuutoksen” osalta).

Lain muutoksella ei normin sisältöä olennaisesti muutettu. Ks. Emmerich III s. 95.

lain sallimiin keinoihin ei paljoakaan auta. Käsitteen taustalla ollut ajatus kilpailusta urheilukilpailun kaltaisena toimintana, jossa keskitytään vain omaan suoritukseen ei sekään ole erityisen täsmällinen. Tämän ajatuksen voi muutoinkin katsoa olevan GWB:n taustalla. Emmerich huomauttaa osuvasti käsitteen olevan pitkälti yhtä avoin kuin UWG 1 §:n vaatimus ”hyvistä tavoista”, jota sen pitäisi täsmentää. Sitä voidaan hänen mielestään käyttää eräänlaisena karkeana apuvälineenä ratkaisuja tehtäessä. Emmerich toteaa myös, ettei GWB 24 §:n avulla voida vaikuttaa markkinoiden rakenteisiin, koska kyse on ainoastaan käyttäytymissäännöistä. Tällainen sääntö edellyttää kielletyn toiminnan määrittämistä etukäteen eivätkä kiellot sido ulkopuolisia. Taustalla on ajatus siitä, ettei hallitseva yritys tai oligopoli todennäköisesti sovi elinkeinojärjestön kautta em. säännöistä.[16]

Suorituskilpailun käsitettä voidaan lähestyä joko negatiivisen tai positiivisen määritelmän kautta. Edellisen lähtökohtana on kaikkien niiden tapausten luetteleminen, jotka eivät ole suorituskilpailua. Kuten jo Knöpfle vuonna 1966 huomautti, ei tällainen lista voi koskaan olla täydellinen. Siten sen hyödyllisyyskin jää kyseenalaiseksi, koska loppujen lopuksi suorituskilpailu jouduttaisiin määrittelemään erikseen jokaista tapauskategoriaa varten. Samalla koko käsitteen hyöty lainsoveltajalle jää mitättömäksi. Positiivinen määritelmä ei sekään ole ongelmaton. Suorituksen määrittäminen vaatii tällöin etukäteistietoa siitä mikä oikein on suoritus (tai hyväksyttävä suoritus) ja rajaus voi muodostua sangen mielivaltaiseksi, lähinnä arvioijan ennakkoasenteista riippuvaksi.[17]

Yrityksen suorituksena voidaan pitää esim. vain pääsuoritusta (tuote – hinta), mutta tällöin ilmaan jää kysymys mitä yrityksen muut toimet olisivat? Harvaa tuotetta myydään kokonaan ilman markkinointi- tms. toimia, jotka siten ovat osa yrityksen suoritusta. Kuten Kurz ym. huomauttavat, joudutaan suorituksen määrittelyssä helposti kehäpäätelmään, koska kilpailuprosessi itse määrää mikä on vapaan kilpailun tarkoittama suoritus, joka sitten on taas osa vapaata kilpailuprosessia.[18]

Kerber kritisoi ei-suorituskilpailun käsitettä, koska sen vaatima suorituskilpailun määrittely on kilpailun päämäärien valossa mahdotonta. Suorituskilpailun korostamisella pyritään asettamaan kilpailijat horisontaalisesti samalle lähtöviivalle (tai samaan peliin). Suoritukselle vieraan menettelyn tunnistaminen edellyttää tällöin pelin sääntöjen tuntemista etukäteen, eli käytännössä pitäisi tietää mikä on suoritus, mikä on parempi suoritus ja mikä on oikea hinta mistäkin suoritukses-

---

[16] Katso käsitteen syntytaustasta esim. Emmerich IV s. 56–57 sekä hänen kritiikistään ko. käsitteen osalta em. lähde s. 57–58; Emmerich III s. 99–100 (soveltumattomuus diskriminointi- ja määräävän aseman tapauksiin).

[17] Knöpfle s. 58 (negatiivisen määritelmän ongelmista) ja 58–60 (positiivisen määritelmän ongelmista). Samassa yhteydessä Knöpfle korostaa oikeutetusti markkinoiden olevan viime kädessä suorituksen mittarin (so. hyvää ”suoritusta” kysytään) eikä suoritusta tulisi arvioida muusta lähtökohdasta. Tämä siitä huolimatta, ettei kysyntä aina osaa kohdistua taloudellisesti parhaaseen suoritukseen. Vrt. jäljempänä oleva Kerber’n kanta asiaan, joka vastaa pitkälti Knöpflen käsitystä.

[18] Rajausongelmaa käsittelevät mm. Knöpfle s. 58 ja Kurz ym. s. 67–68.

ta. Paremman suorituksen arvioiminen on välttämätöntä, koska tällainen suoritus on aina sallittu. Sehän vain ilmentää aitoa suorituskilpailua! Etukäteen tietämisen vaatimus ei Kerber'llä niinkään korosta oikeusvarmuutta, vaan kilpailun evolutionaalisen luonteen vaarantamista. Uusi kilpailukeino on muiden yritysten mielestä aina suoritukseen liittymätön, jos ne eivät itse ole sitä keksineet tai eivät sitä voimavarojen puuttuessa pysty hyödyntämään. Tämä ei kuitenkaan estä ko. keinoa muodostumasta vallitsevaksi ja markkinoiden rakenteen sopeutumista siihen. Koska suorituksenmukaisuus yleensä joudutaan arvioimaan markkinoilla jo toimivien yritysten mielipiteiden mukaan (nämähän ovat ainoita ”asiantuntijoita”), on Kerber'n mielestä käsitteen vaarana liiallinen konservatismi. Kilpailun idea on antaa kuluttajien viime kädessä ostomieltymystensä kautta päättää mikä suoritus heitä miellyttää eikä suorituksen syntyprosessiin tule puuttua ilman erityistä syytä. Tällainen syy ei suoritukselle vieras kilpailu Kerber'lle ole.[19]

KG katsoi Fertigfutter -tapauksessa 12.11.1980 suorituskilpailun periaatteita vastaavan sen, että pääsuorituksen ominaisuudet (laatu, hinta–laatusuhde ja hyvä palvelu) tehdään vertailukelpoisemmiksi erottamalla ne sivukilpailukeinoista. KG ei mainitse mitä se tarkoitti jälkimmäisillä kilpailutavoilla. Oletettavasti KG viittasi lähinnä mainontaan tms. Itse suorituskilpailun KG määritteli pitämällä sitä markkinavastapuolen mahdollisuutena aina valita paras tarjolla olevista suoritteista ilman sopimuskumppanin vaihdosta aiheutuvia taloudellisia haittoja (tässä ei toki tarkoiteta tavanomaisia sopimusoikeudellisia seuraamuksia). Ratkaisua voidaan kritisoida em. Kurz ym. sekä Kerber'n esittämillä perusteilla, koska tiukka jako pelkästään laatuun tms. perustuvaan arviointiin markkinavastapuolen taholta ei yksinkertaisesti ole mahdollista. KG:n perusteluja on muutoinkin vaikea ymmärtää, koska tapauksessa oli kyse uskollisuusalennuksesta, jonka vaikutuksia voidaan aivan yhtä hyvin arvioida markkinoille pääsyn esteiden kannalta.[20]

Mestmäcker kritisoi kilpailusääntöjä koskevaa uudistusta kilpailuviranomaisia ja tuomioistuimia koskevan ongelman siirtämisestä yritysjärjestöille. Jos edelliset eivät riittävän selvästi pysty tunnistamaan kilpailun kannalta kielteisiä toimintatapoja, miten jälkimmäisten voitaisiin olettaa ratkaisevan tämän ongelman? Kilpailusäännöt ovat lisäksi yksipuolisia eikä niissä huomioida markkinoiden vastapuolen asemaa, minkä viranomaiset voivat (ja täytyy) päätöksessään tehdä. Sääntöjen toimivuus edellyttää markkinoiden vahvimpien yritysten osallistumista niiden laadintaan ja käyttöön, jolloin ainoa saavutettava tulos on vallitsevan tilanteen vahvistaminen. Tämä staattisuuteen päätyvä tilanne ei mitenkään voi olla kilpailun tarkoituksen mukainen. Kilpailuviranomaisille kuuluvaa kontrollivaltaa ei em.

---

[19] Kerber s. 468–471, Kerber ei kuitenkaan hylkää suorituskilpailun käsitettä täysin, vaan käyttää sitä omassa merkityksessään. Ks. em. lähde s. 483; vastaavalla kannalla Kurz ym. s. 68–69. Tekijät huomauttavat osuvasti ”oikean” (so. oikeudenmukaisen) suorituksen arvioinnin johtavan samaan kustannusten arviointiongelmaan, joka on käytännössä estänyt asiakkaiden väitettyyn riistoon puuttumisen suuressa osassa hallitsevan aseman väärinkäyttötapauksia.

[20] WuW 6/1981 s. 441–442, 443.

ongelmallisuuden takia tule kaventaa eikä Mestmäcker hyväksy GWB [28] §:stä tehtäviä laajempia johtopäätöksiä. Kilpailukeinon oletettu ”ei-suorituksenomaisuus” jättää lisäksi GWB:n markkinoiden rakennetta korostavan näkökulman huomioimatta.[21]

Saksalainen ajattelu edustaa suorituskilpailun osalta mielestäni eräänlaista näköharhaa. Taloudellinen kilpailu ei ole urheilukilpailu siinä mielessä, että ”pelin” säännöt voitaisiin määritellä täydellisesti etukäteen. Kuten urheilussakin, jokainen asia sitäpaitsi liittyy suorituksen (molemmissa tapauksissa voiton saavuttamisen) parantamiseen. Pahimmillaan suorituskilpailukäsite voi johtaa siihen absurdiin lopputulokseen, että dynaamisen kilpailuprosessin sijasta suojattaisiin olemassa olevia tehottomia rakenteita, koska uuden kilpailukeinon käyttäminen on muiden yritysten kannalta ”epäreilua”. Talouselämän ”kiellettynä piristeenä” voidaan pitää muiden toimialojen voiton käyttämistä toisen tukemiseen. Toisin kuin urheilussa tämä on periaatteessa sallittua, ellei erityisenä tarkoituksena ole muiden ajaminen pois markkinoilta. Mitään uutta tämä käsittääkseni taloustieteeseen liittymätön käsite ei Saksan oikeuteen saati muuallekaan tuo, vaan pikemminkin lisää Kerber’n jo esitetyn ajatuksen tavoin markkinoiden konservatismin vaaraa.

UWG:n ja siihen liittyvän lainsäädännön pohjalta on kielletty mm. tiettyjen alennusten, vertailevan mainonnan tms. käyttäminen. GWB:n osalta tästä seuraa kysymys: ovatko nämä UWG:n asettamat rajat samalla GWB:n mukaisia väärinkäytön rajoja? Tällöin kyse olisi lakien korrelaatiosta näiden kilpailukeinojen osalta. Kieltävää vastausta voidaan pitää perusteltuna tilanteissa, joissa UWG:n normit on viety kilpailun kannalta ehkä turhan pitkälle (esim. vertaileva mainonta). Hyväksyvä vastaus on sikäli looginen, ettei suuryritys saa ryhtyä sellaiseen mihin pienempikään ei UWG:n nojalla saa ryhtyä. Tätä argumenttiä heikentää se, ettei yleistä tarvetta lakien korrelaatioon ole. GWB:n kannalta tulkinta antaisi mahdollisuuden väittää UWG:n vastaisen menettelyn olevan joissain tapauksissa GWB:n tarkoittamaa väärinkäyttöä yrityksen toiminnan poiketessa kilpaillusta tilanteesta tai sen haitatessa toisen yrityksen toimintaa. Yleistä johtopäätöstä ei voida tehdä, koska kilpailunrajoituksen vaikutus on aina sidottu yrityksen, oligopolin tai kartellin markkinavoimaan. GWB:n kautta ei nimenomaisesti voida sallia UWG:n vastaista menettelyä, jos kyse on määräävästä asemasta tai kartellista ja menettely vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen (so. estää kilpailun vaikutusta). UWG:n kautta ei voida täsmällisesti rajata GWB:n soveltamisalaa.[22]

UWG:n käyttäminen GWB:n tulkinnan apuneuvona ja päinvastoin on rajoitetusti mahdollista jo senkin takia, että tällä lainsäädännöllä pyritään periaatteessa samaan päämäärään eli toimivan kilpailun turvaamiseen. Tällöin ei Mestmäcker’n

---

[21] Mestmäcker II s. 23–24, 151–153.

[22] Mestmäcker painottaa kilpailua rajoittavan vaikutuksen merkitystä. Ks. Mestmäcker II s. 147 ”Jedenfalls können nur solche UWG-Verstöße seitens marktbeherrschender Unternehmen zugleich einen Mißbrauch nach § [22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1] begründen, die mit der Beschränkung des Wettbewerbs zusammenhängen.”

varoittamin tavoin saada siirtää kilpailun rakenteellisiin vaikutuksiin liittymättömiä käsitteitä UWG:stä GWB:hen. Menettely, joka olisi minkä tahansa yrityksen tekemänä UWG:n vastaista, ei ole GWB 19 §:n tarkoittamaa väärinkäyttöä, koska sillä ei ole mitään erityistä yhteyttä jälkimmäisen normin tarkoittamaan määräävään asemaan. Käytännön apuneuvoksi lakien osin eri päämääristä johtuen ei UWG:stä juuri ole. Varsinkaan suorituskilpailun käsitettä ei pitkälti Kerber'n esittämin argumentein tulisi omaksua. Karkeana apuneuvona se voitaisiin Emmerich'n esittämin tavoin hyväksyä, mutta tällöin käytännön merkitys jää vähäiseksi GWB 19 ja 20 §:ien osalta. Uuden, epämääräisen oikeuskäsitteen tuominen näiden lainkohtien piiriin tuskin helpottaa lainkäyttäjän työtä.[23]

Eräs tapa lähestyä GWB:n ja UWG:n suhdetta on nk. Vorfeld-ajattelu. Schulze Steine toteaa GWB:n ja UWG:n välistä suhdetta ”tarkasteltavan” kyseisen ajattelun kautta. Tässä mallissa UWG:tä sovellettaisiin tapauksiin, jotka eivät aivan täytä GWB:n kriteerejä määräävän aseman tms. osalta. Malli samalla rajaa UWG:n soveltamisalaa, koska painopiste siirtyisi lähemmäs GWB:tä eikä kohteena enää olisi yhtä selkeästi yksittäisten menettelytapojen sopimattomuuden arviointi. Käytännön ongelmia aiheuttaisi UWG 1 §, joka yleisnormina voisi johtaa ennalta-arvaamattomiin ratkaisuihin. Emmerich ei pidä ajattelua hyväksyttävänä, koska ei ole mitään syytä yrittää UWG:n kautta kieltää sellaista kilpailua, jota lainsäätäjä ei selvästi ole halunnut GWB:n kautta kieltää. Tähän kantaan on mielestäni syytä yhtyä, koska kontrollin rajaaminen joko määräävään tai riippuvaiseen asemaan osoittaa lainsäätäjän tietoista ratkaisua. Mikään ei sinänsä estä soveltamasta UWG:tä hallitseviinkin yrityksiin, jos kyse on lain tarkoittamasta sopimattomasta menettelystä. Tarkoitus ei kuitenkaan voi olla luoda sopimattoman menettelyn käsitettä, jossa sopimatonta olisi lähes tulkoon määräävässä asemassa oleminen![24]

2. GWB 19 § – YLEISNORMI MÄÄRÄÄVÄSTÄ ASEMASTA

Saksan oikeudessa määräävää asemaa koskeva perussääntö on määritelty GWB 19 §:ssä. Normi on kolmitahoinen. Se on ensinnäkin määräävän aseman määrittelyn perussääntönä koko lain kannalta. Yrityskauppoja koskevassa 36 §:ssä sekä diskriminointia koskevassa 20 §:ssä ei ole omaa määritelmää määräävästä ase-

[23] Emmerich IV s. 1 ”Dieser Gefahr eines Mißbrauchs der wirtschaftlichen Freiheit soll – neben dem GWB – heute … in erster linie das UWG begegnen, damit sich der Wettbewerb zum Nutzen aller frei und rein (lauter) entfalten kann.”; Mestmäcker II s. 147.

[24] Emmerich IV s. 68–69; Vrt. Baumbach ym. s. 516–521, jossa ilmeisesti tarkoituksella jätetään koko ”Vorfeld-ajattelu” käsittelemättä. Vrt. Schulze Steinen s. 172–173. Tekstissä esitetyin perustein ei Vorfeld-ajattelun soveltaminen ole mikään itsestään selvyys ja tekijän omaksuma kanta on hieman harhaanjohtava.

masta, vaan nämä nojaavat 19 §:ään. GWB 19 § on määräävän aseman väärinkäytön yleisnormi, joka tietyssä määrin pitää sisällään myös 20 §:ssä säädetyt tilanteet. Yhteneväisyys ei tältä osin ole täydellinen, koska 19 § edellyttää selvää määräävää asemaa ja 20 § koskee myös riippuvuus-tilanteita. Kieltonormiksi muuttamisen jälkeen viranomaistoimenpiteitä ei enää vaadita 19 §:n osalta, vaan tähänkin kuten 20 §:ään voidaan suoraan vedota.[25]

GWB [22] §:n nojalla voitiin ainoastaan kieltää määräävän aseman väärinkäyttö. Menettely kohdistui siten ainoastaan tulevaisuuteen, kuten Bechtold huomauttaa. Jo tapahtuneet väärinkäytökset voivat vaikuttaa ratkaisun tekemiseen, mutta niitä ei itsenäisesti käsitellä. GWB 20 §:n osalta ei tällaista estettä ole, joten 19 §:n osalta kannan on oltava sama. Muutos avaa yrityksille lähinnä vahingonkorvausmahdollisuuden, koska kieltotuomio suuntautuu luonteensa mukaisesti tulevaisuuteen. Mikään ei estä muiden GWB:n normien soveltamista määräävässä asemassa olevaan yritykseen, kuten kartellinormeja. Näitä ei tässä tutkimuksessa kuitenkaan käsitellä, koska ne jäävät väärinkäyttö-teeman ulkopuolelle. Yksinoikeussopimuksia tms. koskevaa 16 §:ää ei tässä yhteydessä kuitenkaan voida ohittaa, koska sen avulla voidaan puuttua tilanteisiin, joissa yritys pyrkii varmistamaan määräävää asemaansa tai levittämään sitä toisille markkinoille. Keinona yksinoikeussopimus voi olla hyvinkin tehokas, koska se estää muita yrittäjiä saamasta jalansijaa ko. markkinoille. Näiden sopimusten muita vaikutuksia ei

---

[25] Eroa korosti se, ettei yrityksillä ole katsottu olevan oikeutta vaatia viranomaisten asiaan puuttumista. Ks. oikeuskäytännöstä esim. BKartA 22.4.1960 WuW 3/1961 s. 221 ”Auch im § [22 Abs. 4] GWB ist Marktbeteiligten, die durch mißbräuchliche Ausnutzung einer Marktbeherrschung benachteiligt werden, kein individuelles Recht eingeräumt worden, gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen die Untersagung eines mißbräuchlichen Verhaltens oder die Unwirksamerklärung von Verträgen zu beantragen.” Tältä osin kieltonormiksi muuttaminen on selkeästi vaikuttanut oikeudelliseen tilanteeseen.

GWB 19 §:n sanamuoto on: ”(1) Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten. (2) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen 1. ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen. Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllen. (3) Es wird vermutet, daß ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie 1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen, oder 2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, daß die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten

käsitellä, koska esim. markkinoille pääsyn varmistaminen ko. sopimusten kautta ei liene kohteena oleville yrityksille tarpeellista.[26]

Määräävää asemaa ei Saksan kilpailuoikeudessa yrityskauppakontrollitilanteita lukuunottamatta kielletä, mutta toisaalta sitä ei erityisesti sallitakaan. GWB 19 §:llä ei ole luotu sallittujen määräävien asemien ryhmää, josta poikkeaminen johtaisi viranomaisten puuttumiseen. Normin tarkoitusta ei siten voida johtaa vertaamalla jotain sallittua menettelyä kiellettyyn menettelyyn (nk. Zulassungszweck), vaan se on puhdas taloudellisen vallan väärinkäytön kieltävä normi (nk. Machtmißbrauch). Normin tarkoitusta ei siten voida sulkea tiettyihin jo aiemmin kategorisoituihin menettelyihin (kuten tapahtuisi, jos viranomaiset vain puuttuisivat aiemmin annetun luvan rikkomiseen). GWB 19 § suojaa lähtökohtaisesti kilpailua prosessina, vaikka siitä tehtiin kieltonormi. Muutoksen taustalla oli normin tehostaminen eikä tavoitteena ollut yksilöiden suojan korostaminen tätä pitemmälle. Säädöksellä pyritään estämään liiallisen taloudellisen vallan aiheuttamia vääristymiä markkinoilla, jolloin se – ainakin välillisesti – suojaa tällaisen vallan väärinkäytön kohteeksi joutuneita kilpailijoita, asiakkaita ja myyjiä.[27]

Yrityskauppakontrollin ei Saksassa – kuten EU:ssakaan – katsottu tekevän väärinkäyttökontrollia tarpeettomaksi. Yrityskauppojen valvonta kohdistuu tulevaisuuteen sekä markkinoiden rakenteisiin väärinkäytön kohdistuessa jo olemassa olevan aseman kielteisten seuraamusten estämiseen.[28]

---

lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat. (4) Ein Mißbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen 1. die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt; 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen; 3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, daß der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist; 4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureneinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, daß die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist."

[26] Bechtold s. 166 "Die Untersagung wirkt nur für die Zukunft."
GWB 16 §:n osalta viittaan alla olevaan jaksoon 2.6.

[27] Asiaan liittyvästä keskustelusta (lähinnä 1960- ja 1970-luvuilla) ks. esim. Möschel I s. 148–149, 152 "Knüpft die Mißbrauchaufsicht nach § [22] GWB mithin nicht an spezifische Zulassungszwecke für Marktbeherrschende Unternehmen an, … primär auf Schutz des Wettbewerbsprozesses, auf die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit tatsächlicher und potentieller Marktteilnehmer zielt,…" sekä jakso 2.4 Väärinkäyttö sekä suojanormia koskeva esitys.

[28] Kyseistä seikkaa korostettiin vuoden 1971 hallituksen esityksessä, jossa yrityskauppakontrollin säätämistä ehdotettiin. Ks. BTDr VI/2520 s. 19.

Saksalaiselle lähestymistavalle voidaan pitää kuvaavana sitä, ettei GWB:n määräävän aseman väärinkäyttöön liittyviä normeja ole edes pyritty yhdistämään, vaan nykyinen asetelma on ollut voimassa jo vuodesta 1957. Kartelleja koskevien normien (so. GWB 1 – 12 §§) tavoin myös määräävän aseman osalta normit on jaettu yleislausekkeeseen (GWB 19 §), diskriminointia ja haittaamista koskevaan erityisnormiin (GWB 20 §) sekä yrityskauppoja koskeviin normeihin (GWB 35–43). Jälkimmäiset normit hyödyntävät kaikki 19 §:n määräävän aseman käsitettä. Näitä normeja ei tule irrottaa markkinavoimasta esim. mahdollistamalla pelkkään relatiiviseen markkina-asemaan puuttuminen. GWB 20 §:nkin riippuvuuskäsite nojaa tässä mielessä 19 §:n määritelmään hallitsevasta asemasta.[29]

Normien soveltamista vaikeuttaa myös se, ettei niitä voida soveltaa ylhäisessä yksinäisyydessään, vaan esim. diskriminoinnissa voi olla kyse myös kartellista. Esim. yrityksen myyntijärjestelmän ei tarvitse perustua pelkästään järjestelmän luoneen yrityksen yksipuoliseen menettelyyn, vaan suurten jälleenmyyjien kanssa tehtyihin sopimuksiin, joilla molemmat osapuolet pyrkivät kilpailunrajoittamiseen (=kartelli). Vastaavasti diskriminointinormi voi tulla sovellettavaksi yhdessä lisenssejä tai yksinoikeussopimuksia koskevien GWB:n normien kanssa.

2.1 GWB 19 §:n tarkoitus

GWB 19 §:n tärkein tehtävä on markkinavoiman kontrolloiminen. Tältä osin säädös poikkesi aiemmin enemmän GWB 20 § 1 Abs.'n diskriminointikontrollista, jonka painopiste on selkeämmin yksilön suojan puolella, vaikka tätä kauttakin vaikutetaan markkinavoimia kontrolloivasti. Kieltonormina 19 §:llä pyritään 20 §:n tavoin yksilönkin suojaamiseen, mutta päätarkoituksena on kilpailuinstituution suojaaminen.[30]

Epävarmaa on voidaanko Schmidt'n tavoin kuvata normin tarkoitukseksi yrityksen toimia kontrolloivan kilpailumekanismin korvaamista kartelliviranomaisten kontrollilla. Määräävässä asemassa olevaan yritykseen ei toki kohdistu merkittävää kilpailun painetta mikä on Schmidt'n ajatuksen taustalla. Toisaalta Schmidt'n käyttämä kieli luo kuvan jatkuvasta kontrollista, jolla vain pyritään suojaamaan sekä kilpailijoita että muita markkinaosapuolia. Käytetty termi korjaava ("korrektive") viittaa tarvetta oikaista yritysten menettelyä johonkin suun-

[29] Vrt. esim. EU:n lähestymistapaan EEC-sopimuksen 82 art. osalta; Mestmäcker painottaa hallitsevan aseman merkitystä ja suhtautuu hyvin kielteisesti pyrkimyksiin laajentaa GWB:n kontrollimahdollisuuksia UWG:n normien kautta. Hän painottaa yritysten välisten erojen kuuluvan kilpailuun ja erikokoisten yritysten olevan tyypillisiä samoillakin markkinoilla. Ks. Mestmäcker II s. 144–145.

[30] Emmerich viittaa nimenomaan kilpailun toimivuuteen ja hallitsevan yrityksen toimintamahdollisuuksien kaventamiseen. Kolmansien oikeuksia (näitä ovat niin kilpailijat, asiakkaat kuin loppukuluttajatkin) pyritään turvaamaan näiden toimintavapautta ylläpitämällä. Selvää kantaa yksilönsuoja – instituutionsuoja ei tekijä ota. Ks. Emmerich III s. 177–178.

taan. Jos oikaisulla ei ole selkeää päämäärää, päädytään helposti samankaltaisiin arviointiongelmiin, joita mm. ylihinnoittelussa on syntynyt (so. mihin hintaan ts. yrityksen koko menettelyä verrataan). Itse painottaisin enemmän pyrkimyksiä avata markkinoita kilpailulle erilaisiin markkinoille pääsyn esteisiin puuttumalla.[31]

Emmerich'n käyttämää ilmaisua voidaan pitää Schmidt'n tekstiä onnistuneempana. Emmerich korostaa GWB 19 § pyrittävän markkinavoiman kilpailulle haitallisten vaikutusten torjumiseen. Vertailukohtana on tällöin kulloinenkin käsitys toimivasta, riittävän vapaasta ja oikeudenmukaisesta kilpailusta. Samalla suojataan Schmidt'nkin viittaamalla tavalla toisia markkinaosapuolia ja heidän toimintavapauttaan. Vastaavalla kannalla on Möschel, joka kuitenkin pitää ongelmallisena normin puuttumista pikemminkin "pelin tulokseen" kuin pelaajiin. Möschel viittaa tältä osin esim. hintakontrolliin.[32]

Normin tarkoituksen määrittelyongelma ja keinojen sekä päämäärän väliset ristiriidat johtavat osittain siihen, ettei kilpailuoikeudellinen kontrolli ole tältä osin voinut muodostua kovin tehokkaaksi. Ilman avoimesti rakenteisiin puuttumista (so. monopoliyritysten jakaminen) ei kontrolli parhaimmassakaan tapauksessa voi saavuttaa kuin osan tosiasiallisista väärinkäytöksistä. Schmidt'n kanta on sikäli realistinen, ettei kilpailun "simuloiminen" ole todennäköisesti onnistunut missään väärinkäyttökontrollin kautta. Tuloksena voi olla lähinnä räikeimpien epäkohtien poistaminen dominoivan yrityksen markkina-aseman jäädessä muuten entiselleen. Toisaalta kilpailua ei voi lainkaan syntyä, jos markkinoille pääsyn esteitä ei pureta.

2.2 Markkinoille pääsyn esteiden merkitys GWB 19 §:n kannalta

Markkinoille pääsyn esteet voivat vaikuttaa normin tulkintaan kahdella tavalla. Ensinnäkin itse määräävän aseman määrittelyssä. Tämän aseman saavuttaminenhan edellyttää taloustieteen valossa potentiaalisen kilpailun mahdottomuutta. Muussa tapauksessa yrityksen toimintamahdollisuuksia ei voi pitää kilpailun kontrolloimattomina. Käytännössä potentiaalisen kilpailun ja siten markkinoille pääsyn esteiden merkitys painottuu yrityskauppakontrolliin. Tämä johtuu osittain

[31] Schmidt II s. 239 "Der Schutzzweck des § [22] GWB geht dahin, die fehlende Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch den Wettbewerbals anonymem Kontroll- und Steuerungsmechanismus *durch eine korrektive Mißbrauchaufsicht der Kartellbehörde zu ersetzen*, …"

[32] Emmerich III s. 177 "§ 19 GWB fügt sich damit in den allgemeinen Zweck des Gesetzes ein, den Wettbewerb auf sämtlichen Märkten soweit wie möglich zu schützen."; Möschel'n osalta ks. Immenga ym. II s. 737 "Der entscheidende Punkt liegt darin, daß solche Marktergebniskorrekturen – z. B. Preisherabsetzungen … die marktbeherrschende Stellung sich dadurch stabilisiert – längerfristig zu einem Zielkonflikt mit dem eigentlichen Regelungsanliegen des GWB wie des [22] führen können, nämlich Wettbewerbsprozesse zu befördern."

tarkasteluerosta. Tuleviin markkinarakenteisiin suuntautuvan kontrollin osalta potentiaalisen kilpailun arviointi on yrityskaupan kieltämisen kannalta välttämätöntä. Tietyn jo tapahtuneen tai vielä jatkuvan toiminnan osalta ei vastaavaa välttämättömyyttä ole, ja todisteina voidaan helpommin käyttää saatavilla olevia määreitä, kuten markkinaosuutta tms. Yrityksen hallitseva markkinaosuus, taloudelliset voimavarat tms. tavallaan osoittavat, ettei potentiaalisella kilpailulla ole ollut merkitystä. Lain edellyttämän liikkumavaran todistaminen saattaa näissäkin tapauksissa edellyttää potentiaalisen kilpailun arviointia, jos markkinat on rajattu niin ahtaasti, että osa – käytännössä aktuaalista – kilpailua jää määritelmän ulkopuolelle.[33]

Toinen – edellistä selvästi teoreettisesti kiinnostavampi – markkinoille pääsyn esteiden merkitys on osana väärinkäyttöarviointia. Näkökulma rajautuu kilpailijoiden haittaamiseen, koska asiakkaiden / tavaroiden tms. toimittajien kannalta esteillä ei enää tässä vaiheessa ole merkitystä. Hehän olisivat kääntyneet jonkin toisen yrityksen puoleen, jos sellainen markkinoilla toimisi. Näiden tahojen kannalta kohtuullisen hinnan tai ehtojen jne. arviointi edellyttää oletetun kilpaillun tilanteen määrittelyä eikä potentiaalisen kilpailun luomista. Kilpailijoiden haittaamisen osaltakaan näkökulma ei ole yksityisen potentiaalisen kilpailijan, vaan markkinoiden yleisen avoimena pitämisen.[34]

Tietynasteinen markkinoille pääsyn esteiden korostaminen tapahtui vuoden 1999 lakiuudistuksessa omaksuttaessa essential facilities -doktriini myös Saksaan. Laki vaatii tiettyjen verkkojen ja infrastruktuurin avaamista kilpailijoille kohtuullista korvausta vastaan.[35]

Itse määräävän aseman käsitteeseen ja väärinkäyttöön liittyvän jaon lisäksi markkinoille pääsyn esteiden merkitys voidaan jakaa väärinkäytön pääryhmien mukaisesti. Tällöin korostuu markkinoiden rakenteen avoimena pitämiseen suuntautuneen kilpailijoiden haittaamisen estämiseen pyrkivä kontrolli. Hallitsevan aseman hyödyntäminen asiakkaiden / tavaran tms. toimittajien kustannuksella vaatii edellisestä jossain määrin poikkeavan lähestymistavan. Ensimmäinen tilan-

---

[33] Jickeli pitää markkinoille pääsyn esteitä selkeästi osana väärinkäyttökontrolliinkin liittyvää määräävän aseman arviointia. Ks. Jickeli s. 235; Möschel yhdistää markkinoille pääsyn esteet vain ylivoimaiseen markkina-asemaan. Käytännön eroa ei ajatuksilla liene, koska ”vailla kilpailua” tilanteet rakentunevat esteisiin ja muutoinkin ylivoimainen markkina-asema on ohittanut merkityksessä edelliset tilanteet. Möschel’n kannalta kyse on samanlaisesta kriteeristä kuin muutkin GWB [22 § 1 Abs. 2] mainituista. Lain muutos ei vaikuttanut tilanteeseen, joten Möschel’n kanta lienee entinen. Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. II s. 785–787; Langen ym. III s. 490 ”Da eine Maßnahme nach § [22] fehlenden wesentlichen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Verfügung voraussetzt, muß an sich zukünftiger Wettbewerb außer Betract bleiden”. Tekijöiden kanta poikkeaa ylivoimaisen markkina-aseman osalta jonkin verran Möschel’n omaksumasta. Ks. em. lähde s. 496 ”Der Marktzutritt hebt sich von den übrigen im Gesetz genannten Kriterien insofern ab, als es sich nicht um ein unternehmens-, sondern um ein marktbezogenes Strukturmerkmal handelt.” Käytännön eroa tällä lievällä käsite-erolla ei liene.

[34] Jickeli s. 237.

[35] Ks. tältä osin jakso 2.5.4.

nehan muistuttaa tietyssä määrin yrityskauppakontrollia, jolloin yrityksen menettelyn vaikutuksia tulisi arvioida enemmän tulevan markkinarakenteen kannalta. Jälkimmäinen tilanne vaatii enemmänkin asiakkaiden tms. toimintavaihtoehtojen arviointia (so. lähinnä substituuttien ym. kannalta). Kuten Jickeli huomauttaa, ei GWB:n tältä osin kaksitahoinen päämäärä (rakenteiden avoimuuden ja monopolia vastaavan aseman hyödyntämisen estämisen varmistaminen) ole ongelmaton. Pyrkimällä monopolivoittojen jne. alentamiseen vähennetään samalla tällaisen hinnan potentiaalisille kilpailijoille luomaa kiihoketta.[36]

GWB 19 §:n nojalla voidaan vain kieltää jokin tietyn toiminnan jatkaminen. Se ei pääsääntöisesti mahdollista positiivista puuttumista markkinoille pääsyn esteisiin esim. pakkolisenssioinnin, raaka-ainemarkkinoiden avaamisen tai asiakkaita koskevan informaation paljastamisen kautta. Osittain samaan lopputulokseen voidaan päätyä diskriminointinormin kautta, jos esim. vertikaalisesti integroituneen yrityksen toiminta aiemmilla markkinoilla on jälkimmäisten markkinoiden kilpailijan diskriminointia. Tämä ei kuitenkaan mahdollista yrityksen vain omaan käyttöönsä varaaman raaka-aineen vapauttamista kilpailijoiden käyttöön. Poikkeuksena ovat tietoverkot ja muu välttämätön infrastruktuuri, joihin ulkopuolinen voi saada käyttöoikeuden GWB 19 § 4 Abs. kautta. Kilpailun dynaamisuus ja tekniikan kehityksen kautta syntyvät kiertomahdollisuudet synteettisten materiaalien tms. avulla vähentänevät tämän ongelman merkitystä.

2.3 Markkinat

Saksan oikeuden osalta ei kartelleja koskevassa yleisklausuulissa GWB 1 §:ssä ole mitään määrittelyä markkinoista. Menettelyn on tosin vaikutettava kilpailuun, joka taas edellyttää markkinoiden rajaamista. Tähän johtaa myös vaatimus siitä, että kilpailunrajoituksen on oltava omiaan mm. vaikuttamaan markkinatilanteeseen. Määräävänkään aseman osalta ei määrittelyä ole 19 §:ään otettu, mutta markkinoiden määrittely on tältä osin yleensä tarkempaa (kartelliyritykset ”luovat” omat markkinansa kartellisopimuksella eikä tällaista sopimusta voida pitää järkevänäkään, jos osapuolet eivät usko voivansa vaikuttaa omien markkinoidensa toimintaan). Määräävä asema kohdistuu aina joihinkin markkinoihin.[37]

Emmerich pitää periaatteessa käsitystä määräävän aseman sitomisesta markkinoihin ”harhana”. Pyrkimyksenä on pikemminkin tiettyjen kilpailijoiden rajaaminen tarkastelun ulkopuolelle kuin jonkin todellisuudessa olemassa olevan markkinan selvittäminen. Emmerich toteaa itsekin jonkinlaisen rajauksen välttämättömyyden. Hänen omaksumansa markkinatalouden lähtökohta, jonka mukaan kaik-

[36] Jickeli s. 237–238. Tekijä katsoo markkinavastapuolen riiston estämiseen tähtäävän kontrollin sopivan vain sellaisiin tilanteisiin, joissa markkinoille pääsyn esteet ovat merkittäviä.
[37] Rinck s. 246–247, 249–250.

ki tuotteet kilpailisivat sekä investoinneista että kuluttajien ostovoimasta ei johda mihinkään normatiivisesti soveltamiskelpoiseen ratkaisuun. Emmerich'n kritiikin voi ehkä katsoa suuntautuvan lähinnä markkinoiden määrittelyn epämääräisyyteen ja sinänsä oikeaan ajatukseen siitä, että kuluttaja voi ostotilanteessa valita esim. meetvurstin ja kosmetiikan välillä päätyen ehkä halvemman makkaran ja kosmetiikan yhdistelmään. Kilpailun tarkoituksesta lähdettäessä tuotteiden valmistajat tms. kilpailevat kuitenkin jostain tietyistä markkinoista (tuskin esim. Microsoft ajattelee tuotteidensa kilpailevan leipien kanssa), joten tätä kauttakin palaudutaan aina markkinoiden rajaamiseen.[38]

Rittner katsoo, ettei yritys voi ilman jonkinlaista markkinayhteyttä olla hallitsevassa asemassa. Tähän viittaa lain sanamuoto "tiettyjen tuotteiden tai palveluiden" (bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen). Markkinayhteysvaatimuksesta on seurannut tarve määritellä relevantit markkinat. Rittner ei pidä tätä johtopäätöstä ongelmattomana, koska markkinoiden keskinäisen riippuvuuden takia selvän ja varman staattisen markkina-arvion tekeminen on yleensä vaikeaa. Rittner painottaisi enemmän tosiasiallisia kilpailuolosuhteita, jolloin yritys on määräävässä asemassa, jos siihen ei tarkasteluajankohtana kohdistu kilpailua. Ajallisesti ratkaisu riippuu siitä normista, jonka perusteella yrityksen toimintaan halutaan puuttua. Rittner'n ajatusten etuna on se, että tietyt väärinkäyttömuotoja (diskriminointia, markkinoille pääsyn estämistä) ja yrityskauppakontrollia voitaisiin tarkastella erilaisten kilpailuolosuhteiden valossa. Todellista eroa relevanttien markkinoiden konseptiin on hankala todeta, koska ei tässäkään mallissa tarvitse määritellä markkinoita samalla tavoin. Käytännössä todelliset markkina-olosuhteet joudutaan toteamaan samojen seikkojen perusteella kuin relevantit markkinatkin![39]

Kerber lähtisi markkina-arviossa enemmän voimassa olevan hintatason ja tulevan kehityksen huomioimisesta. Edellisen osalta perusteluna on se, että arvioitaessa myyjän tai ostajan vaihtoehtoa on aina lähdettävä vallitsevasta hintatasosta. Kerber on sikäli oikeassa, että hyvän hinnan tuotteestaan saavan yrityksen kannalta on toki epäedullista myydä tuotetta seuraavalle halukkaalle, jos tämä ei maksa siitä läheskään yhtä paljon. Ostajatkin siirtyvät korvaaviin tuotteisiin, jos nämä ovat heille edullisempia. Kerber'n lähtökohta ei tältä osin tunnu olevan lainkaan tuote, vaan enemmänkin yleisempi markkinasidonnaisuus. Jos tuotteet ovat eri ominaisuuksiensa perusteella (mukaan lukien hintataso, laatu tms.) toistensa substituutteja, ei mikään estä niiden lukemista samoille markkinoille. Jos hintatason sekä tietyssä määrin laadun perusteella ryhmä periaatteessa samaan tarkoi-

---

[38] Emmerich II s. 233–234; samoin myöhemmässä painoksessa. Ks. Emmerich III s. 178–179 "Die Notwendigkeit zu solcher Neuorientierung ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, daß die von den Anhängern des Marktmachtkonzepts immer wieder behauptete Exaktheit der Marktabgrenzung und der Ermittlung des Monopolgrades auf den so abgegrenzten Märkten weithin nur vorgetäuscht ist, weil in Wirklichkeit die meisten Märkten nahezu ununterscheidbar ineinander übergehen."

[39] Rittner III s. 277–278.

tukseen käyviä tuotteita eroaa muista ”luksusominaisuutensa” takia, voivat ne muodostaa omat markkinansa, vaikka syynä olisi Kerber’n tarkoittama hintamanipulointi. Pelkkä hinnoittelun epäonnistuminen ei voi johtaa tuotteen lukemiseen omikse markkinoikseen. Tavanomaisen tuotteen hinnan ylenmääräinen nostaminen on siten lähinnä yrittäjän virhearviointi eikä oikeuta pitämään tätä tuotetta omana ”luksusmarkkinanaan”. Väärinkäyttökontrollin välttäminen markkinaosuutta pienentämällä em. kaltaisella hinnankorotuksella on yritykselle kovin kallis menetelmä, koska viranomaisten tai kilpailijoiden reaktioita ei voida etukäteen ennustaa ja todennäköisin seuraus olisi markkinaosuuden romahtaminen ilman vastaavia tuloja.[40]

Markkinat jaetaan Saksassakin lähtökohtaisesti tuote-, alue- ja aikakohtaisesti. Joissain tapauksissa on erotettava eri tuotannontasotkin toisistaan. Tukkuliike voi siten toimia ostajana valmistajilta tukkukauppoihin suuntautuvilla markkinoilla ja myyjänä jälleenmyyjille suuntautuvilla markkinoilla. Rajausta ei voida pitää perusteltuna tilanteessa, jossa valmistajan luoma myyntijärjestelmä ei jätä tukkukaupalle varsinaista itsenäistä päätäntävaltaa toimitusmääristä ja -ehdoista.[41]

Markkinoita ei tavallisesti voida arvioida yksiselitteisesti koko lain osalta, vaan jokainen tapaus ratkaistaan kyseessä olevan normin tarkoituksen mukaan. Yrityskaupan markkina-arviointi suuntautuu tulevaisuuteen ja fuusion vaikutukseen sillä syntyviin markkinoihin. Väärinkäytön ja kartellien osalta painopiste on nykytilanteessa. Tulevaisuudessa odotettavissa olevia muutoksia ei kuitenkaan saa jättää huomioimatta, vaan ne täytyy ottaa mukaan joko markkina-, määräävä asema tai väärinkäyttöarviointiin. Muussa tapauksessa saatetaan kieltää väärinkäyttönä menettely, jolla olisi hyödyllisiä vaikutuksia tulevaisuudessa (so. kyseessä ei olekaan väärinkäyttö, vaan kilpailun ilmentymä). Kartellien osalta keskitytään sopimuksella luotaviin markkinoihin, kun määräävä asema on yhden tai muutaman yrityksen hallintaa joistain markkinoista.[42]

---

[40] Kerber s. 509 ”Geht man davon aus, daß die Nachfrager um so stärker abwandern, je höher der Preis ist, so kännte ein Anbieter gerade durch das Setzen hoher Preise bewirken, …, so daß mehr andere Produkte in den relevanten Markt miteinbezogen werden, wodurch der Marktanteil dieses Anbieters und damit auch die Gefahr, als marktbeherrschend diagnostiziert zu werden, sinkt.”

Vaikka hylkäänkin Kerber’n ajatuksen väärinkäyttökontrollin osalta, saattaa sillä olla merkitystä yrityskauppakontrolliarvioinnissa. Yrityksethän saattaisivat johdonmukaisilla hinnan korotuksilla ennen fuusiota laskea markkinaosuuksiaan saadakseen yrityskaupan läpi. Tämä on kuitenkin lähinnä teoreettinen vaihtoehto ja jää aiheen ulkopuolisena vaille laajempaa tarkastelua.

[41] Emmerich II s. 234 ”Als Markt bezeichnet man in der Theorie den idealen Ort, wo Angebot und Nachfrage zusammentreffen, …. Dieser ideale Ort hat eine sachliche, eine räumliche und (in Ausnahmefällen) eine zeitliche Dimension.”

[42] Normikohtaista tulkintaa painottaa Gamm II s. 648–652.

2.3.1 Tuotekohtaiset markkinat

Tuotekohtaiset markkinat määräytyvät kysynnän pohjalta. Vain ne tuotteet kuuluvat samoihin markkinoihin, jotka ovat ostajien kannalta samanlaisia. Arviointi tehdään periaatteessa välittömän ostajan arvioinnin perusteella. Tähän voi kuitenkin välillisesti vaikuttaa loppukäyttäjienkin kanta (jälleenmyyjän mielestä esim. tietyt luksusluokan tuotteet ovat samanarvoisia, koska hänen asiakkaansa odottavat tämän tason tuotteita olevan myytävänä). Rajaus ei ole sidoksissa mihinkään tilastolliseen tms. määritelmään, vaan se tehdään tapauskohtaisesti.[43]

Monopolikomissio on jakanut markkinat periaatteessa kahteen osaan. Tiukasti rajattuihin relevantteihin markkinoihin kuuluvat vain ne tuotteet, jotka ovat ostajan kannalta lyhyessä ajassa keskenään vaihdettavia. Lähimarkkinoihin (marktnahen Bereich) kuuluvat ostajan kannalta pitemmässä ajanjaksossa keskenään vaihdettavat tuotteet; tuotantoa muuttavien valmistajien tuotteet (eli potentiaalinen kilpailu); sekä sellaiset tuotteet, joiden tarjoaminen yhdessä relevantin tuotteen kanssa voi olla ostajien / myyjien kannalta edullista (esim. kustannussäästöjen takia). Tuotannon muuttamismahdollisuuteen vaikuttaa mm se, onko potentiaalisen kilpailijan hallussa tarvittava teknologia ja onko se riittävän tunnettu ”potentiaalisillakin” markkinoilla.[44]

Monopolikomissio pitää periaatteellisesti samoille markkinoille kuuluvana tuotteita, jos pienikin suorituksen heikentäminen (so. hinnan, laadun tms. muutos) johtaa merkittävään asiakassiirtymään yritykseltä toiselle (eli kysynnän hintajousto). Lähes samaan hengenvetoon todetaan, etteivät kilpailuviranomaiset voi suorittaa mitään ekonometrisiä laskelmia, vaan heidän on tyydyttävä nyrkkisääntöihin ja markkinaosapuolille tehtäviin kyselyihin sekä markkinoista tehtyihin havaintoihin. Eräänlaisena apukäsitteenä voidaan käyttää ”ymmärtäväistä” (verständigen) ostajaa, minkä komissio ei usko sopivan kaikkiin tilanteisiin. Tätä apukäsitettä ei yleensä mitenkään määritellä, mutta sen tarkoitus lienee sulkea arvioinnista pois ne ostajat, jotka ostaisivat vain tuotetta x täysin sen hinnasta riippumatta. Jos selkeän pääosan mielestä tuote x on ainoa kelvollinen, ei tässä tilanteessa ”hinnalla millä hyvänsä” ostajia voi pitää ei-ymmärtäväisinä.[45]

Kuluttajien näkökulmaan sidottu tarkastelu johtaa siihen, että sisällöllisesti täysin sama tuote voi eri pakkauksissa kuulua eri markkinoihin. Esimerkkeinä käytetään yleensä tuotteita, joita myydään sekä teollisuus (so. jättikokoisissa) että

---

[43] Emmerich III s. 179 ”… das sog. Bedarfsmarktkonzept durchgesetzt, das auf die Sicht der *Marktgegenseite* abstellt und allein prüft, welche Güter und Leistungen aus deren Sicht *austauschbar* sind. (kursiivi alkup. tekstissä); Langen ym. II s. 515, 517.

[44] Hauptgutachten 1982/1983 s. 195–196, potentiaalisen kilpailun osalta komissio erottaa toisistaan eri nopeudella / kustannuksilla käyttöön saatavan potentiaalisen tuotannon merkityksen. Ks. em. lähde s. 201.

[45] Hauptgutachten 1982/1983 s. 198–199, hintajoustojen osalta komissio toteaa näiden käyttämisen edellyttävän myös markkinoille pääsyn esteiden selvittämistä. Ks. em. lähde s. 199–200; samansuuntaisesti Möschel. Hänkään ei määrittele ”ymmärtäväistä” ostajaa. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 747, 749; samoin Langen ym. II s. 515–516.

perhekäyttöön. Erillisiin osamarkkinoihin (”Teilmärkten”) voidaan päätyä niissäkin tapauksissa, joissa mitään varsinaista eroa tuotteessa ei ole (edes pakkauksen tms. osalta), mutta sitä myydään selvästi eri tarkoituksiin. Tällöin edellytyksenä on se, että tuotteesta voidaan vaatia pitemmän ajanjakson aikana toisistaan poikkeavia hintoja käyttäjäryhmien mukaisesti. Varsinkin nk. luksustuotteiden osalta ollaan päädytty markkinoiden määrittelyyn hintaryhmien perusteella, jolloin kalliimmalla hinnalla myytävällä tuotteella on omat erilliset markkinansa. Kuten Emmerich huomauttaa, erottelu voi johtua jopa täysin psykologisista eroista – toisen tuotteen vain koetaan kuuluvan eri ryhmään. Vastaavasti tuotteet voivat kuulua samoille markkinoille, vaikka niillä ei mitään tosiasiallista yhteyttä olisikaan. Esimerkkinä käytetään erilaisia lääkeaineita, joiden kanssa voi kilpailla nk. luontaislääke. Tällä lääkkeellä ei tarvitse olla mitään väitettyjä parantavia ominaisuuksia, kunhan kuluttajat vain uskovat niitä olevan.[46]

Markkinoiden rajaamisella pyritään niillä vallitsevien kilpailuolosuhteiden selvittämiseen. Kysyntään perustuvaa arviointia ei siten saa kohottaa yksinomaiseksi. BKartA totesi pesuaineita valmistavien yritysten reagoivan toistensa menettelytapoihin riippumatta siitä, valmistivatko ne jälleenmyyjien tavaramerkeillä myytäviä (kuten Pirkka Suomessa) vai omia merkkituotteitaan. Molempien toiminta oli samanlaisen ”markkinaprosessin” kohteena, vaikka kuluttajat eivät tuotteita täysin samanlaisina pitäneetkään. Ne kuuluivat siten samoille markkinoille.[47]

Eri markkinoihin kuuluvat sellaiset tuotteet, joiden käyttö ei suo ostajalle samaa hyötyä (tai jälleenmyyjälle tms. samaa voittoa) kuin tarkastelun kohteena oleva tuote. Tuotteet eivät kilpaile keskenään silloinkaan, kun tuotteen vaihtamisesta seuraisi taloudellisia menetyksiä ostajalle.[48]

---

[46] Hauptgutachten 1982/1983 s. 199 ”Verbraucher verhalten sich in ihren Konsumentscheidungen nur begrenzt rational. Sie entwickeln Konsumewohnheiten, deren Veränderung mit *psychischen Anpassungslasten* verbunden sein kann.”, 200 (osamarkkinoiden osalta); Emmerich III s. 180 ”Zu demselben Markt werden infolgedessen nur solche Güter und Leistungen gerechnet, die *”marktgleichwertig”* sind, weil die Nachfrager zwischen ihnen ohne große Überlegungen und ohne Anpassungslasten wählen können. Wo immer hingegen die Nachfrager technisch, sachlich oder auch nur psychisch bedingte Hemmschwellen überwinden müssen, …, können die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht mehr zum selben Markt gerechnet werden.”; Langen II s. 516 (kursivointi alkup. tekstissä).

[47] Tapauksen osalta ks. WuW 1/2000 s. 66–67.

[48] Hauptgutachten 1982/1983 s. 198–199. Komissio käyttää alemmasta hyödystä esimerkkinä tuoteparia voi – margariini; kuluja aiheuttavasta tilanteesta siirtyminen toisen energian lähteen käyttöön; samoin Immenga ym. II s. 750.

Oikeuskäytännössä OLG Stuttgart rajasi tuote- ja aluemarkkinat varsin tiukasti ostajan mahdollisuuksien mukaan ”Nagold” -tapauksessa 24.10.1997. Kyse oli rekisterilaattoja valmistavan (kirjaimellisesti ”leimaavan” = Prägung) yrityksen vuokrasopimuksesta. Oikeus piti relevantteina markkinoina tällaiseen tarkoitukseen sopivia tiloja ajoneuvojen hyväksymispisteen (Zulassungsstelle) läheisyydessä. Rajaus tuntuu ainakin Suomen markkinoiden näkökulmasta tiukalta, koska rekisterilaattoja voidaan kuljettaa paikasta toiseen ilman suuria kustannuksia. Mikäli asiakkaat käytännössä tilaavat kilvet vain hyväksymispisteen läheisyydestä, on rajaus toki oikea. Tapauksesta on valitettu. Ks. WuW 3/1998 s. 278–280. Vrt. OLG Frankfurt am Main 9.9.1997, jossa markkinarajaus sivuutettiin, koska kantajaa ei oltu kohtuuttomasti haitattu. Oikeus oli silti valmis pitämään vuokranantajaa määräävässä asemassa olevana (eli markkinat olisi rajattu em. ratkaisun mukaisesti). Ks. WuW 3/1998 s. 286.

Möschel ei katso erilaisten tuotejärjestelmien kuuluvan samoille markkinoille, vaikka ne olisi tarkoitettu saman tarpeen tyydyttämiseen. Möschel käyttää esimerkkinä tamponien ja siteiden eroja. Niitä käytetään samaan päämäärään, mutta ne eivät ole ostajien kannalta helposti vaihdettavissa.[49]

Ostajan kantaa ei voida pitää yksinomaan ratkaisevana sellaisissa tapauksissa, joissa tuottaja pystyy mukauttamaan tuotantonsa eri kuluttajien tarpeiden mukaan. Arkkitehdit kilpailevat siten keskenään, vaikka yksittäinen piirustus ei olisi toisen ostajan kannalta lainkaan hyväksyttävä vaihtoehto. Vastaavasti erilaisia pienosia, varaosia, lisätarvikkeita ei voida erotella jokaisen ostajaryhmän tarpeiden mukaan, jos eri standardien mukaisia osia pystytään vaivatta tuottamaan samassa tehtaassa. Eri markkinoihin kuuluvista tuotteista on tällöin kyse vasta silloin, kun tuotteilla koetaan olevan sellainen toiminnallinen tai laatuero, etteivät ne enää ole ostajan mielestä samanarvoisia. Langen ym. huomauttavat tältä osin osuvasti näiden tuotteiden kuuluvan samoille markkinoille niin kauan kuin niiden välillä vallitsee selvä kilpailusuhde. Jos tuote suuntautuu selvästi eri markkinoille ja tämä vastaa ostajienkin käsitystä, ei kilpailusuhdetta enää ole.[50]

Vähittäis-, tukku- ja tavaratalokaupan markkinoiden arviointi voi aiheuttaa ongelmia. Tulisiko tältä osin lähteä pikemminkin tuoteryhmistä, jotka selvästi eri käyttötarkoituksista huolimatta kilpailisivat samoista markkinoista? Tätä ajatusta puoltaa se, että yksittäinen kuluttaja yleensä odottaa saavansa tietyt tuotteet juuri näistä kaupoista. Arvioinnissa olisi tällöin mukana lähinnä ruoka- ja nautinto- sekä pesu- ja puhdistusaineet tai esim. kodinkoneet ja viihde-elektroniikka tämän alan liikkeissä. Tulkinnalla voi olla merkitystä varsinkin GWB 20 § mukaista riippuvuutta arvioitaessa. Monopolikomissio torjui ajatuksen vuonna 1984, koska sen mielestä kuluttajaryhmien mieltymykset poikkeavat toisistaan eikä muiden kauppojen merkitystä voinut pitää poissuljettuna. Komissio oletti kuluttajien käyttävän pieniä erikoisliikkeitä silloin, kun ne ovat suuremman marketin läheisyydessä. Komission ilmaiseman kannan mukaisesti ratkaisu tulisi tehdä tuoteryhmien perusteella. Ongelma liittyy vain elintarvikkeisiin, koska muita tuotteita ei osteta samalla tavoin ”ostoskoreina”. Kodinkoneiden tms. osalta on siten aina lähdettävä ko. tuotteen markkinoista.[51]

---

[49] Immenga ym. II s. 749.

[50] Langen ym. II s. 520–521.

[51] Emmerich ulottaa tuotevalikoimamarkkinat viihde-elektroniikkaankin, koska kuluttaja olettaa näistä liikkeistä löytävänsä kaikki haluamansa alan tuotteet (so. televisiot, videot, cd-soittimet kuuluvat tästä lähtökohdasta samoille markkinoille). Ks. Emmerich II s. 238; vrt. Emmerich III s. 182, jossa tekijän kanta on epäselvempi (lähinnä viitataan oikeuskäytännön epävarmuuteen); Langen ym. kannattavat selkeästi ko. tuotteiden lukemista samoihin markkinoihin pitäen eri tuotteiden erottelua mahdottomana. Ks. Langen ym. II s. 521; Vrt. Hauptgutachten 1982/1983 s. 205; Komissio toisti kantansa vuosina 1985 ja 1988 painottaen tuotemarkkinoiden arviointia tuoteryhmien perusteella. Ks. tältä osin Sondergutachten 14 s. 62–63 sekä Hauptgutachten 1986/1987 s. 200; Vrt. Immenga ym. II s. 748, jossa Möschel katsoo mielipide-erojen vaikutuksen jäävän vähäiseksi, jos kysyntämarkkinakonseptin asema pelkkänä apuvälineenä tunnustetaan.

Tuoteryhmäongelman ratkaisu kuluttajiin nähden ei poista arviointiongelmaa suhteessa tuottajiin. Tuottajathan eivät tarjoa kaupoille mitään tuoteryhmää vaan lähinnä yksittäisiä tuotteita. Tästä näkökulmasta ei tukkukauppoja, suuria vähittäiskauppaketjuja tms. voi pitää määräävässä asemassa olevana oligopolina koko elintarvikemarkkinoiden tai ko. kaupan tyypillisen valikoiman suhteen, vaan edelleenkin on selvitettävä tuotekohtainen vaikutus.[52]

Markkinarajauksen arviointi on vaihdellut oikeuskäytännössä. Alemmat asteet pitivät matkatoimistojen harjoittamaa matkojen välitysmarkkinointia omina, vain tätä toimintaa hoitavien yritysten markkinoina. BGH:n mielestä päätöksessä ei ollut perusteltu miksei esim. tavaratalojen matkaosastoja luettu mukaan samoihin markkinoihin, vaikka näiden tarjoaman tuotteen pitäisi olla täysin verrattavissa matkatoimistojen tarjoamaan. Juttu palautettiin tällä perusteella. Arvioinnin lähtökohtana oli siten nimenomaan se minkälainen tuote oli ostajien kannalta. Alempien oikeusasteiden olisi siten pitänyt pohtia millä perusteella tuote eroaa ostajien kannalta matkatoimiston tarjoamana esim. tavaratalojen tarjoamista. Toisessa tapauksessa KG katsoi, että tietyn alueen paikallislehdet muodostavat omat markkinansa, koska kuluttajat eivät rinnastaneet niitä ja laajemmalla alueella ilmestyviä lehtiä sekä kadulla myytäviä (ts. iltapäivälehtiä) keskenään. Tapauksessa erotettiin lukijamarkkinoista ilmoitusmarkkinat, joita valittaja myös hallitsi.[53]

Varsin tiukkaa markkinarajausta kuvaa KG:n kanta Märklin-jutussa. Tässä tapauksessa pienoisrautateiden katsottiin muodostavan omat muista lelujen markkinoista erilliset markkinansa. Kuluttajien kannalta ei tuotetta pidetty samanarvoisena kuin muita leluja, vaikka jotkut kuluttajat saattavatkin näin ajatella. Rajausta voidaan pitää ainakin osittain perusteltuna. Pienoisrautatietä pidetään tyypillisesti aikuisten ja ”isä-poika” -harrastuksena. Sitä ei voida rinnastaa esim. peleihin, erilaisiin figuureihin tms. Päätöksessä ei pohdittu sitä, olisiko autoratoja tai koottavia pienoismalleja voitu pitää samoihin markkinoihin kuuluvina. Edelliseenhän sisältyy samantapaista kokoamista ja ajoa kuin pienoisrautateihinkin. Jälkimmäiset kysyvät tietynasteista kädentaitoa ja niitä myös käytetään pienoisrautateiden maisemoinnissa.[54]

---

[52] Emmerich katsoo tarjonnan jakautuvan tuoteryhmiin eikä kokonaisvalikoimaan. Kysymystä on silti pidettävä avoimena, koska Bundeskartellamt pyrkii pitämään kiinni ”valikoimamarkkinat” kannastaan. Ks. Emmerich II s. 238–239.

[53] WuW 3/1991 s. 233 ”…nicht funktionell austauschbar sein solle, 234 (BGH 25.9.1990); WuW 10/1991 s. 838–839 (KG 13.2.1991).

[54] KG 4.2.1985 WuW 11/1985 s. 898 ”Mag auch der Spielwarenhändler im Einzelfall den Kunden veranlassen, anstelle einer Modelleisenbahn ein anderes Spielzeug zu kaufen, so bestimmen doch das Nachfrageverhalten der Kunden und deren Vorstellungen die Sicht des Händlers über die Austauschbarkeit von elektrisch betriebenen Modelleisenbahnen und dem übrigen Spielzeug. Da eine derartige Austauschbarkeit aus der Sicht der Verbraucher aber nicht besteht, entfällt sie auch für den Händler”.

2.3.2 Alueelliset markkinat

Saksan kilpailuoikeusnormeja sovelletaan alueellisesti Saksan liittotasavallan alueella. Lakia sovelletaan kuitenkin myös ulkomaisiin kilpailunrajoituksiin, jotka vaikuttavat sen alueella. Viennin rajoittaminen voi olla vapautettu kilpailunrajoituslainsäädännöstä, jos rajoituksilla ei ole em. vaikutusta. Määräävän aseman osalta on aina huomiotava myös ulkomaisen kilpailun vaikutus. Saksassakin on lähdetty siitä, ettei markkinoiden tarvitse käsittää koko maan aluetta, vaan esimerkiksi sementin osalta katsottiin riittäväksi muutaman liittovaltion alue. Rajaus tehtiin lähinnä kuljetuskustannusten perusteella.[55]

Markkinat voidaan määritellä Saksan aluetta laajemmiksikin, jos kilpailu toimii esim. eurooppalaisella tai maailmanlaajuisella tasolla. Tällöin lähtökohtana on muissa maissa toimivien yritysten vaikutus Saksan kilpailuolosuhteisiin.

Määräävän aseman osalta maantieteellisten markkinoiden arviointi ei ole ollut ongelmallista väärinkäyttötapauksissa. Yrityksen väärinkäyttöähän tutkitaan yleensä jälkikäteen, jolloin tutkimus voidaan rajata siihen alueeseen, jossa se tapahtui. Muiden alueiden markkinatilanne ja tätä kautta myös potentiaalinen kilpailu jää taustalle. Jotta yrityksen toimintaan kuitenkin voitaisiin puuttua, on sillä oltava määräävä asema tietyillä alueellisilla markkinoilla.[56]

Monopolikomissio piti mahdollisena rajata markkinat yritysten omien toimien mukaan väärinkäyttötilanteessa. Polttoainemarkkinoiden osalta eräänä rajauskriteerinä toimivat saman ketjun eri huoltamoiden väliset hintaerot. Komissio piti tätä verrattain varmana osoituksena alueellisten markkinoiden rajasta. Kuluttajien mahdollisuus ostaa tuotetta oli toki eräs arviointiperuste, mutta bensiinin kaltaisen homogenisen tuotteen osalta kuluttajien ei kannattanut hakea tuotetta kovin kaukaa hinnan vaihdellessa korkeintaan muutaman pennin litralta. Tämäkin tuki huoltamoiden omaan toimintaan perustuvaa arviota, koska huoltamot reagoivat todennäköisesti vain lähialueen hintamuutoksiin. Näkökulma sivuuttaa kokonaan ketjuuntumismahdollisuuden sekä sattumanvaraisen hintayhteyden. Kustannusten ja kysynnän ollessa samankaltaisia saattaa polttoaineen hinta asettua samalle tasolle vierekkäisillä markkina-alueilla, vaikka alueen toisesta laidasta ei miten-kään kannattaisi tulla toisella alueelle polttoaineen hankinnan takia.[57]

---

[55] Rinck s. 261; Rittner III s. 164–165, 167 ”Auslandsmärkte, mögen sie in casu auch eine noch so große Rolle spielen, werden jedoch grundsätzlich nicht berücksichtigt … Für die §§ 19 ff und für die Zusammenschlußkontrolle stellt § 19 Abs. 2 Nr 2 GWB nunmehr klar, daß auch der Wettbewerb ’*außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes* zu berücksichtigen ist.” (kursiivi alkup. tekstissä) Tässä työssä ei ole tarkoitus tutkia effects doctriinia tarkemmin, joten sen soveltamiseen Saksan osaltakaan ei oteta laajemmin kantaa.

[56] Ongelmattomana tilannetta pitää mm. Möschel II s. 304.

[57] Hauptgutachten 1990/1991 s. 243–244 ”Für die räumliche Marktabgrenzung bedeutet dies, daß Preisunterschiede zwischen Tankstellen eines Mineralölkonzerns ein vergleichsweise sicheres Indiz für den Verlauf einer Grenze zwischen regionalen Märkten darstellen.”

Määrittely voi aiheuttaa ongelmia esim. markkinoiden ketjuuntumistapauksissa, joissa yritykseen kohdistuu toisaalla kilpailupainetta ja sen väitetään toisaalla olevan määräävässä asemassa. Arvostelua ei saisi tehdä ottamatta kokonaistilannetta huomioon, koska yritys tuskin voi toimia kilpailijoistaan riippumatta, jos kilpailua on selvästi olemassa! Muussa tapauksessa voidaan päätyä tarkastelemaan ongelmaa liikaa väitetyn väärinkäytön kohteena olevan yrityksen kannalta. Saksassa on GWB 20 §:ssä hyväksytty ”ylivertainen markkina-asema”, jolloin suoranaista määräävää asemaa ei edes vaadita, vaan ainoastaan yrityksen ja väärinkäytön kohteen välistä tietyn asteista riippuvuutta. Tällöin yritys ei voi puolustautua muualta tulevan kilpailun paineella, jos se kuitenkin esim. diskriminoi jotain yritystä. Riippuvuus ei poista vaaraa kohdeyrityksen liiallisesta suosimisesta, vaan ohjannee sen enemmän juuri näihin tapauksiin.

2.3.3 Ajalliset markkinat

Määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta voidaan kieltää ainoastaan siltä osin kuin on kysymys tästä asemasta. Möschel painottaa, etteivät kilpailuviranomaiset voi kohdistaa päätöstään pitemmälle aikajaksolle kuin mitä hallitseva asema koskee eli yrityksen on oltava ko. asemassa kun sen toimiin puututaan. Ohimenevän markkinavoiman kontrolli ei siten olisi mahdollista. Aiemman GWB 22 §:n osalta tilanne oli selvä, koska sen avulla voitiin puuttua vain yrityksen tulevaan toimintaan eikä kyse ole varsinaisesti aiemman menettelyn ”rankaisemisesta”. Kieltonormien osalta tilanne on toinen. GWB 19 § kieltää hallitsevan aseman väärinkäytön ja GWB 20 § kieltää haittaamisen ja diskriminoinnin. Nämä säädökset antavat menettelyn joutuneelle yritykselle oman oikeuden saada korvausta, suorituksen tms. Näissä tilanteissa jo päättyneeseenkin hallitsevaan asemaan puuttuminen voisi olla mielekästä. Tiedossani ei ole käytännön tapausta, jossa näin olisi selkeästi toimittu (so. puututtu aiempaan riippuvuuteen). Ajallisten markkinoiden määrittäminen on kuitenkin tarpeen silloin, kun selviä ajallisia eroja on olemassa johtuen tuotteesta tai kysynnässä tapahtuneista poikkeuksellisista vaihteluista. Kevätmessujen järjestäjä on siten määräävässä asemassa ainoastaan näyttelyn pitoaikana. Näissä tapauksissa markkinoita ei varsinaisesti edes ole kuin kyseisenä ajankohtana.[58]

---

[58] Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. II s. 767 sekä Möschel II s. 305. Samaa kantaa edustaa Müller-Uri s. 211–212. Kaikkien teosten osalta voidaan todeta ongelmalle uhratun lähinnä kappaleen mittaisen tilan (so. kysymystä ei ole koettu kovin merkitykselliseksi). Emmerich painottaa ongelman rajautuvan ohimenevien olosuhteiden aiheuttamaan ohimenevään markkinavoimaan. Ks. Emmerich III s. 184.

Ruppelt on katsonut nykyisenkin 19 §:n edellyttävän määräävän aseman olemassa oloa ratkaisuhetkellä perustaen kantansa aiempaan lakiin! Ks. tältä osin Langen ym. IV s. 517 ”Die marktbeherrschende Stellung muß zu dem Zeitpunkt bestehen, zu dem die Behörde eine Verfügung nach § 22 Abs. 5 a.F trifft bzw. das Beschwerdegericht eine solche Verfügung bestätigt. …Weitergehende Notwendigkeiten, den relevanten Markt zeitlich abzugrenzen, bestehen im allg. nicht.”

Rittner pitää markkinoiden ajallista komponenttia vaikeasti määritettävänä. Edes selvästi muutostilassa olevia markkinoita ei voida jättää tarkastelun ulkopuolelle, vaikka niiden vaikutus käytännössä huomioidaan potentiaalisen kilpailun kautta. Muutoin kysymys on yleisesti ottaen markkinoille pääsyn edellytysten tarkastelusta. Toisaalta Rittner katsoo keskipitkien markkinamuutosten olevan liian epäselviä, jotta niitä voitaisiin käyttää tarkastelun pohjana. Tekijän kanta jättää varsin avoimeksi, miten hän tosiasiassa arvioisi tilanteen. Viittaus markkinoille pääsyn esteisiin on mielenkiintoinen, koska lähtökohtana voitaisiin pitää markkinoita prosessina. Tällöin ajallisten markkinoiden merkitys korostuisi nykyisestään. Joka tapauksessa Rittner katsoo, ettei ajallista markkinamääritystä tule sivuuttaa.[59]

Ungern-Sternberg on artikkelissaan kritisoinut Möschel'n omaksumaa kantaa. Ajallisen määräävän aseman johtuessa kysynnän voimakkaasta kasvusta, ei hänen mukaansa ole kysymys väärinkäytöstä, vaan hintojen normaalista reaktiosta kysynnän kasvuun. Erilaisten messujenkin osalta tulisi tältä osin arvioida niiden keskinäistä kilpailua, eikä tarkastelulähtökohtana saisi ainakaan olla yksittäisten messujen hinnan korotus. Kilpailuviranomaisten reaktio voi tällöin johtaa kilpailun antamien virikkeiden vääristymiseen, koska hintatason keinotekoinen alentaminen johtaa pienempiin voittoihin ja tätä kautta vähäisempään investointihalukkuuteen. Lisäinvestoinnithan nostaisivat kapasiteettiä seuraavan kysyntäpiikin sattuessa ja pitäisivät tällöin hintatasoakin alempana. Ungern-Sternberg katsoo hinnankorotusten kieltäjien lähtevän väärästä voittokäsitteestä eli kirjanpidollisista voitoista. Hänen mukaansa tilanne ei ole sama arvioitaessa kysymystä taloustieteellisen voiton kautta.[60]

Bechtold pitää kysymystä markkinoiden ajallisesta rajaamisesta pikemminkin osoituksena tuotekohtaisen rajauksen ongelmista kuin itsenäisenä kysymyksenä. Itsenäisenä kriteerinä sen merkitys on vähäinen. Muiden kirjoittajien tavoin hänkin painottaa kysymyksen olevan harvoista poikkeustapauksista.[61]

Ungern-Sternbergin kantaa arvioitaessa voidaan yhtyä hänen perusajatukseensa siitä, ettei hintojen normaaliin kysyntäjohteiseen nousuun pitäisi puuttua, vaikka tämä kohdistuu lyhyeen ajanjaksoonkin. Kuta houkuttelevammalta ala vaikuttaa sitä enemmän sinne on pyrkijöitä. Artikkelissa kuitenkin sivuutetaan ne tilanteet, joissa yritys voi estää muiden tulon markkinoille tai se muusta syystä on

---

[59] Rittner III s. 167 "Überzieht man die zeitliche Dimension des Wettbewerbs, wird jedes Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen absurd: 'Am Ende sind wir alle tot' (Keynes)."

[60] Ungern-Sternberg s. 707–711. Kirjoittaja painottaa varsinkin sitä, ettei kirjanpidollisista voitoista pidä tehdä sitä kehäpäätelmää, että yritys on määräävässä asemassa sen tuottaessa voittoa. Edes taloudellinen voitto ei välttämättä osoita tätä, koska taloudellinen voitto tasaantuu vasta pitemmän ajanjakson kuluessa. Näistä ensimmäiseen varoitukseen on syytä yhtyä, koska kirjanpidolliset voitot – kuten voitot ylipäätään – ovat riippuvaisia monista tekijöistä (kustannustason vaihtelu, verot, kysynnän muutos, patentit tms.).

[61] Bechtold s. 171.

hankalaa. Tulisiko tällöin sallia suuret monopolivoitot, joita yritys voi kerätä tietoisena potentiaalisenkin kilpailun puutteesta? Ajallisten markkinoiden merkitystä on Saksan lainsäädännön valossa pidettävä epäselvänä, koska kilpailulakiin ei ole otettu suoraa normia tältä osin ja oikeuskäytäntökin on vähäistä. Markkinoiden arviointi on yleensä kokonaisvaltaista, joten tapausten vähäisyydestä ei ehkä voida vetää täysin varmoja johtopäätöksiä ko. kriteerin merkityksen suhteen. Täysin itsenäisenä kysymyksenä se esiintyy kuitenkin harvoin ja liittyykin normaalisti tuotekohtaisten markkinoiden rajaukseen.

2.4 Määräävä asema GWB 19 §:n mielessä

Määrittelyn yleispätevyyden kilpailulain kannalta oli aiemmin täysin selvä lain sanamuodon perusteella. Aiemman GWB 22 §:n ensimmäisessä lauseessa todettiin ”Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes,…” Nykyisestä laista maininta jätettiin pois, mutta hallituksen esityksessä todettiin määräävän aseman kriteerien pysyvän samana ja yrityskauppakontrollin osaltakin viitataan juuri 19 §:ään. Sanamuotoon sisältyy myös se tärkeä rajoitus, että vain yritys voi olla määräävässä asemassa. Rajauksella ei kuitenkaan tarkoiteta sitä, ettei ryhmä yrityksiä voisi samanaikaisesti olla määräävässä asemassa, mikä ilmenee lain toisesta momentistakin (GWB 19 § 3 Abs.: ”Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend,…). Lain sanamuoto ei estä tulkitsemasta määräävän aseman kriteerejä eri lainkohtien tarkoitusten mukaisesti. Selvimmillään tämä ero on yrityskauppakontrollin osalta, jossa pääpaino on rakenteellisilla seikoilla.[62]

Alunperin yrityksen katsottiin olevan määräävässä asemassa vain, jos sillä ei ollut lainkaan kilpailijoita tai jos siihen ei kohdistunut merkittävää kilpailua.[63]

Määräävä asema on tätä vain verrattaessa tilannetta samoilla markkinoilla toimiviin muihin yrityksiin. Lakiin otettiin tilanteen selventämiseksi säädös ylivoimaisesta markkina-asemasta vuonna 1973 (die überragende Marktstellung), koska aiempi määrittely – ei lainkaan tai ei merkittävää kilpailua – jätti ulkopuolelleen ne tilanteet, joissa tosin on merkittävääkin kilpailua, mutta kilpailijat ovat niin paljon pienempiä kuin ”johtava” yritys, että tämä pystyy toimimaan lähes miten haluaa. Ääritapauksissa ei määritelmästä katsottu olevan haittaa, koska monopolien tms. määräävä asema oli itsestään selvää. Käytännössä lain muutos

[62] BT-Drucksache 13/9720 s. 36, 43; Langen ym. II s. 513 ”Allerdings definiert § [22 Abs. 1 und 2] ausdrücklich Marktbeherrschung ”im Sinne dieses Gesetzes”. Dies schließt aber nicht aus, daß bei der Bestimmung von Marktbeherrschung notwendige Wertungen – … – unterschiedlich vorgenommen werden je nachdem, in welchem Zusammenhang Marktbeherrschung eine Rolle spielt.”

[63] Hallituksen esityksessä vuonna 1953 lähdettiin vain merkittävän kilpailun puutteesta. Ks. BT.Dr 1158 s. 8.

merkitsi väärinkäyttö-, diskriminointi- ja yrityskauppakontrollin ulottamista muihinkin kuin monopoleihin tai lähes tässä asemassa oleviin yrityksiin.[64]

Hallituksen esityksen perusteella ei ylivoimaisen markkina-aseman säädöksen tarkoituksena ehkä ollut muuttaa oikeudellista tilannetta niin paljon kuin käytännössä on käynyt. Termillä oli tarkoitus lisätä lakiin määräävän aseman kriteerejä tarkentava lauseke ei sinänsä ko. käsitettä korvaavaa termiä. Esityksen yleisperusteluissa lähtökohtana on ollut korostaa muiden kriteerien kuin markkinaosuuden huomioimista. Erityisesti painotettiin taloudellisia voimavaroja ja markkinoille pääsyn esteitä. Yrityksen markkina-aseman katsottiin vastaavan niitä mahdollisuuksia, mitkä kaikkien kilpailukeinojen käyttäminen sille antoi. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty eri mielipiteitä siitä, onko vuoden 1973 lakiuudistuksella luotu uutta itsenäistä kriteeriä vai ei. Molemmat kannat ovat sikäli oikeassa, että hallitseva asema voidaan perustaa normissa mainittuihin kriteereihin, jolloin yritykseen kohdistuvan kilpailun merkitys vähentyy. Jos yritys osoittaa, että siihen kohdistuu merkittävää kilpailua, olisi mielestäni osittain lain tarkoituksen vastaista katsoa sen olevan hallitsevassa asemassa. Normeja voitaisiin siten tarkastella toisiaan täydentävinä ja nimenomaan kilpailun merkitystä korostaen.[65]

---

[64] Emmerich III s. 187–188. Emmerich huomauttaa, että kyse on epäsymmetriasta yritysten välillä, jolloin voimakkaampi yritys voi käytännössä vaikuttaa muiden toimintaan mahdollisesta potentiaalisesta kilpailusta riippumatta.; Vrt. Sandrock I s. 378–380, jossa (ennen lain muutosta kirjoitettu [tekijän huomautus] katsotaan GWB [22] §:n tarkoituksena olevan kaiken määrääväksi asemaksi katsotun sääteleminen ja että tässä on pitkälti onnistuttu. Sandrock vetää rajan oligopolitilanteen markkinavoimaisen hintajohtajan perusteella. Tällainen yritys voi hänen mukaansa itse päättää hinnoista muiden pienempien oligopoliyritysten joutuessa vain seuraamaan sen mallia. Ks. tältä osin myös em. lähde s. 356–360 (hintajohtajien jako eri luokkiin vaikutusvallan perusteella); Vrt. Sandrock II s. 106, jossa kirjoittaja pitää GWB [22] §:ää täysin riittävänä eikä muutos siten olisi välttämätön (artikkeli on julkaistu tammikuussa 1973 eli vähän ennen lain muutosta). Lain muutoksella varmistettiin Sandrock'n mielestä hänen edustamansa kanta, joten tässä mielessä uudistus oli hyödyllinen. Ks. ed. lähde s. 106–107.

Lainsäädäntömateriaalin osalta ks. BTDr. VI/2520 s. 21 "Nach dem geltenden Fassung des § [22] Abs. 1 ist ein Unternehmen nur dann marktbeherrschend, wenn es keinen oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. In den Extremfällen macht die Anwendung dieser Bestimmung keine Schwierigkeiten." Lakia ei tosin muutettu tämän hallituksen esityksen pohjalta, koska liittopäivien hajoittaminen esti sen läpimenon. SPD ja FPD tekemä ehdotus pohjautuu kuitenkin pitkälti tälle ehdotukselle. Ks. BTDR 7/76 s. 17 "Der Iniativenentwurf entspricht unverändert dem Regierungsentwurf der letzten Legislaturperiode,…"

Lakitekstin osalta ks. jakson 2 ensimmäistä alaviitettä.

[65] BtDr VI/2520 s. 19 "Durch die vorgeschlagenen Ergänzung des § [22] wird für den *Begriff "Marktbeherrschung" eine weitere gesetzliche Definition eingeführt*…; dabei werden außer dem Marktanteil *auch alle übrigen Umstände, …, in die Beurteilung einbezogen*.", 21 Samaa korostetaan SPD:n ja FPD:n esityksessäkin. Ks. BTDr 7/76 s. 17, jonka sanamuoto on täysin aiemman esityksen mukainen . Itsenäisen kriteerin puolesta ks. esim. Immenga ym. II s. 776 "Der Tatbestand der Nr. 2 steht selbständig und alternativ neben dem der Nr. 1, ohne daß es darauf ankäme, ob ein Unternehmen wesentlichem Wettbewerb … ausgesetz ist oder nicht."; samoin Langen ym. I s. 653; Rittner II s. 290.

Vrt. toisen kannan osalta esim. Bechtold s. 176 "Trotz des formalen Alternativverhältnisses ist die überragende Marktstellung nicht isoliert neben der Alternative fehlenden wesentlichen Wettbewerbs, sondern ergänzend zu ihr wettbewerbsbezogen auszulegen."

Lakiuudistuksen eräänä tarkoituksena oli parantaa väärinkäyttökontrollia vertikaalisen ja diagonaalisen markkinavoiman suhteen. Näissä tilanteissa ei ao. yrityksellä välttämättä ole suurta markkinaosuutta, mutta se voi turvautua suurempiin taloudellisiin voimavaroihinsa sekä raaka-aineiden tms. saantimahdollisuuksiinsa. Lähtökohta on siten GWB 20 §:n riippuvuusnormin tapainen. Näissä tilanteissa yritykseen voi periaatteessa kohdistua merkittävää kilpailua horisontaalisesti ilman, että se välttämättä estäisi vertikaalisen hallitsevan aseman toteamista.[66]

Toinen tapa tarkastella ylivoimaista markkina-asemaa on katsoa lain irtautuneen tällä lisäyksellä perinteisestä markkinavoima-ajattelusta, jolla tarkoitetaan lähinnä markkinasidonnaista tarkastelua. Ylivoimainen markkina-asema olisi siten sidottu pikemminkin yrityksen voimavaroihin yleensä kuin sen asemaan tietyillä markkinoilla. Tätä kantaa tukee taloudellisten voimavarojen huomioiminen määräävän aseman kriteereinä. Jo hallituksen esityksessä painotettu kokonaisarvostelun tärkeys on johtanut kriteerien osittaiseen sekaantumiseen.[67]

Määräävää asemaa markkinoilla mitataan tavanomaisimmin markkinaosuuden perusteella. Markkinaosuus ei kuitenkaan ole ainoa mittapuu eikä GWB edes luettele kaikkia mahdollisia kriteerejä. GWB:n säätämisvaiheessa se oli kuitenkin selvästi etusijalla, vaikkakaan se ei ollut ainoa kriteeri (painotus ilmeni käytetystä sanasta ”insbesondere”). GWB:n yleistä sisältöä koskevissa perusteluissa hallitus painotti mm. monopolien vaarallisuutta kilpailun kannalta rinnastaen monopoliasemaan ne tilanteet, jossa markkinaosuus on niin suuri, ettei merkittävää kilpailua enää voi esiintyä. Pykäläkohtaisessa perustelussa todetaan kuitenkin, ettei liiallisen taloudellisen vallan muotoja voida täsmällisesti määritellä. Markkinaosuuden lisäksi onkin arvioitava minkälainen kilpailun paine yritykseen kohdistuu.[68]

Nykyisessä lain sanamuodossa ei markkinaosuudella enää ole vastaavaa asemaan kuin alunperin, vaan se on periaatteessa samanarvoinen muiden kriteerien kanssa. Lakitekstissä tosin todetaan vieläkin ”erityisesti”, mutta se viittaa kaikkiin

---

[66] BTDr VI/2520 s. 22.

[67] Emmerich huomauttaa, ettei määräävän aseman kriteerien suhde toisiinsa nähden ole vieläkään täysin selvä. Ks. Emmerich I s. 236 ja Emmerich II s. 233 ”Aus der Entscheidung zugunsten Marktmactkonzepts folgt…, daß Fälle reiner Größenmacht von § [22] grundsätzlich nicht erfaßt werden, obwohl dies, etwa auf dem Wege über § [22 I Nr. 2], an sich durchaus möglich wäre”. Samoin Kleinmann ym. s. 170–171. Yrityskohtaista näkökulmaa painottaa Rittner. Ks Rittner III s. 280 ”Der Tatbestand nimmt dahin nicht mehr auf einzelne Märkte und ihre Wettbewerbsverhältnisse Bezug,…” Vrt. Immenga ym. II s. 778–779, jossa Möschel katsoo, ettei yrityskohtaisillakaan kriteereillä (so. taloudelliset voimavarat jne.) ole poistettu vaatimusta tutkia tilannetta joillain tietyillä markkinoilla. Samoin Müller-Uri s. 217–218 ”Aus der Betonung unternehmensbezogener Merkmale darf aber nicht geschlossen werden, daß die reine ”Größenmacht” eines Unternehmens bereits zu überragender Markstellung führt.”

[68] BT.Dr 1158 (1953) s. 8 ”…insbesondere soweit ein Unternehmen mit Rücksicht auf die Größe seines Marktanteils in der Lage ist, die Erzeugung … oder die Preise und Geschäftsbedingungen … ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten…” sekä s. 26 (yleisperustelujen osalta), s. 39 (erityisperustelut).

käytettyihin kriteereihin. Käytännössä päästään harvoin sellaiseen kokonaisarvosteluun, jonka perusteella voitaisiin varmuudella todeta yrityksen voivan toimia muista riippumattomasti. Emmerich toteaakin tarkastelukulman painottuvan helposti havaittaviin markkinarakenneseikkoihin, kuten markkinaosuus ja taloudellinen voima.[69]

Markkinaosuuden merkitys painottuu jo sen takia, että lakiin on otettu tulkintaohje, jonka mukaan yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa, mikäli sen markkinaosuus on yli 1/3. Näitä arviointinormeja voidaan kritisoida niiden jäykkyyden takia. Ne eivät lainkaan huomioi markkinoiden dynamiikkaa eikä potentiaalisesta kilpailusta syntyviä paineita. Varsinkin markkinoille pääsyn esteitä korostavan koeteltavat markkinat teorian valossa kyseiset normit pitäisi hylätä. Oikeustieteelliseltä kannalta kritiikkiä voidaan vastustaa toteamalla yrityksillä itsellään olevan mahdollisuuden osoittaa niihin kohdistuvan potentiaalista kilpailua. Jos tällaista painetta on, ei ylipäätään pitäisi syntyä tilannetta, jossa yritykset joutuvat viranomaisten mielenkiinnon kohteeksi. Kilpailun paineen (oli se potentiaalista tai aktuaalista) tulisi johtaa väärinkäytön mahdottomuuteen.[70]

Markkinaosuuden lisäksi arvioinnissa voidaan käyttää yrityksen taloudellista voimaa, sen yhteyksiä raaka-aine-, puolivalmiste- tai omien valmiiden tuotteidensa markkinoilla (eli yritystä edeltäville tai sen jälkeisille markkinoille), markkinoille pääsyn oikeudellisia tai tosiasiallisia esteitä, kykyä muuttaa tarjontaansa tai kysyntäänsä toisiin tuotteisiin tai palveluihin sekä vastapuolen (so. ostajien tai myyjien) mahdollisuuksia suunnata tarjontaansa tai kysyntäänsä toisiin yrityksiin. Edellä mainittu lista sisältyy suoraan lakiin, mutta sekin on asetettu maininnan erityisesti (”insbesondere”) taakse, joten periaatteessa laissa mainitsemattomiakin kriteerejä tai niiden yhdistelmiä voitaisiin käyttää. Käytännössä tällaista tarvetta ei liene olemassa. Lähtökohtana on aina kokonaisarvostelu, jossa ei tarvitse osoittaa kaikkien kriteerien tukevan määräävän aseman olemassaoloa, vaan muutama tai yksikin voi riittää.[71]

Vertikaalisten kriteerien osalta on huomattava, ettei yksinomaan niiden nojalla voida katsoa yrityksen olevan määräävässä asemassa. Tämän aseman toteaminen

---

[69] Emmerich III s. 188.

[70] Taloustieteelliseltä kannalta ko. normeja kritisoi juuri dynamiikan puutteen takia Graumann. Hän toteaa korkeiden hintojen olevan tässä mielessä pelkästään positiivisiä, koska ne osoittavat markkinoilla toimivien yritysten saaneen kilpailuetumatkaa (tämän tulisi ennemmin tai myöhemmin ilmeisesti johtaa markkinoihin kohdistuvan paineen lisääntymiseen). Ks. Graumann s. 144. Arviointinormeja käsitellään lähemmin jaksossa 2.4.4.

[71] Tekstissä esitettyä kokonaisarvostelun ja erilaisten kriteeriyhdistelmien merkitystä painotettiin jo vuoden 1971 hallituksen esityksessä. Markkinaosuuden merkitystä kuvaa se, että se asetettiin esityksessä tietyllä tavoin ”etusijalle”. Ks. BTDr VI/2520 s. 22 ”Die Gesamtbetrachtung bedeutet nicht, daß jeweils sämtliche im Entwurf genannten Faktoren in überragendem Maße vorliegen oder nachgewiesen werden müßten. Möglich ist auch, daß *neben dem Marktanteil* ein einzelner Faktor, wie z. B. Finanzkraft, eine überragende Marktstellung ergibt,…”

Oikeuskirjallisuudessa kokonaistarkastelun vaatimus mainitaan esim. Emmerich III s. 188; Schulze Steinen s. 200.

edellyttää tietyn asteista markkinavoimaa horisontaalisellakin tasolla. Kilpailijoihinsa verrattuna tasavertainen tai heikko yritys ei siten ole hallitsevassa asemassa vain hyvien hankinta- tai myyntikanavien takia. Vertikaalisia kriteerejä voi pitää tässä mielessä toissijaisina, muita indisioita tukevina. Markkinavoimainen yritys voi vertikaalisten suhteiden avulla käytännössä sulkea markkinoille pääsyn muilta estämällä esim. raaka-aineen saannin tai kieltäytymällä hyväksymästä yritystä luomansa standardin mukaiseen järjestelmään. Käytännössä näyttö tämän kaltaisesta tilanteesta johtaa määräävän aseman toteamiseen, vaikka jonkin asteista kilpailua vielä olisikin. Täydellistä markkinoiden sulkemista ei kuitenkaan voida vaatia, vaan riittävä horisontaaliseen ja vertikaaliseen markkinavoimaan perustuva asema täyttää lain kriteerin ylivoimaisesta markkina-asemasta.[72]

Emmerich huomauttaa GWB 19 §:n lähtökohdan olevan hyvin pitkälti markkinoiden rakenteen tarkastelussa. Alkuperäinen yritysten käyttäytymiseen pohjautuva arviointi on siten jäänyt taustalle. Tämä taloustieteeseen pohjautuva ajatus mahdollisuudesta toimia kilpailijoistaan riippumatta ei toki ole teoreettisesti väärä, mutta käytännössä yritysten toimien syynä voi olla joko kilpailu tai sen puute ilman, että ulkopuolisen tarkkailijan on mahdollista päätellä kummasta on kyse. Rakenteellista tarkastelua korostavat markkinaosuussäännöt sekä taloudelliseen voimaan tms. liitetyt kriteerit.[73]

Ylivoimaisen markkina-aseman -käsite kattaa monopoli- ja ”vailla merkittävää kilpailua” -tilanteet. Nykyään tarkastelu voidaankin rajata pitkälti ”ylivoimaiseen markkina-asemaan”, koska määräävän aseman toteamiseksi riittää tämän seikan osoittaminen eikä kilpailuviranomaisten tarvitse osoittaa yrityksen olevan vailla merkittävää kilpailua tai monopoliasemassa. Tarkastelu kohdistuu pikemminkin laissa mainittuihin kriteereihin (markkinaosuus, taloudellinen voima jne.) kuin ylivoimaisuus – vailla merkittävää kilpailua mallien eroavuuksiin. Käytännön kannalta ei ole merkitystä pidetäänkö ylivoimaista markkina-asemaa omana itsenäisenä käsitteenä vai määräävän aseman eräänä kriteerinä. Kriteeri se on sikäli, että kaikki GWB 19 §:ssä mainitut seikat määrittävät pykälän mukaisesti määräävää asemaa.[74]

Määräävässä asemassa ei ole suuresta markkinaosuudesta tai taloudellisista voimavaroistaan huolimatta yritys, joka ei voi käyttäytyä vapaasti markkinoilla. Arvioinnissa on siten viime kädessä huomioitava muidenkin kuin suoranaisten kilpailijoiden toiminnan vaikutus yritykseen. Monopoliasemassakaan oleva puoli-

---

[72] Schulze Steinen s. 198–199.
Emmerich korostaa perinteisten markkinoille pääsyn esteiden (joihin vertikaalisetkin järjestelyt kuuluvat) rinnalla järjestelmäjohtajuutta (Systemführerfähigkeit), jossa kysyntä kohdistuu tiettyyn laajaan ”järjestelmäsuoritukseen”. Esimerkkeinä hän käyttää avaruus- ja varustelutekniikan lisäksi rautateiden ja laivanrakennuksen suurhankkeita. Emmerich III s. 190.

[73] Emmerich III s. 186.

[74] Emmerich huomauttaa osuvasti siitä, että kyseessähän on tältä osin vain määräävän aseman indisioista. Näistä huolimatta yritykseen saattaa kohdistua kovaakin kilpailua. Ks. Emmerich I s. 234.

valmisteen tuottaja tms. ei ole määräävässä asemassa suhteessa suureen autonvalmistajaan, joka voi tarvittaessa itse valmistaa alihankkijan tuottaman osan. Immenga ym. ja Langen ym. yhdistävät ilmeisesti vastapuolen markkina-aseman huomioimisen vain ylivoimaiseen markkina-asemaan, joten käytetyn esimerkin mukaisessa tilanteessa olisi heidän kannaltaan kyse määräävästä asemasta. Oikeana tulkintana on mielestäni pidettävä markkinavastapuolen merkityksen huomioimista kummassakin tilanteessa, koska käytännössä väitettyä hallitsevaa asemaa ei ole voimakkaan ostajan tai myyjän sanellessa yrityksen toimintavapauden rajat.[75]

2.4.1 Määräävässä asemassa oleva oligopoli

Määräävässä asemassa voi olla yhden yrityksen sijasta myös joukko yrityksiä eli oligopoli. Lain mukaan oligopoli on tilanne, jossa yritysten välillä ei tosiasiallisista syistä ole kilpailua joillain markkinoilla ja ne yhdessä täyttävät GWB 19 § 2 Abs. kriteerit. Oligopolilla tarkoitetaan tällöin yksittäisen hallitsevan yrityksen ja kartellin väliin jäävää aluetta, koska periaatteessa em. tilanteita koskevat omat säännöt. Lähtökohtana on 19 § 2 Abs.:n mukaiset tilanteet, eli ei lainkaan kilpailua tai ylivoimainen markkina-asema. Myös sovellettavat kriteerit ovat samat. Erityisongelma on suhde niihin yrityksiin, jotka yksinäänkin ovat hallitsevassa asemassa. Ongelmaa voidaan lähestyä katsomalla, ettei yksillä ja samoilla markkinoilla voi olla kuin yksi määräävässä asemassa oleva, jolloin oligopolin pienemmät ”jäsenet” jäävät tarkastelun ulkopuolelle (esim. A 60 % markkinoista, B 20 %, C 10 % – vain A on määräävässä asemassa). Toisaalta voidaan katsoa koko oligopolin olevan määräävässä asemassa, jos GWB 19 § 2 Abs. edellytykset täyttyvät.[76]

Möschel ei pidä tulkintaa vain yhden oligopolin jäsenen määräävästä asemasta oikeana edes silloin, kun yritys tosiasiassa on muita selvästi suurempi. Ulkopuolisen näkökulmastahan oligopoli voi toimia täysin yhteneväisesti, jolloin pienempien yritysten toimintaa ei mitenkään voida erottaa isoimman jäsenen menettelystä. Arviointia vaikeuttaa varsinkin väärinkäyttötapausten osalta se, että pienempi yritys voi pyrkiä vetoamaan siihen, ettei se voisi toimia vastoin monopoliyrityksen toimintalinjoja. Yksin lähes monopoliasemassa oleva yritys voi luonnollisesti joutua tämän aseman perusteella väärinkäyttöprosessin kohteeksi ilman oligopolin vaikutustakin. Se voi esim. pyrkiä estämään kanssaan kilpailevien oligopoliin

---

[75] Bary s. 102; Vrt. Immenga ym. II s. 777; Vrt. Langen ym. II s. 533 ”Eine starke Marktstellung auf der Marktgegenseite schließt eine überragende Marktstellung nicht generell aus, ist aber als ein Strukturmerkmal bei der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.”

Sekä Immenga ym. että Langen ym. ovat liittäneet markkinavastapuolia koskevan maininnan ylivoimaista markkina-asemaa käsitteleviin jaksoihinsa eikä vastaavaa mainintaa ole ”vailla kilpailua” osuuksissa. Molemmissa lähteissä viitataan kokonaistarkasteluun, joten tekijöiden kantaa ei voi pitää täysin varmana. Ks. Immenga ym. II s. 774, 776; Langen ym. I s. 529, 532.

[76] Emmerich III s. 192.

Lakitekstin osalta viittaan jakson 2 ensimmäiseen alaviitteeseen.

kuuluvien yritysten toimintaa, jolloin tarkastelua ei tietenkään voida kohdistaa oligopoliin.[77]

Oligopoli ei periaatteessa enää ole määräävässä asemassa (ts. GWB 19 §:n tarkoittama oligopoli), jos sen jäsenten välille syntyy kilpailua. Arviointi ei ole ongelmatonta, koska mitä tahansa vähäistä tietyllä kilpailutekijällä kilpailua ei voida pitää oligopolia ”poistavana” tekijänä. Lopputuloksena on helposti kokonaisarviointi, jossa väitetyn väärinkäytön ja oligopoliaseman tarkastelu pitkälti yhtyvät (eli sisäisen kilpailun puuttumistakin tutkitaan lähinnä väitetyn väärinkäytön osalta välittämättä muusta mahdollisesta kilpailusta). Käytännössä rajaus johtaa siihen, että oligopoliin kuuluvia markkinavoimaltaan samankaltaisia yrityksiä ei voi olla kovin monta kappaletta, koska niiden välille syntyisi kilpailua keskinäisen vuorovaikutuksen vähentyessä (eli oligopolin linjasta poikkeamisen tullessa yhä houkuttavammaksi). Laki ei sinänsä määritä mitään ylärajaa, koska sanamuodon mukaisesti määräävässä asemassa voi olla kaksi tai useampi yritys.[78]

Emmerich on kritisoinut oligopolin ”sisäistä” tutkimista (ts. yritysten välillä ei enää ole kilpailua). Hänen kantansa mukaan oligopolina olisi pidettävä jo niitä tilanteita, joissa ulkopuolisten kannalta yritysryhmä toimii kuin yksi yritys. Perusteluna kannalle on se, että yritysten välisten suhteiden ja niiden välisen kilpailun puuttuminen voi olla vaikea selvittää. Rittner katsoo oligopoliyritysten välisen tietoisen yhdenmukaisen toiminnan osoittavan niiden kuuluvan samaan markkinoita hallitsevaan ryhmään. Lähtökohta on oligopolin vaikutus kolmansiin osapuoliin. Tällöin ei oligopolin jäsenten kilpailu joidenkin kilpailutekijöiden osalta välttämättä estä katsomasta ”sisäisen kilpailun puuttuvan” (ts. ulkopuolisen kannalta mahdollinen kilpailu tuotteiden laadulla ei merkitse mitään, jos se ei auta häntä suojautumaan liian korkeilta hinnoilta tms.). Tämä kanta johtaa Emmerich’n käsitystä vastaavaan tilanteeseen sikäli, että tunnusmerkistön vaatima oligopolin sisäisten ja ulkoisten kilpailusuhteiden tutkiminen on pitkälti yksi ja sama asia. Rittner’n tulkinta on kuitenkin selvästi sisäistä kilpailua suosivampi kuin Emmerich’n. Jälkimmäinen ei olisi valmis hyväksymään kuin tärkeimmät kilpailukeinot (hinta ja laatu), ja hän hylkäisi huoltoon, sopimusehtoihin tms. liittyvät menettelytavat riittämättöminä sisäisen kilpailun kannalta. Mikäli tarkastelukulma

---

[77] Immenga ym. II s. 792–793 ”Sieht man den Schutzzweck des Oligopoltatbestandes darin, da außenstehende Dritte … bewahrt werden sollen, ist eine eindeutige Abgrenzung zwischen Monopol- und Oligopolmarktbeherrschung nicht angezeigt.”; Möschel II s. 318–319, jossa on tuotu esille sama ajatus.

[78] Immenga ym. II s. 794. Möschel huomauttaa osuvasti, ettei toisen osapuolen kannalta muulla kilpailulla ole merkitystä, jos oligopolin jäsenet esim. kieltäytyvät toimittamasta hänelle tuotteita.; Wallraff s. 214–215. Hän painottaa monopolin ja oligopolin eroa tältä osin. Monopolillahan ei ole lainkaan kilpailijoita, joten sen ”kilpailunomainen” toiminta ei osoita markkinoille syntyneen kilpailua. Oligopolin keskinäisen riippuvuuden purkautuessa sen sijaan syntyy todellinen kilpailutilanne. Wallraff’n ajattelu on sikäli lähellä Möschel’iä, että hän katsoo oligopolitilanteissa jouduttavan tarkastelemaan samoja seikkoja oligopolin tunnusmerkistönä ja väärinkäyttönä. Ks. em. lähde s. 216.

valitaan lain sanamuodon mukaisesti, tuloksena on se, että sisäisen kilpailun puuttuminen viittaa vahvasti siihen, että näin rajattu yritysryhmä on myös määräävässä asemassa (jos muut määräävän aseman tunnusmerkit täyttyvät).[79]

Kilpailun puuttuminen oligopolin jäsenten väliltä voi johtua esim. lainsäädännöstä, pätemättömästä kartellisopimuksesta tai sallitusta kartellista. Lain alkuperäisen sanamuodon ”tosiasiallisista syistä” tarkoituksena on voinut olla pyrkimys nimenomaan kartellitilanteiden karsimiseen aiemman GWB 22 §:n tarkoittamien oligopolitilanteiden joukosta. Sopimukseen perustuva kilpailun puuttuminenhan on keinotekoista (so. yritysten itsensä luomaa) verrattuna markkinoiden kautta syntyvään tilaan (joka olisi tässä mielessä ”tosiasiallinen”). Oikeuskirjallisuudessa oli jo vanhan lain aikana mielipiteitä, joissa katsottiin, ettei sanamuodolla oltu haluttu tehdä tällaista rajoitusta. Erottelu on tarpeeton, koska esim. sallittu kartelli on voinut ajan kuluessa saada hallitsevan aseman markkinoilla ja sen toimiin pitäisi voida puuttua GWB 19 §:nkin kautta. Lisäksi oligopolia ei ilmiönä tuomita, vaan vasta tämän aseman väärinkäyttö voidaan kieltää.[80]

Oligopolin vaatimusten täyttyessä katsotaan kaikkien sen jäsenten olevan määräävässä asemassa GWB:n tarkoittamassa mielessä. Tutkittaessa väärinkäyttötapausta ei siten tarvitse osoittaa, että kaikki oligopolin ”jäsenet” olisivat menetelleet samalla tavoin. Oligopoli toimii siten lähinnä väärinkäytön mahdollistavana taustatekijänä, jonka olemassa olo on kuitenkin todistettava ennen kuin väärinkäytöstä voidaan puhua.

---

[79] Emmerich III s. 192–193 ”Für die Annahme eines marktbeherrschenden Oligopols muß daher bereits genügen, wenn die Gruppe *als Einheit auftritt*, so daß sich Dritte ihrem Diktat nicht zu entziehen vermögen…” (kursiivi alkup. tekstissä); Immenga ym. II s. 793, 794–795; vrt. Bechtold s. 183. Hänen mielestään ensisijainen todiste oligopoliasemasta on yritysten tietoisuus vastavuoroisesta riippuvuudestaan, mutta tämän lisäksi voidaan hyväksyä indiisioihin perustuva näyttö (so. yritysten toiminnan perusteella ne eivät kilpaile keskenään); vrt. Rittner III s. 281 (kantana on ilmeisesti se, että oligopolin sisäiset ja ulkoiset suhteet on tutkittava erikseen) ”Somit erfüllt *nicht jedes oligopol* diese Voraussetzungen. Vielmehr müssen besondere Bedingungen, *sowohl im ”Innenverhältnis” …als auch im ”Außenverhältnis” … vorliegen*” (kursiivi alkup. tekstissä). Rittner katsoo myös toisin kuin Möschel minkälaisen sisäisen kilpailun tahansa riittävän torjumaan oligopolisäännön soveltamisen.

Tekstissä esitetty kanta ulkopuolisten (so. ostajien tai myyjien) näkökulman ensisijaisuudesta arvioitaessa oligopolin asemaa oli esillä jo GWB:n toisen uudistuksen aikaan. Ks. tältä osin Baur s. 920 ”Entscheidend für seine (so. ulkopuolisten) Situation ist, daß er dem übereinstimmenden gleichförmigen Handeln der Oligopolisten hilflos ausgesetzt ist.”; samoin Sandrock II s. 107. Sandrock tosin pitää lain muutosta tältäkin osin tarpeettomana, koska aiemman lain tulkinnalla olisi hänen mielestään päästy samaan lopputulokseen.

[80] Lainsäätäjä totesi poiston johtuvan ”tosiasiallisia syitä” koskevan maininnan tarpeettomuudesta. Tarpeettomuus viittaa kuitenkin juuri siihen, ettei oligopolin sisäisen kilpailun puuttumisen syitä tarvitse tutkia. Ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 51.

Vanhan lain osalta ks. Immenga ym. II s. 795; vrt. Rittner I s. 258.

Esimerkkinä osittain lainsäädännöllisesti syntyneestä ostajien oligopolista ovat lakisääteistä sairausvakuutusta tarjoavat yhtiöt. OLG Thüringen katsoi ”Enteralernährung” -tapauksessa 23.2.2000 sairausvakuutusyhtiöiden olevan lain tarkoittama oligopoli, koska ne oli lainsäädännöllä organisoitu samojen perusteiden mukaan ja myös toiminta markkinoilla oli säädeltyä. Ks. WuW 7–8/2000 s. 754–755.

2.4.2 Myyjän määräävä asema[81]

GWB 19 §:n nojalla yritys on määräävässä asemassa, jos se tarjoajana tai ostajana voi tiettyjen tuotteiden markkinoilla toimia joko täysin vailla kilpailua tai sillä on kilpailijoihin nähden ylivoimainen markkina-asema. Ensimmäisessä tapauksessa voi olla kysymys joko lakiin tai tosiasioihin perustuvasta monopolista. Tilanteen toteaminen ei yleensä aiheuta suurempia ongelmia, ellei markkinoiden rajauksesta tätä johdu.[82]

Myyjä on lain tarkoittamassa määräävässä asemassa, jos ostajilla ei ole muuta vaihtoehtoa tietyn tuotteen hankkimiseen. Asiaa tarkastellaan ostajien preferenssien mukaan eli vaihtoehtoa ei ole, jos sitä ei ostajien mielestä ole, vaikka yrityksen mielestä kilpailevia tuotteita olisikin. Käytännössä ostajien vaihtoehtoja määritetään pitkälti yrityksen markkinaosuuden ja markkinoilla toimivien yritysten lukumäärän avulla. Ostajien näkökulmaa hyödynnettäessä ollaan varsin lähellä markkinoiden määrittelyä. Nämä seikat tulee kuitenkin erottaa toisistaan, kuten Saksassa on johdonmukaisesti pyritty tekemään.[83]

Valtio tai kunnat voivat olla määräävässä asemassa sekä tuotteita ja palveluja tarjotessaan että hankkiessaan tuotteita eri tarkoitusperiä varten. Eräs ongelma on, missä määrin valtion kaikki resurssit voidaan lukea valtion yritysten ja virastojen tms. voimavaroiksi. Myönteisessä tapauksessa valtio ja sen yritykset olisivat lähes aina ainakin ylivoimaisessa asemassa myyjinä ja ostajina. Tästä seuraisi automaattinen väärinkäytön ja diskriminoinnin kiellon ulottaminen valtioon sekä monissa tapauksissa kuntiinkin.[84]

2.4.3 Ostajan määräävä asema

Määräävän aseman erityistapauksena voidaan pitää tilanteita, joissa ostaja on määräävässä asemassa tukkuportaaseen tai tuottajiin nähden. Tämä asema voi olla yhdellä tai useammalla yrityksellä (eli monopsoni ja oligopsoni -tilanteet). Kuluttajajärjestökin voisi olla määräävässä asemassa johonkin elinkeinonharjoittajaan verrattuna (jos tämä järjestö täyttää yritys-kriteerin). Arviointi tehdään periaat-

---

[81] Myyjän määräävän aseman arviointiin voidaan edellä käsiteltyjä jaksoja määräävästä asemasta soveltaa pitkälti suoraan. Tästä syystä alla oleva käsittely on mahdollisimman lyhyt.

[82] Immenga ym. II s. 772, jossa Möschel huomauttaa, että markkinoiden tiukka rajaus on johtanut siihen, että monopolitapaukset ovat varsin tavanomaisia.

[83] Ns. domain nimien (internet-osoitteiden) osalta ei OLG Frankfurt pitänyt ”Ambiente.de” ratkaisussaan (14.9.1999) .com päätteisiä osoitteita samanarvoisina kuin .de päätteisiä. Jälkimmäisiä arvostettiin enemmän ja tästä seurasi, että vastaajalla oli joko monopoli (jos .de päätteiset muodostivat omat markkinansa) tai ainakin vastaaja oli markkinavoimainen yritys. Ks. WuW 4/2000 s. 402.

[84] Emmerich VI s. 229, 230. Emmerich huomauttaa osuvasti, ettei valtion hevin voida katsoa kilpailevan muiden kanssa yhtenä tasavertaisena kilpailijana.

Aihetta ei tarkastella lähemmin, koska valtiota ja kuntia koskeva näkökulma on jätetty tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Lähempi tarkastelu edellyttäisi esim. julkisia hankintoja koskevaan lainsäädäntöön perehtymistä.

teessa aivan samoin kuin myyjien määräävänkin aseman osalta. Käytännössä ongelma koskee kaupan alan suuria tukkuliikkeitä ja ketjuja. Jatkojalostajat ja loppukäyttäjät eivät ole tässä mielessä ongelmallisia, koska niillä on joko selkeä monopoliasema (kuten esim. Bundesbahn) tai valmistaja on niistä riippuvainen GWB 20 §:n mukaisesti. Väärinkäyttönormeja voidaan toki näissäkin tapauksissa soveltaa.[85]

Ylivoimaisen markkina-aseman määrittelyssä on otettava huomioon samat seikat kuin myyjienkin osalta. Siten esim. taloudellisilta voimavaroiltaan selvästi myyjiä ja kilpailijoitaan voimakkaampi yritys voi olla näihin verrattuna määräävässä asemassa, vaikka se ei sitä markkinaosuuden perusteella suoraan olisi.[86]

Hallitsevassa asemassa ostajana voi olla julkisyhteisö. Näissäkin tapauksissa on ensin määritettävä ne markkinat, joihin markkinavoiman väitetään kohdistuvan. Stockmann painottaa, että valtiolla ym. on oikeus osallistua markkinoiden toimintaan yhdenvertaisesti yksityisten elinkeinonharjoittajien kanssa. Mikään kilpailukeino ei voi olla kielletty pelkästään sen takia, että sitä käyttää julkisyhteisö.[87]

Kaupan alan tukkuliikkeiden, ketjujen ja markettien osalta ongelmia aiheuttaa oligopolia koskeva vaatimus sisäisen kilpailun puuttumisesta. Käytännössä nämä liikkeet kilpailevat aina tietyssä määrin keskenään sekä markkinoista että jossain määrin toimittajistakin. Ankarimman tulkinnan mukaan nämä yritykset eivät yhteisestä, alueellisesti suuresta markkinaosuudestaan huolimatta olisi määräävässä asemassa tavaran toimittajiin nähden.

Lähtökohtana ovat samat kriteerit kuin myyjienkin osalta. Tilannetta kuvataan ”peilikuva” -vertauksella. Eroja syntyy jo mm. siitä, ettei markkinaosuutta voida yksinomaan pitää ratkaisevana tekijänä. Suuryritykselle voi yksittäinen valmistaja olla lähes merkityksetön, vaikka se ostaisi tämän koko tuotannon. Silti tämän yrityksen markkinaosuus tuotteen ostajana koko markkinat huomioiden ei välttämättä ole kovin suuri. Usein käytetään termiä molemminpuolinen riippuvuus, jossa ostajan on saatava jostain ko. tuotetta ja valmistajan on saatava se kaupaksi. Näissä tapauksissa ostajan riippuvuus on vähäisempää, koska markkinoilla on yleensä useampia vastaavien tuotteiden valmistajia. Ongelmaksi voi muodostua itse aiheutettu riippuvuus GWB 20 §:n tavoin. Arvioinnin helpottamiseksi GWB 19 §:ään lisättiin vuonna 1989 yritysten liikkumavaraa koskeva lause. Tämän

---

[85] Ongelman liittymisestä nimenomaan kaupan alalle huomauttavat esim. Bechtold. Oligopsonia hän pitää harvinaisempana ilmiönä. Ks. Bechtold s. 171, 184; Reimann s. 544 ”Die rein zweiseitigen Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse zwischen den Zuliefern und Weiterverarbeitern gehören – … – eher in den Bereich der Diskriminierung … während es sich bei den Großabnehmern nach Art der Bundesbahn … um mehr oder weniger offensichtliche Monopsone oder Teilmonopsone handelt,…”

[86] Emmerich II s. 250.

[87] Stockmann s. 70–72. Tekijä painottaa julkisista hankinnoista aiheutuvia ongelmia, koska näitä hankintoja ei tehdä pelkästään liiketaloudellisista perusteista, vaan esim. alue- ja työllisyyspoliittisista lähtökohdista. Lisäksi asiaan vaikuttavat mm. julkisista hankinnoista annetut säädökset. Asian tarkempi käsittely jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

mukaan määräävän aseman arvioinnissa on huomioitava yrityksen mahdollisuus ostajana tai myyjänä siirtyä toisiin tuotteisiin.[88]

Hallituksen esityksessä lain muutosta em. kohdin perusteltiin nimenomaan ostajien markkinavoiman kontrollilla. Ostajien suurempaa liikkuvuutta perusteltiin mm. myytävän tavaravalikoiman muutoksen vaatimalla pienemmällä investoinnilla verrattuna tuotannon muutoksen kustannuksiin. Samaan suuntaan vaikutti isojen kauppayritysten kasvu.[89]

Kerber kritisoi koko peilikuvateoriaa osittain väärin osuneena. Ajatus, että ostajat kaikissa tilanteissa kilpailisivat myytävistä tuotteista antamalla aina toistaan suurempia tarjouksia, ei voi pitää paikkaansa. Tämä lähtökohta sopii vain myyjän markkinoille, joissa tavaroista on pulaa. Näissä tilanteissa ostajien kartelliin tai määräävässä asemassa olevan yrityksen selvästi kilpailun vastaisilla keinoilla itselleen hankkimiin etuihin tulee voida puuttua. Kerber ei sinänsä aseta tältä osin mitään rajoja tms., mutta tämä johtunee pikemminkin siitä, ettei hän koe ko. tilanteita kovin yleisiksi tai ongelmallisiksi, kuin tekstistä poikkeavasta mielipiteestä.[90]

Ostajan markkinoille ei peilikuvateoria Kerber'n mielestä voi soveltua. Tähän mielipiteeseen on pitkälti syytä yhtyä. Jos tuotteesta on ylitarjontaa, ei ylitarjonnan syynä yleensä ole kaupan toiminta, vaan joko muuttuneet kuluttajapreferenssit (koko kulutus pienenee), uudet tuotteet (tällöin vanhemman mallisista on ylitarjontaa) tai valmistajien omat virhearvioinnit (alalla on liikakapasiteettiä). Miten tässä tilanteessa tuotteen ostajat voisivat kilpailla keskenään tarjoamalla parempia ehtoja ja hintaa? Kauppa ei yksinkertaisesti voi olla kiinnostunut tuotteesta, joka ei korkeammalla hinnalla mene kaupaksi, eikä valmistajien tilannetta edes helpottaisi se, että kauppa pakotettaisiin maksamaan tuotteesta "kilpailun" nimissä kalliimpaa hintaa. Kysytty määrähän vain pienentyisi, josta seuraisi osalle yrityksistä käytännön pakosta luopuminen tuotannosta. Hinnan ja määrän sopeutuminen uudelle tasolle on täysin toivottavaa normaalia kilpailua, vaikka sen sosiaalisia seurauksia ei aina haluttaisikaan (kuten alueellista työttömyyttä tehottoman yrityksen joutuessa rajuihin tuotannonsupistuksiin). Peilikuvamallista voitaisiin näissä tilanteissa vetää Kerber'n mielestä jopa se johtopäätös, ettei kilpailu

---

[88] Emmerich II s. 250. Emmerich huomauttaa, etteivät lakiin lisätyt (hänen mielestään epäselvät) normit ole saaneet minkäänlaista merkitystä oikeuskäytännössä; Mestmäcker huomauttaa lain edellyttämän mallin lähtevän samoista periaatteista kuin myyjän määräävän aseman osalta. Hän ei edes pidä uusien mallien luomista sallittuna lain näkökulman kannalta saati välttämättömänä. Ks. Mestmäcker II s. 263.

Monopolikomissio katsoi vielä vuonna 1984 peilikuvamaisen tarkastelun olevan periaatteessa riittävä. Ks. Hauptgutachten 1982/1983 s. 195.

[89] Ks. BTDr 11/4610 s. 17.

[90] Kerber s. 325–326. Kuvaavaa Kerber'n mielipiteelle on se, että hän pitää s. 325 juristien käsitystä asiasta vaikeasti ymmärrettävänä. Ks. myös em. lähde s. 327 "Der Nachfragewettbewerb ist somit Verkäufermarkt auf eine "Leistungssteigerung" (gegenüber der Marktgegenseite) gerichtet." Suorituksen parantamisella Kerber tarkoittaa tässä yhteydessä ostajien tarvetta maksaa vaikeasti saatavasta tuotteesta enemmän tai tarjota muita parempia ehtoja.

ole lainkaan mahdollista. Tästä seuraisi se koominen lopputulos, että ylitarjontatilanteessa kaikki kaupan alan kartellit ja fuusiot tulisi sallia, koska ne eivät vaikuta lainkaan kilpailuun! Kilpailua on näissäkin tilanteissa, vaikka se pysyy taustalla kunnes hinta alkaa lähestyä uutta tasapainotilaa. Tässä vaiheessa, jos ostajien yhteistyötä ei ole, valmistajilla on taas vaihtoehtoja. Jonkin ostajan vaatimaa suurta hinnanalennusta ei tarvitse hyväksyä, koska joku toinen on valmis ostamaan tuotteen ilman tätä alennustakin. Hinta stabilisoituu (väliaikaisesti) uudelle kilpailun määrittämälle tasolle.[91]

Kerber'iä seurataksemme tulisi siten aina tehdä selkeä ero kahden eri ongelmatilanteen välillä. Myyjän ja ostajien markkinoita ei tule tässäkään yhteydessä sotkea toisiinsa, vaan markkinatilanteiden aiheuttamia ongelmia on tarkasteltava näistä tilanteista lähtien. Tässä mielessä vuoden 1989 lakiin otettu maininta liikkumavaran arvioinnista on osittain sangen vaarallinen. Nimenomaan ylitarjontatilanteissahan ei myyjällä ole liikkumavaraa! Toisaalta tällä perusteella ei tulisi vaatia ostajaa arvioidun riippuvuussuhteen nojalla maksamaan ”ylihintaa” (so. markkinoiden todellisesta tasapainosta poikkeavaa) tuotteesta. Kerber korostaa, että kilpailupolitiikan ja -oikeuden päämääränä tulee näissä tilanteissa olla kaupan alempiin hintoihin pyrkivän keskinäisen (itse asiassa kuluttajiin suuntautuvan) kilpailun ja valmistajien kannalta riittävän, itsenäisesti toimivan ostajajoukon säilyttäminen markkinoilla. Toimivaa kilpailua ei voi olla ilman kummankin edellytyksen täyttymistä.[92]

Valmistajan kannalta hänen ostajansa kilpailevat keskenään, jos hän voi päättää myydä tuotteensa yrityksen X sijasta Y:lle ilman suurempia ongelmia. Ostajan markkinaosuus ko. tuotteen markkinoilla ei tällöin ole välttämättä ratkaiseva, jos sen ostamat erät ovat niin pieniä (muutama prosentti valmistajan tuotannosta), että pienemmätkin kilpailijat voivat ko. erän hankaluuksitta ostaa. Vastaavasti suuremman tuotannon osuuden ostava asiakas voi olla yrityksen kannalta jopa elintärkeä. Tarkan prosenttiluvun asettaminen on vaikeaa, mutta markkinatilanteesta riippuen 10 % tai tätä pienempikin osuus tuotannosta voisi olla riittävä. Ostajan markkinaosuus vaikuttaa arviointiin tuotannon osuuden merkitystä vähentävästi tai korostavasti. Kerber huomauttaa osuvasti 10 % tuotannostakin löytyvän helposti ostajia, jos vaihtoehtoja on sata. Muutamalle harvalle ostajalle tällöisen erän myyminen on jo huomattavasti vaikeampaa. Ongelma korostuu myyjän kannalta, jos alalla on ylikapasiteettiä (eli vallitsee ostajan markkinat). Tässä tilanteessa huomattavakin

---

[91] Kerber s. 320–325 (tässä jaksossa tekijä painottaa ylitarjonnan pitkälti johtuvan muista kuin kaupasta riippuvista seikoista. Nämä on kuitenkin suljettu ko. kohdan tarkastelusta pois, joten täysin mahdottomana Kerber ei tätä vaihtoehtoa pidä), 326 ”Daraus wurde (kun ostajat eivät voi kilpailla hintaa korottamalla ylitarjontatilanteessa) der durchaus konsequente Schluß gezogen, daß auf Käufermärkten ein Nachfragewettbewerb im oben definierten Sinne, …, nicht vorliegen kann.” Samalla sivulla Kerber viittaa tästä seuraavaan tekstissä mainittuun kilpailupoliittisesti omalaatuiseen seuraukseen.

[92] Kerber s. 329.

hinnan alennus voi olla järkevä vaihtoehto, mikäli yritys pystyy salaamaan sen muilta ostajilta ja siten diskriminoimaan tiettyä ostajaa muiden vahingoksi. Mitä vähemmän näitä vaihtoehtoja on sitä lähempänä ollaan määräävää asemaa tai jopa monopsonia. Toisin kuin kysynnän osalta ei kilpailijoina aina voi pitää vain yhtä ainoaa kaupanporrasta (edellisen osaltahan tavallisesti valmistajat kilpailevat keskenään ja tukkuporras samoin). Tukkukauppa ei siten voine olla määräävässä asemassa, jos valmistaja voi ilman hankaluuksia myydä tuotteensa suoraan jälleenmyyjien kautta. Käytännössä kaupan alan suurten ketjujen merkitys on Saksassakin huomattava, eikä todellisia vaihtoehtoja välttämättä ole. Suoran johtopäätöksen vetäminen vaihtoehtojen vähäisyydestä on kuitenkin edellä käsitellyin tavoin vaarallista, koska se saattaa vaarantaa markkinoiden ylitarjonnasta seuraavan sopeutumisreaktion.[93]

Mestmäcker hylkäisi kokonaan ajatuksen tietylle yritykselle myydyn tuotantomäärän merkityksestä. Tätä ”liikekumppanin voimaa” (Partnermacht) on korostanut Arndt. Perustana on epäsuhta keskinäisessä liikesuhteessa, jonka nojalla toinen yritys on komentajan ja toinen tottelijan asemassa. Mestmäcker’n mielestä kyse on vain yrityksen itsensä päättämästä seikasta, jolla ei ole mitään merkitystä ennen kuin ostajien määrä markkinoilla on niin vähäinen, ettei riittäviä vaihtoehtoja enää ole. Tällöin on kyse markkinavoimakäsitteestä. Pelkästään liikekumppanin merkittävyyteen perustuvaa, muista asiakkaista poikkeavaa alennusta tai edullisimpia ehtoja ei tässä valossa voi pitää kilpailunrajoituksena, vaan pikemminkin osoituksena kilpailun toimivuudesta. Yhdistettäessä Mestmäcker’n ja Kerber’n (ks. ed. kappale) ajatukset on lopputuloksena se, että tuotantomäärän osuus voi vaikuttaa arvioitaessa riittävän vaihtoehdon olemassa oloa. Riittävänähän ei voida pitää sitä, että yritys joutuisi myymään tuotteen joukolle pieniä yrityksiä, jos tällöin kuljetus- ja pakkauskustannukset tms. yhdessä valmistuskustannusten kanssa johtaisivat tappiolliseen toimintaan. Joissain massatuotteissa valmistus saattaa edellyttää tietyn minimimäärän saavuttamista, jolloin muutama suuri teollinen ostaja on ainoa riittävä vaihtoehto.[94]

Treis ym. huomauttavat pelkän käännetyn näkökulman yksinkertaistavan ostajan markkinavoimaa koskevaa ongelmaa liikaa. Sekä ostajan että myyjän mahdollisuuksiin myydä tuotetta muualle vaikuttaa ensinnäkin molempien markkinoiden rakenne. Monopolimyyjän puoleen on kaikkien ostajien, monopoliasemassakin olevien käännyttävä. Eräänlaisena iskulauseena voidaan pitää toteamusta, jonka mukaan toisen markkinaosapuolen keskittyminen johtaa tavallisesti kovempaan kilpailuun toisella puolella (so. valmistajien on kilpailtava kovemmin harvemmista ostajista). Mikään yleispätevä totuus tämä ei ole, koska markkinoille saattaa

---

[93] Kerber s. 269–270. Tekijä korostaa arvioinnin vaativan sekä tuotannon osuuden että ostajan markkinaosuuden arviointia; Reimann s. 544–545.

[94] Arndt II s. 56 ”Partnermacht liegt vor, wenn die Macht zwischen Anbieter und Nachfrager derart ungleich verteilt ist, daß sich der eine in der dominanten und der andere in einer abhängigen Position befindet. Der eine befiehlt und der andere gehorcht.”; Mestmäcker II s. 259–260.

muodostua vastakkaiset monopolit tai oligopolit kolluusioriskeineen, tai yritys ratkaisee tilanteen vertikaalisen integraation avulla. Ostajan asemaan vaikuttaa markkinoiden rakenteen lisäksi kanssakilpailijoiden liikkuvuus (so. kuinka helposti nämä voivat halutessaan siirtyä ”uhatun” valmistajan asiakkaiksi). Mitä suurempi tämä liikkuvuus on sitä vahvempi asema valmistajallakin on. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan käyttää merkkituotteen valmistajaa, jonka tuote on kaikkien kauppaketjujen mielestä tärkeä osa tuotevalikoimaa. Samaan suuntaan voi vaikuttaa kauppaketjujen välinen kilpailu.[95]

Ostajan markkina-aseman arviointia hankaloittaa se, että se on vielä myyjän asemaa kohdistuvaa arviointia tapauskohtaisempaa. Selvien linjavetojen tekeminen on lähes mahdotonta, koska sama kaupan ketju tms. voisi olla tietyn tuotteen osalta tiettyyn valmistajaan nähden määräävässä asemassa ja toisen tuotteen (tai jopa samankin) osalta eri valmistajaan nähden itse heikommalla. Riittävän vaihtoehdon käsite on mielestäni sidottava jossain määrin ostettuihin määriin. Vaarana on sortuminen yrityskohtaisiin tulkintoihin, joita ei kilpailun markkinasidonnaisuuden takia voida pitää perusteltuina. Saman tuotteen osalta ei siten tulisi hyväksyä markkinoiden erottamista valmistajan tms. koon ja ostajan merkityksen nojalla, vaikka joku ostaja vaatisi pienemmältä valmistajalta edullisempia ehtoja kuin muilta. Käytännössähän pienempi valmistaja kilpailee juuri toimitusehtojen, hinnan tms. joustavuudella ja tämä yrityksen kannalta epämiellyttävä (voittomarginaalia pienentävä) vaikutus on selkeästi osa kilpailuprosessia. Lainsäädännöllisillä keinoilla ei asiaan ole saatavissa muutosta, vaan ainoastaan tarvittaessa rohkeammalla tulkinnalla riittävän vaihtoehdon osalta. Ongelmaksi voi tällöin muodostua se, että itse aseman ja väärinkäytön määrittelyt yhtyvät täysin ja päädytään pienempien valmistajien sosiaaliseen suojaamiseen. Tämä ei ole GWB:n tarkoitus. Laki suojaa kilpailua prosessina ei yksittäistä kilpailijaa. Prosessiin kuuluu pitkälti ajatus heikompien yritysten sortumisesta ja kilpailussa tehtyjen virhearviointien rankaisemisesta tätä kautta. Pelkkä peilikuva-tulkinta ei varsinaista ratkaisua tarjoa, vaikka sitä on lain sanamuodonkin kannalta käytettävä lähtökohtana (laissa myyjän ja ostajan määräävät asemat rinnastetaan toisiinsa tunnusmerkistökuvauksen osalta). Tässäkin yhteydessä tulee painottaa markkinatilanteen arviointia sekä ostajien määräävän aseman määrittelyssä että tästä seuraavassa väärinkäyttöarvioinnissa.[96]

---

[95] Treis ym. s. 264–266. Kirjoittajat painottavat tuotteiden tarjoajan jonkinlaisen liikkumatilan olevan aina kilpailun syntymisen välttämätön edellytys. Valmistajia vastassa ei siten saa olla ainakaan monopoli.

[96] Kerber hyväksyisi tukkukaupan ja kaupan osalta varsin pienenkin tuotannon osuuden myyjän riippuvuuden tai ostajan määräävän aseman perustaksi. Osavalmistajan osalta jatkojalostajan osuuden tuotannosta on oltava merkittävästi suurempi. Tämä jako ei kuitenkaan anna kuin karkean ratkaisumallin, joka edellyttää pitkälle menevää tapauskohtaista tarkastelua. Toisaalta Kerber edellyttää kaupan markkinaosuuden suhteessa valmistajiin tms. olevan suuremman kuin suhteessa kuluttajiin, koska edellisten osalta ei vallitse polypolinomaista tilannetta. Kuluttajiahan on lähes

2.4.4 Arviointinormit

Markkinaosuutta koskevan tulkinnan helpottamiseksi lakiin lisättiin (nykyinen GWB 19 § 3 Abs.) arviointisääntö, jolla kilpailuviranomaisten työtä pyrittiin helpottamaan. Normin käytännöllinen merkitys on jäänyt epäselväksi ja viimeisimmässä lakiuudistuksessa se ehdotettiin poistettavaksi, koska EU-oikeudessakaan ei tunneta tällaista sääntöä. Lisäksi määräävä asema arvioidaan väärinkäyttötapauksissa aina jälkikäteen, jolloin hallituksen mielestä ei erityistä tarvetta arviointikriteereille ollut. Jälkimmäinen perustelu sopii saksalaiseen ajatteluun, jossa määräävän aseman toteaminen on vain esiaste tutkimukselle. Se ei ole kovin osuva, koska periaatteessa hallitsevan yrityksen tulee käyttäytyä markkinoilla toisin kuin sellaisen, jolla ei ole tätä asemaa. Käytännössä poistaminen ei olisi kovin paljoa vaikuttanut. Talousvaliokunta (Ausschuß für Wirtschaft) palautti arviointinormit lakiin, koska ne haluttiin ulottaa yrityskauppakontrollin lisäksi koskemaan hallitsevaa asemaa yleensä. Mietinnössä ei pohdittu mikä arviointinormien merkitys on tai voisi olla.[97]

Alusta alkaen on ollut kiistaa siitä, onko kysymyksessä todistustaakan kääntävä normi vai ei. Kilpailuviranomaiset selvittävät määräävään aseman kriteerit aina viranpuolesta. Arviointinormien merkitys olisi jäänyt hyvin vähäiseksi, jos niille ei anneta mitään vaikutusta em. velvollisuuteen nähden. Normit toimisivat vain viranomaisten ”puuttumiskriteereinä” eli sinä rajana milloin viranomainen aloittaa tutkimukset asiassa.[98]

Hyväksyttäessä arviontinormien luonne todistustaakan kääntämissääntöinä tarvitsee kilpailuviranomaisten osoittaa vain normin täyttyminen. Tämän jälkeen yritykset voivat itse pyrkiä kumoamaan arviointinormin osoittaman määräävän aseman vetoamalla esim. siihen, että markkinaosuus on hetkellinen (suuresta tilauksesta tms. johtuva) tai yrityksen taloudelliset voimavarat ovat markkinaosuudesta huolimatta vähäiset kilpailijoihin verrattuna. Viranomaistoimintoisuuden periaatteen mukaisesti kilpailuviranomaisten pitäisi tässä tilanteessa keskittyä tutkimaan vain yritysten esittämiä seikkoja eikä niiden ulkopuolelle jääviä enää tarvitsisi tutkia. Steindorf katsoo arviointinormien osoittavan määräävää asemaa koskevan ”tunnusmerkistön” olevan olemassa ja, että yrityksillä olisi velvollisuus todistaa ”tunnusmerkistön” poissulkevat seikat. Viranomaistoimin-

---

lukematon määrä ja heidän käytöksensä vastaa polypolia, eivätkä he siten pysty vaikuttamaan kauppaan niinkään paljon kuin tuotteen valmistaja voi. Koska Kerber ei mainitse mitään markkinaosuuksia, eivätkä markkinaosuudet vastaa osuutta tietyn valmistajan tuotannosta jää epäselväksi, onko tältä osin hänen tekstissään jonkinasteinen ristiriita. Ks. Kerber s. 270–271 sekä markkinaosuus arvioinnin osalta s. 517.

[97] BT-Drucksache 13/9720 s. 36 (hallituksen kanta); BT-Drucksache 13/10633 s. 72.
Normin merkitystä pitää epäselvänä Rittner. Kuvaavaa viimeisen lakiuudistuksen vähäsanaisuudelle tältä osin on se, että tekijä viittaa edelleen vuoden 1973 talousvaliokunnan mietintöön! Ks. Rittner III s. 283.

[98] Tällä kannalla on Wirz s. 618–619.

toisuuden perusteella tämä tarkoittaa vain yritysten vaikutuspiirissä olevien seikkojen osoittamista ja muutoinkin ajattelumalli on lähellä non liquet -ajattelua. Ruppelt toteaa normin korostavan yrityksen näyttövelvollisuutta, vaikka hän ei sitä varsinaisena todistustaakan kääntönormina pidäkään. Hän katsoo yrityksellä olevan riskin siitä, että kilpailuviranomaiset sivuuttavat jonkin sille edullisen seikan. Ruppelt'n kanta on sikäli ongelmallinen, että viranomaistoimintoisuuteen kuuluu kaikkien seikkojen selvittäminen ja yritykselle myönteisen asian ohittaminen mahdollistaisi päätöksen kumoamisen valittamalla.[99]

Kolmas vaihtoehto on pitää normeja non liquet -tilanteisiin tarkoitettuina ohjeina, joiden mukaisesti tulkinta käy yrityksiä vastaan silloin, kun kaiken näytönkään jälkeen ei varmasti voida sanoa onko yritys määräävässä asemassa vai ei. Varsinaisesta näyttötaakan kääntämisestä ei tässä mallissa ole kysymys. Tämä jättäisi arviointinormeille hyvin kapean soveltamisalan, jota ei käytännössä useinkaan tarvita.[100]

Non liquet -ajattelun voidaan katsoa olevan ristiriidassa viranomaisten selvittämisvelvollisuuden kanssa. Oikeusvaltiossa viranomaisten tulee selvittää ne seikat, joihin he vetoavat. Käytännössä non liquet -malli johtaisi todelliseen todistustaakan kääntymiseen, koska harva yritys voisi jättäytyä kilpailuviranomaisten tutkimusten varaan. Sen intressissä olisi pyrkiä kumoamaan arviointikriteeri. Rittner huomauttaa osuvasti, ettei ole edes todistettu, että kriteerien mukaiset markkina-

---

[99] Tätä tulkintaa edusti varsin voimakkaasti Möschel heti lain voimaan tulon jälkeen. Perusteluna oli mm. se, ettei arviointikriteereistä sinänsä seurannut mitään, vaan vasta väärinkäytöstä. Yrityksiä ei esim. rangaistu arviointikriteerien perusteella edes siinä tapauksessa, että ne olisivat käyttäneet määräävää asemaansa väärin (rangaistukseen verrattava seuraamusmaksu oli mahdollinen vasta rikottaessa kartelliviranomaisten päätöstä vastaan näissä tapauksissa). Ks. Möschel I s. 178–180; Vrt. Ruppelt'n kannan osalta Langen ym. III s. 502–503; Vrt. Steindorf s. 25–26. Kirjoittaja on lähinnä non liquet -ajattelun kannalla, mutta lähestyy osittain Möschel'n esittämää kantaa. Ks. s. 26 "…Danach dürfen Unternehmen im Bereich der kartellrechtlichen Vermutungsregeln zur Darlegung von tatbestandsauschließenden Umständen nur verpflichtet werden, soweit diese Umstände ihrer Sphäre zuzurechnen sind." sekä samalla sivulla: "Hieraus folgt, daß die Vermutungsregeln zwar die verfahrensrechliche Untersuchungsmaxime für das Kartellrecht grundsätzlich nicht einschränken. Sie erlauben aber, die Unternehmen zur Darlegung der ihrer Sphäre zuzurechnenden Umstände zu verpflichten.

[100] Tällä kannalla on nykyään myös Möschel. Ks. Immenga ym. II s. 799–800. Möschel pitää omaa jo 1973 esittämäänsä kantaa siitä, että viranomaisten tarvitsisi keskittyä vain yritysten esiintuomien seikkojen tutkimiseen, non liquet -vaihtoehdon eräänä alatapauksena. Tämä kanta ei mielestäni ole perusteltu, koska Möschel'n ehdotus rajaa kilpailuviranomaisten toimintavelvoitetta huomattavasti non liquet -ajattelua enemmän. Ks. myös Möschel II s. 324, jossa hän tuo esille vain non liquet kannan ilman toimintavelvoite rajauksia. Tämä kanta on kuitenkin aiempi (kirjoitettu vuonna 1983) kuin Immenga ym. teoksessa ilmaistu, joka vastannee Möschel'n ajattelua. Vastaavan kannan on omaksunut mm. Baur s. 916–918 (Baur pohtii laajemman tulkinnan mahdollisuutta, mutta viranomaistoimintoisuuden valossa päätyy siihen, ettei tämä ole mahdollista); Emmerich III s. 194–195 (kirjoittaja painottaa kilpailuviranomaisten selonottovelvollisuutta ja sitä, etteivät arviointinormit toimi todistustaakan kääntämisnormeina); Langen ym. III s. 503, jossa Ruppelt päätyy pitämään normeja jonkin verran kattavampina kuin pelkkinä puuttumiskriteereinä ja kuitenkin vähemmän kuin siviilioikeudellisesti sitovina olettamuksina. Hän on lähinnä non liquet -ajattelun kannalla; Müller-Uri s. 223.

osuudet yksinään osoittaisivat määräävän aseman olemassaolon. Vastaavalla kannalla on Wirz, jonka mielestä viranomaisten on selvitettävä asiaa kunnes mitään epäselvyyksiä ei ole. Yrityksen toimintaan puuttuminen ei hänen mielestään ole oikeutettua epäselvissä tilanteissa.[101]

Bundeskartellamt piti arviointinormia eräänä määräävää asemaa tukevana tekijänä ”Vitamin B 12” -ratkaisussaan. Ratkaisussa ei lähdetty siitä, että jo pelkkä normin täyttyminen olisi osoittanut määräävän aseman, vaan ratkaisussa tutkittiin myös muut markkinoihin liittyvät seikat. Valium -ratkaisussa BGH epäili, ettei arviointinormeja voida käyttää, jos on osoitettu, että yritykseen kohdistuu kilpailua. Muu kanta johtaisi siihen, että arviointinormista voisi muodostua määräävää asemaa osoittava säädös, jota ei edes voisi kumota! Tähän kantaan ei vaikuta se, todetaanko kilpailunpaine viranomaisten vai yrityksen väitteiden perusteella.[102]

Kysymystä siitä, voidaanko arviointinormeja pitää todellisina todistustaakan kääntösääntöinä, ei vieläkään ole yksiselitteisesti ratkaistu. Lainsäätäjä on selkeästi pyrkinyt tehostamaan määräävän aseman väärinkäytön kontrollia, joten normeja on sovellettava vähintään non liquet -tilanteissa. Laajempaa merkitystä niille ei voida oikeuskäytännön varassa antaa. Möschel’n esittämää tulkintaa voidaan pitää perusteltuna, koska se antaisi säännölle todellista merkitystä. Rittner’n ja Wirz’n esittämää kritiikkiä ei voida pitää täysin perusteltuna, koska – Möschel’n esittämän ajatuksen mukaisesti – itse arviointikriteeri ei suoraan johda mihinkään kohdeyrityksen kannalta haitallisiin seurauksiin. Määräävän aseman ”raja-alueella” olevat yritykset joutuvat ainoastaan huolehtimaan, ettei niiden toimintaa voida pitää ko. aseman väärinkäyttönä (tässä ei oteta kantaa mahdollisiin yrityskauppakontrolliin ulottuviin vaikutuksiin). Tämäkään ei tosin ole vailla kustannuksia, joten liian laaja arviointikriteeri saattaa johtaa tehokkuustappioihin yhteiskunnan kannalta.[103]

Yksityisoikeudellisissa riidoissa (esim. GWB 20 §:n nojalla) voidaan arviointinormin täyttymistä pitää ainakin eräänä todisteena määräävästä asemasta (tai tukemassa 20 §:n mukaista riippuvuutta). Tällöin normilla on joko todistustaakan

---

[101] Rittner II s. 292–293. Kirjoittaja huomauttaa kriteerien muodostuvan puuttumiskriteereiksi, jotka on vaikea kumota. Ks. em. lähde s. 293 ”Sie schaffen vielmehr neue, mit den maßgeblichen materiellen Rechtssätzen des § [22 Abs. 1 und 2] GWB sachlich nur mehr locker zusammenhängende Eingriffstatbestände, die lediglich entfallen, wenn der Beweis für das Nichtvorliegen jener eigentlich maßgeblichen Tatbestände gelingt. Daß dieser Beweis schon wegen seines negativen Charakters dem Betroffenen i.d.R. schwerfällt, liegt auf der Hand.” Samoin Wirz s. 613–614.

[102] BKartA 21.3.1974 WuW 7 u. 8/1974 s. 567 ”…findet eine weitere Stütze darin, daß der neu eingeführte Vermutungstatbestand des § [22 Abs. 3 Nr. 1] GWB gegeben ist.”; WuW 4/1977 s. 259 ”Es mag zwar zweifelhaft sein, ob das Kammergericht diese marktbeherrschende Stellung schon ohne weiteres auf die Vermutung des § [22 Abs. 3 Nr. 2 lit. a] GWB … stützen konnte, nachdem es einen ”beachtlichen” … Wettbewerb festgestellt hatte.”

[103] Bechtold s. 184 ”Die Rechtsnatur der … Vermutungen ist nach wie vor unklar. Es handelt sich um weniger als um Vermutungen im zivilrechtilichen Sinne als um bloße verwaltungsrechtliche Aufgreiftatbestände”; Rittner II s. 292.

kääntävä luonne tai non liquet -tilanteiden ratkaisufunktio. Vastakkaistodistelu on sallittu suoraan ZPO 292 §:n nojalla. Jos normeja pidetään puhtaasti julkisoikeudellisina viranomaisten toimintaa koskevina normeina, eivät ne vaikuta siviilioikeudelliseen arviointiin lainkaan.[104]

Arviointinormista ei voida tehdä sitä tulkintaa, että normin rajojen alapuolelle jäävä yritys ei voisi olla määräävässä asemassa. Näissä tapauksissa kilpailuviranomaisten on todistettava määräävän aseman olemassaolo. Epäselvissä tapauksissa tulkinta käy viranomaisia vastaan (so. non liquet -tapauksissa yrityksen ei voida katsoa olevan määräävässä asemassa, jos arviointinormi ei täyty).[105]

a) yksittäinen yritys

Yksittäisen yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa, jos sillä on hallussaan yli kolmasosa markkinoista. Markkinoiden arviointi tehdään normaalien kriteerien mukaisesti, joten esim. tietyn osavaltion kattava markkina ja osuus sen markkinoista voi muodostua arvioinnin pohjaksi. Arvioinnissa on silti otettava huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat, mitä painottaa jo vuoden 1971 hallituksen esityskin. Viimeisessä lakiuudistuksessa arviointinormista poistettiin siinä aiemmin ollut maininta vähimmäisliikevaihdosta. Normi koskee siten periaatteessa pieniäkin markkinoita.[106]

Raja-arvon asettamista jopa alle 50 %:n voidaan pitää monopolikäsitteen vastaisena. Taloustieteellisestihän monopoli on yritys, johon ei kohdistu joko lainkaan kilpailua tai niin vähäisessä määrin, ettei yritys huomioi sitä toiminnassaan. Yritykseenhän kohdistuu varmasti jotain kilpailua jo 50 % markkinaosuustilanteissakin. Kolmasosan markkinoista omaava yritys kohtaa kaksi kertaa enemmän kilpailua kuin mikä sen oma osuus on (vaikka kilpailijoiden osuudet olisivat sitä pienempiä). Lainsäätäjä on kuitenkin lähtenyt siitä, että 1/3 osan markkinaosuus

---

[104] Bechtold s. 184–185 (yksityisoikeudellisen merkityksen osalta).; Emmerich II s. 289–290 (pitää yksityisoikeudellista merkitystä epäselvänä); Möschel II s. 323 (toteaa soveltamisen aiemman GWB 26 §:n osalta olevan epävarmaa [vuoden 1983 tilanteessa]); Wirz s. 612–613. Hän huomauttaa osuvasti, ettei siviiliprosesseissa ole hallinnollisella vastuulla toimivaa viranomaista mikä itse asiassa korostaa todistustaakkanormien merkitystä. Siviiliprosessioikeuden kommentaareissa on korostettu GWB:n normien erikoislaatuisuutta tältä osin ja päädytty siihen, että niillä on lähinnä non liquet -funktio. Kysymyksessä on silti sellaisesta lakiin perustuvasta olettamuksesta, jonka voi ZPO:n nojalla kumota. Ks. esim. Lüke ym. s. 1756.

[105] Kirschstein s. 83 ”Die Vermutung gestattet nicht den Gegenschluß, daß ein Untenehmen mit einem Marktanteil von weniger als einem Drittel nicht marktbeherrschend ist… In einem soclhen Fall greift nur die Vermutung nicht ein und die Kartellbehörde hat die Marktbeherrschung nachzuweisen.”, 86 (vastaava kanta oligopolin suhteen).

[106] Emmerich III s. 194–195; Immenga ym. II s. 801; BTDr VI/2520 s. 22 ”… Maßgebend ist der Gedanke, daß die Marktstellung eines Unternehmens sich nur auf Grund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände beurteilen läßt.”

Kirjallisuudessa ei ole kommentoitu liikevaihtokriteerin poistamista. Käytännössä tästä ei syntyne ongelmaa, koska kilpailuviranomaiset tuskin puuttuvat vähämerkityksellisiin tapauksiin.

Lakitekstin osalta viittaan jakson 2 ensimmäiseen alaviitteeseen.

ei vain luo jonkinarvoista olettamaa määräävästä asemasta, vaan että tätä olisi pidettävä ”erittäin todennäköisenä” (hoher Wahrscheinlichkeit).[107]

Lain sanamuodon perusteella yrityksen voitaisiin katsoa olevan monopoliasemassa silloinkin kun kahdella muulla yrityksellä tai yhdellä yrityksellä loput (67 %) markkinoista. Tosiasiassa kyse on oligopolista, johon tulisi soveltaa näitä koskevaa arviointinormia.

b) oligopoli

Oligopoleja koskeva arviointinormi kattaa sekä oligopolin sisäisen kilpailun että muihin yrityksiin kohdistuvan määräävän aseman. Yrityksen oletetaan olevan oligopolin jäsenenä määräävässä asemassa, jos arviointinormi täyttyy, eikä se pysty kumoamaan tätä oletusta. Oletuksen kumoaminen onnistunee helpommin juuri sisäisen suhteen osalta, koska tällöin on vain osoitettava väitettyjen oligopoliyritysten välillä olevan merkittävää kilpailua. Kilpailuviranomaisten ei tarvitse normin täytyttyä periaatteessa osoittaa sisäisenkään kilpailun puutetta.[108]

Oligopoli on määräävässä asemassa, jos kolmella tai tätä pienemmällä yritysmäärällä on 50 % markkinoista. Viiden yrityksen tai tätä pienemmän yritysmäärän osalta osuuden on oltava 2/3 markkinoista (so. noin 67 %). Laissa ei sinänsä edellytetä, että yritysten tarvitsisi olla markkinoiden suurimpia. Oligopolina voitaisiin pitää esim. tilannetta, jossa suurimmalla yrityksellä on 30 % markkinoista ja viidellä seuraavalla yhteensä 2/3. Tällöin nämä viisi olisivat määräävässä asemassa oleva oligopoli. Laissa ei myöskään oteta kantaa siihen miten tulisi menetellä, jos molemmat arviointisäännöt toteutuvat.[109]

Aiemman lain mukaan normia ei sovelleta yritykseen, jonka liikevaihto on alle 100 miljoonaa DM. Tämä vaatimus poistettiin vuoden 1999 lainuudistuksessa, joten periaatteessa varsin pieniä yrityksiä voitaisiin pitää arviointinormien tarkoittamina oligopolin jäseninä. Lähtökohta säilynee aiemman lain mukaisena sikäli, ettei näiden yritysten katsota olevan hallitsevassa asemassa, vaikka niiden markkinaosuudet huomioitaisiin laskuissa. Tätä kantaa edustivat aiemman lain osalta mm. Emmerich ja Möschel.[110]

Oikeuskäytännössä BGH katsoi, ettei oligopolisäädöstä voida soveltaa, jos oligopoliyritysten välillä on merkittävää kilpailua. Arviointinormihan on ainoas-

---

[107] Omaksuttua linjaa kritisoi Wirz s. 614–615.

[108] Kirschstein s. 84. Kirjoittaja painottaa jomman kumman (so. sisäisen tai ulkoisen kriteerin) kumoamisen riittävän.

[109] Wirz toteaa osuvasti, että melko tasaisilla markkinaosuuksilla oligopoli-kriteeri voi johtaa eriskummallisuuksiin. Normissa ei ole ratkaistu esim. tilannetta, jossa kaksi yritystä ”kilpailee” viidennestä sijasta (molempien markkinaosuus on sama). Yhdessä neljän muun yrityksen kanssa jo toinen niistä johtaa 67 % rajan ylittymiseen. Olisiko tässä tilanteessa valittava toinen yrityksistä vai tulisiko molempien katsoa olevan määräävässä asemassa? Ks. Wirz s. 615–616.

[110] Emmerich I s. 255; Möschel’n kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 801.

taan GWB 19 § 2 Abs. tukeva normi. Se ei voi itsenäisesti perustaa määräävää asemaa, vaan osoittaa vain tällaisen aseman voivan olla olemassa em. pykälän muiden kriteerien täyttyessä.[111]

c) useamman normin yhtäaikainen soveltaminen

Arviointinormien pohjalta voidaan päätyä tilanteeseen, jossa yrityksellä on niiden mukaan sekä monopoli- että oligopoliasema. Kuten edellä on todettu voi yritykseen soveltaa molempia oligopoli-arviointinormejakin. Laissa ei ole otettu kantaa siihen, miten tällaisessa tilanteessa tulisi menetellä. Äärimmillään voitaisiin väittää useamman normin soveltamistilanteen estävän niiden käytön kokonaan, jolloin kilpailuviranomaisten olisi todistettava määräävä asema ilman ko. säädöksiä. Toinen vaihtoehto on katsoa, ettei mitään ristiriitaa ole, koska ne vain antavat lähtökohdan markkinoiden toimivuuden tarkastelulle.[112]

Lakiteksti mahdollistaisi sinänsä kaikkien normien yhtäaikaisen soveltamisen. Tätä ratkaisua voidaan pitää lain tarkoituksen vastaisena, koska normeilla pyritään vain helpottamaan kilpailuviranomaisten mahdollisuuksia arvioida, onko yritys määräävässä asemassa vai ei. Oikeimpana voidaan pitää Emmerich'n esittämää kantaa, jonka mukaan viranomaisten tulee näissä tapauksissa selvittää mikä normeista parhaiten soveltuu tilanteeseen. Monopoliarviointinormia tulisi siten soveltaa, jos yksi yritys tosiasiallisesti hallitsee markkinoita. Tämän normin soveltuvuudesta huolimatta tulisi päätyä oligopoliin, jos tämä paremmin vastaa todellista markkinatilannetta. Kriteereinä Emmerich käyttäisi mm. henkilöihin (ts. vaikutusvaltaan yhtiöiden hallitusten tms. kautta) tai pääomatilanteeseen liittyviä seikkoja. Arviointinormien lähtökohdan ollessa vain markkinaosuudet on tällaisten ulkopuolisten seikkojen käyttö hieman arveluttavaa. Ruppelt korostaa enemmän markkinaosuuksien jakautumisen merkitystä. Monopolin hallitessa esim. 40 % markkinoista on varsin todennäköistä, että sillä ja kahdella seuraavaksi suurimmalla on yhteensä yli 50 % markkinaosuus. Tällöin ei oligopolisääntöä tulisi käyttää, jos seuraavat osuudet ovat esim. 6 ja 5 % markkinoista. Emmerich'n esittämiä seikkoja voitaneen hyödyntää lähinnä silloin, kun hallitsevan yrityksen lisäksi markkinoilla on kaksi melko vahvaa yritystä (esim. markkinaosuudet

---

[111] Revell Plastics -tapaus (26.6.1979) WuW 11/1979 s. 773.

[112] Tätä kantaa kannattaa Gäbelein. Perusteluna on se, että yksillä markkinoilla voi olla vain yksi "hallitseva taho" oli se sitten yksi yritys tai oligopoli. Koska kummallekaan normille ei voida antaa etusijaa, olisi kummankin käytöstä luovuttava oikeusvarmuuden takia. Artikkeli on pääosassa suunnattu yrityskauppakontrolliin, mutta ajattelumalli on siirrettävissä väärinkäyttökontrolliinkin. Ks. tältä osin Gäbelein s. 579.

Vrt. Langen ym. III s. 503–504, jossa korostetaan markkinoiden toimimattomuusarviointia; vrt. Rittner, joka katsoo arviointinormien käytön estyvän, jos markkinoilla on sekä 3 yritystä yhteensä 50 % markkinaosuudella että yksi yritys vähintään 33 % markkinaosuudella. Muutoin niitä voidaan soveltaa. Rittner III s. 286.

40/20/15). Mitä lähempänä markkinaosuudet ovat toisiaan sitä luonnollisempaa on yksinomaan oligopolinormin soveltaminen.[113]

Rittner katsoo lähtökohtana olevan monopolinormin. Jos yrityksellä on sen vaatima markkinaosuus, on tämän jälkeen varmistettava, ettei toisella yrityksellä ole vastaavaa markkinaosuutta. Jälkimmäisessä tapauksessa vain oligopolinormi tulee sovellettavaksi. Rittner'n mallia, jossa 3 yritystä (yhteensä vähintään 50 % markkinaosuus) + 1 yritys (vähintään 33 % markkinaosuus) tulisi pitää kilpailtuna tilanteena, ei voi tarkasti ottaen pitää lain sanamuodon mukaisena. Lakitekstissä ei ole mitään muuta määritelmää kuin 3 tai vähemmän sekä 5 tai vähemmän (50 % ja 67 % markkinaosuusrajoissa). Mallia ei sikälikään voi pitää onnistuneena, että neljällä melko tasavahvalla yrityksellä on varsin suuri houkutus pyrkiä yhteiseen markkinoiden hallintaan. Kyse on kuitenkin vain arviointinormista ja sellainen non liquet -tilanne, jossa olisi esillä Rittner'n mallitapaus lienee äärimmäisen harvinainen.[114]

2.5 Väärinkäyttö

Muiden tutkittavien oikeusjärjestelmien tavoin Saksan oikeudessa ei ole kokonaan kielletty määräävää asemaa. Tämä on selvästi todettu jo hallituksen esityksessä vuoden 1957 kilpailulaiksi. Lailla ei pyritä saattamaan kaikkea yrityksen toimintaa kontrollin alaiseksi, koska tämä olisi vastoin markkinatalouden periaatteita. GWB 19 § ei anna viranomaisille vapaata valtaa päättää mikä on väärinkäyttöä vai ei, vaan viranomaisten harkinta on sidottu normin tarkoitukseen.[115]

Yleisen määräävän aseman kiellon puuttuessa ei tämän aseman väärinkäyttönäkään voida periaatteessa pitää sellaisia seurauksia, jotka johtuvat suoraan ko. asemasta (eli kilpailija ei esim. pysty saamaan itselleen samanlaista yksinoikeutta, jonka toinen yritys on itselleen patentin, sopimuksen tms. kautta saanut). Pitemmälle menevät ja yrityksen omasta toiminnasta johtuvat kilpailunrajoitukset voivat olla väärinkäyttöä. Tällöin pienemmille kilpailijoille sallitut toimet voivat olla

---

[113] Emmerich III s. 195 "Trotz gleichzeitigen Vorliegens der Oligopolvermutung ist folglich von der Monopolvermutung auszugehen, wenn dem hohen Marktanteil eines Unternehmens und dessen großem Abstand vor seinen Konkurrenten nach der Struktur des Marktes das entscheidende Gewicht zukommt, während die Oligopolvermutung zugrunde zu legen ist, wenn mehrere der beteiligten Unternehmen, namentlich wegen personeller oder kapitalmäßiger Verflechtungen, am Markt gemeinsam auftreten."; Langen ym. III s. 504 (Ruppelt'n ajatusten osalta).

[114] Rittner III s. 286.

[115] BTDr 1158 s. 39 "Die Tatsache allein, daß ein Unternehmen in bezug auf bestimmte Waren oder Leistungen marktbeherrschend ist, bleibt zunächst rechtlicht ohne folgen. …Ein Recht, auf Grund des § 17 (nyk. GWB 19 §) Abs. 1 in die Geschäftsführung des marktbeherrschenden Unternehmens einzugreifen besteht erst dann, wenn ein Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung vorliegt;"; Möschel II s. 293–294, jossa kirjoittaja painottaa, ettei kysymykseen tule minkäänlainen taloudellinen ohjaus viranomaisten taholta, vaan lähinnä sidottu, oikeudellinen harkinta ("maßstabsgebundene Rechtsaufsicht").

väärinkäyttöä, koska hallitsevan yrityksen käyttäminä ne vaikuttavat eri tavoin kilpailuun.[116]

Emmerich huomauttaa GWB 19 §:n suurimman ongelman olevan juuri väärinkäytön eikä niinkään itse määräävän aseman määrittelyssä. Lain lähtökohtana ei ole minkään tietyn kilpailukeinon kieltäminen, vaan periaatteessa markkinoita hallitsevakin yritys voi käyttää mitä keinoa haluaa. Kyse on pitkälti aste-erosta eli jossain vaiheessa kilpailukeinojen vaikutukset poikkeavat toisistaan niiden käyttäjien markkinavoimasta riippuen. Lähtökohdaksi voidaan ottaa GWB:n tarkoituksen mukaisesti mahdollisimman suuren kilpailunvapauden säilyttäminen, jolloin esim. markkinoille tulon esteiden kontrolloimista voitaisiin korostaa. Tällöinkin törmätään esim. jakelukanavia koskevaan ongelmaan. Voidaanko GWB 19 §:n perusteella esim. määrätä yritystä jättämään x kappaletta jälleenmyyjiä oman myyntijärjestelmänsä ulkopuolelle? Sallimaan muiden yritysten käyttää sen jälleenmyyjiä (so. yksinoikeusjärjestelyjen kieltäminen)? Onko tämä kohtuullista toisen sopimusosapuolen kannalta? Sopimusvapauden periaatteen mukaisesti jälleenmyyjän pitäisi saada itse valita sopimuskumppaninsa, ja pisimmälle vietynä em. ajatus johtaisi siihen, että tätä vapautta rajoitettaisiin, vaikka jälleenmyyjä ei itse ole määräävässä asemassa.[117]

Normin sanamuoto on Langen ym. mielestä niin avoin, ettei siitä saa juuri mitään tulkintaohjeita. Seurauksena on ollut vuosia kestävä epävarmuus eri ongelmakohtien osalta. Tilannetta ei helpota ratkaisujen vähyys eikä se, että kilpailuviranomaisten ratkaisut on lukuisissa tapauksissa kumottu valitusasteissa. Ehkä aavistuksen Emmerich'n ja Möschel'n linjasta poiketen kirjoittajat korostavat kilpailuun suuntautuvaa tulkintaa. Mitään selkeää vaatimusta markkinoiden avoimena pitämiseen, kilpailunvapauteen tms. ei esitetä.[118]

Yleisklausuulina GWB 19 § antaa kartelliviranomaisille mahdollisuuden puuttua kaikkiin määräävän aseman väärinkäyttötapauksiin. Puuttumisoikeus ei ole sidottu vain niihin markkinoihin, jonka osalta yritys on varsinaisesti määräävässä asemassa, vaan myös yrityksen toimintaan joillain toisilla markkinoilla voidaan

---

[116] Mestmäcker korostaa markkinavoiman muuttavan toiminnan merkitystä. Ks. Mestmäcker II s. 24 "Verhaltensweisen, die zum Wesen freien Wettbewerbs gehören, können von marktbeherrschenden Unternehmen in den Dienst der Wettbewerbsbeschränkung gestellt werden. *Die Marktmacht verändert die Qualität des Marktverhaltens. Dies ist der Grund, aus dem es notwendig ist, Sondernormen für Marktbeherrscher zu entwickeln.*"

Oikeuskäytännössä Köln'n LG katsoi jo 17.12.1958 antamassaan ratkaisussa, ettei määräävää asemaa ole kielletty, jolloin tästä asemasta suoraan seuraava kilpailunrajoittuminenkaan ei ole kielletty. Kantajan olisi tullut osoittaa jokin ko. asemaan perustuva väärinkäyttö, joka olisi sitten voitu kieltää. Ks. WuW 7/8 1959 s. 575. Vastaava kanta omaksuttiin diskriminointia koskevan GWB 20 §:n osalta. Ks. tältä osin s. 575–576.

[117] Emmerich korostaa myös muiden markkinoiden monopolisoimisen estämistä sekä edeltävien ja seuraavien markkinaportaiden suojaamista riistolta tms. Ks. Emmerich II s. 258–259. Samalla kannalla on Möschel. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 802–803. Möschel huomauttaa lakiuudistusten jättäneen tämän ongelman pitkälti ratkaisematta ja vain siirtäneen kiistakysymykset osaksi lakitekstiä.

[118] Langen ym. II s. 547.

puuttua. Perusteluna on tältä osin tarkoitus estää määräävän aseman laajentaminen kytkykauppojen tms. toimenpiteiden avulla.[119]

Määräävässäkin asemassa oleva yritys saa toimia muillakin kuin hallitsemillaan markkinoilla. Jotta näillä markkinoilla tehdyt toimet olisivat väärinkäyttöä, on niillä oltava selkeä yhteys määräävään asemaan. Normaaliin liiketoimintaan kuuluvaa tietojen hankinnan, markkinatutkimuksen tms. ei voida katsoa osoittavan tällaista yhteyttä.[120]

Kielellisesti väärinkäytöllä tarkoitetaan tarkoituksellisesti virheellistä, oman vallan ylittävää tai luvatonta oikeuksien käyttöä. Suoran käännöksen perusteella arvionti perustuisi subjektiiviseen syyllisyyteen, jolloin nk. oikeuserehdys voisi toimia vapautusperusteena (so. yrityksen täytyisi vain osoittaa, ettei se ole tiennyt toimivansa normia vastaan). Subjektiivinen tulkinta on kuitenkin selkeästi hylätty. Dörinker katsoi jo vuonna 1959, että väärinkäytöllä tarkoitetaan normaalista toiminnasta poikkeamista. Tällainen arviointi ei lähde tekijän subjektiivisista lähtökohdista, vaan normin tms. säännön, tavan jne. vaatimasta menettelystä. Lähtökohdan hylkäämistä vaatii sekin, että lainsäätäjä on aina säätänyt asiasta lain tasolla asettaessaan tuottamuksellisen tms. menettelyn jonkin GWB:n normin soveltamisen lähtökohdaksi.[121]

GWB 19 §:n tarkoittama väärinkäyttö ei kuitenkaan – edellä käsiteltyä objektiivisen tulkinnan vaatimusta lukuunottamatta – nojaa muihin GWB:ssä mainittuihin väärinkäyttötapauksiin (kuten kartelleja koskevan poikkeusluvan väärinkäyttö). Määräävän aseman väärinkäytöllä ei tässä asemassa olevalle yritykselle sallita mitään, vaan ainoastaan kielletään ne menettelyt, joita lain perusteella ei voi hyväksyä. Tämä seikka erottaa GWB 19 §:n niistä tapauksista, joissa väärinkäyttö voidaan arvioida myönnetyn poikkeusluvan tms. asettamien tarkoitusten pohjalta. Viranomaiset eivät kuitenkaan saa itse päättää mistä väärinkäytön raja menee, vaan kysymys on sidotusta harkinnasta.[122]

---

[119] Aiemmassa laissa käytettiin sanamuotoa (GWB 22 § Abs. 4): Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die … Befugnisse, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen mißbrauchlich ausnutzen." Tämä lause on poistettu nykyisestä laista, mutta lainsäätäjä on tarkoittanut säilyttää aiemman lain tarkoituksen. Ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 36, 51 "§ 19 Abs. 4 übernimmt die Regelbeispiele des bisherigen § 22 Abs. 4 Satz 2."

[120] Oikeuskäytännössä OLG Düsseldorf totesi tämän periaatteen jo "Marktfreie Milcherzeugnisse" -ratkaisussaan (19.5.1965). Ks. WuW 9/1965 s. 714 (tuomioistuin katsoi, ettei vastaajan määräävä asema ulottunut "vapaille" markkinoille vain sen takia, että sillä oli hallitseva asema lailla säädellyissä maitotuotteissa), 715 "Die Antragsg. (so. vastaaja) kann ihrerseits die erworbene Marktkenntnis und Marktsituation vernünftigerweise bei jeder Absatzmaßnahme nicht außer acht lassen. *Ließe man eine so lose Verknüpfung der Handlung mit dem beherrschten Markt für die Anwendung des § [26 Abs. 2] GWB genügen, …, so wäre eine Abgrenzung des Tatbestandes vom Merkmal der Marktbeherrschung her praktisch ausgeschlossen.*"

[121] Dörinker s. 81–82, 87.

[122] Immenga ym. II s. 734–735; Langen ym. I s. 665–666. Kirjoittajat huomauttavat, ettei väärinkäytökäsitettä voida siirtää muista GWB:n normeista 19 §:ään; Langen ym. II s. 547 (sama kanta kuin aiemminkin); Möschel II s. 293–294. Kirjoittaja painottaa GWB [22] §:n poikkeavan tekstissä

Lakiin on otettu kolme esimerkkitapausta menettelyistä, jotka voivat olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Asia on ilmaistu sanalla ”insbesondere” (so. erityisesti), joten ko. tapaukset ovat selvästi olleet lainsäätäjän näkökannalta tärkeimmät mahdolliset. Muukin menettely kuin esimerkeissä mainittu voi olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Samassa yhteydessä lainsäätäjä on myös selkeästi todennut, että ostajana ja myyjänä toimiminen on määräävän aseman kannalta periaatteessa samanarvoista. Tietyssä määrin on pelätty, että oikeuskäytäntö asettuisi seuraamaan esimerkkitapauksia ja muut väärinkäytön muodot jäisivät kieltämättä. Uudemman oikeuskirjallisuuden sekä vuoden 1997 hallituksen esityksen vaikeneminen tältä osin viittaa siihen, ettei ko. seikkaa ainakaan enää pidetä ongelmallisena. Lainsäätäjä on katsonut saksalaisen käytännön tuoneen esille pitkälti samat tapaukset kuin EEC-sopimuksen 82 artiklakin, joten mitään harmonisointitarvettakaan ei ole.[123]

Normin varsin avoin sanamuoto huomioiden ei lakiin sidotun harkinnan vaatimus aseta kovin suuria rasitteita kilpailuviranomaisille. Vaatimus ilmenee lähinnä siten, että aiemmasta käytännöstä poikkeaminen tulisi aina perustella tarkoin. Suurin ongelma onkin jo edellä mainituin tavoin sallitun ja kielletyn toiminnan rajaaminen.

2.5.1 Syy-yhteys

Hallitsevankin yrityksen täytyy voida toimia markkinoilla. Kiellettynä menettelynä ei voida pitää mitä tahansa yrityksen toimintaa, vaan toiminnalla täytyy olla jonkin asteinen yhteys yrityksen määräävään asemaan. Tällöin voidaan vaatia

---

esitetyin tavoin aiemman lain 11, 12, 17, 38, 38a, 102a, 103 ja 104 pykälistä, koska näissä lähtökohtana on joko sopimus tai sen tapaiseen tilanteeseen perustuva kilpailunrajoitus. Möschel korostaa myös sidotun harkinnan asemaa. Nykylaissa vastaava normi on esim. kartelli-poikkeuslupien väärinkäytöstä 12 §:ssä.

[123] Langen ym. I s. 667 ”Die Gefahr, daß sich die zukünftige Praxis unzutreffend ausschließlich an den gesetzlichen Beispielen orientiert, ohne den Mißbrauchsbegriff selbständig fortzuentwickeln, ist allerdings besonderes groß, da insbesondere die wiederum generalklauselartigen Nummern 1 und 2 (Halbsatz 1) weniger konkreter Beispile als grundsätzliche Umschreibungen bringen und dementsprechend doch den Gesamtbereich weitgehend abdecken.”

Vrt. Langen ym. II s. 548–549, jossa ongelmaa ei pidetä enää yhtä polttavana. Em. lause on jätetty tekstistä pois ja ongelman toteamisen jälkeen viitataan BKartA:n uusimpaan (vuodesta 1989) käytäntöön. Ongelman merkitys jää tästä kommentista epäselväksi. Samansuuntaisesti Emmerich, joka lähinnä toteaa kriteerien olevan esimerkkejä mainitsematta lainkaan niiden käytäntöä rajoittavasta vaikutuksesta. Ks. Emmerich II s. 257–258; Möschel toteaa ko. esimerkkien antavan sinänsä vaikeasti yleistettäviä viitteitä yleislausekkeen tulkintaan. Mitään erityistä rajoittavaa vaikutusta ei hänkään ilmeisesti katso esimerkeillä olevan. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 802–803. Vrt. myös hallituksen esitys vuodelta 1998, jonka 19 §:ään nykyinen järjestelmä on siirretty sellaisenaan sekä tekstin että perustelujen osalta BT-Drucksache 13/9720 s. 36 ”Die deutschen Regelbeispiele haben sich durch mehrere Novellierungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung herauskristallisiert. Wenn auch die Anwendung des Artikels [86] EG-Vertrag in der Praxis zu ähnlichen Ergebnissen geführt hat wie § 22 GWB, ist die bisherige Fassung des § 22 Abs. 4 GWB systematisch vorzugswürdig,…”

joko tiukan kausaalista yhteyttä (menettely on mahdollista vain määräävässä asemassa olevalle) tai väljempää (muutkin yritykset voivat toimia ko. tavalla, mutta sitä pidetään esim. erilaisten seurausten perusteella väärinkäyttönä). Lähtökohtana voivat olla pelkät seuraukset, jolloin mitään erityistä yhteyttä markkinavoiman ja yrityksen toimien välillä ei vaadita.

Tiukan kausaalisuuden vaatimus voisi johtaa siihen, ettei väärinkäyttönä voitaisi pitää muuta kuin toimintaa niillä markkinoilla, joilla määräävä asema vallitsee. Hieman väljemmän lähtökohdan perusteella myös muihin markkinoihin kohdistuvat toimet voidaan tulkita väärinkäytöksi. Tällöinkin vaatimuksena olisi se, ettei mikään muu yritys pysty ko. toimia tekemään, koska niiltä esim. puuttuvat riittävät taloudelliset voimavarat. Nämä molemmat tapaukset ovat riittävässä yhteydessä määräävään asemaan ja siten kiellettävissä väärinkäyttönä muiden kriteerien täyttyessä. Tiukan kausaliteetin vaatimus on yleisesti hylätty lain tarkoituksen vastaisena.[124]

Väljimmillään yritys voi toimia saman tyylisesti kuin kilpailluilla markkinoilla. Se käyttää esim. samanlaisia myyntijärjestelmiä tms kuin muutkin. Syy-yhteys määräävään asemaan vallitsee, jos menettelyn seuraukset poikkeavat selvästi kilpailusta, kuten myyntijärjestelmän estäessä kilpailijoiden pääsyn markkinoille. Vaatimuksesta voidaan käyttää – Bechtold'ia lainatakseni – nimitystä "seurausten -syy-yhteys" (Ergebniskausalität). Bechtold hyväksyy päättelymallin, jossa todetaan yrityksen toiminnan aiheuttaneen kilpailun kannalta vahingollisia seurauksia. Tämän jälkeen riittää sen osoittaminen, että määräävä asema on jossain yhteydessä näihin seurauksiin. Hankalimmillaan tulkinta on silloin, kun seurauksetkin vaikuttavat samanlaisilta. Tällöin olisi voitava todistaa jonkinlaisen eron olevan olemassa, jotta väärinkäytöstä voidaan puhua. Todistustaakan on tältä osin oltava kilpailuviranomaisilla, koska muu kanta johtaisi yritystoiminnan liialliseen kontrolliin (mihin ei väärinkäyttönormeillakaan pyritä). Yrityshän voisi joutua todistamaan miltei jokaisen toimensa hyväksyttävyyden kilpailuviranomaisille. Syy-yhteys -vaatimus on siten eräs, vaikkakin karkea tapa rajata väärinkäyttönormin soveltamisalaa.[125]

---

[124] Immenga ym. II s. 812. Kirjoittaja huomauttaa, että tiukan kausaliteetin vaatiminen johtaisi toimien erilaisten seurausten unohtamiseen.

[125] Bechtold s. 187 "Es reicht aus, wenn sich das Verhalten im Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist, wofür allerdings die Marktbeherrschung wiederum Voraussetzung ist. Insofern wird zwar keine Verhaltenskausalität, wohl aber eine Ergebniskausalität verlangt."; Emmerich I s. 252 "Solcher Mißbrauch kann in jedem an sich erlaubten Verhalten eines marktbeherrschendes Unternehmens liegen, sofern es sich nur wegen der Macht des betreffenden Unternehmens als *besonders gefährlich erweist*."; Immenga ym. II s. 812 "Es reicht demnach, wenn die *wettbewerbliche Gefährlichkeit einer Maßnahme* gerade daraus erwächst, daß sie von einem marktbeherrschenden Einzelunternehmen oder in einer marktbeherrschenden Oligopolgruppe praktiziert wird."; Kirschstein s. 44. Kirjoittaja viittaa tilanteisiin, joissa määräävä asema ei ole syy-yhteydessä valittuun keinoon (so. sitä käyttävät muutkin yritykset), mutta se johtaa erilaiseen tulokseen hallitsevan yrityksen kannalta. Tällöin on Kirschstein'n mukaan kyse määräävän aseman hyödyntämisestä sekä mahdollisesti ko. aseman väärinkäytöstä (mikä ratkaistaan vasta tämän jälkeen).

Schultz päätyy samaan lopputulokseen kuin ”seurausten syy-yhteys” teoria, mutta hänen lähtökohtanaan on hallitsevan yrityksen velvollisuus pidättäytyä markkinoita vaarantavista toimista. Syy-yhteys vallitsee hänen mielestään selvästi aina kun vain määräävä yritys voi toimia ko. tavalla. Tämän lisäksi syy-yhteys vallitsee, vaikka muut yritykset voisivat sinänsä toimia samoin, mutta niiden toimista ei aiheudu haitallisia seurauksia markkinoille, kuten hallitsevan yrityksen menetellessä samalla tavoin.[126]

Oikeuskirjallisuuden valossa Saksassa ei vaadita ”seurausten -syy-yhteyttä” tarkempaa yhteyttä määräävän aseman ja markkinoilla ilmenevien tulosten välillä. Ilmaisuissa käytettyjen erojen (kilpailun kannalta vaarallinen – erityisen vaarallinen) ei voida katsoa osoittavan mitään käytännöllistä eroa eri kirjoittajien välillä. Kanta on ymmärrettävä, koska lailla pyritään estämään kaikki määräävän aseman väärinkäyttö ilmenemismuodoista riippumatta.

Oikeusvarmuuden kannalta pitkälle viety seurausten painottaminen voi aiheuttaa ongelmia, koska määräävässä asemassa oleva yritys ei aina voi tietää jokaisen markkinoilla tapahtuvan toimensa seurauksia. Oikeusvarmuuden kannalta ei menettelyä saisi pitää kiellettynä, jos se on samanlaista kuin muiden alalla toimivien pienempien yritysten eikä erityistä seurausta määräävästä asemasta voida pitää todennäköisenä. Yrityksen pitänee vähintään muuttaa menettelytapojaan, jos kilpailun kannalta hankalia seurauksia ilmenee (esim. markkinoille pääsy hankaloituu). Seurauksia yksinomaan painottava lähestymistapa johtaa mielestäni siihen, ettei yritys voisi tehdä yhtään mitään markkinoilla. Tavanomaista mainoskampanjaakin voitaisiin pitää kiellettynä, jos jokin yritys sen takia arvioi, ettei markkinoille kannata tulla!

Matalalle asetettu raja korostaa kilpailuoikeuden merkitystä heikentäen tietyssä määrin oikeusvarmuutta. Se mahdollistaa viranomaisten asiaan puuttumisen silloinkin, kun toiminta on tavanomaisen markkinakäyttäytymisen luontoista (so. näin toimittaisiin kilpailluillakin markkinoilla), mutta seuraukset ovat kilpailuarajoittavia. Käytännössä ongelmia ei aiheutune, koska yritysten toimet ovat yleensä selkeästi GWB 19 §:n vastaisia eikä viranomaisten taholta puututa aivan alarajaa hipoviin tapauksiin. Kieltonormimuutoksesta johtuen 19 §:n osalta aiheutuu osittain samoja ongelmia kuin 20 §:kin. GWB 20 §:n osalta riippuvuuden tai hallitsevan aseman osoittaminen johtaa suoraan diskriminointi- ja haittaamiskieltoon. Tällöin riittää em. aseman todistamisen lisäksi menettelyn osoittaminen eikä pitemmälle menevää syy-yhteysnäyttöä mielestäni voi vaatia. Käytännössä GWB 19 ja 20 § eivät aiheuttane ongelmia, koska yritykset ryhtyvät harvoin oikeusprosessiin, jos ne eivät ole varmoja näytöstä. Vastaajan osalta parempi puolustuskeino on perustellun syyn osoittaminen, jolloin itse toiminta todetaan hyväksyttäväksi eikä syy-yhteys -väitettä enää tarvita.

---

[126] Schultz’n kannan osalta ks. Langen ym. III s. 523.

2.5.2 Haittaaminen

Yritysten kannalta jokaisen kilpailijan toiminta aina ”haittaa” niiden omia mahdollisuuksia menestyä markkinoilla. Oman markkinaosuuden säilyttämis- tai kasvattamispyrkimyksetkään eivät sinänsä ole GWB 19 §:n perusteella kiellettyjä. Markkinoita dominoiva yritys voi kuitenkin pyrkiä sulkemaan niitä kilpailijoilta enemmän kuin kilpailutilanteessa olisi mahdollista. Tällöin se nojaa joko oman asemansa luomaan ”pelotusvoimaan” tai pyrkii käytännössä järjestämään esteitä muille yrittäjille. Pelkkä negatiivinen vaikutus markkinarakenteisiin ei ole näyttö em. pyrkimyksistä tai muusta väärinkäytöstä, koska tämä johtaisi hallitsevan yrityksen toiminnan jatkuvaan kontrolliin.[127]

Haittaamiseen voidaan puuttua 19 §:n lisäksi 20 §:n nojalla. Jälkimmäisen normin soveltaminen edellyttää jonkinasteista syy-yhteyttä riippuvuuden ja todetun haittaamisen välillä. Jos kyse ei ole vain riippuvuudesta, eli yritys on selkeästi hallitsevassa asemassa, ei mitään varsinaista eroa ole. GWB 19 §:ää voidaan soveltaa jonkin verran laaja alaisemmin, koska se yleislausekkeena liittyy vahvempaan markkinakontrolliin kuin 20 §. Jälkimmäisessäkään lainkohdassa ei tosin erotella haittaamismuotoja, joten ero jää tältä osin vähäiseksi. Lainsäätäjän rajoitettua riippuvuuden koskemaan vain pieniä ja keskisuuria yrityksiä ei ero normien välillä enää ole tässä mielessä kovin merkittävä, joten kilpailuviranomaiset käyttänevät normeja lähes samalla tavoin. Yritysten kannalta 20 § on ollut ainoa käyttökelpoinen normi sen suoran kieltonormiluonteen takia.[128]

GWB tarkoittaa haittaamisella toisen yrityksen toiminnan kohtuutonta estämistä ilman perusteltua syytä. Lisäedellytyksenä on merkittävä vaikutus markkinoilla vallitsevaan kilpailuun. Tätä vaatimusta ei voida ulottaa niin pitkälle, että toimintaan puuttuminen vaatisi markkinoiden rakenteen olennaisen muutoksen. Lakiin otetussa esimerkissäkään ei ole tämän tarkempaa mainintaa. Perustellun syyn määrittely vaatii aina intressivertailua osapuolten välillä, minkä takia ko. seikka tulee ratkaista yksittäistapauksittain. Emmerich huomauttaa, että tässä arvioinnissa tulisi lähteä GWB 19 §:n tarkoituksesta pitää markkinat mahdollisimman avoimina kilpailulle.[129]

---

[127] Hauptgutachten 1978/1979 s. 141, jossa monopolikomissio painottaa jäljellä olevan kilpailun kärsivän liian tiukan kontrollin seurauksena.

[128] Hauptgutachten 1980/1981 s. 155–156. Monopolikomission GWB [26] §:n suppeampaa käyttöä koskeva kanta on omaksuttu ennen vuoden 1989 lain muutosta, joten nykytilasta ei tällä perusteella voida tehdä suoria johtopäätöksiä.

[129] Emmerich I s. 259–260; Hauptgutachten 1976/1977 s. 33–34, 209–210. Mietinnössä painotettiin KG:n omaksuman kannan merkittävän vaikutuksen ja markkinarakenteen olennaisen huonontumisen välillä olevan väärä mm. sen takia, että tämä estäisi lain soveltamisen hallitsevan yrityksen toimintaan muilla kuin hallituilla markkinoilla. Lakia tarkennettiin sittemmin (GWB:n 4. uudistus) ja väärinkäyttö rajattiin vain merkittävään vaikutukseen. Ks. Monopolikomission kommentti, jossa asiaa tervehdittiin tyydytyksellä. Hauptgutachten 1978/1979 s. 141.

Lakitekstin osalta viittaan jakson 2 ensimmäiseen alaviitteeseen.

Haittaaminen on aina pyrittävä rajaamaan todellisesta kilpailusta. Tällöin voidaan lähteä siitä, että vain tavanomaisista kilpailukeinoista poikkeavat, ”suoritukselle vieraat” menettelytavat olisivat kiellettyjä (nk. leistungsfremde Praktiken). Rajauksen ongelmana on se, että vähäisemmilläkin menetelmillä voidaan käytännössä estää kilpailua, jos yrityksellä on riittävät voimavarat tai vahva asema markkinoilla. Tämä tulkinta on itse asiassa syy-yhteys ongelma uudessa muodossa. Lähtökohtana on vain selkeämmin toiminta eikä niinkään sen yhteys yrityksen markkinavoimaan. Tavanomaisen kilpailukeinon määritteleminen ei ylipäätään ole helppoa, koska kilpailumenetelmät voivat muuttua ja miltei jokaista kilpailukeinoa lienee joku yritys käyttänyt. Tyyppiesimerkkinä voitaisiin pitää erilaisten uskollisuusalennusten tms. käyttämistä, joilla määräävässä asemassa oleva yritys voi ajaa muita markkinoilta. Pienemmälle yritykselle voi tämänkaltaisten alennusten myöntäminen olla käytännössä ainoa keino saada jotain jalansijaa markkinoilta.[130]

Arvioitaessa kilpailulle ”vieraita” keinoja voidaan apuna käyttää lakia sopimattomasta menettelystä kilpailutoiminnassa (eli UWG). Kyseenalaista kuitenkin on miten selvästi eri tarkoitukseen säädettyä lakia voitaisiin hyödyntää tilanteessa, jossa kilpailua ei ole joko lainkaan tai vain vähäisessä määrin. UWG pyrkii suojaamaan sopivaa kilpailua eli estämään kilpaillussa tilanteessa väärinä pidettyjen (ja tätä kautta markkinoiden toimintaa haittaavien) keinojen käyttö. Sopimattomaan kilpailuun oikeuskäytännössä tehty rinnastus onkin oikeuskirjallisuudessa pitkälti hylätty.[131]

Toinen mahdollisuus on kieltää sellaiset kilpailukeinot, jotka eivät olisi kiellettyjä muutoin kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen harjoittamina. Edellisessä tapauksessa rajaus tapahtuu erottamalla suorituksiin liittyvät kilpailukeinot muista. Suoritukseen liittyvänä ei voida pitää kilpailukeinoa, jolla pyritään jäljellä olevan kilpailun estämiseen tai poistamiseen. Kaikki suoritukseen jollain tavoin liittyvät kilpailukeinot olisivat sallittuja. Möschel toteaa, ettei suorituskilpailumallilla saada luotua mitään lain kannalta hyödyllistä yleistystä, vaan sillä pikemminkin suojataan yrityksiä kilpailulta eikä itse kilpailua. Jälkimmäisessä tapauksessa tällainenkin keino voitaisiin kieltää, jos se määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttämänä johtaa kilpailijoiden toiminnan merkittävään haittaamiseen. GWB on omaksunut tämän jälkimmäisen kannan. Edellistä ei voisi pitää perusteltuna, koska se tekisi väärinkäyttökontrollista lähes hampaattoman, eikä sitä tukevaan oikeuskäytäntöön tulisi yhtyä.[132]

---

[130] Bechtold s. 188. Kirjoittaja huomauttaa osuvasti, että lähtökohtana pitää olla pikemminkin määräävän aseman seurauksiin puuttuminen kuin hallitsevan yrityksen yksittäisten keinojen arviointi.

[131] Sopivan ja sopimattoman kilpailun määrittelystä ks. esim. Baumbach ym. s. 132–134.
GWB:n osalta ks. Emmerich III s. 199–200. Tekijä painottaa yksittäistapausharkintaa, jossa verrataan osapuolten intressejä; Immenga ym. II s. 807–808, jossa Möschel katsoo ko. kannan voivan johtaa jopa kilpailijoiden suojelemiseen kilpailun sijasta.

[132] Emmerich II s. 259 ”Solcher Mißbrauch kann in jedem an sich erlaubten Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens liegen, *sofern sich dieses nur wegen der Macht des Unternehmens als besonders gefährlich erweist*.”; samoin Immenga ym. II s. 806–808 (Möschel’n osalta). Ks.

Schultz'n mielestä laki ei sisällä yleisiä normeja kilpailukeinojen hyväksyttävyydestä. Suorituskilpailurajaus on siten epäselvä. Hän painottaa sitä, ettei suoritukseen liittyvä keino ole välttämättä hyväksyttävä hallitsevan yrityksen käyttämänä. Mikäli suorituskilpailu hyväksytään erääksi rajaustavaksi, se lyhentäisi arviointia, koska perusteltu syy koskisi vain suorituskilpailun mukaisia keinoja. Varmimmin perusteltuna voidaan pitää tilannetta, jossa vain yksi tietty keino on mahdollinen riippumatta siitä, onko yritys hallitsevassa asemassa vai ei. Lähtökohta on Schultz'n mukaan osapuolten intressien vertailu, joka ilmeisesti tulisi tehdä em. kriteerien valossa.[133]

Emmerich katsoo perustellun syyn määrittelyn edellyttävän vertailua haitattujen kilpailijoiden ja määräävässä asemassa olevan yrityksen intressien välillä GWB 20 §:n tavoin. Lähtökohta on tällöinkin lain tarkoitukseen sidottu eli mahdollisimman laajan kilpailun ylläpitäminen. Esitettyä kantaa tukee jo lakitekstien lähes yhtäläinen sanamuoto. Emmerich ei pidä hyväksyttävänä oikeuskäytäntöä, jossa perusteltu syy on yhdistetty suorituskilpailuun ja vain ei suorituskilpailuun liittyviä keinoja pidetty perusteettomina.[134]

Käytännössä ei voitane määritellä mitään absoluuttista rajaa, vaan haittaaminen olisi arvioitava suhteessa markkinatilanteeseen. Tätä ilmentää GWB 19 §:n sanamuoto, jonka mukaan haittaamisen on vaikutettava merkittävästi markkinoilla. Merkittävyys tulee arvioida nimenomaan kilpailun suhteen eikä sen perusteella onko menettely yksittäisen yrityksen kannalta merkittävää. Suljetuilla markkinoilla voi vähäinen estäminen muodostua ratkaisevaksi, jolloin sitä olisi pidettävä kiellettynä. Kuta enemmän kilpailupainetta on – ja kuta heikommasta määräävästä

---

erityisesti em. lähde s. 808 "Die Gefahr dieser Konzeption liegt darin, daß sie … eine Scheinsicherheit vorzuspiegeln vermag, welche – … – tendenziell *statt eines Schutz des Wettbewerbs zu befördern einen Schutz vor Wettbewerb bewirkt*."

Oikeuskäytännössä KG painotti Sonntag Aktuell I -tapauksessa 30.5.1979, ettei kaikkea markkinavoiman käyttöä voida pitää kilpailunrajoituksena, koska tällöin luotaisiin kilpailijoille "suoja-alue". Toisaalta oikeus sitoi kieltämisen juuri suorituksen parantamiseen. Ks. WuW 1/1980 s. 65 "… soll durch das Gesetz wirtschaftliche Macht beseitigt werden, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungsteigerung beeinträchtigt…"; KG:n kantaan viitaten vastaavan kannan omaksui BKartA Fertigfutter -ratkaisussaan 22.10.1979 pitäen juuri eroa suoritus- ja ei-suorituskilpailun välillä ratkaisevana. Ks. WuW 2/1980 s. 152–153 "Bei der Abwägung der Interessen ist dabei von erheblicher Bedeutung, ob das Verhalten des Marktbeherrschers dem Leistungswettbewerb oder dem Nicht-Leistungswettbewerb zuzuorden ist.". Tapausta koskevan valituksen käsitellyt KG oli BKartA:n kanssa samalla linjalla. Ks. KG:n ratkaisun osalta WuW 6/1981 s. 439–441.

Viittaan myös jaksoon 1.4.

[133] Schultz'n malli jättää varsin vapaat kädet ratkaisijalle ja mielestäni varsin epäselväksi senkin mikä on hänen lopullinen kantansa. Ks. Schultz'n ajatuksista Langen ym. III s. 523–525.

[134] Emmerich II s. 260; Karehnke s. 329.

Kyse on jo edellisissä kappaleissa käsitellyn ongelman toisesta muodosta. Asiaahan voidaan arvioida sekä kysymyksenä voiko suorituskilpailun kannalta hyväksyttävä keino ylipäätään olla "kilpailua haittaava" vai voitaisiinko tällaista keinoa pitää ainakin menettelyn hyväksymisperusteena.

Yritysten intressivertailun ja perustellun syyn osalta ks. jakso 3.8, jossa asiaa käsitellään sekä GWB 19 että 20 §:ien pohjalta.

asemasta on kysymys – sitä laajempien keinojen käyttäminen olisi sallittava määräävälle yritykselleKin. Oikeusvarmuuden kannalta ei tätäkään tulkintalinjaa voida pitää moitteettomana, koska jokin menettely voi markkinoilla A olla kiellettyä yrityksen X osalta ja sallittua markkinoilla B jopa saman yrityksen osalta![135]

a) hinnat

Yritys voi pyrkiä haittaamaan kilpailijoiden toimintaa alentamalla hintansa niin alas, ettei markkinoille kannata tulla (eli nk. saalistushinnoittelu). Määräävän aseman väärinkäyttönä ei kuitenkaan voida periaatteessa pitää kuluttajien kannalta edullisia tarjouksia, joten lähtökohtaisesti vain tuotantokustannukset tai sisäänostohinnan alittavaa hintatasoa voitaisiin pitää kiellettynä. Monialayritykset pystyvät siirtämään varoja toimialalta toiselle, mikä ei ole pienemmille kilpailijoille mahdollista. Jo tällaisen menettelyn uhka voi aiheuttaa markkinoiden sulkeutumisen.[136]

Möschel pitää voimavarojen siirtoa (Mißbrauchtransfer) monopolimarkkinoilta kilpailluille markkinoille tarkoituksena estää kilpailijoiden toimintaa sinänsä saalistushinnoittelun alalajina. Siirto voi tapahtua joko alueellisilta tai tuotekohtaisilta markkinoilta toisille. Hän lähestyisi ongelmaa kuitenkin monopolihinnoitteluun puuttumisen kautta. Esitetty keino voi johtaa turhaan hintakontrolliin ja tärkeämpää olisi estää saalistushinnoittelu, joka voi lopettaa kilpailun siellä missä sitä vielä on. Kilpailun toimiessa on aina olemassa riski, että joku kilpailijoista voisi siirtyä yrityksen hallitsemille markkinoillekin siellä käytetyn monopolihinnoittelun houkuttamina. Saalistukseen puuttuminen edellyttää tosin kykyä erottaa todelliset kustannukset yrityksen pyrkiessä peittämään varojen siirron.[137]

GWB 19 §:n rinnalla ja tämän lisäksi voidaan joissain tilanteissa soveltaa UWG 1 §:ää. Tämä normi on ko. lain yleissäännös, jonka nojalla kilpailijoiden toiminnan haittaaminen hyvien tapojen vastaisesti on kiellettyä. Säädöksen merkityksenä ei kuitenkaan saa olla vapaan hintakilpailun estäminen, vaikka jokainen hinnan lasku tms. varmasti haittaa jonkun kilpailijan toimintaa.[138]

---

[135] Karehnke s. 329 ”Eine Beeinträchtigung ist dann erheblich, wenn das Verhalten des Marktbeherrschers nach Art und Ausmaß eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für andere Unternehmen und *damit eine Gefärdung des Restwettbewerbs als naheliegend erscheinen läßt*.”

[136] Hahn s. 290 ”Zweifehlsohne dürfte es zudem einem diversifiezierten und finanzkräftigen Unternehmen aus betriebswirtscaftlicher Sicht möglich sein, Kosten durch Gewinnsubventionen bis weit unter Grenzkosten zu reduzieren, die der entsprechende Aktionsbereich der Unternehmen ”für sich – gedacht” – also ohne strategische Vorteile – hätte.”

Katso myös pk-yrityksiin liittyen jakso 3.6.2.

[137] Möschel’n kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 816–817.

[138] Vapaan hintakilpailun periaatteen tuovat selvästi esille Baumbach ym. s. 515. Tekijät hyväksyvät poikkeuksina lähinnä sosiaalisesta tarpeesta johtuvan hintakontrollin ja viittaavat GWB 1 ja 14 §:iin, joiden kautta tietyn hintatason ylläpitäminen kartellin avulla tai vertikaalisesti hinnat sitovilla sopimuksilla on kielletty; Emmerich IV s. 76–77. Emmerich katsoo hintakontrollipyrkimysten

Käytännössä UWG 1 §:ää on sovellettu alihintoihin, vaikka soveltamisen mielekkyyttä voidaan epäillä niissä tapauksissa, joissa puututaan ei-määräävässä asemassa olevien yritysten toimintaan. Taustalla on 1930-luvulta peräisin oleva ajattelu, joka on näkynyt mm. tietyt alennukset kieltävässä RabattG:ssä ja tähän liittyvässä kylkiäiset kieltävässä ZugabeVO:ssa. BKartA sai elintarvikealan suurvähittäismyyjien kanssa vuonna 1983 aikaan nk. Berliinin lupauksen (”Berliner Gelöbnis”), jossa nämä yritykset sitoutuivat pidättäytymään suunnitellusta alihinnoittelusta. Emmerich ei hyväksyisi UWG:n käyttämistä tältä osin lainkaan GWB:n normeja laajemmin. Kilpailijoiden haittaamisessa alennuksien ja jopa alihinnoittelun kauttakaan ei ole mitään sopimatonta, ellei ostajia esim. pyritä harhauttamaan hintojen edullisuudesta tai taustalla ole pyrkimystä kilpailijoiden ajamiseen markkinoilta. Jälkimmäisten osalta UWG:n käyttäminen on tosin kyseenalaista, koska ilman markkinoiden jonkin asteista hallintaa yritys lienee toivoton.[139]

UWG 3 §:ssä kielletään sisäänvetotarjouksilla asiakkaiden houkutteleminen, jos mainonnan tarkoituksena on asiakkaiden harhaanjohtaminen (so. annetaan väärä kuva koko liikkeen edullisuudesta). Tätä menettelyä voidaan käyttää todisteena GWB 19 §:n vastaisesta toiminnasta, jos tarkoituksena on samalla kilpailijoiden toiminnan selkeä haittaaminen. Haittaamisvaikutuksella täytyy siten olla syy-yhteys ko. toimintaan (so. toisella puolella Saksaa toimiva yritys ei voi vedota GWB 19 §:n nojalla toimintaansa haitatun).[140]

Pelkkää tuotantokustannusten alitusta ei yleensä voida pitää menettelyn kieltämisperusteena. Menettelyn syynähän voi olla esim. se, ettei yritys pysty korkeammilla hinnoilla myymään mitään. Erityinen ongelma on nk. sisäänvetotuotteet, joilla houkutellaan asiakkaita myymälään tms. ja joista aiheutuvat tappiot yritys kattaa muita tuotteita myymällä. Toiminta voi olla lähes jatkuvaa, vaikka sisäänvetotuote vaihtuisikin. Jos yritykseen kohdistuu kilpailua muiden kaupparyhmittymien taholta, ei menettelyä ainakaan ilman muita perusteita voida pitää kiellettynä (esim. UWG:n markkinointia koskevan sääntelyn avulla puuttuminen voi olla mahdollista). Toisaalta isot kauppaketjut ajavat näillä keinoilla pienempiä

---

taustalla olevan pien- ja keskisuurten yritysten etujen ajaminen. Ks. em. lähde s. 77 ”Die grundsätzliche Preisfreiheit … ist (natürlich) zahlreichen Politiker ein Dorn im Auge, obwohl es sich dabei um nicht weniger als um das Herz der Marktwirtschaft handelt… Hinzuweisen ist … die vielfältigen Versuche der Mittelstandsvereinigungen in den großen Partein…”

[139] Emmerich IV s. 68–69. Kyse on nk. Vorfeld-ajattelun ilmentymästä.

Käytän tässä yhteydessä termiä ”alihinnoittelu”, koska tarkasti ottaen kyse ei ole talousteorian saalistushinnoitteluksi kutsumasta ilmiöstä. Saksassa tuotanto- tai sisäänostohinnan alittavaan hintaan voidaan puuttua UWG:n pohjalta, vaikka mitään selvää saalistustarkoitusta tms. ei olisi. RabattG ja ZugabeVO on tarkoitus kumota. Ks. myös edellä jakso 1.4.

[140] Baumbach ym. s. 953–954.

UWG:n osalta asiaa ei laajemmin käsitellä, koska tutkimus on rajattu nimenomaan määräävään asemaan ja näissä tilanteissa voidaan toimia suoraan GWB:n pohjalta. Myöhemmässä tämän jakson tekstissä ei siten oteta kantaa UWG:n kannalta sopimattomana pidettävään menettelyyn.

markkinoilta ja siten haittaavat kilpailua. Oikean tasapainon löytäminen voi olla mahdotonta, koska markkinoiden kannalta ehkä vakavampi ongelma on oligopolin sisäisen yhteistyön vahvistuminen kiellettäessä sisäänvetomarkkinointi, vaikka samalla suojattaisiin joitain pienempiä yrityksiä. Varsin hankala kysymys on markkinahintaan suhtautettu arviointi. Voiko markkinoilla vallitsevan hinnan ja omien kustannusten alitusta pitää suoraan kiellettynä? Tämä ajatus olisi pitkälti hylättävä, koska se esim. estäisi määräävässä asemassa olevan oligopolin sisäisen hintakilpailun.[141]

Saalistushintojen määrittelyssä joudutaan ylihintoja herkemmin turvautumaan yrityksen kustannustasoon. Harva suurempi yritys kuitenkaan tuottaa vain yhtä tuotetta, jolloin tietyn tuotteen kustannustasoon tulee laskea hallinto-, tuotekehitys- ja velkojenhoito- tms. kuluja. Möschel huomauttaa osuvasti, ettei mitään yleisiä vertailumalleja voida luoda, koska nämä voisivat johtaa ”pakkokartelleihin” (so. yritykset voisivat helposti arvioida toistensa kulut ja hinnoittelu tehtäisiin ”hiljaisessa” yhteisymmärryksessä tältä pohjalta). Kustannusarvioinnissa tulisi lisäksi huomioida tuotteiden laatua, palvelua, huoltoa tms. koskevat kriteerit. Vertailumarkkinoista ei näissä tilanteissa ole vastaavaa hyötyä, ellei hintaa voida verrata yrityksen itse toisilla markkinoilla vastaavasta tuotteesta perimään hintaan. Markkinahinnan ottaminen lähtökohdaksi on hankalaa jo siksikin, että markkinoiden toiminnan tulisi painaa hintaa alaspäin. Puuttuminen jonkin yrityksen toimintaan vain siksi, että muiden mielestä hinnan pitäisi olla korkeampi, on markkinatalouden perusajatuksen vastaista.[142]

Eräs mahdollinen lähtökohta olisi arvioida saalitushinnan vaikutuksia markkinoiden rakenteeseen. Oikeana hintana pidettäisiin tällöin sellaista hintatasoa, joka sallii kilpailijoidenkin toimia markkinoilla. Tätäkään ajatusta ei voida hyväksyä, koska se johtaisi tehottomampien yritysten suojaamiseen (so. alihinnan vastatessa määräävän yrityksen todellisia kustannuksia).[143]

Ostohinnat alittavien myyntihintojen selvittäminen ei normaalisti aiheuta vastaavia ongelmia kuin tuotantokustannusten määrittely. Kiellettynä ei voitane pitää kuin poikkeustapauksissa kauppiaan marginaalista luopumista. Tämä ei vastaa täysin keskimääräiset tuotannon kokonaiskustannukset alittavaa myyntiä, koska

---

[141] Emmerich II s. 263, 264 ”Wenn man marktbeherrschende Unternehmen nicht von vornherein zum Immobilismus auf ihren Märkten verurteilen will, muß ihnen ebenso wie allen anderen Unternehmen das Instrument der Preisungerbietung als Aktionsparameter im Wettbewerb grundsätzlich unbeschränkt offenstehen, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Einstandspreise oder Selbstkosten, … ”; Samoin Karehnke s. 330; Lange ym. II s. 566 ”Die Rspr. betrachtet sog. Kampfpreise nur in sehr engen Grenzen als unbillige Behinderungen. In Anbetracht der zentralen Bedeutung des Preiswettbewerbs ist dies zu begrüßen.”

[142] Hahn s. 287 ”Indessen spricht gegen den Marktpreis als Vergleichsgröße, daß jeder am ”Marktpreis” orientierte Verhaltenmaßstab ein Zirkelschluß ist, da der Marktpreis für die Wettbewerber kein vorgegebenes Datum ist, sondern sich erst aus deren aktiver, auch aggressiver, Beteiligung am Wettbewerbsprozeß ergibt.”; Immenga ym. II s. 814.

[143] Hahn s. 288.

näissä tapauksissa yritys myy tuotetta jo periaatteessa tappiolla. Kilpailijan markkinoilta ajamiseen suunnattuna menettelyä voidaan varovaisesti arvioiden pitää kiellettyinä.

Hahn huomauttaa, ettei yritystä voida rangaista virhearvioinneista. Yritykset määrittävät hintansa arvioidun tuotantomäärän perusteella. Alhainen hintataso voi johtua siitä, että tuotantomäärä on arvioitu liian suureksi. Todellisen menekin jäädessä pienemmäksi hinta vaikuttaa tällöin alihinnalta verrattuna tuotannosta aiheutuviin kustannuksiin. Hänen lähtökohtanaan on näissä tapauksissa keskimääräiset vaihtuvat yksikkökustannukset, joiden selvä alitus osoittaisi väärinkäytön tapahtuneen (so. virhearvioinnista ei enää näissä tapauksissa olisi kysymys). Hahn'n esittämää ajatusta voidaan pitää hyväksyttävänä sillä rajauksella, että yrityksellä olisi oltava jotain näyttöä tapahtuneesta arviointivirheestä. Mitä suurempi yritys sitä enemmän varoja käytetään menekki- tms. tutkimuksiin ja sitä pienempi pitäisi olla tämänkaltaisen riskin. Lain lähtökohta on haittaamisen merkittävyys markkinoilla (GWB 19 § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. käytetään sanamuotoa "erheblichen Weise"). Merkittävänä ei useinkaan voida pitää vähäisiä alihintoja eikä virhearvioinnin perusteella todennäköisesti synny merkittäviä alihintoja. Periaatteessa markkinoiden kannalta voisi olla kyseessä merkittävä vaikutus, jos vähäinenkin alihinta aiheuttaisi yritysten poistumista markkinoilta. Tämänkaltainen tilanne ei ole kovin todennäköinen. Se voisi tapahtua lähinnä erittäin kilpailluilla markkinoilla, joita määräävän yrityksen hallitsemat markkinat eivät ole. Ulkopuolisiakaan markkinoita valloittava yritys tuskin valitsee kohteekseen kovin kilpailtuja markkinoita, koska kovin monen yrityksen häätäminen vaatii paljon taloudellisia voimavaroja ja mahdollisia voittoja saadaan odottaa pitkään. Rajanvetämisellä yksinomaan vaihtuvien yksikkökustannusten mukaan päästään tosin eroon kiinteiden kustannusten tuotekohtaisesta laskemisesta, mutta tällöin kontrollin ulkopuolelle voi jäädä markkinoihin merkittävästikin vaikuttavia alihintoja. Yritys voi esim. todeta hintojensa ylittävän vaihtuvat yksikkökustannukset, vaikka se samalla pyrkii markkinoiden valtaukseen tuotemerkkiin tms. perustuvan voimakkaan mainonnan avulla. Tämä mainontahan kohdistuu usein lukuisiin eri tuotteisiin eikä ole siten suoraan laskettavissa tietyn tuotteen vaihtuviin yksikkökustannuksiin. Niillä aloilla, joissa on korkeat kiinteät kustannukset, ei vaihtuvien yksikkökustannusten käyttäminen ole muutoinkaan mahdollista. Tällöin hinta alittaisi jo merkittävästi todellisen hinnan, vaikka se olisi vaihtuvien kustannusten yläpuolella.[144]

Yritys voi pyrkiä nk. sisäänvetotarjouksilla oman myyntinsä edistämiseen, eli ne ovat eräs kilpailukeino. Käytännössä voidaan samalla estää tarjoustuotteella

---

[144] Hahn s. 289, 291. Hahn itsekin painottaa vain helposti arvioitavien keskimääräisten vaihtuvien yksikkökustannusten selvästi alittavan hinnan olevan sellainen, jota ei virhearvioinnillakaan voi puolustaa. Tämän tason ylittävä hinta olisi arvioitava tapauskohtaisesti eikä yksikkökustannukset siten ole kuin se raja, joihin pitäisi lähes aina puuttua. Ks. tältä osin em. lähde s. 293; samoin Langen ym. II s. 567.

kilpailevien yritysten toimintaa. Kiellettynä pidetäänkin nk. suunnattua hintojen alitusta (gezielte Kampfpreisunterbietung), jota yleensä rahoitetaan toisilta markkinoilta saatavilla voitoilla. Kuten Emmerich huomauttaa, ei lähtökohtana välttämättä tarvitse olla tuotanto- tai sisäänostohintojen alitus, vaan ainoastaan menettelyn tarkoitus. Pyrkimyksenä voi olla kilpailijan pakottaminen noudattamaan ”yhteistä” hintapolitiikkaa tai kokonaan poistumaan markkinoilta. Sekä Emmerich että Möschel huomauttavat tältä osin todistusongelmista. Tietyn motiivin osoittaminen ei yleensä ole helppoa, koska tavanomaista sisäänvetotarjousta ei voida pitää kiellettynä.[145]

Langen ym. pitävät saalistushintoja kiellettynä vain silloin, kun tähän tarkoitukseen käytetään taloudellista voimaa kaupallisten perusajatusten vastaisesti. Tätä voidaan pitää lähinnä motiivimallin toisinpäin kääntämisenä. Vertaaminen ”huolelliseen kauppiaaseen”, joka laskee hinnan oikein, voidaan käyttää arviointiperusteena motiivin osalta. Hintataso, johon kukaan järkevä kauppias ei päätyisi, osoittaa yrityksellä olevan jonkun toisen motiivin kuin normaalin liiketoiminnan. Tässäkin on vaarana tehottomien yritysten suojeleminen, jos ”huolelliset kauppiaat” ovat keskimäärin tehottomampia kuin arvioinnin kohteena oleva yritys.[146]

Hintojen alituksen kieltämistä voidaan em. perusteilla pitää varsin harvinaisena poikkeuksena, jos mitään muuta näyttöä yrityksen kilpailua rajoittavasta tarkoituksesta ei ole kuin väitetty kilpailijoiden rankaisu tms.

b) alennusjärjestelmät

Pelkästään yrityksen perimää hintatasoa helpommin arvioitavissa ovat sen käyttämät alennusjärjestelmät. Sallittuina on pidettävä kaikkia suoritukseen liittyviä alennuksia, kuten suuren kertaoston hyvittämistä paljousalennuksella (Mengenrabatt). Suuri kertaosto pienentää myyjän varastointitarvetta ja vähentää tähän liittyviä kustannuksia. Tällainen alennus on vain kilpailun ilmentymä eikä siihen tule puuttua, ellei em. tavoin päädytä alihinnoitteluun.[147]

Kilpailijoiden haittaamistarkoitus on selvästi tunnistettavissa järjestelystä, jossa kaikkien ostojen keskittämisestä yhteen yritykseen hyötyy. Tällöin tarkoitetaan vain niitä järjestelyjä, joissa kyseinen alennus ei vastaa sen myöntävän yrityksen todellista kustannussäästöä tms. Erona pelkkään paljousalennukseen on keskittämisen erityinen hyvittäminen. Merkittävä paljousalennushan toki johtaa keskittä-

---

[145] Emmerich II s. 265; Immenga ym. II s. 813–814 (Möschel’n osalta); Vrt. Karehnke s. 330. Karehnke ei pidä voittojen siirtämistä tässä yhteydessä merkittävänä, vaan katsoo, että ”ylivoittoihin” pitäisi puuttua niillä markkinoilla, joilta niitä kerätään.

[146] Langen ym. II s. 566–567.

[147] Paljousalennuksen kilpailun mukaisuus on yleisesti hyväksyttyä. Ks. esim. Burkhardt s. 125 (viitataan paljousalennusten sallimiseen negatiivisessa muodossa uskollisuusalennusten vastakohtana); Hoppmann I s. 24; Immenga ym. II 818. Tekijät tuovat myönteisen kannan selvemmin esille aiempaa 26 §:ää koskevassa kommentissa. Ks. em. lähde s. 1327.

miseen, jos kilpailijat eivät pysty myymään tuotetta vastaavalla hintatasolla. Tällöin keskittäminen on vain kilpailun ilmentymä. Hoppmann käyttää haitallisena pitämästään menettelystä markkinoiden jakamistermiä (Marktspaltung). Hallitseva yritys jakaa asiakkaat ”uskollisiin” ja ”uskottomiin”. Jälkimmäisille myönnetään saman suuruisistakin ostoista pienempi alennus kuin edellisille.[148]

Möschel ei pidä Hoppmann’n jakoa kovin toimivana varsinkaan kartellitapauksissa. Määräävän aseman osaltakin uskollisuusalennuksen haittavaikutus syntyy markkinoiden sulkemisesta. Hallitseva yritys ei ainoastaan reagoi markkinoiden paineisiin, vaan itse muokkaa niitä. Hän pitää menettelyä pääsääntöisesti kiellettynä hallitsevien yritysten osalta, vaikka se yksinoikeusmyyntijärjestelmään rinnastettavana ei yleisesti kielletty olekaan. Mukautumista koskevaa lyhyttä viittausta voinee pitää osoituksensa siitä, että GWB 19 § asettaa velvollisuuden valvoa toimien vaikutuksia muita laajemmin, jos lainkohdan markkinoiden hallintakriteerit täyttyvät. Viittaus on osin epäonnistunut, koska ei tällaiseltakaan yritykseltä voida kieltää kaikkia markkinoita muokkaavia toimia, edes alennusjärjestelmiä. Uskollisuusalennusten tähdätessä nimenomaan asiakkaiden sitoutumiseen ja hallitsevan yrityksen käyttäminä johtaessa markkinoille pääsyn esteiden korostumiseen on menettelyä pidettävä Möschel’n tavoin pääsääntöisesti kiellettynä.[149]

Kilpailun kannalta haitallisena pidetäänkin tyypillisesti sellaisia järjestelyjä, joissa alennusta ei ole sidottu tiettyyn erään, vaan esimerkiksi pitempiaikaisiin (useamman kuukauden, yhden vuoden) ostoihin. Yhteisalennusjärjestelmää, joka perustuu useasta eri yrityksestä tehtyihin ostoihin, ei juuri voi pitää muuna kuin pyrkimyksenä sulkea muut markkinoilta.

c) sopimusehdot

Sopimusehdoilla voidaan pyrkiä sitomaan toimittajat ja ostajat yritykseen siten, ettei näille ole taloudellisesti edullista ryhtyä liiketoimiin kilpailijoiden kanssa. Kyse voi olla joko markkinoille pääsyn estämisestä tai esim. voimassa olevan oligopolin tiukentamisesta. Pelkästään ison yrityksen kapasiteetistä johtuvaa pienempien yritysten sitoutumista tämän asiakkaiksi ei vielä voi pitää väärinkäyttönä, ellei sopimuksessa rajoiteta näiden yritysten harkinnanvapautta. Eräs ongelma on markkinavoiman sitominen ko. tulkintaan. Tulisiko tulkintaa tiukentaa aina markkinavoiman mukaan ja kuinka paljon?

Tyypillisiä esimerkkejä markkinoille pääsyä estävistä sopimuksista ovat yksinoikeussopimukset. Muitakin sopimusehtoja voidaan käyttää lähes loputtomasti tähän tarkoitukseen. Edullisten maksu- tai toimitusehtojen taustalla voi olla hiljainen uhka etujen peruuttamisesta, jos yritys ryhtyy liikesuhteisiin toisen kanssa. Uhkana voidaan käyttää esim. takuun peruuttamista, jos laitteeseen liitetään toi-

[148] Hoppman I s. 19–20.
[149] Möschel’n kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 818.

sen valmistajan tuote. Näissä tapauksissa on pyrittävä erottamaan todelliset tekniset tarpeet yrityksen valtapyrkimyksistä.[150]

d) kytkykaupat

Kytkykaupalla tarkoitetaan päätuotteen myymistä yhdessä toisen kanssa, vaikka näillä ei ole mitään toiminnallista yhteyttä. Määräävässä asemassa oleva yritys voi käyttää tätä keinoa laajentaakseen vaikutusvaltaansa toisille markkinoille. Tyypillisesti pyrkimyksenä on rajoittaa liikekumppanin mahdollisuuksia ostaa varaosia, huoltopalvelua, myydyn laitteen tms. käytössä tarvittavaa materiaalia tms. Näinkään läheistä yhteyttä tuotteilla ei tarvitse olla. Kytkykaupat perustuvat yleensä sopimuksiin, mutta näin ei välttämättä tarvitse olla. Jälkimmäisessä tapauksessa täytyy kuitenkin osoittaa jokin kytkevästä yrityksestä lähtöisin oleva taloudellinen uhka tms. (pelkkä ostaminenhan ei voi olla tällainen näyttö).[151]

Kytkykauppaa voidaan käyttää monopolihintojen perimiseen sellaisesta tuotteesta, jonka osalta yrityksellä ei ole hallitsevaa asemaa. Tällöin kyse ei ole haittaamisesta, vaan riistämisestä, ja menettely voi jopa toimia signaalina markkinoille tuloon. Käytännössä nämä tapaukset lienevät harvinaisia, koska on yksinkertaisempaa kerätä monopolivoittoja jo hallitun tuotteen osalta kuin kytkeä se toiseen (tällöin pitäisi päästä monopolihintaan tämän yhteispaketin osalta).[152]

Mitä lähempänä kytkettävät tuotteet ovat varsinaista päätuotetta sitä hankalampaa kytkykaupan arviointi on. Yritys voi pyrkiä puolustautumaan esim. sillä, että vain sen myymät varaosat täyttävät teknisesti vaativan laitteen (so. päätuotteen) vaatimukset. Schultz on asettanut vaatimukseksi sen, että kytkettävä tuote olisi markkina-arvoltaan vähäisempi. Käytännössä tämä lienee johdonmukaisesti tilanne, mutta rajaus on perusteeton. Markkina-arvoltaan vähäisen tuotteen hallinta voi pakottaa asiakkaat ostamaan arvokkaan tuotteen kytkevältä yritykseltä. Tarkastelukulman tulee olla menettelyn vaikutus markkinoilla (so. pyrkimys / vaikutus jonkun kilpailijan toimintaan) eikä tähän tuotteiden suhteellinen markkina-arvo vaikuta lainkaan.[153]

Kilpailijoiden toimintaa haittaavat kytkykaupat tulee periaatteessa erottaa ostajien riistämistapauksista. Edellisissä tapauksissa päävaikutus on kilpailijoiden markkinoille tulon estäminen ja itse kytketty tuote saattaa olla varsin edullinen. Jälkimmäiset tapaukset ovat eräs keino kerätä monopolivoittoja. Erottelun tekeminen voi olla mahdotonta, jos kytkevän tuotteen markkina-asema on riittävän vahva eikä sitä saa hankittua ilman sitoutumista kytkettyyn tuottee-

[150] Ks. yksinoikeussopimusten osalta jakso 2.6.
[151] Immenga ym. II s. 820–821.
[152] Teoriassa eroa pidetään selvänä. Ks. Langen III s. 526–527.
[153] Schultz'n kannan osalta ks. Langen ym. III s. 526.

seen. Tällöin kytketty tuote ei välttämättä ole yhtään kilpailevia tuotteita edullisempi.[154]

Saksassa on katsottu kielletyiksi sanomalehtien kytkeminen yhteen, jolloin jälleenmyyjän on täytynyt ottaa myytiin koko yhden lehtitalon valikoima. Vastaavan tapainen, joskin lähellä pelkkää riistämistä, on urheilutapahtumien lippujen niputtaminen yhteen, jolloin jälleenmyyjän on ostettava myös vähemmän kiinnostavien tapahtumien lippuja.[155]

e) mainonta

Hallitsevan yrityksen kannalta mainonta on sekä keino pitää muut markkinoiden ulkopuolelle että normaalia myynninedistämistä. Jälkimmäiseen ei luonnollisestikaan voida puuttua. Yrityksen mainonta, jolla se pyrkii kilpailijaa tai tämän tuotetta kritisoimalla haittaamaan kilpailijan toimintaa, on selkeästi väärinkäyttöä, jos väitteet eivät ole tosia. Tällöin tilanteeseen voidaan puuttua jo UWG:n kautta. Tässä laissa kielletään sekä sellainen mainonta, joka mustamaalaa kilpailijaa että oman tuotteen aiheeton ylistäminen.[156]

UWG:n kattamat tilanteet käsitellään yleensä tämän lain pohjalta, vaikka vetoaminen rajatapauksissa (ei ole varmaa hyväksytäänkö UWG:n perustuva vaade) GWB 19 tai 20 §:ään voi olla perusteltua. Näitä tapauksia huomattavasti hankalampaa on arvioida mahdollisuuksia kieltää pelkästään massiivista mainontaa. Mainontahan on periaatteessa sallittua, joten kilpailuviranomaisten tai kantajan tulisi osoittaa jokin raja, jonka jälkeen kyse on väärinkäytöstä. Jos voidaan osoittaa yrityksen pyrkivän kilpailijan haittaamiseen, on aina kyse väärinkäytöstä. Tämä lienee mahdollista lähinnä alueellisesti rajatun mainonnan osalta, koska kilpailijan haittaaminen voi olla rajatun mainonnan ainoa järkevä tarkoitus. Käytännössä suuret tavarataloketjut tms. käyttävät koko Saksan tai suurkaupunkien laajuista mainontaa. Markkinointi yhdessä laajempien tavaravalikoimien, parempien kauppapaikkojen tms. kautta haittaa varmasti pienempien kilpailijoiden toimintaa. Tällaisen laajan mainonnan osalta erityisen haittaamistarkoituksen osoittaminen on lähes mahdotonta. Toisaalta puuttuminen pelkästään oletettuihin seurauksiin johtaa yrityksen

---

[154] Langen ym. III s. 526–527 ”Kopplungen als Fälle des Behinderungsmißbrauchs setzen voraus, daß Wettbewerber des Marktbeherrschers, … , in ihrer wettbewerblichen Betätigungsfreiheit nachteilig beeinflußt werden. Dies ist dann nicht der Fall, wenn sich die Kopplung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in der Ausbeutung der Marktgegenseite erschöft …”

[155] OLG Düsseldorf piti Inter-Mailand-Spiel -ratkaisussaan 22.1.1985 määräävän aseman väärinkäyttönä Inter Mailand -pelin lippujen myynnin kytkemistä Braunschweig -pelin lippuihin. Kysyntä edellisen pelin lipuista oli huomattavaa ja myyjä Fußballclub Köln sai tällä tavoin kaupaksi myös huonommin kelpaavia lippuja. Oikeus totesi, ettei tarkoituksena ollut tarjota edullista lippupakettia molemmista otteluista kiinnostuneille, vaan pakottaa myös Saksan mestaruussarjan ottelusta vähemmän välittävät ostamaan lipun tämän sarjan otteluun. Ks. WuW 5/1985 s. 406–409.

[156] GWB:n osalta ks. Immenga ym. II s. 822.
UWG:n osalta ks. Emmerich IV s. 109–115, 144–145.

toiminnan jatkuvaluontoiseen kontrolliin. Mainontaan rinnastettavana väärinkäyttönä voidaan pitää normaalista selvästi poikkeavaa tuotteen ilmaisjakelua. Poikkeavana on pidettävä ainakin sellaista jakelua, joka ei enää ole pelkkien näytepakkausten antamista, vaan normaalien perhe- tms. kokoisten pakkausten jakoa.[157]

Mainonnan arvioinnin vaikeutta voidaan kuvata mediakonsernien suhtautumisella ilmaisjakelulehtiin. Massiivisen mainoskampanjan tavoite voi olla lähinnä uuden kilpailevan ilmaisjakelulehden toiminnan estäminen pelkästään tuomalla esille oman julkaisun kattavuus, laajat lukijapiirit jne. Tällöin ilmaisjakelulehtiyritykseen ei kohdistu mitään sopimatonta väitettä tms. Sen asiakkaat voivat kuitenkin tehdä mainonnasta sen johtopäätöksen, että ilmaisjakelulehti ei tule luetuksi, vaan kaikki lukevat ”ykköslehteä”. Rajanveto sallittavaan voi olla vaikeaa tai jopa mahdotonta, koska mainonta on osa arkipäivää ja siihen käytetään joka tapauksessa suuria määriä rahaa. Hallitseva yritys saattaa naamioida menettelyään (tuskin se aloittaa mainontaa vain yhdessä kaupungissa, vaan laajemmalla alueella). Massiiviseen mainontaan puuttumista on tässä mielessä pidettävä lähinnä teoreettisena vaihtoehtona. Hallitsevalla yrityksellä on kuitenkin velvollisuus olla muita varovaisempi toimissaan, joten varsinkin lähes monopolien mainontaan on voitava näissäkin tapauksissa puuttua, jos jonkinasteista näyttöä kilpailijoiden haittaamistarkoituksesta on.

f) muut keinot

Kilpailijoiden pääsyä markkinoille voidaan haitata estämällä raaka-aineiden tai puolivalmisteiden saantia. Tämä voi tapahtua esim. estokaupoilla (Sperrkäufe), jolloin yritys ostaa pois markkinoilta sellaisia tuotteita, joita se ei joko lainkaan tarvitse omassa prosessissaan, tai joita sillä on varastossa normaali määrä. Toiminta voidaan suunnata myös kuljetuksiin varaamalla kuljetuskapasiteetistä enemmän kuin mitä tarvitaan.[158]

2.5.3 Riistäminen

Saksan kilpailulaki ei suoraan käytä termiä riistäminen (Ausbeutung). Kirjallisuudessa tällä termillä kuvataan tilanteita, joissa yritys pyrkii määräävän asemansa nojalla käyttämään sellaisia ehtoja ja kauppahintoja, joita se ei normaalin kilpailun oloissa saavuttaisi. Toisena kriteerinä ovat diskriminointitilanteet, joissa yritys käyttää erilaisia ehtoja samanlaisiin asiakkaisiin nähden.

Määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii yleensä jollain tavoin hyödyntämään tätä asemaansa. Se voi pyrkiä nk. monopolivoittojen keräämiseen, jolloin on itse asiassa kysymys heikommassa asemassa olevien ostajien riistämisestä. Kilpailun

[157] Emmerich II s. 279; Immenga ym. II s. 822.
[158] Immenga ym. II s. 823.

paineessa toimiva yritys ei tällaista menettelyä voi käyttää, koska se vahingoittaisi vain itseään (hintojen nostaminen tms. karkottaisi asiakkaat).[159]

Riistäminen on varsin avoin oikeuskäsite. Menettelyä verrataan normaalin kilpailun oloihin, joita markkinoilla ei vallitse. Normaalilla kilpailulla voidaan tarkoittaa miltei mitä tahansa kilpailun muotoa aina toimivasta kilpailusta täydelliseen kilpailuun asti. Markkinat toimivat lisäksi eri tavoin, joten toisten markkinoiden ”normaali” ei ehkä ole toisiin markkinoihin sovellettavissa. Herdzina huomauttaa osuvasti, etteivät ylihinnat tai kohtuuttomat ehdot ole kilpailunrajoituksia, vaan jonkin kilpailunrajoituksen seuraamuksia. Hintavaatimustahan ei vielä voida pitää minään kilpailunrajoituksena (yritys saa vaatia sellaista hintaa kuin se haluaa), vaan vasta tämän hinnan läpimeno (so. asiakkaiden on pakko ostaa tuotetta ko. hinnalla) osoittaa markkinoiden toiminnassa olevan häiriötä.[160]

Kohtuuttomiin hintoihin ja sopimusehtoihin kohdistuvan kontrollin merkitystä on hankala arvioida. 1970-luvullakaan (joka oli hintakontrollin ”kulta-aikaa”) ei loppuun asti vietyjä ratkaisuja ole monta. Toisaalta BKartA:n tutkimuksen tuloksena saattoi olla vapaaehtoinen menettelytapojen muutos, jolloin viranomaiset lopettivat osassa tapauksia jatkotutkimukset. Monopolikomissio on pitänyt tällaista ennalta-ehkäisevää vaikutusta hyödyllisenä. Eräänä ongelmana pidettiin prosessin pitkää kestoa (lopullisen ratkaisun saaminen kesti vuosia, jos BKartA:n ratkaisusta valitettiin). Tilanne on pitkälti korjautunut lakiin otetulla mahdollisuudella vaatia yritystä maksamaan valtiolle ylihinnalla keräämänsä määrä, jos hinnoittelu on ollut tuottamuksellista (GWB 34 §). Herdzina kritisoi normia sikäli, ettei se mahdollista monopolivoiton vaatimista valtiolle, jos yritys muuttaa hinnoitteluaan heti kilpailuviranomaisten yhteydenoton perusteella (esim. epäviralliseen neuvottelun jälkeen). Herdzinan kantaa voidaan kritisoida, koska tärkeämpää on mielestäni estää kohtuuttomien hintojen jatkuva käyttö kuin ”rangaista” yritystä jo tapahtuneesta hinnoittelusta. Tilanteeseen puuttuminen on riittävän selvä signaali ja GWB 34 § estää prosessin aikana tapahtuvan riskittömän monopolivoiton keräämisen mitä ei voitaisi pitää hyväksyttävänä.[161]

a) hinnat

Yritystä voidaan kieltää käyttämästä hintaa, jota se ei saavuttaisi kilpailluilla markkinoilla. Ongelmana on tällöin vertailukohdan löytäminen. Hintojen osalta

---

[159] Herdzina s. 207.

[160] Ongelman mainitsee mm. Herdzina s. 207–208. Herdzina katsoo hintoihin ja ehtoihin puuttumisen olevan ”oireiden” korjaamista itse syyn jäädessä hoitamatta. Syinä hän pitää esim. markkinoille pääsyn esteitä. Ks. tältä osin s. 208–209.

[161] Emmerich viittaa 1970-luvulla todettuihin ongelmiin väärinkäyttönä pidettävän hinnan toteamisesta. Emmerich III s. 207–208; Herdzina s. 206; Monopolikomission kannasta ks. esim. Hauptgutachten 1978/1979 s. 138. Samalla sivulla komissio tervehti tyydytyksellä 4. GWB:n uudistuksessa lakiin lisättyä mahdollisuutta ylivoiton perimiseen yritykseltä.

Lain muutoksessa ei aiemman GWB 37b § sisältöä muutettu. Ks. Drucksache 13/9720 s. 55.

jouduttaneenkin turvautumaan nk. als-ob -malliin. Tässä mallissa vertailukohtana ovat hypoteettiset kilpaillut markkinat. Ongelmana on luonnollisesti se, ettei vertailumarkkinoita ole todellisuudessa olemassa, jolloin vertailuhinnan asettaminen on enemmän tai vähemmän epävarmaa. Pyrkimyksenä on käyttää mittapuuna joitain todellisia markkinoita, mutta nämäkään eivät koskaan ole ne markkinat, joilla tutkittava yritys toimii. Möschel katsoo als-ob -kontrollin olevan viimeisellä sijalla. Ensisijaisesti tulisi puuttua markkinoiden rakenteisiin, tämän jälkeen selviin yksittäisiin ylihintoihin, ja vasta tämän jälkeen turvaudutaan hypoteettiseen arvioon hintatasosta. Yksittäisillä ylihinnoilla Möschel tarkoittaa tilanteita, joissa on kyse lähinnä hintadiskriminoinnista (so. näyttö kilpailuhintatasosta saadaan yrityksen omasta toiminnasta).[162]

Hintoihin puuttumista voidaan kritisoida sikäli, että se on pikemminkin ”kilpailuhallintoa” (so. hallinnollista hintakontrollia) kuin kilpailun vapautta edistävää toimintaa. Taloustieteen kannaltahan korkeiden hintojen pitäisi houkutella markkinoille uusia yrittäjiä. Niederleithinger katsoo kritiikissään, ettei hintojen alentamisella suojata ostajia tai kilpailevia yrityksiä, koska hintatason jäädyttäminen itse asiassa vakauttaa hallitsevan yrityksen aseman. Hintoihin puuttumista tulisikin käyttää lähinnä viimeisenä keinona sellaisissa tilanteissa, joissa markkinoiden toimintaa ei muutoin enää voida korjata (esim. oikeudellisten tai luonnollisten monopolien tapauksissa). GWB ei tunne mitään ennakkokontrollia, jonka nojalla esim. hinnan nostamiseen voitaisiin puuttua etukäteen, tai yrityksillä olisi mahdollisuus selvittää kilpailuviranomaisten kanta ennakolta. Kieltonormiksi muuttaminen voi periaatteessa johtaa eräänlaiseen ennakkokontrolliin, koska yrityksen on itse tiedettävä milloin se ylittää sallitun hinnan. Käytännössä hintakontrolli pysynee taustalla, eikä em. tilanne realisoidu.[163]

Schmidt toteaa ylivoittoja syntyvän lähinnä nk. kypsillä tai taantuvilla markkinoilla, joilla tuotannon aloittamiselle on jo muutoinkin huomattavasti esteitä. Ylisuuren voiton kieltäminen ei siten enää tähän seikkaan vaikuta, joten hallitsevan yrityksen aseman vakauttamista koskeva kritiikki on aiheetonta. Schmidt’n

---

[162] Herdzina s. 209 ”Nur wenn man die Wettbewerbsergebnisse kent, kann man von den Marktteilnehmern fordern, sich so zu verhalten, als ob Wettbewerb herrscht (sog. Als-ob-Wettbewerb).”; Kirschstein s. 45 ”Theoretisch recht klar ist der Vergleich mit einer Situation bei sogenanntem ”Als-ob-Wettbewerb”. Zu fragen ist nach der Höhe des Preises bei wirksamen Wettbewerb. Aber eine Antwort auf diese Frage ist meistens nicht möglich, denn der ”Als-ob-Wettbewerb” kann nicht im Experiment herbeigeführt werden.”; Möschel I s. 158–159.

[163] Immenga ym. II s. 830–831, jossa Möschel tuo esille hintakontrollia vastaan esitettyä kritiikkiä (mm. heikentää uusien yritysten intoa tulla markkinoille, laatuun tms. liittyvät ongelmat). Möschel painottaa, että kyseessä on hätävara (Notbehelf) Ks. myös em. lähde s. 832 ”Das ist jedenfalls dann gegeben, wenn Märkte strukturell so gestört sind, daß man die Hoffnung auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs sinnvollerweise aufgibt”; Niederleithinger s. 14.

Etukäteispuuttumiseen lakonisen kielteisesti suhtautui monopolikomissio vuonna 1978. Ks. Hauptgutachten 1977/1978 s. 35. Tällainen kontrolli sotisi koko väärinkäyttö-valvonnan perusajatusta vastaan (so. johtaisi jatkuvaan hallinnointiin vielä helpommin kuin jälkikäteinen puuttuminen sekä estäisi vapaan hintatason muodostumisen).

kantaan voidaan yhtyä niissä tapauksissa, joissa em. markkinoista on todella kysymys. Voidaanko mitään markkinoita pitää automaattisesti taantuvina tms., on mielestäni sangen hankala kysymys, koska markkinoiden kannalta uusi tuote voi olla lähes mikä tahansa jatkokehitelmä. Tällaisen kehityksen syntymistä ei voida tarkkaan ennakoida. Yhtyisin tältä osin edellisessä kappaleessa esitettyyn kantaan hintakontrollista lähinnä hätäapuna.[164]

Lakiteksti ei vaadi vertailumarkkinamallin käyttämistä, vaan hinnan poikkeaminen kilpaillusta voidaan todeta muutenkin. Benisch painottaa kustannustason käyttämistä niissä tapauksissa, joissa muuten päädyttäisiin vaatimaan alle tuotantokustannusten jääviä hintoja. Vertailumarkkinat ovat kuitenkin etusijalla, koska ne on laissa mainittu sanonnalla erityisesti (”insbesondere”). Möschel on valmis viemään tämän erityisaseman niin pitkälle, ettei mikään muu malli voi käytännössä tulla kysymykseenkään. Als-ob -vertailua selvästi parempia keinoja ei hänen mielestään ole.[165]

Monopolikomissiokaan ei ole pitänyt als-ob -vertailua minään hyvänä ratkaisuna, koska kilpailtuja vertailumarkkinoita ei yleensä ole. Muut arviointitavat eivät kuitenkaan ole sen parempia. Komission suositus olikin 1970-luvun lopulla, että hintakontrolliin pitäisi suhtautua pidättyvästi. Myös 1990-luvun alussa komissio korosti, että sopivien vertailumarkkinoiden löytäminen on yleensä hankalaa. Bensiinimarkkinoiden osalta tämä olisi edellyttänyt alueellisesti samankaltaisia markkinoita eli esim. samantapaisten kaupunkikeskusten vertaamista toisiinsa. Lisäksi polttoaineen kuljetuskustannusten olisi pitänyt vastata toisiaan. Jotta vertailusta olisi mitään hyötyä, olisi näillä markkinoilla vielä pitänyt vallita toimiva kilpailu! Komissio jättää rajaamatta mitä se tarkoitti toimivalla kilpailulla tässä yhteydessä. Polttoainemarkkinoiden ollessa Saksassa keskittyneitä muutaman suuren ketjun hallintaan ei paremmin toimivaa kilpailua vertailukohdaksi juuri ole.[166]

Vaikka vertailumarkkinoiden lähtökohtana onkin kilpaillut markkinat, ei näillä markkinoilla voida tarkoittaa täydellisen kilpailtuja markkinoita. Alunperinhän

---

[164] Schmidt II s. 271.

[165] Oikeuskirjallisuudessa vertailumarkkinoiden sitomattomuudesta huomauttavat mm. Bechtold s. 191–192, Emmerich III s. 210; Langen ym. I s. 669 ”Für die Bestimmung des Wettbewerbspreises ist grundsätzlich jede hinreichend zuverlässige Methode zugelassen. Die größte praktische Bedeutung hatte allerdings schon immer die Vergleichsmarktmethode,…”. Vrt. Immenga ym. II s. 833 (Möschel’n kannan osalta) sekä hänen aiemmin esittämän mielipiteensä osalta Möschel I s. 160 ”… weisen solche Als-Ob-Konzeptionen als das aus, was sie sind: ein Notbehelf, wenn sonst nichts mehr weiterhilft. … Ein solcher Notbehelf ist immer noch besser als ein kampfloser Verzicht in solchen Fällen auf eine Mißbrauchsaufsicht überhaupt.” Tämä mielipide on esitetty ennen vertailumarkkinanormin lisäämistä lakiin ja als-ob-käsitteen ”viime sijaisuus” johtuu lähinnä teoksessa omaksutusta kannasta, että ”yleisluontoinen” hintakontrolli (so. pidetään yrityksen koko hintatasoa liian korkeana eikä puututa vain yksittäiseen kauppaan) on viimeinen keino, jota käytetään kun kaikki muu on epäonnistunut. Vrt. em. lähde s. 201 ”…beim Ausbeutungsmißbrauch in der Form überhöhter Preise, eine hypothetische Als-Ob-Betrachtung mangels besserer Alternativen nicht zu vermeiden.” Kustannustason merkityksestä ks. Benisch I s. 812–813.
Lakitekstin osalta viittaan jakson 2 ensimmäiseen alaviitteeseen.

[166] Hauptgutachten 1976/1977 s. 34–35; Hauptgutachten 1990/1991 s. 244.

GWB nojasi tähän käsitteeseen, mutta nykyään sen pohjana on toimivan kilpailun malli. Avoimeksi jää edelleen se, tuleeko vertailumarkkinoiden muistuttaa mahdollisimman paljon niitä markkinoita, joihin vertailua suoritetaan (eli verrataanko oligopoli sellaiseen oligopoliin, jossa vallitsee kilpailu). Monopolin osaltahan tämä ei ole mahdollista, koska monopolilla ei ole lainkaan kilpailua. Benisch katsoo monopolia lukuunottamatta kaikkien muiden markkinoiden kelpaavan vertailun pohjaksi. Perusteluna on se, että toimivaa kilpailua voi hänen mielestään olla kaikilla näillä markkinoilla. Bechtold painottaa, että vertailupohjaksi käy vain sellainen markkina, jossa ei ole määräävää asemaa. Langen ym. sekä Möschel hyväksyvät toisen monopolinkin käyttämisen vertailupohjana alueellisessa vertailussa.[167]

Monopolin tai ”ei toimivan kilpailun” ottaminen vertailukohdaksi on mielestäni osittain lain sanamuodon vastaista. Laissa todetaan selvästi vertailukohtana olevan toimivan kilpailun markkinat. Ainakaan monopolia ei voitane pitää missään mielessä toimivana markkinana. Markkinoiden vertailun sijasta tällöin olisi kyse pikemminkin yritysten vertailusta. Tässä lähestytään lähinnä voittojen vertailua. Koska lainsäätäjän omaksuma malli on vain esimerkki, ei monopolin vertaamista toiseen monopoliinkaan voi pitää täysin kiellettynä. Järin kilpailua muistuttavaan tilanteeseen ei tätä kautta päästä, mutta sama ongelma vaivaa hintojen kontrolloimista muutoinkin.

Vertailu voidaan suorittaa joko alueellisesti, asiallisesti (toisia tuotteita hyödyntäen) tai ajallisesti. Alueellisessa vertailussa voidaan hyödyntää joko toisia kotimaisia (so. saksalaisia) tai ulkomaisia markkinoita. Näiden tulisi mahdollisimman tarkkaan vastata tutkittavia markkinoita. Tällöin on itse tuotteen lisäksi huomioitava kaikki kilpailuolosuhteet. Vertailukelpoisina ei voi pitää esim. halpatuote ja luksustuotemarkkinoita. Ulkomaisten markkinoiden kohdalla ongelmana on luotettavan tiedon saanti näiden toiminnasta. Tarvittaessa vertailumarkkinoiden osoittamaan ”kilpailuhintaan” voidaan tehdä lisäyksiä tai vähennyksiä, jos markkinoiden rakenteelliset erot tällaista vaativat. Missä määrin tällaisia ”tasauseriä” voidaan johtaa markkinoiden todellisista eroista, ja johtaako tämä ”oikean” hinnan saavuttamiseen, on varsin kyseenalaista. Mitä enemmän erilaisia lisäyksiä tai korjauksia joudutaan tekemään sitä epävarmemmalla pohjalla koko vertailu on.[168]

---

[167] Bechtold s. 192, Langen ym. I s. 672 ”Andererseits muß der vergleichbare Markt kein Wettbewerbsmarkt sein; das Unternehmen kann auch dort marktbeherrschend sein.” Vielä korostetummin uudemmassa painoksessa. Ks. Langen ym. II s. 551 ”Bei dem räumlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis … Mangels anderer Vergleichsmöglichkeiten kann sich der Vergleich auch auf Monopolbetriebe beziehen.”; Samalla kannalla Immenga ym. II s. 836; Vrt. Benisch I s. 806.

[168] Benisch I s. 808–809. Benisch painottaa tarkastelunäkökulman olevan kuluttajan mielipide eli vertailukelpoisia ovat vain sellaiset tuotteet, joita ostajat voivat pitää tällaisina. Benisch huomauttaa tarpeettomasti, ettei vertailua voida tehdä esim. sellaisiin ulkomaalaisiin markkinoihin, joiden hintoja kontrolloidaan valtion tms. toimesta. Tämä seikkahan on itsestään selvyys, koska vertailun

Langen ym. katsovat, ettei vertailuhinnaksi voida asettaa vertailumarkkinoiden alempaa hintatasoa, jos osa näillä markkinoilla toimivista yrityksistä voi käyttää korkeampaa hintaa. Yksittäisiä sopimuksia ei kuitenkaan voida ottaa arvioinnin pohjaksi. Kantaa ei ole laajemmin perusteltu. Yksittäisiä sopimuksia koskeva rajaus on järkeenkäypä, mutta hintatason osalta tilanne edellyttää mielestäni tuotteiden tarkempaa vertailua. Jos vertailumarkkinoilla on selviä laatueroja, tulisi tutkimuksen kohteena olevan yrityksen käyttämää hintaa verrata sen omia tuotteita vastaaviin tuotteisiin (so. halpatuote – halpatuote; luksustuote – luksustuote). Tämäkään ei toki anna kuin karkean arvion. Toisaalta ylimmän vertailuhinnan käyttö antaisi määräävässä asemassa olevalle yritykselle ikään kuin toisen ”suojavallin”, koska sen hintoihin voidaan puuttua vain, jos ylitys on merkittävä.[169]

Alueellisten vertailumarkkinoiden hyödyllisyyttä kritisoi varsin terävästi Emmerich. Hänen kantansa mukaan ei ole todistettu, että kahden eri asteisessa kilpailutilanteessa olevan markkinan osalta voitaisiin valita näistä kilpaillumman markkinan hinta hypoteettisen kilpailuhinnan pohjaksi. Vertailupohjan pitäisi olla tarpeeksi kattava (so. muutamaa yritystä tai muutaman kaupan perusteella syntynyttä hintatasoa ei voida hyväksyä). Vertailusta on luonnollisesti poistettava sellaiset markkinat, joiden hintataso perustuu esim. hetkelliseen hintasotaan tms. Emmerich’kään ei sinänsä näe estettä käyttää vertailussa jopa yhden yrityksen markkinoita, jos vertailtavat markkinat ovat todella identtisiä. Vähänkään toisista poikkeavilla markkinoilla on käytettävä ”kilpailullisesti vertailukelpoista hintaa” (wettbewerbsanalogen Preis), joka määritetään em. lisien ja vähennysten avulla.[170]

Asiallisten ja ajallisten vertailujen heikkoutena on joko se, etteivät vertailunkohteena olevan tuotteen markkinaolosuhteet vastaa kohdeyrityksen markkinoita. Ajallisessa vertailussa voidaan pyrkiä vertaamaan nykytilannetta aiempaan kilpailtuun tilanteeseen. Tällöin olisi varmistuttava siitä, että markkinoiden rakenteelliset muutokset huomioidaan. Ajallisesti voidaankin joutua vertaamaan saman yrityksen (joka jo vertailuajankohtanakin oli määräävässä asemassa) toimia nykyhetkeen. Tämän vertailun merkitys on varsin kyseenalainen, koska tällöin ollaan varsin lähellä kustannustason tms. muutosten arviointia. Lähinnä vertailua voitaisiin käyttää selvän monopolivoiton keräämisen havaitsemiseen.[171]

---

kohteena voi olla vain markkinat, joilla vallitsee toimiva kilpailu. Hintakontrollin alaisia markkinoita ei tällaisina voi pitää. Ks. tältä osin em. lähde s. 811; Emmerich III s. 209; Immenga ym. II s. 836. Möschel painottaa tässä esityksessä sitä, ettei yrityskohtaisia seikkoja tule ottaa huomioon. Arviointi on siis tältäkin osin objektiivista. Ulkomaalaisia markkinoita koskevien ongelmien osalta ed. lähde s. 837.

[169] Langen ym. I s. 670.

[170] Emmerich III s. 209. Vrt. Benisch I s. 809, jossa hän huomauttaa esim. toimitusaikojen, takuiden jne. merkityksestä markkinoita verrattaessa. Itse yritystenkin tulisi olla mahdollisimman samanlaisia, jotta vertailu on luotettava.; Herdzina s. 209, jossa hän toteaa, että markkinoiden samanlaisuuden lisäksi on osoitettava, että vertailumarkkinoiden ”tulokset” ovat kilpailun aikaansaamia.

[171] Immenga ym. II s. 836, 838. Teoksessa suhtaudutaan varsin pidättyvästi näihin vertailumalleihin. Sivulla 836 Möschel katsoo, ettei ajallinen vertailumalli edes ole lain tarkoittama vertailumalli, mutta laki ei sen käyttöä suoraan kielläkään.

Ajallisten markkinavertailujen osalta on käytetty nk. perustusteoriaa (Sockeltheorie). Aiempi hinta muodostaa perustuksen, johon ko. ajankohdan jälkeinen kustannustason nousu lisätään. Lopputuloksena pitäisi olla nykyhetken ”kilpailuhinta”. Möschel huomauttaa menettelytavan olevan erittäin epävarma jo sen takia, että lähtökohtana ei välttämättä ole kilpailuhinta, vaan yrityksen oma aiempi hinta. Jos tämä hinta on ollut kilpailtua hintaa korkeampi, voivat kilpailuviranomaiset joutua hyväksymään hintatason, joka on merkittävästi todellista kilpailuun perustuvaa hintaa korkeampi. Vastaavasti poikkeuksellisen alhainen pohjahinta johtaisi mahdottomiin vaatimuksiin yrityksen kannalta. Jälkimmäinen tilanne lienee lähinnä teoreettinen. Monopoliyrityksellä ei edes olisi mitään syytä pyrkiä rationalisoimaan toimintaansa, koska se voisi aina käyttää kustannustason nousua hinnan korotusten perusteena. Kustannustason muutosten osalta jouduttaisiin päättämään, hyväksytäänkö ko. toimialan kustannusten muutokset arvioinnin pohjaksi vai käytetäänkö esim. elinkustannusindeksiä. Mitä vähemmän kilpailua markkinoilla on sitä epätodennäköisempää on alan kustannustason pysyminen vain inflaatiovauhdissa. Elinkustannusindeksin tms. muutos ei toisaalta välttämättä lainkaan vastaa yrityksen todellisen tilanteen muuttumista. Lisähankaluuksia voivat aiheuttaa markkinatilanteen selvät muutokset (esim. ulkopuolisista tekijöistä johtunut tuotteen niukkuus). Tulisiko tällaisessa tilanteessa hinnannousu sallia?[172]

Perustusteoriaa vastaavan mallin esittää Albach. Tällöin markkinoiden hintaa verrataan aiempien hintojen perusteella saatuun hintahaarukkaan. Kohtuullista on noin 50 % haarukan käyttäminen, koska todennäköisyys, että hinta liittyisi kilpailunrajoitukseen jää vastaavasti alle 50 %. Mikään ei estä rakentamasta mallia tiukemmalle pohjalle. Albach pitää ajallista vertailua sikäli parhaimpana vaihtoehtona, että tässä vertailussa kilpailtua hintaa koskevien säännönmukaisuuksien pitäisi johtaa oikeaan lopputulokseen. Jos vertailun pohjalta epäillään ylihintaa, tulisi tässä vaiheessa pyrkiä asian varmistamiseen alueellisten vertailumarkkinoiden kautta. Lähtökohdan ongelmana on se, että se vaatii varsin tarkan ja pitkäaikaisen markkina-analyysin. Albach itse huomauttaa vertailun olevan sitä varmemman mitä pitempi verrattava toimivan kilpailun ajanjakso on. Käytännössä lopputulos lienee sama kuin perustusteoriassakin.[173]

Lain sanamuoto on jätetty varsin avoimeksi. Lähtökohtana on se, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saisi käyttää hintaa, jota se ei suurella todennäköisyydellä voisi saavuttaa kilpailluilla markkinoilla. Yrityksille on samalla luotu eräänlainen

---

[172] Benisch I s. 811; Emmerich I s. 271 ”Bei diesem Konzept werden die früheren Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens als gegeben hingenommen mit der Folge, daß die Kartellbehörden lediglich prüfen. ob spätere Preiserhöhungen durch zwischenzeitliche Kostenerhöhungen gerechtfertigt sind.”; Möschel’n osalta ks. Immenga ym. II s. 838.

[173] Albach s. 9–12. Albach on kirjoittanut teoksensa 1976, mutta tutkii 1960-luvun tekstiilikuitujen hinnan muodostusta. Epäselväksi jääkin missä määrin hänen lähtökohtansa ottaa huomioon suuremmat markkinahäiriöt. Normaali nousukausien ja laskukausien vaihtelu otetaan mallissa huomioon.

lainen ”puskuri”, koska hieman vertailumarkkinoita korkeampaa hintatasoa ei voitane pitää kiellettynä. Yritys olisi todennäköisesti pystynyt saavuttamaan tämän hinnan kilpailutilanteessakin. Möschel huomauttaa, että ”suuren todennäköisyyden” käyttäminen verrattaessa hintaa hypoteettisiin markkinoihin ei ole mahdollista. Näitä markkinoita ei ole olemassa, joten sen todennäköisyyden arvioiminen mille tasolle hinta olisi asettunut ei ole mahdollista. Lakiteksti kuitenkin viittaa siihen, että näissäkin tapauksissa pitäisi jokin todennäköisyys arvioida.[174]

Benisch puolustaa ”suuren todennäköisyyden” käyttämistä, koska tällä menetelmällä voidaan estää liian tiukka yritysten toimintaan puuttuminen. Hän pitää tätä hyödyllisenä varsinkin niissä tapauksissa, joissa vertailuhintaa ei saada määriteltyä täysin varmasti. Puuttumisriskiä pienentää jo väärinkäytön käsitteen edellyttämä menettelyn merkittävä vääristymä kilpailuun verrattuna.[175]

Hintoihin kohdistuvan kontrollin ongelmaksi voi muodostua niiden liittyminen yritysten kustannustasoon, vaikka alalla ei päästäisi niin pieniin kustannuksiin kuin tehokkaasti toimien olisi mahdollista. Kilpailuviranomaiset ovat tuskin valmiita tekemään päätöstä, joka johtaisi jonkin yrityksen toiminnan lakkaamiseen. Väärinkäytön käsitteeseen ei kovin helposti voida yhdistää kustannukset alittavan hinnan vaatimista, koska yrityksen oman toiminnan turvaamista tuskin voidaan pitää väärinkäyttönä. Kilpailun ajatuksen vastaisesti hinta saatetaan asettaa huonoimmin menestyvän yrityksen kustannustason mukaan, jolloin sitä tehokkaammat yritykset saavat ”ylivoittoja”. Kustannustaso voi olla kaikilla alalla toimivilla yrityksillä selkeästi tehokkaasti toimivia markkinoita suurempi, jolloin hintoihinkaan ei voitaisi puuttua. Kustannusten arviointi edellyttää lisäksi pitkälle menevää valvontaa tai ainakin hintatasojen seuraamista pitemmällä aikavälillä, jotta yritykset eivät saisi läpi ”tehottomia” hintojaan.[176]

Hintojen ylittäessä erittäin selvästi kustannustason voidaan toisaalta katsoa yrityksen perivän tuotteesta ylihintaa ilman mitään vertailumarkkinoiden käyttämistäkin. Vastaava lähtökohta on nk. voittojen rajoittamismalli, jossa hintoihin voidaan puuttua yrityksen saadessa ylivoittoja. Ylivoitto on voitto, jota ei normaaleissa kilpailuolosuhteissa saavutettaisi. ”Sopivan” voiton arviointi aiheuttaa tosin melkoisia ongelmia ja esim. Möschel suhtautuu näihin malleihin torjuvasti. Vertailukohtana on yleensä jonkin toisen vastaavanlaista tuotetta tms. valmistavan

---

[174] Möschel’n kannan osalta katso Immenga ym. II s. 835 ”Es läge auch in der Logik eines Als-ob-Konzeptes, innerhalb dessen – per definitionem – für eine zusätzliche Bandbreite kein Raum ist.”

[175] Benisch I s. 804–805 ”…, daß eine nicht eindeutig verifizierbare Grundlage (so. vertailuhinta) dirigistische Gefahren auflöse …, wird durch die vom BGH genannte Sicherheitsgrenze und durch die im Mißbrauchsbegriff liegende erhebliche Überschreitung des Wettbewerbspreises Rechnung getragen.”

[176] Benisch huomauttaa, että kustannustason alittavien hintojen vaatiminen johtaisi valtiolliseen hintakontrolliin ja olisi siten Saksan perustuslain vastaista. Hän tuo myös esille väärinkäyttökäsitettä koskevan ristiriidan. Ks. Benisch I s. 813–814; Emmerich I s. 271–272. Hän toteaa, ettei kukaan todennäköisesti haluaisi ottaa vastuuta siitä, että viranomaisten vaatimat hinnat johtaisivat konkurssiin tai edes investointien lakkaamiseen Saksassa.

yrityksen voittotaso, mikä voi johtaa turhan suurten voittojen hyväksymiseen (esim. tilanteessa, jossa lähitoimialat ovat lähes monopolisoituneita eikä parempia vertailukohtia ole). Schmidt katsoo voiton vertaamista paremmaksi sidotun pääoman tuoton vertailua, koska tämä ilmentänee paremmin yrityksen tuottoa. Mitä tarkemmin voittoa verrataan kilpailutilanteessa saavutettavaan tulokseen sitä lähempänä ollaan vertailumarkkinamallia. Tuoton vertaaminen edellyttäisi investointien kohdentamista tiettyihin tuotteisiin, jotta voitaisiin arvioida onko tuotteen x osalta kyse ylihinnoittelusta siihen käytettyjen investointien tuottaessa normaalia enemmän. Jos tuotekohtaista arviointia ei tehdä, on mahdotonta väittää jonkin yksittäisen hinnan olevan liian korkea ja tuloksena olisi koko yrityksen hintatason kontrolli! Langen ym. huomauttavat, ettei hetkittäistä ”ylivoittoa” edes voida pitää sellaisena, jota ei kilpailutilanteessa saavutettaisi. Kilpailun painehan laskee hintoja vasta vähitellen (kilpailijoiden tultua markkinoille). Tarkastelukulman olisi siten oltava pitempiaikainen, mikä ei kovin hyvin sovi yhteen GWB 19 §:n lähtökohtana olevaan tapauskohtaisen harkinnan kanssa.[177]

Kustannustason arviointi monialayrityksissä voi olla lähes mahdotonta yhteisten kustannusten (hallinnoimiskustannukset, osa markkinointikustannuksista) sekä yhtiön sisäisen kaupan käynnin takia (tässä kaupassahan ei välttämättä käytetä todellista hintatasoa). Esim. tutkimus- ja kehittelykustannusten jakaminen jonkun tietyn tuotteen kohdalle voi johtaa hyvinkin korkean hinnan hyväksymiseen, koska tuotteen taustalla saattaa olla merkittävää perustutkimusta (josta kenties saadaan muitakin tuotteita, mutta miten tämä arvioitaisiin?) sekä suuret tuotekohtaiset kehityskustannukset. Ongelma vastaa peilikuvamaisesti alihinnoittelutilanteita.[178]

Monopolivoittoja keräävän yrityksen toimintaan on jossain määrin voitava puuttua. Tällöin ei useinkaan jää muuta mahdollisuutta kuin kuvitellun vertailuhinnan käyttäminen. Kustannuksiin sidottu hinnoittelu edellyttäisi yrityksen toiminnan jatkuvaa valvontaa ja tämä onnistuu vain viranomaisten säätelemillä aloilla. Vertailuhinnat vaativat tosin jonkin asteisen ”puskurin” käyttämistä, koska muussa tapauksessa yritysten oikeusturva heikentyisi liikaa. Nehän eivät voisi lainkaan luottaa hintojensa pitävyyteen, vaan yritysten olisi koko ajan oltava valmiina todistamaan hintatasonsa oikeellisuus. Varsin lievää puuttumista hintoi-

---

[177] Tästä huomauttaa mm. Bechtold s. 194; Emmerich I s. 267–268 ”Dieses Konzept (ylivoittomalli), …, scheitert indessen in aller Regel bereits daran, daß es einen Vergleich der Gewinne mit den tatsächlichen Kosten eines Produkts erforderlich macht, …”; Myös monopolikomissio on suhtautunut pidättyvästi voittoon tai tuottoon sidottuun arvioon. Ks. Hauptgutachten 1976/1977 s. 219–220; Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. II s. 834. Mallia voisi Möschel’n mielestä käyttää lähinnä vertailumarkkina-mallin täydentäjänä.; Langen ym. I s. 673; Schmidt II s. 270–271.

[178] Ongelmasta huomauttaa mm. Emmerich s. I 268. Hän katsoo tilanteen johtavan pelkästään viranomaisten asettamiin hintoihin, joka johtaa kilpailun täydelliseen syrjäyttämiseen; Kirschstein s. 45.

hin tukee taloustieteellinenkin näkemys siitä, että markkinoiden esteet ovat tältä osin ratkaisevassa asemassa (ilman niitä uudet yritykset painaisivat hinnat alas).[179]

b) sopimusehdot

Hinta on periaatteessa vain yksi kilpailutekijöistä. Perimättä ylihintaa yritys voi pyrkiä hyötymään määräävästä asemastaan esim. asettamalla asiakkailleen kohtuuttomia kauppaehtoja. Sopimusosapuolten kannalta hinta on usein kaikkein merkittävin tekijä, joten sopimusehtoon puuttuminen ei välttämättä tilannetta paljon muuta. Lähtökohtana on näissäkin tapauksissa se, ettei ko. ehtoa voitaisi käyttää, jos yritykseen kohdistuisi kilpailupainetta. Käytännön arvioinnissa joudutaan siten turvautumaan samanlaiseen vertailumarkkinamalliin kuin hintakontrollissakin.[180]

Vertailumallin ongelmana on näissä tapauksissa, etteivät yksittäiset sopimukset, sopimusehdot tai esim. eri alojen järjestöjen laatimat mallisopimukset välttämättä ole lainkaan vertailukelpoisia keskenään. Sopimukset ovat lisäksi kokonaisuuksia, jolloin tiettyjen ehtojen vertaileminen keskenään voi johtaa täysin virheelliseen lopputulokseen toisen osapuolen ”riiston” suhteen. Yksittäisiä ehtoja ei koskaan saisikaan verrata toisiinsa. Langen ym. pitävät tällä perusteella koko vertailumarkkinakonseptia tältä osin käyttökelvottomana. Möschel ei pidä mallia etukäteen täysin mahdottomana, mutta suhtautuu sen käyttöön epäillen.[181]

Ratkaisuissa voidaan käyttää apuna esim. yleisiä sopimusehtoja koskevaa lainsäädäntöä (AGBG). Tämän lain vastainen ehto voisi siten olla GWB 19 §:nkin nojalla kiellettävissä. Kyseessä on vain apuneuvo, eikä tulkintaa saa missään tapauksessa sitoa ko. lainsäädäntöön. Määräävän aseman kontrolli perustuu yrityksen markkinavoimaan, joka voi näissäkin tapauksissa johtaa tilanteen vääristymiseen toisen markkinaosapuolen kannalta, vaikka kyseessä olisi muutoin täysin hyväksyttävästä sopimusehdosta.[182]

Väärinkäytön kontrollin merkitys sopimusehtojen osalta jää varsin vähäiseksi. Kuten Langen ym. huomauttavat, valtaosa ongelmista ratkeaa suoraan AGBG:n

---

[179] Viittaan tässä luvussa esitettyyn Monopolikomission vuoden 1978 kannanottoon, jossa kilpaillun hinnan arviointiongelmien takia hintakontrolliin suhtauduttiin pidättäytyvästi.

[180] Emmerich huomauttaa ennen vuoden 1980 lain muutosta voimassa olleen kannan, jonka mukaan sopimusehtoihin voitiin puuttua niiden poiketessa dispositiivisestä lainsäädännöstä markkinavastapuolen vahingoksi, olleen parempi lähtökohta kuin vertailumarkkinat. Lopputuloksena on vertaaminen dispositiivisen lainsäädännön (AGBG) sijasta hypoteettisiin ehtoihin. Emmerich III s. 211.

[181] Möschel viittaa yksittäisten ehtojen vertailukelvottomuuteen juuri siltä pohjalta, että sopimukseen otetun epäedullista ehdon vaikutuksen voi poistaa edullinen ehto. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 841; Vrt. Langen ym. II s. 557.

[182] Langen ym. II s. 557 ”In diese Prüfung lassen sich – … – gesetzliche Wertentscheidungen, insbesondere solche des AGBG einbeziehen.” Samaan mahdollisuuteen viittaa Möschel ja pitää tätä mallia selvästi vertailumarkkinoita parempana. Samassa yhteydessä Möschel korostaa, ettei AGBG vapauta yritystä GWB:n kontrollista tekstissä viitatuissa tilanteissa. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 841.

kautta tai yhdessä hintoihin kohdistuvan väärinkäyttökontrollin kanssa. Ehtoihin perustuva ”riisto” lienee mahdollista esim. ylisuuria varastoja, kohtuuttomia minimiostomääriä tms. koskevien ehtojen osalta. Näissä tapauksissa on usein samalla kyse hinnasta (so. hyvitetäänkö toista osapuolta varastoinnista tms.). Sopimusehtojen suurempi merkitys lieneekin haittaamisessa, koska markkinoille pääsyn esteinä esim. erilaisilla myyntijärjestelmillä voi olla vaikutusta.[183]

c) myyjän riistäminen

Markkinavoimainen ostaja voi riistää myyjää pitkälti samoin keinoin kuin se samalla haittaa kilpailijoidensa toimia markkinoilla. Tiukasti asiakkaaseensa sidottu yritys ei pysty etsimään edullisempia liikekumppaneita ja joutuu kenties tyytymään matalampaan voittotasoon. Nämä vaikutukset ovat liitännäisinä hankalia arvioida, eikä myyjäyrityksen kannalta suinkaan aina ole epäedullista varmistaa tuotannon tasainen myynti tietylle ostajalle, vaikka spot-markkinoiden tyyppisistä mahdollisuuksista jouduttaisiin kieltäytymään.

Hintojen osalta kyse on ostajien riistämisen kääntöpuolesta. Lähtökohtana pitäisi tältäkin osin olla vertailumarkkinoiden avulla selvitettävä kilpailun luoma hintataso. Koska kilpailun on tarkoitus yleensä laskea hintoja, ei tällainen vertailu ole mitenkään itsestään selvää tai edes mahdollista. Arvioinnissa törmätään kustannustaso- tms. tekijöiden osalta samoihin kysymyksiin kuin riistohinnoittelussa.

Väärinkäyttönä voidaan pitää esim. epätavallisten alennusten vaatimista tai erilaisten maksujen tms. perimistä tuotteen valikoimaan ottamisen edellytyksenä. Emmerich katsoo kaikkien näiden osalta olevan kyse vain normaaleista liiketoimintaan liittyvistä alennuksista tms., joita valmistajat vastustavat, koska ne vähentävät heidän voittojaan.[184]

Yritys voi lisäksi asettaa ostojensa ehdoksi ”suosituimmuus”-lausekkeen. Myyjän on tämän ehdon mukaan myönnettävä ostajalle kaikki ne edut, jotka se myöntää muille asiakkailleen. Lauseke voi olla automaattinen, jolloin johonkin sopimukseen liitetty lisäalennus tms. oikeuttaa markkinavoimaisen ostajan heti saamaan saman alennukseen. Toisaalta myyjä voi velvoittautua korvaamaan erotuksen ostajalle. Kyse on tavallaan sopimuksen kautta myyjille asetetusta diskriminointikiellosta, joka tosin toimii vain markkinavoimaisen ostajan hyväksi.

Tällainen kielto ei ole GWB:n tarkoitusten mukainen, koska laki tuntee vain GWB 20 §:n mukaisen diskriminointikiellon, jota säädettäessä ei tarkoituksella tehty kaikkia yrityksiä koskevaksi.[185]

---

[183] Langen ym. II s. 557–558.
Ks. haittaamisen osalta edellä jakso 2.5.2. c).

[184] Emmerich II s. 269 ”Es handelt sich daher … lediglich um besondere Formen des Preiswettbewerbs zwischen den Lieferanten.”

[185] Edullisimmuus-lausekkeiden haitallista vaikutusta painottaa Ewald s. 1182 ”…dann kann in diesen Meistbegünstigungsklauseln nur ein weiteres Mittel gesehen werden, die unternehmerische Handlungsfreiheit der Lieferanten einzuschränken…”

2.5.4 Välttämättömät tietoverkot ja rakenteet

Vuoden 1999 alusta voimaan tulleessa lain uudistuksessa Saksan kilpailulakiin lisättiin essential facilities -doktriini. Tarkoituksena oli avata kilpailulle siltä aiemmin suljettuja markkinoita, joissa niille tulo vaati toisen rakentaman verkon tai muun rakenteen hyödyntämistä. Tällaisia järjestelmiä ovat tyypillisesti erilaiset tietoverkot sekä esim. rautatieverkko. Energian siirtoverkot ovat olleet Saksassa tärkein keskustelun kohde. Klimisch ym. toteavat verkkojen merkityksen johtuvan skaalatuotannon eduista, verkon edullisuudesta pitemmillä etäisyyksillä tms. Verkonrakentaminen on vaatinut suuria uponneita kustannuksia, joten tietyn alueen verkon on voinut rakentaa vain yksi yritys, ja täten on syntynyt monopoli. Kysynnän kasvu on toisaalta ollut muuttamassa verkkomonopoleja oligopoleiksi, koska rinnakkaisverkon rakentaminen on muuttunut kannattavaksi. Aiemminkin oli verkonhaltijan pitänyt myöntää käyttöoikeuksia näihin verkkoihin, mutta säännön käytännöllinen merkitys oli vähäinen. Hallituksen esityksessä on säädös tarkoituksella jätetty avoimeksi, jotta tulevaisuudessa välttämättömänä pidettävät järjestelmät voitaisiin avata kilpailulle. EU-oikeuteen viitaten todetaan esimerkiksi raaka-aineiden toimituskiellon voivan olla normin vastaista. Valiokunnan mietinnössä lainkohta rajattiin nimenomaan infrastruktuuriverkkoihin.[186]

Oikeuskäytännössä on satamalaitteiden katsottu olevan lain tarkoittama infrastruktuuri juuri EU-oikeudelliseen kantaan vedoten. Markkinat rajattiin satamapalveluiden kysynnän mukaan, jolloin tarkastelussa oli lauttalinja Puttgardenin ja Rödbyn välillä. BKartA totesi, ettei muita lauttayhteyksiä (so. niitä, joita satamapalveluja haluavat yrittäjät olisivat voineet harjoittaa) tarvinnut ottaa huomioon. Samalla huomautettiin, ettei GWB 19 § edellytä, toisin kuin 20 §, liiketoiminnan olevan samanlaisille yrityksille avointa. Tämä ei olisi normin tarkoituksen, eli markkinoiden avaamisen, mukaista. Satamalaitteiden haltija ei ollut osoittanut, ettei niiden ”rinnakkaiskäyttö” olisi ollut mahdollista. Markkinoiden rajaamisen

---

[186] BT-Drucksache 13/9720 s. 37 ”Auch die Verweigerung des Zugangs zum Markt für Rohstoffe, die sich in der Hand eines Monopolisten befinden, … kann ein Mißbrauch nach Artikel [86] EG-Vertrag sein. Eine einheitliche Erfassung derartiker und ähnlich gelagerter Sachverhalte durch einen Beispieltatbestand … erscheint für das deutsche Recht notwendig. … Mit der generellen Regelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 wird einer weiteren Sektroralisierung des Kartellrechts entegegenwirkt.”, 73; vrt. valiokunnan mietinnön osalta BT-Drucksache 13/10633 s. 72; Emmerich III s. 212–213 (mitä on pyritty saamaan aikaan), 214 (säädöksen EU:n ja USAn kilpailuoikeuteen nojaava tausta); Klimisch ym. s. 16–18, 20–21. Tekijät korostavat verkkojen kehityksen dynaamisuuden arviointia, koska nykyään luonnolliselta monopolilta vaikuttava järjestelmä ei välttämättä ole tätä kysynnän kasvaessa ja tekniikan kehittyessä. Ks. em. lähde s. 18 ”Die Einschätzung, daß ein neues System – sei es ein Netz oder ein Standard – nicht (mehr) angreifbar ist (eli kyse olisi luonnollisesta monopolista), führt möglicherweise zu seiner frühen Öffnung. Durch eine solche Stärkung des intra-System-Wettbewerbs wird der inter-System-Wettbewerb zwischen verschiedenen technischen Lösungen möglicherweise vorzeitig zugunsten eines etablierten Systems beendet.” Klimisch ym. artikkeli on kirjoitettu ennen lain voimaan tuloa, joten he käsittelevät verkkoja laajemmin (teknisemmästä näkökulmasta) kuin mitä lopullisen lain verkko-käsitys on.

osalta tapauksessa painotettiin nimenomaan ostajan näkökulmaa. Tästä näkökulmasta kyse ei ole välttämättömästä järjestelmästä ainoastaan silloin, kun tarjolla on yhtä hyviä kilpailevia järjestelyjä (toisia satamia tms.) juuri haluttuun toimintaan.[187]

Avaamalla tiedon- ja energian siirtoverkot sekä rautatiekuljetukset on itse toiminta saatettu kilpailun alaisiksi. Lain muutos ei luonnollisestikaan poista itse verkon rakentajan monopolia, koska taloudellisesti ei edelleenkään kannata rakentaa kuin tietty määrä tiedonsiirto- tai sähköverkkoja. Verkonhaltija ei kuitenkaan enää pysty estämään kilpailua esim. sähköntuotannon tasolla, koska laki edellyttää siirtokorvauksen olevan kohtuullisen.[188]

Emmerich olisi valmis viemään kilpailun edellyttämien rakenteiden avaamisen hyvin pitkälle. Hän katsoo, että toimintaa estävät immateriaalioikeudet tulisi saattaa saman kohtelun alaisiksi kuin tiedonsiirtoverkot. Tämän kannan Emmerich katsoo jo vallitsevan EU-oikeudessa, vaikka sitä ei Saksan oikeuteen GWB 19 §:n kautta omaksuttukaan. Esitetty kanta on EU-oikeuden osaltakin kyseenalainen ja Emmerich ei lainkaan pohdi esimerkiksi tärkeimpien patenttien paljastamisvelvollisuuden vaikutusta tuotekehityshalukkuuteen. Hallituksen esityksessä lähtökohta on se, ettei pioneerivoittoihin teknistä kehitystä edistävinä tule puuttua.[189]

Velvollisuus avata verkko kilpailijalle ei ole automaattinen, vaan se edellyttää, ettei kilpailijan kannata itse rakentaa vastaavaa verkkoa. Tämä lähtökohta perustuu sekä normin sanamuotoon ”kilpailun kannalta välttämätön” (von Wettbewerb wesentlichen Einrichtungen”) että hallituksen esityksessä omaksuttuun nimenomaiseen kantaan. Kyse on objektiivisesta mahdollisuudesta rakentaa itse kannattava verkko, eikä esimerkiksi siitä sopiiko verkon rakentaminen markkinoille pyrkivän liikeajatukseen vai ei. Kannattavuusarviointi ei kuitenkaan ole täysin yksiselitteinen, vaan rakentamista voidaan edellyttää vain, jos se on teknisesti mahdollista ja taloudellisesti kohtuullista. Hallituksen esityksessä ei oteta suoraan kantaa siihen, onko kaikille niille yrityksille, joiden taloudelliset voimavarat eivät

---

[187] BKartA ”Puttgarden” 21.12.1999. Ks. WuW 7–8/2000 s. 759, 760 ”Der genannte Markt ist im vorliegenden Fall räumlich und sachlich relevant. Die Marktabgrenzung hat sich danach zu richten, welche Leistungen der Nachfrager als zur Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet ansieht.” Ratkaisussa vedottiin paitsi GWB 19 §:ään myös EEC-sopimuksen 82 artiklaan.

[188] Emmerich III s. 212–213.

[189] BT-Drucksache 13/9720 s. 37 ”Mit dem zusätzlichen Beispieltatbestand wird der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt. Dies gilt insbesondere für geistiges Eigentum.”; Valiokunnan mietinnössä juuri tätä immateriaalioikeuksien suojaamista haluttiin korostaa muuttamalla sanamuodoksi infrastruktuuriverkot. Ks. BT-Drucksache 13/10633 s. 72 ”…wird der Tatbestand eingeschränkt; dadurch wird deutlicher zum Ausdruck gebracht, daß Ansprüche auf Nutzung fremder gewerblicher Schutzrechte nicht begründet werden sollen”; Emmerich III s. 215 (tekijän näkemys EU-oikeudesta), 215–216 (tilanne Saksassa). Vrt. Rittner III s. 301, jossa tekijä yhdistää säännön ainoastaan EU:n essential facilities -doktriiniin antamatta doktriinille Emmerich’n kaavailemaa merkitystä.

riitä oman verkon rakentamiseen avattava mahdollisuus olemassa olevien verkkojen kautta. Maininta taloudellisesta mahdottomuudesta viittaisi siihen, että verkko olisi avattava. Tätä kantaa tukee säädöksen tarkoitus kilpailun avaamiseen. Mikäli verkko täytyy avata, on kaikilla kriteerit täyttävillä periaatteessa oikeus saada käyttää sitä.[190]

Verkon käytön on lisäksi oltava välttämätöntä, jotta yritys voi kilpailla verkkoa edeltävillä (esim. tarjota sähköä välitettäväksi asiakkaille) tai sen jälkeisillä markkinoilla (esim. tarjota matkapuhelinliittymiä, jotka hyödyntävät kilpailijoiden verkkoinvestointeja). Tämä harkinta on hallituksen esityksessä rinnastettu taloudelliseen kannattavuuteen, joten sitä on pidettävä itsenäisenä kriteerinä. Verkko on avattava vain niille, jotka eivät taloudellisesti voi kustantaa omaa verkkoa ja eivät pysty itse kilpailemaan etu- tai jälkimarkkinoilla pääsemättä verkkoon.[191]

Oikeuskäytännössä Dortmundin LG ei ratkaisussaan 1.9.2000 hyväksynyt verkon haltijan väitettä siitä, että verkon käyttöä haluavalla yrityksellä olisi riittäviä vaihtoehtoja. Hallitseva asema saattoi syntyä, vaikka jotain muita energian välitys keinoja olisi ollutkin. Erityisesti syyksi ei kelpaa kehotus kääntyä toisen verkkoa hallitsevan yrityksen puoleen, jos kyse on oligopolitilanteesta. Ratkaisu vastaa oligopolitilanteissa omaksuttua kantaa, jonka mukaan kaikkia oligopolin jäseniä kohdellaan ikään kuin ne olisivat yksin hallitsevassa asemassa, ja suoritusta vaativa yritys voi siten kääntyä minkä tahansa oligopoliyrityksen puoleen vaateineen.[192]

Verkonhaltijan tilanne voidaan huomioida perustellun kieltäytymissyyn avulla. Hallituksen esityksessä viitataan tältä osin aiemmassa oikeuskäytännössä haittaamisen osalta syntyneisiin kriteereihin, joten tulkinnan tulisi olla koko GWB 19 §:n osalta samankaltainen. Erityisesti 19 § 4 Abs. liittyvänä kieltäytymisperusteena mainitaan kapasiteettiongelmat ja verkon käytön häiriintyminen. Lisäkapasiteetin rakentamista ulkopuolisia varten ei siten voine vaatia. Potentiaaliselta verkon käyttäjältä voidaan edellyttää tiettyä teknistä osaamista ja sitä, että hänen laitteistonsa on yhteensopiva verkon kanssa. Esityksessä painotetaan, että hallitsevan yrityksen kieltäytymisoikeus on kapeampi kuin yleensä. Tältä osin tilanne voidaan rinnastaa toimituskieltoihin yleensä. Todistustaakka on kieltäytyjällä.[193]

Oikeuskäytännössä BKartA totesi ”Puttgarden” -tapauksessa 21.12.1999, ettei satamalaitteiden haltijan joutuminen sovittamaan toimintansa lisäkäyttäjien vaatimuksiin ollut perusteltu syy kieltäytyä tarjoamasta satamapalveluja. Intressivertailun osalta painotettiin sekä julkisen (kilpailun lisäämisen) että yksityisen (mah-

---

[190] BT-Drucksache 13/9720 s. 51 ”Auch die Frage, ob die Schaffung eigener Einrichtungen dem anderen Unternehmen nicht möglich oder nicht zumutbar ist, richtet sich nach objektiven Kriterien.”
[191] BT-Drucksache 13/9720 s. 73.
[192] Tapauksen osalta ks. WuW 12/2000 s. 1236.
[193] BTDr 13/9720 s. 51, 73; Klimisch ym. s. 24. Tekijät katsovat todistustaakan olevan verkonhaltijalla, koska kieltäytymissyyt ovat teknisiä, haltijasta riippuvia, joita verkkoon pyrkivä ei voi todistaa. Toimituskieltojen osalta ks. jakso 3.5.1.

dollisuus harjoittaa elinkeinoa) merkitystä. Edes lisärakennustarve ei ollut riittävä syy, koska lisäkäyttäjät voitiin velvoittaa osallistumaan kustannuksiin tai itse vastaamaan rakennustöistä. Lisärakentamistarve voitiin kuitenkin huomioida. Satamaa jo käyttävän hallitsevassa asemassa olevan linjan laajentumispyrkimykset eivät olleet riittävän konkreettisia viranomaisten mielestä. Tällaisella yrityksellä oli tunnustettu intressi toimintansa kehittämiseen lisätulojen toivossa ja konkreettinen laajennussuunnitelma saattaisi tapauskohtaisesti olla merkittävä tekijä intressivertailussa.[194]

Verkonhaltijan on saatava verkon käytöstä kohtuullinen korvaus. Ongelmia voi syntyä niissä tilanteissa, joissa verkkoa ja sitä käyttäviä yrityksiä ei ole fyysisesti erotettu toisistaan. Tällöin olisi laskelmallisesti määritettävä verkonkäytön normaalihinta, eli ne ehdot, joita verkkoa hallitseva yritys itse käyttää omaan tuotantoonsa nähden. Verkon käytössä ei ulkopuolisia saa diskriminoida suhteessa haltijaan itseensä, eikä yleissäännön nojalla edes keskenään.[195]

Emmerich huomauttaa 19 §:n olevan suojanormi, joten perusteeton kieltäytyminen johtaa korvausvelvollisuuteen ja tätä kautta välillisesti sopimuspakkoon. Viranomaiset joutuvat käytännössä päättämään niistä ehdoista, millä jokin järjestelmä annetaan ulkopuolisen käyttöön.[196]

2.6 Yksinoikeussopimukset tms. ja määräävä asema

Tässä yhteydessä ei pyritä kattavaan tarkasteluun yksinoikeussopimusjärjestelyistä, vaan ainoastaan pääpiirteiden esittelyyn ja ko. sopimusjärjestelyjen merkityksen arviointiin määräävän aseman väärinkäytön kannalta. Vuoden 1999 lakiuudistuksessa normia yksinkertaistettiin, mutta sisältöä ei pyritty muuttamaan. Myöskään harmonisointia suhteessa EU-oikeuteen ei toteutettu.[197]

---

[194] Tapauksen osalta ks. WuW 7–8/2000 s. 761–765 (satamalaitoksen haltijan intressit), 767–768 (hallitsevan käyttäjän intessit).

[195] Mielenkiintoisesti ei hallituksen esityksessä viitata verkonkäyttäjien keskinäistä diskriminointia, mutta diskriminointikielto seuraa joko GWB 19 §:n yleiskiellosta tai 20 §:stä.; Emmerich painottaa juuri yleisen diskriminointikiellon merkitystä tältä osin. Emmerich III s. 217; Klimisch ym. toteavat, ettei korvausta voida laskea rajakustannusten mukaan, koska se olisi liian pieni (so. ei kattaisi verkon käytöstä aiheutuvia kokonaiskustannuksia). Verkonhaltijan pitäisi siten saada laskuttaa myös kiinteistä kustannuksistaan. Klimisch ym. s. 24–25.

[196] Emmerich III s. 218.

Käytännön linja noudattanee BKartA:n ”Puttgarden” ratkaisussa omaksumaa. Tässä ratkaisussa valittiin ”miedoin” käytössä olevista keinoista. Tarkemmista ehdoista sopiminen jäi osapuolille. Ks. WuW 7–8/2000 s. 768.

[197] BT-Drucksache 13/9720 s. 50; Myös Rittner toteaa normia yksinkertaistetun sekä samalla luovutun aiemmasta kirjallisesti tehtävää sopimusta koskevasta vaatimuksesta (aiemman GWB:n 34 §). Rittner III s. 259–260, 262.

Saksan oikeus poikkeaa tältä osin edelleen EU-oikeudesta, koska GWB 16 § on ainoastaan väärinkäyttönormi eikä kieltonormi, kuten EEC-sopimuksen 81 artikla. Tästä erosta huomauttaa Emmerich, joka myös kritisoi ratkaisua. Emmerich III s. 135, 140–141.

2.6.1 Lain tarkoittamat sopimukset

Yksinoikeussopimuksilla (Ausschließlichkeitsbindung) tarkoitetaan GWB 16 §:ssä sopimuksia, joilla tuotteen valmistaja tai ostaja vaatii vastapuolta ostamaan tai myymään tiettyä tuotetta tai palvelua vain hänelle. Saksassa näitä sopimuksia käytetään tyypillisesti oluen myynnissä ravintoloille sekä autojen ja öljytuotteiden kaupassa. Yritys voi pyrkiä rajoittamaan jälleenmyyjiensä oikeutta myydä toimitettua tuotetta ulkopuolisille (Vertriebsbindung). Sitovan yrityksen kannalta menettelyllä on se positiivinen vaikutus, että toisen osapuolen kiinnostus juuri hänen tuotteensa markkinoimiseen tai valmistamiseen varmistuu. Muiden yritysten kannalta kyse on lähinnä markkinoille pääsyn esteestä, koska tietyn tuotteen saaminen omaan valikoimaan tai oman tuotteen / palvelun myynti vaikeutuu. Kyse ei tarvitse olla kauppasopimuksesta, vaan esim. vuokrasopimukseen tms. liitettyyn sitoumukseen voidaan GWB 16 §:n kautta puuttua.[198]

GWB 16 § koskee yksinoikeussopimuksien lisäksi käyttöoikeusrajoituksia, kytkykauppaa ja yksinedustussopimuksia. Sopimuksilla ei saa olla ”yhteistä tarkoitusta” (gemeinsamer Zweck), koska tällöin on kyse GWB 1 §:n tarkoittamasta kartellisopimuksesta. Rajanveto kartellin ja yksinoikeussopimuksen välillä voi aiheuttaa ongelmia molemmin puolisissa sitoumuksissa, joissa osapuolten tarkoituksena on voinut olla yhteinen markkinoiden kontrolloiminen. Karkeasti ero voidaan määrittää sen mukaan, onko sopimus suunnattu vertikaalisesti (eli se on todellinen toimitussopimus) vai horisontaalisesti (eli kartellinomaisesti).[199]

Yksinoikeussopimuksella osapuoli sitoutuu olemaan myymättä tai ostamatta jotain tuotetta tai palvelua kolmannelle / kolmannelta. Tämän sitoumuksen ei tarvitse koskea kauppasopimuksen kohteena olevaa tuotetta tai palvelua, vaan voi olla esim. tähän liitettävä varaosa, huoltopalvelu sekä näistä täysin erillinen tavara tms. Usein jonkinlainen yhteys päätuotteen ja sitoumuksen välillä vallitsee. Osapuolten tulee olla itsenäisiä yrittäjiä, mutta sitoumuksen tarkoittama kolmas voi olla kuluttajakin (esim. sitoumus myydä vain jälleenmyyjille). Kauppaedustaja tai vastaava epäitsenäinen taho ei ole lain tarkoittama yrittäjä, ellei liikeriski ole hänellä. Sitoumus voi olla joko oikeudellinen tai taloudellinen. Edellisen osalta on kyse suoraan sopimustekstistä ilmenevästä velvoitteesta, jonka sanktiona voi olla sopimussakko, sopimuksen purku tms. Jälkimmäisen osalta sopimus ei sinänsä

---

[198] Emmerich huomauttaa laajojen yksinoikeusjärjestelyjen voivan johtaa markkinoiden sulkemiseen muilta yrityksiltä, mutta toisaalta tällaisella järjestelyllä markkinoille pyrkivä yritys voi tehdä tuotteensa kiinnostavaksi jälleenmyyjän kannalta. Ks. Emmerich II s. 167–168; Langen ym. II s. 397–398

[199] Emmerich III s. 135. Tekijä katsoo GWB 1 §:n olevan ensisijainen suhteessa 16 §:ään.; Rittner III s. 259–261. Tekijä huomauttaa, että nimitys ”yksinoikeussopimukset” on harhaanjohtava, koska normin avulla voidaan puuttua muihinkin kuin tällaisiin sopimuksiin. Yksinoikeussopimukset ovat kuitenkin tärkein normin tarkoittama tilanne.

suoraan kiellä kauppasuhteita ulkopuolisen kanssa, mutta näistä seuraa jokin taloudellisesti kielteinen seuraamus (esim. tietyn alennuksen tms. edun menetys). Millääänlailla sopimukseen liittymätön ”käytännön” sitoumus voi olla 16 §:n tarkoittama sitoumus. Tällöin on usein kyse taloudellisesta painostuksesta toisen osapuolen taholta eli todennäköisesti jo jonkin asteisesta määräävän aseman väärinkäytöstä.[200]

GWB 16 § ei koske sopimusvapauden rajoittamista, joka seuraa normaaleista sopimusoikeuden perussäännöistä. Edellytyksenä on se, että sopimus vaikuttaa jotenkin toisen osapuolen oikeuksiin myydä tuotteita kolmannelle.[201]

Yksinoikeussopimuksella rajataan muiden pääsyä markkinoille. Tämän lisäksi sitova yritys voi pyrkiä oman tuotteensa edelleenmyynnin rajoittamiseen. Sopimuksella kielletään tällöin toista osapuolta myymästä tuotetta tietyille ryhmille, kuten esim. suoraan kuluttajille tai tavarataloille. Kyse voi olla jopa yhteen tiettyyn yritykseen yksilöidystä rajoituksesta, mutta tavallisempi on tietyn ryhmän käyttäminen. Jälleenmyyjää voidaan vaatia asettamaan samanlainen ehto omiin sopimuksiinsa, jolloin sitoumusta ei voi kiertää ”hyväksytyn” asiakkaan kautta. Sinänsä hyväksyttävänä pyrkimyksenä on usein ammattitaitoisen jälleenmyyjäverkon luominen.[202]

Kuten edellisestä ilmenee, GWB 16 § koskee samalla lailla tuotteen valmistajia ja ostajia. Edelliset käyttävät yksinoikeussopimuksia tuotetta markkinoidessaan. Hyväksyttävänä pyrkimyksenä voi olla jakelukanavien varmistaminen, eikä kilpaillussa tilanteessa (vastaavia tuotteita valmistavat useat eri yritykset) vaikutusta voida pitää kovin negatiivisena. Määräävässä asemassa oleva yritys voi tätä kautta estää markkinoille pääsyn (so. luoda strategisen esteen). Jälkimmäisten kannalta kyse on usein paitsi tietyn tuotteen saatavuuden varmistamisesta myös painostuskeinosta sen valmistajia kohtaan. Tiettyä – usein ostajan tavaramerkillä tms. tunnuksella varustettua – tuotetta tekevä yritys ei käytännössä pysty suuntaamaan

---

[200] Emmerich painottaa esim. tekijänoikeutta tai kiinteistönkauppaa koskevien sopimusten voivan olla lain tarkoittamia sopimuksia. Mitään erottelua oikeudellisten tai taloudellisten sitoumusten välillä ei myöskään tule tehdä. Merkitystä vailla on sekin muotoillaanko sitoumus positiivisesti tai negatiivisesti. Ks. Emmerich III s. 136, 137–138; Langen ym. II s. 406; Vrt. Immenga ym. II s. 567, jossa käytetään sanamuotoa konkludenttinen (tarkoitus lienee sama).

Oikeuskäytännössä pidettiin polttoaineen jakelupisteen perustamissopimusta kauppaedustus-sopimuksena, johon GWB 16 §:ää ei voi soveltaa. Sopimuksessa ei ollut mitään tavallista kauppaedustusta pitemmälle meneviä ehtoja ja osapuolten velvollisuudet toisiinsa nähden perustuivat edustussopimuksen mukaiseen luottamusperiaatteeseen (Treuepflicht). Ks. tapauksen osalta OLG Hamburg 13.4.2000 WuW 9/2000 s. 888–889. Vrt. Emmerich III s. 136–137. Tekijä ei pidä perusteltuna vapauttaa edustus- ja komissiosopimuksia GWB 16 § mukaisesta kontrollista.

[201] Emmerich käyttää esimerkkinä sitä, ettei samaa tuotetta voi sitovasti myydä kahdelle yhtäaikaa. Sitoutuminen yhteen sopimukseen rajoittaa siten myyjän mahdollisuuksia kolmansiin nähden, mutta kyseessä ei ole GWB 16 § tarkoittama rajoitus. Emmerich III s. 138.

[202] Emmerich painottaa normin tarkoituksen olevan estää keinotekoisten markkinoille pääsyn esteiden luomisen. Hän rinnastaa yksinoikeussopimukset tällaisiin esteisiin, jolloin ongelmaksi muodostuu mitä oikeastaan ollaan kontrolloimassa. Emmerich III s. 143; Langen ym. II s. 409–411.

tuotantoaan muille yrityksille, jos sen ostajalla on joko monopoli tai määräävä asema markkinoilla.[203]

2.6.2 Väärinkäyttö

Erilaisia yksinoikeussopimuksia ei ole suoraan kielletty, vaan ne on alistettu väärinkäyttökontrolliin. Emmerich pitää tätä kontrollia riittämättömänä, koska hänen mielestään haitat ovat selvästi hyötyjä suurempia. Oikeampi ratkaisu olisi hänen mukaansa periaatteellinen kielto, josta voitaisiin myöntää poikkeuslupia. Tästä kannasta voidaan tehdä se johtopäätös, että määräävässä asemassa tai tätä lähellä olevien yritysten yksinoikeusjärjestelmät olisivat aina kiellettyjä. GWB 16 ja 19 §:iä voidaan soveltaa rinnakkain.[204]

Pyrkimyksenä on lähtökohtaisesti suojata sekä markkinoilla toimivia yrityksiä (eli Individualschutz) että kilpailua instituutiona. Yksityisten yritysten suojan korostamisen ongelmana voidaan nähdä liian myönteinen suhtautuminen näihin sopimuksiin. Suojalla tarkoitetaan tässä tapauksessa sitovan osapuolen sinänsä oikeutettua sopimusvapaudellista suojaa luoda sellainen myyntijärjestelmä kuin itse haluaa. Käytännössä markkinoiden suojaaminen on saanut yhä enemmän etusijaa verrattuna yksilöiden suojaamiseen. Normin lakiuudistuksessa saama muoto ei enää suoraan mainitse yksittäisten yritysten mahdollisuutta päästä markkinoille, kuten aiemmassa laissa oli. Perusteluissa ei tältä osin viitata mihinkään muutokseen. Emmerich korostaa juuri kilpailun suojaa instituutiona ja asettaa sen yksilön suojan edelle. Perusteluna – johon voitaneen yhtyä – on, että instituution suojan kautta (=pitämällä markkinat avoimina) suojataan samalla jokaista markkinoille pyrkijääkin.[205]

Väärinkäyttöä arvioitaessa huomioidaan kaikki markkinoilla olevat vastaavat sitoumukset. Periaatteessa tästä seuraa se, että yksikin uusi sitoumus voi johtaa

---

[203] Emmerich korostaa GWB 16 §:n tarkoittamien tapausten arvioinnin hankaluutta juuri tiettyjen positiivisten vaikutusten (jotka eivät koskene määräävässä asemassa olevia yrityksiä) ja markkinoille pääsyn esteiden ristiriidan takia. Ks. Emmerich II s. 167–168 ”Bindet z.B. ein mächtiger Anbieter eine große Zahl von Abnehmer durch Ausschließlichkeitsbindungen an sich, so kann es offenbar für die übrigen Anbieter schwierig werden, überhaupt noch freie Abnehmer zu finden,…”

[204] Emmerich II s. 168. Saman kannan Emmerich on ottanut jo aiemminkin. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 556 ”Obwohl zunehmend (yksinoikeussopimukset) verbreitet und wettbewerbspolitisch heute häufig positiv beurteilt, bleib doch war, daß von ihnen auch schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen ausgehen können, so daß ihre positive Beurteilung durch § [18 Abs. 1 Nr. 2] *ein schwerer wettbewerspolitischer Fellgriff war und ist*.”

[205] Hallituksen esityksessä mainitaan vain markkinoiden avoinna pitäminen. Ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 50. Aiemmassa laissa eräänä puuttumiskriteerinä on maininta [18 § 1 Abs. 2 Satz]): ”… b) dadurch für andere Unternehmen der Marktzutritt unbilligt beschränkt …”

Oikeuskirjallisuudesta ks. Emmerich II s. 185 ”Auch der Wettbewerb als ”Institution” (was immer das heißen mag) kann nur über die Handlungsfreiheit von Unternehmen geschützt werden.”; sama kanta Emmerich’llä on ollut jo aiemminkin. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 561. Vrt. Langen ym. II s. 397, jossa painotetaan normin tarkoitusten olevan tasavertaisessa asemassa.

lain tarkoittamaan väärinkäyttöön. Tilannetta tarkastellaan kuitenkin kokonaisuutena eikä sopimuksia esim. aseteta aikajärjestykseen tms. Lähtökohtana on kilpailua merkittävimmin rajoittavaan sopimukseen puuttuminen. Arviointiin vaikuttavat sitovan yrityksen lisäksi sidotun yrityksen intressit, mutta vain GWB:n kilpailua edistävän näkökulman valossa. Sidotun yrityksen kannalta erittäin hyödyllinen sopimuskaan ei siten ole vapaa kilpailuviranomaisten kontrollista.[206]

Määräävässä tai sitä lähenevässä asemassa olevan yrityksen kannalta GWB 16 § voi aiheuttaa selkeitä oikeusvarmuusongelmia. Sen omien sitoumusten kohtalohan ei ole sidottu yksinomaan niihin, vaan esimerkiksi muiden pienempien valmistajien toimintaan. Jälkimmäisten kannalta ainoa tapa toimia markkinoilla suurempaa yritystä vastaan voi olla ko. sitoumusten käyttö. Lopputuloksena voi olla markkinoiden sulkeutuminen, jolloin kilpailuviranomaiset puuttuvat todennäköisimmin suurimman yrityksen sopimusjärjestelmään. Lain sanamuoto (Verträge so. sopimustermin monikko) jättää avoimeksi sen, tuleeko kilpailuviranomaisten tällöin kieltää yksittäinen sopimus, tietty ehto / ehdot vai kokonainen sopimusryhmä. Viranomaisten harkintavaltaa rajaa lähinnä lause siinä määrin (soweit) ja viittaus kilpailuarajoittaviin vaikutuksiin. Näitä kauemmas kielto ei voi mennä. Sopimuksen sitovuus muutoin ratkeaa BGB:n sääntöjen perusteella. Viranomaisilla ei ole oikeutta muuttaa sopimusta, vaan ainoastaan julistaa sopimus tai sen ehto pätemättömäksi.[207]

Sopimusjärjestelmien osalta Langen ym. katsovat viranomaisilla olevan oikeuden puuttua näihin vain siltä osin kuin markkinoiden kannalta haitallisten vaikutusten poistaminen vaatii. Emmerich korostaa pätemättömäksi julistamisen rajoittamista tarkoituksenmukaisuusperiaatteen nojalla niihin ehtoihin, joista seuraa vakavimmat kilpailunrajoitukset. Kumpikaan rajaus ei täysin poista oikeusvarmuusongelmaa, vaan lähinnä rajaa jo muutoinkin selkeästi sopimusvapauden piiriin kuuluvan ei-kilpailuarajoittavan osuuden pois. Määräävässä asemassa olevan yrityksen osalta on toki muistettava, että ko. aseman säätelyn lähtökohtana on pitkälti markkinavoiman kontrollointi ja tätä kautta ko. yrityksille voidaan asettaa muita pitemmälle meneviä rajoituksia. Ko. yritykset voivat itsekin pyrkiä sopimusjärjestelyissään käyttämään sellaisia ehtoja, ettei puuttuminen GWB 16 § valossa ole mahdollista. Samalla GWB 19 §:nkin soveltamismahdollisuus vähentynee.[208]

GWB 16 §:ää voidaan käyttää 19 §:n tulkinnassa apuna. Määrävässä asemassa olevalta yritykseltä olisi tämän näkökulman perusteella kielletty vähintään sellainen menettely, joka muidenkin yritysten osalta rikkoisi 16 §:ää. GWB 19 §:n

---

[206] Tätä EU-oikeudestakin tuttua ”yhdistämisteoriaa” (Bündeltheorie) kannattaa Emmerich todeten asian olevan nykyään selvän myös GWB 16 §:n kannalta. Emmerich III s. 144.

[207] Puuttumismahdollisuuksien rajaamista kilpailunrajoitukseen em. perusteella korostaa Langen ym. II s. 437–438.

[208] Emmerich II s. 187–188; Langen ym. II s. 437–438.

tulkinnassa on kuitenkin lähdettävä tiukemmista kriteereistä, jolloin tarkastelun kohteena on erityisesti yksinoikeussopimuksen vaikutus juuri yrityksen markkina-asema huomioiden.

3. DISKRIMINOINTIA KOSKEVA ERILLISNORMI

Diskriminoinnilla tarkoitetaan saksan kielessä erottelua, erilailla kohtelua, huonoon arvoon saattamista, alentamista ja loukkaamista. Lähtökohdan ollessa kilpailuoikeudellinen tarkentuu merkitys lähinnä erotteluun ja erilailla kohteluun. Pohjana on latinan sana ”discriminare”, joka tarkoittaa juuri erottelua. Oikeudellisesti termiin yleensä liitetään eriarvoisen kohtelun perusteettomuus.[209]

Haittaaminen (Behinderung) tarkoittaa saksan kielessä haittaajana toimimista, esteiden asettamista ja kilpailijan epäreilua kohtelemista kilpailuissa (tässä tarkoitetaan lähinnä urheilua, mutta sanamuoto kuvaa varsin hyvin tilannetta myös taloudellisen kilpailun osalta).

Diskriminointiin ja haittaamiseen voidaan puuttua GWB 20 §:n nojalla. Tämän normin perustarkoituksena on kieltää määräävässä asemassa olevia yrityksiä, lain sallimia kartelleja tms. kohtelemasta jotain yritystä eri lailla kuin muita samanlaisille yrityksille vapaassa liiketoiminnassa. Normin ala on rajattu yrityksiin, joten kuluttajiin kohdistuvaa diskriminointia tai haittaamista ei voida sen nojalla kieltää. Välillinenkin haittaaminen, joka tapahtuu tuotteen ostajien tai kuluttajien avulla, voidaan kieltää (esim. yrityksen toiminta markkinoilla estetään kuluttajille suunnatun tarjouskampanjan tms. kautta).[210]

---

[209] Creifelds s. 302 kohdat ”Diskriminierung” ja ”Diskriminierungsverbot im Geschäftsverkehr”.

[210] Normin rajaamisesta pelkästään toisiin yrityksiin huomautti jo Kirschstein s. 62. Hän huomautti välillisen haittaamisen mahdollisuudesta todeten, ettei välillinen diskriminointi ole mahdollista.

GWB 20 §:n sanamuoto on: ”(1) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 2 bis 8, 29 Abs. 1 sowie § 30 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 15, 29 Abs. 2, § 30 Abs. 2 und § 31 Abs. 1 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftswerker, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. (2) Absatz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Es wird vermutet, daß ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nich gewährt werden. (3) Marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 dürfen ihre Marktstellung nich dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen zu gewähren. Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unterneh-

Toinen nimenomaan diskriminointia vastaan suunnattu normi oli aiemmin GWB 27 §. Tämä pykälä yhdistettiin lakiuudistuksessa 20 §:ään sen 6 Abs.:ksi. Sen nojalla taloudellisten ja ammatillisten yhdistysten on tietyissä tapauksissa otettava yritys jäsenekseen. Lähtökohtaisesti on kielletty jäsenien ja jäsenehdokkaiden diskriminoiminen, eli kaikki ehdot täyttävät tulee hyväksyä. Poikkeuksen muodostaa perusteltu syy (esim. aiempi menettely tms. tai kuuluminen toiseen vastaavaan yhdistykseen voidaan ottaa huomioon). Normin taustalla on ko. yhdistysten taloudellinen voima omilla toimialoillaan. Ammattiyhdistysliikkeeseen verrattavasta toiminnasta ei kuitenkaan ole kysymys, vaan ainoastaan sellaisesta yhdistystoiminnasta, joka on välttämätöntä jäsenten taloudellisten etujen turvaamiseksi. Esimerkiksi taksiliikenteen tai autokoulunopettajien yhdistykset voivat järjestää jäsentensä eduksi mainontaa, välityskeskuksia, ajoratoja tms.[211]

Kääntäen voidaan yritysten kannalta kysyä millä edellytyksillä niiden täytyy ottaa uusi yritys asiakkaaksi, jatkaa vanhaa asiakassuhdetta tai käyttää tietynlaisia sopimusehtoja. Jokaiseen em. elementtiin puuttuminen on samalla puuttumista sopimusvapauden eri muotoihin ja sitä kautta (kärjistetysti) markkinataloudelliseen järjestelmään. Äärimmillään voisi lopputuloksena olla pitkälle viety sopimuspakko, jota ei enää voi pitää talousjärjestelmän perusteiden mukaisena.[212]

Puuttuminen on periaatteessa mahdollista GWB 19 §:nkin kautta, mutta 20 §:n alemman soveltamiskynnyksen takia on siihen vetoaminen huomattavasti yleisempää. Tavallisesti tapaukset ovat suoraan eri yritysten välisiä eivätkä perustu kilpailuviranomaisten aloitteisiin. Vuoden 1999 lakiuudistuksessa painotettiin juuri omatoimisuutta ja tarvetta kontrolloida ”relatiivista markkinavoimaa” eli ns. riippuvuus-tilanteita. Benisch huomauttaakin, ettei lain kilpailua suojaava tarkoitus välttämättä toteudu näissä ratkaisuissa, koska siviiliprosessissa osapuolet määrittelevät itse kantansa vastapuolen vaatimuksiin ja väitteisiin. Väitetystä diskriminoinnista kärsivä yritys tuskin nostaa kannetta parantaakseen kilpailua yleensä,

---

men. (4) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandpreis anbietet, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt. (5) Ergibt sich auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein, daß ein Unternehmen seine Marktmacht im Sinne des Absatzes 4 ausgenutzt hat, so obliegt es diesem Unternehmen, den Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber oder einem Verband nach § 33 nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen aber leicht möglich und zumutbar ist. (6) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sowie Gütezeichengemeinschaften dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ablehnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde.”

[211] GWB 20 § 6 Abs. ei tutkimuksessa laajemmin käsitellä, koska tältä osin ei ole kyse varsinaisesti tietyn yrityksen markkinavoimasta. Lisäksi säädöksen merkitys on jäänyt suhteellisen vähäiseksi. Ks. tästä normista esim. Immenga ym. II s. 1397, 1400–1401 ja ko. lähteessä mainittu kirjallisuus.

[212] Sopimusvapauteen ja markkinatalouteen kohdistuvasta ongelmasta huomauttaa Kilian. Hän toteaa osuvasti, että jokainen sopimus itse asiassa liikkuu sopimusvapauden ja sopimuspakon välillä

vaan omaa asemaansa markkinoilla. Hallituksen esityksen perustelut ovat myös osittain harhaanjohtavat. Tärkeimpiä syitä aiemman GWB 26 §:n käyttöön oli se, että muita määräävää asemaa koskevia kieltonormeja ei ollut! Kilpailupoliittinen ratkaisun tulisi yleensäkin perustua taloudellisille argumenteille eikä normin ”suosiolle”.[213]

Välillisesti diskriminointiin voidaan puuttua GWB 15 §:n salliman painotuotteiden hintajärjestelmän osalta. Aiemmin vastaavat järjestelyt sallittiin merkkituotteidenkin osalta, mutta tästä luovuttiin GWB:n toisessa uudistuksessa 1973. Sallittuja ovat nykyään vain kirjoja, sanomalehtiä tms. koskevat sitoviin vähittäishintoihin perustuvat myyntijärjestelmät. Järjestelmän salliminen edellyttää, ettei se ole diskriminoiva (so. esim. osa myyjistä saa myydä haluamallaan hinnalla ja osa ei). Ollakseen hyväksyttävä tulee tällaisen järjestelmän olla aukoton. Normi on samalla esimerkki tilanteesta, jossa määräävää tai sitä lähestyvää asemaa ei lainkaan vaadita.[214]

Jatkossa tutkimuksessa keskitytään GWB 20 §:ään, koska vain siinä edellytetään hallitsevaa asemaa. Tähän normiin sisältyy ensisilmäykseltä jo useampia ongelmakohtia. Ensinnäkin määräävän aseman määrittely voi edellä käsitellyin tavoin aiheuttaa ongelmia. Toisaalta vapaan liiketoiminnan, samanlaisten yritysten ja kohtelun eroavaisuuden arviointi on myös hankalaa. Taloudellisessa toiminnassa ei ole kovin todennäköistä, että kaksi yritystä olisivat ainakaan kaikilla tunnusluvuilla tai arvoilla mitattuina samanlaisia, jolloin joudutaan päättämään mitkä kriteerit ovat tältä osin tärkeitä. Pykälän arviointia vaikeuttaa myös se, että käytännössä eri kriteerit punnitaan yhdessä. Jatkossa pyrin ensin arvioimaan normin eri osien merkityksen.

Kaikissa tapauksissa erilaista kohtelua ei voida pitää kiellettynä, koska muussa tapauksessa jouduttaisiin luopumaan täysin sopimusvapauden periaatteesta. Lainsäätäjä hyväksyi tämän näkökannan jo vuoden 1955 hallituksen esityksessä.[215]

---

erilaisten normien (markkinoiden säätely, verot tms.) sekä markkinoiden epätäydellisyyden takia. Ks tältä osin Kilian s. 456–457.

[213] Benisch II s. 607. Julkisen edun toteutumista yksityisen intressin kautta Benisch ei pidä kovin todennäköisenä, vaikka tällaisiakin mielipiteitä on esitetty; BT-Drucksache 13/9720 s. 37 ”Die Möglichkeit zur Erfassung des Mißbrauchs relativer Marktmacht bleibt erhalten (20 §) … Die häufige Berufung auf den bisherigen § [26 Abs. 2 Satz 2] gerade in zivilrechtlichen Verfahren deutet auf einen Bedarf für eine wettbewerbsrechtliche Regelung dieser Problematik hin. Sie unterstreicht zudem den Charakter dieser Vorschrift als ’Selbshilfenorm’.”

Hallituksen esityksessä vuodelta 1998 ei ole lainkaan pohdittu sitä, voisiko uusi GWB 19 § korvata aiemman lain 26 §:nkin tai onko ns. relatiivisen markkinavoiman kontrolli ylipäätään tarpeen.

[214] Emmerich II s. 156, 158, 159–160.

Lakiuudistuksessa ei tätä lainkohtaa asiallisesti muutettu. Ks. BT.

Drucksache 13/9720 s. 50.

[215] BTDr 1158 s. 43 25 §:n kohdalla, jossa ei tosin viitata sopimusvapauteen, mutta tämä lienee maininnan tarkoitus.

GWB 20 §:ssä hyväksytäänkin yritysten erilainen käsittely, jos tähän on perusteltu syy. Tällaisen syyn arviointi ei kuitenkaan ole helppoa, koska eri syitä voi olla hyvinkin paljon eikä niiden hyväksyttävyys ehkä ole objektiivisesti arvioitavissa (esim. myynnistä kieltäytyminen kapasiteetti vaikeuksien takia – hyväksytäänkö tämä perustelluksi syyksi diskriminointiin vai onko taustalla kenties määrätietoinen kapasiteetin lisäämisestä pidättäytyminen hintojen ylhäällä pitämiseksi). Normin tarkastelu joutuu tältä osin tukeutumaan hyvin paljon oikeuskäytäntöön.

3.1 Määräävä asema / riippuvuus

GWB 20 §:ää sovelletaan vain niissä tapauksissa joissa diskriminoiva / haittaava yritys on määräävässä asemassa tai menettely kohdistuu sellaiseen yritykseen, joka on riippuvainen em. yrityksestä. Hallitsevan aseman arvioinnissa sovelletaan GWB 20 §:n kriteerejä, koska tämä pykälä määrittää määräävän aseman lain (so. GWB:n) tarkoittamassa mielessä.[216]

Diskriminointinormin tiukentamiseksi lisättiin lakiin vuoden 1973 uudistuksessa riippuvuutta koskeva normi. Lain muutoksella 1989 normin soveltamisala rajattiin pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. Suuryritys ei voi siihen vedota, vaikka se olisi jonkin tuotteen osalta ostajasta tai myyjästä riippuvainen. Pyrkimyksenä on suojata pieniä ja keskisuuria yrityksiä sellaisissa tilanteissa, joissa ne eivät käytännössä voi saada tuotetta muualta. Vuoden 1989 muutoksella pyrittiin siihen normin tarkoitukseen, joka oli ollut lainsäätäjän alkuperäisenä päämääränä. Kilpailijat eivät ole toisistaan riippuvaisia, joten haittaamistapauksiin tätä kriteeriä ei voine soveltaa. Lakiuudistuksessa normin sisältö on tältä osin asiallisesti samanlainen.[217]

Vuoden 1989 muutoksen taustalla oli pitkälti kaupan lisääntynyt vaikutusvalta markkinoilla, joka haluttiin saada paremmin GWB:n kontrollin alaiseksi. Tämän tarkoituksen kanssa yhteensopivana ei pidetty kaupan mahdollisuutta hyödyntää

---

[216] Viittaan tältä osin GWB 19 §:ää koskevaan esitykseen.

[217] Asia ilmenee jo vuoden 1971 hallituksen esityksestäkin. Ks. BT.Dr. VI/2520 s. 34 ”… wird das Diskriminierungsverbot auf Unternehmen ausgedehnt, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager … abhängig sind,…” SPD:n ja FPD:n esitykseen ei edes otettu tätä koskevaa perustelua, vaan asia jäi rauenneen hallituksen esityksen varaan. Ks. BTDr 7/76 s. 17. Talousvaliokunta painotti samaa liittämällä GWB [26 § 2 Abs.] muutoksen nimenomaan pienten ja keskisuurten yritysten kilpailutilanteen parantamiseen. Mietinnön sanamuoto ei suoranaisesti korosta juuri tätä seikkaa, koska siinä on vain liitetty GWB [26] §:n muutos samaan kappaleeseen em. yritysten aseman parantamisen kanssa. Ks. BTDr 7/765 s. 3 ”die Regelung zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen nachhaltiger zu verbessern… Schließlich soll das Diskriminierungsverbot bei realen Abhängigkeiten (§ [26 Abs. 2 Satz 2]) verschärft werden;”

Lain muutoksessa todetaan normin vain siirretyn. Ks. BT-Drucksache 13/9720 s. 52.

Lakitekstin osalta ks. yllä jakso 3.

GWB 20 §:n riippuvuussuhdetta omaksi edukseen. Muutoin lain tarkoituksta ei pyritty muuttamaan eli päämääränä oli edelleen estää merkkituotteiden valmistajia korvaamasta sitovia hintoja hintakehotusten ja näiden rikkojille asetettujen toimituskieltojen kautta. Suuryritysten osalta ei tällaista riskiä katsottu olevan, koska kysynnän rakenne pakottaa merkkituotteiden valmistajat edelleen myymään tuotteitaan myös kaupan suuryritysten kautta. Tukkukaupan osalta muutos johtanee siihen, ettei niitä joitain pienempiä erikoistukkuliikkeitä lukuunottamatta voitane enää pitää riippuvaisina yrityksinä.[218]

Pienten ja keskisuurten yritysten osalta viitattiin aiemmin GWB:n 5c §:ään. Lakiuudistuksessa ko. pykälä poistettiin, joten lakiin jäi ainoastaan maininta pienistä ja keskisuurista yrityksistä. Asiallista muutosta ei tältä osin tapahdu, koska aiemman lain 5a ja 5b §:issä ei ole sen tarkempaa mainintaa mitä ko. yrityksillä tarkoitetaan. Käsite on tulkittava markkinakohtaisesti, jolloin kyse on yritysten suhteellisesta koosta. Monialayritysten osalta on otettava huomioon koko konsernin koko eikä yksinomaan tietyllä markkinoilla toimiva tytäryhtiö. Emmerich huomauttaa GWB 20 §:n olevan suoraan vaikuttavaa oikeutta, joten toisen osapuolen pitäisi periaatteessa pystyä arvioimaan, onko vastapuoli lain tarkoittama yritys ennen toimituskieltoa tms. Yrityksen asemahan voi muuttua markkinoilla jopa toimituserien välillä! Käytännössä tähän ongelmaan törmätään äärimmäisen harvoin ja normaalisti esim. valmistaja tietää varsin tarkoin vastapuolen markkina-aseman. Kritiikki on siten jossain määrin teoreettista, eikä sitä ole Emmerich'n oppikirjoissa toistettu. Osuvampi ongelma voinee olla Emmerich'n samassa artikkelissa esiin tuoma tuomioistuinratkaisun vaikeus. Tuomioistuinhan joutuu näissä tapauksissa toimimaan (so. yksityisoikeudellinen vaatimus GWB 20 §:n nojalla) osapuolten todistusmateriaalin varassa, joka voi olla ristiriitaista.[219]

Riippuvuus-käsitettä voidaan kritisoida siitä, että se siirtää käytännössä sopimuspakon alueelle, jossa yrityksellä ei ole mitään ehdotonta markkinavoimaa kilpailijoihinsa eikä asiakkaisiinsa verrattuna. Toiminnanhan katsotaan näissä tapauksissa olevan vielä kilpailun kontrolloimaa. Toisaalta normin voidaan katsoa

---

[218] Ks. BTDr 11/4610 s. 10 "Besondere Schwerpunkte waren (tutkittaessa uudistuksen tarpeellisuutta) die Entwicklung im Lebensmittelhandel und die kartellrechtlichen Ausnahmebereiche". Samalla sivulla viitataan kaupan keskittymiseen kohdassa 2 sekä kohdassa 3 viitataan nimenomaan kauppaan uudistuksen perusteluna. Ks. ed. lähde s. 10 "a) Im Hinblick auf den Handel sieht der Geseztentwurf Änderungen in folgenden Bereichen vor: … – Einschränkung des Diskriminierungsverbots insbesondere im Hinblick auf die Belieferungspflicth für relativ marktstarke Unternehmen (§ [26 Abs. 2 Satz 2]),…" Esityksen erityisperusteluissa korostetaan sitä, ettei lain tarkoitusta ollut muutoin tarkoitus muuttaa. Tässä yhteydessä viitataan siihen, että kyse oli pienten ja keskisuurten yritysten suojelun osalta samasta päämäärästä, mihin talousvaliokunta oli jo vuoden 1973 uudistuksen yhteydessä viitannut. Ks. em. lähde s. 21.

[219] Emmerich V s. 265. Emmerich'n kritiikki on sinänsä johdonmukaista. Hän piti ko. lain muutosta jo hallituksen esitysvaiheessa (milloin lähteessä viitattu artikkeli on kirjoitettu) tarpeettomana ja on jatkanut samalla linjalla. Ks. tältä osin alempana oleva kappale.; Immenga ym. II s. 339.

kohdistuvan juuri määräävän aseman kynnyksellä oleviin yrityksiin, jotka tietyissä tapauksissa voivat vaikuttaa kilpailuun haitallisesti. Kysymyksenasettelusta seuraa tulkintaa koskeva jatko-ongelma: tulisiko riippuvuus-käsitettä tulkita suppeasti juuri sen rajatapausluonteen takia vai onko laajempi tulkinta sallittu? Markert on jälkimmäisen tulkinnan kannalla, koska hänen mielestään yritysten edut voidaan ottaa huomioon GWB 20 §:n edellyttämässä intressienvertailussa.[220]

Emmerich kritisoi lain rajaamista vain pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. Hän katsoo muutoksella ajetun lähinnä merkkituotteiden valmistajien asemaa. Seurauksena saattaa olla hintasidonnaisuuden ujuttaminen takaisin markkinoille, koska lain muutos estää suuria kaupanalan yrityksiä vetoamasta riippuvuuteen. Näiden yritysten ”ansioksi” Emmerich katsoo tässä suhteessa markkinoiden avaamisen kilpailulle merkkituotteiden osalta. Valmistaja voi joko hiljaisesti sopia tai muutoin luottaa pienempien ammattiliikkeiden ylläpitävän korkeampaa hintatasoa. Esitetyn kritiikin merkitystä on varsin vaikea arvioida, koska käytännössä monikaan merkkituotteita valmistava yritys ei jättäisi merkittäviä jakeluketjuja, kuten tavarataloja hyödyntämättä. Kerber huomauttaa mainonnan ja merkin maineen olevan merkkituotteen valmistajalle sidottua pääomaa, jonka hyödyntäminen edellyttää yleensä tuotteen laajaa saatavuutta. Panostaessaan markkinointinsa nimenomaan tunnetun tuotemerkin ja laajan saatavuuden varaan valmistaja itse asiassa pitkälti aiheuttaa oman riippuvuutensa. Vaikutukset ovat tietyssä määrin molemminpuolisia. Jos kuluttajat haluavat tietynmerkkistä tuotetta eikä muu heille käytännössä kelpaa, on tuotteen saaminen valikoimaan kaupan kannalta tärkeää. Toisaalta tilanne pätee vain, jos valmistaja voi myydä tarvittavan lisämäärän toisten jälleenmyyjien kautta. Mitä suurempaa kuluttajasegmenttiä kauppa hallitsee, sitä tärkeämpi asiakas kauppa on valmistajalle. Jo pelkkä laaja volyymi voi johtaa tähän. Kerber ei tosin pohdi valmistajan ja sen jälleenmyyjien mahdollisuutta pyrkiä luomaan tietystä merkistä niin halutun, että kuluttajat maksavat siitä vastaavia tuotteita enemmän (so. vertikaalisen yhteistyön vaikutus jää selvittämättä). Kyseenalaista on lisäksi, ovatko kaupan alan suuryritykset tästä näkökulmasta suojan tarpeessa ja parantaisiko niiden toiminta todella kilpailuolosuhteita.[221]

---

[220] Kriittisesti riippuvuuteen suhtautuu Kilian s. 457 ”Die Konzeption … marktbeherrschende Unternehmen Restriktionen zu unterwerfen, hat eine angebbare wettbewerbstheoretische (”ordnungspolitische”) Grundlage. Sie beruht auf der Erfahrung, daß marktbeherrschende Unternehmen in der Lage sind, die Wettbewerbsbedingungen zu ihren Gunsten und zu Lasten der Marktgegenseite umzugestalten. … Für die Erweiterung … auf marktstarke Unternehmen … *gibt es dagegen keine empirisch gesicherten Erfahrungen*.”

Positiivisesti riippuvuuteen suhtautuu Emmerich II s. 291–292 (so. tekstissä ei ole lainkaan Kilian’n esittämän kaltaista kritiikkiä). Markert’kaan ei ota ko. seikkoja huomioon, vaan katsoo normin perustuvan siihen, että ko. yritykset voivat vaikuttaa haitallisesti markkinoiden toimintaan, vaikka niillä ei selvää määräävää asemaa olekaan. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1251–1252.

Tulkintaa koskevasta keskustelusta ks. Immenga ym. II s. 1252–1253 (Markert’n osalta).

[221] Emmerich II s. 288 ”…wo vor allem die vielfältigen Vorstöße der großbetrieblichen Formen des Einzelhandels gegen sie diskriminierende selektive Vertriebssysteme der Markenartikelindustrie zu einer Verschärfung des Wettbewerbs geführt haben.”; Vrt. Kerber s. 354–356. Tekijä ei pidä tilantei-

Markert'n kielteinen kanta rajauksen suhteen on mielestäni paremmin perusteltu. Hän pitää muutosta tarpeettomana, koska riippuvuuttahan ei voi syntyä, jos kohtuullisia ja riittäviä vaihtoehtoja on. Ison kaupanketjun voidessa helposti hankkia vastaavan tuotteen muualta ei GWB 20 §:n toimituspakkoa siten syntyisi. Tämän lähestymistavan ongelmana ovat tietyt tuotteet, kuten televisiot jne., joista myynnissä ovat tavallisesti kaikki johtavat merkit samassa liikkeessä. Ennen 1989 lainmuutosta suuryrityskin saattoi vedota 20 §:ään saadakseen valikoimansa täydelliseksi. Mikä merkitys muutoksella tältäkään osin on, ei mielestäni ole selvää suurten tavaratalojen toimiessa tärkeinä jakelijoina merkkituotteidenkin osalta.[222]

Langen ym. hyväksyisivät normin soveltamisen myös kilpailijoihin. He tarkoittavat ilmeisesti lukuisien riippuvaisten yritysten kautta syntyvää välillistä kilpailijoiden haittaamista. Näissä tilanteissa kilpailijoiden markkinoilta sulkemiseen pyrkivä yritys lienee lähes aina määräävässä asemassa tai tällaisessa asemassa olevan oligopolin jäsen. Rajatapauksissa suuri määrä yrityksestä riippuvaisia ostajia tai myyjiä olisivat varsin selvä osoitus hallitsevasta asemasta. Tähän kantaan on vaikea yhtyä sikäli, että riippuvuus on periaatteessa yritys- eikä markkinakohtaista. Normiin vetoavan pitäisi siten osoittaa mitkä kaikki yritykset ovat väitetystä haittaajasta riippuvaisia.[223]

Vuoden 1973 lakiuudistuksen taustalla oli osittain tarve turvata markkinoiden toiminta merkkituotteiden hintasidonnaisuuden poistuessa. Ilman lakiin otettua

---

ta, joissa merkin arvo olisi niin suuri, että valmistaja voi helposti kieltäytyä liikesuhteista kovin yleisinä. Tilanne on toki tuote ja merkkikohtaista, vaikka Kerber ei tätä painotakaan. Kerber arvioi, että jo 20 % ostovolyymi olisi niin suuri, ettei merkkivalmistaja voi olla ottamatta tällaista asiakasta myyntijärjestelmäänsä.

Hallituksen esityksessä katsottiin selväsanaisesti, ettei tällaista tarvetta voinut olla juuri kysynnän rakenteen takia. Esityksessä huomautetaan, että määräävässä asemassa oleviin myyjiin voidaan edelleenkin soveltaa 20 §:n diskriminointikieltoa. Ks. BTDr 11/4610 s. 21–22, 22 "Soweit sie icht marktbeherrschenden Anbietern gegenüberstehen, verfügen aber große Unternehmen in der Regel … über ausreichende Möglichkeiten, um die Waren für ihre Sortimente zu marktgerechten Konditionen zu erhalten."; Toisaalta kaikki puolueet eivät olisi halunneet rajata normin soveltamisalaa hallituksen esittämällä tavalla. SDP:n edustajat katsoivat talousvaliokunnassa GWB [26 Abs. 2] säilyttämisen entisellään olevan tarpeellista sidottuja hintoja koskevan kiellon välttämiseksi (eli he olivat pitkälti Emmerich'n kannalla). Ks. tältä osin BTDr 11/5949 s. 20.

[222] Immenga ym. II s. 1253 (Markert'n osalta).

[223] Langen ym. I s. 899 "Es sind Fälle denkbar, in denen Wettbewerber durch ein bestimmtes Verhalten des marktstarken Unternehmens gegenüber Abnehmern oder Lieferanten, wenn es sich hierbei um eine große anzahl handelt, unbillig behindert werden im Sinne von § [26 Abs. 2 Satz 1], z.B. dadurch, daß ein marktstarkes Unternehmen mit den von ihm abhängigen Abnehmern Ausschließkeitsvereinbarungen trifft, durch die kleinere, unbekantere Marken verdrängt werden…".

Vrt. Emmerich I s. 289–290. Kirjoittajan mielestä riippuvuutta koskevaa laajennusta ei enää normin 1989 tapahtuneen muutoksen (so. se koskee vain pieniä ja keskikokoisia yrityksiä) jälkeen voida todennäköisesti soveltaa kilpailijoihin. Aiemmin se olisi hänen mielestään ollut mahdollista. Toisin kuitenkin saman teoksen uudistetussa painoksessa, jossa Emmerich tukee kantansa siihen, että BGH on lähtenyt oikeuskäytännössä (1 ratkaisu!) arvioimaan pieniä ja keskisuuria yrityksiä vertikaalisen vertailun pohjalta (eli verrannut riippuvaista yritystä siihen, josta se on riippuvainen). Tästä seuraa Emmerich'n mielestä se, että normi suojaisi kilpailijoitakin. Epäselvää on suojaisiko se muita kuin

laajennusta olisi merkkituotteen valmistaja voinut pyrkiä säilyttämään tuotteensa hintatason kieltäytymällä myymästä sitä muille kuin entisille (so. aiemmin tiettyyn hintaan sitoutuneille yrityksille) jälleenmyyjille. Talousvaliokunta korostaakin merkkituotteiden valmistajilla olevan toimituspakon tämän normin perusteella. Valiokunnan kannan mukaan edes kapasiteetin riittämättömyys ei estä normin soveltamista, jos yritys on eri markkinoiden tasolla toimiva konserni ja haluaisi myydä tuotteensa vain omien tytäryhtiöidensä kautta.[224]

Fischötter kritisoi valiokunnan kantaa konserniyritysten osalta. Hänen mielestään tältä osin ei ole kyse diskriminoinnista, vaan itse asiassa konsernin kanssa kilpailevan yrityksen toiminnan haittaamisesta. Tällöin ei edes voida verrata konsernin tytäryhtiöiden tms. tilannetta ulkopuoliseen yritykseen, koska edelliset eivät voi vapaasti päättää toiminnastaan. Toimituspakon asettaminen johtaisi lisäksi konsernin omien yritysten syrjimiseen, koska nämä eivät voisi kapasiteetin puuttuessa saada tuotetta emoyhtiöltään. Kyseenalaista onkin voidaanko lain tulkintaa ei määräävässä asemassa olevien yritysten osalta viedä näin pitkälle.[225]

Riippuvuus arvioidaan jokaisen tapauksen konkreettisten lähtökohtien perusteella. Normia ei voida soveltaa pelkästään sillä perusteella, että ostajat tai myyjät olisivat yleisesti ottaen jollain lailla riippuvia tietyllä alalla toimivista vastapuolistaan (tai edes tietystä vastapuolesta). Hartmann huomauttaa pelkästään yleisiin kriteereihin perustuvan tulkinnan johtavan käytännössä todistustaakan kääntöön, mikä ei ole lain tarkoitus. Toisaalta tulkintalähtökohta ei voi olla pelkästään yrityskohtainen, koska tällöin ei riippuvuuteen vetoavan yrityksen kannalta koskaan olisi ”kohtuullisia ja riittäviä” vaihtoehtoja. Arviointi joutuu siten tasapainoilemaan yleisempien ja yrityskohtaisten kriteerien välillä. Tapauskohtaisesti on osoitettava, että yritys A on yrityksestä X riippuvainen. Mikäli yritys voi – edelleen tietyssä yksittäistapauksessa – markkinoida tai ostaa tuotteen joltain toiselta yritykseltä, ei se ole riippuvainen vastapuolestaan.[226]

---

pieniä ja keskisuuria kilpailijoita. Tekijä ei myöskään mainitse voisivatko nämä todella vedota riippuvuussuhteeseen vai eivät. Ks. Emmerich III s. 228–229 ja erityisesti s. 229 ”§ 20 II S. 1 bedeutet nur eine Erweiterung des Adressatenkreises des *Diskriminierungsverbot* (§ 20 I), nicht jedoch eine Änderung dessen Zwecks oder dessen Schutzrichtung. In den Schutzbereich des § 20 I in Verbindung mit § 20 II 1 sind daher auch die *Konkurrenten* des marktstarken Unternehmens ebenso wie die der abhängigen Unternehmen gegen mittelbare Behinderungen,…”

[224] Valiokunnan mietinnön osalta ks. BTDr. 7/765 s. 10 ”…verbietet diese Vorschrift einem Konzernunternehmen, das auf mehreren nachgeordneten Wirtschaftsstufen tätig ist, die Belieferung mit der Begründung einzustellen oder abzulehnen, daß die vorhandene Kapazität nur für die Belieferung der konzerneigenen Verkausstellen ausreicht.”

[225] Fischötter s. 389–390. Fischötter huomauttaa osuvasti, että kyseessä on monopoli, jos asiakkaat eivät saa tuotetta mistään muualta. Vastaava tilanne voi syntyä oligopoliinkin nähden. Tällöin asiaan voidaan puuttua joko GWB 19 §:n tai 20 §:n avulla määräävään asemaan nojautuen eikä riippuvuusnormeja tarvitsisi lainkaan käyttää.

[226] Tätä seikkaa korostettiin jo vuoden 1971 hallituksen esityksessä. Ks. BTDr. VI/2520 s. 34 ”Es kommt darauf an, ob ein Nachfrager (oder Anbieter) im konkreten Einzelfall ausreichende Möglichkeiten hat, auf ander Anbieter (oder Nachfrager) auszuweichen.” Esityksessä korostettiin diskriminointia olevan samassa asemassa olevien yritysten erilainen kohtelu.

Yksityistapauksiin perustuvan arvioinnin selkeä ongelma on oikeusvarmuuden puute. Normin perusteellahan voidaan määrätä negatiivisia seuraamuksia yritykselle, joka ei välttämättä edes tiedä mitkä kaikki yritykset ovat siitä minäkin ajankohtana riippuvaisia. Kyseessähän on laajennus hallitsevaan asemaan verrattuna, jolloin kyse ei ole tästä asemasta suhteessa kaikkiin markkinoilla toimiviin.[227]

Jokainen yritys on toisista yrityksistä riippuvainen. Laajin mahdollinen tulkinta johtaisi siten kaikkien pienten ja keskisuurten yritysten suojaamiseen joka ainoassa diskriminoinniksi tai haittaamiseksi miellettävässä tapauksessa. Toisaalta yritys voisi todennäköisesti aina markkinoida tai ostaa tuotteen muualta, jos se käyttää siihen riittävästi rahaa. Tähän ei kuitenkaan voida diskriminoivan yrityksen puolelta vedota, koska lain lähtökohtana on se, että mahdollisuuksien pitää olla riittäviä (Ausreichend) ja kohtuullisia (Zumutbare). Tämä edellytys lisättiin lakiin talousvaliokunnan mietinnössä. Mikäli mahdollisuuksia on olemassa, ei jonkun yrityksen varaan ”heittäytymistä” voida pitää lain tarkoittamana riippuvuutena. Lähtökohta on riippuvuuden osalta objektiivinen, markkinatilanteeseen pohjautuva kokonaisarviointi. Ratkaisujen pitäisi perustua siihen, miten ko. alan yritys yleensä voisi ostaa tai myydä tuotetta markkinoille eikä pelkästään yhden yksittäisen yrityksen mahdollisuuksiin. Kohtuuttomuus on subjektiivista sikäli, että sen osalta arvioidaan yksittäisen ”riippuvaisen” yrityksen mahdollisuuksia hankkia tuote muualta sen liiketoiminnan kärsimättä kohtuuttomasti. Kohtuuttomana pidettiin esim. tilannetta, jossa yritys on useamman vuoden ajan ollut liikesuhteissa vastapuoleen suunnaten tuotantonsa tältä saatavan raaka-aineen / puolivalmisteen mukaisesti ja tämä sitten lopettaa toimitukset.[228]

Riittävyys tarkoittaa muiden markkinoilla toimivien yritysten kykyä ylipäätään toimittaa tarvittavia määriä haluttua tuotetta aiempaa vastaavilla ehdoilla. Arviointi on tältä osin tehtävä objektiivisesti markkinoilla vallitsevan tilanteen pohjalta. Tässä vaiheessa ei siten periaatteessa huomioida yritysten subjektiivisia ominaisuuksia, vaan nämä otetaan huomioon vasta kohtuullisuusarvioinnissa. Riittävyyttä voidaan arvioida esim. tuotteen / valmistajan saavuttaman maineen ja tuotteen yleisen merkityksen markkinoilla. Jälkimmäisessä tapauksessa on kyse sen arvioimisesta (esim. ko. maineen avulla), miten tärkeä tuote on toiselle mark-

---

Tapauskohtaisuutta korostaa myös Fischötter s. 383 ”Ein Unternehmen nach [Satz 2] ist nur Adressat, soweit von ihm Anbieter oder Nachfrager abhängig sind. …. Ein bestimmtes Abhängigkeitsverhältnis läßt sich aber nur aufgrund der konktreten Umstände des Einzelfalles feststellen”; Pitkälti samoin, mutta sekä objektiivistä että subjektiivistä näkökulmaa painottaen Hartmann s. 40.

[227] Fischötter s. 386 ”Die Legalität seines Verhaltens werde damit von einer Drittsphäre abhängig gemacht, die er nicht überblicken könne und für deren Entwicklung er auch nicht verantwortlich sein brauche.”

[228] BTDr. 7/762 s. 9–10. Objektiivisen riippuvuuden ja subjektiivisen kohtuuttomuuden erosta huomauttaa Riesenkampff s. 207; Normin periaatteellista laajuutta ja tätä kautta kohtuullisuuden tapauskohtaista tulkintaa painottaa Rittner II s. 297.

kinaosapuolelle yleensä (eli aiheuttaisiko siitä luopuminen kaikille markkinoilla toimiville yrityksille ongelmia).[229]

Erillisenä kriteerinä riittävyydestä on pidettävä kohtuullisuutta. Periaatteessa ensin on arvioitava riittävyys ja sitten, onko siirtyminen markkinoilla oleviin muihin tuotteisiin kohtuullista. Jos riittäviä määriä tuotetta ei ole saatavana, ei kohtuullisuutta tarvitse lainkaan arvioida, koska mitään siirtymismahdollisuutta (eli vaihtoehtoa) ei ole. Jos tuotetta on riittävästi saatavilla, joudutaan suorittamaan kohtuullisuusarviointi. Yritys ei voi olla riippuvaisessa asemassa, jos se pystyy kohtuullisin kustannuksin tms. siirtymään toisen tuotteen ostajaksi / myyjäksi. Käsite-erosta huolimatta kriteerit voivat muodostua samankaltaisiksi, koska mitä vähemmän vaihtoehtoja sitä lähempänä ollaan kohtuutontakin tilannetta. Lukuisat lähes toisiaan vastaavat yritykset estävät helposti riippuvuuden syntymisen, koska joku kohtuullinen vaihtoehtotoimittaja löytynee näiden keskuudesta. Tilanne voi olla yrityksen kannalta kohtuuton, jos tuotteen toimittajan / ostajan vaihtaminen haittaa merkittävästi sen liiketoimintaa. Tätä arvioidaan mm. hintatason (so. saako samaan hintaan) ja teknisen vastaavuuden perusteella (so. mitä kuluja yritykselle koituisi voidakseen siirtymisestä toisen tuotteen ostajaksi / myyjäksi) sekä tuotteen vaihdosta aiheutuvan liikevaihdon menetyksen kautta (so. vaihtoehto ei ole riittävä, jos tuotteen vaihdon jälkeen liikevaihto merkittävästi laskee). Riippuvuus vallitsee, jos tuotteen saatavuus vaihtoehtoisilta toimittajilta (esim. aiheutuvat kustannukset, toimitusten epävarmuus tms.) ei turvaa yrityksen normaalia toimintaa.[230]

Riippuvuuden kaikki elementit ovat aikasidonnaisia. Nykyhetken riippuvuus voi kadota huomispäivän markkinatilanteessa, tai uusi sellainen voi syntyä. Tämäkin seikka lisää oikeudellista epävarmuutta, koska GWB 20 §:n soveltamisalaan kuulumaton yritys saisi vapaasti diskriminoida asiakkaitaan. Miten suuri muutos olosuhteissa oikeuttaisi tällaisen menettelyn aloittamiseen, jos riippuvuus on jo aiemmin lainvoimaisella päätöksellä todettu? Riittääkö esim. kilpailijan tuotteen saatavuuden paraneminen, vai onko riskinä esim. yritysten välille aiemman päätöksen jälkeen syntynyt ”yrityskohtainen” riippuvuus?[231]

---

[229] Immenga ym. II s. 1257–1258. Vrt. Kilian s. 472. Kilian’n käyttämät esimerkit arviointikriteereistä ovat Markert’n Immenga ym. teoksessa käyttämiä selvästi individualisempia jo lähtökohdiltaan. Ks. tältä osin seuraava kappale ja sen alaviite.

[230] Riittävyyden ja kohtuullisuuden eroa korostaa Markert. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1257. Vrt. Kilian s. 472– 473 ”Ein ganz ähnliches Bild ergibt sich hinsichtlich der ”zumutbaren” Möglichkeit zum Ausweichen, wobei auffällt, daß die eben genannten Argumente [tekstissä mainitut hintaan jne. liittyvät tekijät] – *etwas individualisierender formuliert* – überwiegend auch hier verwendet werden. Kilian ei siten yhtäselvästi kuin Markert erota toisistaan riittävyyden ja kohtuullisuuden kriteerejä. Tältä osin on kyse pikemminkin näkökulma kuin asiallisesta erosta. Hinta, tekniikka jne. ovat niitä tekijöitä, joiden perusteella tuotteen markkinoita (so. kilpailijoiden olemassaoloa) arvioidaan, joten ne tulevat tietyssä määrin riittävyysarvioinnissakin esille.

[231] Aikasidonnaisuudesta huomauttaa mm. Markert. Kerran sitovasti todettua riippuvuutta hän pitää todisteena siitä, että riippuvuus jatkuisi tulevaisuudessakin. Tämä oletus voitaisiin kumota vain näytöllä muuttuneista olosuhteista. Markert ei ota suoraan kantaa siihen kenen velvollisuutena näytön esittäminen olisi, mutta oletettavasti hän lähtee siitä, että tämä olisi diskriminoivan yrityksen velvollisuus. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1262.

BGH:n mukaan vaihtoehtomahdollisuuksien kriteerinä on diskriminoivan yrityksen tuotteen asema ja vaikutus / arvovalta (Ansehen) markkinoilla. Tässä tarkastelussa on huomioitava paitsi tuotteen hinta myös sen laatu ja mainonnan vaikutus. Varsinkin merkkituotteiden osalta voi mainonta aiheuttaa sen, ettei yritys voi toimia markkinoilla saamatta juuri tätä tuotetta myyntivalikoimiinsa. Markkinoilla toimivien yritysten määrä voidaan ottaa huomioon, mutta sitä ei tuomioistuimen mukaan voi pitää ratkaisevana. Näissä tapauksissa on aina muistettava, että riippuvuus-normia käytetään tilanteissa, joissa diskriminoivaan yritykseen kohdistuu jonkinasteista kilpailua (so. se ei ole määräävässä asemassa). BGH:n käyttämä viittaus tuotteen asemaan jne. luo kuitenkin sellaisen käsityksen, että kyseisiä tuotteita voisi näillä perustein pitää jopa määräävässä asemassa olevina tai tällaisessa asemassa olevaan oligopoliin kuuluvina.[232]

Riippuvuuden syntymistä ei estä sekään, että yritys voisi turvata olemassaolonsa muiden tuotteiden avulla. Riippuvuus arvioidaan saman tuoteryhmän suhteen. Diskriminoiva yritys voi siten joutua myymään tuotettaan yritykselle, jonka kokonaisliikevaihdosta tämä tuoteryhmä muodostaa vain pienen osan.[233]

Riippuvuuden markkinasidonnaisuutta korostaa BGH:n ”Privatgleisanschluß”-tapaus (BGH 26.5.1981). BGH ei tässä tapauksessa hyväksynyt alempien oikeusasteiden kantaa siitä, ettei rautatie- ja maantiekuljetuksia voinut rinnastaa toisiinsa. Asiassa olisi pitänyt osoittaa, että maantiekuljetukset muodostuvat niin paljon kalliimmiksi, etteivät ne käy rautatiekuljetusten vaihtoehtona.[234]

Määräävään asemaan verrattuna riippuvuus on relatiivista. Määräävä asemahan kohdistuu kaikkiin ko. markkinoilla toimiviin yrityksiin. Tästä poiketen voi riippuvuussuhde syntyä sellaisissa tilanteissa missä GWB 19 §:n tarkoittamasta määräävästä asemasta ei ole lainkaan kysymys. Tämä kanta on omaksuttu oikeuskäytännössäkin (esim. ”Technics” -tapaus). GWB 20 §:ssä oleva maininta pienistä ja keskisuurista yrityksistä, joka otettiin lakiin vuonna 1989, rajannee lain tarkoittaman riippuvuussuhteen tilanteisiin, joissa vastapuolella oleva yritys on hyvin lähellä määräävää asemaa ja normiin vetoava yritys selvästi tätä pienempi. Tätä kantaa tukee valiokuntamietinnössä mainittu tarjonnan tai kysynnän markkinavoima. Lain tarkoituksena ei ole suojata esim. keskisuurta yritystä, joka on jossain suhteessa riippuvainen toisesta keskisuuresta yrityksestä tms. Aiemmin tilanne oli tältä osin epäselvä, koska suuryrityskin saattoi vedota riippuvuuteen. Diskriminointikiellon soveltaminen edellyttää siten ainakin jonkinasteista markkinavoimaa. Tarkastelukulma on tällöin nimenomaan kahden yrityksen välinen eli

---

[232] Ratkaisun osalta ks. WuW 4/1976 s. 251. Samoin ”adidas” -tapauksessa (BGH 30.6.1981), jossa tuote oli saanut mainonnan avulla sellaisen aseman, ettei osa urheilukenkien ostajista olisi ollut halukkaita ostamaan muita merkkejä. Ks. WuW 6/1982 s. 458.

[233] Tätä painotettiin ”adidas”-tapauksessa (BGH 30.6.1981) WuW 6/1982 s. 459 ”Für die Frage der Abhängigkeit ist auch unerheblich, welcher Umsatzanteil die begehrte Ware am Gesamtumsatz der Kl. haben wird.”

[234] Ks. WuW 10/1981 s. 714–715.

Mandel'ia lainatakseni markkinavastapuolella on oltava "hallitseva asema" sopimuskumppaniinsa nähden. Muut yritykset ovat tarkastelukohteina vain riippuvuussuhteen kohtuullisina ja riittävinä vaihtoehtoina.[235]

Määräävässä asemassa olevan yrityksen suhteen ei sen asiakkailla / toimittajilla ja kilpailijoilla ole moniakaan tai lainkaan vaihtoehtoja. Ne eivät ole olleet luomassa määräävää asemaa, vaan tämä on kyseisen yrityksen oman toiminnan tulos. Riippuvuuden osalta tilanne ei ole tässäkään mielessä absoluuttinen, koska asiakkaat / toimittajat ovat itse – ainakin tietyn valinnan vapauden vallitessa – valinneet asiakassuhteen juuri ko. yrityksen kanssa. Miten paljon tilanteet käytännössä eroavat riippuu yrityksen markkinavoimasta (so. kuinka lähellä määräävää asemaa liikutaan).[236]

BGH korosti "Rossignol"-tapauksessa (BGH 20.11.1975) normin tarkoituksen olevan vapaan kilpailun suojaaminen vahvan markkina-aseman omaavien yritysten aiheuttamilta häiriöiltä. Samalla vahvistettiin se, että yrityksen tuli olla lähes määräävässä asemassa. Mitään alarajaa ei tapauksessa sinänsä asetettu ja myyjän markkinaosuus (vain 8 % relevanteista markkinoista) riitti BGH:n mielestä riippuvuuden syntymiseen. Tuomioistuin lähti tulkinnassaan nimenomaan normin tarkoituksesta, koska sanamuotoa ei sen kannan mukaan voinut pitää selvänä. Benisch on kritisoinut ratkaisua, koska siinä ei riittävästi otettu huomioon lainsäätäjän ilmaisemaa kantaa pienten ja keskisuurten yritysten suojaamisesta (lakitekstissähän ei vielä tällöin ollut suoraa viittausta näistä yrityksistä).[237]

---

[235] Valiokuntamietinnössä tuodaan selvästi esille se, ettei määräävää asemaa vaadita. Ks. BTDr. 7/765 s. 10 "Der neue § [26 Abs. 2 Satz 2] erfaßt auch diejenigen Diskriminierungsfälle aufgrund von *Angebots- oder Nachfragemacht*, in denen das diskriminierende Unternehmen nicht marktbeherrschend ist."; Emmerich V s. 289–290. Emmerich huomauttaa, että diskriminointinormin laajennuksella pyrittiin suojaamaan esim. tietystä tuotemerkistä riippuvaisia yrityksiä eikä tarkoituksena ollut luoda mitään sosiaalista suojajärjestelmää yritystoiminnalle. Miten pitkälti vuoden 1989 lainmuutos on tuonut tällaista sosiaalista näkökulmaa lain soveltamiseen on hänen mukaansa avointa.; Langen ym. I s. 898; Mandel s. 21 "Es reicht aus, daß das betreffende Unternehmen in seiner konkreten Beziehung zum Marktpartner eine marktbeherrschende Stellung hat, also eine punktuelle Marktstärke gegeben ist."

Technics-tapauksen (BGH 22.1.1985) ks. WuW 6/1985 s. 490–491. BGH vahvisti riippuvuuden voivan syntyä sellaisillakin markkinoilla, joissa on merkittävää kilpailua.

[236] Tätä eroa määräävän aseman ja riippuvuuden välillä korostaa Fischötter s. 385.

[237] WuW 4/1976 s. 250 "Ein Unternehmen kann, auch wenn es nicht marktbeherrschend ist, eine so starke Stellung auf dem Markt einnehmen, daß von ihm Störungen des Marktgeschehens, wie sie durch § [26 Abs. 2] GWB bekämpft werden sollen,…". Vahvaa markkina-asemaa korostettiin "Original-VW-Ersatzteile II" -tapauksessa (BGH 22.9.1981). Ks. WuW 12/1981 s. 875 "Ein Unternehmen kann danach, auch wenn es nicht marktbeherrschend ist, eine so starke Stellung auf dem Markt einnehmen, daß von ihm Störungen des Marktgeschehens ausgehen können, wie sid durch § [26 Abs. 2] GWB bekämpft werden sollen."

Benisch'n kritiikistä ks. Benisch II s. 613–614. Rossignol-ratkaisussa BGH ei kieltämättä lainkaan miettinyt ostajan asemaa markkinoilla. Ilmeisesti kyse ei ollut aivan pienestä yrityksestä, koska pelkkien suksien osalta liikevaihto oli ollut vuoden 1972/73 sesongin aikana 3 miljoonaa DM:aa. Ks WuW 4/1975 s. 250–253; Kilian on kritisoinut juuri markkinaosuuden huomioimatta jättämistä, vaikka näitä oli käsitelty alemmissa asteissa. Sinänsä Kilian hyväksyi pienenkin markkinaosuuden riippuvuuden synnyttäjäksi, jos muiden seikkojen (kuten taloudelliset voimavarat tms.) perusteella

Lain sanamuodon perusteella (”abhängig sind”) ei markkinoille pyrkivä yritys voisi vedota potentiaaliseen riippuvuuteen. Olemassa olevaa riippuvuutta, jota sanamuoto ”sind” vastaa, ei tällaisessa tilanteessa ole vielä syntynyt. Normin on katsottu suojelevan markkinoille pyrkivääkin yritystä eikä konkreettista etukäteen havaittavaa riippuvuussuhdetta siten voida vaatia. Vastaava kanta on omaksuttu valikoimaansa laajentavien yritysten suhteen.[238]

Objektiivisista lähtökohdistaan huolimatta voi riippuvuus muodostua varsin subjektiiviseksi käsitteeksi. Normin perusteellahan tutkitaan nimenomaisesti kahden yrityksen välisiä riippuvuussuhteita, jolloin markkinoiden tarjoamia vaihtoehtoja ei voitane täysin ulkopuolisesta näkökulmasta tarkastella, vaan on otettava huomioon diskriminoidun yrityksen todelliset mahdollisuudet. Käytännössä tuomarin on näissä tapauksissa ratkaistava kysymys siitä, onko yritys x:llä oikeus saada tuote y valikoimiinsa, jolloin asian merkitys kilpailun kannalta yleensä saattaa jäädä taustalle.

Benisch kritisoi koko riippuvuus-käsitettä siinä muodossa minkä se on oikeuskäytännössä saanut. Hänen mielestään yrityksiä ei näissä tilanteissa pitäisi pakottaa muuttamaan markkinointijärjestelmäänsä jonkun asiakkaan eduksi, vaikka jonkinasteista diskriminointia esiintyisi. Kritiikki on suuntautunut varsinkin niitä tilanteita vastaan, joissa yritys on joutunut toimittamaan aiemmin vain ammattiliikkeissä myytyä tuotettaan tavarataloihin ja postimyyntiliikkeille. Oikeuskäytäntö on tältä osin sivuuttanut täysin esim. good will -arvoihin liittyvät ongelmat. Yrityksen tuote saattaa oikeudellisen ratkaisun jälkeen menettää ”merkkituote”-imagonsa, jolloin valmistajan on käytännössä siirryttävä myymään tuotettaan ”halpatuotteena”. Benisch’n mielestä ei voida jättää tuomarin yksittäistapausratkaisun varaan sen päättämistä, mitkä tuotteet tarvitsevat ammattitaitoista myyntiä ja huoltoa. Benisch näkee näissä tilanteissa ”vapaamatkustus” ongelmia sitä kautta, että esim. postimyyntiliikkeen asiakkaat käytännössä kääntyvät paikallisen

---

yrityksellä on määrääväksi katsottava asema. Ratkaisu oli hänen mielestään sinänsä oikea (vastaajana ollut jälleenmyyjä oli myynyt suksia alle valmistajan ”suositushinnan” ja tarkoituksena oli ilmeisesti ollut rangaista ko. jälleenmyyjää). Perustelut ovat Kilianin mielestä osittain ongelmalliset. Ks. tältä osin Kilian s. 460, 463.

[238] Ks. oikeuskäytännöstä esim. ”adidas”-tapaus (BGH 30.6.1981) WuW 6/1982 s. 458 ”Vielmehr schüctzt § [26 Abs. 2] GWB auch solche Unternehmen, die neu auf dem Markt kommen oder die, wie die Kl., das Sortiment erweitern wollen.”

Oikeuskirjallisuudessa on varsinkin heti lain muutoksen jälkeen esitetty kielteisiäkin kantoja. Ks. esim. Riesenkampff s. 207. Hän perustaa kantaansa mm. siihen, että muiden yritysten puoleen kääntymismahdollisuus edellyttäisi olemassa olevia liikesuhteita. Uusien tulokkaiden osalta vaihtoehdot pitäisi lisäksi arvioida kokonaan toisten toimialojenkin suhteen (periaatteessa ei ole pakko ruveta juuri urheiluväline- tms. kauppiaaksi). Oikeuskäytännössä omaksuttua kantaa on pidettävä selkeästi kilpailun etujen mukaisena eikä Riesenkampff’n tulkintaa muutoinkaan voi pitää täysin oikeana. Uusien tulokkaiden osaltahan riippuvuus noussee esille tilanteissa, joissa tulokas on jo investoinut rahaa hankkeeseen tai hänen koulutuksensa / ammattitaitonsa pakottaa hänet ryhtymään juuri tietylle alalle. Muut toimialat ovat siten hyvin harvoin käytännössäkään mikään todellinen vaihtoehto.

ammattiliikkeen puoleen saadakseen viallisen tuotteen huollettua. Postimyynti säästyy näistä kuluista eikä ammattiliike toisaalta saa sitä myyntituloa, jonka turvaksi huoltotoimintakin on suunnattu.[239]

Benisch'n kritiikkiä voidaan pitää sikäli oikeana, ettei riippuvuus-normi nykyisessäkään muodossa säätele kovin tarkkaan soveltamisalaansa ja sen nojalla voidaan puuttua varsin merkittävästi yritysten vapauteen harjoittaa liiketoimintaansa. Toisaalta on muistettava, ettei määräävän aseman alin kriteerikään (so. "ylivoimainen markkina-asema") ole kovin selvä ja tämän normin laajalla tulkinnalla voitaisiin päätyä varsin lähelle riippuvuus-ongelmaa. Vetoaminen good will -arvoihin tai sopimusvapauden korostaminen olisivat sovellettavissa yhtä lailla määräävän aseman tilanteissa eikä perustelu ole mielestäni tältä osin täysin oikea. Esille tuodut kysymykset korostavat lähinnä määräävääkin asemaa vaivaavaa jatkuvan kontrolloimisen ongelmaa. Lähestyttäessä kysymystä markkinoille pääsyn esteiden kautta voitaisiin huomio suunnata enemmän kilpailijoiden haittaamiseen, jolloin tulisi puuttua enemmän yksinoikeussopimuksiin tms. kuin siihen, saako halpatavaratalo oikeuden ostaa jotain merkkituotetta valikoimiinsa. Benisch'n markkinavoimaa painottavaa lähtökohtaa on pidettävä oikeana, koska yleistä diskriminoinnin kieltoa ei ole haluttu lakiin ottaa.

3.1.1 Valikoimaan perustuva riippuvuus

Valikoimaan perustuva riippuvuus syntyy tilanteissa, joissa yritys ei käytännössä voi kilpailla markkinoilla, jos se ei pysty tarjoamaan mahdollisimman täyttä valikoimaa tiettyjä tuotteita (esim. urheilukaupassa on oltava myytävänä ainakin joitain tunnettuja jalkapallokenkiä tms. tässä pelissä tarvittavia välineitä). Valikoimaan perustuva riippuvuus kohdistuu yleensä merkkituotteisiin. Muiden tuotteiden osalta riippuvuutta ei voine syntyä jo sillä perusteella, ettei tällaisella tuotteella ole vahvaa asemaa markkinoilla siihen kohdistuvan kilpailun takia.

Valikoimaan perustuva riippuvuus lisättiin lakiin osittain korvaamaan aiemman GWB 16 §:stä poistettua merkkituotteiden valmistajien oikeutta määrätä ko. tuotteiden hinnoista jälleenmyyjiä sitovasti. Tämä ei kuitenkaan oikeuta olettamaan, että merkkituotteiden valmistajat olisivat aina GWB 20 §:n alaisia, vaan riippuvuus on osoitettava tapaus tapaukselta.[240]

---

[239] Benisch II s. 618, 624. Benisch painottaa, ettei valmistajien markkinavoima ole todellisuudessa saanut sitä merkitystä, jota lainsäätäjä on tarkoittanut (so. riippuvuus on katsottu olevan olemassa lainsäätäjän alkuperäistä tarkoitusta helpommin).

[240] Oikeuskäytännössä liittymäkohtaa merkkituotteisiin sekä tapauskohtaisuutta käsiteltiin BGH:n "Modelbauartikel II" -tapauksessa (BGH 24.9.1979). Ks. WuW 2/1980 s. 128 "Ob diese Voraussetzungen vorliegen, bedarf aber der Feststellung im Einzelfall. Allein aus dem Umstand, daß die Neufassung des § [26 Abs. 2] GWB auch der Beseitigung der vertikalen Preisbindung für Markenwaren …, kann nicht entnommen werden, daß nunmehr durch Sazt 2 des § [26 Abs. 2] GWB schlecthin alle Hersteller von Markenwaren ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Marktstellung dem Diskriminierungsverbot unterworfen werden sollten."

Valikoima-riippuvuuden eräs ongelma on se, että varsinkin oligopolistisilla markkinoilla samankaltaista merkkituotetta tarjoaa useampi yritys. Onko pk-yritys riippuvainen näistä kaikista (nk. Spitzengruppe-abhängigkeit) vai kenties vain suurimmasta (nk. Spitzenstellung-abhängigkeit)? Voiko se edellyttää saavansa koko tuotevalikoiman joltain yritykseltä, vai onko sen tyydyttävä ostamaan tuotteet eri yrityksiltä? Oikeuskäytännössä Spitzengruppe-riippuvuus on hyväksytty (esim. ”Allkauf-Saba” -tapauksessa), ja yrityksellä on katsottu olevan oikeus esittää vaatimuksia vaikka vain yhdelle ryhmän jäsenistä. Muu kanta voisi johtaa johtavankin yrityksen vapauttamiseen, koska se voisi vedota yrityksen voivan hankkia tuotteita oligopolin toisilta jäseniltä, ellei vastapuoli osoita kaikkien kieltäytyvän kauppasuhteista sen kanssa. Taloudellisesti ei olisi järkevääkään, että yritys joutuisi tilaamaan samaa tuotetta kaikilta yrityksiltä, vaan sen täytyy voida itse arvioida mikä merkki sopisi sen valikoimaan parhaiten. Toimitusvaateen kohteeksi joutuneen yrityksen asema on toki tämän seurauksena jonkin verran sattuman varainen, mutta todennäköisesti kanteet kohdistuisivat lähinnä markkinajohtajaan. Riippuvuutta ei ole, jos yritys on saanut riittävän valikoiman merkkituotteita (eli oikeutta saada kaikkia merkkituotteita myyntiin ei ole).[241]

BGH painotti ”Designer-Polstermöbel” -tapauksessa (BGH 9.5.2000), että ryhmä- ja tietystä yrityksestä riippuvuus ovat lähellä toisiaan. Yritys on riippuvainen ryhmästä toimittajia, jos se ei ole kilpailukykyinen ilman tiettyä määrää johtavia merkkejä valikoimassaan. Laadukas merkkituote, jota on lähes jokaisen (tapauksessa 80 % kilpailijoista) valikoimissa, voi johtaa ryhmäriippuvuuteen, vaikka suoraa yksittäiseen yritykseen kohdistuvaa riippuvuutta ei olisikaan. Arviointiin vaikutti myös kantajan laaja valikoima, jota vastaavaa ei ollut muilla alan valmistajilla. Ratkaisu on mielenkiintoinen, koska ryhmäriippuvuuden kriteerit ovat pitkälti samat kuin yksittäisen valmistajan tuotteen osalta. Tuomioistuin painotti kilpailijoiden näkökulmaa, jossa tuotetta arvostettiin, vaikka se olisi ollut muilla tuotteilla korvattavissa.[242]

Tuotetta valmistavan yrityksen kannalta ei tilanne ole ongelmaton. Sehän saattaa aivan sattumalta valikoitua vastaajaksi – kenties useampaan tapaukseen. Voisiko se tällöin vedota esim. tuotantokapasiteettinsä rajallisuuteen ja

---

[241] Bechtold s. 339–340; Immenga ym. II s. 1263–1266. Markert huomauttaa, ettei riippuvuus aina kohdistu samankaan tuotteen markkinoilla samoihin yrityksiin. Eri yrityksillä on omat tarpeensa ja vastaavasti omat riippuvuutensa. Ks. tapauksen osalta WuW 10/1981 s. 725–726.

[242] Tapauksen osalta ks. WuW 7–8/2000 s. 734–735 ”Eine solche Abhängigkeit liegt vor, wenn ein Handelsunternehmen eine bestimmte Anzahl allgemein anerkannter Marken aus einer Spitzengruppe im Sortiment benötigt, um wettbewerbsfähig zu sein. …Denn eine derart hohe Präsenz (viitataan 80 % jakelutiheyteen) der Produkte eines Herrstellers in den auf hochwertige und hochpreisige Designermöbel spezialisierten Fachgeschäften deutet darauf hin, dass diese Produkte von meisten Fachhändlern als nahezu unverzichtbarer Bestandteil eines entsprechenden Sortiments angesehen werden.”

Tapauksessa kantaja oli vaatinut liikesuhteiden katkaisemista (eli se oli valmistaja) ja vastaaja vaati niiden säilyttämistä ennallaan riippuvuuden takia.

siihen, että vaateen voisi esittää vastaavanlaisen merkkituotteen valmistajalle?[243]

BGH katsoi ”Asbach-Fachgroßhändlervertrag” -tapauksessa (BGH 24.2.1976) ostajan olevan kyseisestä viinimerkistä riippuvainen. Merkillä oli huomattava markkinaosuus ja se oli erittäin tunnettu. Varsinkin alan ammattiliikkeiden (”gastronomischen Betriebe”) kannalta kyse oli niin kuuluisasta tuotteesta, ettei viinejä myyvä tukkukauppa oikeuden kannan mukaan voinut pärjätä ilman ko. merkkiä. Riittävää ja kohtuullista vaihtoehtoakaan ei siten ollut. Ratkaisussa ei – mielenkiintoisesti – ilmoiteta kuinka suuri osa vaatimuksen esittäjän liikevaihdosta muodostui juuri tämän tuotteen kautta. Erikoisliikkeille suunnattu markkinointi oli kuitenkin yritykselle tärkeää (noin 50 % liikevaihdosta), mikä viittaisi ko. viinilläkin olleen suuren merkityksen. Koska kyse oli yksittäisestä tuotteesta, olisi ratkaisussa silti mielestäni pitänyt tarkemmin ottaa kantaa sen aiheuttamaan tosiasialliseen riippuvuuteen.[244]

Yksittäisen valmistajan tuotteen (Spitzenstellung) osalta riippuvuussuhdetta ei voi syntyä, ellei tuotteella ole jotain erityisiä ominaisuuksia, jotka erottavat sen muista. Tällaisten ominaisuuksien puuttuessahan yrityksellä on riittäviä ja kohtuullisia mahdollisuuksia hankkia tarvitsemansa tuotteet muilta valmistajilta. Pelkkä vetoaminen laatuun tms. mainonnassa ei tällaista suhdetta osoita, jos muutkin valmistajat käyttävät vastaavaa mainontaa. Laatutesteihinkään ei näissä tapauksissa voida vedota, jos tuote ei ole selkeä testivoittaja. Valmistajaryhmäriippuvuuttakaan ei synny, elleivät muut vastaavan laatuisen tuotteen valmistajat kieltäydy myymästä tuotetta riippuvuussuhteeseen vetoavalle yritykselle. Toisaalta voimakaskaan kilpailu ei estä riippuvuuden syntymistä, jos tuote on tukku- tai vähittäiskaupan valikoiman kannalta välttämätön. Pienikään markkinaosuus tai vähäinen liikevaihto ei siten aina estä riippuvuuden toteamista. Lain tarkoituksen kannalta kovin kilpailtuihin markkinoihin puuttuminen on lähinnä yksittäisen asiakkaan suojaamista eikä tätä voida pitää järkevänä. Riippuvuussuhdetta pieneen valmistajaan on pidettävä lähinnä poikkeustapauksena.[245]

---

[243] Fischötter on arvionut tilannetta bensiinikauppiaiden osalta. Nk. vapaiden kauppiaiden on ollut hankalaa saada tarvitsemaansa bensiinimäärää markkinoilta, mutta niiden kannalta ei toisaalta ole merkitystä sillä mikä yhtiö bensiinin toimittaa. Fischötter’n mielestä GWB 20 §:n tulkintaa ei voitaisi perustaa toisten toimituksista kieltäytymisiin tai muuhunkaan menettelyyn. Hänen mielestään ratkaisu pitäisi tehdä pikemmin määrävän aseman kuin riippuvuuden kautta. Ks. Fischötter s. 388.

[244] Ratkaisun osalta ks. WuW 11/12–1976 s. 778–779 (riippuvuusarviointi) ja 780 (erikoisliikkeiden merkitys vaatijalle). BGH ei edes käsitellyt erikoisliikkeisiin sidotun liikevaihdon merkitystä riippuvuus tekijänä, vaan kysymyksenä diskriminoinnin kohtuuttomuudesta ja perustellun syyn puuttumistekijänä! Vrt. ”robbe – Modellsport” -tapaus (BGH 24.9.1979), jossa painotettiin mainonnan merkitystä verrattuna pienehköön markkinaosuuteen. Ks. WuW 6/1980 s. 417 ”Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß für eine starke Marktposition der Bekl.…, Art und Umfang der werbenden Selbstdarstellung der Bekl. und die durch diese Werbung und andere Umstände beeinflußte Verbrauchererwartung auch dann erheblich sein können, wenn der von der Bekl. erzielte Marktanteil absolut betrachtet, nich außergewöhnlich hoch ist.”

[245] Tällä kannalla oli BGH 22.1.1985 ”Technics”-ratkaisussaan. Ks. WuW 6/1985 s. 491–492. Tapauksessa markkinaosuus oli varsin pieni, mutta tuomioistuin ei käyttänyt sitä varsinaisena perusteluna torjuessaan riippuvuuden yhdestä valmistajasta.

Riippuvuutta voidaan arvioida tuotetta haluavan jälleenmyyjän kanssa kilpailevien myyjien avulla. Lähes kaikkien kilpailijoiden ostaessa tuotetta tämä osoittaa sen olevan tärkeä kilpailijoille ja sitä kautta myös tuotetta haluavalle yritykselle (so. riippuvuutta ei voi olla, jos tuotteesta ei olla yleisesti kiinnostuneita). Riippuvuuden kohdistuessa ryhmään ei yksittäisen valmistajan tuotteen levikin tarvitse kattaa edes 50 %, kunhan valmistajaryhmän tuotteiden yhteenlaskettu levikki on noin 100 % tai hyvin lähellä tätä.[246]

Fischötter huomauttaa, ettei riippuvuus voi syntyä pelkästään sen takia, että liike menettäisi tuloja jäädessään ilman ko. tuotetta. Asiakkaiden pettymyskään ei vielä voi johtaa tähän päätelmään, vaan riippuvuuden syntyedellytyksenä on asiakkaiden menettäminen kilpailijoille tuotteen puuttumisen takia. Riippuvuussuhde ei kuitenkaan edellytä tuotteen saamisen olevan ostavan yrityksen kannalta elintärkeää, koska GWB 20 §:n kriteerit on tältä osin sidottu nimenomaan tuotteeseen ja sen korvaamismahdollisuuksiin. Normi suojaa kaikkia pk-yrityksiä siitä riippumatta, onko tuote niiden liiketoiminnassa keskeinen vai ei.[247]

Riippuvuus ei välttämättä kohdistu pelkästään yhteen tuotteeseen, vaan tiettyyn kokonaiseen tuoteryhmään. Jälleenmyyjällä esim. oletetaan olevan oman alansa kaikki johtavat merkit myynnissä eikä se pysty siirtämään kaikkea kysyntää niihin merkkeihin, joita se pystyy tarjoamaan. Todisteena voidaan käyttää esim. sitä, että muilla samalla tasolla toimivilla jälleenmyyjillä on myynnissä x kappaletta johtavia tuotemerkkejä. Jos diskriminoiva yritys kuuluu tähän x-ryhmään, ei se näissä tilanteissa voi vedota siihen, että kilpailijat toimittaisivat halutut lisäkappaleet. ”Modellbauartikel II” -tapauksessa BGH korosti postimyyntiliikkeiden olevan erityisen riippuvaisia täydellisestä valikoimasta, koska se on niille merkittävä kilpailukeino liiketiloissa tapahtuvaan kauppaan verrattuna. Toimitusvelvollisuus ulottuu niin moneen johtavaan valmistajaan kunnes jälleenmyyjä on saanut riittävän laajan valikoiman tuotetta.[248]

Oikeuskirjallisuudesta ks. Emmerich III s. 229 ”Unerheblich sind hingegen die Umsätze oder der Marktanteil des Anbieters, so daß sogar lebhafter Wettbewerb auf einem Markt der Bejahung der Abhängigkeit nicht notwendig entgegensteht.”; vrt. Rittner III s. 289. Tekijä toteaa riippuvuuden olevan poikkeuksellista ja pitkäaikaisenkin liikesuhteen olevan purettavissa.

[246] Markert II s. 31–32. Tekijä huomauttaa, että levikkikriteeri edellyttää ryhmäriippuvuustapauksissa varsin selkeästi erotettavaa ”ryhmää”. Muussa tapauksessa arviointi voi aiheuttaa ongelmia.

[247] Emmerich toteaa GWB 20 §:n lähtökohdan olevan nimenomaan tuote. Ks. Emmerich III s. 229; Fischötter s. 393 ”Will er sich nicht den Stempel eines leistungsunfähigen Unternehmers aufdrücken lassen, muß der Abnehmer gerade diesen Artikel führen.” sekä sama lähde s. 393 alaviite 40.

[248] Tapauksen osalta ks. WuW 2/1980 s. 128–129. Vrt. ”SB-Verbrauchermarkt” -tapaus (BGH 24.3.1981), jossa tuomioistuin katsoi jokaisen kilpailukykyistä leluosastoa tavoittelevan yrityksen olevan riippuvainen Carrera-merkkisistä autoradoista. Puolustukseksi ei kelvannut kuluttajatutkimuslaitoksen tulos siitä, ettei Carrera-merkkiä tunnettu kuin 10 % tapauksista. Tämä tutkimus sivuutettiin sillä perusteella, ettei se koskenut esillä olevia autoratamarkkinoita, vaan kaikkia leluja. Avoimeksi jääkin voisiko yritys turvautua tällaiseen todisteluun, jos se kohdistuu juuri niihin markkinoihin, joita tutkitaan. Riippuvuutta tuki se, että lähes kaikissa alan liikkeissä myytiin tämän merkkisiä autoratoja. Ks. WuW 7 u. 8/1981 s. 549–550. Televisioiden ja videoiden osalta ks.

Riippuvuus on osoitettava jokaisen tuotteen tai tuoteryhmän osalta erikseen. Vaikka yritys olisi riippuvainen jonkin tuoteryhmän osalta, ei sillä vielä tällä perusteella ole oikeutta vaatia toimituksia saman valmistajan muiden tuotteiden osalta. ”Belieferungsunwürdige Verkaufsstätten II” -tapauksessa BGH katsoi alemman tuomioistuimen tehneen tältä osin virheellisen päätöksen. Laajempaa toimitusvelvollisuutta ei voitu perustaa edes valmistajan normaaliin toimitussopimukseen, jossa jälleenmyyjän edellytettiin pitävän myynnissä mahdollisimman laajaa valikoimaa. Sopimusehto antoi BGH:n mielestä valmistajalle mahdollisuuden sopia asiasta jälleenmyyjän kanssa, mutta ei suoraan velvoittanut valmistajaa toimittamaan kaikkia tuotteitaan jälleenmyyjälle. Kun mitään riippuvuutta ei ollut tältä osin osoitettu, ei ratkaisua voitu perustaa GWB 20 §:äänkään.[249]

Oikeuskäytännön valossa markkinaosuus ei ole ratkaiseva tekijä valikoimaan perustuvaa riippuvuutta määriteltäessä, vaan lähtökohtana on pikemminkin tuotteen ominaisuudet sekä diskriminoidun yrityksen tarpeet. Toisaalta yrityksen on tyydyttävä vastaavan laatuisiin muiden valmistajien tuotteisiin, jos niitä on saatavilla eikä yhden valmistajan tuotteella ole sellaista asemaa, että sitä pitäisi saada myyntiin.[250]

3.1.2 Ylikysyntään / pulaan perustuva riippuvuus

Ylikysyntään perustuva riippuvuus syntyy tilanteissa, joissa eri tuotannon tasoilla toimiva yritys pyrkii sulkemaan muut markkinoilta toimittamalla raaka-aineita tai puolivalmisteita vain omille tytäryhtiöilleen. Taustalla voi olla joko vertikaalinen integroitumispyrkimys (halutaan siirtää raaka-aineen tms. tuotanto tai valmiin tuotteen myynti konsernin omistamien yritysten hallintaan) tai esim. yleismaailmallinen pula jostain tuotteesta (kuten öljykriisi). Pulatilanteissa motiivina ei välttämättä ole markkinoilta sulkeminen, mutta tämä voi olla toimituskiellon seurauksena.[251]

BKartA katsoi ”AGIP”-tapauksessa (2.5.1974) omia huoltoasemia omistavan öljytukkuyhtiön olevan riippuvainen öljyn toimittajastaan. Yhtiö oli ostanut toimittajaltaan 30 % tarpeestaan eikä se maailmanlaajuisen öljykriisin takia voinut korvata tätä määrää taloudellisesti järkevään hintaan maailmanmarkkinoilta. Riip-

---

”Belieferungsunwürdige Verkausstätten II” -tapaus (BGH 16.12.1986) WuW 8/1987 s. 656–658. Sivulla 657 BGH painottaa riippuvuutta juuri tietystä määrästä johtavia merkkejä, koska muut yritykset edustivat keskimäärin 5,5 näistä merkeistä ja diskriminoija kuului tähän ryhmään. Tapaus on mielenkiintoinen sikälikin, että siinä on käytetty todistelukeinona haastattelututkimusta.

Oikeuskirjallisuudesta ks. Emmerich III s. 230.

[249] Tapauksen osalta ks. WuW 8/1987 s. 657–658.

[250] Perustapaus lienee tunnettu merkkituotteen valmistaja, kuten Emmerich toteaa. Ks. Emmerich III s. 230.

[251] Tämän peruslinjauksen on omaksunut esim. Emmerich III s. 231; vrt. Rittner III s. 290. Tekijä rajaisi tämän riippuvuussuhteen vain yleismaailmallisiin kriisitapauksiin ja katsoo tällöinkin kyseessä olevan lähinnä yleisten siviilioikeudellisten periaatteiden mukaan ratkaistavasta kysymyksestä.

puvuuden katsottiin ulottuvan aiemmin toimitettuun määrään asti (so. riippuvuuden pohjalta ei voisi vaatia laajempia toimituksia). KG hyväksyi BKartA:n kannan tältä osin korostaen osapuolten välisen liikesuhteen pituutta (noin 10 vuotta). Riippuvuutta ei estänyt sekään, että yritys oli hankkinut polttoainetta yhteensä kolmelta eri yritykseltä. Vastapuolen osoittamia muita hankintakanavia ei oikeuden mielestä voinut pitää riittävinä.[252]

Tapauksen perusteella riippuvuussuhde syntyy ainakin silloin kun kysymyksessä on pitempiaikainen liikesuhde eikä mahdollisuutta hankkia tuotetta muualta taloudelliseen hintaan ole. Riippuvuuden syntymistä ei estä edes se, että taustalla on elinkeinoelämän häiriö, joka haittaa vastapuolenkin toimintaa. Tällä osapuolella voi tosin olla perusteltu syy keskeyttää toimitukset vastapuolelle (esim. oma tytäryhtiö menisi muutoin konkurssiin tms.). Muutoinkin on syytä todeta, että riippuvuussuhde luo vain pohjan GWB 20 §:n soveltamiselle eikä vielä osoita mihin suuntaan ratkaisu tulisi tehdä.

3.1.3 Yrityskohtainen riippuvuus

Yrityskohtaisen riippuvuuden taustalla on pitkäaikainen toimitus- tms. sopimus sekä yrityksen toiminnan tietoinen rakentaminen tämän sopimuksen varaan. Toinen sopimusosapuoli on voinut jopa vaatia liikesuhteista pidättäytymistä kilpailijoidensa kanssa. Minkään tietyn sopimustyypin, kuten agentuuri- tai kauppaedustussopimuksen, ei kuitenkaan voi katsoa aiheuttavan tällaista riippuvuussuhdetta.[253]

Yritys voi itse tarkoituksella rakentaa toimintansa tietyn valmistajan tai ostajan varaan. Tällöin joudutaan pohtimaan itse aiheutetun riippuvuuden ongelmaa. Ongelmaa korostaa se, että riippuvuuden ratkaisemisen jälkeen joudutaan vain pohtimaan mahdollista diskriminointia tai haittaamista. Itse aiheutettua riippuvuutta ei voida pitää GWB 20 §:n tarkoittamana perusteltuna syynä, koska tämä tarkastelu kohdistuu vain menettelyn oikeutukseen ei enää yritysten väliseen riippuvuussuhteeseen.[254]

---

[252] WuW 7 u. 8/1974 s. 572 (BKartA:n ratkaisun osalta); WuW 11/1974 s. 770 (KG:n ratkaisun osalta). KG kumosi BKartA:n ratkaisun muilla perusteilla.

[253] Markert käyttää esimerkkinä autokauppiaita, jotka ovat sitoutuneet tiettyihin automerkkeihin. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1268; vrt. Mandel s. 28 (jossa tekijä viittaa erityisiin sopimussuhteisiin) ja s. 35 (jossa tekijä yhdistää esim. raaka-aineiden saantivaikeuksista johtuvat tilanteet yrityskohtaiseen riippuvuuteen. Näissä tapauksissa kyse on mielestäni aivan yhtä hyvin tuotekohtaisesta riippuvuudesta), s. 36–37 (tekijä käyttää esimerkkeinä sopimusperäisistä, yrityskohtaisista riippuvuuksista mm. franchising-järjestelmiä); vrt. Rittner III s. 289–290. Rittner ei tosin mainitse franchising-järjestelmää, mutta hänen kantansa lienee se, ettei tätäkään sopimustyyppiä voitaisi automaattisesti hyväksyä riippuvuuden synnyttäväksi tekijäksi.

[254] Fischötter huomauttaa normin kahtiajaosta tältä osin. Normin muutoksen tarkoituksena oli selkeästi laajentaa sen soveltamisalaa eikä 1 lauseen sisältämään perusteltuun syyhyn puututtu. Ks. Fischötter s. 384.

GWB 20 §:n tarkoituksena ei ole sinänsä suojata itse aiheutettua riippuvuutta, mutta tällaista suojaa voidaan joutua antamaan, jos pienillä yrityksillä ei ole käytännössä ollut muuta vaihtoehtoa kuin ryhtyä esim. autotehtaan jälleenmyyjäksi tai suuryrityksen alihankkijaksi. Suurtakaan yritystä ei tulisi pakottaa ottamaan kaikkia halukkaita jakelujärjestelmäänsä tms., koska tällöin kilpailunvapaus hämärtyy ja laista tulisi pienten ja keskisuurten yritysten sosiaalinen suoja. Emmerich pitäisi BGB 242 §:n mukaista luottamuksen suojaa (Treu und Glauben) riittävänä.[255]

3.1.4 Myyjien riippuvuus

Lähtökohta on sama kuin ostajien riippuvuudessa, eli ensin on määriteltävä ne markkinat, joille myyjän tuotanto suuntautuu. Rajaus ei siten lähde niinkään tuotteen käyttötarkoituksista ostajan kannalta, vaan siitä mihin tarkoituksiin tuotetta yleisesti ottaen voidaan myydä. Tämä rajaus on looginen, koska myyjän kannalta ei muulla kuin tavaran kaupaksi menemisellä ole juuri merkitystä. Tarkastelu vastaa pitkälti GWB 19 §:n mukaista menettelyä ostajan määräävän aseman arvioinnissa. Suuryrityksen alihankkijana tms. toimiva pieni- tai keskisuuri yritys voi olla riippuvainen asiakkaastaan. Tuotanto on voitu suunnata asiakkaan tarpeiden mukaan, jolloin toisen ostajan löytäminen on käytännössä lähes mahdotonta.[256]

Riippuvuuden syntyminen edellyttää, kuten muissakin riippuvuustilanteissa, ettei riittäviä ja kohtuullisia vaihtoehtoja ole. Kohtuullisuutta on tällöin arvioitava sen mukaan voidaanko tuotanto ja millä kustannuksin suunnata toisille ostajille (mukaan voidaan ottaa esim. markkinointikustannuksia tms.). Riippuvuuden taustalla on ajatus siitä, että tuotetta valmistavan yrityksen on yleensä vaikeampi / hitaampi muuttaa tuotantoaan kuin ostavan yrityksen omaa valikoimaansa. Edellinen joutuu investoimaan tuotantolinjoihin tms., kun jälkimmäisen osalta riittää esim. markkinoinnin muuttaminen. Emmerich huomauttaa arvioinnin edellyttävän hyvin tarkkaa tuote- tai palvelurajausta sekä relevanttien markkinoiden rajaamista. Emmerich pitää ko. aseman todistamista ylipäätään hyvin hankalana.[257]

Sokerijuurikastapauksessa BGH katsoi (BGH 13.11.1990) vastoin vastaajan kantaa markkinoiden olevan vain sokerijuurikaiden tuotanto, vaikka samoilla

---

[255] Emmerich I s. 296–297. Kirjoittaja painottaa pidättyvyyttä tämän riippuvuuden osalta tekstissä mainituin perustein. Ks. s. 297 ”Insgesamt ist hier jedoch große Zurückhaltung geboten, da man andernfalls Gefahr läuft, § [26 II] entgegen seinem Zweck doch in eine soziale Schutzvorschrift für kleine abhängige Unternehmen umzuwandeln.”; Vastaava kanta tekijällä on uusimmassakin painoksessa. Ks. Emmerich III s. 231–232.

[256] Markert korostaa juuri myyjän tuotannon muualle suuntaamismahdollisuuksien arvioimista. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1270 sekä 1271 (tietylle ostajalle suunnatun tuotannon merkityksen osalta).

[257] Emmerich II s. 300–301. Emmerich’n kantaan voi vaikuttaa hänen varsin skeptinen asennoitumisensa ostajien määräävään asemaan yleensä. Ks. tältä osin jakso 2.4.3.

pelloilla olisi voitu viljellä esim. rapsia. Tuomioistuin lähti tulkinnastaan siitä, etteivät muut peltokasvit kuuluneet ”samojen tuotteiden ryhmään”, kuten GWB 20 § edellytti. Tällöin tuotannon muuttamista niiden viljelemiseen ei voitu pitää kohtuullisena vaihtoehtona, vaikka kantaja ei ollut edes aloittanut sokerijuurikkaiden viljelyä! Ratkaisu on huono, koska tuotannon muuttaminen ei olisi aiheuttanut suuria kustannuksia. Tiukka linjaus siitä, mitkä ovat samoja tuotteita (GWB 20 §:n tekstissä: ”einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen”), sallisi tuottajan valita tuottavimmaksi arvioimansa tuotteen ja pakottaa ostajan GWB 20 §:n avulla ryhtymään liikesuhteisiin kanssaan täysin markkinatilanteesta riippumatta. Tapaus tosin palautettiin, koska diskriminoinnin kohtuullisuutta ja intressivertailua ei oltu tehty riittävällä tarkkuudella, mutta avoimeksi jää voidaanko pyrkimystä itse aiheutettuun riippuvuuteen huomioida BGH:n valitseman linjan takia.[258]

Kuten muissakin riippuvuustilanteissa voi myyjän riippuvuus johtua lähinnä omasta virhearvioinnista tai tuotannon tarkoituksellisesta suuntaamisesta yhden ostajan tai ostajaryhmän varaan. Näistä edellinen ei voi perustaa riippuvuutta. Jälkimmäisten osalta olisi selvitettävä missä määrin valmistajayrityksen toiminta perustuu ostavan yrityksen tahtoon (esim. tilattu niin suuria määriä, ettei valmistaja voi toimittaa tuotetta muille; ostavan yrityksen tavaramerkin käyttö tuotannossa). Pelkkää valmistajan itsensä kannalta edullisena pitämää tuotteen suuntaamista tietylle yritykselle voitaisiin pitää tässä mielessä itse aiheutettuna riippuvuutena.

Riippuvuuden hyväksymistä voidaan pitää perusteltuna tiukasti yhteen valmistajaan sidottujen alihankkijoiden osalta. Tilanteen syntyä edistävät mahdolliset ostajan vaatimat investoinnit, joita ei voida muussa tuotannossa hyödyntää. Kuta enemmän tällaisia kuluja on, sitä suuremmaksi markkinoilta poistumisen esteet muodostuvat juuri tiettyyn ostajaan nähden. Edellytyksenä ei näissä tilanteissa ole 100 % tuotannon myyminen yhdelle ostajalle, koska jo huomattavasti pienemmän tuotannon osuuden menetys voi em. investointien valossa johtaa yrityksen ylipääsemättömiin vaikeuksiin. Alihankkijoiden osalta ongelmallisempi on useille ostajille myyvän yrityksen tilanne. Jos tuotannon kannattavuus (käytännössä ostajien painostuksen takia) on mitoitettu täyden kapasiteetin myynnin varaan, voitaisiin tällaisen alihankkijan katsoa olevan riippuvainen kaikista merkittävistä ostajistaan. Mitä enemmän taloudellista liikkumavaraa alihankkijalla on sitä vähemmän perusteita riippuvuuden toteamiselle on. Riippuvuutta voi korostaa jatkojalostajan – sinänsä oikeutetusti – vaatimat tarkat tiedot alihankkijan tuotteen laadusta. Pitempiaikaisen sopimussuhteen osalta alihankkijalle voi olla hyvin hankalaa arvioida mitä tietoja ei ostajalle enää pitäisi antaa, koska tämä voi näiden tietojen avulla esim. valmistaa osan itse tai valmistuttaa sen toisella alihankkijalla. Täydellinen kieltäytyminen johtaisi sopimussuhteen katkeamiseen eikä päätuot-

[258] Tapauksen osalta ks. WuW 6/1991 s. 481.

teen valmistaja usein edes voi ostaa tuotetta, jonka tarkat tekniset arvot eivät ole tiedossa (esim. tuotevastuukysymysten tai lopputuotteen monimutkaisuuden takia).[259]

Alihankkijoiden osalta asemaa turvaa tietyssä määrin lopputuotteen valmistajan jatkuva tarve käyttää tällaisia yrityksiä. Mielivaltaisesti alihankkijoita kohteleva yritys tuskin saisi ketään tekemään juuri itsensä kannalta välttämättömiä investointeja. Tämä ei sinänsä poista kilpailuoikeudellista riippuvuutta, mutta johtaa siihen, ettei tällainen molempia hyödyttävä tilanne yleensä ole kilpailuoikeudellisesti merkittävä. Kyseiset suhteet voivat tulla arvioitaviksi jo GWB 19 §:n mukaisen väärinkäytön arvioinnissa tai 20 §:n tarkoittamassa haittaamisen arvioinnissa, koska esim. lopputuotteen valmistajat voivat laajan alihankkijaverkoston kautta käytännössä estää uusien yritysten tulon oligopolin markkinoille.[260]

Tukkukaupan ja vähittäiskaupan suurmyymälöiden asiakkaaksi pääseminen voi olla valmistajalle elinehto. Kerber korostaa tietyissä tilanteissa syntyvän valmistajille synergiaetuja, jos he saavat tuotteensa mahdollisimman laajasti markkinoille. Tällöinhän tuote herättää paremmin kuluttajien huomiota, ja valmistajan mainontaan uhraama panostus tuottaa parhaiten. Huomioimatta ei voi kuitenkaan jättää kaupan tarvetta muuttaa valikoimia kuluttajien ostotottumusten muuttuessa. Tämä arviointi tulee tehdä lähinnä osapuolten intressivertailun yhteydessä. Sinänsä jo ostajan markkinavoimasta aiheutuva riippuvuus voitaisiin kieltää, jos kysynnän muutoksen taustalla on todellinen muutos markkinoilla.[261]

Lakiin on myyjien todistustaakan helpottamiseksi otettu sääntö, jonka mukaan yrityksen oletetaan olevan ostajastaan riippuvaisessa asemassa, jos tämä vaatii tuotteen valikoimaan ottamisen ehtona tavanomaisesta poikkeavia alennuksia tai muita etuja. Kuten Emmerich huomauttaa, on tällaisiin perusteisiin syytä suhtautua varovaisesti, koska ne ovat samalla normaaleja kilpailun ilmentymiä![262]

Myyjien riippuvuus voi syntyä varsinkin tilanteissa, joissa ostajalla on julkisluontoisia tehtäviä ja markkinat ovat säädellyt. Tällaisia ovat esim. sairaskassat, jotka ostavat suuria määriä sairaanhoitoon liittyviä palveluja ja tuotteita.[263]

---

[259] Kerber s. 396–403, 497–498. Tekijä käyttää näistä kahdenvälisistä riippuvuuksista myös nimitystä ”investitionsbedingten Abhängigkeit”.

[260] Kerber s. 399. Tekijä painottaa joidenkin yritysten tietoisesti hakeutuvan alihankkijan asemaan. Nämä eivät siten normaalisti ole suojan tarpeessa itse aiheutetun riippuvuuden takia.

[261] Kerber s. 497 ”Wirkt sich umgekehrt die Nichtaufnahme eines Markenartikels in das Sortiment… negativ auf das Image und damit den Gesamtabsatz eines Produkts aus, so kann von Synergieeffekten aus der Sicht des Herstellers gesprochen werden.”

[262] Emmerich III s. 234.

[263] Rittner toteaa juuri julkisesti säädellyn oligopolin voivan olla lain tarkoittama tilanne. Ks. Rittner III s. 290.

Oikeuskäytännöstä ks. esim. BGH 12.5.1976 ”Sehhilfen” -tapaus WuW 10/1976 s. 668, jossa kantaja myi suoraan vastaajana olevalle sairaskassalle kolmasosan sekä muille sairaskassoille huomattavan osan tuotannostaan.

3.2 Samanlaisille yrityksille avoin liiketoiminta[264]

Sanamuoto sisältyi jo vuoden 1955 hallituksen esitykseen, mutta ko. esityksessä ei lainkaan kommentoida miksi se valittiin. Normin tarkoituksena lienee toimia eräänlaisena seulana, joka rajaa ne tilanteet, joihin pykälää voidaan soveltaa. Normia ei ole sidottu kansallisuuteen tai yrityksen kokoon, joten siihen voisi vedota suomalainenkin yritys, jos sen liiketoimintaa diskriminoitaisiin Saksassa. Myöskään yritysmuodolla ei ole merkitystä.[265]

Liiketoiminnan avoimuusvaatimuksen taustalla on ajatus siitä, ettei kilpailuoikeudella voida säädellä kahden yrityksen keskenään tekemiä sopimuksia, mikä kuuluu sopimusoikeuden alaan. Kilpailutilanteestahan ei ole kysymys, jos muilla yrityksillä ei ole mitään mahdollisuutta päästä ko. markkinoille. Diskriminointi tarkasteleekin pikemminkin tietyn alan normaalitilannetta, kuten Bechtold huomauttaa. Tämäkään näkökulma ei vielä anna lainkäyttäjälle kovin suuria mahdollisuuksia tehdä ratkaisuja, koska elinkeinotoimintaa voidaan harvoin jakaa selkeästi tiettyihin toimialoihin (muutoin kuin tilastollisesti). Avoimeksi jää myös kysymys miten arvioida tilannetta, jos yritysten toimintatavat ovat jakautuneet selkeästi kahteen eri linjaan toisten pyrkiessä esim. franchising-ketjujen avulla pitämään myyntiorganisaationsa suljettuna toisten ollessa periaatteessa halukkaita myymään tuotteita kaikille. Jos seula asetettaisiin kovin tiukaksi, eivät mitkään markkinat todennäköisesti olisi avoimia toisille yrityksille. Tiukan tulkinnan riskejä painottaa myös Markert.[266]

Liiketoiminnan avoimuutta voidaan tulkita kahdesta eri näkökulmasta. Subjektiivisen näkökulman mukaan lähtökohtana on diskriminoijaksi väitetty yritys, jolloin arvioidaan onko sen liiketoiminta avointa. Tulkinta suosii kuitenkin ko. yritystä. Riittävän suljettua myyntiketjua ei ehkä voitaisi pitää enää avoimena liiketoimintana, jolloin diskriminoinnin kohteeksi joutunutta yritystä ei tarvitsisi ottaa mukaan. Kilpailuoikeudellisesti tulkinta ei ole näin jyrkkä, koska yleensä määräävässä asemassa olevan on edellytetty hyväksyvän myyntijärjestelmäänsä kaikki ne yritykset, jotka täyttävät sen asettamat kriteerit. Lainsäädännön tarkoituksena ei edes voi olla markkinoiden monopolisoimisen salliminen, mihin suljetun myyntiketjun jättäminen avoimen liiketoiminnan ulkopuolelle voisi johtaa. Toisaalta suljetun myyntijärjestelmän pitämistä ”avoimena liiketoimintana” on voitava perustella jotenkin. Nämä järjestelmäthän eivät sinänsä ole laittomia ja niiden taustalla voi olla järkevät liiketaloudelliset syyt. Yritys saa tuotteen esille, varmistaa sen menekin sekä pitää yllä hintata-

---

[264] Normin saksankielinen teksti on tältä osin seuraava: ”… in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist…”

[265] Langen ym. I s. 914.

[266] Bechtold s. 344, jossa kirjoittaja osuvasti myös huomauttaa, ettei näkökulma voi olla diskriminointia harjoittavan yrityksen, vaan nimenomaan koko markkinoiden; Immenga ym. II s. 1278, jossa Markert toteaa tiukan tulkinnan johtavan vapaan markkinoille pääsyn vaikeutumiseen.

soa. Kuluttajan kannalta järjestelmät voivat varmistaa tuotteen saatavuuden.[267]

Liiketoiminta ei ole avointa, jos sitä hoitaa ainoastaan tytäryhtiöt. Hallitsevaakaan yritystä ei siten voida pakottaa avaamaan markkinoita oman organisaationsa kanssa kilpaileville yrityksille. Toisaalta on painotettu, ettei hallitsevan yrityksen oma käytäntö saa olla ratkaiseva tekijä. BGH:n ratkaisu, jossa painotettiin alan yleisten toimintaedellytysten ja ”luonnollisen taloudellisen kehityksen” selvittämistä, jättää avoimeksi miten nämä pitäisi selvittää. Lopputulos voi olla lähellä hallitsevan yrityksen kantaa, jos markkinoilla toimii hyvin vähän muita yrityksiä. Tässä tapauksessahan se itse määrää ”kehityksen”! Oikeuskäytännössä on konserniyrityksen katsottu muodostavan kokonaisuuden, jonka sisällä voidaan käyttää erilaisia sopimusehtoja kuin ulospäin. Tätä linjausta on pidettävä GWB:n markkinoiden avaamista suosivan tarkoituksen vastaisena, jos tytäryhtiö ja sen kilpailija tosiasiallisesti tarjoavat samaa palvelua asiakkailleen. Tarkastelu tulisi tehdä intressivertailussa, jolloin omalle liiketoiminnalle aiheutuva haitta voidaan ottaa huomioon.[268]

Samanlaisena yrityksenä myyntijärjestelmän kannalta pidettiin (Märklintapaus) postimyyntiä harjoittavaa liikettä tilanteessa, jossa tuote ei edellyttänyt mitään erityistä palvelua tai ammattiosaamista. Postimyyntiliikkeen ja pelkästään tietyssä paikassa myyvien liikkeiden perustoimintaa pidettin samanlaisena eli molemmat pyrkivät myymään tuotetta kuluttajille. Myyntijärjestelmää ei siten voida käyttää keinotekoisena tapana sulkea liiketoimintaa muilta yrityksiltä.[269]

Objektiivisen periaatteen mukaisessa arvioinnissa ei tarkastella jonkin tietyn yrityksen liiketoiminnan avoimuutta, vaan alan liiketoiminnan keskimääräistä avoimuutta. Tällöin voi ongelmia ilmetä edellä käsitellyllä tavalla siitä mitä voidaan pitää keskimääräisenä. Lainvastaisilla keinoilla, kuten kartellisopimuksella tms., tehty markkinoiden sulkeminen ei estä niiden tulkitsemista avoi-

---

[267] Bechtold s. 347, jossa kirjoittaja pohtii suljettujen myyntijärjestelmien luomaa ongelmaa. Kirjoittaja hyväksyy BGH:n kannan, jonka mukaan ko. järjestelmät eivät estä GWB 20 §:n soveltamista, mutta kritisoi omaksuttuja perusteluja.

[268] Rittner III s. 291.

Oikeuskäytännön osalta ks. BGH painotti jo ”Rinderbesamung” -ratkaisussa 20.11.1964, ettei yrityksen oma käytäntö voinut olla ratkaiseva tekijä. Ks. WuW 4/1965 s. 321 ”… daß das Merkmal, ob ein Geschäftsverkehr 'gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich' ist, sich nicht nach der Geschäftspraxis gerade desjenigen Unternehmens bestimmen kann, in dessen Verhalten gegenüber dem 'diskriminierten' anderen Unternehmen die 'Diskriminierung' liegen soll, sondern sich nach dem bestimmen muß, was sich innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgebildet hat…”; samoin BGH ”Zeitschriften-Grossisten” -ratkaisussa 10.10.1978. Ks. WuW 2/1979 s. 117; vrt. OLG, Hamburg 18.11.1999 ”Telefonbucheintragung” WuW 2/2000 s. 179–180 ”…läge darin (so. väitetyssä diskriminoinnissa) kein Verstoß gegen § 20 GWB, weil Bevorzugungen von Konzernunternehmen selbst dann, wenn sie Wettbewerber behindern, in der Regel nicht unbillig sind, weil niemand verpflichtet ist, fremden Wettbewerb zu fördern …”

[269] KG 4.2.1985 WuW 11/1985 s. 898–899. Vastaava kanta otettiin jo ”Modellbauartikel II”-tapauksessa 24.9.1979. Ks. WuW 2/1980 s. 129.

miksi, jos markkinat olisivat todennäköisesti avoimet ilman ko. keinojen käyttöä. Kartelli ei siten voi torjua GWB 20 §:n käyttöä vetoamalla siihen, ettei liiketoiminta ole avointa, jos tämä johtuu yksinomaan kartelliyritysten luomasta kilpailunrajoituksesta. Laillisin keinoin tapahtuvaa markkinoiden rajaamista ei voida pitää avoimena liiketoimintana (esim. tavaramerkin käyttö ei ole diskriminointia).[270]

Oikeuskäytännössä BGH piti avoimena liiketoimintana myös sellaista tilannetta, jossa markkinoilla toimivien yritysten määrä on rajattu osavaltion alueiden mukaan (so. aluetta kohden vain tietty määrä yrittäjiä). Periaatteessa suljettu myyntijärjestelmä, johon voidaan ottaa vain tietty määrä yrittäjiä, on avointa liiketoimintaa. Tulkinta on perusteltu, koska järjestelmään pyrkivien yritysten määrän rajaaminen muodostaa yleensä perustellun syyn diskriminointiin. Liiketoiminnan avoimuuden rajaus on tässäkin mielessä tarkoitettu lähinnä poikkeustapauksia varten.[271]

Liiketoiminnan osalta tulkinta on laaja, kuten kilpailuoikeudessa yleensä, sisältäen kaiken tavaroihin tai palveluksiin liittyvän vaihdannan, vuokrauksen tms. sopimukset. Normin soveltamisalaa rajaa luonnollisesti se, että yritysten on oltava samanlaisia (eli pientä vähittäismyymälää ja suurta tukkuketjua ei voi rinnastaa, vaikka ne myisivät osittain samoja tuotteita). Normissa ei tarkoiteta liiketoiminnalla joidenkin tiettyjen yritysten menettelyä, vaan markkinoiden toimintaa. Edellytyksenä ei myöskään ole se, että markkinoilla toimisi suuri joukko yrityksiä, kunhan markkinoille tulo on ylipäätään mahdollista tai yritykset muutoin halutessaan voivat osallistua ko. liiketoimintaan. Normilla suojataan siten myös markkinoille pyrkiviä yrityksiä, joilla ei luonnollisestikaan voi olla liiketoimintaa markkinoilla ennen toiminnan aloittamista.

Diskriminointia ei voida arvioida ilman mittapuuta. Tällöin vertailukohteena täytyy olla toinen, vertailukohdetta mahdollisimman vastaava yritys. Tätä kuvaa lakiin otettu vaatimus samankaltaisuudesta.[272]

Yritysten samankaltaisuutta arvioitaessa joudutaan jo hyvin harkinnanvaraiselle alueelle. Lähtökohtana voitaisiin pitää hyvin monia kriteerejä yrityksen koosta, toimintaperiaatteista ja funktiosta sopimusosapuolen tai markkinoiden kannalta. Eräs mahdollisuus olisi hyväksyä jako juuri yrityksen pääasiallisen roolin perusteella (ts. tukkukaupat ovat samanlaisia keskenään, vähittäiskaupat keskenään, leasing-yritykset keskenään jne.). Rajaus tulee tällöin vedettyä liian tarkaksi ja normi tulisi helposti täysin soveltamiskelvottomaksi. Jako voi-

---

[270] Langen ym. I s. 918–919.

[271] WuW 9/1989 s. 746 ”Schließlich handelt es sich bei der Vergabe der in Frage stehenden Geschäftsaufträge auch um einen Gesäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherwise zugänglich ist; *denn allein die durch die Zahl der entsprechenden Bezirke in Bayern begrenzte Zahl der Stellen für Bezirksstellenleiter und Wetteinnehmer hindert nicht die grundzätliche Üblichkeit des Zugangs zu diesem Geshäftsverkehr*.”

[272] Emmerich II s. 303.

taneen tehdä lähinnä yritysten perusfunktioiden mukaisesti, jolloin erotettaisiin toisistaan tuotanto-, tukku- ja vähittäiskauppa -portaat. Tulkinta joudutaan tältä osin sitomaan yhteen liiketoiminnan käsitteen kanssa ja on siten markkinasidonnaista. Hyväksyttävänä ei voitaisi pitää esim. tukkukauppojen ja vähittäiskauppojen pitämistä erilaisina yrityksinä tuottajan kannalta, jos nämä normaalisti myyvät tuotteita samankaltaisin ehdoin molemmille. Kilian huomauttaa liiketoiminnan muotojen muuttuneen eivätkä yritykset enää välttämättä toimi aiemman perusasetelman (valmistaja – tukkukauppa – vähittäiskauppa) mukaisesti, vaan tämän lisäksi on kehittynyt erilaisia välimuotoja sekä esim. supermarket-kauppa. Tapauskohtaiseksi ongelmaksi jääkin pitkälti se, milloin esim. supermarket-ketju voidaan rinnastaa tukkukauppaan ja milloin vähittäiskauppaan kun se käytännössä hoitaa molempia tehtäviä.[273]

Yrittäjän pystyessä hoitamaan samoja tehtäviä kuin toinenkin ovat nämä yritykset lähtökohtaisesti samanlaisia. Tällöin ei pelkkä tutkinto tai muu ammattitaitoa koskeva todistus voi olla ratkaiseva. BGH katsoi ”Uhrenoptiker”-tapauksessa ”mestarin”-titteliä vailla olevan yrittäjän olevan samassa asemassa tittelin haltijoiden kanssa, kun ei voitu osoittaa, ettei tämä yrittäjä olisi pystynyt tekemään yhtä laadukasta työtä kuin muut. Ratkaisevaa on se osoittaako todistus tai pätevyys todellista kykyä tehdä jotain enemmän tai vaikeampaa kuin ilman ko. koulutusta tai taitoa. Mikäli laissa edellytetään jotain pätevyyttä, ei pätevää ja tutkintoa vailla olevaa voida rinnastaa toisiinsa.[274]

Samankaltaisuutta ja liiketoimintaa arvioidaan vain niiden tuotteiden tai palvelujen osalta, joihin diskriminointi kohdistuu. Diskriminoiva yritys ei siten tältä osin voi vedota siihen, että toinen yritys itse haittaa sen liiketoimintaa jonkun

---

[273] Bechtold s. 344–345. Kirjoittaja painottaa liiketoiminta ja markkinasidonnaisuutta; Funktioiden samankaltaisuuden merkitystä korostaa Kilian s. 474–475 ” ”Gleichartige Unternehmen” sind demnach Unternehmen mit gleicher Ausgangsposition im Wettbewerb.”; Emmerich II s. 303–304, jossa lähtökohtana ovat suurinpiirtein samanlaiset toiminnat, mutta esimerkeistä ilmenee tukkukauppoja verrattavan lähinnä tukkukauppoihin jne.; Samoin Immenga ym. II s. 1281, jossa Markert tosin korostaa yksittäisratkaisujen välttämättömyyttä, mutta hyväksyisi myös tyypillisiin yritystoimintoihin perustuvan arvioinnin. Tässä arvioinnissa olisi lähtökohtana se toiminta, mitä esim. tukkukaupan katsotaan normaalisti harjoittavan. Tätä korostetaan vielä s. 1283–1284 ”…ist als allgemeine Richtlinie davon auszugehen, daß Unternehmen, die … auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind, …, in der Regel gleichartig sind.”

BKartA määritteli tukkukaupoille annetussa lausunnossa 28.2.1966 niitä edellytyksiä, joiden perusteella jonkin yrityksen voi katsoa olevan tukkukaupan asemassa. Tähän kuului mm. myyntivalikoimiin kuuluvien eri tuotteiden ostamista erikoistuneilta valmistajilta myytäväksi edelleen vähittäiskaupalle; tarjonnan tasaaminen; vähittäiskaupan vaatiman tuotevalikoiman kerääminen; varastointi jne. Viranomaisten mielestä nk. cash and carry -tukkukauppa ei poikennut lausunnoista mainituista perusfunktioista, vaikka sen myyntimenetelmä (asiakkaiden piti itse noutaa tuote) oli erilainen. Tällainen tukkukauppa oli siten samassa asemassa muiden tukkujen kanssa. Ks. WuW 7/8/1966 s. 681–682.

[274] Ks. ”Uhrenoptiker”-tapauksesta WuW 1/1966 s. 68. Vaille merkitystä jäi optikon harjoittama kello- ja kultakauppa. BGH ei pohtinut sitä kysymystä milloin optikon toimi olisi ollut niin sivutoimiluontoinen, että tämä olisi oikeuttanut erilaiseen kohteluun päätoimisten optikkojen kanssa.

toisen tuotteen osalta. Tuotteiden laatua ei periaatteessa oteta huomioon, paitsi niissä tapauksissa, joissa laatuero on jo niin suuri, että tuotteet eivät enää muodosta samoja markkinoita. Rajaus on hankala ja on tehtävä erittäin varovaisesti. Lainsäätäjän poistaessa merkkituotteiden hintasidonnaisuuden ja korvatessa sen suositushinnoilla painotettiin nimenomaan GWB 20 §:n merkitystä markkinoiden sulkeutumisen ehkäisijänä. Hintojen vapautus ei saavuta toivottua tarkoitustaan, jos merkkituotteen valmistaja voisi valita myyntiketjunsa siten, ettei siihen hyväksytä halvemmalla myyviä yrityksiä.[275]

Yritysten ei voida edellyttää olevan täysin samankaltaisia, koska liiketoiminta voidaan nykyään järjestää monia eri yhtiömuotoja hyödyksi käyttäen (Saksan osalta tilanteen monimutkaisuutta korostaa käytössä olevien yritysmuotojen suuri määrä). Liikeideat myös vaihtelevat jonkin verran. Jokin yritys voi toimia pelkkänä erityisliikkeenä myyden vain tiettyä tuoteryhmää, kun tavaratalossa tämä tuoteryhmä on vain yksi muiden joukossa. Näitä yrityksiä voidaan kuitenkin pitää toisiaan vastaavina juuri näiden tuotteiden osalta, koska perusideana on myydä ko. tuotetta kuluttajille. Samoin pääasiallisesti tukkukauppaa harjoittava yritys voidaan rinnastaa em. liikkeisiin, jos se myy näitä tuotteita myös kuluttajille. Rajausta ei tältä osin tehdä diskriminoivan yrityksen näkökantojen mukaisesti, mutta yritysten erot voidaan ottaa huomioon arvioitaessa sitä onko diskriminoivalla yrityksellä hyväksyttävä syy menettelyynsä.[276]

Oikeuskäytännössä (BKartA 5.10.1965) samanlaiseksi yritykseksi ei hyväksytty ostoyhteistyötä harjoittavaa osuuskuntaa ja tukkukauppoja. Yhtiömuodolla ei sinänsä ollut merkitystä, vaan tukkukauppojen tarjoamilla asiantuntija- ja mainospalveluilla. Näitä osuuskunta ei tarjonnut, joten se ei hoitanut samoja tehtäviä kuin tukkukaupat, eikä siten ollut niiden kanssa samanlaisessa asemassa. Tapaus korostaa diskriminoivan yrityksen oikeutta vaatia tiettyjä suorituksia sopimuskumppaneiltaan. Yritys, joka ei näitä voi tarjota, ei ole muiden kanssa samankaltainen. Tapauksen pohjalta ostoyhteistyötä hoitava yritys, joka huolehtisi normaaleista tukkukauppatoiminnoista, olisi selkeästi näihin rinnastettavissa.[277]

---

[275] Langen ym. I s. 907, 914. Tuotteiden laatuun kirjoittaja ottaa hämmästyttävän lyhyesti kantaa vain toteamalla, ettei sillä ole merkitystä. Tähän kantaan ei voida tekstissä ilmaistuin perustein täysin yhtyä.

[276] Markert huomauttaa osuvasti, että yrityksen myydessä tuotettaan esim. tukkuportaalle ei liiketoimintaa voida pitää suljettuna, vaikka myynti olisi kohdistunut vaan yhteen tukkukauppaan. Ks. Markert II s. 36–38.

[277] Tapauksen osalta ks. WuW 4/1966 s. 367–368. Tapauksessa osto-osuuskunta tai väitetty diskriminoija (AGFA) eivät olleet väittäneet, että kyseisellä toimialalla olisi muita ostoyhteistyötä harjoittavia yrityksiä (so. sellaisia, joihin nähden osuuskunta olisi ollut samanlaisessa asemassa).

3.3 Liikesuhde

Kilpailijoiden toiminnan haittaaminen ei luonnollisestikaan edellytä mitään liikesuhdetta haittaavan yrityksen ja kohteen välillä. Diskriminoinnin osalta tilanne on epäselvempi. Pitäisikö olla vähintään suora (edes potentiaalinen) liikesuhde yritysten välillä ennen kuin diskriminointi on edes mahdollista? Kuten Markert huomauttaa, edellyttää jo sana ”behandeln” aina jonkunlaista suhdetta osapuolten välillä.[278]

Rajattaessa GWB 20 § tarkoittamaan vain suoria liikesuhteita koskisi diskriminointi ainoastaan joko edeltävällä tai seuraavalla markkinoiden tasolla olevia yrityksiä. Diskriminointiin ei esim. voisi vedota myyjä, jonka tuotteita määräävässä asemassa oleva ostaja ei halua ostaa tukkukauppiaalta. Tukkukauppias ei ole tässä tilanteessa itse diskriminoiva yritys, jos se ottaa valmistajan tuotteita normaalisti myyntiin. Vastaavasti valmistaja voisi kieltää kaikkia käyttämiään tukkukauppoja myymästä tuotetta tietylle yritykselle.

Sekä oikeuskirjallisuudessa että -käytännössä onkin hyväksytty välillisten liikesuhteiden voivan riittää diskriminoinnin osalta. Suurin osa säädöksen tarkoittamista tilanteista tapahtuu tosin välittömissä liikesuhteissa. Hyväksyvä kanta on omaksuttu potentiaalistenkin liikesuhteiden osalta. Kielteinen kantahan johtaisi koko säädöksen romuttumiseen, koska yrittäjä voisi jonkin tuotteen osalta aina vedota, ettei sitä ole aiemmin myyty yritykselle Y eikä liikesuhdetta ole näin syntynyt.[279]

3.4 GWB 20 §:ssä kielletyt menettelytavat

Kahden yleislausekkeen ottamista lakiin määräävän aseman ja sitä lähestyvän tilanteen osalta ei olisi järkevää. GWB 19 § on yleislauseke, joten 20 §:n soveltamisalaa täytyi rajata. Erikoisnormina se koskee vain diskriminointi- ja haittaamistilanteita.[280]

Pyrittäessä karkeaan jakoon haittaamisen ja diskriminoinnin välillä voidaan ensin mainitun katsoa kohdistuvan lähinnä kilpailijoihin, joiden pääsyä tai toimintaa markkinoilla pyritään estämään. Keinona voi olla tavaran/palveluiden toimit-

---

[278] Markertin kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 1292.

[279] Immenga ym. II s. 1292–1293. Kirjoittaja käyttää esimerkkinä välillisestä diskriminoinnista mm. sallittua kartellia, joka kieltäytyy ottamasta jäseneksi jotain yritystä. Oikeuskäytännöstä ks. esim. OLG, Frankfurt a. M. 26.7.1988 antama tuomio (WuW 9/1989 s. 755): ”Die Kl. ist nach § [26 Abs. 2] GWB geschützt, auch wenn sie grundsätlich keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen zur Bekl. unterhält,… Entsprechend setzt die Anwendbarkeit des § [26 Abs. 2] GWB keine unmittelbare Lieferbeziehung zwischen dem Normadressaten und dem geschützten Unternehmen voraus.”

[280] Normin saksankielinen sanamuoto on: ”…, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder … ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar Behandeln.”

tajien tai ostajien diskriminointi. Yritys voi esim. uhata ostajiaan toimituksista kieltäytymisellä, jos nämä ostavat kilpailijan tuotteita. Tällöin ostajayritystä diskriminoidaan ja kilpailijaa estetään myymästä tuotteitaan. Normin tarkoittamat tekotavat ovat pitkälti päällekkäisiä, eli sama toiminta voi olla sekä diskriminointia että haittaamista.[281]

Lain sanamuodon perusteella GWB 20 § voidaan soveltaa ainoastaan haittaamiseen ja eriarvoiseen kohteluun. Normissa ei ole mitään mainintaa esimerkinomaisuudesta tms., jonka perusteella sovellusalaa voitaisiin laajentaa. Kysymyksessä ei ole varsinainen ongelma, koska GWB 19 §:ssä on maininta esimerkinomaisuudesta ja määräävässä asemassa olevilta yrityksiltä voidaan siten kieltää periaatteessa mikä tahansa ko. aseman väärinkäyttö. Menettelystä kärsivän yrityksen kannalta tilanne ei ole täysin yhdentekevä. GWB 20 § on nk. suojanormi, johon yritykset voivat itse vedota ja vaatia myös vahingonkorvausta GWB 33 §:n perusteella. Lisäksi GWB 20 § ei kaikissa tapauksissa edellytä samanlaista markkinoiden hallintaa kuin 19 §.[282]

Hallituksen esityksessä ei vuonna 1957 ko. pykälän kohdalla eritelty mitä haittaamisella ja diskriminoinnilla varsinaisesti tarkoitetaan, vaan esityksessä on viittaus sen 23 §:ään. Tulkinnassa ei voida esitykseen tukeutua tältä osin senkin takia, että ko. normit on sittemmin yhdistetty yhdeksi säännöksi. Alunperin esityksen 23 §:ssä säädettiin kartellien harjoittamasta diskriminoinnista ja haittaamisesta ja 25 §:ssä olivat vastaavat normit määräävässä asemassa olevien yritysten osalta. Esityksen mukaan kohtuutonta haittaamista on mm. liikesuhteista kieltäytyminen sekä kaikki muu eriarvoinen kohtelu hintojen ja sopimusehtojen kautta. Esimerkin omaisesti viitataan hintaeroihin ja alennuksiin. Esityksen erona on kuitenkin ollut se, että kartellien osalta katsottiin kysymyksessä olevan kieltonormin ja määräävän aseman osalta väärinkäyttönormin.[283]

Haittaaminen ja eriarvoinen kohtelu edellyttävät tiettyä tekemistä. Määräävässä asemassa olevan yrityksen (ja muiden normin tarkoittamien yritysten) on siten tehtävä jotain konkreettista. GWB 20 § 1 Abs. ei siten koske nk. passiivista diskriminointia, jossa yritys antaa samanlaisten yritysten kohdella sitä eri tavoin. Tätä diskriminoinnin muotoa koskee GWB 20 § 3 Abs. Laki ei edellytä kaikkien yritysten aivan samanlaista kohtelua. Argumenttina on tältä osin käytetty sitä, että laissa verrataan diskriminoinnin kohteeksi joutunutta yritystä muihin samanlaisiin yrityksiin. Jonkun yrityksen yksittäistapauksissa tapahtuva suosiminen ei siten vielä olisi diskriminointia.

---

[281] Diskriminointi- ja haittaamis-tunnusmerkistöjen päällekkäisyyttä korostaa mm. Markert. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1290 ”Die Tatbestände der Behinderung und der unterschiedlichen Behandlung überschneiden sich weitgehend, so daß eine klare Trennung nicht möglich ist”. Vastaavalla kannalla päällekäisyyden suhteen ovat Emmerich I s. 302; Langen ym. I s. 919.

[282] Eron merkitys on selvästi kaventunut sen jälkeen kun aiempi GWB 22 §:stä tuli kieltonormi (eli 19 §).

[283] BTDr 1158 s. 42, 43. Esityksessä mainituista normeista muotoutui ensin GWB 22 ja 26 §:ät ja nyttemin 19 ja 20 §:ät.

Tärkeä poikkeus totaalisen diskriminoinnin kiellosta on erilaisten tapausten samanlaisen kohtelun jääminen lain ulkopuolelle. Tämä rajaus ilmenee suoraan lakitekstistä, jonka lähtökohta on ”samanlaisten tapausten erilainen kohtelu”. Mikään ei siten estä yritystä myöntämästä samanlaista alennusta esim. kaupan eri portaille tai saman kuljetuskustannuksen perimistä eri etäisyyksistä. Tietyn muiden kanssa samanlaisen yrityksen suosiminen on kuitenkin lain tarkoittamaa diskriminointia, joten arvioinnissa tulee olla tarkka. Yhdelle tavaratalolle myönnetty alennus voi siten olla muiden tavaratalojen tai vähittäismyyjien diskriminointia, vaikka kyse olisi vain ko. liikkeen tukkukauppamaisesta kohtelusta.[284]

Oikeuskäytännössä BGH katsoi ”Molkereigenossenschaft”-ratkaisussaan (BGH 7.11.1960), ettei aiempaa GWB 26 § 2 Abs. voitu soveltaa osuuskunnan kieltäydyttyä ottamasta erästä maidontuottajaa jäsenekseen. Perusteluna oli se, että maidontuottaja sai saman hinnan ja vuosittaisen hyvityksen (so. tätä kautta osuuden osuuskunnan voitosta) kuin jäsenet. Yrityksen liiketoimintaa ei voida katsoa haitattavan tai sitä kohdeltavan erilaisesti muiden yritysten kanssa vain sen jäädessä osuuskunnan päätöksenteon ulkopuolelle. Säädös suojasi yrittäjää vain osuuskunnan vastapuolena markkinoilla (so. maidontuottajana), eikä sen perusteella voitu vaatia pääsemistä osallistumaan toisen osapuolen toimintaan. Tapauksessa ei ollut suoranaisesti haitattu maidontuottajan liiketoimintaa, koska hänen etunsa olivat vastaavat kuin jäsenillä. Mitään konkreettista haittaamista tai diskriminointia ei siten ollut.[285]

Lain tulkitsija joutuu haittaamisen ja eriarvoisen kohtelun osalta käsitteiden määrittelyä koskevan ongelman eteen. Lähes kaikki, mikä tapahtuu liike-elämässä, on jonkinlaista ”kohtelua” aina hinnoista, sopimusehdoista sopimussuhteesta kieltäytymiseen asti. Lisäksi kilpailuun ja vapaaseen markkinatalouteen kuuluu elimellisenä osana kilpailijoiden haittaaminen. Käsiteltävän pykälän osalta painopiste on kahden yrityksen välisissä suhteissa toisin kuin 19 §:n osalta, jossa tarkastelu on enemmän markkinapainotteista. Periaatteessa ongelma on kaksijakoinen. Mitä ensinnäkin voidaan ylipäätään pitää haittaamisena tai eriarvoisena kohteluna? Tällä kysymyksellä rajataan pois normaaliin kilpailuun ja yritysten sopimusvapauden piiriin jäävät tilanteet. Tämän lisäksi yrityksellä saattaa olla hyväksyttävä syy menettelyynsä. Tällöin tutkitaan tilanteita, joissa haittaamista tai eriarvoista kohtelua esiintyy, mutta se on voitava hyväksyä kohdeyrityksiin liittyvien yksilöllisten tekijöiden takia. Jatkossa tarkastelen niitä tyypillisiä tilanteita, joissa haittaamista ja diskriminointia esiintyy.

Kerber huomauttaa, että diskriminoinnin kieltäminen edellyttää sen tietämistä, mitkä tapaukset todella ovat samanlaisia. Kohteluhan ei ole erilaista, jos

---

[284] Emmerich III s. 240; Immenga ym. II s. 1293.

[285] Tapauksen osalta ks. WuW 3/1961 s. 198–199.

Nykyään yrittäjä voisi vedota GWB 20 § 6 Abs., jos kyse on tämän lainkohdan tarkoittamasta elinkeino- ja ammatillisestä järjestöstä. Maidontuotanto-osuuskuntaa tuskin pidettäisiin tällaisena.

se määräytyy erilaisten olosuhteiden mukaan. Eri tuotteita valmistavien yritysten kannalta näitä tuotteita ostavat yritykset eivät yleensä ole samanarvoisia. Myyjilläkin on preferenssejä ostajien suhteen, ja ostajat pyrkivät tietoisesti korostamaan erikoispiirteitään. Kaupankäynti on siten pitkälti heterogeenistä. Kerber huomauttaa, ettei tuomioistuin millään voi tietää kaikkien yritysten preferenssejä, jolloin käytännössä joudutaan turvautumaan karkeaan ryhmäjakoon. Pelkona onkin diskriminointikiellon muuttuminen pikemmin hintaerot kokonaan kieltäväksi säännöksi. Tältä kannalta edellä käsitelty samanlaisille yrityksille avoimen liiketoiminnan väljä seula ei riitä diskriminoinnin määrittelyn pohjaksi. Koska tältä osin on painotettu nimenomaan normin soveltamisalan rajausta, ei sinänsä ole estettä tarkastella diskriminointia enemmän Kerber'n painottamalla tavalla. Käytännössä hänen asettamiensa ehtojen seuraaminen voi olla hyvin vaikeaa, koska hän painottaa yritysten välisten heterogenisten suhteiden muuttuvan jatkuvasti, joten kilpailuprosessi voi ajaa ohi tuomioistuimen ratkaisun perustaksi otetuista – Kerberin mielestä jo välttämättä vanhentuneista – tosiseikoista.[286]

Kerber'n kritiikki on sikäli oikeaan osunutta, etteivät tuomioistuimet käytännössä pysty noudattamaan hänen edellyttämäänsä tarkkaa seulaa erilaisen kohtelun määrittelyssä. Hänen kannattamansa heterogenisuuden arviointi lähtee varsin pitkälti yritysten subjektiivisistä näkemyksistä kauppakumppaneistaan. Avoimeksi jääkin, onko tilanne todellisuudessa niin merkittävästi jakautunut, ettei perustellusti mihinkään diskriminointikontrolliin tulisi ruveta. Yrityksethän voivat preferoida toisiaan kauppakumppaneina, mutta tämä ei estä niitä käymästä kauppaa muiden kanssa. Hienon hienoon jakoon ei tällöin mielestäni ole perustetta. Samanlaisena on pidettävä saman roolin täyttämään kykenevää yritystä, jos liikeidea ja toimintamallit ovat samankaltaisia. Muussa tapauksessa arvioinnissa pitäisi huomioida kaikki mahdollinen aina sijainnista kauppakadulla alkaen.

GWB 20 §:n tarkoittama diskriminointi ja haittaaminen koskevat ainoastaan toisia yrityksiä. Kuluttajat eivät voi vedota ko. normiin, vaikka yrityksen tarkoituksena olisi suoranaisesti tai välillisesti jonkin tietyn kuluttajaryhmän diskriminointi (rodun, sukupuolen, ansiotason tms. perusteella). Kuluttajat voivat periaatteessa pyytää GWB 32 §:n nojalla viranomaisia tutkimaan väitettyjä kilpailunrajoituksia, mutta tämä normi ei anna kuluttajille mitään ehdottomia oikeuksia.[287]

---

[286] Kerber s. 433–434, 435 "Da Anbieter Nachfrager dann nicht diskriminieren, wenn das Verhältnis der Verkaufspreise zu den jeweiligen Kosten gegenüber den verschiedenen Handelsunternehmen gleich ist, muß die Preisdifferenzierungsstruktur der Anbieter der Heterogenitätsstruktur ihrer Nachfrager entsprechen." Samalla sivulla Kerber painottaa heterogenisuhteiden erilaisuutta: "Erstens sind die Heterogenitäten der Handelsunternehmen von jedem Anbieter aus gesehen unterschiedlich … Da somit für jeden Hersteller eine andere Heterogenitätsstruktur der Handelsunternehmen gilt, müßte auch die nichtdiskriminierende Differenzierungsstruktur bei jedem Hersteller eine andere sein.", 436–437 (tekijä korostaa erilaistamisjärjestelmien [Differenzierungsstrukturen] myönteisiä vaikutuksia), 438–439.

[287] Langen ym. II s. 800. Tekijät huomauttavat kuitenkin, että yrityskäsitteen tulkinta on periaatteessa laaja. GWB 32 §:n sanamuoto on: "Die Kartellbehörde kann Unternehmen und Vereinigun-

Kuluttajien poisjättämisestä seuraa, ettei läheskään kaikissa tapauksissa väitetyn diskriminoijan vastapuolena ole vailla omaa markkinavoimaa oleva yritys tai yksityishenkilö, vaan jo tietynlaisen aseman markkinoilla luonut – ehkä suurikin – yritys. Laissa ei ole mitään selväsanaista määritelmää, jonka perusteella ”vahva” diskriminoitu jäisi sen suojan ulkopuolelle. Mitä tasavertaisempia osapuolet ovat sitä lähempänä on ajatus diskriminointinormin soveltumattomuudesta.

3.5 Diskriminointitavat

3.5.1 Myyntijärjestelmät ja toimituskiellot

Toimituskielto on saksalaisessa kirjallisuudessa liitetty nimenomaan myyntijärjestelmiin, joten käsittelen sitä tässä yhteydessä.

a) tasapuolisuusvaatimus ja toimitusvelvollisuus

Yritys voi periaatteessa vapaasti päättää millä tavoin se saattaa tuotteensa markkinoille. Harva yritys pystyy myymään kaikille halukkaille, jolloin ilman tuotetta / palvelua jäävät yritykset kokevat joutuvansa diskriminoiduiksi. Myyjäyrityksen ei ole kovinkaan tarkoituksenmukaista myydä tuotetta kaikille halukkaille, koska tällöin se ei voi kontrolloida hintoja, myyntiehtoja ja myyntiolosuhteita. Toimituskielto rajaa sen kohteeksi joutuneen yrityksen toimintamahdollisuuksia ja vaikuttaa tätä kautta myös kilpailun voimakkuuteen. Tältä kannalta asiaan puuttuminen voi olla perusteltua. Hintoja ja myyntiehtoja ei voida pitkälti suojata kilpailuoikeudella, koska tarkoituksenahan on saada edullisia tuotteita kuluttajille. Viimeisen kohdan osalta puuttumattomuus voi olla tarpeen, koska hyvä tuote saattaa kärsiä huonosta myynnistä, eikä kuluttajien etuna voida pitää jonkun tuotteen aiheetonta maineen menetystä. GWB 20 §:n lisäksi näihin tilanteisiin voidaan soveltaa 16 §:ää.[288]

Millään yrityksellä ei ole velvollisuutta toimittaa tuotteitaan kaikille halukkaille. Se saa vapaasti valita minkätyyppisille yrityksille tuotetta myydään, eli käytetäänkö jakelussa tukkukauppoja, agentteja tai yrityksen itsensä omistamia jälleenmyyntipisteitä. Muiden alalla olevien yritysten jakelukanavamallit eivät sido, vaan perusratkaisu voidaan tehdä itsenäisesti. Yrityksellä on lisäksi oikeus muuttaa järjestelmäänsä ja tällöin kieltäytyä toimittamasta tuotetta aiemmille asiakkaille. Diskriminointikiellosta seuraa se, ettei hallitseva yritys saa kohdella mitään

---

gen von Unternehmen ein Verhalten untersagen, das nach diesem Gesetz verboten ist.”

[288]Emmerich III s. 240. Tekijä painottaa juuri toimituskiellon vapautta rajoittavaa ominaisuutta, mutta painottaa hallitsevan yrityksen vastuuta tuotteistaan ja tätä kautta syntyvää oikeutta päättää jakelukanavistaan.

asiakastaan eriarvoisesti. Sillä on toimitusvelvollisuus, jos samanlaisille yrityksille kuin tuotetta haluava normaalisti myydään ko. tuotetta.[289]

OLG Frankfurt/Main korosti ”Cash-and-carry-Bierhandel II” -tapauksessa yrityksen oikeutta itse päättää kilpailutoimistaan. GWB 20 § luo vain välillisen pakon sopimusten solmimiseen. Yritys, joka ei ole GWB 20 §:n tarkoittamassa asemassa, voi vapaasti päättää kilpailukeinoistaan. Tähän vapauteen kuuluu selkeästi liikekumppaneiden valinta.[290]

Myyntijärjestelmiä voidaan periaatteessa rakentaa monin eri tavoin. Tuottaja saattaa esim. päättää myydä tuotteitaan vain tukkuportaalle ja kieltäytyä myymästä niitä suoraan jälleenmyyjille. Kilpailu ei tästä pahemmin kärsi, mikäli markkinoilla toimii useampi kuin yksi tukkukauppa tai tuotteisiin kohdistuu muuta kilpailua (toiset valmistajat, tuonti). Yritys voi myös vaatia jälleenmyyjiensä täyttävän tietyt laatuvaatimukset, varsinkin jos myytävä tuote tai palvelu vaatii erityisosaamista. Tällöin kilpailunrajoitus on jo selvempi, mutta ei vielä perusteeton varsinkin, jos kaikki kriteerit täyttävät yritykset hyväksytään myyntijärjestelmään (eli määrällisiä kriteerejä ei ole). Hintatason ylläpitämiseksi voidaan pyrkiä rajoittamaan järjestelmään hyväksyttävien yritysten määrä tiettyyn maksimiin, jolloin jokaiselle yleensä taataan tietty alue (nk. yksinmyynti- ja franchising-järjestelmät).[291]

Selektiivisellä jakelujärjestelmällä voidaan pyrkiä rajaamaan tuotteen myynti tiettyihin toimipisteisiin esim. yrityksen maineen säilyttämiseksi. Näihin järjestelmiin on varsinkin EU:n taholta suhtauduttu varautuneesti. Saksassa on omaksuttu tätä vapaampi linja lähinnä pitäen järjestelmiä kuluttajankin kannalta perusteltuina. Määrällisiä rajoituksia sisältävä järjestelmä voidaan siten hyväksyä.[292]

Myyntijärjestelmä ei saa olla täysin suljettu uusiin liiketoimintamuotoihin nähden. Hallitsevalla yrityksellä on velvollisuus selvittää, täyttääkö markkinoille tullut uusi yritys sen kriteerit, eikä näitä saa rakentaa uusia toimintatapoja syrjiviksi. Uuden yrittäjän on täytettävä sama funktio kuin järjestelmässä jo olevien kilpai-

---

[289] Bechtold s. 353; Emmerich II s. 310–310; Immenga ym. II s. 1311–1312.

[290] Tapauksen osalta ks. WuW 12/1965 s. 968–969 ”Es ist, …, davon auszugehen, daß es jedem Unternehmer freisteht, seine Abnehmer auszuwählen. Das gilt auch im Geltungsbereich des GWB.” Ratkaisu painotti siten sopimusvapauden merkitystä niissäkin tapauksissa, joissa GWB:n normeja voidaan mahdollisesti soveltaa.

[291] Immenga ym. II s. 1312–1314.

[292] Emmerich katsoo saksalaisen suhtautumisen olevan liian myötämielistä. Ks. Emmerich III s. 245 ”Obwohl von solchen Absatzsystemen (viitataan selektiivisiin jakelujärjestelmiin) eindeutig nachteilige Wirkungen auf den Preiswettbewerb ausgehen, sind sie doch bisher – zu Unrecht – von der deutschen Praxis im Rahmen des § 20 I gleichfalls durchweg gebilligt worden,…”
Oikeuskäytännössä OLG Frankfurt am Main katsoi Guerlain -ratkaisussaan 9.9.1997, ettei mitään jälleenmyyntimuotoa sinänsä voinut etukäteen sulkea pois toimitusten piiristä. Luksuskosmetiikkamerkin arvon säilyttämiseksi myyjä sai kuitenkin edellyttää jälleenmyyjiltä tiettyä standardia. Koska kantaja ei täyttänyt näitä vaatimuksia, ei hänelle tarvinnut toimittaa pyydettyjä tuotteita. Emmerich’n esittämän kannan osalta on huomattavaa, että tuomioistuin katsoi menettelyn olleen myös EEC-sopimuksen 81 artiklan mukaista. Ks. WuW 4/1998 s. 388–389, 390.

lijoiden. Jos järjestelmä on rakennettu yksinomaan tukkukauppojen varaan, ei siihen tarvitse hyväksyä jälleenmyyjiä. Uudenlaista tukkukauppaa ei sen sijaan saa asettaa toisista poikkeavaan asemaan.[293]

Hyväksyttävän myyntijärjestelmän rakenne on tietyssä määrin riippuvainen tuotteesta. Mitä enemmän asiantuntemusta markkinointi vaatii sitä ankarammat vaatimukset voidaan asettaa järjestelmään hyväksyttävien yritysten ammattitaidolle. Yritystä voidaan vaatia järjestämään asiakasneuvonta ja huoltopalvelut, jos nämä ovat tuotteen kannalta välttämättömiä. Hyväksyttävänä ei voida pitää tuotteeseen liittymättömiä vaatimuksia, kuten erityistä asiakasneuvontaa, jos tuotteen ostajat eivät tällaista tarvitse (esim. myytäessä tuotteita asennusliikkeille). Tehokas myynti voi vaatia suurta rahallista panostusta (erityiset myyntitilat, suuret varastot tms.), jolloin järjestelmään liittyvillä yrityksillä on selkeä intressi saada jonkinlainen yksinmyyntioikeus omalla alueellaan. Liiketiloja koskeva vaade on hyväksyttävä, jos tuotteen imago voisi muutoin kärsiä.[294]

Kiellettävänä on pidettävä sellaisten myyntijärjestelmien käyttöä, joilla yksinomaan pyritään rajoittamaan tuotteen saatavuutta (eli pitämään hintoja ylhäällä). Näissä järjestelmissä on joko yksinkertaisesti asetettu määrälliset rajat hyväksyttäville jälleenmyyjille (x kappaletta alueella y) tai täysin tuotteelle sopimattomat laatukriteerit. Selkeää rajaa kiellettävän ja sallitun järjestelmän välillä ei kuitenkaan voida yksinoikoisesti vetää.[295]

Tasapuolisuusvaatimuksen mukaan tuotetta tulisi toimittaa kaikille halukkaille, jotka täyttävät laatukriteerit. Markert painottaa, että määrään perustuvaa rajaamista voidaan käyttää vain poikkeustapauksissa. Se olisi hyväksyttävissä vain, jos myynnin rajaaminen muutamaan yksinoikeuden omaavaan jälleenmyyntipisteeseen olisi ko. markkinoilla tärkeä kilpailukeino. Markert'n esittämään ajatukseen on ilmeisesti luettava se, että hallitseva asema ei saa olla kovin vahva, vaan kyse voi olla lähinnä riippuvuus-tilanteesta. Monopolihan ei edes tarvitse tällaisia kilpailukeinoja, koska tuotteeseen ei kohdistu kilpailua. Vasta kilpailun paineen kasvaessa määrällisen rajauksen merkitys kasvaa ja sen hyväksymistä voidaan pohtia.[296]

Tasapuolisuusvaatimuksesta on katsottu seuraavan, että järjestelmän on oltava aukoton. Jos yritys itse asiassa myy tuotetta muille kuin sen oman järjestelmän kriteerit täyttäville, ei se voi vedota järjestelmänsä vaatimuksiin diskriminoimatta ulkopuolisia. Tätä vaadetta on Saksassa pidetty varsin ehdottomana, ja hallitsevan yrityksen tulisi valvoa asiakassuhteitaan varsin tarkkaan, jos se haluaa välttyä toimitusvelvollisuudelta liki kaikkiin halukkaisiin ulkopuolisiin nähden. Ulko-

---

[293] Immenga ym. II s. 1314.
[294] Immenga ym. II s. 1312, 1313.
[295] Markert toteaa laatukriteereihin perustuvan järjestelmän voivan käytännössä rajata myös myyntijärjestelmään hyväksyttävien yritysten lukumäärää. Riittävän tiukkoja kriteerejä ei kenties täytä kuin yksi tai muutama yritys. Ks. Markert'n kannan osalta Immenga ym. II s. 1312.
[296] Ks. Markert'n kannan osalta Immenga ym. II s. 1312, 1316.

puoliselle toimittamisesta seuraa vaade kohdella muita samanlaisia ulkopuolisia yhtäläisesti. Vaatimuksesta on aiheutunut osittainen ristiriita Saksan oikeuden ja EU-oikeuden välillä, koska jälkimmäisessä ei yksinoikeussopimuksilta vaadita aukottomuutta 81 tai 82 artiklan osalta. Schultz on todennut, ettei näissä tilanteissa voida vaatia aukottomuutta ja tätä kantaa on pidettävä oikeana. Aukottomuusvaadetta olisi muutoinkin syytä tulkita joustavasti, koska myyntijärjestelmien kriteerit tuskin voivat olla täysin yksiselitteisiä, ja olisi kohtuutonta vaatia koko järjestelmän avaamista vain, koska tuotetta on myyty joltain osin sen vaateista vähän poikkeavalle yritykselle.[297]

Carlhoff huomauttaa myyntijärjestelmän aukollisuuden voivan vaikuttaa hallitsevan yrityksen asemaan, jos se päättää siirtyä noudattamaan tiukemmin järjestelmänsä kriteerejä. Tarkoituksenahan voi olla päästä eroon kiusallisesta jälleenmyyjästä. Sinänsä yrityksellä on toki tähän oikeus, mutta toimintatapojen muutos tulisi tehdä selväksi kaikille ulkopuolisille (eli samalla on luovuttava toimituksista kaikille niille, jotka eivät täytä kriteerejä).[298]

Määräävässä asemassa oleva yritys ei saa käyttää toimituskieltoa keinona estää seuraavassa portaassa (tukku- tai jälleenmyynti) tapahtuvaa kilpailua. Pyrkimyksenä on usein liian alhaisia hintoja pitäneen tai esim. kilpailijalta ostamiskieltoa rikkoneen jälleenmyyjän tms. rankaiseminen. Toisaalta toimituskiellon erityinen ongelma on jo laissa mainitut perustellut syyt. Toimituskiellon taustalla voi olla esim. ostajan aiempi sopimusrikkomus, myyjän tarve luoda myyntijärjestelmänsä tuotteen laatu- tms. vaatimuksien mukaiseksi jne. Hallitsevan yrityksen toivomasta hintatasosta poikkeaminen ei koskaan voi olla syy toimituskieltoon, ellei kyse ole aivan poikkeavasta tilanteesta (tuotetta esim. annetaan mainoskampanjassa ilmaiseksi ja tuotteen maine kärsii).[299]

Riippuvuustilanteissa ei välttämättä ole vastaavaa intressiä kilpailun ylläpitämisen osalta, koska markkinoilla on useita toimittajia (kellään ei ole selvää hallitsevaa asemaa!), ja siten seuraavan portaan kilpailu toiminee. Tätä ilmentää se, että vuoden 1989 lain uudistuksella riippuvuusnormi rajattiin pk-yrityksiin. Isommilla yrityksillä ei ole tarvetta turvautua GWB:n luomiin oikeussuojakeinoihin, koska ne saivat riittävän laajan valikoiman normaalien liikesuhteiden kautta. Kilpailun kannalta toimitusvelvollisuus liki määräävässä asemassa olevalta siitä riippuvalle yritykselle on perusteltua vain niissä tapauksissa, joissa pk-yritysten vaikutus markkinoiden toimintaa uhkaa vähentyä ja keskittymisaste jatkomarkki-

---

[297] Carlhoff s. 193–194; Immenga ym. II s. 1312 (ohimenevä maininta aukottomuudesta!); vrt. Langen ym. III s. 781– 782 ja erityisesti s. 782 ”Die Lückenlosigkeit kann nicht schon dann in Frage gestellt werden, wenn einzelne beliefert Händler hinter dem vom Hersteller angestrebten Beratungsniveau züruckbleiben, sofern der Hersteller durch geeignete Mittel das Ziel verfolgt, diese Beratung sicherzustellen.”

[298] Carlhoff s. 194.

[299] Bechtold korostaa, ettei hinnoittelu kelpaa syyksi toimituskiellolle. Hyväksyttävänä esimerkkinä hän käyttää todistettavasti asiakkaiden menetykseen johtavaa toimintaa. Ks. Bechtold s. 354.

noilla nousta kuluttajien intressien vastaisesti. Vastaavasti mitä vahvempi markkina-asema toimituksista kieltäytyneellä yrityksellä on sitä suurempi perusteluvaatimus kiellolle on asetettava.[300]

Toimituksista kieltäytymisen ”peilikuva” on ostoista kieltäytyminen. Yritys voi pyrkiä painostamaan itsestään riippuvaisia myyjiä toimittamaan raaka-aineita, puolivalmisteita tai valmiita tuotteita mahdollisimman edullisin hinnoin tai toimitusehdoin. GWB 20 §:n perusteella voidaan reagoida myös näihin tapauksiin.

b) pula ja kapasiteettiongelmat

Diskriminoinnin syynä saattaa joissain tapauksissa olla yleinen puute jostain raaka-aineesta tai muusta tuotteesta. Malliesimerkkinä on ollut öljykriisi, jolloin öljy-yhtiöt pyrkivät diskriminoimaan niiden ketjuihin kuulumattomia yrityksiä. Tätä ei voida pitää kilpailuoikeuden kannalta hyväksyttävänä, vaan lähtökohtaisesti niukkuuskin pitäisi jakaa. Tämä pätee ainakin vakiintuneisiin asiakassuhteisiin. Ongelmallisempi tilanne on niiden yritysten osalta, jotka ovat hankkineet tuotteensa spot-markkinoilta tai vastaavilta. Näillä yrityksillä ei ole yhtä tiettyä toimittajaa eikä vetoaminen asiakassuhteeseen välttämättä menesty.

Yrityksen omista toimista johtuva kapasiteettivajaus ei oikeuta sitä diskriminoimaan asiakkaitaan. Tässäkin tapauksessa pula on siis jaettava. Lakia ei voida soveltaa, jos ostajilla on riittäviä vaihtoehtoja (eli kyse ei itse asiassa ole määräävässä asemassa olevasta yrityksestä tai riippuvuussuhteesta). Kapasiteettiongelmat voidaan muutoin huomioida osana intressivertailua.[301]

c) asiakassuhteen tms. merkitys

Vanhoihin asiakkaisiin kohdistettua toimituskieltoa pidetään yleensä helpompana ratkaista. Jatkuva sopimussuhde luo eräänlaisia oikeutettuja oletuksia sen jatkumisesta tulevaisuudessa. Hallitsevan yrityksen sopimuskumppani voi odottaa, että sitä kohdellaan kuten muita eikä ketään kilpailijaa suosittaisi. Tällöin asiakassuhde voitaisiin katkaista vain sellaisella perusteella, jota olisi voitu käyttää mihin tahansa yritykseen nähden. Mikäli kyse ei ole täydellisestä liikesuhteiden katkaisusta, vaan esim. toimitushäiriöstä, seuraa tasapuolisuusvaatimuksesta ”kärsimysten” jakaminen. Kukaan ei saisi saada toista parempaa asemaa, vaan toimitushäiriöiden tulisi kohdistua samalla tavoin kaikkiin asiakkaisiin.

Asiakassuhteeseen voidaan osin rinnastaa markkinoilla toimiminen. Tämä osoittaa yrityksellä olevan riittävä kyky hoitaa tuotteen jälleenmyyntiä, jolloin hallitseva yritys tietää täyttääkö yritys sen asettamat laatukriteerit vai ei. Tällaisen

---

[300] Immenga ym. II s. 1300–1301; samoin Langen ym. III s. 778.

[301] Bechtold viittaa tarkemmin perustelematta kapasiteettiongelmien olevan osa perustellun syyn harkintaa. Ks. Bechtold s. 353; Markert rinnastaa yritys- ja markkinakohtaisen pulan (edellinen on tekstissä mainittu kapasiteetti- tms. ongelma). Kapasiteettiongelma voi olla perusteltu syy. Ks. Markert'n kannan osalta Immenga ym. II s. 1321.

yrityksen oikeussuojan tarve voi olla kyseenalainen, koska sillä täytyy olla jo toimittaja. Valikoimaan perustuvissa riippuvuustilanteissa olisi hyväksyttävä toimitusvaade, jos mitään perusteltua syytä diskriminointiin ei ole. Hyväksyttävänä voidaan pitää jonkinlaista koeaikaa, jolloin myyjä voi varmistua asiakasyrityksen kyvystä hoitaa sen tuotteen markkinointi. Kohtuullisen vähimmäismäärän ostaminen osoittaa jälleenmyyjän aikovan tosissaan panostaa markkinointiin ja tällainen vaade voidaa järjestelmään pyrkivälle asettaa.[302]

Markkinoille pyrkivästä uudesta yrittäjästä ei voida varmuudella tietää pärjääkö hän markkinoilla. Periaatteessa tilanne on sama kuin kaikilla muilla, jotka eivät ole vielä päässeet hallitsevan yrityksen myyntijärjestelmään, eli arviointia ei voida tehdä olemassa olevan asiakassuhteen perusteella. Edellisessä kappaleessa mainitun koeajan ja vähimmäisostojen lisäksi yritykseltä voitaneen vaatia jonkinlaista selvitystä taloudellisesta tilanteestaan. Toimitusvelvollisuutta ei kuitenkaan poista edes se, että yritys on alunperin perustettu kilpailemaan toimittajan kanssa jatkomarkkinoilla. Tietoisuus toimintaa aloitettaessa riippuvuudesta tietystä yrityksestä ei aina estä toimitusvelvollisuuden syntymistä, vaikka se voitaneen ottaa intressivertailussa huomioon.[303]

Sokerijuurikas-tapauksessa (BGH 13.11.1990) kantaja vaati vastaajaa ostamaan hänen tilansa tuottamat sokerijuurikkaat. Vastaajan mielestä ostopakkoa ei voinut olla, koska vastaajan osuus EU:n asettamista kiintiöstä oli jo täynnä eikä uusia toimittajia siten voitu ottaa järjestelmään. Käytännössä kiintiön ylittävistä juurikkaista oli maksettu vähemmän, jos niitä ylipäätään otettiin vastaan. EU-normeissa ei ollut sääntöjä miten kilpailua tulisi rajoittaa, jos tuotanto ylittäisi kiintiöidyt määrät, joten Saksan oikeutta voitiin soveltaa. BGH painotti sopimuspakon olevan erittäin merkittävä tapa puuttua vastaajan toimintaan, joten tämän intressit on tarkoin huomioitava. Ostaja ei voinut olla velvollinen jakamaan jokaiselle tarjoajalle murtoluvun mukaista osuutta, jos aiempien sopimussuhteiden jatkamisesta on sille etua. Toisaalta ei sen paremmin markkinoilla jo toimivilla kuin niille pyrkivillä yrityksillä ollut etukäteen mitään oikeutta saada GWB 20 §:n kautta varmuutta tuotantomääristään. BGH katsoi, ettei alempi oikeusaste ollut riittävän huolellisesti tutkinut väitetyn diskriminoinnin kohtuullisuutta tai tehnyt

---

[302] Immenga ym. II s. 1315.

[303] Oikeuskäytännössä OLG Karlsruhe omaksui Feuerwehr-Drehleitern -ratkaisussa 27.8.1997 tekstissä todetun kannan uuden yrityksen oikeuksista kilpailutilanteesta riippumatta. Toimituksista kieltäytyminen olisi vaatinut poikkeuksellisen painavia perusteita, koska mitään mahdollisuutta vaihtaa toiseen tuotteeseen (vain vastaajan valmistamiin pelastuslaitteisiin sopivat varaosat) ei ollut. Ks. WuW 4/1998 s. 393–394 ”Von vornherein nicht abwägungsfähig ist der von der Bekl. hervorgehobene Umstand, daß die Kl. gegründet würde, um ihr – der Bekl. – im Bereich des Kundendienstes Konkurrenz zu machen. Das Interesse der Bekl., einen Wettbewerb auf diesem Gebiet zu verhindern, ist … mit der Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu erhalten, nicht vereinbar…” Tuomioistuin otti samassa ratkaisussa kantaa myös itse aiheutettuun riippuvuuteen, mutta ei katsonut sen voivan vaikuttaa uuden yrityksen oikeuksiin saada GWB 20 §:n mukaista suojaa. Ks. em. lähde s. 394.

intressivertailua ja juttu palautettiin. Tapaus kuvastaa sekä taloudellisen tehokkuuden oikeutusta ratkaisukriteerinä että intressivertailun merkitystä. Sinänsä kyse oli vain riippuvuudesta, joten arviointiin on voinut vaikuttaa ostajayrityksen ilmeisesti melko vähäinen markkinavoima.[304]

Toimituskielto on hyväksyttävissä silloin, kun sen syynä on vastapuolen sopimusrikkomus, maksujen laiminlyönti, huomattava panostus jonkun kilpailevan tuotteen myyntiin jne. Kieltäytymisen täytyy olla suhteessa rikkomukseen. Maksujen laiminlyöntiin ei esim. voi vedota, jos ostaja esittää pankkitakuun maksusta tai maksaa käteisellä. Kuten Bechtold painottaa, syyn täytyy olla juuri siinä yrityksessä, jolle tuotetta ei toimiteta. Tasapuolisuusvaatimus ei täyty, jos lukuisista asiakkaista muutama on toiminut samalla tavoin (esim. myynyt kilpailevaa tuotetta) ja näille on edelleen toimitettu tuotetta. Lähtökohtana on intressivertailun suorittaminen ”perustellun syyn” -käsitteen pohjalta.[305]

d) oikeussuojakeinot

Diskriminoitu yritys voi GWB 20 §:n nojalla vaatia sekä vahingonkorvausta että toimitusten aloittamista. Tällöin vaatimusten on oltava yksilöityjä. Pelkkä vaade toimituksista ilman tuote- ja määräerittelyä ei riitä tuomion pohjaksi. Muussa tapauksessa saattaisi käydä niin, että diskriminoiva yritys määrättäisiin toimittamaan usealle yritykselle tuotetta, jolloin tuotantokaan ei välttämättä pysyisi perässä. Toisaalta tarkka rajaus johtaa kysymykseen siitä, mitä tehdä määrien tultua täyteen? Jollekin pienelle yritykselle voi olla hyvin hankalaa ryhtyä jälleen prosessaamaan määräävässä asemassa olevaa tavarantoimittajaansa, koska myynti taas keskeytyy ja asiakkaat sitä kautta kaikkoavat. Tuotteiden toimittamista koskeva määräys on myös sidottava johonkin ajanjaksoon. Ajanjakso ei voi olla kovin pitkä, koska tuotteet kehittyvät ja markkinat muuttuvat. Valmistajayrityksen kannalta ei voitaisi pitää kohtuullisena tilannetta, jossa sen tuomioistuimen päätöksen takia täytyisi valmistaa jotain tuotetta, josta se olisi muutoin jo luopunut.

Emmerich suhtautuu varsin kielteisesti toimitusvelvollisuuteen. Tämä on hänen mukaansa viimeinen keino. Hallitsevalla yrityksellä on oltava oikeus itse päättää, miten se lopettaa diskriminoivan menettelynsä. Bechtold hyväksyy toimitusvelvollisuuden, jos määrät ja hinnat voidaan määrittää. Muussa tapauksessa vain yleinen velvollisuus olla diskriminoimatta (eli siis toimittaa vastapuolelle tuotetta) voidaan todeta.[306]

---

[304] Tapauksen osalta ks. WuW 6/1991 s. 480, 482–483. Vastaavanlainen tapaus oli OLG, Celle ”Zuckerrüben II” päätös 1.12.1999. Vastaajalla oli oikeus valita ostojärjestelmänsä (yritys oli antanut aikaisemmille sopimusviljelijöilleen edelleen myyntikelpoiset kiintiöt) eikä sillä ollut velvollisuutta ostaa kaikkia tarjottuja sokerijuurikkaita. Ks. WuW 3/2000 s. 281–283.

[305] Bechtold s. 353.

[306] Bechtold s. 357–358; vrt. Emmerich III s. 259 ”Ein *Belieferungsanspruch* kann nur dann unmittelbar auf die §§ 20 I und 33 in Verbindung mit § 249 S. 1 BGB gestützt werden, wenn Abhilfe allein auf diesem Wege möglich ist und auch der Antrag die notwendige Bestimmtheit hinsichtlich der zu liefernden Gegenstände und der Konditionen aufweist (§ 253 ZPO).”

Seuraamusten osalta ks. myös jakso 4.1.3.

3.5.2 Hinnat

Yrityksen, sen kilpailijoiden ja asiakkaiden kannalta hinta on eräs tärkeimmistä kilpailutekijöistä määräävän aseman tai sitä lähellä olevissa tilanteissa (toisin kuin täydellisen kilpailun mallissa, jossa hinta on kaikille annettu). Yritys voi käyttää hintaa kilpailutekijänä monin eri tavoin. Se voi yksinkertaisesti mukautua hintoihin, mutta voi myös toimia hintajohtajana pyrkien joko alittamaan kilpailijoiden hinnat tai säilyttämään kohtuulliseksi katsomansa hintatason. Nämä keinot ovat täysin sallittuja, kunhan tiettyjä rajoja ei ylitetä (riistohinnoittelu, polkumyynti tms.).

Hintoihin kohdistuva kilpailuoikeudellinen sääntely on GWB 19 ja 20 §:ien osalta pitkälti päällekkäistä. Yrityksen toiminta voitaisiin yleensä kieltää 19 §:nkin nojalla. GWB 20 §:n soveltamiskynnys on 19 §:ää matalampi, koska hintadiskriminoinnissa on ainoastaan osoitettava samasta tuotteesta perittävän erilaista hintaa ja diskriminoivan yrityksen olevan määräävässä asemassa diskriminoituun yritykseen nähden. 19 §:stä poiketen näyttöä ei vaadita siitä, ylittääkö hinta selkeästi tuotteen taloudellisen arvon vai ei, vaan pelkkä hintaero riittää. Hintojen kautta tapahtuvan haittaaminen tulkitaan varsin samanlaisesti kuin 19 §:ssäkin.[307]

Yritys tai kartelli voi pyrkiä diskriminoimaan tuotteidensa ostajia hintojen avulla myymällä edullisemmin ”uskollisille” asiakkaille. Tällöin voi olla kysymyksessä myös välillinen haittaaminen, jos päämääränä on kilpailijoiden markkinoille pääsyn estäminen (ts. saat halvemmalla, jos et osta kilpailijoiden tuotteita). Tyypillisinä keinoina ovat nk. uskollisuusalennukset, joissa – yleensä jälkikäteen – myönnetään alennus niille yrityksille, jotka ovat myyneet vain sopimuskumppanin tuotteita. Tällainen alennus voidaan sitoa myös liikevaihtoon, jolloin se myönnetään esim. tuotteen kuukausi- tai vuositason liikevaihdon perusteella. Alennus on yleensä porrastettu, jolloin houkutus pysyä ”uskollisena” on suurempi. Uskollisuusalennukset ovat selkeästi kilpailun vastaisia, koska ne estävät markkinoille pääsyä. Niitä voitaneen pitää sallittuina ainoastaan uutta tuotetta markkinoille tuotaessa, jolloin yritys ansaitsee palkkion markkinoiden luomisesta. Tällöinkin voi yksinoikeusjärjestelmä olla riittävä.[308]

Hintaa voidaan käyttää myös suoraan diskriminointiin, jolloin esim. rangaistaan yritystä, joka ei ole riittävästi panostanut tuotteen myyntiin (vaikutus ja

---

[307] Hintojen osalta GWB 19 §:n mukainen kontrolli on jäänyt varsin vähäiseksi. Emmerich katsoo, että energiantuotantoon liittyvänä markkinoiden avauskeinona hintadiskriminointiin puuttumisella voisi olla jotain merkitystä. Pyrkimyksenä on ollut edistää suurista sähköyhtiöistä riippumattomien tuottajien mahdollisuuksia. Emmerich III s. 246–247.

[308] Oikeuskäytännöstä ks. esim. BKartA 25.4.1966, jossa kilpailuviranomaiset pitivät kartellin aseman vahvistamispyrkimyksiä ulkopuolisia diskriminoimalla sekä GWB [3] §:n että [26 § 2] Abs. vastaisina. Puolustukseksi ei riitänyt se, että kaikkia kartellin ulkopuolisia kohdeltiin samalla tavoin. WuW 9/1966 s. 767.

tarkoitus voi olla täysin sama kuin uskollisuusalennuksillakin). Hinnoitteluhan on markkinataloudessa pääsääntöisesti vapaata, eikä mikään estä yritystä perimästä asiakkailtaan erilaisia hintoja. Määräävässä asemassa oleva yritys voisi kuitenkin käyttää hintaeroja keinona, jolla joko pidetään kilpailijat poissa markkinoilta tai vähitellen tungetaan niiltä ulos jälleenmyyjien haitalliset kilpailijat (minkä jälkeen tuotteen hintatasoa voidaan nostaa tai ei ainakaan synny paineita hinnan alennuksiin). Tällöin keinona voi olla jopa jälleenmyyjien houkuttelu polkumyyntiin yrityksen luvatessa korvata mahdolliset menetykset.

Määräävässä asemassa oleva ostaja pyrkii luonnollisesti hankkimaan tuotteet mahdollisimman halvalla. Eri hintojen määrittelyssä törmätään helposti laatua, toimitusehtoja tms. koskeviin ongelmiin. Toisin kuin myyjän harjoittamassa diskriminoinnissa ei vertailukohteena ole yhden yrityksen menettely tietyn tuotteen suhteen, vaan yhden ostajan menettely useiden tuotteiden osalta. Hintadiskriminointia ovat tällöin sellaiset hintaerot, jotka eivät perustu laatuun tms. Objektiivisen arvion tekeminen voi olla vaikeaa, koska jo kysymys siitä kenen näkökulmaa asiassa käytetään ei ole itsestään selvä. Ostaja voi väittää tuotteiden poikkeavan selvemmin toisistaan esim. mainonnan luoman imagon takia kuin mitä riippuvainen myyjä pitää hyväksyttävänä. Voidaanko ostajan näkökulmaa pitää perusteettomana, varsinkin kun hän joutuu myymään tuotteen edelleen ja kenties hinnoittelee sen muita halvemmaksi?[309]

Markert'n yksiselitteinen kanta on se, ettei pelkkää hintaeroa voi pitää osoituksena ostajan harjoittamasta diskriminoinnista. Edes erikoisalennuksen vaatiminen, jonka osa toimittajista hyväksyy ja osa ei, ei sinänsä osoita diskriminointia. Vasta selkeä pyrkimys saada tietyltä tuottajalta muita suurempi alennus osoittaa yrityksen toimivan GWB 20 §:n vastaisesti, jos perusteltua syytä ei ole. Arvioinnin hankaluutta vielä tässäkin tilanteessa kuvaa Markert'n kanta, että se on tehtävä pääosin muiden lakien pohjalta. Kysymykseen tulee esim. UWG 1 §. Muuten edellytyksenä on erittäin tarkka yksittäisarviointi tilanteesta.[310]

Hintaerojen osalta on tulkinnan oltava varovaista. Ne voivat perustua todellisiin suorituseroihin, joissa suuremman alennuksen saa yritys, joka esim. ottaa vastatakseen tuotteen varastoinnin (eli ostaa suuria määriä varastoon omalla riskillään). Vastaavasti hinnan alennus voi olla paikallaan sellaisen yrityksen osalta, joka panostaa huomattavasti mainontaan luoden siten tuotteelle markkinoita. Tämä ei kuitenkaan saa johtaa siihen, ettei samanlaista alennusta myönnettäisi

---

[309] Ewald käyttää kahta esimerkkiä, joista ensimmäistä voidaan pitää varsin selvänä diskriminointina, jos menettelyjen syy-yhteys (ja osoittain motiivikin) voidaan osoittaa. Ensimmäisessä esimerkissä Ewald viittaa erityisetuja haluavaan ostajaan, joka katkaisee liikesuhteet kun ei saa näitä etuja. Toisen esimerkin arvioiminen on huomattavasti vaikeampaa. Tässä Ewald viittaa tilanteeseen, jossa usea eri toimittaja myy samaa tuotetta ja ostaja saa yhdeltä näistä erikoisalennuksen, joita muut yritykset eivät ostajalle suostu antamaan. Ks. Ewald s. 1183–1184.

[310] Markert'n kannasta ks. Immenga ym. II s. 1347–1348. Jälkimmäisellä sivulla Markert erityisesti painottaa yksittäisharkinnan tarkkuutta: "…, ist eine besonders sorgfältige Einzelfallinteressenabwägung erforderlich".

yritykselle, joka on ilmaissut halunsa hoitaa vastaavia tehtäviä. Tilanteiden pitää myös olla todellisia, eli myyjäyrityksen on todella säästettävä tai muutoin hyödyttävä jotenkin ostajan menettelystä. Alennuksen myöntämistä ei voida pitää perusteltuna esim. tilanteissa, joissa ostaja tosin ostaa huomattavia määriä varastoon, mutta myyjäyritys takaa tuotteen menekin esim. lupaamalla ostaa myymättä jääneet tuotteet takaisin.

Hintaeroja voidaan perustella myös muilla kustannuksilla. Tyypillisimpiä näistä ovat rahtikulut, jolloin hinta yleensä sidotaan toimitusmatkaan ja -tapaan. Menettely on hyväksyttävä niin kauan kuin hintaerot vastaavat todellisia kulueroja. Samalla paikkakunnalla toimivien jälleenmyyjien pitäisi siten tällä perusteella saada tuotteensa samaan hintaan.

3.5.3 Sopimusehdot ym.

Yritys voi pyrkiä vaikuttamaan asiakkaittensa toimintaan paitsi toimittamalla tuotteitaan edullisemmin myös tarjoamalla niitä edullisemmin toimitusehdoin. Tämä on yleensä täysin sallittua ja kuuluu normaaliin kilpailuun. Hyväksyttävänä ei voida pitää menettelyä, jossa tuotetta itse asiassa myydään tappiolla (yritys esim. pitää huomattavan ylisuurta varastoa voidakseen aina toimittaa tuotteet seuraavana päivänä). Kysymyksessä voi olla myös peitetty hinnan alennus, jolloin yritys esim. ottaa vastatakseen tuotteen kuljetuskustannuksista, sen vakuuttamisesta myyntiaikana tms.

Ostajayrityksiä voidaan diskriminoida myyntiehtojen kautta monin eri tavoin. Samalla alueella toimiville yrityksille voidaan esim. toimittaa tavarat eri aikoina, vaikka tilaukset olisi tehty samaan aikaan. Toimitusajalla voi olla merkitystä varsinkin sesonkisidonnaisten tuotteiden osalta (esim. talviurheiluvälineet, polkupyörät tms.). Toisilta osapuolilta voidaan myös vaatia erilaisia takuita, erilaisia maksuehtoja jne. Myös tiettyä minimiostomäärä -ehtoa voidaan käyttää diskriminoinnin välineenä asettamalla se niin suureksi, etteivät tuotetta voi käytännössä ostaa kuin suuret liikkeet.

Sopimusehtojen erilaisuus on hyväksyttävää, jos eroja vastaavat vastapuolien poikkeavat suoritukset. Tältä osin arvostelu on samantapainen kuin esim. määrään sidottuja alennuksia arvioitaessa, eli edun pitää vastata saatua vastasuoritusta.

3.6 Haittaaminen

GWB 20 § kielletään diskriminoinnin lisäksi kohtuuton haittaaminen (unbilligen Behinderung). Koska tekotapoja ei ole rajattu, voi sama menettely täyttää sekä haittaamisen että diskriminoinnin tunnusmerkistön. Normin soveltaminen edellyttää lähtökohtaisesti kuten diskriminointi yrityksen hallitsevaa asemaa tai riippuvuutta. Jälkimmäistä kriteeriä ei tosin tavallisesti voida soveltaa, koska haitatut yritykset harvemmin ovat haittaajistaan riippuvaisia. Pienten ja keskisuurten yri-

tysten aseman parantamiseksi säädettiin alunperin GWB 37a §:n sijoitettu kieltonormi, jolla kiellettiin markkinavoimaisia yrityksiä haittaamasta pieniä ja keskisuuriä yrityksiä. Edellytyksenä oli markkinavoiman kohdistuminen juuri ko. pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. Vuoden 1989 lakiuudistuksessa normi siirrettiin GWB 26 § 4 Abs.'iin ja siitä viime uudistuksessa 20 §:ään. Samalla haitatut yritykset saivat itse oikeuden vaatia paitsi toiminnan lopettamista tms. myös vahingonkorvausta.[311]

Laajennuksen myötä GWB 20 §:n kautta voidaan puuttua sellaisiinkin haittaamistilanteisiin, joissa yrityksellä ei kokonaismarkkinoiden kannalta ole hallitsevaa asemaa. Toisin kuin riippuvuusvaatimuksen osalta ei mitään erityistä yhteyttä haittaajan ja haitatun välillä tarvitse olla. Bechtold huomauttaa osuvasti, ettei haittaaja voi olla täysin markkinavoimaton yritys kokonaismarkkinoidenkaan kannalta, koska muuten sillä ei olisi sellaista vaikutusta markkinoiden toimintaan, että se pystyisi ylipäätänsä haittaamaan ketään.[312]

Haittaaminen kohdistuu ensisijaisesti kilpailijoihin. Nämä voivat toimia joko samalla markkinoiden tasolla tai eri tasolla kuin haittaava yritys. Samaan tasoon kohdistuva haittaaminen on yleisempää, koska kilpailutilanne edellyttää normaalisti yritysten toimivan samalla tasolla. Sanamuoto ei sinänsä edellytä haittaamisen kohdistumista juuri kilpailijoihin, joten esim. riippuvainen yritys voi vedota liiketoimintansa haittaamiseen. Emmerich toteaa, että haittaamista tekona tulee tulkita mahdollisimman laajasti. Tällöin lähtökohtana ovat vain yrityksen toimien vaikutukset. Kohtuullisuusarviointi tehdään vasta tämän jälkeen arvioitaessa, onko todettu haittaaminen ollut kohtuutonta (unbillige).[313]

BGH katsoi jo vuonna 1964 "Werkmilchabzug"-tapauksessa GWB 20 §:ää voitavan soveltaa paitsi määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoihin myös sen asiakkaisiin. Oikeus katsoi tosin mahdollisen kohtuuttoman alhaisen hinnan maksamisen maidontuottajille olevan lähellä GWB 19 § soveltamisalaa. Tapauksessa meijeriyritys oli lain turvaamassa monopoliasemassa, joten rajausta ei jouduttu tekemään riippuvuuden perusteella.[314]

---

[311] Tästä huomauttaa mm. Bechtold s. 348; ks. sama lähde GWB [26 § 4] Abs. osalta s. 361. Esimerkiksi Emmerich toteaa, että haluttaessa voidaan sekä diskriminointia että haittaamista käsitellä yhtenä 20 § 1 Abs.:n alaisena tapauksena. Emmerich III s. 236–237.

[312] Bechtold s. 361; tiettyyn markkinavoimaan viittaa myös Schultz. Ks. tältä osin Langen ym. IV s. 657.

Ks. myös jakso 3.6.3.

[313] Bechtold s. 348 "Det Tatbestand der 'unbilligen Behinderung' bezieht sich primär auf das Verhältnis zu Wettbewerbern des (angeblich) Behindernden". Hänkin toteaa, ettei säädöksen sanamuoto estä sen soveltamista eri tuotannontasoilla oleviin yrityksiinkin.; Emmerich III s. 237. Tekijän esiin tuoma erottelu teon luonteen ja sen markkinavaikutusten kohtuullisuusarvioinnin välillä on saksalaiselle ajattelulle tyypillinen.

Kohtuullisuuspohdinnan osalta viittaan jaksoon 3.8.

[314] WuW 11/1964 (BGH 2.4.1964) s. 964. Tapaus palautettiin valitustuomioistuimelle, joten BGH ei ottanut lopullista kantaa asiakysymykseen tai siihen tulisiko tapaukseen soveltaa ennemmin 19 kuin 20 §:ää).

Gamm katsoo, että GWB 20 §:n tarkoittama haittaaminen voisi kohdistua vain aiempiin tai myöhempiin markkinoiden tasoihin, eikä se koskisi lainkaan suoranaisia kilpailijoita. Hän katsoo, että näihin tilanteisiin voitaisiin puuttua vain 19 §:n tai UWG:n normien kautta. Kantaa ei voida pitää oikeana, koska se ei saa 20 §:n sanamuodosta mitään tukea. Välillinenkin haittaaminen on kielletty, mitä voidaan pitää eräänä osoituksena siitä, että samalla tasolla toimivat yritykset voivat olla normin tarkoittaman haittaamisen kohteena (välillinen haittaaminen voi toki kohdistua esim. tukkuportaan yli jälleenmyyjiin).[315]

Haittaamisen tulee kohdistua toisen yrityksen liiketoimintaan ja vaikuttaa tämän yrityksen mahdollisuuksiin pärjätä kilpailussa. Haittaamisella ei tarkoiteta GWB 19 §:n mukaista riistämistä, joten 20 §:n nojalla ei voida puuttua tähän menettelyyn, ellei kyse ole samalla diskriminoinnista.[316]

Oikeuskäytännössä BGH katsoi ”Sonderungsverfahren-tapauksessa” muille kuin yrityksen hallitsemille markkinoille kohdistuvaan haittaamiseen voitavan puuttua vain, jos haitattu yritys toimii hallituillakin markkinoilla. Langen ym. pitävät tilannetta epäselvänä, mutta tuntuvat hyväksyvän BGH:n ratkaisun. Markert pitää ko. ratkaisua täysin perusteettomana. Hänen kantansa on mielestäni täysin oikea ja sen perusteluihin voidaan yhtyä. Mitä merkitystä saa haittaamisen arvioinnille olla toimiiko yritys, jonka toimintaa haitataan, sattumalta samoilla markkinoilla kuin haittaaja? Haittaamisellahan on yleensä jokin päämäärä (markkinoiden valtaus, markkina-aseman parantaminen tms.), eikä GWB 20 §:ää tulisi tältä osin tulkita erilailla kuin 19 §:ää. Säädösten tarkoitushan vastaa toisiaan![317]

Tavallisesti hyväksyttävänä liiketapakin voi olla GWB:n tarkoittamaa haittaamista, jos sillä on tämä vaikutus. GWB 20 § ei edellytä minkään tietyn kiellettävän tai kilpailunvastaisen keinon käyttämistä. Säädös on tältä osin neutraali. Normaaliin liikekäytäntöön kuuluvaa keino ei kuitenkaan yleensä ole kilpailijan tai asiakkaan tms. kannalta kohtuuton.[318]

---

[315] Gamm I s. 2493 ”… § [26 II] GWB…, jedoch grundsätzlich nur das Vertikalverhältnis trifft, also Behinderungen und Diskriminierungen durch einen (jedenfalls gegenüber dem Betroffenen marktmächtigeren) Mittbewerber regelmäßig nicht erfaßt.”; Vrt. Langen ym. I, jossa kirjoittajat pitävät asiaa itsestään selvyytenä. Ks. s. 919 ”Das Verbot der unbilligen Behinderung dient in erster Linie dem Schutz von Konkurrenten des Verbotsadressaten. Das Behinderungsverbot gilt jedoch nicht nur im Verhältnis zu Wettbewerbern…, sondern auch im Verhältnis zu seinen Abnehmern und gegebenenfalls Lieferanten.”

[316] Langen ym. II s. 807.

[317] Langen ym. II s. 807; Immenga ym. II s. 1247–1248.
Tapauksen osalta ks. WuW 9/1988 s. 791–792 ”Aus dieser Anknüpfung des Diskriminierungsverbots an eine Machtstellung folgt, daß das Verbot nur für den Markt gelten kann, auf dem die Machtstellung besteht oder sich auswirkt.”

[318] Bechtold s. 348.

3.6.1 Myyntijärjestelmät ym.

Myyntijärjestelmillä voidaan pyrkiä paitsi diskriminoimaan potentiaalisia asiakkaita / myyjiä, myös estämään kilpailijoiden pääsyä markkinoille. Tällöin on normaalisti kyseessä välillinen haittaaminen. Yritys ei omilla toimillaan suoraan estä kilpailijan toimia (kuten hinnoittelutapauksissa), vaan pyrkii rakentamaan sellaisen myyntijärjestelmän, ettei kilpailija saa tuotteitaan markkinoille. Keinoina voivat olla mm. sopimusehdot, joilla kielletään jälleenmyyjiä edustamasta kilpailijan tuotteita.[319]

Yritys voi esim. yksinoikeussopimuksillaan pyrkiä siihen, ettei kukaan muu saisi ostettua samoja tuotteita kuin se. Vastaavaan lopputulokseen voidaan päätyä ostamalla niin suuri osa alihankkijan kapasiteetista, ettei ainakaan ko. välituotteen kautta voi syntyä merkittävää kilpailua. Molemmissa tapauksissa on kyse sinänsä normaalista kilpailuun liittyvästä ilmiöstä. Kaikkihan eivät voi saada haluamiaan tuotteita ja kilpailussa toinen yritys voi joutua jopa luopumaan toiminnastaan kokonaan! Kielletyksi haittaamiseksi toiminta muuttuu vasta silloin, kun yritys selkeästi pyrkii estämään kilpailijoidensa toimintaa.

Sitoutumalla ostamaan myymättä jääneet tuotteet pois joko myyntihintaan tai jopa jälleenmyyntihintaan (missä tapauksessa jälleenmyyjän voitto on taattu eikä sillä ole mitään syytä koskaan ostaa kilpailevia tuotteita) voidaan vaikeuttaa kilpailijan mahdollisuuksia tehdä yhtä hyvä tarjous. Haittaamiskeinoina sopimusehtoja käytettäneen lähinnä yhdessä erilaisten alennusten ja myyntijärjestelmien kanssa.

Kilpailijoiden toimintaa voidaan haitata myös alennusjärjestelmien ja kilpailukieltojen avulla, jos tätä kautta estetään kilpailijoiden pääsyä markkinoille.[320]

Haittaamista ei voida pitää kohtuuttomana, jos yrityksen täytyisi luoda kokonaan uusi myyntiporras. Valmistajien toimittaessa tuotetta normaalisti suoraan jälleenmyyjille ei siten voida edellyttää, että he ryhtyisivät myymään tuotetta uusille alalle pyrkiville tukkukaupoille. Tilannetta voi pitää haittaamisena sikäli, että valmistajat – myydessään suoraan tuotetta vähittäiskauppoihin – kilpailevat tukkukauppatoiminnan kanssa.

3.6.2 Hinnat

Tuotteesta perittävää hintaa voidaan käyttää toisten yritysten toiminnan haittaamiseen kahdella päätavalla. Ensinnäkin yritys voi syyllistyä nk. saalistushinnoitteluun, jossa tuotetta myydään jopa alle tuotantokustannusten kunnes kilpailijat

---

[319] Immenga ym. II s. 1292; Langen ym. IV s. 630. Tekijät toteavat yksinoikeusjärjestelmien olevan periaatteessa sallittuja.
Diskriminoinnin osalta ks. jakso 3.5.1, jossa yksinoikeusjärjestelmiä käsitellään laajemmin.
[320] Langen ym. IV s. 630.

joutuvat luopumaan ja jättävät markkinat suosiolla määräävässä asemassa olevalle yritykselle. Saalistushinnoittelun määrittely voi olla ongelmallista niissä tilanteissa, joissa esim. supermarket myy tiettyä tuotetta lähes tulkoon jatkuvasti suurella alennuksella (nk. sisään houkuttelu -tarjoukset). Tämä haittaa alueen muita kauppoja. Mikäli supermarketilla on määräävä asema, voitaisiin sen katsoa syyllistyneen kilpailijoiden haittaamiseen.

Lainsäätäjä katsoi viimeisimmässä uudistuksessa tarpeelliseksi lisätä lakiin kiellon myydä tuotetta alle hankintakustannusten (Einstandspreis). Tarkoituksena on suojata pk-yrityksiä markkinavoimaisten yritysten toiminnalta. Aiemmassa uudistuksessa oli samaan tarkoitukseen pyritty yleislausekkeen kautta, ja tähän liitettiin vuoden 1998 lakiesityksessä selkeä kielto. Kyse on ”erityisesti” (insbesondere) kielletystä menettelytavasta. Emmerich toteaa tavoitteena olevan ns. relatiivisen, horisontaalisen markkinavoiman kontrolloimisesta. Tärkeimpinä lähtökohtina on GWB 19 § 2 Abs. S. 1 Nr. 2 tapaan markkinaosuus- ja resurssierot.[321]

Alle hankintakustannusten -termiä ei ole lainsäädännössä tarkennettu. Näihin täytynee lukea ainakin hankintahinta lisäkuluineen (kuten kuljetus- ja pakkauskustannukset). Vähänkään markkinavoimaisempi yritys ei kuitenkaan hanki tuotteita yksin kappalein tai edes pelkästään yhden tuotteen pohjalta. Toiminta perustuu massahankintoihin, joissa erilaisia tuotteita ostetaan samoilta yrittäjiltä. Tavoitteena on paitsi hankintoihin liittyvien kustannusten minimointi myös erilaisten alennusten saaminen. Lainkäyttäjän olisi pystyttävä erittelemään, miten hankinnoista aiheutuvat yleiskustannukset jakautuvat eri tuotteiden kesken. Ongelma vastaa jo monopolihinnoittelun osalta pohdittua kysymystä kustannusten jakamisesta tietyn tuotteen osalle monituoteyrityksessä.[322]

Lainsäädännöllä ei kuitenkaan pyritä syrjäyttämään GWB:n ja koko talousoikeuden pohjana olevaa hintavapauden-periaatetta. Tavoitteena on ainoastaan estää sellainen hinnoittelu, jolla tarkoituksellisesti pyritään estämään pk-yritysten toimintaa markkinoilla, tai joissa systemaattisella hankintakustannusten alle myymisellä vaarannetaan toimiva kilpailu. Tällainen hinnoittelu hyväksytään, jos siihen on perusteltu syy. Lähtökohtana olisi siten osapuolten intressivertailu lain kilpailua edistävä tarkoitus huomioiden. Selkeästi hyväksyttävinä tilanteina pidetään nopeasti pilaantuvien tuotteiden hätäkauppoja. Maininnalla ”ei ainoastaan sattumanvaraisesti” (nicht nur gelegentlich) on lainsäätäjä halunnut painottaa, ettei säädöksellä kielletä menettelytapoja, joiden vaikutus ei ole pitempiaikainen.

---

[321] BT-Drucksache 13/9720 s. 37; vrt. aiemman lain osalta BTDr 11/4610 s. 10 (uudistuksen yleisperusteluna viitataan juuri kaupan alan ongelmiin), 22–23 (erityisperustelujen osalta on nimenomaan todettu aiemman 37a §:n olleen tehottoman, minkä takia siirryttiin kieltonormiin).

Oikeuskirjallisuudesta ks. Emmerich III s. 255; Rittner III s. 298. Tekijä huomauttaa, että lainkohdan sanamuoto jättää avoimeksi sen voidaanko kieltoa soveltaa muihinkin kuin kaupan alan yrityksiin.

[322] Ongelmasta huomauttavat Krause ym. s. 22–23.

Harkinta ei tältä osin ole sidottu tiettyyn tuotteeseen tai kilpailijaan, joten hankintakustannusten alittaminen eri tuotteilla toistuvasti, olisi kiellettyä. Schultz toteaa tarkoituksena olleen tietyn kilpailullisen käytännön kieltäminen.[323]

Schultz painottaa, että GWB 20 § 4 Abs:ssa todetaan alle hankintakustannusten myymisen olevan suoraan lain nojalla kohtuutonta haittaamista. Mitään intressivertailua ei siten enää tarvitsisi tehdä. Hän toteaa säädöksen olevan tältä osin ristiriitainen, koska ensin todetaan tietyn järjestelmällisen menettelyn olevan kohtuutonta haittaamista, ja sitten edellytettäisiin saman toiminnan olevan hyväksyttävissä perustellun syyn kautta! Schultz'n omaksumaa kanta on sikäli oikea, ettei esim. pilaantuneiden tuotteiden myynti alle hankintakustannusten voi olla jatkuvaa. Toisaalta epäselväksi on jäänyt, miten pitkälti yritykset voivat vastata kilpailuun, jos eri markkinoilla tapahtuneiden kustannusten alitusten katsotaan osoittavan muuta kuin poikkeuksellista tilannetta.[324]

Krause ym. huomauttavat, että yrityksen kannalta alle hankintakustannusten myyminen on perusteltua jo silloin, kun se on johtaa edulliseen lopputulokseen markkinoilla eikä pyrkimyksenä ole kilpailijoiden haittaaminen. Vasta saalistustarkoituksella tehty hinnoittelu ei olisi perusteltua. Hallituksen esityksessä ei ole tarkennettu miten intressivertailu tehdään, mutta on epävarmaa tullaanko Krausen ym. esittämä tulkinta hyväksymään.[325]

Saalistushinnoittelu on kiellettävissä sekä 19 että 20 §:ien avulla ilman tarkentavaa mainintaakin. Tällöin edellytyksenä on hallitseva asema ja menettelyn vaikutukset oletettavasti vakavammat. GWB 20 § 4 Abs. kielletään jo markkinavoimaisiakin yrityksiä toimimasta saalistusta vastaavalla tavalla. Krause ym. huomauttavat, että muutos johtaa kysymykseen, onko alle hankintakustannusten myyminen pääsääntöisesti kiellettyä vai ei. Lisäksi olisi arvioitava, onko menettely markkinoiden kannalta niin haitallista, että sääntö on perusteltu. Emmerich katsoo lain muutoksen taustalla olevan jo vuodesta 1980 alkaneen prosessin, jossa pk-yritysten suojaamista haluavat tahot pyrkivät suojaamaan lähinnä suurten markettien tms. uhkaamia pieniä elintarvikekauppoja. Muutos oli sen puoltajien kannalta sikäli tarpeen, ettei oikeuskäytännössä aiempaa lainsäädöstä haluttu käyttää alle ostohintojen myymisen selvään kieltämiseen. Koska kyseessä on vapaaseen hinnoitteluun puuttuminen, on lainkohtaa joka tapauksessa tulkittava rajoittavasti.[326]

---

[323] BT-Drucksache 13/9720 s. 37–38.
"Ei sattumanvaraisuuden" osalta ks. Krause ym. s. 25–26; Schultz'n osalta ks. Langen ym. IV s. 660; Rittner III s. 298. Tekijä pitää avoimena voitaisiinko "ei sattumanvaraisuuden" pohjalta vaatia menettelyltä systemaattisuutta.

[324] Schultz'n osalta ks. Langen ym. IV s. 660.
Vrt. hallituksen esityksen osalta BT-Drucksache 13/9720 s. 37. Esityksessä viitataan suoraan perusteltuun syyhyn ja todetaan, ettei lain kohtaa haluttu irrottaa tältä osin GWB 20 §:n järjestelmästä.

[325] Krause ym. s. 23–24.

[326] Emmerich III s. 253 "… und das kartellbehördliche Instrumentariumn zur Bekämpfung des machtbedingten Verdrängungswettbewerbs zu verbessern, dem sich nach Meinung der Gesetzsverfasser (viitataan vuoden 1989 lain muutokseen) in zunehmendem Maße kleine und mittlere Unter-

Krause ym. toteavat, ettei alle hankintakustannusten myymistä voida pitää ”ei-suoritukseen” liittyvänä kilpailuna, koska kilpailuun liittyvänä suorituksena on pidettävä taloudellisten voimavarojen ja markkinavoiman mahdollistamia menettelytapojakin. Kyse ei myöskään ole ”vääristyneestä signaalista” markkinoille. Pikemminkin asiaa tulisi tarkastella yhtenä, juuri elintarvikekaupassa jo pitkään käytettynä, markkinointikeinoina. Tästä hyötyvät erityisesti markkinoille pyrkivät uudet yritykset. Kielto johtaa tekijöiden mielestä lähinnä sellaisten yritysten suojaamiseen, jotka eivät kykenisi kilpailemaan hinnoilla. Lopputuloksena on lähinnä kuluttajien tappio ”ylhäältä käsin” säädeltyjen hintojen suurten kauppaketjujen kerätessä kasvavia voittoja.[327]

Alle hankintakustannusten myynnin -kielto ei edellytä mitään näyttöä saalistuksesta eli lakia voidaan soveltaa, vaikka yritys ei edes pyrkisi myöhemmillä monopolivoitoilla keräämään hinnoitteluun käyttämänsä varat takaisin. Lakiin otettu kielto johtaa väistämättä yritysten liikkumavapauden kaventumiseen ilman todellisten markkinavaikutusten tutkimista.[328]

Oikeuskäytännössä BKartA on lain voimaantulon jälkeen kieltänyt ”Aldi-Nord” -tapauksessa (1.9.2000) elintarvikeketjun alle hankintakustannushinnoittelun. Yritys, Aldi, oli vastannut kilpailijan hintakampanjaan laskemalla omat hintansa vielä tämän alapuolelle. BKartA painotti lainsäätäjän pitäneen kustannukset alittavaa hinnoittelua ilman mitään näyttöä haittaamistarkoituksesta suoraan lain nojalla kiellettynä pk-yrityksiä haittaavana toimintana. Kilpailuun vastaaminen ei kelvannut perustelluksi syyksi, koska Aldi oli alittanut kilpailijan hinnat! BKartA totesi tältä osin vaarana olevan alaspäin johtavan hintaspiraalin, mikä viime kädessä esti hyväksymästä menettelyä. Aldin toiminnan lain vastaisuutta korosti se, että hintoja oli laskettu noin 170 sellaisella markkinalla, jossa em. kilpailija ei lainkaan toiminut. Tapauksessa korostuvat kaikki edellä mainitut ongelmat, eli ei mitään näyttöä varsinaisesta haittaamisesta, mitä voidaan pitää perusteltuna, mikä on ollut toimien vaikutus markkinoilla? BKartA:n omaksuma kanta, ettei oikeastaan muuta tarvitse tutkia kuin kustannusten alittaminen ja se, että markkinoilla

---

nehmen, namentlich im Lebensmitteleinzehlandel, ausgesetzt sehen.”, 254, 256 ”Es genügt vielmehr, hier daran zu erinnern, daß die in § 20 IV 2 zum Ausdruck kommende Wendung gegen den Preiswettbewerb, das Herz des Wettbewerbsprozesses, grundsätzlich verfehlt ist, so daß die Vorschrift … so restriktiv wie irgend möglich ausgelegt werden solle”; Krause ym. s. 17; Rittner III s. 298 ”Der erneute legislatorische Versuch, die freie Preisgestaltung … zu bewahren und dennoch gewisse Verkäufe einer richterlichen Kontrolle zu unterwerfen, muß scheitern, …Danach kann die Vorschrift nu restriktiv ausgelegt und angewendet werden…”

Relatiivisen markkinavoiman ongelmista ks. alla jakso 3.6.4.

[327] Krause ym. s. 17–19.

[328] Krause ym. kritisoivat jyrkästi juuri lain kohdan abstraktiutta ja sen puuttuvia yhtymäkohtia menettelyn kilpailuvaikutuksiin. Saalistushinnoittelun tuomitsemisen hekin hyväksyvät. Ks. Krause ym. s. 20–21 ”Der Untereinstands-Preis-Verkauf für sich kann zwar als Kampfpreis eine unbillige Behinderung darstellen. Ob er jedoch eine konkrete Gefahr für den Wettbewerb bildet, kann dagegen ohne Blick auf seine Auswirkungen auf die jeweiligen Marktverhältnisse nicht festegestellt werden.”

toimii pk-yrityksiä, johtaa pakosta kilpailun rajoittamiseen vastoin lain tarkoitusta![329]

Ostouskollisuutta korostava alennusjärjestelmä on toinen tapa estää kilpailijoiden toimintaa markkinoilla. Saalistushinnoitteluun verrattuna vaikutus on piilevämpi, koska tuote-eräkohtaiset myyntihinnat eivät välttämättä poikkea merkittävästi toisistaan. Alennus määritetään esim. vuoden kokonaisostojen tai asetetun myyntitavoitetteen toteutumisen perusteella.

3.6.3 Pk-yritysten toiminnan haittaaminen

Pk-yritysten suojaamiseksi otettiin lakiin alunperin GWB 37a § Abs. 3 ollut sääntö, jonka mukaan tällaisia yrityksiä ei saanut haitata suoraan tai välillisesti. Alunperin kyse oli aiemman GWB 22 §:n tapaisesta väärinkäyttönormista, joka edellytti kilpailuviranomaisten toimia. Vuonna 1989 säädös siirrettiin sen aikaiseen GWB 26 §:ään, ja samalle se muutettiin kieltonormiksi. Nykyään sääntö on GWB 20 § 4 Abs. Normin soveltaminen ei edellytä ylivoimaista markkina-asemaa, vaan ainoastaan ns. relatiivista markkinavoimaa suhteessa markkinoilla toimiviin pk-yrityksiin. Verrattuna GWB:n yleiseen päämäärään, kilpailun edistämiseen instituutiona, on pk-yritysten erikoiskohtelussa enemmänkin kyse tietyn yrittäjäryhmän suojaamisesta.[330]

Relatiivista markkinavoimaa ei ole laintasolla määritelty, joten kohdeyrityksen on vaikea tietää, voidaanko sääntöä soveltaa siihen vai ei. Periaatteessa lähtökohtana on samanlainen kokonaisuusarvostelu kuin hallitsevan aseman osalta 19 §:ssä

---

[329] Tapauksen osalta ks. WuW 11/2000 s. 1130–1131.

Täysin käsittämättömänä pidän perusteluissa olevaa mainintaa s. 1130 ”Dennoch führt das Unterbieten von Wettbewerbspreisen zu einem allgemeinen Absinken des Preisniveaus im Lebensmitteleinzelhandel. Dieses Absinken des Preisniveaus führt letzlich dazu, dass auch der Preisspielraum der kleinen und mittleren Unternehmen eingeschränkt und ihre Möglichkeiten zur Erzielung kostendeckender Preise nachhaltig beeinträctigt wird …” Tällainen kielto tai hintatason laskun näkeminen uhkana on paikallaan ainoastaan, jos yritys todella syyllistyy saalistushinnoitteluun, jolloin olisi osoitettava sen voivan myöhemmällä hinnoittelullaan kykenevän paikkaamaan kustannusten alittavasta hinnoittelusta syntyneet tappiot. Kilpailulainsäädännön tarkoituksena ei saa olla kilpailijoiden toiminnan rajaamista oletettuun kilpailuhintaan, koska hintataso ei välttämättä muodostu yksittäisistä tuotteista, vaan kyse on koko yrityksen kilpailukyvystä.

Vastaava kielto annettiin vastapuolellekin. Ks. BKartA 1.9.2000 ”Wal-Mart” -tapauksesta WuW 11/2000 s. 1132–1136. Perustelut vastaavat edellistä tapausta.

[330] Markert toteaa tavoitteena olleen oletetun lain aukon sulkemisen, koska aikaisempi GWB 26 § 2 Abs. oletettiin koskevan ainoastaan vertikaalisia suhteita, ellei yrityksellä ollut määräävää asemaa (so. tavoitteena oli laskea soveltamisvaatimuksia riippuvuusnormin tavoin). Markert korostaa säännöksen ongelmallisuutta GWB:n tavoitteiden kannalta. Ks. Markert’n osalta Immenga ym. II s. 1372, 1377; Myös Schultz korostaa juuri ristiriitaa GWB:n ja 20 § 4 Abs. välillä. Ks. tältä osin Langen ym. IV s. 653–654; Wuttke huomauttaa lain muutoksen liittyneen kaupan alan voimakkaaseen keskittymiseen, jolloin kilpailukeinoina oli tyypillisesti käytetty alle kustannusten hinnoittelua. Vrt. Wuttke s. 65, 101. Tekijä korostaa aiemman GWB 26 § 4 Abs. suojaavan sekä kilpailua instituutiona että kilpailijoita.

Hinnoittelun osalta ks. edellä jakso 3.6.2.

käytetään. Tärkein ero on siinä, ettei markkinavoimaa arvioida suhteessa kaikkiin yrityksiin, vaan ainoastaan pk-yrityksiin. Vaadittava markkinavoima on ylipäätään vähäisempää kuin 19 §:ssä edellytetään. GWB 19 §:stä poiketen ei haittaavan yrityksen tarvitse olla suurin markkinoilla toimiva, eikä osoittaa oligopolin kriteerien täyttyvän. Normin edellytykset täyttäviä yrityksiä voi olla lukuisia. Alarajana on ainoastaan jonkinasteisen markkinavoiman vaatimus. Suojaa voivat periaatteessa nauttia kaikki ne yritykset, jotka ovat pieniä tai keskisuuria verrattuna muihin markkinoilla toimiviin. Mitään liikevaihto- tms. kriteeriä ei laissa käytetä.[331]

Lähtökohtana on horisontaalisesti kilpailevien pk-yritysten toiminnan haittaamisen kieltäminen. Tällaisesta voi olla kyse vain tietyillä, määritellyillä markkinoilla. Markkinarajaus tehdään GWB 19 §:n mukaisesti eikä tähän vaikuta 20 § 4 Abs. suuntaaminen pk-yrityksiin. Vertikaaliset tilanteet tulisi ratkaista riippuvuussäännön ja diskriminointinormin kautta.[332]

Haittaamis-käsitettä ei ole pykälässä mitenkään rajattu, vaan periaatteessa mikä tahansa menettely, joka vaikuttaa haitallisesti pk-yrityksen toimintaan markkinoilla on kiellettyä. Vaikutus voi olla jo lain sanamuodon perusteella joko välitöntä tai välillistä. Lain tarkoituksena ei kuitenkaan ole tiettyjen markkinarakenteiden suojaaminen. Oikeuskäytännössä BKartA kielsi erilaisten lisäetujen tms. tarjoamista sopimussuhteiden säilyttämiseksi. Valitusasteessa ratkaisu kumottiin, koska varsinaista haittaa kilpailulle ei ollut osoitettu.[333]

Markkinavoiman ja pk-yritysten haittaamiseksi kokeman tilanteen välillä vaaditaan jonkinasteinen syy-yhteys, kuten määräävän aseman väärinkäytön osalta-

---

[331] Immenga ym. II s. 1381 ”… kommt es deshalb auch bei § [26 Abs. 4] auf die Relation der Unternehmensgrößen der in Betracht stehenden Unternehmen an, ohne daß hierfür generelle absolute Größengrenzen nach oben oder unten a priori festgelegt werden können …”, 1382 (usean erikokoisen yrityksen relatiivisen markkinavoiman osalta); Langen ym. IV s. 654–656. Ks. erityisesti s. 655 ”Dies bedeutet weiter, daß der Begriff der überlegenen Marktmacht durch ein deutlich niedrigeres Machtgefälle gekennzeichnet ist als der Begriff der überragenden Marktstellung.”; Wuttke s. 103–104.

Aiemman GWB 37a § 3 Abs. osalta oli omaksuttu sama kanta. Ks. Müller-Uri s. 278–279.

[332] Emmerich III s. 255 ”… ob der fragliche Markt durch ein derartiges *Machtgefälle* zwischen dem betreffenden Untgernehmen und seinen kleinen und mittleren Konkurrenten gekennzeichnet ist…” (kursiivi alkup. tekstissä). Emmerich on myös otsikoinut jakson ”Horisontaaliseksi haittaamiseksi”. Ks. em. lähde s. 252; samoin Rittner III s. 297.

Markert painottaa relevanttien markkinoiden merkitystä sekä niiden arviointia tavanomaisten lähtökohtien mukaisesti. Ks. tältä osin Immenga ym. II s. 1380.

Sinänsä ei ole merkitystä toimiiko yritys markkinoilla myyjänä vai ostajana, kuten Schultz toteaa, kunhan sillä on horisontaalista markkinavoimaa. Ks. tältä osin Langen ym. IV s. 654 ”Es gilt für Anbieter und Nachfrager gleichermaßen (viitaten em. tapaukseen) … Die Normaddressateneigenschaft ergibt sich hier … aus dem Horisontalverhältnis”.

Sama kanta horisontaalisuuden suhteen oli omaksuttu jo aiemman GWB 37a § 3 Abs. osalta. Ks. esim. Müller-Uri s. 277.

[333] Langen ym. IV s. 656 ”Es gilt der weite Behinderungsbegriff, der auch in § 20 Abs. 1 verwandt wird.”; Wuttke s. 72. Tekijä painottaa laajaa tulkintaa ja katsoo rajauksen tapahtuvan kohtuullisuu-

kin. Tähän viittaa lakitekstikin, jossa todetaan, ettei yritys saa käyttää markkinavoimaansa pk-yrityksiä haittaavasti. Markert toteaa, ettei tämä tarkoita normatiivista kausaliteettia enempää, vaan jokainen menettelytapa, joka vaikuttaa haittaavasti pk-yrityksiin, on lain perusteella kielletty. Tähän viittaa myös Wuttke, joka toteaa kilpailun vaarantamisen markkinavoiman takia riittävän.[334]

Haitallisena voidaan pitää myyntijärjestelmää, jolla suositaan omia vähittäismyyjiä itsenäisten kustannuksella. GWB 20 § 4 Abs. on sovellettavissa tilanteeseen, mikäli toiminta haittaa pk-yritysten toimintaa. Tämän lainkohdan yleiskiellon mukaisesti ei relatiivista markkinavoimaa omaava yritys (eli edes selvää määräävää asemaa ei edellytetä!) saa hyödyntää asemaansa markkinoilla siten, että se haittaa suoraan tai välillisesti pk-yrityksiä. Tuotetta olisi toimitettava pk-yrityksille samoilla ehdoilla kuin omille tytäryhtiöille tai muille järjestelmään hyväksytyille. Normin soveltamista ei estä se, että yritysten välillä vallitsee myös vertikaalinen toimitussuhde. Tilannetta ei siten tarvitse arvioida 20 § 2 Abs.:n mukaisen riippuvuuden pohjalta. Käytännössä riippuvuusnäyttö olisi usein saatavissa, jos vaihtoehtoisia toimittajia ei ole.[335]

Pk-yritysten suojaamiseksi lakiin otettiin myös todistustaakan kääntävä sääntö 5 Abs:iin. Pyrkimyksenä oli vähentää 4 Abs. soveltamisongelmia ja tehostaa

---

den kautta. Muu tulkinta johtaisi kohtuuttomuuden merkityksen katoamiseen lakitekstin (”unbillige Behinderung”) vastaisesti.

Tapauksessa BKartA katsoi ”Milchlieferverträge” -ratkaisussaan 17.11.1997 aiemman GWB 26 § 4 Abs. perusteella meijerin toimineen vastoin lakia sen tarjottua maidon toimittajille erityistä hyvitystä, ”Einstandsgeld”. Mitään näyttöä keskinäisestä kilpailusta ei ollut! Ks. WuW 12/1999 s. 407. Valitusasteessa KG kumosi päätöksellään 30.7.1999 BKartA:n ratkaisun, koska se katsoi meijerin pyrkivän sallittuun suorituksen parantamiseen tarjoamalla maidon tuottajille edullista sopimusta. Tuomioistuin piti epäselvänä voitiinko meijeriä edes pitää kilpailijoihin nähden markkinavoimaisena. Jos sillä olisi ollut todellista markkinavoimaa, ei tällaista erityissuoritusta olisi edes tarvinnut maksaa. Pelkästään se, että kilpailevat pienemmät meijerit menettivät toimittajia ei riittänyt tuomioistuimen mielestä täyttämään GWB 20 § 4 Abs. kriteerejä. Ks. WuW 12/1999 s. 1211–1213 ”Allein, daß den kleinen und mittleren sächsischen Molkereien durch die von den Bf. (valittaja) als Großunternehmen praktizierte zugkräftige Akquisitionsmethode tatsächlich Lieferanten verloren gegangen sind, macht das Vorgehen nicht zu einer unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB n.F. *Das Wettbewerbsrecht ist nicht auf die Erhaltung festgelegter Strukturen angelegt*…” Tapauksesta on valitettu BGH:n.

[334] Markert’n osalta ks. Immenga ym. II s. 1383; Wuttke s. 95 ”§ [26 Abs. 4] richtet sich deshalb (nur) gegen eine Gefährdung des Leistungswettbewerbes durch den Einsatz überlegener Marktmacht. Folglich setzt eine unbillige Behinderung gemäß § [26 Abs. 4] voraus, daß die leistungswidrige Handlung gerade wegen der Verbindung mit der vorhandenen Marktmacht den Wettbewerb zu beeinträchtigen droht, daß also ein Gefährlichkeitszusammenhang zwischen der Leistungswidrigkeit des Verhaltens und der überlegene Marktmacht besteht.”

[335] Oikeuskäytännössä BKartA piti ”Freie Tankstellen” ei lainvoimaisessa ratkaisussaan (9.8.2000) GWB 20 § 4 Abs.:n mukaisena haittaamisena tilannetta, jossa itsenäisille huoltamoille myytiin polttoainetta kalliimmalla hinnalla kuin omien huoltamoiden loppuhinta oli. Vertikaalinen suhde osapuolten välillä ei estänyt 4 Abs.:n soveltamista. Toisaalta tytäryhtiöt kilpailivat itsenäisten huoltamoiden kanssa. Oletettavasti riippuvuustilanne olisi tarvittaessa voitu osoittaa, koska itsenäisillä huoltamoilla tuskin oli kovin monia hankintakanavia käytössään. Tapauksen osalta ks. WuW 10/2000 s. 1011–1012.

säädöksen käyttöä. Säännön käytännön merkitystä on hankala arvioida, mutta tavoitteena ei ole asettaa todistustaakkaa yksinomaan relatiivisesti markkinavoimaisille yrityksille. Jo lain sanamuodon mukaan on oltava ”tiettyjä tosiasioita, joiden perusteella yleisen elämänkokemuksen perusteella syntyy käsitys”[336]

3.6.4 Muut keinot

Yritys voi pyrkiä laajentamaan määräävää asemaansa myös sellaisten tuotteiden markkinoille, joilla sillä ei vielä tätä asemaa ole. Keinona voidaan käyttää kytkykauppoja, jolloin yritys kieltäytyy myymästä tuotetta ilman toisen tuotteen ostamista. Jos ostajayritys ei määräävässä asemassa olevan tuotteen osalta pysty korvaamaan em. tuotetta, on sen käytännössä pakko ostaa myös kytketty tuote. Kilpailun kannalta tämä on selkeästi vahingollista, koska se estää kilpailua myös aiemmin kilpailuilla markkinoilla.

Ongelmia voi aiheutua lähinnä siitä milloin kytkentä on hyväksyttävissä. Tietyissä tapauksissa esim. varaosien oston kytkemistä päätuotteen ostoon voidaan pitää hyväksyttävänä, jos korjaukset vaativat huomattavaa ammattitaitoa ja valmistaja on halukas kouluttamaan vain jälleenmyyjiä. Tällaista kytkentää ei kuitenkaan saa käyttää keinona pitää varaosien hintoja korkeina.

Markkinavoimainen yritys voi estää kilpailijoiden pääsyä markkinoille kieltäytymästä antamasta niille tarvittavia lisenssejä tai muutoin rajoittamalla teknisen tiedon saatavuutta. Saksalaisessa ajattelussa GWB 19 ja 20 §:t ovat väärinkäytön kieltäviä normeja, eivätkä siten suoranaisesti velvoita aktiiviseen toimintaan. Tämä vaade voidaan ohittaa, jos tulkitaan ainoan tavan estää väärinkäyttö olevan määrätä jokin positiivinen toimi. Fleischer toteaa asiaan liittyvän oikeuskäytännön olevan erityistapauksia, joten mitään selvästi osoitettavaa velvoitetta ei ole. Vertauskohtaa voidaan hakea EU:n essential facilities -doktriinista, jolloin tarvittavan tekniikan luovutus edellyttäisi, ettei muuta taloudellisesti ja teknisesti kannattavaa keinoa ole. Ylipäätään tällaiseen velvollisuuteen tulisi suhtautua varovaisesti. Markert painottaa, ettei yleistä velvollisuutta valmistaa kilpailijoiden tuotteiden kanssa yhteensopivia tuotteita ole. Lisenssien ja uudistuksia koskevan etukäteisinformaation antamisesta kieltäytymistä hän pitää joissain tapauksissa haittaamisena.[337]

---

[336] Langen ym. IV s. 661. Tekijät viittaavat säännön käytännön merkityksen olevan epäselvä siviiliprosessin osalta ja hallinnollisessa menettelyssä todistustaakan olevan pääsääntöisesti viranomaisilla.

Saksankielinen sanamuoto on: ”Ergibt sich auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein, daß…”

[337] Fleischer s. 153, 155–156; Markert’n kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 1342. Kirjoittaja ei tarkemmin erittele mitkä olisivat ne erityiset edellytykset, jotka tietojen luovuttaminen tai lisenssien antaminen vaatisi.

Mikäli lähtökohtana on teknisen tietämyksen osalta essential facilities -doktriini, on todennäköisesti vaadittava tuotteen kehittäjällä olevan varsin vahvan aseman markkinoilla. Saksassa ei ole tältä osin pohdittu oligopoli-kysymyksiä eli sitä voisiko tällaisessa tapauksessa olla ”tekninen” riippuvuusasema. Tulisiko yrityksellä olla oikeus saada jonkun kilpailevan teknisen vaihtoehdon tiedot, jos vaihtoehtoja on esim. 2, 3, 4 jne.? Riittääkö se, että yritys voisi saada joko markkinoilla heikoimman aseman saaneen tai itsensä kannalta muutoin huonoimman vaihtoehdon käyttöönsä? Markkinoille pääsyn esteiden kautta asiaa tarkasteltaessa tulisi olla oikeus saada riittävän kilpailukykyisen järjestelmän tiedot, mutta vaarana on teknisen kehityksen hidastuminen. Vastaus jää riippumaan kehityksestä sekä Saksassa että EU:ssa.

3.7 Passiivinen diskriminointi

Passiivisen diskriminoinnin kieltämisellä GWB 20 § 3 Abs. pyrittiin parantamaan ostajien markkinavoiman kontrollointia. Laissa katsottiin olevan aukko, koska 2 Abs. edellytti tiettyä aktiivista tekemistä (so. ostajan olisi pitänyt selkeästi diskriminoida samanlaisia myyjiä). Jos ostajan ei voitu osoittaa selkeästi diskriminoivan myyjiä tai pyrkivän kilpailijoiden toiminnan haittaamiseen, ei puuttumismahdollisuutta ollut, ellei myyjäkin sattunut olevaan hallitsevassa asemassa. Haittaamisen osalta näyttö lienee liki mahdotonta, koska parempien sopimusehtojen hankkiminen itselle on eräs merkittävä osa kilpailuprosessia, ja rajanveto kilpailijoiden vahingoittamiseen siten erittäin vaikeaa. Lain muutoksen pyrkimyksenä oli estää tosiasiassa markkinavoimaisesta ostajasta lähtöisin oleva kilpailijoiden diskriminointi.[338]

Tavallisesta diskriminoinnista normi poikkeaa sikäli, ettei se edellytä aktiivista tekemistä, vaan ainoastaan itsensä edullisempaan asemaan asettamisen sallimisen. Tässä mielessä sääntöä on ehdottomasti tulkittava suppeasti, koska pelkästään edullisia tarjouksia ei voida pitää diskriminointina, vaikka ne olisi suunnattu markkinavoimaiselle yritykselle. Pelkkä myyjän passiivinen ”riistäminen” ei ole kiellettyä, vaan edellytyksenä on, kuten 20 §:n osalta muutenkin, kilpailuun kohdistuva vaikutus.[339]

Passiivinen diskriminointi ei kata kaikkia niitä diskriminoinnin ja haittaamisen muotoja, jotka on mainittu 1 Abs.’ssa, vaan ainoastaan systemaattisen etujen vastaanottamisen myyjältä. Mistään ohimenevästä, kertaluontoisesta edusta ei siten voi olla kysymys.[340]

---

[338] Bechtold s. 358–359; Immenga ym. II s. 1363.
Lakiuudistuksessa ei normin sisältöä muutettu. BT-Drucksache 13/9720 s. 52.
[339] Immenga ym. II s. 1364–1365.
[340] Immenga ym. II s. 1367.

3.8 Perusteltu syy / kohtuuttomuus

Sekä GWB 19 että 20 §:issä käytetään termiä perusteltu syy rajaamaan hallitsevan yrityksen velvollisuuksia muihin yrityksiin nähden. Tässä jaksossa esitetty on siten pitkälti sovellettavissa myös 19 §:n tarkoittamissa tilanteissa.

Diskriminointia ja haittaamista koskeva GWB 20 § ulottuu varsin laajalle. Se koskee paitsi määräävässä asemassa olevia yrityksiä myös niitä yrityksiä, joista pk-yritykset ovat riippuvaisia. Diskriminointia ja haittaamista koskevat tunnusmerkistöt eivät rajaa tätä joukkoa kovinkaan paljon. Markert painottaa näiden käsitteiden olevan arvoneutraaleja (so. niitä lähestytään objektiivisesti, ilman yksittäistapauksen erityisolosuhteiden huomioonottamista). Käytännössä yritykset eivät voi kohdella kaikkia asiakkaitaan ja kilpailijoitaan täsmälleen samalla tavalla eikä jonkinasteiselta haittaamiselta voida välttyä. Varsinkin viime mainittu voi olla seuraus yksittäisestä kilpailutilanteesta. Perustellulla syyllä ja kohtuuttomuudella pyritään normin soveltamisalaa rajaamaan niihin tapauksiin, joilla on todellista kilpailuoikeudellista merkitystä.[341]

Yrityksen menettelyä ei voida pitää diskriminointina, jos sillä on ollut perusteltu syy menettelyynsä. Vastaavasti toisen yrityksen liiketoiminnan haittaamista ei voida kieltää, jos haittaaminen ei ole kohtuutonta. Todistustaakka on tältä osin diskriminoijalla eli sen täytyy osoittaa ko. syyn olemassaolo. Kyse on pitkälti yritysten välisten intressien vertailusta. Asiakkailla tai kilpailijoilla on oikeus yhdenvertaiseen kohteluun sekä mahdollisimman vapaaseen toimintaan markkinoilla. Toisaalta määräävässäkin asemassa olevalla yrityksellä on oikeus järjestää liiketoimintansa siten kuin se pitää järkevänä. Normia ei ylipäätään tule käyttää kilpailuvapauden rajaamiseen, joten perusteltuna ei voida pitää puuttumista yksittäistapaukseen silloin, kun kilpailu tästä itse asiassa kärsisi. Muutoinkaan lähtökohta ei voi olla pelkästään osapuolten yksittäisintressit, vaan näitä täytyy tarkastella GWB:n päämäärään – tehokkaan kilpailun – valossa.[342]

Tätä kantaa painotti BGH Modellbauartikel II -ratkaisussaan. Alemman tuomioistuimen vaatimusta kokonaistaloudellisesta arvioinnista ei voitu BGH:n mielestä pitää perusteltuna, vaan lähtökohtana olivat osapuolten yksittäisintressit. Tällöin tuli ottaa huomioon GWB:n kilpailun vapautta turvaava päämäärä.[343]

---

[341] Emmerich II s. 306. Emmerich huomauttaa normiin sisältyvän yksittäistapauksellisten kohtuuratkaisujen riskin, mikä jo nyt haittaa yhteinäisen kuvan saamista sen soveltamisalasta; Immenga ym. II s. 1295–1296 (Markert'n kannan osalta).

[342] Emmerich II s. 307 "Der Zweck des Diskriminierungsverbotes besteht in dem Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit allen Dritten im Einflußbereich marktstarker und marktbeherrschenden Unternehmen, wodurch vor allem die allseitige Öffnung der Märkte angestrebt wird". Emmerich painottaa samassa yhteydessä kaikkien niiden toimien kieltämistä, jotka voisivat johtaa yrityksen hallitsemien markkinoiden sulkeutumiseen. Ks. tältä osin em. lähde s. 307–308; Immenga ym. II s. 1296. Markert huomauttaa, ettei pelkkä käsite intressien vertailu vielä ratkaise ongelmaa. Tällöin ollaan vasta todettu, että jokainen tapaus olisi ratkaistava erikseen.

[343] WuW 2/1980 s. 130.

Markert huomauttaa osuvasti lain tarkoituksen voivan johtaa ainoastaan siihen, että markkinoille pääsy tulisi turvata mahdollisimman laajasti. Selvästi kilpailua haittaava olisi tilanne, jossa yritys ei pääse jonkin tuotteen jälleenmyyntimarkkinoille, koska sille ei myydä ko. tuotetta. Toisaalta vastaavien valmistajien kanssa kilpailemaan pyrkivää valmistajaa ei pääsääntöisesti tulisi pakottaa muuttamaan toimintatapojaan. Kilpailutarkoitusta ei edistä sekään, että yrityksen pitäisi ryhtyä täysin kannattamattomiin liikesuhteisiin.[344]

Intressien vertailussa on pyrittävä huomioimaan kaikki asiaan vaikuttavat seikat. Vaikka mikään seikka ei yksinään tarkasteltuna oikeuttaisi toimituksista kieltäytymiseen tms., voivat ne yhdessä oikeuttaa tähän. Perusteltuna ei kuitenkaan voida pitää äärimmäisiin keinoihin ryhtymistä, jos tilanne korjautuu hallitsevan yrityksen kannalta muilla tavoin. Esim. toimituskiellon sijasta voidaan maksujen laiminlyöntiin syyllistyneeltä asiakkaalta vaatia käteismaksua toimituksista kieltäytymisen sijasta.[345]

Perusteltu syy voi liittyä yritysten keskinäisiin suhteisiin, jolloin taustalla on usein ”diskriminoidun” yrityksen omat sopimusrikkomukset tms. Toimituksista kieltäytymistä ei esim. voi pitää diskriminointina, jos vastaanottajan aiemmissa maksuissa on ollut ongelmia. Käteismaksua vastaan tapahtuvasta myynnistä kieltäytyminen voi tässäkin tapauksessa olla GWB 20 § vastaista, koska syy – maksujen laiminlyönti – ei ulotu käteismaksutilanteisiin, joissa myyjä tietää varmasti saavansa rahansa.

Sopimusrikkomusten osalta on arvioitava niiden kokonaisvaikutusta yhtiöiden liikesuhteiden kannalta. Vähäinen suoritusvirhe tai esim. johonkin riitaisuuteen liittynyt maksuhäiriö ei yksittäisenä voi oikeuttaa diskriminointiin. Tällöin joudutaan arvioimaan paitsi väitettyä syytä myös siitä johtuvaa menettelyä. Mitä vähäisempään menettelyyn yritys ryhtyy sitä helpommin sillä voidaan katsoa olevan perusteltu syy ko. menettelyyn. Jatkuvat häiriöt liikesuhteissa oikeuttavat helposti liikesuhteiden täydelliseen katkaisemiseen.

Vaikka yritys olisi oikeutettu katkaisemaan liikesuhteet, ei perustellun syyn vaikutus ulotu loputtomiin. Jossain vaiheessa vastapuoli on ”sovittanut syntinsä”, ja liikesuhteet olisi aloitettava uudelleen. Näissä tilanteissa voidaan ottaa huomioon esim. onko yritys toiminut korrektisti muita alan yrityksiä kohtaan (so. sopimusrikkomukset tms. syyt ovat osoittautuneet ohimeneviksi tai yksittäistapauksiksi). Rikkojalla on periaatteessa näyttövelvollisuus siitä, että rikkeet ovat päättyneet eivätkä tule toistumaan. Tämän seikan osoittaminen voi käytännössä

---

[344] Markert II s. 42–43.

[345] Emmerich painottaa markkinavoiman merkitystä hyväksyttävien keinojen arvioinnissa sekä vähäisimpien keinojen periaatetta. Mitä markkinavoimaisempi yritys on sitä vähäisempiin keinoihin se Emmerich’n mielestä saa ryhtyä. Ks. Emmerich II s. 307.

Kaikkein asiaan vaikuttavien seikkojen yhteisarvioinnin merkitystä painotettiin Modelbauartikel II -tapauksessa (BGH 24.9.1979). Ks. WuW 2/1980 s. 132.

olla varsin hankalaa. Mitään selkeää aikarajaa tai ehdotonta oikeutta päästä uudelleen määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimuskumppaniksi ei voida asettaa. Yritysten kannalta ongelmaksi voi muodostua ylenmääräisen prosessaamisen tarpeellisuus, jos diskriminoija jatkuvasti kieltäytyy liikesuhteista.[346]

Kattokruunuissa ja koriste-esineissä käytettäviä kristallikiviä koskevassa tapauksessa (BGH 25.10.1988) tuomioistuin hyväksyi toimituksista kieltäytymisen asiakkaan ryhdyttyä kopioimaan kivivalmistajan omia koriste-esinemalleja. Asiakkaan tuotanto edellytti kyseisten kivien jatkuvia toimituksia. Toimituskiellon syyksi ei tullut hyväksyä pelkästään sitä seikkaa, että asiakas kilpaili samoilla markkinoilla. Jos asiakkaalla ei sopimusehtojen tai lainsäädännön takia ollut velvollisuutta pidättäytyä matkimasta kivivalmistajan tuotteita, ei tämäkään olisi kelvannut perustelluksi syyksi. BGH huomautti, että arvioinnissa tuli huomioida GWB:n tarkoitus eli mahdollisimman vapaa kilpailu. Alempi oikeusaste ei kuitenkaan ollut huomioinut sitä, että asiakkaan menettelyä oli BGH:n 14.4.1988 antamalla ratkaisulla pidetty sopimattomana menettelynä elinkeinotoiminnassa (UWG 1 §:n vastaisena). Tämä oikeutti BGH:n mielestä toimituksista pidättäytymiseen. Koska vasta 14.4.1988 annettu ratkaisu vahvisti, ettei asiakkaalla ollut oikeutta tehdä ko. kopioita, ei vielä se seikka, että kopioiden tekemisestä oli luovuttu ennen BKartA:n kieltopäätöstä poistanut kivivalmistajan oikeutta toimituskieltoon. Jos olosuhteet olivat muuttuneet eikä kopioimisvaaraa enää ollut, voitiin toimitusvelvollisuus todeta uudella GWB 20 §:ään perustuvalla ratkaisulla. Omaksuttu kanta on oikea olosuhteiden muuttumisen merkityksen osalta, mutta kovin muodollisiin kriteereihin nojaava varsinaisen ratkaisun osalta. Mikäli asiakasyritys olisi esim. ollut valmis sitoutumaan kopioimisen lopettamisesta UWG:n perustuvan prosessin ajaksi tai tämä voitiin muutoin päätellä olosuhteista (mihin viittaa kopioinnin lopettaminen jo ennen UWG:tä koskevaa ratkaisua), ei toimituskielto ole kovin perusteltu. Kivivalmistajan intressissä oli vain kopioimisen lakkauttaminen, eikä mitään rankaisun luontoista menettelyä tulisi pitää hyväksyttävänä, vaikka oikeudellinen tila ei täysin selvä olisikaan.[347]

Perusteltu syy voi olla myös yrityksen normaali liiketoiminta, ellei sitä ole luotu varta vasten diskriminoivaksi. Hyväksyttävänä ei voida pitää yrityksen luoman asiakkaita eriarvoisesti kohtelevan järjestelmän hyväksymistä normaalin liiketoiminnan perusteella. Vastapuoli ei kuitenkaan voi vaatia toista yritystä muuttamaan koko markkinointijärjestelmäänsä sen halun mukaiseksi. Yrityksen on

---

[346] Näitä seikkoja painotti BGH ”Sehhilfen” -ratkaisussaan (BGH 12.5.1976). Ks. WuW 10/1976 s. 669 ”… dem abhängigen Unternehmen einen Anspruch darauf zuzuerkennen, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit ein Verlangen auf Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen geprüft und sachlich beschieden wird.”; Vrt. Modelbauartikel II -tapaus (BGH 24.9.1979), jossa BGH painotti jopa 1–1½ vuoden takaisten (so. 1–1½ vuotta ennen toimituskieltoa) rikkomusten voivan tulla huomioiduksi intressivertailussa. Oikeus katsoi sopimusta rikkoneella osapuolella olevan periaatteessa näyttövelvollisuuden siitä, ettei rike tule toistumaan. Ks WuW 2/1980 s. 130–131.

[347] Tapauksen osalta ks. WuW 3/1989 s. 240–242.

voitava sopeutua taloudellisen tilanteen tai liiketapojen tms. muutoksiin, vaikka tämä johtaisikin esim. aiempien asiakkaiden eriarvoiseen kohteluun. Näissä tilanteissa ei yleensä voida katsoa edes olevan kysymys diskriminoinnista, mutta oikeuskäytännössä vaatimukset on tavallisesti hylätty molemmilla perusteilla.[348]

Liiketoiminnan järjestämisen osalta ei sitovan yrityksen vapaus ulotu järin pitkälle. Tällä perusteella yritys saa lähinnä vapauden valita myykö se tuotteitaan vain tukkukaupoille tai pelkästään vähittäismyyjille. Markert huomauttaa, ettei alunperin tehdyn ratkaisun jälkeen ole enää mitään vapautta rajata yhden portaan muita yrityksiä pois markkinointiketjusta.[349]

Ongelmallinen esimerkki omasta myyntitoiminnasta ovat erilaiset messut. Näille osallistuminen voi olla erittäin tärkeää liikesuhteiden solmimiseksi. Tässä mielessä uuden alalle tulevan yrityksen ongelmat vain painottuvat. Toisaalta minkään messualueen koko tai muut käytännön seikat eivät mahdollista kaikkien halukkaiden mukaan ottamista. Näytteille asettajia on siten lähtökohtaisesti jollain lailla diskriminoitava. Hyväksyttävänä voidaan pitää esim. kokonaisen tuoteryhmän rajaamista pois kokonaan, jolloin ketään ko. tuotteen valmistajaa ei syrjitä. Selvästi hyväksyttävä on ”kiertojärjestely”, jossa näytteille asettajia vaihdetaan joka kerta jonkin verran, ja näistä paikoista osa varataan uusille yrittäjille.[350]

Oikeuskäytännössä messujen järjestäjien asema on ollut usein esillä. Sangen ongelmallisena ratkaisuna pidän Hampurin OLG:n 11.4.1996 ottamaa kantaa, jossa ranskalaisen yrityksen jääminen ammattimessujen ulkopuolelle ei tuomioistuimen mielestä ollut kohtuutonta. Ratkaisussa vedottiin tilapulaan toteamalla, ettei järjestäjä millään voinut ottaa näyttelyyn kaikkia hammaslääkärituolien valmistajia, eikä paikan järjestäminen olisi ollut kohtuullista. Paikalla oli ollut mui-

---

[348] Liiketoiminnan järjestelyn vapautta painottaa Benisch II s. 617.

Bundeskartellamt totesi jo vuonna 1960 kartellia koskevan poikkeusluparatkaisun yhteydessä (BKartA 23.8.1960), ettei GWB 20 §:n tarkoituksena ole estää yrityksiä sopeutumasta sen hetkiseen kilpailutilanteeseen. Ks. WuW 11/1960 s. 813 ”Wenn auch ein Kartell wegen der Vorschrift des § [26 Abs. 2] GWB weniger Freiheit im Wettbewerb genießt als ein einzelnes Unternehmen, so muß es ihn, wie jedem einzelnen Unternehmen, *gestattet sein, sich den jeweiligen Wettbewerbverhältnissen anzupassen*”. Kilpailijan menettelyä ei kuitenkaan saa seurata, jos itsenäinen menettely olisi mahdollista ja asiakkaiden kannalta vähemmän diskriminoivaa. Ks. WuW 6/1966 (BKartA 14.2.1966) s. 555 ”Diese Unterschiedliche Behandlung ist nicht gerechtfertigt. … Es ist nicht ersichtlich, warum die Einspruchsführer nicht in der Lage sein sollten, auf Grund ihrer günstigen Standortlage und der gegebenen Marktverhältnisse zumindest in ihrem Nahbereich … mit eigenen, nicht diskriminierenden Preisen auf dem Markt auftreten.”

Oikeuskäytännössä ei kuitenkaan ole hyväksytty asiakkaan kilpailijan sulkemista pois markkinoilta pelkästään sen takia, että kilpailu jälkimmäisillä markkinoilla voisi muodostua liian kovaksi. Edes laitevalmistajan pelko toisen yrityksen konkurssista ei ollut hyväksyttävä syy, koska ei ollut mitään näyttöä konkurssin huonontavan valmistajan mahdollisuuksia. KG painotti ”Großfilmprojektoren” -ratkaisussaan 4.6.1997, että valmistaja oli toiminut pikemminkin asiakkaansa ”asianhoitajana” kuin oman etunsa puolesta. Ks. WuW 2/1998 s. 183–185.

[349] Markert II s. 41–42.

[350] Emmerich painottaa ”asiallisten kriteerien ehdotonta noudattamista”. Ks. tältä osin Emmerich II s. 316.

den valmistajien vastaavia tuotteita. Tuomioistuin ei pitänyt erityisesti suojelemisen arvoisena sitä seikkaa, että kantajalla oli pieni markkinaosuus, jota se pyrki laajentamaan! Ratkaisua voidaan arvostella, koska OLG ei millään tavoin viittaa asettelijoiden kierrätysmahdollisuuteen (jos tilasta kerran oli pulaa). Tietyssä määrin tulisi huomioida markkinoille pyrkivienkin yritysten erityisasema.[351]

Yrityksen kannalta perusteltu syy olisi ulkoisista olosuhteista johtuva pula esim. tietyn raaka-aineen osalta. Tässä tilanteessa omat tytäryhtiöt halutaan luonnollisesti asettaa etusijalle, seuraavaksi vakioasiakkaat ja vasta viime sijalla uudet asiakkaat. Perusteltuna syynä ei missään tapauksessa voida pitää esim. yhden vakioasiakkaan toimitusten jatkamista ja toisten lopettamista, ellei tähän ole muita konkreettisia perusteluja. Pulan tms. hyväksymistä estää sekin, että GWB 20 §:ssä pula on katsottu riippuvuuden syyksi. Jos yrityksiä halutaan suojata, ei pulaa voida hyväksyä perustelluksi syyksi. Emmmerich'n painottama markkinoiden avoimena pitäminen ja viimeisen kilpailun estämisen kielto johtavat selkeästi perustellun syyn suppeaan tulkintaan tältä osin.[352]

Oikeuskäytännössä on tunnustettu yrityksillä olevan oikeus päättää omista myyntikanavistaan. Tällöin ei kuitenkaan saa kohdella myyntijärjestelmän kannalta samanlaisia yrityksiä eri tavoin, eli kriteerit täyttävät yritykset tulisi hyväksyä mukaan järjestelmään. Tämä kanta on vahvistettu mm. Modellbauartikel-tapauksessa (BGH 8.5.1979). Markert toteaa, ettei kriteerejä saisi tulkita liian tiukasti, koska harva yritys voi investoida huomattavia summia liiketiloihin tietämättä hyväksytäänkö se myyntijärjestelmään vai ei. Järjestelmään pyrkivältä voitaisiin siten vaatia lähinnä näyttöä tarvittavien olosuhteiden järjestämisestä (esim. sisustussuunnitelmat, henkilökunnan koulutus). Hallitsevan yrityksen velvollisuutena olisi lisäksi tietynlaisen "koeajan" käyttö. Liikevaihtokriteerien tms. osalta vain jonkin aikaa kestänyt myyntitoiminta voi ylipäätään paljastaa varmasti, onko ko.

---

[351] Ks. tapauksesta WuW 1/1997 s. 80 (tuomioistuin toteaa, kantajaa haitatun), 81–82 (haitta ei ollut kohtuuton). Tapaukseen ei sovellettu EEC-sopimuksen 82 artiklaa, vaikka kyseessä oli ranskalainen yritys ja saksalainen näyttelyiden järjestäjä. Tämähän olisi mahdollista, jos Pohjois-Saksaa pidetään EU:n markkinoiden merkittävänä osana. Vaikutus jäsenmaiden väliseen kauppaan on joka tapauksessa selvä. Sangen kiinnostavaa olisi tietää, oliko järjestäjän tarkoituksena nimenomaan vaikeuttaa ulkomaalaisten yritysten tuotteiden näytteille asettamista, jolloin EEC-sopimuksen 12 art. kansalaisuuteen perustuvasta diskriminoinnista voisi vaikuttaa tulkintaan. Ranskalaista yritystä edusti messuilla saksalainen maahantuoja, joten varmaa johtopäätöstä ei tältä osin voida tehdä.

Vrt. OLG, Hamburg "Dentalmesse" -ratkaisu 22.5.1997, jossa tosin todettiin näyttelyjen järjestäjän voivan valita omat ehtonsa. Niiden piti kuitenkin olla objektiiviset ja jälkikäteen todistettavissa. Tuomioistuin ei hyväksynyt järjestäjän kantaa siitä, ettei paikkaa haluava yritys ollut valmistaja, kuten muut näytteilleasettajat. Yritys edusti valmistajaa ja oli siten rinnastettavissa muihin hyväksyttyihin yrityksiin. Järjestäjän menettely oli siten perusteetonta diskriminointia. Ks. WuW 1/1998 s. 58–59.

[352] Emmerich II s. 307–308. Vrt. Riesenkampff s. 207 "Nach bischer in der Literatur und Rechtsprechung nahezu einhelliger Meinung ist sachlich gerechtfertigt jeder Grund, der auf vernünftigen betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Erwägungen beruht." ja sama sivu "Wenn es überhaupt einen sahlich gerechtfertigten Grund für eine unterschiedliche Behandlung gibt, so würde die Notwendigkeit, eigene Verkaufsstellen voll zu bedienen, sicher einen solchen darstellen.". Toisaalta

yritys kykenevä täyttämään järjestelmän odotukset. Markert'n ajatuksia voidaan kritisoida sikäli, ettei hallitsevankaan yrityksen voida olettaa pyörittävän kovin suurta joukkoa "koeaika-yrityksiä". Tuotemerkin maine saattaisi tällaisessa tapauksessa laskea. Jo etukäteen on siten oltava jonkinlainen näyttö yrityksen kyvystä pärjätä myyntijärjestelmässä ja, siitä että ehdotettu toimipaikka on järjestelmän kannalta järkevä (so. sen avaaminen kannattaa).[353]

Toisistaan poikkeavia hintoja voidaan perustella kustannuseroilla. Tällöin erojen tulee vastata todellista tilannetta eikä kyse saa olla tarkoituksellisesta, asiakkaat eriarvoiseen asemaan saattavasta hinnoittelusta. Mikäli hintaeroilla on hyväksyttävä syy, ei kyse edes välttämättä ole diskriminoinnista. Perusteltua syytä voidaan näissä tapauksissa käyttää lähinnä laajentamaan yrityksen liikkumavaraa (so. samoin kuin kohtuuttomuutta haittaamisen osalta). Hyväksyttävänä voidaan pitää lievää diskriminointia, jos hintaerot johtuvat lähinnä erilaisista kustannuksista. Todistustaakka on tältäkin osin diskriminoivalla yrityksellä.[354]

Vähemmälle huomiolle jäänyt kysymys on hallitsevan ostajan asema. Mihin syihin tällainen yritys voi vedota kieltäytyessään ottamasta jotain tuotetta valikoimiinsa tai poistaessaan sieltä jotain tuotteita tai tuoteryhmiä? Argumentoidessa vapaudella määritellä oma liiketoimintansa (so. myyntijärjestelmänsä) olisi määräävällä ostajalla selkeästi oikeus poistaa kokonaisia tuoteryhmiä valikoimista (esim. luopua rautakaupasta). Sen sijaan yksittäisten tuotteiden osalta kysymys on hankalampi. Suurissa marketeissa tai tavarataloissa on rajoitetusti hyllytilaa, joten kaikkia saman tuotteen eri vaihtoehtoja ei valikoimiin voida ottaa. Uuden pienen valmistajan kannalta tällainen kanta on ongelmallinen, koska vahvat merkit ovat todennäköisesti jo vallanneet käytössä olevan hyllytilan, eikä uusi tuote ainakaan aluksi todennäköisesti olisi myyntimenestys. Mikäli valmistaja on halukas myymään esim. koe-erän erittäin halvalla (jopa tappiollisesti) markkinoiden testaamiseksi, voitaisiin katsoa liikkeellä olevan velvollisuuden ostaa ko. erä.[355]

Markkinoille tulee jatkuvasti uusia tuotteita. Liian pitkälle viety ostovelvollisuus johtaisi vanhojen tuotteiden hinnan nousuun, jos kaupan pitäisi ottaa valikoi-

---

Riesenkampff itsekin huomauttaa, ettei toisen osapuolenkaan etuja saa vertailussa syrjäyttää. Ks. em. lähde s. 208.

Ks. pulan ja riippuvuuden yhteydestä BKartA:n "AGIP"-ratkaisu (2.5.1974). Ratkaisussa oli kyse pitkästä liikesuhteesta, joten satunnaisasiakkaiden asemaa se ei selventänyt. Satunnaisasiakkaiden osalta yritykselle täytynee kuitenkin antaa selvästi väljempi liikkumavara, koska muutoin niiden oma yritystoiminta voisi merkittävästi kärsiä. Tapausta on käsitelty ylikysynnästä aiheutuvaa riippuvuutta koskevassa jaksossa.

[353] Markert II s. 48–49; WuW 8 u. 9/1979 s. 592 "… ein vom fraglichen Warenbezug abhängiger Unternehmer darf nicht gezwungen sein, sachlich nicht gerechtfertigte und unbillige Verpflichtungen auf sich zu nehmen, nur um ungleiche Wettbewerbschancen gegenüber gleichartigen Unternehmen zu vermeiden."

[354] Oikeuskäytännössä KG katsoi "Rechtselbischer Zementpreis III" -ratkaisussaan (28.1.1964), ettei vastaajakartelli ollut osoittanut mitään syytä Elbe-joen eri rannoilta perityille hintaeroille. BKartA:n vaatimaa hinnanalennusta ei kuitenkaan pidetty olosuhteet huomioon ottaen perusteltuna, vaan päätös kumottiin tältä osin. Ks. tapauksesta WuW 6/1964 s. 539.

[355] Ajatusta voidaan tukea Markert'n edellä käsitellyllä koeaika-mallilla.

miinsa edes koeajaksi kaikki tarjotut uutuudet. Näistähän vain osa menestyy kaupallisesti. Kaupalla täytyykin olla oikeus vaatia jonkinlaista näyttöä siitä, että tuote ylipäätään voi menestyä sekä oikeus arvioida uutuuden sopimista valikoimiin ylipäätään. Jos jompi kumpi em. kohdista ei toteudu, on kaupalla perusteltu syy olla ostamatta tuotetta.

4. SEURAAMUKSET

Tutkimuksen painottuessa diskriminointiin ja yritysten välisiin suhteisiin, ei tässä yhteydessä käsitellä rangaistuksen luontoisia seuraamuksia, vaikka Saksan kilpailuoikeudessa (kuten EU:ssa ja Suomessa) näitä voidaan käyttää erilaisten hallinnollisten maksujen muodossa.

4.1 Kielto- ja suoritustuomiot

Määräävän aseman osalta alla käsitellyn jaottelun mielenkiintoisimpia piirteitä on se, että se kirjallisuudessa yleensä yhdistetään vain GWB 20 §:n mukaisiin diskriminointia koskeviin siviilioikeudellisiin riitoihin. Taustalla on aiempi lainsäädännöllinen ero, jossa GWB [22] § oli ainakin tarkoitettu viranomaistoimintoiseksi. Kuitenkin esim. Langen ym. kirjoittamassa kommentaarissa ei tätä kysymystä käsitellä lainkaan. Nykyään GWB 19 §:ää pidetään GWB 33 §:n tarkoittamana ”suojanormina”, joten siviilioikeudellisen suojan myöntämiselle muutenkin kuin vahingonkorvauskanteen kautta ei ole esteitä. Tilanne näkyy käytännössä sen kautta, ettei aiempaa GWB 22 § koskevia oikeustapauksia ole paljoakaan.

4.1.1 Kieltotuomio

Kilpailunrajoituksen kohteeksi joutunut yritys pyrkii luonnollisesti saamaan rajoituksen päättymään. Viranomaisten kannalta on tärkeää saada kilpailua rajoittava toimenpide loppumaan, ja markkinoiden toiminta palautumaan sitä edeltäneeseen tilaan. Kilpailunrajoitus voidaankin määrätä lopetettavaksi kieltotuomion avulla. Määräävän aseman väärinkäyttötapauksissa tällaisen päätöksen voivat tehdä viranomaiset suoraan GWB 32 §:n nojalla. Tämän lainkohdan mukaan kaikki GWB:ssä kielletty menettely voidaan viranomaisten toimesta kieltää, vaikka yritys ei olisi toiminut tuottamuksellisesti. Mitään ehdotonta velvollisuutta reagoida ei ole, vaan kyse on julkisen intressin perusteella arvioitavasta sidotusta harkinnasta. Toisaalta esim. diskriminoinnin kohteeksi joutunut yritys voi siviilikanteella vaatia diskriminoinnin lopettamista vedoten GWB 19 tai 20 §:iin.[356]

[356] Emmerich viittaa viranomaisten harkintavaltaan ja toteaa näiden voivan vain kieltää jonkin menettelyn eikä tiettyä toimintaa siten voitaisi määrätä, ellei tämä ole välttämätön seurauskiellosta.

Kieltotuomiossa yritystä voidaan kieltää uudistamasta tai jatkamasta kilpailua rajoittavaa menettelyä. Kieltotuomion vaikutus ulottuu siten ainoastaan tulevaisuuteen, eikä sillä edes pyritä oikomaan menneitä ”vääryyksiä”. Yritys ei voi kiertää tällaisen tuomion vaikutusta keskeyttämällä menettelyn asian käsittelyn aikana, koska viranomaiset tai tuomioistuin voivat tyytyä vahvistamaan yrityksen menettelyn olleen kilpailunrajoitusnormien vastaista (so. vahvistuskanteen tapainen menettely). Kieltotuomion rikkominen voi aiheuttaa yritykselle korvausvelvollisuuden menettelystä kärsiviä kohtaan (ks. alla vahingonkorvaus). Kieltotuomion ongelmana on se, ettei se korjaa osapuolten välillä aiheutuneita vahinkoja tai velvoita suoraan mihinkään positiiviseen suoritukseen.

Kiellettäessä yritystä menettelemästä jollain tavoin puututaan yleensä sekä elinkeinonharjoittamisen että sopimusvapauteen. Tämä on hyväksyttävää, koska puuttuminen tapahtuu lain tasoisella säädöksellä. Puuttuminen ei kuitenkaan saisi mennä pidemmälle kuin kilpailunrajoituksen poistamiseksi on välttämätöntä. Lisäksi kieltotuomion vaikutusten tulisi päättyä markkinatilanteen tai muiden perusteiden muuttuessa. Yrityshän saattaa menettää määräävän asemansa (tai GWB 20 §:n mukainen tähän rinnastettava riippuvuussuhde saattaa katketa) tai vastapuolena olleen yrityksen oma menettely voi johtaa siihen, että diskriminointi tms. on hyväksyttävää. Näissä tapauksissa ei yrityksen enää voida katsoa menetelleen kieltotuomion vastaisesti. Viimekädessä tilanne voi joutua kilpailuviranomaisten tai tuomioistuimen päätettäväksi (so. onko kysymys kieltotuomion rikkomisesta vai ei).

Kieltotuomiota voidaan pyrkiä käyttämään suoritustuomion korvikkeena, jolloin kanne pitäisi olla muotoa ”yritys X ei saa kieltäytyä toimittamasta tuotetta A yritykselle Y normaalein hinnoin ja toimitusehdoin”. Normaaliin suoritustuomioon verrattuna tällä menettelyllä on se etu, ettei toimitettavia määriä tarvitse vastaavalla tarkkuudella yksilöidä, vaan yritys Y voi pyytää X:ää toimittamaan erän tuotetta A tarvitsemansa määrän. Jos yritys X kieltäytyy, voi Y vaatia pakkotäytäntöönpanoa, koska X on toiminut kieltotuomion vastaisesti. Kanteen hyväksyminen ja lopullisen tuomion täytäntöönpano pakkokeinoin edellyttävät aina

---

Esimerkkinä jälkimmäisestä tilanteesta hän mainitsee diskriminoidun yrityksen oikeuden saada tuotetta hallitsevalta yritykseltä. Emmerich III s. 391–392.

Oikeuskäytännössä viranomaisten oikeus harkintaan on todettu esim. OLG Düsseldorf’n ratkaisussa 28.6.2000 ”Herzklinik”. Ks. tapauksesta WuW 11/2000 s. 1106 ”Aufgrund des § 32 GWB kann die Kartellbehörde Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ein Verhalten untersagen, das nach dem GWB verboten ist. Dabei wird die Kartellbehörde zur Erreichung des Zwecke des Kartellrechts und zur Durchsetzung kartellrechtlicher Rechtsvorschriften im öffentlichen Interesse tätig. Es gilt das Opportunitätsprinzip. …, so liegt es auch beim BKartA in seinem – im öffentlichen Interesse auszuübenden – pflichtgemäßen Ermessen, ob es … einschreitet oder nicht”. Oikeus totesi myös, ettei varsinaista oikeussuojan tarvetta ollut, koska vaatimuksen tehnyt yritys saattoi itse nostaa GWB 19 §:ään perustuvan kanteen ilman kilpailuviranomaisten vaikutustakin. Ks. em. lähde s. 1107.

jonkin asteista yksilöintiä. Muussa tapauksessa riita siirtyisi lähinnä ulosottoviranomaisissa ratkottavaksi.[357]

Kieltotuomion kautta syntyy käytännössä sopimuspakko. Tämä rajoittaa kohteeksi joutuvan hallitsevan yrityksen mahdollisuutta päättää omista asioistaan, ja siten sen oikeutta harjoittaa elinkeinoa. Elinkeinovapaus ja tästä seuraava sopimusvapaus ovat Saksassakin perustuslain suojaamia. GG 12 art. olisi tulkittavissa niin laajasti, että miltei mikä tahansa alemman tasoisen lain normi olisi sen kanssa ristiriidassa. Rajoitettaessa sopimusvapautta GWB:n nojalla puututaan selvästi yrityksen oikeuksiin ja kyse voisi olla perustuslain vastaisesta menettelystä. Lain tasoisella normilla voidaan elinkeinovapautta rajoittaa, jos rajoitukset ovat muutoin GG:n sallimia. Perustuslakituomioistuin on ratkaisussaan 9.10.2000 katsonut, ettei tällainen sopimuspakko ole perustuslain vastainen, jos viranomais- tai tuomioistuinratkaisulla pyritään vain luomaan sopimussuhde osapuolten välillä määräämättä yksityiskohtaisesti sopimuksen sisällöstä. Pelkkä maininta ”kauppatavan” mukaisista sopimusehdoista ei BVerfG:n mielestä vielä ollut liian pitkälle menevää puuttumista. Yksityiskohdista päättämisen tuli jäädä ”tulevien sopimuskumppaneiden” omaan päätäntävaltaan. Ratkaisua voidaan kritisoida sikäli, että sopimuspakko edellyttää jonkinlaisen sopimuksen syntymistä. Jos hallitseva yritys ja kilpailuoikeuteen vetoava ”tuleva sopimuskumppani” eivät pääse yksimielisyyteen sopimusehdoista, on asia joka tapauksessa vahvistettava tuomioistuimessa.[358]

4.1.2 Vahvistustuomio

Tuomioistuin voi vahvistaa toisella yrityksellä olevan oikeuden toiseen yritykseen nähden. Tällöin ei määritellä toimitettavia eriä, aikamääriä tms., vaan ainoastaan esim. todetaan diskriminoidulla yrityksellä olevan oikeuden saada ostaa / toimittaa tiettyä tuotetta vastaajalle. Vahvistustuomio ei ole suoraan täytäntöönpanokelpoinen, koska tämän edellyttämä yksilöinti puuttuu. Vahvistustuomio edellyttää ZPO 253 §:n mukaisesti vain vaadittavan oikeuden riittävää yksilöimistä, eikä vaadittavia määriä tarvitse ilmaista.[359]

---

[357] Tekstissä esitettyä kantaa esittävät mm. Markert teoksessa Immenga ym. II s. 1355 sekä Schockenhoff s. 154–155. Ks. prosessioikeuden osalta esim. Lüke s. 1422. Kirjoittaja korostaa ongelman liittyvän juuri kilpailuoikeustapauksiin, joissa vastaaja saattaisi toimia jatkossakin lain normien vastaisesti ja siten tehdä materiaalisen oikeuden osittain mitättömäksi.

[358] Tapauksen osalta ks. WuW 12/2000 s. 1226–1228 ”Mit Blick auf die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage (viitataan GWB:n kieltotuomiot mahdollistaviin sääntöihin) problematisch wird ein solches Gebot erst dann, wenn es sich nicht nur darauf beschränkt, die grundsätzliche unternehmerische Entscheidung über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu korregieren, sondern auch alle wesentlichen Einzelheiten dieser Beziehungen festlegt und damit den Adressaten der Verfügung darauf beschränkt, die behördlicherseits getroffene Entscheidung umzusetzen…”

[359] Ks. ZPO 253 §:n osalta Lüke ym. s. 1425.

Vahvistustuomion etuna on se, ettei yrityksiä tarvitse sitoa johonkin suoritusmääriin, jotka voivat osoittautua täysin todellisuudelle vieraiksi. Se ei ole aikaan sidottu, vaan vaikutus jatkuu periaatteessa loputtomiin. Vastaaja voi itse vaatia uudella vahvistuskanteella aiempaan tuomioon perustuvan oikeudellisen tilanteen muuttamista, jos olosuhteiden muutos tähän oikeuttaa. Toiminnan loppuessa tai radikaalisti muuttuessa ei asiaa välttämättä edes tarvitse käsitellä uudelleen oikeudessa, vaan alkuperäinen vahvistustuomio menettää automaattisesti merkityksensä.

4.1.3 Suoritustuomio

Pelkkä kieltotuomio tai vahvistustuomio ei kaikissa tapauksissa ole riittävä palauttamaan kilpailutilannetta entiselleen. Viranomaisilla on oltava mahdollisuus vaatia kilpailua rajoittavia yrityksiä ryhtymään joihinkin positiivisiin toimenpiteisiin kilpailunrajoituksen poistamiseksi. Tavanomaisimpia vaatimuksia on kartellisopimuksen purkaminen. Määräävässä asemassa olevaa yritystä voidaan vaatia muuttamaan käyttäytymistään markkinoilla siten, ettei se enää rajoita kilpailua (esim. erilaisten uskollisuusalennusten tms. lopettaminen). Diskriminoinnin kohteeksi joutunut yritys voi tuomioistuinteitse vaatia vastapuolta lopettamaan diskriminoinnin. Tällöin voidaan diskriminoija määrätä toimittamaan prosessin kohteena ollutta tuotetta tai palvelua tietyn määrän tiettyyn hintaan. Vaatimus on yksilöitävä, mikä ei kuitenkaan estä arvioitujen määrien käyttämistä.[360]

Suoritustuomioiden sijasta Saksassa on yleensä käytetty vahvistuskanteita, koska osapuolten edellytetään pääosin noudattavan niitä. Tällöin vältytään yksilöintiongelmalta. Vastaajan kieltäydyttyä vahvistuskanteen määräämästä suorituksesta pääsee kantaja oikeuksiinsa ainoastaan suoritustuomion kautta.[361]

Vaatimuksen yksilöinti voi periaatteessa aiheuttaa rajausongelmia. Voiko yritys vaatia toimitusten jatkamista hamaan tulevaisuuteen asti, vai onko sen asetettava jokin aikaraja vaatimukselleen? Yksilöintivaatimuksen perusteella on rajan asettamista pidettävä yhtenä perusedellytyksenä, mutta tällöinkään ei vielä voida suoraan sanoa minkä pituisesta jaksosta voi olla kysymys.

Yksittäistä toimituserää koskeva vaatimus on pitempiaikaisia toimituksia helpommin hyväksyttävissä. Tällöin yritys joutuisi vaatimaan jokaista erää erikseen, mikäli vastapuoli ei ensimmäisen oikeudenkäynnin jälkeen suosiolla toimita lisäeriä. Kantajan kannalta pitkäaikainen prosessi estää tämänkaltaisten vaatimusten tekemistä, koska tuomion aikanaan tullessa OLG (tai jopa BGH) -tasolta voi tavaraerä olla jo menettänyt merkityksensä. Tätä ongelmaa helpottaa

---

[360] Yksilöintivaatimus liittyy ZPO 253 §:ään, jonka mukaan kanteeseen on sisällytettävä tarkka tieto riidan kohteesta, kanteen perusteluista ja tarkka määrä (bestimmten Antrag). Ks. tältä osin esim. Lüke ym. s. 1412.

[361] Suoritustuomion tarpeellisuudesta näissä tapauksissa huomauttaa mm. Schockenhoff s. 154.

mahdollisuus saada väliaikaisratkaisu tuomioistuimelta. Oikeuden määräämän suorituksen edellytykseksi asetetaan tavallisesti suoritusten vastakkaisuus, joten kantaja voi harvemmin saada hyväkseen normaalia kaupankäyntiä helpottavia maksuaika- tms. järjestelyjä.

Pitempiaikaisia järjestelyjä koskevia kanteita haittaa juuri yksilöintivaatimus. Yksilöinti tulee yleensä sitoa tyyppi- ja mallitasolle asti. Suoritustuomiolla ei tällöin ole juuri merkitystä, jos mallit vaihtuvat säännöllisesti. Pitempiaikaista toimintaa on varsin hankalaa rakentaa pelkästään käteismaksujen varaan.

4.2 Pätemättömyys / mitättömyys

Kannetyypeistä erillinen ongelma on se voidaanko hallitsevan yrityksen joitain oikeustoimia pitää pätemättöminä. Koko toimintaan tällaista sanktiota ei voida ulottaa, koska se johtaisi kohtuuttomiin seuraamuksiin paitsi yrityksen itsensä myös sen sopimuskumppanien kannalta. Oikeuskirjallisuudessa pätemättömyyden mahdollisuutta on käsitelty lähinnä entisen GWB 26 §:n kohdalla, koska viranomaisreaktiota edellyttäneen aiemman GWB 22 §:n perusteella ei ilman viranomaisreaktiota ollut varmaa, oliko yritys toiminut lain vastaisesti vai ei.[362]

Tilannetta on uusimmassakin (viimeisen lainuudistuksen jälkeisessä) kirjallisuudessa on pidetty epäselvänä. Emmerich katsoisi GWB 19 §:n vastaisten sopimusten olevan BGB 134 §:n nojalla mitättömiä, mutta hänen kannastaan ei ilmene kuinka laajalle mitättömyys voisi ulottua, ja olisiko kyse itsestään vaikuttavasta mitättömyydestä vai lähinnä pätemättömyydestä.[363]

Hyväksyttäessä mitättömyys-sanktio ovat laissa olevan kiellon vastaiset sopimusehdot suoraan mitättömiä BGB 134 §:n nojalla. Vaikutus ei siten riipu osapuolten toimista, vaan kuka tahansa voi vedota mitättömyyteen. Mitättömyysseuraus tulee sitoa lain tarkoitukseen eli vain kiellon vastaiset osat sopimuksesta ovat sen alaisia. Tällaisia ovat Markert'n mukaan esim. markkinoille pääsyä rajoittavat yksinoikeussopimukset, kytkykaupat tai toisille yrityksille myönnettäviä etuja rajoittavat ehdot. Diskriminointiin tms. ei mitättömyyttä tulisi ulottaa, koska nämä ovat korjattavissa antamalla kohteeksi joutuneelle yritykselle samat oikeudet kuin muillekin.[364]

---

[362] Ks. esim. Immenga ym. II s. 853 (ent. GWB 22 §:n osalta), 1352–1353 (ent. 26 §:n osalta).

[363] Emmerich III s. 219–220; Vrt. Rittner III s. 296. Tekijä katsoisi mitättömyyden soveltuvan vain markkinavoimaisen ostajan saatua muita edullisemman kohtelun. Muutoin tilanne on epäselvä.

Vrt. Markert'n kanta Immenga ym. II s. 1352, 1370, 1391. Kirjoittaja pitää mitättömyyttä relevanttina seuraamuksena kaikissa ent. GWB 26 §:n käsittelemissä tilanteissa. Tämä lainkohta oli jo kirjoitusajankohtana kieltonormi, joten Markert'n voisi olettaa ulottavan mitättömyysseurauksen uuteen GWB 19 §:nkin.

[364] Markert'n kannan osalta ks. Immenga ym. II s. 1353.

Mitättömyyden merkitystä on hankala arvioida. Kilpailijoiden toimintaa haittaava menettely on joko sopimusosapuolten yhteisessä intressissä (hallitsevan yrityksen esim. myöntäessä alennuksia ostouskollisuutta vastaan) tai ei-hallitseva osapuoli on sille neutraali. Vaikka sopimuskumppani kokisi hallitsevan yrityksen sanelemat, muita hankintalähteitä tms. rajoittavat ehdot tai monopolihinnoittelun kielteisinä, ei mitättömyys ole ideaali reagointitapa. Jos mitättömyys todetaan, jouduttaisiin määrittämään yritysten välinen oikeudellinen tilanne uudestaan kenties vuosien kuluttua. Kilpailijoiden kannalta tärkeämpää on menettelyn lopettaminen kuin menneisyyteen puuttuminen. Monopolihintojen osalta voisimme joutua siihen vaaralliseen tilanteeseen, että tuomioistuimen olisi (mahdollinen vanhentuminen huomioiden) jälkikäteen pääteltävä, mikä olisi ollut kohtuullinen hintataso ja ”kärsineen” osapuolen vaatimuksesta määrättävä riittävä hyvitys.[365]

4.3 Vahingonkorvaus

EU:n oikeudesta poiketen Saksan kilpailulakiin on otettu vahingonkorvausta koskeva normi. Normin omaksumisen taustalla on ollut tarve laajentaa Bürgerliche Gesetzbuch’iin kuuluvia vahingonkorvausnormeja kilpailuoikeuden osalta. Nämä normit suojaavat vahingonkärsinyttä, jos jotain suojanormia on rikottu. Lainsäätäjän kannan mukaan tämä ei riittänyt, vaan korvausvelvollisuus haluttiin ulottaa viranomaistenkin päätöksiin.[366]

Saksan vahingonkorvausoikeudessa erotetaan toisistaan omaisuus- (Vermögensschaden) ja immateriaaliset vahingot (immateriellen Schaden). Omaisuusvahingolla tarkoitetaan esineoikeudellista vahinkoa, eli käytännössä Suomen tapaan esine- tai henkilövahinkoa. Saksassa painotetaan vahingon olevan eron kahden omaisuustilanteen välillä (se, joka seurasi vahingon takia ja sen, johon olisi päästy ilman vahinkoa). BGB 249 §:n mukaisesti vahingonkärsinyt on saatettava siihen asemaan missä hän oli ennen vahinkoa. BGB 252 §:n mukaisesti on myös menetetty voitto korvattava. Lähtökohtana on luontaissuoritus, joka voidaan henkilö- ja

---

[365] Varsinkaan monopolihinnoitteluun tai muihin kohtuuttomiin sopimusehtoihin ei ole saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa tai -käytännössä puututtu, koska ent. GWB 22 § ei ollut suoraan vaikuttava kieltonormi. Lakiuudistuksen jälkeen on avointa tuleeko esim. kohtuutonta hintaa pitää mitättömänä.

[366] Vahingonkorvausnormit ovat pääosin BGB:n pykälissä 249–255, mutta vahingonkorvausta koskevia säännöksiä on myös muissa laeissa; EU:n osalta ks. sitä koskeva jakso; BTDr 1158 s. 44 sekä tarkemmin alla olevaa esitystä suojanormista.

GWB 33 §:n sanamuoto on: ”Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Unterlassung verplichtet; fällt ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist er auch zum Ersatz des aus deem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung kann auch von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden.”

esinevahinkojen osalta korvata rahalla. Kilpailuoikeuden kannalta luontaissuoritus ei olisi ollut useinkaan käytännössä mahdollista eikä kyse ole läheskään aina esinevahingosta.[367]

Hallituksen esityksessä vuoden 1957 kilpailulaiksi ongelma on ratkaistu ottamalla lakiin vahingonkorvausta koskeva normi (esityksessä 28 §, nykyään GWB § 33). Perusteluna oli ulottaa korvausvelvollisuus niihin immateriaalisiin vahinkoihin, joita kilpailunrajoitukset aiheuttavat (so. mihinkään esineelliseen vahinkoon liittymätön tappio jne.).[368]

Pelkästään voiton menetysten hyväksyminen korvattavaksi vahingoksi ei vielä ratkaise näihin korvauksiin liittyviä ongelmia. Saamatta jäänyttä voittoa arvioitaessa joudutaan vertaamaan todellista tilanteen kulkua siihen mikä se olisi ollut, jos vahinkoa aiheuttavaa menettelyä ei olisi ollut. BGB vaatii tältä osin arviointia suhteessa ”asioiden tavanomaiseen kulkuun” tai ”todennäköisyydellä odotettaviin hankkeisiin tai tapahtumiin”. Edellisillä tarkoitetaan liikeasioiden normaalia kulkua ja tällainen vahinko on vielä melko yksinkertaisesti arvioitavissa, jos taloudellisessa tilanteessa ei ole tapahtunut mitään muutoksia. Jälkimmäistä arviointia hankaloittaa se, kuinka suurta todennäköisyyttä tulisi vaatia (esim. esisopimuksen olemassaoloa vai riittääkö pelkkä suunnitelma tietyn liikeidean toteuttamisesta). Asiaa voidaan käsitellä myös syy-yhteys -ongelmana, koska liiketulon pienentyminen on voinut johtua muusta kuin kilpailunrajoituksesta.

Vahingonkorvausoikeudellinen saatava vanhenee BGB 852 §:n mukaan kolmessa vuodessa siitä, kun asianomainen sai tiedon itseään koskevasta vahingosta. Tätä vanhentumisaikaa sovelletaan GWB 33 §:n tarkoittamiin tapauksiin. Kilpailunrajoitusten osaltahan niiden kohteeksi joutunut tietää luonnollisesti heti toimituskiellosta tms. yritykseensä suoraan kohdistuvasta toimenpiteestä. Ongelmia voi aiheutua kytkykauppojen jne. osalta, koska näiden vaikutukset eivät välttämättä ole heti havaittavissa (eikä vahinkoa ehkä edes heti – jos lainkaan – aiheudu). Kanteen nostamista ei voida edellyttää, ellei edes jonkinlaisia menestymismahdollisuuksia ole.[369]

---

[367] Larenz I s. 480 ”Vermögensschaden ist ihm danach jeder Schaden, der sich als eine Einbuße an Geld oder geldwerten Gütern, oder als eine Minderung des in einer Geldsumme ausgedrückten Vermögensgesamtwertes verstehen läßt.”, 492.; BGB s. 417 ”Ein Schaden ist entweder vermögensrechtlicher Art und umfaßt on diesem Fallauch den entgangenen Gewinn (§ 252) oder ideeller Art (§ 253).”, 421–422, jossa kirjoittaja huomauttaa arvioinnin voivan perustua asioiden tavanomaiseen kulkuun eikä konkreettisia laskelmia välttämättä vaadita.

[368] BTDr 1158 s. 44.

[369] Langen ym. II s. 886; Rittner III s. 392; Oikeuskäytännössä BGH vahvisti BGB 852 §:n mukaisen vanhentumisajan soveltamisen jo ”Glühlampen”-ratkaisussaan 27.1.1966. Ks. WuW 7/8/1966 s. 673 ”Nach der Rechtsprechung genügt für eine Kenntnis des Schadens die Kenntnis der schädlichen Folgen der unerlaubten Handlung im allgemeinen dergestalt, daß auf ihrer Grundlage eine Klage auf Schadenersatz mit einigermaßen sicherer Aussicht auf Erfolg angestrengt werden kann”.

4.3.1 Tuottamus

Saksan vahingonkorvausoikeuden peruslähtökohtana on jonkun syyksiluettava menettely. Tämän menettelyn tulee olla oikeudenvastaista, jotta menettelystä tai laiminlyönnistä syntyisi korvausvastuu. Mikä tahansa toiminta ei siten aiheuta korvausvastuuta. Sopimusoikeudelliset lähtökohdat ilmenevät tältä osin siinä, että tuottamuksen arviointi on periaatteessa samanlaista kuin velallisen vastuun arviointi. Saksalainen ajattelu on suomalaista vahingonkorvausoikeutta jakautuneempaa sikäli, että heillä edellytetään ensin juuri oikeudenvastaisuuden arviointia (so. onko kysymyksessä jonkin normin tai päätöksen vastainen toiminta) ja vasta tämän jälkeen arvioidaan onko normia rikottu tuottamuksellisesti. Suomessahan tämä arviointi yleensä sisällytetään tuottamusarviointiin.[370]

Tuottamuksena pidetään paitsi tiettyä toimintaa myös laiminlyöntiä toimia. Saksan markkinoilla toimivalla yrityksellä on velvollisuus ottaa selvää sitä koskevista säädöksistä, joten yritys ei voi vedota siihen, ettei se tiennyt normien sisältöä. Yritys ei voi vedota siihen, että normin sisältö on epäselvä, jos käytännössä normia on tulkittu tietyllä tavalla ja tämä tieto olisi ollut yrityksen saatavissa alan hallitsevien lakimiesten tms. ammattilaisten kautta. Tuottamuksena voidaan siten pitää sekä tilannetta, jossa normia rikotaan tietämättömyydestä että sen rikkomista virhearvioinnin takia (yritys tietää miten normia normaalisti sovelletaan, mutta erehtyy silti pitämään omaa toimintaansa sallittavana). Normia voidaan luonnollisesti rikkoa tahallisesti, jolloin rikkoja yleensä arvioi selviävänsä rikkomuksesta ilman seurauksia (esim. diskriminoiva yritys luottaa siihen, ettei muita kalliimpaa hintaa maksava asiakas uskalla viedä asiaa oikeuteen liikesuhteiden katkeamisen pelossa).

Tuottamuksesta ei ole kysymys nk. oikeuserehdyksen tilanteissa, joissa yrityksellä on ollut perusteltu syy luulla menettelynsä olevan normin mukaista. Näissä tilanteissa on kysymys normin epäselvyydestä, jota ei ole oikeuskäytännössä tai esitöissä ratkaistu. Menettely voi olla tällöin normin perusteella kielletty, mutta vahingonkorvausvelvollisuuden perustavaa tuottamusta ei ole. Oikeuserehdykseen vetoaminen ei onnistu pelkästään subjektiivisen erehdyksen perusteella, vaan lainsäädännöllisen tilanteen on oltava jollain lailla epäselvä. Kuta kauemmin jokin tietty normi on ollut voimassa, sitä epätodennäköisempää on ko. normin epäselvyys. Tällöin ei oikeuserehdykseen vetoaminen yleensä auta.

Kilpailuoikeuteen sisältyvän vahingonkorvausnormin, GWB 33 §:n, mukaan kilpailulakia tai sen perusteella annettua viranomaisen päätöstä tahallaan tai huolimattomuudesta rikkova on velvollinen korvaamaan syntyneen vahingon. Pääsääntö on siten selvästi tuottamukseen sidottu eli normin rikkominen siinä luulossa, ettei riko ko. normia vastaan ei aiheuta korvausvastuuta (mikäli kysymyksessä voidaan perustellusti katsoa olevan em. oikeuserehdys). Tämä arviointi ei kuiten-

[370] Larenz II s. 589–598, jossa kirjoittaja käsittelee yleisiä deliktivastuun edellytyksiä.

kaan ole subjektiivinen, vaan yleensä tuottamusarviointi perustuu pitkälti jutun olosuhteisiin. Arvioinnin pohjana on tällöin yleinen sopimusoikeudellinen vastuuarviointi. Kuvaavaa tältä osin on se, ettei Emmerich vaivaudu edes pohtimaan ”kilpailuoikeudellista tuottamusta”, vaan viittaa BGB:tä koskeviin esityksiin.[371]

Tuottamuksen arvioinnissa törmätään helposti kysymykseen mittapuusta. Missä tapauksessa yritys voidaan rinnastaa johonkin suurempaan joukkoon alan yrityksiä, ja milloin pitäisi katsoa kysymyksessä olevan oma ryhmänsä (esim. yrityskoon mukaan)? Voidaanko markkinoilla jo pitkään olleelle yritykselle asettaa kovemmat kriteerit kuin niille vasta tulleelle? Näihin kysymyksiin ei kilpailulaista löydy vastausta, vaan asia joudutaan ratkomaan tapauskohtaisen harkinnan perusteella. Yleensä näihin kysymyksiin törmätään pikemmin kartellien tms. osalta kuin määräävän aseman väärinkäytön ja diskriminoinnin osalta, koska jälkimmäisessä ryhmässä on kysymys suuremmista, markkinavoimaisista yrityksistä, joilla on varsin pitkälle menevä velvollisuus selvittää miten heidän pitäisi toimia. Karkeana sääntönä voidaankin pitää sitä, että markkinavoiman kasvaessa yrityksen velvollisuus selvittää lain sisältö ja oma menettely tässä valossa korostuu. Suuryritys tuskin voi edes vasta markkinoille tulleena vedota siihen, ettei se tuntenut Saksan lainsäädäntöä tältä osin.

4.3.2 Suojanormi

Tuottamuksen lisäksi lainsäätäjä on GWB 33 §:ssä edellyttänyt, että korvausta haetaan sellaisen GWB:n normin perusteella, joka on säädetty jonkun toisen suojaksi. Pohjana normissa on BGB 823 § II Abs., jossa vahingonkorvausvelvollisuus on ulotettu muihin kuin BGB 823 § I Abs. mainittuihin tilanteisiin (tässä kohdassa ovat lähinnä perinteisen vahingonkorvausoikeuden piiriin kuuluvat tilanteet). Lainsäätäjän on ainakin voitava olettaa tahtoneen jonkin normin saavan suojanormiluonteen. Tämän seikan ei siten tarvitse suoraan ilmetä laista. BGB:ssä ei rajata niitä intressejä, joita sen tarkoittamilla suojanormeilla voidaan kattaa. Korvausvastuu voidaan siten BGB:tä muuttamatta ulottaa esim. varallisuusvahinkoihin. Lainsäätäjän kannalta GWB 33 § oli tarpeellinen, jotta kaikki mahdolliset viranomaispäätöksetkin voitaisiin sanktioida vahingonkorvausvastuulla.[372]

---

[371] Emmerich III s. 384; Immenga ym. II s. 1539; Möschel II s. 705, jossa kirjoittaja toteaa GWB 33 §:n olevan laajennuksen verrattuna BGB 823 §:ään ainoastaan siltä osin kuin vahingonkorvaus on ulotettu koskemaan myös viranomaisten päätösten rikkojaa. Muutoin kirjoittaja ei ole juuri vaivautunut käsittelemään asiaa.

[372] Larenz II s. 619–620; Schlechtriem s. 356.; BTDr s. 44 ”§ 28 (nyk. laissa 33 §) erweitert diese Bestimmung des Bürgerlichen Rechts. Nach Satz 1 ist ein Schadenersatzanspruch auch begründet, wenn eine Verfügung der Kartellbehörde verletz wird, die dem Schutz eines anderen dient. Diese Erweiterung ist notwendig, denn in zahlreichen Fällen ergeben sich die Verbote nicht schon aus einer allgemeinen Norm des Gesetzes, sonder sie werden erst durch eine im Einzelfall ergehende Verfügung der Kartellbehörde konkretisiert.”

GWB 33 §:n sanamuodon perusteella ei koko kilpailulakia voida pitää sen tarkoittamana suojanormina, vaan asia on selvitettävä normi normilta. Lainsäätäjä ei halunnut ratkaista tätä kysymystä, vaan jätti sen oikeuskäytännön varaan. Tällaisia normeja ovat suorat kielto- tai käskynormit, jossa yritystä kielletään toimimasta / käsketään toimimaan jollain tietyllä tavalla. Tämä perusajatus ei ole syntynyt kilpailuoikeudessa, vaan kysymyksessä on jo BGB 823 §:ssä omaksuttu kanta, joka on kopioitu kilpailulakiin. Edellä todetun mukaisesti lainsäätäjä tahtoi lähinnä laajentaa em. perusajatuksen koskemaan suoraan lain normiin perustumattomia viranomaisten päätöksiä rikkovia yrityksiä. Toimivaltanormit eivät ole itsenäisiä suojanormeja, vaan vasta niihin perustuva kieltopäätös luo kolmannelle oikeuden hakea korvausta, jos päätöstä rikotaan.[373]

Erottelussa on kysymys jaosta institution ja yksilön suojaan (Institutional Schutz <> Individual Schutz). Lain tarkoituksenahan on lähinnä kilpailun suojaaminen eikä yksittäisen kilpailijan. Lailla suojataan siten yhteiskunnan kilpailusta saamaa etua. Jos normilla suojataan ainoastaan kilpailua instituutiona, ei se ole suojanormi. Tulkinta mitä normeja voidaan hyväksyä suojanormeiksi oli varsinkin lainsäätämisen jälkeen hyvin tiukkaa. Tärkeimpiä kiistelykohteita on ollut määräävää asemaa koskevan GWB 19 §:n luonne tässä suhteessa. Tämä normi on muutettu kieltonormiksi, joten se voi olla suojanormikin. Täysin itsestään selvä tämä muutoksen vaikutus ei ole, mutta sitä olisi pidettävä hyvin todennäköisenä.[374]

Sama normi voi suojata sekä kilpailua instituutiona että yksilöä. Instituution suojaaminen ei sulje pois yksilön mahdollisuutta saada korvausta GWB 33 §:n nojalla. ”Strombezugspreis”-tapauksessa BGH vahvisti tämän kannan nojautuen BGB 823 §:ään.[375]

---

[373] Bt Dr 1158 s. 44 ”Zahlreiche Vorschriften des vorliegenden Gesetzes sind derartige Schutzvorschriften”; Immenga ym. II s. 1528–1530; Langen ym. s. 997, jossa kirjoittaja huomauttaa, että lainsäätäjä ei kopioidessaan BGB:n normin perussisällön mitenkään ratkaissut juuri suojanormiongelmia.; Suojanormeja koskeva vaatimus ja niiden määrittelyn ongelmallisuus todettiin jo lain säätämisen jälkeen. Ks. esim. Leo s. 486. Hän huomauttaa, että asian ratkaisu jätettiin tarkoituksella tuomioistuimille.; Rittner I s. 479–481. Hän painottaa mm. sitä, että lainsäätäjän tarkoituksena oli mennä BGB 823 §:ää pitemmälle juuri päätösten osalta. Rittnerkin katsoo ratkaisujen jääneen paljolti tuomareille.

Katso BGB:n osalta esim. Schlechtriem s. 357 ”Schutzgesetz kann auch eine Ermächtigungsnorm sein, die erst durch Verwaltungsakt konktetisiert wird. Allerdings können nur Ge- oder Verbotsnormen Schutzgesetze im Sinne von § 823 II sein.”

[374] Langen s. 997; Leo s. 487–488. Kirjoittaja painottaa lain talouspoliittisia tarkoitusperiä ja suojanormi-ominaisuuden poikkeusasemaa laissa.

Lakiuudistuksen osalta ks. Drucksache 13/9720 s. 35–36 ”Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wird … durch eine unmittelbar wirkende Verbotsnorm untersagt. …Darüber hinaus erhalten die Unternehmen die Möglichkeit, sich in Fällen des Mißbrauchs selbst – und ohne Einschaltung von Kartellbehörden – mit zivilgerichtlichen Schadenersatz- und Unterlassungsklagen zur Wehr zu setzen.”

[375] WuW 6/1974 s. 420 ”… daß die fragliche Norm – trozt der in erster Linie bezweckten Wahrung der Allgemeinintressen – auch bestimmte Individualinteressen schützen soll; … Der Umstand, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen primär im Allgemeininteresse den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Institution bezweckt, steht daher nicht entgegen, eine Vorschrift des GWB als Schutzgesetz im Sinn von dessen § [35] anzusehen, zumal letzterer andernfalls überflüssig wäre.”

Normilla pyritään selvästi suojaamaan yksilöä, jos normin tarkoittama suojattavien henkilöiden joukko on rajattavissa. Diskriminoiva yritys kohdistaa menettelynsä johonkin yksittäiseen (tai useisiin yrityksiin) tai sen menettely haittaa tiettyjä kilpailijoita. Instituutiota suojaavilla normeilla ei yleensä ole tällaista selkeää kohderyhmää (vahinkoja kärsivät esim. kaikki asiakkaat tai kaikki alalle pyrkivät yritykset). Rajausta ei voida täysin tehdä tällä perusteella, koska kilpailua rajoittava yritys yleensä aiheuttaa vahinkoja joillekin tietyille yrityksille. Välillisten vaikutusten kautta vahinkoja voivat periaatteessa kärsiä esim. kuluttajat, valtio tai ulkomaalaiset yritykset. Nämä vaikutukset on jätettävä arvioinnin ulkopuolelle, koska koko lain tarkoitus on juuri kolmansien taloudellisen vapauden suojaaminen ja näitä tahoja suojataan siten institutionaalisen suojan kautta. Muussa tapauksessa GWB 33 §:n rajaus menettäisi merkityksensä.[376]

”Strombezugspreis”-ratkaisussaan BGH katsoi väärinkäyttönormien palvelevan yleensä yksityisoikeudellisiakin tarkoituksia. Tällä perusteella ei kuitenkaan voida ratkaista suojanormiluonnetta, koska yksityisoikeudellinen vaikutus voi olla pelkkä heijastus (tuomioistuin tarkoittanee ennaltaehkäisevää tms. vaikutusta?) tai välillistä kilpailuviranomaisten ratkaisujen kautta. GWB 33 §:ää voidaan siten soveltaa vain niihin GWB:n normeihin, joissa on selvä, välitön yksilön suojaamistarkoitus.[377]

Myönteisessäkään tapauksessa (so. kysymys on yleisesti hyväksytystä suojanormista) ei yritykselle voi syntyä korvausvastuuta kaikista niistä välillisistä vaikutuksista, joita sen menettely voi aiheuttaa. Suojanormiluonteen lisäksi on selvitettävä mitä tiettyä ryhmää normi suojaa (eli mikä on ollut lainsäätäjän tarkoitus tältä osin ja miten se on oikeuskäytännössä tulkittu). Yksityiset kuluttajat eivät siten voi vedota esim. GWB 20 §:n mukaisen diskriminoinnin heille aiheuttamiin vahinkoihin. Heitä ei kuitenkaan ole ryhmänä suljettu pois, mutta käytännössä kotitalouksien on hyvin hankalaa osoittaa mitä vahinkoja heille on esim. kartellista tai määräävän aseman väärinkäytöstä aiheutunut.[378]

Diskriminointia koskevaa GWB 20 § 1 Abs. on aina pidetty suojanormina. Tämän normin tarkoituksena on suojata paitsi diskriminoivan yrityksen asiakkaita myös sen kilpailijoita diskriminoinnin haitallisilta vaikutuksilta. Normin tarjoamaa suoja rajoittuu lähinnä näihin tahoihin. Pykälässä selvästi kielletään yrityksiä ryhtymästä ko. menettelyyn eikä kartelliviranomaisten puuttumista vaadita.[379]

---

[376] Emmerich I s. 495 ”… stellen daher Schutzgesetze sämtliche Vorschriften des GWB dar, die, wenn auch nur neben dem Schutz der Allgemeinheit, dazu zu dienen bestimmt sind, eine Person oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechsgutes zu schützen.”; Samoin mm. Goll s. 292, 294.

[377] WuW 6/1974 s. 420.

[378] Immenga ym. II s. 1529, jossa Emmerich painottaa tekstissä esille tuotua rajausta.; Rittner II s. 370–371. Kirjoittaja tuo rajauksen esille korostamalla normien toimivan tiettyjen ryhmien suojaksi. GWB 20 § suojaa siten kaikkia, joita yritys estää, haittaa tai diskriminoi.
Sama kanta on omaksuttu BGB:nkin suhteen. Ks. esim. Schlechtriem s. 358–359.

[379] Leo s. 495–496; Oikeuskäytännössä BGH vahvisti suojanormiluonteen jo 1966 ”Bauindustrie” -tapauksessa. Ks. WuW 12/1966 s. 986.

Oikeuskäytännössä OLG Düsseldorf ei pitänyt aiempaa GWB 26 §:ää suojanormina ”Bundesverband der Ortskrankenkassen”-tapauksessa, koska vaatimuksen esittäjä ei kuulunut siihen ryhmään, jota normilla pyritään suojaamaan. Lähtökohtana on tuomioistuimen mukaan aina normin tarkoitus. Tapauksessa oli kyse haittaamiseen perustuvasta vaatimuksesta. Kantajan elinkeinotoimintaa ei ollut haitattu, joten vaatimus ei perustunut GWB [26] §:n tarkoittamaan haittaamiseen. Normilla suojattiin siten ainoastaan niitä kanssakilpailijoita, joiden toimintaa markkinoilla on pyritty estämään.[380]

Tulkintaa ei kuitenkaan voida suoraviivaisesti vetää normin sanamuodon perusteella siten, että kaikki viranomaisten toimivaltaa jollain lailla koskevat normit eivät olisi suojanormeja. Jos normi joko yksinään tai yhdessä toisen normin kanssa sisältää em. kiellon tai käskyn, voidaan sen perusteella vaatia korvauksia. Korvauksia ei kuitenkaan voida vaatia, jos normin tarkoituksena on ainoastaan yleisesti kansalaisten suojeleminen. Tällä kysymyksellä on erityistä merkitystä niiden väärinkäytön kieltävien normien osalta, jotka edellyttävät viranomaisten toimia menettelyn kieltämiseksi (esim. GWB 16 §).[381]

Suojanormi-käsitettä ei Saksassa ole pyritty laajentamaan muutamaa selvästi yksilöä suojaavaa normia ja viranomaisten päätöksiä pitemmälle. Tämä on perusteltua, koska esim. kartellikielto, hintojen sitomisen kieltäminen ja määräävän aseman väärinkäytön kieltäminen koskevat tilanteita, joissa yritysten menettely voi vaikuttaa suureen joukkoon kolmansia mahdollisesti pitkän ajan kuluessa. Lain uudistuksella on hallitsevan aseman osalta luotu mahdollisuus vaatia korvauksia sangen väljin perustein. Käytäntö saattaa tosin asettua EU-oikeuden tapaan varsin tiukalle linjalle, koska 19 §:n suojanormiluonne ei poista vaatimusta tuottamuksellisesta toiminnasta. Jos kaikki nämä kolmannet voisivat vaatia yksilöllistä vahingonkorvausta, ei talouselämä voisi käytännössä toimia. Viranomaisten päätöksiä vastaan toimivien yritysten alistaminen vahingonkorvausriskille on ymmärrettävää, koska vahingonkorvausriski toimii tällöin päätösten sanktiona.[382]

Normin tarkoitukseen sidottu tulkinta johtaa siihen, että vaatimuksen esittäjän on väitettävä hänelle aiheutuneen vahingon sattuneen juuri normin tarkoittamassa tilanteessa. Vahingonkorvausoikeudellisesti kyse on eräänlaisesta syy-yhteysvaatimuksesta, jolla pyritään rajaamaan vahingonaiheuttajan kannalta kohtuuttoman laaja vastuu pois (jos jokainen asiakas tai loppukäyttäjä, joka on kolmen edellisen

---

[380] WuW 3/1984 s. 267. Ratkaisu on edelleen voimassa, koska lakia ei ole muutettu vaadittujen vaikutusten osalta.

[381] Immenga ym. II s. 1529–1530, jossa Emmerich toteaa oikeuskäytännön tukevan esittämäänsä vallitsevaa kantaa suojanormin muodon osalta; Langen ym. s. 998, jossa kirjoittajat katsovat kysymyksen olevan avoin varsinkin aiemman GWB 22 §:n osalta. Perusteluna viitataan GWB 33 §:ään, johon on otettu nimenomaiset säädökset viranomaisten päätöksen rikkomisesta seuraavasta vahingonkorvausvelvollisuudesta.

[382] Vrt. Emmerich III s. 384, jossa tekijä kannattaa mahdollisimman laajaa suojanormiluonnetta tehokkaan kilpailupolitiikan nimessä asiaa tarkemmin perustelematta.

vuoden aikana ostanut yrityksen ylihintaisen tms. tuotteen voisi vaatia korvauksia, ei mitään elinkeinotoimintaa todennäköisesti edes syntyisi).

Diskriminoinnin osalta varsinkin asiakkaiden suojaaminen on perusteltua, koska diskriminointi ilmenee yleensä esim. korkeampina hintoina, jolloin sen vaikutukset on helppo todeta, eikä korvauksen määräminen aiheuta ylipääsemättömiä esteitä (tosin mm. markkinaosuuksien menetys tms. voi olla hyvinkin vaikeasti arvioitavissa). Kilpailijoiden suojaaminen diskriminointinormin perusteella on yleisesti Saksassa hyväksyttyä, eikä sitä ole asetettu kyseenalaiseksi. Voitaisiin kuitenkin kysyä, eikö kilpailijoihin nähden ole pikemminkin tarkoitus suojata kilpailua instituutiona kuin yksittäistä kilpailijaa? GWB 20 §:n merkitys on 19 §:n kieltonormiluonteen takia jonkin verran vähentynyt, mutta selvästi 19 §:ää selkeämpänä kieltona normi säilyttänee asemansa yritysten tärkeimpänä keinona reagoida markkinoita hallitsevan kilpailijan tai sopimuskumppanin toimiin.

4.3.3 GWB 19 § suojanormina

Diskriminointia koskevan GWB 20 § 1 Abs:n ja sen edeltäjän 26 § 2 Abs:n osalta ei suojanormiluonteesta ole kiistaa. Toisin on ollut aiemman 22 §:n laita. Tämän normin katsottiin alunperin ainoastaan luovan oikeuksia viranomaisille eikä sen tarkoituksena siten ollut yksilön suojaaminen vaan instituution suojaaminen. Suojaa ei ole annettu sen paremmin asiakkaille, myyjille kuin kilpailijoillekaan.[383]

Lain muutoksen myötä tilanne on muuttunut. Vanhan lain osalta katsottiin [22] §:n voivan ainakin joissain tapauksissa luovan yksilölle oikeuden vahingonkorvaukseen. Kilpailuviranomaisten päätösten voidaan joissain tapauksissa katsoa suojaavan yksilöä, mikä loisi tälle oikeuden saada korvausta (vasta päätöksen jälkeisen menettelyn osalta). Tämä kanta ilmenee suoraan nykyisestä laista (GWB 33 § 1 Abs.). Päätöksen täytyy olla nimenomaan yksilöä suojaava muuten se ei luo vahingonkorvausoikeutta. Ongelmallisena on – perustellusti – pidetty sitä, että ei-lainvoimainenkin päätös voi luoda vahingonkorvausvelvollisuuden, jos se sittemmin tulee lainvoimaiseksi. Yritys voi siis joutua toimimaan useita vuosia (valitus KG – BGH) vahingonkorvausriskin alaisena (jos se ei noudata päätöstä) tai antaa turhaa etua kilpailijoille, jos päätös osoittautuu virheelliseksi. Lainsäätäjän kanta oli se, ettei GWB [22] § ollut itsenäinen suojanormi. Lainvoimaisuuden osalta tilannetta ei tosin sen paremmin 20 § 1 Abs.:n tai 19 §:nkään osalta muuta se, onko kyse suojanormista vai ei. Yritys joutuu näissä tilanteissa aina ottamaan riskin toimiessaan tavalla, joka valitusasteessa voidaan vahvistaa / todeta lain vastaiseksi. GWB 19 §:n muuttaminen kieltonormiksi on vahvistanut

[383] Ks. kielteisen kannan osalta mm. Leo s. 494–495. Kirjoittajan kanta perustuu mm. sille, että hallinnollisen rikkeen tekee vain se, joka rikkoo viranomaisten määräämää kieltoa (eli GWB [22] §:llä ei olisi suoraa vaikutusta); Kielteisen kannan omaksui myös Werner s. 53–54. Hän katsoi, ettei säädöksen muuttaminen tältä osin ollut tarpeellista.

korvauksen vaatijan asemaa, mutta se ei ole poistanut ongelmaa kokonaan. Väärinkäyttötapoja koskeva luettelo on edelleen avoin, jolloin viime kädessä vasta tuomioistuin ratkaisu voi vahvistaa sen, oliko kyse väärinkäytöstä vai ei. Lain muutoksen lopputulos voi olla lähinnä se, että kaikki ennen oikeusprosessiakin syntyneet vahingot on korvattava![384]

Werner rinnastaa vahingonkorvausvelvollisuuden alkamisen jo ei-lainvoimaisesta päätöksestä kanteisiin, jossa vastaajalta vaaditaan tietyn menettelyn lopettamista (Unterlassungsklage) ja vahingonkorvausta. Näissäkään tapauksissa vastaajalla ei ole mitään oikeudellista tai moraalista velvollisuutta lopettaa toimintaansa ennen kuin päätös saa lainvoiman. Vastaaja ottaa itse riskin vahingonkorvauksesta, jos hän jatkaa menettelyään. GWB 19 §:n ongelma on tässä suhteessa normin sisällön epämääräisyys, koska menettelyn kiellettävyys ei ole itsestään selvyys. GWB 33 §:n edellyttäessä tuottamusta asia voitaisiin pyrkiä ratkaisemaan tuottamusharkinnan kautta, jolloin epäselvästä väärinkäytöstä ei syntyisi korvausvastuuta.[385]

Yleisesti ongelmaa ei pidetä järin merkittävänä, koska ne tilanteet, joissa kolmas haluaisi saada vahingonkorvausta ovat lähestulkoon identtisiä GWB 20 § 1 Abs.:n kanssa, joten GWB 19 §:ään ei tarvitse vedota. Joissakin tilanteissa voidaan vedota lakiin sopimattomasta menettelystä (UWG).

4.3.4 Vahingonmäärä ja syy-yhteys

Lainsäätäjä ei ole – todennäköisesti varsin viisaasti – GWB 33 §:ssä edes yrittänyt määritellä, mitä voitaisiin pitää kilpailunrajoituksesta aiheutuvana vahinkona tai milloin vahingon on katsottava olevan syy-yhteydessä kilpailua rajoittavan yrityksen toimintaan. Lähtökohtana ovat tältä osin BGB 249–252 §:ät.

---

[384] Tätä kantaa edustaa mm. Emmerich I s. 277. Kirjoittaja katsoo, ettei ainakaan ennen vuoden 1980 lainmuutosta mikään estänyt pitämästä aiempaa GWB 22 pykälää suojanormina ja Langen ym. s. 998 ”Mißbrauchvorschriften stellen keine Verbote dar, sondern ermächtigen die Kartellbehörde zu einem Einschreiten gegen bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen. Ob allein deswegen Schadenersatzasanprüche unter allen Umständen zu verneinen sind, ist zumindest … inzidenter verneint worden”.; Möschel katsoo kysymyksen olevan avoin, mutta hyväksyi aiemman GWB 22 §:n suojanormiluonteen joidenkin viranomaispäätösten osalta. Ks. Möschel II s. 363–364. Saman kannan hän tuo esille Immenga ym. II s. 853–854 painottaen kuitenkin vielä enemmän päätökseen perustuvan vahingonkorvauksen ja itse normiin perustuvan vahingonkorvauksen eroa.; Rittner I s. 482 korostaa ei-lainvoimaisten päätösten luomia ongelmia niitä tarkemmin erittelemättä.; Oikeuskäytännössä BGH katsoi ”Strombezugpreis”-ratkaisussaan, ettei aiempi GBW 22 § ollut suojanormi, koska sillä ei pyritä antamaan välitöntä yksilön suojaa. Ks. WuW 6/1974 s. 420.

Vuoden 1999 lain muutoksen osalta ks. Emmerich III s. 219–220 Rittner III s. 301–302. Tekijä katsoo lain muutoksen voivan johtaa liian heikoin perustein nostettuihin kanteisiin, varsinkin kieltotuomioiden osalta.

Vahingonkorvaussäädöksen eli aiemman 35 §:n sisältö ei tältä osin muuttunut, vaan kyse oli lähinnä numerointi muutoksesta. Uusi numero on 33 §.

[385] Werner s. 55.

Pääsääntöisesti korvaus tulisi suorittaa luontaissuorituksena eli korvausvelvollinen yritys esim. velvoitetaan tekemään sopimus, josta se on aiemmin kieltäytynyt. Tällöin ongelmia voi aiheutua mm. siitä millä hinnalla toinen osapuoli olisi tehnyt sopimuksen silloin, kun diskriminointi tapahtui ja millä hinnalla sopimuksia tuomion antamishetkellä tehdään. Lähtökohtana voidaan pitää diskriminoivan yrityksen tekemiä vastaavia sopimuksia, mutta tämä onnistuu lähinnä massatuotteiden osalta. Jos kyse on tarkkaan räätälöidystä erikoistuotteesta, ei toimitusehtojen ja vahingon määrääminen välttämättä onnistu kuin summittaisesti. Tuomioistuin ei yleensä määrää sopimusehdoista, vaan ainoastaan velvoittaa diskriminoivan yrityksen tekemään sopimuksen.[386]

BGB 252 §:n mukaisesti on lisäksi korvattava saamatta jäänyt voitto. Menetetty voitto olisi arvioitava sen perusteella mitä yritys olisi ansainnut, jos sille olisi toimitettu sen haluamaa raaka-ainetta, tuotetta tms. Voiton arvioinnissa ongelmallista on mm. se, että diskriminoitu yritys on usein pyrkinyt jo markkinoilla olevien yritysten kilpailijaksi ja sen tulo olisi todennäköisesti alentanut hintatasoa. Voitto on lisäksi sidottu siihen markkinaosuuteen minkä yritys olisi saavuttanut, jos se olisi tullut markkinoille. Tätä ei luonnollisesti voida laskea pelkästään yrityksen kapasiteetin tai potentiaalisen myynnin määrän pohjalla, mutta osapuolten kannalta voi olla kohtuutonta arvioida sitä esim. alan kapasiteetin käyttöasteen keskiarvon tms. perusteella. Samat arviointi ongelmat koskevat myös kateprosenttia.[387]

Menetetyn voiton osalta erityisongelma on korvaavien ratkaisujen arviointi. Mikään yritys ei ole oikeutettu ja tuskin muutenkaan jäisi vain odottamaan oikeusprosessin tulosta, vaan sen on pyrittävä toimimaan markkinoilla parhaan saamansa vaihtoehdon varassa. Jos jotain muuta kuin tiettyä merkkituotetta myydään suuremmalla volyymilla, ei yrityksen tappio välttämättä ole merkittävä. Tämä ongelma korostuu niissä tilanteissa, joissa yritys on vaatinut tiettyä tuotetta valikoimiinsa, koska kyseisellä alalla liikkeellä odotetaan olevan tietyn laajuisen valikoiman. Tämä valikoiman ”epätäydellisyys” voi toki johtaa siihen, että yritys menettää kokonaan osan asiakkaita (liikettä ei esim. voi mainostaa alan johtavia merkkejä myyvänä liikkeenä) sekä osa asiakkaista ostaa kenties vain osan haluamistaan tuotteista. Periaatteessa voitaisiin väittää, että tuotetta tarvittaisiin nk. sisäänvetotuotteeksi, mutta tältä osin jo väitetyn diskriminoinnin hyväksyminen voi olla hankalaa. Kaikissa näissä tapauksissa todellinen vahingonmäärä jää epäselväksi ja jouduttaneen pitkälti arvioimaan. Käytännössä menetetyn voiton korvaamista koskevat ratkaisut lienevät harvinaisia.

---

[386] Luontaissuorituksen etusijasta huomauttavat Langen ym. II s. 886.
[387] Esim. Langen ym. II s. 886 viittaa arviointiin (”Schätzung”).

5. YHTEENVETO

5.1 Kilpailukäsite ja lain tarkoitus

Saksalainen kilpailuoikeus on ulkopuolisen kannalta mielenkiintoinen jo historiallisen kehityksensä takia. Toisin kuin EU-oikeus se on pyrkinyt pikemmin eroon anglo-amerikkalaisesta mallista kuin yhtymään siihen. Tämä oli luonnollinen kehitys liittoutuneiden asettaman lainsäädännön jälkeen. Lisäksi Saksassa oli juuri lainsäätämisen aikoihin esillä voimakkaita liberalistisia ajatusvirtauksia (Eucken, Hayek sekä muut nk. ordoliberaalit). Vastapainona talouselämä pyrki säilyttämään kartellien solmimismahdollisuuden sekä estämään lain säätämisen heidän mielestään liian tiukaksi. Alunperin tämä johti esim. ehdotetusta yrityskauppakontrollista luopumiseen.

Kilpailukäsite nojautui ordoliberaalien vaikutuksesta alunperin täydellisen kilpailun malliin. Sen rajoitukset olivat toki tiedossa, mikä johti 1960-luvulla mm. Kantzenbachin esittämään kritiikkiin. Vähitellen etusijalle nousi Saksassakin toimivan kilpailun korostaminen. Tähän suuntaan lakia ovat ohjanneet Kantzenbachin lisäksi Hoppmann'n kilpailunvapautta korostava näkökulma. Lopputulos vastaa pitkälti EU:ssa omaksuttua, eikä kilpailun päämäärän korostamisen (verrattuna yhteismarkkinoiden korostamista) lisäksi merkittäviä eroja ole.

Saksassa kilpailukäsitteen merkitystä korostaa lain tarkoituksen jatkuva esiintuominen. Kun yhtenäistä, kaikki taloudelliset tilanteet kattavaa kilpailukäsitettä tai lain tarkoitusta ei ole saatu aikaan, on seurauksena ollut ulkopuolisen kannalta hankalasti lähestyttävä normikohtainen lain tarkoitus. Sen merkitys lain tulkinnan kannalta jää osin epäselväksi, koska se toimii lähinnä yleistason periaatteena, johon vedotaan ratkaisun "lukkona". Mielestäni lain tarkoitus jää varsin vähämerkitykselliseksi, vaikka lähtökohtaa – kilpailun merkityksen korostamista ja kilpailua edistävän ratkaisun ensisijaisuutta – voidaan pitää hyödyllisenä painotuksena. Mihinkään tiettyyn kilpailuteoriaan ei tätäkään kautta sitouduta.

GWB:n ideologia on selkeästi toimivan kilpailun varaan rakennettu varsinkin 1970-luvulta alkaen. Käytännössä joudutaan tunnustamaan se, ettei kilpailun käsitettä voida määritellä yleispätevästi, vaan normikohtaisesti. Määräävää asemaa ja diskriminointia koskevien normien tarkoituksena on tässä mielessä estää markkinavoiman haitallisia vaikutuksia ja turvata mahdollisimman toimiva kilpailu markkinoilla tilanteessa,jossa se on jo heikentynyt. Kilpailun käsitteen avoimuus on Saksassa mielestäni teoreettisella tasolla ongelmallinen, koska lain tarkoitukseen eli toimivan kilpailun edistämiseen vedotaan usein. Käytännön kohdistuessa tapauskohtaisten ongelmien ratkaisemiseen ja ollessa siten normikohtaista eivät tulkintaerot vaikuta lopputulokseen. Kiperissä tapauksissa menettelyn toimivan kilpailun vastaisuutta voidaan käyttää perusteluna siihen puuttumiseen. Tämä on yhdessä muutoinkin avointen normien kanssa siirtänyt valtaa tuomioistuimille ja kilpailuviranomaisille.

Lain tarkoitusta voitaisiin periaatteessa käyttää lain soveltamisalan supistamiseenkin sekä tietyssä määrin esim. de minimis-ajattelun pohjana. Saksalaisessa

oikeudellisessa ajattelussa ei mielestäni ole viitteitä tämän suuntaisista tulkintaohjeista, koska useimmat rajaustavat on jo sisällytetty lakiin (esim. poikkeukset kartellikiellosta, GWB 19 §:n mahdollisuus vedota perusteltuun syyhyn).

GWB suojaa toimivaa, tehokasta kilpailua. Tarkoituksena ei kuitenkaan ole yksinomaan taloudellisen tehokkuuden korostaminen, vaan taloudellisen mahdin eri muotojen kontrolloiminen on eräs tärkeimmistä päämääristä. Tämän kontrollin on jo vuonna 1957 katsottu kuuluvan demokraattisen, markkinatalouteen perustuvan yhteiskuntajärjestelmän yhdeksi perustekijäksi.

Vuoden 1999 lainmuutoksella ei muutettu lain perustavoitteita. Lähentäminen EU-oikeuteen jäi pitkälti puolitiehen, vaikka määräävää asemaa koskevasta 19 §:stä tehtiin EEC-sopimuksen 81 art. kaltainen kieltonormi. Sisällöllisesti ei tätäkään normia muutettu vastaamaan EEC-sopimuksen sanamuotoa. Määräävää asemaa koskevien arviointinormien ja erillisen diskriminointi/haittaamissäännön jättäminen lakiin ei sekään osoita selvää EU-oikeuden omaksumista. Merkittävin lähentäminen oli essential facilities -doktriinin omaksuminen laintasolla. Tämän normin merkitys lienee lähinnä EU:nkin ajamassa sähköverkkojen ja -tuotannon kilpailun vapauttamisessa. Muutos ilmentää kuitenkin EU-oikeuden harmonisoimisvaikutusta kansallisella tasolla, vaikka jäsenvaltioiden kilpailulainsäädännön yhdenmukaistamista ei ole missään vaiheessa vaadittukaan! Miten itsenäistä Saksan kilpailuoikeuden kehitys lainsäätäjän suoraan esittämän EU-oikeuden peruslinjojen omaksumisen valossa jatkossa on, jää pitkälti avoimeksi. Itsenäisyyttä heikentää luonnollisesti se, että lainsäädännön kohteena ovat samat taloudellis-juridiset ongelmat.

5.2 Määräävä asema ja väärinkäyttö

Saksan oikeudessa on omaksuttu markkinoihin ja markkinaosuuksiin nojautuva määräävän aseman käsite. Muiden hallitsevan aseman kriteerien merkitys on suurempi yrityskauppakontrollin kuin väärinkäytön osalta. Lähtökohtana on aina kokonaisarviointi, eikä lainsäädännön tasolla markkinaosuuksille ole annettu erityisasemaa nk. arviointinormeja lukuunottamatta. Näiden normien käytännön merkitys todistustaakkasääntöinä on jäänyt vähäiseksi.

Eräs jo pitemmän aikaa esillä ollut ongelma on markkinoita ”melkein” hallitsevat yritykset. Nämäkin on haluttu saattaa väärinkäyttökontrollin piiriin, jos niiden asema on tosiasiallisesti ollut kilpailijoista riippumaton. Alarajan vetäminen on aina hankalaa, mutta Saksassa raja on linjattu tietoisesti jo lain tasolla alle ”selvän” määräävän aseman. Sama lopputulos olisi ehkä ollut mahdollinen määräävän aseman rohkeammalla tulkinnalla, eikä oikeustapaustenkaan pohjalta mielestäni voida väittää laajennuksen johtaneen mihinkään radikaaliin linjanmuutokseen saksalaisessa käytännössä. Näkyvin ero on ollut se, että ratkaisut lähes aina perustetaan ”ylivoimaiseen markkina-asemaan”, koska tämä on suoranaista markkinoiden hallintaa helpompi näyttää toteen.

Pk-yritysten osalta suojaa on haluttu ulottaa muita tilanteita pitemmälle. Tämän takia lakiin on otettu mm. poikkeussääntöjä kartellinormeista (GWB 4 § ”Mittelstands-kartelle eli pk-yrityskartellit) ja relatiivista markkinavoimaa koskevat säännöt. Lopputulosta ei hallitsevan aseman osalta voida pitää onnistuneena, koska oikeusvarmuuden vastaisesti kontrolli ulotetaan jo sellaisiin yrityksiin, jotka eivät ole määräävässä asemassa! Mikäli yrityksellä on tietty määrä markkinavoimaa, se joutuu itse koko ajan harkitsemaan mitä haittaa käytetyistä kilpailukeinoista voisi olla markkinoilla toimiville pk-yrityksille. Sääntö on lisäksi suunnattu horisontaalisiin vaikutuksiin, joten mitään riippuvuutta tms. erityistä syytä ei edellytetä. Erittäin hankalana on pidettävä hankintakustannusten alle myymiskieltoa, koska mitään saalistushinnoittelua ei edellytetä ja pelkona on lähinnä hintatason jäykistyminen pk-yritysten suojaamiseksi. Lain tarkoituksena on aina korostettu olevan kilpailua edistävän tarkoituksen, mikä ei em. tilanteissa enää välttämättä toteudu.

Määräävä asema -käsitteen käytännön ongelmia ja niiden ratkaisuyritystä kuvaavat lakiin otetut ”arviointinormit”. Yrityksen kilpailijoistaan riippumattoman aseman selvittäminen voisi vaatia hyvin monen eri (ja mahdollisesti ristiriitaiseen suuntiin osoittavan) tekijän selvittämistä. Markkinaosuuden määrittämistä on pidetty jo perinteisesti tärkeimpänä lähtökohtana, vaikka muiden tekijöiden, kuten taloudellisen voiman, teknisen ylivoiman jne. asemaa on pyritty korostamaan. Arviointinormien käyttö perustuu yksinomaan markkinaosuuteen ja on siten eräänlainen ristiriita lain sisällä. Toisaalta korostetaan kaikkien eri tekijöiden selvittämistä, mutta samalla oletusnormit mahdollistavat hallitsevan aseman toteamisen vain markkinaosuuden pohjalta. Tilanne on ulkopuolisen kannalta jälleen hankala, koska normien merkityksestä (so. onko kilpailuviranomaisten näistä huolimatta tutkittava yrityksen todellinen asema markkinoilla vai ei) on erilaisia näkemyksiä. Osa kirjoittajista rajaisi näiden säädösten käytön epäselviin non liquet -tapauksiin ja osa suosisi laajempaakin käyttöä. Oikeuskäytännön perusteella arviointinormia ei voi soveltaa ainakaan silloin, kun on osoitettu yritykseen kohdistuvan kilpailua.

Väärinkäyttökontrolli perustuu GWB 19 §:n yleisnormiin, jonka avulla mikä tahansa väärinkäyttönä pidetty toiminta on kiellettyä. Saksan oikeudessa on siten hyväksytty se tosiasia, ettei hallitsevaa asemaa voida kontrolloida yksityiskohtaisilla normeilla. Toisaalta yleisnormin merkitys jää Saksassa erityisen avoimeksi, koska valtaosa tapauksista on käsitelty aiemman GWB 26 § 2 Abs.:n nojalla. Lain muutos ei muuttane tätä tasapainoa, koska nykyinen 20 § kattaa samat tilanteet kuin ennen lain muutostakin ja tarjoaa mahdollisuuden puuttua markkinavoimaisten yritysten toimintaan. GWB 19 § edellyttää edelleen selkeämpää markkinoiden hallintaa. GWB 20 §:n käyttämä termi haittaaminen on varsin avoin eikä sinänsä estä mitä erilaisimpiin kilpailukeinoihin puuttumista, joten ero yleisnormiin ei ole kovinkaan selvä.

Väärinkäyttötapojen osalta jako yleisnormiin ja erityisnormiin jäi jostain syystä lakiin vielä 1999 uudistuksessakin, vaikka nyt molemmat normit ovat kieltonormeja. Aiemmin GWB 26 §:nä olleen diskriminointia ja haittaamista koskevan erityisnormin suuri suosio oikeuskäytännössä lienee vaikuttanut siihen, ettei sitä

haluttu yhdistää määräävää asemaa koskevaan yleisnormiin. Erityisnormin olennainen ero verrattuna yleisnormiin on ollut se, että edellinen voitiin ulottaa ohi selvän määräävän aseman myös muihin markkinavoimaisiin yrityksiin.

Lähtökohtana on siten edelleen yleisemmän tason väärinkäyttökontrollin ja tiukemman diskriminoinnin / haittaamisen kontrollin erottaminen toisistaan. Ero on ollut merkittävimmillään tilanteissa, joissa suuryritykset saattoivat vedota riippuvuussuhteeseen ennen vuoden 1989 lain muutosta. Tämän jälkeen vain pk-yritykset voivat nojata riippuvuussuhteeseen. Nykyisellään GWB 20 § kattaa pitkälti samoja tapauksia kuin 19 §:kin ja mm. vahingonkorvaussanktion mahdollistavana normina se säilynee selvästi merkittävimpänä keinona kontrolloida hallitsevaa asemaa Saksassa. Ero ei järjestelmän ulkopuolisen tarkastelijan kannalta tunnu lainkaan mielekkäältä, koska normit voitaisiin yhdistää kilpailuoikeuden soveltamisen siitä kärsimättä. Väärinkäytön uhrillahan on pitkälti todistustaakka ja mitä eksoottisempaa väärinkäyttötapaa väitetään käytetyn sitä hankalampi sitä on todistaa. Yhteisessäkin normissa kilpailijoiden ja asiakkaiden / myyjien ajamien juttujen pääpaino pysyisi entisellään eli lähinnä diskriminointitapauksissa.

GWB:ssä ei mielestäni ole omaksuttu selkeästi markkinoille pääsyn esteitä painottavaa politiikkaa. Diskriminointi- ja haittaamiskielto yhdessä väärinkäytön kieltävän yleisnormin kanssa ovat kuitenkin tulkittavissa siten, että markkinoille tulon tulisi olla mahdollisimman vapaata. Diskriminoinnissa kyse on tasa-arvoisen toiminnan estämisestä, jolloin kohteeksi joutunut yritys ei joko voi laajentaa tai aloittaa toimintaa markkinoilla. GWB 20 §:ää on sovellettu markkinoille vasta pyrkiviinkin yrityksiin, mikä vahvistaa em. kantaa. Mitään erityistä vaatimusta ”tasapuolisen pelikentän” luomisesta yrityksille ei esitetä, mutta tämän voi katsoa kuuluvan jo toimivan kilpailun käsitteeseen ja siten GWB 19 ja 20 pykälien tarkoitukseen.

Kirjallisuudessa on tehty jako hallitsevan aseman hyödyntämisen ja kilpailijoiden haittaamisen välillä. Lakiteksti ei käytä näitä termejä, mutta sen materiaalinen sisältö vastaa kirjallisuuden kantaa. Terminologiaa merkittävämpi on kontrollin painottuminen enemmän haittaamisen puolelle. Puuttuminen hyödyntämiseen, tapahtui se sitten sopimusehtojen, monopolihintojen tms. kautta, on 1970-luvun innostuksen jälkeen jäänyt enemmän taustalle. Tätä tukee diskriminointiin puuttuminenkin, vaikka tämä sinänsä kohdistuu seuraavaan tai edelliseen markkinaportaaseen eikä suoranaisiin kilpailijoihin. Diskriminoinnin kohteeksi joutuneen kannalta on kyse sen omalla markkinaportaalla tapahtuvasta kilpailusta, jonka estymistä torjutaan yrityksen omien itsekkäiden päämäärien ohella. Kirjallisuudessakaan tämä ei ole jäänyt huomiotta, koska diskriminointi ja haittaaminen katsotaan lähes samanlaisiksi tekomuodoiksi.[388]

---

[388] Haittaamisen ja diskriminoinnin päällekäisyyttä ovat korostaneet esim. Emmerich ja Markert. Ks. jakso 3.4.

IV Määräävä asema pienemmillä kansallisilla markkinoilla – Suomen tilanne

1. YLEISTÄ

Saksaan verrattuna Suomen markkinat ovat selvästi pienemmät. Suomi on myös ollut EU:n kilpailusääntöjen alainen (laskettaessa mukaan lyhyeksi jäänyt ETA-jaksokin) useita vuosikymmeniä lyhyemmän ajan. Integraatiokehitys ei siten voi olla meillä edennyt yhtä pitkälle kuin Saksassa. Tästä näkökulmasta markkinamme ovat oletetusti suljetummat. Ero ei ehkä ole näin merkittävä, koska EU on joutunut toteamaan, ettei EEC-sopimus vielä yksinään riittänyt (eli synnytettiin nk. Single Market -ohjelma). Suomi on lisäksi pyrkinyt avaamaan tele- ja sähkömarkkinoitaan kilpailulle Saksaa nopeammin, joten olemme osittain jopa ”kilpailuhenkisempiä” kuin Saksa. Lyhyessä historiakatsauksessa pyrin Saksan tavoin tuomaan esille miten kilpailulainsäädäntömme on kehittynyt. Samalla tavoitteena on havainnollistaa nimenomaan 1980-luvun lopun ja 1990-luvun hämmästyttävän nopeaa kehitystä. Voidaan väittää Suomen muuttuneen sangen säädellystä yhteiskunnasta (hintasulkuineen ja rahamarkkinoiden säätelyineen) yhä enemmän kilpailuideologiaa korostavaksi eurooppalaiseksi valtioksi.[1]

1.1 Tärkeimmät lakiuudistukset

Suomalaista kilpailuoikeutta ryhdyttiin luomaan sodan jälkeen asettamalla vuonna 1948 komitea (kartellikomitea) pohtimaan talouselämässä esiintyviä kilpailunrajoituksia. Jo tässä vaiheessa erilliseksi ongelmaksi katsottiin sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa. Muiden tutkimuksen kohteina olevien oikeusjärjestelmien tavoin ei tähän puoleen kilpailuoikeutta (laajassa merkityksessä) puututa.

Lainsäädännön tarkoitukseksi katsottiin jo vuoden 1952 komitean mietinnössä markkinatalous ja vapaa kilpailu. Kartellikomitea määritteli asian katsomalla vapaan kilpailun olevan takeena siitä, että yritteliäisyys kohdistuu sinne, missä se on tuottavinta, ja uusien yrittäjien mukaantulomahdollisuus estää kohtuuttomat

[1] Komitea-tasolla todettiin vuonna 1987 Suomen talouden olevan varsin avointa ja siten teollisuuden / vientiyritysten olevan kilpailun kohteena. Toisaalta kotimarkkinat olivat pieniä ja maantieteellisten seikkojen takia osin vielä osamarkkinoiksi jakautuneita. Näissä tapauksissa ei markkinoilla voinut toimia tehokkaasti kuin yksi yritys. Ks KM 1987:4 s. 41.

ansiot. Komitea piti kilpailuvapautta silti vain yleissääntönä, josta on paljon poikkeuksia. Hallituksen esityksessä painotettiin kilpailuvapauden sijasta pikemminkin joidenkin kilpailunrajoitusten hyödyllisyyttä, vaikka kilpailunrajoituksia pidettiin yleensä talousjärjestelmän perustuksen vastaisina. Hallitus ei ottanut mitään kantaa siihen mikä oli talousjärjestelmän perusta.[2]

Komitea ei katsonut voivansa asettaa selkeitä kieltoja tai edes väärinkäyttöön perustuvaa kontrollia. Ruotsissa komitean asettamisajankohtana voimassa olleen lainsäädännön tavoin pitäydyttiin pelkässä ilmoitusvelvollisuudessa. Kilpailunrajoitusten julkaisemisen katsottiin osittain estävän niiden vaikutuksia. Lisäksi komitea katsoi, että tätä kautta saataisiin tietoa mahdollisia lain tiukennuksia varten. Jo vuonna 1954 annetussa hallituksen esityksessä tuotiin esille pelkkään ilmoitusvelvollisuuteen kohdistuneita epäilyjä. Komitean ehdotuksesta poikettiin kieltämällä määrähintajärjestelmä ja tarjouskartellit. Näistä vain määrähintajärjestelmän voi varsinaisesti katsoa koskeneen määräävässä asemassa olevaa yritystä.[3]

Vuoden 1957 laki talouselämässä esiintyvien kilpailunrajoitusten valvonnasta vaati tehostamista jo vuonna 1960-luvulla. Vuonna 1962 annetussa komitean mietinnössä lähtökohta on aiempaa selvemmin markkinatalous. Markkinatalouden katsottiin rakentuvan hintamekanismin häiriöttömälle toiminnalle. Mietinnössä tuodaan suomalaiseen oikeudelliseen ajatteluun toimivan kilpailun käsite. Täydellistä kilpailua kun ei komitean mielestä voinut saavuttaa. Mietinnössä on lähestytty kilpailunesteitä sangen modernisti. Tältä osin komitea tuo esille ensinnäkin valtion merkityksen kilpailuolosuhteiden luojana, mikä voi johtaa kilpailun tyrehtymiseen, jos asetetut puitteet ovat liian ahtaat kilpailun kannalta. Toisaalta yrittäjien kannalta kilpailu aiheuttaa heille paineita pakottaen heidät jatkuviin ponnisteluihin, jotta he eivät menettäisi voittotulojaan ja joutuisi syrjäytetyksi markkinoilta. Kilpailunrajoittaminen on siten elinkeinonharjoittajien kannalta hyödyllistä, koska em. paine vähentyy ja voittomahdollisuudet parantuvat. Kilpailun kannalta valtion ja elinkeinonharjoittajien kilpailunrajoitukset ovat yhtä vaarallisia.[4]

Merkittävinä kilpailunrajoituksina komitea piti mm. kartellia, tarjouskartellia, monopolia, oligopolia, selektiivistä myyntiä ja hintadiskriminointia. Lähestymistapa oli siten selvästi modernimpi kuin vuonna 1957 laissa. Painotus oli selkeästi

---

[2] KM 1952:33 s. 3; HE 1954/95 s. 1. Taustana sekä hallituksen että komitean varsin varovaisille kannanotoille lienee ollut talousjärjestelmään kohdistuvan tutkimuksen vähäisyys sekä sota-ajan / sotakorvausten luomien poikkeusolojen vaikutus Suomen talouselämässä.; Virtasen mielestä komitea jätti varsinaisesti määrittelemättä mitä kilpailulla tarkoitetaan ja tyytyi määrittelemään vapaan kilpailun. Ks. Virtanen II s. 240–241.

[3] HE 1954/95 s. 2.

[4] KM 1962:4 s. 10–12. Täydellinen kilpailu kuvataan mietinnössä taloudelliseksi optimitilaksi, jota ei voi saavuttaa. Tavoitteeksi komitea asettikin lähinnä toimivan kilpailun, vaikka se ei aivan selvästi tekstistä ilmene. Hallituksen esitys on – ehkä sen aikaiseen tapaan – sangen suppea eikä siinä oteta oikeastaan lainkaan kantaa komitean ajatuksiin. Ks. HE 1962/95 s. 1–3. Tavanomaisten yleisperustelujen sijasta teksti on lähinnä ehdotettujen normien erityisperusteluja.

kilpailunrajoitusten vaikutuksessa hintoihin ja osittain sopimusehtoihin. Markkinoille pääsyn esteet tms. eivät mietinnössä nouse esille. Määräävän aseman väärinkäyttöön ei mietinnössä tai hallituksen esityksessä oteta kantaa. Lain lähtökohta oli edelleen pitkälti sama kuin aiemmassa laissa molempien lakien nojautuessa lähinnä julkisuusperiaatteelle. Aine toteaa merkittävimmän eron olleen pyrkimyksen vahvistaa kilpailuviranomaisten mahdollisuuksia puuttua haitallisiin kilpailunrajoituksiin.[5]

Vuonna 1972 annetussa komitean mietinnössä pääpaino oli hintavalvonnan ja inflaation torjunnan puolella. Pyrkimyksenä oli samalla tehostaa markkinamekanismin toimintaa. Ensisijaisena puuttumismekanismina oli edelleen julkisuus- ja valvontaperiaatteet. Tätä perusteltiin mm. sopimusvapauden mahdollisimman vähäisellä rajoittamisella. Toisaalta väärinkäyttöperiaatetta pyrittiin laajentamaan. Aiempaa laajempia kieltoja ei lakiin otettu.[6]

Vuoden 1962 mietintöön verrattuna komitea oli hyvin vaitonainen markkinatalouden perustoiminnoista ja kilpailunrajoituksista. Mietinnössä painotettiin kuitenkin pysyttelemistä aiemman lain linjoilla, joten komitean näkökulma oli ilmeisesti sama kuin vuoden 1962 komitean. Kilpailua pyrittiin edelleen edistämään keinovalikoiman jäädessä kovin suppeaksi.[7]

Varsinainen muutos tapahtui vuonna 1988. Lakiuudistus merkitsi selkeää siirtymistä hintavalvonnasta kohti kilpailua korostavaa ajattelua. Entisestä – pitkälti käyttämättä jääneestä hintavalvonnasta luovuttiin ja jäljelle jäi vain hintasulun mahdollisuus. Tämä oli tarkoitettu poikkeustilanteissa käytettäväksi yllättäväksi keinoksi. Painopiste siirtyi selvästi elinkeinonharjoittajien mahdollisuuteen toimia markkinoilla ja markkinoiden kautta tapahtuvaan taloudelliseen päätöksentekoon. Valtion rooli taloudessa väheni. Aine kuvaa tilannetta kilpailupolitiikan ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisen aseman vahvistumisena.[8]

Määräävän aseman osalta painotettiin edelleen väärinkäyttöperiaatetta, koska itse asemaa ei rakenteellisena kilpailunrajoituksena voitu kieltää. Toimenpiteet tuli siten kohdistaa niihin toimenpiteisiin, joilla hallitsevaa asemaa käytettiin yleisen edun kannalta hylättävällä tavalla. Toisaalta komitea painotti väärinkäyttöperiaatteen antavan viranomaisille ja tuomioistuimille laajahkon harkintavallan. Jonkun kilpailukeinon nimeäminen väärinkäytöksi edellyttää sen vaikutusten tut-

---

[5] Aine s. 10–11. Tekijä toteaa vuoden 1965 lain toimineen avaukselle kielto- ja väärinkäyttöperiaatteen käyttöönotolle Suomessa. Km 1962:4 s. 12–13.

[6] Aine katsoo tärkeimmän 1973 lain hyödyntäneen kaikkia kolmea periaatetta lain tavoitteen pysyessä samana kuin aiemmin. Myös hän korostaa hintojen vakauteen liittyviä pyrkimyksiä. Ks. Aine s. 12–14, 15; KM 1972:52 s. 2–3, 4 ”Komitean ehdottama hintavalvontalaki yhdessä kilpailunedistämislakiin ehdotettujen muutosten kanssa lisää sellaisten hintapoliittisten keinojen määrää, jotka tekevät mahdolliseksi joustavan hintajärjestelmän toiminnan tehostamisen…”

[7] KM 1972:52 s. 53 ”Lain yleinen tarkoitus on ehdotuksessa säilytetty voimassa olevan lain mukaisena. Tarkoituksena on siten yleiseltä kannalta hyväksyttävän taloudellisen kilpailun edistäminen.”

[8] Aine s. 17–18; Komitean mietinnössä pidetään tarpeellisena säilyttää valtiovallalla turvautua hintasulkuun kansantalouden vakavissa häiriötilanteissa. Ks. KM 1987:4 s. 161.

kimista. Lopputulos oli komitean mielestä paljolti arvostuksenvaraisten taloudellisten ja yhteiskunnallisten kriteerien varassa, jolloin yhtenäisyys ja ennustettavuus voi kärsiä.[9]

Lakia uudistettaessa korostettiin kilpailun automatiikkaa. Varsinkin markkinoille pääsyn esteisiin tuli puuttua. Lainsäädäntöä ei suoraan haluttu sitoa mihinkään tiettyyn periaatteeseen, vaan ratkaisujen tuli olla mahdollisimman tehokkaita talouselämän toiminnan kannalta ilman raskasta byrokratiaa.[10]

1.2 Kilpailukäsite ja kilpailupolitiikka

Suomessa ei ole käyty Saksan kaltaista keskustelua siitä mitä kilpailu voisi oikeudellisesti tarkoittaa. Tässä yhteydessä en ota kantaa siihen, kuinka laajasti suomalaisessa taloustieteessä asiaa on tutkittu, mutta uudemmassakaan käyttämässäni kirjallisuudessa (Virtanen) ei ole käyty Saksassa esiintynyttä osin taloustieteellistä osin käsitelainopillista keskustelua. Meiltä puuttuu tässä mielessä Saksassa hyvin esillä oleva kilpailuoikeuden tutkimushaara: kilpailupolitiikka. Suomessa on tyydytty lähinnä pohtimaan, mitä kilpailulta yhteiskunnallisesti halutaan ottamatta kantaa siihen, mikä taloustieteen teoria tai malli voisi parhaiten täyttää tämän tavoitteen. Käsittääkseni taloustieteellisessä kirjallisuudessa on seurattu lähinnä amerikkalaista kirjallisuutta ja Saksan sodan jälkeinen kehitys (Freiburger-Schule; Kantzenbach jne.) on sivuutettu.

Taustalla lienee osittain ollut Suomessa pitkään jatkunut hintavalvonta, jota oli käytetty hyvinvointivaltion tukikeinona. Sillä tuettiin tulopolitiikkaa pitämällä inflaatiota keinotekoisesti alhaisempana. Hintavalvonnan ja kilpailupolitiikan nähtiin myös toimivan yhdessä edellisen roolin ollessa kilpailumekanismin korvaaminen silloin, kun markkinavoimat eivät itse estäneet häiriöiden syntymistä. Kilpailupolitiikalla tuli taata mahdollisimman suuri tehokkuus ja tätä kautta kuluttajien hyvinvointi.[11]

Lainsäädännössä lähtökohta oli alunperin varsin tekninen. Tyydyttiin määrittämään kilpailunrajoitus eikä itse kilpailua käsitelty lainkaan. Aikaisempi lainsäädäntö on siten lähinnä erityislainsäädäntöä sikäli, että ainoastaan tiettyihin ilmiöihin puututtiin. Mitään varsinaista kilpailupoliittista linjausta ei ollut, vaikka kilpailuvapauden esiin tuominen ilmentää ainakin rajoitettua markkinataloudellista asennoitumista.[12]

---

[9] KM 1987:4 s. 54–55, 140.
[10] KM 1987:4 s. 55–56.
[11] Yhteys jatkui vielä 1980-luvun lopulle asti mikä näkyy Kilpailu- ja Hintakomitean mietinnöstä. Ks. KM 1987:4 s. 1–3.
[12] Ks. HE 1954/95.
Ks. Virtanen I s. 229, 237–238. Tekijä katsoo, ettei vuoden 1958 lakia säädettäessä täysin pohdittu mille perustalle laki säädettiin. Taustalla oli osin makro-orientoitunut talouspolitiikka.

Lähtökohtamme muistuttaa pitkälti EU:ta koskevaa englanninkielistä kirjallisuutta, jossa ei ole käsitelainopillista tai vastaavaa lähtökohtaa omaksuttu. Esim. Rissanen-Korah teoksessa kilpailua on käsitelty hyvin lyhyesti lähinnä pyrkimyksenä tuoda esille, mitä se voisi kilpailupoliittisesti saada aikaan so. mikä on kilpailun yhteiskunnallinen tarkoitus. Samankaltainen linja on lähes kaikissa kilpailuoikeutta koskevissa teoksissa. Ainoa merkittävä poikkeus on Schulze-Steinen teos, jonka yhtenä tutkimuskohteena on ollut Saksan kilpailuoikeus. Koska saksalaisen kilpailupolitiikkaa koskevan kirjallisuuden on tarkoitus yhdistää juuri oikeus ja talous, ei Suomessa tässä mielessä voida puhua omasta tutkimushaarasta. Kirjallisuudessa on selkeästi omaksuttu toimivan kilpailun malli tarkemmin pohtimatta, mitä malli voisi sisältää. Kuten taloustieteellisestä jaksosta ilmeni, ei kyse ole mistään yksiselitteisestä vastauksesta kysymykseen, mikä on hyvää kilpailua – pahaa kilpailua (esim. hintasota kuuluisi tähän kategoriaan), ja mikä on ko. mallin valossa kilpailunrajoitus (voisimme kuvata kilpailunrajoitukseksi periaatteessa kaikkia ilmiöitä, jotka johtavat vähemmän toimivaan kilpailuun).[13]

Kilpailupolitiikan tehtävä on ollut huolehtia markkinamekanismin toimivuudesta osana talouspoliittista keinovalikoimaa. Kilpailu ei toimi oikeudellisessa tyhjiössä, vaan siihen vaikuttavat monet valtiovallan lainsäädäntötoimet. Vuoden 1987 komitea jakoi kilpailupolitiikan aktiiviseen (eli markkinamekanismin toimintaan suoraan puuttuvaan) ja passiiviseen (eli välillisesti kilpailuun vaikuttavaan). Passiiviseen kilpailupolitiikkaan saattoivat kuulua mm. työsuojelu- sekä tuoteturvallisuusnormit. Valtio saattoi vaikuttaa kilpailutilanteeseen aluepoliittisin keinoin valtion yritysten kautta tms. Nykytilanteessa komitean kanta on osin vanhentunut, koska valtion keinovalikoima on osin supistunut (EU-sääntöjen myötä). Lisäksi kaikille yrityksille neutraali taustasäätely ei juuri vaikuta kilpailutilanteeseen. Sillä ei ainakaan hevin edistetä kilpailun vapautumista, koska todennäköisesti suuremmat yritykset voivat täyttää lainsäädännön vaatimukset helpommin ja pienemmin yksikkökustannuksin kuin pk-yritykset.[14]

Lainsäädännössäkin siirryttiin 1980-luvulla toimivan kilpailun korostamiseen katsomalla kilpailunrajoituslain tarkoituksena olevan ”terveen ja toimivan kilpailun” turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Mitään laajempia yhteyksiä ei tehty, eikä käytettyä kilpailumääritelmää tuettu analyysillä siitä, mikä olisi toimiva kilpailu Suomen markkinoilla. Vuoden 1991 hallituksen esityksessä ei menty juuri aiempaa pitemmälle. Lähinnä korostettiin kilpailun perustuvan elinkeinonharjoittajien itsenäiseen toimintaan sekä siihen, ettei keinotekoisia alalle pääsyn esteitä esiinny. Mielenkiintoisena korostuksena pidän viittausta markkina-

---

[13] Toimivan kilpailun malliin on viitattu mm: Kalliomaa-Puha s. 11–17; Mononen s. 129–135; Rissanen ym. s. 1–7.

Vrt. Schulze Steinen kirjan teoria osio B s. 13–75, jossa on käsitelty paitsi saksalaisia esikuvia mm. Williamson’n transaktioteoriaa.

[14] KM 1987:4 s. 38–40.

mekanismin itseohjautuvuuteen, vaikka tämä seikka ei itse säädöstasolla näy. Julkisen vallan rooli on nähty välillisenä, kilpailun esteitä poistavana, päävastuun kilpailun ylläpitämisestä ollessa elinkeinoelämällä.[15]

Komitean mietintötasolla ei vielä vuonna 1982 päästy kovin merkittäviin määrittelyihin. Lähtökohtana oli lähinnä perinteinen hintamekanismiin perustuva arvio kilpailusta. Hintamekanismin kautta kilpailun nähtiin tukevan tehokasta ja rankaisevan tehotonta yritystoimintaa. Kilpailun toimimattomuus mahdollisti monopolivoitot, vaikka selviä havaintoja näistä ei oltu saatu. Kilpailun resursseja kohdentava vaikutus nähtiin myös positiivisena. Mitään määritelmää siitä, mikä komitean mielestä olisi lain tarkoittamaa kilpailua, ei mietinnössä ole. Lähinnä päädytään siihen, ettei täydellistä kilpailua juuri esiinny todellisuudessa![16]

Vuoden 1987 komitean mietinnössä korostettiin aiempaa enemmän kilpailun itseohjaavaa vaikutusta. Tämä ilmentää tavallaan siirtymistä hintavalvonnasta ja ohjailutaloudesta kohti modernimpaa kilpailutaloutta. Itseohjaavuus näkyi sekä staattisessa tehokkuudessa että dynaamisessa kehityksessä. Jälkimmäisellä tarkoitettiin lähinnä teknistä kehitystä, eikä näkökulma kohdistunut esim. markkinoiden rakenteen pitkäaikaisiin muutoksiin. Keskittymistä ei tuomittu täysin, koska se oli pienen maan kannalta välttämätön paha. Sen haittapuolena nähtiin markkinoille pääsyn estyminen. Suomalaisten yritysten todettiin usein valinneen kilpailustrategiakseen juuri keskittämisen kapeaan markkinalohkoon. Motiivi tähän oli kilpailutilanteen hallinta, koska kireä kilpailu ja hidas kysynnän kasvu saattoivat muodostua esteeksi yrityksen kehittämiselle.[17]

Vuoden 1991 komitean mietinnössä on pitkälti toistettu aiempaa kantaa kilpailun osalta. Kilpailun päätarkoitus on toiminnan ohjaaminen markkinataloudessa hintamekanismin kautta. Markkinoilla menestyy kilpailutilanteessa vain tarjoamalla paremman vaihtoehdon. Aiemmasta poiketen korostettiin julkisen vallan roolin ja erilaisen sääntelyn merkitystä. Deregulaatiota pidettiin keskeisenä tavoitteena Suomen kilpailupolitiikassa.[18]

Lainsäätäjän ei voi katsoa sitoutuneen mihinkään tiettyyn kilpailuteoriaan. Tämä lähtökohta vastaa saksalaista ja on pitkälti pakon sanelema. Markkinoiden ja talousteorian dynamiikan kannalta sitoutuminen johonkin tiettyyn malliin voisi käsitystemme muuttuessa johtaa pikemmin kilpailunrajoittamiseen kuin sen

---

[15] HE 1987/148 s. 3; HE 1991/162 s. 3.

[16] Mietintö jättää siten avoimeksi olivatko sen laatijat jo siirtyneen ”toimivan kilpailun puolelle”. Ks. KM 1982:49 s. 1–3.

[17] Aiheen ulkopuolelle jää se oliko prosessi jälkikäteen arvioiden oikein toimitettu esim. rahamarkkinoiden vapauttamisen osalta.

Itseohjaavuuden lisäksi komitea korosti tiettyjen alojen voivan vaatia keskittämistä pienillä markkinoilla jo kilpailukyvyn takia. Ks. KM 1987:4 s. 34–36, 36–38 (yritysten valintojen osalta).

[18] KM 1991:15 s. 5–7.

Paremman vaihtoehdon maininnan voi katsoa lähestyvän saksalaiseen ajatteluun verrattavaa suorituskilpailu-mallia. Komitea ei kuitenkaan viittaa tämänkaltaiseen ajatteluun eikä sitä ole Suomeen omaksuttu.

edistämiseen. Kilpailuoikeus tähtää taloudellisten ilmiöiden kontrolloimiseen, joten taloustieteelliset teoriat ovat aina tarkastelumme taustamateriaalia. Toimiva kilpailu on ylipäätään hyvin venyvä käsite, koska ei voida tarkkaan ilmaista, milloin kilpailu on toimivampaa johonkin toiseen tilanteeseen verrattuna.[19]

Saksalaiseen keskusteluun verrattuna Castrén on mielenkiintoisella tavalla nostanut Suomessakin esille suorituskilpailun sekä vilpillisen kilpailun että kilpailunrajoituslain toimivan kilpailun mittapuuna. Hän on oikeassa todetessaan, että sekä sopimatonta menettelyä että kilpailunrajoituksia tulisi arvioida saman lähtökohdan perusteella. Tämä on tarpeen jo siksi, ettei kilpailunrajoituslaki voi sallia sopimatonta menettelyä ja päinvastoin. Castrén'n määritelmän jäädessä ”tyypillisesti parempien ja laadukkaampien tuotteiden” tasolle ei suorituskilpailu määritä varsinaisesti yhtään mitään. Tekijä itsekin tuntuu pitävän kysymystä nimitysongelmana![20]

Kuoppamäki on katsonut määräävässä asemassa olevan yrityksen saavan toimia markkinoilla ja jopa vahvistaa omaa asemaansa suorituskilpailun keinoin. Suorituskilpailulla hän tarkoittaa saksalaiseen tapaan kaikkia niitä kilpailukeinoja, jotka perustuvat yhtiön tarjoaman hyödykkeen paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin. Tämäkin määritelmä jää täysin tyhjäksi. Se edellyttäisi mittapuuta tuotteiden paremmuudesta, ja jo tämän arviointi on mahdotonta. Lähtisimmekö vain fyysisestä paremmuudesta (eli puhtaasti tuotteen ominaisuuksista) vai sallitaanko kuluttajien mielikuvien vaikuttaa asiaan (näiden taustallahan voi olla mainonta tai pitemmän ajan kuluessa syntynyt käsitys yrityksen tuotteista)? Kaikki yrityksen toiminta tähtää jollain tavalla oman suorituksen esille tuomiseen ja tässä mielessä ”paremmuuteen” verrattuna muihin. Jos muu kuin määräävässä asemassa oleva yritys saa mainostaa tuotettaan, on tämän oltava sallittua hallitsevallekin yritykselle. Siten markkinointi on selvästi osa suoritteen ns. paremmuutta. Kuoppamäen väite siitä, että lainsäätäjä olisi sitoutunut suorituskilpailuun, on harhaanjohtava, koska esitöissä olevat viittaukset eivät johdonmukaisesti osoita tällaisen linjan valitsemista. Pikemminkin toimivan ja tehokkaan kilpailun määrittäminen on jätetty lainsoveltajille.[21]

---

[19] Tätä näkökulmaa korostaa Kuoppamäki. En ole täysin samaa mieltä hänen kanssaan Kuoppamäen todetessa, ettei lainsäädäntömme toimivaa kilpailua tule samaistaa 1950-luvulla muodissa olleeseen ”toimivan kilpailun koulukuntaan”. Lausuma on peruskäsikirjaksi käytetyssä teoksessa, jossa ei ole tarkoitus esitellä talousteoreettisia malleja. Kilpailuoikeus nojaa kuitenkin vankasti talousteoriaan, joten Kuoppamäen kannanotto jää eräällä lailla liian lyhyeksi. Emme samaista nykytilannetta 1950-luvun koulukuntaan, mutta sen jäljet näkyvät edelleen kilpailuoikeudessa (mm. täydellisen kilpailun mallin hylkääminen kulminoitui tähän ajattelumalliin). Ks. Kuoppamäki I s. 31.

[20] Castrén s. 134–137. Ks. erityisesti s. 137 ”Tehokasta, innovatiivista ja kustannustason alentamiseen kuluttajia hyödyttäen pyrkivää kilpailua voidaan nimittää suorituskilpailuksi siitä riippumatta, arvioidaanko sitä kilpailunrajoituslain tai vilpillistä kilpailua tahi sopimatonta menettelyä säätelevän lain näkökulmasta.”

Vrt. Saksassa käydyn keskustelun osalta jakso III 1.2.1.

[21] Kuoppamäki I s. 158 ”Suorituskilpailulla tarkoitetaan yleisesti kaikkia niitä kilpailukeinoja, jotka perustuvat yhtiön tarjoaman hyödykkeen paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin.”

Aine on myös omaksunut suorituskilpailun käsitteen. Hän yhdistää sen toimintakilpailuun. Kilpailulainsäädännön tarkoituksena on suojata taloudellisia toimijoita heidän pyrkimyksissään tuoda markkinoille laadultaan, hinnaltaan ja toimitusehdoiltaan entistä edullisempiä hyödykkeitä. Keskeiseksi päämääräksi nousee siten kuluttajien etu, mikä on täysin hyväksyttävää. Suorituskilpailu tuntuu Aineella olevan lähinnä raja sopimattomaan menettelyyn, koska hän toissijaisesti korostaa, ettei kilpailua suojata kuin lain ja hyvän liiketavan rajoissa. Tämäkin näkökulma jättää avoimeksi, mikä oikein on suorite. Käytännössä lähinnä toistetaan toimivan kilpailun kriteerejä. Aine myöntää, että terve ja toimiva taloudellinen kilpailu jää monelta kohdin avoimeksi. Tätä ongelmaa ei ratkaise kilpailun sitominen oletettuun suoritukseen.[22]

Kilpailupolitiikalla ei tulisi tukea tehotonta toimintaa. Elinkeinovapauden merkitys korostuu, jos kilpailunrajoituksen tehokkuusedut eivät välity kilpailijoille tai kilpailunrajoitus sulkee pois huomattavan määrän normaaleja liiketoimintamalleja. Tämä vuoden 1991 komitean esittämä kanta on tulkittavissa paitsi kartellikielloista myönnettävien poikkeusten arviointikriteeriksi myös määräävän aseman tulkintaperiaatteeksi. Elinkeinovapautta rajoittava hallitseva yritys, joka lähinnä kerää edut itselleen, ei siten voisi vedota tehokkaampaan toimintaansa. Komitea korosti myös sitä, ettei kilpailupolitiikkaa voida kuin välillisesti käyttää esim. inflaatiopaineiden hallintaan. Liittyminen euro-alueeseen vain korostaa tätä seikkaa, koska rahamarkkinoiden perustekijät ovat yhä enemmän koko EU:n markkinoiden toiminnasta riippuvaisia. Tämän mietinnön voi katsoa tavallaan olevan piste hintapolitiikan ja kilpailupolitiikan yhteensidonnaisuudelle Suomessa.[23]

Saksaan verrattaessa ei terve ja toimiva kilpailu anna lainkäyttäjälle sen enempää ohjenuoraa kuin sikäläinen lakikaan. Lain tarkoituksen korostaminen saksalaiseen tapaan ei siten ole meillä tarpeen, koska lopputuloksena voisi olla tyhjäksi jäävä, jokaisen normin osalta eri lailla tulkittava korulause. Kilpailunrajoituksia koskevan lainsäädännön päämäärää kilpailun edistäjänä ei silti saa kokonaan unohtaa, koska muutoin lakia voidaan käyttää liiallisesti yksittäisten elinkeinonharjoittajien suojaamiseen. Tämä vaara voi piileä erityisesti korostettaessa jotain tiettyä suoritetta kilpailun kriteerinä, koska vertailukohdaksi muodostuu helposti oletetun kuluttajan edun sijasta erilaisten kilpailijoiden tosiasialliset mahdollisuudet toimia markkinoilla. Lain tarkoituksen korostaminen voisi olla tarpeen mietittäessä muuta lainsäädäntöä, eli koko lainsäädäntö pitäisi tehdä valitun markkinatalousmallin puitteissa. Mallista poikkeaminen olisi perusteltava.[24]

---

[22] Aine s. 22. Tekijän kanta on siten liki identtinen Kuoppamäen kanssa.
[23] KM 1991:15 s. 9.
[24] Aine toteaa kilpailunrajoituslain selkeänä lähtökohtana olevan taloudellisen kilpailun perustava merkitys taloudelliselle toiminnalle. Kilpailulainsäädännön on nimenomaan tuettava markkinamekanismin itseohjautuvuutta. Ks. Aine s. 29.

Tähän laajempaan yhteiskunta- ja kilpailupoliittiseen kysymykseen markkinatalouden huomioimisesta lainsäädäntötyössä en aiheen ulkopuolelle jäävänä puutu tarkemmin.

2. MÄÄRÄÄVÄ ASEMA

Vuoden 1958 laissa kilpailunrajoitusilmiöt jaettiin kolmeen ryhmään, joista yhtenä olivat monopolitapaukset. Monopolilla tarkoitettiin laissa yksinoikeutta ja muuta määräävää asemaa. Täydellistä monopolia lainsäätäjä ei edellyttänyt, vaan kilpailun puuttuminen tai oleellinen rajoittuminen riitti. Monopolin syynä saattoi olla joko oikeudellinen tai tekninen kilpailun este.[25]

Määräävän aseman saaman vähäisen huomion taustalla lienee ollut Suomen talousjärjestelmän tila 1950–1980 -luvuilla. Alunperin ei lainsäätäjällä ja suunnitelluilla kilpailuviranomaisilla edes ollut tarvittavaa tietoa arvioinnin pohjaksi. Sittemmin inflaation torjunnan ja hintapolitiikan merkitys kasvoi kilpailua korostavaa linjaa tärkeämmäksi. Varsinkin 1973 lakiuudistuksessa hintavalvonnalla oli selkeästi kilpailua merkittävämpi osuus. Tällaisessa tilanteessa määräävä asema jää jo loogisesti kartellien sekä puhtaiden monopolien hintakontrollin taustalle. Ratkaiseva muutos on tapahtunut 1990-luvun myötä sekä EU-kehityksen että markkinoiden muun vapauttamisen takia.[26]

2.1 Markkinat

Jo kartellikomitean lähtökohdan mukaisesti määräävä asema kohdistui joihinkin markkinoihin. Nämä saattoi rajata sekä alueellisesti että tuotteiden suhteen. Määräävässä asemassa saattoi olla tietyn alueen rautakauppa kaikkien siellä myytävien tuotteiden osalta tai jonkin tuotteen osalta. Kyse on tavallaan taloudellisen voiman kohdentumisesta, eli miten moni yritys voi vaikuttaa tiettyihin markkinoihin. Vaikka lähestymistavaksi omaksuttaisiin markkinakäyttäytymisen tai -tuloksen arvioiminen, on relevantit markkinat aina määriteltävä. Peruslähtökohtana on tällöin sekä tuote- että maantieteellisten markkinoiden selvittäminen. Mitään eroa ei Suomen, Saksan tai EU:n välillä voida tältä osin tehdä, koska relevantit markkinat ovat kaikkien järjestelmien peruslähtökohta.[27]

Markkinoiden määrittelyä voidaan pitää Mentula ym. esittämin tavoin taloudellisena tosiasiakysymyksenä, jossa lähtökohtana on markkinavastapuolen käsitys tuotteiden vaihdettavuudesta. Suomalaisten markkinoiden pienuuden takia (var-

---

[25] KM 1952:33 s. 4. Komitea rinnasti monopoliin kartellin kautta syntyvän lähinnä oligopolitilanteen.

[26] Ks. lainsäädännön painotuksesta Virtanen I s. 245 (painotetaan löyhien sopimusrakennelmien merkitystä kilpailunrajoituksina Suomessa).

[27] Kuoppamäki I s. 150 ”Määräävän markkina-aseman todentaminen edellyttää sitä, että esikysymyksenä on otettu kantaa relevanttien markkinoiden määrittelyyn. … Ilman riittävän tarkkaa markkinamäärittelyä ei voida selvittää yrityksen suhteellista vahvuutta suhteessa sen kilpailijoihin,…”; Mentula ym. s. 37–39. Tekijät toteavat markkinarakenteen olevan tärkein lähtökohta arvioinnille sekä viittaavat HE:n lähtökohtanakin olevan markkinoinnin määrittelyn.

sinkin maantieteellisten markkinoiden osalta) liiallinen vastapuolen näkemykseen tuijottaminen voi johtaa virhearviointeihin. Suomen kilpailuoikeudenkaan ei voida katsoa olevan sosiaalisen suojan väline, vaan vapaata kilpailua korostava oikeudellinen instrumentti. Suomalaisen pienen kaupungin vastatessa lähinnä eurooppalaista kylää päädytään helposti tilanteeseen, jossa paikallinen kunta olisi aina hallitsevassa asemassa esim. terveyspalveluja ostaessaan. Vastaavasti rautakauppoja ei välttämättä ole kuin yksi tai kaksi (mukaan lukien kilpailevien markettien ao. osastot). Lain mahdollistaessa varsin pitkälle menevän yritysten toimintaan puuttumisen voi tiukka markkinatulkinta johtaa tarpeettoman laajaan talouselämän kontrolliin. Toisaalta liian laaja tulkinta voi sallia markkinoiden kannalta haitallisten menettelytapojen käytön. Markkinoille pääsyn ollessa rajoitettua voi sinänsä taloudellisesti vähäiseen väärinkäyttöön puuttuminen olla järkevää. Tällöin markkinatkin on arvioitava juuri niille pääsyn esteiden valossa.[28]

Markkinoiden arviointi perustuu, kuten Saksassa ja EU:ssa, markkinavastapuolen näkökulmaan. Tuotteet kuuluvat samoille markkinoille, jos ne ovat em. tahon kannalta keskenään vaihdettavissa. Tuotteiden ei tarvitse olla edes käyttötarkoitukseltaan identtisiä, jos niitä on ostajan kannalta saatava yhdessä. Schulze Steinen katsoo tämän ilmentävän taloudellisten reaaliteettien vaikutusta harkintaan käyttäen esimerkkinään Neste/Seo -tapausta. Tapauksessa markkinat määritettiin moottoripolttonesteiden mukaan, vaikka lopullisen kuluttajan kannalta esim. diesel ja bensiini eivät olekaan keskenään vaihdettavissa. Huoltoaseman tai tukkuostajan on kuitenkin voitava kilpailukykynsä säilyttääkseen myydä kaikkia eri oktaanisia bensiinejä ja dieselöljyä, joten sen kannalta kyse on yhdestä kokonaistuotteesta (so. huoltamon tarvitsemat polttoaineet). Talousteoria ei sinänsä estä lukemasta poikkeavia tuotteita samoihin markkinoihin kuuluviksi, jos niitä tyypillisesti kysytään yhdessä. Taloudellisen reaaliteetin termi on siten osin turha, vaikka se kuvaa hyvin tilannetta.[29]

2.1.1 Tuotemarkkinat

Tuotemarkkinat määritetään kysynnän tai tarjonnan mukaan (riippuen siitä, onko kyse tarjonta- vai kysyntämarkkinoiden määrittelystä). Lähtökohta ei siten poikkea muista tutkittavista järjestelmistä. Vaikka kilpailulaki koskee vain Suomea, ei tämä estä huomioimasta ulkomaisten, Suomen markkinoilla kilpailevien tuottei-

---

[28] Kuoppamäki korostaa, että markkinamääritelmä voi käytännössä ratkaista jutun lopputuloksen. Ks. Kuoppamäki I s. 150; Mentula ym. s. 41, 51–52.

[29] Mononen s. 38 (kysyntänäkökulma); Schulze Steinen s. 233, 234.
Neste/Seo-tapauksessa ei kiistetty Nesteen puolelta moottoripolttonesteiden muodostavan omat markkinansa. Ks. Nesteen vastine Kilpailuneuvoston ratkaisut 8/92–6/96 s. 252–255. Ratkaisussaan kilpailuneuvosto piti tuotteiden kuuluvan samoille markkinoille juuri vähittäisportaan yhteyden takia ottamatta kantaa tukkuostajan kilpailukykyyn, jos se ei saa kaikkia laatuja yhdeltä toimittajalta. Lisäperusteluna oli Nesteen samankaltainen markkina-asema eri polttonesteiden osalta. Ks. em. teos s. 275.

den vaikutusta. Mikäli nämä ovat markkinavastapuolen kannalta samanarvoisia, on ne luettava samoihin tuotemarkkinoihin. Kaikki ostajien kannalta keskenään ilman erityisiä toimenpiteitä tai kustannuksia vaihdettavat tuotteet kilpailevat siten samoilla markkinoilla.[30]

Rissanen ym. ovat viitanneet rekisterikäytäntöön, jossa markkinat oli määritelty tuote- ja hyödykepohjaisesti yritysten ilmoitusten perusteella. Kirjoittajat toteavat, ettei tällöin aina edes erotettu eri jakelutasoja, vaan puhuttiin pelkästään tietyn tuotteen markkinoinnista. Rekisterikäytäntöä ei mielestäni voida enää pitää relevanttina, vaan lähtökohdan täytyy olla markkinavastapuolen. Valmistaja-tukkuporras erottelua ei edelleenkään tarvita, jos tuotetta käytännössä myydään valmistajien toimesta suoraan vähittäismyyjille, ja he siten kilpailevat tukkumyyjien kanssa (esim. tilanteissa, joissa on muutama suomalainen valmistaja ja vahva tukkuliike, joka tuo vastaavaa tuotetta ulkomailta).[31]

Arvioitaessa tuotteen vaihtokelpoisuutta on lähtökohtana sekä tuotteen käyttötarkoitus että hintataso ja laatu. Käyttötarkoitusta ei tule määrittää valmistajan luokittelun, vaan tosiasiallisen käytön perusteella. Tuotteet voivat siten kuulua samoille markkinoille, vaikka ne valmistajien mielestä eivät kilpailisi keskenään, jos ostajien mielestä ne ovat vaihdettavissa. Hintatason ja laadun osalta arviointi on vielä edellistä vaikeampaa, koska selviä rajoja ”luksus”- ja muiden markkinoiden välillä ei useinkaan voida vetää. Tietynlaisen kulutuselektroniikan ja esim. luksusautojen osalta erottelu voidaan tehdä, jos ostajat hintataso, laatu, markkinointi tms. seikat huomioon ottaen eivät enää pidä niitä samanlaisina tuotteina kuin muut em. alojen tuotteet. Ne eivät tyydytä kuluttajan kannalta enää samoja tarpeita.[32]

Täydellistä vaihdettavuutta ei edellytetä, vaan tuotteiden kohtuullinen vaihdettavuus riittää. Vaihdettavuuden ei siten tarvitse toteutua kaikkien asiakkaiden suhteen kaikissa olosuhteissa. Merkittävä poikkeama hinnassa tai käyttötarkoituksessa osoittaa tuotteiden kuuluvan eri markkinoille, mutta tarkka raja voidaan määritellä vain tapauskohtaisesti. Apuna voidaan käyttää ristijoustoa eli pienen hinnankorotuksen arvioitua vaikutusta tuotteen kysyntään. Kuten Kuoppamäki toteaa, ei ristijousto aina ole toimiva lähtökohta. Jos hinnat ovat olleet korkealla jo ennen testikorotusta, kuluttajat voivat siirtyä joukottain toiseen tuotteeseen. Arvio todistaa tällöin yrityksen hyödyntäneen hinnoitteluvaransa täydellisesti (eli se on voinut käyttää monopolihinnoittelua), eivätkä tuotteet tosiasiallisesti kuulu eri

---

[30] Mentula ym. s. 41–42. Tekijät korostavat markkinavastapuolen näkökulman olevan olennainen määritettäessä tuotemarkkinoita. Käytetyissä esimerkeissä ei mainita ulkomaisia valmistajia, mutta olettaisin tekijöiden olevan tekstissä esitetyllä näkökannalla; Rissanen ym. s. 304–305.

[31] Rissanen ym. s. 305–306.

[32] HE 148/1987 s. 18 ”Hyödykemarkkinan asiallisessa määrittelyssä on selvitettävä, mitkä tavarat tai palvelukset ovat asiakkaiden näkökulmasta ominaisuuksiensa osalta siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Pääsäännön mukaan voidaan lähinnä nojautua samanlaiseen käyttötarkoitukseen ja vertailukelpoiseen laatutasoon.”; Mentula ym. s. 61–62; Mononen s. 38.

markkinoille. Ristijouston arvioinnin lähtiessä testikorotuksista on arviointi muutoinkin hypoteettinen, koska ilman laajaa markkinatutkimusta on mahdotonta sanoa, miten tuotteen ostajat todella reagoisivat (varsinkin, jos tuotteella on hieman toisistaan poikkeavia käyttäjäryhmiä eli mahdollisesti jo tällä perusteella useita eri markkinoita).[33]

Tuotemarkkinoiden arviointi on aina tietyssä määrin harkinnanvaraista. Kaikki kuluttajat eivät välttämättä pidä tuotetta A samanarvoisena tuotteen B kanssa, mutta jos pääosa kuluttajista on tätä mieltä, ovat ne keskenään kilpailevia. Kuinka korkeaa korvaavuusastetta vaaditaan, on osittain tapauskohtaisesta arvioinnista riippuvaa. Kuta korkeammalle vaatimustaso asetetaan sitä helpommin päädytään kapeisiin markkinamäärittelyihin. Jotta hallitsevalla asemalla olisi jotain taloudellista merkitystä, on siihen liityttävä ainakin jonkinasteista tosiasiallista markkinavoimaa. Liian kapea tuotemarkkina-käsite voi luoda näköharhan määräävästä asemasta, vaikka kyseinen yritys ei käytännössä pysty voimavarojen puuttuessa toimimaan itsenäisesti. Arviointi painottuu tältä osin itse määräävän aseman määrittämiseen eikä ole puhtaasti markkinoiden laajuutta koskeva kysymys. Sitä ei tulisi täysin unohtaa, koska varsinkin markkinaosuuksia painotettaessa lopputulos voi olla hallitseva asema em. tilanteissa. Sinänsähän markkinoiden hallinta ei ole kielletty, vaan ainoastaan niiden väärinkäyttö. Toisaalta väärinkäyttö voidaan nähdä helpommin siellä missä markkinamääritelmän ja ”suuren” markkinaosuuden takia on selkeästi markkinoita hallitseva yritys, oli yritys kuinka vähäpätöinen tahansa. Ongelma korostuu Suomen kaltaisilla edelleenkin kuljetuskustannusten sekä kieli- tms. tekijöiden takia osin eristyneillä markkinoilla, vaikka integraatiokehitys muuttanee tilannetta jatkossa.[34]

Hyvä esimerkki hankalasta markkinamäärittelystä on Ajasto-tapaus. Kyse oli siitä, miten kalentereiden markkinat jaetaan. Näitä on monta eri muotoa seinä- ja pöytäkalentereista alkaen ja vaihtelua on myös tietosisällön suhteen (esim. tietyn alan kalentereissa voi olla yhteystietoja tms.). Ovatko ostajien kannalta sellaiset kalenterit eri asemassa, joissa on juhla- ja nimipäivätiedot? Tällä kannalla oli ollut kilpailuvirasto. Kilpailuneuvoston mukaan ei ollut riittävää näyttöä siitä, että kuluttajille olisi ollut ratkaisevaa merkitystä juuri em. seikalla (so. niihin ei kohdistunut muusta kalenterikysynnästä poikkeavaa kysyntää). Kilpailuneuvosto päätyi jakamaan markkinat kustannettuihin ja tilauskalentereihin. Edelliset olivat pitkän ajan kuluessa vakiintuneita tuotteita. Jälkimmäiset tehtiin enemmän mainostajan tavoitteiden mukaan ja toiminta muistutti enemmän tavanomaista kirjapainotoimintaa. Tapauksessa voidaan perustellusti kyseenalaistaa kilpailuviraston lähtökohta, koska kuluttaja todennäköisesti saa mainoslahjana ainakin yhden kalenterin, jossa on myös nimipäivät tms. Se ryhmä, joka ostaisi kalenterin vain tämän seikan takia lienee marginaalinen.[35]

---

[33] Kuoppamäki I s. 151–152.
[34] Mentula ym. s. 43.
[35] Ajasto päätös 13.9.1999 d:o 34/359/97 s. 10–13.

Tuotteen korvaavuuden hankaluutta kuvaa Lapin Kansa Oy -tapaus. Kyseessä on alueellinen lehti, joka tarjoaa ilmoitustilaa. Kilpailuviraston kannan mukaan markkinat tuli rajata lehti-ilmoitteluun lehden ilmestymisalueella. Lapin Kansa Oy:n kannan mukaan se kilpaili samoista markkinoista sanomalehtien, television ja aikakauslehtien kanssa. Lisäksi kaupan mainonta tapahtui sanomalehti-ilmoittelun lisäksi suoramainonnan kautta. Asiakkaan näkökulmasta lähtien ei ilmoitusvälinetuotetta voida yksiselitteisesti rajata. Kilpailuneuvosto totesi, että sanomalehti saattoi joissain tapauksessa olla käytännössä ainoa vaihtoehto, mutta toisilla asiakkailla oli käytettävissään muita yhtä hyviä keinoja. Neuvosto jakoi asiakkaat kolmeen ryhmään eli niihin, joille lehti-ilmoitus oli ainoa varteenotettava vaihtoehto, niihin, joille se oli osa keinovalikoimasta eikä ollut kokonaan korvattavissa muilla keinoilla, sekä niihin, jotka saattoivat korvata sen muilla tavoin. Vastoin kilpailuviraston kantaa ei tuotemarkkinoita voitu rajata yksinomaan lehti-ilmoitteluun. Tarkempaan määrittelyyn kilpailuneuvosto ei ryhtynyt.[36]

Kilpailuneuvoston kantaa voidaan kritisoida sen epämääräisyyden takia. Ratkaisussa viitataan siihen, että korvaavia tuotteita on eikä lehti-ilmoittelu ole kaikille välttämätön väline. Kilpailuneuvosto päätyy kuitenkin sen enempää perustelematta tarkastelemaan vain lehti-ilmoittelumarkkinoita. Päätöksestä saa sen vaikutelman, ettei asiaa yksinkertaisesti haluttu selvittää tarkemmin. Lain sanamuoto ”tietyillä hyödykemarkkinoilla” edellyttää tarkkaa arviota siitä, mihin markkinarajaus perustuu. Tarkastelun kohteena oli Lapin Kansan vuosialennusjärjestelmä, jolloin yksinomaan lehti-ilmoittelun varassa oleva ryhmä voidaan lähestulkoon jättää huomioimatta. Kilpailuneuvoston mukaan tähän ryhmään kuuluivat paikallisten palveluiden tarjoajat, ei-kaupalliset ilmoittajat sekä osa vähittäiskauppiaista. Tälle ryhmälle hyödyke on satunnainen mainos lehdessä eikä vuosittainen mainosjärjestelmä. Vähittäiskauppiaiden osalta on varsin erikoisesti sivuutettu suoramainonnan merkitys kokonaan. Viikottaisen A4-kokoisen mainoksen tekeminen ja jakaminen kaupan lähialueelle on varmasti jonkin asteinen vaihtoehto. Muussa kahdessa ryhmässä suoramarkkinoinnin merkitys oli selvästi kasvanut, joten sen sivuuttaminen on tältäkin kannalta vaikeasti ymmärrettävissä. Saattaa toki olla, ettei kyseisellä maantieteellisellä alueella (Rovaniemen talousalue) ole varteenotettavia suoramarkkinointikanavia sanomalehti-ilmoitteluun verrattuna.[37]

---

[36] Lapin Kansa Oy -tapaus 20.1.2000 (d:o 2/359/98) s. 11–14.

[37] Erikoisena pidän kilpailuneuvoston kantaa siitä mikä olisi ollut todetun markkinarajauksen vaihtoehto. Ks. Lapin Kansa Oy -tapaus 20.1.2000 (d:o 2/359/98) s. 14 ”Markkinoiden tarkempi kuvaaminen ja konkreettinen rajaaminen olisi edellyttänyt markkinatutkimusta, jonka lähtökohtana olisi ollut ilmoitustilan tarjonnan sijasta kysyntä mediamarkkinoilla.”. Vrt. em. lähde s. 11, jossa yksiselitteisesti todetaan lähtökohtana olevan asiakkaiden näkökulma. Tarkasteleeko siis kilpailuneuvosto vastoin omaa lausumaansa vain tarjonnan näkökulmaa? Eikö kohteena olisi kaikissa tapauksissa pitänyt olla juuri kysyntä mediamarkkinoilla, josta olisi sitten voitu rajata lehti-ilmoittelu omiksi markkinoikseen, jos sitä korvaavia tuotteita ei ole?

Oikea ratkaisu olisi ollut palauttaa asia kilpailuvirastolle lisäselvityksiä varten tai hylätä kilpailuviraston esitys perusteettomana, jos kilpailuneuvosto ei itse voi olla varma markkinoiden rajauksesta.

Timonen on Lapin Kansa ratkaisuun liitetyssä eriävässä mielipiteessään ollut pitkälti edellä esitetyllä kannalla. Hän painottaa kysyntälähtöisyyttä ja tätä kautta ilmoittajien vaihtoehtoja sekä mediavalintoja. Koska mitään kattavaa markkinatutkimusta ei oltu tehty, olisi kilpailuviraston esitys pitänyt hylätä kokonaisuudessaan. Timonen toteaa jo määräävän aseman toteamisen voivan vaikuttaa yrityksen tulevaan käyttäytymiseen. Oikeusturvanäkökohdat edellyttävät siten päätöksen riittävää perustelemista. Esitettyyn oikeusturvakannanottoon on syytä yhtyä, koska taustalla on aina pelko kiellosta tai jopa vahingonkorvausvelvollisuudesta. Jo pelkkä kielto voisi aiheuttaa yritykselle kustannuksia. Lisäksi se joutuisi antamaan kilpailijoilleen edun, jota sen ei muuten tarvitsisi tehdä (esim. Lapin Kansa tapauksessa yritys muutti vuosialennusjärjestelmäänsä, joka ei ilman määräävää asemaa olisi välttämättä ollut kielletty).[38]

Asiakkaiden näkökulmaa korostettiin myös Finntugs Oy -tapauksessa. Kilpailuneuvosto totesi, ettei merihinaajia voitu pitää satamahinaajia korvaavina, koska käyttötarve oli erilainen. Asiakas saattoi tarvita satamahinausta hyvin nopeasti, eikä tällöin voitu odottaa merihinaajan paikalle tuloa. Käytännössä hinausyrityksen piti tarjota palvelujaan ao. satamassa tai sen välittömässä läheisyydessä. Merihinaukset poikkesivat satamatoiminnasta hinnoittelultaan, kestoltaan ja kalustovaatimuksiltaan. Relevantit hyödykemarkkinat muodostuivat siten satamahinauksista.[39]

Maassamme on useita volyymiltaan pieniä markkinoita, joille ei kummallekaan markkinapuolelle mahdu kuin muutama yritys. Näiden osalta ongelmaksi voi muodostua tilanne, jossa vastakkain on kaksi markkinavoimaista yritystä. Käytännössä tuotemarkkinat saatettaisiin määritellä vain yhden tai muutaman yrityksen näkökulmasta. Tällöin tuotemarkkinoiden pohjana ei enää olisi mikään todellinen taloudellinen arviointi, vaan ainoastaan yhden tai muutaman yrityksen todennäköisesti varsin subjektiivinen näkökulma. Kapeata markkinamääritelmää ei tällaisessa tilanteessa voida pitää perusteltuna, vaikka uuden tuotteen käyttäminen vaatisi jonkin verran kustannuksia, jos kyse on Saksan oikeudessa enemmän pohditusta itse aiheutettuun riippuvuuteen verrattavasta tilanteesta. Lähtökohdan ollessa selkeästi markkinavastapuoleen sidottu olisi näissä tapauksissa laajempaa markkinakäsitettä esittävällä yrityksellä (so. väitetyllä väärinkäyttäjällä) todistustaakka. Esim. varaosien osalta kyse ei voi olla itse aiheutetusta riippuvuudesta, jos päätuotteen ostamisen jälkeen ei ole mitään käytännön mahdollisuuksia käyttää muita kuin valmistajan tuottamia tai hyväksymiä varaosia. Varaosien osalta on tosin olemassa vaara kilpailuoikeuden alistamisesta riitelevien yritysten apuvälineeksi, jos ko. tilanteet tulkitaan automaattisesti omiksi markkinoikseen. Toinen mahdollisuus reagoida tällaiseen tilanteeseen on lähestyä kysymystä markkinamääritelmän sijasta väitetyn väärinkäytön kohteen oikeussuojan tarpeen kautta.[40]

---

[38] Timosen kannan osalta ks. Lapin Kansa Oy -tapaus 20.1.2000 (d:o 2/359/98) s. 20–21.
[39] Ks. Finntugs Oy -tapaus 29.6.2000 (d:o 23/359/98) s. 18–19.
[40] Mentula ym. huomauttavat liian kapeiden markkinamääritelmien riskistä, koska se voi antaa ylimitoitetun kuvan hallitsevan yrityksen markkinavoimasta. Ks. Mentula ym. s. 45. Tekijät ovat

2.1.2 Maantieteelliset markkinat

Määräävän aseman on kohdistuttava joko koko maahan tai tiettyyn alueeseen. Suomen kilpailulainsäädännön kohdistuessa vain omaan maahamme on kilpailunrajoitusten vaikutusten ulotuttava Suomeen. Tämä ei kuitenkaan estä huomioimasta laajempia maantieteellisiä markkinoita kuin Suomen alue. Omaksuttu kanta vastaa täysin saksalaista tai EU:ssa omaksuttua näkökulmaa. Maantieteellisten markkinoiden arvioiminen joko koko maata laajemmiksi tai pienemmiksi edellyttää markkinoiden tosiasiallisesti olevan ko. alueen laajuisia.[41]

Markkinat rajataan periaatteessa samoin kuin tuotekohtaisesti eli markkinavastapuolen mahdollisuuksien mukaan. Esimerkiksi sähkömarkkinoita voi nykyään pitää sekä teollisuussähkön että kotitaloussähkön osalta pitkälti koko Suomen kattavina, koska suoranaisia esteitä tuotteen hankkimiselle miltä tahansa sähköntuottajalta ei ole. Jos kysyntä kohdistuu selvästi eri tyyppisiin tuotteisiin eri alueilla tai kuluttajilla tms. ei ole mitään käytännön mahdollisuuksia hankkia samaa tuotetta paikallisia markkinoita laajemmalta alueelta, ei kyse ole samoihin aluemarkkinoihin kuuluvasta tuotteesta.[42]

Rajaus voidaan tehdä yritysten kannalta, jolloin rajaus perustuu kilpailuolosuhteisiin. Samoilla alueellisilla markkinoilla toimivat ne yritykset, jotka kilpailevat keskenään, ja joille kilpailuolosuhteet ovat objektiivisesti samanlaiset. Näkökulma vastaa kysyntään perustuvaa, koska jos tarjontaa ei kustannusten tms. takia voi syntyä tai hintataso olisi korkeampi, yritys ei ole kuluttajan kannalta realistinen vaihtoehto.[43]

Arvioinnissa on huomioitava tuotteiden tosiasiallinen vaihdettavuus, joka määräytyy kuljetuskustannusten ja markkinaolosuhteiden perusteella. Tällöin markkinat voivat olla koko Suomen laajuiset, jos hallitseva yritys markkinoi tuotettaan maan laajuisesti. Pienempiä markkinoita tulisi käyttää, jos jonkun alueen markkinoille pääsylle on esteitä. Markkinarajausta voidaan siten pitää taloudellisena tosiasiakysymyksenä. Valiota koskevassa tapauksessa kilpailuneuvosto painotti kuljetuskustannusten jäävän vain noin 4 %:iin tuotteen hinnasta pitkänkin kuljetusmatkan osalta. Relevantin tuotteen, nestemaidon osalta ei esteitä aiheutunut edes viimeisistä myyntipäivistä, mikä oli Valion taholta myönnetty. Meijereillä oli

---

myös pohtineet varaosamarkkinoiden asemaa ja vaikka he – kuten itsekin – hyväksyvät näiden pitämisen omina markkinoinaan ei asiaa heidänkään mielestään ilmeisesti voida pitää täysin ongelmattomana. Ks. em. lähde s. 45–46 ja 51. Jälkimmäisellä sivulla viitataan suppeaan markkinamääritelmään varaosien osalta. Samoin Mononen s. 41.

[41] Kuoppamäki toteaa relevanttien markkinoiden voivan olla Suomen aluetta laajempia, mutta määräävän aseman käsillä oloa arvioidaan Suomen alueella. Kuoppamäki I s. 153–154; Mononen s. 42 jakaa markkinat kansallisiin, alueellisiin ja paikallisiin. Näistä alueellisilla hän tarkoittaa kansallisia laajempia markkinoita.

[42] Rissanen ym. käyttävät termiä ”tosiasialliset markkinat” kuvaamaan markkinavastapuolen kantaan perustuvaa markkinamäärittelyä. Ks. Rissanen ym. s. 306.

[43] Kuoppamäki I s. 152.

tosin oma niitä ympäröivä alueensa, jonka lähistölle tuotanto pääosin suunnattiin. Kehitys osoitti meijereiden keskittyvän, ja joka tapauksessa eri meijerit vaikuttivat toiseensa. Alueellisista eroista huolimatta toimitusehdot noudattivat pääosin valtakunnallista käytäntöä. Nestemaitoa oli tosiasiallisesti kuljetettu Pohjanmaalta ja Kainuusta Helsinkiin. Valio oli pyrkinyt vertaamaan tilannetta raakamaidon ostamiseen, ja katsoi, ettei sillä ollut määräävää asemaa niillä alueellisilla maidon jakelumarkkinoilla, joissa Kymppimaidolla oli Valiota suurempi markkinaosuus. Valion mielestä tuotteen vaatima keskeytymätön kylmäketju ja huono säilyvyys tuli huomioida. Meijerillä oli luontainen toimintaympäristönsä juuri kuljetuskustannusten takia eikä markkinoiden luonne poikennut Normilk-tapauksesta. Valion mielestä oli merkityksetöntä, ovatko kyseessä raakamaito- vai lopputuotteiden markkinat, koska tuotteet olivat merkittäviltä ominaisuuksiltaan samoja ja siten niiden keräily/jakelu tuli käytännössä järjestää samalla tavalla eli alueellisesti. Tätä vertausta kilpailuneuvosto ei hyväksynyt. KHO yhtyi kilpailuneuvoston kantaan todeten osuvasti, etteivät meijerit voineet toimia toisistaan riippumatta, vaikka niillä oli sinänsä vahva markkina-asema tuotantolaitoksensa lähiympäristössä.[44]

Kilpailuneuvoston kantaa voi pitää oikeana, koska kuljetuskustannusten osuus oli varsin vähäinen. Suurempi osuus olisi joko pienentänyt meijereiden marginaaleja tai tehnyt tuotteesta kaupan kannalta liian kalliin.

Suomessa ei ole laajemmin pohdittu markkinoiden ketjuuntumisilmiötä eli vierekkäisten markkinoiden vaikutusta toisiinsa. Tämä vaikutus tulisi ottaa huomioon joko markkinoita rajattaessa tai arvioitaessa, onko yritys hallitsevassa asemassa. Ketjuuntumisilmiöstä on kyse silloin, kun kauempana sijaitsevien kauppojen (tyyppiesimerkkinä huoltoasemat) hinnan muutos vaikuttaa paikalliseen hintatasoon. Vaikutus ei ole suoraa eikä totaalista, koska kuljetuskustannusten tms. kulujen (esim. kuluttajien matkakustannukset) takia myyntimäärät eivät muutu suoraan hintatason muutoksien mukaan. Vaikutus voi silti olla merkittävä, jos riittävän moni asiakas (esim. maantieteellisten markkinoiden raja-alueilla asuvat) siirtyy asioimaan muualle. Ketjuuntumis-nimitys johtuu siitä, että alueellisten markkinoiden toisella laidalla tapahtuva muutos ei vaikuta toiseen laitaan, vaikka markkinoiden keskellä tapahtuva muutos tämän tekisi (eli teoriassa kyse on geometrisestä janasta, jonka alkupisteen A hinnan muutos ei suoraan vaikuta loppu-

---

[44] Kuoppamäki I s. 153–154. Tekijä korostaa sitä, että markkinoiden rajaus on taloudellinen tosiasiakysymys ja tästä on erotettava sen tutkiminen miten kilpailu toimii Suomen alueella (so. oletetun määräävän aseman vaikutus Suomen markkinoilla).

Valio-päätöksen 24.10.1997 (6/359/96) ks. KHO 1998:65 s. 265–266 (Valion kanta), 238–240 (kilpailuneuvoston kanta), s. 276–277 (KHO:n ratkaisu). Ks. erityisesti s. 277 ”Vaikka alueellisissa kilpailuolosuhteissa onkin eroja ja vaikka kullakin meijerillä on vahva asema tuotantolaitoksensa lähiympäristössä, meijerit vaikuttavat toistensa myyntiehtoihin siten, ettei millään alueella ole mahdollista ylläpitää toimitusehtoja, jotka ratkaisevasti poikkeaisivat valtakunnallisesta käytännöstä.”

pisteen B hintaan, vaan korkeintaan keskellä olevaan pisteeseen X. X:n hinnan muutos vaikuttaa molempiin). Kuoppamäen rajaus, jossa hän painottaa samoihin taloudellisiin markkinoihin kuuluvan vain ne tapaukset, joissa yritysten toimenpiteet ovat suoraan sidoksissa ja vaikuttavat täysimääräisesti toisiinsa, on tässä mielessä liikaa yksinkertaistettu. Kuten tuotemarkkinoilla, on maantieteellisillä markkinoilla lähdettävä kohtuullisesta vaihdettavuudesta, eikä yritysten toimenpiteiden siten voida vaatia vaikuttavan 100 % toisiinsa.[45]

Ketjuuntumisilmiön kaltainen tilanne oli Finntugs-tapauksessa. Satamahinauspalvelua ei kilpailuviraston mielestä kannattanut tarjota kuin toistensa kanssa limittäisillä markkinoilla, jolloin esim. Hamina, Loviisa ja Kotka muodostivat potentiaalisen toiminta-alueen. Vastaavasti Porvoosta olisi voitu avustaa ainakin Loviisassa, Kotkassa ja Helsingissä. Käytännössä tätä tehtiin harvoin. Kilpailuvirasto katsoi, että Hamina–Kotka–Loviisa–Porvoo aluetta voitiin pitää relevantteina markkinoina ja Helsingistä Kaskisiin ulottuva alue jakaantui useisiin erillisiin markkinoihin. Vastaajayritysten mielestä arviointi oli liian kapea, koska potentiaalista kilpailua ei otettu huomioon. Kaikki EU-maista tulevat hinaajat saattoivat suorittaa satamahinausta Suomessa. Tätä kantaa kilpailuneuvosto ei hyväksynyt käyttäen samaa lähtökohtaa kuin tuotemarkkinarajauksessaan. Edellytyksenä toiminnalle oli säännöllinen läsnäolo satamassa, jolloin kauempaa tuleva kilpailu ei voinut edes potentiaalisesti vaikuttaa markkinoihin. Tätä kantaa tukivat siirtoajojen kesto ja kustannukset. Kilpailuneuvosto hyväksyi viraston markkinarajauksen, joten varsinaiseen ketjuuntumisvaikutukseen ei päädytty (eli esim. porvoolaisten hinaajien ei katsottu voivan toimia Helsingin markkinoilla tai, että näillä hinaajilla olisi ylipäätään vaikutusta arviointiin).[46]

Suomen markkinat voivat aiheuttaa määrittelyongelmia sekä kielellisesti että omaksuttujen mieltymysten takia. Laajemmalla alueella täysin samanarvoisena pidettävä tuote, kuten standardit kulutushyödykkeet (lähinnä kulutuselektroniikka), ei suomalaisen kuluttajan kannalta ole yhtä ”turvallinen” valinta, jos käyttöohjeita ei saa suomen kielellä, huoltopalvelun ja takuuhuoltojen saaminen on vaikeampaa tms. Jos tämä johtaa siihen, ettei tuotteita käytännössä hankita kuin Suomesta, ei markkinoita voi pitää laajempina. Vastaavasti mieltymys turvallisina pidettyihin kotimaisiin elintarvikkeisiin on hillinnyt ulkomaisten tuotteiden käyttöä. Sekä kulutuselektroniikan että elintarvikkeiden osalta tuotteita hankitaan esteistä huolimatta osin muualta. Elektroniikkatuotteita, kuten kameroita, cd-soittimia tms. tuodaan ulkomaanmatkojen yhteydessä. EU-alueen hintatasoeroista johtuen ”ostosmatkailu” saattaa olla matkan perustarkoitus. Riittääkö varsin vähäinen volyymi siihen, että postimyynti- ja nettikauppamahdollisuudetkaan huomioiden markkinoita voisi pitää Suomea tai paikallisia markkinoita laajempina? Ratkaisu on mielestäni ainakin vielä kielteinen, mutta eurooppalaisten stan-

[45] Kuoppamäki I s. 153.
[46] Ks. Finntugs Oy -tapaus 29.6.2000 (d:o 23/359/98) s. 18–19.

dardien yleistyessä ja ohjeiden eri kielisen tarjonnan lisääntyessä, ei tulkinta välttämättä ole sama enää muutaman vuoden päästä.

2.2 Määräävän aseman kriteerit

Kuoppamäki toteaa määräävää asemaa voitavan tarkastella rakenteellisten seikkojen, käyttäytymisen tai markkinatulosten perusteella. Pääpaino on rakenteellisella tarkastelulla, koska rakenteellisesti kilpailun kohteena oleva yritys ei voi hallita omia markkinoitaan. Se ei pysty toimimaan muista riippumattomasti. Käyttäytymisen tarkastelu voi rajatapauksissa täydentää arviota. Yritys, joka toimii ikäänkuin se hallitsisi markkinoita, voi olla määräävässä asemassa, jos muiden yritysten reaktiot eivät osoita sen vain erehtyneen markkinatilanteesta (eli kohtuuttomalta vaikuttava hinta ei osoita määräävää asemaa, jos yritys ei tällä hinnalla pysty myymään tuotetta ilman kilpailijoiden tuloa markkinoille ja oman aseman romahtamista). Kuoppamäki huomauttaa kehäpäätelmän vaarasta, jos samoja seikkoja käytetään ensin osoittamaan hallitsevaa asemaa ja sitten sen väärinkäyttöä. Markkinatulosten tarkastelu on hyvin epävarmaa, koska emme varmasti tiedä onko yritys saanut liialliselta vaikuttavan tuloksen tehokkuutensa tai teknisen etumatkansa perusteella.[47]

Monopoliasemassa oleva yritys on luonnollisesti määräävässä asemassa. Kilpailunrajoituslain kannalta ei ole merkitystä, miten monopoli on saavutettu tai perustuuko se luonnolliseen monopoliin. Täydellistä monopolia ei Suomessakaan edellytetä, vaan nk. tosiasiallinen markkinoiden hallinta riittää. Kriteerinä on yrityksen kyky ohjata hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja tai muutoin vaikuttaa kilpailuun.[48]

Lähtökohta on siten sama ”taloudellinen riippumattomuus”, joka on otetettu saksalaisen järjestelmän ”yleismääritelmäksi”. Mitään ylivoimaiseen markkina-asemaan verrattavaa määritelmää ei Suomen oikeudessa kuitenkaan ole. Tällä käsitteellä halutaan Saksassa painottaa yrityksen voivan olla hallitsevassa asemassa niissäkin tapauksissa, joissa sen markkinaosuus ei ole ”monopolinomainen” vaan kyse on lähinnä selkeästä erosta johtavan ja muiden yritysten välillä esim. markkinaosuus ja taloudelliset voimavarat huomioiden. Mitään estettä painottaa kilpailunrajoituslakimme tulkinnassa samoja seikkoja ei ole. Ero Suomen ja Sak-

---

[47] Kuoppamäki I s. 139–140.
Suomalainen keskustelu vastaa pitkälti esim. saksalaista juuri kehäpäätelmä riskin ja rakenteellisten seikkojen korostamisen osalta.

[48] Kuoppamäen esittämä näkemys, jonka mukaan määräävä asema sijoittuisi monopolin / monopsonin ja oligopolin / oligopsonin välimaastoon on osittain harhaanjohtava, koska molemmat hänen mainitsemistaan markkinamuodoista voivat olla määräävässä asemassa. Monopoli / monopsoni on tätä jo suoraan käsitteellisellä tasolla ja tiukka oligopoli saattaa hallita markkinoita. Ks. Kuoppamäki I s. 140; Mentula ym. s. 20–21.

san välillä ei muodostune merkittäväksi, koska käytetyt markkinaosuusprosentit ja muut kriteerit vastaavat pitkälti toisiaan. Kyse on tietyssä määrin lainsäädäntöteknisistä eroista. Saksassa pyrkimyksenä on ollut lain oletettujen aukkojen sulkeminen uudella lainsäädännöllä. Suomessa tilanne korjattaisiin todennäköisemmin tulkinnalla.

Määräävä asema on kilpailunrajoituslain 3 § 2 momentin mukaan sellaisella elinkeinonharjoittajalla tai näiden yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa tuotteen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla. Mentula ym. korostavat arvioinnin olevan taloustieteellistä, vallitsevaan markkinarakenteeseen pohjautuvaa. Viittaus kilpailuolosuhteisiin sekä kykyyn ohjata tuotteen hintatasoa tai toimitusehtoja korostaa näkökulman olevan markkinavastapuolen. Yritys on siten hallitsevassa asemassa, jos sen kauppakumppaneilla ei ole todellisia vaihtoehtoja, vaan niiden on hyväksyttävä esim. hinnankorotus.[49]

Merkittävä kyky vaikuttaa tuotteen hintatasoon tai toimitusehtoihin edellyttää riittävää markkinavoimaa suhteessa kilpailijoihin. Tällaista vaikutusta ei voi olla, jos hinnan tai sopimusehtojen muutos johtaisi kilpailijoiden reaktioihin ja yrityksen olisi itse vastattava kilpailijoiden siirtoihin. Hagman toteaa yrityksen olevan määräävässä asemassa, jos se pystyy vastaamaan kaikkiin kilpailijoiden käyttämiin kilpailukeinoihin ja siten ohjaamaan hyödykkeen hintaa tai toimitusehtoja. Ilmaisu ei ole täysin onnistunut, koska kilpaillussakin tilanteessa (so. ei lainkaan hallitseva asema) elinkeinonharjoittajan on pystyttävä reagoimaan muiden toimiin, koska muutoin se joutuu pois markkinoilta. Hagman viitannee juuri markkinavoimaan todetessaan lisäedellytyksenä olevan se, etteivät asiakkaat tai toimittajat voi helposti ryhtyä liikesuhteisiin kilpailijoiden kanssa.[50]

Virtanen korostaa näkökulman dynaamisuutta. Hän toteaa, ettei laki voi koskea tilanteita, joissa markkinavastapuolet eivät ole taloudellisesti merkittäviä. Hallitsevan yrityksen kilpailuedun tulisi olla merkittävä, ainakin jonkin aikaa jatkuva sekä koskea laajaa asiakaskuntaa. Kilpailuedun ja jatkuvuuden osalta esitettyyn mielipiteeseen on helppo yhtyä, koska tilapäistä tai vähämerkityksellistä kilpailuetua ei voida pitää hallitsevan aseman perustana. Pohdittaessa kysymystä markkinoille pääsyn kannalta ei lyhytaikainen tai vähäinen este käytännössä turvaa markkinoiden hallintaa. Toisaalta vähäiseenkin esteeseen tulisi puuttua, jos viatonta estettä voimistetaan yrityksen toimin. Tällaisessa tilanteessa ei kuitenkaan

---

[49] Yhteenliittymällä tarkoitetaan järjestäytynyttä yhteistoimintaa eikä esim. oligopolia. Ks. Hagman s. 75; Mentula ym. s. 23, 24; Virtanen I s. 276 ”The definition of market dominance in the law is consistent with the economic perspective: market dominance implies de facto control of the market which is manifested in a broad discretionary power over the market price level and other essential terms of delivery.”

[50] Hagman s. 70.

ole kyse vähämerkityksellisestä kilpailuedusta, joten määräävän aseman kriteerit täyttyvät Virtasen tarkoittamassa mielessä. Asiakaskuntaa koskeva vaatimus on mielestäni hankala, koska se sulkisi riippuvuustilanteet täysin pois lain piiristä, mikä ei voine olla kilpailunrajoituslain tarkoitus. Hallitsevan aseman arvioinnin sitominen markkinavastapuolten määrään ei muutoinkaan ole mielestäni järkevää, vaan kyse on pikemminkin väärinkäyttötilanteisiin liittyvästä harkinnasta (so. onko menettelylle perusteltu syy esim. vastapuolen omien toimien takia).[51]

Eri kriteerejä tarkasteltaessa ei tule unohtaa, että arviointi on tehtävä kokonaisuutena. Pelkkä ohimenevä markkinaosuus ei saa johtaa tulkintaan hallitsevasta asemasta. Saksalaisen keskustelun tapaan voitaisiin Suomessakin huomauttaa vasta väärinkäytön olevan kiellettyä, joten määräävän aseman arviointikynnystä ei tule nostaa liian korkealla. Toisaalta riskinä on kehäpäätelmä, jossa yksittäisistä toimista markkinoilla johdettaisiin määräävä asema ja tämän perusteella kiellettäisiin ne ko. aseman väärinkäyttönä. Yrityksen oikeusturvan kannalta ei hallitsevaa asemaa saisi todeta ilman selviä todisteita todellisesta vaikutusvallasta, koska jo aseman olemassaolo velvoittaa yrityksen varomaan toimiensa vaikutusta markkinoilla mm. vahingonkorvaussanktion uhalla.[52]

2.2.1 Markkinaosuus

Lakiteksti ei käytä termiä markkinaosuus eikä siinä mainita muitakaan määräävän aseman kriteerejä. Mitään saksalaismallista arviointinormia ei tunneta, joten selvää markkinaosuusprosenttia ei lain tasolla ole. Oikeuskirjallisuudessa markkinaosuus tuodaan kuitenkin esille tärkeimpänä arviointilähtökohtana eikä muita yleensä tarkastella laajemmin.[53]

Markkinaosuus ilmentää yrityksen asemaa tietyn tuotteen markkinoilla. Suomessakin se on lähtökohtana arvioinnin suhteellisen helppouden takia. Tietyn asteista markkinaosuutta voidaan pitää melko vahvana näyttönä määräävän aseman olemassa olosta, vaikka suoria johtopäätöksiä siitä ei voida tehdäkään. Rissanen ym. omaksuma kanta, jonka mukaan markkinaosuus ilmentäisi suoraan yrityksen markkinavoimaa, on väärä. Taloudellisesti vähämerkityksellisten markkinoiden hallinta ei kerro mitään yrityksen markkinavoimasta, ja tällainen hallinta

---

[51] Hagman edellyttää yrityksen kilpailuedun olevan sellainen, jota kilpailijat eivät pysty korvaamaan jäljittelemällä tai kehittämällä yhtä hyvää tai parempaa kilpailuetua. Hän ei sinänsä arvioi kuinka pitkästä ajasta tulisi olla kyse, mutta edun tulisi periaatteessa olla mahdollista pitempiaikaisesti. Aivan lyhyt ajanjakso ei siis hänellekään kelpaisi. Hagman s. 70, 75; Virtanen I s. 277.

[52] Kuoppamäki painottaa kokonaisarvioinnin välttämättömyyttä, koska määräävää asemaa ei ole, jos markkinoille pääsyn esteitä ei ole. Kyse voi lisäksi olla virheellisestä markkinarajauksesta. Kuoppamäki I s. 141; vrt. Mononen s. 45. Tekijä korostaa määräävän aseman kokonaisarviointia kantaansa lainkaan perustelematta.

[53] Ks. Mononen s. 46–49 (markkinaosuus) ja 50–52 (lyhyesti mainittu mm. markkinakäyttäytyminen, taloudelliset voimavarat sekä markkinoiden kehityspiirteet).

voi osoittautua ohimeneväksi, koska voimavaroiltaan vahvempi yritys voi helposti tunkeutua niille, jos oikeudellisia tai muita markkinoille tulon esteitä ei ole. Havaitun väärinkäytön jälkeen tapahtuvaa markkinaosuuden laskua ei tulisi huomioida, elleivät menettelyn vaikutukset kohdistu tulevaisuuteen. Markkinoille pääsyn esteiden luomisesta ei siten kannata ”syyttää”, jos toimien jälkeen markkinaosuus selvästi laskee ja uusia yrittäjiä tulee markkinoille. Hallintaa olisi tällöin arvioitava markkinaosuuden sijasta markkinoille pääsyn esteiden kautta.[54]

Sonera-päätöksessä kilpailuneuvosto katsoi huomattavan markkinaosuuden GSM-liittymistä (vuonna 1996 noin 70 %) osoittavan Soneran liittymien välittämisen olevan tärkeää kauppiaille, koska niihin kohdistui huomattavasti suurempi kysyntä kuin Radiolinjan liittymiin. Välitystä tehtiin jopa ilman palkkiota. Koska ratkaisu kohdistui vuoden 1997 tilanteeseen, ei kilpailuneuvosto ottanut kantaa siihen, jatkuiko Soneran hallitseva asema. Soneran puolelta oli todettu, ettei sillä enää ollut hallitsevaa asemaa, koska yhtiö ei enää hallinnut jakelukanavia, vaan alalla saattoi toimia ilman Soneran liittymiä. Tapaus on hyvä esimerkki siitä, ettei tutkittaessa tietyn ajankohdan väitettyä väärinkäyttöä tarvitse välttämättä huomioida markkinoiden ajallista kehitystä.[55]

Markkinaosuus on aina sidottu markkinoiden rajaukseen. Liian tiukka markkinamääritelmä johtaa hallitsevan aseman toteamiseen. Tällöin pitäisi joko markkinat arvioida toisin tai muiden kriteerien kuin markkinaosuuden perusteella todeta, ettei määräävää asemaa ole. Pieniä markkinoita 100 % hallitseva yritys voi olla riippuvainen markkinavastapuolesta, jolloin se ei tosiasiallisesti hallitse niitä.[56]

Rissanen ym. katsovat 50 % markkinaosuuden olevan jonkinasteinen näyttö hallitsevasta asemasta ja tätä pienempikin (25–50 %) markkinarakenteesta riippuen. Tekijöiden kanta vastaa EU:ssa omaksuttua käytäntöä. Mononen pitää vasta 70 % asemaa sellaisenaan riittävänä näyttönä ja katsoo pienempien osuuksien aina vaativan muuta näyttöä. Mentula ym. vetävät rajan 60 % paikkeille. Sekä Mononen että Mentula ym. korostavat tapauskohtaisen harkinnan merkitystä. Markkinaosuusarviointi tulisi aina sitoa todelliseen markkinavoimaan, jolloin vain monopoli ja sen omaiset tilanteet olisivat lähes automaattisesti lain tarkoittamia määrääviä asemia. Tällöinkin oletus voisi kumoutua vastanäytöllä (esim. patentin suoja päättyy, potentiaalisen kilpailun paine jne.). Lähtökohtana Suomessa on Saksan tavoin kilpailuviranomaisten velvollisuus tutkia tilanne, joten niiden on hankittava näyttö puolesta ja vastaan.[57]

---

[54] Rissanen ym. s. 307.
[55] Sonera-päätös (13.9.1999) d:o 42/690/1999 s. 4–5, 8–9.
[56] Schulze Steinen s. 244–246.
[57] Mentula ym. s. 68; Mononen s. 47–48. Ks. erityisesti s. 47 ”Edellä esitetyn perusteella käy jo selväksi, ettei ole mahdollista asettaa kiinteää prosenttilukua, jonka perusteella aseman määräävyys voitaisiin yksiselitteisesti ratkaista. *Markkinaosuus määräytyy ja sitä tulee arvioida tapauskohtaisesti todellisten markkinoiden mukaan*; Rissanen ym. s. 307.

2.2.2 Muut määräävän aseman kriteerit

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ei tyypillisesti tehdä otsikkoa tarkempaa erittelyä, joten käytän sitä tässä yhteydessä. Jaottelu kuvaa tietyssä määrin eri kriteerien keskinäistä arvoa. Markkinaosuus rinnastetaan yksinään muihin, jolloin sen painoarvo on luonnollisesti muita suurempi. Mononen toteaa muita kriteerejä käytettävän silloin, kun markkinaosuus ei ole riittävän suuri tai pieni ratkaisun perustamiseksi yksinomaan siihen.[58]

Yksipuolista markkinaosuuden korostamista ei tulisi hyväksyä. Pienehkö, mutta kasvava osuus voi yhdessä muiden kriteerien kanssa osoittaa yrityksen olevan muista riippumaton. Toisaalta suurikaan osuus ei enää osoita määräävää asemaa, jos se on jo rapautumassa. Lakihan lähtee ainoastaan mahdollisuudesta vaikuttaa merkittävästi hintatasoon jne., eikä tällöin ole mitään kriteeriä asetettu selkeästi etusijalle. Käytännössä joudutaan pitkälti nojaamaan juuri markkinaosuuteen, koska se on nopeimmin selvitettävissä ja muita yksiselitteisempi. Taloudellinen voimahan voi olla väliaikaisesti sidottu johonkin kehityshankkeeseen tms., jolloin sen vaikutus voi muuttua lyhyen ajan sisällä.

Suomen laissa ei ole Saksan kaltaista esimerkkiluetteloa, eikä käytettäviä kriteerejä ole muutoinkaan tarkemmin rajattu. Saksan tavoin hallitseva asema voitaisiin määritellä markkinaosuuden ja jonkun muun tekijän yhteissummana. Saksalaisia kriteerejä lainatakseni arvioinnissa olisi huomioitava yrityksen taloudellinen voima, ja sen yhteydet ylös- (raaka-aineet jne.) ja alaspäin (jakeluverkosto) markkinoilla. Markkinavastapuolen kykyä muuttaa toimintaansa ei tule unohtaa, vaikka tämä on pikemmin pitemällä ajanjaksolla toteutettava muutos, ja sopinee siten enemmän yrityskauppa- kuin väärinkäyttökontrollin työvälineeksi. Oikeuskirjallisuudessa on pidetty mahdollisena muidenkin kuin lainvalmistelutöissä mainittujen kriteerien käyttämistä.[59]

Markkinoille pääsyn esteet osoittavat yrityksen mahdollisuutta torjua muiden markkinoille tulo ja siten saavutetun aseman vakautta. Este voi perustua suoraan lakiin, kuten Alkon vähittäismyyntimonopoli tai esim. vaadittuihin investointeihin ja skaalaetuihin tms. Markkinoille tulon lisäksi olisi huomioitava niillä jo toimivien yritysten mahdollisuus lisätä tuotantoaan tms. ja siten rapauttaa määräävän yrityksen asemaa. Arviointi on tältä osin dynaamista, koska se kohdistuu pitkälti markkinoiden oletettuun kehitykseen. Näyttönä voidaan toisaalta käyttää markkinoiden historiallista kehitystä (so. onko niille päässyt uusia yrityksiä tai onko niillä jo toimiva lisännyt osuuttaan hallitsevan kustannuksella).[60]

---

[58] Otsikointia käyttävät Mentula ym. s. 68; Mononen s. 50; Rissanen ym. s. 307.
[59] Rissanen ym. s. 307–308.
[60] Mentula ym. s. 68–69. Tekijät toteavat markkinoille tulon esteiden vaikuttavan nimenomaan potentiaalisen kilpailun estymisen kautta; Schulze Steinen s. 246. Tekijä korostaa arvioinnin dynaamisuutta.

Yrityksen mahdollisuutta toimia kilpailijoistaan välittämättä parantavat sen taloudelliset resurssit, tekninen tietämys, integraatio sekä muut kilpailuedut. Osittain nämä seikat voivat toimia markkinoille tulon esteinäkin. Ne ovat toisaalta indisioita siitä, että yrityksen markkina-asema on jossain määrin suojattu kilpailijoiden toimilta. Tästä tulee tehdä Saksan tavoin se johtopäätös, ettei yritys, johon selkeästi kohdistuu kilpailua, voi olla näiden kriteerien perusteella hallitsevassa asemassa. Pelkkä hyvä taloudellinen tilanne ei ole osoitus hallinnasta, jos vastaavia voimavaroja on muillakin.[61]

Kilpailuneuvosto asetti Sonera-tapauksessa verkostotalouden (matkapuhelin, tietokoneiden käyttöjärjestelmät) osin erikoisasemaan. Riittävän vahvan markkina-aseman saanut järjestelmä on kuluttajan kannalta luotettava, koska siihen sopivia tuotteita on helppo löytää. Valinta on myös turvallinen. Kilpailuneuvosto katsoi, että tällaisen järjestelmän ylläpitäjä voi saada hallitsevan aseman muita markkinoita pienemmillä markkinaosuuksilla. Samalla viitattiin Soneran erikoisosaamiseen ja resursseihin.[62]

Toiminta hallitsevan yrityksen tavoin voi periaatteessa olla eräs näyttö määräävästä asemasta. Tähän kriteeriin on kehäpäätelmäriskin takia suhtauduttava meilläkin sangen varovaisesti. Kuten Mentula ym. toteavat, ei toimia markkinoilla tulisi pitää yksinomaisena kriteerinä, vaan vain yhdessä muiden kanssa. Mononen käyttää kriteereinä riippumatonta tai riippumattomuutta korostavaa käyttäymistä. Esimerkissään hän rinnastaa asiakkaiden kannalta epäedullisen tai vahingollisen käyttäytymisen em. riippumattomuuteen. Monosenkin lähtökohta on ilmeisesti se, ettei toiminta yksinomaan riitä. Korostaisin sitä, ettei asiakkaiden kannalta vahingollisuus tai epäedullisuus voi olla ratkaisevassa asemassa, koska hallitsevan yrityksen asiakkaat voivat pitää toimintaa täysin hyväksyttävänä, mutta samalla se tosiasiallisesti estää kilpailijoiden markkinoille tulon (esim. uskollisuusalennukset). Monosen käyttäessä mainintaa vain esimerkkitasolla jää hänen kantansa epäselväksi.[63]

Vaikka Suomessa ei ole erillistä riippuvuus-tilanteita koskevaa normia, ei tämä ajattelu ole meilläkään tuntematon. Tärkein ero Saksaan lienee se, ettei meillä voitane hyväksyä ”huippuryhmä-riippuvuutta”, vaan lähtökohtana täytynee aina olla selvästi osoitettu riippuvuus yhdestä tietystä yrityksestä. Selvityksen kohteena on se, onko yrityksellä tosiasiallista mahdollisuutta välttää jotain yritystä vai onko se kilpailijoiden puuttuessa nk. pakollinen kauppakumppani. Tästä ei ole kysymys, jos yritys voi kohtuullisin kustannuksin hankkia korvaavaa tuotetta. Saksan tavoin näkökulma on yleistä hallitsevan aseman arviointia subjektiivisempi ja siten altis samoille ongelmille (itse aiheutettu riippuvuus tms.).[64]

---

[61] Mentula ym. s. 70–72.
[62] Sonera-päätös (13.9.1999) d:o 42/690/1999 s. 9–10.
[63] Kuoppamäki I s. 140; Mentula ym. s. 72–73; Mononen s. 50.
[64] Mentula ym. s. 73–74; Schulze Steinen s. 246–249.

Vaihtoehtojen realistisuuden on ulotuttava Saksan tavoin tuotteen jatkomarkkinoille. Yritystä ei voida vaatia ostamaan tuntematonta, uutta tuotetta, jos jokin merkkituote selkeästi hallitsee markkinoita. Koska oligopolisääntöjä ei ole, eikä em. ”huippuryhmä”-riippuvuutta tunneta, ei lopputuloksena useinkaan voi olla riippuvuuden toteaminen. Yrittäjä voisi siten jäädä ilman haluamaansa merkkituotetta, jos kaikki vastaavien tuotteiden valmistajat kieltäytyvät niiden toimittamisesta (ellei osoiteta kartellia tms.).[65]

2.3 Oligopolin määräävä asema

Oligopolisääntöjen puuttuessa ei Suomessa voida katsoa yhdessä toimivan oligopolin olevan määräävässä asemassa (so. jos kyse ei ole kartelliksi luokiteltavaksi kilpailunrajoituslain 4–6 §§:issä tarkoitetuista tilanteista). Mentula ym. katsoo hallitsevan aseman olevan kyseessä silloin, kun kilpailijat ovat *pakotettuja* seuraamaan yrityksen päätöksiä. Tekijöiden käyttämä sanamuoto ei ole onnistunut, koska se ohittaa ongelman oligopolistisesta pakosta. Oligopolina toimivien yritysten kannalta kilpailijoiden reaktiot ja vastareaktiot johtavat siihen, että taloudellisesti kannattaa valita tietty linja, jolloin niiden on ”pakko” seurata hintajohtajan päätöksiä. Mentula ym. rinnastus hintajohtajuuteen on myös harhaanjohtava, koska talousteoriassa ei edellytetä nimenomaan hallitsevan yrityksen olevan hintajohtaja, vaan tämä tehtävä voi olla pienemmällä oligopolin jäsenellä.[66]

Kuoppamäki katsoo, että elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsite voisi tarkoittaa jaettua hallitsevaa asemaa. Edellytyksenä olisivat sellaiset taloudelliset siteet yritysten välillä, että juridisesti itsenäisiä yrityksiä voidaan perustellusti käsitellä yhtenä kokonaisuutena. Toisaalta Kuoppamäki toteaa yhteenliittymäkäsitteen vaativan tietoista ja suunnitelmallista yhteistoimintaa. Epäselväksi jää, mikä ero tilanteella on kartellikiellon alaiseen menettelyyn, minkä Kuoppamäki myöntää.[67]

Kuoppamäki viittaa Normilk-tapaukseen (d;o 1/359/94), jossa meijerillä oli yhteistyö- ja jäsensopimus Valion kanssa. Ratkaisussaan kilpailuneuvosto katsoi määräävässä asemassa voivan olla yhteistä toimintalinjaa noudattavien elinkeinonharjoittajien ryhmän, jos niiden voidaan osoittaa toimivan yhteisessä tarkoituksessa ja yhdessä vahvistetuin menettelymuodoin. Ratkaisu ei kuitenkaan viittaa todelliseen oligopolitilanteeseen, vaan se on pikemminkin klassinen kartellin määritelmä. Se ei ratkaise kysymystä siitä, milloin itsenäinen, ilman yhteistä tarkoitusta toimiva yritys hyödyntää oligopolin vahvaa asemaa markkinoilla. Yhteinen tarkoitus voi muutoinkin olla varsin abstrakti, kuten pyrkimys pitää mark-

[65] Esim. Schulze Steinen s. 246–249 ei käsittele useamman yrityksen ongelmaa lainkaan.
[66] Mentula ym. s. 23–24.
[67] Kuoppamäki I s. 149.

kinoille tulijat poissa niiltä. Jos esim. kaikki oligopoliin kuuluvat yritykset laskevat hintatason alle kustannustason markkinoille tulon estämiseksi, ei niiden välillä välttämättä ole mitään yhteistyötä, vaan kyse on kaikkien kannalta järkevimmästä ratkaisusta. Näin pitkälle yhteenliittymä-käsitettä ei voida venyttää.[68]

Myöskään Finntugs Oy -tapauksessa ei ole kyse varsinaisesta oligopolista, vaan konsernista. Ratkaisu koskee toimintaa vuodesta 1992 eteenpäin ja kohdistuu siten ajanjaksoon, jolloin Alfons Håkans Oy omisti 50 % Finntugs Oy:stä. Kilpailuneuvoston ratkaisussa katsottiin useammalla yrityksellä voivan olla yhteisen määräävän aseman, jos niiden välillä on sellaisia taloudellisia siteitä, joiden perusteella kyse oli yhtenäisestä taloudellisesta yksiköstä. Oligopoli-yritykset ovat itsenäisiä, eikä niiden välillä tarvitse olla mitään taloudellisia siteitä. Kilpailuneuvoston sanamuoto vastaa pitkälti EU:ssa omaksuttua kantaa taloudellisesta yksiköstä. Oligopoli-tilanteen osalta täsmennettiin yhteenliittymän olemassaolon vaativan tietoista ja suunnitelmallista yhteistoimintaa, joten tässäkin tapauksessa on yhtymäkohtia myös kartelleihin![69]

Oligopolisääntöjen puuttuessa ei useamman yrityksen yhteistä määräävää asemaa voida tutkia kuin kartellisääntöjen puitteissa. Virtanen pitää tilannetta epäselvänä ja hankalana, koska markkinavoiman kontrollin rajaaminen tiettyihin toisistaan erotettaviin alueisiin edellyttäisi toimiakseen koko alan kattamista. Nykyisellään kartelli- ja määräävä asema sääntöjen väliin jää oligopolien ”harmaa vyöhyke”, johon ei voida puuttua. Juuri kontrollin aukottomuus olisi tärkein peruste muuttaa määräävää asemaa koskevia sääntöjä koskemaan myös oligopoleja.[70]

---

[68] Tapauksen osalta ks. Kilpailuneuvoston ratkaisut s. 353–355. Neuvosto katsoi Normilkillä olevan määräävän aseman, mutta se perustui sen asemaan toimialueellaan ja asemaan Valion osakasmeijerinä.

[69] Ks. Finntugs Oy -tapaus 29.6.2000 (d:o 23/359/98) s. 24–26 ”Koska kilpailuoikeudessa oikeudellisen arvioinnin on perustuttava järjestelyjen taloudelliseen sisältöön eikä niiden oikeudelliseen muotoon, voidaan elinkeinonharjoittajien yhteenliittymänä voitavan pitää myös yhteistä toimintalinjaa noudattavaa elinkeinonharjoittajien ryhmää, … Säännöksen soveltaminen edellyttää elinkeinonharjoittajien välillä sellaisia taloudellisia siteitä, että juridisesti itsenäisten yhtiöiden tarkasteleminen yhtenä kokonaisuutena on perusteltua.”

[70] Virtanen I s. 278–279 sekä erityisesti s. 278 ”The two opposite poles of the market dominance problem (so. ongelma kattaa sekä perinteisen määräävän aseman että kartellien markkinoiden hallinnan) leave a gray area in which market dominance may exist but no combination to which it could be attributed to exists.”

Oligopolien pitäminen tietyissä tilanteissa joko yhteisesti tai Saksan tapaan yrityskohtaisesti markkinoita hallitsevina ei vielä ratkaise ongelmaa siitä, miten tällaisen oligopolin toimia tulisi kontrolloida.

3. VÄÄRINKÄYTTÖ

3.1 Väärinkäytön käsite

Suomessakaan ei ole kielletty määräävää asemaa sinänsä, vaan lain lähtökohtana on ainoastaan tämän aseman väärinkäytön kieltäminen. Periaatteessa käsite on objektiivinen, eli sen paremmin hallitsevan yrityksen omat kuin muiden markkinaosapuolten näkemykset eivät saisi asiaan vaikuttaa. Mitään moraalista tuomittavuutta ei edellytetä. Tavoite on siten sama kuin koko kilpailunrajoituslain eli toimivan ja tehokkaan taloudellisen kilpailun ylläpitäminen. Tähän tavoitteeseen ei saa kuulua yksittäisen yrityksen tukeminen.[71]

Epäselvänä on pidettävä missä määrin hallitsevalla yrityksellä on erityisvelvollisuuksia markkinoilla. Tilanne ei ole yksiselitteinen. Vaarana on tehokkaan toiminnan järkevyyden vähentyminen, koska yritykset eivät ehkä pyri yhtä innokkaasti saavuttamaan määräävää asemaa. Ne kilpailevat siten vähemmän! Toisaalta Kuoppamäki huomauttaa kyseessä olevan huomattavaan markkinavoimaan perustuvien toimintamahdollisuuksien käyttämisestä. Kilpailun kohteena oleva yritys ei yleensä markkinoiden paineen takia voi toimia hallitsevan yrityksen tavoin. Ajatus on kuitenkin siltä osin ristiriitainen, kun vaaditaan tiukemman kontrollin kohdistamista markkinavoimaisiin yrityksiin. Olennaisesti tiukempien sääntöjen verrattuna kilpailijoihin voi johtaa lähinnä jälkimmäisten (oletettavasti selkeästi pienempien) suojaamiseen eikä niinkään kilpailuprosessin turvaamiseen. Liian pitkälle menevä erityiskohtelu voisi johtaa itse markkina-aseman kieltämiseen, mikä ei esim. Kuoppamäen mielestä ole mielekästä Suomen kaltaisilla markkinoilla. Ratkaisuna voisi olla kilpailukeinon vaikutusten tarkastelu markkinoilla, eli riittävän syy-yhteyden vaatiminen.[72]

Niskanen kohdistaisi lainsäädännön pikemminkin yrityksen toiminnan seurauksiin kuin toimintatapoihin. Arvioinnissa ei tule unohtaa sitä, että yrityksen toiminta voi tähdätä tehokkuuden nostamiseen, joka on kansantaloudellisestikin edullista. Hän kritisoi lainsäätäjän toimintaa siltä osin kuin laissa ei otettu kantaa kysymykseen määräävän aseman vahvistamisesta väärinkäyttönä. Niskasen mielestä yrityksen toiminnan seuraukset suuntautuvat usein juuri määräävän aseman ylläpitämiseen, eikä tällöin voida erottaa väärinkäyttöä erilliseksi toiminnaksi.[73]

---

[71] Kuoppamäki painottaa juuri objektiivisuutta ja toteaa tavoitteena olevan kilpailuprosessin suojaamisen. Pienillä kansallisilla markkinoilla määräävän aseman totaalikielto voisi aiheuttaa vaikeuksia (tekijä viittaa ilmeisesti tehokkuustappioihin tai kansainvälisen kilpailukyvyn heikkenemiseen). Kuoppamäki I s. 156–157.

[72] Stenborg toteaa, ettei hallitseva yritys voisi perustella menettelyään alan käytännöllä. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 124; Kuoppamäki I s. 157 ”Jotta kilpailu toimisi tyydyttävästi, julkisen vallan tulee huolehtia kilpailun rakenteellisten edellytysten ja annettujen pelisääntöjen noudattamisesta.” Tähän Kuoppamäen lopputulemaan voidaan yhtyä, mutta avoimeksi jää missä määrin ”annetut pelisäännöt” edellyttävät hallitsevien yritysten tiukempaa kohtelua.

[73] Niskanen s. 56–57.

On muistettava, että artikkeli on kirjoitettu ennen yrityskauppavalvonnan säätämistä, joten perustilanne on tältä osin muuttunut.

Niskasen kanta edustaa SCP-mallin kannalta toiminnan vaikutusten arviointia. Hän tarkoittanee sellaisiin toimintatapoihin puuttumista, jotka vaikuttavat markkinoiden rakenteeseen (eli structure'en) joko välillisesti (eli tuloksen [performance] kautta) tai suoraan toiminnan (conduct) ja rakenteen vuorovaikutuksena. Näistä jälkimmäinen olisi helpommin kontrolloitavissa, koska menettelyn tarkoituksena tai selvänä vaikutuksena olisi vaikutus markkinarakenteeseen. Tuloksen kautta vahvistuvan hallitsevan aseman taustalla voi olla juuri tehokkuus, johon ei siis tulisi puuttua. Ajattelumalli olisi yhdistettävissä markkinoille pääsyn esteiden aseman korostamiseen, koska juuri näiden luominen on määräävän aseman ylläpitoa. Tarkoittaisiko tämä tasapuolisuuden korostamista nykylainsäädännön tapaan, ei ole selvää. Kilpailupoliittisesti haluttaneen säilyttää mahdollisuus kontrolloida hintoja ja kauppaehtoja muulloinkin kuin yrityksen aseman korostamistapauksissa.

3.2 Syy-yhteys

Kiellettäessä vain määräävän aseman väärinkäyttö on toiminnan oltava jollain lailla sidoksissa ko. asemaan. Suomessakin linjana on selkeästi se, ettei suoraa kausaalisuhdetta aseman ja havaitun menettelyn / sen seurausten välillä vaadita. Kilpailunrajoituslain esitöissä on käytetty sanamuotoja "antaa mahdollisuuden"; "oleva voi"; "on taloudellinen selkänoja" viitattaessa siihen, miten hallitseva yritys voi rajoittaa kilpailua. Nämä viittaavat varsin alhaiseen syy-yhteyskynnykseen, koska mitään viittausta siihen, että käytetyn keinon tulisi nimenomaisesti olla yhteydessä yrityksen valta-asemaan ei ole.[74]

Suomessa ei ole käytetty käsitettä "seurausten syy-yhteys" Saksan tapaan ja ainakin osittain on katsottu, ettei meillä väärinkäyttöä tulkittaisi objektiivisesti EU:n tavoin. Lakiteksti vastaa tyyliltään pitkälti saksalaista tai EU:ssa omaksuttua, joten sinänsä voisimme omaksua kumman tahansa tulkintalinjan. Käytännössä lopputuloksilla ei liene suuria eroja. Asiaan ei meillä ole kiinnitetty laajemmin huomiota.[75]

---

[74] KM 1987:4 s. 141–142; Mentula ym. s. 78.

[75] Perustelematta mielipidettään tarkemmin Mentula ym. toteavat, ettei EU:n kaltaista objektiivista käsitettä käytetä. Ks. Mentula ym. s. 78; Asian tuntuu kokonaan sivuuttavan Mononen, jonka teoksessa ei ollut erillistä asiaa käsittelevää jaksoa. Lähin viittaus oli s. 56, jossa hän kuvasi mihin väärinkäyttö johtaa; vastaavan tapainen viittaus on Rissanen ym. s. 314.

3.3 Väärinkäyttömuodot

3.3.1 Yleistä

Lainsäädännön tasolla ei ole tyhjentävästi määritelty mitkä kaikki toimet voisivat olla väärinkäyttöä. Kilpailunrajoituslain 7 §:n luettelo on Saksan GWB 19 §:n tavoin vain esimerkinomainen. Lakitekstissä ei meillä ole eroteltu suoraan haittaamista (eli kilpailijoiden toiminnan estämistä) ja riistämistä (eli kohtuuttomien ehtojen ja hinnan vaatiminen markkinavastapuolelta). Jo lakiin otetun luettelon pohjalta molemmat menettelytavat voivat olla Suomessa kontrollin kohteina. Oikeuskirjallisuudessa nämä tavat on mainittu, mutta varsinaista eroa ei välttämättä tehdä. Esim. Hagman toteaa väärinkäytön voivan ilmetä asiakkaisiin tai kilpailijoihin kohdistuvana kohtuuttomana hyväksikäyttönä tai mielivaltaisena kohteluna ja toisaalta pyrkimyksenä sulkea pois markkinoilta vähintään yhtä tehokas kilpailija.[76]

Kuten Saksassa tai EU:ssa, ei Suomessa pidetä itse asemaa kiellettynä. Saksan tavoin yrityskauppakontrolli on järjestetty oman normiston kautta eikä missään vaiheessa ole esitetty väärinkäyttönormin soveltamista näihin tilanteisiin EU:ssa Continental Can -tapauksessa omaksutuin tavoin.

3.3.2 Monopolihinnoittelu ja kohtuuttomat sopimusehdot

Hintoihin voidaan Suomessa puuttua joko niiden kohtuuttomuuden tai kilpailun kannalta haitallisten vaikutusten takia. Lähtökohta vastaa siten saksalaista, eli pyrkimyksenä on estää sekä monopolihinnoittelu että kilpailijoiden markkinoille pääsyä estävä alihinnoittelu. Toisin kuin Saksassa meillä ei ole erityistä sopimusehtojen kohtuuttomuutta koskevaa sääntöä kilpailunrajoituslaissa.

---

[76] Esimerkinomaisuudesta vallitsee meilläkin yksimielisyys. Yleensä ko. seikka sivuutetaan lyhyellä maininnalla edes pohtimatta mikä olisi esimerkkien merkitys. Aalto-Setälä ym. s. 125. Hagman s. 76; Mentula ym. s. 77; Mononen s. 54. Tekijä käyttää esimerkeistä termiä ”vain havainnollistetaan”; Rissanen ym. s. 313.

Stenborg painottaa kilpailijoiden haittaamisen estämistä, koska tällöin luodaan kilpailuprosessille tilaa ja asiakkaiden riistäminen estyy. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 124–125 ”MMA-yrityksen (=määräävässä markkina-asemassa) menettelyn vaikutukset kilpailijoiden toimintamahdollisuuksiin ovat ehkä olleet tärkeämpi puuttumisen kriteeri kuin toiminnan suorat vaikutukset asiakkaisiin. Jos MMA-yritys ei voisi markkinavoimallaan estää tai häiritä markkinoiden toimintaa, kilpailuprosessi itse pakottaisi sen korjaamaan menettelynsä asiakkaiden toivomaan suuntaan.”; Hagman s. 76, 77. Tekijän tapa rinnastaa asiakkaat ja kilpailijat hyväksikäytön ja mielivaltaisen kohtelun osalta ei ole perusteltu. Kilpailun tarkoituksena on saada aikaan parempi suoritus kuin kilpailijan, joten kilpailijaa ei periaatteessa voi kohdella mielivaltaisesti tai hyväksikäyttää. Vertikaalisesti integroitunut yrityskään ei kohtele oman tytäryhtiönsä tms. kanssa kilpailevaa yritystä mielivaltaisesti, vaan todennäköisimmin pyrkii sen sulkemiseen markkinoilta; Myös Kuoppamäki toteaa painopisteen siirtyneen nimenomaan kilpailijoiden haittaamisen estämiseen. Ks. Kuoppamäki I s. 157; Mentula ym. eivät käytä termejä haittaaminen tai riistäminen, mutta he tuovat selkeästi esille, että tämän toiminnan valvomisesta on lain mukaan kysymys. Ks. Mentula ym. s. 78.

Monopolihinnoittelu voi toimia alalle pääsyn houkuttimena. Siihen puuttumiseen tulisi suhtautua tällä perusteella varovaisesti. Lähtökohtana tulisi olla lähinnä niihin tapauksiin puuttuminen, joissa yrityksen asema on suojattu oikeudellisen tai luonnollisen monopolin kautta. Lakiteksti ei sinänsä määrittele kohtuuttomuutta tai aseta mitään erityisiä vaatimuksia hinnoittelun kestolle tai vaikutuksille, joten ohimenevä ylihinnan periminen voisi olla lain vastaista. Elinkeino- ja sopimusvapaus edellyttävät, ettei hintoihin puututa jatkuvasti (muutoin kuin selkeällä laintasoisella alakohtaisella hintakontrollilla, jos tähän halutaan mennä).[77]

Monopolitapauksissa yritys joutuu luonnollisesti etsimään oman hintatasonsa itse vailla kilpailijoiden aiheuttamaa painetta. Tällöin se voi tuotantoaan rajoittamalla pyrkiä talousteorian mukaisesti ylläpitämään korkeampia hintoja ja keräämään monopolivoittoja. Hagman viittaa katevaatimusten olevan erilaisia, jolloin varsinkin korkean teknologian aloilla edellytetään korkeampia katteita tutkimus- ja kehityskustannusten peittämiseksi. Hän toteaa, ettei keskimääräinen kannattavuus ole todistus hintojen kohtuullisuudesta, mutta toisaalta keskimääräistä parempi kannattavuus ei vielä yksin todista monopolihinnoittelua. Hintoihin puuttumisen tulisi olla poikkeus, joten keskimääräinen kannattavuus ei voi olla väärinkäyttöä kuin poikkeustapauksissa. Käytännössä ei voida vaatia, että yritys pystyisi saavuttamaan edes toimivan kilpailun mukaista hinta- ja tuotantotasoa. Kuten Mentula ym. toteavat, edellyttää kohtuuttomuus selvää eroa perittävien hintojen ja pienimpien kustannusten välillä, joihin yritys voi päästä. Miten tämä hintataso määritetään ei silti ole yksiselitteistä.[78]

Määräävässä asemassa olevan yrityksen on lähtökohtaisesti toimittava tasapuolisesti asiakkaitaan kohtaan. Kohtuuttomana voidaan pitää esim. hintadiskriminointia, joka ei perustu molemminpuoliseen hyötyyn (kuten alennuslippujen myyminen opiskelijoille, jotta käyttöaste saadaan mahdollisimman suureksi). Jotta hinnoittelu ei muodostuisi kohtuuttomaksi, on sen oltava läpinäkyvää eli asiakkaiden on voitava arvioida, kohdellaanko niitä tasapuolisesti tms. Diskriminointi voi olla asiakkaiden kannalta hyödyllistä tai jopa välttämätöntä, jos ne eivät pysty itse kilpailemaan jatkomarkkinoilla. Jos hallitsevalle yritykselle asetetaan vaatimus huolehtia näistä asiakkaistaan, ei kyse ole tasapuolisuudesta.[79]

---

[77] Mentula ym. korostavat houkutin vaikutusta todeten virallisen linjan kuitenkin olevan kohtuuttomiin hintoihin puuttumisen. Ks. Mentula ym. s. 82.

[78] Hagman s. 80; Mentula ym. s. 84; vrt. Mononen s. 87. Tekijä viittaa ainoastaan kohtuuttomuuden määrittelyongelmiin, mutta ei ota lainkaan kantaa siihen mitä kohtuuttomuudella tarkoitetaan.

[79] Finntugs Oy:tä koskevassa kilpailuneuvoston ratkaisussa (d:o 23/359/98, 29.6.00) s. 34–35 ei hinnoittelua pidetty kohtuuttomana tai syrjivänä. Neuvosto totesi s. 34 ”Kilpailuviranomaisten tehtäviin ei kuulu tietyn hinnoittelujärjestelmän salliminen tai vahvistaminen yrityksen noudatettavaksi, vaan nimenomaan hintasyrjinnän kieltäminen”. Kannanottoa on pidettävä täysin kilpailuoikeuden tarkoituksen mukaisena, vaikka sitä osittain vesittää kilpailuneuvoston korostama vaatimus hintojen kustannusvastaavuudesta. Tapauksessa ei ollut riittävää näyttöä syrjintätarkoituksesta, vaikka hintaeroja sinänsä oli. Mielenkiintoisesti kilpailuneuvosto hyväksyi hintaerojen perustumisen ”historiallisiin syihin”.

Kilpailuviraston perustelu Pohjois-Suomen laskettelukeskusten maanvuokratapauksessa (Dno 509/61/94 31.1.1997) on siten väärä. Ensin todetaan, että määräävä markkina-asema antaa yritykselle mahdollisuuden asettaa hintatasonsa riippumattomana kilpailevista yrityksistä. Tarkastelu olisi tullut rajata siihen, ovatko hintataso ja tehdyt korotukset tässä mielessä kohtuuttomia. Viittaus HE 1987/148 perusteluihin siltä osin kuin siellä mainitaan hallitsevan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa asiakaspolitiikallaan toisten yritysten kohtaloihin on epäonnistunut. Kysehän ei ole hintasyrjinnästä, jos kaikille lasketaan hinta samojen perusteiden mukaan. Ajatus, että hallitsevan yrityksen tulisi vaikuttaa asiakaspolitiikallaan joitakin yrityksiä tukevasti, on kilpailun ajatuksen vastainen. Ei ole metsähallituksen vika, jos osa laskettelukeskuksista sijaitsee toisiinsa nähden huonommalla paikalla. Liikevaihtoon sidotun hinnoittelun pitämistä virheellisenä tehokkuuserojen takia ei myöskään voi pitää kovin onnistuneena. Virasto toteaa, että tämä aiheuttaa kohtuuttomia hinnaneroja keskenään samantyyppisissä olosuhteissa toimivien, mutta tehokkuudeltaan erilaisten yritysten välillä. Normaalistihan enemmän palvelua / tuotetta käyttävältä on voitava periä käyttöä vastaava korvaus. Tässä tapauksessa kohtuuttomuusperusteluna voisi olla se, ettei metsähallitus vuokranantajana joudu sijoittamaan mitään lisäkäyttäjien hyväksi, jolloin kokonaisvuokran kasvu käyttäjämäärän kasvaessa on kohtuuton. Lopputulos, että vuokran perusteena olisi käytettävä laskettelualueen käyttöarvoa on oikea vain, jos se vastaisi kilpailutilanteessa tarjonnan ja kysynnän kautta syntyvää hintatasoa.[80]

Hyväksyttävänä ei myöskään voi pitää kohtuullisuus- ja tasapuolisuusvaatimuksen ulottamista tariffien ja hinnankorotusten toteuttamisnopeuteen. Kilpailuvirasto katsoi tekijänoikeusmaksujen korotusta koskeassa Gramex-tapauksessa (Dno 574/61/95, 3.6.1997) hallitsevalla yrityksellä olevan velvollisuuden ottaa huomioon asiakkaiden sopeutusmahdollisuudet hintoja korottaessaan. Korotukset tulisi tehdä maltillisesti ja riittävän pitkällä siirtymäajalla, vaikka taustalla olisi oman kustannustason muuttuminen (eli uusi hinta ei ole sinänsä väärinkäyttöä). Kannanotto on virheellinen, koska kohtuuttomuudella ei voi tarkoittaa muuta kuin hinnan kohtuullisuutta suhteutettuna arvioituun kilpailtuun hintaan. Jos korotus toteutetaan kaikille samanaikaisesti, on se tasapuolinen. Ajatus, että hallitsevan yrityksen tulisi uhrata kilpailuviranomaistenkin kannalta täysin hyväksyttävää

---

[80] Tapauksen osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 1/1997 s. 91 (sovellettava lainmääräys), 93 (rinnemaan vuokraukseen liittyvä arvio), 97 (ratkaisu rinnemaan vuokrauksen osalta). Tapauksessa ei käsitelty kustannustekijöitä, koska maapohjan osalta kustannukset lienevät mitättömät metsähallitukselle.

Vrt. HE 1997/148 s. 22. Esityksessä on liikesuhteista pidättäytymisen kohdalla todettu määräävän yrityksen voivan vaikuttaa omalla asiakaspolitiikallaan toisten yritysten kohtaloihin. Tästä on johdettu tasapuolisuusvaatimus eikä vaadetta pitää jotain yritystä pystyssä, kuten virasto tuntuu ajattelevan! Hinnan osalta samalla sivulla viitataan vain kohtuuttomaan monopolihintaan eikä mihinkään kykyyn vaikuttaa asiakaspolitiikallaan.

voittomarginaaliaan asiakkaiden hyväksi, on osoitus pyrkimyksestä suojata jälkimmäisiä eikä tämän tule olla kilpailulainsäädännön tarkoitus. Mikäli hallitseva yritys todella ryhtyisi muuttamaan hintoja niin mielivaltaisesti ja asiakkaittensa toimintaolosuhteita haittaavasti, että sillä voisi olla jotain merkitystä, söisi se samalla omia markkinoitaan. Jälleenmyyjäehdokkaita tuskin olisi kovin paljon, jos myyntitoiminta olisi hallitsevan yrityksen toimien takia huonosti kannattavaa![81]

Saksalaisen mallin mukaan voisimme ottaa lähtökohdaksi vertailumarkkinoiden käyttämisen. Alueellisen tai asiallisen (so. mahdollisimman samankaltainen tuote) vertailupohjan käyttäminen edellyttäisi laajaa analyysiä markkinoista. Käytännössä vertailu voisi onnistua esim. tietyn alan erikoisliikkeiden kesken, jolloin kilpaillumman alueen (esim. pääkaupunkiseudun) hintatasoa käytettäisiin lähtökohtana pienemmän paikkakunnan hintojen kohtuullisuuden arviointiin. Eri asia on, olisiko järkevää puuttua jonkin paikkakunnan yksittäisen liikkeen toimintaan. Mikäli maakohtaiset erot voitaisiin karsia (esim. kysyntäerot, erot yritysrakenteissa, hinnoittelukäytännöissä jne.), olisi mahdollista verrata suomalaista monopolihintatasoa esim. ruotsalaiseen kilpailtuun hintaan. Käytännössä erojen karsiminen johtaa, kuten Saksassakin on jouduttu tunnustamaan, hypoteettiseen hintatasoon. Jotta monopolihintaa ei asetettaisi liian matalaksi, on lopputuloksena yleensä kilpailtua hintaa merkittävästi korkeamman hinnan salliminen. Saksan kaltaisilla suuremmilla markkinoilla alueellinen hintavertailu antanee lisäksi paremman lähtökohdan kuin mitä Suomessa voidaan saavuttaa. Aiemman kilpaillun hintatason käyttäminen arvioinnin pohjana voi johtaa saksalaisen ”Sockel”-teorian mukaisiin ongelmiin, jossa yrityksille joudutaan antamaan varsin suuri liikkumavara lisäämällä hintaan erilaisia korjailueriä nykytason saavuttamiseksi. Suomen kaltaisilla aiemmin lähes suljetuilla markkinoilla ei edes ole todennäköistä, että yrityksellä olisi joskus ollut kilpailtu hintataso.[82]

Hintavertailua voidaan tehdä kansainvälisesti ottamalla vertailukohdaksi mahdollisimman hyvin Suomen markkinoita vastaava EU-maa tai muu kohde. Käytännössä Ruotsin markkinat lienevät lähinnä meidän olosuhteitamme muistuttavat. Mitään vertailukohtaa ei kuitenkaan välttämättä löydy, koska tietyt monopolit ovat sitä muuallakin (satamat, energian siirto tms.) tai olosuhteet muuten poikkeavat liikaa toisistaan. Vertailussa on aina huomioitava erilaisesta kysyntä-

---

[81] Tapauksen osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 2/97 s. 98 ”Kilpailulainsäädännön kohtuullisuus- ja tasapuolisuusvaatimus edellyttää, että tariffeja ja niiden keskinäisiä hintasuhteita muuttavat uudistukset toteutetaan maltillisesti ja asiakkaiden oman toiminnan kannalta riittävän pitkällä siirtymäajalla. Asiakkaiden toimintaolosuhteisiin olennaisesti vaikuttavia yhtäkkisiä ja ennakoimattomia hinnankorotuksia voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, vaikka *niiden lopputuloksena oleva hinnoittelu olisi aiheuttamisperiaatteen mukainen*”. Virasto ei pitänyt hinnoittelua esillä olleessa tapauksessa tältäkään osin vääränä. Ks. em. lähde s. 99.

[82] Saksalaisen keskustelun osalta viittaan tämän tutkimuksen Saksan oikeutta jaksoon 2.5.3 Riistäminen ja sen alajaksoon a) hinnat.

ja tuotantorakenteesta johtuvat erot ja erilaisia korjailueriä käyttämällä lopulta määritettävä suomalainen kilpailtu hinta.[83]

Saksassa käydyssä keskustelussa on tältä osin pidetty ongelmallisena mm. sitä, että vertailuhintoja voi olla useita. Päädyttäisiin tiettyyn hintahaarukkaan, jolloin lähtökohdaksi voitaisiin ottaa joko ylempi tai alempi hinta. Hallitsevankaan yrityksen kannalta voitaisiin tuskin pitää kohtuullisena alemman hinnan automaattista käyttämistä varsinkin, jos se saattaisi johtaa kustannustason alittavan hinnan määräämiseen tuotteelle. Saksassa on myös perustellusti epäilty hintojen todellista vertailtavuutta. Jos toisilla alueellisilla markkinoilla vallitsee kilpailu ja toisilla kenties jo pitkäaikainen hallitseva monopoli tai oligopoli, ovat sekä kysyntä että tarjonta sopeutuneet tilanteeseen. Markkinoissa voi olla muitakin eroja, jolloin kyse ei enää ole todellisesta vertailuhinnasta. Vertailun pohjaksi saatua hintaa voidaan toki pyrkiä korjaamaan kotimaisia olosuhteita paremmin vastaavaksi, mutta tällöin lopputuloksena on hypoteettinen hintataso, ei enää varsinainen vertailuhinta.

Vertailun pohjaksi tulisi ottaa sellaiset markkinat, joilla kilpailumekanismi toimii. Tämä toivomus on helppo esittää, mutta käytännössä törmätään ongelmaan siitä, miten määritellä toimiva kilpailumekanismi. Saksassa käydyssä keskustelussa vertailumarkkinoilta on vaadittu esim. pelkästään sitä, ettei kyse ole monopolista tai ettei markkinoilla saa olla hallitsevaa yritystä. Täydellistä kilpailua ei vertailupohjaksi voida asettaa, koska tällaista ei käytännössä esiinny. Suomalaista terminologiaa lainatakseni voitaisiin toki lähteä ”terveestä ja toimivasta” taloudellisesta kilpailusta, mutta nämä käsitteet eivät avoimuutensa takia rajaa vertailukohtia juuri lainkaan. Sitä paitsi toimivuus on markkinasidonnaista eikä yhden markkinan ”toimivuutta” voida suoraan siirtää toisille.[84]

Mononen on todennut markkinahinnan olevan sitä huonompi lähtökohta mitä kauempana ollaan täydellisestä kilpailusta. Vaikka vertailupohjana käytettäisiin realistisempaa toimivan kilpailun luomaa hintaa, ei monopolinomaisilla tai tätä lähestyvillä markkinoilla ole täysin vertailukelpoista hintaa. Mononen toteaa, että tällöin joudutaan turvautumaan yrityksen kustannustason arviointiin. Tähän näkökulmaan on syytä yhtyä, vaikka kustannustason arviointi ei todellisuudessa ole yhtään sen selvempi ratkaisu.[85]

---

[83] Mentula ym. s. 84. Tekijät pitävät vertailua mahdollisena lähinnä Pohjoismaiden suhteen. He korostavat myös vertailuhintatason suhteuttamista Suomen olosuhteisiin.

[84] Aikaisemmassa laissa oli 16 §:ssä kilpailuneuvostolla mahdollisuus asettaa korkeintaan kuuden kuukauden ajaksi määräävässä markkina-asemassa olevalle elinkeinonharjoittajalle suurin tai alin sallittu hinta. Hallituksen esityksen mukaan lähtökohtana oli: ”kiinnitettävä huomiota toisaalta Suomen olosuhteisiin suhteutettuihin hintoihin ulkomailla, lähinnä muissa Pohjoismaissa, sekä määräävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan saamaan pääoman tuottoon verrattuna sellaisilla vertailukelpoisilla markkinoilla saavutettavaan tulokseen, joilla kilpailumekanismi toimii”. Tarkempaa rajausta ei siis tässäkään tehty, vaan vertailu jäi kilpailuneuvoston varsin vapaaseen harkintaan! Ks. HE 1987/148 s. 27.

[85] Mononen s. 88–89 ja erityisesti s. 88 ”Markkinahintaa pidetään sopivana mittapuuna, jos se on määräytynyt taloudellisen kilpailun paineessa, … Siten markkinahinta on sitä epäluotettavampi (epäsopivampi), mitä vähemmän taloudellisella kilpailulla on täydellisen kilpailun piirteitä.”

Yrityksen käyttämää hintaa voidaan verrata tuotteesta aiheutuviin kustannuksiin. Mikäli tuotteesta perittävä hinta on merkittävästi kustannuksia suurempi (eli voittomarginaali on iso), voidaan tämän katsoa osoittavan monopolihinnoittelua. Ongelmana on se, ettei tietyn tuotteen kustannustaso ole edes pienillä markkinoilla helposti määritettävissä, koska yritykset ovat tyypillisesti monialayrityksiä. Kustannustason vertaaminen samalla tai vastaavalla alalla toimiviin yrityksiin on periaatteessa mahdollista, mutta tuskin toimiva vaihtoehto. Samalla toimialalla oleva tehokkaampi yritys tuskin pitää yllä monopolihintaa kuin kartellitapauksissa, jolloin asiaan voidaan puuttua tätäkin kautta. Muiden alojen kustannukset ovat siirrettävissä vain, jos toimialoilla käytetään samanlaisia tuotantopanoksia (so. raaka-aineiden tulisi vastata sekä ostomäärien että laadun osalta ja sama pätee palkkoihin). Kustannustason määräytyessä ainakin periaatteessa kysynnän ja tarjonnan mukaan on vaikea väittää, että jonkun toisen maksama hinta olisi oikeampi.[86]

Periaatteessa tulisi määrittää alin kustannustaso, jonka tehokkaasti toimiva yritys voi saavuttaa. Mentula ym. korostavat tämän olevan tärkeää, koska yritys voi pyrkiä siirtämään osan monopolihinnoittelun eduista kustannuksiin. Tekijät siis viittaavat ”hiljaisen elämän” tuomiin etuihin, jolloin ei edes pyritä saavuttamaan tehokkainta tuotantotasoa, koska tämä ei ole välttämätöntä. Sinänsä myönnetään, että tämä johtaa vaikeaan mittaustehtävään, mutta esitetty lääke, kansainväliset hintavertailut, ei edellä käsitellyin perustein vakuuta. Yrityksen omista kustannuksista lähtevä ns. toimivan kilpailun mukaiseksi arvioitu hintataso taas perustuisi pelkkään hypoteettiseen arvioon, eikä ole syytä olettaa kilpailuviranomaisten olevan kovin rohkeita tällaisen arvion tekemisessä. Käytännössä ei Suomenkaan osalta vaadittane yrityksen oman kustannustason alittavan hinnan käyttämistä, vaikka toimintaa pidettäisiin tehottomana.[87]

Kustannusvastaavuutta on Suomessa korostettu useissa ratkaisuissa. Suomen arvopaperikeskuksen selvitysmaksujen osalta kilpailuvirasto totesi hinnoittelussa olevan määräävän markkina-aseman väärinkäytön piirteitä, koska hinnoittelu ei yrityksen omankaan ilmoituksen mukaan vastannut viivästyksistä aiheutuvia kustannuksia. Ne olivat myös tehottomia, koska sanktio ei aina kohdistunut viivästyksen aiheuttaneeseen välittäjään. Arvopaperikeskuksen edellytettiin poistavan hinnoittelustaan em. piirteet. Ratkaisu voidaan kyseenalaistaa sikäli, että ko. maksujen merkitys lienee kilpailun kannalta vähäinen. Sopimusoikeudellisestikin erilaisten

---

[86] Stenborg viittaa kustannustason selvittelyongelmiin sekä hallitsevan yrityksen mahdollisuuteen laajentaa yrityksen toimintaa tai aloittaa muodikkaita, mutta tuottamattomia projekteja todellisen kustannustason peittämiseksi. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 132–133; Kuoppamäki I s. 165–166; Hintaeroa korostaa myös Mononen, joka viittaa mahdollisuuteen käyttää vertailukustannustasoja. Ks. Mononen 89–90.

[87] Mentula ym. s. 85; Mononen edellyttäisi kustannuserojen perustelemista mikä ilmeisesti olisi hallitsevan yrityksen tehtävä. Ks. Mononen s. 90 ja alaviite 153; Vrt. Rissanen ym. s. 316–317, jossa tekijät toteavat toimivaan kilpailuun perustuvan hinnan etsimisen johtavan vaikeuksiin asiaa tarkemmin perustelematta.

viivästysmaksujen tarkoitus on lähinnä seuraamusjärjestelmän automatisoiminen, ja kyse olisi siten ylipäätään osapuolten välisestä sopimukseen liittyvästä ongelmasta. Tehokkuusongelmat ovat myös ratkaistavissa tätä kautta.[88]

Pääoman tuottoa voitaisiin käyttää vertailukriteerinä, jos taloudelliseen toimintaan kohdistuisi yhtä suuret riskit. Koska näin ei ole, ei tämäkään vertailutapa anna varmaa tietoa monopolihinnoittelusta. Tämä ongelma on todettu Saksassakin, eikä sielläkään tätä mallia juuri käytetä.[89]

Kilpailuvirasto on YTV:tä koskevassa ratkaisussa (Dno 473/61/92 29.1.1997) todennut, että kilpailunrajoituslaissa asetettu kohtuullisuus- ja tasapuolisuusvelvoite edellyttivät tariffien (eli hintojen) niihin sisältyvinen tuottotavoitteineen olevan mahdollisimman kustannusvastaavia. Niiden tuli seurata asiakkaiden palvelemisesta myyjälle aiheutuvia kustannuksia, eivätkä tuotot saa kokonaisuudessaan tai jonkun asiakasryhmän kohdalla olennaisesti ylittää välttämättömiä suoritteen kustannuksia. Hyväksymällä tuottotavoitteen virasto myönsi elinkeinonharjoittajalla olevan oikeuden kohtuulliseen voittoon. Arvio voi onnistua YTV:n tapaisten alueellisten ”virallismonopolien” osalta, koska tavoitteena on lähinnä jätehuollon toimiva järjestely, ja kaikki kertyneet varat käytettiin lähtökohtaisesti tähän toimintaan. Muun elinkeinon harjoittajan osalta suoritteen kustannukset eivät enää ole yhtä selvät. Miten huomioimme markkinoinnin kustannukset? Tai kehitystyön kulut?[90]

Helsingin kaupungin satamamaksuja koskevassa tapauksessa kyse oli näiden maksujen kohtuullisuudesta. Kyse on lähinnä pakollisesta kauppakumppanista, koska ei voida olettaa suurten lauttayhtiöiden siirtävän liikenteen kokonaan toisiin satamiin. Kysyntä ei olisi sama. Satamalla täytyy luonnollisesti olla oikeus periä varustamoilta sataman käytöstä aiheutuvat kustannukset sekä myös jonkinasteinen voitto. Kilpailuvirasto ja -neuvosto katsoivat Helsingin kaupungilla olevan määräävän aseman satamapalvelujen suhteen. Hinnoittelussa tuli kilpailuviraston mukaan noudattaa tällaisessa tilanteessa kohtuullisuutta. Muiden satamien maksut huomioiden ei Helsingin hinnankorotusta 20 mk matkustajalta voitu pitää kohtuullisena. Helsingin tapaa laskea kustannukset virasto ei hyväksynyt, koska se sisälsi sellaisia tuottovaatimuksia maaomaisuudelle ja välillisiä kustannuksia, joita ei muissa satamissa peritty. Kilpailuneuvosto ei hyväksynyt tätä kantaa, vaan lähti siitä, että korotus oli kohtuullinen. Neuvosto hyväksyi mm. investointitarpeiden mukaan laskemisen sekä välilliset kustannukset. Vähemmistöön jääneet kolme jäsentä pitivät korotusta kohtuuttomana sen odottamattomuuden takia. Asia ratkesi KHO:ssa vähemmistön kannan mukaisesti tuomio-

---

[88] Ratkaisun osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisut Dnro 553/61/2000, 19.1.2001 kohdat ”Selvitystoiminnan hinnoittelu ja sanktiomaksut” ja ”Ratkaisu”.
[89] Tämän vertailun ongelmiin viitataan Aalto-Setälä ym. s. 133.
[90] Ratkaisun osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 1/1997 s. 54–55 (yleisperiaate), 55–57 (kustannusvastaavuus ja kohtuullisuusarviointi).

istuimen perustaessa ratkaisunsa juuri maksun korotuksen suuruuteen.[91]

Kilpailuneuvoston enemmistön kantaa em. tapauksessa voidaan pitää hyväksyttävänä, koska ajatus siitä, ettei välillisiä kustannuksia tai investointitarpeita voida huomioida on kilpailun ajatuksen vastainen. Pitemmällä aikavälillä ko. palvelu jäisi tarjoamatta, jos se ei kata kaikkia kustannuksia eikä tuota riittävästi varoja investointien kattamiseen. Kilpailuviraston kanta siitä, että nämä tulee jättää pois laskelmista, koska muuallakaan ei peritty maksua tällä perusteella, on siten varsin ontuva. Toisaalta kyse on toiminnasta, joka tuo muuta kautta tuloja kaupungille kuin pelkästään satamamaksuina. Tämä argumentti ei ole kovin vahva, koska kaupunki ei voi hinnoitella itseään liian kalliiksi varustamojen kannalta, se menettäisi nämä tulot. Osa varustamoista oli vedonnut siihen, että ne olivat itse investoineet terminaaleihin tms. Tällaisessa tilanteessa voi periaatteessa olla ratkaisevaa vaaditaanko investointeihin osallistumista vai ei. Lisäksi voittoprosentti ei saisi ylittää sidotun pääoman normaalia tuottoa, koska tällöin ollaan lähellä monopolivoiton keräämistä. Koska kaupungin voitto investointivarauksen jälkeen olisi ollut noin 63 miljoonaa, ei tuottoa voine pitää normaalia suurempana huomioiden satamaomaisuuden arvon ja siihen sidotut pääomat.

Vähemmistön ja KHO:n kanta odottamattomuudesta ei ole täysin oikea, koska alihinnoittelun jälkeen on voitava siirtyä normaaliin hintaan. Maksun moninkertainen korottaminen tuntuu toki kohtuuttomalta, mutta lähtökohdan ollessa selkeästi kustannusvastaavuus ei tämä yksin voi riittää hinnoitteluun puuttumiseen hallitsevan aseman perusteella. Perusteluissaan KHO tosin viittaa satamalaitoksen tuloihin ja menoihin, mutta mitään selkeää näyttöä ylihinnoittelusta ei ole. Kohtuuttomalla hinnalla tarkoitetaan kilpailunrajoituslaissa juuri käyvän hintatason selvästi ylittävää hintaa, jolloin lähtökohtana on tehokkaan yrityksen kustannustaso. Kilpailuviraston päätös on tässä mielessä paremmin perusteltu. Ratkaisuissa on mainittu aiemman maksun olevan elinkustannusindeksillä korjattuna 7,25 mk eli selkeästi kaupungin ajamaa korotettua hintaa alhaisempi. Tämä maininta viittaa siihen, että vain elinkustannusindeksillä korjattu hinta olisi ollut kohtuullinen. Mikään indeksi ei suoraan vastaa jonkin elinkeinon kustannuskehitystä, joten tämä maininta on turha. Hinta on voitu alunperin asettaa virheellisesti liian alhaiselle tasolle, jolloin se täytyy voida korottaa kustannuksia vastaavaksi.[92]

Toinen tapauksessa kiinnostusta herättävä seikka on se, ettei kilpailuneuvoston enemmistö mitenkään huomioinut vertailumarkkinoina käytettyjä muita suomalaisia satamia. Näiden kustannusrakenteenhan voidaan olettaa vastaavan Helsinkiä. Edes vähemmistö ei nojannut tähän, vaan kohtuuttomuus perustui heidän

---

[91] Kilpailuneuvoston ratkaisut s. 32, 34–36 (kilpailuviraston kannan osalta), 47–48 (kilpailuneuvoston enemmistön kanta), 50–51 (vähemmistön kanta); KHO-A-57 s. 263 ”…ottaen huomioon asiakirjoista saatavan selvityksen kaupungin satamalaitoksen vuoden 1993 arvioidusta tuloista ja menoista sekä *erityisesti* maksun korotuksen suuruuden ja ennalta-arvaamattomuuden…”

[92] Ks. KHO-A-57 s. 262–263 ja kilpailuviraston päätöksen osalta Kilpailuneuvoston ratkaisut s. 35.

mielestään juuri odottamattomuuteen. Kilpailuvirasto oli käyttänyt juuri vertailua eräänä pääperustelunaan.[93]

Sopimusehdot voivat olla kohtuuttomia muiden kilpailutekijöiden kuin hinnan osalta. Kyse voi olla esim. ylisuuren varaston vaatimisesta, kohtuuttomista maksuehdoista tms. Sinänsä nämä liittynevät useinmiten hinnoitteluun, koska itsenäisenä tekijänä ei sopimusehdolla liene järin suurta merkitystä hallitsevalle yritykselle kään. Lähtökohtana olisi jälleen vertailumallin käyttö (eli verrattaisiin käytettyjä ehtoja vastaaviin toisten alojen tai markkina-alueiden sopimuksiin). Toisaalta kyse voi olla diskriminoinnista, jolloin arviointi tapahtuu käytettyjen ehtojen erilaisuuden pohjalta. Sopimusehtojen vaikutus on selkeästi enemmän sitomisen kuin kohtuuttomuuden puolella. Saksassakin on tältä osin todettu, ettei sopimusehdoille jää järin suurta merkitystä. Suomen kaltaisilla markkinoilla sopimusehdoilla yhdessä hinnan kanssa voisi olla Saksaa laajempi merkitys niissä tapauksissa, joissa markkinavastapuolen vaihtoehdot ovat hyvin vähissä. Esim. kustannusten siirto sopimuksen kautta voi olla hyvä tapa naamioida hinnan kohtuuttomuus.[94]

3.3.3 Saalistushinnoittelu ja ristisubventio

Kilpailunrajoituslain lähtökohtana on paitsi kohtuuttomien myös kilpailua rajoittavien hintojen luokitteleminen määräävän aseman väärinkäytöksi. Kyse on taloustieteen limit pricing ja saalistushinnoittelu -teorioiden soveltamisesta. Elinkeinonharjoittaja ei siten saa käyttää hintoja, joilla pyritään estämään markkinoille pääsy. Kuten Mononen toteaa, on pyrkimyksenä ensin estää kilpailun syntyminen ja tämän jälkeen monopolihinnoittelun avulla korvata aiemmin syntyneet tappiot. Perusedellytyksenä ovat korkeat markkinoille pääsyn esteet, koska muutoin ei alhaisemman hinnan käyttämisestä aiheutuneita menetyksiä voi korvata.[95]

Kuoppamäki on lähestynyt asiaa myös hallitsevan yrityksen maineen kautta. Saalistuksen tarkoituksena ei aina tarvitse olla kilpailijan markkinoille tulon estäminen tai konkurssi. Määräävässä asemassa olevan yrityksen kannalta riittää ”rankaisutoimi”, jolla se luo uskottavan muistutuksen alalle pyrkiville. Lähtökohta vastaa peliteoriassa käsiteltyä uskottavuus-ongelmaa. Onnistuminen tämän kaltaisessa toiminnassa vaatii muitakin markkinoille pääsyn esteitä kuin pelkän rankaisutoimen.[96]

Saalistukseen voidaan rinnastaa markkinavoiman siirto toisille alueellisille tai tuotekohtaisille markkinoille. Suomessakaan ei ole vaadittu väärinkäytön kohdis-

---

[93] Kilpailuneuvoston ratkaisut s. 35 (viraston kannan osalta).
[94] Asiaa ei ole syytä käsitellä laajemmin, koska se ei ole ollut Suomessa esillä.
[95] Aalto-Setälä ym. s. 143; Kuoppamäki I s. 166; Mononen s. 90–91.
Kaikissa em. lähteissä mainitaan edellytys saalistuksen kustannusten kattamisesta myöhemmällä monopolihinnoittelulla.
[96] Kuoppamäki I s. 166–167. Tekijä ei mainitse markkinoille pääsyn esteiden vaikutusta, mitä on pidettävä muutoin oikean kannan puutteena.

tumista juuri hallittuun markkinaan, joten ei ole mitään estettä pitää tällaista menettelyä lain tarkoittamana ”kilpailun rajoittamista ilmeisesti tarkoittavana hinnoittelukäytäntönä”. Asiaa on meillä perinteisesti tarkasteltu ristisubventiona toimialalta toiselle, mutta varsinaista tarvetta ei tähän olisi. Hagman katsoo menettelyn olevan ominaista lähinnä sellaisille yrityksille, joilla on julkisin kilpailun estein suojattu monopolitoimiala.[97]

Mononen on viitannut siihen, että yritys myisi tuotteitaan alle kilpailijoiden ja jopa alle omien kustannusten. Kilpailijoiden kustannusten alittamista ei voida pitää väärinkäyttönä, jos kyse on tehokkaammasta toiminnasta. Olisi kilpailun ideologian vastaista pakottaa yritys huolehtimaan tehottomampien yrittäjien markkinoilla pysymisestä asettamalla hintatasonsa niiden mukaan. Mikäli tuotannon seisauttamis- ja käynnistämiskustannukset (tai muut tuotteen markkinoille tuomisesta aiheutuvat kulut) eivät ole merkittäviä, asettunee hintataso joka tapauksessa lähelle kilpailijoita. Saalistushan voi kannattaa, vain jos muiden vetäytymisen jälkeen voi nauttia monopoliasemasta. Tämä ei toteudu, jos muut vetäytyvät väliaikaisesti markkinoilta ja palaavat heti yritettäessä monopolihinnoittelua. Taloustieteessä saalistushinnoitteluun on suhtauduttu varovaisesti, vaikka toisinaan jopa omat kokonaiskustannukset ylittävää hintatasoa on voitu pitää saalistuksena. Tällöin vaaditaan jo pitkälle menevää muuta näyttöä yrityksen toiminnasta eli jonkinlaisen saalistustarkoituksen tms. osoittamista.[98]

Hinnoittelun pitäminen saalistuksena on kohtuuttomiin hintoihin verrattuna vieläkin ongelmallisempi ilmiö. Jälkimmäinen on kilpaillusta tilanteesta poikkeava ylihinta. Ero kohtuulliseen kilpailun synnyttämään hintaan kasvaa monopolihintaa nostettaessa. Saalistushinnoittelua ei voida erottaa kilpaillusta yhtä selkeästi, koska kilpailun pitäisi laskea hintoja. Vaarana on puuttuminen kilpailtuun tilanteeseen, jota väitetään saalistushinnoitteluksi. Suomessakaan ei tule puuttua hinnoitteluun vain sen takia, että joku yritys kärsii hinnan laskun takia vahinkoa.[99]

Mentula ym. käyttävät lähtökohtana keskimääräisten muuttuvien kustannusten alittamista, eli kyse on saalistushinnoittelusta, jos hinta ei kata yksittäisen kappaleen valmistuksesta aiheutuvia kustannuksia kiinteitä kustannuksia huomioimatta. Keskimääräiset kokonaiskustannukset alittavaa hinnoittelua voitaisiin pitää saalistuksena, vain jos on näyttöä saalistustarkoituksesta. Tekijöiden kanta vastaa omaani sekä taloustieteen yleistä mielipidettä.[100]

---

[97] Hagman s. 86.
Kilpailuviraston Suomen Autokatsastus Oy:tä koskevassa ratkaisussa (Dno 581/61/96, 20.3.1997) esitetty kanta, jonka mukaan kyse ei voisi olla 7 § 4 kohdan tarkoittamaa alihinnoittelua vaan 5 kohdan mukaista toisen toimialan kilpailun rajoittamista on lain sanamuodon vastainen, koska 4 kohdassa ei mitenkään edellytetä saalistushinnoittelun kohdistuvan juuri hallittuihin markkinoihin. Ratkaisun osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 2/97 s. 24–25.

[98] Ks. luvun II jakso 3.2.2 Saalistushinnoittelu taloustieteessä käydyn keskustelun osalta.

[99] Tätä kantaa korostaa esim. Mentula ym. s. 92.

[100] Mentula ym. s. 29. Tekijät painottavat osuvasti, että saalistuksesta voi olla kyse vain, jos sen jälkeen voidaan hintatasoa nostaa (eli saada kulut kerättyä takaisin markkinoilta).

Lain lähtökohtana on ”kilpailun rajoittamista *ilmeisesti* tarkoittavan hinnoittelukäytännön” kieltäminen väärinkäyttönä. Saksan kilpailulaissa käytetään vastaavaa sanamuotoa, jota heilläkään ei ole juuri kommentoitu. Hintojen on siten joko selkeästi alitettava yrityksen kustannustaso tai tarvitaan muuta näyttöä kilpailun rajoittamistarkoituksesta. Miten termiä tulisi tulkita on tosin avointa, koska hallituksen esityksessä sen merkityksestä vaietaan. Esityksessä viitataan polkumyynnin luontoiseen toimintaan, joten jonkinlaista jatkuvuutta ja suunnitelmallisuutta voitaneen saalistushinnoittelulta vaatia. Mitään tarvetta siirtyä saksalaiseen ajattelumalliin, jossa suhtaudutaan sangen kielteisesti kaikkiin alennuksiin tms. ei meillä ole. Saksalaisessa keskustelussa Langen ym. ovat esittäneet saalistushinnoitteluun puuttumisen vaativan juuri näyttöä markkinavoiman käytöstä. Heidän tapansa sitoa kysymys normaaliin liiketoimintaan ”huolellisen kauppiaan” kautta ei kuitenkaan ole kovin avulias, koska Suomessakaan ei ole määritetty yksiselitteisesti eri alojen yrittäjiltä vaadittavaa ”normaalia” liiketoimintaa.[101]

Erityisiä ongelmia voivat aiheuttaa nk. sisäänvetotarjoukset. Pelkästään tarjoustuotetta tarkasteltaessa lopputulos olisi alihinnoittelu, koska yritys ei edes pyri saamaan tuotteesta kattavaa hintaa. Toisaalta pyrkimyksenä on myydä muita tuotteita ja sisäänvetotuotteella vain houkutella ostajat paikalle. Koska tarkoitus ei siten ole varsinaisesti estää kilpailijoiden toimintaa, ei sisäänvetotuote ole niinkään määräävän aseman väärinkäyttöön kuin kuluttajansuojaan liittyvä ongelma. Johdonmukainen, jatkuvasti käytetty (esim. muutamaa sisäänvetotuotetta kierrättämällä) alihinnoilla houkuttelu voi haitata kilpailijoiden toimintaa. Jos yritys hallitsee paikallisia markkinoita ja menettelyn lopputuloksena olisi muiden poistuminen markkinoilta, voi kilpailuoikeudellisia perusteita puuttumiseen olla. Toisin kuin tiheämmin asutuissa maissa on Suomen kaltaisilla markkinoilla tällaisen ”houkuta ja torju” menettelyn vaikutus kilpailurakenteen kannalta vaarallisempi, joten kynnystä voitaisiin pitää meillä alhaisempana. Käytännössä markkinat ovat usein parin suuren marketin hallitsemia oligopoleja, jolloin toimintaan puuttuminen saattaa edellyttää toisenlaista suhtautumista oligopolien kontrolloimiseen. Mitään sopimusta sisäänvetotuotteiden johdonmukaisesta käyttämisestä tuskin voidaan osoittaa, joten kartellisäännöt eivät auttane. Saksan tavoin voitaisiin lähtökohtana pitää suunnattuun hintojen alittamiseen puuttumista, mutta tämä vaatii yrityksen motiivien selvittämistä, mitä on saksalaisessa kirjallisuudessa pidetty ongelmallisena.[102]

Suomessakin tulisi olla lähtökohtana se, ettei yrittäjää saa rangaista virhearvioinneista. Huono investointi ei saa estää yritystä myymästä tuotetta ostohinnan tai tuotantohinnan alittavalla tasolla, jos se ei muuten kerta kaikkiaan pääse

---

[101] HE 1987/148 s. 23.
Ks. Langen ym. II s. 566–567 sekä asiaa koskevaa Saksan oikeuden jaksoa.

[102] Mononen viittaa asiakkaiden houkuttelemisen kautta ilmeisesti lähinnä tekstissä käsiteltyihin ongelmiin. Ks. Mononen s. 91.
Saksan osalta ks. luku III jakso 2.5.2 Haittaaminen osa *a) hinnat* ja osa *b) alennusjärjestelmät*.

tuotteesta eroon. Kansantalouden kannalta tällainen alennusmyynti on toki hävittämistä edullisempaa!

3.3.4 Alennusjärjestelmät

Alennusjärjestelyn kautta yrityksen toiminta voidaan jopa estää, jos se ei saa samansuuruisia alennuksia kuin muut (ts. hintasyrjinnän kautta). Samalla pyritään yleensä estämään kilpailevien tuotteiden markkinoille pääsyä suuntaamalla alennukset ostouskollisuutta tukeviksi. Tyypillinen keino on sitoa ostot aiempien vuosien tai jonkun muun ajanjakson ostoihin (eli nk. uskollisuusalennus). Toisaalta yritys voi pyrkiä hallitsevan aseman vahvistamiseen toisten tuotteiden markkinoilla sitomalla alennukset useampaan eri tuotteeseen. Hallitsevan yrityksen osalta voidaan asettaa muita tiukempia vaatimuksia järjestelyjen tasapuolisuuden suhteen. Niitä on sovellettava johdonmukaisesti, koska perustelematon poikkeus voi yksittäistapauksessa olla kilpailunrajoitus.[103]

Stenborg korostaa, ettei alennusten oikeudellisella muodolla ole merkitystä. Lähtökohtana tulee olla käytetyn järjestelmän vaikutus markkinoilla. Varsinkin korkeampaa hinnoittelua tukevia järjestelyjä olisi pidettävä markkinoiden kannalta vahingollisina. Tämän tapainen voisi olla menettely, jolla itse asiassa torjutaan markkinoille tuloa esim. suuntaamalla alennukset niille asiakkaille, jotka voisivat siirtyä kilpailijan asiakkaiksi.[104]

Erilaisten tuotteiden oston avulla tapahtuvaa sitomista käsiteltiin tapauksessa KHO 1998:65. KHO totesi Valiota koskevassa tapauksessa, että sidontatapauksessa ei edes alennuksen kertymisajan pituudella ja nimenomaisen yksinoikeusvelvollisuuden puuttumisella ollut merkitystä. Valio oli lisäksi käyttänyt kokonaisostoihin sidottua ns. markkinarahaa, jota maksettiin sitä enemmän mitä suuremmat ostot olivat. Kilpailuneuvosto oli ratkaisussaan painottanut juuri ostojen keskittämistarvetta alennuksen kautta saatavan hyödyn maksimoimiseksi. Neuvosto katsoi alennuksen vähentävän kauppiaiden mahdollisuutta kilpailuttaa tavaran toimittajia. Se vaikutti myös jäsenmaiden väliseen kauppaan, koska järjestelmä houkutti jatkojalosteiden ostamiseen Valiolta ulkomaisten toimittajien kustannuksella. Valio oli katsonut, ettei sen käyttämä 4 viikon laskentajakso voinut johtaa asiakkaiden sitoutumiseen. KHO:n kantaa on pidettävä oikeana, koska vaikutus luonnollisesti kertautuu eli asiakkailla on aivan vastaava houkutin sitoutua Valion asiakkaaksi seuraavaksi neljäksi viikoksi kuin niillä oli alunperin hyödyntää alennusjärjestelmää. Tämä kanta ilmenee hyvin kilpailuneuvoston ratkaisusta. Sidontavaikutus on tätä ajanjaksoa enemmän riippuvainen siitä minkälainen markkina-

---

[103] Kuoppamäki I s. 174–176.

Pitäisin lähinnä mielipidekysymyksenä sitä eritelläänkö alennusjärjestelmät Kuoppamäen tavoin sitoviin, uskollisuus- ja tavoitealennusjärjestelmiin. Kaikkien näiden vaikutuksena on juuri asiakkaiden sitominen hallitsevaan yritykseen.

[104] Aalto-Setälä ym. s. 140.

asema Valiolla markkinoilla on, koska muiden vastaavien vaihtoehtojen puuttuessa (eli markkinoilla ei tarjolla vastaavaa tuotevalikoimaa samoilla hinnoilla) vähäinenkin houkutin voi vaikuttaa asiakkaiden markkinakäyttäytymiseen.[105]

Ennakkotilaukseen sidottu alennus ei sinänsä ole kilpailua rajoittava, jos toimialalla yleensä käytetään ennakkotilausjärjestelyä. Ajasto-tapauksessa oli kyse kalentereiden ennakkotilauksiin sidotusta alennuksesta, joka periaatteessa hyväksyttiin. Kilpailuneuvoston kantaa ei kuitenkaan voi tulkita siten, että ennakkotilausjärjestelyt aina hyväksyttäisiin. Jos tuotannon tehokkuuden takia ei ole välttämätöntä käyttää ennakkotilauksia, voidaan varsinkin pitkillä ennakkotilauksilla (ts. hyvin suuri määrä täytyy tilata etukäteen) sitoa asiakkaita kohtuuttomasti ja potentiaalisten kilpailijoiden toimintaa haittaavasti.[106]

Suoranaista uskollisuusalennusta tai muutoin edellisen vuoden / ajanjakson ostoihin sidottua alennusjärjestelyä ei tavallisesti voi tukea järjestelyn tuomiin kustannussäästöihin tai logistisiin etuihin. Hallitsevalla yrityksellä on tältä osin tietynasteinen velvollisuus pitää markkinat avoimina. Tuotannon tehostuminen alennusjärjestelmien avulla on lisäksi sangen epävarmaa. Jos tuote on kilpailukykyinen, eivät suuret heitot kysynnässä ole yleisiä (poislukien muoti- tms. tuotteet). Mitä vankempi määräävä asema on sitä epätodennäköisempää ovat suuret tilausmäärien menetykset, eikä alennusta siten tarvita tasoittamaan tuotantoa. Ajasto-tapauksessa hyväksyttävänä pidettiin ennakkotilauksiin sidottuja alennuksia, koska tätä kautta yritys saisi vakiinnutettua kysyntää sesonkituotteen osalta. Alennusten sitomista vähintään 70 % edellisen vuoden ostoista ei sen sijaan voitu pitää hyväksyttävänä. Tätä kantaa tukivat Ajaston sisäiset muistiot, jotka viittasivat selvään pyrkimykseen rajoittaa kilpailua.[107]

---

[105] KHO 1998:65 s. 245–246, 247 ”Kilpailuneuvosto toteaa, että Valion argumentillä olisi painoarvoa sellaisissa tilanteissa, joissa asiakas säännönmukaisesti vaihtaa toimittajaa lyhyen ajan sisällä. … Alennuksen sitovaa vaikutusta ja kilpailunrajoituksista annetun lain vastaisuutta ei vallinneissa olosuhteissa poista se, että kauppiaalla pelkästään alennustaulukon perusteella olisi mahdollisuus vaihtaa toimittajaa jo kuukauden välein… Olennaista ovat ne edellä käsitellyt sitovat vaikutukset, joita nestemaitotuotteiden ja muiden tuotteiden sitomisella on osoitettu olevan.” (kilpailuneuvoston kanta), 267–268 (Valion kanta), 277–278 (KHO:n kanta).

Ratkaisun perusteena käytettiin myös EEC-sopimuksen 82 artiklaa, koska Valion toiminnan katsottiin vaikuttavan jäsenmaiden väliseen kauppaan. Ks. em. lähde s. 246 (kilpailuneuvoston kanta), 275–276, 278 (KHO:n kanta).

Markkinointirahan osalta ks. em. lähde s. 279. Käytännöllä katsottiin olevan sekä sitova että syrjivä vaikutus (maksetun rahan määrä oli vaihdellut alue- ja asiakaskohtaisesti).

[106] Ajasto-tapaus 13.9.1999 d:o 34/359/97 s. 19.

[107] Ajasto-tapaus 13.9.1999 d:o 34/359/97 s. 4, 8 (Ajaston perustelut järjestelyn hyväksymiselle) ja s. 19 ”Kilpailuneuvosto hyväksyy yhtiön kannan ennakkotilausten hyödyllisyydestä.” Kilpailuneuvosto ei siis tarkemmin pohtinut ennakkotilausten asemaa yleensä. Ajaston kannanottojen osalta ks. em. lähde s. 16–17.

Toinen esimerkki kielletystä uskollisuusalennusjärjestelmästä on kilpailuviraston Optiroc -tapaus (Dno 96/61/95, 19.3.1997), jossa alennusten perustana oleva ostotavoitteet oli määritelty asiakaskohtaisesti paikallisen kilpailutilanteen mukaan. Mitään näyttöä esim. kuljetuskustannussäästöistä ei ollut. Maksimaalisen alennuksen saaminen edellytti kaikkien relevanttien tuotteiden hankkimista Optiroc Oy:ltä ja esti siten kilpailijoiden toimintaa ja markkinoille pääsyä. Virasto ei hyväksynyt yrityksen esittämiä perusteita alennusjärjestelmälleen (mm. yhteisvarastoinnin edut). Ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 2/97 s. 12–14.

Hyväksyttävänä voidaan pitää sellaisia alennuksia, jotka todella vastaavat hallitsevan yrityksen saamia säästöjä. Tällöin alennusjärjestelyn tulee olla riittävän selkeä ja tasapuolinen, jotta kustannusvastaavuus on helposti havaittavissa. Kustannusvastaavia ovat esim. nopeaan maksuun tai asiakkaan suorittamiin palveluihin liittyvät alennukset. Alennusten vaikutusten epätasainen jakautuminen voi aiheuttaa lisäongelmia, koska suuryritysten ostaessa kerralla isompia eriä ja tarjotessa hallitsevalle yritykselle laajempia palveluja kuin mitä pienemmät yritykset voivat tarjota, joutuvat jälkimmäiset tietyllä lailla eriarvoiseen asemaan. Kuoppamäki toteaa, ettei alennusjärjestelmällä saa pyrkiä keinotekoisesti vääristämään erisuuruisten asiakkaiden välistä kilpailua. Näkökulma on sinänsä järkevä, mutta sen toteuttamiskelpoisuutta voidaan epäillä. Hallitsevallakaan yrityksellä ei voi olla velvollisuutta suosia pienempiä asiakkaitaan vain niiden kilpailuaseman tukemiseksi. Tämä olisi lopputulos, ellei alennusta saa antaa saavutettua kustannussäästöä vastaavasti. Jos alennusjärjestelmä on tasapuolinen (eli edut eivät suhteettomasti kasva suurempien asiakkaiden kohdalla), ei hevin voida todistaa minkäänlaista pyrkimystä vääristää asiakkaiden välistä kilpailua.[108]

Alennusjärjestelmiä arvioitaessa ei tule unohtaa sitä, että kyse on kilpailusta. Tasapuolisuusvaatimusta ei siten saa viedä ohi kilpailun päämäärien. Hallitsevalla yrityksellä täytyy olla mahdollisuus neuvotella yksittäisistä sopimusehdoista asiakkaittensa kanssa, jos mitään selvää kilpailijoiden haittaamistarkoitusta ei voida osoittaa. Suurasiakkaiden 'syrjiminen' toisiinsa nähden ei rajoita kilpailua, koska nämä voivat huomattavasti pienempiä yrityksiä helpommin siirtyä kilpaileviin tuotteisiin. Jos tasapuolisuusvaatimus tulkitaan kovin tiukasti, olemme lähellä Saksassa ennen vuotta 1989 vallinnutta tilannetta, jossa myyjästä riippuvainen suuryrityskin saattoi vaatia diskriminoinnin lopettamista. Tästä luovuttiin, koska suuryritysten ei katsottu olevan suojan tarpeessa. En voi yhtyä kilpailuneuvoston kantaan Ajasto-tapauksessa, jossa yhtiön toiminta tuomittiin syrjivänä, koska se ei ollut esittänyt yhtenäisiä hinnoittelu- ja alennusperusteita suurasiakkaille. Samalla viitattiin siihen, että näiden asiakkaiden kanssa oli tehty yksilölliset vuosisopimukset. Eikö siis kilpailuneuvoston mukaan yksilöllisiä sopimuksia saa käyttää!? Miksi suurasiakkaiden osalta pitäisi edes selvittää, että erot johtuvat asiakkaiden eroista? Ratkaisussa olisi pitänyt painottaa enemmän järjestelyn sitovuuspyrkimyksiä, mihin Ajasto oli kilpailuviraston mukaan pyrkinyt.[109]

Tasapuolisuusvaatimus on ongelmallinen, jos kilpailuun vastaamisen edellytykset vedetään sen kautta liian tiukoiksi. Kilpailu on dynaaminen prosessi, jossa kilpailuviranomaisten tehtävänä ei voi olla arvata ennakolta mihin lopputulokseen päädytään. Uuden kilpailijan tullessa markkinoille hallitsevan yrityksen on reagoitava. Jos kyse ei ole saalistushinnoittelusta (eli hinta kattaa tuotantokustannukset), ei hinnan laskemista kilpailijan tasolle tai tämän alle voi sinänsä pitää

---

[108] Kuoppamäki I s. 172, 173, 176–177.
[109] Ajasto-tapaus 13.9.1999 d:o 34/359/97 s. 20.

haitallisena tai kilpailuarajoittavana. Suunnatut alennukset aiheuttavat ristiriitaisen tilanteen, koska näiden taustalla on yleensä kilpailijan ajaminen pois markkinoilta. Mikäli markkinoille pääsy on vaikeaa, voitaisiin näissä tapauksissa pitää suunnattuja alennuksia kiellettyinä. Ne voivat olla jo hyvin lähellä saalistushinnoittelua, koska yritys voi siirtää voimavaroja tulijan ulottumattomissa olevilta markkinoilta alennuksiensa tueksi. Kilpailuneuvosto on oikeutetusti korostanut, ettei kilpailuun vastaamista saa käyttää pienempien yritysten rankaisukeinona. Neuvoston kanta siitä, ettei hallitsevan yrityksen toiminta saisi johtaa määräävän markkina-aseman vahvistumiseen on epävarmempi. Asemahan vahvistuu liki automaattisesti, jos kilpailuun vastaamisen seurauksena uusi yrittäjä luopuu markkinoilla toimimisesta tai sopeuttaa menettelytapansa määräävän yrityksen toimiin. Ulkopuolisille tämä antaa signaalin siitä, että markkinoille tulo on vaikeaa ja kenties mahdotonta (hallitsevalla yrityksellä ja sen kilpailijallahan on yhteinen intressi estää vielä uusien yritysten tuloa markkinoille). Markkinoille tulijan mielestä mikään hallitsevan yrityksen toimi tuskin on puolustuksellinen, joten tämä kriteeri tulisi määritellä jollain tavalla. Onko puolustuksellista esim. se, ettei tulijan hintatasoa aliteta? Onko kohtuullista se, että tulija saa opetuksen ja toimii tämän jälkeen ”yhteistyössä” hallitsevan yrityksen kanssa? Mitä on punktuaalisuus? Saako hallitseva yritys tehdä paremman tarjouksen vain tiettynä ajankohtana tai tietyille asiakkaille?[110]

Omistaja-alennukset perustuvat siihen, että asiakas omistaa joko yrityksen osakkeita tai yleisemmin on osuuskunnan tai yhdistyksen jäsen. Tällainen alennus ei selvästikään perustu kustannusvastaavuuteen, koska omistaja-asiakkaista ei aiheude sen vähempää kustannuksia kuin muistakaan. Tasapuolisuusvaatimuksen osalta voitaisiin tosin todeta, että asiakkaita kohdellaan ryhminä samanlaisesti. Yleensä mitään estettä omistaja-asiakkaaksi liittymiselle ei ole, lukuunottamatta mahdollisesti perittävää maksua. Päijät-Hämeen Puhelinyhdistystä koskevassa tapauksessa yhdistys katsoi hinnoittelunsa vastaavan kilpailijoiden menettelyä. Lisäksi tavoitteena oli yhdistyksen ja osuuskunnan toimintaan erottomattomasti liittyvä pyrkimys jakaa ylijäämä jäsenille alempien kustannusten muodossa voiton jaon sijaan. Sidonta- tai syrjiviä vaikutuksia ei alennuksilla yhdistyksen mielestä ollut, koska asiakas saattoi liittyä toisen operaattorin asiakkaaksi käytännössä ilman kustannuksia (osuuden saattoi myydä vähintään hankintahintaan). Syrjinnästä ei voinut olla kyse, koska ero johtui organisaatiomuodosta. Kilpailuneu-

[110] Finntugs -tapaus 29.6.2000 (d:o 23/359/98) s. 27–28 (perusvaatimus kustannusvastaavuudesta), 29 ”Harkitessaan kilpailun vastaamisen edellytyksiä kilpailuneuvosto on ottanut huomioon, että kyseessä on osittainen lievennys siihen erityiseen tasapuolisuusvaatimukseen, joka määräävässä asemassa olevia yrityksiä muutoin koskee. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen vastuu siitä, ettei kilpailu markkinoilla yrityksen toimenpiteistä johtuen entisestään vähene, vääristy tai esty. Kyse ei siten saa olla toimenpiteistä, joilla vallitsevaa määräävää markkina-asemaa entisestään vahvistetaan. … kriteerejä sallitulle kilpailun vastaamiselle ovat toimenpiteen punktuaalisuus, defensiivisyys ja kohtuullisuus.”

vosto korosti hallitsevan yrityksen velvollisuutta noudattaa kustannusvastaavaa, läpinäkyvää ja syrjimätöntä hinnoittelua. Sinänsä ei ollut velvollisuutta periä samaa hintaa kaikilta asiakkailta. Organisaatiomuoto ei estänyt hinnoittelun tutkimista kilpailunrajoituslain perusteella. Omistaja-alennus rinnastettiin uskollisuusalennukseen ja se saattoi haitata kilpailijoiden pääsyä markkinoille. Toiminnan tuoton sai sinänsä jakaa omistajille, mutta jaon tuli tapahtua kilpailuneutraalilla tavalla. Hinnoittelua pidettiin kilpailunrajoituslain vastaisena. Ratkaisu on mielenkiintoinen, koska tämäntapaiselle alennuksella tosiasiallisesti pyritään ostouskollisuuden lisäämiseen. Toisaalta mikään ei estä yhdistystä jakamasta ylijäämää jälkikäteen voittona omistajilleen. Yhdistys oli tehnyt voiton jaon alentamalla perusmaksua, joka oli vuodessa 798 markkaa alhaisempi kuin käyttöliittymän osalta. Tässä mielessä ratkaisua voidaan arvostella, koska hinnoittelu ei sinänsä estä käyttämästä kilpailijoiden liittymiä / palveluja (esim. kännykkäliittymää). Alennushan ei ole sidottu käyttöön, vaan omistukseen! Markkinoille pääsyä tällainen järjestely voi estää, koska se jäykistää markkinoiden rakenteita (edullinen perusmaksu voi olla eräs syy, miksi kilpailijan tarjousta ei hyväksytä). Kustannusvastaavuuden sijasta olisi ratkaisussa voitu painottaa nimenomaan tätä vaikutusta.[111]

Kilpailuun vastaamisen pitäisi olla pääsääntöisesti hyväksyttävää. Kilpailun puolustuksellisuusvaade voitaisiin tulkita lähinnä saalistushinnoittelun kieltämiseksi. Tehokas hallitseva yritys saisi siten laskea hinnan alle tulijan hintojen. Avoimeksi jää kysymys siitä, tulisiko tällaisessa tilanteessa vaatia hintatason laskemista kaikilla markkinoilla ja kaikkiin samassa asemassa oleviin yrityksiin nähden. Korostettaessa tasapuolisuusvaatimusta on tähän vastattava myöntävästi. Käytännössä voidaan joutua tukeutumaan muuhun näyttöön hallitsevan yrityksen tarkoituksesta sulkea markkinat. Missään tapauksessa lopputuloksena ei saisi olla keinotekoinen markkinoiden avaaminen tehottomammalle yritykselle, koska tämä ei ole kilpailun, vaan tietyn kilpailijan aseman edistämistä. Jos markkinoille pääsyn esteitä ei voi poistaa, on viime kädessä turvauduttava muuhun säätelyyn.[112]

Arviointi ei saisi pysähtyä ratkaisuhetkeen tai sitä edeltävään tilanteeseen. Suunnatut tarjoukset, joiden takia kilpailija on menettänyt asiakkaitaan, eivät välttämättä vaikuta pitemmällä aikavälillä. Yritys ei hyödy markkinoiden hallinnastaan, jos se ei jälkikäteen voi korottaa hintatasoaan. Kilpailijan kapasiteetti saattaa olla edelleen käytettävissä riippuen toiminnan uudelleen käynnistämiskustannuksista (ainahan toimintaa ei edes ajeta kokonaan alas, vaan se jatkuu muiden asiakkaiden kanssa). Esim. edellä käsitellyssä Finntugs Oy:n tapauksessa ei kilpailuviranomaisten taholta lainkaan tarkasteltu kilpailijoiden mahdollisuuksia jat-

---

[111] Kilpailuneuvoston ratkaisu d:o 69/690/99 14.12.2000 s. 8–10 (yhdistyksen kanta), 27 (rinnastus uskollisuusalennukseen), 31–32 (markkinoille pääsyn haittaaminen, organisaatiomuodot), 34 (lopputulos)

[112] Finntugs -tapauksessa 29.6.2000 (d:o 23/359/98) s. 29 kilpailuneuvosto totesi, etteivät kilpailun vastaamisen edellytykset täyttyneet, koska yritys oli hinnoittelullaan pyrkinyt sulkemaan kilpailijat

kaa toimintaansa ja voittaa menetettyjä asiakkaita takaisin pitemmällä aikavälillä. Tämä olisi vaatinut markkinarakenteen, käytettävissä olevan kapasiteetin ja sen ylläpitokustannusten sekä alan sopimusrakenteen tarkempaa analyysiä (käytettiinkö esim. pitkäaikaisia, kilpailijat poissulkevia sopimuksia).

3.3.5 Hintasyrjintä

Alennusjärjestelmien lisäksi yritys voi vaikuttaa markkinoiden toimintaan diskriminoinnin kautta. Keinona voi olla hinnoittelun lisäksi myös huonompien sopimusehtojen käyttäminen joissain liikesuhteissa. Hintadiskriminoinnin osalta tarkoituksena on monopolivoiton kerääminen markkinoilta hinnoittelemalla tuote asiakas- tai asiakasryhmäkohtaisesti kunkin ryhmän oletetun rajahinnan perusteella. Toisena tavoitteena voi olla markkinoille pääsyn haittaaminen.[113]

Hallitsevalla yrityksellä ei ole velvollisuutta pitää yhdenmukaisia hintoja, vaan se saa hinnoitella tuotteen kustannusvastaavasti. Mistään erilaisesta kohtelusta ei tällaisessa tilanteessa edes ole kysymys, koska samanlaisia tapauksia kohdellaan samalla tavoin. Kuoppamäki korostaa, että hinnoittelun tulisi perustua objektiivisille, läpinäkyville ja kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäville perusteilla. Koska kilpailunrajoituslaissa ei ole asiaa koskevaa erityissäännöstä, on mahdotonta arvioida, voitaisiinko hallitseva yritys velvoittaa kohtelemaan erilaisia tapauksia eri lailla. Tämä vaade voitaisiin johtaa tasapuolisen kohtelun edellytyksestä. Kuoppamäen kanta asiassa jättää avoimeksi, missä kaikissa tilanteissa erilaisen hinnoittelun velvollisuus voisi olla. Mitä tapauskohtaisempaa hinnoittelua vaaditaan sitä kalliimmaksi yrityksen toiminta tulisi. Tämä ei olisi taloudellisen tehokkuuden mukaista.[114]

Neste-tapauksessa KHO 1995:49 tuomioistuin painotti, ettei hallitseva yritys saa käyttää asiakkaita syrjiviä tai sellaisia hintoja, jotka johtavat asiakkaiden

---

markkinoiden ulkopuolelle. Se oli johdonmukaisesti heikentänyt hinnoitteluehtojaan, mikäli asiakas on käyttänyt myös pienemmän kilpailijan palveluja hyväkseen. Ks. myös s. 30–32 ”Muu syrjivä menettely”. Tältä osin oli näyttöä erilaisten hintojen käyttämisestä asiakkaan hyödyntäessä kilpailijan palveluja verrattuna kokonaisasiakkuuteen. Hinaus ei muodosta sellaista kokonaisuutta, jossa sisään- ja uloshinaus olisi yhden yrityksen suorittamana halvempi kuin kahden, joten pyrkimyksenä on selvästi ollut luoda ”uskollisuusjärjestelmä”.

Kuoppamäki tyytyy toistamaan kilpailuneuvoston kriteerit niitä lainkaan kyseenalaistamatta. Ks. Kuoppamäki I s. 169–170.

[113] Stenborg liittää hintasyrjinnän lähinnä monopolivoiton tavoitteluun juuri asiakkaan maksuhalun ja -kyvyn kautta. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 135–136; Kuoppamäki I s. 168.

Sopimusehtojen ja markkinoille pääsyn haittaamisen osalta ks. jaksot 3.3.2 ja 3.3.7.

Kilpailun vastaamiseen liittyvien ongelmien osalta ks. jakso 3.3.4.

[114] Kuoppamäki I s. 168, 170–171, 172 ”Syrjintänä voidaan tietyissä tapauksissa pitää myös sitä, että erilaisilta asiakkailta peritään samanlaista hintaa. … Syrjintäkiellosta ei kuitenkaan voida johtaa periaatetta, joka yleisesti velvoittaisi määräävässä asemassa olevan yrityksen eriyttämään kulloisetkin hintansa sen mukaan, millä hinnalla se on itse saanut juuri kyseiselle asiakkaalle toimittamaansa hyödykkeeseen liittyvät alihankinnat.”

joutumiseen muita kilpailullisesti heikompaan asemaan. Hyväksyttävänä sekä kilpailunrajoituslain että EEC-sopimuksen 82 art. kannalta voitiin pitää kustannusvastaavaa hinnoittelua. Neste ei ollut esittänyt riittäviä perusteluja hintaeroille.[115]

Kustannusvastaavuutta on painotettu myös hintasyrjinnän osalta. Helsingin pörssiä koskevassa ratkaisussa painotettiin hallitsevalla yrityksellä olevan velvollisuuden osoittaa hintaerojen perustuvan kustannusperusteisiin tai muuhun kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävään syyhyn. Hintaerojen pitäisi siten vastata tuotteen toimittamisesta aiheutuvia kustannuksia.[116]

3.3.6 Liikesuhteista pidättäytyminen

Hallitsevalla yrityksellä ei ole Suomessa sopimuspakkoa, kuten ei periaatteessa muissakaan tutkittavissa järjestelmissä. Kuten Mononen toteaa, ovat liikesuhteet yhteistoimintaa osapuolten välillä, ja elinkeinonharjoittajalla on oikeus valita ne ehdot, jotka hän edellyttää liikekumppanin täyttävän. Täysin sallittua on pyrkiä esim. huonojen asiakkaiden karsimiseen. Huonona asiakkaana voidaan mielestäni pitää paitsi maksuhäiriöisiä myös sellaisia, joiden tilaukset ovat pieniä ja/tai epäsäännöllisiä. Jälkimmäisistä aiheutuu yritykselle kustannuksia varsinkin, jos myytävä tuote ei ole varastossa oleva massatavara. Tilauksille voidaan siten asettaa esim. tietty minimitaso tai vaatia tietyn ajanjakson pituisen sopimuksen tekemistä. Tuotteen markkinoinnin vaatiessa erityistä ammattitaitoa voidaan jälleenmyyjiltä vaatia tällaisen taidon osoittamista ennen sopimussuhteen solmimista.[117]

Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on perinteisesti katsottu olevan muita pitemmälle menevä velvollisuus arvioida toimiensa seurauksia. Tämä pätee liikesuhteiden osaltakin. Liikesuhteeseen pyrkiviä on siten kohdeltava tasapuolisesti eikä kieltäytyminen saa olla mielivaltaista. Sopimusvapauden nojalla yritys saisi valita itse asiakkaansa täysin vapaasti. Määräävän yrityksen ollessa lähes ainoa hankinta- tai ostokanava ei tätä periaatetta voida täysin noudattaa. Hallituksen esityksessä vuodelta 1987 viitataan siihen, että hallitsevan yrityksen asiakkaat ovat usein riippuvaisia siitä. Varovaisena johtopäätöksenä voidaan todeta, että riippuvuustilanteissa voitaisiin asettaa tiukempi velvollisuus liikesuhteisiin ryhtymisen osalta kuin muutoin. Lähtökohtana on se, että liikesuhteista saa kieltäytyä vain asiallisen syyn perusteella. Lakitekstin vaietessa ei vastakohtaispäätelmää eli

---

[115] KHO 1995:49 s. 331–332

[116] Ks. Kilpailuviraston ratkaisuja Dnro 755 ja 756/61/99, 8.1.2001 jakso ”Pörssimaksuhinnoittelun kilpailuoikeudellinen arviointi”.

[117] Mononen ei mahdollisesti pidä yhtä laajaa skaalaa toimia hyväksyttävänä kuin tekstissä mainitut, vaikka hän mainitsee mm. selektiiviset myyntijärjestelmät ja asiakkaan kapasiteettiongelmat. Ks. Mononen s. 64, 71–72; Rissanen ym. 314. Tekijät mainitsevat asiakkaan maksukyvyttömyyden ja sopimattomuuden sekä toimittajan kapasiteettiongelmat.

Yksinmyyntijärjestelmien ja selektiivisen markkinoinnin osalta ks. jakso 3.3.8.

sitä, että liikesuhteista kieltäytyminen olisi sallittua muissa kuin riippuvuus tapauksissa, voi tehdä.[118]

Kuoppamäki katsoo, ettei kilpailunrajoituslaki varsinaisesti rajoita sopimusvapautta. Kyse ei ole suoranaisesta sopimuspakosta, vaan hallitsevan yrityksen velvollisuudesta esittää hyväksyttävät perusteet sopimussuhteesta kieltäytymiselle. Määräävän aseman väärinkäyttötapaukset jäävät sopimusvapauden suoja-alueen ulkopuolelle. Näkökulma on sikäli harhaanjohtava, ettei sopimuspakkokaan tarkoita velvollisuutta hyväksyä aivan kaikkia sopimuksia (esim. väkivaltaisesti tms. käyttäytyvää henkilöä ei tarvitse ottaa linja-autoon). Kilpailuoikeudellinen reaktio ei tosin ole niinkään suunnattu jonkin asiakkaan suojaamiseen, vaan kilpailuprosessin turvaamiseen. Tällöin tarkoituksena on estää monopoliyritystä rajoittamasta tuotantoaan ja siten ylläpitämästä monopolihintaa. Tässä mielessä liikesuhteista pidättäytymisen kielto ei ole rinnastettavissa sopimuspakkoon, jolla pyritään turvaamaan asiakkaan oikeudet.[119]

Lain esitöissä ei ole otettu kantaa siihen, onko liikesuhde solmittava vasta markkinoille pyrkivän yrityksen kanssa. Tämä velvollisuus voitaisiin johtaa tasapuolisuusvaatimuksesta, vaikka toisaalta voidaan väittää, että liikesuhde uuden yrittäjän kanssa voi asettaa aiemmat liikekumppanit huonompaan asemaan. Niiden saatavissa oleva tuotemäärä voi pienentyä, jos toimitaan kapasiteettirajoilla. Ongelman kohdatessa kaikkia samalla lailla tasapuolisuus sinänsä toteutuisi, mutta tuotteen markkinointi voisi kokonaisuudessaan kärsiä. Mikäli mitään selkeää oman liiketoiminnan häiriötä ei ole odotettavissa, tulisi uudet yrittäjät asettaa periaatteessa samaan asemaan vanhojen kanssa. Eroja voi syntyä lähinnä sen takia, ettei uusi yrittäjä ole tunnettu ja ennen toimituksia voidaan vaatia esim. ammattitaidon ja maksukyvyn selvittämistä vanhoja asiakkaita tarkemmin.[120]

Liikesuhteista pidättäytymistä voitaisiin käyttää painostuskeinona paitsi tiettyä elinkeinonharjoittajaa kohtaan myös kaikkiin muihin asiakkaisiin nähden. Jälkimmäisten osalta kyse on menettelyn pelotusvaikutuksesta. EU-oikeudessa omaksutun ajattelun tavoin tasapuolisuudella voidaan tarkoittaa velvollisuutta huolehtia seuraavista markkinoista, eli määräävä yritys ei saa pyrkiä ohjailemaan jatkomarkkinoiden toimia kilpailun ideologian vastaisesti. Näissä tilanteissa törmätään suoraan tämän yrityksen oikeuteen valita ja järjestää jälleenmyyntijärjestelmänsä. Pitäytymällä pelkästään oman yrityksen sisäiseen jakelujärjestelmään (esim. tytäryhtiöiden kautta) voidaan toimituskieltoon perustuvat vaatimukset kiertää, koska ulkopuolisten kannalta on tasapuolista tulla kohdelluksi yhtä huonosti. Ylipää-

---

[118] HE 1987/148 s. 23; KM 1987:4 s. 141; Mononen korostaa riippuvuus tapausten merkitystä ottamatta kantaa siihen tuleeko muita tapauksia kohdella sallivammin. Ks. Mononen s. 64–65.
[119] Kuoppamäki I s. 158–159.
[120] Oikeuskirjallisuudessa ongelma ei ole herättänyt laajempaa huomiota. Esim. Mononen tai Mentula ym. eivät asiaa koskevissa jaksoissa mainitse uusia yrittäjiä lainkaan. Ks. Mentula ym. jakso 5.4 s. 126–; Mononen jakso 4.3.1.1 s. 64–.

tään on epäselvää, voidaanko yritykselle asettaa jonkinasteinen velvollisuus ylläpitää oman tuotemerkkinsä ”sisäistä” kilpailua.[121]

Suomalaista lähtökohtaa liikesuhteesta pidättäytymiseen ilman asiallista syytä voidaan verrata saksalaiseen, jossa samalla tavoin on jo lakitekstin tasolla hyväksytty diskriminointi tai muu kilpailijoita haittaava toiminta (eli kaikenlainen erilainen kohtelu mukaanlukien liikesuhteista kieltäytyminen) perustellun syyn takia. Asiallisen syyn arviointi edellyttää vertailua osapuolten intressien välillä. Mitä vähäisempi intressi vastapuolella on saada ko. tuotetta, sitä kevyemmän syyn tulisi tässä valossa riittää hallitsevan yrityksen toimien hyväksymiseksi. Taustalla on aina sopimusvapaus, joten liikesuhteeseen pakottaminen tilanteessa, jossa toisen osapuolen intressi ko. suhteeseen on vähäinen, ei ole lainsäädännön tehokasta kilpailua edistävän päämäärän mukainen.[122]

Yrityksen normaali liiketoiminta tulisi myös hyväksyä asialliseksi syyksi, jos se ei kerta kaikkiaan toimita tuotteitaan kuin tietyille asiakasryhmille (esim. tukkukaupoille tai erityisliikkeille). Saksalaiseen tapaan normaali liiketoiminta ei saisi olla varta vasten diskriminoivaa. Suomalaisilla – varsinkin vähittäiskaupan ja tukkukaupan osalta – rajallisemmilla markkinoilla voi hallitsevan yrityksen ”normaalin” liiketoiminnan seurauksena olla se, että tuote kanavoituu markkinoille vain muutaman yrityksen kautta ja valmistajan tai tukkukaupan monopoli leviää siten seuraavaankin portaaseen. Missään tapauksessa arviointia ei tule sitoa yksinomaan hallitsevan yrityksen vastapuoleen, mihin esim. Monosen kanta perustuu. Hallituksen esityksessä vuodelta 1987 on tosin viitattu lähinnä Monosen mainitsemiin seikkoihin, mutta perustelujen sanamuoto on avoin. Edes komiteatasolla ei ole ilmaistu mitä tarkoitetaan ”muilla vastaavilla” perusteluilla.[123]

Kilpailuvirasto katsoi asfalttimassan toimitusta koskevassa ratkaisussaan, ettei Lemminkäinen Oyj:llä ollut velvollisuutta toimittaa ko. tuotetta Viarex Oy:lle. Perusteluna oli se, että kaikki kyseisellä alueella toimivat yritykset käyttivät tuotteen liki 100 %:sesti omaan käyttöönsä. Tämä oli kilpailuviraston mielestä alan kauppatapa. Sinänsä nurinkurisesti ei tapauksessa edes tutkittu, oliko yhtiöllä alueella määräävä asema vai ei. Ratkaisun sitomista kauppatapaan ei voida pitää

---

[121] HE 1987/148 s. 23 ”Tämä vaikutusvalta edellyttää terveen ja toimivan kilpailun näkökulmasta sitä, että määräävässä asemassa olevalle yritykselle asetetaan sellainen tasapuolisuusvaatimus asiakassuhteissaan, joka ei olisi perusteltu muunlaisessa markkina-asemassa olevien yritysten kohdalla.”; Castrén viittaa sekä tasapuolisuusvaatimukseen että merkkien sisäiseen kilpailuun. Jälkimmäinen viittaus on epäonnistunut, koska hän ei lainkaan pohdi merkin asemaa verrattuna muihin merkkituotteisiin. Castrén s. 194; Mentula ym. s. 126; Mononen s. 65.

[122] Tämä päätelmä voidaan mielestäni tehdä hallituksen esityksessä tehdyn riippuvuutta korostavan maininnan pohjalta. Jos riippuvuutta ei ole, voidaan liikesuhteesta pidättäytymiseen suhtautua muita tilanteita sallivammin. Riippuvuushan on yksi toimitusta vaativan yrityksen intressivertailussa huomioitavista tekijöistä. Selvää kantaa asiaan ei ole otettu sen paremmin hallituksen esityksessä kuin komitean mietinnössäkään. Ks. HE 1987/148 s. 23; KM 1987:4 s. 141.

[123] HE 1987/148 s. 23 ”Asiallisena syynä voidaan pitää esimerkiksi asiakkaan maksukyvyttömyyttä, kapasiteettiongelmia tai muita vastaavia perusteluja.”; samoin KM 1987:4 s. 141; Vrt. Mononen s. 71.

järkevänä, koska tällöin hallitseva yritys voitaisiin pakottaa liikesuhteisiin jonkun pienemmän kilpailijan ryhdyttyä markkinoimaan tuotetta oman käytön lisäksi. Viranomaiset joutuisivat myös ratkaisemaan, milloin kyseessä on sellainen kauppatapa, jota voitaisiin pitää sitovana alalla. Mitä hallitsevampi jokin yritys on, sitä hankalampi olisi pitää menettelytapaa yleisesti noudatettuna, jos se ei itse sitä noudata! Toimitusvelvollisuus voisi syntyä esim. markkinoita kontrolloivan yrityksen muuttaessa myyntijärjestelmänsä tytäryhtiöiden varassa toimivaksi, jos tavoitteena tai lopputuloksena on seuraavan portaan monopolisointi.[124]

Yritysten keskinäinen kilpailu ei poista liikesuhteisiin ryhtymisvelvollisuutta, jos se tapahtuu esim. jatkojalostetasolla. Epävarmaa on, tuleeko määräävään asemaan kohdistuvaa kilpailua suosia, vaikka yritys hallitsisi myös jonkin tuotannontekijän markkinoita. Suosimisella tarkoitetaan tällöin oman markkina-aseman selvää heikentämistä. Määräävä asemahan ei ole sinänsä kielletty, jolloin velvoite liikesuhteisiin ryhtymisestä voisi muodostua itse aseman kieltämiseksi. Ongelma korostuu, jos tuotannontekijätasolla yritystä suojaa patentti tms. yksinoikeus. Suomessakaan ei voida vaatia pakkolisenssiä tms., jos yritys hyödyntää itse keksintöään. Saksalaisen ajattelun tavoin olisi syytä painottaa yrityksen oikeutta päättää omista myyntikanavistaan. Tällöin hallitseva yritys voisi toimituskiellon syynä vedota siihen, ettei se toimita tuotetta muille kuin omalle tytäryhtiölleen. Jos liikesuhteisiin on ryhdytty jonkun konsernin tms. ulkopuolisen yrityksen kanssa, ei tätä perustelua voi käyttää.[125]

Ilkka Oy:tä (Dno 135/61/1996, 18.4.1997) koskevassa tapauksessa kilpailuvirasto katsoi hallitsevalla lehdellä olevan velvollisuus myydä ilmoitustilaa kilpailevan ilmoituslehden mainoksille, vaikka Ilkka Oy:n mielestä vaarana oli sen lehtien ilmoitusmäärän vähentyminen ja talouden huonontuminen. Lehdillä oli kilpailuviraston mielestä määräävä asema paikallisilla ilmoitusmarkkinoilla. Pohjanmaan Pörssi -lehti oli julkaissut yksityishenkilöiden pikkuilmoituksia maksutta ja siten kilpaillut Ilkka Oy:n lehtien kanssa näistä markkinoista. Asiallisena syynä ei pidetty oman markkina-aseman suojelemista, koska ilmoituskiellon katsottiin estävän kilpailun lisääntymistä ja siten vähentävän painetta tehostaa hallitsevien lehtien toimintaa. Ratkaisu on erikoinen, koska siinä on unohdettu tarkastella kysymystä oman aseman tarkoituksellisesta heikentämisestä, mitä virasto itse asiassa edellytti. Radikaalisti ilmaistuna Nokian pitäisi tarjota mainostilaa Benefonin puhelimille! Kyse ei ole markkinoille pääsyn estämisestä, koska hallitsevat lehdet eivät suoranaisesti pyrkineet estämään Pohjanmaan Pörssi -lehden markkinoille tuloa. Ne eivät vain halunneet suosia sitä oman toimintansa kustannuksella.

---

[124] Kilpailuviraston ratkaisut Dno 663/61/99 jakso ”Päätös ja sen perustelut”.

[125] Vrt. Kuoppamäki I s. 159. Tekijä tuo vain esille mahdollisuuden haitata kilpailijan toimintaa pohtimatta lainkaan mitä toimituspakko voi merkitä. Kuoppamäki viittaa myös siihen, että kyse voi olla monopolihinnoittelusta, jos yritys sinänsä pyrkii sopimukseen, mutta ylihinnalla. Jos sopimusta ei edes ole tarkoitus solmia (eli tehty tarjous on pelkästään nimellinen, selkeästi asiakkaan kannalta mahdotonta hintaa käyttävä), kyse olisi liikesuhteesta kieltäytymisestä.

Lisäksi on vaikea ymmärtää, miten tasapuolisuusvaatimus edellyttäisi kilpailijoiden toiminnan edistämistä! Jos Ilkka Oy:n lehdet toimivat tehottomasti, vaikka varsinaisia esteitä pikkuilmoitusmarkkinoiden tulolle ei ollut (virasto tarkasteli vain uusien tilattavien sanomalehtien tilannetta ei ilmaisjakelun), olisi uuden kilpailijan pitänyt menestyä. Viraston olisi pitänyt esittää näyttöä päätuotteesta erillisten markkinoiden hallintapyrkimyksestä. Mitään tällaista näyttöä ei ratkaisussa ole.[126]

Epäasiallisena toimintana on pidettävä kaikkia kilpailun rajoittamiseen pyrkiviä toimituskieltoja. Yrityksen rankaiseminen kilpailevan tuotteen hankkimisesta valikoimaan tai sen painostaminen noudattamaan ”sovittua” hintatasoa ovat eräitä esimerkkejä tällaisista menettelyistä. Sinänsä hallitsevan yrityksen ei tarvitse käyttää toimituksista kieltäytymistä, vaan esim. sopimusehtojen avulla luotava ”tottelevaisia” yrittäjiä huonompi asema riittää. Liikesuhteista pidättäytymisen ei tarvitse olla pitkäaikaista, vaan lyhytkestoinen kieltäytyminen on samassa asemassa kuin pitempiaikainenkin.[127]

Jo vuoden 1987 hallituksen esityksessä viitattiin asiallisena syynä voivan olla yrityksen maksukyvyttömyyden. Tarkemman maininnan puuttuessa ei ole selvää minkätasoista häiriötä voidaan vaatia. Mononen on rinnastanut tilanteen kauppalakiin vaatien kilpailuoikeudelliselta kannalta ilmeistä maksukyvyttömyyttä. Riman nostaminen näin korkealle ei vastaa kilpailuoikeuden tarpeita ottaen huomion sopimusvapauden periaatteen. Kauppalain pysäyttämisoikeus on tarkoitettu turvaamaan myyjän mahdollisuutta saada saatavansa ja tämä normi on sopimuksin ohitettavissa. Lisäksi se koskee jo todettuja häiriötiloja eikä asiakassuhteen perustamista.[128]

Kysymys on suunnattava siihen, onko määräävässä asemassa olevalla yrityksellä velvollisuutta ryhtyä liikesuhteisiin sellaisten yritysten kanssa, joilla voi olla maksuhäiriöitä ja minkälaista todennäköisyyttä tällaiselta häiriöltä vaaditaan. Kilpailuoikeuden tarkoitushan ei meilläkään voi olla yksittäisen yrityksen suojaaminen. Tuotteen saatavuuden ollessa jo turvattu eri puolilla maata, ja jälleenmyyjien välisen kilpailun toimiessa, ei ole perusteltua asettaa muita hallitsevan yrityksen

---

[126] Tapauksen osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 2/97 s. 38–40, 40–41 ”Lisäksi Ilkka Oy katsoo, että vaikka sillä todettaisiin olevan määräävä markkina-asema, ilmoituskiellossa ei ole kyseessä tämän aseman väärinkäyttö. Ilkka Oy:n mielestä kilpailulainsäädäntö ei velvoita määräävässä asemassa olevaa yritystä toimimaan tietoisesti omien, keskeisten taloudellisten intressiensä vastaisesti.”, 53 (markkinoille pääsyn esteitä koskeva ”viittaus”), 54 ”Ilkka Oy on esittänyt Pohjanmaan Pörssin ilmoituksen julkaisematta jättämisen syyksi sen, että … voitiin olettaa vähentävän Ilkka-lehden ilmoitustuloja ja heikentävän siten lehden kilpailuasemaa … Tällaisen perusteen taustalla on Ilkka Oy:n halu suojella omaa markkina-asemaansa ja pyrkiä vaikeuttamaan kilpailijan elinkeinonharjoittamista. Ilmoituskiellon avulla Ilkka Oy on voinut osaltaan estää kilpailun lisääntymisen ilman, että yhtiön omien lehtien olisi tehostettava toimintaansa.”

[127] Mononen viittaa mahdollisuuteen käyttää toimituskieltoa asiakkaisiin kohdistuvana uhkana tai välittömänä kilpailunrajoituksena ”rangaistus” tai ”kasvatus” luontoisesti. Ks. Mononen s. 65–66.

[128] HE 1987/148 s. 23; Monosen käyttäessä sanamuotoa voidaan verrata jää avoimeksi mitä hän tarkemmin ottaen on tarkoittanut. Ks. Mononen s. 71.

asiakkaita maksumiehiksi jonkun niiden kilpailijan maksuhäiriötapauksissa. Tämä olisi seurauksena, jos jokaisen epäilyttävän asiakkaan kanssa on ryhdyttävä liiketoimiin. Aikaisempaa maksuhäiriötä tulisi pitää riittävänä syynä liikesuhteen katkaisuun, ellei yrityksen taloudellinen tilanne kohene. Hallitseva yritys on toki velvollinen toimituksiin käteissuoritusta tai turvaavaa vakuutta vastaan, jos suorituksesta ei aiheudu sille ongelmia. Uuden liikesuhteen osalta arvio voi perustua lähinnä luottotietomerkintöihin. Luonnollisesti näissäkin tilanteissa on tehtävä intressivertailu. Mitä pienempi merkitys mahdollisella maksuhäiriöllä on, sitä pitemmälle menevä liikesuhteisiin ryhtymisen velvollisuus voidaan hallitsevalle yritykselle asettaa. Lisäksi yrityksen on toimittava tasapuolisesti kaikkia halukkaita kohtaan.

Ammattitaidottoman jälleenmyyjän tai asennusyrityksen tms. kanssa ei tarvitse ryhtyä liikesuhteisiin. Tältä osin hallitseva yritys saa suojata mainettaan markkinoilla, joka voisi huonontua esim. asennusvirheen aiheuttaman vahingon takia. Arviointi liittyy tavallisesti erilaisiin jälleenmyyntijärjestelmiin, jolloin jälleenmyyjän imagolla voi olla merkitystä. Ammattitaidon puutetta ei voine käyttää perusteluna, jos yritys tavallisesti kouluttaa jälleenmyyjänsä ko. tehtäviin ja pyrkijä täyttää muut kriteerit. Mentula ym. viittaavat selkeään ammattitaidon puutteeseen, mitä ei voida pitää perusteltuna. Määräävänkään yrityksen ei tarvitse ottaa riskiä siitä, että se saa asiakkaakseen itseään vahingoittavan elinkeinonharjoittajan. Toisaalta jo alkaneen liikesuhteen katkaisemista yhden erehdyksen takia ei voi pitää kohtuullisena edes sopimusoikeudellisesti. Uudelle yrittäjälle tulisi antaa ainakin tilaisuus näyttää taitonsa (esim. kouluttaa henkilökuntansa vaaditulla tavalla). Edellä mainitusta tasapuolisuusvaatimuksesta seuraa, että myös ammattitaitokriteerejä on sovellettava mahdollisimman objektiivisesti ja johdonmukaisesti.[129]

Rajanveto kapasiteetin rajallisuudesta johtuvien toimitusvaikeuksien hyväksyttävyyden osalta aiheuttaa tärkeän periaatteellisen ongelman siitä, voidaanko yritys velvoittaa nostamaan kapasiteettiään. Toinen vaihtoehto olisi velvoittaa se jakamaan olemassa oleva tuotanto tasapuolisesti kaikkien halukkaiden kesken. Tämä ei pitemmän päälle ole taloudellisesti tehokas vaihtoehto. Jos hallitseva yritys ei pysty kontrolloimaan markkinoille pääsyä tuotannon tasolla, ei asiaan välttämättä tulisi puuttua lainkaan ja kapasiteettiongelma siten hyväksyä pitempi aikaiseksi toimituskieltoperusteeksi. Kysynnän ylittäessä tarjonnan hintojen tulisi nousta, jolloin joku rakentaa markkinoille tarvittavan kapasiteetin. Tasapuolisuusvaatimus voi ylittää tämän markkina-automatiikan vain, jos asiaan puuttumattomuus johtaisi jälkimarkkinoiden monopolisoimiseen ennen kuin uusi kapasiteetti ehtii vaikuttaa.[130]

---

[129] Mentula ym. s. 126; Mononen viittaa kyseen olevan juuri selektiivisten järjestelmien ongelmasta. Mononen s. 71–72.

[130] Kuoppamäki hyväksyisi kapasiteettiongelmat ottamatta laajemmin kantaa minkätasoisesta ongelmasta pitää olla kysymys. Kuoppamäki I s. 159; vrt. Rissanen ym. s. 314. Tekijät mainitsevat vain lyhytaikaiset kapasiteettiongelmat.

Käytännössä vähemmälle huomiolle on oligopolisääntöjen puuttuessa jäänyt ostajan hallitseva asema ja liikesuhteista kieltäytyminen näissä tapauksissa. Vahva tukkuliike tai kauppaketju voi ostopolitiikallaan määrätä pienemmän valmistajan tuotteen menestymismahdollisuuksista hyllytilan, markkinoinnin tms. keinojen kautta. Liikesuhteista kokonaan kieltäytymisen tuloksena voi olla hyvän tuotteen jääminen pois markkinoilta, jos kilpailevat ketjutkaan eivät satu siitä kiinnostumaan. Asiallisena syynä voi näissä tilanteissa olla tarjoajan kapasiteetin rajallisuus, koska tuotetta ei välttämättä riitä koko Suomen kattavaan markkinointiin. Käytännössä kaupan suuret marketketjut ilmeisesti ostavat melko paljon paikallisia tuotteita (esim. erilaisia kalatuotteita), joten tämän ongelman merkitystä on vaikea arvioida.

Riippuvuustilanne voi syntyä myös alihankkijan ja tuotteen valmistajan välillä. Tässä yhteydessä törmätään itse aiheutetun riippuvuuden ongelmaan eli siihen, tuleeko suojata sellaisia yrityksiä, jotka ovat tietoisesti suunnanneet tuotantonsa yhden tai kahden ostajan varaan (esim. Nokian alihankkijat). Mitä selkeämmin riippuvuus johtuu hallitsevasta yrityksestä sitä suurempi vastuu on tällä yrityksellä huolehtia alihankkijoistaan. Liikesuhteiden katkaiseminen olisi perusteltua joko laatu- tms. toimitusongelmien takia tai kilpailukyvyttömän hinnan takia. Edellisessä tapauksessa voitaneen edellyttää oikeutta korjata suorituksen puutteet ja jälkimmäisessä kohtuullista irtisanomisaikaa. Nämä tilanteet on ilmeisesti hoidettu lähinnä sopimusoikeudellisina kysymyksinä ja tällöinkin ”hiljaisesti” (alihankkijan ei kannata pitää meteliä, jos haluaa olla liikesuhteissa keneenkään). Kilpailuoikeudellisesti kyse on myös markkinoiden rajauksesta, eli hyväksytäänkö alihankkijan tuote omiksi markkinoikseen, jos sitä käytännössä ostaa vain hallitseva yritys?

Taloudellisessa toiminnassa kaikille ei riitä kaikkea. Toimituskiellot ja liikesuhteista pidättäytyminen ovat siten osa taloudellista prosessia. En siten yhtyisi Monosen ajatukseen siitä, että toimituskiellot ovat selkeästi taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisia, kilpailua rajoittavia ja kielteisiä edes hallitsevien yritysten osalta. Mikäli niitä pidetään selvästi kielteisinä, olisi pohdittava kysymystä hallitsevan yrityksen kapasiteetista. Voidaanko sitä vaatia lisäämään tuotantoaan kaikkien halukkaiden tyydyttämiseksi? Tavallaan näkökulma on liikaa yksittäisen asiakasyrityksen kohtaloa seuraava. Jos kilpailu toimii jälleenmyyjien kesken, on kilpailuprosessin kannalta se ja sama, saako tietty yritys hankittua tuotetta x vai ei. Samalla on kyse siitä, halutaanko Suomeen omaksua saksalainen riippuvuusmalli, jossa jo markkinoilla vahvan aseman omaava yritys voidaan velvoittaa liikesuhteisiin pienen tai keskisuuren yrityksen kanssa, koska tämä yritys ei ilman tiettyä merkkituotetta ole täysin kilpailukykyinen.

3.3.7 Kilpailua rajoittavat sopimusehdot

Yritys voi pyrkiä estämään uusien elinkeinonharjoittajien markkinoille pääsyn sopimusehtojen ja alennusten avulla. Tarkoituksena on sitoa markkinavastapuoli siten, ettei kolmannen yrityksen kanssa kannata käydä kauppaa. Keinona voi olla

sopimusehto (nk. english clause), joka velvoittaa ilmoittamaan muiden tarjouksista, jotta hallitseva yritys voi halutessaan tehdä edullisemman tarjouksen. Toinen tapa on vaatia tietyn tuotannon osuuden hankkimista tai käytännössä pakottaa yritys tähän alennusjärjestelmän kautta. Yritys voi pyrkiä suoraan kontrolloimaan asiakkaidensa toimia kieltämällä näitä ryhtymystä liikesuhteisiin kilpailijoiden kanssa.[131]

Mielenkiintoisena piirteenä lakiin on otettu maininta hyvään kauppatapaan perustumattomista sopimusehdoista. Tällä on pyritty rajaamaan väärinkäyttötilanteet hyväksyttävistä menettelytavoista. Lähtökohtana on hallituksen esityksen mukaan siviilioikeuden kauppakäsityksen mukainen alalla noudatettu yleinen, tasapuolinen ja kohtuullinen, velvoittavaksi tunnustettu käytäntö. Lainsäätäjäkin on joutunut toteamaan, ettei tällaisena voida pitää yksinomaan hallitsevan yrityksen omaa kauppatapaa. Vertailupohjana tulisi tällöin käyttää kilpailtujen lähialojen kauppatapoja. Rajauksen ongelma on se, ettei pelkkä hyvän kauppatavan kriteeri voi aina riittää hallitsevan yrityksen suhteen. Muiden vaihtoehtojen joko puuttuessa tai ollessa käytännössä hankalia ei hallitsevan yrityksen asiakas ole samassa asemassa kuin kilpaillulla alalla toimivan yrityksen asiakkaat ovat. Määräävässä asemassa olevaan elinkeinonharjoittajaan on näissä tilanteissa voitava kohdistaa muita korkeampi vaatimus tasapuolisuudesta. Hyvään kauppatapaan sidottu maininta on sitä paitsi täysin turha, koska saksalaisen mallin mukaan olisi voitu tyytyä yleiseen ”perusteltuun syyhyn” viittaamiseen ja tätä kautta osapuolten intressivertailuun.[132]

Tietynlaista ristiriitaa aiheuttaa hyvän kauppatavan rinnastaminen markkinarakenteeseen. Sekä hallituksen esityksessä että komitean mietinnössä todettiin, ettei menettely ole hyvän kauppatavan mukaista, jos asiakkaalla ei ole markkinarakenteen vuoksi mahdollisuutta käytännössä olla alistumatta ehtoihin. Menettelynhän täytyy olla sidoksissa määräävään asemaan, jolloin eräs kriteereistä on juuri vaihtoehtojen puute. Kauppatavan merkitys voi kutistua olemattomiin, jos vaihtoehtojen puutteesta tehdään suora johtopäätös siihen. Huomattavasti antoisampaa olisi ollut esitöiden tasolla eritellä niitä tilanteita, joissa asiakkaan liikesuhteiden rajoittaminen esim. teknisten syiden takia, voisi olla perusteltua (yhteensopivuus ongelmat varaosissa tms.).[133]

Hyväksyttävänä sopimusehtona on pidettävä tuotteen turvallisuuteen tai käyttäjien suojaamiseen liittyviä vaatimuksia, kuten riittävää asiantuntemusta tuotteen osalta. Kaikki viranomaismääräyksiin sidotut vaateet ovat tällaisia, ellei sopimusehto ylitä näitä vaateita. Muu hallitsevaa yritystä käytännössä sitova ulkopuolisen asettama rajaus on samoin perustein hyväksyttävissä. Tilanne on rinnastettavissa myyntijärjestelmän hyväksymisperusteisiin. Jos ehtojen tarkoitus ei ole diskrimi-

---

[131] KM 1987:4 s. 141.
[132] HE 1987/148 s. 23; samoin KM 1987:4 s. 141–142.
Tekstissä esiintuotu kritiikki puuttuu oikeuskirjallisuudestamme. Ks. esim. Mononen s. 82–83.
[133] HE 1987/148 s. 23; KM 1987:4 s. 141.

noiva tai muutoin selkeästi kilpailua rajoittava, voitaneen yksittäistapauksia koskevat ehdot hyväksyä helpommin kuin myyntijärjestelmä-ehdot. Kilpailun kannaltahan jälkimmäiset sitovat tuotteen kauppaa enemmän, koska tasapuolisuusvaatimuksesta johtuen eivät yksittäistapauspoikkeukset yleensä ole mahdollisia.[134]

Suomen laissa käytetty sanamuoto ”asiakkaan” on hankala, koska se jättää epäselväksi voidaanko hallitsevan ostajan toimiin puuttua. Tuotteen toimittajaa ei voida perinteisessä terminologiassa pitää asiakkaana, vaan sopimuskumppanina. Koska kyse on esimerkkiluettelosta, ei ole estettä tulkita alihankkijaa hyvän kauppatavan vastaisesti sitovaa sopimusehtoa ”muuksi” määräävän aseman väärinkäytöksi. Asiakas tarkoittaa kaikkia elinkeinonharjoittajan palveluja tai tuotteita hankkivia, vaikka perinteisessä kielenkäytössä ei asiakassuhteesta puhuttaisikaan.[135]

3.3.8 Kytkykaupat

Asiakkaiden toimintamahdollisuuksia voidaan rajoittaa myös sitomalla heidät ostamaan usea eri tuote samalta toimittajalta tai tämän osoittamalta yritykseltä. Toiminta vaikuttaa haitallisesti kilpailuun, jos yritys hallitsee ainakin jomman kumman tuotteen markkinoita ja menettely estää kilpailua kytkettävän tuotteen markkinoilla. Mentula ym. toteavat, ettei haitallisia vaikutuksia hallitsevan aseman puuttuessa edes ole, koska markkinat korjaavat tilanteen (eli esim. osa nk. kytkevän tuotteen valmistajista ryhtyy tarjoamaan halukkaille vain tätä tuotetta, jolloin kytkentään pyrkivä yritys menettää asiakkaitaan).[136]

Menettely ei ole kytkykauppaa, jos tuotteet kuuluvat samoille markkinoille. Tällöin tuotteilla on ostajan mielestä luontainen yhteys ja hän hakee nimenomaan tätä tuotepakettia eikä erillisiä tuotteita. Arviointi voi tosin olla hankalaa, jos markkinoille tarjotaan molempia vaihtoehtoja. Ainakaan hallitsevan yrityksen toimista johtuvaa ”yhtä markkinaa” ei voi pitää hyväksyttävänä. Eräs mahdollisuus on erottaa tuotepaketti ja yksittäistuotemarkkinat toisistaan ja tarkastella erikseen hallitsevan yrityksen asemaa näillä markkinoilla. Erottelu on mahdollista lähinnä silloin, kun asiakkaiden preferenssit poikkeavat selvästi toisistaan.[137]

---

[134] Muun kaltaisesta ehdosta ks. Kilpailuviraston ratkaisu Dno 949/61/96 (10.1.1996), jossa hiihtoliiton ei katsottu käyttäneen väärin määräävää asemaansa rajoittavan sopimusehdon perustuessa kansainvälisen hiihtoliiton vaatimuksiin. Jäsenseuroihin kohdistunut kielto järjestää SM-tason kilpailuja Ruotsin puolella oli siten lain mukainen. Ratkaisun osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 1/1997 s. 23–24.

[135] Tästä on esimerkkinä jo edellä mainittu Suomen Hiihtoliitto-tapaus, jossa kilpailuvirasto käsitteli jäsenseuroja asiakkaaina, koska ne hankkivat tuotteen (kilpailulupa, kilpailuilmoitus) liitolta. Ratkaisun osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 1/1997 s. 22–23.

[136] Mentula ym. s. 157–158.

Asiakkaita sitovien alennusten osalta viittaan jaksoon 3.3.4.

[137] Tekstissä esitetty tilanne lienee harvinainen Suomessa, koska markkinamme ovat varsin pieniä volyymiltään.

Mentula ym. toteavat perusperiaatteen markkinoiden määrittelyn osalta, mutta eivät käsittele asiaa laajemmin. Ks. Mentula ym. s. 160.

Saksalaiseen tapaan voidaan periaatteessa erottaa kilpailijoiden markkinoille tulon estämiseen pyrkivät ja monopolivoittojen keräämiseen tähtäävät menettelytavat. Käytännössä ei eroa juuri ole ja yleensä asiaa käsitellään rinnakkain.[138]

Tuotteiden kytkeminen toisiinsa voidaan hyväksyä, jos niiden välillä vallitsee riittävä taloudellinen tai tekninen yhteys. Laitetta ei esim. voi käyttää kuin tietyn laatustandardin täyttävän materiaalin kanssa. Vastaavasti voidaan hyväksyä tavaramerkin arvon suojaamiseen pyrkivät toimet. Tavaramerkin haltija voi siten edellyttää, että hänen tuotettaan markkinoidaan yhdessä tietyn laatustandardin täyttävien tuotteiden kanssa.[139]

3.3.9 Myyntijärjestelmät

Yksinmyynti- ja yksinostosopimukset otettiin lakiin vuonna 1993 voimaan tulleessa muutoksessa. Muutos on sikäli deklaratiivinen, että liikesuhteista kieltäytyminen tai yrittäjän toimintavapauden rajoittaminen hyvän kauppatavan vastaisesti olivat jo aiemmassa laissa. Myyntijärjestelmien perustarkoitushan on saada yrittäjä pääasiassa hoitamaan vain tietyn sopimuskumppanin asioita. Kuta hallitsevampi tämä kumppani on sitä tärkeämmäksi asiakassuhde muodostuu. Markkinoilla jo olevien tai potentiaalisten kilpailijoiden kannalta myyntijärjestelmään sidottu yritys on menetetty, koska se ei yleensä saa edustaa kilpailevia tuotteita. Tältä osin oikeudellinen tilanne voi muuttua aiempaan verrattuna, jos hallitsevan yrityksen kilpailijat pyrkivät kiistämään sen oikeuden käyttää niiden toimintamahdollisuuksia rajaavaa myyntijärjestelmää.[140]

Muutoksen taustalla on pitkälti EU-oikeuden vaikutus. Suomessakin myyntijärjestelmien toiminnan kilpailuoikeudellisen kontrollin voi olettaa johtavan jonkinasteiseen markkinoiden avautumiseen, jolloin integraatiopyrkimys toteutuisi. Tällöin kansallisen lain merkitys jäisi lähinnä deklaratiiviseksi, EU:n säädöksiä tukevaksi. Markkina-alueeltaan ja -volyymiltään pienehkö jäsenmaa ei voi tyytyä pelkästään EU-tason säätelyyn, koska vaarana on maan sisäisten monopoli- tai oligopoliasemien syntyminen sellaisten tuotteiden osalta, joilla kilpaileminen ei markkinoilla kannata. Tyyppiesimerkki on ollut matkapuhelinoperaattoritoiminta, jossa verkkoinvestoinnit ja näihin liittyvät palvelumaksut (eli ulkopuolisen verkonrakentajalle maksama käyttöhinta) rajaavat verkkojen määrän lähinnä muutamaan oligopoliyritykseen. Pieni volyymi vähentää myös tukkuliikkeiden määrää, koska esim. ruotsalaisen tukun ei kannata kuljettaa tilaa vievää bulkkitavaraa Suomeen tai perustaa tänne kilpailevaa yritystä.[141]

---

[138] Esim. Mentula ym. rinnastavat vaikutukset. Ks. Mentula ym. s. 159.
[139] Mentula ym. s. 159.
[140] Hallituksen esityksessä todetaan yksinmyynti- ja yksinostosopimuksia koskevan sääntelyn otetun esimerkkiluetteloon eikä siinä viitata varsinaiseen oikeudellisen tilan muuttamiseen. Ks. HE 1991/162 s. 13.
[141] EU-oikeuden vaikutus on todettu valmistelutöissä. Ks. HE 1991/162 s. 13.

Suomessa ei ole suoraan omaksuttu saksalaista mallia, jossa yksinoikeussopimuksia voidaan kontrolloida laajemmin kuin määräävän aseman väärinkäytön osalta. Koska lainsäädäntö ei tunne oligopolien toiminnan kontrolloimista, merkitsee tämä osittain korkeampaa puuttumistasoa kuin Saksassa. Kilpailunrajoituslain 9 §:n kautta voidaan tosin puuttua muihin kuin lain 4–7 §:ien tarkoittamiin kilpailunrajoituksiin, jos niillä on vahingollisia vaikutuksia tai kilpailun kannalta sopimattomalla tavalla vähentää tehokkuutta elinkeinoelämän piirissä tai estää / vaikeuttaa toisen elinkeinonharjoittamista. Edellytyksenä täytyy tällöinkin olla jonkinasteinen markkinavoima, jotta mitään haitallisia vaikutuksia voi edes olla.[142]

Suppeammilla markkinoilla yritysten toimintavaihtoehdot ovat rajatummat, jolloin puuttuminen saksalaiseen tapaan yksinoikeusjärjestelmiin jo niiden rajoittaessa kilpailua joillain markkinoilla (so. ei tarvitse olla sopimuksen tarkoittama markkina), ei olisi perusteltua. Suomalaisille markkinoille tuskin voi luoda rajatonta määrää jälleenmyyntijärjestelmiä, jolloin jokainen yksinoikeussopimus rajoittaa kilpailua selkeämmin kuin Saksan kaltaisilla laajemmilla markkinoilla. Jos puututtaisiin ei-hallitseviin yrityksiin, rajoitettaisiin todennäköisemmin kilpailua kuin edistettäisiin sitä. Ottamalla lakiin oligopolien määräävää asemaa koskeva sääntö, voitaisiin tilanne ratkaista järkevämmin kuin eräänlaisen vertikaalista liki hallitsevaa asemaa koskevan ”Vorfeld”-ajattelun kautta.[143]

Valmistajan tai tukkukaupan kannalta volyymin vähäisyys voi johtaa vaatimukseen jälleenmyyjän sitoutumisesta. Toiminta ei olisi tehokasta, jos jälleenmyyjä edustaisi kaikkia markkinoilla olevia merkkejä myynnin jäädessä lähinnä yksittäiskappaleisiin. Erikoistuneempien tai teknisempien tuotteiden osalta tämä vaatimus vain korostuu. Kuluttajienkin kannalta voisi olla hankalaa, jos sama liike esim. markkinoisi kaikkia automerkkejä. Kilpailijoiden tulo markkinoille voi toisaalta hankaloitua, jos jakelukanavat ovat sidottuja hallitsevaan yritykseen ja uuden myyntijärjestelmän luomiskustannukset ovat liian suuria kilpailijoihin näh-

---

[142] Markkinavoiman merkitystä painottaa myös Stenborg. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 153 ”Jos millään osapuolella ei oloe merkittävää markkinavoimaa, vertikaaliset rajoitukset ovat todennäköisemmin kyvyttömiä vaikuttamaan haitallisesti markkinoiden toimintaan. … Jos indikaattorit viittaavat merkittävään markkinavoimaan, ei epäilyä haitallisesta kilpailunrajoituksesta voida hylätä yhtä helposti.”

Ks. Saksan oikeuden osalta esim. Rittner III s. 262–263 sekä jakso III 2.6.

[143] Kirjallisuudessakin sekoitetaan toisinaan määräävä asema ja kilpailunrajoituslain 9 §:n mukaiset tilanteet. Esim. Stenborg on asiaa koskevassa jaksossa käsitellyt myös kaksinkertaista monopolihintaa! Monopolihinnan keräämisen edellytys on vähintään hallitseva asema, josta olisi ollut syytä mainita. Ks. tältä osin Aalto-Setälä ym. s. 150–151. Stenborgin käyttämät ”arveluttavat” tilanteet esimerkit ovat myös pitkälti tiukkaan oligopoliin viittaavia, kuten ”tuotteet ovat yksinkertaisia ja edullisia”, ”ostot tapahtuvat säännöllisesti samoista liikkeistä”, ”tuotteiden välinen erilaistuminen on voimakasta ja alalla on vahvoja brandeja”, ”tuote on elinkaarensa kypsässä vaiheessa”, ”vähittäismyynnin portaalla alalle tulon esteet ovat korkeat”. Yksinkertaisessa tuotteessa oligopolin keskinäinen riippuvuus korostuu, ja toisaalta vahva brandit voivat toimia esteinä päästä differoitujen tuotteiden markkinoille. Ks. em. lähde s. 156.

den. Käytännössä tilanne ratkeaa pitkälti markkinoiden toiminnan mukaan eikä asiaan puuttumista tarvita. Esimerkiksi pääasiallisten automerkkien jälleenmyyntipisteitä on lähes joka puolella Suomea. Samoin kännyköiden jälleenmyyjien kilpailu on näkyvää saman liikkeen yleensä myydessä useiden valmistajien tuotteita.[144]

Lain valmistelutöissä vuodelta 1991 on käsittääkseni virheellinen ilmaisu. Esityksessä todetaan, etteivät yksinmyynti- ja yksinostosopimukset ole kaikissa tilanteissa vahingollisia, minkä takia lakiin on otettu maininta ”ilman erityistä syytä”. Erityisenä syynä todetaan olevan hyödykkeen luonne, josta voi johtua, ettei kilpailevien jälleenmyyjien tulo markkinoille ole perusteltua, koska jakelukanavan perustamiseen liittyvät kustannukset ovat niin suuret. Ilmaisu on sikäli hankala, että valmistajaan kohdistuvan kilpailun kannalta olisi erittäin tärkeää näissä tapauksissa avata sen jälleenmyyjäverkko kilpailijoiden käyttöön. Jos jälleenmyyjiä ei enää markkinoille mahdu, ei kilpailijoilla ole muuta jakelukanavaa oli syy mikä tahansa. Mikäli hallitseva yritys voisi käyttää tämänlaista perustelua, olisi lopputuloksena selkeä markkinoille pääsyn este. Tilanne on malliesimerkki määräävän aseman luomasta ongelmasta. Jos taas rinnakkaisia järjestelmiä kannattaa perustaa, ei mitään määräävään asemaan liittyvää ongelmaa edes ole, koska kilpailijat saavat tuotteensa markkinoille. Pikemminkin on kyse tilanteesta, jossa hallitseva asema murenee ajan myötä eikä edellytä erityisempää puuttumista viranomaisten taholta. Oikeampi lähtökohta olisi ollut todeta erityisen syyn voivan olla esim. se, että tuotteen ominaisuuksien takia sen markkinointi voisi kärsiä kilpailevien tuotteiden myymisestä saman jälleenmyyjän kautta (esim. tekniset tuotteet, kuten autot, tietokoneet tms.). Jakelukanavan luomiseen liittyvät ponnistukset tulisi huomioida vain, jos hallitseva yritys on todella panostanut järjestelmän luomiseen ja kilpailevan tuotteen ottaminen valikoimaan merkitsisi ”vapaamatkustusta” tämän panostuksen kustannuksella.[145]

Hyväksyttävänä jakelujärjestelmää voidaan pitää myös silloin, kun tätä kautta turvataan kuluttajien asema tuoteturvallisuus ja -vastuu tapauksissa sekä järjestelmän johtaessa kuluttajia hyödyttävään jakelun tehostamiseen. Kuten Mononen toteaa, on näissä tilanteissa kuluttajalle koituva hyöty osoitettava. Näyttötaakka on hallitsevalla yrityksellä, koska sen on osoitettava erityinen syy järjestelmän käyttämiseen.[146]

Sallitun järjestelmän tulee olla tasapuolinen siihen pyrkiviä kohtaan. Vaatimukset voivat kohdistua lähinnä pyrkijän ammattitaitoon tai liikepaikkaan. Sallittava-

---

[144] HE 1991/162 s. 13.

[145] Sama kanta on sekä komitean mietinnössä että hallituksen esityksessä. Ks. KM 1991:15 s. 141 ja HE 1991/162 s. 13.

Oikeuskirjallisuudessa ei em. ongelmaa ole kommentoitu tekstissä mainituin tavoin. Ks. Mononen s. 86; Mentula ym. ovat vain toistaneet hallituksen esityksessä omaksutun kannan. Ks. Mentula ym. s. 143.

[146] Mononen s. 86.

na olisi pidettävä esim. tietynlaisia esittelytiloja koskevaa vaatimusta tai kykyä huolehtia myös huoltopalveluista.

Eurovox-tapauksessa kilpailuneuvosto painotti jakelujärjestelmän vaatimusten objektiivisuutta ja liiketaloudellisia perusteita. Näitä vaatimuksia oli sovellettava yhtäläisesti sekä annettava niistä tieto kaikille yhteistyökumppaneille. Pelkästään järjestelmän ulkopuolelle jäävän myyjän taloudelliset menetykset eivät oikeuttaneet järjestelmään hyväksymistä, jos kriteerit (liiketilat, ammattitaito) olivat tuotteen korkeatasoisuuden vuoksi liiketaloudellisesti perusteltuja. Mitä vaikeampaa tuotteen korvaaminen toisella on sen tunnettavuuden takia sitä tiukemmat vaatimukset järjestelmän kilpailuoikeudelliselle hyväksymiselle voidaan asettaa. Tapauksessa Soneralla oli ollut oikeus pidättäytyä antamasta Alina-päätettä Eurovox Oy:lle, koska tämän yrityksen toiminta ja liikesuhde Soneraan oli kestänyt vasta lyhyen ajan. Pääte oikeutti kauppiaan tekemään suoraan muutoksia Soneran GSM-liittymiin, joten tiettyä luottamusta voitiin edellyttää ennen päätteen antamista. Pääte helpotti asiakaspalvelua, joten sen saamisella oli merkitystä Eurovox Oy:n kilpailuaseman kannalta.[147]

Eurovox-tapaus osoittaa, ettei Suomessakaan ole lähdetty velvollisuudesta asettaa uusia yrityksiä täysin samaan asemaan kuin vanhoja asiakkaita. Tasapuolisuusvaatimus täyttyy, koska Eurovox Oy:llä olisi tapauksesta päätellen mahdollisuus saada Alina-pääte yrityksen toiminnan vakiinnuttua ja sen osoittauduttua riittävän luotettavaksi sopimuskumppaniksi Soneran kannalta. Tapauksen perusteella päätteestä oli tosin hyötyä, mutta se ei ollut ratkaiseva Eurovox Oy:n liiketoiminnan kannalta. Mikäli näin olisi ollut, muodostaisi Soneran vaatimus tietyn aikaa kestäneestä asiakassuhteesta markkinoille pääsyn esteen, ja ratkaisu olisi voinut olla toisenlainen. Tässäkin tapauksessa voitaisiin myyntijärjestelmän hyväksyttävänä elementtinä pitää esim. uuden asiakasyrityksen tarkempaa kontrollia väärinkäytön estämiseksi.

3.3.10 Immateriaalioikeudet

Immateriaalioikeudet ovat jääneet varsin vähälle huomiolle kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa määräävän aseman kannalta. Kieltäytymällä antamasta kilpailijalle tai asiakkaalle tarvittavaa lisenssiä hallitseva yritys voi pyrkiä vahventamaan omaa asemaansa. Kieltäytymistä voidaan myös käyttää keinona rajoittaa esim. huoltotoimien tarjontaa, jotta hyväksytyt yritykset saisivat mahdollisimman hyvän tuoton. Peruslähtökohta on toki se, että tekijänoikeudet ja teollisoikeudet ovat hyväksyttäviä ja kilpailun kannalta hyödyllisiä. Mitään yleistä lisenssointi- tai tiedonantamisvelvollisuutta ei siten Suomessakaan ole.[148]

---

[147] Eurovox-tapaus 13.9.1999 d:o 42/690/1999 s. 12–14, 17–19.
[148] Mentula ym. s. 178.

Kilpailunrajoituslaissa ei ole erillistä esimerkkikohtaa immateriaalioikeuksien osalta, joten yritys voitaisiin velvoittaa antamaan tietoja tuotekehityksestään joko yleisen väärinkäytön kieltävän 7 § 1 momentin avulla tai esimerkkiluettelon kohtien 1 (liikesuhteesta pidättäytyminen), 2 (asiakkaan toimintavapautta rajoittavat ehdot) tai 5 (muiden hyödykkeiden tuotantoa tai markkinointia koskevan kilpailun rajoittaminen) perusteella. Yleislausekkeeseen jouduttaisiin turvautumaan suoranaisen kilpailijan yrittäessä saada tietoja tuotekehityksestä, koska kilpailija toimii samalla toimialalla eikä välttämättä kyse ole esimerkkikohdan 2 tarkoittamasta asiakkuudesta. Liikesuhteista pidättäytymisenä tätä tilannetta voitaisiin pitää, jos tekninen kehitys tulkitaan erilliseksi tuotteeksi ja katsotaan hallitsevalla yrityksellä olevan velvollisuuden ryhtyä liikesuhteisiin tältä osin.

Laajaan tulkintaan tulisi suhtautua varovaisesti teknisen kehityksen suojaamisen takia. Välitön lisensiointivaatimus heti yrityksen saavutettua patentin suojaaman monopoliaseman merkitsisi patentin taloudellisen merkityksen mitätöimistä. Edes se, että tarjonta ei tyydytä kysyntää, ei voi olla peruste pakkolisenssin myöntämiselle. Näissä tilanteissa tulisi joko hintaa kontrolloida tai antaa korkeamman monopolihinnan houkutella kilpailijoita markkinoille. Kehityshän ei ole sidottu Suomeen, joten varsin todennäköisesti joku pystyy kehittämään kilpailevan menetelmän tai tuotteen. Tulkinta voisi olla toinen vain, jos kilpailevan tuotteen kehittäminen on absoluuttisesti suljettu pois (kuten mallioikeudessa).[149]

Setec Oy:tä koskevassa tapauksessa (Dno 580/61/95, 5.2.1997) virasto totesi edellä mainitun pääsäännön eli yksinoikeuden hyödyntää patenttia taloudellisesti vailla lisenssin antamisvelvollisuutta. Lähinnä EU:n ratkaisuihin perustuen virasto totesi, että kieltäytyminen voi olla kyseenalaista, jos markkinoiden terve toiminta tämän takia vaarantuu esimerkiksi siksi, ettei tarjonta vastaa kysyntää. Lisäksi tuli huomioida, onko yrityksellä objektiivinen peruste kieltäytymiselleen. Tällainen saattoi olla negatiivinen vaikutus innovointihalukkuuteen, keksinnön taloudellisten kehittämismahdollisuuksien vähentyminen tai patentinhaltijan estyminen muutoin hyödyntämästä keksintöään.[150]

Setec-ratkaisu osoittaa hyvin immateriaalioikeuksiin puuttumisen vaikeuden. Virasto toteaa huomioineensa objektiivisena perusteena kieltäytymiselle juuri sellaisia seikkoja, jotka ovat patentin taloudellista perussisältöä! Jos keksinnön hyödyntäminen tulkitaan laajasti, tarkoittaa se kaikkea monopolivoiton keräämistä tms. Kehittämisen osalta yritys voi aina väittää, että lisenssi vähentäisi sen toimintamahdollisuuksia ja -halukkuutta. Todistamistaakan ollessa lähtökohtaisesti kil-

[149] Mentula ym. s. 179. Tekijät toteavat ensin, ettei patenteilla ja tekijänoikeudella suojattuun monopoliasemaan tulisi puuttua määräävän aseman väärinkäyttönä. En voi yhtyä tekstissä lyhyesti esitettyyn huomautukseen siitä, että lisensioinnista kieltäytymistä saatetaan pitää väärinkäyttönä silloin kun tarjonta ei vastaa kysyntää. Tekijät ovat sivuuttaneet omistusoikeuden kannalta merkityksellisen kysymyksen aivan liian lyhyesti, vaikka oletettavasti he ovat pitkälti tekstissä esitetyllä kannalla. Tekijöiden kanta perustunee Kilpailuviraston Setec Oy:tä koskevaan ratkaisuun (ks. alla).
[150] Tapauksen osalta ks. Kilpailuviraston ratkaisuja 1/97 s. 106.

pailuviranomaisilla ei vastanäytön esittäminen olisi helppoa! Kilpailuvirasto tosin jätti itselleen takaportin käyttämällä sanamuotoa ”voidaan vakuuttua”, joten oletettavasti virasto katsoo todistustaakan olevan yrityksellä. Tätä ei voida pitää oikeana ajatuksena, koska kyseessä on yrityksen sinänsä laillisiin oikeuksiin ja tätä kautta sen omistusoikeuteen puuttuminen. Viraston on pikemminkin vakuutettava, että lisenssin määrääminen on ainoa keino estää hallitsevan aseman väärinkäyttö!

4. SEURAAMUKSET

4.1 Väärinkäytön kieltäminen

Kilpailunrajoituslain 4–7 §:n määräyksiä rikkovalle elinkeinonharjoittajalle voidaan määrätä seuraamusmaksu 8 §:n mukaisesti. Maksua määrättäessä on lain määräyksen mukaan huomioitava kilpailunrajoituksen laatu ja laajuus sekä sen kestoaika. Tämä seuraamus vastaa Saksassa ja EU:ssa käytettyä järjestelyä ja on lähinnä sakon luonteinen, vaikka sitä ei yleensä rikosoikeudellisena seuraamuksena pidetäkään.

Seuraamusmaksun lisäksi kilpailuneuvosto voi määrätä elinkeinonharjoittajan lopettamaan 4–7 §:n vastaisen menettelyn. Määräävässä asemassa oleva elinkeinonharjoittaja voidaan siten esim. velvoittaa lopettamaan kohtuuttomien ehtojen käyttö. Mielenkiintoisena piirteenä Suomen oikeudessa on jo suoraan lain tasolla 16 §:n 2 momentissa annettu mahdollisuus velvoittaa elinkeinonharjoittaja toimittamaan hyödykkeitä toiselle elinkeinonharjoittajalle vastaavanlaisilla ehdoilla kuin hän tarjoaa niitä muille vastaavassa asemassa oleville elinkeinonharjoittajille. Kieltoa voidaan sinänsä täsmentää, mutta toimintavelvollisuuden mahdollistaminen jo lain tasolla poistaa tarpeen saksalaisen keskustelun kaltaisesta pohdinnasta mitä voidaan velvoittaa kiellolla. Kilpailunrajoituslaki sallisi esim. kieltopäätöksen, jossa eritellään mitä on tarkalleen ottaen kielletty ja samalla asetetaan elinkeinonharjoittajalle konkreettinen toimimisvelvoite.[151]

Kilpailuneuvostolla on toimivalta todeta menettelyllä olleen vahingollisia vaikutuksia 9 §:n mukaisesti, tai että se on ollut 4–7 §:ien vastaista, vaikka toiminta olisi jo lopetettu. Kilpailuneuvosto vahvisti tämän kannan Lapin Kansa Oy:n tehtyä toimivaltaväitteen oikeudellisen intressin puuttuessa, koska yhtiö oli jo luopunut kilpailuviraston kiellettynä pitämästä menettelystä. Tapauksessa kannanotolla saattoi olla vastaista vaikutusta myös muiden maakuntalehtien osalta. Kilpailun toimintaedellytysten turvaaminen on yhteiskunnan intressissä, joten minkään osapuolen esittämää vaatimusta asian selvittämiseksi ei kilpailuvirasto tarvitse.[152]

---

[151] Kuoppamäki I s. 50.
[152] Lapin Kansa Oy -tapaus, toimivaltaa koskeva ratkaisu 26.3.99 (d:o 2/359/98) s. 6–7, 8.

4.2 Pätemättömyys / mitättömyys

Suomessa ei kilpailua rajoittavan oikeustoimen periaatteellisesta pätemättömyydestä synny kiistaa, koska tätä koskeva säädös on kilpailunrajoituslaissa. Kyseessä on puhtaasti siviilioikeudellinen oikeussuojakeino, jota kilpailuviranomaiset eivät valvo. Kilpailunrajoituksen kohteeksi joutunut voi tuomioistuinteitse vaatia, että hänen toimiaan rajoittava ehto on todettava pätemättömäksi. Pätemättömyys on itsessään vaikuttavaa eli mitättömyyttä, vaikkakin sen toteuttaminen edellyttää säännönmukaisesti oikeudenkäynnissä tehtävää väitettä.[153]

Mitättömyys koskee myös määräävän aseman väärinkäyttöä. Oikeuskirjallisuudessa ei yleensä tarkastella lähemmin mitä tällä tarkoitetaan. Kuoppamäki toteaa väärinkäyttöä ilmentävien ja kauppakumppanin toimintavapautta rajoittavien ehtojen voivan olla pätemättömiä. Hän painottaa, että yleinen etu on keskeisin arviointikriteeri. Kilpailunrajoituksen haitat suuntautuvat laajalti yhteiskuntaan, jolloin pätemättömyysseuraamus ei voi olla sopimusosapuolten välinen asia. Mitään johtopäätöstä, esim. kilpailijoiden oikeudesta vedota hallitsevan yrityksen ja sen asiakkaan tai jälleenmyyjän välisen sopimuksen pätemättömyyden osalta, ei Kuoppamäki tee. Hagman toteaa ensin, ettei kiellon vastaista järjestelyä voida panna täytäntöön kolmansia osapuolia kohtaan. Määräävän aseman osalta hän mainitsee asiakkaita tai liikekumppaneita syrjivät ehdot.[154]

Kilpailunrajoituslaki ei velvoita pitämään koko sopimusta tai oikeustointa pätemättömänä, jos mitättömät osat voidaan siitä erottaa. Kyse on sopimusoikeudellisesta harkinnasta, jota ei tässä yhteydessä lähemmin tarkastella. Kuoppamäki on todennut, ettei määräävän aseman väärinkäytön osalta mitättömyys saa johtaa toisen osapuolen riippuvaiseen asemaan hallitsevasta yrityksestä. Tämä yrityshän saisi verrattoman keinon kontrolloida markkinoita, jos esim. koko toimitussopimus katsottaisiin mitättömäksi ja kilpailunrajoitukseen vedonnut asiakas joutuisi vähintään neuvottelemaan sopimuksen uudelleen (toimitusten todennäköisesti katketessa vähintään neuvottelujen ajaksi). Vahingonkorvaussanktio tosin vähentää hallitsevan yrityksen halua em. menettelyyn, mutta sitä ei voine pitää poissuljettuna.[155]

Pätemättömyys-sanktiota vaivaa sama epämääräisyys kuin Saksassa. Asia tulisi ratkaista joko jättämällä pätemättömyys pois hallitsevan aseman osalta (mikä edellyttäisi lain muutosta) tai käytännössä rajaamalla se vain asiakkaiden toimintavapautta rajaaviin sopimusehtoihin. Näissä tilanteissa kanneoikeus voi perustellusti olla kilpailijalla, joka esim. haluaisi toimittaa omia tuotteitaan hallitsevaan

---

[153] Hagman s. 93–94; Kuoppamäki I s. 55, 56–57.

[154] Hagman'n teksti jättää avoimeksi voiko kilpailija vedota pätemättömyyteen ja miten tämä vaade toteutetaan. Ks. Hagman s. 93; Ongelmaa kuvaa sinänsä hyvin se, että Kuoppamäen yleistä etua koskevat esimerkit ovat yrityskauppaan liittyvä kilpailukielto ja kartellisopimus. Määräävän aseman osalta hän ei mainitse suoria esimerkkejä. Ks. Kuoppamäki I s. 55, 56.

[155] Ks. aiheesta esim. Kuoppamäki I s. 58–59.

yritykseen yksinostovelvottein sidotulle jälleenmyyjälle. Kohtuuttomuus tulisi jättää osapuolten keskeiseksi, sopimusoikeudelliseksi tarkasteluksi.

4.3 Vahingonkorvaus

Ennen vuoden 1998 lain uudistusta ei kilpailunrajoituslaissa ollut säädöstä vahingonkorvauksesta. Lähtökohta oli joko vahingonkorvauslain mukainen vastuu tai sopimusvastuu. Kuten asiaa tarkastellut toimikunta huomauttaa, tämä johti erilaisiin ratkaisuihin riippuen siitä, kohdistuiko vahinko sopimussuhteessa olevaan (kuten asiakkaaseen) vai ulkopuoliseen (kuten kilpailijaan). Kilpailulain vastaiset toimet aiheuttavat esine- ja henkilövahinkoihin liittymättömiä taloudellisia vahinkoja, joten vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n mukaan niiden korvaaminen edellyttäisi erittäin painavia syitä. Sopimussuhteessa ei tällaista vaadita, mutta toisaalta vastuuta voidaan rajata sopimusehdoissa. Kuoppamäki käyttää esimerkkinä määräävässä asemassa olevan yrityksen toimituskieltoa, joka saattoi johtaa erilaisiin seurauksiin riippuen siitä oliko osapuolten välillä ollut sopimussuhde vai ei. Käytännössä ero ei välttämättä ole ollut merkittävä, koska sopimussuhteessa olleet yrittäjät ovat todennäköisesti varoneet ärsyttämästä hallitsevaa sopimuskumppaniaan.[156]

Toimikunta katsoi vahingonkorvaussäädöksen auttavan tilanteen tasaamisessa, koska se helpottaisi sopimuksen ulkoisen vastuun syntymistä ja samalla rajaisi sopimusvastuuta. Toimikunnan mielestä lähtökohtana tuli olla täyden korvauksen periaate eli korvauksen tuli kattaa kaikki välitön ja välillinen vahinko, minkä kilpailunrajoitus on aiheuttanut. Vahingonkorvaus kattaa siten sekä negatiivisen että positiivisen sopimusedun ja esim. korvauksen menetetystä voitosta (esim. hinnaneron kautta arvioituna, jos korvaava tuote on ollut kalliimpi tai sen kate muutoin pienempi). Toimikunnan perusteluista ei ilmene, miksi lakiin otettuun varsin laajaan ilmaisuun päädyttiin. Sitä on pidettävä oikeana, koska etukäteen on varsin hankala tietää minkälaisia vahinkoja esim. hallitsevan aseman väärinkäytöstä seuraa. Kuten Kuoppamäki toteaa, joudutaan kysymys vahingonkorvauksen ulottuvuudesta ratkaisemaan yleisten kausaliteettiä ja näyttötaakkaa koskevien periaateiden avulla.[157]

Korvausvastuu ei kuitenkaan ole ankaraa, vaan edellytyksenä on kilpailunrajoituslain 4–7 §:ien tuottamuksellinen tai tahallinen rikkominen. Tältä osin sopimusvastuu- ja rikkomusvastuutilanteita ei ole edes tarkoitettu asettaa samaan asemaan, vaan lähtökohta on sekä toimikunnan että hallituksen esityksen mukaan se, että sopimusvastuutapauksissa todistustaakka on vastaajalla ja muissa vastuutilan-

---

[156] Hallituksen esityksessä seurattiin toimikunnan linjaa. Ks. HE 1997/243 s. 11–12; Kuoppamäki s. 59; Raportteja 3/1997 s. 75–76.
[157] Kuoppamäki I s. 60; Raportteja 3/1997 s. 76.

teissa kantajalla. Pyrkimyksenä on ollut noudattaa vakiintunutta vahingonkorvausoikeudellista jakoa. Erottelun mielekkyys on kysenalainen, koska sopimusvastuu kohdistuu sopimuksen täyttämiseen ja tässä tapauksessa sopimus voi olla täytetty sinänsä oikein. Toinen osapuoli on vain vahvemman asemansa turvin saanut sopimussuhteesta kilpailunrajoituslain vastaista etua. Tässä mielessä tapaukset eivät poikkea toisistaan ja todistustaakka kuuluisi kantajalle. Vastuu tuskin muuttuisi kovin paljon, koska esim. tietoinen ja selkeä hintadiskriminointi osoittaisi tuottamuksen olemassa olon.[158]

Tahallisuus ja huolimattomuus on suunnattu nimenomaan lainvastaiseen menettelyyn. Mitään vahingonaiheuttamistarkoitusta ei edellytetä, vaikka todennäköisesti hallitseva yritys tietää lainvastaisten toimiensa aiheuttavan vahinkoa joko sopimuskumppanille tai kilpailijoille jne. Lähtökohta on sama kuin Saksan oikeudessa. Muunlainen vastuuperuste ei olisi käytännöllinen, koska kaiken kilpailunkin taustalla on kilpailijan ”vahingoittaminen” tai asiakkaasta ”hyötyminen”. Vasta yrityksen toimiessa kilpailunrajoituslain 4–7 §:ien tai kilpailuviranomaisten päätöksen vastaisesti se siirtyy pois normaalista kilpailusta kielletylle alueelle.[159]

Määräävässä asemassa olevan yrityksen kannalta tuottamuksen määrittäminen ei ole yksiselitteistä. Jopa muutoin tahallinen lainvastainen teko ei tätä välttämättä ole, jos yritys ei ole hallitsevassa asemassa. Näissä tilanteissa määräävän aseman arviointi on osa tuottamusarviointia. Tahallisena voidaan siten pitää omasta hallitsevasta asemastaan tietoisen yrityksen tarkoituksellista 7 §:n kiellon vastaista menettelyä. Tämä johtaa siihen, että tuottamuksen kannalta voi olla ratkaisevaa, onko yrityksen aiemmin todettu olevan hallitsevassa asemassa vai ei. Itse menettelyn osalta lain esimerkkiluettelon vaikutus voi korostua. Nämä menettelytavathan ovat lainsäätäjän oletuksen mukaan harmillisia kilpailulle ja siten kiellettyjä. Esimerkkien varsin avoin sanamuoto voi johtaa siihen, ettei yritys huolellisenkaan arvioinnin jälkeen katso toimivansa 7 §:n vastaisesti. Koska lain tarkoituksena on tehokkaan ja toimivan kilpailun edistäminen, ei korvauskynnystä saisi laskea liian alas. Mitä haitallisempi menettely on juuri kilpailun kannalta sitä perustellumpaa on korvausvastuu. Yksityisoikeudellinen vastuu toimii tällöin lain tarkoituksen (eli haitallisten kilpailunrajoitusten estämisen) toteuttajana. Vähämerkityksellisten kilpailunrajoitusten, epäselvän määräävän aseman jne. tapauksissa tulisi päätyä siihen, ettei tuottamusta ole.

Kilpailunrajoituslakiin on otettu oma sovittelusäännöksensä, joka muistuttaa vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:ää. Kilpailunrajoituslaissa korostetaan vahingonkorvauslakia enemmän rikkomuksen laatua ja vahingon laajuutta. Määräävän aseman osalta toisen osapuolen selkeästi toista vahvempi asema johtanee yleensä

---

[158] HE 1997/243 s. 32; Raportteja s. 172.

[159] Lain esitöissä ei ole pohdittu tekstissä esitetyin tavoin miksi korvausvastuu on suunnattu nimenomaan lain vastaiseen menettelyyn. Tilannetta voidaan verrata OYL 15-luvun yhtiön johdon korvaussäädöksiin, joiden lähtökohtana on kaiken tuottamuksella yhtiölle aiheutetun vahingon korvaaminen. Kilpailunrajoituslain osalta ks. HE 1997/243 s. 32.

siihen, ettei korvauksia soviteltaisi kuin tuottamuksen alarajaa lähenevissä tapauksissa. Sen paremmin hallituksen esityksessä kuin työryhmän mietinnössä ei valitettavasti tuotu esille tarkempia kriteerejä siitä, mitkä teon laatuun liittyvät tekijät voivat oikeuttaa korvauksen sovitteluun. Sovitteluperusteena voisi olla esim. yrityksen oma aktiivinen vahinkojen ennaltaehkäisemisohjelma (eli nk. compliance program).[160]

Vahingonkorvauksen etu on mahdollisuudessa siirtää kilpailunrajoituslain vastaisin keinoin saatu voitto toiminnasta kärsineille. Hyvitysfunktio parantaa samalla asiakkaiden tai kilpailijoiden mahdollisuuksia kilpailla, koska periaatteessa ne saavat täyden korvauksen vahingoistaan. Etu ja haitta on korvausjärjestelmän asianosaisilta vaatima aktiivisuus. Viranomaiset hyötyvät työtaakan vähentymisestä, ja kilpailunrajoituslain valvonta tehostuu. Korvausvaateen esittäminen voi kuitenkin johtaa liikesuhteiden katkeamiseen, joten hallitsevan yrityksen asiakkaat eivät välttämättä uskalla vaatia oikeuksiaan. Kilpailija voi saada ”hankalan” yrittäjän maineen ja joutua määräävässä asemassa olevan yrityksen vastatoimien kohteeksi. Oligopolin markkinajohtajaa seurataan, koska hiljaiselo koetaan kaikille parhaaksi vaihtoehdoksi eikä tällöin ole halua keikuttaa venettä.

Suomen markkinoilla eivät varsinkaan paikalliseen hallitsevaan asemaan kohdistetut vaateet ole kovin todennäköisiä juuri edellä mainittujen heijastusvaikutusten takia.

5. YHTEENVETO

5.1 Yleistä

Suomalaisessa kilpailuoikeuskirjallisuudessa ja osin -käytännössä on taipumus unohtaa toimivan kilpailun merkitys. Pyrkimyksenä on osin liiallinen heikommaksi koetun osapuolen suojaaminen. Tarvitsisimme jonkinlaista saksalaiseen ajatteluun verrattavaa kilpailua korostavaa näkökulmaa. Se ei saisi olla liiallinen ”tämän lain tarkoitus on” -painotus, joka ei juuri auta ratkaisutilanteissa. Lain tarkoitus muuttuu lopulta vain pykäläkohtaiseksi tulkinnaksi, joka ei ratkaisijalle anna paljoakaan uutta. Ennemminkin tulisi pyrkiä jo lakia säädettäessä sekä myös sovellettaessa miettimään mikä on suojeltava oikeushyvä. Kilpailu prosessi-

---

[160] Raportteja 3/1997 s. 77; HE 1997/243 s. 32.

Sekä työryhmän mietinnössä että hallituksen esityksessä on tässä kohtaa selkeä virhe. Molemmissa viitataan vain vahingonkorvauslain 6 luvun 1§:ään (eli korvausvastuun sovitteluun, jos vahingonkärsineen puolelta on vaikutettu vahinkoon tai siihen on vaikuttanut joku ulkopuolinen seikka). Tämä lain kohta ei varsinaisesti ole ”sovittelua” termin käytöstä huolimatta, vaan vastuunjakoa koskeva normi. Joka tapauksessa olisi tullut viitata em. lain 2 luvun 1 §:n 2 momenttiin. Esitöissä väitetään vielä, että vahingonkorvauslain sovittelu on kirjoitettu luonnollisen henkilön näkökulmasta. Tämä ei ole koskaan estänyt sen soveltamista yrityksen aiheuttamissa tai yrityksiin kohdistuvissa vahingoissa, joten kilpailunrajoituslakiin otettu erityissäännös on osin turha.

na vaatii toimiakseen sitä, että yrityksillä on kannustin toimia tehokkaasti. Vaadittavien kilpailijoiden määrää ei voida arvioida ja jopa monopoli voi tietyissä tilanteissa olla riittävän tehokas, jos markkinoille pääsy on melko vapaata.

Suomalainen keskustelu on myös kovin teknistä. Erilaisten ratkaisujen vaikutusta ei pohdita juuri lainkaan. Taloudelliset merkitykset jäävät ikäänkuin taustalle. Samalla sivuutetaan virheellisten positiivisten ratkaisujen merkitys, eli riski kieltää jokin menettelytapa, joka ei tosiasiassa rajoita kilpailua. Ainoa kysymys, jossa virheratkaisun mahdollisuutta on pohdittu on Timosen esille nostama määräävän aseman toteamista koskeva ongelma. Jos laki edellyttää tällaiselta yritykseltä tiettyä toimintaa ja pakotamme ei-hallitsevan yrityksen toimimaan ikään kuin se olisi määräävässä asemassa, rajoitamme itse asiassa kilpailua. Perusteluvelvollisuuden täytyy siten ulottua markkina-aseman tarkasteluun. Tämä ei kuitenkaan riitä, vaan jokaisen toimintatavan osalta olisi tehtävä vastaava harkinta, koska kilpailun kannalta neutraalin tai jopa kilpailullisen keinon käyttöä ei tule rajoittaa. Tavoitteena tulisi olla kilpailun korostaminen eikä asiakkaiden tms. suojaaminen tai tehottomampien kilpailijoiden tukeminen.

Kilpailupolitiikka tulisi keskittää entistä enemmän juuri markkinoille pääsyn esteiden poistamiseen riippumatta siitä, onko esteen luonut kartelli, yksittäinen hallitseva yritys vai valtio. Tällä tavoin tukisimme kilpailun automatiikkaa luomatta kohtuuttoman kallista ja byrokraattista valvontajärjestelmää. Suomessa on ollut jonkinlaisia viitteitä juuri valvontakustannusten sivuuttamisesta kilpailuviranomaisten tarkastellessa toisinaan sangen merkityksettömiä kysymyksiä (kuten pankkikorttimaksun alaraja).

5.2 Erityisesti määräävän aseman väärinkäytöstä

Väärinkäytön osalta Suomessa on painotettu tasapuolisuusvaatimusta ja velvollisuutta huolehtia asiakasyrityksistä. Ongelmat vastaavat Saksassa todettuja, eli osittain kyse on monopoliaseman hyödyntämisestä kohtuuttomien hintojen ja sopimusehtojen kautta ja osittain pyrkimyksestä säilyttää tai vahvistaa omaa hallitsevaa asemaa.

Tasapuolisuusvaatimusta ei pitäisi viedä miten pitkälle tahansa ilman hallitsevan yrityksen intressien vertaamista vastapuolen intresseihin. Näkökulma on Suomessa aivan liian kapea ja tarkastelu olisi syytä suunnata saksalaismalliseen perusteltuun syyhyn, jossa tehdään tapauskohtainen intressivertailu osapuolten kesken nimenomaan kilpailun näkökulmasta. Kilpailuun vastaamisessa tätä ajatusmallia on osin toteutettu, mutta esitetyt kriteerit ovat jääneet liian avoimiksi.

Hinnoitteluun on suhtauduttu liian suurella antaumuksella. Monopolihinta on harvemmin varsinainen ongelma, koska se yleensä vetää kilpailijoita markkinoille. Tämä on meilläkin pääosin ymmärretty, eivätkä kilpailuviranomaiset ole pyrkineet puuttumaan kuin lähinnä ”ohittamattomien” monopolien hinnoitteluun. Tällöinkään lähtökohtana ei kilpailuoikeudellisesti saisi olla yksittäisen hinnankoro-

tuksen kohtuullisuus verrattuna aiempaan hintatasoon, vaan se, onko kyseessä kohtuuton monopolihinta korotuksen jälkeen. Kertakorotuksen kohtuuttomuus on sopimusoikeudellinen ei kilpailuoikeudellinen ongelma, jos jälkimmäinen kriteeri ei täyty. Erittäin vaarallisena pidän ajatusta siitä, että hintataso täytyisi muokata asiakkaita tukevaksi, jos kulu- tai tuottoerot eivät mitenkään liity hallitsevan yrityksen omiin toimiin. Hyvin vaarallinen esimerkki oli Lapin laskettelukeskuksia koskeva ratkaisu, jossa huonommilla alueilla olevien yritysten osalta kiinteä vuokra nousi lähelle viittä prosenttia liikevaihdosta. Vuokrausjärjestelmän muutosvaatimus ei välttämättä enää ole tasapuolista, eikä hinnalla ollut välttämättä enää mitään tekemistä monopolihinnan kanssa.

Kilpailupoliittisesti varsin kyseenalaista on rajallisten resurssien käyttäminen viivästysmaksujen tms. tutkimiseen. Markkinavaikutuksen ollessa vähäinen olisi nämä tilanteet syytä jättää osapuolten keskinäisten sopimusten varaan. Puuttumiseen on syytä lähinnä silloin, kun erilaisten maksujen ja muiden sopimusehtojen avulla pyritään kontrolloimaan markkinoille pääsyä (esim. edellytettäisiin suuria takuumaksuja sopimusrikkomusten varalle).

Markkinoille pääsyn esteiden vaikutus on sinänsä havaittavissa kilpailuneuvoston ratkaisuissa ja oikeuskirjallisuudessa. Sitä ei painoteta riittävästi, vaan se on yleensä lähinnä yksi peruste muiden rinnalla. Hinnoittelun sijasta painopistettä olisi syytä siirtää strategisten esteiden tutkintaan.

V Hallitseva asema ja integraatio – määräävä asema EU:n kilpailuoikeudessa

1. YLEISTÄ

Tässä yhteydessä en aio puuttua siihen kansainvälisen oikeuden tutkijoita kiehtovaan kysymykseen onko EU- (tai oikeammin EY-)oikeus oikeusjärjestelmä sui generis. EU:n päämääristä aiheutuu kuitenkin kilpailuoikeuden alueella tiettyjä erityisvaatimuksia, joita ei tässä yhteydessä voida sivuuttaa. Lähtökohtana on aina muistettava se, että alunperin ECSC (eli Euroopan hiili- ja teräsyhteisö) sekä EEC (eli Euroopan talousyhteisö) perustettiin kaupan vapauttamiseksi Euroopassa. Poliittisena päämääränä oli tällöin myös sodan tekeminen käytännössä mahdottomaksi Saksan ja Ranskan välillä, mutta tämä tavoite ei juuri näy käytännön ratkaisuissa ainakaan nykypäivän tasolla tarkasteltaessa. Päämäärä ei muuttunut miksikään 1970-luvulle tultaessa, jolloin eri yhteisöt – lähinnä hallinnollisesti – yhdistettiin EY:ksi (eli Euroopan yhteisö[i]ksi). Samaa päämäärää heijastelee myös nk. Single European Market Act, jolla tähän – jo alunperin tavoiteltuun – maaliin pyrittiin.[1]

Kilpailuoikeus miellettiin jo alusta alkaen erääksi keinoksi huolehtia siitä, etteivät markkinoiden yhtenäistämisestä aiheutuvat hyödyt valuisi yksinomaan suuryritysten kirstuihin, vaan jakautuisivat myös tavallisille kansalaisille. Samalla kilpailuoikeudelle annettiin tärkeä tehtävä pitää luodut yhteismarkkinat yhteismarkkinoina. Yhteismarkkinathan luotiin nk. neljällä vapaudella (tavaroiden, pääoman, työvoiman ja yritysten perustamisen / toiminnan vapaudet). Nämä vapaudet kohdistuvat jäsenvaltioihin, vaikka niihin voidaan sinänsä vedota suoraan kansalaisten taholta. Ne eivät kuitenkaan koske yritysten toimintaa, jolloin vaarana on se, että yritykset omilla toimillaan estävät vapauksien käytön ja jakavat markkinoita EU:n päämäärien vastaisesti. Pelkkä lainsäätäjän kynän piirtohan ei tässäkään tilanteessa muuttanut miksikään yritysten pyrkimyksiä suojella omia kansallisia markkinoitaan tai sopivin keinoin paloitella EU:n markkinoita pienempiin osiin voittojen maksimoimiseksi. Kilpailuoikeutta voidaan siten pitää EU:n neljän perusvapauden täydentäjänä.[2]

---

[1] Uudemman muodin mukaisesti käytän tässä tutkimuksessa lyhennettä EU eli Euroopan unioni, vaikka lyhenne EY kuvaisi paremmin tilannetta kilpailuoikeuden kannalta. Tältä osin ei Maastrichtin sopimus ole tuonut eikä tuo sellaisia uudistuksia, jotka varsinaisesti oikeuttaisivat puhumaan *unionin* kilpailupolitiikasta.

[2] Tätä EU:n kilpailuoikeuden yhteismarkkinoita luovaa tehtävää painottaa esim. Emmerich II s. 502–503; Ritter ym. II s. 5, 7–8 ”The simultaneous pursuit of vigorous competition policy and

EU:n normijärjestelmä ei kuitenkaan ole siinä määrin täydellinen, että sitä voitaisiin käyttää kansallisen lainsäädännön korvaajana. Tämä ei myöskään ole ollut yhteisön eikä se ole edes (syntyvän?) unionin tavoite. Maastrichtin sopimuksen jälkeen on pikemminkin ollut havaittavissa suuntaus säilyttää päätöksentekovaltaa jäsenmaissa, mitä keskustelua rahaliitto EMU:n luomisen ongelmista korostaa. EU:n oikeuden osalta merkittävin aukko on vahingonkorvausoikeus, jota koskevia normeja ei EEC-sopimukseen ole sisällytetty. EU:n tuomioistuin onkin tältä pohjalta edellyttänyt, että jokaisella jäsenmaalla täytyy olla sellainen vahingonkorvausoikeudellinen järjestelmä, että EU-oikeudesta juontavat korvausvastuut voidaan panna täytäntöön. EU-oikeus myös pitkälti nojaa kansallisiin viranomaisiin, koska esim. mitään täytäntöönpanoviranomaisia ei yhteisöllä ole.

1.1 Yleistä EU:n kilpailuoikeudesta

Taloudellinen kilpailu on myös EU:ssa katsottu toimivan markkinatalouden pohjaksi. Tätä seikkaa ei sinänsä ole sopimuksessa suoraan ilmoitettu, mutta EEC-sopimuksen 2 artiklassa todetaan sopimusosapuolten tarkoituksena olevan perustaa *yhteismarkkinat.* EEC-sopimuksen 3(1) art. g -kohdassa on yhteisön tavoitteeksi asetettu sellaisen järjestelmän luomisen, joka varmistaa, ettei kilpailu yhteismarkkinoilla häiriinny. On huomattava, ettei artiklassa määritellä mikä ideaali ts. häiriintymätön kilpailu on. Yhteismarkkinoiden luominen ja niiden luomista tukevan kilpailuprosessin edistäminen ja jatkossa saavutetun integraation turvaaminen on koko EU:n historian ajan ollut sen kulmakiviä.[3]

EU:n kilpailupoliittisen päämäärän määrittely on EEC-sopimukseen otetun tarkemman kannanoton puuttuessa vaikeaa. Lähtökohtana voidaan pitää lähinnä toimivan kilpailun ja kilpailunvapauden teorioita, vaikka yhteisön tuomioistuin ei sinänsä ole asettunut minkään teorian taakse. Toimivaan kilpailuun on kuitenkin viitattu esim. Metro-tapauksessa (Case 26/76) painottaen samalla yhteismarkkinoiden luomista. Häiriintymättömän kilpailun korostaminen 3(1) art. g -kohdassa tukee kilpailun merkitystä markkinoiden ohjausmekanismina ja siten lähinnä em. teorioita. Sääntelyn avoimuus mahdollistaa painopisteen muuttamisen esim. yrityskauppakontrollin suuntaan. Tällainen siirtymä enemmän markkinoiden rakenteen tarkastelun suuntaan on tietyssä määrin fuusiokontrolliasetuksen myötä

---

elimination of trade barriers between the member states is designed to foster an economic and legal enviroment in which competitively viable firms will expand output and increase efficiency as a result of a larger home market extending over the whole of the EU and EEA."; Weatherill ym. II s. 789 "Articles 81 and 82 (ex 85 and 86) thus serve to eliminate the economic relevance of national frontiers in a manner parallel to Articles 25, 28, 39 (ex 2, 30, 48) et. al."

Tarkemmin EU:n kilpailupolitiikan osalta ks. luku II jakso 12.4.

[3] Lasok s. 164; Rissanen ym. s. 9–10; EEC 3(1) art. g-kohta "a system ensuring that competition in the Common Market is not distorted"; vrt. Molle s. 483 "The role of the EC as the guardian of the fair play of market forces will gain in importance."

tapahtunut. Yhteismarkkinoiden luomispäämäärästä johtuen selkeästi ankarammin puututtaneen sellaisiin kilpailunrajoituksiin, joilla voi olla tämän tavoitteen vastaisia vaikutuksia (so. joilla markkinat jaettaisiin kansallisiin tai alueellisiin osiin). Mitään erottelua horisontaalisten tai vertikaalisten kilpailunrajoitusten välillä ei tehdä.[4]

EU:ssakaan ei tulisi omaksua saksalaista suorituskilpailu-ajattelua. Korah katsoo komission lähestyneen tätä ajattelutapaa korostaessaan, ettei kilpailijoiden toimintaa saa haitata ja osittain alennusjärjestelmiä koskevissa kannanotoissaan. Korah kritisoi lähestymistapaa lähinnä sen kilpailukeinoja rajaavan lähtökohdan takia. Kritiikki unohtaa sen, ettei käsite suoritekilpailu oikeastaan anna mitään uutta. Voimme toki lisätä Korah'n ehdottamat USAssa sallitut kilpailukeinot listalle, mutta edelleen arvioimme vain kilpailua! Saksalainen malli on suunnattu lähinnä rajaamaan hyväksyttäviä kilpailukeinoja, eikä se korosta yrityksen kyvyillä kilpailua (competition on merits) niin paljon kuin Korah antaa ymmärtää.[5]

Yhteisön voidaan katsoa pyrkivän kaiken sallittavan kilpailun suojelemiseen. Vaikka EEC-sopimuksessa ei ole tätä koskevia normeja, ei sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa ole suojeltavaa kilpailua. Yritykset voivat siten sopia (tai määrävässä asemassa oleva yritys päättää) vastatoimista sopimatonta kilpailua vastaan. Määräävän aseman osalta tällainen tapaus on kuitenkin epätodennäköinen.[6]

Yhteisön tuomioistuin on eri ratkaisuissaan painottanut, että kilpailuoikeutta on tulkittava yhteismarkkinoiden päämäärien mukaisesti. Tätä tulkintaa edustaa mm. Societe Technique Miniere-tapaus (Case 56/65), jossa yhteisön tuomioistuin tulkitsi 81(2) art. mitättömyyden tarkoittavan vain niitä sopimusehtoja, jotka ovat 81(1) art. vastaisia. Sanamuodon mukaisesti mitättömyys olisi koskenut "sopimuksia ja päätöksiä" eli osittaismitättömyyttä ei ole artiklassa mainittu. Kantansa tuomioistuin perusti EEC-sopimuksen tarkoituksena olevaan yhteismarkkinoiden luomiseen, jolloin tämän tarkoituksen ulkopuolelle jäävät asiat eivät voi kuulua EU-oikeuden piiriin.[7]

---

[4] Emmerich II s. 529–530; Vrt. Schmidt ym. s. 6, 13, jossa kirjoittajat katsovat EU:n kilpailupolitiikan päämääränä olevan toimivan ja tehokkaan kilpailun ylläpito. Mihinkään tiettyyn EEC-sopimuksen normiin ei kantaa tueta.

Metro-tapauksen osalta ks. ECR 1977 s. 1904 kohta 20 "The requirement contained in Articles [3] and [85] of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market."

[5] Korah s. 96–97. Tekijän kritiikkiin on syytä yhtyä siltä osin kuin hän pelkää suoritusten paremmuudella kilpailunkin saattavan jäädä muiden kriteerien varjoon EU:n oikeuskäytännössä. Vaaran suuruutta on hankala arvioida, koska 82 artiklaa koskevia ratkaisuja ei lopultakaan ole kovin monia ja selviä linjoja on siten hankala erottaa.

[6] Emmerich II s. 538.

[7] ECR 1966 s. 250 "This provision (viitataan aiempaan 85(2) art.), which is intended to ensure compliance with the Treaty, can only be interpreted with reference to its purpose in Community law, and it must be limited to this context."

Mitä kaikkea yhteismarkkinoiden päämäärinä voidaan pitää, on EEC-sopimuksen kompromissiluonteen ja siihen tehtyjen lisäysten valossa epäselvää. Selkeänä ongelmana on pidettävä epävirallisten ratkaisujen suurta määrää. Näitä esiintynee lähinnä 81 art. kohdalla yritysten pyrkiessä muovaamaan sopimuksensa komission kannalta hyväksyttäviksi. Yhteyksiä voi esiintyä 82 artiklankin osalta esim. myyntijärjestelmien kohdalla. Näistä kaikista yhteyksistä ei ole saatavissa luotettavaa tietoa, vaikka komissio julkaisee kilpailuraportissaan suppeita mainintoja käsittelemistään asioista. Laajempi julkaisupakko olisi oikeudelliselta kannalta suotavaa parantaen yritysten oikeusvarmuutta. Nykyinen järjestelmä voi itse asiassa suosia suuryrityksiä, koska niillä on paremmat resurssit yhteydenpitoon komission kanssa. Tätä tuskin voidaan pitää EU:n päämäärien mukaisena.[8]

EEC-sopimuksen kilpailuoikeutta koskevat normit ovat lähinnä 81–86 artikloissa. Kilpailuoikeuden merkitystä korostaa se, että vapaa kilpailu on asetettu yhteisön päämääräksi sopimuksen 3(1) art. g -kohdassa. Tämä normi ei ole jäänyt kuolleeksi kirjaimeksi, vaan yhteisön tuomioistuin on vedonnut siihen puoltaessaan vapaalle kilpailulle myötämielistä tulkintaa (esim. Joined Cases 6 and 7/73 ja Case 85/76). Rajatapauksissa kilpailunrajoitus tulee siten kieltää, jos on mahdollista, että se haittaisi kilpailua yhteismarkkinoilla. 5 art. nojalla jäsenvaltioiden on huolehdittava sopimuksen mukaisten velvoitteiden täyttämisestä. Niiden on siten varmistettava, että kansalaisetkin noudattavat EEC-sopimuksen eri normeja kilpailuoikeussäädökset mukaan lukien. Tästä seuraa velvollisuus soveltaa 81 ja 82 artikloja tai odottaa komission tulkintaa esim. 81(3) mukaisesta poikkeusluvasta.[9]

EU:n kilpailuoikeus koskee kaikkia talouselämän aloja, ellei itse EEC-sopimuksesta tai sen perusteella annetusta lainsäädännöstä muuta ilmene. EEC-sopimuksen 83 artiklassa on neuvostolle annettu mahdollisuus päättää missä määrin 81 ja 82 artiklaa sovelletaan. Soveltamisalojen rajaus on tähän mennessä ollut poikkeuksellista ja pysyy sellaisena jatkossakin. Mikäli tällaista rajausta ei ole tehty, sovelletaan kilpailunormeja sellaisinaan. Yhteisön tuomioistuimen kanta on tältä osin selvä, eikä oikeuskäytännön kautta voida odottaa syntyvän aukkoja kilpailuoikeuteen.[10]

EU:n kilpailuoikeudessa lähtökohta on verrattavissa Saksan ja Suomen tilanteeseen. Kartellit ja näitä vastaava menettely ovat periaatteessa kiellettyjä tietyin poikkeuksin (81 art.). Määräävän aseman osalta vain sen väärinkäyttö on kielletty (82 art.). EEC-sopimuksen kilpailunormeilla on myös muita kuin kilpailupoliittisia tarkoituksia. Näillä normeilla pyritään poistamaan jäsenmaiden välisen kaupan

---

[8] Ks. edellä jakso II 12.4 EU:n kilpailupolitiikasta.

[9] Joutsamo ym. s. 213–214; Rissanen ym. s. 9–10; ECR 1974 s. 252 ”The prohibitions of the Articles [85] and [86] must in fact be interpreted and applied in the light of Article [3(f)] of the Treaty, which provides that the activities of the Community shall include the institution of a system ensuring that competition in the Common Market is not distorted,...”; ECR 1979 s. 552–553.

[10] Katso oikeuskäytännöstä esim. Sachversicherer-tapaus (Case 45/85) ECR 1987 s. 451 (kohdat 12–14).

esteitä. Valtiot eivät saa asettaa esteitä, joten yrityksetkään eivät saa tätä tehdä. Saksan tavoin EU:n kilpailuoikeus ei koske kaikkia talouden aloja (esim. maatalous). Saksaan verrattuna rajaukset ovat huomattavasti vähäisempiä ja osa GWB:n sallimista kilpailunrajoituksista voi siten tulla EEC-sopimuksen kautta kielletyksi. EU:n oikeudessa ei ole normeja elinkeinotoiminnassa esiintyvän sopimattoman menettelyn säätelemiseksi. Tällainen menettely voi aiheuttaa toimivan kilpailun häiriintymisen ja täyttää 81 tai 82 art. kriteerit.[11]

EU:n kilpailuoikeuden eräänä peruspiirteenä voidaan pitää normien yleisluonteisuutta, mikä on käytännössä antanut varsin paljon valtaa yhteisön tuomioistuimelle. Tätä valtaa on lisännyt jäsenmaiden kyvyttömyys sopia kilpailusääntöjen kehittämisestä, mistä malliesimerkki on yrityskauppasäännöstön hyväksymisprosessi, joka kesti miltei parikymmentä vuotta. Vireillä oleva, lähinnä kilpailuoikeudellisen päätöksenteon hajauttamiseen pyrkivä uudistus, ei vaikuttane määräävään asemaan. Yleisluontoisuuden taustalla on todennäköisesti ollut mahdottomuus luoda niin laajalle ja erilaisia oikeusperinteitä sisältävälle alueelle kuin EU yksityiskohtaista normistoa. Käytäntö on osoittanut EU:n kilpailuoikeuden toimivan kohtalaisen hyvin, joten tarvetta yksityiskohtaisempaan sääntelyyn ei yleisellä tasolla ole (eri toimialoja ja tiettyjä markkinointijärjestelmiä koskevat normit sensijaan ovat osoittautuneet tarpeelliseksi komission työtaakan helpottamiseksi – esimerkkinä mm. vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus).

1.2 Kauppa-kriteeri

Komissio ei pystyisi suoriutumaan työtaakastaan, jos sen olisi tutkittava ja puututtava kaikkiin, vähäisimpiinkin, kilpailunrajoituksiin. Ratkaisuna on käytetty kauppakriteeriä ja de minimis -sääntöä. Jälkimmäisen perusteella EU:n kilpailuoikeutta ei sovelleta vähämerkityksellisiin kilpailunrajoituksiin (eli tilanteisiin, joissa osapuolten osuus ao. markkinoista on alle 5 %). Kauppakriteeri ei ole sidottu yritysten kokoon, vaan kilpailunrajoituksen vaikutukseen. EU:llahan ei lähtökohtaisesti edes ole mitään syytä puuttua kilpailunrajoitukseen, joka ei vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, koska vain yhtä jäsenmaata koskeva rajoitus on selvästi tämän valtion suvereeniteettiin kuuluva asia. Pyrkimyksenä on ollut toimivallan jako jäsenvaltioiden viranomaisten ja EU:n viranomaisten kesken.

---

[11] Bellamy ym. s. 45, 388–390, 398–399; Emmerich II s. 521–522 (Saksan ja EU-oikeuden välisen suhteen osalta); Goyder s. 73–74 (maatalous), 75–76 (liikenne); Joutsamo ym. s. 213–214; Kapteyn ym. s. 502; EEC-sopimus 81 art:

”1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practises which may affect trade between Member States and which have as their object of effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market...”;

EEC-sopimus 82 art.: ”Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States...”

Kauppakriteeriä on tulkittava – kuten EU:n kilpailusääntöjä muutenkin – EU:n tarkoitusperien mukaisesti. Lähtökohtana on ollut yhteismarkkinoiden luominen, jolloin eri maissa valmistetut tuotteet pääsisivät toisten jäsenmaiden markkinoille valtioiden tai yritysten voimatta tätä estää. Yhteisön tuomioistuin on painottanut tätä taloudellista ”läpäisyä” mm Société Technique Miniére-tapauksessa (Case 56/65).[12]

Kauppakriteeri koskee erilaisten tuotteiden lisäksi myös palveluja, joilla käydään kauppaa jäsenmaiden välillä. Tyypillisesti tällaisia palveluja ovat pankki- ja vakuutustoiminta, mutta myös pienimuotoisemmat palvelut ovat kauppaa. Käytännössä kauppakriteeri kohdistuisi lähinnä em. rahoituspalvelujen lisäksi esim. suuriin autonvuokraamoihin, kuljetuspalveluihin sekä muihin liike-elämän palveluihin. Torniolainen parturi voisi periaatteessa vedota kilpailunrajoitusnormeihin, jos häntä kohdellaan niiden vastaisesti Haparandalla, mutta tällöin on todennäköisesti kysymyksessä vähämerkityksellinen kilpailunrajoitus, joka jouduttaisiin käsittelemään Ruotsin lainsäädännön perusteella.

Maantieteellisesti EU:n osalta on äärirajana EU:n alue, koska EEC-sopimus koskee ainoastaan jäsenvaltioita. Tämä ei kuitenkaan estä EEC-sopimuksen kilpailunormien soveltamista yhteisön ulkopuolisiin yrityksiin kunhan kilpailunrajoitus vain vaikuttaa yhteismarkkinoilla. Toisaalta EEC-sopimuksen 81 ja 82 art. eivät periaatteessa koske sellaista kilpailunrajoitusta, joka ei vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tästä ei saa tehdä sitä johtopäätöstä, ettei pelkästään yhdessä jäsenmaassa vaikuttava kilpailunrajoitus voisi kuulua EU:n kilpailuoikeuden alaisuuteen. Käytännössä yhden jäsenvaltion kokonaan kattavat sekä myös sen osan kattavat kilpailunrajoitukset riittävät ylittämään 81 ja 82 artiklan sovelluskynnyksen tältä osin.[13]

Vientiin liittyvät rajoitukset voivat vaikuttaa jäsenmaiden väliseen kauppaan, jos tuotetta kannattaa tuoda yhteisön ulkopuolelta takaisin yhteismarkkinoille. Lisäksi tulee huomioida kilpailunrajoituksen vaikutukset yhteismarkkinoiden kilpailurakenteeseen. Tämä periaate on vahvistettu sekä Commercial Solvents -tapauksessa (Joined Cases 6 and 7/73) että Sacem -ennakkoratkaisussa (Case 22/79).[14]

---

[12] ECR 1966 s. 249 ”... whether it is capable of bringing about a partitioning of the market ... between Member States and thus rendering more difficult the interpenetration of trade which the Treaty is intented to create.”

[13] Bellamy ym. s. 86–95; Goyder s. 96, 97–99, 103–104; Kapteyn ym. s. 51, 516, 556–557; EEC-sop. 81 art. ”may affect trade between Member States ... of competition within the common market...”; 82 art. ”within the common market or in a substantial part of it ... it may affect trade between Member States...”

[14] Commercial Solvents -tapauksen osalta ks. ECR 1974 s. 252–253 sekä erityisesti kohta 33 ”The Community authorities must therefore consider all the consequences of the conduct complained of for the competitive structure in the Common Market without distinguishing between production intended for sale within the market and that intended for export.”; Sacem -tapauksen osalta ks. ECR 1979 s. 3288–3289. Tapauksessa pelkona oli markkinoiden jakaminen jäsenvaltio-markkinoihin, vaikka kilpailunrajoitus koski ainoastaan yhteisön ulkopuolella esitettävää musiikkia.

Yhteisön tuomioistuin totesi belgialaisia paperitehtaita koskevassa ratkaisussaan (Case 73/74) selväsanaisesti sen, ettei kilpailunrajoituksen rajoittuminen yhden jäsenvaltion alueelle estä EU-oikeuden soveltamista siihen. Pikemminkin tällainen kilpailunrajoitus on omiaan jakamaan yhteismarkkinoita kansallisiin osa-alueihinsa ja on siten EU:n kannalta erityisen haitallinen. EU:n tuomioistuimen kanta on tältä osin ollut johdonmukainen eikä muutoksia ole odotettavissa.[15]

Komissio ja EU:n tuomioistuin ovat tulkinneet kauppakriteeriä varsin väljästi. Ratkaisuissa ei juuri koskaan ole katsottu kilpailunrajoituksen vaikutuksen jäävän vain yhteen jäsenvaltioon. Periaatteessa huomioon otetaan kilpailunrajoituksen sekä todelliset että potentiaaliset vaikutukset. Potentiaalisten vaikutusten merkitys ilmenee tilanteesta, jossa yksittäinen kilpailunrajoitus ei vähäisyytensä vuoksi voisi vaikuttaa kauppaan, mutta kaikkien alan yrittäjien käyttämänä se todellisuudessa johtaa kilpailun vääristymiseen jäsenvaltioiden välillä. Myös kilpailunrajoituksen myöhemmin aiheuttamien tavaravirtojen muutosten voidaan katsoa täyttävän kauppakriteerin. Tällöin joudutaan tosin varsin ongelmalliseen ennustamistilanteeseen – kuinka pitkään ajan jaksoon arviointi tulee sitoa? Tällöin voitaneen huomioida mm. kilpailunrajoituksen luonteesta johtuva aikasidonnaisuus (ainakaan kilpailunrajoituksen kestoa pitempää ajanjaksoa ei tarkastella).

Merkittävä poikkeus kauppakriteerin ”kaikkivaltiudesta” on ollut Hugin-tapaus (Case 22/78), jossa yhteisön tuomioistuin ei katsonut tietyn kassakoneen varaosien toimituskiellon voivan vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Taustalla oli tilanne, jossa vastaavia varaosia toimittivat eri jäsenmaihin vain niissä toimivat yhtiöt, eikä edes mitään potentiaalista kilpailua ollut näköpiirissä. Kauppaa ei olisi käyty ko. osilla, vaikka mitään yrityksestä johtuvia kilpailunrajoituksia ei olisi ollut. Tapauksessa korostettiin kauppakriteerin luonnetta rajanvetäjänä kansallisen ja EU:n kilpailuoikeuden soveltamisalueiden välillä.[16]

---

[15] ECR 1975 s. 1513 ”The fact that a price-fixing agreement ... only covers the marketing of products in a single Member State does not rule out the possibility that trade between Member States may be affected. In fact, a restrictive agreement extending over the whole of the territory of a Member State is by its very nature liable to have the effect of reinforcing the compartmentalization of markets on a national basis, thereby holding up the economic interpenetration which the Treaty is designed to bring about...”; Sama kanta otettiin mm. sementtikartellia koskevassa tapauksessa Case 8/72. Ks. ECR 1972 s. 991.

[16] ECR 1979 s. 1899–1901. Kohta 22: ”The question is, therefore, whether it may be assumed that trade between Member States ... would exist if the market conditions were entirely free...” Tällaista kauppaa ei tuomioistuimen kannan mukaan ollut ja komission ratkaisu kumottiin. Advocate-General Reischl oli samalla kannalla tuomioistuimen kanssa. Ks. s. 1919–1920 (kohdat aa – cc). Reischl’n mielestä komissio ei ollut osoittanut Hugin’in menettelyn vaikuttaneen kilpailun rakenteeseen ko. alalla (eli mitään yleisen tason vaikutusta ei ollut). Asiasta komissiolle valittanut Lipton ei mitenkään toiminut muualla kuin Englannissa, joten tätä kauttakaan ei voitu todeta vaikutusta kauppaan (eli mitään erityistä toiseen osapuoleen sidottua vaikutustakaan ei ollut). Kauppakriteerin toimivallan jakoluonteesta ks. s. 1899 kohta 17 ”The interpretation and application of the condition relating to effects on trade between Member States contained in Articles [85] and [86] of the Treaty must be based on the purpose of that condition which is to define, in context of law governing competition, the boundary between the area respectively covered by Commynity law and the law of the Member States.

1.3 Vaikutus kilpailuun

Kauppakriteerin lisäksi edellytetään, että yrityksen menettelyllä on jonkinlaista vaikutusta kilpailuun. Taustalla on tältä osin ollut pyrkimys pitää komission työtaakka siedettävänä. Tämä on johtanut paitsi nk. de minimis -säännön soveltamiseen (osuuden markkinoista tulisi olla yli 5 % ennen kuin komissio puuttuu asiaan) myös poikkeuslupa-asetusten antamiseen mm. myyntijärjestelmien osalta.

Vaikutus kilpailuun -kriteeri on otettu suoraan 81 artiklaan, jonka mukaisesti kiellettyjä ovat ne kilpailunrajoitukset, jotka voivat estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla. 82 artiklassa ei vastaavaa sääntöä ole, mutta myös tämän normin lähtökohtana on väärinkäytön vaikutus kilpailuun (so. esim. teollisuuspoliittisia lähtökohtia ei voida hyväksyä).

Määräävän aseman osalta vaikutus kilpailuun yleensä täyttyy jo sen takia, että yrityksen markkinaosuus on huomattava. Yritys voi kuitenkin pyrkiä argumentoimaan, että menettelyn vaikutus markkinoilla on vähäinen (esim. sillä perusteella, että sen toiminnasta valittavan yrityksen potentiaalinenkin osuus markkinoista on häviävän pieni). Toisaalta yrityksen voi olla hankala puolustautua siltä näkemykseltä, että vaikutusten ketjuuntuessa (syrjittäessä useita pieniä yrityksiä) ei kysymyksessä enää ole vähäinen vaikutus.

1.4 Yhteisön oikeuden vaikutus kansallisella tasolla

1.4.1 Suora vaikutus

EU:n kilpailuoikeudella ei ole pyritty syrjäyttämään jäsenmaiden oikeutta, vaan pyrkimyksenä on ollut luoda järjestelmä, jossa eri oikeusjärjestelmiä sovellettaisiin rinnakkain. Tätä suuntausta on korostanut varsinkin 1980-luvun lopulla käyty keskustelu, jossa komissio pyrki saamaan jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset soveltamaan suoraan EU:n kilpailuoikeutta. Sittemmin komissio on julkaissut kansallisissa tuomioistumissa soveltamista koskevan ohjeen ja pyrkii viranomaisiakin koskevan ohjeen antamiseen. EU:n kilpailuoikeus ei estä kansallisen lainsäädännön soveltamista, ellei lopputuloksena ole EU:n normien kanssa ristiriitainen ratkaisu. Tässä tilanteessa EU-oikeus ylittää kansallisen oikeuden.[17]

Vaihtoehtoinen malli, jossa EEC-sopimuksen normit väistyisivät kansallisen kilpailulainsäädännön tieltä johtaisi yhteisön kilpailuoikeuden tehottomuuteen. Se korostaisi taloudellista epävarmuutta, koska sama menettely ei välttämättä ole kielletty tai hyväksytty eri jäsenmaissa. Costa/Enel -ratkaisu (Case 6/64) vahvisti tämän liki itsestään selvyyden jo vuonna 1964. Oikeusvarmuuden kannalta ei ole

[17] Groeben ym. s. 920. Tekijät korostavat kansallisen oikeuden syrjäytymisen edellyttävän yhteisön normien olevan selkeitä ja riittävän tarkkoja; Langen ym. II s. 1431–1432.

hyväksyttävä Saksassa aiemmin vallalla ollut ”kahden esteen teoria” (Zweischrankentheorie). Tässä ajattelussa lähtökohtana oli se, että EU-oikeus suojaa eri oikeushyvää kuin kansallinen oikeus, jolloin mitään konfliktia ei syntyisi. Kuten Rehbinder huomauttaa, on juuri eri suojan kohteesta ja lainsäädännöllisestä toteutuksesta seurauksena konfliktitilanne. Käytännössä teoria tarkoitti lähinnä tiukemman lain soveltamista, mitä on vaikea hyväksyä varsinkin EU:n toimielinten nimenomaan sallimien kilpailunrajoitusten osalta.[18]

EU:n kilpailuoikeusnormit ovat osa EEC-sopimusta ja sen perusteella annettua lainsäädäntöä. Näillä normeilla luodaan jäsenmaiden kansalaisille oikeuksia ja velvollisuuksia. Kilpailuoikeutta koskevat normit ovat riittävän yksiselitteisiä täyttääkseen ehdottomuuden ja riittävän tarkkuuden kriteerit. Tältä osin ne ovat suoraan vaikuttavaa oikeutta, johon kuka tahansa voi vedota jäsenmaiden viranomaisissa ja tuomioistuimissa. Yhteisön tuomioistuin vahvisti tämän kannan jo BRT / Sabam -tapauksessa (Case 127/73).[19]

Kilpailuoikeuden suora vaikutus voi olla ongelmallinen lähinnä komission päätösten osalta. Varsinkin 81(3) art. poikkeuslupien sekä poikkeuslupa-asetusten vaikutusten rajaaminen voi aiheuttaa ongelmia, koska jäsenvaltio saattaa pyrkiä kieltämään omalla alueellaan vaikuttavan poikkeusluvan saaneen tai jonkin ko. asetuksen tarkoittaman kilpailunrajoituksen. Koska kansallista oikeutta ei ole ollut tarkoitus täysin syrjäyttää, saa kansallinen viranomainen tehdä asiassa oman ratkaisunsa, jos se ei estä komission päätöksen soveltamista. Määräävän aseman väärinkäyttötapausten osalta ei vastaavaa ongelmaa syntyne kuin joidenkin toimialojen osalta (esim. Saksan kilpailuoikeudessa on mm. energiantuotantoa koskevia poikkeussäännöksiä). Kansallinen kilpailuviranomainen ei voi näissä tapauksissa sallia 82 art. vastaista väärinkäyttöä.[20]

Selkeänä lähtökohtana on aina se, ettei yhteisön toimielimen (lähinnä komission) selkeää positiivistä päätöstä saa jäsenvaltioiden taholta syrjäyttää. Syrjäyttäminen tarkoittaa päätöksen muuttumista merkityksettömäksi tai kokonaan toisen luonteiseksi. Poikkeuslupien osalta voidaan siten kieltää menettelytapa, joka jossain jäsenmaassa rajoittaa kilpailua kansallisen lainsäädännön vastaisesti, jos itse luvan merkitys ei tämän takia muutu. Rajanvedossa on oltava varovainen, koska

---

[18] Tapauksen osalta ks. ECR 1964 s. 593–594 ja erityisesti s. 594 ”The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article 5(2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7.”

Groeben ym. s. 921; Rehbinderin ajatusten osalta ks. Immenga ym. I s. 97.

[19] Weatherill ym. I s. 337, 338 ”A provision of Community law will not be unconditional if the right it grants is dependent on the judgement or discretion of an independent body, such as a Community institution or a member state”; ECR 1974 s. 62–63 ”As the prohibitions of Articles [85(1)] and [86] tend by their very nature to produce direct effects in relations between individuals, these Articles create direct rights in respect of the individuals concerned... To deny, ..., would mean depriving individuals of rights which they hold under the Treaty itself.”

[20] Vrt. Bael ym. s. 875–877. Tekijät eivät lainkaan pohdi suhdetta 82 artiklaan.

kilpailua rajoittava sopimus on kokonaisuus ja sopimuskohdan poistaminen / muuttaminen voi muuttaa koko sopimuksen luonnetta tehden poikkeusluvan merkityksettömäksi. Nk. negatiivipäätökset tai epäviralliset hyväksymistiedoksiannot (comfort letters) eivät luo tällaisen päätöksen saaneelle yritykselle mitään tiettyä oikeutta, vaan niissä todetaan ainoastaan, ettei komissio katso aiheelliseksi puuttua ilmoitettuun kilpailunrajoitukseen. Negatiivipäätösten osalta kanta ei ole täysin varma, koska nämä päätökset eivät yleensä ole suoranaisia toimivaltapäätöksiä (eli harvemmin todetaan vaikutuksen jäsenvaltioiden väliseen kauppaan puuttuvan), vaan yleisemmin todetaan, ettei ole syytä ryhtyä toimenpiteisiin, koska menettely ei kokonaisuudessaan ole 81 tai 82 artiklan vastainen. Jäsenvaltion viranomaiset saavat tällaisen päätöksen jälkeen vapaasti soveltaa tapaukseen joko omaa tai yhteisön oikeutta. Varsinkin yhteisön oikeuden osalta on otettava huomioon komission kanta. Tämä kanta on vähintään ”todistusaineistoa”.[21]

Kartellille tai vastaavalle järjestelylle 81(3) tai poikkeuslupa-asetuksen perusteella myönnetty poikkeuslupa voi aiheuttaa tulkintaongelmia kansallisen väärinkäyttökontrollin osalta. Jollain järjestelyn osapuolistahan saattaa olla määräävä asema esim. yhden jäsenmaan sellaisessa osassa, jota komissio ei pidä merkittävänä osana yhteismarkkinoita tai muutoin ei katso asian kuuluvan 82 art. piiriin. Voiko kansallinen viranomainen näissä tapauksissa puuttua asiaan oman lainsäädäntönsä nojalla? Mielestäni ratkaisua on pidettävä periaatteessa myönteisenä. Komission ei voida katsoa oikeuttavan 81(3) art. nojalla järjestelyyn osallistuvia rikkomaan eri maiden väärinkäyttönormeja. Poikkeusluvan tosiasiallisiin seurauksiin ei kuitenkaan tällä perusteella saisi puuttua. Tätä kautta syntyvää monopoliasemaa esim. jonkun jäsenvaltion osassa ei siten voi kieltää.[22]

---

[21] Groeben ym. ovat ilmeisesti komission hyväksymällä ja tekstissä ilmaistulla kannalla poikkeuslupien osalta ja hylkäävät Saksassa aiemmin esitetyn kannan, jonka mukaan vain kilpailupoliittisesti merkittävät ratkaisut estäisivät kansallisen lain soveltamisen (so. lähellä ”kahden esteen” teoriaa oleva näkökulma). He toteavat myös, ettei negatiivi-päätösten osalta tilanne ole täysin selvä. Ks. Groeben ym. s. 923; Langen ym. II s. 1432–1433.

Vrt. negatiivipäätösten osalta Ritter ym. I s. 38–39. Tekijät katsovat, ettei tällainen päätös voi estää tiukemman kansallisen lain soveltamista.

Parfyymejä koskevassa ennakkoratkaisussa (Joined Cases 253/78 and 1 to 3/79) yhteisön tuomioistuin totesi, ettei comfort letter -tyyppinen ilmoitus komission tutkimusten lopettamisesta estänyt kansallisen lainsäädännön soveltamista. Ks. ECR 1980 s. 2375 kohta 18 ”The contracts in question merely formed the subject-matter of a decision to close the file on the case taken by the Commission, which gave the opinion that there was no need for it to take action in respect of contracts in question under the provisions of Article [85(1)]. *That fact cannot by itself have the result of preventing national authorities from applying to those agreements provisions competition law which may be more rigorous than Community law in this respect.*”; samoin toisessa parfyymejä koskevassa ennakkoratkaisussa (Case 37/79). Ks. ECR 1989 s. 2499 kohta 10.

[22] Tähän kantaan viittaa Langen ym. II s. 1434 ”Eine konkurrierende (so. poikkeuslupatapauksissa) Anwendung des innerstaatlichen Rechts ist aber insoweit zulässig und möglich, als sie die beabsichtigten Wirkungen der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrifte oder Maßnahme unbeeinträchtigt läßt.” Vrt. alla jakso 2.2 81 ja 82 artiklan yhtäaikaisesta soveltamisesta.

Asia voidaan nähdä suppeammin poikkeusluvan merkityksen valossa. Tällöin kansallista lainsäädäntöä saa soveltaa vain niihin tapauksiin, jotka menevät poikkeusluvan tarkoitusta pitemmälle. Käytännössä lopputulos lienee sama, koska poikkeusluvan tarkoituksena ei voi olla esim. monopolin omaisen hinnoittelun tai markkinoille pääsyn esteiden luomisen salliminen. Tähän viittaa 81(3) artiklakin, koska siinä poikkeusluvan edellytyksenä on se, ettei kilpailu esty merkittävällä osalla yhteismarkkinoita. Pienten jäsenvaltioiden kannalta tilanne voi olla ongelmallinen, koska niitä pidetään lähes automaattisesti merkittävinä osina yhteismarkkinoita. Voidaanko näissä tilanteissa poikkeusluvan saaneeseen menettelyyn lainkaan puuttua? Komissionhan olisi pitänyt ratkaisussaan ottaa huomioon kilpailun estyminen näillä alueilla, joten se on selkeästi sallinut tietyn kilpailunrajoituksen juuri näillä markkinoilla. Tulkintaa ei voitane tehdä näin yksiselitteisesti, mutta ainakin pitemmälle menevä kansallinen puuttuminen asiaan edellyttää komission kannan tiedustelemista tai ennakkoratkaisun pyytämistä.[23]

Kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet voivat siten em. tapauksissa kieltää väärinkäytön, jos kiellolla ei estetä 81(3) art. mukaisen poikkeusluvan toteuttamista. Epäselvyystapauksissa on viime kädessä pyydettävä ennakkoratkaisua tai tiedusteltava komission kantaa asiaan. Komissio voi itsekin puuttua asiaan, jos kyse on poikkeusluvan väärinkäytöstä.

Kansalliset viranomaiset voivat soveltaa EU:n kilpailuoikeutta aina siihen asti, kunnes komissio on aloittanut oman käsittelynsä. Edellytyksenä on se, että komissio puuttuu virallisesti asiaan, eli pelkkä asian ilmoittaminen komissiolle ei estä kansallisten viranomaisten toimintaa. Muussa tapauksessahan tutkimuksen kohteena olevat yritykset voisivat jatkaa kilpailunrajoitustaan pelkän ilmoituksen varassa siihen asti, kunnes komissio ehtii tutkia asian. Määräävää asemaa koskevissa tapauksissa nämä tilanteet eivät liene yleisiä, koska oman valtion alueella vaikuttavaan kilpailunrajoitukseen voidaan yhtä helposti soveltaa omaa kansallista oikeutta.[24]

Viranomaisten toimivallasta on erotettava tuomioistuinten oikeus soveltaa 81 ja 82 artikloja. Suoraan vaikuttavana oikeutena ko. artiklat luovat suoria oikeuksia jäsenvaltioiden kansalaisille, joiden käyttöä ei voida estää komissiossa tapahtuvan hallinnollisen prosessin käynnistämisellä. Tuomioistuimet saavat siten soveltaa ko. normeja, vaikka komissio olisi virallisesti aloittanut tutkimuksensa asiassa. Tuomioistuinten on huolehdittava siitä, ettei asiassa tehdä ristiriitaisia päätöksiä ja viime kädessä niillä on velvollisuus selvittää asia joko ennakkoratkaisun tai käsittelyn lykkäämisen avulla.[25]

---

[23] Bary s. 16. Tekijän mielestä EEC-sopimuksen päämäärästä ja oikeuskäytännön yhdenmukaisuusvaatimuksesta voidaan tehdä se johtopäätös, että poikkeuslupaa pitemmälle meneviin kilpailunrajoituksiin voidaan puuttua. Bary ei ota mitään kantaa siihen tulisiko laajempia puuttumismahdollisuuksia suoda kansallisille markkinoille mahdollisesti syntyvien määräävien asemien osalta.

[24] Langen ym. II s. 1437. Tekijät huomauttavat virallisen tutkimispäätöksen olevan välttämättömän kansallisen päätösvallan loppumiseksi.

[25] Langen ym. II s. 1440.

1.4.2 Vaikutus jäsenmaiden lainsäädäntöön

EEC-sopimus velvoittaa jäsenvaltioita noudattamaan sitä. Kansallisella lainsäädännöllä, tuomioistuinten ratkaisuilla tai viranomaispäätöksillä ei voi poiketa sen sitovista normeista. Yhteisön tuomioistuin on NV GB-Inno-BM -tapauksessa (Case 13/77) todennut, etteivät jäsenmaat saa ryhtyä edes sellaisiin toimiin, joilla kannustettaisiin yrityksiä toimimaan 82 art. vastaisesti. Tapaus koski tupakan verottamista tarrajärjestelmän avulla. Kauppiaita oli kielletty myymästä tupakkaa muuhun kuin verotarrassa olevaan hintaan. Verotus oli sinänsä hyväksyttävää, mutta epäilykset kohdistuivat hinnan alituskieltoon. Tuomioistuin painotti tässä ennakkoratkaisussa sitä, että EEC-sopimuksella pyritään luomaan yhteismarkkinat, joiden toimintaa jäsenvaltiot eivät suoraan tai välillisesti, tosiasiallisesti tai potentiaalisesti saa haitata. Tätä ilmensivät 10 art. velvoitteet. Vaikka 82 art. oli suunnattu yrityksille, eivät jäsenvaltiot saa heikentää sen tehokkuutta.[26]

Inno-tapaus osoittaa selkeästi, ettei kilpailusääntöjen avulla voida ohittaa kansallista päätäntävaltaa sellaisissa asioissa, joista ei ole otettu yhteisön toimivaltaan (kuten pitkälti verotus). Yrityksiä ei kuitenkaan voi velvoittaa 81 tai 82 art. vastaiseen toimintaan kansallisen lainsäädännön avulla. Tarkempaa rajausta ei tapauksessa tehty. Todennäköisesti ei toimivan kilpailun syrjäyttämiseen johtavia säädöksiäkään voitaisi pitää hyväksyttävinä EEC-sopimuksen kannalta, jos vaikutus jäsenvaltioiden kauppaan on todettavissa. Kilpailusääntöjen sitoessa nimenomaan yrityksiä on silti selvää, etteivät ne voi vedota kansalliseen lainsäädäntöön. Yleensä lainsäädäntö ei suoranaisesti pakota (edes tekemällä EU-oikeuden vastaisen menettelyn selkeästi taloudellisesti kannattavimmaksi) ja sallii EU-oikeuden mukaisen vaihtoehdon. Näissä tapauksissa yrityksillä on selkeä velvollisuus pyrkiä toimimaan EEC-sopimuksen mukaisesti.[27]

Lainsäädäntö voi vaikuttaa kilpailuun suosimalla kilpailua rajoittavia toimenpiteitä. Kysymys on ollut esillä lähinnä 81 art. perusteella erilaisia tariffeja koskevina ja jää tältä osin käsiteltävän aiheen ulkopuolelle. Määräävän aseman osalta ongelma voisi olla paljon monipuolisempi, koska minkä tahansa esim. markkinoille pääsyn esteitä tukevan lainsäädännön voisi katsoa rajoittavan kilpailua. Äärimmilleen vietynä voitaisiin esim. väittää alkoholin mainontarajoitusten hait-

---

[26] Tapauksen osalta ks. ECR 1977 s. 2142–2143, 2144–2145.

[27] Bellamy ym. s. 37 ”It also seems arguable that a national measure which has the effect of precluding normal competitive activities may infringe the Treaty, at least if it is clear that the rules on competition would have been contravened if the conduct in question had been freely adopted by agreement between the undertakings concerned.” (edellisessä lauseessa tekijät ovat rinnastaneet sopimukset ja 82 artiklan vastaisen menettelyn, joten he tarkoittanevat sitä tässäkin lauseessa); Leivo ym. s. 394.

Oikeuskäytännössä Alankomaiden vaarallisten jätteiden pitkän tähtäimen jätehuoltosuunnitelmaa koskevaa säännöstöä pidettiin 86 ja 82 artiklojen vastaisena. Ks. Oikeustapauskokoelma I 1997 s. 4131 kohdat 61–63. Ennakkoratkaisussa painotettiin lisäksi, että säännöstö voi olla hyväksyttävissä, jos yksinoikeus on tarpeen erityistehtävien hoitamiseksi. Edellytyksenä on kuitenkin se, että tavoitetta ei voitu saavuttaa muilla keinoin. Ks. em. lähde s. 4131 kohdat 65–67.

taavan muiden jäsenmaiden väkevien alkoholijuomien tuottajien pääsyä Suomen markkinoille, koska niiden on vaikea saada tuotettaan esille. Koska tämän kaltaiset sosiaalisiin syihin perustuvat rajoitukset ovat selvästi sallittuja (vrt. EU:n pyrkimys kieltää tupakan mainonta), ei asia nouse esille.[28]

Kuljetusalan tariffeja koskevassa Librandi-ennakkoratkaisussa (Asia C-38/97) yhteisön tuomioistuin totesi, ettei jäsenmaan lainsäädäntö ole ristiriidassa perustamissopimuksen 3(1) art. f ja g kohtien sekä 10, 81, 82 ja 86 artiklan kanssa, jos tariffien vahvistamisessa noudatetaan julkiseen etuun liittyviä arviointiperusteita, jotka on määritetty laissa. Tariffien perustuessa yleiseen etuun ei sinänsä ollut merkitystä, koostuiko asiasta päättävä elin pääosin alan yritysten vai valtion edustajista. Tariffien vahvistaminen ei luonut yrityksille yhteistä määräävää asemaa. Kilpailusääntöjen tehokasta vaikutusta kansallinen lainsäädäntö ei saanut haitata. Miten tämä oli tehtävissä, oli jäsenvaltion oma asia. Kilpailun korostaminen on tapauksen ratkaisevin painotus. Julkinen etu voi tarkoittaa lähinnä ongelmallisiksi koettujen alojen tariffointia (Suomessa esim. taksiliikenteelle on määritelty tariffi) eikä kovin pitkälle menevää yleistä hintatason säätelyä. Tapauksessa asiaa ei pohdita tarkemmin, mutta hintojen säätelyn ollessa poikkeustilanne toimivan kilpailun kannalta ei siihen tule ryhtyä ilman selvää julkista tarvetta. Hallitsevan aseman osalta tariffointi saattaisi johtaa oligopoli-käyttäytymisen tiukentumiseen, jos hinta on käytännössä merkittävin kilpailutekijä. Tällöin ei hintakilpailun rajoittamista voisi pitää hyväksyttävänä.[29]

2. MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN SÄÄNTELY EU:SSA

2.1 82 Artiklan tarkoitus

Yksinkertaisimmillaan 82 art. tavoitteena voidaan pitää kilpailusta riippumattomien, monopolivoimaa omaavien yritysten kontrolloimiskeinona. Säädös korvaa sen yritysten toimia rajaavan vaikutuksen mikä markkinoilla normaalisti on. Määritelmä on osittain kehäpäätelmä, koska itse hallitseva asema arvioidaan juuri kilpailun puuttumisen kautta. Tavoite vastaa sekä Saksassa että Suomessa omaksuttua.[30]

Määräävän aseman väärinkäyttö on kielletty EEC-sopimuksen 82 artiklassa. Tätä normia sovelletaan periaatteessa kaikkeen yritystoimintaan lukuunottamatta

---

[28] Esim. Bael ym. käsittelevät kilpailun rajoituksia suosivaa lainsäädäntöä vain tariffi-tapausten pohjalta. Ks. Bael ym. s. 888–890.

[29] Oikeustapauskokoelma I 1998 s. 5984, 5985, 5987; samoin Dip ym. tapauksessa (Yhdistetyt asiat C-140/94, C- 141/94 ja C-142/94). Ks. Oikeustapauskokoelma I 1995 s. 3294–3297.

[30] Weatherill ym. II s. 844 ”Its (so. 82 artiklan) aim is the control of the activities of firms that enjoy such economic strenght that they are immune from the influence of the normal constraints of a competitive market.”

niitä toimialoja tms., joihin EU on laatinut erillisen politiikan (kuten maatalous). Näissä tapauksissa rajaukset koskevat pikemminkin 81 kuin 82 artiklaa. Valtion yritysten tai sellaisten yhtiöiden osalta, joille jäsenvaltio myöntää yksinoikeuden, ei 86 artiklan mukaisesti saa pitää voimassa normeja, jotka olisivat EEC-sopimuksen vastaisia. 86(1) artiklan selvän maininnan mukaisesti näihin yrityksiin sovelletaan erityisesti kilpailusääntöjä.[31]

Saksan ja Suomen kilpailulakien tavoin 82 art. lähtee suoraan kieltoperiaatteesta. Komission tai muun viranomaisen ei tarvitse todeta menettelyn olevan 82 artiklan vastaista, vaan se on sitä normin edellytykset täyttäessään.

82 art. tavoitteena on kuten 81 artiklankin toteuttaa 3(1) art. g-kohdan päämäärää sellaisen järjestelmän luomisesta, joka estää kilpailun häiriintymisen yhteismarkkinoilla. EU:n kilpailuoikeusjärjestelmä ei sinänsä kiellä määräävää asemaa, jos se on saavutettu sisäisen kasvun kautta. Ulkoisen kasvun osalta asiaan voidaan puuttua lähinnä fuusiokontrolliasetuksen kautta. Yhteismarkkina-käsite viittaa markkinoiden integroimiseen. Avoimena pitäisin kysymystä siitä, kuinka pitkälle meneviä johtopäätöksiä tästä voidaan vetää 82 art. tulkinnan osalta. Integraatiota ja markkinoiden avaamista painottavan tulkinnan kannalta tavanomaista herkemmin tulisi puuttua tätä päämäärää vastustaviin toimiin. Tällöin esim. markkinoiden jaolta vaikuttavan tilanteeseen (eri jäsenmaissa suuresti poikkeavia hintoja tms.) tulee puuttua muita tapauksia herkemmin. Näkökulmalla voi olla merkitystä sekä itse määräävän aseman että väärinkäytön arvioinnissa. Eräänä ongelmana pitäisin mahdollisuutta taipua liikaa kehäpäätelmään, jossa oletettu väärinkäyttö (eri hinnat eri maissa) katsotaan samalla todisteeksi määräävästä asemasta.[32]

Weatherill ym. katsovat komission ja tuomioistuimen itse asiassa käyttävän 82 artiklaa edellisen kappaleen mukaisesti integraation edistämiseen. Heidän mielestään voidaan puhua jopa markkinoiden muotoiluista. Käytetystä sanamuodosta ei voida päätellä kuinka lähellä ollaan markkinoiden ohjailua, jota ei voi pitää vapaan kilpailun eikä siten 82 artiklankaan tarkoituksena (osittaisena poikkeuksena luonnolliset ja valtion monopolit). Tekijät eivät ota tämänkaltaisiin kysymyksiin mitään kantaa eivätkä edes selvästi kommentoi, onko oletettua linjaa pidettävä positiivisena vai negatiivisena.[33]

Komissio on korostanut markkinoiden jakautumiseen johtavien ja yhteisöjen talouden yhdentymistä estävien toimintatapojen olevan sen mielestä erityisen

---

[31] Bellamy ym. s. 568. Kuten kirjoittajat huomauttavat kohdistuu 86 artiklan velvoite nimenomaan jäsenvaltioihin eikä ko. yrityksiin.

Poikkeustoimialojen jäädessä tutkimuksen kohteen ulkopuolelle ei niitä tai 82 artiklan soveltamista ko. toimialoilla käsitellä.

[32] Bleckman s. 653, 694–695 (viitataan vain kilpailunrajoitusten torjuntaan); Langen ym. II s. 1714 (viitataan vain kilpailun vapautta koskevaan päämäärään). Vrt. seuraava kappale ja siinä käsitelty Weatherill ym. näkökulma.

[33] Weatherill ym. I s. 742 ”It may be ... so Article [86] is being used to *mould markets* in a manner required by the Community’s special task of market integration.” Tekstistä voidaan tehdä se – varovainen – johtopäätös, että kirjoittajat pitkälti hyväksyvät komission ja tuomioistuimen linjan.

vaarallisia. Komissio totesi tulevansa kiinnittämään erityistä huomiota vaikutuksiin, joita määräävän markkina-aseman väärinkäytöllä on tähän kehitykseen.[34]

Markkinoiden integroimispäämäärää tukee EEC-sopimukseen otettu tavoite yhteismarkkinoiden luomisesta (2 art.). Kilpailu ei tässä mielessä ole itsetarkoitus, vaan keino tämän päämäärän saavuttamiseksi. Kuinka pitkälle meneviä johtopäätöksiä tästä voidaan 82 art. suhteen vetää, jää mielestäni avoimeksi. Oikeuskäytäntöä toki on, mutta varsinkin viralliset ratkaisut ovat melko harvinaisia ja niitä on annettu pitemmän ajanjakson kuluessa. Markkinoiden integroimisen ongelmat eivät välttämättä enää ole täysin samat kuin esim. 1970-luvulla United Brands ratkaisun aikoihin. Yritysten kannalta tosin vallitsevat samat houkutukset – kerätä suurempia voittoja markkinoiden jaon tms. kautta.

EU:n tuomioistuin totesi Sacchi-tapauksessa (Case 155/73), ettei EEC-sopimus estä jäsenvaltioita luomasta monopolia. Tämä on 86(1) art. pohjalta mahdollista, jos perusteluna ovat ei-taloudelliset syyt (so. yleinen etu). Tämä ei estä soveltamasta 82 artiklaa ko. yhtiöön. Jäsenvaltiot eivät tapauksen perusteella pysty luomaan kilpailulta suojattuja toimialoja ainakaan taloudellisiin syihin vedoten.[35]

86(2) artiklassa on vahvistettu kilpailunormien soveltaminen myös sellaisiin yrityksiin, joille on jäsenvaltioiden taholta annettu tehtäväksi hoitaa ”yhteisten taloudellisten etujen” edellyttämä tehtävä. Normi on tavallaan 86(1) art. kääntöpuoli ja se on kohdistettu itse yrityksiin eikä jäsenvaltioihin. Jäsenvaltioidenkin on tosin pidättäydyttävä estämästä 82 art. tehokasta vaikutusta. Yhteisön tuomioistuin katsoi ennakkoratkaisussa (Asia C-55/96) työnvälityksen rajoittamisen lainsäädännöllisesti vain julkisiin työnvälitystoimistoihin voivan olla 86(1) ja 86(2) artiklojen vastaista, jos tämä johtaa palvelujen tarjonnan rajoittamiseen 82 art. b kohdan tarkoittamalla tavalla. Edellytyksenä oli se, että työnvälitysmarkkinoilla oli sellaista kysyntää, jota julkiset toimistot eivät voi tyydyttää, lainsäädäntö esti yksityisiä työnvälitystoimistoja täyttämästä tätä aukkoa, ja työnvälitys saattoi suuntautua toisiin jäsenmaihin (so. kauppakriteeri).[36]

Kysynnän ollessa aina hintaan sidottu ilmiö ei työnvälitystoimintaa koskevaa ratkaisua voida laajentaa kovin monille markkinoille. Kysyntäähän varmasti olisi, jos hintaa laskettaisiin. Yksinoikeusasema, johon liittyy monopolihinnoittelu taas osoittaa aina jonkinlaista tuotannon rajoittamista. Kysynnän heilahtelut eivät ne-

---

[34] XXVII kertomus s. 35. Komissio on myös käytännössä pyrkinyt puuttumaan näihin tilanteisiin, kuten Ruotsin tupakkamarkkinoiden eristämistä epäillessään. Ks. em. lähde s. 35–36.

[35] ECR 1974 s. 429 ”Article [90(1)] permits Member States inter alia to grant special or exlusive rights to undertakings. Nothing in the Treayty prevents Member States, for considerations of public interest, of a non-economic nature, from removing radio and television transmissions, ..., from the field of competition by conferring ... an exclusive right to conduct them.”, s. 430 (82 ja 86 artiklojen luomien rajoitusten osalta); vastaava kanta omaksuttiin Banchero-ennakkoratkaisussa (Asia C-387/93). Ks. Oikeustapauskokoelma I 1995 s. 4699 kohta 51 ”... pelkkä määräävän markkina-aseman luominen perustamissopimuksen [90] artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla yksinoikeuden myöntämisellä ei sinänsä ole ristiriidassa [86] artiklan kanssa.”

[36] Tapauksen osalta ks. oikeustapauskokoelma I 1997 s. 7148–7151.

kään voi oikeuttaa 86 art. soveltamiseen. Tapaus osoittaa kuitenkin kiistattomasti sen, ettei taloudellisia toimintaa voida kovin pitkälti jäsenvaltioiden toimesta monopolisoida.

2.2 81 ja 82 artiklan yhteinen soveltaminen

Kilpailunrajoituksia koskevat artiklat 81 ja 82 eivät sulje pois toistensa soveltamista, jos kilpailunrajoitus perustuu sekä määräävään asemaan että osapuolten väliseen sopimukseen. Esimerkkinä voidaan mainita yksinoikeusjärjestelmät, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii pitämään markkinat suljettuina kilpailijoilta. Käytännössä komissio tai kansalliset viranomaiset / tuomioistuimet voivat soveltaa joko molempia normeja yhtä aikaa tai sitä normia, jonka osalta EEC-sopimuksen vastainen menettely saadaan yksinkertaisimmin todistettua. Mitään velvollisuutta pyrkiä molempien soveltamiseen ei kilpailuviranomaisilla voida katsoa olevan, koska lopputuloksen (kilpailunrajoituksen kieltämisen) kannalta asialla ei ole merkitystä.[37]

Artiklojen yhteinen soveltaminen on selvä ero verrattuna Saksan tai Suomen oikeuteen. Saksassa voidaan yksinoikeusjärjestelmiin puuttua niitä koskevan oman lainkohtansa (GWB 16 §) nojalla, jolloin lähtökohtana on yksinoikeussopimusjärjestelmien vaikutus kilpailuun. Periaatteessa hallitsevan aseman osalta on käytettävä GWB 19–20 §§:iä. Ero on lähinnä periaatteellisella tasolla, vaikka Saksassa ei ole vastaavaa integraatiopyrkimystä kuin EU:ssa. Suomessa kontrolli on rajattu tiukasti hallitsevaan asemaan ja myyntijärjestelmät ovat muuten sallittuja, ellei kyse ole selkeästä kartellista (esim. valmistajien kesken). EU:n lähtökohta on joustavampana parempi koko Euroopan laajuisia markkinoita ajatellen ja erityisesti edelleen tärkeän integraatiotavoitteen kannalta. 81 art. velvoittaa ilmoittamaan kilpailua rajoittavat sopimukset komissiolle, ja annettujen ryhmäpoikkeusasetusten kautta voidaan yksinoikeusjärjestelmiä kontrolloida varsin tarkkaan. 82 art. jättäisi tilanteen komission aktiviteetin varaan, jota ei yksinoikeus- ja muiden myyntijärjestelmien laajuuden takia voida pitää järkevänä.

Artiklojen yhtäaikainen soveltaminen estää 81(3) art. käyttämisen, koska 82 art. ei tunne poikkeuslupamenettelyä. Myöskään poikkeuslupa-asetuksia ei voida soveltaa määräävässä asemassa olevaan yritykseen, jos menettely on samalla määräävän aseman väärinkäyttöä (useissa ko. asetuksissa poikkeuslupamahdollisuus on suljettu pois markkinaosuus tai liikevaihtokriteerein).[38]

---

[37] Yhtäaikaisen soveltamisen mahdollisuudesta vallitsee suuri yksimielisyys. Ks. esim. Bary s. 27–28; Borchardt s. 342; Bleckmann s. 694; Vrt. kuitenkin Weatherill ym. I s. 724–725. Tekijöiden kanta jää osittain epäselväksi, koska he pitävät artikloja pääosin toistensa poissulkevina tunnusmerkistöjen osalta. Suoraa kieltävää tai myöntävää kantaa yhtäaikaiseen soveltamiseen ei oteta.

[38] Tästä huomauttaa mm. Bary s. 35 ”Art. [86] EWGV sperrt somit die Anwendung des Art. [85 Abs. 3] EWGV”; Schmidt ym. s. 49.

Selkeästi ongelmallisempaa on ratkaista 82 art. käyttömahdollisuus jo myönnetyn poikkeusluvan osalta. Mikäli markkinatilanteen muutoksen takia kartelli tms. myöhemmin saavuttaa määräävän aseman, ei säännön soveltamiselle niin komission kuin kansallistenkaan viranomaisten toimesta ole mitään esteitä. Pelkkää määräävän aseman syntymistä ei vielä voida – kuten muutenkaan – pitää 82 art. vastaisena. Poikkeuslupa ei kuitenkaan voi estää mahdollisiin väärinkäyttötapauksiin puuttumista edellytysten täyttyessä. Muussa tapauksessa 81(3) artiklaa olisi pidettävä erityislakina suhteessa 82 artiklaan. Tämä ei EEC-sopimuksen selvän kannan puuttuessa ole mahdollista eikä kilpailunrajoitusnormien tarkoituksen mukaista. Periaatteessa komission tulisi puuttua näissä tapauksissa tilanteeseen jo poikkeusluvan edellytysten lakkaamisen takia.[39]

Muuttumattomassa markkinatilanteessa ongelma on entistäkin hankalampi. 81(3) artiklaa ei ole suoraan sidottu määräävään asemaan, vaan poikkeuslupa voidaan myöntää, ellei kilpailu merkittävällä osalla yhteismarkkinoita esty. Selkeää viittausta 82 artiklaan ei 81 artiklaan otettu. Bary pitää mahdollisena, että poikkeuslupa myönnettäisiin määräävästä asemasta huolimatta, jos markkinoilla vielä on minimimäärä kilpailua. Kilpailunrajoituksen salliminen tilanteessa, jossa joku sopimusosapuolista on määräävässä asemassa, on kuitenkin omiaan vahvistamaan tätä asemaa ja tulee siten ottaa erityisesti huomioon poikkeuslupapäätöstä tehtäessä. Jos poikkeuslupa myönnetään, ei sen voi katsoa estävän 82 art. soveltamista. Tässä yhteydessä ei ole merkitystä toimiiko soveltajana komissio itse vai kansalliset viranomaiset / tuomioistuimet. Baryn kantaa siitä, että 81(3) ja 82 art. edellytykset olisivat ristikkäisesti vastaiset, ei mielestäni voida hyväksyä. 82 art. tosin mainitsee esimerkkiluettelossaan lähes samat kilpailunrajoitukset kuin 81(1) art., ja Baryn huomautus siitä, ettei samalla voida sekä edistää tavaroiden tuotantoa (eräs poikkeuslupaedellytyksistä) että haitata sitä (eräs 82 art. soveltamisedellytyksistä) on tältä näkökannalta oikea. 82 artiklaa voidaan soveltaa muihinkin tapauksiin kuin esimerkkiluettelossa mainittuihin. Se ei siten ole täydellinen 81(3) art. ”vastakohta”. Komission poikkeusluvassa ottaman kannan jonkin seikan osalta (esim. teknistä kehitystä edistävä kilpailunrajoitus) voidaan katsoa sitovan sekä sitä itseään että kansallisia tuomioistuimia. Muuttumattomissa olosuhteissa ei 82 artiklaa täten voitane soveltaa poikkeusluvalla nimenomaisesti suojattuun seikkaan, ellei kyse ole poikkeusluvan edellytysten puuttumisesta (tällöin asia käsitellään 81 art. perusteella). Langen ym. hyväksyisivät soveltamisen näissä tapauksissa, koska poikkeuslupa on ainoastaan hallinnollinen päätös eikä voi sivuuttaa EEC-sopimuksen suoraan sitovia normeja. 81 ja 82 art. erilaisista tarkoitusperistä johtuen Baryn esittämää johtopäätöstä, jonka mukaan 82 artiklaa ei muutoin voitaisi muuttumattomissa olosuhteissa soveltaa kansallisten tuomioistuintenkaan toimesta, ei voi pitää oikeana. Selvissä tapauksissa

[39] Bary s. 42–43. Tekijä painottaa sitä, ettei pelkkä määräävän aseman syntyminen vapauta jäsenvaltioiden viranomaisia velvollisuudesta noudattaa komission antamaa poikkeuslupaa.

ei Baryn ainoana vaihtoehtona pitämä 234 artiklan mukainen ennakkoratkaisumenettelykään voi olla välttämätön.[40]

2.3 Markkinat

Määräävään asemaan puuttuminen edellyttää EU:ssakin konkreettisten markkinoiden määrittämistä. Peruslähtökohta on siten täysin sama kuin Saksassa tai Suomessa. Rajaus tehdään tuote- ja aluekohtaisesti sekä joskus ajallisestikin. Komission tiedonannossa korostetaan markkinoiden määrittelemisen olevan kilpailupolitiikan pohjana, jolloin tarkoituksena on selvittää mitä kilpailupaineita asianosaiseen yritykseen kohdistuu. Tätä kautta voidaan selvittää mm. markkinaosuudet sekä saada tietoa markkinavoimasta. Ilman tällaista tietoa ei voida väittää yrityksellä olevan selkeää kilpailuetua johonkin toiseen yritykseen verrattuna.[41]

Määrittelyn merkitystä korostaa sama ongelma kuin muissakin oikeusjärjestyksissä: laaja määritelmä – ei koskaan määräävää asemaa; suppea – aina määräävä asema. Voidaan jopa Weatherill ym. tapaan todeta liian suppean määrittelyn voivan johtaa tehokkuustappioihin kilpailuviranomaisten puuttuessa sellaisen yrityksen toimintaan, johon itse asiassa kohdistuu kilpailua.[42]

Periaatteessa markkinat määritetään samojen kriteerien perusteella sekä 81 että 82 art. osalta. Normien kesken on se painotusero, että 82 artiklassa markkinoiden määrittely on ensisijaista. Ei ole määräävän aseman väärinkäyttöä, jos ei ole markkinoita, joilla on määräävässä asemassa! 82 art. osalta ei voida vedota markkinoiden rajauksessa osapuolten väliseen sopimukseen, joka ainakin tietyssä määrin rajaa markkina-arviointia 81 art. osalta. Arviointi on pitkälti oikeuskäytännön varassa eikä täysin yksiselitteisiä oikeudellisia normeja ole. Lähtökohtana on taloudellinen kokonaistilanne, jolloin sama kriteeri voi toisessa tapauksessa johtaa suppeampaan markkinarajaukseen kuin toisessa.[43]

---

[40] Vrt. Bary s. 32–33, 34–35, 44–46; Bleckmann s. 694 ”Die Anwendung des Art. [86] neben Art. [85] kommt selbst dann in Betracht, wenn ... Maßnahme gemäß Art. [85 Abs. 3] freigestellt werden könnte bzw. freigestellt ist.” Bleckmann on siten selkeästi tekstissä esitetyllä kannalla. Käytetty ilmaisu viittaisi jopa mahdollisuuteen puuttua komission nimenomaisestikin sallimiin kilpailunrajoituksiin 82 artiklan nojalla; Langen ym. II s. 1783; lähinnä tekstiä vastaavasti Weatherill ym. I s. 724 ”Accordingly, even if the agreement is exempted under Article [85(3)], its conclusion may in some circumstances involve an abuse of a dominant position.”

[41] Komission tiedonanto C 372/5 kohta 2; Rittner korostaa lähtökohtien samanlaisuutta Saksaan verrattuna. Rittner III s. 305.

[42] Kuoppamäki II s. 51, 52. Kirjoittaja viittaa markkinoiden suppean tai laajan arvioinnin merkitykseen.; Weatherill ym. I s. 728–729 sekä erityisesti s. 729 ”It is essential to realize that if dominance does not exist and efficient competition is present, then the rationale for regulating against abuse of a dominant position in the pursuit of efficiency has been fatally undermined.”

[43] Merkitys eroon viittaa myös komissio. Ks. Komission tiedonanto C372/6 kohta 11 ”Komissio noudattaa samaa periaatetta soveltaessaan (eli markkinoiden määrittelyä) perustamissopimuksen [86] artiklaa yrityksiin, joilla on yksinään tai yhdessä määräävä asema. ... Markkinat on *mahdollises-*

2.3.1 Tuotekohtaiset markkinat

Tuotekohtaisten markkinoiden määrittely korostuu määrävän aseman suhteen sikäli, että merkittävällä tavaran toimittajalla on usein jonkinlainen valta asiakkaisiinsa nähden (samoin merkittävillä ostajilla). Mitä useampien tuotteiden osalta hallitseva asema on sitä hankalampaa on kilpailijoiden toiminta markkinoilla / pääsy niille. Mitään erityistä kokoluokkaa ei kuitenkaan edellytetä, vaan kilpailevien tuotteiden puuttuessa volyymiltään vähäinenkin tuote muodostaa omat markkinansa.[44]

Tuotekohtaisten markkinoiden arviointi on jouduttu suorittamaan pitkälti oikeuskäytännön avulla. 81 tai 82 artiklaan ei ole otettu selkeitä sääntöjä siitä, miten ne markkinat määriteltäisiin, joiden kilpailua ei saa rajoittaa. Oikeastaan ainoat määreet ovat alueellinen, äärirajan määrittelevä ”yhteismarkkinoilla” (”within the common market”) sekä vaatimus vaikutuksesta jäsenmaiden väliseen kauppaan, joka sulkee pois kansalliset markkinat. Tämä alarajan määrittelevä kynnys on kuitenkin hyvin matala. Kumpikaan näistä kriteereistä ei auta tuotekohtaisten markkinoiden määrittelyssä.

Tuotekohtaiset markkinat määritetään tuotteiden vaihdettavuuden ja korvaavuuden perusteella (kysyntäjousto). Edellisessä tapauksessa kyse on kuluttajan kannalta täysin samoista tuotteista ja jälkimmäisessä hieman erilaisista, mutta kuitenkin riittävän samankaltaisista tuotteista. Korvaavuusarviointiin vaikuttaa ajan kuluminen, koska tuote on usein helpompi korvata pitemmän ajanjakson kuluessa (esim. tieto tuotteesta saavuttaa ostajat, tuotteen käytön edellyttämät investoinnit voidaan tehdä jne.). Tällä seikalla on merkitystä erityisesti yrityskauppakontrollin suhteen, jossa arviointi suuntautuu tulevaisuuteen. Väärinkäyttötapauksissakaan markkinoita ei tulisi määritellä suppeasti silloin, kun merkittävä osa tuotteen ostajista olisi ollut valmis vaihtamaan sen toiseen tuotteeseen. Kuoppamäki ilmaisee asian termillä ”kohtuullisesti vaihdettava”. Yhteys tuotteiden välillä katkeaa, jos ne eivät enää seuraa toisiaan (eli toisen hinnan muutos ei vaikuta toiseen). Täydellistä vaihdettavuutta ei missään tapauksessa voida vaatia. Arviointi tehdään tuotteen ominaisuuksien, hinnan ja tarkoitetun käytön perusteella.[45]

---

ti määriteltävä myös sovellettaessa perustamissopimuksen [85] artiklaa, ...”; Leivo ym. s. 294. Tekijät toteavat, ettei mitään ehdotonta EU:n toimielinten noudattamaa kaavaa ole, joten käytännössä on turvauduttava eri kriteerien esittämiseen.

[44] Leivo ym. s. 294–295.

[45] Emmerich II s. 559 ”Voll Austauschbrkeit der Produkte oder Dienstleistungen ist hierbei (so. markkinoiden arvioinnissa) zwar nicht erforderlich”; Kuoppamäki II s. 53; Langen ym. II s. 1721, 1721 (kirjoittajat eivät edellytä täyttä vaihdettavuutta); Mestmäcker I s. 377 (kirjoittaja painottaa tapauskohtaisen tutkimisen merkitystä), 378–379.

Kysynnän korvattavuutta korostettiin myös komission taholta sen antaessa tiedonannon merkityksellisten markkinoiden määritelmästä. Ks. XXVII kertomus s. 30 ”Komission tarkastelu perustuu yleisesti ottaen kysynnän korvattavuuteen. Merkittävät markkinat koostuvat toisin sanoen kaikista tuotteista ja palveluista, joita kuluttaja pitää keskenään korvattavissa olevina...”

L'Oréal -tapauksessa (Case 31/80) yhteisön tuomioistuin painotti markkinoiden määrittelyn ratkaisevaa merkitystä. Samoihin markkinoihin kuuluvat ne tuotteet, jotka ominaisuuksiensa perusteella ovat erityisen soveliaita tyydyttämään jatkuvia tarpeita, ja vain rajoitetussa määrin korvattavissa toisilla tuotteilla. Tarpeiden kestolla lienee tarkoitettu sitä, ettei lyhytaikainen mieltymys yhteen tuotteeseen oikeuta lukemaan sitä omiksi markkinoikseen, jos kuluttajat varsin nopeasti huomaavat toisten tuotteiden olevan aivan vastaavia.[46]

Komissio viittaa erityisesti hinnanmuutoksiin arviointitekijänä, vaikka tämän todetaan olevan vain yksi mahdollinen tapa. Tuotteet kuuluvat eri markkinoille, jos niiden suhteellisten hintojen muutos ei johda asiakkaiden siirtymiseen tuotteesta toiseen. Rajana käytetään 5–10 % oletettua hinnankorotusta. Mikäli merkittävää siirtymää johonkin tuotteeseen ilmenee, otetaan merkityksellisiin markkinoihin lisää tuotteita. Arvioinnin ongelmana on sen hypoteettisuus. Lähtökohtana on oletettu hinnankorotus, jolloin siirtymätkin ovat oletettuja. Käytännössä tällainen ratkaisu perustuisi saksalaiseen tapaan enemmän ”nyrkkisääntöihin” kuin luotettavaan tietoon.[47]

Kysyntäjousto vaikuttaa muita malleja tieteellisemmältä arviointitavalta, koska se perustuu kuluttajien todellisiin reaktioihin. Tämä pätee vain niissä tilanteissa, joissa tarvittava tieto on saatavilla. Kysyntäjoustoa voidaan pyrkiä mittaamaan eri lähtökohdista. Yritys pyrkii osoittamaan mahdollisimman suuren jouston valitsemalla jonkin osittain tuotteensa kanssa samaa tarkoitusta palvelevan tuotteen sekä tämän jälkeen väittämällä hintatilastojen avulla hintojen seuraavan toisiaan. Tämä ei välttämättä osoita näiden tuotteiden kuuluvan samoille markkinoille, ja komissio ei niitä aina hyväksy. Whish huomauttaa, että perustana oleva tieto voi olla kerätty sellaisilta markkinoilta, joiden kilpailu on jo vääristynyt. Silloin tieto ei luonnollisestikaan ilmaise mitkä olisivat kilpailtujen tuotteiden markkinat.[48]

Kysyntäjoustoa määritettäessä ei tarkastelu voi kohdistua määräämättömän pitkään aikaväliin, koska kaikkien tuotteiden kysyntä vaihtelee teknisen kehityksen ja kuluttajien makumuutosten myötä. Yrityksen kannalta pitempi aikaväli olisi siten edullinen, koska se voisi väittää tuotteeseen kohdistuvan kilpailua esim. kehitteillä olevien tuotteiden kautta. Sekä kysyntä- että tarjontajouston on siten oltava varsin suuria ennen kuin markkinoita suostutaan erottamaan toisistaan.[49]

Kysyntäjouston lisäksi tuotemarkkinoiden arviointiin vaikuttaa tarjontajousto. Yrityksen toiminta markkinoilla ei voi olla toisista riippumatonta, jos potentiaaliset kilpailijat pystyisivät vähin kustannuksin muuttamaan omaa tuotantoaan ja

---

[46] L'Oréal -tapauksen osalta ks. ECR 1980 s. 3793. Tapauksessa on kyse lyhyestä ennakkoratkaisu viittauksesta, joten kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä ei sen perusteella voi tehdä. Tuomioistuin ei todennäköisesti tarkoittanut esim. sitä, että mainonnan kautta luotu erilaisuus ei johtaisi tuotteiden kuulumiseen eri markkinoille.

[47] Komission tiedonanto C 372/6 kohta 13 ja C 372/7 kohdat 15–17.

[48] Whish s. 281–282.

[49] Bael ym. s. 239; Joutsamo ym. s. 639.

tuomaan markkinoille kilpailevia tuotteita. Tyypillisesti tällainen tilanne voi olla, jos yritykset valmistavat liki samanlaisia tuotteita (esim. samaan tuoteryhmään kuuluvia), eikä tuotannon muutos aiheuta esteitä. Komissio käyttää esimerkkinä erilaatuisia papereita, joita tuottavat tehtaat voivat siirtyä laadusta toiseen pienin kustannuksin ja lyhyessä ajassa. Tarjontajoustoa arvioitaessa on huomioitava vaadittavien investointien määrä, onko tuotantomenetelmät suojattu patentein tai tietotaidon kautta tms. Aikarajaus on näissä tapauksissa sangen ongelmallinen, koska tarjonta ei luonnollisesti voi muuttua hetkessä, vaan vaatii tavanomaisesti joko investointeja tai vähintään tuotantolinjamuutoksia. Mikäli yrityksen tuotanto on esim. toimitussopimusten takia sidottu eikä muutos ole todennäköinen, ei tarjontajoustoa ole. Pitäisin tarjontajoustoa merkittävämpänä yrityskauppakontrollin osalta, koska jo tapahtuneen väärinkäytön osalta on vaikea väittää potentiaalisen kilpailun estäneen yrityksen toimia, jos näin ei tosiasiassa ole tapahtunut. Väärinkäyttönä ei kuitenkaan tulisi pitää tilanteita, joissa on selviä merkkejä kilpailijoiden aktivoitumisesta ja menettely on esim. tämän takia lopetettu lyhyen ajan sisällä. Tällöin markkinoihin on luettava tarjontajouston mahdollisuus. Mielestäni Kuoppamäki on osunut oikeaan todetessaan tarjontajouston olevan erityisen käyttökelpoinen arvioitaessa, onko kysynnän perusteella tehty suppea markkinarajaus perusteltu vai ei.[50]

Mikäli yrityksellä on käytännössä oikeudellinen monopoli, määritetään markkinat helposti tämän mukaisiksi. Esimerkkeinä ovat General Motors (Case 26/75) ja British Leyland (Case 226/84) tapaukset, joissa kummallakaan yrityksellä ei sinänsä ollut määräävää asemaa itse päätuotteen, autojen markkinoilla. Ne hallitsivat maahantuontiin tarvittavien lupien myöntämistä lainsäädännön nojalla, joten niillä oli hallitseva asema tämän palvelun osalta. Pelkästään se, että Englantiin saattoi tuoda mannermaalta autoja yksityiskäyttöön ilman kyseistä lupaa, ei yhteisön tuomioistuimen mielestä ollut riittävä vaihtoehto. Tapaukset kuvastavat markkinoiden integroimispyrkimystä, koska vaarana on sinänsä lainsäädäntöön nojaava rekisteröimis- tms. vaatimus, jonka ylihinnoittelulla voitaisiin pitää häiritseväksi koettu tuonti kurissa. Yhden yksittäisen autotehtaan menettely ei kuitenkaan juuri vaikuta kilpailuun, joten markkinat olisi pitänyt arvioida lähinnä kaikkien autotehtaiden myöntämien lupien kautta. Jos kyseessä on yhdenmukaisesti toimiva oligopoli eli kaikki käyttävät samankaltaista tuontia haittaavaa toimintaa, voitaisiin tähän puuttua joko yhdenmukaisena kilpailua rajoittavana menettelynä tai oligopolin hallitsevan aseman väärinkäyttönä.[51]

---

[50] Bael ym. s. 240. Tekijät toteavat, ettei tarjontajoustosta voi olla kyse, jos tuotannon muutos vaatii ”merkittävän” ajan; Joutsamo ym. s. 639; Komissio korostaa, että tarjonnan muutoksen tulisi voida tapahtua lyhyellä aikavälillä ja ilman merkittäviä lisäkustannuksia ja riskiä (so. markkinoille pääsylle ei saa olla esteitä, jotta kyse on samoista markkinoista!). Komission tiedonanto C 372/7–8 kohdat 20–23; Kuoppamäki II s. 59.

[51] General Motors -tapauksen osalta ks. ECR 1975 s. 1378 ”Far from constituting a market in itself, this activity is merely ancillary to the market in motor cars (valittajan väite) ... This legal monopoly, combined with the freedom of the manufacturer or sole authorized agent to fix the price for its

Vaihdettavuuden kriteerinä voidaan käyttää myös sitä, ovatko yhdeksi asialliseksi markkinaksi katsotut tuotteet yhdessä toisiin tuotteisiin vaihdettavissa. Pitäisikö kuluttaja toisin sanoen vielä jotain muuta tuotetta niin samanlaisena, että hän voisi vaihtaa koko ryhmän tähän tuotteeseen? Jos näin on, kuuluu tämä tuote vielä samoille markkinoille. Tarkastelutapa lähtee enemmän tuotteiden ominaisuuksista sekä markkinoiden rakenteesta kuin eri hintajoustoista.[52]

Tuotteen ominaisuudet voidaan määritellä ulkomuodon, kemiallisen tai fyysisen koostumuksen pohjalta. Tällöinkin näkökulmana on kuluttajan kanta, jolloin tuotteen voidaan katsoa kuuluvan samoille markkinoille, jos se on kuluttajan kannalta toiminnallisesti samanlainen kuin toinen tuote. Ulkomuodon osalta ongelmaksi voi muodostua esim. mainonnan vaikutus. Tuote koetaan erilaiseksi kuin muut, vaikka se vastaa täysin kilpailijoitaan toimintansa ja hintansa puolesta. Vain osatuotteena tai yhdessä jonkin muun tuotteen kanssa tiettyyn tarkoitukseen soveltuva tuote ei kilpaile valmiiden lopputuotteiden markkinoista, vaan ainoastaan puolivalmiste- tms. markkinoista. Mestmäcker huomauttaa osuvasti, että vahva yritys voi itse pitkälti sanella tuotteensa markkinat. Mikäli tuote ei kuluttajan kannalta vastaa toista, ei niitä voida pitää samoille markkinoille kuuluvina, vaikka fyysiset ominaisuudet olisivat täsmälleen samanlaiset. Arvioinnissa ei ole tällöin merkitystä sillä perustuuko kuluttajien käsitys mainontaan, tuotteen muutoin synnyttämään mielikuvaan (esim. merkkituotteita pidetään yleensä laadukkaampina ja ne voivatkin muodostaa omat luksus-markkinansa) tai paikallisiin arvostuksiin (esim. tietylle alueelle tyypillinen olut kilpailee lähinnä samanlaisten oluiden kanssa, vaikka tarjolla olisi paljonkin eri tyyppisiä oluita).[53]

---

service, leads to the creation of a dominant position within the meaning of Article [86] as, for any given make, the approval procedure can only be carried out in Belgium by the manufacturer or officially appointed authorized agent ..." (tuomioistuimen kanta). Advocate-General Madras oli verrannut tilannetta yksinoikeuden myöntämiseen ja oli muutoinkin samalla kannalla tuomioistuimen kanssa. Ks. em. lähde s. 1383–1385; British Leyland -tapauksen osalta ks. ECR 1986 s. 3299–3300.

Bael ym. toteavat General Motors -tapauksen osoittavan EU:n kilpailuviranomaisten olevan valmiita käyttämään kapeaakin markkinamääritelmää voidakseen todeta yrityksellä olevan määräävän aseman. Varsin mielenkiintoisesti tekijät eivät edes viittaa integrointi-pyrkimyksiin. Ks. Bael ym. s. 582; vrt. Möschel, joka vain toteaa markkinoita pidettävän päätuotteen markkinoita kapeampina, jos sivutuotteeseen on lakiin perustuva monopolimainen oikeus. Ks. tältä osin Immenga ym. I s. 698.

Kysymystä voisi lähestyä myös kaupan teknisten esteiden kautta, koska on kyseenalaista miksi ajoneuvo tarvitsee hyväksymistodistuksen toisessa jäsenmaassa. Tämä näkökulma jää tutkimuksen ulkopuolelle.

[52] Borchardt s. 342 "In sachlicher Hinsicht bezieht er sich auf alle gleichartigen Erzeugnisse, die sich durch besondere Eigenschaften so von anderen Produkten unterscheiden, daß keine beliebige Austauschbarkeit gegeben ist."

[53] Emmerich II s. 559–560; Mestmäcker I s. 378 "Zu berücksichtigen ist jedoch, daß marktstarke Unternehmen nicht selten in der Lage sind, ihrerseits darüber zu entscheiden, welche Produkte sie welchen Verbrauchern zu welchen Preislagen oder Verwendungszwecken anbieten."; Ritter ym. korostavat tuotteen ominaisuuksien merkitystä toiminnallisesta näkökulmasta. Ks. Ritter ym. I s. 270–271; Vrt. Groeben ym. s. 1229, jossa kirjoittajat korostavat kuluttajan näkökulmaa sekä sitä, että täysin identtisetkin tuotteet voivat kuulua eri markkinoille.

Esimerkkinä mahdollisista kriteereistä on United Brands v. Commission (Case 27/76), jossa oli kysymys siitä voidaanko banaanien markkinat erottaa muiden etelän hedelmien tai yleensä hedelmien markkinoista. Kuten tapauksesta ilmenee, tuotekohtaiset markkinat voivat vaihdella esim. vuodenaikojen mukaan. Ne muuttuvat myös maantieteellisiä markkinoita helpommin tuotteiden kehityksen tms. seikkojen myötä. Tässä mielessä on epävarmaa, voitaisiinko banaaneja enää nykyään pitää omina markkinoinaan muidenkin ”helposti” syötävien hedelmien tarjonnan lisääntyessä (esim. kiwi-hedelmä voitaisiin mieltää banaanin kilpailijaksi).[54]

Pelkkä objektiivinen arvio siitä, että tuote olisi kuluttajan kannalta samanlainen ei riitä. Kuluttajan täytyy tietää, että tuotteet ovat samanlaiset. Kuluttajan tietoisuuden lähtökohtana on pidettävä lähinnä todennäköisimmiksi ajateltuja käyttäjäryhmiä ja heidän näkökulmaansa. Tällöinkin voivat mielipiteet hajautua eikä voida yksiselitteisesti todeta minkä ryhmän kanta olisi ratkaiseva. Voidaanko vaihdettavuutta pohtia esim. iäkkäämmän väestön kannalta, kun he ostavat tuotteesta 30 % eikä muiden käyttäjien kanta ole sama. Tuotteen ominaisuuksien ja mainonnan luomien mielikuvien luodessa pitkälti kuluttajien käsityksen siitä kenelle tuote on tarkoitettu palautuu kysymys usein siihen kenelle yritys on tarkoittanut tuotteensa markkinoida. Asian pitäisi olla lähinnä todistelukysymys, mutta mielestäni EU:n kilpailuviranomaisia voidaan tietyssä määrin kritisoida liian laajoista pohdinnoista. United Brands -tapauksessa pohdittiin mm. vauvojen, vanhusten ja sairaiden asemaa, vaikka näiden tahojen merkitys on selkeästi marginaalinen (varsinkin jos oletetaan – niin kuin pitäisi – että sidottuja käyttäjiä ovat vain ne, joille muiden hedelmien kuin banaanien syöminen olisi ollut lähestulkoon mahdotonta). Kysymys on pitkälti painotuksesta – mitä suurempi merkitys tietyille väestöryhmille annetaan, sitä helpommin tuote muodostaa tämän väestöryhmän osalta omat markkinansa.[55]

Korah kritisoi United Brands –tapausta, koska ei ole osoitettu yrityksellä olleen mitään mahdollisuuksia diskriminoida komission ja tuomioistuimen painottamia asiakasryhmiä. Hintojen nostaminen olisi johtanut pääkäyttäjien (eli kaikkien muiden kuin ”hampaattomien”) siirtymiseen toisiin hedelmiin ja aiheuttanut United Brands’lle suuret tappiot. Korah pitää sinänsä samantekevänä tarkastellaanko kysymystä markkinoiden rajauksen vai potentiaalisen kilpailun vaikutuksen kautta. Edellisessä vaihtoehdossa banaanit olisivat osa laajempia hedelmämarkkinoita

---

[54] ECR 1978 s. 224–226, 270–273.

[55] Vrt. Kuoppamäki II s. 53–55, jossa eri käyttäjäryhmien painoarvoa ei lainkaan tuoda esille.; vrt. Weatherill ym. I s. 727–728, 729–731. Kirjoittajat eivät mitenkään kritisoi ratkaisua, mutta painottavat käyttäjän kannalta saman arvoisia tuotteita. Ks. em. lähde s. 728 ”Market power can be assessed only with relation to the actual market in which a firm is operative. The only producer of widgets ... has no immunity from competition, if there are ten ... gidget producers and gidgets are readily substitutable for widgets.”

Komissio pitää mahdollisena hyödyntää yritysten markkinatutkimuksia määrittelyssä. Nämä sisältävät kuluttajatutkimuksia, vähittäiskauppiaiden näkemyksiä tms. Tiedot komissio saa joko osapuolilta tai kilpailijoilta. Ks. Komission tiedonanto C 372/11 kohta 41.

ja jälkimmäisessä todettaisiin, ettei banaanimarkkinoita hallitsevalla yrityksellä ole todellista markkinavoimaa potentiaalisen kilpailun takia.[56]

Utton toteaa, ettei pelkästään joidenkin ryhmien preferenssejä voida asettaa arvioinnin lähtökohdaksi. Osa kuluttajista haluaa ostaa tiettyä tuotetta, vaikka hinta olisi miten korkea hyvänsä (eli vaihtoehtona ei ole toinen tuote, vaan se, ettei tuotetta osteta lainkaan). Markkinamääritelmän lähtökohtana tulisi olla se, miten jokin tuote korvaa toisen. Jos tuotteen valmistajan kannalta merkittävä ryhmä siirtyisi ostamaan muita tuotteita kilpaillusta hinnasta poikettaessa, ei kyse ole erillisistä markkinoista.[57]

Samalla tuotteella voi olla useita eri markkinoita, jos sitä esim. tarjotaan sekä yksityiseen kulutukseen (tähän tarkoitetuissa pakkauksissa) että teolliseen kulutukseen (isoissa erissä tms.). Tietty kokonaisuus voi olla oma tuotteensa, kuten uusi auto takuineen ja huoltopalveluineen. Huoltopalvelu, varaosat sekä muut palvelut muodostavat tällöin omat markkinansa silloin, kun niitä ei tarjota päätuotteen yhteydessä. Osamarkkinoilla vallitseva kilpailu ei kuitenkaan oikeuta yritystä väittämään tämän kilpailun kohdistuvan saman tuotteen toisille markkinoille. Tämä seuraa jo toisen markkinaosapuolen näkökulmasta – hänelle ei synny mitään vaihtoehtoja siitä, että tuotteen voisi joissain toisissa käyttötarkoituksissa korvata toisella.[58]

Komissio korostaa erilaisten asiakasryhmien muodostavan omat markkinansa, jos myyntihetkellä voidaan todeta mihin ryhmään asiakas kuuluu ja asiakkaiden välinen kauppa on mahdotonta. Tiettyyn ryhmään kuuluminen myyntihetkellä toteutunee jo sillä, että asiakas ylipäätään ostaa ko. tuotteen eikä esim. etsi sen halvempaa versiota. Ryhmään kuuluvuuden tulisi lähteä lähinnä asiakkaan mielikuvasta.[59]

Tavallisesti tuotteen ostajan sille ajattelemalla käytöllä ei ole merkitystä. Mikäli käyttäjä on esim. suunnannut koko tuotantonsa tietyn raaka-aineen varaan ja tuotannon muutos olisi käytännössä mahdoton liian korkeiden kustannusten takia, voi raaka-aine / puolivalmiste muodostaa omat markkinansa tämän valmistustavan suhteen. Rajausta ei estä se, että lopputuotetta voisi tuottaa eri tavoin ja ko. raaka-aineesta jne. riippumatta.[60]

Näkökulmasta riippuen voidaan samoille tuotemarkkinoille lukea sellaiset valmistajat, jotka hyvin vähäisellä vaivalla pystyisivät tuottamaan korvaavaa tuotetta.

---

[56] Korah s. 81–82 ”In its decision, the Commission was concerned about the need of the young, the old and the infirm who may have difficulty eating other fruit. The interests of the toothless, however, are sufficiently protected by the inablity of the dominant firm to discriminate against them. ... United Brands would lose so much market share from the rest of the population that it would not be worth raising pr4ices to exploit the weak.”; vastaavaa kritiikkiä esittävät Vickers ym. s. 50.

[57] Utton s. 75.

[58] Langen ym. II s. 1722.

[59] Komission tiedonanto C 372/11 kohta 43. Komissio tarkoittaa kuulumisella tiettyyn ryhmään myyntihetkellä sitä, että asiakkaan preferenssit ovat riittävän selvät ja voimakkaat, jotta voidaan puhua erillisistä markkinoista.

[60] Whish s. 283.

Oikeuskäytännössä EU:n tuomioistuin katsoi Commercial Solvents -tapauksessa (Joined Cases 6 and 7/73), ettei asiassa ollut syytä tutkia Zojan mahdollisuuksia valmistaa lopputuotetta muusta kuin

Samoista tuotemarkkinoista kilpailevat ainakin ne valmistajat, jotka voivat pienin kustannuksin ja vähäisellä aikaviiveellä siirtyä vastaavan tuotteen valmistamiseen. Tämä tarkastelu voidaan tehdä osana määräävyydenkin arviointia, kuten Saksan oikeuden peruslähtökohtana on. Rajanveto potentiaalisen ja aktuaalisen kilpailun kannalta voi olla sikälikin hankala, että todellisena pidettävän kilpailun tulisi vaikuttaa jo markkina-arviointiin, mutta epämääräinen kilpailupotentiaali ei toisaalta juuri vaikuta yrityksen aseman hallitsevuuteen.[61]

2.3.2 Maantieteelliset markkinat

EU:n kilpailuoikeutta sovelletaan yhteisön alueella vaikuttaviin kilpailunrajoituksiin, mutta tämä lähtökohta ei estä käyttämästä yhteisön aluetta laajempia tai pienempiä markkinoita. Pyrkimyksenä on, kuten tuotemarkkinoiden osalta, selvittää mitkä yritykset tosiasiallisesti kilpailevat keskenään. Komissio ja ensimmäisen asteen tuomioistuin tosin pitivät EU:n aluetta ratkaisevana tekijänä todeten jopa markkinoiden laajentuvan uusien jäsenmaiden liittymisen myötä![62]

Maantieteellisten markkinoiden arvioinnissa on kyse ainoastaan tuotteen alueellisten markkinoiden määrittämisestä eikä sinänsä vielä hallitsevan aseman kohdistamisesta. Yrityksen ei periaatteessa tarvitsisi hallita edes koko alueellista markkinaa, mutta käytännössä on hankala mieltää sellaisen määräävän aseman olemassa oloa, joka ei perustuisi tiettyyn, muista erotettavaan maantieteelliseen markkinaan. Tiukkaa rajanvetoa siitä, tulkitaanko maantieteellisten markkinoiden kautta samalla käsitettä ”merkittävä osa yhteismarkkinoista”, ei siten mielestäni tarvitse tehdä.[63]

---

ethambutolista. CSC:n määräävää asemaa olisi voinut horjuttaa ainoastaan markkinoilla tarjolla olevat muut vastaavat raaka-aineet. Raaka-aineiden markkinat voitiin myös erottaa lopputuotteen markkinoista. Lisäksi kilpailunrajoitus näillä markkinoilla vaikutti johdannaistuotteiden markkinoihin ja tämä oli huomioitava arvioitaessa määrävän aseman väärinkäyttöä, vaikka johdannaistuotteet eivät muodostaisi omia markkinoitaan. Ks. ECR 1974 s. 248–252.

[61] Langen ym. II s. 1724 ”Zur Kontrolle, ob die vorgenommene sachliche Marktabgrenzung nicht künstlich ... ist, ..., berücksichtigen Kommission und EuGH ... auch potentiellen Wettbewerb auf der Angebotsseite (Angebotssituation); Vrt. sama lähde s. 520, jossa tuotannon korvaavuus yhdistetään vain massatuotteisiin eikä mitään mainintaa markkinoiden arvioinnin kontrolloinnista tätä kautta ole.; Leivo ym. s. 301–302. Tekijät painottavat välittömyyttä tämän ja potentiaalisena pidettävän kilpailun rajaa tarkemmin määrittelemättä; Weatherill ym. I s. 728, 731 liittävät kysymyksen selkeästi tuotemarkkinoihin. Määräävyyden arvioinnissa on heillä enemmänkin kyse markkinoiden pääsyn esteiden vaikutuksesta. Ks. em. lähde s. 737–739.

[62] Leivo ym. katsovat tekstissä esitetyin tavoin, että markkinat tulisi voida tulkita EU:n aluetta laajemmiksi. He pitävät todennäköisenä, että komissio ja ensimmäisen asteen tuomioistuin luopuvat Tetra Pak II -tapauksessa ilmenneestä kannasta. Leivo ym. s. 308–309.

[63] Bael ym. s. 78 ”Pursuant to wording of art. [86], the relevant geographic market must amount to a substantial part of the common market.”; Green ym. s. 260. Tekijät käsittelevät ongelmaa oleellisuudesta maantieteelliset markkinat otsikon alla; samoin Mononen s. 45; vrt. Schulze Steinen s. 149–150. Tekijä on sijoittanut huomattavaa osaa koskevan tarkastelun alueellisten markkinoiden otsikon alle, mutta käsittelee sitä kuitenkin näistä erillisenä; vrt. Whish s. 287, ks. myös s. 300, jossa tekijä selvästi erottaa toisistaan ”oleellinen osa yhteismarkkinoita” ja maantieteellisen markkina-arvioinnin.

Markkinoiden rajaus tehdään Saksan tapaan kuljetuskustannusten tms. seikkojen perusteella markkinavastapuolen näkökulmaa hyödyntäen. Markkinoiden ei välttämättä tarvitse olla yhden jäsenmaan aluetta suurempia, jos kilpailunrajoitus vaikuttaa jäsenmaiden väliseen kauppaan. Myös jäsenmaan merkittävä osa voi olla EU:n kilpailuoikeuden tarkoittama markkina (esim. Saksan liittotasavallan läntisimmät osavaltiot, jotka käyvät perinteisesti kauppaa Alankomaiden ja Ranskan kanssa). Markkinoiden määrittelyn pohjana on kuitenkin 82 art. soveltaminen, joten kyse on relevanteista markkinoista tämän normin kannalta eikä puhtaasti taloustieteellisestä arvioista. Käytettävät kriteerit ovat toki pitkälti samoja, mutta saattavat rajautua enemmän väitetyn väärinkäytön kuin taloudellisesti ehkä kannattavan toiminnan mukaan.[64]

Relevanttien markkinoiden painottamisesta seuraa se, ettei markkinarajaus voi täysin irrota väitetystä väärinkäytöstä. Muussa tapauksessa tietyn alueen diskriminointi olisi täysin mahdollista, jos muualla EU-alueella on riittävästi kilpailua. Maantieteelliset kilpailu- ja kysyntävaihtelut vastaavat pitkälti tuotekohtaista markkina-arviointia, eikä esim. autokaupassa voida Suomen markkinoihin lukea Saksan tai Ruotsinkaan markkinoita, koska verotus- ym. syistä kysyntä ei kohdistu näille markkinoille tuotteiden täydestä vastaavuudesta huolimatta. Ongelmana on jälleen kehäpäätelmän vaara, koska väitetty väärinkäyttö voisi samalla toimia todisteena markkinarajauksesta.[65]

Maantieteellisten markkinoiden määrittelyn eräs lähtökohta on yrityksen toimintasäde, joka määräytyy mm. tuotteen kuljetuskustannusten ja muiden ominaisuuksien perusteella. Lisäksi toimintasädettä voivat rajata erilaiset jäljellä olevat kaupan esteet sekä kuluttajien tottumukset. Eri alueita ei siten tule pitää samoina markkinoina, vaikka kuljetuskustannusten suhteen tuotteen kuljettaminen toiselle alueelle kannattaisi, jos ko. alueen asukkaat eivät pidä tuotetta totutun veroisena. Tältä osin maantieteellinen ja tuotepohjainen markkina-arviointi leikkaavat toisiaan.[66]

Yrityksen omaa näkökulmaa ei kuitenkaan saa viedä liian pitkälle. Tuotteethan eivät voi olla kuluttajan kannalta vaihdantakelpoisia, jos hän ei voi niitä oman

---

Komissio toteaa tuotemarkkinoiden määrittelyssä käytettävien testien olevan yleensä käytettävissä myös maantieteellisten markkinoiden määrittelyssä. Kysynnän merkitys lähtökohtana ilmenee siinä, että komissio toteaa kansallisten mieltymysten, kielen, kulttuurin ja elämän tavan sekä paikallisen läsnäolon tarpeen voivan merkittävästi rajata kilpailun maantieteellistä ulottuvuutta. Komission tiedonanto C 372/11 kohdat 45–46.

[64] Bael ym. s. 76 ”The definition of the relevant geographic market therefore depends on the location of the company which is the object of the investigation and *on the nature of the practises which are being investigated*.”; Komission tiedonanto C 372/12 kohta 50 ”Kuljetuskustannusten vaikutus ja lainsäädännöstä tai kyseisten tuotteiden luonteesta aiheutuvat kuljetusrajoitukset ovat ehkä selvin seikka, joka estää asiakkaita siirtämästä tilauksiaan muille alueille.”; Langen ym. III s. 1732; Whish s. 287.

[65] Väärinkäytön ja alueellisen markkinarajauksen yhteyttä painottaa Möschel. Ks. tältä osin Immenga ym. I s. 699.

[66] Bael ym. s. 76; Bary s. 80–81.

alueensa kaupasta ostaa. Maantieteellisiin markkinoihin ei siten voida lukea sellaisia alueita, joissa yrityksen ei kannata toimia, eli tämä on ääriraja. Kaupan esteiden ja itse tuotteen ominaisuuksiin sidotun arvioinnin lisäksi markkinoita rajaa kuluttajien tosiasiallinen mahdollisuus ostaa tuotetta. Esimerkiksi huonekaluja ostavan ruotsalaisen kannalta ei ole lainkaan kiinnostavaa, myykö IKEA huonekalujaan yhdessä, kahdessa vai kaikissa jäsenmaissa. Hänen osaltaan markkinat ovat lähinnä kotikaupungin tai Ruotsin osan laajuiset. Toisin kuin Bary painottaisin yrityksen myyntijärjestelmien tms. merkitystä enemmän yrityskauppakontrollin puolella, joka tulevaisuuteen suuntautuvana voi huomioida yrityksen potentiaalisiakin toimintamahdollisuuksia.[67]

Toinen tapa ilmaista maantieteellisten markkinoiden koostumus on todeta niiden olevan se alue, missä kysyntä ja tarjonta kohtaavat toisensa. Samoihin markkinoihin kuuluvat ne alueet, joissa kilpailuolosuhteet ovat riittävän samanlaiset. Kauempana sijaitsevat tuottajat tms. voidaan lukea samoille markkinoille, jos he voivat niillä riittävän tasavertaisesti toimia. Tällöin painotetaan sekä kaupan esteitä että kuljetuskustannuksia, mutta näkökulma on selkeämmin kuluttajan tai ostajan. Poikkeavat kulutustottumukset tms. voivat siten johtaa markkinoiden erottamiseen, vaikka itse tarjottava tuote olisi fyysisesti samanlainen. Samoin kuin tuotemarkkinoiden kohdalla voivat maantieteellisetkin markkinat olla osittain päällekkäisiä ja muuttua ajan myötä. United Brands- tapauksessa banaanien markkinoihin ei luettu tiettyjä EU:n alueita, koska näillä alueilla tämän yrityksen banaaneja diskriminoitiin muiden banaanien hyväksi.[68]

Homogeenisten tuotteiden osalta markkinoiden rajausta joudutaan pohtimaan osittain potentiaalisen kilpailun valossa. Näissä tapauksissa toisten valmistajien mahdollisuudet myydä tuotettaan eri puolilla EU:ta ovat sitä paremmat mitä homogeenisempi tuote on. Tämä seikka on jälleen pikemminkin yrityskauppakontrollin alaa eikä niinkään väärinkäyttökontrolliin soveltuvaa markkinarajausta. Jos kilpailua ei tosiasiallisesti jollain osalla yhteismarkkinoita ole, ei markkinamäärittelyssä voida muita yhteismarkkinoiden osia lukea samoihin maantieteellisiin markkinoihin kuuluviksi. Toisten valmistajien merkitys on tällöin nähtävä potentiaalisena kilpailuna, joka estää yritystä toimimasta muista riippumatta.[69]

---

[67] Vrt. Bary s. 80–81. Bary ei lainkaan mainitse kuluttajan näkökulmaa mitä pidän sangen kyseenalaisena. Vastaava kanta on Langen ym. s. 1726–1727.

[68] Pelkästään homogenisista kilpailuolosuhteista lähtevät Bael ym. s. 76–77; Kysynnän ja tarjonnan kohtaamista painottaa Bleckmann, joka ei lainkaan mainitse yrityksen omia ominaisuuksia. Ks. Bleckmann s. 698; Grabitz ym. s. 21 ”Die räumliche Marktabgrenzung entscheidet über die Frage, *ob entlegenere Anbieter gleicher oder substituierbarer Erzeugnisses oder Leistungen die Marktpartner des Unternehmenes noch erreichen* ...”; vrt. Leivo ym. s. 311. Tekijät korostavat markkina-alueen homogeenisuutta yritysten kannalta. Kilpailuolosuhteiden täytyy olla niiden kannalta riittävän samanalaiset; vrt. Langen ym. II s. 1726–1727. Tekijät lähtevät objektiivisistä markkinaolosuhteista, mutta heidän näkökulmansa on pikemminkin yritys kuin kuluttajakohtainen; Whish s. 287–288. Tekijä korostaa markkinoiden ketjuuntumis- ja muutosmahdollisuuksia.

[69] Bary on jälleen ilmeisesti laajemman markkinakäsityksen kannalla. Vrt. Bary s. 81.

Markkinat voivat olla myös EU:n aluetta laajempia, jos kilpailu käytännössä toimii esim. maailmanlaajuisella tasolla. Näitä tuotteita ovat esim. lentokoneet ja laivat, joiden valmistajia on koko maailmassa vain muutamia. Kilpailu käydään käytännössä kaikkien valmistajien kesken, eikä markkinoita voida rajata pelkästään eurooppalaiselle tasolle (tämä johtaisi Airbus-lentokoneita valmistavan yritysryhmän määräävään asemaan, koska Euroopassa ei ole toista yhtä merkittävää lentokonevalmistajaa matkustajakoneiden osalta).

Ostajien ja kuluttajien näkökulmaa painottava tulkinta ei estä esim. koko EU:n tai tätä laajempien markkinoiden käyttämistä. Lentokoneita ostavan lentoyhtiön kannalta ei valmistajan sijainnilla ole merkitystä, koska koneiden siirtokustannukset ovat mitätön murto-osa koneen hinnasta. Tuotteen valmistajien ja tukkukaupan tasolla ostajina ovat vähittäiskauppaketjut tms., joiden kannalta ei myöskään ole sinänsä merkitystä, tulevatko myytävät tuotteet muualta kuin kotimaasta. Vasta varsinaisella kuluttajatasolla esitetty rajaus voi johtaa sellaiseen markkinamääritykseen, jossa EU-oikeuden soveltamiselle ei jää sijaa (määräävä asema ei kohdistu oleelliseen osaan yhteismarkkinoita). Pidän yritysnäkökulman painotusta ongelmallisena jo sikäli, että sitä kautta maantieteelliset markkinat voitaisiin todeta liian laajoiksi. Esimerkiksi tuotetta koko yhteismarkkinoilla myyvä yritys on sangen halukas pitämään tätä aluetta maantieteellisinä markkinoina. Rajaus jäisi tällöin kilpailuolosuhteiden homogeenisuuden varaan, mitä jouduttaneen loppujen lopuksi tarkastelemaan ostajien kannalta.

2.3.3 Ajalliset markkinat

Ajallisten markkinoiden tarkastelu on EU:ssakin jäänyt taka-alalle. Sillä voi olla merkitystä, jos jonkun tuotteen kysyntä tai tarjonta vaihtelee ajan myötä. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan pitää näyttelyiden tai hedelmien tarjontaa. Maailman talouden kriisit voivat myös johtaa niihin ajallisesti sidottujen markkinoiden syntymiseen varsinkin raaka-aineiden osalta.[70]

Ajallisten markkinoiden merkitys on EU-tasollakin jäänyt käytännössä vähäiseksi eivätkä kaikki kirjoittajat edes käytä ko. käsitettä. Toisaalta aikaan sidottua arviointia voidaan pitää osana määräävän aseman pysyvyysarviointia, kuten Kuoppamäki on tehnyt. Ajallisesti määräävän aseman täytyy tällöin vallita markkinoilla vähintään silloin kun väitetty väärinkäyttö on tapahtunut. Tulevaisuuden kannalta aseman tulisi Kuoppamäen mielestä olla riittävän vakaa, jotta kyse olisi määräävästä asemasta. Terminologisesti em. arviointi on hieman ongelmallinen, koska kyse ei itse asiassa ole taloustieteellisestä markkina-arviosta (so. siitä miten jonkun tuotteen markkinat kehittyvät), vaan yrityksen aseman arvioinnista, joka on pikemminkin osa hallitsevan aseman määrittämistä.[71]

---

[70] Whish s. 289–290.

[71] Ks. esim. Bael ym. s. 235–236. Tekijät jakavat markkinat ainoastaan tuote- ja alueellisiin sivuuttaen ajallisen aspektin kokonaan; samoin Green ym. s. 257–258; samoin Mononen s. 37.

Rittner pitää ajallista markkina-arviota tapana huomioida potentiaalisen kilpailun vaikutus. Kyse on siten selkeästi lähinnä markkina-aseman eikä niinkään enää markkinoiden määrittämisestä. Hän tosin joutuu toteamaan, ettei ajallista markkinarajausta ole käytetty kuin tiettyjen kriisien yhteydessä.[72]

Erottelu markkina vai hallitseva asema kriteerin välillä ei ole yksiselitteistä, koska mitä lyhyempää ajanjaksoa tarkastellaan sitä helpommin päädytään pitämään joitain tuotemarkkinoita erillisinä markkinoina niille pääsyn esteiden takia. Tuotanto tai kysyntähän eivät voi sopeutua hetkessä, jolloin lyhyt ajanjakso sekä kaventaa markkinamääritelmää että korostaa markkinoilla toimivan yrityksen asemaa.[73]

2.4 Oleellinen osa yhteismarkkinoista

Kauppakriteerin avulla ei 82 art. vaikutuspiiristä saada rajattua esim. jäsenmaiden raja-alueilla toimivia yrityksiä, joilla on merkittävä osuus oman alueensa markkinoista, mutta sangen vähän merkitystä yhteismarkkinoiden kannalta. Jo EEC-sopimusta solmittaessa pidettiin ratkaisukeinona tähän ongelmaan sen edellyttämistä, että määräävä asema kohdistuu oleelliseen osaan yhteismarkkinoista.[74]

Oleellisuusarvioinnin voi katsoa kohdistuvan joko koko yrityksen asemaan (eli onko se määräävässä asemassa oleellisella osalla yhteismarkkinoita) tai väärinkäytön vaikutuksiin. Jälkimmäinen tulkinta on mielestäni oikeampi, koska EEC-sopimuksen tekstissä kielletään yritystä käyttämästä väärin määräävää asemaa yhteismarkkinoilla tai niiden osalla. Vaikka yritys hallitsisi ko. tuotteen osalta koko yhteisön markkinoita, mutta varsinainen väärinkäyttö kohdistuisi vain pieneen osaan jotain jäsenmaata, ei sen asemaa tulisi laajemmin huomioida. Tarkastelu tulisi kohdistaa siihen mikä on väärinkäytön merkitys yhteismarkkinoiden kannalta. Toisaalta esim. Whish liittää arvioinnin yrityksen asemaan eikä sen menettelyyn. Jos lähtökohtana pidetään oleellisuutta osana maantieteellisten markkinoiden määrittämistä, ei ongelma nouse lainkaan esille, vaan lähtökohtana on aina yrityksen asema. Tämän kannan on omaksunut esim. Kuoppamäki. Ristiriita on lähinnä näennäinen, jos korostetaan nimenomaan rele-

---

Vrt. Kuoppamäki II s. 67–68, jossa ajallinen tarkastelu on selkeästi yhdistetty hallitsevan aseman arvioitiin eikä edellisessä kappaleessa mainituin tavoin kysynnän tai tarjonnan ajallisiin vaihteluihin.

[72] Rittner III s. 305.

[73] Ks. Rissanen ym. s. 76–77. Tekijöiden lähtökohta on ollut markkinoiden pääsyn este -arvioinnin ja ajan merkityksen yhdistäminen pitkälti hallitsevan aseman olemassaolo kysymyksenä.

[74] Groeben ym. s. 1240. Tekijät korostavat oleellisuudella olevan itsenäisen roolin kauppakriteerin verrattuna; Whish painottaa kyseessä olevan 81 artiklan de minimis -periaatetta vastaavan tavan rajoittaa vähämerkityksellinen määräävä asema pois artiklan soveltamispiiristä. Ks. Whish s. 300.

Ks. maantieteellisiä markkinoita käsittelevää jaksoa 2.2.2 oleellisuus-kriteerin ja markkina-arvioinnin ongelmien osalta.

vanttien markkinoiden merkitystä, kuten esim. Groeben ym. tekevät.[75]

Suiker Unie -tapauksessa (Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73) yhteisön tuomioistuin lähti yrityksen asemasta markkinoilla. Se painotti ratkaisevaa olevan tuotannon ja kulutuksen määrät sekä jälleenmyyjien ja ostajien tottumukset ja taloudelliset mahdollisuudet. Lisäksi tuli huomioida kuljetuskustannusten vaikutus. Lähtökohta on siten lähinnä alueellisten markkinoiden määrittelyyn viittaava ja täten mielestäni osin virheellinen. Samassa tapauksessa pohdittiin sitä, voidaanko Etelä-Saksaa pitää oleellisena osana yhteismarkkinoita. Tässä yhteydessä todettiin alueen olevan riittävän suuri viitaten em. kriteereihin. Tuomioistuin ei lainkaan arvioinut, miten suuri merkitys väitetyllä kilpailunrajoituksella oli näihin markkinoihin. Ratkaisun lähtökohta oli tietty väärinkäyttö tietyillä markkinoilla, joten väärinkäytön merkitystä oleellisuusarvioinnissa poissulkevaa johtopäätöstä ei voi tehdä.[76]

Käsitettä ei tule rajata pelkästään jäsenmaiden rajojen tai edes talousalueiden mukaan. EU-oikeushan pyrkii tältäkin osin yhteismarkkinoiden luomiseen. Merkittävä osa yhteismarkkinoista on siten jokainen markkina, jonka toiminnalla voi olla merkitystä tämän kokonaisuuden kannalta. Normi ei kuitenkaan täyttäisi tehtäväänsä komission työtaakan vähentäjänä (ja se saisi ehkä liikaa valtaa niin vuoden 1957 päättäjien kuin nykyisten mielestä), jos liikevaihdolla, asukkaiden määrällä tms. kriteerillä mitattuna varsin pieniä markkinoita pidettäisiin merkit-

---

[75] Omaksumallani kannalla on selvimmin Möschel. Hänkin lukee kysymyksen alueellisten markkinoiden arvioinnin osaksi. Ks. tältä osin Immenga ym. I s. 699 ”Eine in der Praxis häufige und hilfreiche Abgrenzungsmethode ist die Bezugnahme auf das Gebiet, *in dem sich die mißbräuchlichen Verhaltensweisen auswirken*.”; samantyylisesti Leivo ym. s. 308 ”...väärinkäytön on siis tapahduttava *yhteismarkkinoilla tai sen merkittävällä osalla*.” (kursivoinnit alkup. tekst.) ja s. 309 (vastaava lause merkittävän osan kohdalla).

Kuoppamäki II s. 63 ”[86] artiklan soveltaminen edellyttää, että väärinkäyttö on omiaan vaikuttamaan jäsenmaiden väliseen kauppaan. Jos kilpailunrajoituksilla on vain kansallista merkitystä, kuuluu niihin puuttuminen kansallisten viranomaisten toimivaltaan. Tämän vuoksi [86] artiklassa säädetään, että väärinkäytön tulee tapahtua yhteismarkkinoilla tai niiden *oleellisella* osalla” (kursivointi alkup. teks.).

Vrt. Bellamy ym. s. 407 ”Thus in order to determine whether the dominant position is held in a 'substantial' part of the common market, it is necessary to take into account the geographic area in which the dominant position is alleged to exist and the product market in that area.”; Whish s. 300 ”Is that dominant position held in the whole or a substantial part of the common market? If not, Article [86], by its own terms does not apply.”

Vrt. Groeben ym. s. 1240 ”Umso größere praktische Tragweite hat daher die Frage, ob der relevante Markt, auf dem die beherrschende Stellung besteht, einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes umfaßt.”

Viittaan myös maantieteellisiä markkinoita käsittelevään jaksoon 2.3.2.

[76] Ks. ECR 1975 s. 1977 kohdat 370–371.

Tapaukseen viittaava Möschel katsoo markkinarajauksen ja siten oleellisuusarvioinnin perustuneen juuri kilpailunrajoituksen vaikutuksiin. Ks. tältä osin Immenga ym. I s. 699 ”So indizierte etwa Machtmißbrauch gegenüber belgischen Händlern einen räumlich relevanten Markt bestehend aus Belgien und Luxemburg ... Ein sich auf Süddeutschland erstreckender Absatzmarkt des beherrschenden Unternehmens führte zu einer entsprechenden Marktabgrenzung.”

tävinä. Alueella on siten oltava taloudellista merkitystä yhteismarkkinoiden kannalta.[77]

Jokainen jäsenmaa on aina merkittävä osa markkinoista. Suomikin on tältä kannalta merkittävä osa, vaikka asukasluvulla mitattuna Suomi ja muut saman kokoiset maat eivät ole läheskään yhtä tärkeitä markkinoita kuin Saksan tai Ranskan markkinat. Muun mallin omaksuminen ei vastaa EU:n tavoitteita, koska yhteismarkkinoita ei ole olemassa markkinoiden jakaantuessa kansallisten rajojen mukaisesti. Pienempien markkinoiden integroituminen kokonaisuuteen saa siten enemmän merkitystä kuin pelkkä lukuvertailu osoittaisi.[78]

Jäsenmaiden pitämistä automaattisesti merkittävänä osana markkinoita voidaan kritisoida yhteismarkkinoiden vastaisena ajatteluna. Tässähän eräällä lailla pidetään kiinni kansallisvaltioajattelusta, joka ei vastaa markkinoiden realiteettejä. Bleckmann huomauttaa lauseen tarkoituksena olevan vain vähämerkityksellisten markkinoiden erottaminen merkittävistä eikä tämä kriteeri ole mitenkään sidottu valtioiden rajoihin. Bleckmann'n esittämään kritiikkiin ei voi täysin yhtyä. EU on vielä sidottu kansallisiin rajoihin, mitä ilmaisee mm. kauppakriteeri. Mielestäni kauppakriteeri ja merkittävä osa markkinoista on nähtävä samaa toiminnallista kokonaisuutta ajavana, jossa EU:n kannalta yhä edelleen vaarana on enemmän markkinoiden kansallinen kuin muihin alueisiin perustuva jako.[79]

Jäsenmaan osaa voidaan pitää merkittävänä osana markkinoita, jos tämä on yhteismarkkinoiden kannalta perusteltua. Tällöin lähtökohtana on markkinoiden taloudellinen merkitys. Mitään selvää alarajaa ei tältä osin ole, eikä esim. liikevaihdon perusteella voida suoraan sanoa mitä markkinoita pidetään merkittävinä ja mitä ei. Bary painottaa osuvasti markkinoiden merkitystä yhteismarkkinoiden kannalta. Pelkästään valtiollisesti tai alueellisesti merkittävät markkinat eivät kuulu 82 art. alle, ellei em. merkitystä ole. Käytännössä 82 artiklaa on sovellettu tällä perusteella vain suurten jäsenvaltioiden osiin.[80]

Taloudellisen arvioinnin vaikutusta korostaa se, että yksittäistä satamaa tai lentokenttää on pidetty 82 art. mielessä merkittävänä osana yhteismarkkinoita. Tällöin on huomioitu ne vaikutukset, jotka kilpailunrajoituksesta syntyy sataman tai lentokentän vaikutusalueella. Tämä näkökulma ei ole täysin ongelmaton, koska mikä tahansa jäsenvaltioihin suuntautuvaa kuljetustoimintaa tai vientiä eri jäsenmaista palveleva alue voisi olla 82 art. tarkoittamassa mielessä merkittävä. Tulkin-

---

[77] Leivo ym. s. 309–310.

[78] Bael ym. s. 78. Tekijät käyttävät tältä osin sanontaa "quasi-automatically" mikä viitannee siihen, että joissain tapauksissa jäsenmaan kattavat markkinat eivät riittäisi täyttämään merkittävyyskriteeriä. Tähän kantaan ei mielestäni tule yhtyä juuri EU:n perustarkoituksen takia ja merkittävyyttä olisi siten pidettävä täysin automaattisena; Leivo ym. s. 310 katsovat kyseessä olevan säännönmukaisuuden ja päätyvät tekstissä ilmaistuun kantaan Suomen osalta.

[79] Bleckmann s. 701.

[80] Bary s. 83 "Jedoch genügen auch erhebliche Bedeutung und wirtschaftliches Gewicht allein in bezug auf das Gebiet eines Mitgliedstaates ohne eine derartige Relation zum Gemeinsamen Markt (viitataan vaadittavaan merkitykseen) den Anforderungen des Gerichtshofs nicht."

nasta riippuen voitaisiin esim. Kotkan ja Haminan satamia pitää merkittävinä osina yhteismarkkinoita. Näistä satamistahan kulkee merkittävä osa Suomen paperivientiä muihin EU-maihin ja niihin tuodaan EU-alueen tuotteita sekä Suomen että Venäjän markkinoille. Rinnastettaessa Genovan satamaa koskevaan tapaukseen voitaisiin esim. Suomen valtion päätös luotsimaksujen korottamisesta tutkia komissiossa.[81]

Merkittävää osaa koskeva vaatimus luo itse asiassa kauppakriteerin kanssa rinnakkaisen EU:n oikeuden soveltamisalueen rajan verrattuna kansalliseen oikeuteen. EEC-sopimusta ei olisi tarkoituksenmukaista soveltaa hyvin pienellä alueella vaikuttavaan väärinkäyttöön, vaikka tällä jonkinlainen vaikutus kauppaan olisikin. Esimerkkinä voidaan käyttää rajakaupungissa vaikuttavaa paikallista monopolia. Osan asiakkaista tullessa naapurijäsenmaasta on vaikutus kauppaan aina olemassa. Tietyllä tavalla merkittävyysvaatimusta voidaan pitää ilmentymänä ”rule of reason” -ajattelusta. Ongelmallisena pitäisin Emmerich’n käyttämää kriteeriä merkityksestä kilpailulle koko yhteisön kannalta. Tätä ajattelua voidaan perustella lähinnä sillä, että hyväksytty kilpailunrajoitus esim. Saksan ja Ranskan välillä voisi johtaa vastaavien hyväksymiseen muualla. 82 art. ei kuitenkaan edellytä tämän kaltaista tarkastelua, vaan ainoastaan markkinoiden merkittävyyttä yhteismarkkinoiden kannalta. Tätä pidän pikemminkin alueellisena kuin Emmerich’n katsomalla tavalla (osittain) kilpailupoliittisena kysymyksenä.[82]

2.5 Määräävän aseman kriteerit

EEC-sopimuksessa – kuten kilpailuoikeudessa yleensäkään – ei ole tarkkaa määritelmää siitä, mitä pidetään määräävänä asemana sen tarkoittamassa mielessä. Tarkastelu on pitkälti markkinasidonnaista, mutta myös taloudelliset voimavarat, patenttioikeuksien jne. luomat valta-asemat voidaan ottaa huomioon. Tilanne vastaa siten pitkälti Saksassa ja Suomessa omaksuttua kantaa. Periaatteessa lähtökohtana on yrityksen taloudellinen riippumattomuus kilpailijoistaan ja kilpailusta. Se pystyy pitkälti itse päättämään toiminnastaan markkinoilla. Samalla yritys halutessaan voi estää kilpailua markkinoilla. Weatheril ym. pelkistävät kysymyksen taloudellisen voiman arviointiin, jolla tarkoitetaan suhteellista voimaa kilpai-

---

[81] Leivo ym. s. 310–311. Teoksessa ainoastaan kommentoidaan tilannetta kritiikittä.

Oikeuskäytännöstä ks. Genoan satamaa koskeva ratkaisu Case C-179/90 ECR 1991 s. 5928 kohta 15 ”As regards the definition of the market in question, ... that it is that of the organization on behalf of third persons of dock work relating to ordinary freight in the Port of Genoa and the performance of such work. *Regard being had in particular to the volume of the traffic in that port and its importance in relation to maritime import and export operations as a whole in the Member State concerned, that market may be regarded as constituting a substantial part of the common market.*”

[82] Emmerich II s. 561 ”Nur Mißbräuche auf Märkten, deren Entwicklung für den Wettbewerb in der gesamten Gemeinschaft wichtig ist, werden erfaßt”.

lijoihin ja asiakkaisiin nähden. Lähtökohtana käytetään mahdollisimman selviä tunnuslukuja, kuten markkinaosuutta tms. Muussa tapauksessa kehäpäätelmän vaara voisi olla lähellä (arvioitaisiin yrityksen käytöksestä, onko se määräävässä asemassa ja sitten kiellettäisiin tätä käyttäytymistä määräävän aseman väärinkäyttönä).[83]

Yhteisön tuomioistuin on Hoffmann-La Roche -tapauksessa (Case 85/76) painottanut yrityksen vapautta toimia kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana taloudellisen valta-asemansa turvin. Tämän voiman turvin se pystyy estämään toimivan kilpailun relevanteilla markkinoilla. Yrityksen ei tarvitse olla monopoli- tai lähes monopoliasemassa, vaan riittää, että se pystyy vaikuttamaan merkittävästi niihin olosuhteisiin, joissa kilpailu voisi kehittyä. Tilanne tulee erottaa oligopoli-sidonnaisuudesta, jossa toimintamahdollisuudet määräytyvät muiden yritysten toiminnan pohjalta. Hallitseva yritys voi itse määrätä miten se toimii markkinoilla.[84]

Kuoppamäki yhdistää arvioinnin mielenkiintoisella tavalla SCP-ajatteluun. Hän määrittäisi yrityksen aseman sekä markkinarakenteen, käyttäytymisen että tulosten perusteella. Tekijöiden vuorovaikutuksesta johtuen ei niitä ilmeisesti voisi käyttää erillään, vaan kyse on kannalta kokonaisarviosta. Alaviitteessä Kuoppamäki toteaa em. seikkoihin liittyviä kriteerejä olevan mm. yritysten määrän markkinoilla, hinnoittelua ja voittoja.[85]

Whish pitää ongelmallisena EU:n tuomioistuimen tapaa yhdistää taloudellinen toimintavapaus ja kyky estää toimivaa kilpailua. Määritelmä jättää hänen mielestään avoimeksi sen, onko molempien kriteerien täytyttävä ennen kuin hallitsevasta asemasta on kyse. Kuoppamäki toteaa sinänsä saman eron, muttei ilmeisesti pidä eroa ongelmallisena. Mielestäni taloudellinen toimintavapaus on pitkälti sama asia kuin kyky estää kilpailua. Jälkimmäisellä turvataan yrityksen kannalta edellistä, ja toisaalta muihin nähden vain riittävän itsenäinen yritys voi rakentaa

---

[83] Bary painottaa EU:n komission ja tuomioistuimen jättäneen tarkoituksella sitoutumatta johonkin taloudelliseen teoriaan. Ratkaisu on siten tehtävä tapauskohtaisesti pitkälti jo sovellettuja kriteerejä noudattaen. Ks. Bary s. 92; Emmerich II s. 561–562. Emmerich painottaa sivulla 162: ”Das ausschlagebende Merkmal der beherrschenden Stellung ist mithin in der Fähigkeit eines Unternehmens zu sehen, sich dem anonymen Wettbewerbsdruck auf seinen Märkten zu entziehen, *unabhängige Strategien* zu entwickeln...” (kursivointi alkup. tekstissä); Grabitz ym. [86] art. s. 11. Tekijät viittaavat sekä mahdollisuuteen toimia itsenäisesti markkinoilla että mahdollisuuteen estää kilpailua; Vrt. Weatherill ym. I s. 736 ”... it is necessary to determine whether the undertaking dominates that market: is it able to behave independently of competitive pressures,...” ja samalla sivulla: ”This is simply a question of economic power.”. Tekijät huomauttavat samassa yhteydessä markkinaosuuden olevan luotettavimman mittarin taloudellisesta voimasta.

[84] Oikeuskäytännöstä ks. tekstissä mainittu tapauksen osalta ECR 1979 s. 520 ”The dominant position thus referred to relates to a position of economic strenght enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.”; sekä Oreal-tapaus (Case 31/80), jossa toistetaan em. kanta ECR 1980 s. 3793; samoin Alsatel-tapaus (Case 247/86). Ks. ECR 1988 s. 6008–6009.

[85] Kuoppamäki II s. 70.

keinotekoisia, strategisia esteitä markkinoille tulolle. Whish'kään ei anna erottelulle suurta arvoa katsoessaan, että jaolla on vain pyritty korostamaan 82 art. kattavan sekä kilpailua estävän että määräävää asemaa hyödyntävän toiminnan. Oikeampana voidaan pitää Bael ym. tulkintaa, jossa EU:n tuomioistuimen kantaa pidetään osoituksena siitä, ettei vähäinen markkinavoima voi olla markkinoiden hallintaa, mutta toisaalta kilpailua ei tarvitse estää kokonaan.[86]

Lähtökohtana on periaatteessa kaikkien kriteerien yleistarkastelu. Näistä etusijalla ovat markkinoihin liittyvät seikat ja vasta toissijaisesti yrityksen markkinoista riippumattomat voimavarat. Viimeisellä sijalla – lähinnä tarkentavassa tai tehtyä arviointia varmistavassa roolissa – on yrityksen toimintaan liittyvä näkökulma. EU-oikeudessa ei siten voida hyväksyä pelkkää kehäpäätelmää ilman markkinoiden tarkastelua. Yrityksen itsensä kannalta varsin hankalaksi voi muodostua tilanne, jossa kilpailu on esim. oligopolitilanteen takia jo rajoittunutta, ja esim. sen perimästä hinnasta tms. kilpailutekijästä tehdään johtopäätös, jonka nojalla se yksin tai yhdessä muiden oligopoliyritysten kanssa on määräävässä asemassa. Tästä aiheutuva epävarmuus, mitä yritys voi tehdä ja mitä ei, on tosin tietyssä määrin väärinkäyttökontrollin tarkoitus. Se toimii tässä mielessä ennaltaehkäisevänä tekijänä. Vain yrityksen menettelyyn perustuvia johtopäätöksiä tulisi kehäpäätelmäriskin takia EU:ssakin välttää. Hyväksyttävänä on ilman muuta pidettävä Baryn mainitsemaa liian vahvaksi arvioidun markkina-aseman kontrollia yrityksen menettelyn kautta. Yrityshän ei ole määräävässä asemassa, jos siihen kohdistuu huomattavassa määrin kilpailua ja tämä on pääteltävissä sen toiminnasta.[87]

Kehäpäätelmän riski ei saa estää yrityksen aseman tulkitsemista eri tavoin eri markkinatilanteissa ja säätelyn tarkoituksen poiketessa toisistaan. Arviointi yhdistyy tällöin osittain markkina-arviointiin. Esimerkiksi riippuvuustilanteissa markkinoiden rajaus voi suorastaan pakottaa katsomaan yrityksen olevan hallitsevassa asemassa, ja ongelma pelkistyy pitkälti siihen pidetäänkö rajausta hyväksyttävänä vai ei. Toisaalta esim. yrityskauppakontrolli tulevaisuuteen suuntautuvana vaatii erilaisen tarkastelukulman kuin taannehtiva väärinkäyttökontrolli.[88]

2.5.1 Markkinaosuus

Määräävän aseman tarkastelukriteereistä EU:ssa tärkein on markkinaosuus, johon lasketaan paitsi osapuolten myös näiden hallitsemien yritysten markkinaosuudet. Monopoli eli 100 %:n osuus on harvinainen, mutta alhaisempi markkinaosuus voi

---

[86] Kuoppamäki II s. 72–73; Whish s. 291. Vrt. Bael ym. s. 79.

[87] Bary s. 93, 99–100. Tekijä mainitsee yrityksen menettelyn lähinnä liian vahvaksi arvioidun markkina-aseman kontrollina.; Grabitz ym. [86] art. s. 17, 18. Tekijät painottavat yrityksen menettelyn olevan viimeisellä sijalla ja huomauttavat, ettei menettelyn käytöstä markkina-aseman arvioinnissa vielä seuraa mitään negatiivista arviointia itse menettelyn suhteen (so. kehäpäätelmää ei saa viedä molempiin suuntiin. Jos menettelyä käytetään määräävän aseman kriteerinä, ei samalla saada ottaa kantaa menettelyn sallittavuuden suhteen, vaan tämä on arvioitava itsenäisesti).

[88] Kuoppamäki II s. 69.

jo yksinään olla vahva näyttö hallitsevasta asemasta. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty useita eri prosenttilukuja (vaihteluväli on noin 60 %–85 %:nttiin). Varsin usein joudutaan tarkastelemaan markkinaosuuksien eroja, jolloin suuri ero seuraavaan kilpailijaan tai kilpailijoihin viittaa määräävään asemaan. Hieman yli 50 %:n osuuskaan ei välttämättä osoita yhden yrityksen määräävää asemaa, jos markkinoilla toimii käytännössä 2 yritystä (eli duopoli). Vastaavasti markkinoiden jakaantuminen 40 %, 30 % ja 30 %:n osiin ei välttämättä osoita minkään näistä kolmesta yrityksestä olevan määräävässä asemassa, ellei kyse ole yhteisesti toimivasta oligopolista. Normaalisti alle 40 %:n markkinaosuus ei muodosta hallitsevaa asemaa kuin poikkeustapauksissa, kuten markkinoiden ollessa jakautuneena pieniin osiin. Markkinaosuuksien merkitys on pienempi muuttuvilla kuin stabiileilla markkinoilla, joten hetkellistä suurtakaan markkinaosuutta tuskin voidaan pitää perusteena kiellolle. Komissio on myös katsonut, että tarpeeksi aktiivisten kilpailijoiden läsnäolo voi joissain harvoissa tapauksissa kumota korkeankin markkinaosuuden vaikutuksen.[89]

Näytöksi riittävän markkinaosuuden alarajan asettuminen 20–40 %:nttiin on mielenkiintoista verrattaessa tilannetta Saksan oikeuteen. GWB 19 § arviointinormi pitää näyttönä hallitsevasta asemasta jo 1/3 osan markkinaosuutta. Raja on siten Saksassa varsin samanlainen kuin EU:ssa.[90]

Aktiivisten kilpailijoiden lisäksi potentiaalinen kilpailupaine voi johtaa määräävän aseman hylkäämiseen. Suuri markkinaosuus ei oikeastaan osoita mitään, jos yritys ei voi periä monopolivoittoja tai muutoin hyödyntää asemaansa. Ongelma liittyy usein markkinoiden rajaukseen, koska yrityksen kannalta kilpailijoiden vahva uhka voi perustua lähinnä mahdollisuuteen muuttaa tuotantoa sen tuotteisiin tai tunkeutua sen maantieteellisille markkinoille. EU:ssakaan ei ole voitu yksiselitteisesti ratkaista potentiaalisen kilpailun merkitystä, vaan kysymys jää pitkälti yksittäistapausharkinnan tasolle.[91]

---

[89] Bael ym. s. 82–83. Tekijät eivät aseta selvää rajaa sille milloin markkinaosuus olisi yksinään vahva näyttö, mutta alarajana he pitävät 20–40 %:n markkinaosuuksia; Bary s. 95 ”Erst bei geringeren Marktanteilsgrößen kommen weitere Gesichtspunkte ins Spiel.”; Borchardt s. 343 ”Für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung kommt dem Marktanteil eine besondere Bedeutung zu.”; Langen ym. II s. 1731 ”Sind auf dem Markt mehrere Wettbewerber tätig (tässä viitataan siihen, että monopoli on joka tapauksessa määräävässä asemassa), orientiert sich die Frage nach der Marktstellung eines Unternehmens in erster Linie an seinem Marktanteil.”; samoin Grabitz ym. [86] art. s. 14; Rissanen ym. s. 80–82. Tekijät eivät aseta mitään tiettyä rajaa; Weatherill ym. I s. 736–737. Tekijät pitävät poikkeustapauksissa alle 30 % markkinaosuuksia riittävinä, jos markkinat ovat pirstoutuneet ja suurimmalla yrityksellä on tekninen etumatka tms.; Whish s. 292–294. Tekijä asettaa ”selvän” hallinnan rajan noin 85 %:nttiin ja alarajan yleensä noin 40 %:nttiin, vaikka 20–40 %:n välillä hallitseva asema voi olla tilannekohtaisesti osoitettavissa.

[90] Viittaan Saksan oikeutta käsittelevään jaksoon III 2.4.4 arviointinormeihin liittyvien ongelmien osalta.

[91] Rissanen ym. s. 82. Tekijät viittaavat potentiaalisen kilpailun merkitykseen ja sen (so. tietyillä markkinoilla) vaatimiin suurin yksikkökokoihin. He ovat huolestuneita potentiaalisen kilpailun vaikutuksen vähäisyydestä; laajemmin Whish s. 292.

Vähäinen markkinaosuus on yleensä riittävä näyttö siitä, ettei yritys voi toimia toisista riippumatta. Todennäköisesti alle 20 %:n markkinaosuus ei osoita hallitsevuutta, mutta varmaa rajaa ei ole. EU:n tuomioistuimen ratkaisujen pohjalta alle 10 %:n osuus osoittaa, ettei yritys hallitse ko. markkinoita. Metro-tapauksessa (Case 26/76) SABAn 6–7 %:n osuuden katsottiin todistavan, ettei kyseessä voi olla hallitseva asema kuin poikkeuksellisten olosuhteiden vallitessa. Koska markkinoilla oli selvästi kilpailua, ei edes se seikka, että tuotteen laadun takia se olisi ollut jälleenmyyjien kannalta hyödyllinen lisä heidän valikoimaansa osoittanut valmistajalla olevan sellaista liikkumavapautta, joka olisi markkinaosuuden vastaisesti osoittanut SABAn olevan hallitsevassa asemassa.[92]

Markkinaosuus voidaan arvioida joko hintojen tai tuotantomäärien perusteella. Jälkimmäistä pitäisin ongelmallisena ainakin niissä tapauksissa, joissa samoihin markkinoihin kuuluu selvästi eri hintaisia tuotteita. Hintaa käyttämällä saadaan lähes aina käyttökelpoisia tuloksia, koska tällöin vähäiset poikkeamat laadussa, hintatasossa tms. saadaan arvioitua yhteisen mitan, hinnan avulla. Varsinaista tarvetta arvioida markkina-asemaa tuotantomäärien perusteella ei juuri ole lukuunottamatta alihinnoittelutilanteita. Näissä tapauksissa hinta voi antaa väärän kuvan yrityksen todellisesta asemasta, koska se itse manipuloi juuri tätä kilpailutekijää. Tarvittaessa laskelmien virheettömyyttä voidaan tarkistaa käyttämällä toista laskutapaa vertailukeinona.[93]

Markkinaosuuden ja aseman markkinoilla on oltava tietyssä määrin vakiintunut ennen kuin voidaan katsoa yrityksen olevan määräävässä asemassa. Aikakriteeriä ei ole 82 artiklassa määritelty, mutta vain ohimenevä markkinoiden hallinta ei kuulu sen soveltamisalan piiriin. Ohimenevänä tilanteena tuskin voidaan pitää esim. vuosittain toistuvien näyttelyjen järjestäjän mahdollisuuksia kontrolloida asiakkaitaan. Kriteeri ei siten ole sidottu markkinoiden satunnaisuuteen, vaan siihen, muuttuuko ko. yrityksen asema markkinoilla ajan myötä. Tässä yhteydessä voidaan huomioida potentiaalisen kilpailun vaikutus. Vakiintuneena ei voida pitää asemaa, johon kohdistuu jatkuva potentiaalisen kilpailun luoma paine.[94]

2.5.2 Muut kriteerit

Markkinaosuuden lisäksi voidaan käyttää muita kriteerejä. Ne ovat lähtökohtaisesti välttämättömiä kaikissa niissä tapauksissa, joissa ei vallitse monopolia tai hyvin suurta markkinaosuutta. Mitään selvää määritelmää hyödynnettävistä teki-

---

[92] Bael ym. s. 83.
Metro-tapauksen osalta ks. ECR 1977 s. 1902–1903 kohta 17 ”Whilst the share of the market occupied by an undertaking does not necessarily constitute the sole criterion for the existence of a dominant position ..., shares as insignificant as that held by SABA rule out the existence of a dominant position unless exceptional circumstances obtain.”

[93] Langen ym. II s. 1731 (ei erityistä kantaa laskutapojen välillä).

[94] Bary s. 95 (tekijä käyttää sanontaa markkinaosuuden dynamiikka, joka vastannee tekstissä mainittua vakiintuneisuutta), 96 (potentiaalisen kilpailun osalta).

jöistä ei ole, vaan periaatteessa kaikki yrityksen markkina-asemaan vaikuttava voidaan huomioida.[95]

Normitasolla olevan määrittelyn puuttuessa on riippuvuustilanteiden arviointi vaikeaa. Saksassahan tätä kautta kontrolli voidaan ulottaa ei-määräävässä asemassa oleviin markkinavoimaisiin yrityksiin, jos pieni tai keskisuuriyritys on niistä riippuvainen. EU:ssa kysymys on ollut pikemminkin markkinoiden määrittelystä. Hugin-tapauksessa kassakoneita korjaavan yrityksen olisi Saksassa voitu katsoa olevan riippuvainen osien toimittajasta, mutta EU:ssa lähtökohtana oli markkinoiden määrittely ko. kassakonetyypin varaosien mukaan.

Laillisen oikeuden hyödyntämiseen perustuva monopoliasema ei ole 82 art. tarkoittama määräävä asema pelkästään tämän oikeuden hyödyntämisen takia. Tällaisia oikeuksia ovat mm. teollisoikeudet (kuten patentit ja mallioikeus) ja tekijänoikeudet. Yritystä ei siten voida esim. määrätä laskemaan tekijänoikeudella suojattujen äänilevyjen hintoja. Toisaalta yritys ei saa mennä teollisoikeuden normaalia tarkoitusta pitemmälle (varsinkin nk. rinnakkaistuonnin estäminen on selvästi kielletty). Oikeuden merkitys myös päättyy tuotteen liikkeelle laskemiseen (so. oikeus on käytetty loppuun tässä vaiheessa) ja kaikki pyrkimykset rajoittaa tämän jälkeistä kilpailua voivat joutua 81 tai 82 artiklojen kohteeksi.[96]

Lainsäädännöllä yritykselle luotu oikeudellinen monopoli ei estä 82 art. soveltamista (ks. edellä 86 artiklaa koskevaa esitystä). Oikeudellista monopolia voidaan tällöin pitää määräävänä asemana, vaikka se kohdistuisi muutoin hyvinkin kilpailtuihin markkinoihin (jos monopolin tarkoittama tuote tai palvelu on erotettavissa em. markkinoista).[97]

Markkinaosuuksien käyttöä arviointikriteerinä voidaan kritisoida sikäli, ettei se välttämättä ota tarpeeksi huomioon yrityksen voimavaroja. Hyvin monet suuryrityksethän ovat monialayrityksiä, jolloin ne voivat voimavarojen siirrolla uhkaamalla saada kilpailijat takaisin ruotuun. Tällaisten taloudellisten voimavarojen arviointi on aina tehtävä varovaisesti, koska suurikaan yritys ei aina pysty irroittamaan taloudellisia resursseja muista operaatioistaan.

Markkinaosuuden lisäksi voidaan käyttää arviointikriteerinä yrityksen eri voimavaroja. Langen ym. käyttävät termiä yritysrakenne tältä osin erotuksena markkinarakenteesta, jonka perusteella markkinaosuus arvioidaan. Yritysrakenteeseen kuuluu mm. yrityksen vertikaalinen integroituminen, tekninen osaaminen, taloudelliset voimavarat, tuotevalikoman laajuus, tuotantoon liittyvät skaalaedut tms.[98]

---

[95] Whish s. 294–295.

[96] Tätä kantaa edustaa yhteisön tuomioistuimen Metro-tapaus (Case 78/70). Ks. ECR 1971 s. 501 ”A manufacturer ... who holds a right related to copyright does not occypy a dominant position within the meaning of Article [86] of the Treaty merely by exercising his exclusive right to distribute the protected articles.”

[97] General Motors -tapauksessa (Case 26/75) viranomaisten edellyttämän autojen maahantulotarkastuksen katsottiin luovan omat merkkikohtaiset markkinansa, vaikka autojen markkinat olivat sinänsä hyvin kilpaillut. Ks. ECR 1975 s. 1378 kohdat 5–10.

[98] Bary s. 97–99; samoin Langen ym. II s. 1734–1735.

Määräävää asemaa ei estä yrityksen tappiollisuus. Sinänsä ei ole väliä perustuuko tappiollisuus alihinnoitteluun vai yrityksen tehottomuuteen. Mikäli huono tulos on seurausta hintojen laskusta kilpailun paineen takia, ei yrityksen voi katsoa olevan hallitsevassa asemassa, koska siihen kohdistuu tehokasta kilpailua. Toisinpäin tehtävää johtopäätöstä (so. suuret voitot –> määräävä asema) ei voida pitää sallittuna ilman markkina-analyysiä.[99]

Eri kriteerien painoarvojen arvioiminen on vaikeaa ja jää pitkälti yksittäistapausten varaan. Markkinaosuuksien painotus voidaan viedä niin pitkälle, että muille annetaan vain toissijainen tehtävä (näin esim. Langen ym.). Toisaalta markkinaosuudet voivat EU:n kaltaisilla markkinoilla vaihdella eri alueilla, eri aikoina tai perustua hetkittäiseen tekniseen etumatkaan. Periaatetasolla ja käytännössä esim. niissä tapauksissa, joissa taloudellisesti vähävarainen yritys omaa suuren markkinaosuuden, tulisi aina tarkastella sekä markkinaosuus- että muita kriteerejä. 82 artiklassa ei mainita mitään määräävän aseman kriteeriä, joten on hankalaa katsoa, että siinä jokin näistä asetettaisiin toisten edelle. Yksinomaisena näyttönä määräävästä asemasta tulisi siten pitää vain erittäin korkeaa markkinaosuutta (käytännössä rajana on ollut 75 % ylöspäin), ja muissa tapauksissa verrata markkinaosuuksien lisäksi muitakin tunnuslukuja. Yritysten omassa intressissä on joka tapauksessa pyrkiä tällaisin keinoin kumoamaan muuta näyttöä määräävästä asemasta.[100]

2.6 Määräävässä asemassa oleva oligopoli

Markkinoita voi hallita yhden yrityksen sijasta useampi yritys. 82 artiklassa ei ole Saksan oikeuden kaltaista määrittelyä, jossa selkeästi todettaisiin säännön koskevan useamman yrityksen yhteistä määräävää asemaa. EEC-sopimuksen tekstistä on tältä osin esitetty useampia tulkintavaihtoehtoja. Kilpailun toimivuutta turvaavan päämäärän – mitä 3(1) art. g-kohta ilmentää – valossa 82 artiklaa voidaan soveltaa oligopoleihin. Jo se, että artiklassa mainitaan ”yhden tai useamman yrityksen” viittaa selkeästi oligopolitilanteidenkin kattamiseen, koska muussa tapauksessa olisi voitu tyytyä viittaamaan 81 art. kartelleihin tai konserniyrityksiin.[101]

---

[99] Tekstissä esitetyllä kannalla ovat esim. Bleckmann s. 700; Langen ym. II s. 1736.

[100] Emmerich II s. 563–564. Katsoisin Emmerich’n pitkälti rinnastavan eri kriteerit, koska hän käyttää sanontaa lisäksi. Ks. em. lähde s. 564 ”Auf eine beherrschende Stellung weist es *außerdem* hin, wenn ein Unternehmen auf einem Markt die Rolle des Preisführers hat, ... Als weitere Merkmale, die auf eine beherrschende Stellung *hindeuten*, sind zu nennen gesetzliche Privilegien, herausragende wirtschaftliche Ressourcen, ...”; Vrt. Langen ym. II s. 1734 ”*Die Analyse der Unternehmenstruktur ist für den Nachweis* des Vorliegen einer beherrschenden Stellung *dann von Bedeutung*, *wenn die Struktur des relevanten Marktes den eindeutigen Schluß* auf eine etwaige Marktbeherrschung *nicht zuläßt*.” Vrt. Weatherill ym. I s. 737–739, jossa viitataan contestable markets -teoriaan määräävän aseman arviointikeinona. Tähän teoriaan liittyvät pitkälti tekstissä mainitut tekijät, vaikka lähtökohtana ei tällöin ole teorian edellyttämä strategisten esteiden arviointi.

[101] Bary s. 111. Tekijä pitää tilannetta epäselvänä, mutta hyväksyy jo sanamuodonkin takia 82 artiklan kattavan useamman kuin yhden yrityksen.

Rajoittuneimman tulkinnan mukaan useamman yrityksen mainitsemisella 82 artiklassa olisi tarkoitettu vain juridisesti itsenäisten konserniyritysten käsittelemistä yhtenä kokonaisuutena. Tämä kanta on virheellinen jo yrityskäsitteen EU:ssa sekä yleensä kilpailuoikeudessa saaman laajan tulkinnan takia. Jos yrityksen eduksi voidaan lukea 81 art. tapauksissa se, että kaksi juridisesti itsenäistä yritystä muodostaa taloudellisen kokonaisuuden, ei ole mitään syytä 82 art. osalta tehdä vastakohtaista johtopäätöstä.[102]

EU-oikeutta varsin vähän edistävä vaihtoehto on 82 art. rajaaminen tältä osin 81 art. ”apuneuvoksi”. Mitään muuta asemaa ei artiklalle jäisi, jos useammalla yrityksellä tarkoitetaan ainoastaan kartelliin tms. perustuvan kollektiivisen voiman kontrolloimista. Edellä mainituin tavoin ei 82 art. tekstissä ole mitään tämän suuntaista viittausta, joten useampi yritys voi selkeästi kattaa muitakin tilanteita kuin kartelleja.[103]

82 art. sanamuoto ei mitenkään estä sen soveltamista pelkkiin oligopolitilanteisiin, joiden taustalla ei voida todeta olevan 81 art. vastaista menettelyä (so. yhdenmukaista menettelyä tai suoraa sopimusta). Normit voivat toki tältä osin täydentää toisiaan eli 82 art. koskee niitäkin tapauksia, joissa oligopoli käytännössä väärinkäyttää asemaansa 81 art. tarkoittaman yhdenmukaisen menettelyn avulla. Suppeampaan tulkintaan ei ole syytä silläkään perusteella, että 81 ja 82 artikloilla pyritään samaan päämäärään. Tätä päämäärää – yhteismarkkinoiden toiminnan turvaamista tehokkaan kilpailun avulla – tukee parhaiten oligopolien mahdollisimman laaja kontrolli. Käytännössä tämä kontrolli voinee kohdistua vain tiukkaan oligopoliin, koska laajassa oligopolissa tuskin esiintyy ulkopuolisen kannalta riittävän yhdenmukaista markkinakäyttäytymistä. Todistustaakka sekä yhteisestä hallitsevasta asemasta että sen väärinkäytöstä on komissiolla tai muulla ko. seikkaan vetoavalla taholla. Green ym. ilmaisemaa vaaraa oligopolitulkinnan käyttämisestä komission näyttötaakan alentajana ei voi pitää merkittävänä. Jotta 82 artiklalla olisi tältä osin itsenäistä merkitystä, ei näyttöä hiljaisesta yhteisestä menettelystä voida vaatia. Painopisteen on oltava selkeästi väitetyn yhteisen määräävän aseman ja sen mahdollistaman toiminnan syy-yhteyksissä. Vasta oligopolin hallitsevaan asemaan perustuva menettely voi olla väärinkäyttöä.[104]

---

[102] Tulkintavaihtoehdon tuo esille mm. Bary s. 113 (hyväksyy konsernit 82 artiklan alle, mutta hylkää rajanvedon tämän mukaan); Bleckmann s. 706 (päätyy vaihtoehdon hylkäämiseen); Emmerich II s. 564 (ei ota kantaa).

[103] Bary s. 113. Tekijä mainitsee kartellit yhtenä vaihtoehtona; Emmerich II s. 565.

[104] Bael ym. s. 80–81. Tekijät katsovat komission viime aikaisen aktiivisuuden taustalla olevan halun laajentaa komission valtaa oligopolitilanteissa; Bary s. 112–113 (hyväksyy soveltamisen oligopoleihin); Bleckmann s. 706 ”Wenn das Parallelverhalten Ausdruck des Fehlens von oder Verzichts auf Wettbewerb ist und einen Mißbrauch darstellt, wird es von Art. [86] erfaßt.” (edellisessä lauseessa viitataan 81 ja 82 artiklan yhteiseen soveltamiseen useamman yrityksen suhteen, joten siteerattu lause tarkoittaa nimenomaan oligopolitilanteita); Green ym. s. 262; Emmerich II s. 565. Emmerich itse kannattaa tätä tulkintaa; Grabitz ym. [86] art. s. 12–13 (tekijät ovat selvästi oligopolin hyväksymisen kannalla); Langen ym. II s. 1737–1738; Vrt. Weatherill ym. I s. 724–725. Tekstistä saa sen kuvan, etteivät kirjoittajat pidä pelkän oligopolin kontrolloimista mahdollisena, vaan lisäksi edelly-

EU:n kilpailuoikeuteen ei tulisi omaksua Saksan oikeuden kaltaista oligopolin sisäisten suhteiden tutkimista. Oligopoli on talousteoreettinen markkinamuoto, jota käytännössä vastaa harvojen yritysten toimiminen tietyillä markkinoilla. Jos tällaisessa tilanteessa markkinaosapuolille ei jää muuta vaihtoehtoa, kuin oligopolin tuotteiden / palveluiden ostaminen, ei ole mitään syytä kiistää kaikkien yritysten olevan yhdessä määräävässä asemassa. Ensi asteen tuomioistuimen Italian Flatglas -tapauksessa (Cases T-68/89, T-77/89) tältä osin ottama kanta, jossa edellytettiin jonkinasteisten taloudellisten siteiden osoittamista, on mielestäni virheellinen. Eri asia on se, että tutkittaessa väitettyä oligopolia saattaa ilmetä, että yritysten välillä on jotain kilpailua (esim. liitännäistuotteiden, palvelujen, sopimusehtojen tms. osalta). Tämä voi ainakin osittain estää 82 art. soveltamisen.[105]

Jokseenkin avoimena on pidettävä 82 art. sanamuodonkin valossa, voidaanko yhteinen määräävä asema ulottaa erikseen jokaiseen oligopoliyritykseen. Myönteisessä tapauksessa esim. duopoliyrityksen itsenäisesti tekemä väärinkäyttö olisi kielletty 82 art. perusteella silloin, kun sen menettely perustuu (ja on vain tämän takia mahdollistakin) duopolin yhteiseen määräävään asemaan. Normin sanamuoto on tulkinnan suhteen avoin. Suomenkielinen ilmaisu ”yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö” vastaa esim. englannin kielistä. Käytetyt termit eivät suoranaisesti poissulje myönteistäkään tulkintaa. Asiaan ei ole oikeuskirjallisuudessa saati oikeuskäytännössä otettu kantaa. Oikeusvarmuuden kannalta ”yhteisen määräävän aseman” käsitteenkin ollessa kiistojen kohteena ei tulkinnan laajentaminen yksittäisiin oligopoliyrityksiin liene järkevää. Tällöin jouduttaisiin joka tapauksessa Saksan oikeutta vastaaviin tulkintaongelmiin siitä, milloin yrityksen toiminnan mahdollistavana tekijänä on nimenomaan oligopolin hallitseva asema ja milloin jokin muu syy.

Weatherill ym. toteavat sinänsä osuvasti, ettei 82 art. avulla pystytä ratkaisemaan rakenteellisia, oligopolia koskevia ongelmia. Sen perusteella ei oligopolia voida hajoittaa tms. Miksi tällä perusteella pitäisi luopua edes jonkin asteisesta kontrollimahdollisuudesta, ja esim. hyväksyä markkinaosapuolten kannalta kielteisiä ehtoja tai hintoja? Tällöin täytyy toki osoittaa, että kyse on nimenomaan väärinkäytöstä eikä varsinkin tiukassa oligopolissa muutoin syntyvästä tilanteesta. Tämä voi vaatia esim. sen osoittamista, että oligopolin toiminta sel-

---

tetään aina joitain kytköksiä. Ks. erit. sivu 725 ”In such circumstances (viitataan Italian Flatglas -tapaukseen), Article [86] seems to exists as a kind half-way house between control of cartels, which is achieved under Article [85], and control of ’pure’ structural oligopolies where joint dominance does not exist, which is not possible at all in EC law.”. Tekijöiden tarkka tarkoitus jää kuitenkin epäselväksi.

[105] Avoimena pitäisin sitä missä määrin Bary edellyttää tämänkaltaista tutkimista. Toistaalta hän viittaa yhteiseen tietoisuuteen ja toisaalta ulkopuoliseen näkökulmaan. Ks. Bary s. 112 ”...wird deren Stellung als Markbeherrscher ... aus dem gemeinsamen Bewußtsein resultieren, ...” ja samalla sivulla: ”Diese Tatsache wird sich in einem übereinstimmenden Verhalten ... äußern, die (viittaa markkinaosapuoliin) *infolgedessen auf eine einheitliche Angebots- oder Nachfragestruktur treffen* ...”; Langen ym. II s. 1736–1737. Tekijät edellyttävät sekä sisäisen että ulkoisen kilpailun tutkimista.

keästi poikkeaa vertailumarkkinoiden olosuhteista, ja että jonkinasteisena hiljaisena pyrkimyksenä (ilman mitään 81 art. edellyttämiä yhteydenottoja tms.) on ollut määräävän aseman hyödyntäminen. Käytännössä näihin tapauksiin ei juuri tultane puuttumaan, mutta tämäkään ei ole mikään perustelu niiden jättämiselle kontrollimahdollisuuden ulkopuolelle.[106]

3. MITÄ TARKOITETAAN MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN VÄÄRINKÄYTÖLLÄ?

3.1 Yleiset kriteerit

82 artiklaan on – Saksan ja Suomen oikeuden tavoin – otettu ainoastaan esimerkkiluettelo siitä, mitä voidaan EEC-sopimuksen mukaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Pyrkimyksenä on tällöin ollut saattaa tarkastelun alaisiksi kaikki tavanomaisimmat väärinkäytön muodot. Näiden lisäksi voidaan paitsi esimerkkien kaltaisia tilanteita myös niistä täysin poikkeavia menettelytapoja pitää väärinkäyttönä. Itse väärinkäytön käsitettä ei artiklassa ole määritetty. Weatherill ym. pitävät ratkaisua selvästi tarkoituksellisena, koska se mahdollistaa komissiolle tietyn liikkumavaran väärinkäyttöä määriteltäessä. Siten ei komission mielestä suotavana pidettävää menettelyä pidettäisi väärinkäyttönä. Pidän varsin epäselvänä, onko EEC-sopimusta solmittaessa ollut tarkoitus ja voidaanko edes tänä päivänä 82 art. katsoa sallivan komissiolle tämän kaltaisen poliittisen liikkumavaran. Varsin vaarallisena voitaisiin pitää Weatherill ym. esittämää kantaa siitä, että tätä kautta olisi komissiolle luotu eräänlainen 81(3) poikkeuslupien korvike. 82 art. ei tunne poikkeuslupamenettelyä eikä sitä voida pitää tässä artiklassa edes tarpeellisena (määräävän aseman väärinkäytöstä tuskin on vastaavia hyötyjä kuin teknistä kehitystä varten solmitusta kartellista tms.). Käytetyn terminologian epämääräisyys johtuu yksinkertaisesti siitä, ettei väärinkäyttöä voida aukottomasti määritellä.[107]

Osittain kauppakriteerinkin ilmentämin tavoin 82 art. on tarkoitettu yhteismarkkinoiden suojaamiseen. Kiellettynä väärinkäyttönä on siten pidettävä jokaista menettelyä, jolla nämä markkinat pyritään jakamaan osiin. Tältä osin ei ole merkitystä, onko ko. toimi mainittu artiklaan sisältyvässä esimerkkiluettelossa vai ei.[108]

---

[106] Weatherill ym. I s. 726.

[107] Weatherill ym. I s. 743 ”There is no exemption provision in Article [86] analogous to Article [85(3)], but the unstructured notion of the abuse permits the Commission to accommodate a defacto justification procedure under Article [86]. If a practice is desirable, it will not be deemed abusive.” Sama näkökanta toistetaan uudemmassa painoksessa. Ks. Weatherill ym. II s. 871.

Muualla kirjallisuudessa en ole törmännyt vastaavaan kantaan ja on vaikea katsoa oikeuskäytännönkään viittaavan tällaiseen.

[108] Schmidt ym. s. 48–49 ”... vielmehr ist allein entscheidend, ob das Verhalten objektiv im Widerspurch zu den Zielen des Gemeinsamen Marktes steht”.

Määräävän aseman saavuttamista tai siihen pyrkimistä ei periaatteessa pidetä ko. aseman väärinkäyttönä, jos tähän asemaan on päästy sisäisen kasvun kautta. Tällaisessa asemassa olevalla yrityksellä voidaan kuitenkin katsoa olevan erityinen velvollisuus huolehtia markkinoilla vallitsevasta kilpailusta. Tästä seuraa velvollisuus pidättyä kilpailua haittaavista toimista.[109]

Yrityskauppakontrolliin tulisi nykyään soveltaa vain yrityskauppa-asetusta. 82 art. käyttäminen yrityskauppakontrollin välineenä oli alunperin eräänlainen ”viimeinen keino”, joka ei (huolimatta komission ilmoituksesta periaatteellisesta mahdollisuudesta edelleen käyttää normia myös yrityskauppoihin, joihin yrityskauppa-asetus ei ulotu) enää tulle kysymykseen. Taustalla on tältä osin EU:n tuomioistuimen jo 1970-luvulla (Rechtssache 6/72 Continental Can) hyväksymä komission kanta siitä, että kilpailutilanteen muuttuminen yrityskaupan takia voi olla 82 art. vastaista, koska periaatteessa ei voitu sallia kilpailun eliminoimista yrityskaupan avulla, jos kilpailua ei muutoinkaan saanut eliminoida. Tulkinnassaan tuomioistuin viittasi EEC-sopimuksen 3(f) [nyk. 3(1)] art. g-kohta] jonka mukaan yhteisön päämääränä on sellaisen järjestelmän luominen, joka takaa häiriintymättömän kilpailun yhteismarkkinoilla. Jos kilpailua ei ole lainkaan, ei se tulkinnan mukaan ole häiriintymätöntäkään! Tuomioistuin ei hyväksynyt komission ratkaisua, koska markkinoiden rajaus oli sen mielestä väärin tehty, eikä näyttöä määräävästä asemasta ollut. Komissio oli katsonut, että toisella osapuolella oli määräävä asema tietyillä pakkausmarkkinoilla ja yrityskauppa vahvistaisi tuota asemaa.[110]

Määräävän aseman väärinkäyttö voi kohdistua joko kilpailijoihin tai asiakkaisiin. Edellisten osalta kyse on yleensä toimivan kilpailun lisärajoittamiseen pyrkivistä menettelytavoista tai markkinoille pääsyn estämisestä. Jälkimmäisen osalta pyrkimys hyötyä määräävästä asemasta. Saksan oikeuden tavoin voidaan käyttää termejä haittaaminen ja riistäminen. Nämä ryhmät ovat pitkälti päällekkäisiä, eikä niillä ole käytännön ratkaisutoiminnassa suurta merkitystä. Bael ym. huomauttavat painotuksen siirtyneen haittaamisen puolelle. Taustalla on mielestäni EU:n toimielinten muutoinkin ajama yhteismarkkinoiden luomispyrkimys. Tältä kannalta kilpailijoiden markkinoille pääsyn haittaaminen on huomattavasti yksittäistä riistotapausta vaarallisempaa.[111]

82 art. ei ole 81 art. tavoin sidottu joko vertikaalisiin tai horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin, vaan se kattaa ne molemmat. EEC-sopimuksen alkuvuosina esitettiin lähinnä 81 art. osalta, että se on tarkoitettu horisontaalisia kilpailunrajoituksia vastaan ja 82 vertikaalisiin. EU:n tuomioistuin ja komissio ovat sel-

---

[109] Weatherill ym. I s. 742.

[110] ECR 1973 s. 244–246. Tuomioistuin ei myöskään hyväksynyt vertaamista ECSC-sopimukseen ratkaisunsa perustaksi (tässä sopimuksessahan oli jo tuolloin yrityskauppakontrollinormit).

[111] Bael ym. s. 575, 576; vrt. Leivo ym. s. 334. Tekijät toteavat lähes kaikkien 82 artiklan esimerkkien viittaavan asiakkaiden hyväksikäyttöön (so. riistoon), mutta mainitsevat haittaamistapauksetkin. He eivät kuitenkaan ole omaksuneet Bael ym. kantaa tai tekstissä esitettyä painotusta.

västi torjuneet tämän kannan eikä se enää esiinny oikeuskirjallisuudessa tai -käytännössä.[112]

Kilpailijoihin kohdistuvan haittaamisen osalta ei hallitsevaakaan yritystä voida kieltää täysin käyttämästä tavalliseen yritysten väliseen kilpailuun kuuluvia keinoja. Rajaa ei voida vetää yksinomaan käytettyjen kilpailukeinojen mukaan, koska 82 art. tarkoittamalla yrityksellä on katsottu olevan erityinen velvollisuus estää kilpailun vääristyminen yhteismarkkinoilla toimintansa seurauksena. Rajanveto sallitun ja kielletyn toiminnan välillä ei ole yksinkertaista ja yritysten tulisi pyrkiä arvioimaan toimintansa vaikutukset suhteessa markkinoiden tilaan. Mitä hallitsevampi asema on, sitä rajoitetummat ovat yrityksen mahdollisuudet kilpailla pienempien kanssa. Ajatus voidaan periaatteessa kääntää siten, että hallitsevan yrityksen on yksinkertaisesti siedettävä kilpailijoita tiettyyn rajaan asti. Sen ei kuitenkaan tarvitse tukea kilpailijoita esim. sallimalla näiden tehdä edullisia tarjouksia omille asiakkailleen pyrkimättä itse tekemään vielä parempia tarjouksia. Ongelmaksi muodostuu tällöin kilpailuun vastaaminen – puolustus, jonka täytyy olla EU:ssakin sallittua.[113]

Määräävässä asemassa olevaan yritykseen ei luonnollisesti sovelleta yksinomaan 82 artiklaa, vaan näihin yrityksiin voidaan soveltaa myös 81 artiklaa. Artikloja voidaan soveltaa rinnakkainkin Saksan oikeutta vastaavissa tilanteissa (esim. myyntijärjestelmien osalta). Määräävässä asemassa olevaan oligopoliin sovelletaan yleensä molempia artikloja, koska näissä tapauksissa on usein kyse sekä 81 art. tarkoittamasta yhdenmukaisesta menettelystä että 82 art. mukaisesta väärinkäytöstä.

3.2 Syy-yhteys

Suoranaista kausaalista syy-yhteyttä määräävän aseman ja todetun väärinkäytön osalta ei EU:n kilpailuoikeudessa vaadita. Möschel painottaa lähtökohdan olevan menettelyn objektiivisissa seurauksissa markkinoiden kannalta. Kanta ei ole täysin yksiselitteinen, koska hän viittaa toisaalta toimintatapoihin, joita ei voisi kilpaillussa tilanteessa käyttää. Yritys ei EU:nkaan osalta pysty vetoamaan siihen, että muut yritykset toimivat samalla tavoin, eli tämä ei kelpaa näytöksi syy-yhteyden puuttumisesta.[114]

---

[112] Bael ym. s. 575.

[113] Bael ym. s. 577 ”Their scope of action is limited by the existence of a special set of rules that do not apply to non-dominant undertakings.”, 585. Tekijät viittaavat Michelin -tapauksessa yhteisön tuomioistuimen omaksumaan kantaan hallitsevan yrityksen velvollisuuksista; vrt. Leivo ym. s. 334. Tekijät katsovat komission ECS/AKZO päätökseen vedoten vain tavallisesta kilpailusta poikkeavan menettelyn voivan olla haittaamista. Heidän kantaansa on kuitenkin lievennetty s. 335 ”Toimenpide ei saa kuitenkaan ylittää sitä mikä on tarpeen sallitun tavoitteen saavuttamiseksi. Sen on toisin sanoen täytettävä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset.”

[114] Tämän kannan tuovat sangen kategorisesti esille Bael ym. s. 577; Bellamy ym. s. 409; Langen ym. III s. 1749; Leivo ym. s. 333. Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. I s. 722 ”Darin spiegelt

Missä määrin voidaan vaatia Saksan oikeuden kaltaista ”seurauksien syy-yhteyttä” on epäselvää. Em. varsin kategoristen kannanottojen haittapuolena olisi Saksassakin todettu ongelma liiallisesta kontrollista, koska lähes jokainen hallitsevan yrityksen toimi voisi olla potentiaalinen väärinkäyttö ja tulisi siten tutkia kilpailuviranomaisten toimesta. Möschel vaatii kausaalisuhdetta toiminnan ja markkinoilla todetun vaikutuksen välillä. Selkeää syy-yhteyttä itse hallitsevaan asemaan ei vaadita. Saman tapaisen vaatimuksen esittävät Ritter ym. He perustavat kantansa hallitsevan yrityksen vastuuseen kilpailuolosuhteista eli velvollisuuteen pidättyä kaikista kilpailua rajoittavista toimista. Tällöin riittävä syy-yhteys vallitsee aina, jos menettely voi vaikuttaa haitallisesti markkinoihin, vaikka kyse olisi muutoin täysin sallitusta kilpailukeinosta. Weatherill ym. painottavat kohteena olevan nimenomaan yritysten toiminnan vaikutukset markkinoilla, eikä toiminnan tarkemmalla muodolla ole merkitystä. Kilpailumenettelyn ja vaikutuksen välisen yhteyden vaatiminen ei tosin ole selvä raja, koska esim. markkinatilanteen muuttuessa keinon ja seurauksen välinen yhteys voi olla yllätys hallitsevalle yritykselleKin.[115]

Menettelytavan ja vaikutusten välisen yhteyden riittäminen väärinkäyttökontrollin kannalta johtaa siihen, ettei hallitseva yritys voi puolustaa toimintaansa toteamalla muiden toimivan samalla tavoin. Siten sen toimintaa rajoittaisivat eri säännöt kuin muita. Tämä vaatimus on hankala, koska epäselvissä tapauksissa tulkinta kääntyisi määräävää yritystä vastaan, vaikka haitallinen vaikutus voisi olla lyhytaikainen tai lähinnä joihinkin yksittäisiin kilpailijoihin ja asiakkaisiin sattumanvaraisesti kohdistuva. Alarajan pitävä määrittely on liki mahdotonta. Käytännössä komission ja yhteisön tuomioistuimen ratkaisut ovat keskittyneet lähinnä selvinä pidettäviin tapauksiin, mutta markkinoista huolehtimisvelvollisuutta voidaan helposti väärinkäyttää esim. pk-yritysten tukemiseen ilman mitään todellista vaikutusta kilpailuun.[116]

Dirksen on omaksunut mielenkiintoisen kannan korostaessaan määräävän aseman ja väärinkäytön yhteyden olevan se, että vain hallitseva yritys voi suorituskilpailulle vierain tavoin vaarantaa kilpailua. Toisaalta hän toteaa, että molempien osien (määräävän aseman ja väärinkäytön) tulee täyttyä kumulatiivisesti eli toisiaan täydentävästi. Oikeuskirjallisuuden kannalta Dirksen katsoo tilanteen olevan epäselvän, mutta viittaa oikeuskäytännön lähinnä sivuuttaneen koko kysymyksen. Dirksenin ajatus väärinkäytön sitomisesta Saksassa enemmän pohdittuun malliin

---

sich ... die Erkenntnis wider, daß bei marktbeherrschenden Unternehmen jedes Marktverhalten, das unter Wettbewerbsbedingungen nicht zu beanstanden wäre, in den Dienst der Marktbeherrschung gestellt werden kann.”

[115] Immenga ym. I s. 722 ”Vom Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und mißbräuchlicher Verhaltensweise ist *der Kausalzusammenhang zwischen Verhaltensweise und der davon ausgehenden Wirkung auf der Markt zu unterscheiden. Letzterer ist unverzichtbar*.”; Ritter I ym. s. 292; Weatherill ym. II s. 845.

[116] Bael ym. viittaavat hallitsevien yritysten erikoisvelvollisuuteen juuri sillä, ettei kausaalista syy-yhteyttä vaadita markkinavoiman ja väärinkäytön välillä. Ks. Bael ym. s. 577.

suorituskilpailusta viittaa siihen, etteivät hänen mielestään kaikki kilpailukeinot voi olla kiellettävissä. Ongelma siirtyy tällöin suorituskilpailun määrittämiseen, mikä ei ole Saksassakaan täysin onnistunut ja lienee EU-tasolla vielä suurempi ongelma (tutkittavina on erilaisia ”markkinaperinteitä” ja näihin liittyviä toimintatapoja).[117]

Oikeuskäytännössä on jo Continental Can -tapauksesta (Rechtssache 6/72) alkaen lähdetty siitä, ettei suoraa syy-yhteyttä vaadita. Tapauksessa yhteisön tuomioistuin totesi väärinkäyttöä olevan kaikkien niiden toimien, jotka johtavat hallitsevan aseman vahvistumiseen. Tuomioistuin on Hoffmann – La Roche -tapauksessa (Case 85/76) korostanut väärinkäytön olevan objektiivinen käsite. Lähtökohtana oli hallitseva asema, mutta tuomioistuin edellytti kilpaillusta tilanteesta poikkeavien menettelytapojen käyttöä, jotka saattaisivat vaikuttaa haittaavasti markkinoilla vielä vallitsevaan kilpailuun. Tuomioistuin hylkäsi selvästi väitteen siitä, että väärinkäyttöä olisi vain nimenomaan määräävän aseman suoman taloudellisen vallan mahdollistama toiminta.[118]

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on seurannut yhteisön tuomioistuimen linjaa. Tapauksessa ITT Promedia (Asia T-111/96) tuomioistuin toisti Hoffmann – La Roche -tapauksessa esitetyt argumentit. Ratkaisussa edellytettiin toisaalta yrityksen käyttävän erilaisia keinoja kuin tavallisessa kilpailussa käytetään, mutta todettiin määräävässä asemassa olevilla yrityksillä olevan velvollisuus erityisissä olosuhteissa pidättäytyä toimista, jotka voisivat rajoittaa kilpailua, vaikka nämä toimet olisivat muutoin sallittuja.[119]

EU:ssakaan ei vaadita mitään näyttöä siitä, että yrityksen tarkoitus olisi ollut rajoittaa kilpailua tai että se olisi jo ryhtynyt toimiin kilpailijoita vastaan. Pelkkä uhkaus on riittävä, jos syy-yhteys muutoin vallitsee.[120]

82 art. voidaan katsoa edellyttävän hallitsevan yrityksen pyrkivän sellaisten toimien välttämiseen, jotka voisivat olla kilpailulle vahingollisia. Toisaalta itse kilpailuprosessiin kuuluvaa menettelyä ei ole ollut tarkoitus kieltää. Hallitsevakin yritys saa järjestää toimintansa mahdollisimman tehokkaasti sekä kehittää tuotteitaan tms. Yhteisöjen tuomioistuinten varsin laveaksi jättämä syy-yhteyskenttä ei

---

[117] Katso Dirksenin kannan osalta Langen ym. III s. 1750.
Suorituskilpailu termiin liittyviin, jo aiemmin todettuihin, ongelmiin en tässä yhteydessä enää puutu.

[118] ECR 1973 s. 246; ECR 1979 s. 541 ”...the interpretation suggested by the applicant that an abuse implies that the use of the economic power bestowed by a dominant position is the means whereby the abuse has been brought about cannot be accepted” sekä seuraavassa kappaleessa ”The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position ... and which through recourse to methods different from those which condition normal competition ..., has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”

[119] Oikeustapauskokoelma II 1998 s. 2986–2987.

[120] Dirksen painottaa ”uhkien” osalta ratkaisevaa olevan miten nämä vaikuttavat yhdessä markkinavoiman kanssa eikä niinkään mikä on käytetty keino. Ks. Dirksenin kannan osalta Langen ym. III s. 1749; Ritter ym. I s. 293.

mielestäni ole oikeusvarmuuden kannalta tyydyttävä. Jokainen kilpailukeino vaikuttaa aina markkinoilla, joten pelkästään vaikutuksista lähtiessä määräävä yritys ei voisi tehdä yhtään mitään! Rajaus ”erilaisiin keinoihin” ei ole kovin vakuuttava, koska äärimmillään kaikki mitä muutkin (so. heikommat yritykset) tekevät olisi sallittua, ja tätähän ei ole tarkoitettu. Ilmeisesti ratkaisut jäävät edelleenkin yksittäistapausten varaan ja tosiasiassa voidaan puuttua vain selviin väärinkäyttötilanteisiin (esim. käytetty kilpailukeino johtaa todennäköisesti kilpailun rajoittumiseen entisestään ja käytössä olisi toinenkin tapa). Avoimena pitäisin kysymystä siitä, onko yhteisön tuomioistuinten tarkoituksena ollut pitää rakenteeseen vaikuttavia ja kilpaillusta tilanteesta poikkeavia menettelytapoja erillisinä kriteereinä, joista jommankumman toteutuminen riittää, vai voiko yritys todella puolustautua sillä, että käytetty keino oli täysin tavanomainen. 82 artiklasta johdetusta ”erityisvelvollisuudesta” seuraa tosin se, että menettelytavan tulisi aina olla kilpailun kannalta vähiten haitallinen.[121]

3.3 Eri väärinkäyttömuodot

3.3.1 Kohtuuttomat hinnat ja sopimusehdot

Kohtuuttomilla hinnoilla ja sopimusehdoilla tarkoitetaan kaikkia niitä tapoja, joilla määräävässä asemassa oleva yritys perii ylihintaa ostajiltaan tai rajoittaa näiden toimintamahdollisuuksia (olivat nämä sitten toisia yrityksiä tai kuluttajia). Kysymys on tällöin sellaisista hinnoista ja ehdoista, joita yritys ei pystyisi käyttämään toimivan kilpailun tilanteessa. Taloudellisesti kyse voi olla hyvinkin merkittävästä varojen siirrosta kuluttajilta yritykselle, jos yritys voi harjoittaa ”ylihintapolitiikkaa” laajalla osalla yhteismarkkinoita.[122]

EEC-sopimuksen selvästä maininnasta seuraa, että kohtuuttoman alhainen ostohinta voi olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Oikeuskäytäntöä ei tältä osin varsinaisesti ole, joten tarkempien kriteerien määrittäminen ostohintojen osalta on hankalaa.[123]

Sopimustekstiin ei ole otettu mitään määritelmää, jonka perusteella hintojen tai kauppaehtojen kohtuuttomuus tulisi arvioida. Ensisijaiseksi lähtökohdaksi on

---

[121] Kuoppamäki II s. 113–114. Kirjoittaja rinnastaa rakenteeseen vaikuttavat ja normaalisti kilpailusta poikkeavat menettelytavat, jotka ovat vaihtoehtoisia.; samoin Savia s. 173–174.

[122] Bleckmann s. 793 (katsoo ylihinnan olevan selvimpiä osoituksia väärinkäytöstä); Weatherill ym. I s. 743 ”The oppurtunity for a dominant firm to hoist its prices freely is perhaps the most immediately obvious attribute of market power ... Such pricing needs to be controlled. It is also likely to prove inefficient, ... It is also likely to prove unacceptable on distributional grounds, for it transfers wealth from the consumer into the hands of the already powerful enterprise.”

[123] Langen ym. IV s. 2166. Tekijät pitävät lähtökohtana suoritteen arvon ja siitä maksetun hinnan vertaamista. Avoimeksi jää, voitaisiinko tämä tehdä esim. jälleenmyyntihintaan verrattuna; Whish s. 513–514.

muodostunut perityn hinnan kohtuuttomuus verrattuna suorituksen (tuote tai palvelu) taloudelliseen arvoon. Peruslähtökohta on siten selvästi toinen kuin Saksassa, jossa GWB lähtee vertailumarkkinakonseptin etusijasta. EU:n malli muistuttaa muutoin selkeästi Saksan oikeuden Sockel-teoriaa, jossa laskettuihin kustannuksiin lisättiin vielä erilaisia korjauseriä sekä tietynlainen varmuuserä väärän lopputuloksen välttämiseksi. EU-oikeudessa ei ole teoretisoitu kustannusten kautta saatavaa kilpailuhintaa yhtä pitkälle kuin Saksassa, vaan tietyn kohtuullisena pidetyn voittotason ylittävä määrä on väärinkäyttöä. Hintavertailu ei kuitenkaan ole EU:ssakaan poissuljettu vaihtoehto, jos hinta vaihtelee jäsenmaasta toiseen ilman näkyvää (markkinaolosuhteet, kustannukset tms.) syytä. Käytännössä lopputulos lienee Saksaan verrattuna jokseenkin sama, koska kilpailuviranomaiset tuskin puuttuvat pieniin ylihintoihin. Tilanne on oikeusvarmuuden kannalta valitettava, koska ratkaisut joudutaan tekemään yksittäistapauksina ja yhteisön tuomioistuimen käyttämä mittapuu on – Weatherill ym. lainatakseni – läpikotaisin arvaamaton.[124]

Yrityksen itsensä kannalta kyse voi olla paitsi kehittely- ja tutkimustyön kulujen kattamisesta myös tulevan kehityksen rahoittamisesta. Mitä lyhytaikaisemmasta (muoti- tms.) tuotteesta on kyse sitä merkittävämpiä voivat markkinointikustannukset olla verrattuna tuotteen valmistushintaan. Markkinoiden normaaliin kehitykseen kuuluu uusien tuotteiden kalleus verrattuna aikaisempiin. Erot yleensä tasoittuvat tuotetun määrän kasvaessa. Green ym. huomauttavat esille tuotujen seikkojen olevan selkeästi hyväksyttäviä puolustuksia korkealle hinnalle. Yrityksen omiin lähtökohtiin perustuvaan ”ylihintaan” on mielestäni suhtauduttava varovaisesti, jos markkinoille pääsy on hankalaa tai lähes mahdotonta. Näissä tilanteissa ei markkinoiden normaalin dynamiikan voida olettaa laskevan hintaa kilpailijoiden luoman paineen kautta. Käytännössä yhteisön tuomioistuimen ”hintakontrolliratkaisut” ovatkin painottuneet laillisten monopolien tms. alueelle, joissa potentiaalisella kilpailulla ei voi olla merkitystä. Yksinoikeuksienkaan kohdalla ei hintakontrolli saa muodostua pääsäännöksi, ja kuten Korah toteaa, keksijällä tai tuotteen luojalla tulisi olla oikeus hinnoitella tuote sen mukaan mitä hän voi markkinoilta tuotteestaan saada. Malli, jossa hinta määrättäisiin kustannukset lisättynä ”keksijän palkkio” on liian kontrolloiva ja voi johtaa kehitystyön vähentymiseen. Mitään näyttöä siitä, että hintasääntely olisi näissä tapauksissa selvästi parempi vaihtoehto ei ole.[125]

Whish’kin kritisoi hintojen kontrolloimista juuri selkeän mittapuun puuttumisen takia. Hän korostaa selkeään kieltoon ja rikkomuksesta seuraaviin sakkoihin

---

[124] Mononen s. 101–102; Weatherill ym. I s. 744 ”However, it (viitataan EU:n tuomioistuimeen) insists that there is an upper limit beyond which profits represent the fruits of abuse. The level at which this limit should be set is dependent on the facts of the particular case, and the Court’s test ’reasonable relation’ between price and value is thoroughly unpredictable.”

[125] Green ym. s 265, 267. Tekijät yhtyvät tekstissä esitettyyn havaintoon yhteisön tuomioistuimen linjasta; Korah s. 113–114.

perustuvan järjestelmän edellyttävän sallitun ja kielletyn välisen rajan tarkkaa määrittämistä. Whish ei hyväksy minkään hypoteettisen kilpailuhinnan käyttämistä, koska se on ”epätieteellinen” (so. pitkälti ratkaisijan arvioon perustuva). Whish hylännee siten saksalaisen vertailumarkkinamallin, vaikka hän ei suhtaudu positiivisemmin kustannuksiin perustuvaan ajatteluunkaan. Tältä osin hän huomauttaa, ettei ole lähtökohtaisesti selvää tulisiko käyttää historiallisia kustannuksia (so. mitä tuotteen valmistaminen on maksanut) vai nykyistä kustannustasoa.[126]

Kustannuksiin ei välttämättä kilpailuviranomaisten taholta hyväksytä kaikkia tuotannosta todellisuudessakaan aiheutuvia kustannuksia, jos yritys ei käytä tehokkainta teknologiaa tms. valmistusmenetelmiä. Tämän ajattelun lähtökohtana on monopolien talousteorian pohjalta oletettu haluttomuus tekniseen kehitykseen, kun kilpailun kautta syntyvää painetta tähän ei ole. Käytännössä tämänkaltaisen ”painostuksen” tekniseen kehitykseen on jäätävä varsin vähäiseksi ja lähinnä lain tai luonnollisen monopolien suojaamia yrityksiä koskevaksi. Teknisen tietämyksen hyödyntämättä jättäminen johtaa ennemmin tai myöhemmin muiden yritysten tuloon markkinoille, varsinkin kun tehottomaan tuotantoon perustuva hinta toimii houkuttimena. Talouspoliittisesti komissio tuskin edes uskaltaisi puuttua sellaisiin tilanteisiin, jossa tehottomuuden poistaminen johtaisi käytännössä työttömyyden kasvuun.[127]

Toimivaan kilpailuun kohdistuva arviointi joutuu pitämään lähtökohtanaan hypoteettista tilannetta, jossa verrataan markkinoilla määräävän aseman oloissa vallitsevaa hinnoittelua sellaiseen hintatasoon, jota markkinoilla ei itse asiassa ole. Tällainen vertailu on erittäin epäluotettava, ellei siihen yhdistetä vähintään ko. yrityksen kustannusrakenteen erittäin tarkkaa analysointia. EU:n osalta parhaana vertailupohjana on pidettävä eri jäsenmaiden markkinoiden keskinäistä vertaamista. Väärinkäyttöä olisi siten hinnoittelu, joka selvästi poikkeaa muissa jäsenmaissa käytetyistä hinnoista, jos markkinoiden rakenteet ovat vertailukelpoisia. Vertailukohteena voidaan tällöin käyttää yrityksen itsensäkin perimiä hintoja. Mitä vähemmän todellisia kaupanesteitä ja mitä pienemmät erot kulutustottumuksissa tms. on, sitä parempi todistusvoima tälläisella vertailulla on. Lopullista, oikeaa ratkaisua ei tälläkään keinolla voida löytää.[128]

---

[126] Bael ym. katsovat hintakontrollin olleen lähinnä 1970-luvun ilmiö. Kohtuullisen hinnan arviointiongelmat johtavat tekijöiden mielestä siihen, että kontrolli tulee olemaan poikkeuksellista. Ks. Bael ym. s. 581; Whish s. 503–504, 512.

[127] Vrt. Langen ym. s. 1748, jossa kustannuksiksi ilmeisesti hyväksyttäisiin vain parasta tekniikkaa hyödyntäen syntyvät kulut. Esim. Weatherill ym. I s. 743–745 eivät lainkaan viittaa tämänkaltaiseen mahdollisuuteen.

[128] Langen ym. II s. 1749. Tekijät eivät painota mitään vertailuvaihtoehtoa, mut painottavat EU:n toimielinten käyttävän lähinnä alueellista vertailua; Weatherill ym. I s. 744–745. Tekijät eivät suoraan suosita vertailumarkkinoiden käyttämistä, mutta viittaavat tähän mahdollisuuteen. Tekstissäkin suositettu maantieteellinen vertailu saa tekijöiltä ”negatiivisen tunnustuksen”. Ks. em. lähde s. 745 ”... this comparison will often prove unreliable or even impossible, especially where markets are not limited geographically.”

Korah katsoo yrityksellä olevan velvollisuuden analysoida ja selvittää hintaerojen syyt. Toisaalta hän toteaa, että tämä tilanne voi tulla vastaan vain, jos markkinat ovat riittävän homogeniset. Tätä kirjoittaja ei pidä kovin todennäköisenä johtuen EU:n sisäisten markkinoiden kustannus- tms. eroista.[129]

Hintojen kohtuuttomuutta arvioitaessa todistustaakka on kilpailuviranomaisilla. Arviontikriteerien epämääräisyydestä johtuen mikään yritys ei voi tähän pitkältikään luottaa, vaan komission tutkimusten alettua on parasta joko erittäin hyvin perustella mahdolliset hintaerot tms. tai yksinkertaisesti pyrkiä sopimaan komission kanssa hintojen laskemisesta. Oikeudellisesti näihin menettelyihin sisältyy varsin laaja taloudellisen vallan siirtymä komissiolle, mitä ei voida pitää suotavana, kuten Weatherill ym. huomauttavat.[130]

EU:n tuomioistuimen antamissa ennakkoratkaisuissa ei yleensä edes määritellä tarkkaan niitä kriteerejä, joiden pitäisi olla täyttynyt, jotta hinnoittelua voidaan pitää kohtuuttomana. Ennakkoratkaisuissahan ei ole tarkoituksenakaan arvioida esitettyä näyttöä, vaan ainoastaan vastata kansallisen tuomioistuimen esittämään kysymykseen. Harvoja esimerkkejä suorasta puuttumisesta on General Motors -tapaus (Case 26/75). Tapauksessa yhteisön tuomioistuin kumosi komission päätöksen, jossa General Motors'n oli katsottu perineen ylihintaa autojen maahantuontiin tarvittavasta palvelusta. Tapauksessa oli kiistatonta, että muutamissa tapauksissa oli peritty tehdyn palvelun taloudelliseen arvoon nähden liian suurta hintaa, mutta yhtiö oli pian tämän jälkeen laskenut hinnan ko. arvoa vastaavalle tasolle. Tuomioistuimen kannan mukaan selvästi taloudellisen arvon ylittävä hinta, joka estäisi tuontia toisesta jäsenmaasta olisi 82 art. vastainen. Ratkaisussa painotetaan selvästi yhteismarkkinoiden edellyttämää mahdollisuutta rinnakkaistuontiin.[131]

General Motors -tapausta voidaan pitää esimerkkinä rule of reason -ajattelun tunkeutumisesta 82 artiklankin alueelle. 81 art. osalta annettua komission tiedonantoa, jossa vähämerkityksellisinä on pidetty alle 5 % markkinaosuutta ei näihin tapauksiin voida soveltaa, koska rajat luonnollisesti ylittyvät määräävän aseman osalta. Ottamalla sen kannan, ettei muutama – tapauksessa selvästi kohtuuttomana pidetty – eli periaatteessa väärinkäytös vielä välttämättä johda 82 art. soveltamiseen, on yhteisön tuomioistuin laajentanut komission harkintavaltaa 82 art. jo muutoin sallimasta. British Leyland'iin ei mallia sovellettu, vaan se

---

[129] Korah s. 112.

[130] Weatherill ym. I s. 745.

[131] Ks. esim. Guiseppe Sacchi -tapaus (Case 155/73), jossa kysymyksen ratkaisu jätettiin selkeästi kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi. ECR 1974 s. 430 kohdat 17 ja 18. General Motors -tapauksesta ks. ECR 1975 s. 1378–1380. Kohdassa 12 tuomioistuimen periaatteellinen kanta (so. yhteismarkkinoiden puolustaminen) käy hyvin ilmi: "Such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided, and which has the effect of curbing parallel imports by neutralizing the possibly more favourable level of prices applying in other sales areas in the Community, or by leading to unfair trade in the sense of Article [86(2)(a)]."; vastaava kanta omaksuttiin British Leyland -tapauksessa (Case 226/84). Ks. ECR 1986 s. 3303–3305.

joutui maksamaan komission tuomitsemat sakot. Ajateltavissa tosin on, että oikeudellinen tilanne oli selkeämpi ja yrityksen olisi pitänyt tietää toimivansa General Motors -tapauksessa ilmaistua oikeusohjetta vastaan!

Ratkaisua voitaisiin kritisoida sikäli, että jo käsite ”väärinkäyttö” on varsin avoin ja jättää komissiolle käytännössä melkoisen harkintavallan. Eräs mahdollisuus olisi ollut todeta menettelyn olleen väärinkäyttöä. 82 artiklassahan ei edellytetä, että väärinkäyttö olisi kestänyt kauan tai koskisi ylipäätään kovin montaa tapausta. Periaatteessa yhdenkin tapauksen pitäisi riittää. Tuomioistuin olisi voinut ottaa sen kannan, että kysymyksessä on väärinkäyttö, mutta todennut sitten, ettei edellytyksiä sakon asettamiselle ole (so. rikosoikeudellisesti tehokas katuminen tai vaaditun tahallisuuden / tuottamuksen puuttuminen).[132]

EU:n tasolla pyrkimyksenä on säilyttää yhteismarkkinat, jolloin hintatason vaihtelu jäsenmaiden välillä ilman kustannustasosta tms. johtuvaa syytä saattaa täyttää 82 art. kriteerit. Lähtökohtana ei tällöinkään voi olla kaikkien hintaerojen tuomitseminen, koska hintaero voi kustannustasoerojen lisäksi johtua esim. suuremmasta kysynnästä tietyssä jäsenmaassa. Se voi myös pohjautua yritysten laillisiin oikeuksiin (kuten patentteihin jne).

Centrafarm-tapauksessa (Case 24/67) yhteisön tuomioistuin hyväksyi hintaerot jäsenmaiden välillä, koska nämä perustuivat patentteihin. Tapauksessa oli pyritty estämään myös rinnakkaistuontia, mikä on normaalisti kiellettyä. Italiassa ei kuitenkaan voinut patentoida ko. tuotteita patenttijärjestelmän erojen takia, joten tällaisen tuonnin estämistä pidettiin hyväksyttävänä. Jos patenttia käytetään määräävän aseman väärinkäytön välineenä, voidaan asiaan puuttua.[133]

Kohtuuttoman korkeiden hintojen tuomitsemista voidaan kritisoida EU:n osalta kuten muidenkin tutkittavien järjestelmien kohdalta sikäli, että korkea hinta voi toimia markkinoille tulon kannustimena. Tilanteeseen puuttuminen voi olla pitemmällä tähtäimellä huonompi ratkaisu kuin hetkellisten monopolivoittojen hyväksyminen. EEC-sopimuskaan ei salli etukäteistä hintakontrollia, joten hintoihin puututaan jälkikäteen. Asiaan puuttuminen on siten lähinnä eräänlainen viesti markkinoilla toimiville yrityksille siitä, mikä voi jatkossa olla komission ja tuomioistuimen mielestä kohtuutonta hinnoittelua. Hintojen perustuessa vaihtuviin markkinatilanteisiin ei oikeusvarmuuden edellyttämiä mittapuita tätä kautta saada juuri muodostettua. Markkinoille tulleen yrityksen kannalta tilanne voisi

---

[132] Tällä kannalla oli Advocate-General Mayras. Ks. ECR 1975 s. 1386–1387 (väärinkäytön osalta) ja 1388–1389 (sakkoa ei tulisi tuomita tuottamuksen puuttuessa).

[133] ECR 1968 s. 72 ”For this prohibition (so. 82 art.) to apply it is thus necerrary that three elements shall be present together: the existence of a dominant position, the abuse of this position and the possibility that the trade between Member states may be affected thereby.” sekä samalla sivulla: ”Although the sale price of the protected product may be regarded as a factor to be taken into account in determining the possible existence of an abuse, a higher price for the patented product as compared with unpatented product does not necessarily constitute an abuse.”, s. 78–79, jossa advocate-general Roemer painottaa mielipiteessään, ettei patentin laillinen käyttö voi olla 82 artiklan vastaista.

muodostua jopa katastrofaaliseksi, jos se on laskenut tuotannon alkuvaiheessa kannattavan vain tietyllä hintatasolla, ja komissio pakottaa hallitsevan kilpailijan laskemaan hintansa tälle tasolle tai sen alapuolelle.[134]

Sopimusehdoilla tarkoitetaan periaatteessa kaikkia muita suoritukseen liittyviä ehtoja paitsi hintaa. Tällaisia ehtoja voivat olla yleisten ja sopimuskohtaisten ehtojen lisäksi esim. yhtiöjärjestyksen normit, jos niillä rajoitetaan kilpailua. Käytännössä esim. osuuskunnan jäsenyysehdoilla voidaan rajoittaa jäseneksi ottamista tai jäsenten mahdollisuuksia kilpailla vapaasti. Erottelu hintaan nähden ei luonnollisesti voi olla täydellinen, koska sopimus muodostaa aina kokonaisuuden sekä hinnan että ehtojen osalta. Sopimusehdot tulisikin arvioida kokonaisuutena. Yksittäisen ehdon kohtuuttomuus ei siten johda sen kieltämiseen, jos sopimus kokonaisuutena on kohtuullinen. Lähestymistavan on siten – käytännön pakostakin – oltava samankaltainen kuin Saksassa.[135]

Sopimusehtojen kohtuuttomuutta arvioidaan pitkälti samojen periaatteiden mukaan kuin hinnan kohtuuttomuutta. Osapuolten edut huomioivan intressivertailun lisäksi on – jälleen kerran – yhteisön päämäärillä merkittävä vaikutus. Erilaiset ehdot eivät siten saa pyrkiä yhteismarkkinoiden jakamiseen. Hallitsevalla yrityksellä on velvollisuus arvioida oman menettelynsä vaikutukset sekä vastapuolen että yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Täten sopimusehdoissakin tulisi käyttää lievimmän vaihtoehdon linjaa. Tietyssä määrin varsin ongelmallinen esimerkki on sopimuksen pituus. Hyvin pitkä sopimusaika toimii markkinoille pääsyn esteenä, mutta toisaalta esim. uuden tuotteen markkinoille saaminen vaatii jälleenmyyjienkin kannalta pitempää ja mahdollisimman kilpailulta suojattua sopimusaikaa. Ongelma on sinänsä EU-tasolla tunnettu ja 81(3) art. perusteella annettujen poikkeuslupa-asetusten kautta osittain ratkaistu. Näitä ei kuitenkaan voida soveltaa määräävässä asemassa olevaan yritykseen.[136]

Sopimusehtoja arvioitaessa tulisi huomioida sopimuksen tarkoitus ja osapuolten siitä saamat edut. Ehdot voivat olla kohtuuttomia, jos niitä ei tarvittaisi sopimuksen toteuttamiseen. Yhteisön tuomioistuin totesi BRT II -tapauksessa (Case 127/73), että varsinkin sellainen ehto, jonka vaikutus ulottuu sopimussuhdetta pitemmälle (so. yli sen ajan, josta ei-hallitseva osapuoli voi hyötyä), voi olla kohtuuton. Ehtojen välttämättömyyttä tarkastellessa ei lähtökohtana saa olla vain hallitsevan osapuolen etu, vaan vastapuolen oikeutetut intressit on huomioitava.[137]

3.3.2 Saalistushinnoittelu

Hinta voi olla kohtuuton kilpailun kannalta myös silloin kun se on erittäin alhainen. Tällöin kyse on pyrkimyksestä estää uusia kilpailijoita tulemasta markkinoil-

---

[134] Korah s. 113.
[135] Langen ym. s. 1750–1751.
[136] Langen ym. II s. 1751 (vain yleiset periaatteet).
[137] Tapauksen osalta ks. ECR 1973 s. 316–317.

le (nk. predatory-pricing eli saalistushinnoittelu). Hintojen alentamiseen ei luonnollisesti ole syytä puuttua silloin, kun kyseessä on vain kilpailun paineesta aiheutunut normaali hintatilanne. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kuitenkin taloudellisten resurssiensa turvin laskea hinnan alle tuotantokustannusten. Se voi pyrkiä luomaan myyntijärjestelmän, jossa uskollisuusalennusten avulla tehdään asiakkaille kannattamattomaksi ostaa toisten yritysten tuotteita. Weatherill ym. korostavat tässä yhteydessä markkinoille pääsyn esteiden luomista alihinnan kautta ja markkinoille tulon torjumisen jälkeen syntyvää mahdollisuutta nostaa hintoja.[138]

Teoreettisesti kiistanalaista on kuuluuko saalistushinnoittelu 82 art. a) esimerkin piiriin. Kielellisesti välitön tai välillinen kohtuuttomien hintojen käyttäminen viittaa pikemminkin ylihinnoitteluun. Käytännössä kysymyksellä ei ole merkitystä, koska kilpailijoiden markkinoille pääsyn estämiseen tms. tähtäävä hinnoittelu on selkeästi 82 art. yleiskiellon vastaista. Sillä seikalla, voidaanko se lukea jonkin esimerkin piiriin kuuluvaksi, ei ole mitään merkitystä.[139]

Saalistushinnoittelun toteaminen on lähes aina vaikeaa, koska ratkaisevalla viranomaisella tai tuomioistuimella täytyisi olla tarkat tiedot sekä markkinoiden että markkinoilla toimivien yritysten kustannusrakenteesta. Integraatiosta huolimatta ei EU:n alue erilaisten preferenssien tms. syiden takia muodosta monessakaan tapauksessa yhtä yhtenäistä markkina-aluetta. Kansallisiin viranomaisiin verrattuna komission tarkasteltavana on siten lähes aina joukko osamarkkinoita. Yritys voi myös pyrkiä puolustautumaan sillä, että sen alhaisempi hinta on seurausta jonkin markkinan alhaisemmasta hintatasosta eikä mistään saalistushinnoittelusta ole kysymys.[140]

Pelkkää tehokkaampaa toimintaahan ei kilpailuoikeuden varjolla tulisi kieltää, vaan ainoastaan kilpailun idean vastainen alihinnoittelu esim. toisten toimialojen voitolla tapahtuvan subventoinnin kautta tapahtuva. 82 artiklaan ei sisälly mitään kriteerejä, joiden perusteella voitaisiin arvioida milloin on kysymyksessä tämän normin vastainen alihinnoittelu. Sanamuodon perusteella sitä ei ole edes sidottu kustannustasoon, vaan muukin lähtökohta olisi periaatteessa mahdollinen. Kilpailun periaatteiden valossa kustannukset ylittävää hintaa on tosin vaikea pitää väärinkäytöksenä. Keskimääräiset yksikkökustannukset ylittävä hinta, joka tähtää kilpailijan markkinoilla toiminnan estämiseen on 82 art. nojalla kuitenkin kiellettävissä. Voidaanko keskimääräiset kokonaiskustannuksetkin ylittävä hinta kieltää,

---

[138] Myös Korah korostaa tarvetta korvata saalistuksen aiheuttamat tappiot monopolivoitoilla. Ks. Korah s. 106– 107; Weatherill ym. I s. 745.

[139] Esim. Langen ym. katsovat saalistushinnoittelun kuuluvan vain 82 artiklan yleislausekkeen piiriin. Ks. Langen ym. II s. 1746.

[140] Esimerkiksi Koskenranta pitää tätä syynä USA:ssa noudatetun Areeda-Turner -testin hylkäämiselle EU:ssa. Yritysten kustannusrakennetta on hänen mukaansa ylipäätään vaikea selvittää ja lisäksi hän painottaisi tarkoituksellisen toiminnan merkitystä. Koskenranta s. 126 ”the grey area between average variable cost and total cost intention is of essence.”

on mielestäni epävarmaa, ellei ole selvää muuta näyttöä kuin pelkkä hintataso. Tällaisena näyttönä voitaisiin käyttää esim. yrityksen omaa käytöstä, jos se on aina reagoinut markkinoilletuloyrityksiin laskemalla hinnan alle tulijan mahdollisuuksien ja sitten korottanut hintaa uhan poistuttua.[141]

ECS/AKZO-tapauksessa komissio löysi todisteita siitä, että AKZO oli valmistautunut tarvittaessa eliminoimaan kilpailijansa ECS:n. ECS:n pääosakkeenomistajalle oli ilmoitettu AKZO:n ryhtyvän agressiivisen liiketoimintaan jauhojen lisäainemarkkinoilla, jos hän pyrkisi laajentamaan toimintaansa muovialalle (jossa hänen yrityksestään olisi myös tullut AKZO:n kilpailija). AKZO:n tarkoituksena oli tarjota ECS:n kilpailijoille omia tuotteitaan selvästi halvemmalla kuin ECS pystyi tarjoamaan. ECS menetti systemaattisten alhaisten hintojen takia vähitellen kolme tärkeintä asiakastaan. AKZO:n puolelta katsottiin ECS:n itse aloittaneen hintakilpailun, jota suurten ostajien ostovoima oli kiihdyttänyt. Se ei myöskään ollut laskenut hintojaan alle tuotantokustannusten. Komissio ei hyväksynyt näitä väitteitä ja AKZO:n katsottiin toimineen 82 art. vastaisesti. Hintojen osalta komissio katsoi kustannustason ylittävän hinnoittelun voivan olla 82 art. vastaista, mutta tapauksessa oli näyttöä siitä, etteivät AKZO:n hinnat olleet edes ylittäneet kustannuksia.[142]

Korah kritisoi ECS/AKZO -ratkaisua, koska se nojaa todisteisiin uhkailusta, eikä kilpailu kustannustason ylittävillä hinnoilla eli tehokkuudella voi olla kiellettyä. Ratkaisu tavallaan irroitettiin kustannuskysymyksistä, mitä voi pitää vallitsevan taloustieteellisen lähestymistavan vastaisena. Yrityksen tarkoitusperien ottaminen lähtökohdaksi johtaa lähinnä siihen, että hölmömmin toimivat jäävät kiinni jättäessään todisteita komission löydettäväksi järkevämpien selvitessä aivan samasta menettelystä. Tarkoituksen ongelma on lisäksi aina se, että kilpailun eräs perustavoite on yrityksen kannalta kilpailijoiden pitäminen poissa markkinoilta. Tätä ei tule edes kieltää, jos se perustuu tehokkuuteen! Ratkaisua voidaan siten kritisoida myös saalistushinnoittelun virhekäyttönä, koska ei ollut näyttöä hintatason alittamisesta ja ECS oli osittain itse aiheuttanut hintasodan jättämällä AKZO:n asiakkaille kilpailevia tarjouksia. AKZO oli vastannut näihin, mutta suunnannut edullisemman tarjouksen ECS:nkin asiakkaille. Phlips ym. toteavat, ettei AKZO:n mahdollisuudesta kerätä väitetyn saalistuksen tappiot toisilta markkinoilta estämällä ECS:n pääsy niille uhkaustensa avulla ollut mitään näyttöä.

---

[141] Weatherill ym. korostavat tältäkin osin tapauskohtaisten ratkaisujen välttämättömyyttä ja sitä kautta syntyvää oikeudellisen epävarmuuden ongelmaa. Ks. Weatherill ym. I s. 746–747.

[142] OJ L 374/8–14 (tapahtumaselostus ja AKZO:n argumentit), 18–21 (komission kanta väärinkäyttöön). Kohdassa 74 komissio nimenomaan totesi: ”Any unfair commericial practises on the part of a dominant undertaking intended to eliminate, discipline or deter competitors would thus fall within the scope of the prohibition of Article [86]...”. Kohdassa 75 painotettiin, ettei 82 artiklaan sisälly kustannusperusteista oikeusohjetta saalistushinnottelun osalta. Kohdassa 80 komissio huomautti, että joissain tapauksissa alihinnoittelukampanjan seuraukset voivat olla niin selviä, ettei näyttöä kilpailijan eliminointi-tarkoituksesta edes tarvita.

Vaarana on hintakilpailun kukistaminen oletetun saalistuksen takia, jos oligopolistiseen hintasotaan puututaan tarpeettomasti.[143]

Möschel toteaa 82 art. tarkoituksena olevan objektiivisen, markkinoiden rakenteisiin kohdistuvan haitallisen vaikutuksen sanktioinnin. Subjektiivinen arvio kilpailijan ”tuhoamistarkoituksesta” voi johtaa poikkeamiseen tästä lähtökohdasta eli lähinnä tietyn kilpailijan suojaamiseen. Pääosin EU-oikeudessa noudatettaneen Areeda-Turner'n esille nostamaa keskimääräisten muuttuvien kustannusten alittavan hintatason olevan saalistushinnoittelua. Möschel katsoo yhteisön tuomioistuimen hyväksyneen kriteeriksi myös rationaalisen markkinaosapuolen toiminnan. Jos hintataso ei tästä näkökulmasa olisi riittävän korkea (eli mitään muuta syytä kuin saalistushinnoittelu ei voi olla), voitaisiin menettely kieltää. Möschel ei ilmeisesti hyväksyisi pelkkää näyttöä subjektiivisesta tarkoituksesta, mutta hän hyväksynee objektiivisen arvion siitä, olisiko hinnoittelu minkään yrityksen kannalta järkevää. Dirksen on liittänyt tämän ajatuksen saksalaiseen malliin normaalista suorituskilpailusta. Lähtökohta on ristiriitainen, koska kilpailun perustarkoitus on menestyä muita paremmin markkinoilla, ja mitä useampi kilpailija häviää sen parempi! Ylipäätään on suhtauduttava varovaisesti ajatteluun, jossa vedotaan objektiiviseen käsitykseen siitä, ettei muuta syytä kuin saalistus voi olla hinnoittelun takana. Tätäkään lähtökohtaa ei tule irrottaa hallitsevan yrityksen kustannustasosta, koska muiden kannalta hinnoittelulla ei kenties ole muuta järkevää perustetta kuin saalistus, mutta hallitsevan yrityksen kannalta kyse voi olla vain tehokkaaseen skaalatuotantoon pyrkimisestä tms. Hinta voi tällöin olla lyhyellä aikavälillä jopa alle keskimääräisten kokonaiskustannusten, mutta tuotantosarjojen kasvaessa hinta voi osoittautua ”oikeaksi” (eli se kattaa kaikki tuotannon vaihtoehtoiskustannuksetkin, vaikkei alunperin tältä vaikuttanut).[144]

EU-oikeudessa on jäänyt varsin vähälle huomiolle se, ettei saalistushinnoittelu ole ylipäätään järkevää, jos saalistuksen kustannuksia ei voida myöhemmin kerätä markkinoilta monopolivoittoina. Tetra Pak II -tapauksessa (Asia C-333/94 P) yhteisön tuomioistuin ei hyväksynyt yrityksen kantaa siitä, että ensiasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen jättäessään arvioimatta, voiko yritys rea-

---

[143] Bael ym. s. 592–593; Koskenranta viittaa tältä osin Korah'n kantaan. Ks. Koskenranta s. 130; Korah s. 104–106 sekä erityisesti s. 105 ”There is a danger that if price predation is treated as abusive, price competition will be chilled. There is no satisfactory definition of predation, of distinguishing competition on the merits from excluding others by illegimate means, and there is significant room for judges and officials to get the answer wrong.”; Phlips ym. s. 317–319 (faktat hinnanalennuksista ja missä järjestyksessä yritysten 'siirrot' oli tehty), 319–321. Ks. erityisesti em. lähde s. 320–321 ”Note, finally, that to establish effective predation, it would remain to show that ECS's entry value became negative in the *plastics* market and that AKZO was able to compensate its alleged losses in the UK flour additives market by later gains in its plastics markets resulting from blocked or delayed entry. No evidence to that effect was made available...”

[144] Möschel'n osalta ks. Immenga ym. I s. 733–734; Dirksen'n osalta ks. Langen ym. III s. 1778–1779. Tekijä on pitkälti samoilla linjoilla Möschel'n kanssa ja avoimeksi jää mitä hän tekstin perusteella tarkoittaa suorituskilpailun esiin ottamisella.

listisesti olettaa saavansa saalistushinnoittelusta aiheutuvat tappiot takaisin. Tuomioistuin päätyi talousteorian kannalta virheelliseen lopputulokseen, jos kustannusten kattaminen ei todella ollut mahdollista. Joka tapauksessa asia olisi pitänyt tutkia. Saalistushinnoittelu oli tuomioistuimen mukaan voitava sanktioida heti kun on olemassa kilpailijoiden syrjäytymisen vaara. Edes näyttöä siitä, että toiminta voisi todella johtaa kilpailijoiden syrjäytymiseen ei vaadittu.[145]

Esitetty kritiikki on perusteltua, koska kilpailusta kärsivällä yrityksellä on aina suuri houkutus vedota kilpailuoikeuteen pelastaakseen oman toimintansa. Edes alalla toimiva ei välttämättä tiedä hallitsevan yrityksen kustannustasoa, joten saalistusoletus voi perustua vilpittömään erehdykseen. Hintojen nostaminen johtaisi näissä tapauksissa sosiaaliseen, tehottomampien yritysten suojaan, mikä ei saa olla EU:n tarkoitus. Toisaalta esim. Korah suhtautuu liiankin kielteisesti saalistushinnoitteluun. Taloustiede ei tosin anna ratkaisijoille mitään selvää kriteeriä, jos muuttuvien kustannusten alittamista ei tällaiseksi hyväksytä. Muuttuvat kustannukset ovat edelleen paras lähtökohta ja kilpailuviranomaisten tulisi vain selvittää markkinatilanne paremmin. Tuotteen kysynnän laskeminen kuluttajien pitäessä sitä vanhentuneena tai epämuodikkaana oikeuttaisi varastojen myyntiin ns. markkinahintaan. Todisteita saalistustarkoituksestakaan ei voida kokonaan hylätä, vaikka pääkriteerin täytyy olla hintataso. EU:ssakaan ei ole syytä suosia sopimattomia kilpailutapoja, joista näissä tilanteissa voi olla kyse. Tetra Pak II -tapauksessa omaksuttu linja, jonka mukaan mitään näyttöä ei vaadita mahdollisuudesta kerätä monopolihinnoittelulla kulut takaisin, on väärä. Markkinarakennehan ei mitenkään vaarannu, jos nk. saalistuksen jälkeen hintojen nostaminen johtaa välittömään markkinoille tuloon. Tarkastelukulma tulisi siten painottaa markkinoille pääsyn esteisiin, joita vahvistava saalistus tulisi ottaa kieltopäätöksen lähtökohdaksi.[146]

Hallitsevalla yrityksellä lienee oikeus puolustautua muiden aloittamaan ”hintasotaa” tai sen markkina-aseman murentamiseen tähtäävää alennuskampanjaa vastaan. Vastatoimien tulisi olla kohtuullisia uhkaan nähden. Toisaalta ei voida ajatella, että vastatoimi olisi vain kilpailijan hinnan siteeraamista, koska tällöin hintasodan aloittanut yritys voisi hyötyä toiminnastaan (osa uusista asiakkaista jäisi sen asiakkaiksi), eikä kilpailun ajatus mahdollisimman alhaisesta hintatasosta voisi

---

[145] Korah on kritisoinut ratkaisua juuri sillä perusteella, että se jättää pohtimatta mikä todella on saalistushinnoittelua. Ks. Korah s. 107.
Tapauksen osalta ks. Oikeustapauskokoelma I 1996 s. 6011–6013.
Yleisellä tasolla kritiikkiin on yhtynyt Koskenranta. Hän painottaa saalistushinnoittelun olevan mahdollista vain tietyissä olosuhteissa, joissa yrityksen voi todella odottaa saavan takaisin menettelyyn käyttämänsä varat. Koskenranta s. 132.

[146] Korah on ilmaissut asian osuvasti todetessaan s. 104 ”There is danger that if price predation is treated as abusive, price competition will be chilled. There is is no satisfactory definition of predation, of distinquishing competition on merits from excluding others by illegimate means, and there is significant room for judges and officials to get the answer wrong.” Markkinoilta pääsyn esteiden merkitys arvioinnille tuntuu tosin unohtuneen Korah’n sangen tiukkasävyisestä kritiikistä.

toteutua. Mikäli hallitsevalla yrityksellä on velvollisuus huolehtia jäljellä olevasta kilpailusta hinnoittelunkin osalta, jää ”puolustuksen” liikkumavara kovin kapeaksi.[147]

3.3.3 Myyntijärjestelmät ja alennukset

Normaaliin liiketoimintaan liittyviä järjestelyjä ei voida määräävässä asemassakaan olevalta yritykseltä kieltää. Sen tuotteeseen ei tosin kohdistu merkittävää kilpailua, jolloin sillä ei ole vastaavaa tarvetta parantaa markkina-asemaansa lupaamalla etuja jälleenmyyjille tms. Kilpailijoiden markkinoille pääsyä haittaavan myyntijärjestelmän salliminen on kilpailun periaatteen vastainen. Tällainen vaikutus on lähinnä erilaisilla yksinoikeus- ja alennusjärjestelyillä. Näillä asiakas sidotaan ostamaan tuote vain hallitsevalta yritykseltä, jolloin kilpailijoille ei enää jää asiakkaita. Edellytyksenä ei edes ole nimenomainen vaatimus ostaa kaikki tuotteet markkinoita hallitsevalta yritykseltä, jos tämä on tosiasiassa ainoa taloudellinen vaihtoehto. Kilpaillussa tilanteessa sitoumus voi olla tarpeen, koska jälleenmyyjällä ei muutoin olisi riittävää kannustetta tuotteen markkinointiin. Tällöin asiakkaan sitoumusta vastaa myyjän sitoumus olla toimittamatta tuotetta toisille. Tilanteeseen puuttumisen tarkoituksena ei silti saisi olla tehokkuuden rankaiseminen.[148]

Myyntijärjestelmiä ja alennuksia voidaan käyttää kahteen perustarkoitukseen. Toisaalta kyse voi olla markkinoille pääsyn esteen luomisesta ja toisaalta diskriminoimisesta. Jälkimmäisessä tapauksessa tarkoituksena on markkinaerojen hyödyntäminen ja usein monopolivoittojen kerääminen. Vaikutuksia on käytännössä hankala erottaa toisistaan, koska onnistunut diskriminointi edellyttää, ettei eri markkinoiden välinen kaupankäynti ole mahdollista ja siten markkinoille pääsyn esteitä. Diskriminointikaan ei ole EEC-sopimuksen mukaista, joten suurta merkitystä tavoite-eroilla ei ratkaisutoiminnassa ole.[149]

Integraation kannalta nimenomaan markkinoiden jakovaikutus on hankalampi. Alennusjärjestelmiin tulisikin puuttua lähinnä silloin, kun ne estävät markkinoille pääsyä. Diskriminointia voidaan käyttää eräänä EEC-sopimuksen mukaisena perusteluna, mutta senkin taloudellinen merkitys on juuri markkinoiden jakamises-

---

[147] Puolustautumisoikeuden hyväksyy Möschel. Hän ei katso määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olevan mitään erityisvelvollisuuksia puolustautuessaan muiden aloittamaa ”hintasotaa” vastaan. Ks. Immenga ym. I s. 735.

[148] Bael ym. s. 200. Tekijät eivät lainkaan pohdi kysymystä hallitsevan yrityksen sopimus- tai toiminnanvapauden kannalta; Möschel ei myöskään pohdi tilannetta hallitsevan yrityksen kannalta. Ks. tältä osin Immenga I ym. s. 736.

Asiakkaiden kannalta ks. jakso 2.7.5 ”Toimituksista kieltäytyminen”.

[149] Yksinoikeusjärjestelyt voivat vaikuttaa monin eri tavoin. Ks. Immenga ym. I s. 735–736; Kuvaavaa on että esim. Whish käsittelee sekä saalistushinnoittelua että alennusjärjestelmiä tms. diskriminointi-otsikon alla. Ks. Whish s. 544, 546.

Yhteisön tuomioistuin totesi uskollisuusalennusjärjestelmän voivan johtaa diskriminointiin Hoffmann-La Roche -tapauksessa (Case 85/76). Ks. ECR 1979 s. 540.

sa. EU:n toimiminen ”hintapoliisina” estämässä erilaisten alennusten käyttöä ei liene käytännössä edes hallitsevien yritysten osalta mahdollista.

Yksinoikeusjärjestelmää on pidetty kilpailua rajoittavana, vaikka asiakas olisi pyytänyt kyseistä järjestelyä. Yksittäisen yrityksen etu voisi olla ainakin lyhyellä tähtäimellä saada aikaan ostojen keskittämistä suosiva alennusjärjestelmä. Tämä etu korostuu, jos hallitseva yritys rajoittaa niiden asiakkaiden määrää, jotka hyväksytään järjestelmään. Seurauksena voi olla jatkomarkkinoiden oligopolisoituminen, ja kilpailun vähentyessä jonkun asteisten monopolivoittojen kertyminen järjestelmään kuuluville jälleenmyyjille. Kilpailijoiden kannalta päävaikutus on hallituille markkinoille pääsyn estyminen, koska uudella yrittäjällä ei olisi riittävästi asiakkaita.[150]

Hankintoja sitovaa järjestelyä on pidettävä sallittuna, jos se ei sido toista osapuolta liian pitkäksi aikaa. Hyväksyttävän ajanjakson pituus riippuu tuotteesta sekä hallitsevan yrityksen investoinneista. Toiminnan suunnittelu voi puolin ja toisin vaatia jonkinasteista aikahorisonttia, jolloin sitoutuminen ostamaan tietty määrä tuotetta tietyssä ajassa on kokonaistaloudellisesti järkevää. Kilpailua sopimus rajoittaa sikäli, ettei ko. ajanjaksona ole mahdollista myydä vastaavaa määrää ostajalle. Poikkeustapauksissa voitaisiin sallia yksinoikeussopimus, jos tehokkain toimitusmäärä on esim. kuljetuskustannusten takia likipitäen sama kuin ostajan ko. ajan tarve. Muutamasta kuukaudesta pariin vuoteen ulottuva sopimus lienee aina sallittu, ellei selvää tarkoitusta torjua aktiivinen kilpailija ole. Pitkäaikainen irtisanottavissa oleva sopimus ei myöskään rajoita kilpailua, jos irtisanomisehdot eivät ole kohtuuttoman sitovia. Irtisanominen ei siten saisi johtaa esim. suuriin taloudellisiin tappioihin ylimääräisten maksuvelvollisuuksien tms. kautta.[151]

Kiellettynä on pidettävä alennusjärjestelmiä tms., joiden kautta ostajat joutuvat käytännössä sitoutumaan yrityksen asiakkaiksi. Esimerkkinä ovat paitsi suorat uskollisuusalennukset (kaikkien ostojen keskittämisestä saa esim. 5–10 % alennuksen) myös suorituserän koosta irroitetut paljousalennukset. Nämä lasketaan yleensä joko koko vuoden tai esim. neljännesvuoden ostojen mukaan. Tällainen alennus ei vastaa mitään dominoivalle yritykselle syntyvää hyötyä, kuten säästöjä varastoimiskustannuksissa tms. Mitä selkeämmin pyritään vain asiakkaiden sitomiseen ja markkinoille pääsyn esteiden rakentamiseen sitä selkeämmin nämäkin järjestelyt ovat kiellettyjä. Mahdottomana ei voida pitää edes yksittäisen toimituserän alennuksen pitämistä väärinkäyttönä, jos alennus ei ole missään suhteessa

---

[150] Möschel korostaa, että yksinoikeussopimukset perustuvat näissä tapauksissa yleensä hallitsevan yrityksen markkinavoimaan eikä sen tarjoamaan muita parempaan suoritukseen. Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. I s. 736.

Yhteisön tuomioistuin vahvisti tekstissä esitetyn kannan Hoffmann-La Roche -tapauksessa (Case 85/76). Tapauksessa yksinoikeusjärjestelmien katsottiin yleisesti vääristävän kilpailua määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäminä. Ainoastaan poikkeuksellisissa tapauksissa ne voisivat olla sallittuja. Ks. ECR 1979 s. 539–540.

[151] Ritter ym. I s. 313–314.

säästöihin. Näissä tapauksissa lisänäyttönä voi olla esim. kilpailijan aktiivisuus markkinoilla, jota pyritään haittaamaan.[152]

EU:ssa on suhtauduttu kielteisesti myös tavoitealennusjärjestelmään, jossa alennus myönnetään, jos ostot saavuttavat tietyn määrän. Tämä on ymmärrettävää, koska vaikutus on pitkälti sama kuin uskollisuusalennuksilla. Yritys voi toki suunnata osan ostoistaan muualle (eli täyttä keskittämistä ei järjestelmä edellytä), jos tuotetta tarvitaan enemmän kuin alennuksen saaminen edellyttää eikä ostomäärä saavuta seuraavaa alennustasoa. Portaittaista alennusjärjestelmää voi pitää sitovampana kuin yhteen alennukseen edellyttävään määrään perustuvaa, koska portaittaisessa järjestelmässä keskittämisestä saa entistä suuremman edun. Kilpailijalle järjestelmä on sikäli hankala, että se joutuu kilpailemaan jo alennetun hinnan kanssa. Vaikka asiakas tarvitsisi vielä lisää ko. tuotetta ja olisi halukas ostamaan sitä varsinaisen toimittajansa kilpailijalta, ei tämä luonnollisesti ole järkevää, ellei hinta ole vähintään yhtä halpa.[153]

Korah on omaksunut mielenkiintoisen lähestymistavan, koska hän katsoo alennusjärjestelmien osalta EU:n omaksumaan linjaan vaikuttaneen Saksan oikeuden jaottelun suoritekilpailuun ja muihin kilpailumuotoihin. Hän ei kuitenkaan perusta jakoa mihinkään muuhun kuin hyväksyttävän tavoitealennusjärjestelmän pituuteen. Korah on sikäli oikeassa, että lyhyenkin laskenta-ajanjakson salliminen alennuksen laskentaperusteeksi ei ole samalla tavoin tehokkuuteen sidottu kuin vain yksittäisten alennusten salliminen hallitsevien yritysten osalta. Toisaalta kyse on pitkälti väärinkäsityksestä. Saksan oikeuden suoritekilpailu on paljon laajempi kysymys kuin mihin Korah viittaa. Saksassa sillä on pyritty rajaamaan yleensä sallitun kilpailun ja kiellettävinä pidettyjen kilpailukeinojen rajaa (so. mikä olisi kilpailulainsäädännön tarkoitus ylipäätään).[154]

Myyntijärjestelmään voidaan liittää nk. englantilainen lauseke. Tällä tarkoitetaan asiakkaan velvollisuutta ilmoittaa sopimuskumppanilleen, jos se on saanut paremman tarjouksen muualta. Yleensä sopimuskumppanilla on tällöin oikeus itse tehdä vielä parempi tarjous, ja vasta tämän jälkeen asiakas on vapaa ostamaan tuotteen muualta. Järjestely vaikuttaa ensisilmäykseltä sangen kohtuulliselta, koska asiakas hyötyy siinä toimittajien kilpailuttamisesta välillisesti joutumatta edes

---

[152] Weatherill ym. I s. 748–749. Tekijät huomauttavat osuvasti, että periaate on sinänsä selkeä, mutta itse käytännön puuttuminen erilaisiin alennuksiin on varsin monimutkaista.

Hoffman-La Roche -tapauksessa yhteisön tuomioistuin painotti ostomääriin perustuvan ja uskollisuusalennusjärjestelmien eroja. Ks. ECR 1979 s. 540 ”The fidelity rebate, unlike quantity rebates exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned, is designed through the grant of a financial advantage to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers.”

[153] Leivo ym. s. 350. Tekijät katsovat tavoitealennusjärjestelmän olevan asiakaskohtaisesti määrättävän ja siten poikkeavan tavallisista portaittain laskettavista alennusjärjestelmistä. Tähän kantaa ei voi yhtyä, koska kaikille asiakkaille yhtä suurena myönnettävä alennus voi estää markkinoille pääsyä, jos alennus lasketaan esim. vuositason ostojen perusteella.

[154] Ks. Korah’n kannasta Rissanen ym. s. 89–90.

vaihtamaan toimittajaa. Käytännössä lause varmistaa hallitsevan yrityksen saavan tiedon kilpailijoiden liikkeistä ja antaa sille mahdollisuuden vastatoimiin. Yhdessä alennuksien ja myyntijärjestelmien kanssa lopputulos on markkinoille pääsyn selvä haittaaminen. Hoffmann – La Roche -tapauksessa (Case 85/76) yhteisön tuomioistuin torjui väitteen siitä, että englantilainen lauseke poistaisi uskollisuusalennus- ja yksinmyyntijärjestemien kilpailua rajoittavat vaikutukset, koska se vahvisti myyntijärjestelmää käytännössä poistamalla mahdollisuuden hankkia silloin tällöin tuote edellisemmin kolmannelta. Diskriminointivaikutusta ei tällainen lauseke myöskään voi poistaa.[155]

3.3.4 Toimituksista ja palvelun tarjoamisesta kieltäytyminen

a) toimitus- ja tarjoamisvelvollisuus

Millään yrityksellä ei edes EU-tasolla ole toimituspakkoa. Yritys voi siten periaatteessa valita asiakkaansa ja tätä kautta myyntijärjestelmänsä. Määräävässä asemassa oleva yritys ei kuitenkaan saa käyttää tätä oikeuttaan kilpailun haittaamiseen, joten sen osalta oikeus on selkeästi rajoitettu. Mitä lähempänä täydellistä monopolia yritys on, sitä selkeämpänä velvollisuutta on pidettävä. Möschel toteaa yrityksillä olevan erityisen velvollisuuden huolehtia jäljellä olevan kilpailun säilymisestä, vaikka hän painottaakin toiminnan vapautta. Bael ym. katsovat toimituksista kieltäytymisen voivan olla 82 art. vastaista, jos sille ei ole objektiivista perustetta.[156]

Kirjallisuudessa käytetyt painotukset viittaavat joko hallitsevan yrityksen oikeuteen päättää sopimuskumppaneistaan markkina-aseman tuomin rajauksin tai

---

[155] Tapauksen osalta ks. ECR 1979 s. 544–546. Tuomioistuin painotti lausekkeen sallivan kilpailun kontrolloimisen. Ks. s. 546 ”Finally by virtue of the machinery of the English clause it is for Roche itself to decide whether, by adjusting its prices or not, it will permit competition.”

[156] Möschel’n osalta ks. Immenga I s. 750 ”Marktmächtigen Unternehmen ist es nicht verwehrt, ihre geschäftlichen Interessen zu wahren. Sie sind grundsätzlich berechtigt, die zum Schutz dieser Interessen erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, insbesondere ihre Absatzpolitik frei zu bestimmen und ihre Handelspartner auszuwählen.”; samoin Langen ym. III s. 1773. Tekijät tosin korostavat hallitsevan yrityksen voivan toimia 82 artiklan vastaisesti, jos liikeusuhteiden katkaisemiseen / kieltäytymiseen ei ole perusteltua syytä; vastaavasti Ritter ym. I s. 302.

Vrt. Bael ym. s. 595 ”Even though the text of art. [86] does not impose a duty to supply on dominant undertakings, it follows from a series of cases that, unless objectively justified, refusals to supply by dominant undertaking may constitute an abuse...” Tekijöiden kanta korostaa varsin ankaraa toimitusvelvollisuutta; vrt. Weatherill ym. I s. 750 ”Article [86] deprives a dominant firm of the ability to pick and choose its customers. Arbitrary decisions about whether or not to supply are capable of being held in violation of Article [86]...” Ensimmäisen lauseen jyrkkyydestä saa käsityksen melko ankarasta toimituspakosta. Tekijät lieventävät sitä termillä ”arbitrary decisions”. Käytännössä lähes jokaista toimituksesta kieltäytymispäätöstä tms. voidaan perustella kapasiteettivajauksella, asiakkaan epäilyttävällä maksukyvyllä jne. Tekijöiden mielipiteen vaikutus jää siten ainakin minulle epäselväksi. Tekijät myöntävät dominoivillakin yrityksillä olevan oikeuksia. Tekstissä ilmaistun tavoin ko. oikeudet yhdistetään markkinavoimaan, jonka epätasapainon huomioimista painotetaan. Ks. em. lähde s. 752–753.

Ks. myös jaksot 3.3.8 ja 3.3.9 yksinoikeuksien ja ns. välttämättömien laitteistojen osalta.

korostavat tällaisen yrityksen velvollisuutta perustella toimituskieltonsa. Katson edellisen linjauksen vastaavan paremmin markkinoiden tarpeita, koska jälkimarkkinoiden hallitsemispyrkimysten puuttuessa tai tilanteissa, joissa jälkimarkkinoilla vallitsee melko tehokas kilpailu, ei ole varsinaista syytä rajoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimusvapautta. Jos tarkoituksena on luoda markkinoille pääsyn este jälkimarkkinoiden osalta ja tätä kautta estää omiin hintoihin kohdistuvaa painetta, kilpailijoiden toimintaa tai rangaista menettelytavoista poikkeavaa yritystä tms., olisi menettely kiellettyä. Käytännössä kirjallisuudessa omaksutut painotuserot eivät liene merkittäviä molempien kantojen perustuessa samoihin yhteisön tuomioistuimen ja komission ratkaisuihin. Kilpailuteorian kannalta tulisi silti korostaa strategisia markkinoille pääsyn esteitä, varsinkin jos taustalla on markkinoiden jakoyritys (esim. kieltäytyminen liikesuhteista useamman kuin yhden yrityksen kanssa jäsenmaata kohti sellaisen tuotteen osalta, jonka rinnakkaistuonti on säilyvyys tai kuljetuskustannussyistä hankalaa / mahdotonta).[157]

Asiakkaiden kannalta hallitseva yritys voi olla ainoa vaihtoehto, jolloin niiden oma liiketoiminta voi päättyä toimituskieltoon. EU-oikeus ei sinänsä pyri suojaamaan yksittäisiä yrityksiä, mutta kilpailutilannetta edelleen huonontavia toimia ei voida sallia. Hallitsevan yrityksen kannalta liikesuhteista kieltäytymiseen tulisi olla objektiivinen syy ja valitun keinon olla suhteessa kilpailulle aiheutuvaan vaaraan. Käteismaksun tai takuun vaatiminen liikesuhteiden edellytyksenä olisi toimituskieltoa vähemmän vaikuttava keino ja siten se tulisi asettaa tämän edelle.[158]

EU:n tuomioistuin on todennut toimitusvelvollisuuden olemassa olon Commercial Solvents-tapauksessa (Joined Cases 6 and 7/73). Tämä tapaus on kilpailuoikeudellisesti sikäli yksinkertainen, että toimituskiellon vaikutukset ja syy ovat selkeästi havaittavissa. Commercial Solvents ja sen emoyhtiö halusivat ryhtyä tuottamaan samaa tuotetta kuin italialainen asiakas yritys Zoja. Tarkoituksena oli yritysten mukaan täysin legitiimien kaupallisten intressien tavoittelu siirtymällä pelkästä raaka-aineen valmistuksesta jatkojalostuksen puolelle. Tässä tilanteessa raaka-ainetta toimitettaisiin vain niille asiakkaille, joiden kanssa oli ehditty solmia sopimukset. Myyjäyrityksen kannalta ei ole taloudellisesti järkevää myydä mitään suoranaiselle kilpailijalle ja lisäetuna olisi ollut raaka-aine markkinoiden määräävän aseman takia Zojan poistuminen markkinoilta. Tuomioistuin katsoi Commercial Solvents'n tarkoituksena olleen juuri oman markkinoille tulon helpottaminen estämällä muiden osapuolten toimintaa. Toimituskiellon tarkoituksena oli siten määräävän aseman laajentaminen jatkotuotannon alueelle. Tuomioistuin katsoi yrityksen toimivan 3(1)g, 81 ja 82 artiklojen vastaisesti ja toimituskiellon voivan

---

[157] Tätä ajattelumallia edustaa Ritter ym. I s. 302 "But it (so. hallitseva yritys) may infringe Article [86] if it withdraws supplies suddenly or without notice. Furthermore, a dominant firm may not use its position in a repressive manner in order to enforce its marketing policy or to remove an actual or potential competitor."

[158] Immenga I s. 750–751.

johtaa kilpailun täydelliseen eliminoitumiseen kiellon kohteena olevan yrityksen osalta.[159]

Commercial Solvents -tapauksessa vahvistettiin yhteisön tuomioistuimen kannanotolla se, että hallitseva yritys voidaan velvoittaa toimittamaan tietty määrä tuotetta eli ryhtymään johonkin positiiviseen toimeen. Perusteluna oli se, että väärinkäyttömenettely eli raaka-aineen toimittamatta jättäminen voitiin lopettaa vain toimittamalla ko. tuotetta.[160]

Commercial Solvents -tapaus osoitti kouraantuntuvasti, ettei asiakkaan kilpailu oman tytäryhtiön kanssa voi olla hyväksyttävä peruste toimituskiellolle. Markkinoiden varaamista itselle ei myöskään ole pidetty hyväksyttävänä CLT -tapauksessa. Siten markkinoille pyrkijän tulisi päästä liikesuhteisiin hallitsevan yrityksen kanssa, vaikka se joko suoranaisesti tai välillisesti olisi tämän kilpailija. Möschel'n omaksuma kanta, jonka mukaan edellytyksenä olisi konkreettinen toimituspakko, korostaa ehkä liikaa määräävässä asemassa olevan yrityksen oikeuksia. 82 art. ei tosin käytä suomalaisessa lainsäädännössä selvästi ilmaistua lähtökohtaa liikesuhteista pidättäytymisen edellyttävän asiallista syytä, mutta tämä seuraa velvollisuudesta huolehtia markkinoista. Kuinka pitkälle omaa asemaa murentavaa liikesuhteisiin ryhtymistä voidaan vaatia on silti osin avoin, vaikka Magill-tapauksessa tämä periaatteessa hyväksyttiin. Lähtökohtana tulisi olla nimenomaan kilpailutilanne eikä niinkään yksittäisen yrityksen etu. Jokin kilpailutilanteen kannalta toisarvoinen asiakas voisi siten jäädä ilman tuotetta, jos toimituspakko johtaisi taloudellisesti tehottomaan tilanteeseen (esim. liikaa pieniä jatkojalostajia markkinoilla skaalatuotannon etuihin nähden) ja toimituksesta aiheutuu hallitsevalle yritykselle ylimääräisiä kustannuksia. Asiakkaan vastatessa lisäkustannuksista ei tätäkään voisi käyttää kieltäytymisperusteena, jos taustalla ei ole selvää kapasiteettiongelmaa (varsinkin uuden asiakkaan osalta ei voitane edellyttää lisäkapasiteetin rakentamista).[161]

Hallitsevalla yrityksellä voi olla vahva ote tuotteen jakelujärjestelmästä. Tällöin ollaan lähellä essential facilities -tilannetta, jossa markkinoilla ei voi toimia ilman pääsyä tähän järjestelmään. Bronner-ennakkoratkaisussa (Asia C-7/97) oli kyse sanomalehtien kantojärjestelmästä, johon kilpailija halusi liittyä. Yhteisön tuomioistuin korosti ratkaisun riippuvan siitä, onko tällainen järjestelmä kilpailevan päi-

---

[159] Tapauksen osalta ks. ECR 1974 s. 250–251 "However, an undertaking being in a dominant position as regards the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives, cannot, ..., act in such a way as to eliminate their competition which in the case in question, would amount to eliminating one of the principal manufacturers of ethambutol in the Common Market."

[160] ECR 1974 s. 255–256.

[161] Bael ym. s. 597. Tekijät eivät mainitse hallitsevan yrityksen omia markkinoita, mutta käsite jatkomarkkinat ("in another market) on tulkittava siten, ettei yhtiömuodolla tms. ole merkitystä. Täysin integroitu yritys, joka tuottaa jotain puolivalmistetta olisi siten velvollinen toimittamaan em. valmistetta suoranaiselle kilpailijalleenkin. Immenga ym. I s. 753.

välehden myynnin kautta olennainen vai ei. Mikäli muita jakelutapoja joko oli tai voitiin perustaa teknisten, lainsäädännöllisten ja taloudellisten esteiden puuttuessa, ei palvelun tarjoamisesta kieltäytymisellä voitu poistaa kaikkea kilpailua markkinoilta. Tapauksessa korostettiin toiminnan vapautta, mitä on pidettävä oikeana lähtökohtana. Tuomioistuin viittasi mielenkiintoisella tavalla Magill- ratkaisuun jättäen avoimeksi, voidaanko tätä teollisuusoikeuksiin perustuvaa kantaa soveltaa mihin tahansa omistusoikeuteen. Toteamalla, että kilpailevia vaihtoehtoja saattoi olla (eli jakelujärjestelmä ei ollut itsessään eräänlainen tosiasiallinen yksinoikeus) väistettiin em. kysymys. Tuomioistuimen viittaus tosiasiallisiin mahdollisuuksiin tarkoittanee sitä, että palvelun tarjoamisvelvollisuus voisi olla olemassa, jos taloudellisesti ei ole järkevää perustaa uutta jakelujärjestelmää edes yhdessä muiden yrittäjien kanssa tai postin jakeluajankohta ei sovellu päivälehdille tms.[162]

Bronner -tapaus jättää avoimeksi miten asiaan olisi tullut suhtautua, jos päivälehtien jakelumarkkinoilla olisi ollut muutaman ison päivälehden hallitsema oligopoli ja postin palvelut riittämätön vaihtoehto. Tarkasteltaessa asiaa Saksan riippuvuus-ajattelun (eli kauppakumppanin mahdin) kautta olisi päivälehti riippuvainen välttämättömästä palvelun tarjoajasta, ja sillä tulisi olla oikeus päästä johonkin käytössä olevista jakelujärjestelmistä. Fleischer ym. painottavat toimitusvelvollisuuden olevan merkittävä poikkeus, joten sille on asetettava kovat vaatimukset. Tuomioistuimen viittaamaa tosiasiallista vaihtoehtoa ei heidän mielestään tullut tulkita ”samantasoiseksi”, vaan mikä tahansa toteuttamiskelpoinen vaihtoehto olisi riittävä. Avoimena tekijät pitävät kysymystä, tulisiko vaihtoehdon täyttää jonkinasteinen kilpailumahdollisuuksien tasapuolisuusvaatimus.[163]

Mikäli yrityksellä on toimitusvelvollisuus, ei se saa käyttää kohtuuttomia ehtoja tai hintaa toimituksien estämiseksi. Nämä menettelytavat rinnastetaan toimituskieltoon. Napier Brown – British Sugar -tapauksessa (18.7.1988) komissio painotti, ettei hallitseva yritys voinut käyttää sellaisia kiintiöitä tai hintoja, joilla vain pyrittiin estämään asiakasyrityksen kilpailu kuluttajille myytävän sokerin markkinoilla.[164]

---

[162] Oikeustapauskokoelma I 1998 s. 7830–7831 ja erityisesti kohta 41 ”Näin ollen, jotta asiassa Magill annettuun tuomioon voitaisiin tehokkaasti vedota siten, että sen perusteella katsottaisiin, että ... kaltaisessa tilanteessa (so. jakelujärjestelmän osalta) on kyseessä perustamissopimuksen [86] artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö, ja vaikka oletettaisiinkin, että tämä *teollisuusoikeuksien käyttöä koskeva oikeuskäytäntö soveltuisi minkä tahansa omistusoikeuden käyttöön*, on edellytettävä paitsi sitä, että kieltäytymisellä kotiinkantopalvelun tarjoamisesta saatetaan poistaa kaikki kilpailu päivälehtimarkkinoilta palvelua kysyneeseen nähden ja ettei kieltäytymistä voida objektiivisesti perustella, myös sitä, *että palvelu sinänsä on välttämätön kyseisen yrityksen toiminnan harjoittamisen* kannalta siten, että kyseistä kotiinkantojärjestelmää ei voida tosiasiallisesti eikä mahdollisesti korvata millään toisella järjestelmällä.”

[163] Fleischer ym. s. 358–359.

[164] Leivo ym. s. 338–339.

Komission ratkaisun osalta ks. OJ 1988 L 284/53–54 kohdat 61–62. Komissiolla oli näyttöä siitä, että kiintiöjärjestelmän ainoa tarkoitus oli estää Napier Brown’n toiminta markkinoilla.

b) asiakassuhteen merkitys

Olemassa olevan asiakassuhteen katkaiseminen omaan yritykseen kohdistuvan kilpailun takia ei ole sallittua hallitsevalle yritykselle, kuten Commercial Solvents -tapaus osoittaa. Edellytyksenä on se, että asiakas toimii normaalien liiketapojen mukaisesti, eikä mitään muutakaan hyväksyttävää syytä liikesuhteen katkaisemiselle ole. Uutena asiakkaana ei voida pitää vanhaa asiakasta, joka ryhtyy kilpailemaan hallitsevan yrityksen kanssa.[165]

Uusien asiakkaiden osalta tilanne ei ole yhtä selkeä. Mikäli kyse on essential facilities -doktriinin tarkoittamasta tapauksesta, on hallitsevalla yrityksellä velvollisuus ryhtyä sopimussuhteeseen, jos se on kapasiteetin tms. kannalta mahdollista.[166]

Möschel hyväksyy toimitusvelvollisuuden uusille asiakkaille, vain jos konkreettinen sopimuspakko vallitsee. Hän ei erittele missä olosuhteissa sopimuspakko voisi syntyä, vaan katsoo kyseessä olevan tapauskohtaisen arvioinnin. Tässä arvioinnissa on huomioitava määräävässä asemassa olevan yrityksen erityisvelvollisuus toimivan kilpailun järjestelmässä. Möschel'n lähtökohta tarkoittanee lähinnä markkinavoiman ja tuotteen merkityksen arvioimista kilpailun kannalta. Jatkojalostuksen tai jälleenmyyjien kannalta välttämättömän tuotteen tai laitteiston osalta sopimuspakko on helppo hyväksyä, jos toisenlainen ratkaisu johtaisi markkinoilla vielä olevan kilpailun pysähtymiseen samalle tasolle tai jopa vähenemiseen. Uusi asiakas voi elvyttää kilpailua ja täten välillisesti alentaa hallitsevan yrityksen tuottoja. Vastuu kilpailusta merkitsisi, ettei omia tuottoja voida pitää yksinomaisena kriteerinä, vaan toimitusvelvollisuus olisi kilpailun "tehostuessa" uuden asiakkaan myötä.[167]

Lähinnä markkinahäiriötilanteissa tuotteen toimituksia voidaan joutua säännöstelemään. Ennakoitavissa oleviin häiriöihin hallitsevan yrityksen tulisi varautua, kuten minkä tahansa muunkin, mutta on epäselvää onko tähän suoranaista velvollisuutta. Häiriötapauksissakin asiakkaita tulee kohdella tasapuolisesti, mutta tämä ei tarkoita kaikkien olevan samalla viivalla. Öljykriisin aikaisessa tapauksessa (Case 77/77) yhteisön tuomioistuin katsoi ABG-yhtiön olleen epäsäännöllisen asiakkaan. Siten yhtiötä ei oltu kohdeltu diskriminoivasti, vaikka sen saama osuus öljytoimituksista oli pienentynyt vakioasiakkaita enemmän.[168]

---

[165] Leivo ym. s. 339, 342.
Komissio totesi British Sugar – Napier Brown -tapauksessa, ettei pelkkä toimintalinjan muutos tehnyt jälkimmäisestä yrityksestä uutta asiakasta. Ks. OJ 1988 L 284/54 kohta 63: "NB cannot be considered to be a new client of BS in relation to refusal to supply. BS had supplied NB with industrial sugar before, ... The fact that NB intended to package a part of this into retail bags, selling the rest to industrial clients as it had done in the past, cannot result in NB being considered as a new client for the purposes of this case."
[166] Ks. essential facilities -ajattelun osalta jakso 3.3.9.
[167] Möschel'n kannan osalta ks. Immenga ym. I s. 753.
[168] Tapauksen osalta ks. ECR 1978 s. 1527–1530.

Vielä hankalampi tilanne on silloin, kun hallitseva yritys ei ole lainkaan ryhtynyt asiakassuhteisiin ulkopuolisten yritysten kanssa, vaan hallitsee koko jakeluketjua jälleenmyyntitasolle asti. Möschel toteaa oikeutetusti, ettei diskriminointia voida käyttää perusteena sopimuspakolle. Yrityshän ei diskriminoi ketään, jos asiakassuhteisiin ei lainkaan ryhdytä. Tilanteessa liikutaan lähellä yksinoikeuksissa Magill-tapauksessa esiin tullutta ongelmaa olemassa olevasta kysynnästä, jota hallitseva yritys ei halua tai ei voi itse tyydyttää. Tulisiko markkinat tällöin avata ulkopuolisille? Kyse on viime kädessä yrityksen oikeudesta itse päättää omasta omaisuudestaan ja myyntijärjestelmistään. Jos kyse ei ole täydellisestä markkinoiden hallinnasta, vaan esim. noin 50 % markkinaosuudesta on sopimuspakon syntyminen vielä epävarmempaa. Kysehän ei ole markkinoista, joille ei olisi lainkaan tarjolla ko. tuotetta (loput 50 % on esim. pienempien yritysten hallussa ja ne ovat todennäköisesti halukkaita myymään tuotetta jälleenmyyjille). Magill-tapaus ei tuo ratkaisua tähän ongelmaan, koska siinä liikuttiin monopolitasolla.[169]

c) oikeutettu liikesuhteista pidättäytyminen

Liikesuhteista voi pidättyä vain, jos se on objektiivisesti katsoen välttämätöntä. Välttämätöntä menettely on lähinnä silloin, kun muut keinot eivät estä asiakkaan sopimatonta tai muuta sopimussuhteen vastaista toimintaa. Asiakkaan aloittama kilpailu ei koskaan voi olla tällainen syy. Objektiivisesti välttämättömänä on pidettävä kyseisen tuotteen tuotannosta luopumista ainakin silloin, kun tämä on ollut liiketaloudellisesti tehokkain ratkaisu. Hyväksyttävää ei olisi tuotannon lopettaminen, jos siirtyminen korvaavaan tuotteeseen nostaa hallitsevan yrityksen kuluja ilman vastaavia tehokkuusetuja. Tässä tapauksessa olisi syytä epäillä tarkoituksena olevan juuri häiritsevänä pidetyn kilpailun kurittaminen eikä normaaliin liiketoimintaan kuuluva tuotannon kehittäminen. Kyse on pitkälti samanlaisesta intressivertailusta kuin Saksan oikeuden mukaan on tehtävä.[170]

Erilaisten myyntijärjestelmien osalta edellytetään, että valitsemisperusteet niihin ovat objektiiviset ja kohtelevat kaikkia tasapuolisesti. Tällöin ei ole kyse 82 art. vastaisesta menettelystä, jos kriteerejä ei sovelleta diskriminoivasti. Määrällisiä rajoituksia ei yleensä pidetä hyväksyttävinä. Selvästi kiellettyä on pyrkimys estää rinnakkaistuontia esim. kieltäytymällä ottamasta järjestelmään tätä harjoittavia yrityksiä.[171]

---

[169] Möschel'n kannan osalta ks. Immenga ym. I s. 754.

[170] Komissio viittasi objektiiviseen välttämättömyyteen British Sugar – Napier Brown ratkaisussaan. Ks. OJ 1988 L 284/54 kohta 64.

[171] Rinnakkaistuontiin viittaa Möschel teoksessa Immenga ym. I s. 752; Langen ym. III s. 1761. Teoksessa viitataan vain siihen, että järjestelmän tulee täyttää objektiiviset, tasapuoliset kriteerit jälleenmyyjien valinnassa.

Oikeuskäytännössä yhteisön tuomioistuin totesi italialaisia sanomalehtiä koskevassa ennakkoratkaisussa (Case 126/80), ettei menettely ole 81 tai 82 artiklan vastaista, jos jälleenmyyjät valitaan objektiivisten kriteerien perusteella. Italialaisen tuomioistuimen esittämä kysymys koski nimenomaan toimituksista kieltäytymistä. Ks. ECR 1981 s. 1568 (kysymyksen osalta), 1581 "... that a

Sallittavana on pidettävä toimituksista kieltäytymistä kaupallisiin syihin vedoten. Tällaisia voivat olla esim. asiakkaan aiemmat maksuhäiriöt tai huono luottokelpoisuus. Kysynnän laskiessa sallittavana olisi pidettävä jälleenmyyjäverkon supistamista, jolloin osa yrityksistä ei saisi haluamaansa tuotetta. Jälkimmäiseen syyhyn tulisi suhtautua varauksella, koska valmisteilla on usein uusia korvaavia tuotteita, ja toimituskiellon tarkoituksena voisi olla pikemminkin pyrkimys päästä aiemmin hankalaksi koetuista asiakkaista eroon. Tekninen syy voi olla hyväksyttävissä, jos liikesuhteeseen ryhtyminen edellyttäisi hallitsevalta yritykseltä kohtuutonta panostusta. Koska hallitsevalla yrityksellä on jonkinasteinen velvollisuus ylläpitää ja edistää kilpailua, ei se voi kieltäytyä toimituksista vain, jos tämä vaatisi jotain vähäisiä hallinnollisia tai teknisiä järjestelyjä. Teknisenä syynä voitaisiin hyväksyä esim. se, että liikesuhde vaatisi erilaisen tekniikan käyttöön ottoa eikä tästä voida olettaa tulevan kannattavaa. Vastapuolen suostuessa osallistumaan kustannuksiin tulisi tilanne arvioida toisin.[172]

3.3.5 Tuotannon, markkinoiden ja teknisen kehityksen rajoittaminen

82 art. esimerkkiluettelon kohdassa b) kielletään tuotannon tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Jälkimmäinen kriteeri lienee lähinnä retoriikkaa, koska kuluttajakäsite koskee loppukäyttäjien lisäksi kaikkia välittömiä ja välillisiä tuotteen ostajia.[173]

Tämän kriteerin voidaan katsoa liittyvän monopoleja koskevaan teoriaan, jonka mukaisesti monopolivoittoja keräävällä yrityksellä ei ole mitään kilpailun luomaa kannustinta kehittää tuotteitaan tai tuotantoaan siten, että laajemmat kuluttajapiirit pääsisivät ostamaan tuotetta. Käytännössä ei tätä kriteeriä ole juuri sovellettu, koska jonkinlaisen rajoittamisen todistaminen voi olla lähes ylivoimaista. Käytännössä harvalla yrityksellä on sellaista monopoliasemaa, ettei minkäänlaisen korvaavan tuotteen markkinoille tulo olisi mahdollista. Yritys joutuu siten monopolinsa varmistaakseen sijoittamaan jonkin verran varoja tuotekehitykseen.

---

selective distribution clause ... restricting the supply of the products covered by the agreement to approved licence-holders alone, does not infringe Article [85(1)] or the first paragraph of Article [86] of the Treaty, if it appears that the authorized retailers are selected *on the basis of objective criteria* relating to the capacity of the retailer and his staff and the suitability of his trading premises in connexion with the requirements for the distribution of the product and that such criteria are *laid down uniformly for all potential retailers and are not applied in a discriminatory fashion*."

[172] Goyder s. 340. Tekijä ei mainitse muita esimerkkejä kuin luottohäiriöt; Immenga ym. I s. 751. Tekijät huomauttavat hallitsevan yrityksen joutuvan sopeuttamaan toimintansa markkinoiden kehitykseen, jolloin toimituskielto on oikeutettu; Leivo ym. s. 343. Tekijät eivät laajemmin erittele eri kieltäytymisperusteita, mutta toteavat kieltäytymisen täytyvän olla järkevässä suhteessa suojelun tarpeeseen (eli siihen kaupalliseen intressiin, jota asiakkaan toiminta vaarantaa); Rissanen ym. s. 92–93. Tekijät mainitsevat taloudelliset ja tekniset syyt varsinaisesti sidonnaksi katsomansa tapauksen yhteydessä ja muutoinkin vain esimerkin omaisesti.

[173] Langen ym. II s. 1753.

Teknisen kehityksen rajoittamiseksi voidaan katsoa yrityksen pyrkimys kerätä kaikki oman alansa teknologia niin, ettei muille jää toimintamahdollisuuksia. Näytön arvoa voi korostaa se, ettei yrityksellä ole aikomustakaan käyttää ostettua teknologiaa, vaan patentin tms. hankinnan tarkoituksena on vain alalle pääsyn torjunta. Miten suoraviivaisia johtopäätöksiä voitaisiin käytännössä tehdä ei ole selvää. Yrityshän ei toisaalta saa rajata omaa tuotantoaan (so. olla käyttämättä mahdollisimman hyvää teknologiaa) eikä uutta teknologiaa välttämättä heti sovelleta. Alalle pääsyn esteisiin voi viitata tilanne, jossa uutta teknologiaa ei ole järkevää soveltaa yhdessä yrityksen käyttämän teknologian kanssa tai yritys jättää tarvittavan jatkokehittelyn kesken tms. Puuttumista näihin tilanteisiin on pidettävä poikkeuksena. Pelkkä tekniikan hankinta ei voi olla väärinkäyttöä.[174]

Oligopolitilanteissa voidaan katsoa olevan riskejä kehityksen hidastamisesta. Yrityksille on edullisinta saada tehdyt laiteinvestoinnit kuoletettua ennen uusien investointien tekemistä. Esimerkkinä on radion ja television digitalisointi. Tekniikka on ilmeisesti jo pitkälti olemassa, mutta markkinoille ei ole vielä tuotu tähän tekniikkaan perustuvaa mallistoa. Ongelmaa mutkistaa myös tv- ja radiolähetysmarkkinoiden luonne. Nekin ovat oligopolistisia eikä kuluttajankaan kannata ostaa laitetta, jolle soveltuvia lähetyksiä ei ole (so. ainakaan sellaisia, joista uuden tekniikan hyöty ilmenisi). Tällaisissakaan tapauksissa kukaan ei ole vakavissaan ehdottanut komission asiaan puuttumista.

Monopoliyritystäkään ei voida saattaa lainsuojattomaksi. Oikeusvarmuuden kannalta olisi erittäin vaarallista, jos komissio ryhtyisi arvioimaan onko x markan satsaus tuotekehitykseen tuotannon ja teknisen kehityksen rajoittamista. Tällöin komission täytyisi perustella, miksi x+1 markan panos on hyväksyttävä. Lähes ainoana vaihtoehtona pitäisin jonkinlaista liikevaihtoon sidottua prosenttia, jonka alittamista pidettäisiin väärinkäyttönä. Tämäkin prosentti jouduttaisiin määrittelemään erilaiseksi eri tuoteryhmille, koska osa tuotteista vaatii pitempää kehitysprosessia (esim. perustutkimus on osittain kesken) ja osalla pieni panostus voi luoda merkittäviä uusia tuotteita. Jonkinlaisen yleisprosentin täytyisi olla niin pieni, ettei sillä ole käytännön merkitystä.

Teknistä kehitystä voitaisiin katsoa rajoitetun, jos yritys ei ota käyttöön uusinta saatavilla olevaa teknologiaa, vaikka se voisi tuottaa parempia tuotteita. Tätä on pidettävä poikkeuksellisena tilanteena, koska huonompien tuotteiden tarjoaminen markkinoilla antaa kilpailijoille mahdollisuuden parantaa omaa suoritustaan ja siten syrjäyttää hallitsevan yrityksen. Väärinkäyttö olisi kyseessä lähinnä niissä tilanteissa, joissa määräävä yritys voi itse kontrolloida teknologian käyttöä patenttien, liikesalaisuuksien tai raaka-aineiden avulla kautta. Hallitsevan yrityksen voitaisiin edellyttää esim. antavan oheistuotteiden tai -laitteiden kehittämisen vaatimia tietoja (yhteensopivuuden tms. varmistamiseksi). Muutoin tulisi luottaa ylihinnoitteluun tai rinnakkaisen teknologian mahdollisuuksiin. Edellisessä

[174] Poikkeuksellisuuteen viittaavat Langen ym. II s. 1759.

tapauksessa asiaan puuttuminen poistaa markkinoille tulon kannalta hyödyllisen signaalin. Tilanteet ovat sikäli verrattavissa, että parempi tuote yleensä laskee vanhan tuotteen hintaa, jolloin itse asiassa on kyse monopolivoiton keräämisestä vanhan tuotteen osalta. Arvion ongelmallisuutta korostaa se, että uusi teknologia voi vaatia yleisen eurooppalaisen tai maailmanlaajuisen standardin luomista. Eri standardien tai sittemmin valitusta standardista poikkeavien tuotteiden tulo markkinoille ei ole kenenkään etu.[175]

IBM:n kanssa käydyissä neuvotteluissa yritys suostui paljastamaan tietokonejärjestelmänsä rajapintoja, jotka mahdollistivat ulkopuolisten valmistamien oheislaitteiden käytön IBM System/370:n kanssa. Komissio oli katsonut IBM:n toimivan 82 art. vastaisesti, koska se ei antanut muille valmistajille teknisiä tietoja kilpailevien tuotteiden valmistamiseksi. Yritys oli edellyttänyt muistin ja perusohjelmistojen ostamista yhdessä tietokonejärjestelmän kanssa. IBM oli lisäksi diskriminoinut sen ohjelmistojen ostajia riippuen siitä käyttikö asiakas IBM:n vai muun yrityksen keskusyksikköä. Perusohjelmistojen ja diskriminoinnin osuus putosi käsittelystä, mutta rajapintojen osalta IBM suostui komission vaatimuksiin myöntämättä mitään väärinkäyttöä. Komissio katsoi lopputuloksen parantavan sekä käyttäjien että kilpailijoiden asemaa System/370 tuotteiden markkinoilla EU:ssa. Tarkoituksena voidaan katsoa olleen lähinnä oheistuotteiden markkinoiden monopolisoimisen estäminen, minkä IBM olisi voinut toteuttaa antamalla tarvittavat tiedot vain sen kanssa sopimuksen tehneille yrityksilleen. Oheislaitteiden tuotantoa oli jo olemassa, joten IBM:ltä ei riistetty oikeutta itse päättää miten se teknologiaansa hyödyntää. Itse keskusprosessiyksikön valmistustietoja ei tarvinnut paljastaa. Tapaus voidaan liittää sekä teknisen kehityksen haittaamiseen että essential doctrines -ajatteluun. Kehittämäänsä tietokoneyksikköön liittyvän tiedon avulla IBM käytännössä hallitsi (ainakin lyhyellä aikavälillä, koska rajapinta on selvitettävissä kokeellisesti) oheislaitteiden markkinoita. Tieto oli kilpailijoiden kannalta välttämätöntä![176]

Fleischer pitää komission ja IBM:n sopimusta rajatapauksena. Peruskysymys on se saako tiettyä teknistä tuotetta hallitseva yritys hankkia *oman* kehitystyönsä avulla määräävän aseman myös lisälaite- tai muilla jatkomarkkinoilla? Fleischer painottaa, että kyse ei ole pelkästään tästä yksittäistapauksesta tai tekniikkaa koskevasta ratkaisusta, vaan yleisemmin siitä, voidaanko hallitseva yritys velvoittaa yhteistyöhön muiden yritysten – sekä asiakkaiden että kilpailijoiden – kanssa. Fleischer huomauttaa kuitenkin, ettei rinnastusta voida viedä kovin pitkälle. Sopimusperusteisessa kytkennässä yritys luo itse sopimusten avulla kytkennän ja samalla pystyy vaikuttamaan sen pituuteen. Tekniseen etumatkaan perustuvassa

---

[175] Langen ym. III s. 1763. Tekijät hyväksyvät uusimman teknologian käyttövelvollisuuden mielestäni liian kevyesti arvioimatta tekstissä mainittuja haittoja.

Vrt. Bellamy ym. s. 426–427. Tekijät epäilevät yleisesti voidaanko ”hiljaiseloa” pitää väärinkäyttönä.

[176] 14th Report s. 77–79.

kytkennässä on vain ajan kysymys, milloin kilpaileva teknologia tai järjestelmään soveltuvat oheislaitteet tms. voidaan luoda. Kytkevä yritys ei siten suoranaisesti estä sopimusten tavoin kilpailevien markkinoiden syntyä. Tärkeimpänä erona Fleischer pitää seuraamuskysymystä. Kytkykaupassa on helppo todeta sopimus pätemättömäksi tai mitättömäksi, mutta kehitystyöhön perustuvaan etumatkaan ei voida suhtautua samalla tavoin.[177]

Essential facilities -doktriinin soveltamiseen tekniseen kehitykseen voi suhtautua epäilevästi, koska mikään tekniikka ei yleensä ole täysin ohittamaton. Doktriinin perusajatushan on se, ettei tuotteen tai palvelun tarvitsija lainkaan löydä vaihtoehtoa tarjoajan tuotteelle. Kilpailun kannalta haitallisesta tilanteesta voisi olla kyse lähinnä silloin, kun yritys vaihtaa standardiaan estääkseen kilpailevan kehityksen (so. vaihdos tapahtuu ilman selvää teknistä kehitystä eli uusi standardi ei ole selvästi aiempaa parempi) tai lisälaite- tms. jatkomarkkinoita uhkaa monopolisoituminen, jonka vaikutukset ovat teknisen kehityksen etuja suuremmat. Käytännössä tulisi siten puuttua lähinnä tapauksiin, joissa voidaan osoittaa markkinoiden sulkemistarkoituksen olevan likipitäen ainoan syyn yrityksen toimintaan. Jatkomarkkinoiden monopolisoimiseen tulee suhtautua varovaisesti, koska merkittävän keksinnön tai kehitystyön tehnyt yritys, joka haluaa jatkaa työtään lisälaitteiden tms. parissa, on tuottanut yhteiskunnan kannalta merkittävän panoksen. Tieto siitä, että omaan keksintöön liittyviä tietoja tulisi aina paljastaa kilpailijoille, jolloin lisälaitemarkkinoiden etu menetetään, voi johtaa kehitystyön taloudellisen kannustimen heikkenemiseen. Tämä vaara on varsinkin niissä tapauksissa, joissa itse ”päätuotteella” ei voida saavuttaa kovin suuria monopolivoittoja.[178]

Huomattavasti teknisen kehityksen rajoittamista todennäköisempänä on pidettävä tuotannon tai markkinoiden rajoittamista. Sekä monopoli- että oligopoliteoriahan lähtevät voiton maksimoinnista hintoja nostamalla ja tuotantomääriä pienentämällä. Tulkittaessa 82(2) art. b kohtaa laajasti voi lähes mikä tahansa menettely rajoittaa tuotantoa. EU:n kilpailuoikeuden pitkälti vaikutuksiin perustuvan lähtökohdan mukaisesti ei tältäkään osin vaadita tietoista menettelyä, vaan yrityksen toiminta, joka johtaa tuotannon rajoittamiseen, on kiellettyä. Yrityksellä on siten velvollisuus selvittää menettelynsä vaikutukset jo etukäteen. 82 art. tarkoittamaan tuotannon rajoitukseen voidaan tämän lisäksi lukea yrityksen pyrkimykset rajoittaa toisten tuotantoa, koska normin sanamuoto ei tätä tulkintaa estä. Käyte-

---

[177] Fleischer s. 22–25 (laajemmin ongelmasta), 42–44 (kytkennästä). Ks. erityisesti s. 42 ”Wegen dieser partiellen Funktionsäquivalenz von vertraglichen Koppelungen und Koppelungen durch Produktgestaltung nimmt es nicht wunder, daß sich die wettbewerbspolitischen Probleme zum Teil überschneiden. ... Diese Gefahren (so. kytkennän haitalliset vaikutukset) sind besonders groß, wenn marktbeherrschende Unternehmen versuchen, ihre Macht über Koppelungsstrategien auf Sekundärmärkte auszudehnen.” ja 44 ”Festzuhalten bleibt nach alledem, daß technologische Koppelungen nicht nach denselben Maßstäben behandelt werden können wie vertragliche Koppelungsgeschäfte. ... Das schließt nicht aus, die wettbewerspolitisch gründlicher durchleuchtete Fall-konstellation des Koppleungsgeschäfts als Referenzmodell heranzuziehen, soweit Parallelen bestehen.”

[178] Fleischer s. 143–144.

tyllä keinollakaan ei sinänsä ole merkitystä, joten esim. tuotannon rajoittaminen yksinoikeusjärjestelmän kautta voi joutua 82 art. kautta kielletyksi, vaikka järjestely muutoin täyttäisi 81(3) art. poikkeuslupaehdot.[179]

Tuotannon rajoittaminen ja toimituksista kieltäytyminen voivat olla lähellä toisiaan. Toimituskiellon tarkoituksen ollessa monopolivoittojen keruu tai diskriminoivan hintatason ylläpitäminen yritys samalla rajoittaa markkinoille tulevaa tuotteen määrää. Suiker Unie -tapauksessa (Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73) yhteisön tuomioistuin totesi tällaisen menettelyn olevan selkeästi 82 art. vastaista, kun yhtiö halusi varmistaa Hollannista Saksaan tapahtuvan viennin rajoittamisen.[180]

Integraatiopyrkimys voi nousta esille myös markkinoiden rajoittamistapauksissa. Jos tavoitteena on vain rinnakkaistuonnin estäminen esim. oman jälleenmyyjäverkon suojaamiseksi, voidaan väärinkäyttönä pitää tarvittavien lupien uusimatta jättämistä. British Leyland -tapauksessa (Case 226/84) yrityksen valmistamaa Metro-automallia oli tuotu muualta Euroopasta Englantiin. BL oli antanut näiden markkinoiden kehittyä, mutta päätti sitten olla uusimatta tarvittavan luvan. Markkinat perustuivat yhtiön omaan hinnoittelupolitiikkaan eli saman auton sai halvemmalla mannermaalta. Yhteisön tuomioistuin ei ottanut suoraa kantaa siihen, voisiko yrityksellä olla jopa velvollisuus hakea tällaista lupaa, jotta yhteismarkkinat eivät jakautuisi. Kiellettyä oli olemassa olevan kaupan estäminen. Luvan hakemisvelvollisuutta ei voine katsoa olevan olemassa, koska 82 art. ei vaadi yritysten itse integroivan markkinoita. Jos yritys vain tyytyy myymään tuotettaan omilla kotimarkkinoillaan ja mahdollinen kaupan este johtuu viranomaisluvasta, ei kyse ole yrityksen luomasta kilpailunrajoituksesta, vaan muusta kaupan esteestä. Tuomioistuimen ratkaisua voidaan kritisoida sikäli, että se jättää täysin avoimeksi missä kaikissa tilanteissa luvan ylläpitovelvollisuus voi olla. Markkinat oli jo alunperin määritelty hyvin kapeasti vain ko. yritykseen, joten se on aina hallitsevassa asemassa. Olisiko yrityksellä velvollisuus ylläpitää lupaa, jos siitä aiheutuu kustannuksia? Entä ko. mallin valmistuksen loputtua?[181]

3.3.6 Diskriminointi

Diskriminointi on mainittu 82 art. esimerkkiluettelon c) kohdassa. Mitään erityisasemaa diskriminoinnille ei Saksan oikeuden tavoin ole annettu, vaan normi

---

[179] Groeben ym. s. 1266 ”Fast alle von der Kommission bislang aufgegriffenen Fälle mißbräuchlicher Ausnutzung einer beherrschenden Stellung lassen sich unter den Begriff der Beschränkung *eigenen oder fremden Absatzes* fassen. Die Verkaufstätigkeit kann in beiden Alternativen auf bestimmte Produkte oder Produktgruppen, auf bestimmte Mengen, auf bestimmte Gebiete oder auf bestimmte Abnehmer beschränkt sein.”; Langen ym. II s. 1754–1755.

[180] Tapauksen osalta ks. ECR 1975 s. 1983.

[181] ECR 1986 s. 3300–3303.

Tapauksessa on huomattava, ettei BL:ia vaadittu hakemaan lupaa uudestaan, vaan kyse oli väärinkäytöstä, josta yritystä sakotettiin.

koskee muiden 82 art. tapausten tavoin vain määräävässä asemassa olevia yrityksiä. Siten erilaisten kauppaehtojen ja hinnan käyttäminen on sallittua sellaisilla alueellisilla markkinoilla, joita yritys ei hallitse. 81 artiklaan sisällytetyn vastaavan esimerkin kautta voidaan kartellien käyttämään diskriminointiin puuttua.[182]

Tavanomaisin diskriminointi tapa lienee hintadiskriminointi eri muodoissaan. Hintadiskriminointi on erityisen haitallista yhteismarkkinapäämäärän kannalta silloin, kun sillä pyritään markkinoiden jakamiseen kansallisiin osiin tms. Tämä voi tapahtua esim. eri jäsenmaissa toimivien tytäryhtiöiden kautta, jotka sovittavat hintansa paikallisten markkinaolosuhteiden mukaan. Toinen tapa on käyttää valikoivia alennuksia, jolloin hallitseva yritys näiden avulla ylläpitää hintaeroja. Jotta hintaerot olisivat kiellettyjä, tulee niiden kohdistua samanlaisiin suorituksiin. Käytännössä tuotteen tai palvelun tulisi olla samanlainen sen eri osat huomioiden. Muussa tapauksessa kyse on joko erilaisten tapausten hinnoittelemisesta toisistaan poikkeavasti tai saman hinnan perimisestä eri tuotteesta / palvelusta. Kumpikaan näistä tapauksista ei ole 82 art. (c) kohdan nojalla kiellettävissä.[183]

Diskriminointikiellosta ei voida johtaa vaatimusta samanlaisesta hinnasta koko EU:n alueella. Hintaerot voivat olla seurausta todellisista eroista EU:n eri osien välillä, jolloin niiden kieltäminen olisi lähinnä keinotekoista puuttumista markkinoiden toimintaan. Bael ym. huomauttavat, että hintaeroja EU:n eri osien välillä tulisi pitää vain poikkeuksellisissa tapauksissa kiellettynä diskriminointina. Tekijät huomauttavat, että United Brands-tapauksessakin yhteisön tuomioistuin perusti kantansa siihen, että banaanit myytiin samassa paikassa eri ostajille, ja että yritys oli lisäksi pyrkinyt estämään banaanin kypsyttämöitä käymästä kauppaa raa'oilla banaaneilla. Goyder katsoi United Brands -tapauksen jättävän avoimeksi sen, mitä voidaan käyttää perusteluna hintaeroille. Mikäli liikeriski on hallitsevalla yrityksellä itsellään ja se kohtaisi suoraan markkinoiden vaikutuksen, olisivat erot sallittuja. Miten suuri osa riskistä yrityksellä täytyy olla, ei ole tapauksen pohjalta varmasti ratkaistavissa. Ritter ym. toteavat diskriminoinnin edellyttävän erojen olevan merkittäviä ja perusteettomia. Perusteettomuudella tekijät tarkoittanevat juuri todellisten markkinaerojen puuttumista. Diskriminointia ovat hallitsevan yrityksen keinotekoisesti luomat erot.[184]

Epäselvänä pitäisin sitä, voidaanko Saksan oikeuden tavoin hyväksyä diskriminointi, jos yritys osoittaa perustellun syyn menettelyynsä. Artiklan sanamuotohan ei tunne tällaista puolustusta, mutta sen voitaisiin katsoa sisältyvän määrittelyyn samankaltaisista suorituksista. Tällöin yrityksen tulisi tosin todistaa vetoa-

---

[182] Langen ym. II s. 1762.

[183] Bael ym. s. 582–583; Goyder tarkastelee diskriminointia yhdessä toimituksista kieltäytymisen kanssa ja hänen lähtökohtansa on juuri hintadiskriminointi, kuten ao. jakson otsikosta ilmenee. Goyder s. 334; Leivo ym. s. 352–354. Tekijät eivät lainkaan pohdi kysymystä siitä mitä tapauksia voidaan pitää toisiinsa rinnastettavina.
Erilaisten alennusten ja myyntijärjestelmien vaikutuksia käsitellään tarkemmin jaksoissa 3.3.3.

[184] Bael ym. s. 583; Goyder s. 337–338; Ritter ym. I s. 306.

mansa perusteen johtavan siihen, ettei suorituksia enää voida pitää samankaltaisina. Tämä vaade menee huomattavasti GWB 20 §:n perusteltua syytä pitemmälle, koska GWB:n perusteella mm. aiemmat sopimusrikkomukset voivat oikeuttaa diskriminointiin esim. vaatimalla käteissuoritusta. Ajatus hyväksyttävästä syystä toiminnan taustalla onkin helpommin yhdistettävissä väärinkäyttökäsitteen tulkintaan. Väärinkäyttönä on hankala mieltää toimintaa, johon on objektiivisesti perusteltu syy. Möschel hyväksyisi perustellun syyn käyttämisen, jos kyse on kilpaillullisesti perustellusta diskriminoinnista. Tällaisia syitä olisivat mm. kustannuserot ja markkinatilanne. Möschel'n kantaan voidaan varovaisesti yhtyä, vaikka oikeuskäytännön valossa en katso yrityksillä olevan suurta mahdollisuutta menestyä tätä puolustusta käyttämällä ainakaan EU:n tuomioistuimessa. Komission osalta arviointi on vaikeampaa, koska tarkkoja tietoja siitä mitä komissio on valmis hyväksymään epävirallisissa keskusteluissa ennen esim. comfort letter'n antamista ei ole. Tulkinta on tehtävä EEC-sopimuksen päämäärien mukaisesti, jolloin yhteismarkkinoiden jakoon johtava diskriminointi olisi helpommin tuomittavissa kuin jonkin yksittäisen yrityksen toiminnan haittaaminen. Yrityksen käyttämien keinojen tulee olla suhteessa väitettyyn syyhyn eikä hyväksyttävänä voida pitää "ylireagointia" esim. vähäiseen sopimusrikkomukseen.[185]

Kohtuuttomien ehtojen ja hinnan lisäksi selvästi kiellettyä on kansallisuuteen perustuva diskriminointi. Tässä on jälleen lähtökohtana pyrkimys yhteismarkkinoiden luomisesta. Kansallisuuden merkitystä korostaa EEC-sopimuksen 12 art., jossa nimenomaan edellytetään, ettei ketään tällä perusteella syrjitä. Tämä on selvän sanamuotonsa mukaisesti yleisnormi, joka ohittaa mahdolliset tulkintaristiriidat muiden säännösten kanssa. Käytännössä yritykset tuskin syrjivät ketään kansallisuuden perusteella. Tavallisemmin kyse on työoikeudellisesta diskriminoinnista.

GVL-tapauksessa (Case 7/82) oli kyse taiteilijoiden oikeuksia valvovasta saksalaisesta yrityksestä. Komissio katsoi sen syrjineen muiden EU-maiden kansalaisia, koska yhtiö edellytti joko Saksan kansalaisuutta tai Saksassa asumista. Yhtiön mukaan tämä johtui Saksan lainsäädännöstä. Yhteisön tuomioistuin totesi Saksan lain tosin vaativan kyseisten yritysten hoitavan Saksassa asuvien taiteilijoiden asioita, mutta ei estänyt sitä tekemästä sopimuksia muiden kanssa. GVL oli

---

[185] Möschel'n kannan osalta ks. Immenga ym. I s. 759 "Ziel dieses Tatbestandes (so. 82 art. c) kohta) ist es, zu verhindern, daß marktbeherrschende Unternehmen *durch wettbewerblich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen* ... die Wettbewerbsverfälschungen hervorrufen, indem einzelne Handelspartner benachteiligt werden." sekä s. 761 "Ungleichbehandlungen, die auf sachlichen Gründen beruhen, bleiben zulässig."; Leivo ym. s. 334–335. Tekijät mainitsevat objektiivisesti hyväksyttävän syyn ohimennen asiaa tarkemmin pohtimatta.

Vrt. esim. Bael ym. jakso 9 s. 575 alkaen, jossa ei lainkaan tarkastella yksittäisen yrityksen esittämien syiden hyväksymistä puolustuksena väärinkäyttöväitetteitä vastaan. Vrt. Ritter ym. I s. 306, jossa tekijät vain viittaavat siihen, että diskriminoinnin tulee olla "unjustifiable", jotta se voidaan kieltää. Sallisiko tämä yrityskohtaisten tekijöiden huomioimisen ja missä määrin jää avoimeksi.

määräävässä asemassa eikä se siten voinut kieltäytyä hoitamasta muissa jäsenmaissa asuvien taiteilijoiden asioita.[186]

EU-tasollakaan ei ole nähty järkeväksi kieltää erilaisten tapausten kohtelemista samanlaisesti, vaikka vaikutukset voivat muistuttaa diskriminointia. Vastaavasti erilaisia tapauksia saa kohdella erilaillakin. Määräävässä asemassakaan olevaa yritystä ei siten voida vaatia kehittämään tiettyä mittapuuta, jonka mukaan erilaiset yritykset asetettaisiin ”samalle viivalle”. Tältä osin EU-oikeus vastaa täysin Saksan oikeutta.[187]

Diskriminointiesimerkissä mainitaan vain yritykset. Kuluttajien diskriminointi ei siten ole c) kohdan kautta kiellettyä, mutta saattaa tätä olla yleislausekkeen perusteella. Kauppakumppaneihin rajatusta sanamuodosta seuraa se, ettei esimerkkiä voida soveltaa välilliseen diskriminointiinkaan (so. esim. suhteessa valmistaja – jälleenmyyjä, jos diskriminointi tapahtuu tukkukaupan kautta). Kuluttajiin kohdistuvassa diskriminoinnissa voi sinänsä olla kyse kohtuuttomista hinnoista tai muista sopimusehdoista, jolloin a) tai b) kohtia voitaisiin soveltaa. Tällaisen kuluttajien riiston salliminen ei voi olla EU:n tarkoitus, joten muu kanta on perusteeton. Pyrkimyksenä ei tältäkään osin ole EU:n kattava ”yhteishinta”, joten EU:n toimielimille ja eri maiden viranomaisille / tuomioistuimille jää pakosta laajahko harkintavalta.[188]

Diskriminointisääntöön ei Saksan oikeuden tavoin ole kytketty kohtuutonta haittaamista. 82(2) c) -kohta ei siten suojele kilpailijoita kuin välillisesti. Käytännössä asialla ei ole merkitystä, koska kilpailijat voivat vedota esim. b) kohdan tuotannon rajoittamiseen tai 82 art. yleissääntöön. Ristiriitaisia käsityksiä vallitsee siitä, suojaako diskriminointinormi potentiaalisia asiakkaita. Langen ym. lähtevät siitä, että tämä ei olisi mahdollista, koska tarvittava liikesuhde puuttuu. Tätä kantaa on vaikea ymmärtää, koska liikesuhteen voidaan katsoa syntyvän samalla hetkellä, kun määräävässä asemassa olevaan yritykseen otetaan yhteyttä sopimuksen solmimistarkoituksessa. Siten tällaiselle potentiaaliselle asiakkaalle tehtävä tarjous tms. ei saa olla diskriminoiva. Katsoisin Langen ym. poiketen esimerkkikohtaa voitavan soveltaa toimituksista kieltäytymiseenkin, jos tällöin yritystä kohdellaan eriarvoisesti verrattuna muihin samassa asemassa oleviin. Kukaanhan ei edes väitä täysin ulkopuolisia suojeltavan tämän kohdan kautta. Käytännössä tämäkin kiista on lähinnä teoreettinen, koska asia voidaan aina hoitaa 82 art. yleislauseen kautta.[189]

---

[186] ECR 1983 s. 507–509. Ks. erityisesti s,. 509 kohta 56 ”Such a refusal by an undertaking having a de facto monopoly to provide services for all those who may be in need of them but who do not come within a certain category of persons defined by the undertaking on the basis of nationality or residence must be regarded as an abuse of a dominant position ...”

[187] Langen ym. II s. 1760.

[188] Möschel on selkeästi 82 artiklan yleislausekkeen soveltamisen kannalla kuluttajien diskriminointitapauksessa. Hän viittaa myös harkintavallan laajuuteen. Ks. Möschel’n kannan osalta Immenga ym. I s. 759; Langen ym. II s. 1761.

[189] Langen ym. ovat pysyneet johdonmukaisesti kannallaan sillä se toistetaan teoksen uusimmassakin painoksessa. Ks. Langen ym. II s. 1761 ja sanatarkasti Langen ym. III s. 1765.

82 artiklassa ei mainita perusteltua syytä tai menettelyn kohtuuttomuuden arviointia. Käytännössä tällainen syy täytynee hyväksyä ainakin silloin, kun tapaukset eivät ole täysin samanlaisia. Siten esim. poikkeavat kuljetus-, varastointi- tms. kustannukset oikeuttavat erilaisten hintojen perimiseen, kunhan hinnat vastaavat todellista suoritusta (esim. varastointikustannusten varjolla ei saa periä tuotteesta selkeästi korkeampaa hintaa). Vastapuolen yritykseen sekä aiempaan toimintaan sidotut menettelytavatkin on pakko sallia, koska tällöin on periaatteessa kyse erilaisista tapauksista (asiansa hyvin hoitava yritys <> ”maksurästiyritys”). Rajanveto on pitkälti tapauskohtaista eikä selkeän normitason valtuutuksen puuttuessa voine ulottua juuri todellisia tapauseroja pitemmälle.[190]

3.3.7 Kytkykaupat

Kytkykaupat on mainittu 82 art. esimerkkiluettelon d) kohdassa eräänä väärinkäyttömuotona. Sopimuksen ehdoksi ei siten saa asettaa sellaista suoritusta, joka ei ole asiallisessa tai kauppatavan mukaisessa yhteydessä päätuotteeseen. Liitettävän suorituksen tai pääsuorituksen ei tarvitse olla tavara, vaan palvelu- tms. täyttää d) kohdan ehdot. Näiden yhdistelmäkin on mahdollinen (esim. tavaran kauppaan sidottu huoltosopimus). Hallitseva yritys voi pyrkiä menettelyllä sinänsä täysin hyväksyttävään tarkoitukseen, kuten laadun turvaamiseen. Toisaalta tavoitteena voi olla liitettävän suorituksen (esim. varaosat) markkinoiden valtaus tai päätuotteen markkinoille tulon estäminen (markkinoille tulija joutuisi tarjoamaan sekä pää- että sivutuotetta). Kytkykauppojen vaikutus on pitkälti sidottu yrityksen asemaan markkinoilla, joten mitä määräävämpi yrityksen asema on sitä helpommin menettely on tuomittavissa.[191]

Hallitsevan yrityksen ei tarvitse itse toimittaa kytkettävää tuotetta, kunhan se edellyttää ko. tuotteen ostamista päätuotetta koskevassa sopimuksessa. Tavoitteena voisi olla esim. tytäryhtiön tai kartellin tukeminen (eli taustalla voi olla markkinoiden jako kahden yrityksen kesken hallitsevan yrityksen pakottaessa asiakkaansa noudattamaan ko. jakoa). Nimenomaan markkinoiden jakoa tai toisten markkinoiden valtaamista on pidettävä EU:n kannalta hankalimpana, koska selkeänä pyrkimyksenä voi olla rajaus kansallisiin markkinoihin. Jako voi olla kytkykaupan avulla naamioitavissa, jos hallittu (eli kytkevä) tuote on homogenisempi ja helpommin kuljetettavissa kuin kytketty tuote. Estämällä kytketyn tuotteen markkinoiden kilpailua hallitseva yritys saattaa saada suuremman voiton kuin erikseen myytäessä saataisiin.[192]

Kytkykaupasta ei ole kyse, jos asiakas maksaa suorituksesta täyden vastikkeen. Tällöinhän ei lainkaan estetä muita tuottajia kilpailemasta tämän sivutuotteen

---

[190] Langen ym. II s. 1763–1764. Tekijät mainitsevat esimerkkeinä juuri kustannuserot tms., mutta eivät mitenkään viittaa muun kohtuullistamisen mahdollisuuteen.
[191] Immenga ym. I s. 744.
[192] Immenga ym. I s. 745.

markkinoilla. Sivusuorituksen tulee olla pääsuorituksesta erillinen, eli kyse ei saa olla yhdestä kokonaisuudesta (kuten työkalusetti tms.).[193]

Kytkykauppojen kieltämisellä näissä tapauksissa suojataan paitsi markkinaosapuolen toimintavapautta myös kytketyn tuotteen markkinoita. Esimerkin soveltamisen edellytyksenä ei ole sen osoittaminen, että päätuotteen markkinoita hallitseva yritys pyrkisi valtaamaan kytketyn tuotteen markkinat. Siten ei mitään näyttöä menettelyn onnistumisesta tai tämän todennäköisyydestäkään voida vaatia.[194]

Asiallisessa yhteydessä toisiinsa ovat sellaiset suoritukset, joiden yhteinen toimittaminen on teknisesti tai kaupallisesti perusteltua. Teknisesti perusteltuna voidaan pitää ainakin niitä tapauksia, joissa tämä on kuluttajien turvallisuuden kannalta tarpeellista. Kaupallisesti perusteltuna voitaisiin pitää esim. kahden raaka-aineen yhtäaikaista toimittamista, jos tätä kautta säästetään selvästi toimituskustannuksissa, tai tietyn tuoteryhmäkokonaisuuden hankkimisvelvoitetta (lähinnä jälleenmyyjien osalta). Perusteluksi ei koskaan kelpaa yksinomaan määräävässä asemassa olevan yrityksen luoma käytäntö, koska tämä johtaisi normin merkityksen romuttumiseen.[195]

Kytkykauppojenkin osalta joudumme pohtimaan hallitsevan yrityksen velvollisuutta huolehtia markkinoilla vielä olevasta kilpailusta. Taloudellisesti ei asiaan puuttuminen ole järkevää, jos yritys pystyy tarjoamaan tuotteet yhdessä edullisemmin kuin kilpailija joko päätuotteen tai kytkettävän tuotteen. Tehokkuusetu tulisi hyväksyä asiallisena yhteytenä ja sallia näissä tapauksissa kytkykauppa, vaikka selkeää teknistä yhteyttä ei olisikaan. Jäljellä olevan kilpailun suojaaminen voisi muutoin olla jonkin tietyn yrityksen tukemista.

Muuna hyväksymisperusteena voidaan pitää kuluttajien ja yrityksen oman maineen suojaamista. Tällöin hallitsevan yrityksen tulisi osoittaa, ettei em. päämääriä saavuteta kuin kytkemällä tuotteiden hankinta toisiinsa.[196]

3.3.8 Yksinoikeudet

Yksinoikeuksien osalta on erotettava toisistaan itse oikeuden olemassa olo ja toisaalta sen käyttö. Periaatteellisena lähtökohtana on ollut se, ettei pelkkä oikeus ja sen suojaaminen voi olla väärinkäyttöä. Tämän kannan yhteisön tuomioistuin omaksui jo vuonna 1971 antamassaan äänilevyjä koskevassa ennakkoratkaisussa (Case 78/70). Nykyään tuskin hyväksyttäisiin ajatusta siitä, ettei yksinoikeus jo sinänsä muodostaisi määräävää asemaa korvaavien tuotteiden puuttuessa. Tuomioistuin viittasi ratkaisussaan tähän mahdollisuuteen. EMI-ratkaisussa (Case 51/75)

---

[193] Immenga ym. I s. 745–746.
[194] Langen II s. 1765.
[195] Fejo s. 485. Tekijä painottaa luonnollisen yhteyden ja taloudellisen yhteyden olevan rinnakkaistermejä. Jos toinen on todettu, ei toista enää tarvitse todistaa; Immenga ym. I s. 746–747; Langen ym. II s. 1766–1767.
[196] Immenga ym. I s. 747.

tuomioistuin painotti juuri kilpailevien tuotteiden vaikutusta markkinoilla tavaramerkkien osalta.[197]

Oikeuden hyödyntäminen siten, että pyritään estämään esim. itsenäisten ja omaan myyntiorganisaatioon kuuluvien korjaamojen välinen kilpailu voisi olla väärinkäyttöä. Tällöin ei suoranaisesti vielä puututa itse yksinoikeuteen, vaan pikemmin vaaditaan yksinoikeuden hyödyntämistä markkinoiden kannalta tasapuolisesti. Yhteisön tuomioistuin on vahvistanut tämän kannan Volvo-tapauksessa. Itse yksinoikeutta ei pidetty määräävän aseman väärinkäyttönä, mutta esim. varaosien hinnoittelu tai valmistuksen lopettaminen vielä käytössä olevien mallien osalta saattoi tätä olla. Tapaus jättää avoimeksi miten EU:n kilpailunormien perusteella pitäisi reagoida, jos varaosatuotanto todella lopetetaan. Onko yrityksen tällöin myönnettävä lisenssi? Vai kielletäänkö vain väärinkäyttö, jolloin yrityksen pitäisi itse harkita jatkaako se osien valmistusta, muuttaako se myyntiehtoja tms. Käytännössä tästä ei aiheutune ongelmia, koska yrityksen etu on vanhemmillakin autoilla ajavien asiakkaiden hyvä palvelu. Yrityksen kannalta on siten järkevää joko itse valmistaa tai myöntää lisenssi toiselle yritykselle. Omaksuttu kanta voidaan perustaa 82 art. b kohdan mukaiseen teknisen kehityksen haittaamiseen, joka seuraisi toimituskiellosta tai kohtuuttomien toimitusehtojen käytöstä. Samalla pyritään markkinoille pääsyn esteiden alentamiseen tai niiden korottamisen estämiseen.[198]

---

[197] ECR 1971 s. 500–501. Ks. erityisesti kohta 16 ”A manufacturer of sound recordings who holds a right related to copyright does not occupy a dominant position within the meaning of Article [86] of the Treaty merely by exercising his exclusive right to distribute the protected articles.” sekä kohta 18, jossa viitattiin taiteilijoiden sitomiseen yksinoikeussopimusten kautta sekä heidän tunnettavuuteensa markkinoilla. Kohtien välillä on lievä ristiriita, koska tekijänoikeuteen perustuvien oikeuksien käyttö olisi ennakkoratkaisun mukaan 82 artiklan sallimaa sidottujen taiteilijoiden määrästä riippumatta. Toisaalta viittaus yksinoikeussopimuksiin kuvastaa todellisen markkinatilanteen arvioinnin merkitystä.

Advocate General Roemer oli samoilla linjoilla tuomioistuimen kanssa. Ks. ECR 1971 s. 510–512 Vastaava kanta oli omaksuttu tavaramerkkioikeuksien osalta Sirena v Eda -tapauksessa (Case 40/70). Ks. ECR 1971 s. 83. Samoin EMI-tapauksissa, joissa tosin painotettiin tavaramerkin kattamilla markkinoilla on kilpailua (Case 51/75, Case 86/75 ja Case 96/75). Ks. em. tapausten osalta ECR 1976 s. 849 ”Although the trade-mark right confers upon its proprietor a special position within the protected territory this, does not imply the existence of a dominant position ..., in particular where, ..., several undertakings operate in the market for the products in question and are in a position to compete with the said proprietor”, 908, 950; Samoin Case 102/77. Ks. ECR 1978 s. 1167. Tavaramerkkien kohdalta on huomioitava, ettei kyse ole teknisestä keksinnöstä tms., jonka avulla voitaisiin suoraan estää markkinoille tuloa. Sen haittaava vaikutus on siten jo lähtökohtaisesti vähäisempi kuin muiden yksinoikeuksien.

[198] Bael ym. s. 615–616; Leivo ym. s. 357–358; Green ym. s. 275. Tekijät huomauttavat tekstissä mainitusta ongelmasta miten mahdollinen väärinkäyttö tulisi poistaa.

Oikeuskäytännöstä ks. Volvo v Veng -tapaus (Case 238/87) ECR 1988 s. 6235 kohta 8 ”It must be emphasized that the right of the proprietor of a protected desing to prevent third parties from manufacturing and selling or importing, without consent, products incorporating the desing constitutes the very subject-matter of his exclusive right. ... that a refusal to grant such a licence cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.”

Korah kritisoi hinnoittelun ottamista erääksi kriteeriksi. Yksinoikeuksien perustarkoitus on sallia tuotannon rajoittaminen ja monopolivoiton kerääminen. Yrityksen tulisi tällöin saada itse asettaa hinta sille tasolle, jossa se olettaa saavansa markkinoilta parhaan tuoton. Korah huomauttaa myös, että onnistuneen tutkimuksen lisäksi yritys on saattanut käyttää huomattavia summia epäonnistuneisiin projekteihin. Näiden kulut täytyy kattaa, jotta yritys olisi kiinnostunut muusta kuin täysin varmasti tuotteistavissa olevasta kehitystyöstä.[199]

EU:n tuomioistuimet ovat menneet tulkinnassaan pitemmälle velvoittaessaan yritykset luovuttamaan tekijänoikeudella suojattuja TV-ohjelmatietoja viikottaista kattavaa TV-ohjelmaa julkaisevalle yritykselle. Tekijänoikeuslainsäädännön pohjalta ei yrityksellä ollut TV-yhtiöiden mielestä mitään oikeutta saada näitä tietoja. Kyse oli niiden kannan mukaan tekijänoikeuden ydinsisällöstä, jota ei saisi kilpailuoikeuden kautta ohittaa. Mistään tekijänoikeuden tarkoituksen ulkopuolelle menevästä, kilpailua rajoittavasta, menettelystä ei ollut kyse. Komissio viittasi vastineessaan TV-ohjelmien tekijänoikeuden olevan sinänsä poikkeuksellisen. Samalla komissio argumentoi tämän oikeuden merkityksellä ylipäätään! Arvio tuli mm. perustaa tekijänoikeuden teknologiseen, kultuurilliseen tai innovatiiviseen arvoon. Ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, ettei tekijänoikeuksia ollut EU:n toimesta harmonisoitu ja näiden oikeuksien suojaaminen oli siten kansallisen oikeuden tehtävä. EU-oikeuden tasolla säädökset olivat aiemmassa 36 artiklassa. Itse oikeuteen ei siten tullut puuttua eikä tuomioistuin ryhtynyt arvioimaan oikeuden merkitystä komissiom tavoin. Tuomioistuin piti tietojen luovuttamiskieltoa kuitenkin 82 art. päämäärien vastaisena, koska sillä pyrittiin estämään kuluttajien haluaman tuotteen pääsy markkinoille. Tätä kantaa ei estänyt se, että kyse olisi sinänsä laillisista oikeuksista. Yhtiöt olivat siten luoneet tekijänoikeuksiensa kautta ylipääsemättömän markkinoille pääsyn esteen, jota voitaisiin pitää 82 art. tarkoittamana markkinoiden rajoittamisena.[200]

Julkisasiamies Gulmann katsoi lausunnossaan, ettei 82 art. voida asettaa tekijänoikeuksien suojan edelle. Tällaisella oikeudella on nimenomaan suotu mahdol-

---

[199] Korah s. 114–115, 256–257.

[200] Ks. ensimmäisen tuomioistuin ratkaisujen osalta Case T-69/89 RTE v Commission ECR 1991 s. 505–506 (RTE:n kanta tekijänoikeuksien osalta), s. 509–510 (komission kanta). Ks. erityisesti kohta 45 "..., the Commission first reflects on the legitimacy of copyright in programme listings and the underlying reasons for the maintenance therof, which it describes as unusual. It is necessary, the Commission submits, to appraise the legal and economic 'value' and 'well-foundedness' of the copyright in the weekly listings in the present case", 519–522 (tuomioistuimen kanta). Ks. erityisesti kohta 73 "*Conduct of that type – characterized by preventing the production and marketing of a new product, for which there is potential demand, on the ancillary market of television magazines and thereby exluding all competition from that market solely in order to secure the applicant's monopoly – clearly goes beyond what is necessary to fulfil the essential function of the copyright as permitted in Community law.*"; Case T- 70/89 BBC v Commission ECR 1991 s. 548–550 (BBC:n kanta tekijänoikeuksien osalta), 552–553 (komission kanta), 561–566 (tuomioistuimen kanta); Case T-76/89 ITP v Commission ECR 1991 s. 587–589 (ITP:n kanta tekijänoikeuksien osalta), 590–591 (komission kanta), 599–604 (tuomioistuimen kanta).

Oikeutta saada tietoja käyttöönsä oli vaatinut Magill ja tapaukseen viitataan yleensä sen nimellä.

lisuus rajoittaa kilpailua, eikä mikään estä hallitsevaa yritystä hyödyntämästä rajoitusmahdollisuutta. Velvollisuus myöntää käyttölupia vaatisi erityisen painavat perusteet, eikä Gulmann'n mielestä uuden tuotteen markkinoille tulo ollut tällainen edellytys. Tekijä ei voi saada korvaa luovasta työstään, jos hänellä ei ole oikeutta kieltäytyä käyttöluvan myöntämisestä. Yhteisön tuomioistuin ei yhtynyt julkisasiamiehen lausuntoon, vaan totesi ensimmäisen asteen tuomioistuimen tavoin yksinoikeuden hyväksikäytön voivan poikkeuksellisissa oloissa olla määräävän aseman väärinkäyttöä. Tällainen tilanne saattoi olla uuden tuotteen markkinoille tulon estäminen.[201]

Tulkintalinja on vielä osittain avoin, koska Magill-tapaus käsitteli vain tilannetta, jossa tekijänoikeuden haltijat eivät lainkaan itse tarjonneet vastaavaa tuotetta. Periaatteessa hyväksytty linjaus voi nykyiselläänkin johtaa pakkolisensiointivaatimusten hyväksymiseen. Seuraava todennäköinen ongelma on se, että yritys tosin hyödyntää yksinoikeuttaan, mutta ei riittävässä määrin tai kuluttajien kannalta epäedullisilla ehdoilla. Magill -tapauksesta voidaan johtaa kysymys miten olisi pitänyt suhtautua, jos TV-yhtiöt olisivat itse julkaisseet viikottaista kattavaa TV-ohjelmaa. Pitäisikö kilpailijan markkinoille pääsyä edistää EU-normien avulla tilanteessa, jossa yhtiöiden TV-ohjelmalehti olisi ollut suhteettoman kallis, vai silloinkin kun se olisi tarjottu täysin kohtuulliseen hintaan? Markkinoiden avoimuuden korostaminen johtaisi jälkimmäisen vaihtoehdon hyväksymiseen, mutta tällöin yksinoikeus menettäisi pitkälti merkityksensä. Päätösvalta siirtyisi osittain kilpailuviranomaisille ja heidän pitäisi määritellä milloin markkinoilla on jo riittävästi kilpailevia yrityksiä eikä pakkolisenssiä enää tulisi myöntää. Mielestäni tämä kysymys olisi luontevammin hoidettavissa EU:n yksinoikeuslainsäädännön harmonisoinnin kautta ottamalla normeihin tietyt pakkolisenssiedellytykset.[202]

---

[201] Oikeustapauskokoelma I 1995 (Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P) s. 767–768, 772 kohta 86 "Edellä on ollut välttämätöntä osoittaa, että periaatteessa ei ole mahdotonta puuttua [86] artiklan nojalla oikeuteen, joka ... kuuluu tekijänoikeuden erityissisältöön... Vaarana tässä on, että edellä esitetyn perusteella voitaisiin päätellä, että erityissisällön käsitteelle on asennettu lisäehtoja, joiden vuoksi sillä ei enää ole käytännön merkitystä. Tälläinen käsitys ei kuitenkaan ole perusteltu ... on selvää, että tuomioistuimelle on esitettävä päteviä ja painavia syitä, jotta se katsoisi, että erityissisältöön kuuluvia oikeuksia on käytetty perustamissopimuksen vastaisesti". Kohdassa 87 painotetaan, että käyttöluvan antovelvollisuus on vakava puuttuminen ja vaatii erityisen päteviä ja painavia syitä, s. 774–775 ("uuden tuotteen" osalta).

Tuomioistuimen ratkaisun osalta ks. em. lähde s. 822–825. Ks. erityisesti kohta 54 "Kun kantajat ovat kieltäytyneet antamasta perustietoja vetoamalla kansalllisiin tekijänoikeussäännöksiin, ne ovat estäneet uuden tuotteen eli kattavan viikottaisen televisio-ohjelmalehden syntymisen, eivätkä kantajat ole tarjonneet itse tällaista ohjelmalehteä, ja tällaiselle tuotteelle on ollut mahdollista kulutusky-syntää, ja siksi kieltäytymistä on pidettävä perustamissopimuksen [86] artiklan toisen kohdan b alakohdan mukaisena väärinkäyttänä."

En ole tässä yhteydessä käsitellyt Bernin sopimuksen tulkintoja, koska tämä kysymys jää pitkälti tutkimuksen aiheen ulkopuolelle.

[202] Tilanteen epäselvyyteen viittaa esim. Leivo ym. s. 357 "Määräävässä asemassa olevan yksinoikeuden haltijan *saatetaan* nimittäin katsoa syyllistyvän määräävän aseman väärinkäyttöön, jos se estää yksinoikeuteensa vedoten ..." (kursivointi alkup. tekstissä)

Varsinaisen pakkolisensointijärjestelmän luomista EU:n kilpailuoikeuden pohjalta ei voida pitää hyväksyttävänä. Itse oikeuksien olemassaolo on tunnustettu ja niiden tärkeimmän ominaisuuden, yksinoikeuden valmistaa, myöntää lisenssejä jne. riistäminen merkitsee selvää puuttumista yksinoikeuden haltijan omaisuuteen. Jos tekijänoikeudet ylipäätään hyväksytään, ei voi olla komission asia lain tulkitsijana lähteä arvioimaan yksittäisen jäsenmaan suojaamaa tekijänoikeutta omien tieteelliskulttuuristen lähtökohtiensa kautta. Ainoa hyväksyttävä keino olisi tekijänoikeusjärjestelmän harmonisointi tältä osin. Komission laajempi puuttuminen asioihin ei edes välttämättä edistä EU:n teknistä kehitystä, koska yksinoikeuksiin puuttuminen johtaisi todennäköisesti patenttien jne. käytön vähentymiseen ja yhä laajempaan siirtymiseen tietotaidon varaan. Jatkossa jouduttaisiinkin pohtimaan, voisiko tämän tiedon levittämättä jättäminen olla 82 art. vastaista! Sehän estää teknistä kehitystä![203]

Korah toteaa, ettei Magill-tapauksen peruslähtökohtaa tulisi soveltaa patentteihin tai muihin teollisoikeuksiin, koska tämä voisi johtaa patenttien arvon romahtamiseen ja tätä kautta kehityshalun vähentymiseen. Korah käyttää esimerkkinä tilannetta, jossa toisen yrityksen hallussa oleva peruspatentti estää jatkokeksinnön tehnyttä hyödyntämästä omaa patenttiaan. Jos osapuolet ylipäätään haluavat valmistaa ko. tuotetta, on parannetulle tuotteellekin varmasti ostajia eli Magill-tapauksen vaatimus ”tyydyttämättömästä” kysynnästä täyttyy. Pakkolisensiointi muuttaisi osapuolten neuvotteluasemaa radikaalisti uuden patentin saaneen yrityksen eduksi. Parempana ratkaisuna Korah pitää Magill-tapauksen selkeää rajoittamista vain tekijänoikeuksiin ja tältä osin tekijänoikeussuojan kaventamista pelkän informaation osalta (ongelma koskee vain niitä EU-maita, joissa tekijänoikeudet ulottuvat näin pitkälle). Korah’n vaistonvarainen reaktio ei ole täysin oikeaan osunut. Teoksen luonut taho tarvitsee suojaa siinä missä patentin saanut keksijäkin. Yhtä hyvin voimme väittää, että terveydenhuollon kannalta tärkeät lääkkeet tai ympäristönsuojelua edistävät keksinnöt tulisi saada kopioida. Tiedonkeruukaan ei aina ole maksutonta, joten teollis- ja tekijänoikeuksien erottaminen tällä perusteella (kuten Korah tuntuu tekevän) ei ole mahdollista.[204]

Tavaramerkit ovat muista yksinoikeuksista osin poikkeavassa asemassa, koska tällainen merkki on tarkoitettu pysyväksi tunnistetekijäksi. Tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen mukaisesti tavaramerkin haltija voi estää sekaannusvaaraa aiheuttavien tuotteiden markkinoinnin. Jos tavaramerkin haltija on suostunut merkin jakoon tai jos tuote on saatettu markkinoille sen suostumuksella, ei maahantuontia voi estää. Tätä kantaa ei voi kiertää vetoamalla merkin haltijan määräävään asemaan.[205]

Magill-tapaukseen liittyvä ongelma on ratkaistu tietokantojen oikeudellisesta suojasta annetun direktiivin 96/9/EY kautta. Asian jäädessä tutkimuksen ulkopuolelle ei direktiiviä käsitellä lähemmin.

[203] Bael ym. s. 616–617. Tekijät suhtautuvat epäilevästi Magill-tapauksessa omaksuttuun linjaan.

[204] Korah s. 258.

[205] Ks. EMI-tapaus (Case 96/75) ECR 1976 s. 950–951.

Tavaroiden vapaan liikkuvuuden jäädessä työn teeman ulkopuolelle en käsittele aihepiiriä tarkemmin. Tavaramerkkien osalta ks. esim. Joutsamo ym. s. 504–507.

3.3.9 Kilpailijan kannalta välttämätön laitteisto tms. (essential facilities-doktriini)

Mielenkiintoisen ongelman kohtuuttomien ehtojen ja kilpailijoiden markkinoille pääsyn estämisen välillä muodostaa yrittäjien kannalta välttämätön laitteisto tai infrastruktuuri. Tyypillisesti kyse on lentokentistä tai satamista, joita voidaan ylipäätään rakentaa vain rajallinen, määrä ja joiden rakentaminen tai laajentaminen on pitkälti sidoksissa paikallisten viranomaisten suostumukseen. Jos uutta kapasiteettiä ei voida joko kohtuuttomien kustannusten tai suoranaisen rakennuskiellon takia rakentaa, ei laitteistosta riippuvaa toimintaa harjoittavalla yrityksellä ole muuta vaihtoehtoa kuin pyrkiä sopimukseen sen haltijan kanssa.[206]

Toinen yhä merkittävämpi välttämätön laitteisto on tietotekniikkaan ja tiedonvälitykseen liittyvä infrastruktuuri. Kilpailussa menestyminen voi edellyttää nopeaa ja varmaa kommunikaatiota mahdollisimman moniin markkinoilla toimiviin saman alan yrityksiin. Mitä arempaa tieto on, sitä todennäköisemmin halutaan käyttää suojattua verkkoa. Komissio on soveltanut doktriinia pankkien televiestintää hoitavaan yritykseen, joka oli evännyt ranskalaiselta valtion yhtiöltä pääsyn verkkoonsa. Neuvottelujen jälkeen yritys avasi verkkonsa kaikille tietyt kriteerit täyttäville yrityksille.[207]

Ongelma on periaatteessa sama riippumatta siitä hallitseeko laitteistoa jokin sen käyttäjistä (so. vertikaalisesti integroitunut yritys) vai esim. julkinen viranomainen tai muu yritys. Integroituneella yrityksellä on luonnollisesti vielä jälkimmäisiä tapauksia suurempi intressi rajata käyttö joko pelkästään itselleen tai vain sellaisille kilpailijoille, jotka eivät estä sitä keräämästä monopolivoittoja jälkimarkkinoilla (eli niillä markkinoilla, jotka ovat laitteistosta riippuvia). Terminologisesti jälkimarkkinoilla toimimattoman yrityksen tms. osalta voitaisiin lähteä yksinkertaisesti kohtuuttomasta hinnoittelusta käyttämättä ”välttämätön laitteisto” termiä lainkaan.[208]

Yritys voi hyödyntää tilannetta joko kieltäytymällä sallimasta muita käyttämästä laitteistoaan riippumatta siitä minkälaisen hinnan nämä tarjoavat tai perimällä monopolihintaa käytöstä. Edellisessä tapauksessa päätarkoituksena on suojata jälkimarkkinoiden hallintaa estämällä kilpailijoiden pääsy niille. Jälkimmäisessä tilanteessa tarkoitus voi olla sama, koska muut yrittäjät eivät pysty vastaamaan kilpailuun maksujen takia (so. niiden kustannusrakenne on huonompi kuin sisäiseen hinnoitteluun nojaavan integroituneen yrityksen).

Tilanne voi muodostua tyypillisemmäksi monopolihinnoittelutilanteeksi, jos hallitseva yritys perii saman hinnan omalta tytäryhtiöltäänkin. Ratkaisu riippuu sen kannalta jälkimarkkinoiden houkuttavuudesta (mitä investointeja vaaditaan,

---

[206] Competition Issues s. 117.
[207] S.W.I.F.T asian osalta ks. XXVII kertomus s. 36.
[208] Vrt. Competition Issues s. 117. Raportissa tunnutaan painottavan vain integroitunutta tilannetta, vaikka kohtuuton hinnoittelu tai ehtokäytäntö on riskinä muissakin tapauksissa.

miten paljon monopolihinta voi poiketa kilpaillusta sekä minkälainen substituutiokilpailu voi olla). Pyrkimys voi toisaalta olla jälkimarkkinoiden hallinnan naamioinnista (konsernin kannalta voi olla yhdentekevää millä tasolla voitot kerätään).

EU:ssa on asiaan puuttumista pidetty välttämättömänä, koska jälkimarkkinoiden toiminnan avaaminen EU:n laajuiselle kilpailulle ei voi onnistua, jos yritykset eivät saa käyttöönsä satamia, lentokenttiä tai esim. teleliikenteen vaatimaa infrastruktuuria. Käytetyt keinot eivät ole ongelmattomia, koska kilpailuoikeutta ei ole tarkoitettu jatkuvaan kontrolliin. Kuten asiaa käsittelevässä raportissa on todettu, ei pelkkä vaatimus esim. sataman avaamisesta kilpailijoille riitä, jos samalla ei määritetä kohtuullista hintatasoa sekä muita sopimusehtoja. Tekijät ovatkin päätyneet pitämään toisena vaihtoehtona lainsäädöllisiä toimia, joilla em. vaatimukset asetettaisiin. Jälkimmäinenkään vaihtoehto ei ole ongelmaton, koska käytännössä olisi luotava EU:n laajuinen ”jakojärjestelmä” esim. satamien tai lentokenttien käytölle. Jälkimmäisten osaltahan on jo olemassa nk. slot-järjestelmä, jossa vuorokausi on jaettu eri lentoyhtiöiden käyttöön. Vaarana on tällöin joko tehottomuus (ts. suositaan liikaa ”kaikkien on saatava osansa” -ajattelua) tai pitkälti nykyisen tilan jäädyttäminen (eli oikeuden saavat ne samat yrittäjät, jotka jo käyttävät infrastruktuuria). Uusien yrittäjien markkinoille pääsyn auttamiseksi olisi joko sallittava kaupankäynti vuoroilla tai esim. huutokaupattava vuosittain tietty osuus vuoroista (niistä voisi osan varata vain uusille yrittäjille, jos tätä pidetään tarpeellisena).[208a]

Eräs erityisongelma ovat olleet tekijänoikeuksiin tai muuhun jakeluverkoston hallintaan perustuvat toimitusvelvollisuudet (Magill- ja Bronner-tapaus). Fleischer ym. korostavat, ettei tässä ratkaisussa sen paremmin kuin Magill-tapauksessakaan suoraan viitattu essential facilities -doktriiniin. Periaatteessa kyse on kuitenkin samasta ongelmasta, eli hallitsevan yrityksen toimitusvelvollisuudesta. Ongelmallista doktriinin käytössä on itse käsitteen epäselvyys. Mikäli mitä tahansa oikeutta tai järjestelmää pidetään ”välttämättömänä”, on seurauksena toimitusvelvollisuus miltei kaikissa mahdollisissa tilanteissa. Fleischer ym. katsovat yhteisön tuomioistuimen sinänsä huomanneen tämän ongelman, ja pyrkineen ”toisille raiteille”. Tämä on tekijöiden mielestä perusteltua, koska toimitusvelvollisuus puuttuu aina perusoikeustasoisiin oikeuksiin (negatiivinen sopimusvapaus ja omistuksen suoja). Samalla se poistaa yksinoikeuksien / suojatun käyttövapauden kautta syntyvän kannustimen luoda uusi teollisoikeuden suojaama tuote tai muu järjestelmä. Vaarana on lisäksi yksittäisten kilpailijoiden suojaaminen kilpailun sijasta. Kilpailuviranomaiset voisivat joutua pitkäaikaiseen sopimuskontrolliin, koska doktriinihan edellyttää juuri kohtuullisilla ehdoilla käytön sallimista![209]

[208a] Competition Issues s. 273–274.

[209] Fleischer ym. s. 355–357
Ks. tapausten osalta edellä jaksot 3.3.4 ja 3.3.8

Ritter ym. toteavat puuttumisen esim. tekijänoikeuksiin voivan olla tarpeellista, jos näitä oikeuksia käytetään julkisen edun vastaisesti. Mitään yleistä velvollisuutta sallia laitteistonsa, verkkonsa tai teknologiansa käyttämistä ei hallitsevalla yrityksellä kään ole. Lähinnä Bronner -tapaukseen vedoten tekijät katsovat 82 artiklaa voitavan soveltaa, jos kieltäytyminen todennäköisesti estää kilpailun syntymisen kokonaan eikä käyttöoikeutta vaativa ilman tätä oikeutta voi lainkaan kilpailla. Kieltäytyä saisi tällöin vain objektiivisin perustein. Edellytyksenä olisi näin ollen liki monopoliasema, koska mitään todellista vaihtoehtoa ei saisi olla.[210]

Kilpailuoikeuden etuna on säännöstelymalliin verrattuna suurempi joustavuus. Viranomaiset voivat puuttua vain niihin tapauksiin, jotka ovat kilpailun kannalta haitallisimpia. Varsin paljon voitaneen tehdä epävirallisesti, jolloin yhteydenotto voi riittää tilanteen korjaamiseksi. Vaarana epävirallisessa toiminnassa on doktriinin ulottaminen sellaisiin toimintoihin, joissa voisi syntyä kilpailevia järjestelmiä. Laitteisto tai tietoliikennejärjestelmä tms. ei ole välttämätön, jos korvaava järjestelmä on luotavissa kohtuullisin kustannuksin. Epävirallisista ratkaisuista on hyvin vaikea päätellä, onko tätä seikkaa ylipäätään huomioitu.

4. SEURAAMUKSET

4.1 Kielto- ja suoritustuomiot

Saksan oikeuden tavoin EU-oikeuden perusteella voidaan kilpailua rajoittaviin yrityksiin kohdistaa kieltotuomioita. 81 ja 82 artiklassa on suoraan todettu, että näiden artiklojen vastainen menettely on kiellettyä (”shall be prohibited”). Komissio ja yhteisön tuomioistuimet voivat siten kieltää yrityksiä jatkamasta kilpailua rajoittavaa menettelyään. Tämä oikeus ilmenee nk. täytäntöönpanoasetuksen (Reg. 17) art. 3:sta, jonka perusteella komissiolla on oikeus vaatia yrityksiä lopettamaan 81 tai 82 art. vastainen menettely. Olosuhteiden muutosten voidaan katsoa aiheuttavan näiden kieltotuomioiden osalta pitkälti samankaltaisia ongelmia kuin Saksassakin.

EEC-sopimuksesta ei voida suoraan päätellä myös suoritustuomioiden olevan mahdollisia. Sanamuotohan johtaa lähinnä siihen käsitykseen, että ko. artiklojen vastainen menettely voidaan kieltää. Reg. 17 3 art. on kuitenkin tulkittu siten, että kilpailunrajoituksen lopettaminen tarkoittaa myös tarvittavia positiivisia toimenpiteitä kilpailunrajoituksen poistamiseksi. Tällöin voidaan tarkoittaa esim. lähinnä valvontaan liittyvää ilmoitusvelvollisuutta komissiolle, mutta myös suoritustuomiota vastaavaa vaatimusta toimittaa jotain tuotetta kilpailunrajoituksen kohteeksi

[210] Ritter ym. II s. 380–382. Tekijät eivät tarkemmin erittele miten korkealle vaatimustaso olisi asetettava.

joutuneelle yritykselle. Komission toimivallan rajat ovat tältä osin varsin epäselvät, eikä säännösten tasolla ole määritelty minkälaisia velvoitteita komissio voi yrityksille asettaa. Ratkaisu on jäänyt oikeuskäytännön varaan.

Sekä 81 että 82 art. ovat suoraan vaikuttavaa oikeutta. Yritysten ei siten tarvitse tyytyä pelkästään valittamaan tilanteesta komissiolle, vaan ne voivat itse suoraan kanneteitse vaatia em. artikloihin perustuvia oikeuksiaan. Yhteisön tuomioistuin painotti suoraa vaikutusta BRT I -tapauksessa (Case 127/73) todeten em. normien luovan oikeuksia suoraan yksilöille, ja että kansallisten tuomioistuinten velvollisuutena on valvoa ko. oikeuksien toteutumista. 81 artiklasta poiketen 82 artiklassa ei ole mitään määräyksiä sopimusten tms. mitättömyydestä. Artikla kuitenkin kieltää sen vastaisen menettelyn, jolloin sopimusehtoakin on pidettävä mitättömänä, jos ko. ehto on em. menettely. Sopimusosapuoli, jonka mielestä sopimus loukkaa kilpailunrajoitusnormeja, voi siten vaatia sopimuksen ko. osien julistamista mitättömäksi. Tällöin joudutaan ratkaisemaan myös mitä sopimuksen muille osille käy (so. onko kilpailua rajoittava ehto poistettavissa sopimuksesta ilman, että se menettää merkityksensä). Millaisia seuraamuksia yksittäistapauksissa voidaan käyttää määräytyy kansallisen lainsäädännön mukaan, ellei kyse ole komission ratkaisusta. Jälkimmäisessä tapauksessa kansalliseen harkintaan jää vain täytäntöönpanokeinojen valinta.[211]

Määräävän aseman väärinkäytön (esim. diskriminoinnin muodossa) kohteeksi joutuneelle yritykselle turvautuminen suoraan kansalliseen tuomioistuimeen on epävarmaa. Kansallinen tuomioistuin voi hylätä vaatimukset, jos niitä ei ole riittävästi yksilöity tai se tyytyy antamaan kieltopäätöksen. Tarkasteltaessa esim. Saksan oikeuskäytännössä ilmeneviä EU-oikeuden perusteella ratkaistavia tapauksia ei 82 artiklaa koskevia juuri löydy. Suomessa ei tietäkseeni kukaan ole vedonnut tuomioistuimessa suoraan EEC-sopimuksen kilpailusääntöihin.

4.2 Vahingonkorvaus

Suorasta vaikutuksesta seuraa myös se, että osapuolten lisäksi kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneilla kolmansilla on oikeuksia normeja rikkoneisiin nähden. EU-oikeudessa on hyväksytty periaate, jonka mukaan tällaisella taholla voi olla oikeus saada vahingonkorvausta. Tätä oikeutta ei ole vielä yhdessäkään yhteisön tuomioistuimen ennakkoratkaisussa suoraan vahvistettu, mutta vahingonkorvausmahdollisuus on useiden muiden normien osalta vahvistettu ennakkoratkaisuin (mm. verotusta koskevia tapauksia on useita). Ratkaisujen puute johtunee lähinnä siitä, että oikeuskirjallisuudessa on vahingonkorvausmahdol-

[211] Bary s. 59–60.
BRT I -tapauksen osalta ks. ECR 1974 s. 62–63.

lisuus yleensä hyväksytty. Saksan ja Englannin tuomioistuimet ovat myös käytännössä hyväksyneet kilpailunrajoituksiin perustuvia vahingonkorvausvaateita.[212]

Saksalaisessa kirjallisuudessa hyväksytään selvästi kolmansien oikeus saada vahingonkorvausta 81 tai 82 artiklojen vastaisen menettelyn takia. Kyseiset normit kieltävät tietyn menettelyn sekä pyrkivät instituution (kilpailun) suojelemisen lisäksi yksilönkin suojaamiseen. Ne ovat siten BGB 823 § 2 Abs. tarkoittamia suojanormeja. 82 art. osalta asiaa voidaan pitää jossain määrin avoimena, koska ylimmän oikeusasteen kannanottoa ei Saksassa ole. Muu kuin tekstissä esitetty tulkinta ei EU:n tuomioistuimen kanta huomioiden liene mahdollinen. Tätä kantaa tukee 82 art. selkeä kieltonormiluonne. Oikeuskirjallisuudessa asiaa ei yleensä edes pohdita, vaan sitä pidetään itsestään selvyytenä. Tämä ei toki tarkoita, etteikö korvattavan vahingon ja korvaukseen oikeutettujen määrittely voisi aiheuttaa ongelmia.[213]

Saksan osalta 82 art. suojanormiluonne johtaa osittaiseen sopimuspakkoon, koska tätä pidetään eräänä korvauskeinona (so. BGB:n mukainen luontoissuoritus). Sinänsä ei ole merkitystä nähdäänkö sopimuspakko osana vahingonkorvausseurausta vai tapana kieltää määräävän aseman väärinkäyttö. Ratkaisevaa on se, että saksalainen järjestelmä on EU:n normien edellyttämällä tavalla periaatteessa tehokas (ratkaisujen vähyyden takia ei käytännöstä voi tehdä varmoja johtopäätöksiä).[214]

Suurena puutteena voidaan tältä osin pitää edes jonkinlaisen selkeyttävän normin puuttumista. Kilpailunrajoituksesta kärsivä yritys joutuu nykytilanteessa selvittämään kenties useammankin jäsenmaan vahingonkorvaus- ja oikeudenkäyntinormit päästäkseen oikeuksiinsa. Vahingonkärsineen kannalta olisi selvästi yksinkertaisempaa saada päätös, jonka perusteella voitaisiin suoraan vaatia kansallista pakkotäytäntöönpanoa. Tämä edellyttäisi vahingonmäärän tms. arvioimista jo EU:n kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten tasolla ja lisäisi näiden työtaakkaa. Ko. normin säätämistä ei todennäköisen kansallisen vastarinnankaan valossa voida pitää todennäköisenä.

EEC-sopimus ei mitenkään määrittele ketkä voisivat olla oikeutettuja saamaan korvausta 81 tai 82 artiklojen rikkomusten takia. Rajanveto menettelystä suoraan

---

[212] Saksalaisesta oikeuskäytännöstä ks. esim. OLG Düsseldorf 28.6.2000, jossa tuomioistuin totesi 81 ja 82 artikloihin voitavan vedota saksalaisissa siviilituomioistuimissa. Tästä ei kuitenkaan seurannut kilpailuviranomaisille velvollisuutta puuttua asiaan, vaan kyse oli viranomaisten kannalta lakisääteisestä harkinnasta. Oikeus katsoi päävelvollisuuden EEC-sopimuksen noudattamisesta olevan nimenomaan tuomioistuimilla, joiden piti huolehtia suoraan vaikuttavien normien tehokkuudesta. Ks. WuW 11/2000 s. 1108–1110.

[213] Bary s. 60–62; Bleckmann s. 708–709; Emmerich II s. 551, 576; Langen ym. II s. 1534, 1786 "... sofern der Charakter von Art. [86] als Schutzgesetz bejaht wird. ... Da Art. [85 und 86] der Verwirklichung derselben Ziele dienen, ist die grundsätzliche Eignung von Art. [86] als Schutzgesetz zu bejahen"; Schmidt ym. s. 101 (lihavointi alkup. tekstissä).

[214] Bary s. 61–62.

vahinkoa kärsineiden osalta voi auttaa kilpailijoiden haittaamistapauksissa, jolloin lähinnä näillä olisi oikeus vaatia korvausta. Määräävän aseman hyödyntäminen esim. kuluttajia riistämällä aiheuttaa näille vahinkoa. Voitaisiinko EU-oikeuden katsoa edellyttävän kaikkien ylihinnasta, kohtuuttomista ehdoista tms. kärsineiden saavan korvausta? Tehokas toteutus vaatisi tässä tapauksessa kaikkiin jäsenmaihin ryhmäkanteen tapaisen menettelyn. Vetoaminen siihen, että kuluttajien kärsimät vahingot ovat välillisiä, ei poista ongelmaa, koska vahingon aiheuttajana voi olla kansainvälinen kauppaketju, joka myy suoraan kuluttajille. Ongelmaa korostaa se, että aiheen käsittely jää oikeuskirjallisuudessa lähinnä periaatejulistusten tasolle.

5. YHTEENVETO

5.1 Integraatio-tavoitteen merkitys

Yhteismarkkinoiden luominen on edelleen eräs EU:n päätavoitteita. Markkinoiden jakaminen voisi tuoda yrityksille suuria voittoja, joten houkutus tähän on suuri. Kauppakriteerihän sinänsä ilmentää vaatimusta kilpailunrajoituksen kohdistumisesta useampaan jäsenmaahan, joten yhteismarkkinatavoitetta ei voi ohittaa. Asiaan puuttuminen ei toki edellytä selvää pyrkimystä jakaa markkinoita tms., vaan havaittu yhteismarkkinoiden vastainen vaikutus riittää.

Integraatiotavoitetta on vaikea arvioida määräävän aseman väärinkäytön kannalta. Kartellien ja erilaisten myyntijärjestelmien osalta on yleensä selvää, ettei menettelyä voida hyväksyä, jos se estäisi kilpailun normaalin kulun jäsenmaiden välillä, ja tavallisesti tavoitteena on ollut tietyn jäsenmaan yrittäjien aseman suojaaminen sopimusjärjestelyin. Vastaavasti yrityskauppakontrollilla pyritään estämään sellaisen markkina-aseman syntyminen, joka voisi haitata kilpailua yhteismarkkinoilla. Väärinkäyttökontrollissa voidaan kuitenkin törmätä tilanteisiin, joissa elinkeinovapauden merkitystä ei voi sivuuttaa. Voimme toki kieltää tietyt sopimusjärjestelyt tai painostuskeinot, joilla hallitseva yritys pyrkii markkinoiden kontrolloimiseen eri jäsenmaissa. Yrityksen itse hallitessa tilannetta tytäryhtiöiden kautta tilanne on hankalampi. Yrityksen sisäinen toiminta ei ole kontrollin piirissä, eikä siten markkinoita jakavia tai muutoin kilpailua rajoittavia toimia voida kieltää, ellei kyse ole määräävän aseman väärinkäytöstä. Näissä tapauksissa taas on vaarana jatkuva kontrolli, mikä ei ole lainsäädännön tarkoitus. Esim. väitetty monopolihinnoittelu on tutkittava tapaus tapaukselta eikä pelkkä yleisluontoinen kielto riitä. Ylipäätään on vaikea arvioida, ovatko markkinat integroituneet vai vaikuttaako hallitseva yritys niiden jakautumiseen markkina-alueisiin. Vaikutushan ei ole mitenkään yksiselitteinen, koska kilpailuilla markkinoilla olisi EU:n kokoisella alueella jo osamarkkinoita alueellisten kysyntä- ja tarjontavaihteluiden takia. Osa kontrollikeinoista on toki käyttökelpoisia integraation kannalta, kuten vaatimus raaka-aineen toimittamiseen asiakkaalle tai erilaisiin asiakkaita

sitoviin alennusjärjestelmiin puuttuminen. Integraation kannalta väärinkäyttökontrollilla tulisi pyrkiä luomaan ”tasainen pelikenttä”, siinä määrin kuin se on mahdollista eli poistaa keinotekoiset ”epätasaisuudet”.

Selkeä integroimispäämäärä on ollut tavoitteena puututtaessa esim. autojen rekisteröinnin vaatimien lupien hinnoitteluun tms. Sama tavoite on erilaisten merkkikohtaisten varaosien kohdalla. Näissä tapauksissa itse päätuotteella on riittävästi kilpailua ja markkinat on rajattu suppeasti vain em. lupiin. Kilpailun kannalta tilanne on lähes merkityksetön, ellei kyse ole laajemmasta kartellista tai yhteisen määräävän aseman väärinkäytöstä. Autojen hintataso ei määräytyne vähämerkityksellisen rinnakkaistuonnin, vaan jäsenmaan markkinoiden kautta. Varaosapalvelua rajoittava yritys todennäköisesti syö päätuotteen markkinoita, koska hyvä palvelu on ostopäätöksen kannalta jopa ratkaiseva tekijä. EU:n kannalta on kuitenkin kyse markkinoiden keinotekoisesta jaosta, johon on haluttu puuttua sen merkityksestä riippumatta. Voimavarat kannattaisi ennemmin suunnata autonvalmistajien ja jälleenmyyjien keskenään sopimiin vientirajoituksiin, kuten on pitkälti tehty. Integraatiota voidaan myös edistää erilaisia lupajärjestelmiä purkamalla.

5.2 Määräävä asema ja sen väärinkäyttö

Määräävän aseman määrittely ei varsinaisesti poikkea Saksan tai Suomen oikeuden lähtökohdista. Hallitsevassa asemassa on yritys, joka voi toimia kilpailijoistaan riippumatta sekä kontrolloida markkinoita. Täydellistä monopolia ei vaadita, mutta mitä vahvempi asema markkinoilla on sitä helpommin päädytään hallitsevan aseman toteamiseen.

Saksassa osa kirjoittajista on katsonut hallitsevan aseman toteamisen olevan vain kontrollin mahdollistava edellytys, jolla ei ole itsenäistä merkitystä. Se ei vielä sinällään johda mihinkään oikeusseuraamuksiin yrityksen kannalta, joten määräävän aseman kriteerejä voitaisiin tulkita väljähkösti. Koska Saksassakin katsotaan näillä yrityksillä olevan tiettyjä erityisvelvollisuuksia kilpailun ylläpitämisen suhteen, ei ajattelumalli ole täysin vaaraton. Vastaavaa painotusta kontrolliedellytyksenä ei EU-oikeudessa selkeästi esiinny, ellei tällaisena pidetä ajoittaista taipumusta rajata markkinat varsin tiukasti (varaosat, essential facilities jne.), jolloin päädytään helposti määräävään asemaan.

Väärinkäyttömuodoista säädetään esimerkkiluettelon avulla, kuten kaikissa tutkittavissa järjestelmissä. Tämä on erityisesti järkevää EU:n kaltaisen laajan ja edelleen pitkälti heterogenisen markkina-alueen osalta. Ei voida olettaa, että kaikkia hallitsevien yritysten markkinoiden toimintaa haittaavia tapoja voitaisiin luetella EEC-sopimuksessa, koska ne voivat vaihdella paitsi ajankohdan myös markkina-alueen osalta. Kansallisen tason vaikutukset kuuluvat lähinnä jäsenmaiden omaan kontrolliin, mutta yhteisötasollakaan ei saa unohtaa kilpailunrajoituksen vaikutuksen arviointia. Kuvaava esimerkki siitä, että lähtökohta on ollut nimen-

omaan eri markkina-alueisiin kohdistuvien vaikutusten itsenäinen arviointi, on edellä käsitelty Suiker Unie -tapaus, jossa yhteisön tuomioistuin erotti toisistaan kilpailunrajoituksen vaikutukset eri markkinoilla. Sama luonnollinen lähtökohta on ollut United Brands -tapauksessa.

Kohtuuttomia hintoja ja sopimusehtoja koskevat tapaukset ovat EU:ssakin jääneet selvään vähemmistöön. Väärinkäyttö on koettu ongelmaksi lähinnä kilpailijoiden ja asiakkaiden markkinoille pääsyn kannalta. Tätä ilmentää tiukka suhtautuminen yksinoikeus- ja alennusjärjestelyihin sekä myyntikieltoihin. Ostouskollisuutta tukevat alennusjärjestelyt ovat pitkälti kiellettyjä. Tältä osin ei EU:ssakaan tulisi unohtaa, että alennukset ovat kilpailun ilmentymiä. Mikäli varsinaisesta saalistushinnoittelusta ei ole kysymys, on yhtä tehokkaalla tai tehokkaammalla kilpailijalla periaatteessa mahdollisuus päästä markkinoille.

Mitään selvää pyrkimystä markkinoille pääsyn esteisiin ei sinänsä voi todeta, ellei tällaisena pidetä integraatio-tavoitetta. Integraation lähtökohtahan on nimenomaan yhteisen markkina-alueen luominen estämällä yrityksiä jakamasta EU:n aluetta keinotekoisiin osiin. Kilpailupoliittinen painotus on tältäkin osin erilaisissa sopimusjärjestelyissä eikä suoranaista hallitsevaa asemaa koskevaa erityiskorostusta voida todeta. Mikäli vertikaalisissa sopimuksissa siirrytään enemmän tuotemerkkien välisen kilpailun painottamiseen, voi määräävän aseman osaltakin tapahtua siirtymää vastaaviin ongelmiin. Yksittäistapauksissa markkinoiden avoimuudesta on huolehdittu, kuten raaka-aineiden tms. toimitusvelvollisuustapauksissa tai essential facilities -doktriinin mukaisissa tilanteissa. Tulkintalinjan siirtäminen enemmän markkinoille pääsyn strategisiin esteisiin olisi silti suotavaa, koska tämä selkeyttäisi integraatiotavoittetta ja markkinoiden toiminnan taloudellisia ulottuvuuksia. Painopistettä voitaisiin samalla siirtää deregulointiin ja muiden ei-strategisten (eli ei yritysten itsensä luomien) esteiden poistamiseen.

VI Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailu-oikeudellisena ongelmana

Tämän luvun ensimmäisessä jaksossa pyrin ensin rajaamaan aiheen piiristä pois ne seikat, joiden osalta vallitsee suuri yksimielisyys ja kiistämistä ei ole odotettavissa. Toisessa osassa pyrin erittelemään niitä ongelmia, joita juuri määräävän aseman väärinkäyttö aiheuttaa kilpailuoikeusviranomaisille ja ko. oikeuden tutkijoille. Erityisenä lähtökohtana ovat tällöin markkinoille pääsyn esteet.

1. YLEISESTI HYVÄKSYTYT KÄSITTEET

1.1 Kilpailunkäsite

Tutkimuksen kohteena olevissa maissa vallitsee kaikissa markkinatalous, jonka pohjana on enemmän tai vähemmän vapaa kilpailu. Taloustieteen täydellisen kilpailun mallia ei ole tarkoitettu seurattavaksi todellisilla markkinoilla, joten sitä ei kilpailuoikeudessakaan oteta ratkaisujen pohjaksi. Yleisenä päämääränä pidetään laajalti toimivan kilpailun mallia, jossa kilpailu on niin tehokasta kuin olosuhteet sallivat. Tämä johtaa väistämättä siihen, että kilpailuoikeudellisissa suhtautumistavoissa on aste-eroja, vaikka päämäärä on ”yhteinen”.

Saksassa on varsinkin 1970-luvulla ja 1980-luvun alkupuolella pyritty lähestymään kilpailun käsitettä suorituskilpailun kautta. Tällä mallilla on juurensa jo GWB:tä edeltävissä UWG:n tulkinnoissa ja näistä käydyistä keskusteluista. Ajattelumallin eräänä päämääränä voi pitää markkinoiden transparenttisuuden lisäämistä, koska nimenomaan pääsuorituksen ja sen ominaisuuksien merkitystä korostetaan. Käytännössä mitään selvää eroa ei voida vetää suoritekilpailun ja toimivan kilpailun välille, koska edellinen jää mielestäni pitkälti tyhjäksi käsitteeksi. Emme pysty dynaamisen kilpailun puitteissa varmasti määrittämään, mikä milloinkin on pääsuoritus markkinavastapuolen kannalta tai, että ylipäätään vain tähän suoritukseen luettavat ominaisuudet olisivat merkittäviä. Saksalaisen ajattelun taustalla on lähinnä heidän kriittinen suhtautumisensa mainontaan, joka näkyy varsinkin UWG:n pohjalta omaksutuissa kannanotoissa (esim. varsin kielteinen suhtautuminen vertailevaan mainontaan).[1]

[1] Ks. saksalaisen keskustelun osalta jakso III 1.4

Saksalaiseen kilpailukäsitteeseen on toisen maailmansodan jälkeen liitetty useita eri yhteiskunnallisia tavotteita. Kilpailu on nähty laajempana kuin taloudellisena ilmiönä eli lähinnä keinona suojata yhteiskunnan demokraattisuus. Eräs päämäärä on tällöin taloudellisen vallan liiallisen kasvun estäminen. Oikeuskäytännön tasolla ei eri teorioiden vaikutusta kuitenkaan voi kovin tarkkaan havaita, vaan niiden merkitys on ollut lähinnä lainsäädäntötasolla.

Suomessa pyrkimyksenä on toimivan ja tehokkaan kilpailun edistäminen. Tarkempaa teoreettista kantaa ei oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ole omaksuttu. Saksaan verrattuna puuttuu taloustieteellisestä kirjallisuudestammekin yhtä värikäs ja yhteiskunnallisesti kantaa ottava keskustelu siitä, mihin kilpailulla pyritään. Perustana on Suomessa pikemminkin amerikkalaisiin ja englantilaisiin malleihin liittyvä kilpailukäsite, joka EU:n integraatiopyrkimys poislukien on varsin lähellä EU:n omaksumaa.

Saksalaisessa keskustelussa on korostettu kilpailun merkitystä GWB:n taustalla. Lähes joka kohdassa painotetaan sitä, että ratkaisun täytyy tapahtua lain hengessä. Lain henki on juuri vapaa, toimiva kilpailu. Suomessa kilpailukäsite tuntuu jääneen vieraaksi nimenomaan kilpailun tarkoituksen osalta. Meillä on tietynlainen taipumus suojata yksittäistä kilpailijaa pikemmin kuin kilpailua markkinoiden kontrollikeinona. Jos kilpailu toimii, ei yksittäisen yrityksen menestyksellä tai tappioilla ole mitään merkitystä. Laissa käytetty sanamuoto ”hyvään kauppatapaan” on eräs esimerkki liikaa yritysten keskinäisiin väleihin menevästä tulkinnasta. Jos kilpailu toimii, ei ole kilpailuoikeuden asia tutkia, onko yritysten välillä noudatettu hyvää kauppatapaa vai ei. Kyse on sopimusoikeudellisesta tulkinnasta. Hallitseva yritys on toki markkinoille suurempi riski kuin pieni röyhkeä yrittäjä, jolloin sen toimiin on voitava puuttua silloin, kun pienemmän toimii ei puututa (vaikka keinot olisivat täsmälleen samanlaiset). Näkökulman tulee silti olla kilpailua edistävä - ei yksittäisen yrityksen asemaa tukeva.

Päämäärää katsotaan eri puolilta eli EU:n taholta yhteismarkkinoiden, Saksan taholta sen markkinoiden ja Suomen taholta omien markkinoidemme valossa. EU pyrkii myös kaupanesteiden poistamiseen, jolloin se voi olla kansallista kilpailuoikeutta hanakampi puuttumaan joissain tilanteissa. Toisaalta eurooppalaisen kilpailun kannalta on pidetty täysin hyväksyttävinä Nokian ja Ericsson’n kaltaisia suuryrityksiä, koska pienemmät yksiköt eivät käytännössä pärjäisi. Tällöin on periaatteessa olemassa vaara, että jäsenvaltio voisi puuttua johonkin toimintaan, jota komissio pitää hyväksyttävänä. Määräävän aseman väärinkäytön osalta tästä ei kuitenkaan aiheudu ongelmia, koska EU:n normeissa ei ole näitä tilanteita koskevia poikkeuslupasääntöjä. Muodollista ristiriitaa ei siten synny.

Kilpailukäsitteen monipuolisuus johtuu osittain taloudellisen kilpailun suuresta merkityksestä yhteiskunnan toiminnalle. Osittain taustalla on taloudellisten toimintamuotojen jatkuva muutos markkinoiden sekä markkinointikeinojen kehittyessä. Liberalismiin liittyvä vapausajattelu, joka oli varsinkin 1950-luvun Saksassa tärkeää (Freiburger Schule), ei ole jäänyt täysin unohduksiin nykyäänkään. Tällöin kilpailu on jopa itsenäinen päämäärä eikä vain keino yhteiskunnallisen hyvinvoin-

nin edistämiseen. Taloustiede ei ole kyennyt määrittämään mitään tarkkaa teoriaa, jonka perusteella tilanne a on kilpailtu ja tilanne b ei, vaan raja on aina liukuva. Vastaavasti ei kilpailukäsitteen pohjalta voida määrittää sitäkään milloin hallitseva yritys uhkaa markkinoiden toimintaa niin paljon, että siihen on puututtava. Lopputuloksena on mielestäni lähemmässä tarkastelussa yksittäisiin ratkaisuihin perustuva arviointi siitä, mikä juuri ko. tapauksessa on kilpailua ja mikä ei. Toisaalta yritykset eivät ole tässäkään mielessä ”tyhmiä”, vaan ne itse tuntevat kilpailutilanteen ja tätä kautta myös osaavat arvioida milloin toiminta on ”toimivan kilpailun” vastaista. Ylätason kilpailukäsite jää yhteiskunnallisen päätöksenteon ohjenuoraksi eikä sen tarkempi määrittäminen auttaisi alemman tason kilpailuoikeudellista ratkaisuntekoa.

Lopputuloksena on ollut tutkittavissa järjestelmissä toimivan kilpailun omaksuminen, vaikka kyseinen käsite jää varsin arvotyhjäksi. Sen voi katsoa antavan lähinnä raamit sille, että pyrimme ylläpitämään markkinatalousjärjestelmää, jonka eräs elementti kilpailu on. Ratkaisutilanteessa on oletettavasti valittava kahdesta vaihtoehdosta kilpailun kannalta ”toimivampi”, jos vain pystymme määrittämään mitkä ovat todelliset vaihtoehdot (eli pystymme arvioimaan mitä seurauksia ratkaisusta on taloudelliselle toiminnalle ja tehokkuudelle).

Toimiva kilpailu on arvioitu SCP-mallin pohjalta, jossa alkuperäisestä ajattelusta poiketen oletetaan kaiken vaikuttavan jollain tavalla kaikkeen. Kilpailua tarkastellaan tämän lisäksi varsinkin oligopoli- ja kartellitapauksissa peliteorian avulla. Tämä teoria mahdollistaa strategisten vaihtoehtojen sekä markkinoiden tosiasiallisen vaikutuksen tutkimisen. Kilpailunrajoituksena ei siten tule pitää tilannetta, johon joka tapauksessa päädyttäisiin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen osalta on hankalampi arvioida, johtaako peliteoria varsinaisesti selkeisiin oikeudellista ratkaisua tukeviin havaintoihin. Varsinkin yksittäinen markkinoita hallitseva yritys tavallaan ”pelaa” vain ulkopuolisia vastaan eivätkä sen toimintaan liittyvät strategiset vaihtoehdot ole niin selkeitä kuin oligopoliyritysten pohtiessa toistensa ratkaisuvaihtoehtoja. Kilpailun vastaisena voitaisiin pitää yksittäisen hallitsevan yrityksen toimintatapoja, joilla ei strategisessa tarkastelussa voi olla kuin markkinoille pääsyn haittaaminen.

1.2 Markkinat

Erot markkinoiden toiminnassa heijastuvat kilpailuoikeuteen, mutta tämä yhteys ei näy vielä markkinakäsitteen tasolla. Käsite on periaatteessa neutraali ja määräytyy taloustieteellisten mallien pohjalta. Perustana on kysynnän ja tarjonnan kohtaaminen ja hintojen tms. kauppaehtojen määräytyminen tätä kautta. Kaikissa kohdemaissa myös tunnustetaan se ongelma, että asioita voidaan tarkastella eri painotuksin. Kilpailuviranomaisten huomionkohteeksi joutunut autonmyyjä tuskin hyväksyisi markkinoiden rajaamista vain hänen merkkinsä perusteella, koska hänellä on tällöin aina alueellinen monopoli!

Markkinat voidaan määritellä alueellisesti, ajallisesti tai tuotteellisesti eri tavoin samankin yrityksen osalta. EU-oikeuden etusija ilmenee tällöin siinä, ettei kansallisen viranomaisen suopea suhtautuminen oikeuta väärinkäytön jatkamiseen. Toisaalta EU:n viranomaisen päätös olla puuttumatta väärinkäyttöön ei estä kansallista viranomaista tuomitsemasta omassa maassa todettua väärinkäyttöä. Taustalla on selkeä ero 81 art. poikkeuslupajärjestelmään nähden – 82 art. perusteella ei anneta mitään selkeätä lupaa.

Markkinoilla esiintyvä kysyntä ja tarjonta ei yleensä ole luokiteltavissa suurten tilastollisten pääluokkien mukaan, vaan lähtökohdaksi on hyväksytty reaalisen toiminnan seuraaminen. Tämä voi johtaa hienojakoisiin eroihin, joista esimerkkinä on aiemmin tekstissä käsitelty EU:n tuomioistuimen tapaus, jossa autoille myönnettävää todistusta pidettiin omina markkinoinaan, kun todistuksen saattoi saada vain tietyn yrittäjän kautta. Tietyistä tulkintalinjaeroista huolimatta varsinkin kysyntä- ja tarjontajoustoja painottava linja on pitkälti tuotemarkkinoiden määrittelyn lähtökohtana. Tietty tuote voidaan toki lukea eri tuotteeksi esim. Suomessa, Saksassa tai jollain muulla osalla EU:ta. Yhteismarkkinoiden luomisesta (luomispyrkimyksestä) huolimatta eivät kuluttajien tottumukset ole siinä määrin yhteneväisiä, että koko EU:n laajuisia määritelmiä tuotemarkkinoista voitaisiin tehdä kuin esim. joidenkin teollisuuden tarvitsemien koneiden tai lentokoneiden jne. osalta.

Määräävän aseman osalta ongelmaksi voi muodostua markkinoiden rajaaminen kovin kapeaksi. Tätä ei missään kohteena olevista järjestelmistä ole vältetty, vaikka ongelma sinänsä tiedostetaan. Syynä tilanteen hankaluuteen pitäisin osittain markkinavastapuolen jopa liiallista painottamista. Toimittajan vaihtaminen tai oman tuotannon muuttaminen uuden ostajan tyydyttämiseksi aiheuttaa aina kustannuksia, jolloin varsinkin varaosa- tai korjauspalvelujen markkinoilla alkuperäisen tuotteen valmistaja on lähes aina hallitsevassa asemassa. Mallioikeuden tms. takia kilpailevien osien tuotto voi olla mahdotonta. Näissä tapauksissa markkinoiden rajaaminen hyvin kapeasti voi olla perusteltua, mutta lähtökohtana ei kuitenkaan saisi olla tietyn yrityksen suojaaminen. Mikäli kilpailevia menetelmiä tai tuotteita on olemassa, tulisi nämä pääosin lukea samoihin markkinoihin, ellei toiminnan suuntaaminen ole selvästi kohtuuttoman kallista. Kohtuuttomuuteen tulee suhtautua sikäli varauksella, ettei markkinatalouden tarkoituksena ole suojata mitään yksittäistä yritystä, ja toiminnan loppuminen kokonaan ei välttämättä merkitse kilpailun kannalta yhtään mitään, jos kilpailevalla menetelmällä tuotetaan riittävästi (so. lopputuotteen tasolla vallitsee kilpailu).

Alueellisesti markkinat on luonnollisesti sidottu tarkastelun kohteena olevien oikeusjärjestelmien kattamaan alueeseen. Näille alueille ulkopuolelta kohdistuva vaikutus voidaan ottaa huomioon jo markkinoita määriteltäessä tai potentiaalisena kilpailuna. Esim. suihkumatkustajakoneiden osalta ei olisi mitään järkeä pitää markkinoina vain Suomea, Saksaa tai EU:ta, kun käytännössä ostajista kilpailee kaksi globaalia yritysryhmää (Boeing ja Airbus). Alueellisten markkinoiden osalta EU-oikeudessa omaksuttu markkinoiden integraatiopyrkimystä tu-

keva tulkinta siitä, että yksittäinen jäsenvaltio on käytännössä aina merkittävä osa yhteismarkkinoita voi helposti johtaa päällekkäisiin kilpailuoikeusprosesseihin. Komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten välisestä yhteistoiminnasta riippuu muodostuuko tästä joissain tapauksissa ongelmia vai ei. Ajallinen jako on varsinkin Saksassa koettu ongelmalliseksi.

1.3 Määräävä asema

Määräävän aseman selkein tapaus on joko tosiasiallinen tai laillinen monopoli. Alaraja on myös vedetty hyvin samantyylisesti, vaikkakin käytännön rajauksissa voi olla eroja (osittain kilpailuoikeusjärjestelmien erilaisista tavoitteista johtuen). Yleisesti hyväksyttyä on katsoa yrityksen olevan määräävässä asemassa markkinoilla, jos se voi toimia niillä muiden toiminnasta piittaamatta. Tämä raja on lainattu taloustieteestä, joka ei kuitenkaan tarjoa selkeää lähtökohtaa sen määrittämiseksi, mikä oikein on toimintaa muista riippumatta. Taloustieteessä voidaan toki arvioida tilannetta päättelemällä, voisiko yritys nostaa hintojaan esim. 5 % ilman, että se menettäisi asiakkaita kilpailijoilleen. Tällaista testiä ei juuri käytetä oikeudellisena argumenttina.

Etsittäessä ”seuraavaksi parasta” vaihtoehtoa on jouduttu hyväksymään lähinnä markkinaosuuksia painottavien kriteerien käyttäminen. Tältä osin tunnustetaan, etteivät nämä kriteerit ole erehtymättömiä, koska ne ensinnäkin edellyttävät markkinoiden oikeata määrittelyä ja toiseksi tarkkaa tietoa tilanteesta markkinoilla (tätä tietoahan ei välttämättä yrityksillä itselläkään ole). Tilanne voi myös muuttua, jolloin joudutaan ehkä käyttämään joko vanhentuneita (esim. edellisen vuoden liikevaihtoihin perustuvia) tietoja tai liiankin uusia (ratkaisuhetkellä määräävää asemaa ei enää ole, mutta itse väärinkäyttöhetkellä se on vallinnut).

Markkinaosuuden painottaminen johtuu osittain siitä, että tämä tieto voidaan ainakin jossain määrin saada yrityksistä riippumatta myyntitilastojen perusteella. Taloudellinen voima ja teknisen tietämyksen merkitys on usein vain yritysten itsensä arvioitavissa, eikä väärinkäytöstä syytetty yritys hevin myönnä olevansa ylivoimainen. Kilpailijat voivat toki tuoda esille myös näitä seikkoja, mutta kilpailijoidenkin kannalta helpoiten todistettavissa ovat juuri markkinaosuudet.

Markkinaosuuteen liittymättömiä kriteerejä on EU:ssa ja Saksassa käytetty täydentämään markkinaosuuden perusteella tehtyä arviota. Suomessa nämä kriteerit voidaan ottaa huomioon, mutta niiden merkitys on mielestäni jäänyt vähäisemmäksi. Yritys voi siten periaatteessa todistaa, ettei se suuresta markkinaosuudesta huolimatta ole määräävässä asemassa. Toisaalta kilpailuviranomaiset voivat katsoa huomattavasti alle 50 %:n markkinaosuuden osoittavan määräävää asemaa, jos muut kriteerit tätä tukevat. Esim. taloudellisten voimavarojen osalta painotus on kuitenkin selkeästi fuusiokontrollin puolella. Alaraja liikkunee Saksassa noin 20 % markkinaosuuksien tuntumassa, mistä voitaneen poiketa vain erityistapauk-

sissa. EU:ssa alaraja on noin 30 % paikkeilla, vaikka alhaisempiakin markkina-osuuksia voidaan periaatteessa hyväksyä.

Tietynlainen painotusero vallitsee Saksan ja muiden tutkittavien järjestelmien välillä. Arviointikriteerejä koskevassa keskustelussa on niiden katsottu non liquet -tilanteissa voivan kääntää todistustaakan väitettyä määräävää yritystä vastaan. Käytännössä ero ei ole suuri, mutta kokonaistarkastelussa (eli arvioitaessa hallitsevan aseman kontrollin taloudellisia seurauksia) tulisi huomioida ”määräävyys-” ja väärinkäyttökriteerien soveltamiskynnyksen samanaikaisen alentamisen voivan johtaa liian laajaan kontrolliin.

Varsinkin väärinkäyttötapausten osalta on kaikissa kohdejärjestelmissä ongelmana kehäpäätelmän riski. Yrityksen toimiessa määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoin on viranomaisilla ja kilpailijoilla suuri houkutus katsoa sen olevan ko. asemassa. Möschel olisi valmis hyväksymään tällaisen kehäpäätelmän oligopolien osalta. Hän painottaa oligopoliyritysten voivan kilpailla keskenään joidenkin kriteerien osalta. Oligopolin noudattaessa esim. hinnan tai sopimusehtojen osalta täysin samanlaista politiikkaa tulisi oligopolin katsoa olevan määräävässä asemassa näiden tilanteiden osalta muusta kilpailusta huolimatta. Möschel’n kanta perustuu sinänsä Saksan oikeuteen, mutta ajatuksena se on yleispätevämpi.[2]

Möschel’n ajatusta ei voida pitää hyväksyttävänä, koska kilpailua ei mielestäni voida pilkkoa täysin yksittäisiksi kriteereiksi. Mikä tahansa teollisuuden ala voisi joutua syytöksen kohteeksi heti, kun hintataso näyttää asettuvan samalle tasolle kaikkien yritysten osalta. Mikäänhän ei estä osoittamasta oligopolin olevan tällaisessa tilanteessa määräävässä asemassa kaikkien kriteerien pohjalta ja sitten puuttumasta asiaan.

Saksalaisen lainsäädännön erikoisuutena ovat ”ylivoimaisen markkina-aseman” ja riippuvuuden käsitteet sekä nk. arviointinormit. Markkinaosuuskriteerien asettuessa samantapaisille rajoille kuin Suomessa tai EU:ssa ei käytännön ero ole mielestäni merkittävä. Riippuvuus-tilanteissa on kuitenkin pyritty perinteistä markkinavoiman kontrollia laajempaan ”relatiivisen markkinavoiman” sääntelyyn. Tämä lähtökohta voi johtaa pikemmin asiakas- ja tuotteen toimittajayritysten kuin kilpailun suojaamiseen. Vuoden 1989 uudistus, jossa säännön vaikutus rajattiin pk-yrityksiin oli tässä mielessä tervetullut. Lähinnä kyse on kilpailuviranomaisten todistustaakkaa helpottavista normeista. Saksalaisen käytännön ollessa varsin tiukasti lain sanamuotoihin sidottua on muutosten teko lain tasolla ollut välttämätöntä, jotta arviointikynnys olisi saatu kilpailupoliittisesti hyväksyttävälle tasolle. Merkitystä on vaikea arvioida, koska käytännön seuraamuksena on ollut luonnollisesti se, että tutkinta kohdistuu ylivoimaiseen markkina-asemaan vanhempien kriteerien jäädessä vähemmälle.

---

[2] Möschel I s. 171–172.

1.4 Väärinkäyttö

Väärinkäytön peruskriteerit ovat yleisesti ottaen samanlaiset kaikissa tutkituissa järjestelmissä. Määräävässä asemassa olevalta yritykseltä on lähtökohtaisesti kielletty tämän aseman hyödyntäminen, vaikka se ilmenisi muutoin hyväksyttävien kilpailukeinojen muodossa. Yrityksen toimista ei ainakaan saisi seurata kilpailun heikentyminen entisestään! Periaatteessa tulee siten aina tutkia, mikä vaikutus yrityksen toiminnalla on kilpailun kannalta (ei niinkään yksittäisten markkinaosapuolten kannalta) ja miten tämä liittyy määräävään asemaan. Tämä vastuu ei ole yksistään viranomaisilla, vaan hallitsevan yrityksen on itse pyrittävä arvioimaan kilpailukeinojensa vaikutusta markkinoilla. Sen toimintatapoihin voidaan puuttua, vaikka yritys olisi olettanut toimivansa täysin laillisesti ja tosiasiassa toimisi samalla tavoin kuin pienemmät kilpailijansa.

Ajatusmallia ”markkinoista huolehtimisesta” voitaisiin tulkita korostamalla markkinoille pääsyn esteiden purkamista. Tällöin yrityksen tulisi puuttua itse luomiinsa strategisiin esteisiin ja yhteiskunnan deregulaation tms. avulla purettava muut esteet. Käytännössä kaikki oikeusjärjestelmät tunnustavat markkinoille pääsyä koskevat ongelmat, mutta kysymys ei missään ole noussut etusijalle. Tätä kuvaavat jo esimerkkiluettelotkin, jossa mainitaan kohtuuttomien hintojen kaltaisia markkinoille tulon kannustimia!

Yleiseen jatkuvaan yritysten toiminnan kontrolloimiseen ei väärinkäyttönormien kautta saa ryhtyä. Tällä tavoin pikemminkin estettäisiin kilpailun syntymistä, kun esim. korkea hinta ei voi toimia houkuttimena markkinoille pyrkijöille. Mitään erityistä lainsäädännön tasolla ilmenevää suuntausta markkinoille pääsyn esteiden korostamiseen tässä mielessä ei ole, mutta talousteoriassa tätä voidaan pitää yleisesti hyväksyttynä (poislukien Chigagon koulukunta). Oikeudellisten ja luonnollisten monopolien osalta jatkuvampi kontrolli on jouduttu lähes ainoana vaihtoehtona hyväksymään.

Yleisesti hyväksyttynä voidaan pitää markkinoista johtuvien menettelytapojen ja yrityksen strategisen menettelyn erottamista. Valitettavasti tältä osin ei voida antaa mitään yleispätevää vastausta, vaan rajatapauksissa arviointi on aina tapauskohtaista. Ongelmana on usein se, että taloustieteelliseltä kannalta tietty menettely on – varsinkin oligopolitilanteissa – ko. yritysten kannalta ainoa järkevä.

Monopolihinnoitteluun puuttumista pidetään periaatteessa hyväksyttävänä, vaikka sekä Saksassa että EU:ssa kohtuuttomien hintojen kritiikki oli kovimmillaan 1970-luvulla. Hintakontrolli johtaa helposti yrityksen toiminnan jatkuvaan valvontaan sekä osin väärien signaalien antamiseen markkinoille (markkinoille tulon kannusteet vähentyvät). Lisäksi ”oikean” hintatason arvioiminen on lähes mahdotonta. Yleisenä piirteenä voidaan pitää hintakontrollin rajaamista enenevässä määrin vain sellaisiin tilanteisiin, joissa yrityksellä on turvattu monopoli- tai siihen rinnastettava asema ja markkinatilanteen muutos epätodennäköinen. Mitä enemmän markkinoita saadaan avattua kilpailulle sitä vähemmän tämänkaltaista kontrollia tarvitaan (esimerkkinä sähkö- ja telemarkkinoiden avauspyrkimykset).

2. ONGELMAKYSYMYKSIÄ

2.1 Oligopoli

Oligopolien merkittävyydestä voidaan kiistellä laajastikin taloustieteen pohjalta. Tietynlaista oligopolia voidaan pitää tehokkaimpana mahdollisena markkinoiden toimintamuotona Kantzenbach'n tapaan, jolloin kontrolli pitäisi luonnollisesti kohdistaa muihin tilanteisiin (so. rajata kontrolloitavista oligopolitapauksista hyödylliset). Potentiaalisesti haitallisimpien tapausten löytyminen ei sinänsä vielä riitä, koska oligopolin osalta ei ole olemassa yksiselitteistä taloudellista teoriaa, jonka pohjalta voitaisiin arvioida mikä on hyväksyttävää, mikä ei. Esim. peliteorian kautta voidaan osoittaa, mitkä siirrot ovat yritysten kannalta järkeviä, mutta tämä teoria ei itsessään ota kantaa siirtojen hyväksyttävyyteen. Monopoli vaatii vain yhden yrityksen tarkkailua, jolloin yhteiskunnan kannalta vahingollisen toiminnan erottaminen on huomattavasti helpompaa.

Oligopoli voi toimia joko olosuhteiden pakosta tai yhteistyöhalusta tietyllä, ulospäin kilpailua rajoittavalla tavalla. Mikäli emme halua kieltää koko oligopolia (jolloin loogisesti monopolitkin pitäisi purkaa), on taloudellinen "pakkotila" pystyttävä erottamaan yhteistyöhön perustuvasta toiminnasta. Pääosin tämä jako tapahtuu arvioitaessa oligopolien toimia kartellisääntöjen perusteella.

Markkinoita hallitsevan oligopolinkaan osalta ei markkinoiden pakkoa voida täysin poissulkea. Kaikki ne keinot, jotka vahvistavat oligopolin asemaa ulkopuolisiin nähden tai pyrkivät saavutetun markkina-aseman hyödyntämiseen markkinavastapuolen kustannuksella ovat periaatteessa määräävän aseman väärinkäyttöä. Oligopoliin kuuluva yritys voi kuitenkin väittää esim. hintatason perustuvan eri yritysten väliseen kilpailutilanteeseen. Vuorovaikutuksen takia muutos ei olisi sille kannattava eikä tätä kautta mahdollinenkaan.

Oligopoli-väärinkäytön torjumiseksi pitäisin tärkeänä markkinoille pääsyn mahdollisimman laajaa vapauttamista. Kuta vähäisempiä esteet ovat sitä enemmän potentiaalinen kilpailu voi vaikuttaa yristen toimintaan. Kilpailuoikeuden avulla emme koskaan pääse täysin tehokkaaseen oligopolikontrolliin, mutta avoimet markkinat johtaisivat ainakin hyvin lähelle tätä. Oligopolikontrollia tulee luonnollisesti kohdistaa sellaisiinkin tilanteisiin, joissa esteitä ei syystä tai toisesta voida purkaa. Tällöin on puututtava tarvittaessa jopa hinnoitteluun tai kustannustasoon, vaikka kumpikin keino voi olla käytännössä hankala toteuttaa. Laiminlyömällä oligopoleihin puuttumisen kokonaan edistämme markkinavoiman keskittymistä, koska vapaasti toimiva oligopoli voi pelkästään johtavien yritysten sisäisen kasvun kautta saavuttaa entistä vahvemman aseman markkinoilla.

2.1.1 Saksa

Pisimmälle viety oligopolikontrolli tutkittavista järjestelmistä on Saksassa. Viranomaisten työtä on pyritty helpottamaan oligopoleja koskevalla oletussäännöllä,

jonka mukaisesti tietyn markkinaosuuden omaava ryhmä yrityksiä tulkitaan automaattisesti hallitsevaksi oligopoliksi, elleivät yritykset itse kumoa ko. väitettä. Ratkaisevaa oligopoliasemalle on Saksassa katsottu olevan se, etteivät yritykset enää kilpaile keskenään. Kaikki kilpailu kohdistuu ulkopuolisiin, jolloin yritykset voivat hyödyntää yhteistä markkina-asemaa. Yhteinen voima voi esim. toimia tehokkaana pelotteena markkinoille pyrkijää kohtaan. Sehän ei kohtaa vain yhtä tai kahta aktiivista kilpailijaa tai joukkoa yrityksiä, joille sen menettely ei sinänsä merkitse mitään vaan kiinteän ryhmän yrityksiä, joiden kaikkien asema huononisi markkinoille tulon takia.

Saksalainen erikoisuus on jokaisen oligopoliyrityksen oletettu hallitseva asema markkinoilla. Kilpailuviranomaisten ei tarvitse todistaa kaikkien oligopolin jäsenten toimivan kilpailua rajoittavasti, vaan yhden yksittäisen yrityksen toimintaankin voidaan puuttua. Kohdeyrityksen ei edes tarvitse olla oligopolin suurin, vaan riittää, että sitä voidaan ylipäätään pitää oligopolin jäsenenä. Taloudelliselta kannalta näissä tapauksissa voitaisiin kritisoida markkinoiden rajausta, koska kovin itsenäisesti toimiva yritys (so. muut väitetyn oligopolin jäsenet eivät ”matki” sitä) saattaa itse asiassa hallita joitakin omia osamarkkinoitaan, ja sen toimintaan tulisi puuttua tältä pohjalta.

Oligopoliyritys joutuu Saksassa huomioimaan myös GWB 20 §:n riippuvuus säännöt. Varsinkin yritysryhmäriippuvuus (Spitzengruppabhängigkeit) -tilanteissa se voi joutua toimitusvelvolliseksi asiakkaisiinsa nähden tai muutoin diskriminointikiellon alaiseksi.

Saksalaista mallia jokaisen oligopoliyrityksen ”itsenäisestä” kontrolloimisesta ei voida pitää täysin hyväksyttävänä. Oligopoliteoriahan lähtee siitä, että keskinäinen riippuvuus pakottaa yritykset toimimaan samalla tavoin. Tällöin kontrolli pitäisi kohdistaa yrityksiin ryhmänä. Toisaalta tämä aiheuttaa kilpailuviranomaisille huomattavasti enemmän työtä ja tekisi laista joustamattomamman. Ratkaisut ovat jääneet lähinnä riippuvuustilanteisiin, joten ongelma on enemmän periaatteellisesti kuin käytännöllisesti merkittävä.

2.1.2 EU

EU:n osalta säädöstaso ei mielestäni estä oligopolien kontrolloimista määräävän aseman perusteella. Tähän suuntaan viittaa EU:n tuomioistuimen viime aikainen linjauskin. Asia on oikeuskirjallisuuden tasolla kuitenkin epävarma, koska osa kirjoittajista pitää 82 art. mainintaa ”tai useampaa yritystä” lähinnä konsernikäsityksen selvennyksenä.

EU:ssa ei ole otettu saksalaiseen tapaan kantaa siihen, miten suhtautua yksittäiseen oligopolin jäseneen. Todennäköisesti kanta olisi kielteinen eikä yksittäinen oligopoliyritys olisi määräävässä asemassa, vaikka oligopoli kokonaisuutena tätä olisi. Koko EU:n aluetta koskeva säätely vaatii oikeusvarmuuden korostamista vielä kansallista tasoa enemmän, ja markkinaolosuhteiden vaihtelu (yhteismark-

kinoista huolimatta) painottaa varovaisuuden merkitystä. 81 art. on lisäksi saksalaista säätelyä tehokkaampi ase erilaisia epävirallisia yhteistoimintamuotoja vastaan, joten oligopolien toiminnan kontrollia 82 art. kautta voidaan pitää lähinnä edellisen artiklan kontrollin laajennuksena tapauksiin, joissa komissiolla ei ole käytettävissään muuta näyttöä kuin yritysten toiminnan vaihtelu (so. toisiaan seuraavat menettelytavat) markkinoilla vailla mitään näyttöä mahdollisista yhteydenotoista tms.

Oligopolien määräävään asemaan kohdistunut kritiikki lähteekin juuri siitä, että 81 art. kattaa oligopolien haitallisen toiminnan riittävän hyvin. Pelkkään oligopolin sisäiseen riippuvuuteenhan ei edes haluta puuttua, koska kyseessä on puhtaasti markkinatalouden sanelema ilmiö. Oligopolin pakottamista keinotekoiselle toimintalinjalle ei voida pitää hyväksyttävänä.

Saksaan verrattuna kyse on molemmissa tapauksissa siitä, halutaanko kilpailuviranomaisille antaa enemmänkin teoreettinen kontrollointimahdollisuus kuin jatkuvaan käyttöö tarkoitettu ”ase”. Mielestäni mahdollisuuden suominen on järkevää, jos ylilyönnit saadaan estettyä tuomioistuin ratkaisujen kautta. Komissio ei edes ole osoittanut suurta halua pitemmälle menevään oligopolikontrolliin ja käyttänee jatkossakin 82 artiklaa vain 81 art. täydentäjänä tai ”hätävarana”. Puhtaasti muodollis-juridisesti oligopolien toimintaan puuttumisen estäminen 82 art. pohjalta saattaisi vaatia jopa EEC-sopimuksen muuttamista, koska omaksuttu tulkinta on ollut varovaisesti hyväksymässä em. kontrollin. EU:n tuomioistuimen omaksuma pragmaattinen linja saattaisi tosin johtaa samaan lopputulokseen, mutta sen linja on ollut yleensä pikemmin komission kontrollimahdollisuuksia laajentava kuin supistava.

2.1.3 Miksi Suomessa ei ole oligopolisääntöä?

Kilpailunrajoituslain avulla voidaan puuttua yritysten hiljaiseen yhteistyöhön. Kaikki vähänkään kartellimainen toiminta on siten periaatteessa jo kontrollin parissa. Vastaus on kuitenkin ontuva, koska aina ei ole osoitettavissa kartellimaista käytöstä. Tietyn markkina-alueen kahdella tai kolmella suuryrittäjällä voi olla oligopolisidonnaisuuteen perustuva intressi haitata kilpailijoiden tuloa markkinoille. Lisäksi ne tuntevat todennäköisesti varsin hyvin toistensa kustannusrakenteet ja hinnoitteluperusteet (esim. liki kaikki kaupat käyttävät samantapaisia myyntimarginaaleja), jolloin alihankkijoiden tms. ja jälleenmyyjien kurissa pitäminen on helpompaa. Kartellikäytösnäytön puuttuessa ei tilanteeseen voida reagoida.

Tarkasteltaessa tilannetta Saksassa tai komission / yhteisön eri asteen tuomioistuinten käytännön tasolla on todettavissa oligopolin määräävän aseman tapausten vähäisyys. Suurimmassa osassa tapauksia on ollut riittävä näyttö kartellitoiminnasta eikä yhteiseen hallitsevaan asemaan ole tarvinnut vedota. Oligopolisäännön omaksuminen Suomessa voisi johtaa turhiin viranomaistutkimuksiin tai kanteisiin väitetyn väärinkäytön perusteella. Oligopoli on kilpailuoikeudellisesti vaikeasti

kontrolloitavissa. Se on pakosta kartelli- ja määräävän aseman väärinkäyttö sääntöjen rajalla, koska yhdessä näillä yrityksillä on huomattava markkinavoima, jota ne haluavat hyödyntää. Oligopolinormit tarjoavat tällöin lisäkontrollimahdollisuuden, joka vaikuttanee ennaltaehkäisevästikin. Pelkkä tapausten vähäisyyskään ei siten ole hyvä perustelu.

2.1.4 Mitä kontrolloidaan?

Minkään lainsäädännön tarkoitus ei voi olla jonkun tilanteen toteaminen ”epäilyttäväksi” yhteiskunnan kannalta ilman selviä toimintaohjeita sekä eri oikeusalamaisille että viranomaisille. Kontrollin alarajan määrittämisen jälkeen on tiedettävä mitä kontrolloidaan. Tältäkin osin oligopoli muodostaa oman ongelmansa. Yhtä hallitsevaa yritystä voidaan helposti kieltää toimimasta tavalla a tai määrätä toimimaan tavalla b. Oligopolin osalta ongelma on kaksitahoinen: onko ratkaisu kohdistettava kaikkiin siihen kuuluviin yrityksiin vai voidaanko yksittäistä jäsentä kehottaa tekemään jotain? Toisaalta olisi tiedettävä voidaanko antaa erilaisia ratkaisuja eri oligopoliyritysten osalta? Voitaisiinko esim. suurimpaa oligopoliyritystä vaatia muuttamaan toimitusehtojaan radikaalimmin kuin muita?

Saksan oikeudessa on katsottu, että oligopolin jokaisen jäsenen katsotaan olevan määräävässä asemassa. Tähän yritykseen voidaan kohdistaa kaikkia lain määräävään asemaan liittämiä seuraamuksia, kuten alentaa sen hintoja, muuttaa toimitusehtoja, vaatia toimittamaan tuotetta tietylle asiakkaalle, velvoittaa maksamaan vahingonkorvausta muiden edellytysten täyttyessä jne. Viranomaiskontrolli kohdistunee kuitenkin lähinnä oligopoliryhmittymään, joten käytännön tasolla merkitystä on ollut erityisesti GWB 20 §:n diskriminoimis- ja haittaamistilanteissa. Saksalaisen järjestelmän etu on se, että yksittäinen hallitsevasta asemasta kärsivä yritys voi kohdistaa vaateensa juuri ”kiusaajaansa” eikä sen tarvitse aloittaa kallista prosessia osoittaakseen koko oligopolin sortavan sitä yhdessä. Ongelmana on oligopoliyrityksen kannalta oikeusvarmuuden huonontuminen. Se ei voi etukäteen tietää milloin siihen kohdistetaan erilaisia vaateita, jos se on osa hallitsevaa oligopolia.

EU:n osalta ei mielestäni voida vetää selkeää linjaa. Käytännön ratkaisuja, joissa jossain jäsenmaassa olisi vedottu 82 artiklaan yhtä oligopoliyritystä vastaan ei tietääkseni ole. Ongelma voidaan osin poistaa markkinatulkinnalla eli katsomalla yhden yrityksen hallitsevan tiettyjä alueellisia markkinoita, jos oligopoli toimii esim. siten että joka jäsenmaassa tai tietyllä alueella on oma markkinajohtajansa. Vastaan saattaa tulla tilanne, jossa yritys kokee kärsivänsä kahden hallitsevan yrityksen väärinkäytöstä. Molemmat kieltäytyvät kenties toimittamasta sille jotain raaka-ainetta, eikä mitään näyttöä varsinaisesta yhteistoiminnasta näiden yritysten välillä ole (so. 81 artiklaa ei voitaisi soveltaa). Kieltäytymisen peruste voi olla esim. se, että kyseinen tuote myydään omien jakelujärjestelmien kautta. Ottamatta kantaa siihen voidaanko yritykset määrätä 82 art. perusteella toimittamaan tuotetta tässä tilanteessa on ratkaistava, voiko yritys vedota 82 artiklaan

kansallisessa tuomioistuimessa tai EU:n komissiossa vain yhtä näistä yrityksistä vastaan? Todennäköinen ratkaisu on mielestäni kielteinen selvän oikeusnormin puuttuessa. 82 art. sanamuodon mukaanhan voidaan kieltää yhtä tai useampaa yritystä käyttämästä väärin määräävää asemaa yhteismarkkinoilla. Jälkimmäinen sanamuoto on tosin epäselvä – voitaisiinhan ajatella kiellettävän yhtä useammasta yrityksestä käyttämästä väärin ko. asemaa, mutta rinnastus viittaa mielestäni selkeästi yritysten samanlaiseen kohteluun.

Oligopolin osalta on lisäksi hankala määrittää miten yritysten toimia pitäisi kontrolloida. Mikäli katsomme niiden esim. diskrimoivan joitain ostajia, voimme toki määrätä, ettei näin saa tehdä, sekä määrittää jokin hintataso tai kauppaehdot, joita olisi sovellettava. Oligopolin varsinainen ongelma ei kuitenkaan ole tämän kaltaisissa tilanteissa, vaan yleisemmässä linjanvedossa siitä mikä on oligopoliriippuvuuden merkitys. Jos oligopoli talouden lainalaisuuksien mukaan (päädyttiin tilanteeseen sitten peliteorian, intuition tms. avulla) todennäköisesti käyttää hintatasoa x ja tuotantotasoa y, olisi markkinoiden toiminnan vääristämistä vaatia oligopolia kokonaisuudessaan muuttamaan hintatason x-1:teen. Vielä ristiriitaisempaa olisi yksittäisen yrityksen hintatason kontrolloiminen, koska se säteilisi automaattisesti muihin. Koska tarkastelun kohteena on nimenomaan määräävän aseman väärinkäyttö, en tässä yhteydessä ota kantaa siihen miten kartellitilanteessa tulisi toimia (tällöinhän hinta ei enää ole suoranaisesti talouden lainalaisuuksien luoma, vaan keinotekoinen).

Vaarana oligopolin kontrolloimisessa on kartellin luominen. Jos pakotamme oligopoliyritykset toimimaan samalla tavalla, olemme luoneet laillisen kartellin. Pitäisikö tämän jälkeen kaikki sopimusehtojen ja hinnan muutokset tarkistaa viranomaisten toimesta? Yhdenmukaisuusvaatimuksen takia ei yrityksiä voitane määrätä toimimaan toisistaan poikkeavastikaan. Saksassa vaatimukset voidaan kohdistaa vain yhteen yritykseen, jolloin koko oligopoli ei välttämättä menettele yhteneväisesti. Reagointi on kuitenkin osin sattumanvaraista ja siten oligopoliyrityksen oikeusturvan vastaista. Vaarana on lisäksi se, että tällaisella ”yksittäismääräyksellä” suojataan ennemmin jotain oligopolista riippuvaista asiakasta kuin itse kilpailua.

Parhaana ratkaisuna pitäisin (so. jos hyväksytään oligopolin kontrolloiminen määräävän aseman normien perusteella) toimien kohdistamista markkinoille pääsyn esteiden purkamiseen tai alentamiseen. Mitä vähäisempiä esteet ovat, sitä enemmän oligopolin toiminta on markkinoiden paineen alaista. Keinojen valinta ei tällöinkään ole yksinkertaista, koska oligopolitilanne ei todennäköisesti ole syntynyt sattumalta tai hetkellisesti, vaan on alalla toimivien yritysten vuosia kestäneiden ponnistelujen tulos (esim. tuotteiden imagon, laadun tai teknisen kehityksen kautta).

2.2 Syy-yhteys: minkälaista yhteyttä määräävän aseman, toiminnan ja seurausten välillä voidaan vaatia?

Suoranaista kausaliteettia määräävän aseman kautta syntyvän taloudellisen voiman sekä markkinoilla todettujen seurausten välillä ei vaadita. Tämä perussääntö on sinänsä selkeä ja hyväksyttävissä. Emme kuitenkaan voi hyväksyä toistakaan ääripäätä, eli ei edellytettäisi mitään yhteyttä yrityksen markkinavoimaan tai toimiin, koska tämä olisi sama asia kuin hallitsevan aseman täyskielto. Tämä toinen ääripää ei yleensä edes esiinny keskustelussa, mitä pidän suurena puutteena. Se pitää tuoda esille, koska tähän tilanteeseenhan me päädymme, jos syy-yhteyttä venytetään äärimmilleen. Tärkeimmäksi kysymykseksi muodostuukin se, mitä yhteyttä voimme vaatia yritysten toimien ja niiden markkinoilla näkyvien (tai oletettujen) seurausten välillä? Onko seurausten oltava jollain lailla ennakoitavissa – varsinkin kun määräävän aseman väärinkäyttö voi johtaa vahingonkorvaukseen, hallinnolliseen seuraamusmaksuun tms. Minkälainen vastuu yritykselle voidaan todella asettaa omista toimistaan? Eihän hallitsevakaan yritys voi aina tietää mitä seuraamuksia valitulla toimintalinjalla voi olla. Kysehän ei suinkaan välttämättä ole yksittäisen lyhytaikaisen toimenpiteen seurauksista, vaan esim. myyntijärjestelmän luomisesta tai pitempiaikaisesta mainoskampanjasta. Muutoinkin seuraukset voivat ilmetä markkinoilla vasta pitemmän ajan kuluttua ja tilanteen kenties väliaikana muututtua.

Tässä yhteydessä on syytä korostaa, että kuten yleensä vahingonkorvausoikeudessa myös kilpailuoikeudessa syy-yhteys on pääosin selvä. Yritykset pyrkivät itse luonnollisesti arvioimaan toimiensa vaikutuksia markkinoilla, koska niiden tuotto riippuu tästä. Siten ne tietävät pääosassa tapauksia varsin hyvin mihin jokin toimi kilpailijoiden tai asiakkaiden kannalta johtaa.

Taloustiede ei mielestäni tarjoa tässä yhteydessä selkeitä ohjenuoria. Oletuksena on lähinnä se, että maksimoidakseen voittonsa yrityksen on toimittava tietyllä tavalla ja painopiste on lähinnä seurausten puolella. Tästä on luonnollisesti apua, koska taloudellisten teorioiden avulla saamme tietoa eri toimintalinjojen seurauksista (esim. siitä miten tietty hinnanlasku tai tuotteen eriyttäminen vaikuttaa) ja voimme olettaa yritystenkin arvioivan toimiensa seurauksia tältä pohjalta.

Saksassa lähtökohdaksi on omaksuttu lähinnä seurausten syy-yhteys. Tällöin kiellettynä menettelynä voidaan pitää toimintaa, joka se on aiheuttanut kilpailun kannalta vahingollisia seuraamuksia ja on jonkinlaisessa yhteydessä määräävään asemaan. Varsin matalalle asetettu raja on sikäli mielenkiintoinen, että samanaikaisesti on pyritty korostamaan, ettei hallitsevan aseman toteaminen vielä osoita kiellettyä toimintaa tapahtuneen. Käytännössä lopputulos voi olla liian tiukka kontrolli, jos määräävä asema todetaan helpohkosti ja tämän jälkeen yhtä yksinkertaisesti osoitetaan jonkin menettelytavan olleen ko. aseman väärinkäyttöä. Vaarana on kaksi negatiivistä virhettä, eli ensin virheellisesti väitetään yrityksen hallitsevan tuotteen x markkinoita ja sitten jokin sen toimenpide todetaan väärinkäytöksi, vaikka menettelytavan vaikutukset ovat hyvin vähäiset kilpailun kannal-

ta. Tietyssä määrin tätä vaaraa torjuu yritysten intressien punninta perustellun syyn arvioinnin yhteydessä, mutta on muistettava turhien tutkimusten ja prosessien aiheuttavan kustannuksia sekä kohdeyritykselle että yhteiskunnalle laajemmin.

Suomessa ja EU:ssa syy-yhteyden on katsottu syntyvän varsin vähin vaatimuksin. Osittain asian tarkastelu on sivuutettu varsin lyhyesti suomenkielisessä ja EU-oikeutta käsittelevässä englannin kielisessä kirjallisuudessa. Vaarana on oikeusvarmuuden puute. Ratkaisuna ei tosin voida pitää seurausten syy-yhteyttä, koska tämä ei juuri parantaisi tilannetta. Hallitsevan aseman ja menettelytavan välillä ei tarvitse olla syy-yhteyttä, vaan jopa markkinoiden normaali toimintatapa voi olla väärinkäyttöä määräävän yrityksen käyttämänä. Käyttämällä tämänkaltaista syy-yhteyskriteeriä saadaan tukea hallitsevan yrityksen ”erikoisvelvollisuudelle” huolehtia markkinoista, mutta ratkaisu ei ole hyvä oikeusvarmuuden kannalta, ja se on lisäksi sangen epäilyttävä taloudellisen tehokkuuden osalta. Vaarana voisi olla taloudellisesti tehottomampien kilpailijoiden tukeminen ja hallitsevan yrityksen alistaminen jatkuvaluontoiseen kontrolliin.

Syy-yhteyttä tulisi tarkastella kohdeyrityksenkin kannalta. Lainsäädäntö on yrittäjille se kehys, jonka sisäpuolella heidän oletetaan toimivan. Tällöin on pystyttävä arvioimaan missä raja kulkee. Yritys ei välttämättä sinänsä pyri toimimaan juuri ”rajoja hipoen”, mutta sekä pyrkimys tehokkuuteen että kilpailun olemukseen sinänsä kuuluva ”vastustajien” toimintamahdollisuuksien arviointi ja oman toiminnan sovittaminen tähän johtavat helposti ”raja-alueen” ratkaisuihin. Oikeusvarmuuden kannalta on tällöin tärkeintä luoda selkeät toimintalinjat, joihin kilpailukeinot voidaan sopeuttaa. Talouselämä ei ylipäätään voi toimia tehokkaasti missään jatkuvan epävarmuuden tilassa.

Yrityksen kannalta on kyse siitä, mitä sen käyttämät erilaiset kilpailukeinot vaikuttavat markkinoilla. Tätä se pyrkii luonnollisesti aina arvioimaan, koska kyse on samalla yrityksen omasta toimintakyvystä tulevaisuudessa. Kukaan yrittäjä tuskin haluaisi tehdä ratkaisua, joka varmuudella johtaa oman toiminnan lakkaamiseen! Jos yritys tietää mikä on kilpailulainsäädännön kannalta kiellettyä, voi se pyrkiä välttämään tällaisia toimia. Tutkittavissa järjestelmissä ei sinänsä edellytetä mitään subjektiivista syyllisyyttä, joten oikeudellisten ratkaisujen kannalta ei yrityksen pyrkimyksillä ole suoranaista merkitystä (tahallinen kilpailunrajoitus johtanee suurempiin seuraamusmaksuihin). Syy-yhteys muodostuukin ongelmaksi vasta niissä tapauksissa, joissa yrityksen on hankala arvioida etukäteen miten sen toimet vaikuttavat markkinoilla. Kehityshän voi riippua pienempien kilpailijoiden toimista, potentiaalisen kilpailun muutoksista (esim. jenin arvon muutos voi vaikuttaa tähän) tai yleisestä taloudellisesta kehityksestä.

Koska subjektiivistä syyllisyyttä ei vaadita, yritystä periaatteessa ”rangaistaan”, vaikka se olisi yrittänyt selvittää, mitä sen ratkaisut vaikuttavat markkinoilla. Kysehän ei ole pelkästään erilaisista seuraamusmaksuista tms., vaan yhtä lailla yrityksen kenties osin hukkaan menneistä kustannuksista. Tosin yritys on saattanut ehtiä ansaita huomattavasti juuri sittemmin kilpailunrajoituksiksi katsotuilla keinoilla, joten tilanne ei ole yksiselitteinen. Mitä hallitsevampi asema yrityksellä

on sitä laajemmin sen voi edellyttää arvioivan toimiensa vaikutukset, joten lopputulos on harvoin kohtuuton yrityksen kannalta.

Jos yrityksen käyttämä kilpailukeino osoittautuu yllättäen kilpailua rajoittavaksi (so. yleensä eri menetelmien yhteisvaikutus), voimme periaatteessa reagoida kieltämällä sen. Muuta kuin haitallista vaikutusta markkinoiden toimintaan ja määräävää asemaa joillain markkinoilla sekä toimien ja seurausten välistä yhteyttä ei periaatteessa vaadita. Viranomaisratkaisut voidaan toki rakentaa siten, ettei yllättävissä tapauksissa määrätä mitään seuraamusmaksua. Yrityksen kustannukset huomioiden kyse voi sen kannalta silti olla sangen negatiivisesta tapahtumasta. Riskinä on myös se, että pakotamme yrityksen luopumaan menettelytavasta, joka on ko. tuotteen markkinoilla tavanomainen. Lopputuloksena voi olla tehottomampien kilpailijoiden suosiminen. Tämäkin on yritykselle ”rangaistus” menetettyjen tulojen muodossa, vaikka sinänsä ehkä pidämme markkinaosuuden alentumista hyvänä.

Eräänä mahdollisena lähestymistapana pitäisin adekvaattisuusopin omaksumista. Liikuttaessa alarajalla kiellettävän ja sallittavan välillä otettaisiin tällöin lähtökohdaksi se, mitä yrityksen pitäisi tietää omien toimiensa vaikutuksista. Arviointi on yrityksen kannalta jatkuvaa eikä se voisi puolustautua sillä, että toiminta oli aiemmin sallittua, jos olosuhteiden muuttuessa esim. alennusjärjestelmän kilpailua rajoittava vaikutus korostuu. Mitä vahvempi asema yrityksellä on sitä tarkemmin sen tulisi arvioida vaikutukset. Jos kilpailua rajoittava vaikutus on vähäinen sekä selkeästi yllätys yritykselle, tulisi olla mahdollista sallia kilpailukeinojen käytön jatkaminen.

Syy-yhteysajattelun ongelma on, ettei se välttämättä johda käytännön muuttumiseen. Tarkoituksenani on lähinnä tuoda esille oikeusvarmuuden vaatimia alarajan määrittelykriteerejä. Nykyistä käytäntöä ei tässä mielessä voi pitää täysin tyydyttävänä, koska yrityksen toimien ja niiden markkinoilla havaittavien vaikutusten välillä on aina jonkin asteinen yhteys. Kuten tämän jakson alussa totesin, voisimme tältä pohjalta kieltää lähes kaikki hallitsevan yrityksen toimet ja vähintään alistaa sen jatkuvaan kontrolliin.

2.3 Diskriminointi

Lähtökohtaisesti sekä EU:n, Saksan että Suomen oikeuden perusteella voidaan kieltää määräävään asemaan perustuva diskriminointi. EU:n osalta erikoispiirteenä on se, että kansallisuuteen pohjautuva erilainen kohtelu on aina selkeästi kiellettyä. Kilpailuoikeuteen liittyviä tapauksia ei EU:n tasolla juuri ole eikä tällaista diskrimointia siten voida pitää merkittävänä (esim. työoikeudessa tms. kyse on selvästi eri luokan ongelmasta).

Saksalainen erikoisuus on soveltamiskynnyksen madaltaminen diskriminoinnin osalta. Normia voidaan soveltaa, vaikka diskriminoija ei olisi määräävässä asemassa kunhan diskriminoinnin kohde on riippuvainen siitä. Alunperin säätely

oli ulotettu kaikkiin riippuvuussuhteisiin yritysten koosta piittaamatta. Vuoden 1989 uudistuksessa soveltamisalaa rajattiin tältä osin pieniin ja keskisuuriin yrityksiin. Käytännössä säädös on osoittautunut varsin merkittäväksi. Tyypillisesti normiin ovat vedonneet yritykset, jotka katsovat tarvitsevansa jotain merkkituotetta myyntivalikoimaansa tai tarvitsevat jakelukanavaa tuotteelleen. Vuoden 1989 muutos on luonnollisesti laskenut riippuvuus-säännön käytännön merkitystä, mutta se on edelleen pk-yrityksen kannalta hyödyllinen reaktiomahdollisuus.

Suomalaisessa lähestymistavassa riippuvuutta voidaan käyttää eräänä määräävän aseman kriteerinä. Saksalaiseen tapaan ei Suomessa lain soveltamiskynnystä ole säädöstasolla alennettu. Tulkinnalla voitaneen Suomessakin päätyä soveltamaan määräävän aseman väärinkäytön normeja, vaikka markkinaosuus olisi tavanomaista rajaa pienempi. Oikeusvarmuuden kannalta rajanvetoa ei saisi viedä liian pitkälle, jotta diskriminoinnin kohteeksi joutuville yrityksille ei syntyisi houkutusta luoda itse ”riippuvaista” asemaansa. Suomen pienemmillä markkinoilla riippuvuuksien määrä voi lisäksi osoittautua varsin huomattavaksi (so. niissä tapauksissa, joissa EU-maista tai muualta tulevaa kilpailua ei ole).

Diskriminointi-ajattelua vastaavasti Suomessa korostetaan hallitsevan yrityksen velvollisuutta kohdella tasapuolisesti kaikkia markkinoilla toimivia. Tätä vaatimusta olisi syytä lieventää saksalaismallisella perustellun syyn tarkastelulla, koska nykyisellään on olemassa vaara turhasta ”tasapäistämisestä”. Markkinoilla on käytännössä mahdotonta toimia siten, että joka ainoaa tilannetta kohdeltaisiin samojen mittapuiden mukaan. Tasapuolisuusvelvoite voi lisäksi estää kilpailuun vastaamisen, mitä ei voi pitää hyväksyttävänä.

Saksalaisen diskriminointinormin merkitystä korostaa ratkaisujen suuri määrä. Normi antaa yrityksille suoraan oikeussuojaa sekä mahdollisuuden saada luontoissuoritus ja vahingonkorvausta. Merkitys säilynee pitkälti entisenlaisena huolimatta GWB 19 §:n muuttamisesta kieltonormiksi. Säännöllä pyritään ehkäisemään myös kilpailijoiden haittaamista, joten sen vaikutus ei rajaudu pelkästään diskriminointitilanteisiin.

2.4 Ylihinnoittelu

Peruslähtökohdista vallitsee tältäkin osin yksimielisyys. Monopolin ei voida sallia riistää asiakkaitaan kiskomalla näiltä kohtuutonta hintaa tuotteesta. Käytännössä ollaan varsin varovaisia puuttumaan näihin tapauksiin, koska niiden oletetaan toimivan signaalina markkinoille pyrkimiselle. Tarkastelukulmaksi tulisikin valita mahdollisten markkinoille tulon esteiden arviointi yhdessä hinnoittelun kanssa. Tällöin kontrolli rajautunee lähes täydellisiin monopolitilanteisiin, jotka em. esteiden takia ovat niin vakaita, ettei aseman rapautumista ole odotettavissa.

Ylihinnoittelu on yhteiskunnan resurssien käytön kannalta tehoton tilanne, koska joudumme maksamaan liikaa tuotteesta, jota lisäksi tuotetaan vähemmän kuin optimaalimäärä. Arvioitaessa puuttumiskynnystä on harkittava markkinoille

tulon signaalivaikutusta verrattuna yhteiskunnalle jatkuvasti aiheutuvaan haittaan. Nämä suureet eivät valitettavasti ole tarkasti määriteltävissä, koska emme ylipäätään voi olla varmoja aloittaako joku yritys toimintaa markkinoilla vai ei ja milloin tämä tapahtuisi. Ns. kilpaillun hinnan määrittäminen on myös epävarmaa, joten emme tarkalleen tiedä yhteiskunnalle aiheutuvaa haittaakaan.

Tilanteen ongelmallisuutta kuvaa mielestäni hyvin saksalainen keskustelu. Se oli varsin kiihkeää 1970-luvulla, mutta on sen jälkeen hiipunut. Kehitettyjen teorioiden (vertailumarkkinat; Sockeltheorie ym.) osalta ei saavutettu täyttä yksimielisyyttä eikä mitään ratkaisevaa mittapuuta koskaan löydetty. Yleensä asiaan suhtauduttiin eräänlaisena ”hätävarana”, jos muut keinot eivät auta.[3]

Ylihinnoittelun voi kääntää markkinoille pääsyn ongelmaksi. Sehän on signaali uusille yrittäjille tulla keräämään voittoja. Tämän olettamuksen pohjalta asioihin tulisi puuttua vain suojattujen monopolien tai oligopolien osalta, tai jos markkinoille pääsy on muusta syystä käytännössä estynyt. Ylihinnoittelun pitäisi tästä näkökulmasta olla enemmän pienten, suljettujen kansallismarkkinoiden ongelma kuin laajemman EU-alueen. Markkinoiden avautuminen integraation ja muun kansainvälisen kaupan vapauttamisen kautta tulisi periaatteessa johtaa puuttumistarpeen vähentymiseen.

Eräänä osoituksena siitä, että käytäntö on seurannut juuri markkinoille pääsytilanteita on EU:n satamamaksuja sekä tuontiautojen vaatimia todistuksia koskevat ratkaisut. Vastaava linja vallitsee meilläkin, kuten Helsingin sataman satamamaksuja koskeva ratkaisu osoittaa.

2.5 Toimituskiellot

Toimituskieltojen kohtelu on käsiteltävissä järjestelmissä varsin samanlaista. Hallitsevalla yrityksellä on erityisesti EU:ssa katsottu olevan velvollisuuden huolehtia markkinoilla vielä olevan kilpailun säilymisestä sekä tätä kautta varoa monopolisoimasta jatkomarkkinoita. Samantapaista ajattelua esiintyy Suomessakin.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on sekä EU että Saksan oikeuden osalta painotettu vanhojen asiakassuhteiden ja uusien asiakassuhteiden eroja. Puhtaasti taloudelliselta kannalta ero ei ole järkevä, koska uusi kilpailukykyisempi asiakas voi tehostaa kilpailua jatkomarkkinoilla vanhojen asiakkaiden tyytyessä elämään raaka-aineesta tai puolivalmisteesta määräävän yrityksen varjossa. Oikeusvarmuuden ja sopimusoikeuden kannalta erottelu on mielekäs, koska vanhoilla asiakkailla on olemassaolevan asiakassuhteen perusteella jonkin asteinen oikeus olettaa, ettei niitä ilman riittävää irtisanomisaikaa tai korvaavan tuotteen tarjoamista hylätä.

---

[3] Kriteerien epävarmuuteen ja yleisesti Saksassa omaksuttuun torjuvaan kantaan viittaa Markert. Ks. Markert III s. 299–301.

Viittaa myös ao. Saksan oikeutta käsittelevään jaksoon.

Ääritapauksissa toimitusvelvollisuus voisi johtaa taloudelliseen tehottomuuteen, jos yritys joutuu jakamaan tuotantonsa yhä useamman asiakkaan kesken. Tämä ongelma on tutkittavissa oikeusjärjestyksissä osin vastaamaton, koska kaikki periaatteessa suhtautuvat kielteisesti määrällisesti suljettuihin myyntijärjestelmiin. Kapasiteetin lisäämisvaadetta ei silti hevin voida pitää kilpailulainsäädännön mukaisena ja se saattaisi johtaa suunnitelmatalouden mukaiseen talousmalliin. Jonkun ulkopuolisenhan olisi ensin määriteltävä, miten paljon tuotetta oikein tarvitaan, ja sitten esitettävä vaade hallitsevalle yritykselle kapasiteetin lisäyksestä. Ajatus, että tämä tehtäisiin yksittäisten kanteiden perusteella on yhtä mahdoton, koska tällöin lisäysvaatimus voisi olla aivan liian pieni minimiskaalatuotannon tuotantoyksikkökokoon nähden.

Saksassa vaikuttaa toimitusvelvollisuudenkin osalta mahdollisuus vedota perusteltuun syyhyn. Lähtökohta on periaatteessa aina osapuolten intressien punninta ottaen huomioon lain kilpailu edistävän tarkoituksen. Täyttä varmuutta siitä, että tehotonta toimitusvelvollisuutta ei asetettaisi, ei tosin ole, mutta arvion kohdistamista enemmän kilpailuolosuhteisiin on pidettävä oikean suuntaisena realismina.

3. VÄÄRINKÄYTTÖ YRITYKSEN TOIMINNAN RAJAAJANA

3.1 Yleistä

Yritysten kannalta kyse ei ole väärinkäytöstä, vaan markkinatilanteen hyödyntämisestä. Tuottaessaan voittoa yritys ei omistajatahojensa kannalta voi toimia ”väärin”, vaan pikemminkin sen toiminta on heidän mielestään optimaalista. Omistajilla voi toki olla muitakin tavoitteita kuin voiton saaminen, mutta esim. hyväntekeväisyyteenkin suuntautunut yritys pyrkii tästäkin huolimatta normaalisti ansaitsemaan mahdollisimman hyvin. Jos muita rajoja ei ole, yritys valitsee tuotantotasonsa periaatteessa monopolituotannon mukaan. Kuluttajien kannalta tämä merkitsee tarjonnan vähentymistä siitä mitä se kilpaillussa tilanteessa olisi ja samalla tulonsiirtoa monopolille.

Markkinat pakottavat kilpailun kautta yrityksiä muuttamaan toimintaansa. Tällöin ei aina ole merkitystä sillä, onko kyse aktuaalisesta kilpailupaineesta vai potentiaalisesta kilpailusta. Jälkimmäisen merkitys riippuu kuitenkin arvioijan näkökulmasta, koska lyhyellä ajanjaksolla ei potentiaalisen kilpailun merkitys voi olla merkittävä (so. markkinoille tulo vie aikaa). Kuta pitempi aikaväli otetaan tarkastelun kohteeksi sitä todennäköisemmin yrityksen asema markkinoilla rapautuu. Kilpailupoliittisesti eräs merkittävä ongelma piilee juuri ajan merkityksessä. Jos markkinoille pääsyn esteet ja potentiaalisen tms. kilpailun merkitys otetaan yksinomaiseksi lähtökohdaksi, voisi tutkimuksen kohteeksi joutunut yritys pyrkiä puolustautumaan sillä, etteivät viranomaiset ole riittävästi huomioineet

tulevaa kehitystä, tai että he ovat yleensä kohdistaneet arviointinsa liian lyhyeen ajanjaksoon. Viranomaisten asiaan puuttumisellehan ei ole mitään tarvetta, jos markkinat korjaavat asian tulevaisuudessa. Toisaalta kilpailuviranomaiset eivät voi odottaa hamaan tulevaisuuteen nähdäkseen muuttuvatko markkinat. Ongelma korostuu niiden kilpailukeinojen osalta, jotka ovat ”markkinoilletulosignaaleja”. Varsinkin ”jo tapahtuneiden” väärinkäytöksien osalta viranomaisilla on lisäksi lakiin perustuva velvollisuus reagoida. Lainsäätäjän kannalta kyse on mahdollisista virhesignaaleista, joita voi syntyä viranomaisten puuttuessa liian innokkaasti sellaisiin ”väärinkäytöksiin”, jotka vain toisivat lisää kilpailua alalle.

Väärinkäyttökontrolli suuntautuu jo tapahtuneisiin tai vielä jatkuviin menettelytapoihin, joita pidetään markkinoiden kannalta haitallisina. Tähän lähtökohtaan ei vaikuta se, että jokin menettelytapa voi olla laintasolla suoraan kielletty. Käytännössä on todettava väärinkäytön tapahtuneen ennen kuin yritykset voivat olla varmoja mitkä keinot ovat kiellettyjä. Ainoastaan oikeuskäytännössä tai laissa olevissa esimerkeissä mainitut menettelytavat voivat olla selkeämmin kiellettyjä, mutta sen paremmin Saksan, Suomen kuin EU:nkaan kilpailunormeja on vaikea pitää minään ”per se” -periaatetta ilmentävinä säädöksinä. Viranomaisten tai kilpailijoiden reaktion menestymismahdollisuus on sidottu markkinatilanteeseen, joten oikeusvarmuuden edellyttämä ennustettavuus on tämänkin takia varsin rajallisesti mahdollista.

Väärinkäyttökontrollin perustarkoituksena on rajoittaa hallitsevan yrityksen toiminnan vapautta, jos markkinat eivät sitä tee. Päätavoitteena tulisi olla kilpailunomaisten olosuhteiden luominen sekä kilpailuautomatiikan palauttaminen markkinoille. Edellisessä tilanteessa keinona voi olla myös säätely esim. luomalla monopolille kannustimia toimia mahdollisimman tehokkaasti. Jälkimmäinen keino on lähinnä markkinoille pääsyn esteiden alentaminen, jolloin hallitseva yritys joutuu toimimaan suuremman kilpailupaineen alaisena (riippumatta siitä aktualisoituuko markkinoille tulo vai ei).

Kontrollissa voi olla piirteitä toisten yritysten suojelemisestakin esim. vahingonkorvausmahdollisuuden kautta, mutta tämäkin on tarkoitettu lähinnä muiden sanktioiden tehosteeksi ”väärin” toiminutta yritystä vastaan. Periaatteessa kontrollin tulisi olla sidoksissa kilpailun käsitteeseen ja jokaisen ratkaisun siten luoda tehokkaammin toimivat markkinat. Ratkaisut perustuvat luonnollisesti lainsäätäjän ja oikeuskäytännön kantaan siitä, mikä on väärinkäyttöä. Niissä ei normaalisti pohdita päätöksen vaikutusta tulevaan kilpailuun, vaan rikosoikeuden tavoin ”rangaistaan” oletetut käytössäännöt rikkonutta yritystä. Lainsäätäjä ottaa toki kantaa siihen, mihin lainsäädännöllä pyritään, mutta tällöin tehokkaan kilpailun tavoite jää helposti esitöiden lausumien varaan ja pitkälti vaille merkitystä ratkaisutoiminnan kannalta.

Pyrin edellä käsiteltyjen lainsäädäntöjaksojen valossa lähestymään kysymystä markkinavaikutuksen valossa eri kilpailukeinot huomioiden. Näkökulman pohjana on markkinoille pääsyn esteitä korostava teoria, koska se on mielestäni dynaamisimpia markkinoiden toimintaa arvioivista teorioista. Tältä pohjalta eräs lähes-

tymistapa on se annetaanko kilpailulainsäädännön kautta vääriä signaaleja markkinoille. Markkinoille tulon kannustimia ei pitäisi ratkaisujen avulla vähentää, vaan kohdistaa viranomaistoiminta niille pääsyn esteiden vähentämiseen. Ajattelutavalla on merkitystä esim. hintojen ja mainontaan puuttumisen osalta.

Luonnollisia ja oikeudellisia monopoleja tai näitä läheneviä tilanteita joudutaan arvioimaan hieman eri perustein kuin muita määräävän aseman tilanteita. Baumol'n tavoin voidaan toki olettaa näiden joutuvan toimimaan, kuten kilpailluilla markkinoilla, jos substituuttien tai potentiaalisen kilpailun taholta niihin kohdistuu riittävästi painetta. Tämän arviointi voi olla käytännössä vaikeaa, koska esim. tuotteesta peritty ylihinta viittaa lähinnä paineen vähäisyyteen. Jos markkinoille tulo ei lainsäädännöllisten esteiden tai yrityskokoon perustuvien vaatimusten takia ole mahdollista, ei niille tulon esteiden purkamisella ole tavanomaisessa mielessä merkitystä. Teoria ei käsittääkseni suoranaisesti tunne ”potentiaalisen kilpailun esteitä”, vaikkakin kyse voi olla lähinnä käsite-erosta. Mitä lähempänä potentiaalinen kilpailu on ”todellista” kilpailua sitä helpommin voidaan normaaleja markkinoille tulon esteitä soveltaa. Asia palautuu tältä osin markkinoiden määrittelyyn.

Markkinoiden historiallinen kehitys saattaa vaikuttaa arviointiimme. Etulyöntiasemaan päässyt yritys pyrkii yleensä sekä turvaamaan että vahvistamaan tätä asemaa. Toisaalta kyse voi olla lähinnä siitä, että se on valikoitunut muita parempien ratkaisujen takia. Jacquemin'n dominoivan aseman luomisprosessia koskevaa kaaviota lainatakseni tulisi prosessin kautta syntynyt muita parempi asema erottaa pyrkimyksistä ylläpitää tätä asemaa. Puuttuminen pitää pystyä rajoittamaan markkinoille pääsyn esteisiin tässä vaiheessa eikä markkinoiden luonnolliseen kehitykseen kuuluvaan valintaprosessiin. Puuttumalla jälkimmäiseen poistaisimme lähinnä todellisen kilpailun vaikuttimia emmekä niinkään kilpailunrajoituksia. Markkinaprosessi ei toisaalta pysähdy mihinkään, joten aseman ylläpito saattaa olla vain osoitus yrityksen muita tehokkaammista ratkaisuista ja se tulisi jälleen jättää rauhaan.[4]

3.2 Miten suhtautua eri kilpailukeinoihin?

Tutkimuksessa ei tavoitella kaiken kattavaa kuvausta eri kilpailukeinoista, koska yritysten tavat toimia markkinoilla muuttuvat ja keinoja voidaan yhdistää esim. tehokkaampien markkinoille tulon esteiden luomiseksi. Käsittelyjärjestyksessä pyrin noudattamaan kilpailukeinojen tärkeysjärjestystä siten kuin se yleensä taloustieteessä oletetaan. Tärkeimpiä ovat suoraan markkinoihin vaikuttavat menettelytavat, kuten hinnat ja mainonta jne. Tällöin tutkimuksen kohteena on mark-

[4] Jacquemin kuvaaman prosessin osalta ks. markkinoille tulon esteitä koskeva jakso luvussa II sekä Jacquemin s. 123.

kinakäyttäytymisen merkitys siinä mielessä, kuin sitä yleensä kilpailuoikeudessa lähestytään. Markkinoiden rakenteiden osalta tutkimuksessa ei puututa varsinaisiin yrityskauppoihin tms., mutta esim. kapasiteetin kasvattamiseen liittyvät ongelmat otetaan esille.

Lähtökohtana ovat edellä tutkitut oikeusjärjestelmät eli pyrin tarkastelemaan miten eri oikeusjärjestelmissä lähestytään väärinkäyttöä juuri markkinoille pääsyn esteiden kannalta.

3.2.1 Hinnat

Hintaa pidetään yrityksen kannalta ratkaisevana tekijänä. Sen pohjalta tehdään päätös tuotannon aloittamisesta, jatkamisesta tai lopettamisesta. Mitä korkeampi hinta on sitä suurempi intressi ulkopuolisilla yrityksillä on tulla markkinoille. Tältä osin monopolin tai oligopolin korkea hintataso toimii lähinnä houkuttimena ulkopuolisille, jos markkinoita hallitsevilla yrityksillä ei ole keinoja estää markkinoille pääsyä. Ylihintoihin puuttuminen on tässä valossa järkevää vain, jos yrityksellä on niin suojattu asema, ettei markkinoille pääsy ole mahdollista tai lyhytkestoiseksi oletetusta kohtuuttomasta hinnoittelusta aiheutuu merkittäviä taloudellisia ongelmia kuluttajille. Jälkimmäinen tilanne ei voi olla relevantti kuin tärkeimpien hyödykkeiden (esim. sähkö, tietyt ruokatarvikkeet ja polttonesteet) osalta.

Markkinoille pääsyn estämiseksi hinta olisi asetettava sellaiselle tasolle, ettei markkinoille tulo kannata (nk. limit pricing). Kuten talousteoriassa on huomautettu, vaatii tämä yleensä muita markkinoille pääsyn esteitä. Esteiden puuttuessa lopputuloksena olisi ilman kilpailijoiden markkinoille tuloa kilpailtu hintataso potentiaalisen kilpailun vaikutuksen takia (so. koeteltavat markkinat). Esteenä voi tosin toimia jo sekin, etteivät muut välttämättä tiedä, onko yritysten perimä hinta kilpailtua hintatasoa korkeampi vai ei. Tällöin voidaan kuitenkin argumentoida vallitsevan hinnan olevan kilpailtu hinta, koska se on syntynyt potentiaalisen kilpailun paineen kautta. Hinnoittelun mahdollisuus on lisäksi sidottu skaalatuotantoon. Kuta suurempi skaalatuotannon etu on (so. suboptimaalinen tuotanto ei kannata) ja mitä suurempaa yksikkökokoa vaaditaan, sitä helpompaa – ainakin teoriassa – limit pricing on. Toinen, selvemmin kilpailun vastainen keino vaikuttaa markkinoille tuloon, on saalistushinnoittelu. Siinä hinta lasketaan hetkellisesti alle kustannustason, jotta kilpailijat poistuisivat markkinoilta. Myöhemmin saalistuksen kustannukset katetaan monopolihinnoilla.

Kilpailuviranomaiset puuttuvat hintoihin tietynasteisella viiveellä. Sen paremmin lievään yli- kuin saalistushinnoitteluunkaan ei yleensä haluta kajota, koska tämä johtaisi yritysten jatkuvaan markkinatalouden vastaiseen kontrolliin. Lisäksi tämä edellyttäisi selvää näyttöä kilpaillusta hinnasta, eikä mikään käytetyistä malleista (erilaiset vertailumarkkinat) anna riittävän selkeää tietoa oikeudellisen arvion pohjaksi. Toisaalta varsinkin huomattava ylihinnoittelu toimii selkeänä signaalina markkinoille tulolle eikä tähän sellaisenaan tulisi puuttua. Ongelma on tältä osin se, kuinka kauan kilpailuviranomaiset ja markkinat voivat odottaa teorian

mukaista markkinoille tuloa. Viranomaisten pitäisi lisäksi selvittää minkälaisia markkinoille tulon esteitä on ja sovittaa reagointinsa näiden mukaan.

Saalistushinnoittelu voi toimia hyvin tehokkaana strategisena markkinoille pääsyn esteenä, jos yritys pystyy luomaan sellaisen vaikutelman, että se reagoi markkinoille tulijoihin tällä tavoin. Menettely on järkevää vain, jos siihen käytetyt varat voidaan myöhemmin saada takaisin. Asiaan puuttumista voidaan pitää kilpailupoliittisesti järkevänä vain harvoin, koska yleensä saalistushinnoittelun määrittäminen on vaikeaa. Käytännössä tämä edellyttää tietoja yrityksen kustannus- ja markkinoiden rakenteesta tms., koska haitallisena ei voida pitää pienin kustannuksin toimivan yrityksen kilpailun paineen alla mahdollisimman alas painamaa hintaa. Mitä suuremmasta ja useampia toimialoja kattavammasta yrityksestä on kyse, sitä hankalampi tuotekohtaisten kustannusten selvittäminen on. Käytännössä tämä johtaa tietynlaisen ”suojavyöhykkeen” hyväksymiseen eli kilpailuviranomaiset vähentävät laskemistaan kustannuksista jonkin suuruisen arviointivirhemarginaalin. Vasta näin saatujen kustannusten alittavaa hintaa pidetään kilpailun vastaisena.

Sekä Saksan että EU:n oikeudessa saalistushinnoitteluun voidaan puuttua, jottei markkinoille pääsyä haitata tai niillä jo toimivia yrityksiä pakoteta lopettamaan toimintaansa. Tässä mielessä näissä järjestelmissä seurataan markkinoille pääsyn esteiden teoriaa. Ylihinnoittelun osalta puuttumisperuste on pikemmin yritysten hyötyminen kuluttajien kustannuksella kuin kilpailijoiden aseman parantaminen, mutta tätäkin kautta jälkimmäisten asemaa voitaisiin parantaa. Käytännössä tämä on lähes mahdotonta, koska kilpailtu hintataso ei ole tiedossa, ja niissä tilanteissa, joissa yritys todella perii kuluttajien kannalta kohtuutonta hintaa lienee lähes aina muita markkinoille tulon esteitä kuin hinta. Saksassa vuonna 1999 voimaan tullutta lainmuutosta, jolla pyritään kieltämään alle hankintakustannusten myyminen, on pidettävä virheellisenä ratkaisuna. Hinnoitteluun puuttuminen silloin, kun mitään näyttöä ei edes odoteta esitettävän saalistustarkoituksesta tai mahdollisuudesta kerätä kustannukset takaisin monopolivoittojen avulla, johtaa vain hintatason jäykistymiseen kuluttajien etujen vastaisesti.

Saksan oikeudessa omaksuttua linjaa kustannusten alittavien hintojen kieltämisestä niiden haitatessa pk-yritysten toimintaa on pidettävä erittäin vaarallisena. Jos mitään saalistushinnoitteluun liittyviä piirteitä ei ole, on itse asiassa kyse normaalista kilpailusta. Vaarana on kuluttajien kannalta edullisten sisäänvetotarjousten poistuminen ja hintatason yleinen kohoaminen. Asiaa koskeva lain kohta GWB 20 § 4 Abs. on kieltonormi, joten se saattaa vaikuttaa myös ennaltaehkäisevästi. Yritysten varoessa joutumista kilpailuoikeudellisen prosessin kohteeksi ne todennäköisesti välttävät hintojen laskemista mahdollisimman alas.

Hintadiskriminointiin puuttumistakaan ei voida pitää itsestään selvyytenä. Se että määräävässä asemassa oleva yritys pystyy segmentoimaan omat markkinansa osoittaa ulkopuolisellekin tämän olevan mahdollista. ”Kerman kuoriminen” on eräs tavanomaisimpia markkinoille tulon syitä, jolloin hintaerojen pitäisi lähinnä kannustaa uusia yrittäjiä. Saksan oikeuden kantaa tuomita pieniin ja keskisuuriin

yrityksiin kohdistunut diskriminointi on pidettävä tässä mielessä sangen epäonnistuneena. Vastaavaa ongelmaa esiintyy Suomessa korostuneen tasapuolisuusvelvollisuuden kautta. Varsinkin oligopolitilanteissa on pelättävissä hintatason jäykistyvän entisestään pyrittäessä estämään hintatason vaihtelua. Diskriminointiin puuttuminen on perusteltua niissä tapauksissa, joissa markkinoille pääsy on joko lainsäädännöllisesti tai tosiasiallisesti estynyt. Tällöin yritys voi pyrkiä keräämään monopolivoittoja ja ongelma kiertyy tähän kysymykseen. Diskriminointiin tulisi reagoida myös silloin, jos on olemassa todellinen vaara markkinavoiman ulottamisesta seuraavalle markkinatasolle (eli diskriminointia käytetään rankaisemis/palkitsemiskeinona).

3.2.2 Sopimusehdot

Sopimusehtojen arviointi sekä kilpailunrajoituksina että markkinoille pääsyn esteinä on huomattavasti perittyä hintaa hankalampaa. Ehdot voivat olla yritysten itsensäkin kannalta osittain toissijaisia. Lisäksi yksittäinen sopimusehto on vain osa sopimusta eikä sen kilpailua rajoittavaa merkitystäkään voida aina arvioida erillään tästä kokonaisuudesta.

Sopimusehdon tarkoitus voi olla sekä markkinoille tulon estäminen että yrityksen normaalin toiminnan turvaaminen. Tuotetta ei kannata valmistaa, jos sitä ei mene riittävästi kaupaksi, eikä jokaista mahdollista merkkiä edustava jälleenmyyjä pysty takaamaan riittävää menekkiä. Tätäkin lähtökohtaa pitäisi verrata kilpailtuun tilanteeseen, eli saisivatko kuluttajat lopulta suurimman hyödyn, jos raa'an kilpailun seurauksena osa valmistajista joutuisi lopettamaan tuotannon riittävien jälleenmyyntikanavien puuttuessa. Katsantokannasta riippuen täysin vapaata kilpailua ja erilaisten jälleenmyyjiä koskevien rajoitusten salliminen voi olla yhtä perusteltua. Kilpailu johtaisi todennäköisesti halvempiin tuotteisiin, mutta pienempään laatu- ja mallivalikoimaan. Kilpailupoliittisesti ratkaisu riippuu tältä osin siitä kumpaa preferoidaan.

Sopimusehtojen osaltakin on huomioitava sopimusvapauden merkitys. Kilpailuoikeuden perusteella ei siten saa puuttua kuin selkeästi valitun kilpailupoliittisen linjan vastaiseen menettelyyn ja muut ehdot on sallittava.

Sopimusehtoa voidaan käyttää markkinoille pääsyn esteenä esim. erilaisten "english-clause" tapaisten järjestelyjen avulla. Näissä tapauksissa yritys pyrkii saamaan tuotteen ostajilta tms. tiedon kilpailijoiden hintatasosta, johon se sitten voi halutessaan vastata. Markkinoille pääsyn esteiden kannalta tällainen ehto poistaa täysin teoreettisenkin mahdollisuuden "hit and run" toiminnasta. Käytännöllisempi vaikutus on markkinoiden transparenssin täydellinen kumoutuminen määräävässä asemassa olevan yrityksen hyväksi. Se saa tietoja kilpailijoiden toiminnasta, mutta nämä eivät saa vastaavia tietoja sen toiminnasta.

Yksittäisellä sopimusehdolla voidaan estää markkinoille tuloa tekemällä uuden yrityksen puoleen kääntyminen omalle ostajalle tai myyjälle kannattamattomaksi. Tyyppiesimerkki on keskittämisalennus, joka myönnetään vain, jos joko kaikki tai

vähintään tietyn prosenttimäärän kattava osuus ostoista keskitetään yhteen yritykseen. Jälkimmäisessä tapauksessa vaikutus on kilpailun kannalta jokseenkin sama, ellei kyse ole varsin pienestä prosenttiluvusta. Rajan arviointi on tältä osin vaikeaa, mutta luvun tulisi olla selvästi alle 50 % ennen kuin kilpailuvaikutusta voidaan pitää vähäisenä. Markkinoilla voi näissä tapauksissa periaatteessa toimia muita yrityksiä ja markkinoille tulokin on näiden yritysten keskuuteen mahdollista. Tosiasiassa dominoiva yritys on ”linnoittanut” oman asemansa ja siihen kohdistuva kilpailu on pitkälti näennäistä.

3.2.3 Myyntijärjestelmät

Läheisessä yhteydessä erilaisten sopimusehtojen kanssa ovat yrityksen käyttämät myyntijärjestelmät. Yksittäisistä sopimusehdoista nämä eroavat lähinnä suuremman vaarallisuutensa takia. Tiettyä sopimusehtoa ei välttämättä noudateta kaikissa sopimuksissa, eikä yksittäisen sopimusehdon kautta yleensä sidota ostajaa / myyjää yhtä tiukasti kuin esim. erilaisissa yksinoikeusjärjestelmissä tapahtuu. Myyntijärjestelmien vaarallisuus kilpailun kannalta on erityisesti siinä, että laaja järjestelmä voi muodostaa jokseenkin totaalisen esteen markkinoille tulolle. Markkinoilla jo toimivien yritysten kanssa kilpailevan järjestelmän luominen vaatii huomattavia pääomia eikä onnistumista voida pitää varmana.

Myyntijärjestelmien merkitystä markkinoille pääsyn esteinä voidaan pienentää vaatimalla järjestelmien pitämistä mahdollisimman avoimina. Eri osapuolille asetettavat velvoitteet eivät saisi estää kilpailijoidenkin tuotteilla käytävää kauppaa. Mitä tiukemmin yritykset hallitsevat markkinoita esim. vertikaalisen integraation kautta sitä hankalampaa markkinoiden avoimena pitäminen on. Tällöin voitaisiin eräänä vaihtoehtona pitää myyntijärjestelmän kieltämistä kokonaan, mutta kuluttajille tuotteiden saatavuuden vaihteluista, hintaeroista, palvelutason huonontumisesta tms. aiheutuva haitta voisi ylittää oletetun kilpailulle koituvan hyödyn. Mikäli eri merkkien välillä on riittävästi kilpailua eikä monopolisoituminen ole uhkana, ei keinotekoista markkinoille pääsyn esteiden purkamista voida pitää kilpailupoliittisesti järkevänä. Ongelmia voi toki aiheuttaa se kuinka pitkään aikaväliin arviointi tulisi kohdistaa.

Saksan oikeudessa myyntijärjestelmiin voidaan puuttua sekä GWB 16 §:n että määräävän aseman väärinkäyttönormien kautta (GWB 19 ja 20 §:t). Edellinen vaihtoehto on jäänyt EU-oikeudellisen sääntelyn varjoon eikä sitä juuri käytetä. Määräävän aseman väärinkäyttötapauksissa on tyypillisesti kysymys myynnistä kieltäytymisestä eli tavanomaisimmin juuri markkinoille pääsyn esteiden luomisesta. Puuttumiskynnys voi pk-yritysten eduksi olla varsin alhainen, jos tällainen yritys on riippuvainen tietystä tuotteesta tai tuoteryhmästä. GWB 20 § perusteella yritys voi vaatia siihen kohdistetun myyntikiellon lopettamista, eli käytännössä sen hyväksymistä järjestelmään, vaikka tuotteen valmistaja tai myyjä ei olisi hallitsevassa markkina-asemassa. Mahdollisuus toki helpottaa kilpailijoiden määrän lisäämistä markkinoilla, mutta voi olla osin kilpailun perusidean vastainen. Tarkoi-

tus ei voi olla lisätä määrättömiin pk-yrityksiä, jos jakelu voidaan hoitaa tehokkaammin suurten tavaratalojen tms. kautta.

Suomen lähestymistapa muistuttaa EU-oikeudellista järjestelyä. Meillä korostetaan tasapuolisuusvaatimusta sekä järjestelmään hyväksymisen ehtojen objektiivisuutta. Lukumäärään perustuvia rajoituksia ei ole laajemmin pohdittu, vaikka rajatuilla markkinoilla ei mitenkään voi toimia kovin suuri määrä yrityksiä. Saksalaista mallia vastaavan perustellun syyn käyttäminen voisi olla Suomessakin keino pyrkiä tasapuolisempaan ja enemmän kilpailupainotteiseen arviointiin myyntijärjestelmien hyväksymisehtojen osalta.

EU-oikeudessa lähtökohtana on ollut määräaikaisen poikkeusluvan myöntäminen ko. järjestelyille pitkälti ryhmäpoikkeusasetusten kautta. Ajatuksena on ollut uusien tuotteiden ja yritysten markkinoille tulon helpottaminen. Tätä mallia voidaan normaalin yritystoiminnan kannalta kritisoida. Tuotteiden jatkuvasti muuttuessa jokaista järjestelyä voidaan perustella uusilla tuotteilla ja vanhankin järjestelyn jatkaminen on yleensä helppoa. Hallitseva yritys jää yleensä poikkeuslupajärjestelyjen ulkopuolelle ja siihen kohdistuu muita suurempi tasapuolisuusvaatimus.

3.2.4 Tuotteet ja tuotevalikoimat

Sinänsä ristiriitaiselta vaikuttaa se ajatus, että yrityksen tuote voi vaikuttaa markkinoille pääsyyn. Varsinkin puolivalmisteiden ja raaka-aineiden osalta tämä on mahdollista, jos yrityksen hallinnassa on riittävän laaja osa näiden tuotannosta. Ilman yrityksen myötävaikutusta ei sen kanssa alemmalla markkinoiden portaalla kilpailevalla ole toimintamahdollisuuksia. Jos hyväksytään ajatus siitä, että tukkukaupan tai kauppaketjujen myyntitoiminta on itsenäinen palvelu, voi tämän toiminnan keskittyminen johtaa markkinoille tulon esteisiin eri tavaran toimittajien kannalta.[5]

Yksittäistä tuotetta herkemmin markkinoille pääsyn esteenä voidaan käyttää riittävän kattavaa tuotevalikoimaa. Mitä täydellisemmin tietty markkinasegmentti saadaan täytettyä sitä hankalampaa voi markkinoille tulo olla, jos se vaatisi vastaavan valikoiman luomista. Tietynlainen ”nurkan” valtaaminen voi toki olla mahdollista, jos joko halvan massatuotteen tai luksustuotteen myyminen olisi kannattavaa.

Saksan oikeudessa tuotteiden saatavuuden muodostamaa ongelmaa on lähestytty lähinnä GWB 20 §:n ja sen riippuvuutta koskevien normien kautta. Riippuvaisessa asemassa olevalle yritykselle on pyritty takaamaan mahdollisuus saada tuotetta markkinoilta joko yhdeltä tai useammalta johtavalta yritykseltä. Lähtö-

[5] Käytän tässä yhteydessä tarkoituksella termiä ”tuotteet ja tuotevalikoima”, koska yrityksen kilpailukeinona on näiden kehittäminen oman tuloksen parantamiseksi. Tämä ei poissulje sitä, etteikö yritys samalla pyrkisi muiden toiminnan haittaamiseen.

kohta on ollut taloudellisesti järkevä, koska yleensä on huomioitu yrityksen tarve saada myyntiin tietty tuotevalikoima. Pykälän ongelmana on mielestäni lähinnä se, että sen soveltaminen perustuu pääosin yksittäisiin kanteisiin, jolloin varsinaista linjausta markkinoille pääsyn esteisiin ei laajemmalla tasolla voida tehdä. Liiallinen painotus yksittäisratkaisuihin voi lisäksi johtaa siihen, ettei toiminnan merkitystä arvioida markkinoiden kannalta yleensä, vaan ainoastaan suhteessa yksittäistapaukseen. Tällöin voidaan liukua pikemmin sosiaalisen pk-yrityssuojan kuin markkinoiden toiminnan turvaamisen puolelle.

Saksassa on pyritty erottamaan toisistaan vanhojen asiakkaiden ahdistaminen pois markkinoilta tai niiden muu diskriminoiva kohtelu ja uusien markkinoille pyrkivien yritysten toiminnan haittaaminen. Jälkimmäisessä tilanteessa toimitusvelvollisuus edellyttää jonkinasteista näyttöä yrityksen kykenevän toimimaan tuotteen jälleenmyyjänä tms. Vanhan asiakassuhteen kautta saatua informaatiotahan ei tältä osin ole.

Ostajan määräävää asemaa on Saksassa lähestytty juuri kauppaketjujen vaikutusvallan kautta, mutta lopputulos on jäänyt osin avoimeksi. Tilanteeseen puuttumista on pyritty perustelemaan tarpeella säilyttää muitakin kuin suuria tavarataloja tms. markkinoilla. Tämä kilpailun ajatuksen kanssa ristiriitainen päämäärä on johtanut perusteltuihin epäilyihin asiaan puuttumisen järkevyydestä.

Suomessa kauppaketjujen määräysvalta suhteessa pieniin valmistajiin on liki täydellisesti sivuutettu. Muutoinkin ostajan määräävä asema on tarkastelun kohteena lähinnä julkisten hankintojen kautta.[6]

EU-oikeudessa merkittävimpiä yksittäisen tuotteen merkitystä koskevia ratkaisuja ovat olleet Commercial Solvents ja Napier Brown / British Sugar -tapaukset. Näissä tapauksissa on ollut kyse pikemmin kilpailijan ahdistamisesta pois markkinoilta kuin pääsyn esteiden luomisesta. Välillisesti voidaan ajatella kilpailijoiden poissulkemismenettelyn sallimisen johtavan siihen, ettei markkinoille tulokaan vaikuta mahdolliselta. Raaka-aineen tai valmistusprosessin hallinta, jos kilpailevia vaihtoehtoja ei ole käytännössä estää markkinoille tulon ennen kilpailevien tuotteiden / järjestelmien luomista. Vähemmän esillä oleva kysymys on ollut, onko uudellakin asiakkaalla samat oikeudet kuin vanhoilla asiakkailla. Peruslähtökohtana on tällöinkin se, ettei mikään tuote voi riittää kaikille. Saksan kaltaista tuoteryhmäriippuvuus-ajattelua ei käytetä.

3.2.5 Mainonta ja muu markkinointi

Mainonta on kilpailukeinona jäänyt lähinnä taloustieteen pohdintojen varaan. Sen vaikutukset ovat ylipäätään vaikeasti arvioitavissa ja kytkeytyvät markkinoiden rakenteeseen sekä yrityksen muuhun toimintaan. Markkinoille pääsyn esteenä

[6] Julkiset hankinnat ja niitä koskeva lainsäädäntö on jätetty tutkimuksen ulkopuolelle. Kysymystä ei tässäkään tarkastella lähemmin.

mainonta toiminee lähinnä lisäkeinona ja välillisenä, osittain ”ennaltaehkäisevänä” menetelmänä. Pyrkijä joutuu pohtimaan markkinoille tulon vaatimia mainonnan uponneita kustannuksia. Toisaalta tuotedifferoinnin ja tuotekehittelyn menestyksen edellytyksenä on mahdollisuus markkinoida uusia tai erilaisia tuotteita kuluttajille. Tämä ei ole mahdollista ilman erilaisia markkinointikeinoja. Mainonnan vaikutus ei siten ole yksinomaan haitallinen, koska kuluttajat saavat tätä kautta tarvitsemaansa informaatiota. Harvat markkinointikeinot tukevat yksinomaan niitä käyttäviä yrityksiä, vaan ne vaikuttavat samalla tuotteen kokonaiskysyntää lisäävästi. Kielletyn / sallitun rajanveto on siten äärimmäisen hankalaa.

Markkinoille pääsyn esteenä eri markkinointikeinot voivat toimia lähinnä silloin, kun tulija joutuisi sijoittamaan suhteessa enemmän kustannuksia omaan markkinointiinsa kuin hallitseva yritys. Mainonnalla voi olla ”saalistava” vaikutus, jos kuluttajat siirtyvät / sitoutuvat hallitsevan yrityksen tuotteisiin ja tulijan mahdollisuudet vastaavasti huonontuvat. Toisaalta mainonta on harvoin sellaista, etteikö tulija voisi käyttää samoja keinoja.

Tutkimuksen kohteena olevissa järjestelmissä ei ole säädöstasolla suoria mainontaan liittyviä kieltoja, joilla olisi tarkoitus puuttua niiden kautta luotaviin kilpailunrajoituksiin. Olemassa olevat säädökset pyrkivät lähinnä sopimattomien kilpailukeinojen karsimiseen, vaikka tätä kautta syntyvät vaikutukset kilpailuun toki mielletään. Esimerkkinä jossain määrin ongelmallisesta puuttumisesta tähän kilpailukeinoon on saksalainen malli, jossa vertaileva mainonta on käytännössä lähes kielletty.

Säädöstason suoran maininnan puuttuminen ei estä yleisnormien soveltamista mainontaan. Puuttumista pitäisin perusteltuna, jos samalla puututaan yrityksen käyttämiin hintoihin markkinoiden valtaukseen tähtäävissä alihinnoittelutapauksissa. Mainonta on keino levittää tietoa paitsi edullisesta hinnasta myös luoda tällainen mielikuva. Hinnan korottaminen ei auta, jos yritys edelleen saa suurempien voimavarojensa turvin mainostaa itseään, ja ostajille siten jää kuva sen tuotteiden jatkuvasta edullisuudesta muihin verrattuna, vaikka tämä ei enää kilpailuviranomaisten reaktion jälkeen pidä paikkaansa. Ratkaisuna voisi olla esim. aggressiivisen, omaa edullisuutta yleensä korostavan mainonnan kieltäminen määräajaksi (pitempi kielto todennäköisesti aiheuttaa enemmän haittaa kuin hyötyä kilpailulle).

Oligopolin kohtelu voi aiheuttaa erityisongelmia, koska tässä markkinamuodossa kilpailu siirtyy juuri markkinointiin sekä erilaisiin oheistuotteisiin. Oligopoliyrittäjälle on erittäin tärkeää luoda mielikuva tuotteesta, joka on vähintään yhtä hyvä kuin kilpaileva merkki. Mitä suurempi merkin arvo on yritykselle sitä enemmän mainontaan tms. täytyy panostaa. Markkinoille pääsyn kannalta oligopoliyritysten kokonaismainonta luo kuitenkin selkeän esteen. Uuden merkin sisäänajo on näissä tilanteissa erittäin kallista ja aikaa vievää. Arvioinnissa on tosin huomioitava merkkien ”elinkaarikin”, koska tietty tuotemerkki voi ”kulua” ja tällöin yrityksen on luotava vähintään uusi merkki tai toisinaan jopa hieman erilainen tuote. Samanaikaisesti markkinoilla voi olla vanhempia tuotteita,

joiden kysyntä on riittävän vakiintunutta. Katsoisin jäätelömarkkinoiden olevan tämän kaltaisia, joissa hieman tuotteen makua muuttamalla ja uuden nimen avulla pyritään saamaan omalle tuotteelle kysyntää. Samalla taustalla on tietyn valmistajan nimeen kohdistuvaa markkinointia, jossa vakuutetaan valmistajan kaikkien tuotteiden olevan yhtä hyviä. Valiokin on vaihtanut jäätelötuuttiensa makuja, mutta se markkinoi niitä kaikkia ”pingviini”-tunnuksellaan. Tällaisille markkinoille tulo vaatisi suuria investointeja oman tuoteperheen luomiseen ja markkinoimiseen eikä pyrkijä voi todennäköisesti olettaa lyhyellä tähtäimellä uhkaavansa Valion tai Ingman’n asemaa, vaikka sen käytössä olisi riittävästi pääomaa. Kilpailuoikeudellisesti Valion jne. markkinointi on osa näiden valmistajien keskinäistä kilpailua, jonka estäminen uuden tulokkaan hyväksi olisi ei-hyväksyttävää markkinoiden manipulointia.

3.2.6 Eri keinojen yhteisvaikutus

Kilpailutekijöitä ei käytetä vain yhtä kerrallaan, vaan yrityksen kannalta kyse on kokonaisesta markkinointistrategiasta. Tämä strategia voi olla suunnattu lähinnä asiakkaiden houkuttelemiseen, mutta sivutarkoituksena (tai vaikutuksena) on usein markkinoiden pitäminen mahdollisimman suljettuina. Em. päämäärä voi olla toiminnan päätarkoituskin.

Yritys voi mm. mainonnan ja sopivan tuotteen avulla luoda mielikuvan ”ainutkertaisesta” tuotteesta. Tätä tukemaan voidaan rakentaa mahdollisimman suljettu myyntijärjestelmä, jotta tuotteen markkina-arvo ei laskisi. Eri tekijöiden tuloksena voi olla liki monopoliomainen tai oligopolin markkinajohtajan asema. Yhteisvaikutus on säännönmukaisesti suurempi kuin yksittäisen menettelytavan, joten markkinoille tuloa (muiden päämäärien ohessa) estämään pyrkivä yritys joutuu ottamaan kaikki edellä käsitellyt tekijät huomioon toimintalinjaansa valitessaan. Kilpailuoikeuden kannalta on sinänsä merkityksetöntä, miten yritys sisäisessä päätöksenteossaan päätyy tiettyyn keinovalikoimaan. Kilpailuoikeudellisesti ei siis tarvitse välittää siitä, lähteekö yritys esim. hinnasta ja rakentaa tämän ympärille ”tuotepaketin” vai asetetaanko hintataso vasta viimeisenä tekijänä. Kilpailuoikeudellisesti tärkeää olisi havaita mikä käytetyistä tekijöistä on markkinoille pääsyn kannalta haitallisin ja pyrkiä kohdentamaan toimenpiteet juuri tähän. Kaikkien tekijöiden kontrolloiminen ei ole mahdollista eikä edes suotavaa, koska se johtaisi kohteena olevan yrityksen koko toiminnan kontrolliin.

Ongelmaksi muodostuu mitä keinoja kulloinkin tulisi käyttää. Niiden tulisi olla tehokkaita. Esim. mainonnan rajoittaminen ei välttämättä mitenkään haittaa markkinoilla toimivia yrityksiä, jos sama haitta kohdistuisi tulijaankin. Toisaalta on käytännössä hankalaa lähteä määrittämään minkälaisia mainostasoja jo toimivat ja uudet kilpailijat saisivat milloinkin käyttää. Mikäli samalla pitäisi määrätä jokin hintataso tai rajata kapasiteettiä, joudumme yhä hankalampaan yhtälöön viranomaisten kannalta. Lainsäädöksiin otetut esimerkkiluettelot ovat mielestäni eräs osoitus siitä, että lainsäätäjäkin on todennut tämän hankaluuden. Niissä ei

mennä kovin yksityiskohtaiselle tasolle ja lopputuloksena on käytännön kautta ollut lähinnä selkeimpiin esteisiin puuttuminen (kuten selkeästi sitovat alennusjärjestelmät).

On ylipäätään muistettava, että kilpailuoikeudella ja -viranomaisten toiminnalla ei voi luoda kilpailua. Pyrkimyksenä voi olla vain luoda sille otolliset olosuhteet, jolloin ratkaisujen pohjana tulisi olla juuri markkinoille pääsyn helpottaminen. Tutkittavissa järjestelmissä ei kilpailukeinojen yhteisvaikutusta ole juuri tarkasteltu markkinoille pääsyn esteitä korostavana tekijänä. Ratkaisutasolla vaikutus saattaa olla havaittavissa, koska tutkittava kilpailunrajoitus on tavallisesti yhdistelmä useasta kilpailukeinosta (esim. kilpailijoiden toimintaa rajoittava sopimusehto yhdistettynä asiakasuskollisuutta kannustavaan alennusjärjestelmään). Silti väärinkäytön kielto kohdistuu lähinnä yksittäiseen keinoon eikä varsinaista kokonaisvaltaista ratkaisua tehdä. Tätä vaikeuttaa se, ettei yhteisvaikutusten arviointi ole helppoa. Lisäksi sanktiojärjestelmä on suunnattu yksittäisten menettelytapojen kieltämiseen eikä markkinoille pääsyn esteiden kokonaisvaltaiseen purkamiseen.

4. MIKSI EMME PUUTTUISI HALLITSEVAN YRITYKSEN TOIMINTAAN?

4.1 Yleistä

Kilpailunrajoituksia joudutaan useinmiten tarkastelemaan puutteellisen informaation valossa. Emme ole täysin varmoja siitä, onko yrityksen toiminta vaikuttanut haitallisesti kilpailuun vai ei. Asiaan puuttuminen ei ole ilmaista, vaan siitä aiheutuu viranomais- tai asianosaiskustannuksia sekä virheellisesti kiellettäessä jokin menettely myös vahinkoa hallitsevalle yritykselle. Tämä yritys ei esim. enää voi käyttää jotain menettelytapaa tai joutuu toimimaan vastoin omaa etuaan (kuten määrättäessä se ryhtymään liikesuhteisiin huonohkon tai sen näkökulmasta tarpeettoman asiakkaan kanssa). Ennaltaehkäisevyys toimii lisäksi paitsi ennakolta myös tulevaisuuteen nähden. Kerran kielletyksi todettua toimintamallia ei hevin omaksuta uudelleen, vaan yritys pyrkii välttämään kilpailuviranomaisten kohteeksi joutumista. Toimiessaan viranomaisten oletetun tahdon mukaisesti alunperin virheellisestä päätöksestä aiheutunut vahinko kertautuu. Yritys voi myös käyttää voimavaroja väärinkäytöksi katsottujen toimien välttämiseen (esim. koulutus organisaation sisällä, asiantuntijoide neuvot tms.), vaikka mitään tarvetta tähän ei olisi. Varsinkin viimeksi mainittu tilanne voi syntyä jo virheellisen määräävän aseman toteamisen jälkeen.

Kilpailunrajoitus ei välttämättä ole yrityksen toiminnan varsinainen tarkoitus, vaan se saattaa olla sen – ehkä odottamatonkin – seuraus. Määräävän aseman väärinkäyttö ei vaadi subjektiivista syyllisyyttä, joten ko. seikalla ei ole ratkaisevaa merkitystä arviointimme kannalta. Toisaalta ”kilpailutarkoituksessa” käytet-

tyyn kilpailukeinoon puuttuminen voisi vääristää markkinoiden toimintaa. Yritys-hän saattaa olla vain muita tehokkaampi! Ajateltaessa, mihin yrityksen toiminnassa mahdollisesti puututaan, olisi näissä tapauksissa asetettava etusijalle sellaisiin keinoihin puuttuminen, jotka viittaavat keinotekoisten markkinoille pääsyn esteiden luomiseen. Tietynlainen mainonta olisi järkevämpi puuttumiskohde kuin yrityksen hinnoittelu, koska kerran sopimattomaksi ja kilpailua rajoittavaksi todettu mainonta on tätä todennäköisesti jatkossakin. Hinnoittelun osalta selkeän rajan vetäminen voi olla äärimmäisen hankalaa ja tilanteen vaihtumisen takia lähinnä kertaluontoista.

Väitetyissä kohtuuttomuustilanteissa yrityksen hyväksi on luettava ”kohtuullinen epäily” eli puuttuminen saisi olla mahdollista vain, jos hintataso tai sopimusehdot ovat selvästi kohtuuttomia. Pienempään rikkeeseen voidaan puuttua, jos motiivi voidaan osoittaa riittävän selkeästi, mikä lienee harvinaista. Riskinä on ”kaksinkertainen” hyvittäminen eli jo oletetun kilpaillun tilanteen arvioinnissa käytetään summittaista menetelmää ja tämän päälle vielä lisätään jokin kohtuullisuuserä. Ongelma on selvimmin esillä Saksan oikeudessa, jossa sitä pohdittiin varsinkin 1970-luvulla hintakontrollin ollessa suositumpaa kuin nykyään. EU:ssa on keskitytty enemmän jäsenmaiden markkinoiden avaamiseen, jolloin markkinajakoa hyödyntävään / edistävään ylihinnoitteluun on puututtu, vaikka tapausten merkitys on muutoin vähäinen (esim. autojen rekisteröimiseen liittyvät maksut jäsenmaista tuotujen autojen osalta).

4.2 Tehokkuus

Taloustiede pyrkii osoittamaan kilpailun olevan tehokkain mahdollinen tapa kontrolloida taloudellista toimintaa. Puhtaasti teoreettisella tasolla liikuttaessa tehokkain – Pareto-optimaalinen – ratkaisu on aina paras. Käytännössä harvat markkinat tuottavat tätä tulosta. Malliin liittyvästä ajattelusta, jonka mukaan isompi kakku jaettavaksi on aina parempi kuin pienempi ei tulisi luopua, vaikka saisimmekin ”oikeudenmukaisemman” jaon yhteiskunnan jäsenten kesken. Tehokkuuteen perustuva kilpailunrajoitus ei mielestäni edes ole varsinainen rajoitus, vaan pikemminkin taloudellinen tosiseikka.

Tehokkuus on kilpailuoikeudellisen päätöksenteon kannalta hankala puolustus. Jos saamme suuremman kakun, se tulisi hyväksyä. Ongelmana arvioinnissa on eri vaihtoehtojen hypoteettisuus. Yrityshän on toiminut tavalla x, jota pidämme kilpailunrajoituksena. Se väittää sen olevan tehokkaamman kuin tavan y (esim. kustannussäästöjen tai tehokkaamman teknisen kehityksen takia). Miten voimme arvioida, etteikö tapa y olisi johtanut vähintään yhtä hyvään lopputulokseen? Jos mikään yritys ei ole toiminut tavalla y, arvio voisi perustua vain hypoteettisiin laskelmiin, joiden luotettavuus on vähintään epävarmaa.

Tehokkuus on vaarallinen puolustus, koska näkökulma muuttuu helposti hallitsevan yrityksen näkökulmaksi. Jos se on hallinnut markkinoita jo jonkun aikaa

eikä merkittävää kilpailua ole, on se todennäköisesti tehokkain markkinoilla toimiva yritys. Tämä ei merkitse sitä, etteikö joku muu voisi olla tehokkaampi – näiden tulo markkinoille on vain tavalla tai toisella torjuttu. Toisaalta kovin pitkään ajanjaksoon kohdistuvaa arviointia on pidettävä vaarallisena, koska emme tiedä miten markkinat tulevat kehittymään. Hypoteettinen ajatusmalli, jossa toteamme kilpailijan z olevan esim. viiden vuoden päästä tehokkaampi kuin hallitseva yritys x voi perustua täysin vääriin olettamuksiin. Vaatiessamme tällä perusteella hallitsevaa yritystä toimimaan vähemmän tehokkaasti estämme optimaalitilanteen syntymistä.

Tehokkuuspuolustus tulisi sallia tilanteissa, joissa yrityksen menettely voi perustua sen halvempiin kustannuksiin, vaikka toimintatavat viittaisivat esim. diskriminointiin. Muita tehokkaampi yrityshän voi vastata kilpailijoiden tarjouksiin selektiivisesti. Jos omaa kustannustasoa ei aliteta, ei kilpailua ole varsinaisesti rajoitettu (eli kyse ei ole saalistushinnoittelusta). Arvio on varsin hankala silloin, kun markkinoille tulo on vaikeaa ja tulija ei ainakaan lyhyellä tähtäimellä voi saavuttaa skaalatuotannon vaatimaa määrää. Tulisiko selvästi kilpailijan markkinoille tuloon pyrkivä toiminta kieltää, vaikka se sinänsä perustuu tehokkuusetuun? Puhtaasti kielteinen suhtautuminen ei ole perusteltua, koska tällöin ajaudumme helposti suojaamaan kilpailijaa eikä markkinoiden toimintaa.

Kilpailupoliittisesti on ratkaistava suhtautuminen tulonjako- sekä työllisyyskysymyksiin. Painottamalla näitä seikkoja voimme helposti päätyä ratkaisuihin, jotka eivät ole taloudellisesti tehokkaita (valtiovalta esim. vaatii tuotannon säilyttämistä tietyllä alueella ehtona yrityksen toimien hyväksymiselle). Hallitsevan aseman väärinkäyttökontrollissa näiden seikkojen ei tulisi nousta merkittävästi esille, koska kontrolli harvemmin kohdistuu yrityksen rakenteisiin tai toimipisteiden sijoitusratkaisuihin. Tätäkin kontrollia voidaan toki suunnata pieniä ja keskisuuria yrityksiä suojaavaan suuntaan, jolloin oletuksena on näiden yritysten ”paremmuus” työllisyyden sekä aluepolitiikan kannalta. Kilpailuoikeus joutuu tässä tilanteessa samalle tasolle valtion muiden tukitoimien kanssa. Tehokkuuden kannalta tämä ei voi olla hyväksyttävää ja hallitsevan yrityksen tulisi sallia organisatorisesti valita tehokkaimpana pitämänsä ratkaisu. Luonnollisesti se ei voi käyttää puolustuksena halua sisäistää markkinoilta saatava monopolivoitto.

Tehokkuusarvioinnissa olisi huomioitava myös toimintaan puuttumisesta aiheutuvat kustannukset. Mitä jatkuvampaa valvonta on sitä enemmän se aiheuttaa kuluja sekä valvojalle että valvottavalle. Tilanteen ennalleen jättäminen voi siten olla järkevää, jos tarjolla ei ole helposti toteutettavaa ja halpaa vaihtoehtoa. Määräävän aseman osalta tämä kanta voisi tukea esim. yrityksen paloittelua, koska kyseessä on kertaluontoinen ja tässä mielessä tehokas toimenpide. Paloittelusta yritykselle ja osin markkinoille aiheutuvat kustannukset voivat olla niin suuria, ettei tähän haluta ryhtyä. Tehokas vaihtoehto on markkinoille pääsyn esteiden alentaminen, koska toimenpiteen pitäisi auttaa markkinoiden automatiikkaa. Käytännön tasolla kustannusten vaikutus on havaittavissa lähinnä halutto-

muutena puuttua vähämerkityksellisiin tilanteisiin, jolloin vältytään riskiltä uhrata liian suuria kustannuksia yritysten toiminnan tutkimiseen.

Kaikenlaiseen puuttumiseen tulee suhtautua varauksella, jos emme varmasti tiedä menettelytavan johtavan parempaan lopputulokseen yhteiskunnan kannalta kuin puuttumattomuuden. Kilpailu on tässä sekä päämäärä että keino, jolloin tarkastelussa olisi huomioitava lähinnä kilpailuun liittyviä argumenttejä.

4.3 Tutkimus- ja kehitystoiminta tms.

Hallitseva yritys voi vedota siihen, että se on toiminut kuluttajien parhaaksi kehittämällä tuotettaan edelleen. Muut yrittäjät saattavat painottaa sen hidastaneen teknistä kehitystä, koska uusien tuotteiden saantia markkinoille on voitu rajoittaa aiempien tuotteiden kustannusten kattamiseksi tai pienempien yritysten toimintaa on haitattu lisenssien tms. kautta. Määräävä yritys vetoaa siten tavallaan toimineensa niin kilpaillusti kuin markkinoiden paineesta johtuu.

Kehityksen arvioiminen on aina hankalaa. Jälkikäteen on helppo väittää, että kuluttajille olisi tarjottu jotain parempaa, mikäli hallitsevan yrityksen toimintaan olisi puututtu. Jos tuotetta on jatkuvasti kehitetty (kuten tietokoneohjelmia), on tämän väitteen todentaminen äärimmäisen hankalaa. Määräävän yrityksen lisäksi kilpailijatkaan eivät välttämättä olisi tyrkyttäneet uusia kehitysversioita tms. markkinoille ennen aiemman investoinnin kuolettamista.

Tehokas kehitystyö vaatii kannustimia. Liian kielteinen suhtautuminen voi johtaa siihen, ettei hallitseva yritys panosta riittävästi tuotteen tai tuotannon uudistamiseen. Esimerkiksi uuden tekniikan täydellinen hankkimiskielto voisi johtaa tilanteeseen, jossa ulkopuolisilla keksijöilläkään ei ole mitään markkinoita kehitelmilleen. Samalla on vaarana prosessin hidastuminen muutoinkin. Jokaisen kilpailijan eräänä päämääränä on markkinoiden tietynasteinen hallinta oli tarkoituksena sitten kerätä monopolivoittoja tai vain turvata yrityksen ja sen johdon tulevaisuus. Jos tekninen kehitys luo parhaimmillaan paheksutun monopoliaseman, ei kilpailijakaan välttämättä panosta kehitykseen. Lopputuloksena voi olla oligopolinen hiljaiselo, jossa varotaan muiden ärsyttämistä.

Sallivuutta ei toki voida ulottaa miten pitkälle tahansa, koska tällöin väärinkäyttö hyväksyttäisiin markkinoiden normaaliksi menettelytavaksi. Lähtökohtana voisi olla Areeda ym. tavoin pyrkiä rajaamaan pois ne menettelytavat, joilla hallitseva yritys voi estää markkinoille pääsyä. Sisäistä kehitystyötä ei yleensä ole missään kielletty, mutta tällöin ei myöskään tule asettaa liian suuria velvollisuuksia paljastaa patentein suojattuja tai muita liikesalaisuuksia. Yrityksen hankkiman teknologian osalta voitaisiin kieltää teknologian siirto, jos tarkoituksena tai vaikutuksena on vain markkinoille pääsyn hankaloittaminen. Tämä voidaan toteuttaa joko hallitsevan yrityksen ei-yksinomaisen lisenssin kautta tai peräyttämällä koko hankinta (niissä tapauksissa, joissa yritys ei selvästikään aio itse hyödyntää koko tekniikka esim. sen takia, ettei se sovi heidän prosessiinsa). Jälkimmäisissä tapauksissa

on tosin syytä olla varovainen, koska teknologia voi olla hankittu esim. oman kehitystyön pohjaksi ja oma aiempi tietämys voi olla ratkaiseva tekijä tässä kehitystyössä.

Kontrollitarvetta korostaa jonkin verran se, että osassa taloustieteellisiä tutkimuksia on päädytty pitämään nimenomaan kilpailua ja pk-yrityksiä kehityksen kannalta merkittävinä tekijöinä. Tilannetta tulisi tarkastella kehitystyön lopputulosten, eikä siihen sijoitettujen varojen perusteella, koska jälkimmäinen näkökulma suosii suuryrityksiä ja mahdollisesti tehotonta kehitystoimintaa.

5. TULEEKO HALLITSEVAN YRITYKSEN TOIMIA KONTROLLOIDA JA MITEN?

Markkinoiden hallinta on osa niiden toiminnan dynamiikkaa. Yritykset saavuttavat vahvan aseman tietyllä tuotannonalalla ja hyödyntävät sitä. Mikäli asema ei ole oikeudellisesti tai tosiasiallisesti suojattu, on uhkana muiden tunkeutuminen samalle alalle. Se, kestääkö määräävän aseman rapautuminen mielestämme liian kauan tai pystyykö yritys tuotannon tehostamisen ja kehitystyön kautta jatkamaan hallintaansa ”loputtomiin”, ei muuta tätä perusseikkaa. Yrityksen toimien kontrollointi tulee suhteuttaa tähän normaaliin taloudelliseen dynamiikkaan. Se ei koskaan voi muodostua muuksi kuin poikkeustapaukseksi, koska muu linja olisi jo markkinatalouden ideologian vastainen.

Tarkasteltaessa tilannetta kohdejärjestelmissä on painotus ollut selvästi kartellitapauksissa, joten yleinen linja on oikea. Saksassa riippuvuus-säännöstä on seurannut tietty intressi saada oikeussuojaa tilanteissa, jotka muistuttavat enemmän kilpailijan kuin kilpailun suojaamista. Suomessa vastaavan tapainen ongelma voi muodostua kilpailuviraston halusta tutkia yritysten hinnoittelua.

Puuttumattomuutta voidaan edellä esitetyin tavoin perustella tehokkuuseduilla, teknisellä kehityksellä ja käytettävien keinojen epävarmuudella. Jos emme tiedä mitä vaikutuksia valitulla kiellolla tai käskyllä on markkinoiden kannalta, on oikeudellisen ratkaisun pohja epävarma. Täydellistä tietoa ei toki voida vaatia, mutta kuta enemmän kontrolli maksaa sitä varovaisemmin siihen tulisi ryhtyä.

Vastaisuudessa yhä suuremman merkityksen voivat saada erilaiset tietotekniikkaan ja tavaroiden sekä henkilöiden kuljetukseen liittyvät rakenteet. Kilpailun vapauttamisen nimessä pyritään näiden käytön estäminen kieltämään. Samalla luonnollisesti puututaan investoinnin tehneen yrityksen tulokseen ja sen omaisuuden arvoon. Jo viime mainitulla perusteella vapauttamispyrkimyksissä tulee edetä varovaisesti. Vähimmäisvaatimus on luonnollisesti kohtuullinen korvaus verkon tai rakenteen käytöstä ja tähän on tutkittavissa järjestelmissä pyrittykin. Vaarana on korvauksen aliarvioiminen (ei esim. huomioida kaikkia verkon uudistamiseen liittyviä kustannuksia tai rakentamiseen aikoinaan käytettyjä panoksia) Taloudelliselta kannalta kyse on sinänsä kannatettavasta tavasta estää tiettyä luonnollista monopolia – eli verkonhaltijaa – laajentamasta tätä asemaansa esim. tietoliikenteen

oheispalveluihin tai sähkön tuotantoon. Verkon käytöstä maksettava korvauskaan ei siten saisi muodostua markkinoille pääsyn esteeksi. Houkutus liian suuriin käyttökorvauksiin on verkonhaltijan kannalta suuri, koska hän voisi tätä kautta estää kilpailun joko tuotannon tai myöhemmän jakelun tasolla. Kontrollin ulottaminen ns. pullonkaula-immateriaalioikeuksiin on jo huomattavasti vaikeampi kysymys. Lähtökohtana olisi taloustieteen kannalta oltava enemmän järkevä puuttuminen esim. patenttioikeuksien pituuteen tai lisenssisopimuksiin, eikä niinkään yleinen vapauttaminen. EU-oikeudessa on tiettyjä merkkejä halusta viedä ”vapauttamista” liiankin pitkälle. Tuloksena voi pahimmassa tapauksessa olla teknisen kehityksen hidastuminen tai siirtyminen yhä enemmän sellaisiin teollisiin salaisuuksiin, joita ei mitenkään julkaista (patenttijärjestelmän eräs ajatushan on saattaa tieto julkikseksi, jotta päällekkäiseltä kehitystyöltä vältyttäisiin ja jotta se olisi patentin vanhennettua kaikkien käytettävissä).

Väärinkäyttöä koskevissa säädöksissä on käytetty avoimia esimerkkiluetteloita. Niiden avulla osoitetaan ne tapaukset, joita lainsäätäjä pitää potentiaalisesti haitallisimpina. Tämä painotus on havaittavissa oikeuskäytännöstä, koska laki antaa ratkaisijalle valmiin kaavan ja tätä kautta helpottaa oletetun väärinkäytön todistamista. Esimerkkien ulkopuolelle menevät tapaukset vaatisivat perusteellista taloudellista analyysia, koska ratkaisussa ei voida nojata valmiisiin oletuksiin. Tässä piilee myös esimerkkiluetteloiden vaara, koska oletukset eivät välttämättä vastaa taloudellisia tosiasioita. Kaikissa tutkittavissa järjestelmissä on mm. kohtuutonta hinnoittelua koskeva esimerkki, vaikka missään ei ole ratkaistu kilpaillun hinnan ongelmaa (eli mihin hintataso pitäisi oikeudellisessa ratkaisussa asettaa) eikä monopolihintaan puuttumisen vaikutuksia. Viimeksi mainittuihin kuuluvat paitsi houkutinvaikutus (kilpailijoille) myös kannustinvaikutus (olemalla muita parempi voi saada paremman tuloksen). Pelkkä kansantaloudellinen arvio monopolin tietyn hetkisestä vaikutuksesta tulonjakoon tms. ei riitä ratkaisun pohjaksi!

Pelkkä päätös puuttua tietyn hallitsevan yrityksen toimiin ei ratkaise kysymystä siitä, miten asiassa tulisi menetellä. Tämä on luonnollisesti sidoksissa siihen mihin pyritään. Käytännössä tavoitteeksi on asetettu yleistasolla toimiva kilpailu, joka taas ei juuri rajaa ratkaisijan mahdollisuuksia. Lähinnä päämääränä olisi aiempaa toimivampi kilpailu. Lähestymällä kysymystä markkinoiden avaamisen kautta (eli markkinoiden pääsyn esteiden avulla) voidaan vaatia kaikkien markkinoiden sulkemiseen johtavien keinojen kieltämistä. Linjaus edellyttäisi esteiden tunnistamista sekä tietoa siitä, miten johonkin oletettuun esteeseen puuttumisella vaikutetaan markkinoiden toimintaan. Kuten edellä on todettu, ei kyse yleensä ole yksittäisestä esteestä, vaan kilpailukeinojen yhdistelmästä. Ratkaisun on kohdistuttava tähän yhdistelmään!

Pelkästään yleistason vaikutukset, kuten pyrkimys toimivaan kilpailuun, ei vielä ratkaise reagointiongelmaa. Lisäksi on tiedettävä valitun viranomaisreaktion tai siviilioikeudellisen tuomion vaikutukset yksittäistapauksessa. Tietyllä tasolla pitäisi voida ennustaa markkinoiden tulevaa toimintaa kahdesta eri näkökulmasta, jolloin virhearviointien vaara kasvaa selvästi. Ensinnäkin olisi arvioitava, miten

markkinat toimivat, jos emme puutu tilanteeseen lainkaan. Toisaalta on tiedettävä, miten markkinat toimivat, jos puutumme tavalla x yrityksen toimintaan. Toimivan kilpailun ideologian voi täyttää vain ratkaisu, jossa puuttumisen seuraukset ovat markkinoiden kannalta paremmat kuin puuttumattomuuden.

Yhteiskunnan kannalta reagointikeinon tulisi olla myös tehokas. Markkinoiden toimintaa tulisi voida ohjata mahdollisimman vähin kustannuksin suhteessa odotettaviin hyötyihin. Siviilioikeudelliset keinot vähentävät suoranaisia viranomaiskustannuksia, mutta toisaalta turhien juttujen vaara voi johtaa tehottomuuteen. Viranomaisten ei kannata tutkia kaikkia vähämerkityksellisiä tapauksia, koska kustannukset ovat tapausten kohden liian suuret. Arviointiin vaikuttaa toki reaktion ennaltaehkäisevä vaikutus esim. toisilla markkinoilla, joten pelkkä yksittäistapauksen reagointikustannus ei ole ainoa valintakriteeri. Kuten oikeudellisissa jaksoissa on varsinkin EU:n ja Saksan osalta todettu, on lopputuloksena lähinnä selvimpiin tapauksiin puuttuminen. Samalla esimerkkiluetteloiden merkitys korostuu entistä enemmän!

Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus edellyttää jonkin verran laajempaa puuttumista markkinoiden toimintaan, kuin pelkästään tehokkuuteen pohjautuvaa reagointia. Emme voi sallia kuluttajien riistämistä tai heidän turvallisuutensa kannalta vaarallisia tuotteita. Toisaalta tulisi muistaa, että näihin tapauksiin voidaan puuttua muun kuin kilpailulainsäädännön kautta. Kilpailuoikeudellisessa arsenaalissa on silti syytä olla mahdollisuus puuttua monopolihinnoitteluun tai kohtuuttomiin sopimusehtoihin.

Markkinoille pääsyn esteisiin puuttuminen antaa markkinoille signaalin siitä, ettei yhteiskunta halua yritysten käyttävän voimavaroja strategisiin, toisten yritysten toimia haittaaviin kilpailukeinoihin. Tällä menettelyllä voidaan poistaa ainakin osa haitallisista menettelytavoista. Viranomaisten ei tarvitse ennustaa tulevaa kovin pitkälti, koska markkinoille tulon tulisi korjata markkinoiden toiminnan muut vääristymät, jos yritysten toiminnan aloittamiselle tai lopettamiselle ei ole keinotekoisia esteitä. Jos toimenpiteen hyödystä ei ole selvää näyttöä, eikä yrityksen menettelytapa ole selvästi kohtuuton, on järkevämpää olla puuttumatta markkinoiden toimintaan!

Summary

I General Goals

Market power can be seen as the monster of our times as big companies seem to rule the world via stock-exchanges and by their shear importance for smaller national states. We do follow the price of Microsoft-stock and Nokia is responsible for about a third of Finnish exports. Market power can also be seen as a quite normal part of the markets and a necessary evil for technical and economical progress. Without any prospects of gaining an upper hand in some field there would be far fewer reasons to invest funds in R&D. At the same time the control of markets is a very tempting option for a company, as it could then enjoy larger than normal profits and there would be far less pressure from competitors. A firm can control markets either by simply being better than others or it can try to change the economic process in its favour. Thus we need to separate the good from the bad; the simple solution of just forbidding market power is not possible.

The purpose of this work is to find out what constitues an abuse of a dominant market position (eg. what is the misuse of market power). This is done by comparing the legal systems of Germany, Finland and the EU. The comparison is not aimed at the legal systems as a whole, as this would need a very deep on-going study of the economic background and legislation of each legal system. Thus, the main point of the research is simply the competition laws and not, for example how these relate to other economic legislation (which in Germany would be included in the field of Wirtschaftsrecht).

To deepen our understanding of competition we need to use economics as a method to study what constitues a dominant position, why these positions occur and how they are abused or used in economic life. A very important part of the work is thus Chapter II, which concentrates on the question of the economic and legal ways to understand the behaviour of the markets and the market economy. As this work is written by a lawyer for lawyers, this chapter includes many basic concepts that an economist would simply take for granted.

I have left out the legal systems of the UK and the USA from the study, as they would need a deeper understanding of the common law system. The Finnish legal system is based more on a continental system such as Germany and comparing it with the latter does give more readily usable results than a comparison with the USA would give. As the science of economics relies heavily on certain US authors, the American thinking in the field of competition policy is a important part of this work.

One could compare legal concepts to similar concepts in other fields of law. As this is generally not done in competition law, I will not study discrimination in

labour law. The purpose of this work is not a general discussion of the EU-law system either, so such interesting questions as the effects doctrine and the effect on trade between Member States are mainly bypassed.

The main point of the work is to study abuse. From the very large field of possible abuses, I will stress those that hinder competition from becoming more active (in German law: Behinderung). Monopoly-prices and such phenomena are to some extend left in "second place". Another point stressed in this work is the question of oligopoly. This is by far and large the most common market form, but it is also the hardest to understand, as a firm in an oligopolistic market might be acting in a certain way because of the pressure of the market, or because it was a cartel, or because it – as one in a tight group – tries to control the market without any expressed or even silent co-operation.

II The economic and legal concepts

The economic theory of the markets started to evolve with the works of Adam Smith. He is one of the first to stress the importance of free competition without state regulation. His ideas became the theory of perfect competition. This theory requires that there are a great number of firms in a given market. They should also be so small compared to the market as not to be able to affect the market through their own actions. Therefore they would not have any market power. The result would be perfect for society because firms would produce exactly what is needed and the resources would also be perfectly allocated!

This theory was criticized for several reasons. In real world, very few markets are perfect in this sense and to function as the theory required would need perfect information, no cost to start or stop operations and there would be no reason to develop new products. The theory was seen as static.

Another interesting market form for the economist was the monopoly. This was mainly seen as a comparison with perfect competition and as something to be avoided. In a monopoly, prices would be higher and the quantity produced would be less than the social ideal. At first, there really was no "in-between" -theory.

After perfect competition, a number of other theories have evolved. In Germany, after World War II a group of liberalists (the so-called Freiburger Schule) stressed competition as an instrument to control political power. In a democratic country, it was important to stop power from being concentrated in the hands of the few – be it political or economical power. These economists started from a perfect competition view, but they were followed by a theory of stressing the freedom of competition above all else (Hoppman). In this theory, the goal was no longer perfect competition but to keep the process of competition as free of obstacles as possible. The only thing we could do was to try to find out exemplary statements about the markets and competition. As such the theory was not a very good starting point for a competition policy. Another interesting development was

Kantzenbach's "wide oligopoly" theory. In this theory, both perfect competition and monopoly were seen as inefficient market forms. The ideal was wide oligopoly (e.g. oligopoly with more than just a very small number of firms in the market) as there would be competitive pressure (which is lacking in perfect competition) and there would not yet be too many firms in the market. The latter would lead to too much co-operation or an oligopolistic price war (e.g. prices could start spiralling down). Kantzenbach stated that the competition policy should aim at creating these wide oligopolies when possible.

This German development of economic theory came actually after the discussion in the US and UK had already started to turn away from perfect competition. Already in the 1930s there were new theories about imperfect competition by Robinson and Chamberlin. These were followed by Clark's ground breaking "Competition as a Dynamic Process", in which the author stressed the need to see competition as a dynamic, evolving process and not something leading to an equilibrium as in perfect competition. He was also one of the first to point out barriers of entry as an important question for competition policy. From these theories evolved so-called workable or effective competition, which is today the most widely accepted goal for competition policy in Germany, Finland and the EU.

Workable competition can be criticized as it fails to answer the question: what really is workable? Is it simply more workable than something else? One way to express this concept is to say that competition is workable when it is as efficient as possible in the market in question. Thus we are left with a very open concept. It is still seen as the best available option because it stresses the dynamics of the markets and the need to keep the barriers of entry low.

Workable competition is more of a concept for competition policy than, strictly speaking, an economic theory. At first one stressed very much the structure and its implication for the performance of the markets (Industrial Organization). This model (SCP = Structure, Conduct and Performance) is still in use, but today it is pointed out that it is not a one way street (even Clark did not really think it was so straightforward). In a market, the structure does affect the possible conduct of a firm and therefore even performance of the market. At the same time, performance is a signal how to act and how to change a given structure. Or we could start a new method of competing and this could affect both structure and performance.

This evolution occurred in the 1980s and 1990s (the new Industrial Organization). During this time, there was always a strong interest in the strategic possibilities of the market actors. This has lead to game theory. The players in a market are supposed to act rationally. Thus they calculate the expected results of their actions. In this kind of game, some forms of conduct are not rational because they would lead to less efficient results for the player (they are dominated by other actions). The end result is not necessary a single dominant action (if it were, the theory could answer almost any question!); it can also be a set of possible actions. The players (firms) then need to decide on a strategy, which could be for example

"tit for tat" (in this one punishes the other for breaking the co-operation, but one can eventually return to co-operation). The most modern course to study economic activity could be stated to be new Industrial Organization, which does include some of the game theoretic concepts.

In order to study market power, we not only need to understand competition as such. We also have to study what the relevant market is and what a dominant position in a market could be. The first question is easy to answer in theory but very hard to judge exactly in practise. The usual starting point is whether a product is comparable to the consumers viewpoint (e.g. whether they are indifferent about buying product a or b). Thus we need to define a product market and a geographic market. If the prices of products differ and consumers still keep on buying the more expensive one these products do probably not belong on the same market. If the consumers react to the price difference and start to consume more of the cheaper one, then the products could belong to the same market (if it is not simply a coincidence).

After defining the markets one must find out whether a firm or a group of firms can control these markets. The easiest way to look at possible market power is to calculate how many firms compete in a given market and whether there are any firms more powerful than others. This is usually done by estimating the market share of the firms. Another way is to study the resources of the actors. If one or a few stand out, they could have market power. As we need to take a dynamic view point, this is not a satisfactory end result. For the power could only be temporary or even beneficiary (a result of the firm simply being more efficient than others). This forces us to concentrate on question such as barriers of entry (easy entry – market power cannot last or is non-existent; hard entry – a possible problem) and whether the entry is blocked by the dominant firm or because of circumstances out of its control (for example legal monopolies).

After the market and market power is defined one has still to find out whether this power has been abused. The position as such is not forbidden and even a dominant firm should have as much freedom as possible, otherwise we could hinder the dynamics of the economy. Part of competition is to gain the upper hand and if this were never be possible nobody could try to reach a position of dominance. The main goal is to keep these possibilities alive. We cannot allow a dominant firm to cement its position and this again focuses our view on the barriers of entry. Any strategic action that could lead to a barrier should if possible be prohibited. This means, that certain – generally frowned on – activities of dominant firms are not necessarily as evil as they seem to be. A good example is monopoly pricing. According to theory this leads to transfer of funds to the dominant firm and it also disrupts resource allocation. From an entry view it acts as a signal to entry (a higher price means a change to make money). Even generally forcing a dominant firm to change its price is not easy because we might end up regulating its price, the amount produced etc. The end result might be contrary to the principle of the market economy!

Another related problem is: Do dominant firms decline? This discussion has mainly been brought forward by Geroski. He has found out that it tends to take a long time before the position in the market declines. Entry can even be regarded as "noise in the background" because only small firms replace other small companies (eg. those working at the fringe of the market). Even diversifying entry (a firm from another market) does take time to be noticeable.

Barriers to entry (or to enlargement of one's position in the market) are not undisputable. For the first, almost anything a firm can do can be a barrier to another firm. Secondly the idea of a barrier is based on future profits. There is no reason to block entry if this costs more than accommodating entry. For example predatory pricing is a reasonable tactic only if the cost of this action (eg. lowering the price below cost to drive a competitor from the market) can be recouped later on. Some possible barriers are simply what firms might even otherwise do. Free capacity or an advertisement campaign are quite legal means of competition. Yet they could be used to hinder entry. More generally a barrier could be anything that is seen as a non-recoverable sunk-cost by the firm trying to get in to the market. It knows that entry is only possible, when they invest the same amount as the firm in the market (incumbent). If this amount can not be recovered when leaving the market then the expect profits must cover even these costs.

From a social viewpoint we can discuss whether competition is simply means to something (like effective markets etc.) or whether it is a goal in itself. Competition can be seen as the process of limiting economic power and thus an end to itself. In this view, competition is a mainstay of democracy. In this work competition is seen both as a means and as a goal. The reason for the latter view is that too much economic power in one company could disturb the balance of the society. In the American thinking this view is usually forgotten, because in a bigger market even a big firm can not control the society. In smaller markets like a national State in Europe the result might be different. No government would be likely to limit the market power of the "national champion". In the end it would be difficult to know who controls whom. In Germany this view is still held by the ORDO-liberals (they stress both the orderly society and freedom). Because the danger for society is in my opinion rather diminutive, we should not stress "competition as a goal" too much.

III Some points on German Competition Law

In Germany there has been over the years a lot of discussion about what competition is and there is even a separate literature about competition policy (Ingo Schmidt, Herdzina etc.). Competition is pointed out to be the goal of the law and not the protection of competitors.

German Competition Law (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen or GWB) has two separate rules, which deal with the abuse of dominant position.

The first of these is GWB 19 §, which is the general norm. It states what is held to be a dominant position and generally forbids the abuse of this position. There are certain examples mentioned in this paragraph, but even other actions can be abuses. A recent addition was "essential facilities" doctrine, which means that for example an electricity distributor company must in certain cases allow the use of its network by competitors.

GWB 20 § deals with discrimination and hindering competition (Behinderung). These norms thus cover partly the same subjects. For an outsider it is hard to understand, why two separate norms where kept even after the latest renewal (in 1999) of the Competition Law. This renewal was meant to bring more harmony between the German law and the EU law. From the point of this study the most important change was to reform GWB 22 § into a norm that prohibits the abuse of dominant position (GWB 19 §). Before this reform the abuse was only prohibited in GWB 26 § (now 20 §) and the old 22 § only gave powers to competition authorities to prohibit some action which was proven to be an abuse.

The main difference is that GWB 20 § can be used against even those companies that are not strictly speaking dominant. This requires either that some SME-company is dependant on its powerful supplier or customer or the actions of a relatively strong company cause harm to a SME-company. Because the relative strength is computed from SME-company's point of view it is hard to tell when the criteria will be full filled. The latter part has been much criticized in Germany for other reasons too because even selling something below cost can be prohibited!

Another interesting point of the German law is that the abuses by oligopoly members are also prohibited. All companies belonging to an oligopoly in the market are by law regarded as having a dominant position themselves. Thus there is no reason to prove that the oligopoly has abused its position in the market as a whole. It is enough to show that a member of this group has used the power of oligopoly (eg. to act independently of other competitors). This can be an important weapon for competition authorities and those who suffer from the abuse, but the case law is not very large.

There is no general rule according to which the law should be used mainly against barriers to entry. Because the practise has lately steered away from monopoly-pricing and such issues there is some tendency to try to keep the markets more open.

IV Finland – a smaller market

Finnish law can be said to become effective only in 1988 and 1991. Before that, the Finnish Competition Law was mainly an instrument for price regulation (against rampant inflation). After this point we have a modern competition law, which prohibits cartels and abuse of a dominant position. No general discussion

about competition and competition policy has really taken place here. Competition has been seen more or less as a technical concept which is interpreted according to the case at hand. The general goal is effective and workable competition. The lack of discussion has in my opinion led partly to a point where there is a tendency to protect competitors and not the competition. Thus, the German point of protecting competition needs to be put forward in Finland too.

Oligopoly is only covered by cartel rules and there are no rules regarding to its common dominant position. This is regrettable, because the Finnish markets are even these days of integration rather closed ones and many of them are controlled by just few firms. A rule for these cases would not mean that we should start controlling all these firms, but it would give the necessary tools for competition authorities.

Competition Law 7 § prohibits certain abuses of the dominant position. These are just examples and other actions might be regarded as abuses too. In order to be caught by this paragraph an enterprise must be in a dominant position. There is no equivalent to German "relative market power" or dependant company in Finland. The law can be used against a dominant firm that for example uses monopoly prices or unfair terms in its contracts. Monopoly pricing has been a quite important as the authorities have decided several cases about prices in telephone markets etc. This tendency is, in my opinion, bit too strong and resources should be concentrated more against barriers to entry. In part this is already done, because for example refusal to sell can be an abuse.

V EU-law

The EU Competition law is on one hand a way to keep the Common Market common and on the other a way to protect competition. A very important part of the interpretation of the competition rules has always been the need to further integration. This was even more so in the 1970s because the (then) Member Countries where unable to reform the law. A good example is the Continental Can case in which the European Court of Justice stated that a merger could be an abuse of the dominant position. This started the process towards merger regulation, but it did take almost 20 years! Today the principle of subsidiarity and the work load of the Commission is perhaps leading towards slightly more decentralized competition law.

The importance of integration means that any action that could divide the markets can be contrary to the competition rules. It is disputable, whether even the concept of competition has at times been put to a secondary position related to integrating the markets. What is meant by competition is not openly stated. The Commission and Courts have leaned towards workable competition.

EU competition rules about the abuse of the dominant position have remained the same since coming into force of the EEC Treaty. Only the number of the

Article has changed from 86 to 82. This does not mean that the interpretation has remained the same. We can spot certain important decisions like United Brands, Magill and other "essential facilities" doctrine cases. The cases are rather few as the main activity of the Commission has concentrated on cartel-issues. Even the oligopoly question only came forward in the 1990s and it is still shadowed by cartel rules. There is even some discussion, whether there is any real need to cover oligopolies through Article 82.

The abuses most likely to be brought to end by the authorities are those that divide markets. Refusal to sell or discriminatory pricing are thus likely targets. Monopoly pricing has not been an issue to any greater extend, even though there are some cases.

VI Conclusion

Because there are not many differences between the concepts of competition in the systems studied, this has not brought forward any too specific conclusions. One must keep in mind that competition law is supposed to protect competition as a process and not competitors as such. Even the definitions of the market and what is generally regarded as an abuse of the dominant position are not in dispute.

There are some points to stress though. We do have competition laws to make the markets more efficient and produce more for the consumers. Competition is the key to this process, but then we should remember that the more automatic the process is the better it is for everyone. The more control is needed the closer we get to a regulated economy. A long lasting, detailed control would no longer be competition at all! If we cannot help the process we should leave the situation as it is. At times it might be necessary to stress other points, like equality, so this is not a strict rule. Still a result that does not give the society more to share (perhaps even diminishes the "cake"), is not worth pursuing.

Another important question are costs of the control. These are not only those occurred in a competition law case in competition authorities or before courts. The losses of a company when it has been forced to stop using profitable methods because they have been labelled as abuses are costs too!. The cost of this positive error (eg. a situation, where an action is wrongly labelled as an abuse of the dominant position when it is not) is not limited to the company in question. All the other companies in all the markets follow the case law and act accordingly. Therefore the end result might be a much bigger loss for the society. Another cost is naturally the negative error, when we do not react to a real abuse. Even this cost is not limited to the case at hand, as it gives a signal: "You can do this!" – when such signal should not be given!

The conclusion of my work is that we should act in those cases where we know what our actions are going to cause. We should be reasonable certain, that it is not a question of a positive or a negative error. In addition we should also know, if our

means are adequate. An oligopoly or a dominant firm should be prohibited of doing something only if our remedies cause the situation in the market to become better than it was (eg. more competition not less!). A remedy that actually binds the oligopoly together might cause more harm than a "let it be" attitude would. Act only if your reaction leads to improvement in competition!

Asiahakemisto

Monopoli
bilatelaariset markkinamuodot 67, 68
diskriminointi 69, 71
EU-oikeudessa 461, 465, 472, 484, 485–486, 487, 498, 510, 516–519, 532, 536
Kantzenbach'n mallissa 125, 207, 208
kieltoperiaate 206
kilpailukäsitteen kannalta 216, 220
kilpailun arvioinnissa 18
kilpailunrajoitus 178, 179
kilpailupolitiikan kannalta 197, 199
kilpailutekijät 182, 188
koeteltavat markkinat 127, 128, 130
limit pricing 81
mallitapauksena 29
markkinakäsite 133, 135
markkinavoiman kannalta 147
markkinoille pääsyn esteet 73, 74, 76, 97, 100, 104, 108
määräävän aseman kannalta 150–151, 160, 161, 163, 221
peliteoreettisena toimijana 37
potentiaalinen kilpailu 32
saalistushinnoittelu 87
Saksan oikeudessa 244, 254, 256, 258, 259, 262, 271–272, 273–274, 283, 291, 293, 295, 297, 302, 303, 333, 343
SCP-mallin kannalta 36
sopimusvapaus 194
suhteessa kartelleihin 65
suhteessa monopolistisiin markkinoihin 67
suhteessa oligopoliin 54, 57, 62, 64
suhteessa toimivaan kilpailuun 116, 117, 119
Suomen oikeudessa 388, 395, 404, 407, 408, 415, 417–418, 423, 432, 433, 434, 436, 440, 444, 450
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.2.3
tekninen kehitys 21, 93, 94, 107, 165
verrattuna täydelliseen kilpailuun 45
yhteenveto 540, 542, 544, 553–554, 555, 556, 561, 565, 569, 570, 571
Monopsoni
Saksan oikeudessa 262, 266, 307–308
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.2.3
Oligopoli
bilateraaliset markkinamuodot 67, 68–69
diskriminointi 69, 70
EU-oikeudessa 464, 472, 484–486, 494, 508, 513, 517, 519, ks. myös jakso V.2.6
Kantzenbach'n mallissa 125, 126, 178, 207, 218
kilpailukäsitteen kannalta 216–218, 220
kilpailunrajoitus 179
kilpailupolitiikan kannalta 203
kilpailutekijät 182, 183, 186
koeteltavat markkinat 127
limit pricing 81–82
mainonta 90
markkinoille pääsyn esteet 74, 77, 100, 111, 114
määräävän aseman kannalta 151, 152–153, 156, 160, 161–162, 221
peliteoreettisena toimijana 40
peliteorian kannalta ks. jakso II.2.4.3
saalistushinnoittelu 87
Saksan oikeudessa 237, 250, 263, 267, 272 274, 285, 288, 295, 304, 316, 320, 324, 351, 359, ks. myös jakso III.2.4.1
SCP-mallin kannalta 33, 35, 36
suhteessa kartelleihin 65–66
suhteessa monopolistisiin markkinoihin 66
suhteessa toimivaan kilpailuun 117, 119
Suomen oikeudessa 388, 410, 424, 437, 440, 449, ks. myös jakso IV.2.3
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.2.4
tekninen kehitys 94
yhteenveto 540, 543, 544, 554, 558, 560, 564, ks. myös jakso VI.2
Oligopsoni
taloudellisena käsitteenä 56
Peliteoria
kilpailukäsitteen osana 217, 218
markkinoille pääsyn esteet 78, 90, 104, 106

määräävän aseman tarkastelussa 155, 165
oligopolien tarkastelussa 55, 63, ks. myös jakso II.2.4.3
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.1.8
tutkimuksen lähtökohtana 12
yhteenveto 540, 545
SCP-malli
EU-oikeudessa 484
kilpailukäsitteen osana 218, 220
suhteessa peliteoriaan 37
Suomen oikeudessa 413
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.1.7
toimivan kilpailun määrittäjänä 119
yhteenveto 540
Toimiva kilpailu
EU-oikeudessa 453, 464, 484, 493, 514
Kantzenbach'n mallin kannalta 125–126
kilpailukäsitteen osana 201, 216, 218, 220
kilpailuoikeuden tavoitteena 48
kilpailupoliittisena kysymyksenä 198
oikeudellisena mallina 221
peliteorian kannalta 61
Saksan oikeudessa 229, 237, 295, 383, 386
suhteessa kilpailunvapausteoriaan 120
suhteessa uusklassiseen teoriaan 121, 122, 124, 125
Suomen oikeudessa 388, 391, 393, 394, 448, 449
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.4.1
yhteenveto 538–540, 571–572
Tuotemarkkinat
EU-oikeudessa 480, ks. myös jakso V.2.3.1
markkinavoiman määrittelyssä 146, 148
Saksan oikeudessa 246, 253–254, 283, 295, ks. myös jakso III.2.3.1
Suomen oikeudessa 422, 439, ks. myös jakso IV.2.1.1
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.5.2
verrattuna alueellisiin markkinoihin 140
yhteenveto 541
yrittäjän tehtävän kannalta 168
Täydellinen kilpailu
kilpailukäsitteen osana 216, 219–220
Saksan oikeudessa 228, 294–295, 383
SCP-mallin taustalla 36
suhteessa epätäydelliseen kilpailuun 49
suhteessa uusklassiseen teoriaan 122
taloudellisena käsitteenä ks. jakso II.2.1
taloudellisena mallitapauksena 29
yhteenveto 538

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on yhdessä kartellien kanssa tavanomaisin markkinoiden toimintahäiriö. Tämän ilmiön kontrolloiminen vaatii sekä taloustieteellistä että oikeustieteellistä osaamista, koska sekä yritysten että viranomaisten/tuomioistuinten on tiedettävä miten tällaisessa markkina-asemassa saa/ei saa toimia. Väärinkäytön kontrollointi vaatii myös käytettävissä olevien keinojen ja niiden kautta saatavien lopputulosten punnintaa. Kilpailuoikeus ei ole itsetarkoitus, vaan sillä tavoitellaan yhteiskunnan kannalta parasta mahdollista lopputulosta. Tehokkuuden kannalta tämä edellyttää varsin pitkälti markkinoiden automatiikan korostamista jo lähtökohtana olevan markkinatalouden takia.

Tässä tutkimuksessa aihepiiriä on lähestytty taloustieteen ja Saksan, Suomen sekä EU:n kilpailuoikeusnormistojen kautta. Näkökulma painottuu markkinoille pääsyn esteisiin, koska näiden poistaminen/pienentäminen avaisi markkinoita kilpailulle ja vähitellen johtaisi määräävän markkina-aseman murentumiseen. Tätä näkökulmaa on oikeudellisissakin ratkaisuissa painotettu, vaikka taipumusta on ollut varsinkin Suomessa myös äärimmäisen hankalaan monopolihinnoittelun kontrolliin. Ongelmaksi tosin osoittautuu se, mitä vaikutuksia viranomaisten toimilla voi olla markkinoille pääsyyn.

Tutkimuksessa ei tarkastella yrityskauppakontrollia, vaikka tätä kautta voidaan ainakin osittain ennaltaehkäistä määräävästä markkina-asemasta syntyviä ongelmia.

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
P. (09) 603 567, f. (09) 604 668
Sähköposti: sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 0356-7206
ISBN 951-855-184-7