SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 239

Petri Kuoppamäki

MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELY EY:N JA SUOMEN KILPAILUOIKEUDESSA

MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELY EY:N JA SUOMEN KILPAILUOIKEUDESSA

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 239

Petri Kuoppamäki

Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III lauantaina 10.5.2003 kello 10.

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
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-549-3

© 2003 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Petri Kuoppamäki

ISSN 0356-7206
ISBN 951-855-207-X

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2003

Evalle ja Kasparille

Esipuhe

Väitöskirjan tekijän tapana on tässä yhteydessä kuvata työprosessia, kiittää erinäisiä henkilöitä, ihmetellä kevään saapumista tai yrittää keksiä *vielä* jotain omaperäistä sanottavaa.

Ryhdyin kirjoittamaan tutkimusta Saksassa 1992, kunnes puhelinsoitto Suomesta muutti työni suunnan moneksi vuodeksi. Virka kilpailuneuvoston pääsihteerinä vuosina 1993–2002 siirsi päähuomioni lainkäyttöön ja kotimaisen oikeuskäytännön kehittämiseen. Väitöskirjatyö pääsi kunnolla uudestaan vauhtiin 1990-luvun puolivälin jälkeen. Jälkikäteen tarkastellen toimiminen kilpailuoikeuden erilaisissa käytännön tehtävissä lainkäytössä, kilpailuviranomaisessa ja asianajopuolella on ollut hyödyllistä myös tieteellistä tutkimusta silmällä pitäen. Kilpailuoikeus kuuluu niihin oikeudenaloihin, joilla teorian ja käytännön välisten vuorovaikutussuhteiden ymmärtäminen ei ole mahdollista ilman riittävän laajaa alan käytännön kokemusta. Se, mikä toimii myös käytännössä, on muodostanut yhden tämän työn peruslinjoista.

Väitöskirja on tehty osin muiden töiden ohella ja loma-aikoina, osin virkavapaana pääsihteerin tehtävistä. Tärkeää on ollut kilpailuneuvoston silloisen puheenjohtajan, oikeusneuvos, OTT Mikko Tulokkaan kannustava suhtautuminen. Saksan ja Brysselin kaudellani merkittävä asema oli Euroopan komission kilpailupääosaston kuulemismenettelyistä vastaavan neuvonantajan virasta eläkkeelle jääneellä Prof. Dr. Helmuth Schröterillä. Kaikkien työhön virikkeitä antaneiden koti- ja ulkomaisten, elävien tai kuolleiden juristien ja taloustieteilijöiden luetteleminen tässä yhteydessä ei ole mahdollista. Mainittakoon kuitenkin, että olen käynyt mielenkiintoisia keskusteluja mm. John Temple Langin, Martti Virtasen ja Franklin M. Fisherin kanssa. Tarkalleen ottaen tämän työn ajatuksia on vuosien varrella testattu hyvin laajassa auditoriossa sekä lainkäytön että yliopisto-opetuksen puitteissa Suomessa ja ulkomailla.

Väitöskirjatyötä on sen alkupuolella tehty Kansainvälisen talousoikeuden instituutissa, kunnes havaitsin, että sosiaalisten kontaktien minimoiminen tiiviiden kirjoitusjaksojen aikana kummasti parantaa työtehoa. Siirryttyäni vuosiksi kotikammiooni olen edelleen voinut hyödyttää KATTI:n palveluja, mistä kiitokset Veijo Heiskaselle, Pia Letto-Vanamolle ja koko KATTI:n henkilökunnalle. Oikeustieteen ylioppilaille Mette Vaittiselle ja Teemu Ruikalle lausun kiitokset teoksen työläästä oikoluvusta ja hakemistojen laadinnasta. LLM Jeremy Otis on tarkastanut englanninkielisen yhteenvedon kieliasun, mistä olen kiitollinen. Suomalainen Lakimiesyhdistys on ystävällisesti ottanut teoksen julkaisusarjaansa. Kiitän myös Gummerus Kirjapaino Oy:tä teoksen painamisesta.

Ottaen huomioon, ettei väitöskirjaa ole valmisteltu palkkatyönä kuin pieneltä osin, ratkaiseva merkitys on ollut taloudellisella tuella. Väitöskirjaa ovat apurahoillaan eri vuosina tukeneet Kulttuurirahasto, Kordelinin säätiö, Helsingin Sanomain 100-vuotissäätiö, Olga ja Kaarle Oskari Laitisen Säätiö, Suomen Lakimiesliitto ry sekä kauppa- ja teollisuusministeriö. Haluan kiittää tässä yhteydessä myös Asianajotoimisto Castrén & Snellmania.

Dekaani, professori Olli Mäenpää oli mitä kärsivällisin työnohjaaja. Tekstejä ei vaadittu esiluettaviksi, vaan ne toimitettiin kerralla siinä vaiheessa, kun tutkija itse katsoi tuon ajan koittaneen. Mikko Tulokas toimi toisena esitarkastajana esittäen joukon arvokkaita rakenteellisia ja kielellisiä korjausehdotuksia, joiden toteuttaminen on nostanut tutkimuksen tasoa. Toinen esitarkastaja, professori Matti Rudanko lupautui myös vastaväittäjäksi yhdessä dosentti, KTT Martti Virtasen kanssa. Esitän kaikille parhaimmat kiitokseni.

Suurimman kiitoksen ansaitsevat ne, jotka ovat suurimmat uhraukset tehneet. He ovat vaimoni Eva ja poikani Kaspar.

Helsingissä 2. päivänä maaliskuuta 2003

Petri Kuoppamäki

Sisällys

ESIPUHE VII
SISÄLLYS IX
LÄHDEAINEISTO XXX
Virallisaineisto XXX
Monografiat XXXIV
Artikkelit XLVII
Oikeustapaukset LXXIII
LYHENTEET LXXXIX

A. YLEINEN OSA: METODISIA KYSYMYKSIÄ JA MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYN TEOREETTINEN PERUSTA 1

I JOHDANTO MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYN TARKASTELUUN 3
1. Tutkimuksen tavoitteet ja toteuttamistapa 5
1.1 Keskeiset kysymykset 5
1.2 Metodikysymyksiä 9
1.3 Tutkimuksen rakenne 13
1.4 Yhteenveto 16
2. Kilpailuoikeus oikeudenalana 21
2.1 Oikeudenalan kuvaus 21
2.1.1 Kilpailuoikeus suppeassa ja laajassa merkityksessä 21
2.2 Kilpailuoikeuden tulkintaperiaatteista 23
3. Kilpailuoikeuden tavoitteista 28
3.1 Tavoitekolmio tehokkuus – vapaus – oikeudenmukaisuus 31
3.1.1 Taloudellinen tehokkuus ja hyvinvointi 31
3.1.1.1 Allokatiivinen tehokkuus 32
3.1.1.2 Produktiivinen tehokkuus 36
3.1.1.3 Dynaaminen tehokkuus 36
3.1.1.4 Valinta tehokkuuden lajien kesken 38
3.1.2 Vapaus 38
3.1.2.1 Kilpailuvapaus 38
3.1.2.2 Kilpailuvapauden suhteesta sopimus- ja elinkeinovapauteen 40
3.1.2.3 Hajautetun päätöksentekojärjestelmän ja demokratian turvaaminen 42

3.1.2.4 Kilpailuoikeus markkinatalouden "perustuslakina" 44
3.1.3 Oikeudenmukaisuus 47
3.1.3.1 Onko oikeudenmukaisuudella itsenäistä merkitystä kilpailuoikeudessa? 47
3.1.4 Tulonsiirrot kuluttajilta kilpailunrajoitukseen osallisille yrityksille 49
3.1.4.1 Tulonsiirrot – puolesta ja vastaan 50
3.1.5 Yhteenveto 55
3.2 EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet 55
3.2.1 Kilpailutavoite 58
3.2.2 Integraatiotavoite 59
3.2.3 Reiluustavoite? 61
3.3 Kilpailunrajoituslain tavoitteet 62
3.3.1 Terve ja toimiva taloudellinen kilpailu 63
3.3.1.1 Toimiva kilpailu 63
3.3.1.2 Terve kilpailu 64
3.3.2 Kuluttajien etu 65
3.3.3 Miten suhtautua tulonsiirtoihin kuluttajilta monopoliyritykselle? 67
3.3.4 Elinkeinon harjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta rajoituksilta 73
3.3.4.1 Säännöksen tulkintaa 74
3.3.4.2 Kilpailun institutionaalisen ja individuaalisen suojan välisestä suhteesta 74
3.3.5 Vuoden 1992 ja 1998 kilpailunrajoituslaista ilmenevät lisätavoitteet 76
3.3.5.1 Väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen 76
3.4 Yhteenvetoa 77
4. Taloustieteen soveltamisen erityiskysymyksiä 79
4.1 Täydellisestä kilpailusta monopoliin 79
4.2 Toimiva kilpailu 81
4.3 Markkinarakenne, markkinakäyttäytyminen ja markkinatuloksen kilpailun mittareina 83
4.4 Eri markkinarakenteissa sovellettavat kilpailuoikeudelliset instrumentit 84
4.5 Dynaamisen tarkastelun tarve 88
4.6 Taloustiede ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn optimaalisuus 89
4.7 Markkinavoima ja tehokkuus 90

II KILPAILUTEORIA JA KILPAILUPOLITIIKKA 93
1. Johdanto 95
1.1 Kilpailuteorian ala 96
1.2 Kilpailupolitiikan ala 98
1.3 Voidaanko rajaa kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä määritellä? 98
1.4 Miksi kilpailuteoriaa koskeva jakso? 99
2. Taloudellisen kilpailun käsitteen ja funktioiden tarkastelua 108
2.1 Kilpailun yleisestä merkityksestä markkinataloudessa 108
2.2 Taloudellisen kilpailun käsitteestä 112
2.2.1 Alustava määritelmä 112
2.2.2 Kilpailu olosuhteena 114
2.2.3 Kilpailu prosessina 115
2.2.4 Kilpailun intensiteetti 116
2.2.5 Kilpailuvapaus 118
2.2.6 Kilpailu instituutiona ja päätöksentekomekanismina ... 119
3. Kokoavia näkökohtia kilpailuteorian kehityksestä 121
4. Klassinen kilpailuteoria 123
4.1 Klassisen kilpailuteorian keskeisiä piirteitä 125
4.2 Smith ja kilpailupolitiikka 127
4.3 Arvoperusta 128
4.4 Arviointia 129
5. Neoklassinen kilpailuteoria 130
5.1 Täydellinen kilpailu 131
5.2 Pareto-optimi 132
5.3 Oletus markkinavoiman puuttumisesta 133
5.4 Täydellinen kilpailu verrattuna monopoliin 133
5.5 Täydellisen kilpailun kritiikki 134
5.5.1 Positiivinen kritiikki 135
5.5.2 Normatiivinen kritiikki 138
5.6 Täydellisen kilpailun teorian nykyisestä merkityksestä 140
6. Epätäydellinen ja monopolistinen kilpailu 142
7. Toimiva kilpailu 145
8. Dynaaminen kilpailu 151
8.1 Schumpeter-kilpailu 151
8.2 Borchertin ja Grossekettlerin testi 153
8.3 Arviointia 155
9. Harvardin koulukunta 156
9.1 SCP-malli 157
9.2 Alallepääsyn esteiden laaja tulkinta 159
9.3 SCP-lähestymistavan monipuolistuminen 161
10. Chicagon koulukunta 164

10.1 Toimenpideohjelma 165
10.2 Taloudellinen tehokkuus ainoana päämääränä 166
10.3 Täydellinen kilpailu pitkällä aikavälillä 169
10.4 Alallepääsyn esteiden supppea tulkinta 170
10.5 Koulukunnan nousu, valta-asema ja lasku 171
10.6 Post-Chicago 174
11. Uusitävaltalaisuus 178
11.1 Normatiiviset lähtökohdat 179
11.2 Kilpailupoliittiset suositukset 181
11.3 Arviointia 183
11.4 Systeemiteoreettinen koulukunta 186
12. Ordoliberalismi 189
12.1 Arvoperusta 190
12.2 Ordoliberaalien kilpailupolitiikkaa koskevat suositukset 191
12.3 Ordoliberaalin talousajattelun keskeisiä piirteitä 193
12.3.1 Taloudellinen konstituutio 194
12.3.2 Taloudellisen päätöksenteon periaatteet 197
12.3.3 Vertailu suunnitelmatalouteen ja keskussuunnitteluun ... 199
12.4 Ordoliberalismin arviointia 201
13. Johtopäätöksiä 205
13.1 Täydellisen kilpailun mahdottomuus – toimivan kilpailun tavoite 205
13.2 Kilpailuteoria, kilpailupolitiikka ja yhteiskunnalliset arvostukset 206
13.3 Kilpailuteorian käytännön merkityksestä kilpailupolitiikan muovautumisessa 209
13.4 Eräitä johtopäätöksiä kilpailuoikeudellisen metodin kannalta 213

III MARKKINAVOIMAN TEOREETTISTA TARKASTELUA 217
1. Markkinavoiman käsitteen määrittelyä 219
1.1 Markkinavoiman alustavaa määrittelyä 219
1.2 Horisontaalinen ja vertikaalinen markkinavoima 221
1.3 Kotimainen kilpailuoikeudellinen kirjallisuus 222
1.4 Eroaako markkinavoima määräävästä asemasta? 225
1.5 Vaihtoehtoisia tapoja määritellä markkinavoima 228
1.5.1 Mahdollisuus hinnoitella rajakustannusten yläpuolelle 228
1.5.2 Markkinavoima markkinoiden rakenteen kannalta 230
1.5.3 Mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle 231
1.5.4 Riippuvuussuhteen merkitys 231

2. Määräävän markkina-aseman teoreettista tarkastelua 232
2.1 Eklektinen lähestymistapa määräävään asemaan 232
2.2 M. Virtasen eklektinen teoria 234
2.2.1 Kritiikkiä 238
3. Oman eklektisen mallin peruslähtökohdat 242
3.1 Hintavalta 246
3.1.1 Neoklassinen määritelmä vertailukohtana 246
3.1.2 Hintajohtajuus 247
3.1.3 Ylihinnoittelun pysyvyys 250
3.1.4 Monopolin varjo 252
3.2 Määräävä markkina-asema rakenteellisessa tarkastelussa 256
3.2.1 Kuinka korkea markkinaosuus viittaa määräävään asemaan? 257
3.2.2 Alallepääsyn esteet 259
3.2.3 Yrityksiä dynamisoida rakenteellista tarkastelua 260
3.2.3.1 Kilpailuedun elinkaari 260
3.2.3.2 Markkinoiden koeteltavuus 262
3.2.3.3 Michael E. Porterin viisi voimaa 266
3.3 Mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle ... 268
3.3.1 Strategisen tarkastelun lähtökohtia 269
3.3.2 Hintoja nostava ja kilpailijoita poissulkeva markkinavoima 270
3.3.3 Määräävässä asemassa olevan yrityksen keinot vaikeuttaa kilpailijoiden markkinoillepääsyä 272
3.3.4 Uusi talous ja strateginen kilpailu 276
3.3.5 Strategisen kilpailuanalyysin haasteita 277
3.4 Kauppakumppanin riippuvuus 279
3.4.1 Sopimusvoima, markkinavoima ja monopolivoima 280
3.4.2 Relatiivisen markkinavoiman tilanteita 282
3.4.2.1 Merkkikohtainen markkinavoima 282
3.4.2.1.1 Merkkikohtainen markkinavoima ja intra-brand rajoitukset 284
3.4.2.1.2 Merkkikohtainen markkinavoima ja inter-brand rajoitukset 284
3.4.2.1.3 Jälkimarkkinat 285
3.4.2.1.4 Suhdespesifi markkinavoima 288
3.4.3 Pakollinen kauppakumppani 288
3.4.4 Kauppakumppanin mahti 289
3.4.5 Vastavoiman merkitys tasapainottavana tekijänä 292
4. Markkinavoiman mittaaminen 297
4.1 Suorat tavat mitata markkinavoimaa 298
4.1.1 Hintamarginaali 298

4.1.1.1 Lernerin indeksi 299
4.1.2 Kysyntäjousto 304
4.1.3 Muu markkinavoimaa osoittava käyttäytyminen 311
4.1.4 Markkinatulokset 313
4.2 Markkinoiden rakenteellinen tarkastelu 316
4.2.1 Keskittymisindeksit 317
4.2.1.1 Neljän yrityksen markkinaosuus 317
4.2.1.2 Herfindahl-Hirschman-indeksi 317
4.2.2 Relevanttien markkinoiden määrittely 319
4.2.3 Markkinamäärittelyn ongelmia 324
4.2.4 Potentiaalinen kilpailu ja alallepääsyn esteet 326
4.3 Johtopäätöksiä 328
5. Kollektiivinen markkinavoima 332
5.1 Kollektiivisen markkinavoiman sääntelyyn liittyvien ongelmien kuvausta 332
5.2 Kartellit 335
5.2.1 Miksi kartelleihin puututaan kilpailulainsäädännöllä? 336
5.2.2 Kartellin pitkäikäisyyden ja markkinavoiman edellytykset 340
5.2.2.1 Kartellihyödyke 341
5.2.2.2 Yritysten lukumäärän merkitys kartellin toimivuudelle 343
5.2.2.3 Huijauksen ongelma 347
5.2.2.4 Kartellin taloudellinen kannattavuus 349
5.2.2.5 Kartellin pystyssä pitäminen 351
5.2.2.6 Huijausta koskevia paljastamis- ja rankaisumekanismeja 352
5.2.3 Kartellien kesto 356
5.3 Ei-kooperatiivinen oligopoliteoria – yhteinen määräävä markkina-asema? 358
5.3.1 Cournotin oligopolimalli 360
5.3.2 Bertrandin malli 362
5.3.3 Stackelbergin malli 363
5.3.4 Keskittymis-kolluusiohypoteesi 364
5.3.5 Oligopolien mallintaminen peliteorian avulla 367
6. Markkinavoiman hyvinvointivaikutukset 375
6.1 Tarkastelun lähtökohtia 375
6.2 Markkinavoima ja elinkeinotoiminnan tehokkuus 377
6.2.1 Allokatiivinen tehokkuustappio 377
6.2.2 Markkinavoiman vaikutukset tuotannolliseen tehokkuuteen 387

6.2.2.1 X-tehottomuus 387
6.2.2.2 Tehokkuushypoteesi 388
6.2.2.3 Keskustelua 389
6.2.3 Määräävä asema ja dynaaminen tehokkuus 391
6.2.3.1 Dynaaminen tehottomuus 391
6.2.3.2 Schumpeter-monopoli 392
6.2.3.3 Keskustelua 393
6.3 Määräävän aseman tavoittelusta ja puolustamisesta aiheutuvat ylimääräiset kustannukset 395
6.3.1 Markkinoiden sisäiset tavat puolustaa määräävää asemaa 398
6.3.2 Markkinoiden ulkoiset tavat tavoitella ja puolustaa määräävää asemaa (rent seeking) 399
6.4 Tulonsiirrot kuluttajilta monopoliyritykselle 405
6.5 Systeemiset haittavaikutukset 407
7. Taloudellisen vallan käsitteestä 410
7.1 Taloudellinen valta ja sen suhde markkinavoimaan 410
7.2 Taloudellisen vallan käsitteestä 411
7.2.1 Joitakin taloudellisen vallan määritelmiä 412
7.2.2 Aktiivinen ja passiivinen valta 416
7.2.3 Vallan pysyvyys 416
7.3 Taloudellisen vallan dimensiot 420
7.3.1 Vallan lähteet 420
7.3.2 Vallan välineet 423
7.3.3 Vallan rajoitteet 424
7.3.4 Taloudellisen vallan ilmenemisalueet 426
7.3.5 Douglas F. Greerin luokittelu 428
7.4 Potentiaalisia tutkimuskohteita 431

B. OIKEUSDOGMAATTINEN OSA: KILPAILUOIKEUDELLISET MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYKEINOT 435

I KOLLEKTIIVISEN MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELY KARTELLIKIELLON AVULLA 437
1. Kartellikiellon perusteet 439
1.1 Tutkittavat kysymykset 439
1.2 Tekniset profiilit 440
1.3 Kartellikiellon tunnusmerkistöstä EY:ssä ja Suomessa 443
1.3.1 Eräitä yleisiä kartellityyppejä; päätöskartta 443
1.3.1.1 Kartellityyppejä 443
1.3.1.2 Esimerkki hyödyllisestä yhteistyöstä 447

1.3.1.3 Päätöskartta 449
1.3.2 Kilpailulainsäädännön yleinen soveltamisala 450
1.3.2.1 Elinkeinonharjoittajan käsite EY:ssä ja Suomessa 450
1.3.2.1.1 Konsernisuhteet ja kauppaedustajat 451
1.3.2.1.2 Rajanveto viranomaistoimintaan 452
1.3.2.2 Työmarkkinat 456
1.3.2.3 Maatalous 458
1.3.3 Sopimus, yhteenliittymän päätös ja yhdenmukaistettu menettelytapa 460
1.3.3.1 Sopimuskriteeri 460
1.3.3.2 Elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän päätös 461
1.3.3.2.1 Yhteenliittymän määritelmä 461
1.3.3.2.2 Toimialajärjestöjen hintasuositukset 466
1.3.3.3 Yhdenmukaistettu toiminta 467
1.3.4 Kilpailun rajoittumisen tuntuvuus 471
1.3.5 Kauppavaikutuskriteeri 475
1.3.6 EY:n kilpailuoikeuden ja kansallisen lain välisestä nykyisestä suhteesta 478
2. Miten sallia hyödylliset sopimukset? 488
2.1 Sopimuskriteerin laajuuden ongelma ja sen ratkaiseminen 488
2.2 Rule of reason 489
2.3 Yksittäispoikkeukset 494
2.3.1 Poikkeusluvan myöntämisen edellytykset 496
2.3.1.1 Tehokkuuskriteeri 496
2.3.1.2 Hyötyjen siirtyminen 497
2.3.1.3 Suhteellisuuskriteeri 497
2.3.1.4 Kilpailun säilyminen 498
2.3.2 Kilpailuviranomaisen harkintaa ohjaavat periaatteet 499
2.3.3 Kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan legaalipoikkeuksen suhde yksittäispoikkeuksiin 500
2.4 Rajanveto horisontaalisten ja vertikaalisten sopimusten välillä 503
2.4.1 Määrähinnoittelu – vertikaalinen kartelli? 505
2.4.2 Muut kuin hinnoittelua koskevat vertikaaliset rajoitukset 510
2.5 EY:n uuden mallin mukaiset ryhmäpoikkeusasetukset 513
2.5.1 Vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus ja suuntaviivat 517

2.5.2 Horisontaaliset ryhmäpoikkeukset ja suuntaviivat 523
2.5.2.1 Tutkimus- ja kehityssopimukset 523
2.5.2.2 Erikoistumissopimukset 526
2.5.2.3 Horisontaalisia sopimuksia koskevat suuntaviivat 527
2.5.3 Arviointia 530
2.5.3.1 Ryhmäpoikkeusten alaa koskevia huomioita 530
2.5.3.2 Markkinavoiman huomioon ottaminen asetuksissa 531
3. Miten saada kiinni paljaat kartellit? 535
3.1 Kartellien renessanssi? 535
3.2 Kilpailupoliittinen dilemma: nimenomainen ja hiljainen kolluusio 538
3.3 EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö 539
3.3.1 Väriainejuttu 540
3.3.1.1 Päätöksen keskeinen sisältö 540
3.3.1.2 Tuomion lopputuloksen arviointia 542
3.3.1.3 Tuomion perustelujen kritiikkiä 542
3.3.2 Sellutapaus 545
3.3.2.1 Komission päätös 545
3.3.2.2 EY:n tuomioistuimen päätös 546
3.3.2.3 Arviointia 547
3.3.3 Ratkaisuja 1990-luvulla 549
3.3.3.1 Valkoisten pisteiden ongelma 549
3.3.3.2 Ratkaisu valkoisten pisteiden ongelmaan: kartellin tarkasteleminen jatkumona 550
3.3.3.3 Polypropyleenikartelli 552
3.3.3.4 Yhteenvetoa yhdenmukaistetun toimenpiteen käsitteestä 558
3.3.4 Tietojenvaihtokartellit 561
3.3.4.1 UK Agricultural Tractor Exchange 562
3.3.4.2 Tapauksen arviointia 564
3.3.4.3 Johtopäätöksiä 566
3.4 Kilpailunrajoituslain 6 §:ää koskevan oikeuskäytännön kehittyminen 567
3.4.1 Varhaisia poikkeusluparatkaisuja 568
3.4.2 Valio I 571
3.4.3 Kartellikiellon sisällön vakiintuminen Finnpap-päätöksessä 573
3.4.3.1 Kartellikiellon oikeudellinen luonne; näyttö vahingollisista vaikutuksista 574

3.4.3.2 Kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan tulkinta ... 576
3.4.4 Puukauppaa koskeneet ratkaisut ... 577
3.4.4.1 Taustaa ... 578
3.4.4.2 MTK:n poikkeuslupahakemus ... 579
3.4.4.3 Puun ostajien kielletty tietojenvaihto ... 582
3.4.5 Tarjouskartelleja koskevia ratkaisuja ... 587
3.4.6 TLO-tapaus ... 593
3.5 Vertailua Yhdysvaltain oikeuskäytäntöön ... 595
3.5.1 Kartellin toteen näyttäminen ... 597
3.5.2 Tietojenvaihto ... 598
3.5.3 Turnerin ja Posnerin ratkaisuehdotukset ... 601
3.5.3.1 Turnerin ehdotus oligopolien pilkkomisesta ... 602
3.5.3.2 Posnerin ehdotus pelkän taloudellisen näytön hyväksymisestä ... 604
3.5.3.3 Oma kannanotto ... 609
3.6 Kartellien selvittäminen – vertailua ekonomistin ja poliisin lähestymistavan välillä ... 611
3.7 Kilpailunrajoituslain 9 §:n soveltaminen ... 614
3.8 Kartellikiellon osumatarkkuudesta ... 616

II MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ ... 623
1. Määräävän aseman väärinkäyttönormin asema kilpailuoikeudellisessa järjestelmässä ... 625
1.1 Miksi määräävässä asemassa olevien yritysten käyttäytymistä halutaan valvoa? ... 625
1.2 Vaihtoehtoisia tapoja säännellä määräävää asemaa ... 628
1.3 Jatkotarkastelun tarkoitus ... 630
2. Määräävä markkina-asema ... 632
2.1 Määräävän markkina-aseman määritelmä Rooman sopimuksen 82 artiklan mukaan ... 632
2.1.1 Komission alkuperäinen lähestymistapa ... 634
2.1.2 EY:n tuomioistuimen määritelmä ... 635
2.2 Määräävä markkina-asema kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan ... 636
2.3 Alustavaa vertailua EY:n ja Suomen määritelmien välillä ... 637
2.4 Markkinarakenne, markkinakäyttäytyminen ja markkinatulokset ... 638
3. Markkinoiden määrittely ... 641
3.1 Markkinamäärittelyn funktiot kilpailuoikeudessa ... 641
3.2 Hyödykemarkkinat ... 643

3.2.1 Tarkastelun lähtökohtia 643
3.2.1.1 Vaihdettavuuden aste 645
3.2.1.2 Käyttötarkoitus 647
3.2.1.3 Kysynnän ja tarjonnan rakenne 648
3.2.1.4 Erilliset markkinat raaka-aineille 649
3.2.1.5 Määräävän aseman väärinkäyttö läheisillä tuotemarkkinoilla 650
3.2.1.6 Merkkikohtainen markkinoiden määrittely 651
3.2.1.7 Tarjonnan korvaavuus 655
3.2.2 EY:n komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto 657
3.2.3 Yhteenveto 660
3.3 Relevantit hyödykemarkkinat suomalaisessa ratkaisukäytännössä 661
3.3.1 Tarkastelun lähtökohdat 662
3.3.2 Puhelumarkkinoita koskeva esimerkki 663
3.3.3 Suppeita markkinamäärittelyjä 667
3.4 Maantieteelliset markkinat 668
3.4.1 Ratkaisukäytäntöä 669
3.4.2 Yhteismarkkinoiden oleellinen osa 673
3.4.3 Kauppavaikutuskriteeri 674
3.4.4 Relevantit maantieteelliset markkinat suomalaisessa oikeuskäytännössä 676
3.5 Markkinoiden ajallinen ulottuvuus 680
3.6 Relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevia johtopäätöksiä 682
3.6.1 Hyödykemarkkinat 684
3.6.2 Maantieteelliset markkinat 686
3.6.3 Lainkäytön kontrolloiva rooli ja merkitys oikeussuojan antajana 688
4. Määräävään asemaan vaikuttavia tekijöitä 692
4.1 Markkinaosuuden merkitys kilpailuoikeudessa 692
4.1.1 Markkinaosuuden merkitys EY:n kilpailuoikeudessa 692
4.1.2 Kotimaista oikeuskäytäntöä 696
4.1.3 Yhteenvetoa markkinaosuuden merkityksestä 697
4.2 Alallepääsyn esteet ja potentiaalinen kilpailu 701
4.3 Tekniset resurssit 707
4.4 Yrityksen koko ja taloudelliset resurssit 710
4.5 Immateriaalioikeudet 713
4.6 Yrityskohtaisen riippuvuuden merkitys 713
4.6.1 Ongelman kuvaus 713

4.6.2 Pakollinen kauppakumppani 717
4.6.3 Hugin-tapaus 719
4.6.4 EY:n uudempaa oikeuskäytäntöä 722
4.6.5 Vertailua eräiden EU-maiden kilpailuoikeuteen 724
4.6.6 Vertailua Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen 726
4.6.7 EY:ssä vallitsevan oikeustilan arviointia 731
4.6.8 Yrityskohtaisen riippuvuussuhteen merkitys kilpailunrajoituslain kannalta 734
4.6.8.1 Digital 734
4.6.8.2 Lukiolaisten kirjakauppa 735
4.6.8.3 Yhteenvetoa 739
4.7 Markkinakäyttäytymisen yleinen merkitys 741
4.8 Markkinatulokset 743
4.9 Riippuvuussuhteen kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn liittyvä ongelma 744
5. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö 747
5.1 Yleistä väärinkäyttökiellon sisällöstä 747
5.1.1 Väärinkäyttövalvonnan keskeinen sisältö 747
5.1.2 Väärinkäyttövalvonnan tavoitteista EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa 749
5.1.3 Väärinkäytön määrittämiseen liittyviä ongelmia 753
5.1.3.1 Väärinkäyttökiellon suhteesta sopimusvapauteen 754
5.1.3.2 Kauppakumppaneihin kohdistuva väärinkäyttö 756
5.1.3.3 Kilpailijoihin kohdistuva väärinkäyttö 758
5.2 Väärinkäytön yleiset opit – vaihtoehtoisia lähestymistapoja ... 758
5.2.1 EY:n integraatio ja markkinoiden avaaminen 759
5.2.2 Määräävässä asemassa olevan yrityksen "erityinen vastuu" ja suhteellisuusperiaate 761
5.2.3 Suorituskilpailu 765
5.2.4 Intressivertailu 770
5.2.5 Tehokkuustarkastelu 772
5.3 Lainkäyttäjän näkökulma 776
5.4 Määräävä asema ja väärinkäyttö, kausaliteetti ja lähimarkkinat 778
6. Väärinkäyttötyypit kilpailuoikeudessa 782
6.1 Liikesuhteesta kieltäytyminen ilman asiallista syytä 782
6.1.1 Liikesuhteesta pidättäytyminen Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa 784
6.1.2 Varhainen liikesuhteesta pidättäytymistä koskeva EY:n käytäntö 787

6.1.3 Avainaseman hallinta ... 791
6.1.3.1 Yhdysvaltain kilpailuoikeus esikuvana ... 795
6.1.3.2 Doktriinin omaksuminen EY:n kilpailuoikeudessa ... 799
6.1.3.2.1 Ensimmäiset satamatapaukset ... 800
6.1.3.2.2 Tapauskäytännön laajentuminen ... 803
6.1.3.3 Tapaus Oscar Bronner ... 806
6.1.3.3.1 Tapauksen tosiseikat ... 806
6.1.3.3.2 Käsittely EY:n tuomioistuimessa ... 807
6.1.3.3.3 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus ... 809
6.1.3.3.4 EY:n tuomioistuimen ratkaisu ... 812
6.1.3.3.5 Tapauksen arviointia ... 815
6.1.3.4 Yhteenvetoa toimituskieltotapauksista ... 820
6.1.4 Suomen oikeus ... 824
6.1.4.1 Tapauskäytäntöä ... 825
6.1.4.2 Selektiivinen jakelu ... 826
6.1.4.3 Kilpailunrajoituslain 9 §:ää koskevasta käytännöstä ... 828
6.1.4.4 Yhteenveto ... 829
6.2 Immateriaalioikeudet ... 831
6.2.1 Eräitä huomioita immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välisestä rajapinnasta ... 831
6.2.2 Uusi talous, verkostoituminen ja informaation kasvava merkitys ... 833
6.2.3 Toimivan kilpailun ja immateriaalioikeuden yhteensovittaminen ... 835
6.2.4 EY:n käytäntöä ... 841
6.2.5 Kotimaista käytäntöä ... 847
6.2.6 Yhteenveto ... 852
6.3 Kilpailua rajoittavat vertikaaliset sopimusehdot ... 853
6.3.1 Yksinomaisuussopimukset ... 854
6.3.1.1 EY:n kilpailuoikeus ... 858
6.3.1.2 Kilpailunrajoituslaki ... 860
6.4 Sidonta ... 866
6.4.1 Sidonnan motiiveista ja vaikutuksista ... 866
6.4.2 Eräitä amerikkalaisia tapauksia ... 871
6.4.3 EY:n kilpailuoikeus ... 872
6.4.4 Suomen kilpailuoikeus ... 874
6.4.5 Teknologinen sidonta ... 875
6.4.6 Yhteenvetoa ... 880
6.5 Jälleenmyynti- ja käyttörajoitukset ... 881
6.6 Poissulkemiseen tähtäävä viranomaisvaikuttaminen ... 882

6.7 Julkisten yritysten tehokkuus ja liitännäisten alamarkkinoiden monopolisoiminen 885
6.8 Määräävän aseman vahvistaminen yrityskaupan avulla 888
6.8.1 Continental Can 888
6.8.2 Komission epävirallinen käytäntö 889
6.8.3 Tetra Pak I 891
6.8.4 Philip Morris 894
6.8.5 Nykytila 895
6.8.6 Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen yrityskauppatilanteisiin kansallisella tasolla 897
6.8.6.1 Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklat 897
6.8.6.2 Kilpailunrajoituslain 7 § 899
6.9 Kilpailua rajoittava ja kohtuuton hinnoittelu 903
6.10 Hintasyrjintä 904
6.10.1 Hintasyrjinnän motiiveista ja vaikutuksista 904
6.10.2 EY:n kilpailuoikeus 908
6.10.2.1 Alueellinen hintasyrjintä 908
6.10.2.2 Hintaruuvi 910
6.10.2.3 Kansallisuuteen perustuva syrjintä 912
6.10.3 Kotimaista käytäntöä 915
6.10.4 Kilpailuun vastaaminen 919
6.10.5 Kielletyt ja sallitut alennuskäytännöt 923
6.10.5.1 Määräalennukset 924
6.10.5.2 Funktionaaliset alennukset 926
6.10.5.3 Uskollisuusalennukset 929
6.10.5.4 Tavoitealennukset 932
6.10.5.5 Sitovat alennukset 936
6.11 Saalistushinnoittelu 944
6.11.1 Vaihtoehtoisista saalistushinnoittelun määrittelytavoista 949
6.11.2 Saalistamisen kriteerit oikeuskäytännön valossa 955
6.11.2.1 EY:n oikeuskäytäntöä 955
6.11.2.2 Kotimaisesta käytännöstä 958
6.11.3 Onko hintasodan kustannusten takaisinsaantia koskevan näytön edellyttäminen järkevää? 960
6.12 Ristisubventointi 966
6.12.1 EY:n kilpailuoikeus 967
6.12.2 Kotimainen kilpailuoikeus 970
6.13 Monopolihinnoittelu 971
6.13.1 EY:n kilpailuoikeus 971
6.13.2 Kilpailunrajoituslaki 978
6.13.3 Vuoden 2001 tele- ja energiamarkkinatapaukset 981

6.13.3.1 Puhelinyhtiöiden verkkohinnoittelu 982
6.13.3.2 Helsingin ja Kuopion Energia 984
6.13.4 Kokoavia huomioita kilpailuviranomaisten mahdollisuuksista vaikuttaa hinnoitteluun määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla 987
7. Yhteinen määräävä markkina-asema ja sen väärinkäyttö 992
7.1 Yhteisen määräävän markkina-aseman oikeudellinen ja taloudellinen merkityssisältö 992
7.1.1 Ongelman kuvaus 992
7.1.2 EY:n komission julkaisemat tutkimukset 996
7.1.3 Oligopolin sisäinen ja ulkoinen kilpailu: vallan symmetrinen kaksineuvoisuus 998
7.2 EY:n kilpailuoikeus 1000
7.2.1 Yhteisen määräävän aseman käsitteen kehittyminen EY:n kilpailuoikeudessa 1000
7.2.2 Yhteisen määräävän aseman yleiset edellytykset 1002
7.2.3 Voivatko yritykset olla yhteisessä määräävässä asemassa ilman taloudellisia siteitä? 1004
7.2.4 Mitä voi olla yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö? 1008
7.2.4.1 Institutionaalinen yhteistyö – esimerkkinä tapaus *Irish Sugar* 1008
7.2.4.2 CMB ja Cewal 1012
7.2.4.3 Voidaanko kilpailijoiden seuraamiseen ja signalointiin puuttua 82 artiklan nojalla? 1015
7.3 Yhteinen määräävä asema kilpailunrajoituslain perusteella 1019
7.3.1 Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsite 1019
7.3.2 Oikeuskirjallisuus 1025
7.3.3 Johtopäätöksiä lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden perusteella 1028
7.3.4 Systemaattisia näkökohtia 1029
7.3.4.1 Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsitteen suhde kartellikieltoon 1029
7.3.4.2 Oligopolistinen interdependenssi 1030
7.3.4.3 EY:n kilpailuoikeuden tulkintavaikutus 1031
7.3.5 Kotimainen oikeuskäytäntö 1034
7.4 Johtopäätöksiä 1037
7.4.1 Kartellin ja määräävän aseman välisen eron liukuvuus 1039
7.4.2 Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon ongelmia 1041
7.4.2.1 Taloudelliset siteet ja elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä 1042

7.4.2.2 "Puhtaat" oligopolitilanteet 1043

III YRITYSKAUPPOJEN AINEELLISOIKEUDELLINEN ARVIOINTI 1047
1. Yrityskaupat kilpailupoliittisessa voimakentässä 1049
1.1 Johdannoksi 1049
1.2 Yrityskauppojen vaikutuksista kilpailun toimivuudelle 1050
1.2.1 Miksi yrityskauppoja tehdään? 1050
1.2.2 Horisontaaliset yrityskaupat 1052
1.2.3 Vertikaaliset yrityskaupat 1054
1.2.4 Monialayrityskaupat 1055
1.2.5 Keskittynyt markkinarakenne ja kansantalouden tehokkuus 1056
1.2.6 Kilpailupolitiikan päävaihtoehdot yrityskauppojen sääntelyssä 1058
1.3 Tekniset profiilit 1060
1.3.1 EY:n sulautuma-asetus (4064/89) 1060
1.3.2 Kotimaiset yrityskauppasäännökset 1067
1.4 Kysymyksenasettelun tarkennusta 1070
2. Määräävä markkina-asema yrityskauppavalvonnassa 1075
2.1 Määräävän aseman määritelmä EY:n sulautuma-asetuksessa 1075
2.1.1 Yleistä 1075
2.1.2 Määräävä asema ja kilpailun merkittävä estyminen 1076
2.1.2.1 Määräävän aseman määritelmä asetuksessa 1076
2.1.2.2 Tehokkaan kilpailun merkittävä estyminen ... 1076
2.1.2.3 Arviointiin vaikuttavat tekijät 1081
2.1.2.3.1 Kilpailupoliittinen tavoitelausuma 1082
2.1.2.3.2 Kilpailuvaikutusten kokonaisarviointi 1082
2.1.2.3.3 EY:n ulkopuolinen kilpailu 1083
2.1.2.3.4 Määräävään asemaan vaikuttavat tekijät 1083
2.1.2.3.4.1 Markkinaosuus 1083
2.1.2.3.4.2 Taloudellinen ja rahoituksellinen vahvuus 1084
2.1.2.3.4.3 Vertikaalinen integraatio ja kauppakumppanin vaihtoehdot 1084
2.1.2.3.4.4 Alallepääsyn esteet 1084

2.1.2.3.4.5 Kysyntä- ja tarjontatrendit 1085
2.1.2.3.4.6 Väli- ja loppukäyttäjien edut. Tekninen ja taloudellinen kehitys 1085
2.1.2.3.4.7 Muut tekijät 1085
2.2 Yrityskaupan kieltäminen ja ehtojen asettaminen kilpailunrajoituslain mukaan 1086
2.2.1 Määräävän markkina-aseman syntyminen ja vahvistuminen 1087
2.2.2 Kilpailun merkittävä estyminen 1088
3. Oikeuskäytäntö määräävän aseman arvioimisessa 1090
3.1 Määräävä asema ja kilpailun merkittävä estyminen 1090
3.1.1 Komission käyttämä määritelmä 1090
3.2 Horisontaaliset yrityskaupat 1092
3.2.1 De Havilland -tapaus 1092
3.2.2 Yrityskeskittymän saavuttaman monopolivoiman arviointi 1094
3.2.2.1 Markkinaosuuden merkitys 1094
3.2.2.2 Rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus 1098
3.2.2.3 Portfoliovoima 1099
3.2.2.4 Verkostoefekti 1100
3.2.2.5 Markkinoille pääsyn vaikeutuminen 1101
3.2.3 Vastavoiman merkitys 1104
3.2.4 Hintojen nousun ja poissulkemisen uhan lisääntyminen yrityskaupan seurauksena 1106
3.2.4.1 Hintavalta 1106
3.2.4.2 Poissulkeva monopolivoima 1107
3.3 Vertikaaliset yrityskaupat 1110
3.3.1 Kilpailijoiden sulkeminen markkinoilta 1111
3.3.2 Vertikaalinen integraatio ja määräävän aseman vahvistaminen tulevaisuudessa 1113
3.3.3 Uuden talouden markkinat ja teknologiset tulpat 1115
3.4 Monialayrityskaupat 1116
3.5 Yrityskauppojen markkinamäärittelyn erityiskysymyksiä 1123
3.5.1 Erot ja yhtäläisyydet määräävän aseman väärinkäyttövalvontaan verrattuna 1123
3.5.2 Määritelläänkö markkinat liian suppeasti? 1124
3.5.2.1 Aerospatiale/De Havilland 1124
3.5.2.2 Volvo/Scania 1126
3.6 Alallepääsyn esteet ja potentiaalinen kilpailu 1131
3.6.1 Alallepääsyn esteet 1131

3.6.1.2 Oikeudelliset ja tekniset esteet 1131
3.6.1.2 Tosiasialliset esteet 1132
3.6.1.3 Bain versus Stigler 1134
3.6.2 Potentiaalinen kilpailu 1135
3.7 Pienten markkinoiden dilemma? 1139
4. Yhteinen määräävä asema 1142
4.1 Ongelman kuvaus 1142
4.2 EY:n kilpailuoikeus 1143
4.2.1 Yhteistä määräävää asemaa koskevan doktriinin kehittyminen EY:n kilpailuoikeudessa 1144
4.2.1.1 Oikeuskirjallisuus 1990-luvun alussa 1144
4.2.1.1.1 Asetuksen sanamuoto 1144
4.2.1.1.2 Systemaattis-teleologinen tulkinta 1145
4.2.1.1.2.1 Laajan tulkinnan perustelut 1145
4.2.1.1.2.2 Vuoden 1992 tulkintasuositus 1147
4.2.2 Oikeuskäytännön kehittyminen 1147
4.2.2.1 EY:n komission varhainen käytäntö 1147
4.2.2.2 Kali & Salz 1151
4.2.2.3 Gencor & Lonrho 1156
4.2.2.4 Airtours 1160
4.2.2.4.1 Komission ratkaisu 1160
4.2.2.4.2 Komission päätöksen kritiikkiä 1162
4.2.2.4.3 EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu 1165
4.2.2.4.4 Arviointia 1166
4.3 Yhteisen määräävän aseman tunnusmerkistön lähempää tarkastelua 1168
4.3.1 Yleistä 1168
4.3.2 Markkinoiden kehittymisaste 1169
4.3.3 Oligopolin rakenteelliset olosuhteet ja sisäinen kilpailu 1170
4.3.4 Oligopolin ulkopuolinen kilpailu ja asiakkaiden reaktiot 1175
4.3.5 USA:n Horizontal Merger Guidelines 1178
4.4 Yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltaminen Suomen yrityskauppavalvonnassa 1181
4.4.1 Kilpailuviraston kanta 1181
4.4.2 Lainvalmisteluaineisto 1181
4.4.3 Oikeuskirjallisuus 1183

4.4.4 Tulkintasuositus 1184
4.4.5 Yhteisen määräävän aseman soveltamiskriteerit 1186
4.4.6 Tapauskäytäntöä 1188
4.4.6.1 Fritidsresor 1188
4.4.6.1.1 Kilpailuviraston päätös 1189
4.4.6.1.2 Kommentti 1191
4.4.6.2 Carlsberg & Orkla 1193
4.4.6.2.1 Kilpailuviraston päätös 1193
4.4.6.2.2 Kommentti 1195
4.4.7 Yhteenveto 1198
5. Tehokkuus- ja Failing Company -puolustukset 1204
5.1 Ongelman kuvaus 1204
5.2 EY:n asetus 1216
5.2.1 Tehokkuuden lisäys 1216
5.2.1.1 Asetuksen valmistelu 1217
5.2.2 Asetuksen tulkinta 1218
5.2.2.1 Bilan economicue 1218
5.2.2.2 "Puhtaan kilpailuoikeudellinen" testi 1219
5.2.2.2.1 Välittävä kanta 1219
5.2.2.2.2 Komission käytäntö 1220
5.3 Tehokkuusvaikutukset kilpailunrajoituslain mukaan 1225
5.4 Tehokkuuspuolustuksen painoarvosta EY:ssä ja Suomessa 1227
5.5 Failing company -puolustus 1231
5.5.1 EY:n asetus 1233
5.5.2 Suomen yrityskauppavalvonta 1236
5.6 Aluepoliittiset ja sosiaaliset näkökohdat 1238
5.7 Teollisuuden kansainvälinen kilpailukyky 1243
5.8 Kilpailukyvyn ja kilpailupolitiikan keskinäisestä suhteesta 1250
6. Yrityskaupan hyväksymiselle asetettavat ehdot 1254
6.1 Rakennetta vai käyttäytymistä koskevat ehdot 1256
6.2 Komission käytäntöä ehtojen asettamisessa 1257
6.2.1 Rakenteelliset ehdot 1257
6.2.2 Käyttäytymistä koskevat ehdot 1262
6.2.3 Tilanteita, joissa ehdot eivät riitä 1265
6.2.4 Yhteenveto 1267
6.3 Ehtojen asettaminen kilpailunrajoituslain nojalla 1268
6.4 Johtopäätös 1274
6.5 Uuden talouden erityisongelmia 1274

C. NÄKÖALOJA JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ 1281

1. Markkinavoiman sääntelyn haasteita 1283
1.1 Kilpailuvapaus ja vallan paradoksi 1283
1.2 Kilpailuteorian koulukunnat ja markkinavoiman sääntely 1285
1.2.1 Koulukuntien vertailua 1286
1.2.2 Kilpailupolitiikan tavoitteet 1287
1.2.3 Markkinavoiman vahingollisuuden arvioiminen 1289
1.3 Markkinavoiman mittaaminen 1290
2. Kollektiivinen markkinavoima 1294
2.1 Miten sallia hyödylliset sopimukset? 1295
2.1.1 Kartellikiellon kattavuuden ongelmat 1295
2.2 Miten kartellikiellon soveltamista voitaisiin tehostaa? 1298
2.2.1 Posnerin ja Turnerin lähestymistavat 1299
2.2.2 Toimenpidesuosituksia 1301
2.2.2.1 Kieltostandardi – EY:ssä nykyistä enemmän huomiota tietojenvaihtoon 1301
2.2.2.2 Sanktioiden taso Suomessa? 1302
2.2.2.3 Leniency-ohjelma 1305
2.2.3 Kilpailunrajoituslain 9 §:n soveltaminen 1308
3. Yhteinen määräävä asema 1309
3.1 Oikeustila 1309
3.2 Mitä hyötyä ja mitä haittaa on yhteisen määräävän aseman konseptista? 1310
4. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön torjuminen 1312
4.1 Eklektinen määräävän aseman malli 1312
4.1.1 Määräävän markkina-aseman nykyinen määritelmä 1312
4.1.2 Mitä muutoksia eklektinen malli tuo määräävän aseman arviointiin? 1315
4.2 Väärinkäyttötilanteiden arviointia 1317
4.2.1 Mikä on väärinkäyttövalvonnassa keskeistä? 1318
4.2.2 Kilpailuprosessi ja kilpailun lopputulos kilpailuoikeudellisen intervention vaihtoehtoisina oikeuttamisperusteina; suora ja epäsuora sääntely 1322
5. Yrityskauppavalvonta 1325
5.1 Potentiaaliset haitalliset yrityskaupat 1325
5.2 Haasteellisia linjauksia 1327
5.3 Kannattaako yrityskauppavalvonnassa siirtyä SLC-testiin? 1328
5.3.1 Sovellettavan kilpailutestin yleisestä merkityksestä 1328
5.3.2 Komission esitys 1330
5.3.3 Arviointia 1332

5.4 Asioiden käsittelyyn ja viranomaisten toimivaltaan liittyviä huomioita 1334
5.5 Kärsivätkö pienten maiden yritykset kilpailuhaitasta 1338
6. Normien yhteispeli 1341
6.1 Oligopolikysymys 1341
6.2 Yhden yrityksen dominanssi 1342
6.3 Kilpailunrajoitusoikeuden ei tarvitse yksinään suoriutua kaikesta 1343
7. Perusasetusta koskeva uudistus 1345
7.1 Uudistuksen taustaa 1345
7.2 Nykytilanteen arviointia 1347
7.3 Uuden asetuksen keskeisiä piirteitä 1349
7.4 Onko poikkeusluvista luopuminen järkevää? 1351
7.5 Pilkkomisvaltuudet 1354
7.6 Tapausten allokoiminen kilpailuviranomaisten välillä 1356
7.7 Lakileikkuri? 1357
7.8 EY:n komissio ja kansalliset tuomioistuimet 1360
7.9 Johtopäätöksiä 1365
8. Lopuksi 1367

SUMMARY 1369

ASIAHAKEMISTO 1385

Lähdeaineisto

1. Virallisaineisto

1.1 EU

Asetukset ja tiedonannot:

Council regulation 17/62 – Main implementing regulation. Neuvoston asetus 17/62 – Kartelliasetus, JO 1962, 13/204; OJ Sp. edn. 1959–1962, 87, as am.

Komission asetus 417/85, annettu 19 päivänä joulukuuta 1984, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta erikoistumissopimusten ryhmiin, EYVL 1985 L 53/1; [1993] 4 CMLR 155.

Komission asetus 418/85, annettu 19 päivänä joulukuuta 1984, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten ryhmiin, EYVL 1985 L 53/5; [1993) 4 CMLR 163.

Komission asetus 2367/90, of 25 July 1990 on the notifications, time limits and hearings provided for in Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, EYVL 1990 L 219/5.

Komission asetus 3385/94, EYVL 1994 L 377/1. (Yrityskauppojen ilmoituslomake).

Komission asetus 2790/1999, annettu 22 päivänä joulukuuta 1999, EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 1999 L 336/21.

Komission asetus 2658/2000, annettu 29 päivänä marraskuuta 2000, perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta erikoistumissopimusten ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 2000 L 304/3.

Komission asetus 2659/2000, annettu 29 päivänä marraskuuta 2000, perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 2000 L 304/7.

Komission ilmoitus yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1990 annetun neuvoston asetuksen N:o 4064/89 mukaisista keskittymistä ja yhteistyötoimista. EYVL N:o C 203, 14.8.1990.

Komission ilmoitus yhteistoiminnallisista yhteisyrityksistä, EYVL 1993 C 43/2.

Komission tiedonanto; keskittymien liitännäisistä rajoituksista (Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations), EYVL C 203, 14.8.1990, p. 5.

Komission tiedonanto; komission ja kansallisten tuomioistuinten välisestä yhteistyöstä perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklaa sovellettaessa, EYVL 1993 C 39/6. (Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty).

Komission tiedonanto; sakkojen määräämättä jättämisestä tai lieventämisestä kartelleja koskevissa asioissa, EYVL 1996 C 207/04.

Komission tiedonanto komission ja jäsenvaltioden kilpailuviranomaisten välisestä yhteistyöstä, EYVL 1996 C 262/1.

Komission tiedonanto; komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten välisestä yhteistyöstä perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisalaan kuuluvien asioiden käsittelyssä, EYVL 1997 C 313/3, 15.10.1997.

Komission tiedonanto; merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta EYVL 1997 C 372/5, 9.12.1997.

Komission tiedonanto; kilpailusääntöjen soveltamisesta postialalla ja tiettyjen postipalveluja koskevien valtion toimenpiteiden täytäntöönpanemisesta, EYVL 1998 C 39/2.

Komission tiedonanto; kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopimuksiin – Puitteet, asian kannalta merkitykselliset markkinat ja periaatteet, EYVL 1998 C 265/2.

Komission tiedonanto; suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti.), EYVL 2000 C 291/1.

Komission tiedonanto; Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 2001 C 3/2.

Komission tiedonanto; neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 ja komission asetuksen (EY) N:o 447/98 mukaan hyväksyttävistä korjaustoimenpiteistä, EYVL 2001 C 68/03.

Komission tiedonanto; keskittymiin suoraan liittyvistä ja niiden kannalta välttämättömistä rajoituksista EYVL 2001 C 188/03 (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti)

Komission tiedonanto; vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (de minimis -sopimukset) EYVL 2001 C 368/13, 22.12.2001.

98/322/EY: Komission suositus, annettu 8 päivänä huhtikuuta 1998, yhteenliittämisestä vapautetuilla telemarkkinoilla (Osa 2 – Erillinen kirjanpito ja kustannuslaskenta) (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 1998 L 141/6.

Luonnos komission tiedonannoksi horisontaalisten sulautumien valvonnasta, Bryssel 11.12.2002, KOM (2002).

Neuvoston asetus 26/62, EYVL Suomenk. erityispainos Alue 4 Nide 1 s. 3.

Neuvoston asetus 4064/89, annettu 21 päivänä joulukuuta 1989, yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 1989 L 395/1 ja 1990 L 257/14 (Merger Regulation).

Neuvoston asetus 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL 2003 L 1/1

Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises, EYVL 1968 C 75/3.

Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty EYVL 1993 C 39/6.

Tiedonanto neuvoston asetuksen N:o 17 19 artiklan 3 kohdan mukaisesti Asiat IV/35.467, 35.468, 35.509–512, 35.527–530, 36.094/E1 – Finnish Timber

Report on the evaluation of Regulation (EC) No 1475/95 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements. COM (2000) 743(01).

Muu EY:n komission virallisaineisto:

Amended proposal for a Council Regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings (COM 88/97 final), 25 April 1988, EYVL C 130, 19.5. 1988.

An Industrial Competiveness Policy for the European Union, COM (94) 319, final (Brussels, 14 Sept. 1994).

Commission of the European Communities. *Competition Rules in the EEC and the ECSC Applicable into State Aids*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities; Washington, DC: European Community Information Service [distributor], 1994.

The Commission Regulation for a new motor vehicle Block Exemption – Questions and Answers, Background information on press release IP/02/1073, 17.7.2002.

Competition in Procurement Markets, DAFFE/CLP(993/FINAL).

Council regulation 17/62 – Main implementing regulation. Neuvoston asetus 17/62 – Kartelliasetus, JO 1962, 13/204; OJ Sp. edn. 1959–1962, 87, as am.

Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb Nr. 3, Wirtschaft und Wettbewerb 1966 s. 331 ss.

Ehdotus neuvoston asetukseksi perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta ja asetusten (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 2988/74, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N:o 3975/87 muuttamisesta, EYVL 2000 C 365 E/284

Ehdotus neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta, Bryssel 11.12.2002, KOM (2002) 711 lopullinen, 2002/0296 (CNS).

Ehdotus neuvoston asetukseksi perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta ja asetusten (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 2988/74, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N:o 3975/87 muuttamisesta, KOM/2000/0582 lopull., EYVL 2000 C 365E/284.

Ehdotus neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta, Bryssel 11.12.2002, KOM(2002)701, lopullinen 2002/0296(CNS).

European Commission's Powers of Investigation in the Enforcement of Competition Law. European Documentation. Periodical; 1985. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities; [Washington, DC: European Communities, Information, di stributor, 1985].

European Community Competition Policy / (Annual publication). European Commission. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities; Lanham, MD: UNIPUB [distributor], 1995.

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/ref124_collectivelettertommontipostdeadline.pdf.

Kilpailupolitiikkaa koskevat kertomukset 1–30, Brüssel 1971– 2001.

Komission muistio, memo 02/23 13.2.2002.

Komission lehdistötiedotteet.

Merger Control Law in the European Union. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1995.

Valkoinen kirja EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamissääntöjen uudistamisesta, komission ohjelma no 99/027, EYVL 1999 C 132/1, 12.5.1999.

Vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskeva vihreä kirja, *COM(96)721*

Vihreä kirja neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 tarkistamisesta, Bryssel 11.12.2001, KOM(2001) 745 lopullinen.

Yrityskauppavalvonnan uudistamista koskeva vihreä kirja, COM(2001) 745/6 final.

1.2 Suomi

HE 148/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.

HE 150/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailuvirastosta ja laiksi elinkeinohallituksesta annetun lain muuttamisesta.

HE 151/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailuneuvostosta.
HE 162/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
HE 163/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailuneuvostosta.
HE 164/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailuvirastosta annetun lain 2 ja 3§:n muuttamisesta.
Finanssiryhmäkomitean mietintö: komiteanmietintö 1991:36.
HE 243/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
HE 105/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle markkinaoikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppojen valvonta ja toimivaltakysymykset. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 3/1997; 8/1997.
Kilpailulainsäädännön uudistaminen -yrityskauppavalvonta ja menettelysäännökset, 1998.
Kilpailulainsäädännön uudistaminen, KM 3/1997
Kilpailulainsäädännön uudistamistyöryhmän mietintö 1991:15.
Kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992.
Kilpailuviraston vuosikirjat 1994–2002, Kilpailuvirasto, Helsinki.
Kilpailuviraston ohje: Kilpailunrajoitusten arviointi ja käsittely kilpailuvirastossa (1992).
KM 1987:4 Kilpailu- ja hintakomitean mietintö.
KM 1991:15 Kilpailulainsäädännön uudistaminen: kilpailulainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintö.
KM 1999:1 Markkinatuomioistuimen ja kilpailuneuvoston yhdistäminen. Kilpailutuomioistuintoimikunnan mietintö.
Kotimarkkinoiden toimivuus ja kansainvälinen kilpailukyky. Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän loppuraportti. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 3/2002.
PeVL 14/1994 vp.
PeVL 12/2001 vp. – U 71/2000 vp.: PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN LAUSUNTO 12/2001 vp Valtioneuvoston kirjelmä Euroopan komission ehdotuksesta neuvoston asetukseksi EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta ja asetusten (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 2988/74, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N.
TaVM 14/1992 vp.: Talousvaliokunnan mietintö n:o 14 hallituksen esityksestä laiksi kilpailunrajoituksista
TaVM 56/1994 vp.: Talousvaliokunnan mietintö n:o 56 hallituksen esityksestä sähkömarkkinalaiksi.
TaVL 4/2001 vp.: TALOUSVALIOKUNNAN LAUSUNTO 4/2001 vp Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston asetukseksi perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta ja asetusten (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 2988/74, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETU) N:o 3975/87 muuttamisesta.
Valtioneuvoston kirjelmä 30.11.2000, U71/2000.

1.3 Muut maat ja järjestöt

Ruotsi:

Fighting Cartels – Why and How? The 3rd Nordic Competition Policy Conference in Stockholm September 2000. Konkurrensverket, Göteborg 2001.

Saksa:

Bundeskartellamt: Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition. Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 08. und 09. Oktober 2001. **Bundeskartellamt (2001).**

Bundeskartellamt: Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Checkliste des Bundeskartellamts, 2001.

Monopolkommission: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Sondergutachten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1989.

Monopolkommission: Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, 4. Hauptgutachten 1980/81, Baden-Baden 1982.

Yhdysvallat:

Department of Justice and Federal Trade Commission: Horizontal Merger Guidelines, 2 April 1992, 4 Trade Reg. Reports (CCH) 13, 104. Revised version 1997.

Department of Justice, Merger Guidelines, 14.6.1984, 4 Trade Reg. Reports (CCH) 13, 103.

Innovation, Firm Size and Market Structure: Schumpeterian Hypothesis and some New Themes, OECD Economic Department Working Papers N0 161. Paris 1996.

Internationale Zusammenschlüsse und Wettbewerbspolitik, Bericht des OECD-Wettbewerbsausschusses, FIW-Dokumentation, Heft 13, Carl Heymanns Verlag, Köln 1990.

OECD: Merger Policies and Recent Trends in Mergers, OECD Report. Paris 1984. **OECD (1984).**

OEDC: Buing Power of Multiproduct Retailers. Roundtables on Competition Policy, 16/07/1999. **OECD (1999 b).**

OECD: Oligopoly. Roundtables on Competition Policy, DAFFE/CLP(99)25. **OECD (1999).**

OECD: Predatory Pricing (1989).

OECD, Hard Core Cartels (2000). **OECD (2000).**

OECD: Efficiency Claims in Mergers and other Horizontal Agreements, OECD/GD(96)65.

OECD (1996).

2. Monografiat

Aalto-Setälä, Ilkka – Kärkkäinen, Hannu K. – Lehto, Petri – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Tietosanoma, Pieksämäki 1999. **Aalto-Setälä ym. (1999).**

Aalto-Setälä, Ilkka – Kärkkäinen, Hannu K. – Lehto, Petri – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. 2 uudistettu laitos, Tietosanoma, Pieksämäki 2001. **Aalto-Setälä ym. (2001).**

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsingin yliopiston Monistuspalvelu, Helsinki 1982. **Aarnio (1982).**

Adams, Walter – Brock, James W.: Antitrust Economics on Trial. A Dialogue on the New Laissez-Faire. Princeton University Press, Princeton 1991.

Aine, Antti: Kilpailulainsäädännön vaikutus sopimusten pätevyyteen. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden julkaisusarja A:95, Turku 1998. **Aine (1998).**

Albert, Hans: Marktsoziologie und Entscheidungslogik, Neuvied/Berlin 1967, 2. uudistettu painos 1998. **Albert (1998)**.

Alexy Robert: Theorie der Juristischen Argumentation, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1978. **Alexy (1978).**

Amato, Giuliano: Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market. Hart Publishing, Oxford 1997. **Amato (1997).**

Amstutz, Marc: Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht. Eine evolutorische Perspektive. Mohr Siebeck, Tübingen 1999. **Amstutz (1999).**

Anderman, Steven D.: EC Competition Law and Intellectual property Rights. The Regulation of Innovation. Clarendon Press, Oxford 1998.

Areeda, Phillip E. – Solow, John L. – Hovenkamp, Herbert: Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application. Volome II A (economics). Little, Brown and Company, Boston 1995. **Areeda/Solow/Hovenkamp (1995).**

Areeda, Phillip E. – Turner, Donald F.: Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application. Little, Brown and Company, Boston 1978–1995. (11 volumes, annual supplementation).

Arndt, Helmut: Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft. Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1952. **Arndt (1952).**

Arndt, Helmut: Markt und Macht. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1973.

Arndt, Helmut: Wirtschaftliche Macht – Tatsachen und Theorien. Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1974.

Axelrod, Robert: The Evolution of Cooperation Basic Books, New York 1984. **Axelrod (1984).**

Bain Joe S.: Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industry. Harvard University Press, Cambridge/Mass. 1956. **Bain (1956).**

Baird, Douglas G. – Gertner, Robert H. – Picker, Randal C.: Game Theory and the Law. Harvard University Press, Cambridge MA. 1994, fourth printing 2000. **Baird/Gertner/Picker (1994).**

Baldwin, William L.: Market Power, Competition and Antitrust Policy. Irwin Publications in Economics, Homewood, Illinois 1987. **Baldwin (1987).**

Baran, Paul A. – Sweezy, Paul M.: Monopolipääoma. Tutkielma Yhdysvaltain talous- ja yhteiskuntajärjestelmästä. Kustannusosakeyhtiö Tammi, Helsinki 1971. **Baran/Sweezy (1971).**

Bartling, Hartwig: Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980.

Baumol, William J. – Panzar, John C. – Willig, Robert D.: Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York (1982, 1988).

Baumol, William J. – Blinder, Alan S.: Economics. Principles and Policy. Eight edition, Harcourt College Publishers, Forth Worth 2001. **Baumol/Blinder (2001).**

Baurmann Michael: Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft. Eine soziologische Untersuchung. Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften. Mohr Siebeck, Tübingen (1996). **Baurmann (1996).**

Barry, Norman: An Introduction to Modern Political Theory. Fourth Edition. MacMillan Press Ltd., Houdmills 2000. **Barry (2000).**

Becker, Gary S.: The Economic Approach to Human Behavior. University of Chicago Press, Chicago 1976. **Becker (1976).**

Bechtold, Rainer: Abwägung zwischen wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses in der europäischen Fusionskontrolle, EuZW 1996, s.. 389. **Bechtold (1996).**

Behrens, Peter: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1986. **Behrens (1986).**

Bellamy, Christopher – Child, Graham: Common Market Law of Competition. 5th edition, Sweet & Maxwell, London 2001. **Bellamy/Child (2001).**

Bernitz, Ulf: Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och

huvudlinjer. Rätts- och samhällsvetenskaplig bibliothek I. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag AB, Stockholm 1969. **Bernitz (1969)**.

Bernitz, Ulf – Tiili, Virpi – Pokela, Hannu: Kansainvälinen Markkinaoikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1988.

Binder, Steffen: Die Idee der Konsumentensouveränität in der Wettbewerbstheorie. Teleokratische vs. nomokratische Auffassung. Verlag Peter Lang, Frankfurt ym. 1996. **Binder (1996).**

Bishop, Simon – Walker, Mike: The Economics of EC Competition Law. Conceps, Application and Measurement. Sweet & Maxwell, London 1999. **Bishop/Walker (1999).**

Blair, Roger D. – Harrison, Jeffrey L.: Monopsony. Antitrust Law and Economics. Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993. **Blair/Harrison (1993)**.

Borchert, Manfred – Grossekettler, Herbert: Preis- und Wettbewerbstheorie, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart u.a.1985. **Borchert/Grossekettler (1985)**.

Bork, Robert H: The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, 1978, reprinted with new introduction and epilogue, 1993 **(Bork 1978, 1993)**.

Bos, Pierre – Stuyck, Jules – Wytinck, Peter: Concentartion Control in the European Economic Community. Graham & Trottman 1992. **Bos/Stuyck/Wytinck (1992).**

Bourdet, Yves (ed.): Internationalization, Market Power and Consumer Welfare, Routledge, London and New York 1992. **Bourdet (1992).**

Brock, James W. – Elzinga, Kenneth G.(toim.): Antitrust, the Market and the State: The Contributions of Walter Adams. M.E. Sharpe, Armon k, New York 1991.

Buchanan, J. M. – Tullock, G.: The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy. The University of Michigan Press, Ann Arbor 1962. **Buchanan/Tullock (1962).**

Buchanan, J.M. – Tollison, R.D. – Tullock, G. (eds.): *Towards a Theory of the Rent-Seeking Society.* A&M University. College Station,Texas 1980.

Burt, R. S.: Structural Holes. The Social Structure of Competition. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1992.

Böhm, Franz: Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung. Unveränderter fotomechanischer Nachdruck 1933/1964. Carl Heymanns Verlag, Berlin 1933/1964. **Böhm (1933)**.

Böhm, Franz: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. Julkaisusarjassa Ordnung der Wirtschaft, hrsg. von Franz Böhm, Walter Eucken und Hans Gropmann-Doerth, Heft 1, Stuttgart und Berlin 1937.

Böhm, Franz: Reden und Schriften. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1960. **Böhm (1960).**

Böhm, Franz: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft. Herausgegeben von Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1980. **Böhm (1980).**

Calvani, Terry – Siegfried, John (eds.): Economic Analysis and Antitrust Law. Second edition, Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1988.

Carlton, Dennis W. – Perloff, Jeffrey M. : Modern Industrial Organization. Second edition. Harper Collins College Publishers, New York 1994. **Carlton/Perloff (1994).**

Carlton, Dennis W. – Perloff, Jeffrey M. : Modern Industrial Organization. Third edition. Addison-Wesley, Reading, Massachusetts 2000. **Carlton/Perloff (2000).**

Carlsson, Kenny – Söderlind, Erik – Ulriksson, Magnus: Konkurrenslagen, en kommentar, 1:a upplagan, Nordstedts Juridik 1999. **Carlsson/Söderlind/Ulrikson (1999).**

Castrén, Martti: EU-Suomen markkinaoikeus. Kauppakaari Oy, Helsinki 1997. **Castrén (1997).**

Chamberlin, Edward H.: The Theory of Monopolistic Competition. Cambridge, Mass, 1933, 8th edition, Harvard University Press, 1962.

Chernov, Ron: Titan: The Life of John D. Rockefeller, Sr. Random House, New York (2001). **Chernov (2001).**

Church, Jeffrey – Ware, Roger: Industrial Organization. A Strategic Approach. McGraw-Hill, Boston 2000 **(Church/Ware 2000)**.

Cini, Michelle – McGovan Lee: Competition Policy in the European Union. MacMillan Press Ltd, Hampshire and London 1998. **Cini/McGovan 1998**.

Clark, John Maurice: Competition As A Dynamic Process. The Brookings Institution, Washington D.C. 1961. **Clark (1961).**

Coase, Ronald H.: The Firm, the Market and the Law. The University of Chicago Press, 1988.

Coase, Ronald H: Företaget, Marknaden och Lagarna. Föfrlaget Ratio 1992.

Coase, Ronald H.: Essays on Economics and Economists. University of Chicago Press, Chicago and London 1994. **Coase (1994).**

Comanor, W. S. – George, K. – Jacquemin, A. – Jenny, F. – Kantzenbach, E. – Ordover, J.A. – Waverman, L.: Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions, Harwood Academic Publishers, London 1990.

Cook, C. J. – Kerse, C.S. E.C. Merger Control. Third Edition, Sweet & Maxwell, London 1991, 2000 **(Cook/Kerse 2000).**

Cox, Helmut – Jens, Uwe – Markert, Kurt (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbs. Verlag Fritz Wahlen, München 1981. **Cox/Jens/Market (1981).**

Craig, Paul – De Burca, Grainne. The Evolution of EU Law. Oxford University Press, Oxford, New York 1999. **Craig/Burca (1999).**

Delhaes, Karl von – Fehl, Ulrich (Hrsg.): Dimensionen des Wettbewerbs. Seine Rolle in der Entstehung und Ausgestaltung von Wirtschaftsordnungen. Lucius & Lucius, Stuttgart 1997.

Demsetz, Harold: Efficiency, Competition, and Policy. The Organization of Economic Activity. Volume II. Basil Blackwell, Oxford 1989. **Demsetz (1989).**

Dixit, Avinash K. – Nalebuff, Barry J.: Spieltheorie für Einsteiger. Strategisches Know-how für Gewinner. Schaffer Poeschel Verlag, Stuttgart 1997. Alkuteos Thinking Strategically. The Competititive Edge in Business, and Everyday Life, 1991. **Dixit/Nalebuff (1997).**

Doern, Bruce G. – Wilks, Stephen: Comparative Competition Policy. National Institutions in a Global Market. Clarendon Press, Oxford 1996. **Doern/Wilks (1996).**

Ehlermann Claus Dieter: Die Europäische Fusionskontrolle – Erste Erfahrungen, Wirtschaft und Wettbewerb 1991 s. 535/545.

Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L: European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Hart Publishing, Oxford 1998. **Ehlermann/Laudati (1998).**

Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts. Mohr Siebeck, Tübingen 1995, 1998. **Eidenmüller (1995, 1998).**

Ellig, Jerry (ed.): Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001. **Ellig (2001)**.

Emmerich, Volker: Kartellrecht, JUS-Schriftenreihe, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2001. **Emmerich (2001).**

Eucken, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie. 8.Auflage, Berlin, Heidelberg 1940/ 1965.

Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen 1952. **Eucken (1952).**

Farber, Daniel, A. – Frickley, Philip P.: Law and Public Choice: A Critical Introduction. University of Chicago Press, Chicago and London 1991. **Farber/Frickley (1991).**

Faull, Jonathan – Nikpay, Ali: The EC Law of Competition. Oxford University Press, Oxford 1999. **Faull/Nikpay (1999).**

Fejö, Jens: Monopoly Law and Market: Studies of EC Competition Law with US American Antitrust Law as a Frame of Reference and Supported by Basic Market Economics. Kluwer

Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston 1990. **Fejö (1990).**

Ferguson, Paul R. – Ferguson, Glenys J: Industrial Economics. Issues and Perspectives. Second edition. The MacMillan Press Ltd, Houndmills and London 1994. **Ferguson/Ferguson (1994).**

Fikentscher, Wolfgang: Recht und Wirtschaftliche Freiheit, Band I und II, J.C.B. Mohr, Tübingen 1992/1993. **Fikentscher (1992/1993).**

Fikentscher, Wolfgang: Die Freiheit und ihr Paradox. Über Irrtümer unserer Zeit. Franfurter Allgemeine Zeitung und Verlag Resch, Gräfelfing 1997. **Fikentscher (1997) b.**

Fikentscher, Wolfgang: Freiheit als Aufgabe. Freedom as a Task. J.C.B. Mohr, Tübingen 1997. **Fikentcher (1997).**

First, Harry – Fox, Elenaor M. – Pitofsky, Robert (eds.): Revitalizing Antitrust in its Second Century. Essays on Legal, economic and Political Policy. Quorum Books, New York (1991). **First/Fox/Pitofsky (1991).**

Fishwick Francis: Definition of the Relevant Market in the Community Competition Policy, Commission of the European Communities, Brussels 1987. **Fishwick (1987).**

Fishwick Francis: Making Sense of Competition Policy, Kogan Page, London 1993. **Fishwick (1993).**

Fleischer, Holger: Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation. Eine ökonomische und juristische Analyse zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997. **Fleischer (1997).**

Frazer, Tim: Monopoly, Competition and The Law. The Regulation of business activity in Britain, Europe and America. Second edition, Harvester Wheatsheaf, New York ym. 1992. **Frazer (1992).**

Furse, Mark: Competition Law of the UK & EC. Blackstone Press Limited, London 1999. **Furse (1999).**

Galbraith, John Kenneth: American Capitalism: The Concept of Countervailing Power. Houghton Mifflin Company, Boston 1952.

Galbraith, John Kenneth: Vallan anatomia. WSOY, Juva 1984. Alkuteos The Anatomy of Power, Houghton Mifflin Company 1983. **Galbraith (1984).**

Gellhorn Ernest – Kovacic William: Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 4th ed., 1994 **Gellhorn/Kovacic (1994).**

Gerber, David: Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus. Clarendon Press, Oxford 1998. **Gerber (1998).**

Geroski, Paul. Market Structure, Corporate Performance, and Innovative Activity. Clarendon Press, Oxford 1994/2000. **Geroski (2000).**

Giddens, Anthony: The Third Way and its Critics. Polity Press, Oxford (2000). **Giddens (2000).**

Glais, M. – Laurent, P.: Traite d'Economie et de Droit de la Concurrence, PUF, Paris 1983. **Glais/Laurent (1983).**

Goyder, D. G.: EC Competition Law. European Community Law Series. 3rd ed. Oxford University Press, Oxford1998. **Goyder (1998).**

Grabitz (Hrsg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblattsammlung (Stand: Juni 1990), München; siteerattu: Grabitz, Art. Rdnr.

Gray, John: Hayek on Liberty. Third Edition, Routledge, Oxford 1998. **Gray (1998).**

Grossekettler, Heiz: Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe. Entstehungsgeschichte und Entwicklungsperspektiven des Ordoliberalismus nach 50 Jahren Sozialer Marktwirtschaft. Ökonomische Theorie der Institutionen, Band 1, Münster, Hamburg 1997. **Grossekettler (1997).**

Hagman, Rauni: Kilpailunrajoitus. Uusi kilpailulainsäädäntö ja ETA-sopimuksen kilpailusäännöt. Yrityksen Tietokirjat Oy, Jyväskylä 1993. **Hagman (1993).**

Harrison, Jeffrey L.: Law and Economics in a Nutshell. Second edition, West, St. Paul, Minn. 2000.

Hahn, Rüdiger: Behinderungsmissbräuche marktbeherrschender Unternehmen. Eine Untersuchung der Beeinträchtigung von Wettbewerb und Marktstruktur durch horizontalen Nichtleistungs-wettbewerb als Gegenstand der Missbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB. Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 1984. **Hahn (1984).**

Handler, Milton: Antitrust in Perspective: The Complementary Roles of Per Se and Rule of Reason. Columbia University Press 1957, rebound by Fred B Rothman & Co, Littleton, Colorado 1982. **Handler (1957, 1982).**

Hautamäki, Antti – Lagerspetz, Eerik – Sihvola, Juha – Siltala, Juha – Tarkki, Jarmo (toim.): Yksilö modernin murroksessa. Gaudeamus, Helsinki 1996.

Hawk, Barry E.: United States, Common Market, and International Antitrust: A Comparative Guide. 2nd ed, Eaglewood cliffs: Prentice Hall, New York 1990. **Hawk (1990).**

Hawk, Barry E. – Huser, Henry L.: European Community Merger Control: A Practitioner's Guide Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1996. **Hawk/Huser (1996).**

Hay, D. – Vickers, J. (ed.): The Economics of Market Dominance. Basil Blackwell, London 1987. **Hay/Vickers (1987).**

Hayek, Friedrich A.: The Constitution of Liberty. The University of Chicago Press, Chicago 1960. **Hayek (1960).**

Hayek, Friedrich A.: Law, Legislation and Liberty, Vol. 1, Rules and Order. The University of Chicago Press, Chicago 1973.

Hayek, Friedrich A.: Law, Legislation and Liberty, Vol. 2, The Mirage of Social Justice. The University of Chicago Press, Chicago 1976.

Hayek, Friedrich A.: Law, Legislation and Liberty, Vol. 3, The Political Order of a Free People. The University of Chicago Press, Chicago 1979.

Hayek, Friedrich A.: The Road to Serfdom. The University of Chicago Press, Chicago 1944 (reneved 1972), 1994.

Hayek, Friedrich A.: Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck, 1969), 2. Auflage, Tübingen 1994.

Heine, Klaus: Die Entwicklung des neuklassischen Wettbewerbskonzepts: Hintergrund, Gegenstand und Entwicklung des Ansatzes Erich Hoppmanns im Spiegel des Wandels von Wettbewerbstheorie und -politik. Bayreuth 1996. **Heine (1996).**

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki (1997). **Hemmo (1997).**

Herdzina, Klaus: Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik. Walter Eucken Institut. Vorträge und Aufsätze, Heft 116. Mohr Siebeck, Tübingen 1988. **Herdzina (1988).**

Herdzina, Klaus: Wettbewerbspolitik, 3. Auflage, Lucius & Lucius, Stuttgart 1986, 1999. **Herdzina (1999).**

Heuss, Ernst: Allgemeine Markttheorie, JCB Mohr, Tübingen/Zürich 1965.

Hildebrand, Doris: The Role of Economic Analysis in the EC Competittion Rules. Kluwer, Hague, London Boston 1998.

Hiltunen, Sari – Tammivuori, Kristian – Wallin, Carl-Henrik: Yrityskauppavalvonta. WSOY-yrityskirjat, Porvoo 1998.

Himmelberg, Robert F. (toim.): Evolution of Antitrust Policy from Johnson to Bush. Garland Publishing, Inc., New York & London 1994.

Holmes, William C.: Antitrust Law Handbook, 1998 edition. Clark Boardman Callaghan, New York 1998. **Holmes (1998).**

Holzwarth, Fritz: Ordnung der Wirtschaft durch Wettbewerb. Entwicklung der Ideen der Freiburger Schule, Band 23 der Schriftenreihe des Instituts für Allgemeine Wirtschaftsforschung der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br., Freiburg i. Br. 1985.

Homburger, Erich: Recht und private Wirtschaftsmacht. Ein Versuch zur Erhellung wechselseitiger Bezüge. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993. **Homburger (1993).**

Hoppmann, Erich: Fusionskontrolle. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1972. **Hoppmann (1972).**

Hoppmann, Erich: Marktmacht und Wettbewerb. Beurteilungskriteriwen und Lösungsmöglichkeiten. J.C.B. Mohr, Tübingen 1977. **Hoppmann (1977).**

Hoppmann, Erich: Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs dargestellt am Beispiel der Arzneimittelmärkte. J.C.B. Mohr, Tübingen 1978. **Hoppmann (1978).**

Hoppmann, Erich: Behinderungsmissbrauch: *Hoppmann, Erich*: Die Entwicklung von per se – Verboten für marktbeherrschende Unternehmen – dargestellt am Beispiel der Umsatzrabatte. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1980. **Hoppman (1980).**

Hoppmann, Erich: Marktbeherrschung und Preismißbrauch. Möglichkeiten und Grenzen kartellrechtlicher Preiskontrollen – dargestellt am Beispiel der pharmazeutischen Industrie, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983. **Hoppmann (1983).**

Horn, Karen Ilse: Moral und Wirtschaft. Zur Synthese von Ethik und Ökonomik in der modernen Wirtschaftsethik und zur Moral in der Wirtschaftstheorie und im Ordnungskonzept der Sozialen Marktwirtschaft. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996. **Horn (1996).**

Hovenkamp Herbert: *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice,* 1st ed. 1994. **(Hovenkamp 1994).**

Hovenkamp Herbert: *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice,* 2d ed. 1994, 1999. **Hovenkamp (1999).**

Hunt, Shelby D.: A General Theory of Competition. Resources, Competences, Productivity, Economic Growth. Sage Publications, Inc., Thousand Oaks 2000. **Hunt (2000).**

Immenga, Ulrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (toim.): GWB-Kommentar, 2. Aufl. 1992. **Immenga/Mestmäcker (1992).**

Immenga, Ulrich: Die Europäische Fusionskontrolle im wettbewerbspolitischen Kräftefeld, J.C.B. Mohr, Tübingen 1993. **Immenga (1993).**

Immenga, Ulrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (toim.): EG-Wettbewerbsrecht, München 1997. **Immenga/Mestmäcker (1997).**

Isay, Rudolf: Die geschichte der kartellgesetzgebungen. Walter de Gruyter & Co, Berlin 1955.

Jacquemin Alexis – de Jong, H. W. – George K. D. – Kantzenbach, Erhard: Merger & Competition Policy in the European Community, De Vries Lectures in Economics, Basil Blackwell, Oxford 1990. **Jacquemin ym. (1990).**

Joliet, René: Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of American and European Approaches to the Control of Economic Power. Liege 1970. **Joliet (1970).**

Jones, Christopher – Gonzalez-Diaz, Enrique: The EEC Merger Regulation.Sweet & Maxwell 1992. **Jones/Gonzalez-Diaz (1992).**

Jorde, Thomas M. – Teece, David J. (toim.): Antitrust, Innovation, and Competiveness Oxford University Press, Oxford, England, 1992.

Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka – Kaila, Heidi – Maunu, Antti.: Eurooppaoikeus, 3. painos(1996, 2001). **Joutsamo ym. (2001).**

Kalliomaa-Puha, Laura: Kielletyt kartellit ja hyödyllinen yhteistyö kilpailuoikeudessa. Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 19. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1995. **Kalliomaa-Puha (1995).**

Kallay, Dina: Austrian Economics as a Framework for Analyzing Antitrust Issuen in Network Industries. Seminaariesitelmä VATT:n kilpailuoikeusseminaarissa 3.–4. elokuuta 2001. http://data.vatt.fi/antitrust/papers/dkallay.pdf

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Gaudeamus, Tampere 1996.

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen. Lakimies-

liiton Kustannus, Helsinki 2001. **Kanniainen/Määttä (2001).**

Kant, Immanuel: Tapojen metafysiikan perustus; alkukielellä Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785). Teoksessa Siveysopilliset pääteokset, toim. J.E. Salomaa, Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1931.

Kantzenbach, Erhard: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1967. **Kantzenbach (1967).**

Kantzenbach, E. – Kruse, J.: Kollektive Marktbeherrschung: Das Konzept und seine Anwendbarkeit für die Wettbewerbspolitik, komission julkaisusarja (1987). **Kantzenbach/Kruse (1987).**

Kantzenbach, Erhard – Kottmann, Elke – Krüger, Reinhard: New Industrial Economics and Experiences from European Merger Control. New lessons about collective dominance? European Commission (1995). **Kantzenbach/Kottmann/Krüger (1995).**

Kasper, Wolfgang – Streit, Manfred E.: Institutional Economics. Social Order and Public Policy. The Locke Institute. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 1998. **Kasper/Streit (1998).**

Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie. C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München (1997). **Kaufmann (1997).**

Kaufmann, Arthur: Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine Rationale Analyse. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (1999). **Kaufmann (1999).**

Kekkonen, Jukka: Merkantilismista liberalismiin. Oikeushistoriallinen tutkimus elinkeinovapauden syntytaustasta Suomessa vuosina 1855-1879. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Vammala 1987.

Kerse, C.S. EC Antitrust Procedure, 4th edition, Sweet & Maxwell, London 1998. **Kerse (1998).**

Kinne, Konstanze: Effizienzvorteile in der Zusammenschlußkontrolle. Eine vergleichende Analyse der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Wettbewerbspolitik, Nomos 2000.

Kirzner, Israel: Competition & Entrepreneurship. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. **Kirzner (1973).**

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Porvoo 1973.

Klami, Hannu Tapani: Methodological Problems in European and Comparative Law. 2nd edition, Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja, Helsinki 1997.

Kleinwächter, Friedrich: die Kartelle, Innsbruck 1883.

Knieps, Günter: Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik. Springer, Berlin ym. 2001.

Knight, Frank Hyneman: The Ethics of Competition. Julkaistu ensimmäisen kerran 1935. The University of Chicago Press 1976, Transaction publishers, New Brunswick and London 1997.

Kojamo, Jussi (toim).: Puheenvuoroja kilpailusta. Kivi-päivä 1995. Oy Edita Ab, Helsinki 1996.

Koslowski, Peter (toim.): The Theory of Capitalism in the German Tradition. Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism. Springer, Berlin u.a. 1999. **Koslowski (1999).**

Kovaleff, Theodore Philip (ed.). The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis. Vol I and II. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1994.

Kuoppamäki, Petri: Määräävän aseman väärinkäyttö ja fuusiovalvonta EY:n kilpailuoikeudessa, Kansainvälisen talousoikeuden instituution julkaisusarja (1992). **Kuoppamäki (1992).**

Kuoppamäki, Petri (toim.): Kilpailuneuvoston ratkaisut 8/1992–6/1996. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996. **Kuoppamäki (1996).**

Kuoppamäki Petri: Kilpailuoikeuden perusteet (2000). **Kuoppamäki (2000).**

Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre. Stämpfli Verlag AG. Bern 1998.

Kruse, Jörn – Mayer, Otto G.: Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik. Erhard Kantzenbach zum 65. Geburtstag. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996. **Festschrift für Kantzenbach.**

Kruse, Jörn – Stockmann, Kurt – Vollmer, Lothar (Hrsg.): Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1997. **Festschrift für Ingo Schmidt.**

Kwoka, John E – White, Lawrence J. (eds.). Antitrust Revolution 3nd ed. Harper Collins College, New York 1999. **Kwoka/White (1999)**.

Landreth, Harry – Colander, David C.: History of Economic Thought. Houghton Mifflin Company, Boston ym. 1994. **Landreth/Colander (1994)**.

Langen, Eugen – Bunte, Herrmann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. 9. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Bearb. von: Joachim Bornkamm u.a., Luchterhand, Berlin 2001. **Langen/Bunte (2001).**

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, sechste neubearbeitete Auflage, Berlin 1991. **Larenz (1991)**.

Larner, Robert J. – Meehan, James W. Jr. (eds.): Economics & Antitrust Policy. Quorum Books, New York 1989. **Larner/Meehan (1989).**

Lehnich, Oswald: Kartelle und Staat. Unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes. Reimar Hobbling, Berlin 1928.

Lehto, Eero (toim.): Monopoli vai kilpailu? Yksityistäminen, sääntely ja kilpailurajat. Sitra/ Atena, WSOY-kirjapainoyksikkö, Juva 1997.

Leivo, Kirsi – Leivo, Timo: Euroopan yhteisön kilpailuoikeus, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997. **Leivo/Leivo (1997)**.

Letwin William: Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act (1965).

Levy, Hermann: Monopole, Kartelle und Trusts in ihrer Beziehung zur Organisation der Kapitalistischen Industrie. Dargestellt an der Entwicklung in Grossbritannien. Verlag von Gustav Fischer, Jena 1909.

Lonbay, Julian (ed.): Frontiers of Competition Law. Wiley Chancery Law, London, New York 1994. **(Lonbay 1994)**.

Mantzavinos, Chrysostomos: Wettbewerbstheorie. Eine kritische Auseinandersetzung, Duncker & Humblot, Berlin 1994. **Mantzavinos (1994)**.

Martin, Stephen: Industrial Economics. Economic Analysis and Public Policy. Second edition, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 1993. **Martin (1993).**

Mashaw, Jerry: Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law, Yale University Press, New Haven 1997.

Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael: The Law and Economics of Competition Policy. The Fraser Institute, Vancouver 1990. **Mathewson/Trebilcock/Walker (1990)**.

Marx, Karl – Engels, Friedrich: Kommunistinen Manifesti (1848). Vastapaino, Helsinki 1998.

McChesney, Fred S. – Shughart, William F. II: The Causes and Consequences of Antitrust. The Public-Choice Prespective. The University of Chicago Press, Chicago and London 1995. **McChesney/Shughart (1995).**

McKenzie, Richard B.: Trust on Trial. How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition. Perseus Publishing, Cambridge, Massachusetts 2000 **(McKenzie 2000)**.

Mentula, Arttu – Pokela, Hannu – Saraste, Tuomas: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailuoikeudessa. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1998. **Mentula/ Pokela/Saraste (1998).**

Mercuro, Nicholas – Medema, Steven G.: Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism. Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997.

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Europäisches Wettbewerbsrecht, Beck Verlag, München 1974.

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Recht und Ökonomische Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie. 2. ergänzte Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984. **Mestmäcker (1984 a).**

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Der Verwaltete Wettbewerb. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984. **Mestmäcker (1984 b).**

Miersch Michael: Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Luchterhand, Frankfurt am Main 1991. **Miersch (1991).**

Miksch, Leonhard: Wettbewerb als Aufgabe. Verlag Helmut Küpper, Godesberg 1947. **Miksch (1947).**

Mill, John Stuart: Utilitarismi; alkuper. Utilitarianism (1861). Gaudeamus, Helsinki 2000. **Mill (1861).**

Mononen, Marko: Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi. Kansainvälisen talousoikeuden instituutti, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki (1995). **Mononen (1995).**

More, Thomas: Utopia (1516, 1997). **More (1516, 1997).**

Mueller, Dennis C. (toim.): Perspectives on Public Choice. A Handbook. Cambridge University Press, Cambrige (USA) 1997.

Müller, Friedrich: Juristische Methodik. Duncker & Humblot, Berlin 1997. **Müller (1997).**

Musati, Giuliano (toim.): Mergers, Markets and Public Policy. Kluwer Academic Publishers, Dorndrecht, The Netherlands 1995. **Musati (1995).**

Muukkonen, P.J.: Muotosäännökset. Varallisuusoikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Vammala 1958. **Muukkonen (1958).**

Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2001. **Mäenpää (2001).**

Möschel, Wernhard: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/ Berlin/Bonn/München 1983. **Möschel (1983).**

Möschel, Wernhard – Streit, Manfred E.: Marktwirtschaft und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Erich Hoppmann. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994. **Festschrift für Hoppmann.**

Naschold, Frieder: Systemsteuerung. Einführung in die moderne politische Theorie, Kohlhammer, Stuttgart 1972.

Neale, A.D.: The Antitrust Laws of the United States. A study of Competittion Enforced by Law. 2nd edition, Cambridge, Enl. 1970.

Neumann, Manfred: Wettbewerbspolitik, Geschichte, Theorie und Praxis. Gabler Verlag, Wiesbaden 2000.

Neven, Damien – Nuttall, Robin – Seabright, Paul: Merger in Daylight. The Economics and Politics of European Merger Control. Centre for Economic Policy Research, London 1993. **Neven/Nuttall/Seabright (1993).**

Neven, Damien – Papandropoulos, Pénélope – Seabright, Paul: Trawling for Minnows. European Vcompetition Policy and Agreements between Firms. Centre for Economic Policy Research, London 1998. **Neven/Papandropoulos/Seabright (1998).**

Nicolini, Hans J. Untersuchungen zur Erfassung unternehmerischer Marktmacht. Dissertation. Vandenh. u. R., Göttingen 1978. **Nicolini (1978).**

Norio, Jaana: Vakuutusyhtiöiden ehtoyhteistyö ja kuluttajavakuutusten vertailtavuus. Helsinki 1994. **Norio (1994).**

Norio-Timonen, Jaana: Kuluttajavakuutusten vertailtavuus ja sääntely. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

North, Douglass. C.: Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge University Press, Cambridge 1990.

Nörr, Knut Wolfgang: Das Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1994. **Nörr (1994).**

Oberender, Peter (Hrsg.): Die Europäische Fusionskontrolle. Duncker & Humblot, Berlin 2000. **Oberender (2000).**

Olten, Rainer: Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Auflage, München 1995, 1998. **Olten (1998).**

Ottosen, Garry K.: Monopoly Power. How it is Measured and How it has Changed. Crossroads Research Institute, Salt Lake City 1990. **Ottosen (1990).**

Peritz, Rudolph J. R.: Competition Policy in America 1888–1992. History Rhetoric, Law. Oxford University Press, New York, Oxford 1996. **Peritz (1996).**

Peterson, Wallace C.(toim.): Market Power and the Economy. Indutrial, Corporate, Governmental and Political Aspects. Kluwer Academic Publishers. Boston, Dorndrecht, London 1988. **Peterson (1988).**

Pettersson, Olof (red.): Maktbegreppet. Carlssons, Helsingborg 1987.

Phlips, Louis. Competition Policy: A Game-theoretic Perspective, Cambridge University Press, Cambridge 1995. **Phlips (1995).**

Piotrowski, Roman: Cartels and Trusts. Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects. First edition George Allen & Unwin Press, London 1933. Reprinted 1978 by Porcupine Press, Inc. **Piotrowski (1933).**

Porter, Michael E.: Kilpailuetu. Weiling+Göös, Espoo 1985. **Porter (1985).**

Porter, Michael E.: Kansakuntien kilpailuetu. Kustannusosakeyhtiö Otava, Helsinki 1989. **Porter (1989).**

Porter, Michael E.: On Competition. A Harvard Business Review Book, Boston 1998. **Porter (1998).**

Posner, Richard A.: Antitrust Law. An Economic Perspective. The University of Chicago Press, Chicago and London 1976. **Posner (1976).**

Posner, Richard A. – Easterbrook, Frank H.: Antitrust. Cases, Economic Notes and Other Materials. West Publishing Co., St. Paul, MN 1981.

Posner, Richard A.: Economic Analysis of the Law. New York: Aspen Law and Business, 1998. **Posner (1998).**

Posner, Richard A.: The Problematics of Moral and Legal Theory. The Belknap Press of harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1999. **Posner (1999).**

Posner, Richard A.: Antitrust Law. Second edition. The University of Chicago Press, Chicago and London 2001. **Posner (2001).**

Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuusoikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000. **Pöyhönen (2000).**

Rahnasto, Ilkka: How to Leverage Intellectual Property Rights. Intellectual Property Rights, External Effects and Antitrust in the Communication Industry. Academic Dissertation. Yliopistopaino, Helsinki 2001. **Rahnasto (2001).**

Raitio, Juha: The Principle of Legal Certainty in EC Law. Helsinki 2002. **Raitio (2002).**

Rasmusen, Eric: Games & Information. An Introduction to Game Theory. Third edition, Blackwell Publishers, Malden MA 2001. **Rasmusen (2001).**

Rawls, John: A Theory of Justice. Oxford University Press, Oxford 1972, paperback 1973.

Rissanen, Kirsti: Kilpailu ja tavaramerkit. Kilpailunrajoituslainsäädännön soveltaminen tavaramerkin yksilöimiin järjestelyihin. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Vammala 1978. **Rissanen (1978).**

Rissanen, Kirsti – Tiili. Virpi – Mäkinen, Pentti: Markkinaoikeuden perusteet: elinkeino- kilpailu- ja kuluttajalainsäädäntö. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1990.

Rissanen, Kirsti – Korah, Valentine: EY:n ja Suomen kilpailuoikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1991. **Rissanen/Korah (1991).**

Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus. Werner Söderström Lakitieto Oy, Juva 1999. **Rissanen ym. (1999).**

Ritter, Lennart – Braun, David W. – Rawlinson, Francis: European Competition Law. A Practioner's Guide, Second edition, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999. **Ritter/Braun/Rawlinson (1999).**

Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1995. **Rittner (1995).**

Robinson, Joan: The Economics of Imperfect Competition (1933). Second edition, MacMillan and Co, London 1936.

Rosenbaum, David I. (ed.): Market Dominance. How Firms Gain, Hold, or Lose It and the Impact on Economic Performance. Praeger, Westport, Connecticut/London 1998. **Rosenbaum (1998).**

Rothschild, Kurt W.: Ethik und Wirtschaftstheorie. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1992. **Rothschild (1992).**

Ruffner, Markus: Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrech. Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990. **Ruffner (1990).**

Russell, Bertrand: Power. A New Social Analysis. Julkaistu ensimmäisen kerran 1938. Sixth Impression, Unwin Books, Lowe and Brydone (Printers), London 1971.

Saastamoinen, Kari: Eurooppalainen liberalismi: etiikka, talous, politiikka. Atena/Sitra, Jyväskylä 1998.

Sauermann, Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (toim.): Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975. **Festschrift Böhm (1975).**

Sauter, Wolf: Competition Law and Industrial Policy in the EU. Clarendon Press, Oxford 1997. **Sauter (1997).**

Scherer, F.M. – Ross, David: Industrial Market Structure and Economic Performance, Houghton Mifflin, Boston 1990. **(Scherer/Ross 1990).**

Scherer, F.M. (ed.): Monopoly and Competition Policy, Volumes I and II. The International Library of Critical Writings in Economics 30. An Elgar Reference Collection. Edwar Elgar, Aldershot 1993.

Scherer, F.M.: Competition Policy for an Integrated World Economy, Brookings Institution, Washington, DC 1994.

Scherer, F.M.. Competition Policy, Domestic and International, Edward Elgar, Cheltenham 2000.

Schäfer, Hans-Berndt – Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Dritte Auflage, Springer Verlag, Berlin 2000. **Schäfer/Ott (2000).**

Schindler, Katharina: Wettbewerb in Netzen als Problem der Kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die Essential Facility – Doktrin im amerikanischen, europäischen und Schweizerischen Kartellrecht. Stämpfli Verlag AG, Bern 1998. **Schindler (1998).**

Schlecht, Otto: Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, Tübingen 1990. **Schlecht (1990).**

Schmalensee, Richard – Willig, Robert (eds.): Handbook of Industrial Organization, Volumes 1 and 2. North-Holland, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam 1989.

Schmidt, Ingo – Rittaler, Jan B.: The Chicago School of Antitrust Analysis. Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credos. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986. **Schmidt/Rittaler (1986).**

Schmidt, Ingo – Binder, Steffen: Wettbewerbspolitik im internationalen Vergleich. Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1996. **Schmidt/Binder (1996).**

Schmidt, Ingo – Schmidt, André: Europäische Wettbewerbspolitik, 1997 **(Schmidt/Schmidt 1997).**

Schmidt, Ingo: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Auflage, Lucius & Lucius, Stuttgart 1999. **(Schmidt 1999).**

Schulze-Steinen, Petra: Kauppakumppanin mahti ja määräävä markkina-asema. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1998. **Schulze-Steinen (1998).**

Schumperter, Joseph A.: Capitalism, Socialism and Democracy (1942). Second Edition, Harper & Brothers Publishers, New York and London 1947. **Schumpeter (1942).**

Sen, Amartya – Williams, Bernard: Utilitarianism and beyond. Cambridge University Press, Cambridge 1982.

Sen, Amartya: Luentoja etiikasta ja taloustieteestä. Oy Unipress Ab, Kuopion yliopiston painatuskeskus 2000. **Sen (2000).**

Shepherd, William G.: The Economics of Industrial Organization. Fourth edition. Prentice-Hall, New Jersey 1997. **Shepherd (1997).**

Shäfer, Hans-Bernd – Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Dritte Auflage, Springer Verlag, Berlin 2000. **Schäfer/Ott (2000).**

Sihvola, Juha: Toivon Vuosituhat. Eurooppalainen ihmiskuva ja suomalaisen yhteiskunnan tulevaisuus. Atena-kustannus, WSOY-Kirjapainoyksikkö, Juva 1998.

Smith, Adam: The Theory of Moral Sentiments. Cambridge University Press 2002, Alkuteos vuodelta 1759.

Smith, Adam: Kansojen Varallisuus. Tutkimus sen olemuksesta ja tekijöistä. Ensimmäinen nide. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo ja Helsinki 1933. Alkuteos An Inquiry to the Nature and Causes of The The Wealth of Nations, 1776. **Smith (1776, 1933).**

Stigler, George: The Organization of Industry (1968). **Stigler (1968).**

Sullivan, Lawrence A. – Grimes, Warren S.: The Law of Antitrust: An Integrated Handbook. Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn. 2000. **Sullivan/Grimes (2000).**

Sullivan, Thomas E. (toim.): The Political Economy of the Sherman Act, The First Hundred Years, Oxford University Press, New York, Oxford 1991.

Swedberg, Richard: Max Weber and the Idea of Economic Sociology. Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1998. **(Swedberg 1998).**

Tebbit, Mark: Philosophy of Law: Introduction. Routledge, London 2000.

Thieme, Jörg H.: Soziale Marktwirtschaft. Ordnungskonzeption und wirtschaftspolitische Gestaltung. 2. überarbeitete Auflage. Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1994. **Thieme (1994).**

Thorelli, Hans B.: The Federal Antitrust Policy. Origination of an American Tradition. Kungl. Boktryckeriet P.A. Nordstedt & Söner, Stockholm 1954. **Thorelli (1954)**

Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997. **Timonen (1997).**

Tirole, Jean: The Theory of Industrial Organization. Cambridge/London 1988 (MIT, 1988). **Tirole (1988).**

Tolksdorf, Michael: Dynamischer Wettbewerb. Einführung in die Grundlagen der deutschen und internationalen Wettbewerbspolitik, Wiesbaden 1994. **Tolksdorf (1994).**

Ulmer, Peter: Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmer. Baden-Baden 1977. **Ulmer (1977).**

Utton, M.A.: Market Dominance and Antitrust Policy. Edwar Elgar, Aldershot 1995. **Utton (1995).**

Van Bael, Ivo – Bellis, Jean-Francois (toim): EC Competition Law Reporter. CCH Editions Limited, Oxfordshire. Jatkuvatäydenteinen. **Van Bael/Bellis.**

Van den Bergh, Roger – Camesasca, Peter D: European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective. Insertia – Hart, Antverpen 2001. **Van den Bergh/Camesasca (2001).**

Van Miert, Karel: Markt, Macht, Wettbwewerb. Meine Erfahrungen als Kommissar in Brüssel. Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, München 2000. **Van Miert (2000).**

Vickers, John – Hay, Donald (toim): The Economics of Market Dominance. Basil Blackwell, Oxford 1987. **Vickers/Hay (1987).**

Virtanen, Martti: Market Dominance and its Abuse in Competition Policy. An economic enquiry. Eurooppa-instituutin julkaisu 5/93, Åbo Akademis Tryckeri, Turku 1993. **Virtanen (1993).**

Virtanen, Martti: Market Dominance Related Competition Policy. An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution. Publications of the Turku School of Economics and Business Administration, Turku 1998. **Virtanen (1998).**

Virtanen, Pertti: Määräävän markkina-aseman kontrollointi. Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Jyväskylä 2001. **P. Virtanen (2001).**

Viscusi, Kip V. – Vernon, John M. – Harrington, Joseph E.: Economics of Regulation and Antitrust. Second edition. The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, England 1995. **Viscusi/Vernon/Harrington (1995).**

von der Groeben//Thiesing/Ehlermann (Hrsg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, 4 Bände, 3. Auflage, Baden-Baden 1991; siteerattu: GBTE, Art., Rdnr.

Waelbroeck, Michel – Frignani, Aldo: European Competition Law. Vol. IV of the Mégret Commentary. Transnational Publishers, Ardsley, NY 1999. **Waelbroeck/Frignani (1999).**

Wahl, Nils: Konkurrensförhållanden. Jurisförlaget, Stockholm 1994. **Wahl (1994).**

Wahl, Nils: Konkurrensskada. Skådeståndsansvar vid överträdande av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen. JureCLN, Stockholm 2000. **Wahl (2000).**

Ward, Ian: An Introduction to Critical Legal Theory, London 1998. **Ward (1998).**

Weatherill, Stephen – Beaumont, Paul: EC law. Second Edition, Penguin Books, New York 1995. **Weatherill/Beaumont (1995).**

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie (1921). Fünfte, revidierte Auflage, Besorgt von Johannes Winckelmann. Studienausgabe. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1980.

Whish, Richard: Competition Law. 3rd edition, Butterworths, London 1993. **Whish (1993).**

Whish, Richard: Competition Law. 4th edition, Butterworths, London 2001. **Whish (2001).**

Williamson, Oliver E.: Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications. The Free Press, New York ym. 1983. **Williamson (1983).**

Williamson, Oliver E.: The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets and Relational Contracting. The Free Press, New York 1985. **Williamson (1985).**

Williamson, Oliver E.: Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behaviour, Basil Blackwell, Oxford 1987. **Williamson (1987).**

Wirtschaftsordnung als Aufgabe. Zum 100. Geburtstag von Franz Böhm. Redaktion Martin Lambert. Ludvig-Erhard-Stiftung E.V. Bonn. SINUS-Verlag Gmbg, Krefeld 1995.

Wünschmann, Christoph: Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischen Wettbewerbsrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000. **Wünschmann (2000).**

Wuttke, Jürgen: Sicherung des Leistungswettbewerbs durch das Verbot der unbilligen Behinderung in § 26 Abs. 4 GWB, Köln 1995 (zugl.: Mainz Diss.1994), FIW Schriftenreihe Heft 164, 1995. **Wuttke (1995).**

Zippelius, Reinhold: Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch. 3 neubearbeitete Auflage, Beck, München 1994.

3. Lähdeaineistona käytetyt artikkelit

Abbamonte, Giuseppe B.: Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity? European Law Review, Vol 23 no 5, 1998, s. 414. **Abbamonte (1998).**

Abbamonte, Guiseppe B. – Rabassa, Valerie: Foreclosure and Vertical Mergers – The Commission's Review of Vertical Effects in the Last Wave of Media and Internet Mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI Worldcom/Sprint. ECLR 22 (2001) s. 214.

Adams, Walter – Brock, James: The Sherman Act and the economic power problem. Teoksessa *Kovaleff, Theodore Philip (ed.)*. The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis. Vol I, Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1994, s. 505–535. **Adams/Brock (1994).**

Adler, Howard: Application of United States Antitrust Laws to Mergers and Joint Ventures Involving Foreign Firms. European Business Law Review 1992 s. 135–155 ja 167–187. **Adler (1992).**

Afonso, Margarida: 33 Harv. Int'l L.J. 1 Harvard International Law Journal Winter, 1992 A Catalogue Of Merger Defenses Under European And United States Antitrust Law. **Afonso (1992).**

Aine, Antti: Kilpailulainsäädännön vaikutus yrityskauppa- ja yhteisyrityssopimusten soveltamiseen, Oikeustiede – Jurisprudentia 2001, s. 7–65. **Aine (2001).**

Aine, Antti: Kilpailuoikeus ja perusoikeudet. Lakimies 2001:2 s. 261–286. **Aine (2001 b).**

Aine, Antti: EY:n kilpailuoikeuden soveltamisen hajauttaminen. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 267–291. **Aine (2002).**

Ahlborn, Christian – Evans, David S – Padilla, Atilano Jorge: Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?, European Competition Law Review, Issue 5, 2001, s. 156–167. **Ahlborn/Evans/Padilla (2001).**

Ahlborn, Christian: In Competition June 2002. www.linklaters.com/in_competition.

Albers, Michael: Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik, Grundzüge der neuen EG-Fusionskontrolle, Computer und Recht 1990 s. 444–450. **Albers (1990).**

Albert, Hans: Das Ideal der Freiheit und das Problem der sozialen Ordnung. Kirjassa Vanberg (Hrsg.): Freiheit, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, haufe Verlagsgruppe, Freiburg 1999, s. 97–134. **Albert (1999).**

Alese, Femi: The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81. ECLR 20 (1999), s. 379.

Amory, Bernard A.: Vertical Aspects of Joint Ventures and Strategic Alliances. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 1997, Fordham Corporate Law Institute, New York 1998, s. 147–152. **Amory (1998).**

Andrews, Philip: Aftermarket Power in the Computer Services Market: The Digital Undertaking ECLR 19 (1998), s. 176. **Andrews (1998).**

Andrews, Philip: Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach. ECLR 19 (1998) s. 49. **Andrews (1998 b).**

Areeda, Phillip E. – Turner, Donald: Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act. Harvard Law Review Vol. 88, 1975, s. 697–733. **Areeda/Turner (1975).**

Areeda, Phillip E. – Turner, Donald: Williamson on predatory pricing. (1978) 87 Yale Law Journal, 1978, s. 1337–1352. **Areeda/Turner (1978).**

Areeda, Phillip: The Rule of Reason – A Catechism on Competition, 55 Antitrust Law Journal 1986 s. 571. **Areeda (1986).**

Areeda, Phillip: Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. 58 Antitrust Law Journal (1989) s. 841–853. **Areeda (1989).**

Areeda, Phillip: 59 Antitrust L.J. 143 Antitrust Law Journal 1990 The Sherman Act: The Second Century A SECOND CENTURY OF THE RULE OF REASON. **Areeda (1990).**

Arndt, Helmut: Macht und Wettbewerb. Kirjassa Cox, Helmut – Jens, Uwe – Markert, Kurt: Handbuch des Wettbewerbs s. 49–78. **Arndt (1981).**

Armentano, Dominick T.: Time to Repeal Antirtust Regulation? Teoksessa *Kovaleff, Theodore Philip (ed.)*. The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis. Vol I and II. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1994, s. 915–932. **Armentano (1986, 1994).**

Armentano, Dominick T.: A Reply to Professor Ginsburg. Teoksessa *Kovaleff, Theodore Philip (ed.)*. The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis. Vol I and II. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1994, s. 949–952.

Arthur, Thomas C.: 69 N.Y.U. L. Rev. 1 New York University Law Review April, 1994 The Costly Quest For Perfect Competition: Kodak And Nonstructural Market Power. **Arthur (1994).**

Audretsch, D.B. – Baumol, W.J. – Burke, A.E.: Competition Policy in Dynamic Markets, International Journal of Industrial Organization 2001 s. 613–634. **Audretsch/Baumol/Burke (2001).**

Ayres, Ian: How Cartels Punish: Structural Theory of Self-Enforcing Collusion, Columbia Law Review. March 1987. **(Ayres 1987).**

Bach, Albrecht: Reform des französischen Wettbewerbsrechts, Recht der Internationalen Wirtschaft 1987 s. 419/428. **Bach (1987).**

Baden-Fuller, C.: Article 86 EEC: An Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position. European Law Review 1979 s. 423. **Baden-Fuller (1979).**

Baer, William J. – Balto, David A.: Antitrust Enforcement and High-Technology Markets. 5 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* (1999) s. 73. **Baer/Balto (1999).**

Baker, Jonathan B. – Breshanan, Timothy: Empirical Methods of Indentifying Market Power, 61 Antitrust Law Journal Summer, 1992 s. 3-16. **Baker/Breshanan (1992).**

Baker, Jonathan B.: Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory," 38 *Antitrust Bulletin* (1993) s. 143. **Baker (1993).**

Baker, Jonathan B.: Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective," 62 *Antitrust Law Journal* (1994) s. 585. **Baker (1994).**

Baker, Jonathan B.: Identifying Horizontal Price Fixing in the Electronic Marketplace," 65 *Antitrust Law Journal* (1996) s. 41.

Baker, Jonathan B.: "Promoting Innovation Competition Through the Aspan/Kodak Rule," 7 *George Mason University Law Review* (1999) s. 459. **Baker (1999).**

Baker, Jonathan B. – Salop, Steven C.: Should Concentration Be Dropped from the Merger Guidelines? UWLA Law Review, 2001, s. 3. **Baker/Salop (2001).**

Baker, Jonathan B.: Mavericks, Mergers and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws. New York University Law Review April, 2002, s. 135. Baker (2002).

Baker, Stephen: Halting Microsoft's March in Europe? Newsweek, December 20, 2001.

Banks, David: Non-Competition Factors and their Future Relevance under European Merger Law, ECLR 1997, S. 182 ff. **Banks (1997).**

Baldwin, David A.: The Costs of Power. Teoksessa Baldwin, David A. (toim.): Paradoxes of Power. Basil Blackwell, New York 1989, s. 82–99.

Balto, David A.: Networks and Exclusivity: Antitrust Analysis to Promote Network Competition. 7 Geo. Mason L. Rev. (1999) s. 523–543. **Balto (1999).**

Balto, David A.: Standard Setting in the 21st Century Network Economy. *Computer and Internet Lawyer,* June 2001. Balto (2001).

Barney, Jay B.: Competence Explanations of Economic Profits in Strategic Management: Some Policy Implications. Teoksessa *Ellig, Jerry (ed.)*: Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 45–64. **Barney (2001).**

Baumol, William J.: Quasi-permanence of price reductions. *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 1, 1979, s. 1–26. **Baumol (1979).**

Baumol, William J.: Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: The American Economic Review, Vol. 72, 1982, No. 1, s. 1–15. **Baumol (1982).**

Baumol, William J: Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. 39 J.L. & Econ. Journal of Law and Economics April, 1996 s. 49. **Baumol (1996).**

Bavasso, Antonio: Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice: Many Lights and Some Shadows. W. Comp. 22 (1999), No. 4, s. 45: Bavasso (1999).

Bechtold Rainer: Die Grundzüge der neuen EWG-Fusionskontrolle, Recht der Internationalen Wirtschaft 1990 s. 253–262. **Bechtold (1990).**

Bechtold, Rainer: Abwägung zwischen wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses in der europäischen Fusionskontrolle, EuZW 1996, S. 389 ff. **Bechtold (1996).**

Beckner, C. Frederick III – Salop, Steven C.: Decision Theory and Antitrust Rules. 67 *Antitrust Law Journal, 1999, s.* 41. **Beckner/Salop (1999).**

Berg, Hartmut: Marktphasen, Zeitwettbewerb und Strategische Allianzen: Die Beispiele "Mikroelektronik" und "Personal-Computer". Kirjassa Kruse, J.; Mayer, O. G, Hrsg., Aktuelle Probleme der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik, Baden-Baden 1995, S. 195–221. **Berg (1995).**

Berg, Hartmut: Wettbewerbspolitik, teoksessa: Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2, 7. Auflage, München 1999. **Berg (1999).**

Bergman, Mats A.: Bronnerfallet – en omsvängning i synen på oumbärliga resurser. Konkurrens 2/99 s. 12–14.

Bergman, Mats A.: The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine? ECLR 21 (2000), 59.

Berry, Mark N.: Efficiences and Horizontal Mergers: In Search of a Defence. 33 San Diego L. Rev. San Diego Law Review May-June, 1996 s. 515. **Berry (1996).**

Bishop, Bill – Caffarra, Christina: Merger control in "new markets". ECLR 22 (2001), 31.

Bissocoli, Eugenio: Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law.World Competition 23 (2000), No. 1, 79. **Bissocoli (2000).**

Bloom, Margaret: Retailer Buyer Power. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 395–413. **Bloom (2001).**

Bolton, Patrick – Brodley, Joseph F. – Riordan, Michael H.: Predatory Pricing: Startegic Theory and Legal Policy. 88 Geo. L.J. 2239 Georgetown Law Journal August, 2000 s. 2239. **Bolton/Brodley/Riordan (2000).**

Bolton, Patrick – Brodley, Joseph F. – Riodan, Michael H: Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration. 89 Georgetown Law Journal August, 2001 s. 2495. **Bolton/Brodley/Riordan (2001).**

Borenstein, Severin – MacKie-Mason, Jeffrey, Netz, Janet: Antitrust Policy in Aftermarkets. *Antitrust Law Journal*, 63 (Winter 1995) s. 455–482. **Borenstein ym. (1995).**

Bork, Robert H.: Legislative History and the Policy of the Sherman Act, 9 J.L. & ECON. (1966) s. 7. **Bork (1966).**

Boudreaux Donald J. – DiLorenzo, Thomas J. – Parker, Steven: Antitrust Before the Sherman Act. Teoksessa Antitrust in Public Choice Perspective, toim. Fred S. McChesney ja William F. Shughart III, 1995, s. 255–270.

Boulter, Louise – Bendell, Toni: Competition Risks in Benchmarking. ECLR 20 (1999) s. 434. **Boulter/Bendell (1999).**

Bourdet, Yves: Market Power and Consumer Welfare in Open Economies. Teoksessa Bourdet, Yves (toim.), Internationalization, Market Power and Consumer Welfare (1992), s. 3–54. **Bourdet (1992).**

Bowman, Ward S.: Tying Arrangements and the Leverage Problem, 1957 Yale Law Review 67: 19–36. **Bowman (1957).**

Brenner, Reuven: Market Power: Innovations and Anti-Trust. Teoksessa Mathewson, F.. Trebilcock, M – Walker. M. A. (toim.), The Law and Economics of Competition Policy, Vancouver, BC: The Fraser Institute: 1990, s. 179–216.

Breshanan, Timothy F.: Empirical Studies of Industries with Market Power. Teoksessa Handbook of Industrial Organization (Vol. 1), Schmalensee, R., and R. Willig (eds.), North Holland, 1989 s. . **Breshanan (1989).**

Breshanan, Timothy F.: Competittion, co-operation and predation in innovative industries. Teoksessa Konkurrensverket, Fighting Cartels (2001) s. 116–144. **Breshanan (2001).**

Briggs John: An Outline of General Principles, Current Enforcement Practices and Recent Cases Arising under US Law Relating to Mergers and Acquisitions, kirjassa Maitland-Walker Julian (Ed.), International Anti-Trust Law Towards 1992 – The Development on International Anti-Trust, ESC Publishing Limited, Oxford 1989, s. 14–64.

Briones Alonso, Juan: Oligopolistic Dominance, Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation. ECLR 1996 s. 334. **Briones (1996).**

Briones Alonso, Juan: Vertical Aspects of Joint Ventures and Strategic Alliances. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 1997, Fordham Corporate Law Institute, New York 1998, s. 129–145. **Briones (1998).**

Brittan, Leon: The Law and Policy of Merger Control in the EEC, European Law Review 1990 s. 351–357.

Brittan, Leon: Competition Policy and Merger Control in the Single European Market, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures 10, Cambridge Grotius Publications Limited, Cambridge 1991.

Brodley, Joseph F.: The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress," 62 New York University Law Review 1020. **Brodley (1987).**

Brodley, Joseph F.:64 Antitrust L.J. 575 Antitrust Law Journal Spring, 1996 Symposium: perspectives on Efficiencies and Failings Firms in Merger Analysis (Articles and Essays from the FTC Hearings on Global and Innovation-Based Competition) PROOF OF EFFICIENCIES IN MERGERS AND JOINT VENTURES. **Brodley (1996).**

Brokx, Lidwyn: A Patchwork of Leniency Programmes ECLR 2001 s. 35. **Brokx (2001).**

Brozen, Yale: The Concentration - Collusion Doctrine. Antitrust Law Journal 1977, Vol. 46.3., **Brozen (1977).**

Brunila,Anne: Kilpailunrajoitukset – kilpailupolitiikan iso paha susi? Kansantaloudellinen aikakauskirja 1987 (1) s. 38–49.

Bruun, Niklas: Kilpailu- ja työoikeuden välisestä suhteesta EU:ssa. COLCOM-projektin vertailevia tuloksia. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 403–417. **Bruun (2002).**

Buchanan, James M.: Rent Seeking and Profit Seeking. Teoksessa Buchanan, James M. – Tollison Robert D. – Tullock, Gordon (toim.), Toward a Theory of the Rent Seeking Society. College Station: Texas A&M University Press, 1980. **Buchanan (1980).**

Buchanan James M.: Morality and Community in the Extended Market Order. Kirjassa Vanberg (Hrsg.): Freiheit, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, haufe Verlagsgruppe, Freiburg 1999, s. 37–56. **Buchanan (1999).**

Burton, John: Competition over competition analysis: a guide to some contemporary economics disputes, kirjassa Lonbay, Julian (ed.), Frontiers of Competition Law (1994). **Burton (1994).**

Burton, Thomas J.: Unilateral Effects Analysis in Assessing Anti-Competitive Mergers: The Judicially Approved New Approach to Challenging Mergers. Saint Louis University Law Journal, Fall, 1999, s. 1481. **Burton (1999).**

Böhm, Franz: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat H. 153/154 (1950). Kirjassa Böhm (1980) s. 53–103. **Böhm (1950).**

Böhm, Franz: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, ORDO Bd. X (1958) s. 167–203. Kirjassa Böhm (1980) s. 233–262. **Böhm (1958).**

Böhm, Franz: Democracy and Economic Power. Teoksessa Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrechts, Kartelle und Monopole im Modernen Recht,Verlag Müller, Karlsruhe 1961, s. 1–24. **Böhm (1961).**

Calvani, Terry: The Rule of Reason and the Per Se Rule: Some Thoughts on the Rule of Reason,

American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education March 9, 2000 Product Distribution and Marketing. **Calvani (2000).**

Camesasca, P. D.: The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it make the difference? 1[1999] ECLR s. 14. **Camesasca (1999).**

Canenbley, Cornelis: The remedy process in the EC and in other jurisdictions: a lawyer's view. Esitelmä seminaarissa EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14–15 September 2000, Metropole Hotel, Brussels, Belgium. **Canenbley (2000).**

Caves, Richard E.:, Mergers, Takeovers and Economic Efficiency: Foresight vs. Hindsight. International Journal of Industrial Organization (1989) 7, March, s. 151–174. Teoksessa Scherer, F. M. (toim.), Monopoly and Competition Policy s. 467–490.

Choi, E.K. – Menezes C. F. – Tressler, J.: A Theory of Price Fixing Rings. Quarterly Journal of Economics, May 1985, s. 522–542. **Choi/Menezes/Tressler (1985).**

Christensen, Peder – Rabassa, Valerié: The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance? European Competition Law Review (2001) s. 227.

Clark, John Maurice: Toward a Concept of Workable Competition. American Economic Review, vol 30 (June 1940) s. 241–256. **Clark (1940).**

Coase, Ronald: The Problem of Social Costs. *Journal of Law and Economics,* October 1960, pp. 1–44; kirjassa Coase, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988.

Coase, Ronald: The Nature of The Firm. *Economica*, November, 1937, pp. 386–495; kirjassa Coase, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988.

Cohen, Wesley M. – Levin, Richard C.: Empirical Studies of Innovation and Market Structure. Teoksessa Schmalensee, Richard – Willing, Robert D. (toim.), Handbook of Industrial Organization (1989) s. 1059–1107. **Cohen/Levin (1989).**

Collins, Philip G. H.: Retailer Buyer Power: Abusive Behaviour and Mergers/Acquisitions. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 423–466. **Collins (2001).**

Comanor, William S.: Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy. 98 Harvard Law Review (1985) s. 983. **Comanor (1985).**

Comanor, William S. – Wilson, Thomas A.: The Effect of Advertising on Competition: A Survey. Journal of Economic Literature, Vol XVII, 1979, s. 453–476. **Comanor/Williams (1979).**

Comanor, William S.: The Problem of remedy in monopolization cases. The Microsoft case as an example. Antitrust Bulletin, Spring 2001, s. 115–133. **Comanor (2001).**

Cotter, Thomas F.: Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine. The Antitrust Bulletin, Spring 1999, s. 211–250. **Cotter (1999).**

Conrath, Craig W. – Widnell, Nicholas A.: Efficiency Claims in Merger Analysis: Hospitality or Humility? 7 Geo. Mason L. Rev., 1999, s. 685. **Conrath/Widnell (1999)**

Cox, Helmut: Kartelle – Strukturanalyse, Wettbewerbsbeschränkungen und wettbewerbspolitische Behandlung. Teoksessa Cox, H. – Jens, U. – Markert, K. (toim.): Handbuch des Wettbewerbs, München, 1981, s. 225–269. **Cox (1981).**

Crowther, Peter: Compulsory Licensing and Intellectual Property Rights, E.L. Rev., 1996, s. 521. **Crowter (1996).**

Dahl, Robert A.: Power. Teoksessa International Encyclopedia of the Social Sciences, New York: Macmillan 1968, vol. 12, s. 405–415.

Dalkir, Sendal – Warren-Boulton, Frederick: Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997). Teoksessa *Kwoka, John E – White, Lawrence J. (eds.).* Antitrust Revolution. **Dalkir/Warren-Boulton (1999).**

Dasgupta, Partha – Stiglitz, Joseph E.: Learning by Doing, Market Structure and Industrial and Trade Policies. Oxford Economic Papers 40(2), June 1988 s. 246–268.

Demsetz, H.: Why Regulate Utilities? Journal of Law and Economics 11(1968): 55–65.

Demsetz, Harold: Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy. Journal of Law and Economics 16 (April 1973): 1–9.

Demsetz H.: Two Systems of Belief about Monopoly. In H.J. Goldschmid, H.M. Mann, and J.F. Weston (eds.), Industrial Concentration (1974): The New Learning (Toronto, ON: Little, Brown).

Demsetz, Harold: Economics as a Guide to Antitrust and Regulation, Journal of Law and Economics 19 (1976) s. 371–388. **Demsetz (1976).**

Demsetz, Harold: How many Cheers for Antitrust's 100 Years?. Economic Inquiry, XXX, April 1992, 207–217.

Deringer, Arved: Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV (Art. 81 und 82 EG). EuZW 2000, s. 5.

Dick, Andrew R.: When Are Cartels Stable Contracts? Journal of Law and Economics 1996 s. 241–283. **Dick (1996).**

Dick, Andrew: Cartels and tacit collusion. Teoksessa The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, New York 1998, s. 206–210. **Dick (1998).**

Dobson, P.W. – Waterson, M.: Vertical Restraints and Competition Policy. Office of Fair Trading, Research Paper 12, 1996. **Dobson/Waterson (1996).**

Dolmans, Maurits – Pickering, Vincent: The 1997 Digital Undertaking. ECLR 19 (1998), 108. **Dolmans/Pickering (1998).**

Drautz, Götz: Remedies under the Merger Regulation. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.), International Antitrust Law & Policy, 1996 Fordham Corporate Law Institute, New York 1997, s. 219–238. **Drautz (1997).**

Drautz, Götz: Recent developments in the assessment of dominance. Esitelmä seminaarissa EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14–15 September 2000, Metropole Hotel, Brussels, Belgium. **Drautz (2000).**

Easterbrook, Frank H.: Predatory Strategies and Counterstrategies. 48 University of Chicago Law Review, 1981, s. 334. **Easterbrook (1981).**

Easterbrook, Frank H.: The Limits of Antitrust. Texas Law Review August 1984, s. 1–14. **Easterbrook (1984).**

Easterbrook, Frank H.: Workable Antitrust Policy. 84 Michigan Law Review August, 1986 s. 1696. **Easterbrook (1986).**

Ebenroth, Carsten Thomas – Lange, Knut Werner: Die Auswirkungen der Europäischen Fusionskontrollverordnung auf das bundesdeutsche Recht der Unternehmenszusammenschlüsse, Betriebs-Berater 1991 s. 845–853. **Ebenroth/Lange (1991).**

Eckbo, Espen B.: Competition and Wealt Effects of Mergers. Kirjassa Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael (toim.): The Law and Economics of Competition Policy, s. 297–332. **Eckbo (1990).**

Ehlermann, Claus Dieter: Die Europäische Fusionskontrolle - Erste Erfahrungen. Wirtschaft und Wettbewerb 1991 s. 535–545. **Ehlermann (1991).**

Ehlermann, Claus Dieter: Developments in community competition law procedures. Competition Policy Newsletter, Volume 1, No 1, Spring 1994, s. 2–6. **Ehlermann (1994).**

Ehlermann, Claus Dieter: Reflections on an European Cartel Office, Common Market Law Review, Vol 32 no. 2. pp. 471–486. **Ehlermann (1995).**

Ehlermann, Claus Dieter: The Modernisation of EU Anti-Cartel Policy – A Legal and Cultural Revolution. Durham European Law Institute. European Law Lecture 1999. **Ehlermann (1999).**

Ellig, Jerry – Lin, Daniel: A Taxonomy of Dynamic Competitition Theories. Teoksessa *Ellig,*

Jerry (ed.): Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 16–44. **Ellig/Lin (2001).**

Elzinga, Kenneth G. – Mills David E: Trumping the Areeda-Turner Test: The Recoupment Standard In Brooke Group. 62 Antitrust Law Journal 1994 s. 559. **Elzinga/Mills (1994).**

Elzinga, Kenneth G.: Unmasking Monopoly: Four Types of Evidence (1989). Kirjassa Larner/ Meehan (1989) s. 11–38. **Elzinga (1989).**

Elzinga, Kenneth G. – Mills David E: Predatory Pricing and Strategic Theory. 89 Georgetown Law Journal, 2001, s. 2475. **Elzinga/Mills (2001).**

Etter, Boris: The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance. An Analysis of the Recent Decisions and Judgements – an Economic Approach World Competition 2000, No. 3, s. 103. **Etter (2000).**

Evans, David S.: Trade Associations and the Réxchange of Price and Nonprice Information. Teoksessa 1992 and EEC/U.S. Competition and Trade Law, Hawk, Barry E. (toim) 1989, Fordham University School of Law 1990. **Evans (1989).**

Evans, David S. – Schmalensee, Richard A.: *Guide to the Antitrust Economics of Networks*, 10 Antitrust (1996) s. 36. **Evans/Schmalensee (1996).**

Everling, Ulrich: Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen, WuW 1989 s. 877. **Everling (1989).**

Everling, Ulrich: Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtschprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, WuW 1990 s. 995/1009. **Everling (1990).**

Facey, Brian A. – Assaf, Dany H. – Cohen, Russell: The Canadian Competition Tribunal Gets it Right. Antitrust Fall, 2000, s. 70. **Facey/Assaf/Cohen (2000).**

Facey, Brian A. – Assaf, Dany H.: Canada's Efficiency Decision Overturned on Appeal, Antitrust, Summer, 2001, s. 90 **Facey/Assaf (2001).**

Faith, Roger L. – Leavens, Donald R. Tollison, Robert D.: Antitrust Pork Barrel," 25 Journal of Law and Economics 329 (1982) s. 329. Teoksessa (McChesney, Fred S. – Shughart, William F. II (toim.), The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective, 1995, s. 201–212.

Faull Jonathan: The Enforcement of Competition Policy in the European Community: A Mature System, Fordham International Law Journal 1992 (Vol. 15:219) s. 219–247. **Faull (1992).**

Fiedler, Patrick: EG-Kommission erleichtert Voraussetzungen für Sanierungsfusionen. Wirtschaft und Wettbewerb. EuZW 2001 s. 585. **Fiedler (2001).**

Fisher, Alan A. – Lande, Robert H.: Efficiency Considerations in Merger Enforcement. 71 California Law Review December,1983 s. 1580. **Fisher/Lande (1983).**

Fisher, Alan – Johnson, F. – Lande, Robert: Price Effects of Horizontal Mergers. 77 California Law review 1989 s. 777–817. **Fisher/Johnson/Lande (1989).**

Fisher, Alan A. – Lande, Robert H. – Ross, Stephen F.:15-FALL Antitrust 71 Antitrust Fall, 2000 Article and Feature THE CANADIAN COMPETITION TRIBUNAL GETS IT WRONG. **Fisher/Lande/Ross (2000).**

Fisher, Franklin M.: Diagnosing Monopoly, 19 Quarterly Review of Economics and Business 1979 s. 7–17. **Fisher (1979).**

Fisher, Franklin, M.: Innovation and Monopoly Leveraging. Teoksessa *Ellig, Jerry (ed.)*: Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 138–159. **Fisher (2001).**

Fisher, Franklin M.: Market Definition: a User's Guide, Workshop on Market Definition, Helsinki 5. October 2001, Kilpailuvirasto, Helsinki 2002, s. 38–54. **Fisher (2002).**

Fleischer, Holger – Weyer, Harmut: Neues zur "essential-facilities"-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht – Eine Besprechung der Bronner-Entscheidung des EuGH. Wirtschaft und Wettbewerb 1999, s. 350.

Flynn, John L: Antitrust Policy, Innovation Efficiencies, and the Suppression of Technology. 66 Antitrust Law Journal, 1998, s. 487. **Flynn (1998).**

Fox, Eleanor M.: Abuse of a Dominant Position under the Treaty of Rome – a Comparision With U.S. Law, 1983 Fordham Corporate Law Institute (1984) s. 367–432. **Fox (1984).**

Fox, Eleanor M.: 61 Notre Dame Law. 981 Notre Dame Lawyer 1986 Symposium: Developments in Section Two of the Sherman Act Monopolization And Dominance In The United States And The European Community: Efficiency, Opportunity, And Fairness. **Fox (1986).**

Fox, Eleanor M. – Sullivan, Lawrence A.: 62 New York University Law Review November 936, 1987 Papers Presented at the Airlie House Conference on the Antitrust Alternative Antitrust–Retrospective And Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going? **Fox/Sullivan (1987).**

Fox, Eleanor, M.: 62 Antitrust Law Journal Spring 759, 1994 Essay Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.–Information Failure As Soul Or Hook? **Fox (1994).**

Freedman, Michael L.: Predatory Pricing after Brooke Group: Economic Goals Prevail. 58 Albany Law Review, 1994, s. 243. **Freedman (1994).**

Friedman, Milton: The Methodology of Positive Economics. Kirjassa Essays in Positive Economics. Chicago: University of Chicago Press 1953 s. 3–43. **Friedman (1953).**

Fudenberg, Drew – Tirole, Jean: Noncooperative Game Theory for Industrial Orgazization: An Introduction and Overwiew. Teoksessa Schmalensee, Richard-Willig, Robert D. (toim.), The Handbook of Industrial Organization (1989), Vol. 1, Amsterdam 1989, s. 261–327. **Fudenberg/Tirole (1989).**

Furse, Mark: The Essential Facilities Doctrine in Community Law 1995 ECLR s. 469–473. **Furse (1995).**

Furse, Mark: The role of Competition Policy – A Survey 1996 ECLR s. 250–258. **Furse (1996).**

George, Ken – Jacquemin, Alexis: Dominant Firms and Mergers, The Economic Journal 102 (January 1992), s. 148–157. **George/Jacquemin (1992).**

Gerber David J.: Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe / D.J. Gerber, American Journal of Comparative Law. 42, no.1, 25–84 (1994).

Gerber, David J.: Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective. ECLR 2001, s. 122–130. **Gerber (2001).**

Geroski, Paul: Do Dominant Firms Decline? Teoksessa Vickers – Hay (toim.), The Economics of Market Dominance, Oxford 1987 s. 143–167. **Geroski (1987).**

Gilbert, Richard J.: Mobility Barriers and the Value of Incumbency, Teoksessa Schmalensee/Willig (toim.), Handbook of Industrial Organization (1989) s. 475–535.

Gilbert, Richard J. – Sunshine, Steven C.: Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. 63 Antitrust Law Journal (1995) s. 569. **Gilbert/Sunshine (1995).**

Ginsburg, Douglas H.: Rationalizing Antitrust: a rejoinder to Professor Armentano. Teoksessa *Kovaleff, Theodore Philip (ed.).* The Antitrust Impulse: An Economic, Historical, and Legal Analysis. Vol I and II. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1994, s. 933–948. **Ginsburg (1986, 1994).**

Glais, M.: Les concepts de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Traité de Rome, Revue du Marché Commun, 1987, s. 203. **Glais (1987).**

Globerman, Steven: Commentary on "Market Power, Innovation and Anti-trust" (Reuwen Brenner). Teoksessa Mathewson, F.. Trebilcock, M – Walker. M. A. (toim.), The Law and Economics of Competition Policy, Vancouver, BC: The Fraser Institute: 1990, s. 217–218.

Godek, Paul E.: A Chicago-school approach to antitrust for developing economies, The Antitrust Bulletin, Spring 1998 s. 261–274. **(Godek 1998).**

Goldfein, Shepard: Concerted Action by Team Owners after Brown and Chicago Professional

Sports. Teoksessa Hawk Barry E. (toim.): International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 1999, New York 2000, s. 93–113. **Goldfein (2000).**

González-Díaz, Enrique Francisco: Casenote: Recent Developments in EC Merger Control Law – The Gencor Judgment 25.03.1999, Rs. T-102/96 (Gencor/ Kommission), World Competition 22 (1999), No. 3, s. 3. **González-Díaz (1999).**

Granitz, Elizabeth – Klein, Benjamin: Monopolization by 'Raising Rivals' Costs': The Standard Oil Case. Journal of Law and Economics 39(1), April 1996, s. 1–47. **Granitz/Klein (1996).**

Green, E. – Porter, R.: Noncooperative Collusion under Imperfect Price Competition. Econometrica 52 (1984) s. 87–100. **Green/Porter (1984).**

Greer, Douglas F.: Concentration and Economic Power. Teoksessa Peterson, Wallace C. (toim.), Market Power and the Economy, Kluver Academic Publishers, Boston, Dorndrecht, London 1988, s. 53–81.**Greer (1998).**

Griffin J. P. – Sharp L. T.: Efficiency Issues in Competition Analysis in Australia, the European Union, and the United States. 64 *Antitrust Law Journal*, 1996, s. 649–682. **Griffin/Sharp (1996).**

Griffin, James M.: An Inside View of Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels. Teoksessa Konkurrensverket, Fighting Cartels (2001) s. 29–56. **Griffin (2001).**

Grimes, Warren, S.: When Do Franchisors Have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism. 65 Antitrust Law Journal Fall, 1996, s. 105. **Grimes (1996).**

Grimes, Warren S.: Market Definition in Franchise Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest. 67 Antitrust Antitrust Law Journal s. 243. **Grimes (1999).**

Grimes, Warren S.: The Sherman Act's Unintended Bias Against Lilliputians: Small Players' Collective Action As a Counter to Relational Market Power, The Antitrust Bulletin, Winter 2001 s. 195–248. **Grimes (2001a).**

Grossekettler, Heinz: Franz Böhm as a Pioneering Champion of an Economic Theory of Legislative Scienence. European Journal of Law and Ecomomics, 3:309–329 (1996). **Grossekettler (1996).**

Guerrin, Maurice – Kyriazis, Georgios: Cartels, Proof and prodedural Issues, Fordham International Law Journal 1992 s. 268–350. **Guerrin/Kyriazis (1992).**

Guiltinan, Joseph P. – Gundlach, Gregory: Aggressive and Predatory Pricing: A Framework for Analysis. Journal of Marketing, Vol. 60, July 1996, 87–102. **Guiltinan/Gundlach (1996).**

Günther, Eberhard: Die Geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs. Teoksessa Sauermann, Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (toim.): Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 183–204.

Gutowski, Armin: Theoretische Ansätze zu einem Konzept von Anbietermacht. Teoksessa Macht und ökonomiches Gesetz, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Erster Halbband, Duncker & Humblot, Berlin 1973, s. 531–558.

Gyselen, Luc – Kyriazis, Nicholas: Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited. 11 European Law Review (1986) s. 134. **Gyselen/Kyriazis (1986).**

Gyselen, Luc: Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86: Recent Developments. Teoksessa Fordham Corporate Law Institute 1989, s. 597–658. **Gyselen (1989).**

Halliday, Jennifer: The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future. World Competition 1999, s. 91. **Halliday (1999).**

Hammer, Peter J.: Questoning Traditional Antitrust Presumptions: Price and Non-Price Competition in Hospital Markets. University of Michigan Journal of Law Reform, Summer 1999, s. 727. **Hammer (1999).**

Hammer, Peter J.: Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-best Tradeoffs. Michigan Law Review 98, no. 4, 2000, s. 849–925. **Hammer (2000).**

Harberger, Arnold C.: Monopoly and Resource Allocation. American Economic Review, May 1954 44 (2) s. 77–87. **Harberger (1954).**

Harberger, Arnold C.: Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics. Journal of Economic Literature, September 1971, 9 (3) s. 785–797. **Harberger (1971).**

Harsany; John C.: On the Rationality Postulates Underlying the Theory of Cooperative Games. Journal of Conflict Resolution 5 (1961) s. 179–196. **Harsanyi (1961).**

Hautala, Jaana: Yrityskauppavalvonnan kilpailutesteistä. Kilpailuviraston vuosikirja 2002 s. 43–50. **Hautala (2002).**

Hawk, Barry E.: System Failure: vertical restraints and EC Competition law. (1995) 32 CMLRev s. 973. **Hawk (1995).**

Hay, George A.: Shared Monopoly and Antitrust Law, 67 Cornell Law Review (1982) s. 439. **Hay (1982).**

Hay, George A: Market Power in Antitrust. Antitrust Law Journal, vol. 60 1992 s. 807–827. **Hay (1992).**

Hayek, Friedrich A.: The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, XXXV, No. 4; September, **1945**, s. 519–30. **Hayek (1945).**

Hayek, Friedrich A.:Grundsätze einer liberalen Wirtschaftsordnung, ORDO 17 (1967)

Hayek, Friedrich A.: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. Teoksessa Hayek, Freiburger Studien, Tübingen 1969, s. 249–265

Hayek, Friedrich A.: Die Sprachverwirrung im politischen Denken, kirjassa Freiburger Studien (1969) s. 224–227

Hayek, Friedrich A.: The Meaning of Competition. Teoksessa *Individualism and Economic Order*, Chicago: Henry Regnery, 1972, s. 92–106.

Hemphill, Scott C.: The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses. Stanford Law Review, Vol. 54, No. 1, October 2001, s. 1581–1612. **Hemphill (2001).**

Hofstadter, Richard: What happened to the Antitrust Movement? The Paranoid Style in American Politics and Other Essays (1965). Teoksessa Sullivan, Thomas E. (toim.): The Political Economy of the Sherman Act, The First Hundred Years, Oxford University Press, New York, Oxford 1991. **Hofstadter (1965).**

Hoet, P.: Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire. Revue du Maché Commun, mars 1989, s. 135. **Hoet (1989).**

Holt, Charles A. – Scheffman, David T.: Strategic Business Behaviour and Antitrust. Kirjassa Holt/Scheffman (1989) s. 39–82. **Holt/Scheffman (1989).**

Honkapohja, Seppo: Kilpailupolitiikka ja strategisen kilpailun teoria. Kansantaloudellinen aikakauskirja 1990:1 s. 55–61. **Honkapohja (1990).**

Hoppmann, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs. Teoksessa Schneider, Hans K. (toim.): Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin 1968, s. 9–49. **Hoppmann (1968).**

Hoppmann, Erich: Zum Schutzobjekt des GWB. Teoksessa Wettbewerb als Aufgabe, Verlag Gehlen, Bad Homburg 1968 s. 61–104. **Hoppmann (1968b).**

Hovenkamp, Herbert: Distributive Justice and the Antitrust Laws. 51 George Washington Law Review, November, 1982, s. 1. **Hovenkamp (1982)**

Hovenkamp, Herbert: Antitrust Policy After Chicago. 84 Michigan Law Review, November, 1985, s. 213. **Hovenkamp (1985 a).**

Hovenkamp, Herbert: Evolutionary Models in Jurisprudence. 64 Texas Law Review December, 1985, s. 645. **Hovenkamp (1985 b).**

Hovenkamp, Herbert: The Sherman Act and the Classical Theory of Competition. 74 Iowa Law Review July, 1989, s. 1019. **Hovenkamp (1989 a).**

Hovenkamp, Herbert: Antitrust Movement and the Rise of Industrial organization. 68 Texas Law

Review, November, 1989, s. 105. **Hovenkamp (1989 b).**

Hovenkamp, Herbert: Legislation, Well-Being, and Public Choice. 57 University of Chicago Law Review, Winter 1990, s. 63. **Hovenkamp (1990).**

Hovenkamp, Herbert: The First Great Law & Economics Movement. 42 Stanford Law Review, April, 1990, s. 993. **Hovenkamp (1990 a).**

Hovenkamp, Herbert: The Measurement of Market Power: Policy and Science. Kirjassa Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael (toim.): The Law and Economics of Competition Policy, s. 43–67. **Hovenkamp (1990 b).**

Hovenkamp, Herbert: The Marginalist Revolution in Legal Thought. 46 Vanderbilt Law Review March, 1993, s. 305. **Hovenkamp (1993).**

Hovenkamp, Herbert: The Limits of Preference Based Legal Policy. 89 Northwestern University Law Review Fall, 1994, s. 4 **Hovenkamp (1994)**

Hovenkamp, Herbert: Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy. Columbia Business Law Review 1995 s. 1. **Hovenkamp (1995).**

Hovenkamp, Herbert: Knowledge about Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics. 84 Minnesota Law Review April, 2000, s. 805 **Hovenkamp (2000).**

Hovenkamp, Herbert: Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. Columbia Business Law Review, 2001, s. 257. **Hovenkamp (2001).**

Howard, John – Stanbury, William: Oligopoly Power, Co-ordination and Conscious Parallelism. Kirjassa Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael (toim.): The Law and Economics of Competition Policy, s. 219–294. **Howard/Stanbury (1990).**

Immenga Ulrich: Zusammenschlüsse zwischen Großunternehmen, kirjassa Helmrich Herbert (Hrsg.), Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, s. 185 ss. **Immenga (1987).**

Immenga Ulrich: Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle, Wirtschaft und Wettbewerb 1990 s. 371/381. **Immenga (1990).**

Immenga, Frank A. – Stopper, Martin: Impulsgeber "Baby Food Merger": Die Berücksichtigung des Effizienzgedankens im US-amerikanischen und europäischen Fusionskontrollrecht, RIW 2001, S. 512 ff. **Immenga F. (1990).**

Ivaldi, Marc – Verboven, Frank: Quantifying the Effects from Horizontal Mergers in European Competition Policy. Swedish School of Economics and Business Administration, The Yrjö Jahnsson Working Paper Series in Industrial Economics, 8 (2002). http://www.idei.asso.fr/Commun/Articles/Ivaldi/iv-merger%20v04.pdf **Ivaldi/Verboven (2002).**

Jacobs, Michael S.: An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. 74 North Carolina Law Review, November, 1995 , s. 219. Essay **Jacobs (1995).**

Jacquemin, Alexis – Buigues, Pierre – Ilzkovitz, Fabienne: Horizontale Konzentration, Fusionen und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft, Europäische Wirtschaft Nr. 40, Mai 1989. **Jacquemin/Buigues/Ilzkovitz (1989).**

Jacquemin, Alexis – Slade, Margaret E.: Cartels, Collusion, and Horizontal Merger. Teoksessa Schmalensee, Richard – Willig, Robert D. (toim.), The Handbook of Industrial Organization (1989), Vol. 1, Amsterdam 1989, s. 415–473. **Jacquemin/Slade (1989).**

Jacquemin, Alexis: Introduction: Competition and Competition Policy in Market Economies. Kirjassa Comanor, W.S. ym. (toim.): Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions, s. 1–6. **Jacquemin (1990).**

Janicki, Thomas: EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen Umsetzung, WuW 1990, s. 195 ff. **Janicki (1990).**

Jebsen, Peter – Stevens, Robert: Assumptions, goals, and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union. 64 Antitrust Law Journal 1996 s. 443–516. **Jebsen/Stevens (1996).**

Jenny, Frederick M.: Competition and Efficiency. Kirjassa Antitrust in a Global Economy, 1993 Corporate Law Institute, Fordham U. School of Law, (B. Hawk, ed., 1994) s. 185–220. **Jenny (1993).**

Jenny, Frederick M.: Competition Law enforcement: is Economic Expertise Necessary? Kirjassa International Antitrust Law & Policy, 1998 Corporate Law Institute, Fordham U. School of Law, (B. Hawk, ed., 1999) s. 185–202. **Jenny (1998).**

Jickeli Joachim: Marktzutrittsschranken im EG-Kartellrecht (Teil 1), Wirtschaft und Wettbewerb 1992 s. 101–114.

Jickeli, Joachim: Marktzutrittsschranken im EG-Kartellrecht (Teil 2), Wirtschaft und Wettbewerb 1992 s. 195–209.

Joerges, Christian: Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik (in: R. Wildenmann (ed.), Staatswerdung Europas? Optionen einer europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 1991, s. 225–268. **Joerges (1991).**

Joerges, Christian: European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty, in: R. Dehousse (ed.) Europe After Maastricht. An Ever Closer Union?, München: Beck, 1994, 29–62. **Joerges (1994).**

Joerges, Christian: The Market Without the State? The "Economic Constitution" of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics. European Integration online Papers, Vol. 1, Nr. 19 (http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm)). **Joerges (1997).**

Jokinen, Juhani: Kokemuksia yrityskauppavalvonnasta. Kilpailuviraston uutisia 3/99.

Jokinen, Juhani: Yrityskauppavalvonnan linjanvetoja. Kilpailuviraston vuosikirja 2001. **Jokinen (2001).**

Joliet, René: La notion de pratique concetteé et lárrêt ICI dans une prespective comparative, Cahiers de Droit Européen 1974 s. 251. **Joliet (1974).**

Joliet, René: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr – Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. GRUR int. 1994, s. 1. **Joliet (1994).**

Joshua, Julian: Proving Cartels and Concerted practices. Pohjoismaisille kilpailuviranomaisille kesällä 1999 pidetty esitelmä.

Joskow, Paul L. – Klevorick, Alvin K.: A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. The Yale Law Journal, Volume 89 (1979) s. 213–270. **Joskow/Klevorick (1979).**

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle – Timonen, Pekka: Coasen teoreema: esittely ja arviointi. Kirjassa Määttä – Kanniainen (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Gaudeamus, Tampere 1996, s. 46–61. **Kanniainen/Määttä/Timonen (1996).**

Kanniainen, Vesa: Kilpailupolitiikan taloustiede. Kirjassa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen s. 1–20. **Kanniainen (2001).**

Kanninen, Heikki: Nationell tillämpning av EG:s konkurrensrätt. Kirjassa Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002, Del 1, Utgivna av lokalstyrelsen för Finland, s. 381–398. **Kanninen (2002).**

Kantzenbach, Erhard – Kallfass, Hermann H.: Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition. Teoksessa Cox, H. – Jens, U. – Markert, K. (toim.): Handbuch des Wettbewerbs, München, 1981, s. 103–127. **Kantzenbach/Kallfass (1981).**

Kantzenbach, Erhard – Krüger, Reinald: Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes dei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1990 s. 473–481.

Kaplow, Louis: Extension of Monopoly Power Through Leverage. 85 Columbia Law Review April, 1985, s. 515 **Kaplow (1985).**

Kauper, Thomas E.: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal. Antitrust Law Journal, vol. 59, 1991, s. 441–456. **Kauper (1991).**

Kauper, Thomas E.: The Problem Market Definition under EC Competition Law. Teoksessa

Hawk, Barry E. (toim.): Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1996, New York/London 1997, s. 239–305. **Kauper (1997).**

Kauper, Thomas E.: Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations." *St. John's L. Rev.* 74, no. 2 (2000): 305–59. **Kauper (2002).**

Kareff, Scott M.: The European Approach to Monopoly Leveraging Case 333/ 94 P, Tetra Pak Int'l SA v. Commission. LPIBus 28 (1997), 549. **Kareff (1997).**

Kattan, Joseph: Market Power in the Precense of an Installed Base, 62 Antitrust Law Journal (1993).

Kattan, Joseph: Comment EFFICIENCIES AND MERGER ANALYSIS. 62 Antitrust Law Journal Winter (1994), s. 513.**Kattan (1994).**

Kerber, Wolfgang: Wettbewerb als Hypothesentest: Eine evolutorische Konzeption wissenschaffenden Wettbewerbs. Teoksessa K. von Delhaes und U. Fehl (Hrsg.): Dimensionen des Wettbewerbs, Stuttgart, 1997, s. 29–78.

Kerber, Wolfgang: Europäische Fusionskontrolle: Entwicklung und Perspektiven. Teoksessa Oberender, Peter (toim.): Europäische Fusionskontrolle, Berlin 2000, s. 86–94. **Kerber (2000).**

Klein, Benjamin: The use of economics in antitrust litigation: realistic models of the competitive process. Kirjassa Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael (toim.): The Law and Economics of Competition Policy, s. 419–441. **Klein (1990).**

Klein, Benjamin: Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak. 3 Supreme Court Economic Review 1993 s. 43. **Klein (1993).**

Klein, Benjamin: Market Power in Aftermarkets. Kirjassa McChesney, Fred. M. (toim.): Economic Inputs, Legal Outputs. The Role of Economists in Modern Antitrust, s. 47–68. **Klein (1996).**

Klein, Benjamin: Distribution Restrictions Operate By Creating Dealer Profits: Explaining the Use of Maximum Resale Price Maintenance in *State Oil v. Khan*. 7 Sup. Ct. Econ. Rev. s. 1 Supreme Court Economic Review 1999. **Klein (1999)**.

Kleinmann Werner: Vorrang des Wettbewerbs in der Europäischen Fusionskontrolle oder ein Pyrrhus-Sieg? Die "de Havilland" – Entscheidung der EG-Kommission, Recht der Internationalen Wirtschaft 1992, s. 345–351. **Kleinmann (1992).**

Kloosterhuis, Erik: Joint Dominance and the Interaction Between Firms. ECLR 2001 s. 79. **Kloosterhuis (2001).**

Koch, Hartmut: Artikel 85. Kommentaariteoksessa Grabitz, Eberhard (toim.): Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblattsammlung, Stand Juni 1990, Beck Verlag, München 1990. **Siteerattu Koch, Art., Rdnr.**

Koch Norbert: Die neuen Befugnisse der EG zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1990 s. 65–72. **Koch (1991).**

Kolasky, William J.: Coordinated effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks. Before ABA Section of Antitrust, Spring 2000 Meeting, Washington D.C. 2002. http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11050.pdf. **Kolasky 2002.**

Koller, R.: The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study. 4 Antitrust Law and Economics Review , Summer 1971, s. 105.

Korah, Valentine: Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86, Common Market Law Review 1980, s. 395–414. **Korah (1980)**.

Korah, Valentine: Gencor v. Commission: Collective Dominance. ECLR 20 (1999) s. 337. **Korah (1999).**

Koskinen, Seppo – Linderborg, Karl – Mäki, Anu – Nyman, Eeva, Veihtola, Ulla: EY-oikeus ja liikkeenluovutus suomalaisessa oikeuskäytännössä. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 419–461. **Koskinen ym. 2002).**

Kovacic, William E: Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration. Iowa Law Review, Vol. 74, 1989 s. 1105–1150. **Kovacic (1989).**

Krattenmaker, Thomas G. – Salop, Steven S.: Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. Yale Law Journal 96:1986 s. 209–293. **Krattenmaker/Salop (1986).**

Krattenmaker, Thomas G. – Lande, Robert H. – Salop, Steven C.: Monopoly Power and Market Power in Antitrust. 76 Georgetown Law Journal December, 1987 s. 241–269. **Krattenmaker/Lande/Salop (1987).**

Krauss, Joseph G. – Gotts, Ilene Knable: Antitrust Review of New Economy Transactions. Antitrust 15, no.1 (Fall 2000), s. 59–64. **Krauss/Gotts (2000).**

Krüger, Reinhard: Kollektive Marktbeherrschung und Neue Industrieökonomik. Teoksessa *Kruse, Jörn – Mayer, Otto G.*: Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, Baden-Baden 1996, s. 135–154. **Krüger (1996).**

Kuoppamäki, Petri: Application of Community Competittion Law in Finland. FIDE-Report. Stockholm (1998). **Kuoppamäki (1998).**

Kuoppamäki, Petri: Market Definition: User's Reflections. Workshop on Market Definition, Helsinki 5. October 2001, Kilpailuvirasto, Helsinki 2002, s. 55–61. **Kuoppamäki (2002 a).**

Kuoppamäki, Petri: Yhteinen määräävä markkina-asema EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 315–356. **Kuoppamäki (2002 b).**

Lande, Robert H.: Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: Ther Efficiency Interpretation Challenged, 34 Hastings L.J. 65 (1982); kirjassa Sullivan (ed.), The Political Economy of the Sherman Act (1991) s. 71–84. **Lande (1982).**

Lande, Robert H.: Chicago's False Foundation, Wealt Transfers (not just Efficiency) Should Guide Antitrust, Antitrust law Journal 1989 s. 631–644; kirjassa Scherer (ed., 1993) s. 241–255. **Lande (1989).**

Lande, Robert, H.: Beyond Chicago, Will Activist Antitrust Arise Again?, 39 Antitrust Law Bulletin (1994) s. 1–25.

Landes, William M. – Posner, Richard A.: Market Power in Antitrust Cases. 94 Harvard Law Review March, 1981, s. 937. **Landes/Posner (1981).**

Langenheine, Bernd: Substantive Review under the EEC Merger Regulation, Fordham Corporate Law Institute 1990 s. 481–502. **Langenheine (1990).**

Langlois, Richard N.: Technological Standards, Innovation and Essential Facilities: Towards a Schumpeterian Post-Chicago Approach. Teoksessa *Ellig, Jerry (toim.)*: Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 193–228. **Langlois (2001).**

Lehto, Eero: Johdanto teoksessa Lehto, E. (toim.) Monopoli vai kilpailu (1997), s. 7–20. **E. Lehto (1997).**

Lehto, Petri – Aalto-Setälä, Ilkka: Yrityskauppavalvonta - taloustieteen merkitys lain soveltamisessa. Liiketaloudellinen Aikakauskirja 3/1998 s. 347–371. **(Lehto/Aalto-Setälä 1998).**

Leibenstein, Harvey: Allocative Efficiency vs. X-Efficiency," *American Economic Review*, Vol. 56, June, 1966, s. 392–415. **Leibenstein (1966).**

Leibenstein, Harvey: X-Inefficiency Xists – Reply to an Xorcist. *American Economic Review*, Vol. 68, March 1978, s. 203–211. **Leibenstein (1978).**

Lever, Jeremy: The German Monopolies Commission's Report on the Problems Consequent upon the Reform of the European Cartel Procedures. ECLR 23 (2002) s. 321. **Lever (2002).**

Liebowitz, Stan – Margolis, Stephen E.: Network Effects and the Microsoft Case. Teoksessa *Ellig, Jerry (ed.)*: Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 160–192. **Liebowitz/Margolis (2001).**

Lipponen, Paavo: Financial Times 5.10.2001.

Lücking, Joachim: Retailer Power in EC Competition Law. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 3467–485. **Lücking (2001).**

MacKie-Mason, Jeffrey K. – Metzler, John: Links Between Vertically Related Markets: ITS v. Kodak. Teoksessa The Antitrust Revolution, 3rd ed., toim. J. Kwoka and L. White, 1998. **Mackie-Mason/Metzler (1998).**

Machlup, Fritz: Characteristics and Types of Price Discrimination. Teoksessa Stigler, George (toim.), Business Concentration and Price Policies, Universities-National Bureau Conference Series No. 5, USA 1955. **Machlup (1955).**

Maher, Imelda: Competition Law and Intellectual Property Rights: Evolving Formalism. Teoksessa Craig, Paul - de Burca, Grainne (toim.): The evolution of European Law, Oxford 1999, s. 617. **Maher (1999).**

Manne, Henry G.: Mergers and the Market for Corporate Control; Journal of Political Economy (1965), LXXIII, April, s. 110–120. Teoksessa Scherer (toim.), Monopoly and Competition Policy, s. 456–466.

Marenco, Guilliano: The Role of the European Courts of Justice in the development of EC merger control. Esitelmä seminaarissa EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14–15 September 2000, Metropole Hotel, Brussels, Belgium. **Marenco (2000).**

Markham, J. W.: The Nature and Significance of Price Leadership. The American Economic Review nro. 41 (1951): s. 891–905. **Markham (1951).**

Martenczuk, Bernd: Die "essential facilities" – Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht und der Zugang zu Vertriebsnetzen. Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 26.11.1998, Rs.C-7/97, Oscar Bronner/Mediaprint. Europarecht 1999, s. 565–570.

Massey, Patrick: Market Definition and Market Power in Competititon Analysis: Some Practical Issues. The Econmic and Social Review, Vol 31, No. 4, October, 2000 s. 309–328. **Massey (2000).**

Mathewson, Frank – Winter, Ralph: The Law and Economics of Vertical Restaraints. Kirjassa Mathewson, Frank – Trebilcock, Michael – Walker, Michael (toim.): The Law and Economics of Competition Policy, s. 109–147. **Mathewson/Winter (1990).**

May, James P.: Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880–1918. Ohio State Law Journal (1989) s. 257. **May (1989).**

May, James P.: The Factual Foundations of Competition Policy in America 1888–1992, 42 *Antitrust Bulletin* 239, 1997 s. 239. **May (1997).**

McFalls, Michael S.: The Role and assessment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis. 66Antitrust Law Journal, 1998, s. 651. **McFalls (1998).**

McGee, John S.: Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case. 1 Journal of Law and Economics, 1958: s.137–169. **McGee (1958).**

McGee, John S.: Predatory Pricing Revisited. 23 Journal of Law and Economics, 1980, s. 289–300. **McGee (1980).**

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Julkaistu alun perin teoksessa Festschfrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag (1975) s. 383. Julkaistu uudelleen teoksessa Mestmäcker, Ernst-Joachim: Rech und ökonomisches Gesetz (1984 b) s. 33–69. **Mestmäcker (1975).**

Mestmäcker Ernst-Joachim: Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik, Europarecht 1988 s. 349–377. **Mestmäcker (1988).**

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Zum Begriff des Missbrauchs in Art 86 des Vetrages über die Europäischen Gemenschaften. Teoksessa Festsschrift für Peter Raisch, Köln 1995, s. 441–467. **Mestmäcker (1995).**

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Bausteine zu einer Wirtschaftsverfassung. Franz Böhm in Jena. Lectionis Jenensis. Jena 1996. **Mestmäcker (1996).**

Millon, David: The Sherman Act and the Balance of Power. 61 Southern California Law Review 1219 (1988), s. 1219. **Millon (1988).**

Minda, Gary: 48 SMU L. Rev. 1749 SMU Law Review July-August 1995 ANTITRUST AT CENTURY'S END. **Minda (1995).**

Monti Giorgio: The Scope of Collective Dominance under Art. 82 EC, Common Market Law Review 2001 s. 131. **G. Monti (2001).**

Monti, Giorgio: Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly? Or Enforceable Competition? World Competition vol.19 nro.3 (1996) s. 58. **G. Monti (1996).**

Monti, Mario: Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence. General Counsel Roundtable American Bar Association, Washington DC 14.11.2001, komission nettisivu. **M. Monti (2001 b).**

Monti, Mario: Market definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki Fair October 2001, komission nettisivu. **M. Monti (2001 a).**

Müller-Laube, Hans-Martin: Europa 1992: Die Europäische Fusionskontrolle – Gedanken zu einem neuen europäischen Gesetz, Juristische Schulung 1991 s. 184–190. **Müller-Laube (1991).**

Murnkins, John: Economic Power: History and Institutions. Teoksessa Peterson, Wallace C. (toim.), Market Power and the Economy, Kluver Academic Publishers, Boston, Dorndrecht, London 1988, s. 27–52.

Mustonen, Mikko: teknologiayritykset ja kilpailupolitiikka. Kirjassa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen s. 279–294. **Mustonen (2001).**

Mylly Tuomas: Mikä on olennaista kilpailuoikeuden opissa olennaisista toimintaedellytyksistä? Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 357–402. **Mylly (2002).**

Määttä, Kalle: Taloustieteen hyödyntäminen kilpailunrajoitusten sallittavuutta arvioitaessa. Kirjassa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen s. 51–169. **Määttä (2001).**

Määttä Kalle – Virtanen, Martti: Regulatory Principles in Modifying the Act on Competition Restrictions in a World Characterized by Network Externalities. Seminaariesitelmä. **Määttä/ Virtanen (2001).**

Möschel, Wernhard: Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht, kirjassa Strafrecht, Unter-nehmensrecht, Anwalts-recht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, S. 707–725. Möschel (1988).

Möschel, Wernhard: The Goals of Antitrust Revisited, JITE-ZgS 147 (1991), 7–23. **Möschel (1991).**

Möschel, Wernhard: EG Industriepolitik nach Maastricht. Ordo 43 (1992) s. 415–421. **Möschel (1992).**

Möschel, Wernhard: Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag, JZ 2000, 61–67.

Nalebuff, Barry: Prisoner's Dilemma. Teoksessa The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, New York 1998, s. 89–94. **Nalebuff (1998).**

Nash, J.F.: Non-cooperative Games. Annals of Mathematics 1954 s. 286–295.

Neven, Damien J.: Collusion under Article 81 and the Merger Regulation. Teoksessa Konkurrensverket, Fighting Cartels, Stockholm 2001 s. 56–77. **Neven (2001).**

Niederleithinger Ernst: Grundsatzfragen der neuen europäischen Zusammenschlußkontrolle, Europäisches Wirtschaft- und Steuerrecht (EWS) 1990 s. 73–79.

Niederleithinger Ernst: Das Verhältnis nationaler und europäischer Kontrolle von Zusammenschlüssen, Wirtschaft und Wettbewerb 1990 s. 721–730.

Niels, Gunnar – ten Kate, Adriaan: Predatory Pricing Standards: Is there a growing International Consensus? The Antitrust Bulletin (2000) 45 (3) s. s. 787–809. **Niels/Kate (2000).**

Niels, Gunnar: Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence, European Competition Law Review (2001) s. 168. **Niels (2001).**

Niemeyer Hans-Jörg: Europäische Fusionskontrolle. Erste Umrisse einer Verwaltungspraxis der EG-Kommission, Betriebs-Berater, Beilage 25 zu Heft 35/36/1991.

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

Noel, Pierre-Emmanuel: Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law, ECLR 1997, S. 498 ff. **Noel (1997).**

Nörr, Knut-Wolfgang: Franz Böhm and the Theory of the Private law Society. Teoksessa Kowslowski P. (toim): Economics, Ethics and the Theory of Capitalism in the German Tradition of Economics: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism, Springer, Berlin u. a.:1998, s. 148–188. **Nörr (1998).**

Ohm, H.: Definitionen des Leistungswettweberbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, kirjassa Seraphim, H.-J., Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Duncker & Humblot, Berlin 1960, s. 239–260. **Ohm (1960).**

Oker-Blom, Max – Huhtaniska, Minna: EU:n sulautuma-asetus ja tapaus Volvo/Scania – oikeustaloustieteellinen arvio. Kirjassa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen (2001) s. 170–200.

Ola, Kirsi: Perusasiaa kartelleista. Kilpailuviraston vuosikirja 2002 s. 51–58. **Ola (2002).**

Ordover, Janusz A. – Willig, Robert D.: An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation. 91 *Yale L.J.* (1981) s. 8–53. **Ordover/Willig (1981).**

Ordover, J.A. – Saloner, G.: , Predation, Monopolization and Antitrust, The Handbook of Industrial Organization, Volume 1, R. Schmalensee and J. Willig, eds. 1989, s. 539–596. **Ordover/Saloner (1989).**

Ordover, Janusz A: Economic Foundations of Competition Policy. Kirjassa Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions, Harwood Academic Publishers, London 1990, s. 7–42. **Ordover (1990).**

Organski, Abramo Fimo Kenneth : Der Machtwandel. Kirjassa Kripendorf, E.: Political Science, Tübingen 1966, s. 237.

Overbury Colin: First Experiences of European Merger Control, European Law Review 1991, s. 78–98. **Overbury (1991).**

Paasivirta, Esa: Euroopan yhteisön työoikeudellinen ulottuvuus: näkökulmia liikkeenluovutusdirektiiviin. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 463–483. **Paasivirta (2002).**

Page, William H.: Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy. 66 Tulane Law Review November, 1991 s. 2–23. **Page (1991).**

Pais Antunes, L.M.: Agreements and Concerted Practices under EEC: Is the Distinction Relevant? Yearbook of European Law (1991) s. 74. **Pais Antunes (1991).**

Paulweber, Michael: The end of a success story? The European Commission's White paper on the Modernization of the European Competition Law: a comparative study about the role of the notification of restrictive practises within the European Competition and the American antitrust law, World Competition 2000, s. 3. **Paulweber (2001).**

Pendibene, Raffaele: Is the Concept of Dominant Position Different under the Merger Regulation? European Business Law Review, 1994, s. 42. **Pendibene (1994).**

Persson, Göran: Dagens Industri, 20.9.2001.

Peukert, Helge: Walter Eucken (1891–1950) and the Historical School. Teoksessa Kowslowski P. (toim): Economics, Ethics and the Theory of Capitalism in the German Tradition of Economics: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism, Springer, Berlin u. a.:1998, s. 93–145. **Peukert (1998).**

Pirrong, Stephen C.: Application of Core Theory to the Analysis of the Ocean Shipping Industry. Journal of Law and Economics, vol. 15, no. 1, April 1992, s. 89–131. **Pirrong (1992).**

Pitofsky, Robert: New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust. 90 Colum. L.Rev. 1990 s. 1805. **Pitofsky (1990).**

Pitofsky, Robert: Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers – a U.S. Perspective. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 1997, Fordham Corporate Law Institute, New York 1998, s. 111–127. **Pitofsky (1998).**

Pombo, Fernando: Intellectula Property and Intra-Community Trade. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.), International Antitrust Law & Policy, 1996 Fordham Corporate Law Institute, New York 1997, s. 491–505. **Pombo (1997).**

Pons, Jean-François: Sport and European Competition Policy. Teoksessa Hawk Barry E. (toim.): International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 1999, New York 2000, s. 75–92. **Pons (2000).**

Porter, Michael E.: Competition and Antitrust: Towards a Productivity-based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures. 33 UWLA Law Review, 2001, s. 17–34. **Porter (2001).**

Porter, Michael E.: Competition and Antitrust: toward a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures. The Antitrust Bulletin, Winter 2001, s. 919–958. **Porter (2001 b).**

Posner, Richard A.: Oligopoly and the Antitrus Laws: A Suggested Approach, 21 Stanford Law Review 1969 s. 1562. **Posner (1969).**

Posner, Richard A: The Social Cost of Monopoly and Regulation. Journal of Political Economics (83) August 1975, s. 807–827. **Posner (1975).**

Posner, Richard A.: The Chigago School of Antitrust Analysis, University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), s. 925. **Posner (1979).**

Posner, Richard A.: Antitrust in the new economy. Antitrust Law Journal, Vol. 68, 2001, ss. 925–943. **Posner (2001 b).**

Posner, Richard A.: Normative Law and Economics. Teoksessa Posner, Richard A.: Frontiers of Legal Theory, Harvard University Press, Cambridge, Mass, London, England 2001, s. 95–141. **Posner (2001 c).**

Puhakka, Mikko: Taloustieteellisiä näkökohtia Suomen kilpailulakiin. Kirjassa Määttä – Kanniainen (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Gaudeamus, Tampere 1996, s. 82–96. **Puhakka (1996)**.

Purasjoki, Matti – Virtanen, Martti: Is the Theory of Workable Competition Still Workable? Kirjassa Marked, konkurrance og politikk, Festskrift till Egil Bakke, Fakbokforlaget, Bergen 1995 s. 99–133. **Purasjoki/Virtanen (1995).**

Purasjoki, Matti – Jokinen, Juhani: Kilpailupolitiikan odotukset, saavutukset ja haasteet, 26.10.2001. Julkaistu syksyllä 2001 Asianajotoimisto Borenius & Kemppisen 90-vuotisjuhlajulkaisussa. **Purasjoki/Jokinen (2001).**

Raffaelli, Enrico Adriano: Oligopolies and Antitrust Law. 19 Fordham International Law Journal February, 1996, s. 915. **Raffaelli (1996).**

Rakovsky, Claude: Remedies: Finding the rigth cure. The Commission's evolving practice. Esitelmä seminaarissa EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14–15 September 2000, Metropole Hotel, Brussels, Belgium. **Rakovsky (2000).**

Reindl, Andreas: Intellectual Property and Intra-Community Trade. Teoksessa Hawk, Barry E.

(toim.), International Antitrust Law & Policy, 1996 Fordham Corporate Law Institute, New York 1997, s. 453–489.

Reinert, P.: Industrial Supply Contracts under EC Competition Law 1 ECLR 1996, s. 6. **Reinert (1996).**

Rey, Patrick: Retailer Buyer Power and Competition Policy. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 487–511. **Rey (2001).**

Reynolds Michael J.: The de Havilland Case: a Watershed for Merger Control, International Financial Law Review 1991 s. 21–23. **Reynolds (1991).**

Ridyard, D.: Economic Analysis of Single Firm and Olgopolistic Dominance under the European Merger Regulation" (1994) 15 ECLR s. 255.

Riordan, Michael H. – Salop, Steven C.: Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach. 63 Antitrust Law Journal, 1995, s. 513–568. **Riordan/Salop (1995).**

Rotenberg, Julio – Saloner, Garth, A: Supergame-Theoretic Model of Price Wars During Booms. American Economic Review, 76 (3), June 1986, s. 390-407. **Rotenberg/Saloner (1986).**

Roth, Timothy P.: Predation, Cost-based Tests and Predatory Intent. Journal of Legal Economics, Spring/Summer, 1995, s. 35. **Roth (1995).**

Rowe, Frederick M.: The Decline of Antitrust and the Delusions of Models: The Faustian Pact of Law and Economics. 72 Georgetown Law Journal (1984) s. 1511. **Rowe (1984).**

Royall, M. Sean: Editor's Note, Symposium on Post-Chicago Economics. 63 Antitrust Law Journal, 1995, s. 445. **Royall (1995).**

Rubinfeld, Daniel L. - Hoven, John: Innovation and Antitrust Enforcement. Teoksessa *Ellig, Jerry (ed.)*: Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues. Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 65–94. **Rubinfeld/Hoven (2001).**

Ruffner, Markus: Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision. Teoksessa Zäch, Roger (toim.): Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen, 1995, s. 145–251. **Ruffner (1995).**

Röller, L.-H. – Stennek, J. – Verboven, F.: Efficiency Gains from Mergers. Discussion Paper FS IV 00–09, Wissenschaftszentrum Berlin, 2000. **Röller/Stennek/Verboven (2000).**

Saarinen, Päivi: Kilpailuoikeus ja työehtosopimukset. Teoksessa Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Jyväskylä 2002 s. 485–513. **Saarinen (2002).**

Salop, Steven C.: Strategic Entry Deterrence, 69 American Economic Review s. 335. **Salop (1979).**

Salop, Stephen S. – Scheffman, David: Raising Rivals Costs, 73 American Economic Review s. 267–271. **Salop/Scheffman (1983).**

Salop, Steven C.: The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium. 68 Antitrust L.J. Antitrust Law Journal 2000 s. 187. **Salop (2000).**

Salop, Steven C.: Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 177–200. **Salop (2001).**

Sanderson, Margaret: Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases. 65 Antitrust Law Journal Winter, 1997, s. 623. **Sanderson (1997).**

Sauermilch, Thomas: Fusionskontrollverfahren in den Vereinigten Staaten – Praktische Hinweise unter Bezugnahme auf die neuen Merger Richtlinien. Europäische Wirtschafts- und Steuerrecht 1992 s. 217–228. **Sauermilch (1992).**

Sauter, Wolf: The Economic Constitution of the European Union. 4 Columbia Journal of European Law, Winter-Spring, 1998, s. 27. **Sauter (1998).**

Savia, Elena: Fuusiovalvonta-asetuksen soveltaminen kollektiiviseen määräävään asemaan. DL 1998 s. 1076–1085. **Savia (1998).**

Schaub, Alexander: EC Competition Law – The Millenium Approaches. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 1997, Fordham Corporate Law Institute, New York 1998, s. 129–145. **Schaub (1998).**

Schaub, Alexander: EC Competition Law Proposal – proposals for Reform, 22 Fordham Int'l L.J. Fordham International Law Journal March, 1999. s. 853. **Schaub (1999).**

Schaub, Alexander: Assessing international mergers: the Commission's approach. Esitelmä seminaarissa EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14–15 September 2000, Metropole Hotel, Brussels, Belgium. **Schaub (2000).**

Schaub, Alexander: Vertical Restaraints: Key Points and Issues under the New EC Block Exemption Regulation. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 201–215. **Schaub (2001).**

Scherer, F. M.: Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment. 89 Harvard Law Review, 1976, s. 869. **Scherer (1976).**

Scherer, F. M.: Antitrust, Efficiency, and Progress. New York University Law Review, November 1987, s. 998–1020. Teoksessa *First, Harry – Fox, Elenaor M. – Pitofsky, Robert (toim.)*: Revitalizing Antitrust in its Second Century Essays on Legal, economic and Political Policy, Quorum Books, New York 1991, s. 130–151. **Scherer (1987, 1991).**

Scherer, F. M.: Corporate Takeovers: The Efficiency Argument. Journal of Economic Perspectives, 2, 1988, no. 1, 69–81. **Scherer (1988).**

Scherer, F. M.: "The Economics of Vertical Restraints," Antitrust Law Journal, vol. 52 (1983), pp. 687–707 and 731–740. **Scherer (1983).**

Scherer, F. M. : Schumpeter and Plausible Capitalism. Journal of Economic Literature, Vol. 30 (3) 1992, s. 1416–33. **Scherer (1992).**

Scheuch, Erwin K.: Soziologie der Macht. Teoksessa Macht und ökonomiches Gesetz, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Zweiter Halbband, Duncker & Humblot, Berlin 1973, s. 989–1042.

Schmalensee, Richard: Another Look at Market Power. 95 Harv. L. Rev. Harvard Law Review June, 1982 s. 1789. **Schmalensee (1982).**

Schmidtchen, Dieter: Antitrust zwischen Marktmachtphobie und Effizienzeuphorie: Alte Themen – neue Ansätze. Teoksessa Möschel Wernhard – Streit, Manfred A. (toim.): Marktwirtschaft und Rechtsordnung, Festschrift für Erich Hoppmann, Baden-Baden 1994, s. 143–166. **Scmidtchen (1994).**

Schrank, William E. – Roy, Noel: Market Delineation in the Analysis of United States Groundfish Demand. Antitrust Bulletin XXXVI(1), Spring 1991, s. 91–154. **Schrank/Roy (1991).**

Schröter, Helmuth: Artikel 85. Artikel 86. Kommentaariteoksessa Groeben, von der Hans – Thiesing, Jochen – Ehlermann, Claus-Dieter: Kommentar zum EWG-Vertrag, Vierte neubearbeitete Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991. **Siteerattu Schröter, G/T/E, Art., Rdnr.**

Schulze-Steinen, Petra: Einführung der Fusionskontrolle im finnischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. EuZW 1999, s. 303.

Selten, Reinhard: A simple model of imperfect competition where four are few and six are many, International Journal of Game Theory 2, s. 141–201. **Selten (1973).**

Sen, Amartya – Williams, Bernard: Introduction: Utilitarianism and beyond. Teoksessa Sen, Amartya - Williams, Bernard: Utilitarianism and beyond. Cambridge University Press, Cambridge 1982, s. 1–22. **Sen/Williams (1982).**

Shapiro, Carl: Theories of Oligopoly Behavior. Teoksessa Schmalensee, Richard – Willig, Robert D. (toim.), The Handbook of Industrial Organization (1989), Vol. 1, Amsterdam 1989, S. 329–414. **Shapiro (1989).**

Shapiro, Carl:. "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making sense of Kodak", *Antitrust Law Journal* (1995) 63(2): 483–512. **Shapiro (1995).**

Shapiro, Carl: Exclusivity in Network Industries. 7 *Geo. Mason L. Rev.* (1999) s. 673. **Shapiro (1999).**

Shepherd, William G. – Shepherd, Joanna M. – Shepherd, George B.: Antitrust and Market Dominance. Antitrust Law Bulletin 2001. **Shepherd/Shepherd/Shepherd (2001).**

Siragusa, Mario: A critical Review of the White Paper on the Reform of the EC Competition Law Enforcement. 23 Fordham International Law Journal April, 2000 s. 1089. **Siragusa (2000).**

Siragusa Mario – Subiotto Romano: The EEC Merger Control Regulation: The Commission's Evolving Case Law, Common Market Law Review 1991, s. 877–934. **Siragusa/Subbiotto (1991).**

Sjöblom, Dan: Case N°: COMP/M. 1672 – Volvo/Scania. Competition Policy Newsletter – 2000 – Number 2 – June, s. 45–48. **Sjöblom (2000).**

Smith, R. – Round, D.: Competition Assessment and Strategic Behaviour. European Competition Law Review 19(4): s. 225–236. **Smith/Round (1998).**

Soames, Trevor: An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: a distinction without a difference? 1996 1 ECLR s. 24.

Spence, A. Michael: Entry, Capacity, Investment and Oligopolistic Pricing. Bell Journal of Economics, 1977, Vol. 8 (2), s. 534–544. **Spence (1977).**

Spinks, S. O.: Exclusive Dealing, Discrimination and Discounts under EC Competition Law. 67 Antitrust Law Journal 2000 s. 641. **Spinks (2000).**

Springer, Ulrich: Meeting Competition: Justification of Price Discrimination under EC and US Antitrust Law. 4 ECLR 1997, s. 251. **Springer (1997).**

Starek Roscoe B. III – Stockum, Stephen: What Makes Mergers Anticompetitive: "Unilateral Effects" Analysis Under the 1992 Merger Guidelines. 63 Antitrust LJ 801–821. **Starek/ Stockum (1995).**

Stenbacka, Rune: Konkurrens i den nya ekonomin. Ekonomiskt Debatt 2000 (28) s. 597–602. **Stenbacka (2000).**

Stenbacka, Rune: Kilpailustrategiat ja -politiikka uudessa informaatiotaloudessa. Kansantaloudellinen aikakauskirja 2001 (97) s. 88–96. **Stenbacka (2001).**

Stenbacka, Rune – Tombak, Mikhel: Valtion yritysten tavoitteet: Teoriaa ja empiirisiä havaintoja. Kirjassa Lehto, Eero (toim.), Monopoli vai kilpailu?, s. 51–72.

Stigler, George J.: "Perfect Competition, Historically Contemplated," *Journal of Political Economy*, 1957, 65, pp. 1–17. **Stigler (1957).**

Stigler,George J.: *A Theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy 72 (1964) s. 44–61. **Stigler (1964).**

Stigler, George J.: The Theory of Economic Regulation, The Bell Journal of Economics 2 (1) 1971, s. 3–21. **Stigler (1971).**

Stigler, George J.: The Xistence of X-Efficiency. American Economic Review, Vol. 66, March 1976, s. 213–216. **Stigler (1976).**

Straffa, Piero: The Laws of Returns under Competitive Conditions, Economic Journal, Vol. 36 (1926) s. 535–550.

Streit Manfred E. – Wohlgemuth, Michael: The Market Economy and the state, Hayekian and ordoliberal conceptitions. Teoksessa Kowslowski P. (toim): Economics, Ethics and the Theory of Capitalism in the German Tradition of Economics: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism, Springer, Berlin u. a. 1998, s. 224–270. **Streit/Wohlgemuth (1998).**

Streit,Manfred E. – Wohlgemuth, Michael: The Market Economy and the state, Hayekian and ordoliberal conceptitions. Max-Planck-Institut zur Erforschung von Wirtschaftssystemen. Diskussionspapier No. 06-97, Jena 1997. **Streit/Wohlgemuth (1997).**

Strohm, Andreas: BASF/Pantochim/Eurodiol: Richtungswechsel in der Europäischen Fusionskontrolle? WuW 2001, 1203. **Strohm (2001).**

Stroux, Sigrid: Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?, World Competition 2000 s. 3–50. **Stroux (2000).**

Subbiotto, Roman: The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate, ECLR (1992) s. 234–244. **Subbiotto (1992).**

Sullivan, Lawrence A. – Fikentscher, Wolfgang: On the Growth of the Antitrust Idea. 16 Berkeley Journal of International Law, 1998, s. 197. **Sullivan/Fikentscher (1998).**

Swedberg, Richard: Ekonomisk Makt. Kirjassa Pettersson, Olof (red.): Maktbegreppet, Calrssons, Helsingborg 1987, s. 238–259. **Swedberg (1987).**

Temple Lang, John: European Constitutional Law and the Enforcement of Community Antitrust Law. Fordham Corporate Law Institute 1993 s. 525–604 (Hawk toim. 1994). **Temple Lang (1993).**

Temple Lang, John: Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities. 18 Fordham Int'l L.J. Fordham International Law Journal December, 1994 s. 437–524. **Temple Lang (1994).**

Temple Lang, John: European Community Antitrust Law - Innovation Markets and High Technology Industries. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.), International Antitrust Law & Policy, 1996 Fordham Corporate Law Institute, New York 1997, s. 519-599. **Temple Lang (1997).**

Temple Lang, John: Oligopolies and Joint Dominant Position in Community Antitrust Law. 2001 Fordham Corporate Law Institute (2002) s. 269–359. **Temple Lang (2002).**

Tollison, Robert D.: Rent Seeking. Teoksessa Mueller D. C. (toim.), Perspectives on Public Choice: A Handbook, 1997, s. 506–525. **Tollison (1997).**

Tom, Willard K.: Game Theory in the Everyday Life of the Antitrust Practioner. 5 George Mason Law Review, Spring 1997, s. 457. **Tom (1997).**

Trujillo, Timothy J.: Predatory Pricing Standards Under Recent Supreme Court Decisions and Their Failure to Recognize Strategic Behavior as a Barrier to Entry. 19 J. Corp. L., 1984, s. 809. **Trujillo (1994).**

Tullock, Gordon: The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft' Western Economic Journal 1967, 5, s. 224–232. **Tullock (1967).**

***Tullock, Gordon*: The Fundamentals of Rent-Seeking. The Locke Luminary Vol. I, No. 2 (Winter 1998) Part 2.** http://www.thelockeinstitute.org/journals/luminary_v1_n2_p2.html. Tullock (1998).

Turner, Donald F.: Antitrust Policy and the *Cellophane* Case, 70 Harv.L.Rev. (1956) s. 281.

Turner, Donald F.: The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious parallelism and Refusals to Deal, 75 Harvard Law Review (1962) s. 655–706. **Turner (1962).**

Turner Donald F.: The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies, 82 Harvard Law Review (1969) 1207, s. 1217–31. **Turner (1969).**

Van den Bergh, Roger: Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law. (1996) 2 ECLR s. 75. **Van den Bergh (1996).**

Van den Bergh, Roger J. – Camesasca, Peter: Irreconcible principles? The Court of Justice exempts collective labour agreement from the wrath of antitrust. ELR 25 (2000), s. 492. **Van den Bergh/Camesasca (2000).**

Van Miert, Karel: EU Competiton Policy. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.): International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute, New York 1996, s. 285–295. **Van Miert (1996).**

Varian, Hal A.: Price Discrimination. Teoksessa Schmalensee, Richard – Willig, Robert D. (toim.), The Handbook of Industrial Organization (1989), Vol. 1, Amsterdam 1989, s. 597–654.

Veljanovski, Cento: E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?, European Competition Law Review, 2000, Issue 4, ss. 115–121.

Venit James S.: The Merger Control Regulation: Europe Comes of Age... or Caliba's Dinner,

Common Market Law Review 1990 s. 7–50. **Venit (1990).**

Venit James S.: The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The Nature of the Beast. Teoksessa Haw, Barry (toim): Fordham Corporate Law Institute, New York 1990, s. 519–560. **Venit (1990 b).**

Venit James S. – Kallaugher, John J.: Essential Facilities: A Comparative Approach. Teoksessa hawk, Barry E. (toim.): Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1994, New York 1995, s. 315–344. **Venit/Kallaugher (1995).**

Vernail, Robert M.: Casenote, One Step Forward, One Step Back: How the Pass-on Requirement for Efficiences Benefits in FTC v. Staples Undermines the Revisions to the Horizontal Merger Guidelines Efficiences Section. **Vernail (1998).**

Vihanto, Martti: Kilpailupolitiikka ja itävaltalainen talousteoria. Kilpailuviraston vuosikirja (1991) s. 7–20. **Vihanto (1991).**

Vihanto, Martti: Kilpailupolitiikan säännöt talouden evoluutioteoriassa. Kirjassa Kojamo (toim.): Puheenvuoroja kilpailusta (1996), s. 76–94. **Vihanto (1996).**

Vihanto, Martti: Tasapaino-oletus ja vapauden väheksyntä taloustieteessä. Kansantaloudellinen aikakauskirja 96 (1), 2000, 39–47. **Vihanto (2000).**

Virtanen, Martti: Määräävä markkina-aseman väärinkäytön kohtelu kilpailupolitiikassa. Kansantaloudellinen Aikakauskirja, 88. Vsk., 1992:2 s. 193–203. **Virtanen (1992).**

Virtanen, Martti: Uusi allianssikapitalismi ja kilpailupolitiikka. Kirjassa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen s. 201–250. **Virtanen (2001).**

Virtanen, Martti: Verkostoituminen ja allianssikapitalismi. Oikeus 2002 s. 157–177. **Virtanen (2002).**

Vogel, Louis: Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe. ECLR 19 (1998), 4. **Vogel (1998).**

Vogt, Winfried: Das ökonomische Gesetz als Macht. Teoksessa Macht und ökonomiches Gesetz, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Zweiter Halbband, Duncker & Humblot, Berlin 1973, s. 947–965.

Von Brunn, Johann Heinrich: Vom Kartellrecht der Römer. Teoksessa Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhem Hedemann, Walter de Gruyter & Co, Berlin 1958, s. 47–61.

Waelbroeck, Michael: Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.), 1995 Fordham Law Institute, New York 1996 s. 147. **Waelbroeck (1996).**

Wagemann Markus: Erfahrungen mit der Fusionskontrolle – der Fall "Alcatel/AEG Kabel, Wirtschaft und Wettbewerb 1992 s. 730–738. **Wagemann (1992).**

Wahl, Nils: Kommisionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?). Europarättslig tidskrift 2001 s. 227–233. **Wahl (2001).**

Waller, Spencer Weber: *Bringing Globalism Home: Lessons from Antitrust and Beyond*, 32 Loyola University Chicago Law Journal, 2000, s. 113–136. **Waller (2000).**

Waller, Spencer Weber: The Language of Law and the Language of Business. Case Western law Review, Fall 2001, No 1, s. 283–338. **Waller (2001).**

Weatherill, Stephen: Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup. ECLR 21 (2000), s. 275. **Weatherill (2000).**

Weatherill, Stephen: Sports under EU Competition Law and US Antitrust Law. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim.): International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute 1999, New York 2000, s. 113–126. **Weatherill (2000b).**

Weiner, Michael L: Explaining Theories of Unilateral Effects. Antitrust, Spring, 1997, s. 4. **Weiner (1997).**

Weller, Charles D.: Antitrust Economics as science after Daubert. The Antitrust Bulletin, Winter 1997 s. 871–935. **Weller (1997).**

Weller, Charles: An Evolution of Merger-JV Analysis: The Productivity Paradigm as a Positive Antitrust Policy for Competitiveness and Prosperity. UWLA Law Review, 33 (2001) s. 45–55. **Weller (2001).**

Werden, Gregory J.: The use and misuse of shipments data in defining geographic markets. 26 Antitrust Bulletin 1981 s. 719–737. **Werden (1981).**

Werden, Gregory J.: Demand Elasticities in Antitrust Analysis. 66 Antitrust L.J. Antitrust Law Journal 1998 s. 363–414. **Werden (1998).**

Werden, Gregory J.: Merger Policy for the 21st Century: Charles D. Weller's Guidelines Are Not up to the Task," UWLA Law Review, 33 (2001) s. 57–70.

Wesseling, Rein: The Commission White Paper on Modernisation of EC Antitrust Law: Unspoken Consequences and incomplete Treatment of Alternative Options, ECLR 1999, s. 420.

Wesseling, Rein: The draft-regulation modernising the competition rules: the Commission is married to one idea, E.L.Rev. 2001, S. 357. **Wesseling (2001).**

Wessely, Thomas W.: Polypropylene appeal cases. Common Market Law Review 2001 s. 739–765. **Wessely (2001).**

Whinston, Michael D.:. Tying, Foreclosure, and Exclusion, The American Economic Review (1990) 80(4): 837–859. **Whinston (1990).**

Whish, Richard: Fighting Cartels: The legal meaning of conspiracy. Teoksessa Konkurrensverket, Fighting Cartels (2001) s. 100–115 **Whish (2001 a).**

Whish, Richard: Recent Developments in Community Competition law 1998/1999. European Law Review, June 2000, Volume 25, No.3., s. 251. **Whish (2000).**

White, Barbara Ann: Countervailing Power – Different Rules for Different Markets? Conduct and Context in Antitrust Law and Economics, Duke Law Journal, April 1982 s. 1046. **White (1992).**

Wilhelmsson, Thomas: Sopimusvapaus. Teoksessa Encyclopaedia Iuridica Fennica (EIF), osa I, Varallisuus- ja yritysoikeus, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Jyväskylä 1994, s. 774–780. **Wilhelmsson (1994).**

Williamson, Oliver E.: Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Trade-offs, 58 Am. Econ. Rev. s. 18. **Williamson (1968).**

Williamson, Oliver E.: Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. Harvard Law Review, June 1972, pp. 1512–1531. Teoksessa Monopoly and Competition Policy,Vol. II, F.M. Scherer (toim.), An Edgar Elgar Reference Collection 1993, ss. 113–132. **Williamson (1972).**

Williamson, Oliver E.: Ecocomics as an Antitrust Defence Revisited. 125 University of Pennsylvania Law Review April, 1977, s. 699. **Williamson (1977).**

Williamson, Oliver E.: Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis. 87 Yale Law Journal, 1977, s. 284–340. **Williamson (1977 b).**

Williamson, Oliver E.: Delemiting Antitrust. Georgetown Law Journal December, 1987 s. 271. **Williamson (1987 b).**

Wils, Wouter P.J.: The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation No 17. Teoksessa Hawk, Barry E. (toim): International Antitrust Law & Policy 2000, Fordham Corporate Law Institute, New York 2001, s. 313–363. **Wils (2001).**

Winckler, Antoine – Hansen, Marc: Collective Dominance Under the EC Merger Control Regulation, (1993) 30 CMLRev, s. 787–828. **Winckler/Hansen (1993).**

Wintrobe, R.: Modern bureaucratic theory. Teoksessa Mueller, D. C. (toim.), Perspectives on Public Choice, s. 429–454. **Wintrobe (1997).**

Wolf, Dieter: The reform of EU Competition Law: Member State Prespectives. Teoksessa Hawk, Barry (toim.): International Antitrust Law & Policy, 1996 Fordham Corporate Law Institute, New York 1997, s. 169–174. **Wolf (1997).**

Yamey, B. S.: Predatory Price Cutting: Notes and Comments. Journal of Law and Economics 15 (1972) s. 129–142. **Yamey (1972).**

Yao, Dennis A. – Dahdouh, Thomas N.: Information Problems in Merger Decision Making and Their Impact on Development of an Efficieneces Defence. 62 Antitrust Law Journal Summer, 1993, s. 23. **Yao/Dahdouh (1993).**

Zerbe, R. Jr. – Mumford, M.T.: Does Predatory Pricing Exist? Economic Theory and the Courts after Brooke Group. The Antitrust Bulletin, Winter 1996, s. 949–985. **Zerbe/Mumford (1996).**

Zohlnhöfer, Werner: Marktstruktur und funktionsfähiger Wettbewerb. Versuch einer Erweiterung des Konzepts von Kantzenbach. Teoksessa Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 36. Jg. (1991), S. 71–85. **Zohlnhöfer (1991).**

Åkermarck, Johan – Ramm-Schmidt, Michaela: Kollektiv dominans i konkurrensrätten, TJF 2001 s. 452. **Åkermarck/Ramm-Schmidt (2001).**

Oikeustapaukset

1. Yhteisön tuomioistuin: (tapauksen numeron mukaan)

Asiat 56 ja 58/64, Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio, Kok. 1966 s. 299.
Asia 56/65, Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, Kok. 1966 s. 235.
Asia 24/67, Parke, Davis & Co v. Probel, Kok. 1968 s. 55.
Asia 14/68, Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, Kok. 1969 s. 1.
Asia 5/69, Völk v. Vervaecke, Kok. 1969 s. 295.
Asia 41/69, ACF Chemiefarma v. Komissio, Kok. 1970 s. 661.
Asia 48/69, Imperial Chemical Industries Limited (ICI) v. komissio, Kok. 1972 s. 619.
Asia 40/70, Sirena v. Eda, Kok. 1971 s. 69.
Asia 78/70, Deutsche Grammophon, Kok. 1971 s. 487.
Asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. Komissio, Kok. 1973, s.215.
Asia 8/72, Cementhandlaren v. komissio, Kok. 1972 s. 977.
Asiat 6 ja 7/73, Commercial Solvents, Kok. 1974, s. 223.
Asiat 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ja 114/73, Suiker Unie v. komissio, Kok. 1975 s. 1663.
Asia 127/73, BRT v. SABAM, Kok. 1974 s. 51 ja Kok. 1974 s. 313.
Asia 155/73, Giuseppe Sacchi, Kok. 1974 s. 409.
Asia 15/74, Centrafarm v. Sterling Drug, Kok. 1974 s. 1147.
Asia 71/74, Frubo v. komissio, Kok. 1975 s. 563.
Asia 26/75, General Motors Continental v. komissio, Kok. 1975 s. 1367.
Asia 11/76, Alankomaat v. komissio, Kok. 1979 s.245.
Asia 26/76, Metro v. Komissio, Kok. 1977, s. 1875.
Asia 27/76, United Brands v. komissio, Kok. 1978 s. 207.
Asia 27/76R, United Brands v. komissio, Kok. 1976 s.425.
Asia 52/76, Benedetti v. Munari, Kok. 1977 s. 163.
Asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio, Kok. 1979 s. 461.
Asia 77/77, BP v. komissio, Kok. 1978 s. 1513.
Asia 22/78, Hugin Kassenregister AB v. komissio, Kok. 1979 s. 1869.
Asia 120/78, Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), Kok. 1979 s. 649.
Asiat 253/78 ja 1–3/79, Guerlain S.A. ym., Kok. 1980 s. 2327.
Asia 258/78, Nungesser v. komissio, Kok. 1982 s. 2015.
Asia 31/80, L'Oréal, Kok. 1980, s. 3775.
Asia 172/80, Züchner, Kok. 1981, s. 2021.
Asia 283/81, Cilfit, Kok. 1982 s. 3415.
Asia 322/81, Nederlandche Banden-Industrie Michelin v. komissio, Kok. 1983 s. 3461.
Asia 7/82, GVL v. komissio, Kok. 1983, s. 483.
Asia 107/82, AEG-Telefunken v. komissio, Kok. 1983 s. 3151.
Asia 123/83, BNIC v. Clair, Kok. 1985 s. 391.
Asia 42/84, Remia v. komissio, Kok. 1985 s. 2545.
Asiat 142&156/84, Philip Morris, Kok. 1987 s. 4487.
Asia 161/84, Pronuptia, Kok. 1986 s. 353 (Kok. Ep. VIII, s. 421).

Asiat 209–213/84, Asjes, Kok. 1986 s. 1425.
Asia 226/84, British Leyland v. komissio, Kok. 1986, s. 3263.
Asia 311/84, Centre Belge d'Etudes de Marche-Telemarketing SA (CBEM) v. Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion et al., Kok. 1985 s. 3261.
Asia 89/85, A. Ahlström Oy v. komissio, Kok. 1988 s. 5193.
Asiat C-89, 104, 114, 116-117 ja C-125-129/85, A. Ahlström Oy et al v. komissio, Kok. 1993 I-1307.
Asia 118/85, komissio v. Italia, Kok. 1987 s. 2599.
Asiat 209–213/85, Ministre Public v. Lucas Asjes, Kok. 1986 s. 1425.
Asia 311/85, Verening van Vllamse Reisebureaus v. Social Dienst, Kok. 1987 s. 3801.
Asia 62/86, AKZO Chemie BV v. komissio, Kok 1991 s. I-3359.
Asia 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V., Kok. 1989 s. 803.
Asia 246/86, SC Belasco ym. v. komissio, Kok. 1989 s. 2117
Asia 247/86, Alsatel v. Novasam, Kok. 1988 s. 5987.
Asia 30/87, Bodson v. Pompes Funebrès, Kok. 1988 s. 2479.
Asia 238/87, Volvo v. Veng, Kok. 1988 s. 6211.
Asia 277/87, Sandoz v. komissio, Kok. 1990 s. I-45.
Asia 395/87, Ministerère Public. v. Tournier , Kok. 1989 s. 2521.
Asia 18/88, GB-Inno-BM, Kok. 1991 s. I-5941.
Asia 103/88, Fratelli Constanzo v. Milano, Kok. 1989 s. 1839.
Asia 110/88, Lucazeau v. SACEM, Kok. 1989 s. 2811.
Asia C-234/89, Sergio Delimitis v. Heninger Bräu, Kok. 1991 s. I-935(Kok. Ep. XI, s. 77).
Asia C-260/89, ERT-AE v. DEP, Kok. 1991 s. I-2925.
Asia C-41/90, Bundesanstalt für Arbeit, Höffner ja Elsner v. Macroton Gmbh, Kok. 1991 s. I-1979.
Asia C-179/90, Porto di Genova, Kok. 1991 I-5889.
Asia C-67/91, Banca Privada, Kok. 1992 s. I-4785.
Asiat C-159/91 ja C-160/91, Christian Poucet v. Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Kok. 1993 s. I-637.
Asiat C-241/91 P ja C-242/91, RTE ja ITP v. komissio ("Magill") Kok. 1995, s. I-743.
Asiat C-267,268/91, Keck ja Mithouard, Kok. 1993 s. I-6097.
Asia C-320/91, Corbeau v. Belgian postilaitos, Kok. 1993 s. I-2533.
Asia C-49/92P, Komissio v. Anic Partecipazioni, Kok. 1999 s. I-4125.
Asia C-53/92P, Hilti AG v. komissio, Kok. 1994 s. I-667.
Asia C-199/92P, Hüls AG v. komissio, Kok. 1999 s. I-4287.
Asia C-235/92 P, Montecatini v. komissio, Kok. 1999 s. I-4539.
Asia C-250/92, Gottrup-Klim v. DLG, Kok. 1994 s. I-5641.
Asia C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol, Kok. 1994 s. I-43.
Asia C-393/92, Almelo, Kok. 1994 s. I-1477.
Asia C-18/93, Corsica Ferries I, Kok. 1994 I-1783.
Asia C-310/93P, BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v. Commission, Kok. 1995 s. I-865.
Asia C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Kok. 1994 s. I-5077.
Asia C-381/93, komissio v. Ranska, Kok 1994 s. I-5145.
Asia C-399/93, Oude Luttikhuis v. Coberco, Kok. 1995 s. I-4515.
Asia C-415/93, Bosman, Kok. 1995 s. I-4921.
Asiat C-68/94 ja 30/95, Ranska v. komissio, Kok. 1998 s. I-1375.
Asia C-244/94, FFSA, Kok. 1995 s. I-4013.
Asia C-333/94, Tetra Pak II, Kok. 1996 I-5951.

Asia C-7/95, John Deere v. komissio, Kok. 1998 s. I-3111.
Asia C-8/95P, New Holland Ford v. komissio, Kok. 1998 s. I-3175.
Asia C-30/95, Ranska v. komissio, kok 1998 s. I-1375
Asia C-73/95P Viho Europe v. komissio, Kok. 1996 s. I-5457.
Asia C-189/95, Syyttäjä v. Franzén, Kok. 1997 s. I-5909.
Asia C-242/95, GT-Link, Kok. 1997, s. I-4449.
Asia 286/95P, komissio v. Imperial Chemical Industries plc (ICI), Kok. 2000 s. I-02341.
Asia C-343/95, Cali & Figli, Kok. 1997 s. I-1547.
Asia C-353/95P, Tiercè Ladbroke SA v. komissio, Kok. 1997 s. I-7007.
Asia C-55/96, Job Centre Coop Arl, Kok. 1997 s. I-7119.
Asia C-67/96, Albany, Kok. 1999 s. I-5751.
Asiat C-215 ja 216/96, Bagnasco v. BNP ja Carige, Kok. 1999 s. I-135.
Asia C-266/96, Corsica Ferries II, Kok. 1998 s. I-3949.
Asia C-306/96, Javico v. Yves Saint Laurent, Kok. 1998 s. I-1983.
Asiat C-395 & 396/96, Compagnie Maritime Belge ym. v. komissio, Kok. 2000 s. I-1365.
Asia C-7/97, Oscar Bronner, Kok. 1998 s.I-7791.
Asiat C-115-117/97, Bretjens, Kok. 1999 s. I-6025.
Asia C-124/97, Syyttäjä v. Läärä, Kok. 1999 s.I-6067.
Asia C-219/97, Drijende Bokken, Kok. 1999 s. I-6121.
Asia C-248/98P, NV Koninklijke KNP BT v. Komissio, Kok. 2000 s. I-9641.
Asia C-291/98P, Sarrió SA v. komissio, Kok. 2000 s. I-9991.
Asia C-344/98, Masterfoods, Kok. 2000 s. I-11369.
Asia C-35/99, Arduino, Kok. 2002 s. I-1529.
Asia C-172/99, Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen, Kok. 2001 s. I-745.
Asia C-453/99, Courage, Kok. 2001 s. I-6297.
Asia C-497/99P, Irish Sugar plc v. komissio, Kok. 2001 s. I-5333.
Asia C-101/00, Tulliasiamies ja Antti Siilin, EY-tuomioistuimen päätös 19.9.2002, ei vielä raportoitu.
Asia C-338/00P, Volkswagen v. komissio, ei vielä ratkaistu.

2. Ensimmäisen asteen tuomioistuin: (tapauksen numeron mukaan)
Asia T-6/89, Enichem Anic v. komissio, Kok. 1991 s. II-1623.
Asia T-7/89, Hercules Chemicals NV v. komissio, Kok. 1991 s. II-1711.
Asia T-14/89, Montedipe v. komissio, Kok. 1992, s. II-1155.
Asia T-30/89, Hilti AG v. komissio, Kok. 1991 s. II-1439.
Asia T-51/89, Tetra Pak I, Kok. 1990 s. II-309.
Asia T-65/89, BPB Industries v. komissio, Kok. 1993 s. II-389.
Asiat T-68,77,78/89, Italian Flatt Glass, Kok. 1992 s. II-1403.
Asia T-69/89, Radio Telefis Eireann v. komissio, Kok. 1991 s. II-485.
Asia T-70/89, British Broadcasting Corp. & BBC Enter. Ltd. v. komissio, Kok. 1991 s. II-535.
Asia T-76/89, Independent Television Publications Ltd. v. komissio, Kok. 1991 s. II-575.
Asia T-148/89, Tréfilunion v. komissio, Kok. 1995, s. II-1063.
Asia T-24/90, Automec II, Kok. 1992 s. II-2223.
Asia T-83/91, Tetra Pak II, Kok. 1994 s. II-755.
Asia T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid and others v. komissio, Kok. 1995 s. II-289.
Asia T-32/91, Solvay SA v. komissio, Kok. 1995 s. II-1825.
Asia T-34/92, Fiatagri ja New Holland Ford v. komissio, Kok. 1994 s. II-905.
Asia T-35/92, John Deere v. komissio, Kok. 1994 s. II-957.

Asia T-96/92, CCE Grandes Sources v. komissio, Kok. 1995 s. II-1213.
Asia T-102/92, Viho Europe v. Komissio, Kok. 1995 s. II-17.
Asia T-2/93, Air France v. komissio, Kok. 1994 s. II-323.
Asia T-7/93, Langnese-Iglo Gmbh v. komissio, Kok. 1995 s. II-1533.
Asia T-9/93, Schöller v. komissio, Kok. 1995 s. II-1611.
Asia T-12/93, Comité Central d'Entreprice de la Société Anonyme Vittel v. komissio, Kok. 1995 s. II-1247.
Asia T-17/93, Matra Hachette v. komissio, Kok. 1994 s. II-595.
Asiat T-24-26/93, Compagnie Maritime Belge v. komissio, Kok. 1996 s. II-1201.
Asia T-504/93, Tierce Landbroke SA v. komissio, Kok. 1997 s. II-923.
Asia T-77/94, VGB v. komissio, Kok. 1997 s. II-759.
Asia T-229/94, Deutsche Bahn AG, Kok. 1997 s. II-1689.
Asia T-290/94, Kaysenberg v. komissio, Kok. 1997 s. II-2137.
Asiat T-295 ym./94, Buchmann GmbH v. komissio, Kok. 1998 s. II-813.
Asia T-334/94, Sarrio v. komissio, Kok. 1998 s. II-1439.
Asiat T-374, 375, 384, 388/94, European Night Services, Kok. 1998 II s. 3141.
Asia T-25 ym./95 SA Cimenteries CBR e.a., Kok 2000 s II-491
Asiat T-133/95 ja T-204/95, IECC III, International Express Carriers v. komissio, Kok. 1998 s. II-3645.
Asiat T-213/95 & T-18/96, SCK ja FNK v. komissio, Kok. 1997 s. II-1739.
Asia T-41/96, Bayer AG v. komissio, Kok. 2000 s. II-3383.
Asia T-102/96, Gencor v. komissio, Kok. 1999 s. II-753 ja Kok. 1997 s. II-879.
Asia T-111/96, ITT Promedia, Kok. 1998 s. II-2937.
Asia T-5/97, Poudres Sphériques v. komissio, Kok. 2000 s. II-3755.
Asia T-22/97, Kesko v. komissio, Kok. 1999 s. II-3775.
Asiat T-125 & 127/97, Coca Cola Company v. komissio, Kok. 2000 s. II-1733.
Asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, Kok. 1999 II-2969.
Asia T-16/98, Wirtschfatsvereinigung Stahl v. komissio, Kok. 2001 s. II-1217.
Asia T-62/98 Volkswagen v. komissio, Kok. 2000 s. II-2707.
Asia T-65/98,Van den Bergh Foods v. komissio, Kok. 1998 s. II-2641.
Asia T-139/98, AAMS v. komissio, Kok. 2001 s. II-3413.
Asia T-9 ym./99, HFB ym. v. komisiso, Kok 2002 s. 1487
Asia T-112/99, Métropole télévision, Kok. 2001 s. II-2459.
Asia T-219/99, British Airways v. komissio (pending case).
Asia T-342/99, Airtours v. komissio, Kok. 2002 s. II-2585
Asia T-5/02, Tetra Laval v. komissio, Kok. 2002
Asia T-77/02, Schneider Electric v. komissio, Kok 2002
Asia T-80/02, Tetra Laval v. komissio, Kok 2002

3. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset: (tapauksen numeron mukaan)

Asiat 209-215 ja 218/78, Van Landewyck v. komissio, Kok. 1980 s. 3125.
Asia 238/87,Volvo v. Veng, Kok. 1988 s. 6211.
Asia T-6/89, Enichem Anic v. komissio, Kok. 1991 s. II-1623.
Asiat T-24-26/93, Compagnie Maritime Belge v. komissio, Kok. 1996 s. II-1201.
Asia C-7/97, Oscar Bronner, Kok. 1998 s. I-7791.

4. EY:n Komission päätökset: (aakkosjärjestyksessä)

AAMS, komission päätös 17.6.1998, EYVL 1998 L 252/47.
ABB et al., komission päätös 23.5.2000.

ABG/Oil companies, komission päätös 19.04.1977, EYVL 1977 L 117/1.
ACCOR/Wagons-Lits, komission päätös 28.4.1992, EYVL 1992 L 204/1.
Aeroportos e Navegação Aérea-Empresa Pública, komission päätös 10.2.1999 EYVL 1999 L 69/31.
Aerospatiale Alenia/de Havilland, komission päätös 2.10.1991, EYVL 1991 L 334/42.
Aerospatiale/MBB, komission päätös, 25.2.1991.
AG/Amev, komission päätös, 21.11.1990.
AGFA Gevaert/DuPont, komission päätös, 11.2.1998, EYVL 1998 L 211/12.
Agricultural Tractor Registration Exchange, komission päätös 13.3.1992 EYVL 1992 L 68/19
Air Alliances, 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 92.
Air France/Air Inter-UTA 20. kilpailuraportti, kohta 116.
Airtours/First Choice, komission päätös, 22.9.1999, EYVL 2000 L 93/1.
AKZO-Chemie, komission päätös 14.12.1985, EYVL 1985 L 374/1.
AKZO/Nobel industrier, komission päätös 10.1.1994.
Alcatel/Telettra, komission päätös, 12.4.1991, EYVL 1991 L 122/48.
Alcatel/AEG Kabel, komission päätös 18.12.1991.
Alpha Flight Services/Aéroports de Paris, komission päätös 11.6.1998, EYVL 1998 L 230/10.
Amicon/Fortia/Wrigt 11. kilpailuraportti, kohta 112.
Arjomari/Wiggins Teape, komission päätös, 10.12.1990.
Ashland Oil/Cabot 14. kilpailuraportti, kohta 109.
ASKO/Omni, komission päätös 21.2.1991.
AT&T/NCR, komission päätös, 18.1.1991.
B & I Line/Sealink, Holyhead 1992 5 CMLR 255, XXII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1992), kohta 219.
Bandengroothandel Frieschebrug BV v. Nederlandsche Bandenindustrie Michelin NV (81/969/EEC) komission päätös 7.10.1981, EYVL 1981 L 353/33.
BASF/Pantochim/Eurodiol, komission päätös, 11.7.2001.
Baxter Travenol Laboratories/SmithKline RIT 10. kilpailuraportti, kohta 157.
Bayer/Tanabe, 8. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1978), kohta 125.
Berisford/Napier Brown 13. kilpailuraportti, kohta 166.
Bertelsmann/Kirch/Premiere, komission päätös, 27.5.1998, EYVL 1999 L 334/42; L 53/1.
Blokker Toys/Toys R US, komission päätös, 30.7.1996, EYVL 1998 L 316/1.
Boeing/McDonnell Douglas, komission päätös, 30.7.1997, EYVL 1997 L 336/16.
Boosey & Hawkes, komission päätös 29.7.1987, EYVL 1987 L 286/36.
Bosh/Rexrodt, komission päätös, 13.12.2000.
BPICA (80/917 EEC), komission päätös 9.7.1980, EYVL 1980 L 260/24
BP/Petromed, komission päätös, 29.7.1991.
BP Amoco/Atlantic Richfield, komission päätös, 29.9.1999, EYVL 2001 L 18/1.
British Airways/British Caledonian 18. kilpailuraportti, kohta 81.
British Leyland, komission päätös 2.7.1984, EYVL 1984 L 207/11.
British Midland/Aer Lingus, komission päätös 26.2.1992, EYVL 1992 L 96/34.
British Plasterboard, komission päätös 5.12.1988, EYVL 1989 L 10/50.
British Plasterboard II EYVL 1992 C 321/10, 11, 12.
British Sugar plc ym., komission päätös 14.10.1998, EYVL 1999 L 76/1.
British Sugar/Berishford 12. kilpailuraportti, kohdat 104–106.
British Telecommunications, komission päätös 10.12.1982, EYVL 1982 L 360/36.
Brussels Airport, komission päätös 28.6.1995, EYVL 1995 L 216/8.
BT/MCI, komission päätös 27.7.1994, EYVL 1994 L 223/36.
Building and Construction Industry in the Netherlands, komission päätös 5.2.1992, 1992 EYVL L 92/1.

Cargill/Unilever, komission päätös, 20.12.1990.
Cartonboard, EYVL 1994 L 243/1.
Cartonboard, komission päätös 13.7.1994, EYVL 1994 L 243/1.
CCIE/GTE, komission päätös 25.9.1992.
CEWAL, komission päätös 23.12.1992, EYVL 1993 L 34/20.
Chiquita, komission päätös, 17.121975, EYVL 1976 L 95/1.
Ciba Ceigy/Sandoz, komission päätös, 17.7.1996, EYVL 1997 L 201/1.
Ciment, komission päätös 30.11.1994, EYVL 1994 L 343/1.
Coca Cola/San Pellegrino 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1989), kohta 50; komission lehdistötiedote IP (88) 615, 13.10.1988; Coca Cola Export Settlement, IP (90) 7, 9.1.1990.
Coca Cola/Amalgamated Bewerages, komission päätös, 22.1.1997, EYVL 1997 L 218/15.
Coca Cola/Carlsberg, komission päätös, 11.9.1997, EYVL 1998 L 145/41.
Consolidated Golf Fields/Minorco 19. kilpailuraportti, kohta 68.
Continental Can, komission päätös 9.12.1971, EYVL 1972 L 7/25.
Courtaulds/SNIA, komission päätös, 19.12.1991.
Crown Cork & Seal/Carnaud Metalbox, komission päätös, 14.11.1995, EYVL 1996 L 75/38.
Decca, komission päätös 21.12.1988, EYVL 1989 L 43/27.
Delta Airlines/Pan Am, komission päätös 13.9.1991.
Deutsche Post AG, komission päätös 20.3.2001, EYVL 2001 L 125/27.
Deutsce Telekom/BetaResearch, komission päätös, 27.5.1998, EYVL 1999 L 53/1.
Digital, 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 364-365 ja 27.
Digital, XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1997), kohdat 69 ja 152–153.
Digital/Kienzle, komission päätös 22.2.1991.
Disma, XXIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 223–224.
Dräger/IBM/HP, komission päätös, 28.6.1991.
Dutch Banks, komission päätös 19.7.1989, EYVL 1989 L 253/1.
Eagle Star/Allianz Versicherung 12. kilpailuraportti, kohta 103.
Eirpage, komission päätös 18.10.1991, EYVL 1991 L 306/22.
ELF/Ertoil, komission päätös, 29.4.1991.
ELF/Occidental, komission päätös, 13.6.1991.
ELF/BC/CEPSA, komission päätös, 18.6.1991.
Enichem Anic/ICI, komission päätös 22.12.1987, EYVL 1988 L 50/18
Enso/Stora, komission päätös, 25.11.1998, EYVL 1999 L 254/9.
Eridania/ISI, komission päätös, 30.7.1991.
Eurocheque Helsinki Agreement, komission päätös 25.3.1992, EYVL 1992 L 95/50.
EUROFIMA, 3. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 68-69
Eurofix-Bauco/Hilti, EYVL 1988 L 65/19
Eurotunnel, komission päätös 13.12.1994, EYVL 1994 L 354/66; XXIV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 181.
EY:n komission AKZO-tapauksessa antama väliaikaismääräys, kohta 38. ECS/AKZO (83/462), 1983 C.M.L.R. 694.
Exxon/Mobil, komission päätös, 29.9.1999.
Far Eastern Freight Conference, komission päätös 21.12.1994, EYVL 1994 L 378/17.
Fenex, komission päätös, 5.6.1996, EYVL 1996 L 181/28.
Fiat Geotech/Ford New Holland, komission päätös, 8.2.1991.
Filtrona/Tabacalera, 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 61.
Flughafen Franfurt am Main, EYVL 1998 L 72/30.
Football World Cup 1998, EYVL 2000 L 5/55.
French-West-African Shipowners' Commitees, komission päätös 1.4.1992, EYVL 1992 L 134/1.

Gas Natural/Endesa, lehdistötiedote IP/00/297, 27.3.2000 EYVL 2000 C 291/1.
GEC-Siemens/Plessey, komission päätös 1.9.1990 EYVL 1990 C239/2.
GEMA I, komission päätös 2.6.1971, EYVL 1971 L 134/15.
Gencor/Lonrho, komission päätös, 24.4.1996, EYVL 1997 L 11/30.
General Electric/Honeywell, komission päätös, 3.7.2001.
General Motors, komission päätös 19.12.1974, EYVL 1975 L 29/14.
Gillette/Wilkinson Sword, XXII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 220, lehdistötiedote IP/92/909.
Glaxo/Wellcome, komission päätös, 28.2.1995.
Gosmé/Martell-DMP, komission päätös 15.5.1991, EYVL 1991 L 185/23.
Guinness/Grand Metropolitan, komission päätös, 15.10.1997, EYVL 1998 L 145/41; L 288/24.
GVL, komission päätös 29.10.1981, EYVL 1981 L 370/49.
Hennessey/Henkell, komission päätös 11.12.1980, EYVL 1980 L 383/11.
Hilti, komission päätös 22.12.1987, EYVL 1988 L 65/19.
Hugin/Liptons, komission päätös 8.12.1977,EYVL 1978 L 22/23.
IBM, 14. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 94-95.
ICG/CCI Morlaix, CMLR 1995, s. 177; XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 43
ICI/Tioxide, komission päätös, 28.11.1990.
Ilmailulaitos, EYVL 1999 L 69/24.
Industrial Gases, 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 62.
Irish Distillers Group, 18. kilpailuraportti, kohta 80.
Irish Sugar, EYVL 1997 L 258/1.
Italian Flatt Glass, komission päätös 7.12.1988, EYVL 1989 L 33/44.
ITT Promedia/Belgacom, Iv.35.258, lehdistötiedote IP/97/292, komission päätöstä ei ole julkistettu.
James River/Rayne, komission päätös, 13.2.1992.
Kaiser/Estel, 9. kilpailuraportti, kohta 131.
Kesko/Tuko, komission päätös, 26.7.1996, EYVL 1997 L 110/53.
Kodak/Imation, komission päätös, 23.10.1998.
La Poste/SWIFT, XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 68.
La Redoute/Empire, komission päätös, 25.4.1991.
LdPe, komission päätös 21.12.1988, EYVL 1989 L 74/21.
Lucas/Eaton, komission päätös 9.12.1991.
Lyonnaise de Eaux Dumez/Brochier, komission päätös 11.7.1991.
Magill TV Guide et al., komission päätös 21.12.1988, EYVL 1988 L78/43.
Magill, XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 1995, kohta 40.
Magneti Marelli/CEAc, komission päätös 29.5.1991.
Mannesmann/Boge, komission päätös 23.9.1991.
Mannesmann/VDO, komission päätös, 13.12.1991.
Mannesmann/Hoesch, komission päätös 12.11.1992, EYVL 1994 L 114/34.
Mannesmann/Valourec/Ilva, komission päätös, 31.12.1994, EYVL 1994 L 102/15.
Matsuhita/MCA, komission päätös, 10.1.1991.
MCI-Worldcom/Sprint, komission päätös, 28.6.2000.
Meldoc, komission päätös 26.11.1988, EYVL 1986 L 348/50.
Mercedes/Kässböhrer, komission päätös 14.2.1995, EYVL 1995 L 211/1.
Metaleurop 20. kilpailuraportti, kohta 117.
Metalgesellschaft/Safic Alcan, komission päätös, 21.11.1996.
Metro/SABA I komission päätös 15.12.1975, EYVL 1976 L 28/19.
Michelin II IP/01/873, 20. kesäkuuta 2001.

Microsoft, 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 364–365.
Microsoft/Liberty-Media/Telewest JV 27, art. 6(1)(c), 22.03.2000, lehdistötiedote IP 00/287.
Microsoft/Santa Cruz, 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 140–141.
MSG Media Service, komission päätös 9.11.1994, EYVL 1994 L 364/1.
NB/BS, komission päätös 18.7.1988, EYVL 1988 L 284/41.
Nissan/R. Nissan, komission päätös 28.6.1991.
Neste/IVO, komission päätös, 2.6.1998.
Nestlé/Perrier, komission päätös 22.7.1992, EYVL 1992 L 365/1.
Nordic Satellite Distribution, komission päätös 19.5.1995, EYVL 1996 L 53/20.
Novo Nordisk 26. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1996), kohta 62.
Nuovo CEGAM, komission päätös 30.3.1984, EYVL 1984 L 99/29.
Offshore 19. kilpailuraportti, kohta 70.
Omnitel Pronto Italia, EYVL 1995 L 280/49.
Orkla/Volvo, komission päätös, 29.9.1995, EYVL 1996 L 66/17.
Osram/Airam; 11. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1981), kohta 97.
Outokumpu/Iberocobre 19. kilpailuraportti, kohta 65.
P&I Clubs/IGA, EYVL 1999 L 125/12.
Pelikan/Kyocera, XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1995).
Pilkington/BSN 10. kilpailuraportti, kohta 152–155.
Pilkington-Techint/SIV, komission päätös, 21.12.1993, EYVL 1994 L 158/24.
Polypropylene, komission päätös 23.4.1986, EYVL 1986 L 230/1
Pont-a-Mousson/Stanton & Staveley 14. kilpailuraportti, kohta 110.
Port of Roedby, komission päätös 21.12.1993, EYVL 1994 L 55/52.
Price Waterhouse/Coopers Lybrand, komission päätös, 20.5.1998, EYVL 1999 L 50/27.
Procter&Gamble/VP Schickedanz, komission päätös 17.1.1994, EYVL L 354/32.
Pronuptia, komission päätös 17.12.1986, EYVL 1987 L13/39.
PVC I, komission päätös 21.12.1988, EYVL 1989 L 74/1 (komission päätös 89/190).
PVC II, komission päätös 27.7.1994, EYVL 1994 L 239/14 (komission päätös 94/559).
RAI/Unitel, komission päätös 26.5.1978, EYVL 1978 L 157/39.
Renault/Volvo, komission päätös 7.11.1990.
Repola/Kymmene, komission päätös, 30.10.1995.
Rhone Poulenc/Mossanto 19. kilpailuraportti, kohta 67.
Roofing Felt, komission päätös 10.7.1986, EYVL 1986 L 232/15.
RTL/Veronica/Endemol, komission päätös 22.5.1995, EYVL 1996 L 134/21
Sabena, komission päätös 14.11.1988, EYVL 1988 L 317/47.
Saint Gobain/Wacker Chemie/NOM, komission päätös, 4.12.1996, EYVL 1997 L 241/1;L 247/91
Sanofi/Sterling drug, komission päätös, 10.6.1991.
SCA/Metsä Tissue, komission päätös, 31.1.2001.
Scheinder Electric/Legrand, komission päätös, 31.1.2002.
Sea Containers v. Stena Link, komission päätös 94/19, EYVL 1994 L 15/8.
Siemens/Elektrowatt, komission päätös, 18.11.1997, EYVL 1999 L 88/1.
Skanska/Skancem, komission päätös, 11.11.1998, EYVL 1999 L 183/10.
Soda-ash-ICI, komission päätös 19.12.1990, EYVL 1991 L 152/40.
Soda-ash-Solvay, komission päätös 19.12.1990, EYVL 1991 L 152/21.
Soda-ash-Solvay, ICI, komission päätös 19.12.1990, EYVL 1991 L 152/1.
Stena/Houlder/Comex 19. kilpailuraportti (1989), kohta 70.
Telia/Telenor 29. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 173–174.
Tetra Laval/Sidel, komission päätös, 30.10.2001.

Tetra Pak/Alfa Laval, komission päätös 19.7.1991, EYVL 1991 L 290/35.
Tetra Pak I , komission päätös 20.7.1988, EYVL 1988 L 272/27.
Tetra Pak II, komission päätös 24.7.1991, EYVL 1992 L 72/1.
Thomson/Pilkington, komission päätös 23.10.1991.
Thorn EMI/Virgin Music, komission päätös 27.4.1992.
Time Warner/EMI, komission päätös, 5.10.2000.
TNT/Canada Post etc., komission päätös 2.12.1991.
Treuhandanstalt/MdK/Kali&Salz, komission päätös 14.12.1993, EYVL 1994 L 186/30.
UK Agricultural Tractor Registration Exchange, komission päätös 13.3.1992, EYVL 1992 L 68/19.
Unisource, komission päätös 29.10.1997, EYVL 1997 L 318/1.
Uniworld, komission päätös 29.10.1997, EYVL 1997 L 318/24.
Upjohn/Pharmacia, komission päätös, 28.9.1995.
Usinor/ASD, komission päätös, 29.4.1991.
UTC/MTU, 22. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 415.
Van den Bergh Foods, EYVL 1998 L 246/1.
Varta/Bosch, komission päätös, 31.7.1999, EYVL 1991 L 320/26.
VEBA/Degussa, komission päätös, 3.12.1997, EYVL L1998 L 201/102.
Verband der Sachversicherer, komission päätös 5.12.1984, EYVL 1985 L 35/20.
Versand/Grattan, komission päätös, 21.3.1991.
VIAG/Continental Can, komission päätös, 6.6.1991.
VIAG/EB Bruhl, komission päätös 19.12.1991.
Virgin/British Airways EYVL 2000 L 30/1.
Vodafone Airtouch/Mannesmann, komission päätös, 12.4.2000.
Volvo/Atlas, komission päätös 14.1.1992.
Volvo/Scania, komission päätös, 14.3.2000, EYVL 2001 L 143/74
Warner-Lambert/Gillette, komission päätös 10.11.1992, EYVL 1993 L 116/21.
Welded Steel Mesh, komission päätös 2.8.1989, EYVL 1989 L 260/1 (komission päätös 89/515).
Wirtschaftsvereinigung Stahl, EYVL 1998 L 1/10.
Wood Pulp, komission päätös 19.12.1984, EYVL 1985 L 85/1.
Worldcom/MCI, komission päätös, 20.11.1997, EYVL 1999 L 116/1.
Zinc Producer Group, komission päätös 6.8.1984, EYVL 1984 L 220/27.
ZIP Fasteners (patent aspects), lehdistötietiedote IP(78)111, 11.6.1978.

5. Yrityskauppavalvontaa koskevat tapaukset: (tapauksen numeron mukaan)
M. 0004 Renault/Volvo.
M. 0009 Fiat Geotech/Ford New Holland.
M. 0012 Varta/Bosch EYVL 1991 L 320/26.
M. 0017 Aerospatiale/MBB.
M. 0018 AG/Amev.
M. 0023 I.C.I/Tioxide.
M. 0025 Arjomari/Wiggins Teape.
M. 0026 Cargill/Unilever.
M. 0037 Matsushita/MCA.
M. 0042 Alcatel/Telettra, EYVL 1991 L 122/48.
M. 0043 Magneti Marelli/CEAc.
M. 0050 AT&T/NCR.
M. 0053 Aerospatiale Alenia/de Havilland, EYVL 1991 L 334/42.
M. 0057 Digital/Kienzle.

M. 0062 Eridania/ISI.
M. 0063 ELF/Ertoil.
M. 0065 ASKO/Omni.
M. 0068 Tetra Pak/Alfa Laval, EYVL 1991 290/35.
M. 0070 Versand/Grattan.
M. 0072 Sanofi/Sterling Drug.
M. 0073 Usinor/ASD.
M. 0076 Lyonnaise des Eaux Dumez/Brochier.
M. 0080 La Redoute/Empire.
M. 0081 VIAG/Continental Can.
M. 0085 Elf/Occidental.
M. 0086 Thomson/Pilkington.
M. 0098 Elf/BC/CEPSA.
M. 0099 Nissan/R. Nissan.
M. 0101 Dräger/IBM/HMP.
M. 0102 TNT/Canada Post etc.
M. 0111 BP/Petromed.
M. 0113 Courtaulds/SNIA.
M. 0126 ACCOR/Wagons-Lits.
M. 0130 Delta Airlines/Pan Am.
M. 0134 Mannesmann/Boge.
M. 0139 VIAG/EB Bruhl.
M. 0149 Lucas/Eaton.
M. 0152 Volvo/Atlas.
M. 0162 James River/Rayne.
M. 0164 Mannesmann/VDO.
M. 0165 Alcatel/AEG Kabel.
M. 0190 Nestlé/Perrier, EYVL 1992 L 365/1.
M. 0202 Thorn EMI/Virgin Music
M. 0222 Mannesmann/Hoesch, EYVL 1994 L 114/34.
M. 0258 CCIE/GTE, ([1992] 5 CMLR s.299).
M. 0308 Treuhandanstalt/MdK/Kali & Salz EYVL 1994 L 186/30.
M. 0315 Mannesmann/Valourec/Ilva, EYVL 1994 L 102/15; 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 306.
M. 0358 Pilkington-Techint/SIV, EYVL 1994 L 158/24.
M. 0390 AKZO/Nobel Industrier.
M. 0398 Procter & Gamble/VP Schickedanz, EYVL 1994 L 354/32.
M. 0469 MSG Media Service, EYVL 1994 L 364/1.
M. 0477 Mercedes/Kässbohrer, EYVL 1995 L 211/1.
M. 0490 Nordic Satellite Distribution, EYVL 1996 L 53/20; L 53/21.
M. 0553 RTL/Veronica/Endemol, EYVL 1996 L 134/21; L 294/14; L 294/21.
M. 0555 Glaxo/Wellcome.
M. 0582 Orkla/Volvo, EYVL 1996 L 66/17.
M. 0603 Crown Cork & Seal/CarnaudMetallbox, EYVL 1996 L 75/38.
M. 0619 Gencor/Lonrho, EYVL 1997 L 11/30.
M. 0631 Upjohn/Pharmacia.
M. 0646 Repola/Kymmene.
M. 0737 Ciba Ceigy/Sandoz, EYVL 1997 L 201/1.
M. 0774 Saint Gobain/ Wacker Chemie/NOM, EYVL 1997 L 241/1; L 247/91.

M. 0784 Kesko/Tuko, EYVL 1997 L 110/53; L 174/47.
M. 0794 Coca Cola/Amalgamated Bewerages, EYVL 1997 L 218/15.
M. 0801 Blokker/Toys R US, EYVL 1998 L 316/1.
M. 0833 Coca Cola/ Carlsberg, EYVL 1998 L 145/41; 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1997), kohta 193.
M. 0834 Metallgesellschaft/Safic Alcan.
M. 0877 Boeing/McDonnell Douglas, EYVL 1997 L 336/16.
M. 0913 Siemens/Elektrowatt, EYVL 1999 L 88/1.
M. 0931 Neste/IVO.
M. 0938 Guinness/Grand Metropolitan, EYVL 1998 L 145/41; L 288/24.
M. 0942 VEBA/Degussa, EYVL 1998 L 201/102.
M. 0986 AGFA Gevaert/DuPont, EYVL 1998 L 211/12.
M. 0993 Bertelsmann/Kirch/Premiere, EYVL 1999 L 334/42; L 53/1.
M. 1016 Price Waterhouse/Coopers & Lybrand, EYVL 1999 L 50/27.
M. 1027 Deutsche Telekom/BetaResearch, EYVL 1999 L 53/1.
M. 1038 Worldcom/MCI, EYVL 1999 L 116/1.
M. 1157 Skanska/Scancem, EYVL 1999 L 183/10.
M. 1225 Enso/Stora, EYVL 1999 L 254/9.
M. 1298 Kodak/Imation.
M. 1383 Exxon/Mobil.
M. 1524 Airtours/First Choice, EYVL 2000 L 93/1.
M. 1532 BP Amoco/Atlantic Richfield, EYVL 2001 L 18/1.
M. 1672 Volvo/Scania.
M. 1741 MCI-Worldcom/Sprint.
M. 1795 Vodafone Airtouch/Mannesmann.
M. 1852 Time Warner/EMI, IP/00/617.
M. 2060 Bosh/Rexrodt.
M. 2097 SCA/Metsä Tissue, IP/01/147.
M. 2220 General Electric/Honeywell, IP/01/939.
M. 2283 Schneider Electric/Legrand, IP/01/1393.
M. 2314 BASF/Pantochim/Eurodiol, IP/01/984.
M. 2416 Tetra Laval/Sidel, IP/01/1516.

6. Kotimaiset:

A. Kilpailuvirasto (aakkosjärjestyksessä)

Abloy Oy, d:o 115/61/91, kilpailuviraston päätös 27.3.1993.
Alko Oy, d:o 35/61/92, kilpailuviraston päätös 5.5.1993.
Automatia, d:o 870/67/2000, Kilpailuviraston päätös 20.6.2001.
Carslberg AS/Orkla ASA:n panimoliiketoiminnot, d:o 573/81/2000, kilpailuviraston päätös 2.1.2001.
CSM/Huhtamäki, d:o 420/81/1999, kilpailuviraston päätös 28.5.1999.
Danisco/Cultor, d:o 246/81/99, kilpailuviraston päätös 14.5.1999.
Elisa Communications Oyj, d:o 17/61/2001, kilpailuviraston päätös 1.3.2001.
Finnair Oy, d:o 550/61/91, kilpailuviraston päätös 22.1.1992.
Flavors & Fragrances Inc/Bush Boake Allen Inc, d:o 967/81/00, kilpailuviraston päätös 13.10.2000.
Fritidsresor Holding Ab/Oy Finnmatkat – Finntours AB, d:o 1076/81/99, kilpailuviraston päätös 5.4.2000.
Fundia Betoniteräkset Oy, d:o 229/61/92, kilpailuviraston päätös 25.3.1994.

Inter Marketing Oy, d:o 56/221/89, kilpailuviraston päätös 24.6.1992.
Jääkenttäsäätiö, d:o 441/61/92, kilpailuviraston päätös 22.7.1994.
Kesko Oy, d:o 444/61/92, kilpailuviraston päätös 6.7.1993 ja d:o 294/61/93, kilpailuviraston päätös 27.12.1994.
Kesko Oyj, d:o 1196/67/2000, kilpailuviraston päätös 11.5.2001.
Kopiosto, d:o 752/61/99, kilpailuviraston päätös 6.11.2000.
Laitilan lämpö Oy, d:o 199/61/94, kilpailuviraston päätös 15.3.1995.
Maa- ja metsätaloustuottain Keskuslitto MTK ry, d:o 94/67/99.
Metsähallitus, d:o 557/61/98, kilpailuviraston päätös 29.5.2001.
Metsäteollisuusyritysten tarjous- ja hintayhteistoiminta, d:o 541/61/91, kilpailuviraston päätös 12.2.1993.
Nordea (ent. Merita), Osuuspankki-ryhmä ja Leonia, d:o 504/67/97, kilpailuviraston päätös 29.5.1997.
Oy Nordson Finland Ab T:mi Nord-Melt, d:o 494/61/92, kilpailuviraston päätös 28.1.1994.
Optiroc Oy, d:o 96/61/95, kilpailuviraston päätös 19.3.1997.
Pohjois-Suomen Laskettelualueet, d:o 509/61/94, kilpailuviraston päätös 4.2.1997.
Radiolinja/Sonera, d:o 777/61/2000, kilpailuviraston päätös 19.10.2000.
Rautaruukki, d:o 455/61/93, kilpailuviraston päätös 12.4.1994.
RAY, D:o 124/211/90, kilpailuviraston päätös 24.5.1993.
Setec Oy/Helsingin kaupunki, d:o 580/61/95, kilpailuviraston päätös 5.2.1997.
STV Securitas Oy, d:o 349/61/93, kilpailuviraston päätös 23.8.1994.
Suomen Posti Oy, d:o 374/61/91
Sähkö- ja teleurakoitsijat, d:o 9/359/98, kilpailuneuvoston päätös 27.8.1998.
Tieto/Enator d:o 185/81/99, kilpailuviraston päätös 15.6.1999.
Tikkurila, d:o 411/61/93, kilpailuviraston päätös 21.1.1994.
Transpoint, d:o 495/61/92, kilpailuviraston päätös 12.11.1993.
Turun Puhelin Oy, d:o 733/61/97, kilpailuviraston päätös 3.2.1998.
Valio Oy , Kainuun Osuusmeijerin, Osuuskunta Maito-Pirkan ja Aito Maito Fin Oy:n meijeri- ja markkinointi-liiketoimintojen hankinta, d:o 1151/81/99, kilpailuviraston päätös 20.6.2000.

B. Kilpailuneuvosto (aakkosjärjestyksessä)
Ajasto Oy, d:o 34/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 17.12.1998.
Alfons Håkans ja Finntugs, d:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.
Arctia-ketju (Oy Alko Ab) d:o 35/61792, kilpailuneuvoston päätös 5.5.1993.
Digital, d:o 4/359/92, kilpailuneuvoston päätös 13.10.1993.
Elisa Communications Oyj, d:o 150/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.
Eurovox Oy, d:o 42/690/99, kilpailuneuvoston päätös 13.9.1999.
Finnpap, d:o 21/359/95, kilpailuneuvoston päätös 6.6.1997.
Gramex ry, d:o 3/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995.
Hammaslääkäriliitto, d:o 6/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993.
Helsingin Energia, d:o 151/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.6.2001.
Helsingin kaupungin satamalaitos, d:o 3/359/92, kilpailuneuvoston päätös 8.3.1993.
Karjalan Kirjapaino Oy, d:o 2/359/94, kilpailuneuvoston päätös 20.6.1995.
Kemijärven taksikeskus, d:o 28/359/97, kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998.
Keravan Uurnahautausmaa Oy, d:o 5/359/98, kilpailuneuvoston päätös 2.11.1998.
Kesko Oy, d:o 4/359/93, kilpailuneuvoston päätös 26.11.1993.
Kokkolan Valkopesu Oy/EKE-tuote, d:o 6/359/98, kilpailuneuvoston päätös 2.11.1998.
Koneyrittäjien liitto ry:n poikkeuslupahakemus, d:o 12/359/93, kilpailuneuvoston päätös 3.2.1994.
Kuhmon taksipalvelu, d:o 22/359/97, kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998.

Kuopion Energia, d:o 173/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.6.2000
Kustannusosakeyhtiö Otava, d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 25.6.1998.
Laivanselvitys ja linja-agentin toiminta d:o 19/359/93, kilpailuneuvoston päätös 24.8.1994.
Lapin Kansa Oy, d:o 2/359/98,välipäätös 26.3.1999, päätös 20.1.2000.
Linja-autoliitto ry, d:o 19/359/95, kilpailuneuvoston päätös 6.10.1997.
Linjebus Oy Ab, d:o 26/359/96, kilpailuneuvoston päätös 21.4.1997.
Lukiolaisten Kirjakauppa, d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 25.6.1998.
Maa- ja metsätaloustuottajain Keskusliitto MTK ry:n valitus koskien kilpailuviraston päätöstä 27.8.1999 (d:o 94/67/99), joka koskee poikkeuslupahakemusta metsänomistajien yhteistyölle raakapuun kaupassa, d:o 99/690/1999, kilpailuneuvoston päätös 23.11.2000.
Matka-auto Oy/ TLO, d:o 1/359/98, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998.
Mediatarkastus Oy, d:o 13/359/97, kilpailuneuvoston päätös 1.6.1998.
Megavoima Oy, d:o 21/359/96, kilpailuneuvoston päätös 17.12.1998.
Metsäteollisuus ry ja Paperiliitto ry, d:o 9/359/93, kilpailuneuvosto 16.6.1994.
MTK:n poikkeuslupahakemus, d:o 99/690/99, kilpailuneuvoston päätös 29.11.2000.
Neste Oy, d:o 350/61/92, kilpailuneuvoston päätös 8.10.1993.
Neste/SEO, d:o 12/359/93, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1996.
Neste/SEO, d:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1994.
Normilk Oy, (Valio II), d:o 1/359/94, kilpailuneuvoston päätös 30.11.1994.
Osuuspankkien Keskusliitto, d:o 3/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993.
Piikiven Metalli, d:o 13/359/93, kilpailuneuvoston päätös 17.3.1994.
Päijät-Hämeen Puhelinosuuskunta, d:o 69/690/99, kilpailuneuvoston päätös 28.2.2000.
Rauman tenniskeskus Oy, d:o 57/690/99, kilpailuneuvoston päätös 10.4.2000.
Runebergin Kukka Oy, d:o 14/359/95, kilpailuneuvoston päätös 19.12.1997.
Sai-Lab ry:n, d:o 11/359/93, kilpailuneuvoston päätös 20.4.1994.
Salon Seudun Puhelin Oy, d:o 14/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.
Sonera/Loimaan Seudun Puhelin, d:ot 167/690/2001 ja 168/690/2001, kilpailuneuvoston päätös 18.12.2001.
Sonera/Yleisradio/ Digita, d:o 53/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.
Suomen Koripalloliitto ry ja SLU, d:o 7/359/96, kilpailuneuvoston päätös 9.2.1998.
Suomen Vakuutusyhdistysten Keskusliitto ry:n d:o 2/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993.
Suomen vähittäiskauppiasliiton poikkeuslupahakemus, d:o 4/359/93, kilpailuneuvoston päätös 26.11.1993.
Tekstiilikauppiaiden Liitto ry ja Vaatetus-teollisuuden Keskusliitto VATEVA ry, d:o 5/359/96, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1997.
Telia/Sonera, d:o 22/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 11.12.2001.
Teosto ry, d:o 5/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995.
Teosto/Yle/MTV, d:o 22/359/96, kilpailuneuvoston päätös 1.6.1998.
TLO:n poikkeuslupa-asia, d:o 9/359/97, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998.
Turun Seudun Puhelin Oy, d:o 15/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.
Työntekijöiden ryhmähenkivakuutuspooli, d:o 9/359/95, kilpailuneuvoston päätös 8.3.1996.
Uudenmaan Asuntokiinteistöyhdistys/YTV, d:o 23/359/97, kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998.
Valio III, d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.
Valio Oy:n poikkeuslupahakemus (Valio I), d:o 7/359/93, kilpailuneuvoston päätös 1.12.1993.
Vateva ry ja Tekstiilikauppiaiden Liitto ry, d:o 5/359/96, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1997.
Vihannin kunnan taksiautoilijat, d:o 6/359/94, kilpailuneuvoston päätös 31.5.1995.
VR Oy/Samira, d:o 17/359/95, kilpailuneuvoston päätös 28.2.1997, KHO 7.5.1998.
Yksityiset päivähoitajat ry., d:o 20/359/93, kilpailuneuvoston päätös 20.10.1994.

C. Markkinaoikeus

Biowatti, d:o 97/690/01, markkinaoikeuden päätös 26.9.2001.
Helsingin arvopaperi- ja johdannaispörssi, selvitysyhtiö Oy, d:o 35/690/01, markkinaoikeuden päätös 16.10.2002.
Suomen arvopaperikeskus Oy, d:o 39/690/2001, markkinaoikeuden päätös 16.10.2002.

D. KHO (diaarinumeron mukaan)

Taltio 5053, 5205 ja 5249/1/1993 KHO 30.8.1993 (vuosikirja 1993 n:o 57).
D:ot 3125/1/94 ja 3733/1/94, taltio 1586, KHO 11.4.1995.
D:o 3506/1/94, taltio 4993, KHO 30.11.1995.
D:o 1312/1/97, taltio 629, KHO 30.3.1999.
D:ot 3161 ja 3187/1/97, taltio 932, KHO 27.4.1999.
D:o 3482/1/97, taltio 2498, KHO 11.11.1998.
D:o 1881/1/98, taltio 4057, KHO 9.12.1999.
D:o 1965/1/98, taltio 1540, KHO 9.6.1999.
D:o 2709/1/98, taltio 2222, KHO 1.9.1999.
D:o 1914/1/99, taltio 917 KHO 23.4.2001; KHO 20.04.2001 T 911 ja 912.
D:o 3590/1/99, taltio 1909, KHO 22.8.2001.
D:o 1468/1/00, taltio 54, KHO 11.01.2002, (vuosikirja KHO:2002:4).
D:o 2270/1/99, 2221/1/99, taltio 2540.
D:o 2347/1/00, taltio 182, KHO 25.1.2002.
D:o 3670/2/00, taltio 3179, KHO 20.12.2001.
D:o 240/2/01, taltio 1851, KHO 15.8.2001.
D:o 224/2/02, taltio 1712, KHO 4.7.2002, (vuosikirja KHO:2002:50).

7. Yhdysvaltalaiset oikeustapaukset: (aakkosjärjestyksessä)

Alaska Airlines v. United Airlines (948 F. d 536, 9th Cir. 1991).
Alaska Airlines vs. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 547–549 (9th Cir. 1991).
American Tobacco, 328 U.S. 781, 66 S.Ct. (1946).
Arizona v. Maricopa Cty. Med. Society, 457 US 332, 334–44, 102 S.Ct. 2466, 2473 (1982).
Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 105 S.Ct. 2847 (1985).
Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945).
Berkey Photo v. Eastman Kodak Co, 603 F.2d 263, 284 (2 nd. Cir. 1979).
Broadcast Music Inc. V. CBS Inc., 441 U.S. 1, 99 S.Ct. L.Ed. 1 (1979).
Broadcast Music Inc. v. CBS, Inc., 441 US 1, 8–9 99 St. 1551, 1556–57 (1979).
Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcast System, Inc., 441 U.S. 1, 19–20 (1979).
Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, 227–228, 113 Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168 (1993).
Brown Shoe Co. v. U.S., 1962 370 U.S. 294, 332.
Citizen Publishing Co. v. United States 394 US (1969) 131, 137–138.
Continental T.V., Inc. v. Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).
Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 US 36, S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977).
Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 US 97 St. 2459, 53 L.Ed.2d 568 (1977).
Du Pont (Ethyl); 101 FTC 425 (1983).
Du Pont de Nemours & Co v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.; 199 L.Ed.2d265 (1992).
Eastman Kodak v. Southern Photo Materials Co. 273 U.S. 359, 47 S.Ct. 400, 71 L.Ed. 684 (1927).

FTC v. A.E. Staley Mfg. Co., 324 US 746 (1946).
FTC v. Staples, Inc., 970 F.Supp. 1066 (D.D.C. 1997).
Grappone Inc. v. Subaru of New England, Inc., 858 F2d 792 (1st Cir. 1988).
Grinnell Corp. 384 US 563, 570-571,86 S.Ct. 1698, 1704 (1966).
Intergraph Corp. v. Intel Corp., 3 F.Supp.2d 1255 (N.D.Ala. 1998).
International Business Machines Corp. V. United States, 298 US 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).
International Salt co. v. United States, 332 US 392, 68 C,St. 12, 92 L.Ed. 20 (1947).
International Shoe v. FTC 280 US (1930) 291, 302-303.
Interstate Circuit 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467 (1939).
Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde, 466 US 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed. 2d 2 (1984).
Kodak Co v. Image Technical Services, Inc, 504 US 451 (1992).
Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, L.Ed. 162 (1951).
Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp., 475 US 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed. 2d 538 (1986).
Matsushita Electric Industrial Co. Zenith Radio Co, 475 U.S. 574 (1986).
MCI Communications Corp. and MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co., 708 F. 2 d 1081 (1983).
Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co. (1917).
Hecht v. Pro Football Inc 187 U.S. App. D.C. 73 570 F.2d 982 (1977).
Otter Tail Power co. v. United States, 410 U.S. 366, 377 (1973).
Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries, 508 US 49 (1993).
Proposed Accuisition of McDonnell Douglas Corp. The Boeing Co., File No. 971-0051 (FTC July 1, 1997).
Reserve Supply Corp. V. Owens-Corning Fiberglas, 971 F.2d 37 (7th Cir. 1992).
State Oil Co. v. Khan, 118 S. Ct. 275 (1997).
Telex v. IBM 510 F.2d 894, (10th Circuit 1975).
Trenton Potteries 273, US 391, 396 (1927).
United States v. Aluminium Co. of America, 148 F. 2d. 416, 430 (2d Cir 1945).
United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 US 365, 1856, 18 L.Ed. 2d 1249 (1967).
United States v. Colgate & Co, 250 U.S. 300(1919), 307.
United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 351 US 377, 76 S.Ct. 994 (1956).
United States v. General Dynamics Corp., 415 US 486, 94 S.Ct. 1186, 39 L.Ed. 2d 530 (1974).
United States v. General Dynamics, 415 U.S. 486, 503 (1974).
United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 571, (1966).
United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp.2d 9 (D.D.C. 1999).
United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).
United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000).
United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).
United States v. Terminal Railroad Association, 244 U.S. 383 (1912).
United States v. United Shoe Machinery Co. 110 F.Supp. 295 [D. Mass.] 347, US 521 (1953).
US v. Kissel (1910) 218 US 601.
USA v. Microsoft Corp, U.S. DC Circuit Court of Appeals, No. 00-5212, decided June 28, 2001.
USA v. Microsoft Corp., No. 00-5212, US DC Circuit of Appeals June 28, 2001, s. 18.

8. Kanada:

Federal Court of Appeal, April 5, 2001, the Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc, 2001 FCA 104.

9. Saksa:
Handpreisauszeichner, 1969, WuW/E OLG 995–1000.
Kombinationstarif, 1977, Wuw/E OLG 1767–1773.
Philip Morris/ Rothmans WuW/E BKartA 1943 ss. ja OLG 3051.
Preislisten, 1977, WuW/E OLG 1767.

10. Englanti:
Court of Appealsin ratkaisu Airlines of Britain, 1993, BBC 89.

Lyhenteet

[§...]	Aiempi pykälä- tai artiklanumero suorassa lainauksessa
A	Asetus
ALJ	Antitrust Law Review
Art.	Artikla
A.Bull.	Antitrust Law Bulletin
BKA	Bundeskartellamt
CAP	Capital Asset Pricing
CMLR	Common Market Law Review
CLR	Columbia Law Review
ColJ	Columbia Journal of Transnational Law
d:o	Diaarinumero
DG IV	Komission kilpailupääyksikön ent. lyhenne
DL	Defensor Legis
ECHR	ECHR Reports of Judgments and Decisions
ECLR	European Competition Law Review
EHTY	Euroopan Hiili- ja Teräsyhteisö
EJLE	European Journal of Law and Economics
ELR	European Law Review
E.L.Rev	Economic Law Review
EPL	European Public Law
ETA	Euroopan talousalue
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EY	Euroopan yhteisö
EYVL	Euroopan yhteisön virallinen lehti
FTC	Federal Trade Commission
GATT	General Agreement on Tarifs and Trade
Geo.Mason L. Rev	George Mason Law Review
GWB	Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen
Harv.L.R.	Harvard Law Review
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
HHI	Herfindahl-Hirschmann-indeksi
JA	Juristische Ausbildung
JCMS	Journal of Common Market Studies
JILT	The Journal of Information, Law and Technology
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J.L. & Econ	Journal of Law and Economics
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JWT	Journal of World Trade
JZ	Juristenzeitung
KilpRajL	Kilpailunrajoituslaki
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KM	Komiteanmietintö
Kok.	Yhteisön tuomioistuimen oikeustapauskokoelma
KKO	Korkein oikeus
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö
L	Laki
LM	Lakimies. Aikakauslehti.
Mich. Telecomm. Tech L. Rev	Michigan Telecommunications and Technology Law Review
MJ	Maastricht Journal of European and Comp. Right
MLR	Modern Law Review
MMR	Multimedia und Recht
MTK	Maa- ja metsätaloustuottajain Keskusliitto.
NIO	New Industrial Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.U. L. Rev	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OikTL	Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista (228/1929)
OJ	Offical Journal of the European Communities
OK	Oikeudenkäymiskaari
OPEC	Organization of the Petroleum Exporting Countries
OTP	Obligatory Trading Partner
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
RabelsZ	Rabelszeitschrift für Inter. Privatrecht
RPM	Resale Price Maintenance
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RS	Rooman Sopimus
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SLC	Substantially Lessens Competition
SCP	Structure-Conduct-Performance
S.Ct.	Supreme Court of the United States
SSNIP	Small but significant and non-transistory increase in prices
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö
T & K -Sopimus	Tutkimus- ja kehityssopimus
US	United States of America
WACC	Weighted Average Cost of Capital
W. Comp.	World Competition
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung
Yale LJ	Yale Law Journal
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

A. YLEINEN OSA: METODISIA KYSYMYKSIÄ JA MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYN TEOREETTINEN PERUSTA

I JOHDANTO MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYN TARKASTELUUN

1. Tutkimuksen tavoitteet ja toteuttamistapa

1.1 KESKEISET KYSYMYKSET

Tutkimuksen kohteena on markkinavoiman sääntely Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa. Markkinavoima voidaan alustavasti määritellä yrityksen kyvyksi hinnoitella hyödykkeensä kilpailullisen tason yläpuolelle tai muutoin vaikuttaa olennaisesti kilpailuolosuhteisiin. Mikäli markkinavoimaa on erityisen paljon, puhutaan määräävästä markkina-asemasta. Kilpailua rajoittava sopimus tai määräävän aseman väärinkäyttö voi lisätä markkinavoimaa tavalla, joka haittaa kilpailun toimivuutta. Merkittävä yrityskauppa voi keskittää markkinarakennetta ja estää tehokkaan kilpailun. Seurauksena voi olla innovaatiokilpailun hiipuminen tai tehokkaan tuotantovaihtoehdon syrjäytyminen markkinoiden ulkopuolelle. Merkittävän tuotannontekijän kalleus, huono saatavuus tai laatuun liittyvät ongelmat heikentävät koko kansantalouden kilpailukykyä. Toisaalta yritysten yhteistyö tai fuusio voi erityisesti vientialoilla olla tarpeen kansainvälisen kilpailun edellyttämän yrityskoon tai riittävien tutkimus- ja tuotekehitysresurssien saavuttamiseksi.

Kilpailulainsäädännöllä puututaan markkinoilla toimivien yritysten aikaansaamiin kilpailunrajoituksiin. Kilpailuoikeuden kovan ytimen muodostavat kolme sääntelykokonaisuutta: 1) Kartellikiellolla puututaan yritysten sopimuksiin ja niihin rinnastettaviin toimenpiteisiin keskinäisen kilpailun rajoittamiseksi. 2) Määräävän aseman väärinkäyttökiellolla pyritään estämään merkittävää taloudellista valtaa omaavien yritysten toimenpiteet, joilla tähdätään vallan kohtuuttomaan ulosmittaamiseen kauppakumppaneilta tai kilpailijoiden poissulkemiseen. 3) Yrityskauppavalvonnalla suojataan kilpailullista markkinarakennetta eli pyritään estämään sellaisen markkinarakenteen syntyminen, jonka seurauksena todennäköisesti syntyisi tai lisääntyisi kohdissa 1) ja 2) tarkoitettuja vahingollisia vaikutuksia. Tutkimuksessa jatketaan 1992 julkaistun lisensiaattitutkimuksen teemasta. Aiemmassa tutkimuksessa päädyttiin siihen, että johdonmukaisin tapa puuttua määräävään asemaan on väärinkäyttövalvonnan ja yrityskauppavalvonnan soveltaminen rinnakkain. Vuosikymmenen verran työstetyn jatkotyön perustan muodosti oivallus, että kartellissa, määräävän aseman väärinkäyttökiellossa ja yrityskauppavalvonnassa kaikissa kyse on perimmiltään samasta ilmiöstä, *markkinavoimasta.*

Markkinavoiman käsite on se yhdistävä tekijä, joka tekee hedelmälliseksi tarkastella instrumentteja yhdessä ja toisiinsa verrattuna. Tutkimustehtävänä on niiden kriteerien selvittäminen, joiden vallitessa markkinavoima on hyödyllistä ja tehokasta ja toisaalta kilpailun toimivuudelle haitallista ja/tai tehottomuuteen

johtavaa. Käytännössä samalla rajoituksella on usein sekä positiivisia että negatiivisia vaikutuksia. Yksi keskeisistä kysymyksistä kuuluukin, mitä tekijöitä painotetaan rajatapauksissa.

Kartellissa markkinavoimaa hankitaan ja väärinkäytetään yhteistyössä kilpailijoiden kanssa, kun taas määräävän markkina-aseman väärinkäytön ollessa kyseessä markkinavoimaa väärinkäyttää yksi kilpailijoitaan mahtavampi yritys. Sen sijaan keinot, joilla markkinavoimaa hankitaan ja hyödynnetään vaihtelevat. Merkittäviä eroja voi syntyä myös sen suhteen, kuinka haitallisia vaikutuksia kilpailunrajoituksesta voi aiheutua. Kartelli on menestyksekäs, jos se pystyy nostamaan hintoja rajoittamalla tuotantoa. Myös kartellissa kyse on "määräävän aseman väärinkäytöstä". Yrityskauppavalvonnalla voidaan puuttua joko yhden yrityksen tai useamman itsenäisen yrityksen yhdessä saavuttamaan määräävään asemaan. Kartellien ja määräävän aseman väärinkäytön torjumisen osalta kyse on yritysten markkina-käyttäytymisen sääntelystä. Pyritään torjumaan sellaista käyttäytymistä, jolla kilpailun rajoittamistarkoituksessa hankitaan tai hyödynnetään kohtuuttomasti markkinavoimaa. Yrityskauppavalvonnalla pyritään turvaamaan kilpailullisen markkinarakenteen säilyminen.

Kilpailulainsäädännössä on turvattava *tasapaino tehokkuuden ja oikeusturvan välillä*. Kilpailunrajoitusten tutkinnan on oltava tehokasta ja sanktioiden rikkomustapauksissa riittäviä. Samalla on kuitenkin pidettävä huoli siitä, että epäillyillä yrityksillä on riittävä oikeusturva. Yrityksillä tulee olla keinot jo ennakolta varmistua sopimustensa lainmukaisuudesta ja oikeus tarpeen vaatiessa saada asiasta viranomaisen kannanotto. Yritysten oikeusturvaa palvelevat myös viranomaisten keskinäistä toimivallanjakoa ja valitusoikeutta koskevat säännökset. Kilpailuoikeuden keinoin puututaan varsin syvällekäyvästi yritysten toimintaan. Sanktioilla on mm. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta myös rikosoikeudellisia piirteitä, vaikkakin muodollisesti kyse on hallinto-oikeudellisesta seuraamuksesta. Edellä olevista syistä on tärkeää tehdä selvä ero epäillyn kilpailunrajoituksen tutkimisen ja seuraamuksen tuomitsemisen välillä. Käytännössä merkittävimmän oikeusturvatakeen tarjoaa mahdollisuus saattaa asia riippumattoman lainkäyttöelimen tutkittavaksi. Yleisemminkin viranomaisten toimivaltaa koskevien säännösten on oltava selkeitä ja jätettävä mahdollisimman vähän pelaamisen varaa. Normien tulisi olla mahdollisimman selkeitä, mikä on kilpailuoikeudessa erityisen haastava tavoite.

Tutkimuksessa pyritään löytämään ratkaisuperusteita ja antamaan tulkintasuosituksia kilpailuoikeudelliselle päätöksenteolle. Yleensä kartelleja, määräävän aseman väärinkäyttöä tai yrityskauppoja on selvitetty kutakin erikseen tai on rajoituttu pistekohtaisesti johonkin tiettyyn aspektiin. Tutkimuksessa pyritään systeemiyhteyksien esittämiseen. Tavoitteena on edistää kokonaisnäkemyksen syntymistä kilpailuoikeudellisesta sääntelystä, sikäli kuin kyse on markkinavoimasta. Yhtäältä selvitetään yhtäläisyyksiä ja eroja individuaalisen ja kollektiivisen markkinavoiman välillä. Toisaalta etsitään ratkaisusääntöjä sen

suhteen, milloin mitäkin kilpailuoikeudellista instrumenttia olisi järkevä soveltaa. Viimeksi mainittu kysymys aktualisoituu oligopolien osalta, joihin on puututtu kaikkien kolmen pääasiallisen normin perusteella. Tutkimuksen toinen taso on oikeusvertaileva. Suomen kilpailuoikeutta verrataan EY:n kilpailuoikeuteen. Kysymys kuuluu, mitä eroja ja yhtäläisyyksiä on löydettävissä etsittäessä tasapainotilaa markkinavoiman sääntelyn ja tehokkuuden välillä Suomessa ja EY:ssä. Huomiota kiinnitetään myös sääntelyn tavoitteissa ja sääntelyn markkinoiden koossa oleviin eroihin. EY:n kilpailuoikeuden tavoitteena on perinteisten kilpailuoikeuden tavoitteiden ohella integraation edistäminen, mistä johtuen EY:n kilpailuoikeudessa on suhtauduttu ankarammin joihinkin sellaisiin menettelytapoihin, joita kansallisessa lainsäädännössä ei sanktioitaisi, tai toisaalta sallivammin, mikäli yhteismarkkinoiden toimivuus sitä edellyttää. EY:n kilpailusääntöjen lähtökohtana on nimenomaan sisämarkkinoiden toiminnan kannalta relevantteihin kilpailunrajoituksiin puuttuminen. Soveltamisympäristö on olennaisesti erilainen kuin Suomen kaltaisessa pienessä kansantaloudessa. Viimeksi mainitulla seikalla voi olla merkitystä esimerkiksi markkinaosuuskriteerien suhteen. Kysymys kuuluu, voidaanko esittää olennaisia eroja markkinavoiman sääntelyssä.

Markkinavoimaa voi olla joko yhdellä yrityksellä yksin tai useammalla yrityksellä yhdessä. Ensimmäisessä tilanteessa puhutaan *individuaalisesta* ja jälkimmäisessä tilanteessa *kollektiivisesta* markkinavoimasta. Perinteisesti ero näiden välillä on ollut selvä. Yhdellä yrityksellä on määräävä asema silloin, kun se voi yksipuolisilla toimenpiteillään riistää asiakkaita tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on joko monopoli tai osamonopoli. Kyse on tilanteista, joissa markkinarakenne on voimakkaan *epäsymmetrinen*. Yksi yritys on selvästi suurempi kuin sen kilpailijat ja asiakkaat ovat siitä riippuvaisia. Määräävää markkina-asemaa selvitetään monopoliteorian avulla. Jos yritykset sopivat kartellista, niillä on yhdessä kollektiivista markkinavoimaa. Yritykset sopivat siitä, että ne rajoittavat tuotantoa nostaakseen hintatasoa. Perinteisesti kartellien selvittäminen onkin kohdistunut siihen kysymykseen, ovatko yritykset sopineet yhteistyöstä; tärkeimmät kysymykset liittyvät kiellettyjen yhteistyömuotojen ja vaadittavan näyttötason määrittämiseen.

Herää kysymys, voidaanko kollektiiviseen markkinavoimaan puuttua myös silloin, kun yritysten välillä ei ole sopimusta. Mikäli yritysten välillä vallitsee symmetrinen asema, ne saattavat käyttäytyä yhdenmukaisella tavalla. *Kolluusio* voi olla paitsi nimenomaista, myös hiljaista. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa avuksi on otettu yhteisen eli jaetun määräävän aseman käsite. Mikäli halutaan kannattaa kilpailuviranomaisten laajoja mahdollisuuksia puuttua haitalliseen oligopolikäyttäytymiseen, konseptin omaksumista voidaan pitää myönteisenä seikkana. Kilpailuteoreettisesti ongelmaksi muodostuu se, että yhteisen määräävän markkina-aseman käsite rikkoo sekä oikeudellisesti että taloudelli-

sesti perinteisen luokittelun. Tarvitaan uusia käsitteellisiä apuvälineitä, joilla syntynyttä tilannetta pyritään mallintamaan. Tässä tutkimuksessa on päädytty määräävän aseman käsitettä laajempaan markkinavoiman käsitteeseen. *Raja individuaalisen ja kollektiivisen markkinavoiman välillä näyttäisi olevan hämärtymässä, ainakin mitä tulee kilpailuoikeudellisten konseptien soveltamiseen. Markkinavoiman käsitteen avulla määräävän aseman käsite pilkotaan osiin ja kootaan uudestaan. Tavoitteena on luoda lähestymistapa, jolla määräävän aseman käsitettä voitaisiin selvittää oikeudellisessa ratkaisukäytännössä nykyistä johdonmukaisemmin.*

Syy yhteisen määräävän aseman käsitteen käyttöönotolle sekä väärinkäyttövalvonnan että yrityskauppavalvonnan puolella lienee se, että tällä tavoin uskotaan pystyttävän kattamaan aikaisempaa suurempi osa haitallisista oligopolitilanteista. Uuden normin käyttöönotto on tarpeen vain siltä osin, kuin vanhoilla keinoilla ei pystytä ongelmaa hoitamaan. Tämän vuoksi on ensin tarkasteltava sitä, mitkä ovat mahdollisuudet puuttua samaan ongelmaan kartellikiellon avulla. Oligopolikysymystä ei voida tarkastella yksinomaan tietyn normin kannalta, vaan olennainen kysymys yhteisen määräävän aseman sääntelyssä kuuluu, mikä on järkevä kartellikiellon, määräävän aseman väärinkäyttökiellon ja yrityskauppavalvonnan välinen työnjako oligopolitilanteiden kattamisessa. Mitä alemmaksi kilpailuoikeudellinen interventio ulotetaan, sitä suuremman merkityksen ainakin potentiaalisesti saa tehokkuuspuolustus. Tehokkuuspuolustuksen hyväksyminen edellyttää sitä, että viranomainen pystyy arvioimaan tulevan kehityksen. Tämä voi muodostua ongelmaksi esim. uuden talouden aloilla, joilla joudutaan arvioimaan dynaamista tehokkuutta. "Uuden talouden" kysymysten esilläpito muodostaa yhden tutkimuksen sivujuonteista, joskin toistaiseksi lienee vielä lopullisesti täsmentymättä, mikä tarkalleen ottaen on uutta "vanhaan" talouteen verrattuna ja kuinka paradigmaattisena muutosta voidaan pitää.

EY:n kilpailuoikeudella on sekä välitöntä että välillistä merkitystä jäsenvaltioiden kansalliselle kilpailuoikeudelle. Integraatioratkaisu oli yksi keskeinen syy siirtymiselle väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen, koska kansallisia säännöksiä haluttiin lähentää EY-oikeuteen. Kansalliset kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet voivat soveltaa kansallisen kilpailulainsäädännön rinnalla EY:n kilpailuoikeutta joko soveltamalla suoraan Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklaa tai ottamalla EY:n kilpailuoikeuden tulkinnallisesti huomioon annettaessa merkityssisältöä kansallisen lain säännöksille. Kauppavaikutuskriteerin täyttyessä myös Euroopan komissio on toimivaltainen samassa asiassa. Nykyisin ainoastaan yrityskauppavalvonnan osalta sovelletaan periaatetta, jonka mukaan EY:n asetuksen (4064/89) soveltuminen syrjäyttää kansalliset yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset samassa asiassa. Niin kutsutun *Walt Wilhelm* -periaatteen mukaan EY-oikeuden soveltuminen tai soveltaminen samassa asiassa ei estä kansallisen lain soveltamista, vaan normistot ovat rinnakkain sovellettavissa. Käytännössä tämä tarkoittaa karkeasti ottaen sitä, että kansallisen

lain nojalla annettavat ratkaisut eivät saa olla ristiriidassa 81 tai 82 artiklan keskeisten periaatteiden kanssa taikka vaarantaa EY:n kilpailuoikeuden käytännöllistä tehokkuutta. Kansallisen viranomaisen on otettava EY-oikeus siten huomioon, ettei ristiriitaa synny. Mikäli ristiriita syntyisi, viranomaisen on poistettava ristiriita jättämällä ristiriidassa oleva kansallinen säännös soveltamatta ja soveltamalla EY-oikeuden normia. Käytännössä tämä on johtanut Suomessa siihen, että EY-oikeus otetaan tulkinta-argumenttina huomioon sovellettaessa kilpailunrajoituslakia. EY-oikeus vaikuttaa monin tavoin kansallisen lain muotoutumiseen, vaikka 81 ja 82 artiklaa sovelletaan ainoastaan aika ajoin suoraan kansallisten viranomaisten toimesta.

Euroopan unionin sisällä ajankohtainen kilpailupoliittinen kysymys tulee olemaan jäsenmaiden kansallisten järjestelmien ja EY:n kilpailuoikeuden aineellisoikeudellinen ja institutionaalinen yhteensovittaminen ns. modernisaatiopaketin yhteydessä. Kauppavaikutuskriteerin täyttyessä kansalliset viranomaiset soveltavat 81 ja 82 artiklaa. Säännös sisältyy uuden asetuksen 3 artiklaan. Tutkimuksen tavoitteena on tuoda esiin näkökulmia relevanttien ongelmien kartoittamiseksi. *Kysymys kuuluu, mitä aineellisoikeudellisia muutoksia EY-kilpailuoikeuden läpilyönti kansallisella tasolla toisi niiden kilpailunrajoitusasioiden käsittelyyn, jotka nyt on ratkaistu kansallisen lain perusteella.* Kysymykseen vastaaminen edellyttää EY:n ja kansallisen oikeuden vertaamista.

1.2 METODIKYSYMYKSIÄ

Tutkimuksessa selvitetään markkinavoiman sääntelyyn liittyviä instrumentteja ja niiden keskinäisiä painoarvoja Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa. Suomen ja EY:n kilpailuoikeuden rinnakkainen tarkastelu on paikallaan, koska EU-jäsenyyden myötä kummatkin ovat Suomessa voimassaolevaa oikeutta. Kolmantena vertailukohtana käytetään Yhdysvaltain kilpailuoikeutta. Tätä voidaan perustella sillä, että Yhdysvalloissa on pisin kokemus kilpailulainsäädännön soveltamisesta. Yhdysvalloissa on viime aikoina painotettu tehokkuusnäkökohtia. Metodina on kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa suosittu "kevyt oikeusvertailu", jolla esimerkkitapausten avulla pyritään löytämään yhtäläisiä rakenteita näennäisesti erilaisista lain säännöksistä, jotta instrumenttien takana oleva taloudellinen ydin saataisiin esille. Erityisen hedelmällisiä ovat sellaiset tapaukset, joissa samaa kilpailunrajoitusta on käsitelty useammassa maassa. Vertailu edesauttaa sääntelyn johdonmukaisuuden arviointia. Tavoitteena ei ole varsinainen oikeusvertailu. Tähän soveltuisi paremmin pistekohtainen tarkastelu. Varsinaisen oikeusvertailun tekemiseen käsillä oleva systeemitutkimus olisikin aihepiiriltään aivan liian laaja.

Kilpailuoikeudella on läheinen yhtymäkohta taloustieteeseen. Yleisemmin voidaan puhua kilpailuteoriasta, jolloin tarkastelun piiriin kuuluu taloudellista kilpailua käsittelevä yhteiskuntateoreettinen aines kokonaisuudessaan. Kilpailuoikeudella säännellään ja pyritään vaikuttamaan taloudellisiin ilmiöihin. Taloustieteellä on vaikutusta makrotasolla lain tavoitteiden ja sisällön luomisessa ja mikrotasolla päätösharkinnassa. Metodisesti kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa oikeudellisia käsitteitä peilataan taloudellista taustaa vasten. Keskeistä on realistisuuden vaatimus. Kilpailuoikeudessa oikeustieteellisiä käsitteitä tulkitaan ja tarkastellaan dynaamisesti suhteessa sääntelyn kohteena oleviin taloudellisiin ilmiöihin. Lakia pyritään tulkitsemaan muodollisjuridisia konstruktioita välttäen tavalla, joka tuo esille asian taloudellisen ytimen. Ratkaisevaa ei ole oikeudellinen muoto vaan tavoitellut tai seurauksena olevat tosiasialliset vaikutukset. Tutkimuksen II osa, jossa analysoidaan kilpailupoliittisia lähestymistapoja ja markkinavoiman käsitteitä, on taloustiedepainotteinen. Siinä luodaan taloustieteen käsitteitä apuna käyttäen tutkimuskehikko seuraavien lukujen kilpailuoikeudelliselle tarkastelulle. Kilpailuteoriaan palataan myös muissa osissa.

Kilpailuoikeudelle on tyypillistä, että laissa ja sen esitöissä luodaan yleensä vain karkeat puitteet sääntelylle. Keskeinen oikeuslähde ovat oikeustapaukset. Kilpailuoikeudessa suositut avoimet määritelmät ja yleislausekkeet asettavat erityisen suuren vastuun kilpailuviranomaisille ja tuomioistuimille, jotta oikeusvarmuuden vaatimus täytetään. Oikeuskäytännön tehtävänä on täyttää lainsäätäjän jättämä "aukko", jotta markkinavoiman sääntelyn kriteerit tulevat riittävän selkeästi määritellyiksi. Oikeustapausten suuri merkitys tulee esille tutkimuksen dogmaattisen osan pääjaksoissa, joissa metodina on pääosin case study -tutkimus. Eurooppaoikeuden osalta lainvalmisteluaineistolla ei yleisemminkään ole samaa merkitystä kuin Suomessa. Kotimaisen oikeuden osalta lainvalmisteluaineisto muodostaa luonnollisesti olennaisen oikeuslähteen.

Kilpailuoikeudellinen tutkimus voidaan rajoittaa oikeusdogmaattisiin kysymyksiin. Tällöin tarkastelu keskittyy vallitsevan oikeustilan hahmottamiseen lain ja sen esitöiden sekä oikeuskäytännön avulla. Voidaan esimerkiksi selvittää, miten eri maiden kilpailulainsäädännössä suhtaudutaan saalistushinnoitteluun. Oikeusdogmaattisella tai oikeuspositivistisella tutkimuksella on kiistattomat ansionsa. Käytännön juristeja kiinnostaa yleensä juuri tämä puoli kilpailuoikeudesta. Pyrittäessä oikeusjärjestyksen ymmärtämisen ohella myös saavuttamaan oikeusjärjestyksen kehittämisen kannalta relevanttia tietoa, on järjestelmänsisäistä tarkastelua täydennettävä järjestelmänulkoisella näkökulmalla. Oikeustieteessä voidaan selvittää myös sitä kysymystä, miksi kilpailu oikeudellisena periaatteena on vallitseva ja mitä hyötyä tai haittaa siitä on oikeudelliselta kannalta. Lähestymistapa edellyttää huomion kiinnittämistä markkinatalouden oikeudellisiin perusrakenteisiin, jotta kilpailun merkitys markkinataloudessa voidaan hahmottaa.

Tutkimuksen suorittamisessa suurimmaksi yksittäiseksi ongelmaksi muodostui kattavuustason valinta. Tutkimus olisi ollut mahdollista suorittaa perinteisin oikeusdogmaattisin menetelmin esittämällä EY:n kilpailuoikeudellinen järjestelmä ja vertaamalla sitä kotimaiseen keinovalikoimaan markkinavoiman, määräävän markkina-aseman tai jonkun yksittäisen sääntelyinstrumentin, esimerkiksi yrityskauppavalvonnan, sääntelyssä. Tällainen tutkimus olisi helpoimmin toteutettavissa. Ottaen huomioon viimeisen vuosikymmenen kehitys vaihtoehto ei kuitenkaan vaikuta tarkoituksenmukaiselta. Taloustieteen kasvavaa merkitystä kilpailuoikeudessa kuvaa muun ohella se, että ilmeisesti valtaosa viime vuosina julkaistuista kilpailuoikeutta käsittelevistä monografiatason tutkimuksista on taloustieteellisiä. Myös EY:n komissio on ilmoittanut pitävänsä EY:n kilpailuoikeusjärjestelmän uudistamisessa keskeisellä sijalla taloudellisen lähestymistavan lisäämistä. Taloustieteellisellä lähestymistavalla on ollut merkitystä myös kotimaisen lainsäädännön kehitykselle. Tieteellinen kirjoittaminen kilpailuoikeuden substanssikysymyksistä taloustiede sivuuttaen ei vaikuttanut tarkoituksenmukaiselta.

Kilpailulainsäädäntöä perustellaan yleensä taloudellisilla näkökohdilla. Nämä ovatkin keskeisiä. Kilpailun odotetaan lisäävän taloudellista hyvinvointia. Kilpailuoikeudessa hyödynnetään markkinoita tutkivan taloustieteen työmenetelmiä ja tutkimustuloksia. Taloudellinen kilpailu ja sen tarpeellisuus ei ole kuitenkaan luonteeltaan pelkästään taloustieteellinen vaan myös juridinen, suorastaan perustuslaillinen ongelma. Tarkasteltaessa kilpailulainsäädännön merkitystä ja asemaa oikeusjärjestelmässä kiinnostuksen kohteena on nimenomaan jälkimmäinen näkökulma.

Yhtenä vaihtoehtona esillä oli oikeustaloustieteellinen kysymyksenasettelu, jossa selvitettäisiin markkinavoiman sääntelyn tehokkuusvaikutuksia ja tutkittaisiin esimerkiksi sitä, miten dynaamisen tehokkuuden tulisi näkyä ratkaisutoiminnassa. Tutkimusote ei vaikuttanut riittävältä. Ensinnäkin se tuntui soveltuvan paremmin tietyn kilpailunrajoitustyypin kuin markkinavoiman kaltaisen systemaattisen kokonaisuuden hallintaan. Toiseksi pelkistetty oikeustaloustieteellinen tarkastelu näytti jättävän sääntelyn taustalla olevan yhteiskunnallisen arvomaailman ja valinnat liian vähälle huomiolle. Kilpailuoikeudessa kyse on yhteiskunnallisesta sääntelystä, joka toteuttaa niitä tavoitteita, joita sille on asetettu.

Taloustieteen koulukuntaerot heijastuvat kilpailupolitiikasta käytävään yhteiskunnalliseen keskusteluun ja lainsäätäjän ja sen soveltajan ratkaisuihin. Ei ole mitään valmista mallia vaan keskenään kilpailevia ja alati muuttuvia näkemyksiä. Kilpailun taloustieteen tutkimustuloksia testataan enimmäkseen koulukuntien sisällä, vähemmän niiden välillä. Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa olennaista on tuoda esille koulukuntanäkemysten taustalla olevat premissit ja viime kädessä poliittiset valinnat. Toinen haaste liittyy taloustieteen käsitteiden siirtämiseen juridiseen ratkaisutoimintaan. Kun taloustiede lähestyy ongelmaa

teoreettisesti ja yleisellä tasolla, tulee oikeustieteessä aina ottaa huomioon normien operationaalisuus ratkaistaessa yksittäisiä tapauksia. Markkinavoiman sääntelykriteerit tulee määritellä siten, että päätöksen lainmukaisuuden arvioiminen säilyy asianosaisten ja tuomioistuinten kontrolloitavissa ja että yleisestävyyden ja ennustettavuuden vaatimukset voidaan täyttää. Kilpailuteorian merkitys ei siten rajoitu de lege ferenda – tyyppiseen tai reaaliseen argumentointiin. Käytännön päätöksenteossa oikeudelliset ja taloudelliset argumentit menevät lomittain. Päädyin siihen, että tutkimuskohteen kannalta relevantin kilpailuteoreettisen aineksen monimuotoisuus edellyttää eklektistä lähestymistapaa, jossa pyritään tasapuolisesti ottamaan huomioon eri koulukuntien tarjoamia näkökulmia markkinavoiman sääntelyyn. Valinta on ollut hankala toteuttaa ja se on paisuttanut tutkimuksen sivumäärää. Pidän valittua strategiaa kuitenkin ainoana vaihtoehtona tutkimuksen teoreettisen osan toteuttamiseksi. Jos taloustiedettä halutaan soveltaa ja samalla halutaan välttää leimautuminen tiettyyn koulukuntaan, ei jää muuta vaihtoehtoa kuin kuunnella osapuolten esittämiä argumentteja. *Audiatur et altera pars.*

Tutkimuksen suorittamisessa sekä antina että ongelmana voi olla tutkimuskohteen läheisyys. Tutkimuksen tekijä on toiminut noin 15 vuotta erilaisissa kilpailuoikeudellisissa tehtävissä, muun ohella vuosina 1993–2002 kilpailuneuvoston pääsihteerinä. Useimmat tutkimuksessa mainitut kilpailuneuvoston päätökset ovat tutkimuksen tekijän kirjoittamia. Tutkimuksen tavoitteena ei ole niiden kritisoiminen. Tämä ei johdu tieteellisen kriittisyyden puutteesta, vaan oman aikaisemman roolin tiedostamisesta sekä siitä, että mainittu kilpailuneuvoston oikeuskäytäntö edustaa tutkimuksen kirjoittajan kilpailuoikeudellista näkemystä. Viimeisinä vuosina erääät valmisteilla olevan tutkimuksen teoreettiset linjaukset, esimerkiksi koskien suhtautumista monopolihinnoitteluun tai yhteiseen määräävään asemaan, päätyivät lähes sellaisinaan oikeustapauksiin. Puolustan tutkimuskohteen valintaa sillä, että tutkimuksen tekijällä on kerrottavanaan oleellista informaatiota toimittuaan kilpailuoikeudellisen lainkäytön parissa. Tieteellisen avoimuuden nimissä on myös mainittava, että allekirjoittanut toimi vuosina 1996-1997 istuneen kilpailulainsäädännön uudistusta valmistelleen työryhmän pääsihteerinä päävastuullaan kotimaisten yrityskauppavalvontaa koskevien aineellisten säännösten valmistelu. Allekirjoittanut on myös osallistunut EY:n kilpailuoikeuden uudistustyöhön osana kansallista valmistelukoneistoamme ja vaikuttanut Suomen valtion ottamiin kannanottoihin. Luonnollisesti kaikki tässä tutkimuksessa esitetyt näkemykset ovat puhtaasti omia kannanottoja.

Lainkäyttöviranomaisen näkökulman omaksuminen pääasialliseksi lähestymistavaksi mahdollistaa teorian ja käytännön yhdistämisen. Teoreettisia kysymyksiä voidaan tarkastella paitsi teoriatasolla (mikä on näytettyä tai hyvin perusteltua ja tiedeyhteisön hyväksymää) myös käytännön tasolla (mikä toimii tai ei toimi tehtäessä ratkaisua lainkäyttöelimessä). Näkökulma mahdollistaa

sillan rakentamisen teorian ja käytännön välille. Nähdäkseni tämä on hyödyllistä erityisesti aikana, jolloin teoreettisen aineksen merkitys kilpailuoikeudellisen päätöksen osana näyttäisi olevan lisääntymässä. Tavoitteena on tarkastelun realistisuus nimenomaan siltä kannalta, miten teoria näkyy kilpailujuristin käytännön työssä.

Kyseessä on tutkimuksen tekijän kolmas monografia kilpailuoikeuden alalta. Lähtölaukauksen muodosti lisensiaattityö.[1] Osana tätä tutkimusprojektia on valmistunut yleisesitys, jota käytetään oppikirjana yliopistoissa ja korkeakouluissa.[2] Lisäksi on julkaistu mm. oikeustapauskokoelma[3] ja artikkeleita.[4] Tavoitteena on tuottaa relevanttia informaatiota sekä kilpailu- ja eurooppaoikeuden tutkijoille että myös käytännön kilpailuoikeudellisissa tehtävissä toimiville juristeille ja ekonomisteille. Tavoite näkyy tutkimuksen laajuudessa. Tutkimuksessa on pyritty laajempaan käsittelyyn sekä kilpailuteoreettisessa että lainopillisessa osassa. Ottaen huomioon, että kyseessä on systeemi- ei pistetutkimus, yksittäisiä tulkintakysymyksiä ei ole mahdollista käsitellä läheskään samalla perusteellisuudella kuin kysymyksenasettelultaan suppeammissa tutkimuksissa. Toivon mukaan näin on mahdollista hahmottaa edes joitakin systeemiyhteyksiä, jotka muuten jäisivät pimentoon.

1.3 TUTKIMUKSEN RAKENNE

Kartellien, määräävän markkina-aseman väärinkäytön ja yrityskauppojen valvonnassa kaikissa kysymys on perimmiltään markkinavoiman sääntelystä. Kartelleissa markkinavoimaa hankitaan kilpailijoiden välisellä yhteistoiminnalla. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöllä puututaan pitkälti samoihin menettelytapoihin kuin kartellikiellolla. Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklojen esimerkkiluettelot kielletyistä menettelytavoista ovat pitkälti samat. Erona on vain, että 81 artiklan soveltaminen edellyttää itsenäisten yritysten välistä sopimusta tai yhdenmukaistettua toimintaa, kun taas 82 artiklaa sovelletaan niissä tapauksissa, joissa yrityksellä yksinkin on mahdollisuus käyttäytyä jossain olennaisessa suhteessa kilpailun paineista riippumattomasti. Välimuotona on yhteisen määräävän aseman sääntely. Yrityskauppavalvonnalla puututaan sellaiseen pysyväisluonteiseen markkinavoiman hankkimiseen yritysrakenteen muutoksen kautta, jonka seurauksena kilpailu tulevaisuudessa tulisi merkittävästi estymään.

---

[1] Kuoppamäki (1992).
[2] Kuoppamäki (2000).
[3] Kuoppamäki (1996).
[4] Tutkimusaihetta koskevista artikkelista ks. esim. Kuoppamäki (1998) ja (2002).

Tutkimuksen teoreettisen osan aluksi käsitellään kilpailuteoriaa ja kilpailupolitiikkaa. Jaksossa käydään läpi kilpailuteorian kehitystä ja sen yhteyksiä kilpailupolitiikkaan. Jakso on nähty tarpeelliseksi, koska kilpailuteoreettinen aines on hyvin heterogeenista. Markkinavoiman sääntelyyn liittyvät tavoitteet ja keinot kietoutuvat toisiinsa, mikä vaikeuttaa rationaalia keskustelua. Keskustelua käydään usein enemmän koulukuntien sisällä kuin niiden välillä. Kuitenkin kilpailuoikeus on yhteiskunnallista sääntelyä, jolloin on tärkeätä olla perillä paitsi taloustieteellisestä pintatasosta, myös syvemmällä olevista arvovalinnoista. Sen sijaan en ole liittänyt tutkimukseen tilasyistä kilpailuoikeuden historiallista kehitystä koskevaa jaksoa. Olen sivunnut tätä kysymystä muualla.[5]

Kilpailuteoriaa ja -politiikkaa koskevan jakson tarkoituksena on luoda kartta markkinavoiman teoreettiselle tarkastelulle, joka tapahtuu seuraavassa jaksossa. Jaksossa pyritään pureutumaan koulukuntanäkemysten taustalla oleviin ennakko-oletuksiin ja arvovalintoihin. Keskeiset erot liittyvät kilpailuoikeuden päämääriin, tulonsiirtonäkökohdan relevanssiin, alalle tulon esteiden mittaamiseen sekä erilaiseen suhtautumiseen markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen väliseen vuorovaikutukseen.

Teoriaosan pääjaksossa III analysoidaan markkinavoimaan liittyviä käsitteitä. Markkinavoima on yleiskäsite, joka kattaa koko kentän vain vähäistä markkinavoimaa omaavista yrityksistä määräävään markkina-asemaan ja monopoliin. Pääpaino on määräävän aseman ja kooperatiivisen sekä ei-kooperatiivisen oligopoliteorian käsittelyssä. Määräävä asema pilkotaan ainesosiksi ja kootaan uudelleen. Kollektiivisen markkinavoiman osalta selvitetään niitä olosuhteita, joiden vallitessa nimenomaista kartellia ja/tai hiljaista kolluusiota voidaan pitää todennäköisenä ja pysyväisluonteisempana ongelmana. Markkinavoiman määrittelyn jälkeen käsitellään lyhyesti markkinavoiman mittaamistapoja. Jakson tarkoituksena on lähinnä sen osoittaminen, miksi kilpailuoikeudessa turvaudutaan relevanttien hyödyke- ja alueellisten markkinoiden määrittelyyn, vaikka menetelmä näyttää herättävän säännönmukaisesti kritiikkiä yritysten taholta. Merkittävä osa markkinavoiman sääntelyyn liittyvästä tavoitekeskustelusta kulminoituu siihen, millaisia vaikutuksia markkinavoimalla katsotaan olevan. Markkinavoiman käsittelyn jälkeen näkökulmaa vielä laajennetaan taloudelliseen vallan käsittelyyn.

Tutkimuksen lainopillinen osa jakaantuu kolmeen pääjaksoon. Ensimmäisessä pääjaksossa (I) käsitellään yritysten sopimuksia, toisessa pääjaksossa (II) määräävän aseman väärinkäyttöä ja kolmannessa (III) yrityskauppavalvontaa. Tarkoituksena on saada esille markkinavoiman sääntelyn kannalta keskeisimmät piirteet. Tematiikaltaan yleisessä systeemitutkimuksessa keskeistä on suurten kehityslinjojen ja oikeusnormien välisten vaikutussuhteiden esille saanti. Yksityiskohtia koskevien tarkempien johtopäätösten tekeminen edellyttäisi

---

[5] Ks. lyhyesti Kuoppamäki (2000) s. 25 ss.

olennaisesti suppeampaa kysymyksenasettelua. Tämä ei ole tutkimuksen tarkoitus. Laajaan konseptiin on päädytty, koska tutkimuksessa pyritään eroon kilpailuoikeutta rasittavasta instrumenttikohtaisesta tarkastelutavasta.

Kartelleissa puuttumiskynnyksen kannalta keskeistä on sen osoittaminen, että yritykset ovat sopineet hinnoista, tuotantomääristä tai markkinoista taikka yhdenmukaistaneet toimintaansa. Kartelleihin puututaan, koska yritykset hankkivat sopimusteitse markkinavoimaa nostaakseen hintatasoa kuluttajia vahingoittavalla tavalla. Menestyksekkään kartellin ylläpito edellyttää "määräävän markkina-aseman" saavuttamista eli sellaista markkinavoiman astetta, että hintoja voidaan nostattaa ylöspäin. Teknisesti tunnusmerkin täyttyminen edellyttää sopimusta tai siihen rinnastettavaa yhteistoimintaa. Tutkimuksessa pyritään arvioimaan, miten hyvin erityisesti yhdenmukaistetun menettelyn tunnusmerkistö kattaa haitalliset kollektiivisen markkinavoiman tilanteet, ja miten käytäntöä voitaisiin kehittää. Lisäksi jaksossa arvioidaan sitä, kuinka hyvin uusilla ryhmäpoikkeusasetuksilla on onnistuttu erottamaan hyödylliset ja haitalliset sopimustilanteet toisistaan.

Tutkimuksessa verrataan määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaa kotimaista käytäntöä EY:n ennakkotapauksiin. Tavoitteena on selvittää yhtäläisyyksiä ja eroja säännöstön välillä. Kilpailuneuvosto on ottanut kantaa myös uusiin ja periaateluonteisiin kysymyksiin, joilla lienee myös kansainvälistä mielenkiintoa. Tällaisina voidaan mainita esimerkiksi kannanotto tuontivalmiuskustannusten hyväksyttävyyteen hinnaneriytysperusteena *Neste Oy:n* tapauksessa sekä alennusperusteita ja kilpailuun vastaamista koskeva *Valio-tapaus*. Toisena tavoitteena on osoittaa, mikä merkitys tehokkuusargumentilla väärinkäyttötapausten ratkaisussa on ollut EY:ssä ja Suomessa. Kriitikoiden mielestä EY:n kilpailuoikeudessa pienten ja keskisuurten yritysten suojelu on liikaa korostunut tehokkuuden kustannuksella. Kilpailuoikeuden tehtävänä onkin suojella kilpailuprosessia, eikä kilpailun voittanutta pitäisi rankaista muita tehokkaammasta toiminnasta.[6] Toisen näkemyksen mukaan juuri yhdenmukaisten toimintaedellytysten turvaaminen suojaa kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä ja siten viime kädessä myös kilpailua.[7]

Yrityskauppavalvontaa koskeva osuus täydentää markkinavoiman sääntelyä koskevan tutkimuksen.[8] Pääpaino on EY:n fuusiovalvonta-asetuksen aineellisissa säännöksissä. Jatkotutkimuksen kannalta keskeinen kysymys kuuluu,

---

[6] Tuomari Learned Hand *Alcoa-tapauksessa*; *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d. 416, 430 (2d Cir. 1945).

[7] *Commercial Solvents*, EU:n tuomioistuimen päätös 6 & 7/73, Kok. 1974 s. 223 ss.

[8] Tältä osin jatketaan aikaisempaa tutkimustyötä siitä, mihin se vuonna 1992 julkaistussa lisensiaattitutkimuksessa jäi. Tutkimuksessa päädyttiin siihen, ettei määräävän markkina-aseman merkityssisältö ole aivan sama 82 artiklan ja yrityskauppavalvonta-asetuksen osalta, vaan että jälkimmäisen osalta kieltokynnys on korkeampi. Asetuksen 2 artiklan kriteeri "merkittävä" kilpailun estyminen korvaisi 82 artiklan väärinkäyttökriteerin.

missä määrin ero selittyy pelkästään tarkastelukulman erilaisuudella ja mikä vaikutus fuusiovalvontaa koskevalla käytännöllä on tai tulisi olla 82 artiklan dominanssitestin kannalta.[9] Kotimaiset yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset tulivat voimaan lokakuun alusta 1998. Valvonnan tavoitteena on turvata kilpailullisten markkinarakenteiden säilyminen kotimarkkinoilla.[10] Mikäli kilpailu voidaan kiellon sijasta turvata ehtoja asettamalla, kilpailuviraston tulee vahvistaa yrityksen noudatettavaksi tällaiset ehdot. Yrityskauppavalvonnan kiistanalaisuutta osoittaa se, että se on omaksuttu kilpailuoikeudellisista sääntelyinstrumenteista viimeisenä.

Tutkimuksen lopuksi (IV) langat vedetään yhteen. Oligopolien osalta peilataan myös sitä, miten kilpailuoikeudelliset sääntelyinstrumentit pelaavat joukkueena yhteen. Kyse on siitä, millä keinolla mihinkin ongelmaan on tarkoituksenmukaista puuttua. Riittävää ei ole kilpailuoikeudellisten vaikutusten analyysi ja tämän mukaan määräytyvät tarpeet, vaan huomiota on kiinnitettävä myös siihen, ettei joustava sääntely vaaranna oikeusturvaa ja että säännökset säilyvät ennustettavina. Markkinavoiman korostumisen ohella uhkana on viranomaisvallan liiallinen korostuminen. Tutkimuksen loppujaksossa vedetään yhteen tutkimustulokset ja arvioidaan niitä EY:n komission modernisaatiopaketin pohjalta.

1.4 YHTEENVETO

Tutkimusaihe Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa edellyttää kattavaa tarkastelua sekä kilpailuteorian että lainopin tasolla. Tavoitteena on yhtäältä systematisoida markkinavoiman käsitteen avulla kilpailuoikeuden kenttää. Toisaalta taloustiedettä pyritään soveltamaan eklektisesti tavalla, jossa ei jouduta liiaksi sitoutumaan vain johonkin tiettyyn koulukuntanäkemykseen. Luonnollisesti eklektinenkin tutkimusote edellyttää valintoja, minkä termikin jo pitää sisällään. Tässä tutkimuksessa valintoja on tehty sillä perusteella,

---

[9] Aiemmassa tutkimuksessa selvitettiin komission käytäntöä asetuksen voimassaolon ensimmäisten puolentoista vuoden ajalta. Komissio oli tuolloin tehnyt päätöksen 77 liikevaihtorajat ylittävästä fuusiosta ja kieltänyt ainoastaan yhden tapauksen. Nyttemmin tapauksia on yli 2000 ja EY:n tuomioistuinten oikeuskäytäntökin on päässyt hyvään alkuun. On selvää, ettei jatkotutkimus voi perustua samanlaiselle kaikkien tapausten perkaukselle kuin vuoden 1992 kirja. Jatkotutkimuksessa selvitetään sitä, miten hyvin aikaisemmat johtopäätökset vielä ovat voimassa. Käsiteltäviä kysymyksiä ovat mm. yhteisen määräävän aseman kieltämisen edellytykset ja tehokkuusvaikutusten huomioon ottaminen.

[10] Kysymys aktualisoitui mm. suunnitellun Keskon ja Tukon fuusion yhteydessä, jonka kilpailuvirasto riittävien kotimaisten säännösten puuttuessa siirsi EY:n komission tutkittavaksi. Yrityskauppa voidaan kieltää, jos se toteutuessaan johtaisi sellaisen määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen Suomen markkinoilla tai niiden olennaisella osalla, joka merkittävästi estää kilpailua.

mikä näyttäisi toimivan kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja mikä ei. Kokemuspohjan lähestymistavalle tarjoaa pitkäaikainen toiminen kilpailuoikeudellisessa lainkäyttötehtävässä. Toisena ratkaisuperusteena on käytetty lakiin kirjattua tavoite- ja keinovalikoimaa. Sellaiset lähestymistavat, jotka ovat jyrkässä ristiriidassa EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden julkilausuttujen tavoitteiden kanssa, on jätetty vähemmälle huomiolle. Tutkimuksen läpivieminen valitulla metodilla edellyttää laajempaa tarkastelua kuin mikä väitöskirjatutkimuksissa viime vuosina on ollut tapana. Tämä seuraa yhtäältä tutkimuksen luonteesta, toisaalta tarpeesta ja halusta selvittää, miten markkinavoimaa säännellään kilpailuoikeudellisessa käytännössä ja miten sääntelystä saataisiin nykyistä johdonmukaisempaa.

Markkinavoima on elinkeinoelämässä havaittavissa oleva reaalinen ilmiö. Markkinavoimainen yritys voi nostaa hintoja ja asettaa epäedullisia ehtoja kauppakumppaneilleen. Kyse on yhdestä taloudellisen vallan ilmentymismuodosta. Samalla markkinavoima on yksi kilpailuoikeuden taloudellisista ydinkäsitteistä. Yksi tapa kuvata kilpailuoikeuden tehtäviäkin on todeta, että sillä pyritään puuttumaan haitalliseen markkinavoimaan joko puuttumalla siihen jälkikäteen tai torjumalla markkinavoimaa ennakollisesti. Valta on refleksiivinen käsite. Yhteisössä yhden valta merkitsee muiden riippuvuutta ja yhteisön tarvetta säännellä, rajoittaa tai ainakin viime kädessä kontrolloida valtaa. Kilpailuoikeudessa tämä tapahtuu kieltämällä lain tasolla vahingollisimmat kilpailunrajoitustyypit, luomalla joustavia mekanismeja muiden kilpailunrajoitusten kontrolloimiseksi ja rajoittamalla markkinoiden keskittymistä.

Markkinavoiman käsite on vaikea ja monitahoinen. Käytäessä läpi kirjallisuutta markkinavoimalle ei näyttäisi olevan osoitettavissa yhtä vakiintunutta ja yleisesti hyväksyttyä merkityssisältöä. Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa se on yleensä lähellä määräävän markkina-aseman käsitettä, mutta on sitä laajempi, sillä kartelleissakin kyse on markkinavoimasta. Toisaalta neoklassisessa taloustieteessä sitä käytetään kuvaamaan tilannetta, jossa kilpailu ei ole täydellistä. Markkinavoiman käsite on valittu, koska EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa määräävän aseman käsite on tutkimuksen tarpeita silmällä pitäen liikaa sidoksissa määräävän aseman väärinkäyttöön ja yrityskauppavalvontaan. Kartellit ja kollektiivinen markkinavoima ylipäätään eivät avaudu erityisen luontevasti määräävän markkina-aseman käsitteen alla, jonka taustalla on monopoliteoria. Markkinavoiman käsite näyttää lähtökohtaisesti määräävän aseman käsitettä laajemmalta. Markkinavoimaa käytetään apukäsitteenä määräävän markkina-aseman ja sitä lähellä olevien ilmiöiden ymmärtämiseksi ja luokittelemiseksi. Lisäksi markkinavoimaa hyödynnetään koko kilpailuoikeudellisen kentän kattavana yleiskäsitteenä tutkimuksen punaisena lankana. Tutkimuksen lainopillinen osa on kuitenkin perusluonteeltaan oikeusdogmaattinen, koska tavoitteena samalla on käytännön tulkintasuositusten löytäminen.

Markkinavoimaan ilmiönä käsiksi pääseminen edellyttää yksityiskohtaista

kilpailuteorian käsittelyä. Oikeudellisen sääntelytavan valinta ja sääntelyn toteuttaminen käytännössä on vähintään yhtä paljon oikeus- kuin taloustieteellinen kysymys. Tässä tutkimuksessa käytetäänkin esim. kilpailun taloustieteen sijasta käsitettä kilpailuteoria, joka paremmin kuvaa esille nousevien kysymysten monimuotoisuutta ja tieteen rajat ylittävää luonnetta.

Ennen markkinavoiman käsitteen systematisointia on syytä kiinnittää huomiota kilpailuoikeuden tavoitteisiin ja kilpailuteoreettisiin suuntauksiin. Perustelen tutkimuksen alkupuolen laajahkoa kilpailuteoreettista jaksoa sillä, ettei kilpailuoikeuden keinoja koskevia suosituksia kannata antaa, ennen kuin on muodostettu käsitys lainsäädännölle ja viranomaisten toiminnalle asetetuista tavoitteista. Asian ymmärtämiseksi voidaan viitata tasoerotteluun kilpailuteoria, kilpailupolitiikka ja kilpailuoikeus. Kilpailuoikeuden tasolla kyse on käytännön lainsäädäntö- ja tulkintaratkaisuista, esim. normeerataan niitä tilanteita, joissa puututaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Kilpailupolitiikan tasolla asetetaan käytännön päämääriä, joihin lainsäädännössä ja viranomaistoiminnassa pyritään. Näitä voivat olla esim. tarjolla olevien hyödykkeiden optimaalinen hinta-laatusuhde, tekninen ja taloudellinen edistys, kuluttajien etu, integraatio tai yritysten toimintamahdollisuuksien turvaaminen. Kilpailuteorian tasolla liikutaan ainakin näennäisesti korkeimmalla abstraktiotasolla. Kyse on kilpailun teoreettisesta analysoinnista ilmiönä. Voidaan puhua kilpailun funktioista. Taloudellisen kilpailun funktiot voidaan nähdä pelkästään taloudellisina, esim. että kilpailu allokoi resursseja optimaaliseen käyttöön. Laajemmassa tarkastelussa, jota tässä tutkimuksessa seurataan, kilpailu nähdään yhtenä keskeisenä yhteiskunnallisena päätöksentekomekanismina ja markkinatalouden oikeudellisen infrastruktuurin välttämättömänä ainesosana. Voidaankin todeta, että kilpailuteorian tasolla kyse on paitsi positiivisesta, myös normatiivisesta tutkimuksesta. Tasoerottelu on suuntaa-antava, sillä käytännössä kilpailuteoria, -politiikka ja -oikeus menevät lomittain eikä tavoitteita ja keinojakaan voida erottaa kovin tarkasti toisistaan. Kilpailuoikeuden keinot riippuvat kilpailupolitiikan tavoitteista, jotka taas riippuvat siitä, millaisina kilpailun yhteiskunnalliset tehtävät kilpailuteoriassa nähdään. Kilpailuoikeudessa turvaudutaan monia muita oikeudenaloja enemmän myös operatiivisella tasolla teoreettiseen aineistoon. Kun tuo aineisto on osin riidanalaista, tulee kilpailuoikeuden tutkimuksessa tuoda nuo erot esille.

Laajahkoa kilpailuteoreettista tarkastelua tarvitaan, koska markkinoiden toimivuutta ja sääntelytarvetta koskevat näkemykset vaihtelevat kilpailevissa suuntauksissa ja heijastuvat usein suoraan kilpailupolitiikan ja kilpailuoikeuden tasolla esitettäviin toimenpide- ja tulkintasuosituksiin. Käytännön kilpailuoikeuden taustalla on käsitys siitä, että tehokkaan tai toimivan kilpailun vallitessa markkinat toimivat tehokkaammin, mikä edistää hyvinvointia. Se, että monien maiden, esim. Suomen, lainsäädännössä viitataan yleisesti toimivaan kilpailuun, ei poista yksityiskohtaisemman teoreettisen tarkastelun tarvetta.

Toimiva kilpailu osoittautuu syvällisemmässä tarkastelussa suhteellisen yleisluontoiseksi ja samalla heterogeeniseksi käsitteeksi. Viittauksen toimivaan kilpailuun voidaan katsoa tarkoittavan yleisellä tasolla sitä, ettei lainsäätäjän tavoitteena ole täydellinen tai atomistinen kilpailu, vaan että alhaisempikin kilpailuintensiteetti riittää täyttämään lainsäätäjän asettamat tavoitteet.[11] Käytännön ratkaisutoiminnan kannalta lähtökohtaa voidaan pitää nykyään suhteellisen selvänä, eikä tästä sinänsä tärkeästä toteamuksesta ole ratkaisijalle ratkaisevaa hyötyä ainakaan jouduttaessa vaikeiden tulkintaongelmien eteen. Toimivan kilpailun konkreettisemmat mittapuut näyttävät vaihtelevan. Haluttaessa ymmärtää markkinavoimaa tarvitaankin olennaisesti enemmän teoreettisia rakennuspuita.

Esitysjärjestys etenee yleisestä erityiseen, jotta ennen teknisempää markkinavoiman teoreettista tarkastelua saadaan selville, miten yhteiskunnalliset tavoitteet ja arvostukset vaikuttavat siihen, millaisena tarve säännellä markkinavoimaa lainsäätäjän "näkövinkkelistä" lakiin on kirjattu tai miten erilaisena se voidaan nähdä.[12] Normatiivisten valintojen ohella kyse on siitä, miten markkinoiden uskotaan tai koetaan toimivan eli kuinka paljon sääntelyä niiden katsotaan edellyttävän toimiakseen valittua tavoitekehikkoa silmällä pitäen optimaalisesti. Positiiviset ja normatiiviset kilpailun toimivuutta ja markkinavoiman sääntelytarvetta koskevat näkemykset kietoutuvat yhteen tavalla, joka tekee vaikeaksi rekonstruoida, kumpi oli ensin tai kumpi on toiseen nähden ensisijainen valintaperuste.

Kilpailuoikeuden tavoitteiden ja kilpailuteoreettisten koulukuntien esittely luo kartan myöhemmälle tarkastelulle. Vasta tämän jälkeen voidaan käsitellä markkinavoimaa teknisemmällä tasolla. Menemällä "nopeammin asiaan" tutkimuksesta saataisiin lyhyempi. Käytännössä tällaisessa lähestymistavassa taustalla olevat arvostukset otetaan annettuina tosiasioina tai sivuutetaan maininnalla. Valitettavan usein sääntelyn taustalla olevat tavoitekonfliktit jäävät riittävästi hahmottumatta. Tässä tutkimuksessa kattavaa esitystä perustellaan sillä, että kilpailuoikeuden tavoitteita, kilpailuteoriaa ja markkinavoiman teoreettista tarkastelua koskevissa jaksoissa luodaan peruskäsitteitä myöhempää tarkastelua varten ja kehitellään välineistöä individuaalista ja kollektiivista markkinavoimaa koskevan kilpailuoikeudellisen sääntelyn ymmärtämiseksi. Toivoakseni tästä perustyöstä on hyötyä myös jatkotutkimukselle.

Oikeustieteen keskeisenä tehtävä on tuottaa tietoa ja työvälineitä juristeille. Tämä on myös käsillä olevan tutkimuksen lainopillisen osan perustarkoitus.

---

[11] Ks. jäljempänä jaksoa 3.3.1.1.

[12] Arvovalinnat eivät ole tieteellisiä probleemeja, vaan arvovalintoja. Tämä tuntuu ehkä itsestäänselvyydeltä. Käytännössä se kuitenkin unohtuu, jos esim. taloustieteen perusteella esitetään, että tehokkuuden edistäminen tulee nostaa lain ainoaksi päämääräksi. Tehokkuustavoitteen yksinomaisuus on mahdollinen tavoite, mutta ei suinkaan seuraa mitenkään välttämättä taloustieteen/kilpailuteorian soveltamisesta.

Jotta voidaan vastata kysymykseen, miten markkinavoimaa kilpailuoikeudessa tulisi säädellä, on välttämätöntä, että ensin perehdytään yksityiskohtaisesti siihen, miten markkinavoimaan nykyään puututaan kilpailuoikeudellisessa käytännössä. Vasta tämän jälkeen toimenpidesuositusten esittämiselle on riittävä tieteellinen pohja. Jotta saataisiin esille jännite individuaalisen ja kollektiivisen markkinavoiman sääntelyn välillä, on päädytty siihen, että tarkasteltavaksi on nostettava erityisesti kolme asiakokonaisuutta: kartellit, määräävän aseman väärinkäyttö ja yrityskauppavalvonnan kieltostandardi. EY:n ja Suomen kilpailuoikeutta käsitellään integroidusti, jotta ongelmakohtia saataisiin paremmin esille. Keskeistä ei ole detaljien esille nostaminen vaan taustalla olevien säännönmukaisuuksien hahmottaminen. Valittu tutkimusmetodi tekee tutkimuksesta laajan, mitä kuitenkaan ei voida välttää, jos markkinavoimaan halutaan pureutua pintaa syvemmältä. Nähdäkseni tutkimus kärsisi, jos joku sen osista jätettäisiin pois. Tutkimuksen laajuus on suora seuraus valitusta tutkimusmetodista, joka taas johtuu työlle valitusta otsikosta. Otsikko on valittu, koska se tarjoaa aidon mahdollisuuden kilpailuoikeudellisen argumentaation kehittämiselle. Loppujaksossa esitetään eräitä toimenpidesuosituksia tulevaa ratkaisukäytäntöä silmällä pitäen. Huomiota kiinnitetään myös siihen, millaisiksi markkinavoiman sääntelyn institutionaaliset puitteet *de lege ferenda* ovat muotoutumassa EY:n kilpailuoikeuden ns. modernisaation myötä.

2. Kilpailuoikeus oikeudenalana

2.1 OIKEUDENALAN KUVAUS

2.1.1 Kilpailuoikeus suppeassa ja laajassa merkityksessä

Kilpailuoikeudella sanan *suppeassa* merkityksessä[13] tarkoitetaan oikeudellisia sääntöjä, joilla pyritään estämään yritysten toimenpiteet kilpailun rajoittamiseksi. Kilpailunrajoituksia ovat kilpailevien yritysten väliset keskinäiset sopimukset ja menettelytavat kilpailun rajoittamiseksi (*kartelli*), tuotteen valmistajan tai jakelijan seuraavalle myyntiportaalle asettamat rajoitukset (*vertikaaliset kilpailunrajoitukset*) sekä markkinoita hallitsevan yrityksen harjoittama asiakkaiden hyväksikäyttö tai kilpailijoiden toiminnan vaikeuttaminen (*määräävän markkina-aseman väärinkäyttö*). Kilpailulainsäädännöllä säännellään elinkeinonharjoittajien toimintaa markkinoilla puuttumalla menettelytapoihin, jotka vähentävät talouden tehokkuutta tai perusteettomasti estävät tai haittaavat muiden elinkeinonharjoittajien toimintaa. Kysymys voi olla sopimuksesta tai yksipuolisesta toiminnasta. Vahingollisen *markkinakäyttäytymisen* ohella pyritään myös turvaamaan kilpailullinen *markkinarakenne* puuttumalla kilpailua merkittävästi estäviin yrityskauppoihin. Kilpailuoikeuteen *laajassa* merkityksessä voidaan lukea myös valtion tukia ja julkisia hankintoja koskevat sekä erinäiset yritysten alallepääsyä koskevat säännökset, erityisesti markkinoiden avaamiseen tähtäävä alakohtainen sääntely viestintä- ja energiamarkkinoilla. Jäljempänä käsitellään kilpailuoikeutta suppeassa merkityksessä.

Kilpailunrajoituslailla suojataan taloudellista kilpailua. Markkinoiden toimintaa voidaan säännellä joko suoraan tai epäsuoraan. *Suorassa sääntelyssä* julkinen valta pyrkii vaikuttamaan suoraan yritysten ja kuluttajien käyttäytymiseen markkinoilla tai peräti korvaa markkinat viranomaisohjauksella. *Epäsuorassa sääntelyssä* valtio asettaa pelisäännöt puuttumatta suoraan yksilöiden ja yhteisöjen taloudellisiin suunnitelmiin. Kilpailuoikeus kuuluu epäsuorien ohjauskeinojen joukkoon. Kilpailuoikeudella pyritään ylläpitämään markkinoiden itseohjautuvuutta. Toisaalta vahingollisiksi katsottujen kilpailunrajoitusten osalta kilpailuviranomaiset vaikuttavat suoraan yritysten toimintaan kieltämällä tietyn tyyppisten kilpailunrajoitusten soveltamisen.

Kilpailuoikeudessa on piirteitä sekä julkisoikeudesta että yksityisoikeudesta. Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä vaikutetaan markkinaolosuhteisiin mutta sa-

[13] Kilpailuoikeudesta termin suppeassa merkityksessä voidaan käyttää myös nimitystä kilpailunrajoitusoikeus tai antitrusti-lainsäädäntö.

malla myös elinkeinonharjoittajien välisiin oikeussuhteisiin.[14] Määrättäessä seuraamuksia (kielto, uhkasakko ja kilpailunrajoitusmaksu) menettelyssä tulee ottaa huomioon rikosoikeudessa vakiintuneet oikeusturvaperiaatteet. Kilpailuoikeuden luokitteleminen yksinomaan julkis- tai yksityisoikeuteen ei siten vaikuta perustellulta. Kilpailuoikeutta voidaan ja tulee tarkastella sekä julkisen sääntelyn että yritysten näkökulmasta. Sillä suojataan samanaikaisesti kilpailuprosessia, yrityksiä ja asiakkaita perusteettomilta rajoituksilta.

Yliopisto-opetuksessa kotimainen kilpailuoikeus luetaan kauppaoikeuteen. Suppeammassa luokittelussa voidaan puhua markkinaoikeudesta,[15] johon luetaan kilpailuoikeuden ohella mm. vilpillisen kilpailun sääntely, kuluttajaoikeus ja alakohtainen sääntely. EY:n kilpailuoikeus muodostaa osan sisämarkkinaoikeudesta, johon kuuluvat kilpailusääntöjen (kilpailunrajoitukset, valtiontuet ja julkiset yritykset) ohella neljää vapautta (tavaroiden, palvelujen, työvoiman ja pääoman vapaa liikkuvuus) ja liikkeenperustamisoikeutta koskevien säännösten lisäksi ainakin julkisten hankintojen sääntely.[16]

---

[14] Hieman yksipuolisena ja siksi epäonnistuneena on pidettävä markkinaoikeutta koskevassa hallituksen esityksessä (HE 105/2001 s. 3) olevaa luonnehdintaa, jonka mukaan kilpailuasiat ovat oikeudelliselta luonteeltaan hallintolainkäyttöasioita. Suomessa voimassaolevan oikeuden kannalta johtopäätös on luonnollisesti oikea, sillä kilpailuasioiden lainkäytössä sovelletaan hallintolainkäyttölakia. Hallintolainkäyttölain etuna on joustavuus, mistä syystä prosessilajia on pidettävä siviiliprosessia luontevampana järjestyksenä. Kuitenkaan johtopäätöstä ei voida tehdä kilpailuasioiden perimmäisen luonteen perusteella. Varsin monissa maissa, esim. Ruotsissa ja Saksassa, kilpailuasioissa sovelletaan siviiliprosessin (indispositiivisia) säännöksiä.

[15] Kilpailuoikeus muodostaa osan *Bernitzin* käyttöön ottamasta markkinaoikeuden käsitteestä. Aiemmin "kilpailuoikeus" laajassa merkityksessä ymmärrettiin siten, että sillä tarkoitettiin kilpailunrajoituksia ja vilpillistä kilpailua koskevien säännösten muodostamaa kokonaisuutta. Kilpailuoikeudella sanan suppeassa, nykyisin yleisessä merkityksessä tarkoitetaan kilpailunrajoituksia koskevaa lainsäädäntöä. Markkinaoikeudella tarkoitetaan säännöksiä, joilla säädellään elinkeinotoimintaa markkinoilla. Markkinaoikeus muodostuu yrityksen perustamista ja yritystoiminnan harjoittamista, markkinointia, kilpailua ja kuluttajansuojaa koskevista säännöksistä. Ks. Bernitz, Marknadsrätt (1969) s. 63. Markkinaoikeuden käsitteestä ks. lähemmin esim. Rissanen/Tiili/Mäkinen, Markkinaoikeuden perusteet (1990) s. 18 ss. ja Castrén, EU-Suomen Markkinaoikeus (1997) s. 3. Markkinaoikeus voidaan erottaa markkinaolosuhteita sääntelevänä kauppaoikeuden osa-alueena oikeustoimien tekemistä, sopimusvelvoitteita ja vahingonkorvausta koskevasta yleisestä siviilioikeudesta Rissanen/Tiili/Mäkinen, Markkinaoikeuden perusteet, s. 18. Jako kansalliseen ja kansainväliseen markkinaoikeuteen on menettänyt aiemman selväpiirteisyytensä talouden kansainvälistymisen myötä. Taloudellisessa toimintaympäristössä tapahtuneet muutokset ovat heijastuneet oikeudelliseen sääntelyyn. Keskeinen osa markkina-oikeuden normistoa tulee nykyisin EY:stä. EY:n kilpailuoikeuden merkitys Suomessa ei suinkaan rajoitu 81 ja 82 artiklan suoraan soveltamiseen kansallisissa kilpailuviranomaisissa ja tuomioistuimissa.

[16] Yritysten ja jäsenvaltion aikaansaamien kilpailunrajoitusten tarkasteleminen yhdessä on EY-oikeudellisesti mitä suuremmassa määrin perusteltua. Markkinoille pääsyn kannalta ei ole yleensä ratkaisevaa, aiheutuuko este kilpailevan yrityksen vai jäsenvaltion toimenpiteistä, sillä integraation toteutuminen edellyttää mahdollisuutta puuttua molempiin. EY:n kilpailuoikeuden ulottuminen selvästi ja kattavasti myös julkisen vallan toimenpiteiden puolelle on ominaispiirre, joka erottaa sen lähes kaikista muista kilpailuoikeudellisista järjestelmistä. Kansallisissa järjestelmissä kilpailuoikeus ulottuu rajoitetummin julkisen vallan toimintaan. Kilpailunrajoituslain 2 §:ssä

2.2 KILPAILUOIKEUDEN TULKINTAPERIAATTEISTA

Suomessa noudatetaan säädöskeskeistä oikeuslähdeoppia. Keskeinen merkitys on lain esitöillä, joista selvitetään lainsäätäjän tarkoitus. Lain esitöitä tulkitaan hierarkkisessa järjestyksessä lain sanamuoto, hallituksen esitys, eduskuntaaineisto, toimikuntamietinnöt jne. Oikeuskäytännöstä, erityisesti ylimpien tuomioistuinten päätöksistä ilmenee, miten samanlaiset asiat on ratkaistava samanlaisissa tapauksissa. Lainkäyttäjän rooli nähdään ennemminkin lainsäätäjän tahtoa tulkitsevana ja soveltavana kuin varsinaisesti oikeutta luovana toimintana. Edellä mainittuja oikeuslähteitä voidaan luonnehtia järjestelmänsisäisiksi. Muilta oikeuslähteiltä puuttuu järjestelmänsisäisten oikeuslähteiden velvoittavuus.[17] Esimerkiksi annettavan ratkaisun vaikutuksilla (markkinoiden toimivuuteen) on reaaliargumentin asema.[18] Reaaliargumentit voidaan ottaa huomioon, mutta se ei ole pakollista.[19] Taloudellisen argumentaation merkitys korostuu, milloin "parasta" tapaa tulkita lakia ei ole sidottu lain esitöissä systeemiargumentilla ja/tai oikeuskäytännöllä.[20] Reaaliargumentit muodostavat ikään kuin pelastusrenkaan, johon tuomioistuin voi ylemmän ohjeen puuttuessa halutessaan tarttua.

Kilpailuoikeudessa operoidaan *avoimilla määritelmillä*, joiden konkreettinen merkityssisältö avautuu vasta soveltamiskäytännön kautta. Kilpailuoikeus on kasuistinen oikeudenala, jossa *oikeuskäytännön merkitys* on erityisen suuri.

---

tämä rajoitus on toteutettu säätämällä, että kilpailunrajoituslaki koskee elinkeinotoimintaa. Julkisen vallan käyttäminen jää kotimaisen sääntelyn ulkopuolelle. Yhdysvalloissa tästä opista käytetään nimitystä *state action doctrine*. Voidaan keskustella siitä, onko kilpailunrajoitusoikeuden opetuksen pilkkominen kahteen eri aineeseen perusteltua. Joka tapauksessa EY-oikeus muodostaa kotimaisesta oikeudesta erillisen oikeudenalansa yksistään jo sen vuoksi, että EY-oikeuden tulkintaperiaatteet poikkeavat voimakkaasti siitä, mihin kotimaisen lain soveltamisessa on totuttu.

[17] Ks. yleisesti esim. Aarnio (1982) s. 94–109; Timonen (1997) s. 105–130.

[18] Ks. Timonen (1997) s. 108–109.

[19] Ks. Aarnio (1982) s. 97; jossain määrin kriittisesti Timonen (1997) s. 121–127. Timonen toteaa, että taloustieteeseen perustuva vaikutusanalyysi voi tarjota mahdollisuuden arvioida tavoitteiden ja keinojen keskinäistä suhdetta uudelleen, jolloin voidaan painottaa esim. hallituksen esityksen yleisperusteluja normaalisti painotettavien erityisperustelujen sijasta. Timosen mukaan esimerkiksi juuri kilpailu- ja rahoituslainsäädännön osalta tällainen yhden oikeuslähteen sisäinen kritiikki tuottaa realistisempia johtopäätöksiä kuin aikasääteinen säännöskohtaisten perustelujen referointi. Ks. Timonen (1997) s. 126. Tältä osin kyse on kuitenkin samalla klassisesta riidasta subjektiivisen ja objektiivisen tulkintateorian välillä. Objektiivinen teoria painottaa juuri aikasidonnaisen tulkinnan vaatimusta. Timosen mielestä jos tavoitteena on oikeusriidan ratkaiseminen, seuraamusargumentit voisivat oikeuslähdeopillisesti olla vain reaaliargumentteja. Enemmän painoarvoa voitaisiin antaa tulkintatilanteissa ja punnittaessa intressejä. Timonen päätyy siihen, että taloustieteelliset seuraamusargumentit ovat vain reaalisia argumentteja, joskin niiden käyttömahdollisuudet ovat sidoksissa tutkimuskohteeseen ja tiedonintressiin. Ks. Timonen s. 127. Timonen rajaa siten esim. tehokkuusanalyysin käyttöalan varsin kapeaksi. Lähestymistapaa voidaan luonnehtia perinteiseksi lainopilliseksi kannanotoksi.

[20] Ks. Timonen (1997) s. 125.

Lakia tulkitaan sen *tavoitteita silmälläpitäen*. Kilpailuoikeudellisen tulkintaperiaatteen mukaan järjestelylle annettu *juridinen muoto ei ole ratkaiseva*, vaan säännösten tunnusmerkistön täyttymistä tulee arvioida järjestelyn tosiasiallisen tarkoituksen ja markkinoilla ilmenevien vaikutusten perusteella. Lain yhtenä tavoitteena on edistää tehokkuutta.

EY-oikeudessa lain esitöillä ei ole kovin suurta merkitystä oikeuslähteenä. Tulkinta on arvo- ja päämäärähakuista. Systemaattis-teleologisessa tulkinnassa tarkastellaan oikeusnormin suhdetta säänneltävän kentän kokonaisuudessa ja vaihtoehtoisten ratkaisujen merkitystä tavoitteiden saavuttamisen kannalta. Tulkintatilanteissa tuomioistuimen on valittava se ratkaisu, joka luontevimmin vastaa asetettuja tavoitteita. Tulkintaperiaatteiden erilaisuus muodostaa Suomen oikeusjärjestelmän kehityksen kannalta keskeisen murroskohdan yleisemminkin EY-oikeuden osalta.

Myös kotimaisen kilpailunrajoituslain osalta lain esitöiden merkitys vaikuttaa pienemmältä kuin perinteisimmillä oikeudenaloilla. Kilpailuoikeuden säädöstiheys on varsin pieni, jos sitä verrataan esimerkiksi osakeyhtiöoikeuteen. Kilpailulain tasolla operoidaan enimmäkseen merkitykseltään suhteellisen avoimiksi jäävillä määritelmillä ja yleislausekkeilla. Juridisen muodon sijasta korostuvat yleiset tavoitteet ja ratkaisujen vaikutukset. Lainkäyttäjän tulee harkinnassaan löytää ratkaisuperiaatteet, jotka toteuttavat lain tavoitteita. Suoran vastauksen löytäminen laista tai sen esitöistä on harvinaista. Kilpailuoikeudessa laille ominainen normatiivisuus ja oikeusvarmuus syntyy keskeisimmiltä osiltaan oikeuskäytännöstä. Normien konkreettinen merkityssisältö hahmottuu vasta lainkäyttäjän ratkaisujen kautta.[21]

Havaitaan, ettei lain esitöiden merkitystä korostava oikeuslähdeoppi vastaa riittävästi tutkimuksen kohteena olevan oikeudenalan ominaispiirteitä. Esimerkiksi *Aarnion* hierarkiassa lain tavoitteet ja päätöksen vaikutukset voidaan ottaa huomioon lähinnä reaaliargumenttina, johon vetoaminen ei ole pakollista. Kilpailunrajoitusten vahingollisten vaikutusten selvittämisen luonnehtiminen reaaliargumentoinniksi merkitsisi käytännössä kilpailuoikeuden oikeudellisuuden kyseenalaistumista.

---

[21] Mielenkiintoisen näkökulman tarjoaa Friedrich Müllerin metodioppi, jossa normin katsotaan itse asiassa varsinaisesti vasta "syntyvän" (konkretisoituvan), kun sitä sovelletaan tuomioistuimessa. Lain esityöt tms. muodostavat ikään kuin raaka-aineen, josta lainkäyttöratkaisu parsitaan kokoon. Ks. Müller, Juristische Methodik (1997) s. 309 ss. Tämän lähinnä valtiosääntöoikeudelliseen ratkaisutoimintaan nojautuen kehitetyn metodiopin hyödyntämismahdollisuuksien selvittäminen kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa muodostaisi mielenkiintoisen tutkimuskohteen. Lähestymistapa on käänteinen perinteiselle taakse päin johtamiselle, jossa tuomiolauselman perustelu haetaan muodollisesti ikään kuin syllogismina ylemmänasteisesta normista. Se, ettei lainkäytössä pärjätä pelkästään lain esitöillä ja loogisella päättelyllä, on nykyään itsestäänselvyys. Itse asiassa oikeudellisen päätöksen tekeminen sisältää lukuisia vaiheita, joita voidaan luonnehtia vaiheittain Kaufmannin mukaan seuraavasti: 1. abduktio, 2. induktio, 3. analogia ja 4. deduktio. Ks. Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung (1999) s. 87. Ks. myös s. 29–30, 84–89.

Johtopäätöksenä voisi olla, ettei kilpailuoikeudellinen lainkäyttö ole oikeudellista harkintaa tai että perinteistä oikeuslähdeoppia olisi muokattava EY- ja kilpailuoikeuden osalta siten, että se paremmin vastaisi näillä oikeudenaloilla noudatettavia periaatteita. *Timonen* katsoo, että kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn liittyy huomattavasti tarkoituksenmukaisuusharkintaa, sillä laissa operoidaan yleisillä määritelmillä, jotka eivät avaudu lainopin metodein. Näkemystä voidaan perustella sillä, että perinteisestä oikeuslähdeopista liikkeelle lähdettäessä kilpailuoikeuteen liittyy paljon ainesta, joka ainakin aluksi tuntuu juristille vieraalta.[22] Timonen toteaa, että esim. kartellin yhteydessä kysymys siitä, täyttyykö tunnusmerkistö on luonteeltaan oikeudellinen. Sen sijaan kysymys siitä, myönnetäänkö poikkeuslupa, perustuu "taloudellisiin realiteetteihin", jolloin kyse on "enemmän taloudellisesta analyysista kuin oikeudellisesta harkinnasta". Sama pätisi esim. yrityskauppojen tehokkuuspuolustuksen arviointiin.[23] *Määttä* kritisoi Timosen näkemystä todeten olevan ongelmallista, että "oikeudellinen harkinta ja taloustieteellinen argumentaatio ikään kuin irrotetaan toisistaan".[24]

Kilpailuoikeudelliseen arviointiin vaikuttaa välittömästi perinteisen lainopin ulkopuolelle jäävä kilpailuteoreettinen aines, erityisesti taloustiede. Kilpailuoikeudessa taloustiedettä on hyödynnetty jo pitkään ennen kuin oikeustaloustiede varsinaisesti kehitettiin Yhdysvalloissa 1950-luvun lopulla. Monet kilpailulainsäädännön vakiotermit – esimerkiksi relevantit hyödyke- ja alueelliset markkinat, määräävä asema, tehokkuus, tekninen ja taloudellinen edistys tai vahingolliset vaikutukset markkinoilla – eivät ylipäätänsä ole ymmärrettäviä ilman taloudellista lähestymistä ja argumentointia. Kilpailuoikeudessa kyse ei ole reaaliargumentoinnista tai argumentoinnista oikeudenalalle ulkoisen aineiston perusteella vaan *kilpailuoikeuden oman peruskäsitteistön hyödyntämisestä.* Mainitusta syystä en näe mielekkäänä lähteä erikseen erottelemaan sitä, mikä osa kilpailuoikeudesta on oikeustiedettä ja mikä taloustiedettä, eikä tämä vaikuttaisi edes mahdolliselta. Esimerkiksi relevanttien markkinoiden määrittely on kanonisoitu oikeudelliseksi käsitteeksi kilpailurajoituslain 3 §:n 2 momentissa.[25] Taloudellisia käsitteitä, joille on annettu normatiivista merkitystä kil-

---

[22] Tämä johtuu osittain siitä, että kilpailuoikeus on varsin teoriapainotteinen ala, jonka yleisiä oppeja ei juuri opeteta oikeustieteellisen peruskoulutuksen yhteydessä.

[23] Ks. Timonen (1999) s. 355–356, op.cit. Määttä (2001) s. 86.

[24] Ks. Määttä (2001) s. 86.

[25] Lain 3 §:n 2 momentin mukaan elinkeinonharjoittajalla voi olla määräävä asema "koko maassa tai tietyllä alueella" ja "tietyillä hyödykemarkkinoilla". Lain sanamuodosta ja myös esitöistä seuraa, että relevanttien markkinoiden määrittely on suoritettava. Yhtenä pakotienä voitaisiin tietysti perustella, että lainsäätäjä on omaksumalla taloudelliset konseptit lain lähtökohdaksi muuntanut ne juridisiksi rakennelmiksi, jolloin kyse ei enää olisi taloustieteen hyödyntämisestä. Vastaavasti seuraamusargumentti muuttuu reaalisesta argumentista lain säännökseksi, kun se kirjoitetaan joustavan pykälän muotoon (esim. OikTL 36 §). Mitä talous- ja oikeustieteen rajanvetoon tulee, tämä pitää paikkaansa sikäli, että juridiikan soveltaminen pitää aina sisällään

pailulainsäädännössä ovat esim. määräävä markkina-asema (3 §:n 2 mom.), tehokkuus (6 §:n 2 kohta, 19 §) ja vahingolliset vaikutukset (9 §). Oikeus- ja taloustieteellinen argumentaatio sulautuvat kilpailuoikeudessa samalla tavalla kuin kahvi ja kerma lusikalla sekoitettaessa. Lainopin rajojen tarkka määrittely johtaisi kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa harhaanjohtavaan käsitykseen oikeudenalan normatiivisesta luonteesta.[26] Taloudellinen tarkastelu on leivottu sisälle säännöksiin, eikä taloudellista ja oikeudellista osuutta ole mahdollista pilkkoa osiin.[27] Myös kieltosäännösten soveltaminen edellyttää taloudellista analyysia. Esimerkiksi kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan mukaan tuotannonrajoitukset ovat kiellettyjä, elleivät ne ole välttämättömiä tehokkuutta edistävälle järjestelylle. Sama pätee määräävän aseman todentamiseen väärinkäyttönormia koskevana esikysymyksenä. Timosen jaottelun kestämättömyyttä osoittaa se, että ennen seuraamusmaksun määräämistä otettaisiin esikysymyksenä kantaa "tarkoituksenmukaisuuskysymykseen". Lähinnä Timosen kantaan voitaisiin yhtyä lain 19 §:n poikkeuslupaharkinnan osalta, jossa viranomaisella on harkintavaltaa. Tästä syystä EY:n tuomioistuimet ovat olleet varsin passiivisia komission suorittaman poikkeusluvan täyttymisehtojen arvioinnin kontrolloinnissa. Myöskään poikkeuslupien osalta kyse ei ole tarkoituksenmukaisuusharkinnasta, vaan pikemminkin sidotusta oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta.[28]

Oikeammalta vaikuttaa lähestymistapa, jossa korostetaan *avoimien lausekkeiden ratkaisijalle antamaa pelivaraa.*[29] Pintapuolisesti tarkastellen näyttää aluksi siltä, että ratkaisijalla on huomattava harkintavalta lopputuloksen suhteen. Annettavaan ratkaisuun on kuitenkin päädyttävä hyväksyttyjä kilpailuoikeudellisia työtapoja käyttäen. Päätöksen tulee olla lain tavoitteiden mukainen. Aikaisemmasta oikeuskäytännöstä voidaan poiketa vain painavasta syystä, sillä

---

vahvan normatiivisen latauksen, joka taloustieteessä on mahdollista jättää sivummalle. Selvää toisaalta on, että relevanttien markkinoiden määrittelyssä kyse on taloudellista alkuperää olevan konseptin soveltamisesta. Kilpailuoikeudellisesti kysymys, mihin oikeustiede loppuu ja mistä taloustiede alkaa, ei vaikuta järkevältä edes käytännöllisesti asetettuna. Teoreettisesti talous- ja oikeustiede voidaan molemmat johtaa takaisin filosofiaan. Kuten John Stuart Mill totesi, filosofia muodostaa yhteiskuntatieteiden juuret, jotka – toisin kuin puiden rungot – eivät ole näkyvissä. Ks. Mill, Utilitarismi (1861, 2000) s. 10–11.

[26] Kilpailuoikeudellisen ratkaisutoiminnan määrittäminen tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi jättäisi huomiotta muun ohella sen, että laissa oikeusnormit ja niiden seuraamukset on kirjoitettu pääosin ehdottomaan muotoon. Määräävän aseman väärinkäyttö on kielletty ja siitä on määrättävä laissa säädetty seuraamusmaksu. Yrityskauppa on kiellettävä laissa säädetyn tunnusmerkistön täyttyessä. Kyse on selkeästi laillisuusharkinnasta. Rangaistuksen luonteisen seuraamusmaksun tuomitsemista laissa kielletystä menettelytavasta ei yleisen kielenkäytönkään näkökulmasta voitane luonnehtia tarkoituksenmukaisuuskysymykseksi. Kilpailuoikeudellisen ratkaisutoiminnan luonnehtiminen oikeudelliseksi, lakiin sidotuksi harkinnaksi ei kuitenkaan poista oikeudenalan vaikeuteen liittyviä ongelmia. Eniten pelivaraa on poikkeusluvan myöntämisen osalta, mutta tämä seuraa normien joustavuudesta, ei siitä, että kyse olisi ei-juridisesta harkinnasta.

[27] Näin myös Määttä (2001) s. 87–88.

[28] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 87–88.

[29] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 88–92.

päätösten ennakoitavuus lepää oikeuskäytännön yhtenäisyyden varassa. Mahdolliset poikkeamiset aikaisemmasta oikeuskäytännöstä on tuotava avoimesti julki ja erikseen perusteltava. Relevanttien markkinoiden määrittelyssä kyse on aina taloudellisten tosiasioiden arvioinnista. Määritettäessä markkinoita ongelma ei ole viranomaisen harkintavallassa vaan siinä, että markkinoilla vallitsevat syyseuraussuhteet ovat monimutkaisia. Annettavan ratkaisun tulee olla paitsi taloustieteellisesti perusteltu, erityisesti liiketoiminnallisen logiikan kannalta järkevä. Päätöksen tulee vaikuttaa myönteisesti ratkaistavana olevaan kilpailuongelmaan. Kilpailuoikeuden soveltaminen saattaa vaikuttaa ulkopuolisen silmissä heikosti ennakoitavissa olevalta, lähes vieteriukkomaiselta toiminnalta. Sisältä päin tarkastellen kaikki edellä mainitut seikat rajoittavat päätöksentekijän harkintavaltaa. Vielä merkittävämpi "rajoite" on aikaisempi oikeuskäytäntö, josta ei ilman painavaa syytä tule poiketa.

Kilpailuoikeudessa juridiikalle ominainen ratkaisijan sidottuisuus syntyy pitkälti oikeuskäytännön kautta. Esimerkiksi tietyn tyyppinen poikkeuslupahakemus on ratkaistava aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesti, ellei asiallista syytä distinktion tekemiselle ilmene. Luonnollisesti en tarkoita muodollisjuridista ennakkopäätösten sitovuutta, vaan että lainkäyttäjän on järkevää näin menetellä oikeusyhteisön ratkaisujen ennakoitavuutta ja tasapuolisuutta koskevien odotusten täyttämiseksi. Ottaen huomioon, ettei normeja joustavuuden ja kattavuuden vaatimuksen vuoksi voida tai kannata kirjoittaa yksityiskohtaisiksi, oikeuskäytännön merkitys norminantajana korostuu pakosta. Lainsäätäjä delegoi merkittävän osan päätösvallasta lainkäyttäjälle, mutta pitää ohjakset käsissään. Mikäli oikeuskäytäntö ajautuu ei-toivotulle linjalle, lainsäätäjä voi korjata tilanteen uudella normilla.

Oikeustieteen kannalta haastavaa on kehittää sellaisia työmetodeja, jotka samanaikaisesti ovat taloustieteellisesti hyväksyttäviä ja oikeudellisesti soveltamiskelpoisia. Voidaan yhtyä lähtökohtaisesti Määtän kantaan. Oma kantani eroaa Määtästä kuitenkin ratkaisevasti sikäli, etten pidä *de lege lata* edes mahdollisena rajoittua pelkkään tehokkuustarkasteluun. Kilpailunrajoituslain 1 §:n perusteella samoin kuin EY-oikeudessa on selvää, että tehokkuus on yksi päämäärä muiden joukossa. En pitäisi myöskään *de lege ferenda* tarkoituksenmukaisena, että 1 §:ää muutettaisiin siten, että kyse olisi pelkästä tehokkuustarkastelusta. Tällainen ehdotus oli kilpailuviraston aloitteesta esillä kilpailunrajoituslain uudistamista 1996-1997 pohtineessa työryhmässä, jossa sitä vastustin. Kilpailulainsäädäntö on yhteiskunnallista sääntelyä, jossa tehokkuus on hyvin keskeinen, mutta ei ainoa päämäärä. Muita päämääriä ovat elinkeinonharjoittajien toimintavapauden turvaaminen, kuluttajien etu ja integraation edistäminen. Tavoitekeskusteluun siirrytäänkin seuraavaksi.

3. Kilpailuoikeuden tavoitteista

Kilpailulainsäädännön tehtävä on *suojella kilpailua prosessina ja instituutiona.* Tästä vallitsee suhteellisen laaja yksimielisyys alan kirjallisuudessa, sikäli kuin kilpailulainsäädäntöä ylipäätään pidetään tarpeellisena.[30] Kilpailulainsäädäntöä tarvitaan, koska markkinatalous voi toimia ja täyttää sille talouden ohjausmekanismina asetetut tehtävät ainoastaan toimivan ja tehokkaan kilpailun vallitessa. Jos yritysten välinen kilpailu jollakin toimialalla laskee alle kriittisen pisteen, markkinatalouden itseohjautuvuus häiriintyy, paine innovatiivisuuteen vähenee ja yritykset voivat periä kauppakumppaneiltaan monopolivoittoja, joiden tasoa ei ole ansaittu samanarvoisella suorituksella. Sen sijaan näkemykset eroavat sen suhteen, mitä ovat ne yleisemmät yhteiskunnalliset tavoitteet, jota varten kilpailuoikeus on syntynyt ja joiden toteutumista kilpailulakien tulee edistää ja turvata. Kilpailupoliittisessa keskustelussa voidaan erottaa kaksi tasoa, 1) poliittinen taso eli mitkä ovat syyt päätettäessä kilpailupolitiikan käyttöönotoista ja sille asetetut tavoitteet sekä 2) operatiivinen taso eli mitä tavoitteita kilpailuviranomaiset käyttävät mittatikkuna soveltaessaan lakia.[31] Toisaalta voidaan erottaa alemman tason 1) tekniset tavoitteet ja 2) metatavoitteet, joihin ei päivittäin viitata, mutta jotka ovat kilpailulainsäädännön taustalla.[32]

Yhdysvalloissa kilpailupolitiikan tavoitteita koskevien koulukuntanäkemysten ideaalityypit kuvataan ajatussuuntaan keskeisesti vaikuttaneen yliopistokaupungin nimellä. *Chicagon koulukunnan* edustajat pitävät kilpailupolitiikan ainoana legitiiminä ja toteutettavissa olevana päämääränä talouden tehokkuuden lisäämistä. *Harvardin koulukunnan* kannattajat pitävät nimenomaisina tavoitteina tehokkuuden ohella myös elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaamista, kuluttajien ja pienyritysten suojaamista monopoliyritysten mielivallalta ja perusteettomilta tulonsiirroilta sekä yleisemmin taloudellisen vallan liiallisen keskittymisen estämistä.[33] Chicagon ja Harvardin koulukuntien kes-

---

[30] Ks. esim. Möschel (1991). Yleisemmin kilpailuoikeuden- ja politiikan tavoitteita koskevasta keskustelusta esim. ks. Ehlermann/Laudati (toim.) The Objectives of Competition Policy (1998); ks. mainitusta artikkelikokoelmasta Jennyn johdantoa s. 29–39 sekä kokoelmateoksen artikkeleja; Castaneda s. 41–52; Fels/Edewards s. 53–66; Kobayaschi s. 81–85; Matte s. 111–118; Neven s. 111–118; Schaub s. 119–128; Wolf s. 129–132. Ks. myös esim. Jacquemin (1990); Timonen (1997) s. 218–230.

[31] Ks. esim. Schaub (1997) s. 120–123, Jenny (1997) johdanto s. 30, kirjassa Ehlermann/Laudati (1998).

[32] Ks. esim. Fels/Edwards (1997) s. 53; 58, 64–65, kirjassa Ehlermann/Laudati (1998).

[33] Ks. Chicagon ja Harvardin tavoitteiden vertailun osalta harvardilaisesta näkökulmasta Fox/Sullivan, Retrospective and Prospective, kirjassa First/Fox/Pitofsky (1991) s. 2–35 sekä tavoitteita koskevaa artikkelia Fox/Sullivan s. 67–90 samassa teoksessa. Ks. vertailusta chicagolaisesta

keinen näkemysero liittyy markkinoiden perusluonteeseen, ovatko markkinat itseohjautuvia (Chicago) vai sääntelyä edellyttäviä (Harvard). Kuten edellä on jo ennakoitu, kyse on myös poliittisista arvovalinnoista.

Chicagolaisen näkemyksen mukaan kilpailuoikeuden ainoa tehtävä on edistää tehokkuutta.[34] Kilpailuoikeudessa tulisi kieltää vain sellainen käyttäytyminen, joka haittaa resurssien tehokasta ja tarkoituksenmukaista jakautumista. Chicagon koulukunnan edustajat korostavat tehokkuushyötyjä. Yritykset tekevät sopimuksia muiden yritysten kanssa tai integroivat tietyt toiminnot yhteen yritykseen siitä riippuen, mikä on liiketaloudellisesti tehokkain tapa tuottaa, levittää tai markkinoida tiettyä tuotetta tai palvelua. Kustannussyyt määräävät, turvaako yritys esimerkiksi tietyn tuotantoprosessissa tarvitsemansa raaka-aineen saannin pitkäaikaisin toimitussopimuksin vai integroituuko se vertikaalisesti hankkimalla raaka-aineen tuottajan omistukseensa. Kilpailuoikeuden tulisi sallia sellainen käyttäytyminen, joka välittömästi alentaa kustannuksia, eikä sen tulisi suhtautua epäilevästi yrityskauppoihin tai sopimuksiin, joita yritykset tekevät toimintansa tehostamiseksi.

Kilpailevan harvardilaisen käsityksen mukaan lyhyen aikavälin tehokkuutta tärkeämpiä ovat tulevaisuuteen kohdistuvat dynaamiset vaikutukset.[35] Kilpailuoikeuden tulisi edistää ennen muuta teknologisia innovaatioita. Tämä teoria suhtautuu kriittisemmin kustannuksia alentaviin yrityskauppoihin, jos alalla toimivien itsenäisten yritysten määrän väheneminen johtaa innovaatiokilpailun hiipumiseen. Sallivasti keskittymiseen tulisi suhtautua niillä aloilla, joilla tuotekehityspanokset ovat suurimpia. Uusitävaltalainen ajattelu suhtautuu epäilevästi ylipäätään kilpailupolitiikan mahdollisuuksiin säännellä tai edistää kilpailua markkinoilla.[36] Niin kutsutut systemaattiset koulukunnat korostavat tarvetta suojella markkinatoimijoiden kilpailuvapautta sekä yleisemmin kilpailua instituutiona. Erityisesti saksalaisessa kirjallisuudessa on korostettu sitä, että kysymyksenasettelun tulee olla toimialan taloustieteelle ominaista hinta-teoreettista tarkastelua laajempi ja ottaa huomioon kilpailun ja/tai sen puuttumisen yhteiskunnalliset vaikutukset kokonaisuudessaan.[37]

Timonen toteaa *Jacqueminin* perusteella, että kilpailulainsäädännön tavoitteet voidaan tiivistää eri maissa kolmeen päämäärään:

---

näkökulmasta esim. Posner, The Chicago School of Antitrust Analysis (1979) s. 825. Hauskana kuvauksena ks. myös näytelmän muotoon kirjoitettua Adamsin ja Brockin teosta Antitrust Economics on Trial (1991).

[34] Ks. esim. Bork (1978) s. 90–106.

[35] Ks. esim. Utton (1995) s. 19–25; Scherer, Antitrust and a dynamic Economy, kirjassa First/Fox/Pitofsky (1991) s. 130 ss.; Brodley, The economic Goals of Antitrust, samassa teoksessa s. 95 ss., 119.

[36] Ks. esim. Armentano (1986).

[37] Ks. esim. Hoppmann (1968); Mestmäcker (1975); Möschel (1991).

1) *taloudellisen vallan hajauttaminen* sekä siihen liittyvä yksilönvapauden suojaaminen, jonka kannalta monopolit ja muu taloudellisen vallan keskittyminen on ongelma; tämä kilpailuoikeuden "ei-taloudellinen" puoli on ollut keskeisesti esillä esim. säädettäessä Yhdysvaltain Sherman Actia 1890 ja Saksan kilpailulainsäädäntöä toisen maailmansodan jälkeen;
2) *markkinaosapuolten taloudellisen toimintavapauden suojaaminen*, jossa osapuolten suojaaminen on etusijalla itse kilpailuprosessiin nähden; lähtökohtana on haitallisten järjestelyjen kieltäminen, mutta tuloksena oleva sääntely on varsin samankaltainen kuin painotettaessa kilpailuprosessia;
3) *kuluttajien hyvinvoinnin* edistäminen painottamalla *allokatiivista ja dynaamista tehokkuutta*; tällöin keskeisenä tavoitteena on tehottomuuden poistaminen ja keskeisenä kriteerinä ylisuurten voittojen syntyminen.[38]

Lainsäädäntö voi perustua kilpailullisen markkinarakenteen turvaamiselle, vaikutuksiltaan haitallisen markkinakäyttäytymisen torjumiselle tai yritysten toimintavapauden suojaamiselle. Kriteerien painotus vaihtelee maasta ja järjestelmästä toiseen.[39] Esim. USA:ssa eri tavoitteille annetut painotukset ovat vaihdelleet myös saman järjestelmän sisällä eri aikakausina. *Timosen* esittämä *pluralistinen tavoitearsenaali* vastaa myös tämän tutkimuksen tekijän lähtökohtia ja arvostuksia. Ei voida kuitenkaan väittää, että se olisi riidaton. Kilpailuteoreettisesti yksi vedenjakaja kulkee sen mukaan, tarkastellaanko rinnakkain useita päämääriä vaiko monien taloustieteilijöiden suosimalla tavalla redusoidusti pelkkää taloudellista tehokkuutta. Yleisesti ottaen taloudellinen tehokkuus edistää kuluttajien hyvinvointia. Mitä tehokkaammin markkinat ja yksittäiset yritykset toimivat, sitä parempia hyödykkeitä kuluttajille on mahdollista tarjota. *Kuluttajien hyvinvointia* koskevan tavoitteen osalta jaottelu jättää kuitenkin vastaamatta vielä siihen, mikä merkitys annetaan tulonsiirroille kuluttajilta monopolisteille. Kyse on tällöin siitä, mitä tarkoitetaan kuluttajilla ja miten tehokkuus määritellään. Neoklassisessa taloustieteessä tulonsiirtovaikutukset rajataan usein tieteenohjelman perusteella tarkastelun ulkopuolelle. Tästä on päätelty erityisesti Chicagon koulun piirissä, ettei niille tulisi antaa merkitystä kilpailupolitiikassa, vaan tulonsiirrot tulisi toteuttaa esim. verotuksen avulla. Toisaalta voidaan perustella, että kilpailulainsäädännön tehtävänä on suojella kuluttajia monopolin haitoilta. Keskeisenä torjuttavana haittana voidaan pitää sitä, että kuluttaja joutuu maksamaan hyödykkeestä ylihintaa. Tällöin tulonsiirtona ilmenevän haitan torjumista voidaan pitää relevanttina tavoitteena, kuten myös tässä tutkimuksessa katsotaan.

Taloudellisen vallan hajauttamisessa kyse on lainsäädännön taustalla olevasta metatavoitteesta. Kyse on yleisemmin markkinatalousjärjestelmän legitimi-

---

[38] Ks. Timonen (1997) s. 219; ks. myös Jacquemin (1990) s. 3–4.
[39] Ks. Timonen (1997) s. 220.

teetistä ja toimivuudesta. Vapaudella on merkitystä myös taloudellisen hyvinvoinnin kannalta, sillä vapaa aloitteellisuus ja markkinoille pääsy ovat eräs dynaamisten tehokkuushyötyjen perusedellytyksistä. Konkreettisempaa, päiväkohtaista merkitystä on markkinaosapuolten toimintavapauden suojaamisella. Tällöin mikrotason toimintavapautta ja makrotason taloudellista konstituutiota voidaan tarkastella saman vapaustavoitteen ilmentyminä.

Seuraavassa tarkastellaan kilpailuoikeuden tavoitteita yhteiskuntapolitiikan klassillisessa tavoitekolmiossa vapaus – tehokkuus – oikeudenmukaisuus. Tämän jälkeen tarkastellaan juridisemmin sitä, miten eri tavoitteet on kirjattu EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa.

3.1 TAVOITEKOLMIO TEHOKKUUS – VAPAUS – OIKEUDENMUKAISUUS

3.1.1 Taloudellinen tehokkuus ja hyvinvointi

Markkinoiden perustehtävä on hyödykkeiden tuottaminen kansalaisten tarpeisiin niukkuuden olosuhteissa. Niukkuudella tarkoitetaan sitä, että hyödykkeiden tuotantoon käytettävissä olevat resurssit ovat rajalliset. On vain rationaalia, että hyödykkeet pyritään tuottamaan mahdollisimman edullisella tuotos-panossuhteella, koska tällöin resursseja vapautuu muuhun käyttöön. Kilpailuoikeuden tehtävä on osaltaan turvata ja edistää sitä, että resurssit markkinataloudessa allokoituvat parhaalla mahdollisella tavalla ja että entistä paremmat hyödykkeet ja tuotantomenetelmät pääsevät esille. Markkinatalouden tehokkaan toiminnan ja teknis-taloudellisen edistyksen katsotaan lisäävän kuluttajien taloudellista hyvinvointia[40] ja kasvattavan kansantuotetta.

Hintamekanismi on se välittävä tekijä, jonka kautta hyödykkeiden tuotanto sopeutuu kotitalouksien kysynnän vaihteluihin ja suuntautuu uudelleen kysynnässä tapahtuvien muutosten mukaisesti sektorilta toiselle. Kasvava kysyntä nostaa hintoja ja luo kannustimen lisätä tuotantoa kunnes kysyntä taas on tyydytetty. Laskeva kysyntä vaikuttaa päinvastoin. Kysynnän rakenteessa tapahtuvat pysyvämmät siirtymät johtavat tuotantopanosten siirtymiseen sektorilta toiselle. Tuotanto sopeutuu markkinoilla ja "ulkoisissa" tekijöissä tapahtuviin muutoksiin. Kilpailumekanismi johtaa toimiessaan siihen, että markkinoille tulevien hyödykkeiden hinta on oikeassa suhteessa tuotantokustannuksiin. Sopimus tehdään, kun sekä myyjä että ostaja uskovat hyötyvänsä. Näin jokainen sopimus tuo lähemmäksi tilanteen, jossa kunkin hyödykkeen hinta ja tuotantomäärä vastaa täsmälleen sillä hetkellä vallitsevaa hyödykkeen arvos-

[40] Amerikkalaisessa kirjallisuudessa käytetään termiä consumer welfare tai consumer surplus.

tuksen ja sen hankkimiseksi käytettävissä olevan varallisuuden perusteella määräytyvää optimaalista tilannetta. Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti tehokkuuden eri lajeja. Tehokkuus voidaan jakaa staattiseen tehokkuuteen (allokatiivinen ja produktiivinen tehokkuus) sekä toisaalta dynaamiseen tehokkuuteen (edistys).

3.1.1.1 Allokatiivinen tehokkuus

Allokatiivisella tehokkuudella tarkoitetaan sitä, että resurssit markkinoilla kohdentuvat mahdollisimman tehokkaasti. Kutakin hyödykettä valmistetaan optimaalinen määrä ja hinnat ovat mahdollisimman lähellä tuotantokustannuksia. Tuotantopanokset allokoituvat tavalla, joka tuottaa taloudellisesti suurimman mahdollisen hyödyn.

Allokatiivinen tehokkuus edellyttää, että markkinoilla toimii riittävän suuri joukko myyjiä ja ostajia ja että resurssit voivat vapaasti siirtyä sektorilta toiselle. Ideaalitilanteena on *täydellisen kilpailun malli*, jossa mikään markkinoilla toimivista yrityksistä ei voi yksin vaikuttaa tuotteiden hintatasoon tai tuotantomääriin. Hintojen ollessa annettu tosiasia yritykset maksimoivat voittojaan pyrkimällä mahdollisimman edulliseen tuotantoon. Mikäli yksittäisellä talouden sektorilla syntyy väliaikaisesti ylisuuria voittoja, heikommin tuottavilla markkinoilla toimivat yritykset siirtävät resurssejaan paremmin tuottavalle sektorille, ja lisääntynyt tarjonta normalisoi voitot. Aikaa myöten markkinoilla syntyy tasapainotila, jossa hinnat vastaavat kaikkien tuotteiden osalta marginaalikustannuksia lisättynä riskipreemiolla ja sellaisella kohtuullisella voitolla, joka riittää turvaamaan investoinnit kullekin alalle.[41] Kunkin hyödykkeen hinta vastaa ostajan arvostuksia ja määräytyy valmistajan marginaalikustannusten perusteella. Voidaan puhua myös staattisesta tehokkuudesta.[42] Hyödykkeiden optimaalinen allokaatio on kilpailupolitiikan tärkeimpiä tavoitteita. Se luo samalla keskeisen osan markkinatalouden legitimaatioperustasta. Yhteiskuntapolitiikan käytännön toteuttamisessa ongelma liittyy mm. siihen, mitä mittaria käytetään allokatiivisen tehokkuuden arvioimisessa.

Italialaisen filosofin ja taloustieteilijän *Vilfredo Pareton* nimellä kulkeva taloudellisen tehokkuuden mittari kuvaa maksimaalista allokaatiota. Niin sanotussa *Pareto-optimissa*[43] resurssit ovat allokoituneet maksimaalisen tehokkaasti: yhdenkään oikeussubjektin asemaa ei voida parantaa ilman että samalla heikennettäisiin jonkun toisen asemaa. Pareto-kriteeri ei kuitenkaan itsessään kerro markkinoiden ohjauksen perusteella saavutetun lopputuloksen – kullekin

---

[41] Ks. esim. Areeda-Turner (1995), vol. II A s. 4 ss. Ks. myös Määttä (2001) s. 93–97.
[42] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 19–20.
[43] Ks. Pareto-kriteeristä esim. Shäfer/Ott (2000) s. 23–53; Eidenmüller (1995, 1998) s. 48–50; Rawls (1972) s. 65–75.

yksilölle kertyvien varallisuuspositioiden keskinäisen optimoinnin muodostaman kokonaisuuden – sisällöstä. Samanaikaisesti voi olla olemassa suuri joukko pareto-optimaalisia ratkaisuja.[44] Pareto-kriteeri ei kerro, mikä vaihtoehdoista tulisi valita, vaan tämä on valintakysymys. Kriteeri on tässä mielessä arvoneutraali. Kriteerin eettinen perusta on rakennettu suostumuksen varaan. Se yksilö, jonka asema uhkaa heikentyä, voi kieltäytyä muutoksesta.[45]

Kyse on ideaalista, jonka avulla perustellaan yleisellä tasolla vakuuttavasti markkinoiden vapauden ja kilpailun hyödyllisyyttä. Kun taustalla on täydellinen kilpailu, mallia voidaan kritisoida eräänlaisesta nirvanan tavoittelusta. Toisaalta, vaikka edes kilpailu ei ole elämässä täydellistä, tämä torjuu vain etätavoitteen, ei sitä, mihin suuntaan kannattaa pyrkiä. Yleisenä oletuksena se, että markkinoiden toimivuus lisää taloudellista hyvinvointia, on varsin robusti. Se, ettei tavoitetta täysimääräisesti voida saavuttaa, ei merkitse sitä, ettei sitä koskeva tavoite olisi järkevä.[46] Tavoitetta olennaisempi ongelma näyttäisi liittyvän

---

[44] Lähtökohtana on kulloinkin vallitseva tilanne. Pienet siirtymät esim. kuluttajien varallisuudessa siirtävät optimipisteen toisaalle. Lisäksi samanaikaisesti voi olla lukuisia optimaalisia pisteitä riippuen siitä, mitä valintoja suoritetaan. Pareto-tehokkuus ei vastaa siten siihen, miten varallisuus pitäisi jakaa yhteiskunnassa, vaan ainoastaan siihen, millainen on optimaalinen allokaatio lähtien liikkeelle tietystä lähtökohdasta. Se antaa vähän konkreettista osviittaa. Kuluttajien hyvinvointi ei välttämättä tarkoita samaa kuin kuluttajien enemmistön hyvinvointi. Yleisesti kaikkien edun mukaista on pyrkiä mahdollisimman tehokkaaseen allokaatioon.

[45] Pareto-kriteeriä käytetäänkin filosofisena argumenttina osoittamaan, että kilpailu johtaa kansalaisten kannalta optimaaliseen tulokseen. Varsinaisena filosofisena tulonjaon perusteena sitä ei kuitenkaan neutraalisuutensa vuoksi voitane pitää. Pareto-kriteeri osoittaa resurssien optimaalisen allokaation tietystä alkupisteestä lähtien. Sitä, mistä pisteestä vaihdantaa lähdetään harjoittamaan pohjana olevan tulonjaon perusteella, kriteeri ei käsittele. Alkupisteeseen vaikuttaa mm. perintöoikeus. Pareto-kriteeri ei ota kantaa varallisuusoikeuksien jakautumiseen, vaan on niiden suhteen neutraali. Kuten Barry toteaa, jopa orjien yhteiskunta voi johtaa pareto-optimaaliseen lopputulokseen, mikäli kilpailu on täydellistä, eikä resurssien allokoitumista vaikeuteta esim. julkisen vallan asettamilla esteillä. Ks. Barry (2000) s. 129–131, 160–161. Carlton ja Perloff toteavat, ettei kilpailun lisäämisen tavoite välttämättä riitä yksinään, koska kovin epätasaista jakautumista voidaan pitää sopimattomana. Tämä ei kuitenkaan poista kilpailun lisäämistä koskevan tavoitteen mielekkyyttä, sillä tällä tavoin voidaan edistää tehokkuutta. Yhteiskunta voi ensin jakaa varallisuuden vallitsevan yhteiskuntamoraalin mukaisesti, esim. kilpailua vääristämättömällä verotuksella (ja tulonsiirroilla), minkä jälkeen resurssien annetaan allokoitua optimaalisesti kilpailun avulla. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 83–84. Horn katsoo, ettei Pareto-kriteerin taustalla olevaa vallitsevaa varallisuusoikeuksien jakaumaa voida pitää neutraalina lähtökohtana. Pareto-kriteeri pitää sisällään arvovalinnan, joskin neutraalin sellaisen. Ks. Horn (1996) s. 92. Lähtökohtaan voidaan yhtyä.

[46] Täydellisen kilpailun epärealistisuudesta ei siten vielä seuraa, että pareto-tehokkuutta koskeva tavoite olisi jotenkin hyödytön. Vrt. esim. Ward (1998) s. 128–136. Vaikka tiedämme, etteivät esim. luonnonsuojelua tai demokratiaa koskevat tavoitteet olisi täysimääräisesti toteutettavissa, ei tästä seuraa, etteikö tavoitteisiin kannattaisi pyrkiä. Suunta ja liike ovat usein päämäärän saavuttamista tärkeämpiä. Vastaavasti markkinoiden tehokasta toimintaa kannattaa edistää, vaikka tiedämme, ettei tehokas allokaatio markkinoiden epätäydellisyyksistä johtuen täysimääräisesti toteudu. Allokatiivinen tehokkuus kuvaa tavoitetasolla markkinoiden kyberneettistä luonnetta, jossa tuotanto- ja kulutuspäätöksiä tehdään spontaanisti markkinoilla. Mikäli täydellistä kilpailua ei saavuteta, voidaan tästä johtaa ennemminkin se, ettei allokaatio ole yksinään riittävä tavoitenormi.

siihen, miten allokatiivista tehokkuutta voidaan käytännössä mitata ja miten sen edistämistä koskevia keinoja normittaa. Oman kysymyksensä muodostaa se, miten allokaatio sovitetaan yhteen muiden yhteiskunnallisten päämäärien kanssa.

Pareton kriteeri edellyttää konsensusta, koska määritelmän mukaan kenenkään asemaa ei heikennetä. Tämä tekee mallista vaikeasti toteutettavan. Esimerkiksi kilpailua rajoittavan yrityskaupan kieltäminen pareto-tehokkuuden nimissä edellyttäisi, että myös yrityskaupan osapuolet tämän vapaaehtoisesti hyväksyvät. Pareton kriteeri on siinä mielessä konservatiivinen, että se tekee yhteiskunnallisista uudistuksista vaikeasti toteutettavia, koska toimenpiteen läpivieminen edellyttää myös niiden hyväksyntää, jotka kärsivät haittaa muutoksesta. Muutos saisi ehkä yleisen hyväksynnän esimerkiksi *John Rawlsin* tietämättömyyden verhon takana,[47] koska keskimäärin kaikki hyötyvät kilpailun toimivuudesta.[48] Elinkeinoelämässä taloudelliset toimijat painottavat omaa etuaan. Pareton tehokkuuskriteerin sijasta voidaan käyttää *Kaldor-Hicks*-tehokkuutta.[49] Tämän säännön mukaan toimenpide on tehokas, jos siitä aiheutuva tulonlisäys on suurempi kuin siitä aiheutuvat menetykset, jolloin tulonlisäyksestä voidaan kompensoida häviäjille aiheutuvat menetykset.[50] Määritelmän mukaan on riittävää, että kompensaatio on periaatteessa mahdollinen. Sen sijaan ei edellytetä, että kompensaatio myös käytännössä suoritetaan. Tämä tarkoittaa, että monopoliin voidaan puuttua, mikäli yhteiskunnan arvioidaan hyötyvän enemmän kilpailun toimivuudesta kuin yritysten kilpailun rajoittamisesta. Toisaalta johdonmukaisuuden nimissä monopoli pitää hyväksyä, mikäli monopoliyritykset hyötyvät enemmän kuin mitä kuluttajat ja muut asiakkaat kärsivät vahinkoa. Kaldorin ja Hicksin kriteerin hyötynä on se, että se mahdollistaa Pareton kriteeriä laajemman puuttumisen epäkohtiin yhteiskunnan toimesta, kun kaikkien suostumusta ei edellytetä.

Kaldorin ja *Hicksin* kriteeri on kiistanalainen. *Scitovsky* kiinnitti huomiota siihen, että testi voi olla sisäisesti ristiriitainen, sillä siitä, kummin päin kompensaatiomahdollisuutta koskeva kysymys esitetään, voi seurata se, kumpi vaihtoehdoista tulee valituksi.[51] Mitä enemmän vertailtavia asiantiloja on kes-

---

[47] Ks. Rawls (1972) s. 136–142.

[48] Rawlsin tietämättömyyden verhon takana kriteeri kannattaisi hyväksyä myös niiden toimesta, jotka tulisivat saavuttamaan monopoliaseman, sillä etukäteen ei ole tiedossa, kuka pääsee määräävässä asemassa olevaksi ja kuka pienyrittäjäksi tai kuluttajaksi. Posner tosin kiistää tämän vetoamalla siihen, että ihmiset torjuisivat riskiä vähemmän kuin mitä Rawls olettaa. Ks. Posner, The Problematics of Moral and legal Theory (1999) s. 50–53. Voidaankin olettaa, että esim. Schumpeterin yrittäjätyyppi olisi valmis ottamaan enemmän riskiä kuin mitä Rawls olettaa. Toisaalta päätettäessä yleisesti kilpailulainsäädännön sisällöstä poliittisessa prosessissa yleisten haittojen torjuminen menee tietyn yrityksen potentiaalisen edun edelle. Tässä mielessä konsensus voi olla helpompi saavuttaa lainsäädännön tasolla.

[49] Ks. tästä esim. Schäfer/Ott (2000) s. 32–38; Eidenmüller (1995, 1998) s. 51–54.

[50] Ks. esim. Schäfer/Ott (2000) s. 32 ss.; 51–57.

[51] Scitovsky (1941) op. cit. Eidenmüller (1998) s. 53.

kenään, sitä monimutkaisemmaksi analyysi muodostuu. *Posner* johtaa Kaldorin ja Hicksin tehokkuuskriteeristä ratkaisustandardin,[52] jonka mukaan vaihtoehdoista tulee kulloinkin valita se, joka kasvattaa eniten taloudellista hyvinvointia ("wealth maximation"[53]). Käytännössä päädytään lähelle kustannus-hyöty-analyysia.[54] Filosofinen perusta löytyy *Jeremy Benthamin* edustamasta utilitarismista,[55] vaikka Posner itse nykyään nimittääkin lähestymistapaansa pragmatismiksi.[56] Ero utilitarismiin syntyy kuitenkin siinä, että Posner ottaa huomioon ainoastaan varallisuusarvot, kun taas utilitarismissa voidaan periaatteessa lisätä kalkyyliin mikä tahansa arvo, jonka arvellaan lisäävän yleistä onnellisuutta ("general pursuit of happiness").[57] Utilitarismin puutteena on pidetty sitä, ettei yhteiskunnallisten tavoitteiden arvovapaa punninta ole mahdollista. Yksilön kannalta on niin tärkeitä arvoja, joista ei voida tinkiä enemmistön hyvinvoinnin nimissä.[58] Ratkaisuksi on esitetty mm. sääntöutilitarismia, jossa ei verrata keskenään oikeussubjektien positioita, vaan arvotetaan tietynlaisen lainsäädännön hyödyllisyyttä.[59] Tällöin ei enää itse asiassa olla välttämättä jyrkästi erillään esim. *Kantin* kategorisen imperatiivin taustasta, sillä Kantin mukaan periaatteiden oikeaa sisältöä arvioidaan viime kädessä tietyn tyyppisen käyttäytymisen yleisillä seurauksilla.[60] Vietäessä tämä uskalias aasinsilta kilpailuteorian alueelle, voidaan todeta, että vapautta korostavat koulukunnat, esim. ordoliberalismi, saavat innoituksensa *Immanuel Kantilta*, jonka mukaan ihmisen vapautta ja käyttämistä koskevat ehdottomat periaatteet luovat perustan yhteiselämälle. Taloudellista tehokkuutta korostavat koulukunnat, esim. Chicago, rakentavat Benthamin esikuvan mukaan toimenpiteiden seurausten varaan. Posnerilla kardinaaliseen hyödyn vertailuun liittyvät ongelmat pyritään välttämään ottamalla huomioon ainoastaan yksi tavoite, jonka arvioidaan olevan yleisesti hyväksyttävissä. Markkinoiden sääntelyn osalta tehokkuustarkastelu on luontevampaa kuin monilla muilla oikeudenaloilla, joskin kilpailuoikeudessakin pelkkä tehokkuustarkastelu jättää esim. vapautta koskevan tavoitteen liian vähälle huomiolle. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö tehokkuus olisi keskeinen päämäärä.

---

[52] Ks. Posner, Economic Analysis of Law (1998) s. 14–17, 29.

[53] Posnerin kriteerin on arvioitu olevan lähellä Kaldorin ja Hicksin tehokkuuskriteeriä, mutta ei aivan identtinen sen kanssa.

[54] Ks. esim. Eidenmüller (1998) s. 51–52.

[55] Pehmennettyä utilitarismia edustaa John Stuart Millin versio, jossa pyritään välttämään usein esitetty syyte "sikafilosofiasta". Ks. Mill (1861, 2000) s. 18 ss.

[56] Ks. Posner (1999) s. 227 ss.

[57] Ks. esim. Eidenmüller (1998) s. 177 ss.; Mill (1861, 2000) s. 55 ss.

[58] Ks. esim. Eidenmüller s. 187 ss.

[59] Ks. esim. Eidenmüller s. 213–218.

[60] Ks. Kant, Tapojen metafysiikan perustus (1785, 1931) s. 148–150.

3.1.1.2 *Produktiivinen tehokkuus*

Kilpailun paine pakottaa yritykset tuottamaan hyödykkeitä pienimmällä mahdollisella kustannuksella. Kustannustehoton yritys voi väliaikaisesti tehdä voittoa kysynnän ollessa huipussaan, mutta kysynnän laskiessa toiminta muuttuu tappiolliseksi ja/tai yritys menettää markkinaosuuttaan. Pitkällä aikavälillä tehottomat yritykset poistuvat markkinoilta. Jäljelle jäävät ne yritykset, jotka tuottavat hyödykkeitä keskimääräiskustannuksilla optimaalisen kokoisissa tuotantolaitoksissa. *Borkin* mukaan *produktiivisella tehokkuudella* tarkoitetaan sitä, että tuotantopanokset ohjautuvat jokaisella teollisuudenalalla tuottavimpaan mahdolliseen käyttöön. Ero konseptien välillä on siinä, että allokatiivinen tehokkuus kuvaa resurssien kohdentumista taloudessa kokonaisuudessaan ja produktiivinen tehokkuus yksittäisten yritysten tehokkuutta lisääviä hyödyllisiä toimenpiteitä.[61] Produktiivinen eli tuotannollinen tehokkuus voi tarkoittaa käytännössä mitä tahansa toimenpidettä, joka lisää varallisuutta. Borkin mukaan huomio tulee kiinnittää juuri tähän määritelmään, ei niihin lukuisiin yksittäisiin tapoihin, joilla tuotannollista tehokkuutta on mahdollista lisätä. Toisaalta mittakaavaedut voivat johtaa sellaiseen markkinoiden keskittymiseen, jonka seurauksena kilpailun toimivuus vaarantuu. Tällöin voi syntyä valintatilanne esim. produktiivisen ja allokatiivisen tehokkuuden välillä. Borkin mukaan kilpailuoikeuden päämääränä on edistää allokatiivista tehokkuutta vaarantamatta kuitenkaan samalla liiaksi produktiivista tehokkuutta.[62] Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että yritysten tarpeet tehostaa toimintaansa otetaan huomioon kilpailuanalyysissa.

3.1.1.3 *Dynaaminen tehokkuus*

Kilpailun paine johtaa siihen, että säilyttääkseen asemansa markkinoilla yritysten tulee jatkuvasti hakea mahdollisuuksia parantaa tuotevalikoimaansa ja valmistusmenetelmiään. *Dynaamisella tehokkuudella* tarkoitetaan teknis-taloudellista edistystä, talouden jatkuvaa muutosta ja pyrkimystä olemassa olevan tietotaidon lisäämiseksi. Keskeinen merkitys on tutkimuksen ja tuotekehittelyn tuottamilla innovaatioilla.[63] Esimerkiksi *Schumpeter* ja *J.M. Clark* ovat korostaneet dynaamisen kilpailun merkitystä.[64]

---

[61] Bork mainitsee seuraavat esimerkit: "Economies of scale, specialization of function, ability to obtain capital, management skill – all these and many more are elements that contribute to the firm's ability to please consumers, but they are causes rather than manifestations of efficiency. Efficiency is at bottom a value concept, not a mechanical or engineering operation". Bork s. 105.

[62] Ks. Bork (1978) s.

[63] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 20–21; Scherer (1987, 1991).

[64] Yhteenvetona dynaamisista teorioista ks. esim. Ellig/Lin (2001) s. 16–44. Kysymystä käsitellään yksityiskohtaisemmin kilpailuteoriaa koskevassa pääjaksossa. Ks. myös Scherer (1992).

Kilpailun tehtävänä on myös huolehtia siitä, että tuotannontekijöitä siirtyy tutkimukseen ja tuotekehittelyyn, jotta entistä parempien ratkaisumenetelmien kautta syntyisi entistä parempia hyödykkeitä ja tuotantotapoja. Kilpailun tehtävänä on siten edistää taloudellista ja teknistä kehitystä.[65] Ilman kilpailun painetta liiketoiminnan voitot voitaisiin käyttää muulla tavalla, esimerkiksi jakaa kokonaan osakkeenomistajille. Kilpailun vallitessa yrityksen on huolehdittava siitä, että myös seuraava tuotesukupolvi on vähintään samalla tasolla kilpailijoiden kanssa. Yleisesti on arvioitu, että alkamassa olevalla informaatioteknisellä aikakaudella nimenomaan tutkimuksen ja tuotekehityksen rooli tulee korostumaan. Uudessa taloudessa korostuu dynaamisten tehokkuushyötyjen arviointi. Kilpailuviranomaisten tulisi puuttua sellaisiin rajoituksiin, joiden voidaan olettaa heikentävän innovaatioiden saattamista markkinoille, ja pidättäytyä toimenpiteistä, mikäli innovaatiokilpailu on toimivaa. Yksi keskeinen seikka on markkinoiden innovaatiopotentiaali. Vaikka alallepääsyn esteet olisivat korkeat, potentiaaliset kilpailijat voivat innovoida monopolihyödykkeen lähialueilla, jolloin yleensä ennen pitkää markkinavoima rapautuu.[66] Toisaalta kilpailun lisäämisellä voidaan vasta luoda olosuhteet dynaamiselle tehokkuudelle, mikä nähtiin esim. telemarkkinoilla 1990-luvulla.

Kilpailuviranomaisten ongelmana on se, että dynaamisten tehokkuushyötyjen arvioiminen on hyvin vaativaa.[67] Käytännössä varmoja ennusteita ei ole olemassa, joten täytyy tyytyä tietyn menettelytavan dynaamista tehokkuutta koskevan kilpailuriskin arvioimiseen. Tämä tapahtuu markkinoiden innovatiivisuuden ja kilpailun säilymisen arvioinnin perusteella. Konkreettisempi varoitussignaali on esim. sellaisen teknologisen tulpan syntyminen, joka rajoittaa merkittävästi kilpailijoiden pääsyä tietylle kasvavalle markkinasegmentille. Toisaalta dynaamisten tehokkuusetujen saavuttaminen edellyttää ainakin tiettyyn rajaan asti markkinavoiman sallimista, sillä vahvan markkina-aseman saavuttaminen siihen liittyvine ylioptimaalisine tuottoineen on paras kannustin riskipitoiselle tuotekehittelylle.

---

[65] Tässä yhteydessä taloudellinen ja tekninen kehitys tulee ymmärtää laajassa merkityksessä. Se ei siten välttämättä tarkoita tai sen ei ainakaan tarvitse tarkoittaa esimerkiksi "tuotannon kasvattamista ympäristötuhoista välittämättä" tai "työntekijöiden riistoa yksinomaan kapitaalin ehdoilla". Paremminkin taloudellinen ja tekninen kehitys tulee suhteuttaa yhteiskunnassa kulloinkin vallitsevien arvojen perusteella laadittuun kustannus-hyötyvertailuun, jossa taloudellisten hyötyjen rinnalla kustannuksina otetaan huomioon menetelmän vaikutukset ympäristöön, kansalaisten psyko-sosiaaliseen hyvinvointiin, alueelliseen demokratiaan jne.

[66] Ks. esim. Ellig/Lin (2001) s. 264–267.

[67] Ks. esim. Ellig/Lin (2001) s. 267: "A skeptic would be justified in asking why and how enforcement officials would have the knowledge to make such assessments. The task is no longer that of collecting objective price and quantity data and computing demand elasticities but the even less exact art of judging which firms are best equipped to succeed in future rounds of innovative competition. Antitrust officials offering such judgments would be perpetually subject to the damning query, If you're so smart, why aren't you rich?"

3.1.1.4 Valinta tehokkuuden lajien kesken

Vaikka tehokkuuden lajit teoriassa on helppo luetella, käytännön kilpailupolitiikassa tehokkuuden tunnistaminen, mittaaminen ja merkityksen arviointi on vähintäänkin monimutkaista.[68] Neoklassisen hintateorian avulla voidaan mitata ja mallintaa tuotteiden hintoja ja määriä. Sen sijaan useimpien muiden kilpailukeinojen kuin hintakilpailun käyttö, esimerkiksi laatu, esteettiset ominaisuudet tai toimitusvarmuus, ei liene matemaattisesti mitattavissa.

Voidaan myös joutua tekemään valintoja eri tehokkuuden lajien kesken. EY:n 81 artiklan 3 kohdan ja kilpailunrajoituslain 19 §:n soveltamisessa kyse voi olla vaihtokaupasta produktiivisen ja allokatiivisen tehokkuuden välillä. Kilpailijoiden välinen yhteistyö voi nostaa hintatasoa, mutta tämä haitta voi kompensoitua saavutettavilla mittakaava- ja muilla produktiivisilla tehokkuuseduilla. Jäljelle jäävän kilpailun voimakkuuden perusteella pyritään haarukoimaan sitä, kuinka todennäköisenä voidaan pitää hyötyjen siirtämistä kuluttajille. Yrityskauppa voi lisätä produktiivista tehokkuutta tuotannon järkeistämisellä ja henkilökunnan irtisanomisella saavutettavien kustannussäästöjen kautta. Samanaikaisesti kauppa voi heikentää allokatiivista tehokkuutta johtaessaan kotimarkkinoilla hintojen nousuun. Fuusio voi kuitenkin mahdollistaa suuremman panostuksen tutkimukseen ja tuotekehittelyyn vientimarkkinoita silmälläpitäen ja siten mahdollisesti lisätä dynaamista tehokkuutta ja ylläpitää kansainvälistä kilpailukykyä. Kannanotto yrityskaupan hyödyllisyyteen tai haitallisuuteen edellyttää arvovalintoja eri tehokkuuden lajien ja toisaalta koti- ja ulkomaisten kuluttajien intressien välillä. Sen enempää talous- kuin oikeustiede ei pysty tarjoamaan yleispätevää sääntöä, jolla valinta suoritetaan.[69]

3.1.2 Vapaus

3.1.2.1 Kilpailuvapaus

Kilpailun vapaudella tarkoitetaan, että yritykset voivat itse päättää kilpailukeinoistaan, esimerkiksi tarjoamistaan hyödykkeistä ja tavoittelemistaan hinnoista. Kilpailun vapaus ulottuu myös markkinoille pääsyn ja niiltä poistumisen vapauteen. Kilpailuvapaudessa on kyse elinkeinovapauden hyödyntämisestä.

---

[68] Näin esim. Scherer (1987, 1991) s. 140–148. Schererin mukaan tietyn ratkaisun päätösten vaikutuksia allokatiiviseen tehokkuuteen on vaikea arvioida, ja vaikeudet korostuvat dynaamisen tehokkuuden osalta. Ks. myös Ellig/Lin (2001) s. 264–267.

[69] Lainsäädäntöön kirjattu tehokkuuspuolustus lisää päätöksenteon joustavuutta mutta mahdollisesti samalla vähentää ennakoitavuutta. Haasteena on kehittää menetelmiä, joilla kiistatta keskeisen tärkeä tehokkuustavoite voitaisiin luotettavasti integroida kilpailuoikeudelliseen analyysiin.

Elinkeinovapaudella tarkoitetaan oikeutta ilman ennalta asetettuja esteitä harjoittaa periaatteessa mitä tahansa toimintaa taloudellisen hyödyn saavuttamiseksi.[70] Elinkeinolla tarkoitetaan ansion saamiseksi ammattimaisesti harjoitettavaa toimintaa. Vastineena toiminnan vapaudelle elinkeinonharjoittajalla on taloudellinen riski toimintansa epäonnistumisesta. Poikkeuksia elinkeinovapauden periaatteesta on säädetty lähinnä tärkeiden yhteiskunnallisten intressien vuoksi. Asiakkaiden ja kuluttajien kannalta kilpailun vapaus merkitsee valinnan mahdollisuutta.

Kilpailupolitiikalla ei voida turvata täydellistä kilpailun vapautta. Käytännössä markkinoille pääsy voi olla rajoitettua esimerkiksi alallepääsyn esteiden korkeuden tai yksinkertaisesti kysynnän tyydyttyneisyyden vuoksi. Toisaalta täydellisen kilpailun mallille on juuri keskeistä, ettei yritys voi itse päättää hinnoittelustaan, joka ratkeaa markkinoilla. *Kilpailun vapaus* voidaan määritellä siten, että sillä tarkoitetaan yrityksen vapautta päättää kilpailukeinoista vallitsevan kilpailutilanteen asettamissa rajoissa ilman että yrityksen päätöksentekoon kohdistuisi nimettävissä olevien muiden markkinaosapuolten taholta tulevaa pakkoa tai painostusta.

Kilpailutilanteessa yritys ei voi vapaasti määrätä hintatasostaan, vaan markkinoilta saatava hinta määräytyy kysynnän ja tarjonnan lakien mukaan. Täydellisen kilpailun vallitessa yritys ei suinkaan ole vapaa vaan "markkinoiden armoilla". Täydellisen kilpailun olosuhteissa elinkeinonharjoittaja ei voi itse vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon. Kansantaloustieteen oppikirjoissa ilmiötä kuvataan siten, että yrityksen hyödykkeitä koskeva kysyntäkäyrä piirretään horisontaaliseksi viivaksi. Yritys saa hyödykkeistä saman hinnan siitä riippumatta, kuinka paljon hyödykettä se tuottaa.[71]

Voidaan kysyä, miten kilpailuvapaus eroaa sen puuttumisesta. Edellisen kappaleen esimerkissä mahdollisuus vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin vaikuttaa rajalliselta. On kuitenkin huomattava, että yrittäjän toimintavapauden rajoittuminen koskee vain yhtä tekijää eli hintaa. Yrittäjä voi parantaa olosuhteitaan toimimalla luovasti, esimerkiksi tehostamalla tuotantoaan tai kehittämällä uusia hyödykevaihtoehtoja. Kyse ei ole pelkästään aste-erosta vaan myös toimintavapauden rajoitteen luonteesta ja alkuperästä. Kilpailuilla markkinoilla yrityksen toimintavapautta ei rajoita valtio, kartelli tai määräävässä asemassa

---

[70] Elinkeinovapauden käsitteestä ks. esim. Kekkonen, Merkantilismista liberalismiin (1987) s. 1; Rissanen s. 50, 65–68 teoksessa Rissanen ym. (1999); sen suhteesta kilpailunrajoituksiin Böhm, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit (1950, 1980) s. 233–262; Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1975, 1984) s. 57–64; Eucken (1952) s. 179–184.

[71] Esimerkkinä voidaan mainita australialainen vehnäfarmari, joka saa viljastaan spot-markkinoilla täsmälleen saman (kyseisen vuoden sadon ja muiden perusteiden nojalla määräytyvän) markkinahinnan siitä riippumatta, kuinka suuren osan sadostaan yrittäjä myy. Taloudellinen menetys määräytyy oman toiminnan tehokkuuden perusteella. Hinnan noustessa syntyy lisäarvoa. Hinnan laskiessa kustannuksia on karsittava. Ääritapauksessa hinnoittelun vapaus voi olla yhtä rajallista kuin tiukan hintasäännöstelyn vallitessa.

oleva yritys, vaan toimintavapauden rajoittuminen on luonteeltaan *anonyymiä*, kilpailumekanismista johtuvaa. Ero on siinä, ettei kyse ole toisen määräämästä rajoituksesta vaan markkinoiden luomasta toimintaympäristöstä. Yrittäjällä on vapaat kädet kehittää toimintaansa. Markkinamekanismi luo ainoastaan puitteet, joiden logiikkaa toiminnan tulee seurata. Eri asia on se, että yksilön kannalta markkinakilpailussa toimintavapauden rajoitukset voivat ilmentyä hyvinkin voimakkaina. Toimintavapaus voidaan määritellä paitsi negatiivisesti (rajoitteiden puute) myös positiivisesti (mahdollisuus tavoitella ja saavuttaa tärkeäksi koettuja päämääriä).

Kilpailuvapaus on – kuten vapaus yleensä – refleksiivinen käsite.[72] Markkinoilla toimivien yritysten toimenpiteet vaikuttavat niiden itsensä ohella muiden markkinaosapuolten asemaan. Yhden yrityksen "rajaton" tai "täydellinen" vapaus merkitsisi samalla vastaavaa kauppakumppanien ja muiden yritykseen sidonnaisten tahojen vapauspiirin kaventumista. Kilpailun vapaus ei ole siten koskaan absoluuttista vaan suhteellista, ja se voidaan hahmottaa vain suhteessa muihin markkinoilla toimiviin yrityksiin.[73] Esimerkiksi normaali kauppasopimus rajoittaa osapuolten liikkumatilaa, koska ostaja ei enää voi myydä kyseistä hyödykettä toiselle potentiaaliselle ostajalle tai myyjä ostaa sitä muilta tarjoajilta. Vaikuttaa selvältä, ettei tällaisten jokapäiväisten vaihdantatilanteiden suhteen ole mielekästä puhua kilpailuvapauden rajoittumisesta. Yleensä kilpailuvapauden rajoittumisesta voidaan puhua silloin, kun osapuolen valinnanvaihtoehdot ovat jo ennen sopimuksen solmimista *(ex ante)* rajalliset. Voidaan myös tarkastella tilannetta jälkikäteen *(ex post)*. Jotta kyseessä on kilpailupoliittinen ongelma, riippuvuuden täytyy olla huomattavaa ja yleistä.

3.1.2.2 Kilpailun vapauden suhteesta sopimus- ja elinkeinovapauteen

Elinkeinovapauden käsite liittyy läheisesti kahteen muuhun markkinatalousjärjestelmän instituutioon, sopimusvapauteen ja yksityiseen omistusoikeuteen. *Omistusoikeus* merkitsee periaatteessa täydellistä, yksinomaista ja jakamatonta oikeudellista valtaa esineeseen tai muuhun omaisuuteen nähden. *Sopimusvapaudella* tarkoitetaan oikeusjärjestyksen sopijapuolille suomaa oikeutta muotoilla keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla ja oikeusjärjestyksen tälle suhteelle tarjoamaa suojaa.[74] Kilpailuvapaus voidaan ymmärtää elinkeino- ja sopimusvapauden sekä omistusoikeuden muodostaman kolmikannan peilikuvana. Edellä mainitut vapausoikeudet suojaavat yksityistä oikeussubjektia suh-

---

[72] Ks. esim. Zippelius, Rechtphilosophie (1994) s. 173–188, erit. s. 180 ss., 189–192; Kaufmann, Rechtsphilosophie (1997) s. 235–242; Herdzina (1999) s. 13, 88.

[73] Ks. edellinen alaviite.

[74] Sopimusvapauden käsitteestä ja sen erilaisista merkityssisällöistä ks. esim. Wilhelmsson, EIF I (1994) s. 774, Muukkonen (1958) s. 234 ss.; Hemmo (1997) s. 35, 57 ss.

teessa julkiseen valtaan. Kilpailuvapaus suojaa sitä, ettei samoja oikeuksia perusteettomasti rajoiteta muiden elinkeinonharjoittajien taholta.

Markkinatalous perustuu oikeudellisesti sarjalle valtiosääntöoikeudellisia lainsäädäntö-toimia, joihin kuuluu elinkeino- ja sopimusvapaus, liikkeenperustamisoikeus ja työntekijäin vapaa liikkuvuus, annettujen sitoumusten noudattamista koskeva velvoiteoikeus sekä suorituksen laiminlyönnin varalta maksukyvyttömyys- ja konkurssioikeus.[75] Kilpailuoikeuden tehtävänä tässä kentässä on huolehtia siitä, että taloudellisia vapausoikeuksia käytetään mahdollisimman kustannustehokkaasti ja dynaamisesti.

Kilpailuprosessi *koordinoi vapausoikeuksien käyttämistä.* Kilpailun perusteella määräytyy se, millaisia sopimuksia tehdään ja mitkä oikeustoimet menestyvät taloudellisesti. Taloudellinen menestys määrää sen, millaisia sopimuksia tehdään prosessien seuraavassa vaiheessa. Vapaasti ohjautuvassa markkinataloudessa sopimuksen tekijät eivät voi tietää, mikä kaikista tehtävissä olevista vaihtoehtoisista sopimuksista olisi kokonaisuuden kannalta taloudellisesti edullisin. Kilpailun vallitessa heidän ei tätä tarvitsekaan tietää, vaan riittävää on päätöksenteon sopeuttaminen saatuihin positiivisiin ja negatiivisiin hintasignaaleihin. Kilpailuoikeudella suojataan tätä prosessia, sillä kilpailun vähentyessä alle kriittisen pisteen ryhdytään tekemään keskimääräistä enemmän epätarkoituksenmukaisia sopimuksia. Seurauksena on tehokkuuden heikentyminen.

Toisaalta kilpailu *hajauttaa ja purkaa taloudellista valtaa.* Kilpailluilla markkinoilla keskimääräistä parempi taloudellinen menestys perustuu muita suurempaan tehokkuuteen, innovatiivisuuteen tai ahkeruuteen. Markkina-asema ja siihen liittyvät varallisuuspositiot voidaan pitää hallussa vain niin kauan kuin ne on ansaittu samanarvoisella suorituksella. Tämä perustuu siihen, että kilpailuilla markkinoilla kukin asiakas valitsee sopimusvaihtoehdoista sen, jossa tarjottava suoritus on asiakkaan kannalta paras. Sopimusvapauden taustalla on oletus sopimuskumppanien tasavertaisuudesta ja sopimusten perustumisesta vaihtoehtojen punnintaan ja vapaaseen tahtoon. Oletukset ovat osittain epärealistisia, esimerkiksi sikäli kuin kaikkien markkinatoimijoiden oletetaan toimivan täysin rationaalisti, tai siihen edes pyrkivän, tai heidän uskotaan tuntevan kaikki vaihtoehdot. Ne pitänevät kuitenkin summittaisesti paikkaansa etenkin

---

[75] Perustavasti jo Böhm (1933) s. 13 ss. Mielestäni tämä 70 vuotta vanha teos on edelleen lukemisen arvoinen, sillä tavallaan siinä pitkälti hahmoteltiin 1950-luvun lopulla todella käynnistyneen eurooppalaisen kilpailuoikeuden teoriaperustaa. Samalla kannalla esim. Nörr, Das leiden des Privatrechts (1994) s. 102: "Dass das Buch politisch zur Unzeit erschien, tut seiner rechtsgeschichtlichen Bedeutung keinen Abbruch. Denn es gehört ohne Zweifel zu den innovativen Höhepunkten der Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts, ferner hat es wie wenige Juristenschriften der Weimarer Republik die Rechtsentwicklung der Bonner Republik beeinflusst." Ottamatta kantaa kahteen viimeksi mainittuun arvioon voidaan joka tapauksessa todeta, että teoksessa kuvataan elinkeinovapauden ja kilpailusääntelyn välinen suhde tarkemmin kuin esim. nykyaikaisissa amerikkalaisissa antitrusti-esityksissä. Ks. lähemmin Nörr (1994) s. 101–126. Ks. myös Mestmäcker, Bausteine zu einer Wirtschaftsordnung (1996) s. 3–23.

elinkeinoelämässä, jossa liiketoimilla pyritään lisäämään omaa varallisuutta. Oletus sopimuskumppanien tasavertaisuudesta ja valinnan vapaudesta käy kuitenkin sitä kyseenalaisemmaksi, mitä epäsymmetrisempi markkinarakenne todellisuudessa on. Markkinoiden keskittyessä niitä hallitseva osapuoli voi lisätä omaa hyötyään kauppakumppanin kustannuksella. Resurssien jako ei perustu vaihtoon ja koordinaatioon, vaan taloudelliseen vallankäyttöön.[76] Taloudellisen vallan keskittyessä liiallisesti yksityisoikeus denaturoituu. Vapaasta vaihdannasta ja tasavertaisuudesta siirrytään tosiasialliseen pakkoon ja käskyvaltasuhteeseen.

Kilpailuoikeus ei kuitenkaan ole kohtuusoikeutta, jonka tehtävänä olisi tasoittaa osapuolten välistä sopimusoikeudellista tasapainoa. Kilpailuviranomaisen ei tule pyrkiä vaikuttamaan kilpailun lopputulokseen, vaan hänen tulee valvoa, että käytetyt kilpailukeinot ovat sääntöjen mukaisia (legitiimejä) ja että kilpailun rakenteelliset edellytykset säilyvät. Onnistuessaan kilpailuoikeudellinen sääntely vähentää vapautta voimakkaammin rajoittavan sääntelyn tarvetta. Kilpailuoikeuden keskeisiä ongelmia on löytää tasapaino sääntelyn tehokkuuden ja neutraliteettiperiaatteen välillä. Kilpailupolitiikalle on ominaista jännite vaihdannan vapauden ja toisaalta sen hyödyntämisen välillä. Kilpailupolitiikan lähtökohtana on, ettei vaihdannan vapautta voida jättää pelkästään elinkeinonharjoittajien oman toiminnan varaan vaan että elinkeinovapauden toteutumiseen liittyviä kilpailullisia perusrakenteita (kilpailumekanismi ja kilpailuvapaus) pitää suojata.

3.1.2.3 Hajautetun päätöksentekojärjestelmän ja demokratian turvaaminen

Kilpailuoikeuden keskeinen ongelma on liiallisen markkinavoiman hallinta. Toimiva markkinatalous perustuu hajautetulle päätöksenteolle, jossa talouden subjektit tekevät kukin itseään koskevat ratkaisut. Yksi demokratian määritelmistä on, että julkisen vallan kansalaisille asettamat rajoitukset legitimoidaan lain tasolla. Henkilöillä on määräysvalta vain itseään ja mahdollisesti lähipii-

---

[76] Klassisena esimerkkinä voidaan mainita teollisuustyövoiman sortaminen 1800-luvulla. Oikeudellisesti epäkohdat johtuivat puutteellisesta lainsäädännöstä, minimipalkkaa koskevien säännösten, lapsityövoiman kiellon ja muiden sosiaalisten suojamekanismien puuttumisesta. Taloudellisesti kyse oli kuitenkin epäsymmetrisestä markkinatilanteesta. Työnantajat olivat alueellisesti keskittyneitä, työvoimasta oli ylitarjontaa, eikä palkkatyöväellä ollut nykyisiä mahdollisuuksia vaihtaa työnantajaa. Työvoiman alueelliset kysyntämonopolit mahdollistivat räikeän monopsonihinnoittelun, työpalkkojen polkemisen. Ks. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952) s. 44–46. Yleensä mainittua esimerkkiä käytetään kuvaamaan sitä, miksi markkinoita pitää säännellä. Yhtä hyvin sen avulla voidaan viitata siihen, mistä taloudellisesta seikasta sääntelyn tarve johtuu. Yksi keskeisistä syistä markkinoiden epäonnistumiselle, johon kilpailuoikeudella pyritään vaikuttamaan, on taloudellisen vallan liiallinen keskittyminen.

riään koskevissa asioissa. Yrityksen määräysvalta rajoittuu sen määräysvallassa olevaan omaisuuteen ja markkinoilla luotujen sopimussuhteiden tuottamiin oikeuksiin. Tämä lähtökohta ei kuitenkaan vallitse tilanteessa, jossa yksi yritys hallitsee markkinoita. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi markkinavoimansa avulla vaikuttaa muiden yritysten käyttäytymiseen ja toimintaedellytyksiin yli omistusoikeuden ja muiden yksityisoikeuden instituutioiden tuottaman legitimaation. Määräävässä asemassa oleva yritys voi myös asettaa asiakkailleen rajoittavia tai epäedullisia ehtoja, joihin nämä eivät vapaassa valintatilanteessa suostuisi. Julkisen vallan asettamista rajoituksista poiketen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen valta muihin markkinaosapuoliin ei ole demokraattisesti legitimoitua. Määräävän aseman vallitessa markkinatalouden perussääntö, jonka mukaan yksityinen voitontavoittelu johtaa kilpailumekanismin kautta yleisen edun mukaiseen lopputulokseen, ei enää toimi. Määräävää asemaa voidaan käyttää ja ennen pitkää todennäköisesti myös käytetään taloudellisen vallan kasvattamiseksi entisestään.

Määräävän markkina-aseman riskit eivät rajoitu yrityksen toimintaan markkinoilla. Määräävässä asemassa oleva yritys voi myös pyrkiä vaikuttamaan poliittisiin päättäjiin ja virkakoneistoon hankkiakseen itselleen ylimääräisiä taloudellisia hyötyjä, esimerkiksi veroetuja tai julkista tukea, taikka vaikeuttaakseen potentiaalisten kilpailijoiden alalle tuloa esimerkiksi saattamalla aikaiseksi markkinoita sulkevia tai kilpailijoiden kustannuksia nostavaa viranomaissääntelyä. Määräävään markkina-asemaan liittyvät riskit eivät siten rajoitu pelkästään yrityksen hinnoitteluun ja muuhun markkinakäyttäytymiseen, jota voidaan pyrkiä mittaamaan hintateorian työvälineistön avulla. Taloudellisen ja poliittisen vallan joutuminen yksiin käsiin voi pahimmillaan jopa pervertoida demokraattisen päätöksentekojärjestelmän.[77]

Kilpailuoikeutta tarvitaan muun ohella taloudellisen vallan kontrolloimiseksi ja markkinoilla toimivien yritysten toimintavapauden turvaamiseksi. *Fikentscher*[78] on ilmaissut asian käyttämällä *Popperin* termiä *vallan paradoksi.*[79] Vallan paradoksilla tarkoitetaan sitä, että markkinatoimijoille annetut vapaudet kääntyvät lopulta itseään vastaan ja johtavat vapauden kaventumiseen.[80] Vallan kontrollointi ei kuitenkaan ole helppoa, ja se voi muodostua itsessään ongelmaksi. Kilpailupolitiikassa on jatkuva ristipaine yksityisen ja julkisen vallan

---

[77] Tunnettu esimerkki on Saksan kehitys 1933-1945, jossa kansallissosialistit valjastivat jo ennestään kartellisoituneen saksalaisen teollisuuden palvelemaan omia päämääriään. Jo edelliseltä vuosisadalta periytynyt teollisuuden etua palveleva kartellijärjestelmä loi oivan perustan keskitetylle taloussuunnittelulle ja yksilönvapauksien tukahduttamiselle rakentuvalle talouspolitiikalle. Muunnos toteutettiin ns. pakkokartellilaeilla, joilla oikeudelliseen (joskin käytännössä usein nimelliseen) vapaaehtoisuuteen perustuneet kartellit virallistettiin ja niihin liittyminen säädettiin pakolliseksi. Ks. esim. Nörr, Das Leiden des Privatrechts (1994) s. 127–138.

[78] Ks. Fikentscher (1997) s. 10, 12, 18 ss., 25 ss., 38 ss., 58 ss.

[79] Fikentscher (1997) s. 25–27; ks. myös alaviite 35.

[80] Fikentscher (1997) s. 12.

välillä, jota kuvatakseen *Amato*[81] käyttää termiä *liberaalin demokratian dilemma*. Dilemma syntyy siitä, että pyrkiessään suojaamaan markkinoilla toimivia subjekteja taloudellisen vallan väärinkäytöltä riskinä on se, että säänneltävät joutuvat itse kohtuuttoman ankarasti markkinavapauksia rajoittavan vallankäytön (markkinavoiman sääntelyn) kohteiksi.[82] Kilpailuoikeus edellyttää tasapainoilua yksityisen vallan ja julkisen vallan välillä.[83] Mikäli kilpailun tehtäviä tarkastellaan yksinomaan oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta, teknisluonteisessa tehokkuustarkastelussa taloudellisen vallan systemaattiset haittavaikutukset jäävät liian vähälle huomiolle.[84] Toisaalta valtanäkökulma tulisi pyrkiä integroimaan tarkasteluun tavalla, jossa markkinavoimaan suhtaudutaan neutraalisti ja yritysten oikeutetut oikeusturvaintressit otetaan huomioon. Kilpailuoikeudella pyritään kontrolloimaan taloudellista valtaa pyrkimättä kuitenkaan siihen, että markkinavoimaisen yrityksen valta korvattaisiin yksityiskohtaisemmalla sääntelyllä. Vaarana nimittäin on, että kilpailuviranomainen tahtomattaan itse astuu markkinahäirikön rooliin. Viranomainen voi yliarvioida tietämyksensä tai arvioida väärin toimenpiteidensä todelliset vaikutukset.[85]

Markkinataloudessa piilee sisään rakennettu mekanismi joka uhkaa johtaa markkinoiden monopolisoitumiseen. Kilpailulainsäädännön tehtävä on muodostaa *vastavoima yksityiselle taloudelliselle vallalle*, jolta puuttuu demokraattinen legitimiteetti. Uhkana on toisaalta kilpailuviranomaisen vallan kasvaminen mittasuhteisiin, jossa tasapaino kallistuu liiaksi julkisen vallan hyväksi ja liberaalin oikeusvaltion periaatteet joutuvat vaaranalaisiksi. Kuluttajien suojelulla perusteltu interventio voi todellisuudessa kääntyä alkuperäistä tarkoitustaan vastaan. Liberaalin oikeusvaltion dilemma[86] piilee siinä, että samanaikaisesti tulee pyrkiä estämään liiallinen yksityisen ja julkisen vallan kasvu. Tämän vuoksi myös kilpailuviranomaisen valta tarvitsee rajoitteekseen institutionaalisia takeita, esimerkiksi järjestelmän, jossa kilpailuoikeudellinen toimivalta jaetaan useamman kuin yhden viranomaisen kesken.

3.1.2.4 Kilpailuoikeus markkinatalouden "perustuslakina"

Kilpailuoikeuden funktioita lienee mahdollista mallintaa peilikuvana perustuslailliselle sääntelylle. *Pöyhönen* on katsonut, että toimivat markkinat muodostavat kirjoittamattoman perusoikeuden.[87] Pöyhösen lähestymistapa on mielenkiintoinen ja avaa näkymiä jatkotutkimukselle. Tässä tutkimuksessa markkinoi-

---

[81] Ks. Amato (1997) s. 2–5, 109–129.
[82] Amato s. 2–5.
[83] Amato s. 109.
[84] Amato s. 110. Ks. myös esim. Böhm (1961) s. 1 ss.
[85] Ks. esim. Mestmäcker (1984) s. 15 ss ja s. 136 ss.
[86] Ks. esim. Amato, Antitrust and the Bounds of Power (1997) s. 2 ss.
[87] Ks. Pöyhönen, Uusi Varallisuusoikeus (2000) s. 82–84.

den toimivuutta ei nähdä valtiosääntöoikeudellisessa mielessä perusoikeutena, vaan pikemminkin julkisena hyödykkeenä, jonka valtion viranomaiset pyrkivät tarjoamaan kansalaisille.[88] Valtiosääntönäkökulma on kuitenkin ainakin kahdessa mielessä keskeinen. Ensinnäkin toimivat markkinat muodostavat markkinatalouden välttämättömän reunaehdon. Ilman toimivaa kilpailua sopimusvapaus ja elinkeinovapaus menettävät todellisen merkityksensä. Sopimusvapaudessa taustalla on ajatus vallan tasapainosta osapuolten välillä, jonka seurauksena kummallakin on hyvät edellytykset päättää sopimuksesta sillä perusteella, mikä arvioidaan edulliseksi. Lähtökohdalta putoaa pohja pois, mikäli toinen osapuoli voi markkinavoiman perusteella sanella ehdot ja riippuvainen osapuoli joutuu ne hyväksymään. Elinkeinovapauden taustalla on vapausajatuksen ohella ajatus siitä, että kuhunkin taloudelliseen toimintaan valikoituvat siihen parhaat edellytykset omaavat yritykset. Lähtökohta ei toimi, jos määräävässä asemassa oleva yritys estää keinotekoisesti toisen markkinoille pääsyn. Taloudellisten funktioiden ohella vapausoikeuksien legitimaatioperusta heikkenee ratkaisevasti. Näkökohdilla on merkitystä esim. tarkasteltaessa sitä, missä määrin kilpailuoikeudella voidaan rajoittaa sopimusvapautta. Intressejä on tällöin neljä, markkinavoimaisen yrityksen/yritysten näkökulma, asiakkaan näkökulma, kilpailijan näkökulma ja yhteiskunnallinen intressi kilpailun ja taloudellisten vapausoikeuksien premissien säilymisestä toimivina. Kilpailun merkityksen kuvaamisessa apuna voidaan käyttää esim. taloudellisen konstituution *(Wirtschaftsverfassung)* käsitettä.[89] Toiseksi valtiosäännön funktioiden tarkastelulla voidaan kuvata kilpailuoikeuden tehtäviä. Kilpailuoikeutta voidaan pitää eräänlaisena markkinatalouden "perustuslakina".

Yhtenä länsimaisen kulttuuriperimän keskeisenä saavutuksena voidaan pitää vallan kesyttämistä oikeuden keinoin.[90] *Poliittisen vallan* osalta tämä on saavutettu *valtiosäännön* avulla, jossa säännellään valtioelinten keskinäiset suhteet tasapainon horjumisen estämiseksi, säännellään vallankäytön prosesseja sekä turvataan yksilöiden oikeudet ja vapauspiiri suhteessa julkiseen valtaan.[91] Markkinatalousjärjestelmässä *kilpailuoikeudella* on *sama perustehtävä taloudellisen vallan sääntelyssä.*[92]

Valtiosäännöllä säännellään valtioelinten keskinäisiä valtasuhteita ja päätöksentekomenettelyjä. Erilaisten vallanjako-oppien tarkoituksena on tasapainot-

---

[88] Myös Pöyhönen viittaa Määttään tukeutuen tähänkin tulkintamahdollisuuteen. Ks. Pöyhönen (2000) s. 84–85.

[89] Ks. yleisesti taloudellisesta konstituutiosta esim. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1950, 1980) s. 53 ss. Mestmäcker, Wirtschaftsordnung únd Staatsverfassung, kirjassa Mestmäcker (1984) s. 33 ss.; Mestmäcker kirjassa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 2–23 ; Amato, Antitrust and the Bounds of Power (1997) s. 95–129. Taloudellista konstituutiota käsitellään jäljempänä tarkemmin ordoliberalismin yhteydessä.

[90] Ks. esim. Mestmäcker (1984) s. 33 ss.

[91] Ibid.

[92] ibid.

taa valtioelinten keskinäisiä voimasuhteita ja estää se, että joku valtioelimistä saa ylivallan muihin nähden. Samalla säännellään päätöksentekoa. Julkinen valta sidotaan oikeudellisin säännöin. Valtasuhteiden ja päätöksentekomenettelyn sääntelyn tarkoituksena on turvata demokratian toimivuus ja luoda mekanismeja, joiden oletetaan tai ainakin toivotaan olemassaolollaan edesauttavan hyvien tai tarkoituksenmukaisten poliittisten ratkaisujen syntymistä. Kolmanneksi valtiosäännöllä turvataan yksilöille vapauspiiri suhteessa julkiseen valtaan nähden ja säädetään kansalaisen oikeuksista ja velvollisuuksista. Sitä vastoin valtiosäännön luonteeseen eivät yleisesti ottaen kuulu päiväkohtaiset oikeuspoliittiset ratkaisut. Valtiosääntö nähdään, jos ei ikuisena niin kuitenkin suhteellisen muuttumattomana osana oikeusjärjestystä. Valtiosääntö luo perustan alemmanasteiselle lainsäädännölle, kuten termi perustuslaki kuvaa. Valtiosäännön funktioita ovat siten 1) toimijoiden vallan tasapainon sääntely, 2) päätöksentekomekanismien sääntely ja 3) yksilön ja julkisen vallan välisten oikeuksien ja velvollisuuksien sääntely.

Kilpailuoikeuden tehtäviä voidaan tarkastella saman kolmijaottelun perusteella. 1) Kilpailuoikeudella säännellään markkinoilla toimivien yritysten keskinäisiä valtasuhteita. Toimivat markkinat perustuvat ajatukselle, ettei millään markkinoilla toimivista yrityksistä ole ylivoimaista valta-asemaa suhteessa kilpailijoihinsa. Äärimmäistä valta-asemaa edustaa monopoli. Tämän tutkimuksen keskeisenä kohteena on määräävä markkina-asema, jolla tarkoitetaan sitä, että yksi yritys voi käyttäytyä merkittävässä määrin kilpailijoistaan ja asiakkaistaan riippumattomasti; käänteisesti tarkastellen määräävässä asemassa oleva yritys voi omalla toiminnallaan vaikuttaa kilpailijoiden, liikekumppaneiden ja asiakkaiden toimintaedellytyksiin. Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä puututaan tähän toimijoiden vallan tasapainon häiriintymiseen. 2) Kilpailuoikeudella pyritään sääntelemään markkinoiden päätöksentekomekanismia. Toimivassa kilpailussa markkinat ovat itseohjautuvia. Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä puututaan markkinoiden toimintaan niissä tilanteissa, joissa markkinoiden oma ohjaus ei toimi riittävän tehokkaasti. 3) Kilpailuoikeudella säännellään myös yritysten ja viranomaisten välisiä suhteita. Taloudellisen vallan ylikorostuminen aiheuttaa sääntelyn tarpeen, mutta pitää sisällään uuden riskin. Tämä ulottuvuus ei rajoitu tutkimuksen ulkopuolelle jääviin menettelytapa- ja prosessisääntöihin. Yritysten oikeusturvan ja kilpailuviranomaisen vallan kontrollin kannalta keskeinen merkitys on myös aineellisoikeudellisten säännösten luonteella.

Kilpailuoikeudellinen sääntely muodostaa markkinalähtöisen vaihtoehdon monopoli-kapitalismin ongelman ratkaisuun. *Karl Marxin* ratkaisuna oli markkinoiden oman sääntelyn korvaaminen julkisella taloudella. *Adam Smithin* näkymätön käsi tuli korvata näkyvällä kädellä ottamalla tuotantovälineet valtion omistukseen ja ohjaukseen. Kilpailuoikeudessa ratkaisuna on, että markkinat säilytetään, mutta monopolisoitumista pyritään estämään ja/tai sen haittavaikutuksia lieventämään. Tässä tutkimuksessa edustetun näkemyksen mukaan ta-

loudellisen tehokkuuden edistäminen on yksi kilpailuoikeuden perustehtävistä. Markkinoiden ohjaus voi täyttää sille talouden ohjauksessa, resurssien allokoitumisessa, innovaatioiden tuottamisessa ja sosiaalisessa tulonjaossa asetetut tehtävät vain, mikäli kilpailu on toimivaa. Sääntelyn tarkoitusten ja vaikutusten redusoiminen pelkkien taloudellisten vaikutusten tarkasteluun jättäisi olennaisen osan tarkastelun ulkopuolelle. Kilpailuoikeus muodostaa keskeisen osan sopimusvapaudelle ja yksityiselle omistusoikeudelle perustuvan markkinatalouden oikeudellisesta infrastruktuurista.

3.1.3 Oikeudenmukaisuus

Oikeudenmukaisten ratkaisujen edistäminen kuuluu oikeuden yleistavoitteisiin. Oikeudenmukaisuutta voidaan tarkastella materiaaliselta ja prosessuaaliselta kannalta. *Materiaalisella* oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan sitä, että lopputulos, esimerkiksi tuomioistuimen päätös, on oikeudenmukainen. Oikeudenmukaisuudelle annettu merkityssisältö on altis vaihteluille ja määräytyy kulloinkin vallitsevan yhteiskuntamoraalin perusteella. *Prosessuaalisella* oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan sitä, että jokaisella oikeussubjektilla on tasapuoliset mahdollisuudet päästä oikeuksiinsa, esimerkiksi että asioiden käsittely kilpailuviranomaisissa on tasapuolista.

3.1.3.1 Onko oikeudenmukaisuudella itsenäistä merkitystä kilpailuoikeudessa?

Kirjallisuudessa kilpailuoikeuden tehtäviin on luettu myös ei-funktionaalisen ts. muuhun kuin kyseisen subjektin taloudelliseen suoritukseen perustuvan tulon muodostuminen tai vaihtoehtoisesti sellaisten rakenteiden purkaminen, jotka johtavat ylisuurien voittojen muodostumiseen. Tämän näkemyksen mukaan kilpailulainsäädännön tehtäviin voidaan katsoa kuuluvaksi estää muut kuin suorituksella ansaitut tulonsiirrot kuluttajilta monopoliyrityksille. Toiseksi oikeudenmukaisuudelle voidaan antaa itsenäistä merkitystä kilpailukeinojen legitimiteetin kannalta. Monopolivoitto on helpompi hyväksyä silloin, kun se perustuu innovatiivisuuteen kuin silloin, kun taustalla on kilpailunrajoitus. Yritykset saavat vahvistaa asemaansa suorituskilpailun perusteella. Tällöin toisen poistumista markkinoilta ei voida pitää ei-legitiiminä, kun markkinoiden valtaus perustuu oman suorituksen paremmuuteen ja kuluttajia hyödyttävään toimintaan. Lähtökohtaisesti kysymys on prosessuaalisesta oikeudenmukaisuudesta.

Jos kilpailuoikeuden tehtävänä nähdään pelkästään taloudellisen tehokkuuden edistäminen, järjestelyn oikeudenmukaisuuteen ei kiinnitetä huomiota. Lainkäyttäjän tulee hyväksyä myös epäoikeudenmukaiselta näyttävä lopputu-

los, mikäli se edistää tehokkuutta. Perusoletus on, että ajan myötä kilpailumekanismi korjaa itse mahdolliset vääristymät. Markkinat ovat itseään korjaavat, ja vain poikkeuksellisesti niitä tulee säännellä. Vastakkaisen näkemyksen mukaan oikeudenmukaisuudella on lyhyen aikavälin tehokkuutta suurempi itseisarvo. Taloustieteestä poiketen oikeustiede ei voi kokonaan rajata oikeudenmukaisuutta tarkastelun ulkopuolelle. Vielä vähemmän näin voidaan tehdä oikeuspolitiikassa ja lainkäytössä. Tämän on nähty pätevän myös kilpailuoikeuteen, joskin siinä tehokkuusargumentin painoarvo on poikkeuksellisen suuri.[93] Syntyykö tehokkuuden ja oikeudenmukaisuuden välillä todellista ristiriitaa, riippuu olennaisesti myös tehokkuudelle annettavasta merkityssisällöstä. Tehokkuus on mahdollista määritellä myös siten, että sillä tarkoitetaan lainsäädännön tehokkuutta asetettujen yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamisessa.

> Oikeudenmukaisuustavoitteen merkitystä voidaan kuvata esimerkillä, jossa tehoton yritys painostetaan toimituksista kieltäytymisen avulla fuusioitumaan tehokkaan yrityksen kanssa. Jos toimituskielto johtaa tehokkuuden lisäykseen, voitaisiin puoltaa lievää suhtautumista. Mestmäckerin mukaan oikeudenmukaisuustavoite edellyttää puuttumista boikotteihin myös silloin, kun niiden välittömänä seurauksena on tehokkuuden lisäys.[94] Voidaan esittää kaksi muutakin näkökohtaa boikotin kieltämisen puolesta. Ensinnäkin boikotteja voidaan pitää pääsääntöisesti vahingollisina ja tehokkuutta vähentävinä. Tällöin boikottien kieltämistä voidaan pitää perusteltuna myös niissä poikkeustapauksissa, joissa lopputuloksena onkin tehokkuuden lisääntyminen. Toinen perustelu lähtee suorituskilpailun käsitteestä. Suorituskilpailulla tarkoitetaan sitä, että yrityksen käyttämät kilpailukeinot perustuvat etevämmyyteen ja kilpailijoita suurempaan tehokkuuteen eivätkä toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on kilpailijoiden vahingoittaminen. Tällöin boikotteja voidaan pitää markkinatalouden yleisten pelisääntöjen vastaisina ja niihin puuttumista yhteiskuntarauhan ja markkinoiden häiriöttömän toiminnan kannalta perusteltuna.

Materiaalisen oikeudenmukaisuuden osalta voidaan tarkastella sitä, johtaako kilpailuprosessi markkinoilla oikeudenmukaiseen tulonjakoon. Tällöin voidaan erottaa kolme perusperiaatetta: suoritusperiaate, tarveperiaate ja tasapuolisuusperiaate. *Suoritus- tai ansaintaperiaatteella* tarkoitetaan sitä, että talouden subjektin tulo perustuu taloudelliseen suoritukseen.[95] *Tarveperiaate* puolestaan tarkoittaisi, että talouden subjektille kertyvä tulo määräytyy tarpeen mukaan. *Tasa-arvoperiaatteen* mukaan tarkasteltaisiin tulonjaon tasa-arvoisuutta eli

---

[93] Ks. esim. Fox ja Sullivan, Antitrust – Retrospective and Prospective, N.Y.U. L. Rev. 936, 956–57 (1987); kirjassa First/Fox//Pitofsky (1991) s. 2–35.

[94] Mestmäcker (1984 b) s. 73, 89, 132 ss.

[95] Asia voidaan muotoilla siten, että kilpailutalous perustuu ansaintaperiaatteelle. Kilpailulainsäädännössä materiaaliselle oikeudenmukaisuudelle annettu merkityssisältö lienee sovitettavissa yhteen esim. Rawlsin käsityksiin taloudellisen oikeudenmukaisuuden suhteesta markkinoiden toimintaan. Ks. Rawls (1972) s. 271–272.

sitä, että käytettävissä olevat tulot olisivat samassa asemassa olevien subjektien osalta saman tasoisia.[96]

Kilpailupolitiikalla ei välittömästi puututa tulonjakoon. Kyse on lähinnä suoritus- tai ansaintaperiaatteen soveltamisesta. Sen sijaan *välillisesti* voidaan puhua kilpailun tulonjaollisesta vaikutuksesta, sillä kilpailuprosessi estää ylisuurien voittojen muodostumisen tai ainakin purkaa sellaiset keskipitkällä aikavälillä. Toimivan kilpailun vallitessa ylisuuria voittoja voi kertyä lähinnä yrityksille, jotka valmistavat erityisen kysyttyjä ja samalla harvinaisia hyödykkeitä, onnistuvat saavuttamaan merkittäviä säästöjä tuotantokustannuksissaan tai innovoivat uusia hyödykkeitä tai tuotantomenetelmiä. Kilpailijoiden reaktiot ja imitaatio leikkaavat pioneeriyrityksen voittoja, jolloin tilanne normalisoituu kunnes joku yrityksistä tekee seuraavan innovaation. Saman ajatuskulun mukaan kilpailu mahdollistaa standardituotteita valmistaville yrityksille ainoastaan keskimääräistä korkotasoa vastaavan tuoton sijoitetulle pääomalle ja "normaalin" liikevoiton (riskipreemion). Normaalin suoritustason alapuolelle jäävien yritysten tulee ajan myötä karsiutua markkinoilta, jotta niiden sitomat tuotantoresurssit saadaan tehokkaampaan käyttöön.[97]

3.1.4 Tulonsiirrot kuluttajilta kilpailunrajoitukseen osallisille yrityksille

Neoklassisessa taloustieteessä tulonsiirtokysymykset on yleensä rajattu tarkastelun ulkopuolelle. Tätä on perusteltu sillä, että taloustieteen tehtävänä nähdään markkinoilla vallitsevien syy-seuraussuhteiden selvittäminen. Sen sijaan kysymys siitä, miten yhteiskunnan varallisuus tulisi jakaa, on luonteeltaan poliittinen arvostuskysymys.[98] Tästä syystä taloustieteen kilpailuoikeudellista merkitystä korostavat kirjoittajat eivät yleensä kiinnitä huomiota tulonsiirtoihin tai pitävät niitä merkityksettöminä. Sen sijaan kilpailun legitimiteettiä koskevasta näkökulmasta voidaan perustella sitä, että poikkeuksellisten suurten voittojen tulee perustua innovaatioihin, kilpailijoita tehokkaampaan toimintaan, kekseliäisyyteen tai vaikkapa hyvään onneen, mutta ei pakottamiseen, jonka taustalla on monopolivoima ja kuluttajan valinnan vaihtoehtojen puute.[99]

---

[96] On luonteeltaan poliittinen kysymys, miten määritellään ansainta-, tarve ja tasa-arvoperiaatteen väliset painoarvot. Ansaintaperiaate muodostaa markkinatalousjärjestelmässä lähtökohdan, mutta sitä täydennetään tarve- ja tasa-arvoperiaatteilla. Ei liene liioiteltua todeta, että ansaintaperiaatteen toimivuudella on merkitystä myös mahdollisuuksille hyödyntää tarve- ja tasa-arvoperiaatteita.

[97] Ks. esim. Herdzina (1999) s. 32 ss.

[98] Ks. esim. Rothschild (1992) s. 38–58.

[99] Esimerkiksi kartellin pääasiallinen moiteperuste ei johdu välillisesti seuraavasta tuotannon vähentymisestä, vaan hintojen noususta sekä siitä, että kyse on kielletystä järjestelystä, jolla pyritään hankkimaan oikeudetonta hyötyä siihen osallisille. Tämän oikeudettoman hyödyn huomioon ottaminen yhtenä lainsäädännön sisältöön vaikuttavana seikkana tuntuu luontevalta ja perustellulta.

3.1.4.1 Tulonsiirrot – puolesta ja vastaan

Chicagon koulukunta katsoo, että kilpailupolitiikassa tulisi rajoittua tehokkuusvaikutusten tarkasteluun.[100] Metodina on kilpailuteorian rajaaminen hintateoriaan. Katsotaan, että elinkeinotoiminnan mallintaminen deduktiivisten oletusten perusteella on paitsi mahdollista, myös hyödykemarkkinakohtaista analyysia luotettavampaa. Etuna mainitaan myös se, että turvautumalla tapauksen faktojen tarkastelun sijasta deduktiiviseen päättelyyn voidaan säästää kilpailuasioiden käsittelykustannuksissa. *Robert Borkin* muotoileman tavoitteen mukaan kilpailuoikeuden tehtävänä on edistää allokatiivista tehokkuutta vaarantamatta samalla liiaksi yritysten tuotannollista tehokkuutta.

Vastakkaisen harvardilaisen näkemyksen mukaan kilpailuoikeudessa tulisi tunnustaa tulonsiirtojen keskeinen merkitys. Kilpailupolitiikan tehtävänä nähdään kuluttajille haitallisten kilpailunrajoitusten torjuminen.[101] Muun ohella *Lande* kritisoi sitä, että yksipuolinen allokatiivisen tehokkuuden korostaminen johtaa kuluttajien aseman heikentymiseen. Merkittävästi kuluttajan maksamaa hintaa nostava yrityskauppa voidaan hyväksyä varsin vähäisellä tuotannollisen tehokkuuden paranemisella. Syrjintää pidetään hyödyllisenä sen vähentäessä ylihinnoittelun aiheuttamaa allokatiivista tappiota.[102] Yksipuolisen tehokkuuden korostamisen on nähty johtaneen markkinavoiman väärinkäyttöä koskevan valvonnan hiipumiseen.[103]

---

[100] *Robert Borkin* teesin mukaan säädettäessä aikoinaan Sherman Actia vuonna 1890 Yhdysvaltain senaatin tarkoituksena oli ainoastaan turvata elinkeinotoiminnan tehokkuutta, ei esimerkiksi estää taloudellisen vallan keskittymistä tai tulonsiirtoja kuluttajilta monopolistille. Bork on perustellut näkemystään esittämillään sitaateilla lainvalmisteluaineistosta. Ks. Bork (1978) s. 50–66. Borkin oikeushistoriallista tulkintaa tehokkuudesta ainoana Sherman Actin päämääränä on kritisoitu laajalti. Lainvalmisteluasiakirjojen on katsottu osoittavan, että lainsäätäjän tarkoituksena oli suojata kuluttajia tulonsiirroilta. Toisena tavoitteena oli puuttua trusteihin taloudellista valtaa keskittävänä ilmiönä. Rockefellerin trustiin ei haluttu puuttua siksi, että Rockefeller mahdollisesti voisi toimia tehottomasti, vaan siksi, että trusteista katsottiin aiheutuvan taloudellista ja poliittista haittaa laajoille kansalaispiireille. Borkin näkemystä vastaan, jonka mukaan senaatti olisi pitänyt ainoastaan tehokkuusnäkemyksiä keskeisinä, puhuu myös se, että itse asiassa mikrotaloustieteellinen allokatiivisen tehokkuuden konsepti kehitettiin vasta Sherman Actin säätämisen jälkeen. Olisi varsin epätodennäköistä, että lainsäätäjä olisi ollut niin paljon sen ajan taloustieteen eturintamaa edellä, että se olisi perustanut kilpailulainsäädännön konseptille, jonka tieteelliset perusteet esitettiin vasta kymmenisen vuotta Sherman Actin hyväksymisen jälkeen. Ks. esim. Lande (1982).

[101] Tätä perustellaan sillä, että kilpailuoikeuden tavoitteena on perinteisesti ollut turvata kohtuullinen hintataso. Tämä käy ilmi Sherman Actin esitöistä. Kun lakia ei ole kumottu, tulisi sitä soveltaa. Ks. esim. Lande (1982).

[102] Ks. Lande (1989).

[103] Kartellin keskeisenä haittana ei nähdä kuluttajien hyvinvoinnin oikeudetonta ulosmittausta lainvastaisin keinoin, vaan sitä, että maksimaalinen määrä hyödykkeitä jää myymättä ja kartelliin osallisten yritysten tehokkuus mahdollisesti heikkenee. Lande vertaa tilannetta siihen, jos varkauden aiheuttamana oikeuspoliittisena haittana ei lainkaan pidettäisi oikeudetonta tulonsiirtoa rikoksen uhrilta tekijälle vaan pelkästään rikollisuuden muita seurannaisvaikutuksia, esimerkiksi

Williamsonin vuonna 1968 esittämän niin kutsutun *naiivin mallin* mukaan kilpailunrajoituksen tehokkuusvaikutuksia voidaan tarkastella siten, että allokatiivinen tehokkuustappio kompensoidaan tuotannollisen tehokkuuden lisäyksellä.[104] Esimerkiksi markkinoita keskittävä yrityskauppa voi samanaikaisesti nostaa hintatasoa ja tuoda yrityksille tuotannollisia mittakaavaetuja. Jos yrityskaupan tuoma tuotannollisen tehokkuuden lisäys ylittää hinnankorotuksesta aiheutuvan allokatiivisen tappion, yrityskauppa on hyväksyttävä. Williamsonin mukaan jos yrityskaupan jälkeen hintataso nousee vaikkapa 10 prosenttia markkinavoiman lisääntymisen ja kuluttajien vaihtoehtojen vähenemisen seurauksena, hinnannoususta aiheutuva allokatiivinen tehottomuustappio kompensoituu jo 1,2 prosentin produktiivisen tehokkuuden lisäyksellä.[105] Merkittävä kilpailuvaikutus voitaisiin siten kompensoida varsin pienellä tehokkuuden lisäyksellä määräävän aseman saavuttavan yrityksen kustannusrakenteessa.[106] Johtopäätöksenä voisi olla, ettei yrityskauppavalvontaa juurikaan tarvita, koska lähes aina tehokkuushyödyt ylittävät haitat. Vaihtokauppamallia voidaan perustella sillä, että tarkastelussa rajoitutaan ikään kuin kovaan ytimeen, kun ei jouduta ottamaan kantaa siihen, miten varallisuus jakautuu. Williamsonin malli syntyi Yhdysvalloissa aikana, jolloin varsin yksipuolisesti korostettiin markkinavoiman riskejä kiinnittämättä riittävästi huomiota tehokkuusselityksiin. Williamsonin mallin voidaan katsoa terävöittäneen ja monipuolistaneen kilpailuoikeudellista keskustelua.

Vaihtokauppamallia on kuitenkin syytä kritisoida liiasta yksinkertaistamisesta. Kuten *Williamson* itsekin toteaa, vaihtokauppamalli perustuu oletukselle, että lain soveltamisen kannalta ainoa relevantti hyvinvointitappio johtuu juuri allokatiivisesta tehottomuudesta.[107] Haittana voidaan pitää lisäksi tulonsiirtoa kuluttajilta monopoliyritykselle, mahdollista dynaamisen tehokkuuden heikentymistä, X-tehottomuutta, määräävän aseman puolustamisesta aiheutuvia ylimääräisiä kustannuksia ja systeemisiä haittavaikutuksia, joita

---

hälytyslaitteiden määrän lisääntyvää tarvetta tai varkauden seurauksiin kuluvia varoja (esim. vakuutusyhtiöiden korvaukset ja vankilakustannukset). Ongelmana on myös allokatiivisen tehokkuuden yksipuolisuus, teoreettisuus ja hankala käytännön mitattavuus. Tehokkuusajattelu voidaan perustella teoreettisesti, mutta sen käytännön soveltaminen edellyttää yksinkertaistavia oletuksia sen suhteen, mikä on tehokasta ja mikä ei ole.

[104] Ks. Williamson (1968) ja Williamson (1977).

[105] Ks. Williamson (1968). Laskelmassaan Williamson olettaa elastisuuden olevan 2.

[106] Williamsonin johtopäätöstä on käytetty perusteluna yrityskauppavalvonnan tarpeettomuudelle. Jos oletetaan, että Harbergerin arvio allokatiivisen tehottomuuden keskimääräisestä suuruudesta (0,1 % BKT:sta) on lähempänä totuutta kuin esimerkiksi Cowlingin ja Muellerin arvio (4–12 %), voidaan päätyä johtopäätökseen, etteivät yrityskaupat keskimäärin juurikaan heikennä allokatiivista tehokkuutta tai että tuotannollisen tehokkuuden lisäys huomioon ottaen kyse on marginaalisesta ilmiöstä. Tällöin voidaan päätyä kustannus-hyöty-analyysiä soveltaen siihen, ettei yhteiskunnan kannata uhrata huomattavia resursseja yrityskauppavalvonnan vaatiman viranomaisorganisaation luomiseen.

[107] Mallin naiiviudella Williamson tarkoittaa juuri sitä, että se perustuu varsin huomattaviin yksinkertaistuksiin. Mallissa ei käsitellä esimerkiksi mahdollista dynaamista tehokkuutta tai tehottomuutta, vaikutuksia lähimarkkinoilla, tulonsiirtovaikutuksia, kilpailulainsäädännön tavoitteista aiheutuvia muutostarpeita analyysiin tai ylipäätään partiaalisen tarkastelun ulkopuolelle jääviä seikkoja. Mallin käyttökelpoisuutta rajoittavat siten partiaaliselle analyysille tyypilliset rajoitukset. Ks. Williamson (1968) s. 23–29.

markkinoiden keskittymisestä saattaa aiheutua. Näitä käsitellään lähemmin markkinavoiman teoreettisen mallintamisen yhteydessä. Myös mallin käytännön operationalisoitavuus vaikuttaa hankalalta. Konkreettisten arvioiden antaminen jo tietyn yrityskaupan tuomasta tuotannollisen tehokkuuden lisäyksestä on hankalaa,[108] puhumattakaan allokatiivisen tai dynaamisen tehokkuustappion konkreettisesta mittaamisesta.[109] Taloustieteellisessä kirjallisuudessa voidaan nojautua oletuksiin, mutta kilpailuasian ratkaiseva tuomioistuin tarvitsee konkreettisia faktoja.

Tässä yhteydessä kiinnostaa periaatteellinen kritiikki. Mallin teknistä toteuttamiskelpoisuutta käsitellään yrityskauppavalvonnan yhteydessä. Positiivisen tai teknisluonteisen kritiikin ohella lähestymistapaa voidaan arvostella periaatteellisesti sillä perusteella, että siinä syrjäytetään määräävästä asemasta muille yrityksille ja kuluttajille aiheutuva vahinko. Markkinoiden keskittymisestä aiheutuvaa välitöntä haittaa, hintatason nousua, pidetään relevanttina ainoastaan epäsuorasti eli sikäli, kuin se heijastuu allokatiiviseen tehokkuuteen. Monopolin haitta ei aiheudu monopolihinnoittelun kuluttajille aiheuttamista lisäkustannuksista vaan ainoastaan siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys valmistaa hieman vähemmän tavaroita kuin tehokkaamman kilpailun vallitessa. Oletuksena siten on, että kuluttajille aiheutuva tappio ei olisi kilpailuoikeudellisesti relevanttia. Toisekseen, yhteiskunnallinen allokaatiohaitta voidaan kompensoida määräävässä asemassa olevalle yritykselle itselleen aiheutuvalla hyödyllä. Mallin kannalta ei ole relevanttia, miten monopolivoitot käytetään. Kärjistäen, mikäli monopoliyritys rikastuu enemmän kuin mitä kilpailuprosessi vääristyy, kyse on "nettohyödyllisestä" tapahtumasta. Yksi haitta kompensoidaan toisella. Kuluttajien edun huomioon ottavassa mallissa korostetaan sitä, että tehokkuuden lisäyksen tulisi koitua välittömästi kuluttajien hyödyksi.

Landen mukaan merkittävästi markkinoita keskittävien yrityskauppojen arviointi muuttuu olennaisesti, kun huomiota kiinnitetään kuluttajille aiheutuvaan lisäkustannukseen.[110] Kilpailun estyessä sallituiksi voivat tulla ainoastaan

---

[108] Mittaamisvaikeuksia kuvaa osaltaan se, että varsin yleisesti yrityskauppaan osallisten yritysten johto arvioi kaupan vaikutuksia väärin. Tutkimusten mukaan tyypillisesti osapuolet yliarvioivat kustannushyötyjä ja aliarvioivat erilaisten yrityskulttuurien yhteensovittamisesta aiheutuvia vaikeuksia. Jos mittariksi asetetaan kaupan osapuolten ennakko-odotukset, yli puolen kaupoista on arveltu epäonnistuvan. Tehokkuusvaikutusten kilpailuoikeudellisessa mittaamiseksi yleisen epävarmuuden lisäksi erityisongelmiksi nousevat tiedon epäsymmetrisyys ja kaupan osapuolten intressit. Yritykset tuntevat toimintaolosuhteensa kilpailuviranomaisia paremmin, koska niillä on käytettävissä tuotannollinen sisäpiiritieto. Sulautumiseen osallisten yritysten intressissä on korostaa kilpailuviranomaisen suuntaan tehokkuusvaikutuksia ja vähätellä hintavaikutusta, koska tällöin Williamsonin vaihtokauppamalli turvaa niille edullisen lopputuloksen. Kuten todettua, yrityksen johdolla on usein varsin optimistinen käsitys kaupan vaikutuksista. Jos kaupan odotettaisiin vähentävän tehokkuutta, on varsin todennäköistä, että sitä ei tehtäisi.

[109] Millä kertoimella allokatiivinen tehokkuus vaihdetaan produktiiviseen tehokkuuteen? Miten dynaaminen tehokkuus otetaan huomioon? Edellä on todettu kirjallisuudessa olevan varsin riidanalaista, lisääkö vai vähentääkö keskittyminen produktiivista ja dynaamista tehokkuutta.

[110] Perustavasti ks. Lande Robert J. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, 34 Hastings LJ. 65 (1982). Ks. myös Lande (1989).

sellaiset yrityskaupat, jotka merkittävästi lisäävät tehokkuutta. Landen mukaan tulonsiirrot kuluttajilta määräävässä asemassa olevalle yritykselle olisivat keskimäärin vähintään kaksi kertaa allokatiivista tappiota merkittävämpiä.[111] Tulonsiirtojen huomioon ottaminen laskee määräävään asemaa johtavien yrityskauppojen tehokkuuspuolustuksen menestymismahdollisuuksia ja turvaa paremmin kilpailullisten markkinarakenteiden säilymisen. Toinen keskeinen vaikutus on siinä, ettei määräävän aseman väärinkäyttönä ilmenevää hintasyrjintää voitaisi puolustella sillä, että asiakkaita eriarvoisesti kohteleva menettely välillisesti vähentää allokatiivista tappiota.

Kilpailuoikeutta koskevassa taloustieteellisessä kirjallisuudessa esitetään aika ajoin näkemyksiä, joissa tulonsiirtojen torjuminen nähdään mahdollisena valintana, mutta valinnan katsotaan merkitsevän taloudellisen tehokkuuden vähentymistä. Tässä tutkimuksessa näkemystä pidetään huonosti perusteltuna, jopa virheellisenä. Tulonsiirtonäkemyksen hyväksyminen ei merkitse dirigististä kilpailupolitiikkaa, jossa kilpailuviranomaisten tehtävänä olisi aktiivisesti edistää jonkun tietyn väestönryhmän taloudellisia etuja. Kyse on siitä, että kilpailuviranomaisten tehtävänä on estää sellainen vahingollinen kehitys, jossa asiakkaiden maksamat hinnat nousevat kilpailunrajoituksen seurauksena ja jossa kilpailunrajoitus johtaa varallisuuden siirtymiseen kuluttajilta määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle. Kyse ei ole kuluttajien etujen ajamisesta tai tulonsiirtojen aikaansaamisesta, vaan haitallisten kilpailunrajoitusten torjumisesta, eräänlaisesta negatiivisesta utilitarismista.[112] Eri asia on, ettei kilpailuoikeudella pyritä välittömästi vaikuttamaan markkinatoimijoiden väliseen tulonjakoon. Kyse on siitä, miten haitat voidaan kompensoida.

Tulonsiirtojen huomioon ottaminen merkitsee kilpailuoikeudellisesti konkreettisesti sitä, että neoklassisten tehokkuuspuolustusten käyttöala supistuu, tai toisin ilmaisten tehokkuuspuolustuksen hyväksymiselle asetetut vaatimukset tiukkenevat. Esimerkiksi yrityskauppaa ei voida hyväksyä yksinkertaisesti sillä perusteella, että tehokkuuden oletetaan määrällisesti vähentyvän yritykselle itselleen koituvaa tuotannollisen tehokkuuden lisäystä vähemmän. Oletukset pitää pystyä todentamaan tehokkuushyötyjä koskevalla konkreettisella näytöllä. Jotta tehokkuuspuolustuksella olisi merkitystä, hyötyjen tulee siirtyä kuluttajille ja kompensoida heille keskittymisestä aiheutuvat haittavaikutukset.

Tehokkuustarkastelun rajoittaminen allokatiiviseen tehokkuuteen voidaan kyseenalaistaa myös taloustieteellisesti. Merkittävämpi voi käytännössä olla dynaaminen tehokkuustappio.[113] Määräävä asema voi heikentää kannustimia tutkimukseen ja tuotekehitykseen. Esimerkiksi *Behrensin* mukaan staattista

---

[111] Lande (1989) s. 631 ss.; Sullivan/Grimes (2000) s. 12–13.

[112] Ks. käsitteestä esim. Kaufmann, Rechtsphilosophie (1997) s. 93, 150, 176, 178, 186.

[113] Dynaamisten tehokkuustappioiden potentiaalista merkitystä korostaa esim. Hovenkamp (1999) s. 20–26.

tehokkuutta tulee tarkastella kahdelta kannalta, resurssien allokaation ja tulonjaon kannalta.[114] Hyvinvoinnin taloustieteessä tutkitaan tulonjaon taloudellista tehokkuutta.[115] *Borkin* oletus, jonka mukaan tulonsiirto kuluttajilta monopoliyritykselle olisi hyvinvointivaikutuksiltaan neutraali tapahtuma, on yleistyksenä ongelmallinen. Mikäli varallisuus olisi kansantalouden kannalta tehokkaammassa käytössä kuluttajilla kuin monopoliyrityksellä, markkinavoiman kasvusta aiheutuu *distributiivinen tehokkuustappio.*[116] Hyödykkeen monopolisoitumisen haitat eivät rajoitu suinkaan siihen, että hyödykettä tuotetaan hieman vähemmän ja hieman kalliimpaan hintaan. Monopoliyritys vetää yhteiskunnallisia resursseja puoleensa. Resurssien ollessa rajallisia hyödykkeiden tuotanto jää myös muilla sektoreilla pienemmäksi. Kuluttajan joutuessa maksamaan ylihintaa hänen mahdollisuutensa tyydyttää tarpeita muilla hyödykemarkkinoilla heikkenevät. Täysin mahdollista myös on, että varallisuus on yksittäistapauksessa monopoliyrityksellä kuluttajia tehokkaammassa käytössä. Tosiasiassa emme pysty sanomaan mitään kovin varmaa siitä, kumpi oletuksista pitää paikkansa. Kuluttajien edun huomioon ottaminen voi lisätä tai vähentää tehokkuutta, joskin ensimmäinen vaihtoehto vaikuttaa todennäköisemmältä. Näin ollen ei voida väittää, että kuluttajan edun huomioon ottaminen olisi taloustieteen vastaista. Eri asia on, ettei neoklassisella taloustieteellä ole mitään erityistä sanottavaa sen suhteen, miten tulonjako tulisi suorittaa. Mahdollisesti mallintaminen muodostuu monimutkaisemmaksi. Kuluttajan edun huomioon ottamisessa kyse on yhteiskunnalliselle sääntelylle annetusta tavoitteesta, ei varsinaisesti siitä, miten hyvin tavoitetta voidaan tutkia reduktionististen mallien avulla.

Oikeustieteellisessä tarkastelussa vastausta lain tavoitteisiin on haettava en-

---

[114] Ks. Behrens (1986) s. 187-195. Ks. esim. Behrens (1986) s. 188: "So fruchtbar die am Effizienzziel orientierte allokationtheoretische Untersuchung des auf Tauschaktionen beruhenden Marktmechanismus ist, so wichtig ist es zugleich, die distributiven Wirkungen bzw. Voraussetzungen dieses Mechanismus nicht aus den Augen zu verlieren, sondern – wie es im wohlfahrttheoretischen Ansatz durchaus angelegt ist – in die Gesamtanalyse mit einzubeziehen." Näkemystä voidaan perustella sillä, että markkinamekanismin legitimiteetti ja säilyvyys edellyttää mm. sitä, että sen seurauksena syntyvää tulonjakoa voidaan pitää kohtuullisen oikeutettuna. Toisaalta ylimääräisten voittojen ja valta-asemien purkautuminen kuuluvat toimivan kilpailun funktioihin. Kolmanneksi riidanalaisena hypoteesina voidaan mainita, että kuluttajille kertynyt tulo hyödyttää keskimääräisesti kansantaloutta sikäli konkreettisesti, että suuri osa siitä menee tuotantoa elvyttävään kulutukseen. Neljänneksi markkinoiden toiminta on sitä heikompaa, mitä enemmän siihen puututaan suorin sääntelykeinoin. Tämän vuoksi epäsuoran kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarjoamia mahdollisuuksia kannattaa hyödyntää. Viidenneksi hintojen nousun selvittäminen on allokatiivisen tehokkuuden selvittämistä yksinkertaisempaa ja kustannustehokkaampaa, ja kilpailuviranomaisilla voidaan olettaa olevan paremmat valmiudet sen selvittämiseen. Kuudenneksi kuluttajan hyvinvointia koskevan standardin omaksuminen ei merkitse sitä, etteikö tehokkuuteen kiinnitetä huomiota, vaan ainoastaan sitä, että kyse täytyy olla yleisestä hyödystä.

[115] Ks. esim. Sen (2000) s. 87–92.

[116] Toki voidaan esittää myös päinvastainen hypoteesi. Schumpeterin teoriassa monopolivoitot ovat hyödyllisiä, koska ne mahdollistavat investoinnit tutkimukseen ja tuotekehitykseen.

sisijaisesti lain sisällöstä ja erityisesti sen tavoitelausumista. Vasta tämän jälkeen tulee toissijaisesti tarkastella mahdollisia aukkoja sekä sitä, miten mahdolliset ristiriidat eri tavoitteiden välillä ovat sovitettavissa yhteen. Jäljempänä käsitellään erikseen Suomen ja EY:n kilpailuoikeuden tavoitteita. Ne pyritään esittämään tiivistetyssä muodossa. Toisaalta jatkotutkimusta silmällä pitäen pyritään selvittämään, mitä eroja tavoitteiden välillä on osoitettavissa. Mahdollisia tavoitekonflikteja käsitellään myöhemmin markkinavoiman teoreettisen käsittelyn yhteydessä.

3.1.5 Yhteenveto

Kilpailulainsäädännön vapautta, tehokkuutta ja oikeudenmukaisuutta koskevat tavoitteet voidaan ryhmitellä seuraavan taulukon mukaisesti.

1. Vapaustavoite
1.1 yksilön vapaus: elinkeinonharjoittamisen ja valinnan vapauden turvaaminen
1.2 mikrotason vapaus: vapaa markkinoille pääsy ja niiltä poistuminen
1.3 makrotason vapaus: poliittisen päätöksenteon demokraattisuuden ja kansalaisvapauksien turvaaminen

2. Tehokkuustavoite
2.1 yritystaso: produktiivinen tehokkuus
2.2 mikrotaso: allokatiivinen ja dynaaminen tehokkuus relevanteilla hyödykemarkkinoilla
2.3 makrotaso: kansantalouden tehokas toiminta ja kansainvälinen kilpailukyky

3. Oikeudenmukaisuustavoite
3.1 yksilötaso: suoritusperusteinen oikeudenmukaisuus
3.2 mikrotaso: käytettävien kilpailukeinojen legitiimisyys; reiluustavoite
3.3 makrotaso: markkinatalouden justifikaatio; suoritukseen perustumattomien voittojen purkaminen; tasapuolisten mahdollisuuksien turvaaminen

3.2 EY:N KILPAILUOIKEUDEN TAVOITTEET

Rooman sopimuksen kilpailusääntöjä koskeva luku ei sisällä erityistä tavoitelausumaa. EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet määräytyvät yhtäältä perustamissopimuksen alkuun sijoitettujen yleisten tavoitelausumien perusteella. Tulkintaapuna voidaan vedota EY:n komission kilpailupolitiikkansa tavoitteita koske-

viin lausumiin ja EY:n tuomioistuimen ratkaisuihin. Sen sijaan kilpailunrajoituslain 1 § sisältää erillisen tavoitelausuman. Kansainvälisesti tarkastellen kilpailuoikeuden tavoitteiden joustava tulkitseminen ei ole poikkeuksellista. Esimerkiksi Yhdysvaltain Sherman Act ei sisällä erityistä tavoitesäännöstä, mikä on aiheuttanut kiistoja lain tavoitteista.[117]

EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet määräytyvät perustamissopimuksen yleisten tavoiteasettelujen mukaan. Perustamissopimuksen 2 artiklan mukaan tavoitteena on yhteis-markkinoiden perustaminen, kansallisten rajojen poistaminen, taloudellisen toiminnan sopusointuinen kehitys ja jatkuva taloudellinen kasvu. Tämä toteutuu mm. tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääoman liikkumisvapauden turvaamisella sekä liikkuvuutta rajoittavien esteiden poistamisella jäsenvaltioiden väliltä (3 artikla). Peruslähtökohtana on talouspolitiikka, joka rakentuu vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteelle (4 artikla). Perustamissopimuksen artiklan 3 g mukaan yhteisön tavoitteisiin kuuluu sellaisen järjestelmän käyttöönotto, jolla estetään kilpailun rajoittuminen tai vääristyminen yhteismarkkinoilla. *Bellamyn ja Childin* kommentaariteoksen mukaan EY:n kilpailuoikeuden tavoitteena on 1) estää, että yhteisöoikeudella poistetut julkiset kaupan esteet korvataan yritysten asettamilla esteillä, 2) turvata tehokas kilpailu yhteismarkkinoiden liikkeelle panevana voimana, ja 3) edistää tehokkuutta, innovaatioita ja edullista hintatasoa.[118]

EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet määräytyvät yhtäältä perustamissopimuksen alkuun sijoitettujen yleisten tavoitelausumien perusteella. Toisaalta tulkinta-apuna usein vedotaan EY:n komission kilpailupolitiikkansa tavoitteita koskeviin lausumiin ja EY:n tuomioistuimen ratkaisuihin. Primäärioikeuden varsin yleiselle tasolle jääviä luonnehdintoja täydennetään sekundaarioikeudesta saatavilla viitteillä ja vailla varsinaista oikeudellista sitovuutta olevilla julkilausumilla ("soft law"). Usein siteerataan EY:n komission 9. kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa (1979) esittämää yhteenvetoa EY:n kilpailupolitiikan päämääristä:

> "The first fundamental objective is to keep the common market open and unified. The metamorphosis of isolated national markets into a single vast market could not succeed without the establishment of some basic rules. The

---

[117] Kilpailuoikeudelle näyttäisi olevan ominaista, että sääntelyn tavoitteet muotoutuvat kulloisenkin yhteiskunnallisen tilanteen mukaan, jossa markkinoita säännellään. Kilpailuoikeuden tavoitesisältö määräytyy yhteiskuntapolitiikassa kulloinkin pinnalla olevien virtausten ja markkinoiden senhetkisten sääntelytarpeiden perusteella. Etuna on joustavuus, kun kilpailupolitiikkaa ei sidota ajallisesti vanhentuviin tavoitekombinaatioihin, jollaiset ehkä estäisivät sopeutumisen talouden muutoksiin. Sikäli kuin kilpailuoikeudelle asetetaan lain tasolla päämääriä, ne näytettäisiin muotoiltavan varsin joustavasti. Haittana on epämääräisyys. Kilpailuoikeuden kaltainen, avoimien lausekkeiden varaan rakentuva ja lain soveltajalta arvostusratkaisuja edellyttävä oikeudenala on kunnolla ymmärrettävissä vain, mikäli lain tavoitteisiin kiinnitetään riittävästi huomiota.

[118] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 39–43.

fear was that obstacles to freedom of movement and long standing differences in firms' business environments, which were present to a disproportionate extent when the common market was formed, would tempt member governments to take measures to protect certain firms or aggravate the tendency to engage in defensive restrictive practices on the part of the firms themselves. The same protectionist reflexes are still raising their heads particularly at times of economic difficulty, even in an enlarged and unified market which reproduces as far as it can the characteristics of a domestic market. There is accordingly a continuing need - and this is the primary task of the Community's competition policy – to forestall and suppress restrictive or abusive practices of firms attempting to divide up the market again so as to apply artificial price differences or impose unfair terms on their customers. [...]

Nevertheless, the perpetual struggle to unify common market is not the only objective of the system to ensure undistorted competition. It is an established fact that competition carries within the seeds of its own destruction. An excessive concentration of economic, financial and commercial power can produce such far-reaching structural changes that free competition is no longer able to fulfil its role as an effective regulator of economic activity. Consequently, the second fundamental objective of the Community's competition policy must be to ensure that at all stages of the common market's development there exists the right amount of competition in order for the Treaty's requirements to be met and aims attained. The desire to maintain a competitive structure dictates that the Commission's constant vigilance over abuses by dominant firms and over mergers which result in abrupt and substantial increases in the in the market shares of such firms [...]

Thirdly, the competition system instituted by the Treaty requires that the conditions under which Competition takes place remain subject to the principle of fairness in the market place. [...]"

Sitaatin perusteella EY:n kilpailupolitiikan tavoitteet voidaan ryhmitellä 1) markkinoiden avoimuuteen, 2) kilpailullisen markkinarakenteen ylläpitämiseen ja 3) kilpailun reiluuden ylläpitämiseen. Yleisempi tapa ryhmitellä EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet on jakaa ne kahteen suurempaan pääryhmään, *kilpailutavoitteeseen* ja *integraatiotavoitteeseen.* Kilpailutavoitetta ilmentää erityisesti Rooman sopimuksen artikla 3 g.

Ideologisesti EY:n kilpailuoikeuden tavoitteiden asettaminen on perinteisesti levännyt EU:n integraation edistämisen varassa. EY:n kilpailuoikeuden on edistettävä yhteismarkkinoiden luomista. Markkinoiden avaaminen ja niiden pitäminen avoimina onkin luonteva osa kilpailupolitiikkaa.[119] EY:n kilpailuoikeudella puututaan erityisesti sellaisiin kilpailunrajoituksiin, joiden seurauksena tavaroiden, palvelujen ja muiden hyödykkeiden liikkuminen jäsenvaltioiden välillä estyy. Toiseksi kilpailupolitiikalla voidaan edistää jäsenvaltioiden välisen kaupan lisääntymistä ja markkinoiden yhteen kasvamista. Oikeuskäytän-

[119] Ks. esim. Schaub, kirjassa Ehlermann/Laudati (1998) s. 119,126 ss.

nössä yhteismarkkinatavoite on ilmennyt erityisesti suhtautumisessa vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin. Jo tapauksessa *Consten/Grundig*[120] todettiin, ettei jälleenmyyntisopimuksia ja tavaramerkkejä saa käyttää siten, että markkinat jakaantuisivat erillisiksi saarekkeiksi.[121] Yhteismarkkinoiden synnyttyä tai ainakin tavoitteen tultua lähemmäksi keskustelun painopiste näyttää siirtyneen integraatiosta kilpailutavoitteen sisältöön.[122] Taloustieteen merkityksen lisäännyttyä on ryhdytty keskustelemaan siitä, mikä suhde yhtäältä taloudellisella tehokkuudella ja toisaalta muilla arvoilla, kuten integraatiolla, elinkeinonharjoittamisen vapaudella tai oikeudenmukaisten markkinatulosten turvaamisella on tai tulisi olla EY:n kilpailupolitiikassa.[123]

3.2.1 Kilpailutavoite

EY:n kilpailuoikeuden kilpailutavoite ilmentää samoja päämääriä kuin kilpailuoikeudessa yleensä. Kuten kotimaisessakin kilpailuoikeudessa, kilpailusäännöillä pyritään ylläpitämään toimivaa kilpailumekanismia. Kilpailun toimivuuteen liittyvät tavoitteet ovat samoja kuin muissakin kilpailuoikeudellisissa järjestelmissä. Ensinnäkin halutaan estää se, että yritykset rajoittavat kilpailua keskinäisin sopimuksin. EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Metro I*, että tavoitteena ei ole täydellinen kilpailu vaan toimivan kilpailun aikaansaaminen. Kilpailun "toimivuus" määritetään siten, että kilpailun määrän on oltava riittävä varmistamaan EY:n perustamissopimuksen perusvaatimusten ja tavoitteiden saavuttaminen.[124] Vaikka määritelmä on sisällöllisesti tyhjänpuoleinen, käy siitä kuitenkin ilmi, ettei tavoitteena ole atomistinen kilpailu.[125] Kyseisessä

---

[120] *Consten ja Grundig v. komissio*, 56 ja 58/64, Kok. 1966 s. 340.

[121] Ks. tältä osin myös esim. 21. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 43–44.

[122] Ks. esim. Schaub (1997) s. 128, kirjassa Ehlermann/Laudati (1998); Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 5–7.

[123] Ks. esim. kirjasta Ehlermann/Laudati (1998) Faull s. 502, Neven (1997) s. 111, 117 ss.; Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 1–10.

[124] Ks. *Metro v. komissio*, 26/76, Kok. 1977 s. 1875, tuomion kohta 4. EY:n tuomioistuin totesi, että arvioinnin mittapuuna on ... "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 attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market." Ks. myös Everling (1990) s. 995; Leivo/Leivo (1997) s. 4.

[125] Toisaalta lausuma kuvaa sitä, ettei EY:n kilpailuoikeus muodosta muista politiikanlohkoista erillistä aluetta, vaan että kilpailupolitiikka palvelee samaa integraatiotavoitetta kuin muutkin politiikat. Toisaalta tavoiteltavilla päämäärillä täytyy olla selkeä yhteys kilpailuun. Kilpailupolitiikalla voitaisiin tuskin edistää uskottavasti esim. muinaismuistomerkkien suojelua, sukupuolten välistä tasa-arvoa tai kalakannan säilymistä. Ristiriita muihin politiikanlohkoihin joudutaan siten ratkaisemaan tavoitteiden ja keinojen punninnan ja yhteensovittamisen tietä.

tapauksessa kyse oli selektiivisestä jakelusta.[126] EY:n tuomioistuin hyväksyi jakelumallin, koska lievää hintojen nousua kompensoi mahdollisuus tarjota kuluttajille parempaa palvelua. Toiseksi turvataan kilpailullista markkinarakennetta. Tapauksessa *Continental Can* tuomioistuin totesi, että yhteisön kilpailun toimivuutta koskevien päämäärien saavuttaminen edellyttää markkinakäyttäytymisen valvonnan ohella sitä, ettei markkinarakenne keskity niin paljon, että se kahlitsisi kilpailua.[127] Kolmanneksi voidaan katsoa suojeltavan kilpailua instituutiona eli vapaan kilpailun varaan rakentuvaa päätäntäjärjestelmää.[128]

3.2.2 Integraatiotavoite

Yhteismarkkinoiden luominen ja niiden auki pitäminen muodostaa EY:n kilpailuoikeuden keskeisen tavoitteen. Yhteismarkkinat eivät avaudu, jos markkinoita perinteisesti hallitsevat kansalliset markkinajohtajat estävät muista maista olevien yritysten pääsyn niiden kansallisille markkinoille. Toisaalta yhteismarkkinatavoitteen perusteella komission ratkaisukäytännössä voidaan suhtautua lievemmin yrityskauppaan, jos sen arvellaan edistävän yritysten pureutumista toistensa perusalueille ja edistävän markkinoiden yhteen kasvamista.[129] Integraatiotavoite näkyy erityisesti rinnakkaistuonnin suojaamisena. Yhteismarkkinoiden toimivuuden katsotaan edellyttävän sitä, että hyödykkeet voivat vapaasti liikkua jäsenmaasta toiseen sen jälkeen kun myyjä on laskenut ne liikenteeseen.[130]

Integraatiotavoite voi siten johtaa yksittäistapauksessa tiukempaan tai lievempään suhtautumiseen kuin mihin pelkät kilpailuoikeudelliset argumentit yksinään antaisivat aihetta. Kuitenkaan mitään syvällisempää perusristiriitaa kilpailun ja integraation välillä ei voida nähdä. Päinvastoin, integraation edistäminen on siihen liittyvän markkinoiden avautumisen vuoksi yleensä mitä tehokkain tapa edistää kilpailua. Pääsääntöisesti kilpailutavoite- ja integraatiotavoite johtavat samaan lopputulokseen. Integraatiotavoitetta onkin kritisoitu etu-

---

[126] Ehkäpä tarkoituksenakin on ollut välttää sitoutuminen tiettyyn koulukuntaan. Tällä kannalla vaikuttaa olevan esim. Weatherill teoksessa Weatherill/Beaumont (1995) s. 662: "The techniques of market regulation considered in this and the following chapters combine to keep the market operating in a state in which many economic and social intrerests are acknowledged but no single theory is allowed to dominate. Workable competition describes the melting pot of the modern Western economy."

[127] *Europemballage ja Continental Can v. komissio*, 6/72, Kok. 1973 s. 215, tuomion kohta 26.

[128] Ks. tästä esim. Mestmäcker, teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 4–22. Ei voida toisaalta katsoa, että EY-oikeuden taloudellinen konstituutio määrittäisi kovin tarkasti noudatettavan talouspolitiikan sisältöä. Se voi olla joko liberalistista tai rakentaa enemmän markkinoiden regulaation varaan. EY:n primaarinormisto asettaa vain ulommaiset rajat, joiden sisällä liikutaan. Ks. tästä esim. Joerges (1994).

[129] Ks. Weatherill/Beaumont (1995) s. 662–667.

[130] Ks. esim. Bellamy/Child (2001) s. 41.

päässä sillä perusteella, että se johtaa esim. rinnakkaistuonnin osalta tiukempaan tulkintaan kuin mihin pelkkä taloustieteellinen analyysi antaisi aihetta.[131] Väittämä on kuitenkin koulukuntasidonnainen eikä siihen voida näin yleisesti esitettynä[132] tässä tutkimuksessa yhtyä.[133]

Kirjallisuudessa on osin esitetty, että yhteismarkkinat olisi luotu ja tämän vuoksi integraatiotavoitteen merkitys EY:n kilpailuoikeudessa olisi hiipumassa. Integraation sijaan tulisi tarkastella taloudellista hyvinvointia. Näkemykseen voidaan yhtyä siltä osin, että yhteismarkkinat ovat olennaisesti pidemmällä kuin 1970- ja 1980-luvuilla. Taloustieteellisen analyysin lisääminen on kiistatta hyödyllistä. Yhteismarkkinoiden saavuttaminen ei kuitenkaan poista tarvetta puuttua toimenpiteisiin, joilla markkinat suljetaan, eikä todellisista yhteismarkkinoista kaikilta osin voida puhua.[134] Kysymys kilpailuoikeudelle asetettavista tavoitteista on kuitenkin luonteeltaan normatiivinen ja ratkeaa lainsäätäjän antaman tavoitekehikon perusteella.

Integraatiotavoitteen todellinen merkitys voidaan hahmottaa vain, jos kilpailuoikeutta tarkastellaan osana yhteismarkkinaoikeutta. Samaan kilpailunrajoitukseen voidaan ajatella puututtavan määräävän aseman väärinkäyttökiellon tai tilanteesta riippuen esim. tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan 28 (ent. 30) artiklan tai palvelujen tarjoamisen vapautta koskevan 49 (ent. 59) artiklan perusteella.[135]

---

[131] Ks. esim. Korah kirjassa Ehlermann/Laudati (1998) s. 532–539; Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 248–250. Weatherill toteaa, että tarkasteltaessa esim. vertikaalisia sopimuksia pitkällä tähtäimellä integraatiotavoite ja tehokkuustavoite eivät liene ristiriidassa. Lyhyellä tähtäimellä ristiriitaa voi esiintyä, joskaan ei kovin voimakkaassa muodossa. Ks. Weatherill/Beaumont (1995) s. 607. Lienee periaatteessa mahdollista, että joissakin tapauksissa varallisuusoikeudet saatettaisiin saada tehokkaampaan käyttöön, mikäli sallittaisiin voimakkaampi aluesuoja. Kuitenkin yleisesti ottaen markkinoiden avaamista voidaan pitää mitä tehokkaimpana kilpailupolitiikkana, eikä markkinoiden jakamista tai sulkemista voida pitää kuluttajien etujen mukaisena.

[132] Ristiriita voi kuitenkin syntyä, jos esim. tietyn jakelutavan käyttöönotto edellyttäisi ollakseen taloudellisesti kannattava absoluuttisen aluesuojan antamista, mitä EY:n kilpailuoikeus ei salli. Tällöin seurauksena voi olla, että jakelutapa jää ottamatta käyttöön tai jakelujärjestelmää muokataan kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävämmäksi valitsemalla taloudellisesti tehottomampi jakelutapa. Esimerkiksi jakelijalle asetettu kielto myydä hyödykettä rinnakkaistuojille saatetaan korvata ostamalla jakelusta vastaava yritys, jolloin kilpailunrajoitus muuttuu sallituksi konserninsisäiseksi rajoitukseksi. Ks. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 243–245.

[133] Ks. kuitenkin argumentaatiota kirjassa Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 255–257.

[134] Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa yhteismarkkinatavoite nähdään välillä häiriötekijänä, joka hankaloittaa "puhtaan" taloustieteellisen analyysin läpiviemistä. Tehokkuustarkasteluun perustuva lakien ja tuomioistuinten päätösten arviointi olisi "yksinkertaisempaa" ja analyysi "johdonmukaisempaa", jos tehokkuus nostetaan ainoaksi päämääräksi ja muista tavoitteista luovutaan. Ks. tehokkuustarkastelun yksinomaisuuden puolesta esim. Määttä (2001) s. 83–97. Määttä kuitenkin toteaa (s. 97), että oma lukunsa on se, miten tehokkuus yksittäistapauksessa operationalisoidaan, minkä vuoksi se usein puetaan konkreettisimmiksi argumenteiksi, kuten esimerkiksi tarpeeseen estää vapaamatkustamista.

[135] EY:n kilpailuoikeudessa julkisen vallan aikaansaamiin kilpailunrajoituksiin suhtaudutaan olennaisesti tiukemmin kuin Yhdysvalloissa, joissa nk. *State Action doctrine* johtaa useimpien julkisen vallan aikaansaamien kilpailunrajoitusten jäämiseen kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle Doktriinin osalta ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 721–741.

EY:ssä kilpailunrajoituksen toteaminen viranomaistoiminnaksi johtaa sovellettavan normin ja vastuullisen komission pääosaston vaihtumiseen, ei kilpailuongelman poistumiseen esityslistalta.[136] Markkinoille pääsyä koskeviin rajoituksiin voidaan puuttua myös RS 86 (ent. 90) artiklan avulla, joka antaa komissiolle rajoitettuja päätöksentekovaltuuksia. EY:ssä kilpailuoikeuteen laajassa merkityksessä on luettava antitrusti-lainsäädäntöä kattavampi välineistö, jonka avulla voidaan poistaa jäsenvaltion viranomaisten ja/tai yritysten ja viranomaisten yhdessä luomia markkinoille pääsyn esteitä.[137] EY:n kilpailuoikeuden todellisen merkityksen oivaltaminen ei liene mahdollista, ellei huomiota kiinnitetä kilpailulainsäädännön rooliin osana laajempaa yhteismarkkinaoikeutta.

3.2.3 Reiluustavoite?

Taloudellisen tehokkuuden ohella EY:n kilpailuoikeudessa pyritään turvaamaan asiakkaiden ja markkinoilla toimivien pienempien yritysten asema. Pienyritysten suojelu ei tarkoita sitä, että pienyrityksiä suojeltaisiin suurempien ja tehokkaampien yritysten taholta tulevalta kilpailulta. Kyse on kilpailun reiluudesta, jolla perimmiltään tarkoitetaan kilpailukeinojen legitiimisyyttä.[138] Käytettävien kilpailukeinojen tulee perustua oman suorituksen paremmuuteen, ei esimerkiksi asiakkaiden sitomiseen tai kilpailijan tarkoitukselliseen vahingoittamiseen. Pienyrityksen suojelemisena voitaisiin pitää esim. de minimis -sääntöä tai sitä, että pienille ja keskisuurille yrityksille on myönnetty tiettyjä helpotuksia ryhmäpoikkeusasetuksissa. Näiden säännösten taustalla on kuitenkin pienyritysten vähäisempi markkinavoima, mikä tekee kilpailunrajoituksista harmittomampia. EY:n politiikalle ovat lisäksi ominaisia erinäiset pienyritysten

---

[136] EY:n komissio voi vaatia julkisen kilpailunrajoituksen poistamista ja tarpeen vaatiessa nostaa RS 226 (ent. 269) artiklan mukaisen sopimusrikkomuskanteen EY:n tuomioistuimessa. Julkinen kilpailunrajoitus voidaan riitauttaa kansallisessa tuomioistuimessa, jolloin asia voi tulla EY:n tuomioistuimen ratkaistavaksi RS 234 (ent. 277) artiklassa tarkoitetun ennakkoratkaisupyynnön kautta.

[137] Oivallisen esimerkin tarjoaa EY:n tuomioistuimen päätös Suomen autoveroa koskevassa asiassa *Tulliasiamies ja Siilin*, C-101/00, EY:n tuomioistuimen ennakkoratkaisu 19.9.2002. Tapauksessa todettiin Suomen autoverotuksen syrjivyys – asiantila, joka oli ollut asiantuntijoille selviö jo vuosia ennen EY:n tuomioistuimen päätöstä. Autoverolainsäädännöllä on käytännössä estetty lähes täysin niin uusien kuin käytettyjen henkilöautojen rinnakkaistuonti. Kilpailuoikeudellisesti rinnakkaistuonnin vapaus on EY:n kilpailuoikeuden tärkeimpiä periaatteita. Kuitenkaan Suomen osalta tällä periaatteella ei ole ollut merkitystä niin kauan kun rinnakkaistuonti on ollut taloudellisesti mahdotonta kotimaisia merkkimaahantuojia suosivan syrjivän verolainsäädännön vuoksi. Rinnakkaistuonnin vapautta koskeva kilpailuoikeudellinen periaate saa siten täällä sektorilla merkitystä Suomessa vasta sitten, kun julkisen vallan aikaansaama kilpailunrajoitus on poistettu. Mainittu esimerkki kuvaa antitrusti-lainsäädännön ja laajemman yhteismarkkinaoikeuden välistä yhteispeliä.

[138] Ks. Timonen (1997) s. 222–223; ks. myös esim. 9. kilpailupoliittinen kertomus, s. 9–10.

asemaa koskevat toimenpideohjelmat. Pieniä ja keskisuuria yrityksiä voidaankin pitää taloudessa tärkeänä elementtinä ei vähiten niiden työllistävän vaikutuksen vuoksi. Kilpailun reiluutta koskevaa tavoitetta voidaan pitää järkevänä siltä osin, kuin lähtökohtana on suorituskilpailu. Tavoitteena voidaan puoltaa myös markkinatoimijoiden toimintavapauden suojaamista. Sen sijaan tehokkuustappiota aiheuttaisi lähestymistapa, jossa kilpailuviranomainen ottaa lähtökohdakseen suojella tiettyä yritystä tai yrityksiä tehokkaammalta kilpailijalta. Kilpailuoikeuden tehtävä on suojella kilpailua, ei kilpailijoita. Tietyt EY:n komission ja tuomioistuimen ratkaisut viittaavat siihen, että merkitystä voitaisiin antaa myös kilpailijoiden suojaamiselle.[139] Periaate on kuitenkin kiistanalainen, eikä sitä voida suositella. Viime vuosina EY:n komission käytännössä on alkanut korostua tehokkuustarkastelu, jossa päähuomio kiinnitetään järjestelyn vaikutuksiin kilpailun toimivuudelle ja kuluttajille. Tehokkuuden merkitys on kasvamassa, mutta se ei ole muodostumassa ainoaksi tavoitteeksi.

3.3 KILPAILUNRAJOITUSLAIN TAVOITTEET

Kilpailunrajoituslain 1 §:n mukaan lain tavoitteena on "terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta". Lakia sovellettaessa on erityisesti otettava huomioon "kuluttajien etu ja elinkeinotoiminnan harjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta".

Kilpailunrajoituslain 1 § on säilynyt samassa muodossa vuoden 1988 kilpailunrajoituslaista. Samanaikaisesti kilpailunrajoituslain muut säännökset ovat kokeneet merkittävän muodonmuutoksen.[140] Vuoden 1988 kilpailunrajoituslailla on varsin vähän yhteistä voimassaolevan, vuonna 1998 muutetun lain kanssa.[141] Soveltamisympäristö 2000-luvun Euroopan unioniin integroituneessa Suomessa on selvästi erilainen kuin 1980-luvun korporatiivisessa Suomessa, jossa hinnoista sovittiin keskitetyillä tuloratkaisuilla ja markkinoita säänneltiin

---

[139] Ks. esim. *Hugin/Liptons*, EYVL 1978 L 22/23; *Hugin v. komissio*, 22/78, Kok. 1979 s. 1869.

[140] Lain tavoitteita on käsitelty varsin yksityiskohtaisesti lain esitöissä. Säännös on säilynyt pitkään lähes samassa muodossa. Ks. HE 162/1991 vp. s. 9; ks. myös Kilpailulainsäädännön uudistamistyöryhmän mietintö 1991:15. Vuoden 1992 lain määritelmä vastaa vuoden 1988 lain määritelmää (Ks. HE 148/1987 vp.; Kilpailu- ja hintakomitean mietintö 1987/4, s. 116).

[141] Laki perustui väärinkäyttöperiaatteelle. Kieltoperiaatetta pidettiin liian joustamattomana. Vaikka tavoitesäännös on säilynyt ennallaan, keinot, joilla tavoitteisiin pyritään, ovat kokeneet merkittävän muodonmuutoksen. Vuoden 1988 väärinkäyttövalvonnalle perustuva laki korvattiin 1992 pääosin kielloille ja sanktioille perustuvalla sääntelyllä. Vuoden 1998 kilpailunrajoituslailla yritysten käyttäytymisen sääntelyn ohella ryhdyttiin turvaamaan kilpailullista markkinarakennetta. Käyttöön otettiin yrityskauppavalvonta, jollaista vuosien 1987 ja 1991 toimikuntamietinnöissä monisanaisesti oli vastustettu. Myös kilpailuoikeudella säänneltävät markkinat ovat muuttuneet.

suorin sääntelykeinoin. Myöskään EY-oikeudella ei ollut vielä tuolloin sanottavaa merkitystä kotimaisen kilpailulainsäädännön soveltamisessa. Kuitenkin kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitenormi on kaikista muutoksista huolimatta säilynyt entisessä muodossaan. Keinot vain ovat täysin erilaiset.

Säännöksen pitkäikäisyys viittaa ensinnäkin normin joustavuuteen. Lain 1 §:n tavoitesäännöksen avulla on voitu toteuttaa varsin erilaista kilpailupolitiikkaa varsin erilaisissa olosuhteissa. Ilmeisesti säännöksellä on voitu tavoittaa jotain olennaista kilpailuoikeudesta. Toisekseen muuttuneet keinot ja muuttuneet olosuhteet antavat aiheen varovaisuuteen. Käytännössä tavoitteet ja keinot menevät lomittain, eikä niitä voida erottaa ilmatiiviisti toisistaan.[142] Keinoissa tapahtuneen radikaalin muutoksen voidaan olettaa säteilevän lainsäätäjän ja soveltajan käsitykseen siitä, millaista on toimiva kilpailu, mitä kuluttajan etu edellyttää tai millaisin normein elinkeinonharjoittajan oikeutta elinkeinonsa vapaaseen harjoittamiseen suojataan. Mahdollisesti keinojen ja sääntely-ympäristön muutokset vaikuttavat takaisin tavoitenormin tulkintaan.

3.3.1 Terve ja toimiva taloudellinen kilpailu

3.3.1.1 Toimiva kilpailu

Toimiva kilpailu on määritelty vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä[143] seuraavasti:

> "Toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan hintamekanismiin, eikä keinotekoisia alallepääsyn esteitä esiinny. Elinkeinonharjoittajat voivat vapaasti päättää kilpailukeinojensa käytöstä taloudellisten tosiasioiden ohjaamina. Toisaalta yhteiskunnallisesti toivottavan taloudellisen kilpailun tulee nojautua lain ja hyvän tavan mukaisiin kilpailukeinoihin."

Kilpailun toimivuudella tarkoitetaan sitä, että tarkastelun kohteena olevilla markkinoilla kilpailu on kokonaisuudessaan toimivaa ja täyttää sille asetetut tehtävät talouden ohjausmekanismina. Edellytyksenä on, että kilpailu ei ole ainoastaan oikeudellisesti mahdollista vaan että yritykset myös tosiasiallisesti kilpailevat keskenään. Kilpailumekanismi lisää ja ylläpitää talouden *tehokkuutta.* Käytettävissä olevat resurssit allokoituvat parhaimmalla mahdollisella taval-

---

[142] Tarve torjua markkinarakenteen keskittyminen viittaa valitun keinon hyväksymisessä tapahtuneen muutoksen ohella myös jotain tavoitteissa tapahtuneen muutoksen suhteen. Tarve suojata kilpailua koetaan tärkeämmäksi silloin, kun keinoja joilla tavoitteeseen pyritään, olennaisesti tehostetaan. Kuluttajia voidaan suojella puuttumalla neuvotteluin erityisen vahingollisiksi koettuihin ääritilanteisiin tai kieltämällä kilpailunrajoituksia lain tasolla ja suojaamalla kilpailun rakenteellisia edellytyksiä.

[143] Ks. HE 162/1991 vp. s. 1.

la ja kilpailu luo kannusteita uusien ja parempien hyödykkeiden ja tuotantoprosessien käyttämiseen. Yritysten kannalta kyse on siitä, ettei niiden toimintaa perusteettomasti estetä tai rajoiteta muiden toimijoiden taholta. Toimivan kilpailun käsitettä täsmennetään vuoden 1987 Kilpailu- ja hintakomitean mietinnössä seuraavasti:[144]

> "Ilmaisulla toimiva taloudellinen kilpailu asetetaan normi, johon toteutunutta markkinakäyttäytymistä on lakia sovellettaessa verrattava. Toimiva taloudellinen kilpailu ei ole klassisen talousteorian mukaista vapaata tai puhdasta kilpailua, vaan se voi toteutua myös monopolistisen tai oligopolistisen markkinarakenteen leimaamilla markkinoilla. Toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu pääsäännön mukaan elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan markkinamekanismiin, eikä keinotekoisia alallepääsyn rajoituksia esiinny. Toisaalta julkinen valta ei aktiivisesti puutu kilpailunrajoituksiin, mikäli ne eivät ole vahingollisia. Toimivassa kilpailussa on kilpailupolitiikan tavoitteena ennen kaikkea alalle pääsyn vapauden turvaaminen sekä tietyn hyödykkeen markkinoiden kilpailuolosuhteita vahingollisesti rajoittavien tai vääristävien kilpailunrajoitusten poistaminen."

Termi toimiva kilpailu voidaan ymmärtää lain esitöissä asetetuksi käytännöllisyyden vaatimukseksi. Tavoitteena on markkinoiden sellainen kilpailullisuus, joka johtaa hyviin taloudellisiin lopputuloksiin. Toisaalta negatiivisesti toimivan kilpailun tavoite tarkoittaa sitä, ettei kilpailuviranomaisen tule puuttua yritysten sopimuksiin, mikäli markkinat ovat toimivat. Kilpailuviranomaisen tulee keskittyä niihin tapauksiin, joista aiheutuu eniten haittaa.

3.3.1.2 Terve kilpailu

Vuoden 1987 komiteamietinnössä terveen kilpailun merkityssisältöä selostetaan seuraavasti:[145]

> "Ilmauksella terve kilpailu viitataan kahteen näkökohtaan. Yhtäältä lain suojaaman taloudellisen kilpailun tulee olla tervettä nimenomaan talouselämän dynaamisen ja staattisen tehokkuuden kannalta. Näin ollen laki suojaa toiminta- eli suorituskilpailua eli elinkeinonharjoittajien pyrkimystä saavuttaa kilpailuetu toisiin elinkeinonharjoittajiin verrattuna tuomalla markkinoille laatunsa, hintansa tai toimitusehtojensa suhteen edullisempia hyödykkeitä. Taloudellinen kilpailu, joka ilmenee pyrkimyksenä tuhota kilpailijan toimintaedellytykset (valtakilpailu) tai pyrkimyksenä hankkia kilpailuetu pelkästään keinotekoisella markkinoinnilla (suggestiokilpailu), ei ole lain suojaamaa tervettä kilpailua. Toisaalta tarkoittaa käsite terve kilpailu säännöksessä sitä, että laki suojaa taloudellista kilpailua vain siinä määrin kuin se on lain ja hyvän liiketavan mukaista. Mikäli kilpailussa ylitetään sopimattoman menettelyn raja, toiminta ei saa suojaa kilpailunrajoituslain nojalla".

---

[144] Ks. KM 1987:4 s. 117.
[145] KM 1987:4 s. 117.

Ilmaisulla terve ja toimiva taloudellinen kilpailu korvattiin aiempi määritelmä "yleiseltä kannalta hyväksyttävä" kilpailu, jota pidettiin liian yleisenä.[146] Toimintakilpailun sijasta lienee osuvampaa puhua lain esitöissä niinikään mainitusta suoritus- tai toimivasta kilpailusta. Ilmaisulla terve kilpailu tarkoitetaan myös sitä, ettei kuluttajansuojalaissa tai sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetussa laissa kielletyt kilpailukeinot nauti valtiovallan suojelusta myöskään kilpailunrajoituslain näkökulmasta.

3.3.2 Kuluttajien etu

Markkinataloudessa kilpailu on kuluttajan etu. Kilpailunrajoituslaki ei ole kuluttajansuojalainsäädäntöä, vaan *kuluttajien intressi* on välillinen. Kuluttaja on kilpailulainsäädännön päämies, ei varsinainen suojelun kohde.[147] Turvaamalla kilpailun toimivuus edesautetaan sitä, että kuluttajilla on tarjolla edullisia ja laadukkaita hyödykkeitä sekä riittävän laaja tuotevalikoima. Lain esitöistä ei ilmene, että termillä kuluttaja olisi kilpailunrajoituslaissa muusta lainsäädännöstä poikkeava merkityssisältö. Näin ollen termillä *kuluttaja* on siten tarkoitettava kuluttajansuojalain 1:4:n mukaisesti luonnollista henkilöä, joka hankkii kulutushyödykkeen pääasiallisesti muuhun tarkoitukseen kuin harjoittamaansa elinkeinotoimintaa varten.[148]

---

[146] Viittaus valtakilpailuun ja suggestiokilpailuun näytettäisiin omaksutun Kivimäen ja Ylöstalon siviilioikeuden oppikirjasta, jota myös Rissanen on siteerannut väitöskirjassaan. Kivimäen ja Ylöstalon mukaan "Liikekilpailu on elinkeinonharjoittajien taistelua asiakkaista *("asiakaspyydystys")*. Hän pyrkii saamaan etumatkan muista elinkeinonharjoittajista paremmilla tavaroilla tai halvemmilla hinnoilla *("toimintakilpailu")* tahi mainostuksella vetämään yleisön ostohalun tavaroihinsa (suggestiokilpailu) taikka hintasodalla tai muilla keinoin tuhoamaan kilpailijansa *("valtakilpailu")*". Ks. Kivimäki/Ylöstalo, s. 115. Kivimäen ja Ylöstalon määritelmän viimeinen osa näyttää löytäneen tiensä vuoden 1987 kilpailunrajoituslakiin, jonka 1 §:ssä suojataan tervettä tai toimivaa taloudellista kilpailua.

[147] Kuluttajien välitöntä suojelua koskee kuluttajansuojalaki. Kuluttajaoikeus jakautuu markkinaoikeudellisiin säännöksiin (erityisesti KSL 2 ja 3 luvut sekä 7 luvun 5–9 §) sekä siviilioikeudellisiin normeihin. Kuluttaja- ja kilpailuoikeudella pyritään molemmilla edistämään kuluttajien taloudellista hyvinvointia. Sääntelyn kohteena olevien *yritysten* näkökulmasta yhteys kilpailunrajoitusoikeuden ja vilpillistä kilpailua koskevan sääntelyn välillä löytyy *suorituskilpailun* käsitteestä. Suorituskilpailulla tarkoitetaan kilpailua hinnalla, laadulla ja muilla hyödykkeen arvoa parantavilla seikoilla erotuksena tuomittavista kilpailukeinoista, joilla pyritään kilpailijan toiminnan vaikeuttamiseen tai kuluttajan harhauttamiseen. Kuluttajien näkökulmasta kummallakin sääntelykeinolla pyritään edistämään *kuluttajien suvereniteettia*. Kuluttajien suvereniteetilla tarkoitetaan sitä, että kuluttajat saavat päättää siitä, mitä hyödykettä valmistetaan ja kuinka paljon. Kuten politiikassa äänellään, kuluttajat äänestävät lompakollaan siitä, mitkä yrityksen menestyvät. Kuluttajien suvereniteetti on ydinsyy sille, minkä vuoksi yrityksen markkinaosuuden kasvattaminen edellyttää hyödykkeen hinta-laatusuhteen parantamista. Vaikka kyse on varsin idealisoidusta lähestymistavasta, ei voitane kiistää sitä, että kilpailun toimivuuteen liittyvä kuluttajien suvereenisuuden idea muodostaa olennaisen osan markkinatalouden legitimaatioperustasta.

[148] Määritelmää on mukautettu vastaamaan EY-oikeutta. Kuluttajan määritelmästä ks. esim. Wilhelmsson teoksessa Rissanen ym. Yritysoikeus (1999) s. 741–743.

Monosen mukaan kuluttajaintressin perusta on kuluttajansuojassa ja heikomman suojelussa. Kuluttajien edun huomioon ottamisen sijasta on mahdollista puhua myös laajemmasta kuluttajaintressistä. Mononen lukee kuluttajaintressiin kuluttajansuojalaissa tarkoitettujen kuluttajien ohella myös kuluttajaan rinnasteisessa asemassa olevat elinkeinonharjoittajat, jotka ostavat hyödykkeitä omaan käyttöönsä. Monosen mukaan kuluttajiin voitaisiin rinnastaa "kuluttajiin verrattavissa olevat elinkeinonharjoittajat". Johtopäätöksenä näyttäisi olevan, että kilpailunrajoituslaki suojaa kuluttajien ohella myös heikommassa asemassa olevia pienyrityksiä markkinavoimaisilta yrityksiltä, tai että ainakin tähän lainsäädännössä tulisi pyrkiä. Mononen jättää oikeusdogmaattisesti lain 1 §:n suojeluobjektien tarkemman rajauksen avoimeksi.[149] Voidaan todeta, että elinkeinonharjoittajien asema tulee erikseen suojeltavaksi lain 1 §:n toisen tulkintalauseen perusteella, jonka mukaan lailla on erityisesti suojattava elinkeinon harjoittamisen vapautta perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta. Sanottu säännös näyttäisi suojaavan heikomman osapuolen toimintavapautta, ei sitä, mihin taloudelliseen hintaan sopimus syntyy. Suoja kohtuutonta hinnoittelua vastaan voidaan toisaalta johtaa lain 7 §:n sisältämästä subjektiivisesta oikeudesta olla joutumatta määräävän markkina-aseman väärinkäytön, esimerkiksi monopolihinnoittelun, kohteeksi.

Kuluttajien edun huomioon ottaminen ei merkitse sitä, että kilpailuviranomaisten tulisi pyrkiä vaikuttamaan välittömästi hintatasoon, jolla kuluttajat solmivat sopimuksia elinkeinonharjoittajien kanssa. Markkinataloudessa hinnat määräytyvät vapaan sopimisen perusteella markkinoilla määräytyvän hintatason perusteella. Erityisesti kilpailuoikeudessa on vältettävä sitä, että kilpailuviranomaisten toiminta urautuu hintavalvonnaksi, jossa pyrittäisiin toteuttamaan pakostakin subjektiivista käsitystä siitä, mikä on kuluttajille edullinen hinta. Kilpailun ollessa toimivaa hinta on "oikea" ja kuluttajan kannalta "kohtuullinen" silloin, kun se määräytyy markkinoilta saatavien impulssien, hintamekanismin, perusteella.[150] Kilpailuviranomaisten tehtävänä on edesauttaa hintatason kohtuullisuutta epäsuorasti torjumalla kilpailunrajoituksia ja pitämällä markkinat avoimina.

---

[149] Ks. Mononen, Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi (1995) s. 188 ss.

[150] Edellä olevista esimerkeistä havaitaan se, ettei kuluttajille aiheutuva haitta rajoitu ainoastaan niihin tilanteisiin, joissa kilpailunrajoitus kohdistetaan suoraan kuluttajiin. Kuluttajat kärsivät haittaa yleisemmin, kun kilpailunrajoitus johtaa tuotannon rajoittumiseen ja hintojen nousuun, tai milloin potentiaalisesti innovatiivinen yrittäjä suljetaan markkinoiden ulkopuolelle. Markkinatalousjärjestelmää perustellaan yleisesti päätäntäjärjestelmän kuluttajille tuomalla hyvinvoinnilla. Tähän nähden on vain luontevaa, että kuluttajien etu on nostettu laissa keskeiseen asemaan. Kilpailulainsäädännöllä puututaan kilpailunrajoituksiin, jotka heikentävät kuluttajien asemaa kilpailunrajoituksella markkinavoimaa hankkivien tai väärinkäyttävien elinkeinonharjoittajien hyväksi.

3.3.3 Miten suhtautua tulonsiirtoihin kuluttajilta monopoliyritykselle?

Kilpailun ylläpitämisellä saavutettava hyvinvoinnin lisäys hyödyntää nimenomaan kuluttajia. Kuitenkaan lain 1 § ei ole sanamuodoltaan tai esitöiltään erityisen selkeästi muotoiltu sen kysymyksen suhteen, missä määrin kilpailunrajoituslaki suojelee kuluttajia sellaisilta tulonsiirroilta, joita kilpailunrajoituksesta aiheutuu. Kilpailunrajoituksen haitallisuus voidaan kytkeä joko kuluttajien hyvinvointiin *(consumer welfare standard)* tai arvioituihin kansantaloudellisiin vaikutuksiin kokonaisuudessaan *(total welfare standard)*. Kysymys ei ole pelkästään semanttinen.[151] Mikäli noudatetaan kuluttajien hyvinvointia koskevaa standardia, kilpailua rajoittava sopimus tai yrityskauppa tulee kielletyksi, mikäli sen seurauksena hintataso nousee ilman että samalla syntyy kuluttajia selkeästi kompensoivia tehokkuushyötyjä. Hyötyjen on myös siirryttävä kohtuullisessa määrin kuluttajille. Mikäli noudatetaan kansantaloudellisia kokonaisvaikutuksia koskevaa standardia, tulonsiirto kuluttajilta monopoliyritykselle on irrelevantti. Tällöin kilpailunrajoitus voidaan sallia, jos esim. monopoliyrityksen osakkeenomistajien arvellaan hyötyvän enemmän kuin mitä asiakkaat kärsivät haittaa.[152]

Chicagon koulu rinnastaa toisiinsa allokatiivisen tehokkuuden ja kuluttajien hyvinvoinnin katsomalla, että kyse on samasta asiasta *(consumer welfare)*. Näkemys perustuu ajatukselle, että viime kädessä kaikki ovat kuluttajia. Todellisessa vaihtotilanteessa ostajan ja myyjän intressit ovat kuitenkin varsin vastakkaiset. Ostaja pyrkii ostamaan halvalla ja myyjä myymään kalliilla. Allokatiivisen tehokkuuden ja kuluttajien hyvinvoinnin samaistaminen jättää huomiotta, ettei kuluttajalle ole yhdentekevää, saadaanko hyödyke halvemmalla

---

[151] Ks. eron osalta esim. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 63–69.

[152] Tulonsiirtovaikutusten rajaaminen kustannus-hyötyanalyysin ulkopuolelle ei merkitse sitä, että ne olisivat kansantaloudellisesti merkityksettömiä, vaan ainoastaan sitä, että ne on rajattu ulkopuolelle. Neoklassisessa taloustieteessä yleisestä tutkimuskohteen rajauksesta, jossa tulonsiirtokysymykset rajataan ceteris paribus –oletuksin tarkastelun ulkopuolelle, ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että huomion kiinnittäminen mallin ulkopuolelle jääviin seikkoihin olisi sen tieteellisempää tai epätieteellisempää kuin niiden jättäminen tutkimuksen ulkopuolelle. Vaikka tulonsiirtokysymys olisi vaikeasti hahmotettavissa tai selvitysten siitä hankkiminen erityisten suurten epävarmuustekijöiden takana, tekijällä voi siitä huolimatta olla ratkaiseva merkitys sääntelyn onnistumisen tai epäonnistumisen kannalta. Sen ratkaiseminen, kiinnitetäänkö kuluttajan etuun huomiota ja miten se tapahtuu, on kilpailupoliittinen, ei taloustieteellinen kysymys. Mitenkään itsestään selvästi ei voida myöskään lähteä periaatteesta, jonka mukaan euro olisi tehokkuuden kannalta aina samanarvoinen siitä riippumatta, mihin tarkoitukseen se käytetään. Voidaan myös katsoa, että huomion kiinnittäminen kuluttajien etuun merkitsee samalla sitä, että kielletyksi tulevat sellaiset kilpailunrajoitukset, jotka todennäköisimmin ovat myös koko kansantalouden kannalta vahingollisia. Kysymys ei ole siis valinnasta tehokkuuden ja politiikan välillä, vaan kahdesta erilaisesta tehokkuuskriteeristä. Kuluttajien edun huomioon ottamatta jättämistä ei voida perustella sillä, että kuluttajille aiheutuva tappio rajataan esitysteknisesti mallin ulkopuolelle.

vai kalliimmalla. Se, että monopolivoitto aikanaan palautuu kulutukseen, lienee suhteellisen yleisesti teoreettisesti korrektia, muttei muuta markkinoiden keskittymisen haittavaikutuksia kuluttajan kannalta toisiksi. *Kuluttajan suvereniteetin* käsitteellä tarkoitetaan sitä, että kuluttaja päättää markkinoilla itse omista hankinnoistaan ja voi hallita käyttäytymistään ja sen seurauksia. Markkinoiden sopimusteoreettinen oikeutus perustuu tähän ajatukseen. Markkinoiden legitimiteetin kannalta ei ole yhdentekevää, käydäänkö kilpailua kuluttajan suosiosta, kuluttajasta riippumatta vai tätä vastaan. Kuluttajan suvereenisuuden käsite edellyttää, että kuluttajan hyöty *(consumer welfare)* koituu kuluttajalle. Termillä kuluttaja on suomalaisessa markkinaoikeudessa varsin vakiintunut merkityssisältö. Kuluttajansuojalain mukaan kuluttajalla tarkoitetaan luonnollista henkilöä, joka ostaa hyödykkeen elinkeinonharjoittajalta omaan käyttöönsä. Kuluttajana ei voida pitää toista elinkeinonharjoittajaa, joka ostaa hyödykkeen käyttääkseen sitä elinkeinotoiminnassaan. Kilpailunrajoituslain esitöistä ei ilmene, että 1 §:ssä termillä kuluttaja olisi normaalista poikkeava merkityssisältö.

Monopolivoiton siirtyminen kuluttajalta monopolistille on epäilemättä juuri sellainen kuluttajan kannalta haitallinen asiantila, jonka lainsäätäjä on halunnut estää kilpailunrajoituslain 1 §:ssä. Näin ollen on selvää, että tulonsiirroilla on merkitystä kilpailunrajoituslain tulkinnassa. Kilpailunrajoituslain tavoitteisiin kuuluu siten perusteettomien tulonsiirtojen estäminen. Kilpailunrajoituslaki estää sellaisen tehokkuuspuolustuksen käyttöön ottamisen, jossa kuluttajalle tulevaa haittaa kompensoiva hyöty ei koidukaan 1 §:ssä tarkoitetuille kuluttajille. Kilpailunrajoituslain lähtökohtana on siten kuluttajan suvereniteetti. Tämän suvereniteetin rajoitusten vastapainoksi tarjottavan tehokkuuden tulee koitua ainakin kohtuullisessa määrin (vrt. 19 §) säännöksen kohteen eli kuluttajan hyväksi.

Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä voidaan siten katsoa omaksutun kuluttajien hyvinvointia korostava lähestymistapa (consumer welfare standard). Lain 1 §:n tulkintasäännös huomioon ottaen voidaan edellyttää, että kokonaissaldo on kuluttajien kannalta positiivinen. Vaikka lain esityöt eivät tätä kysymystä käsittele, lain systematiikka puhuu kuluttajien etua koskevan standardin puolesta. Kuluttajien edun mainitseminen erikseen lain 1 §:ssä viittaa tähän. Myös kilpailunrajoituslain 19 §:n mukaan poikkeusluvan myöntäminen 4-6 §:ssä kielletylle kilpailunrajoitukselle edellyttää muun ohella, että järjestelyn hyödyt välittyvät kohtuullisessa määrin myös asiakkaille ja kuluttajille. Vastaavasti lain esitöiden mukaan tehokkuuspuolustus, sikäli kuin sellainen ylipäätään tulee kyseeseen määräävään markkina-asemaan johtaville yrityskaupoille, edellyttää 11 d §:n mukaan, että tehokkuushyödyt koituvat myös suomalaisten asiakkaiden ja kuluttajien hyväksi. Vastaavasti kuluttajien etu on otettava huomioon arvioitaessa tehokkuushyötyjä Rooman sopimuksen 81 artiklan 3 kohdan ja sulautuma-asetuksen (4064/89) 2 (2) artiklan perusteella.

Kuluttajien edun mainitseminen erikseen ei olisi mielekästä, jos kuluttajilla

tarkoitettaisiin vain "kansantaloutta kokonaisuudessaan". Tarpeella suojata kuluttajia voidaan olettaa tarkoitetun kuluttajia siinä merkityksessä kuin mitä termillä kuluttaja kotimaisessa lainsäädännössä muutoinkin tarkoitetaan. Toisaalta terve ja toimiva kilpailu on yhtä lailla elinkeinonharjoittajien kuin kuluttajienkin edun mukaista.[153] On myös muiden kuin kilpailunrajoitukseen osallisten yritysten edun mukaista, ettei yhden ryhmittymän taloudellinen menestys perustu kilpailunrajoituksiin.[154] Tässä mielessä merkittävän kilpailunrajoituksen haitat säteilevät säännönmukaisesti relevantteja hyödykemarkkinoita laajemmalle alueelle.

> *Rissanen* kiinnittää huomiota mahdolliseen ristiriitaan kuluttajien edun ja kansantalouden kokonaisedun välillä. Tämän tutkimuksen tapaan myös Rissasen lähtökohtana näyttäisi olevan, että hyötyjen on siirryttävä myös kuluttajille. "Yleistä kustannustason nousua voidaan hillitä kilpailulainsäädännön keinoin vain välillisesti ja pitkällä tähtäimellä. Puuttuminen jonkun tietyn toimialan kilpailunrajoituksiin vaikuttaa nimittäin hintoja alentavasti vasta alan tehostumisen myötä. Silti katsotaan, että lakiin perustuvalla kilpailupolitiikalla on suuri merkitys osana yleistä inflaationvastaista talouspolitiikkaa. Toisaalta kilpailuviranomaisten tehtävänä on huolehtia siitä, että kansantaloudessa saavutettu tehokkuusetu tulee myös kuluttajien hyödyksi. Ellei näin käy, jää osa kilpailun hyödystä saavuttamatta. Ongelmallisina pidetään tässä suhteessa sellaisia rajoituksia, jotka johtavat tehokkuuden paranemiseen ja samanaikaisesti estävät kuluttajia saamasta osaansa hyödystä. Sama ajattelu näkyy selvästi Rooman sopimuksen 8[1](3) artiklan poikkeusluvan edellytyksiä koskevasta sanamuodosta."[155]

Kuluttajan edun tulkitseminen siten, että huomiota kiinnitetään kuluttajilta monopoliyritykselle siirtyvään varallisuuteen,[156] merkitsee sitä, ettei laissa kiel-

---

[153] Kilpailu- ja hintakomitean mietintö (1987) s. 118.

[154] Samaan tapaan kuin urheilussa kielletään suoritusta parantavien sulkulistalle merkittyjen lääkeaineiden käyttäminen. Hankkimalla keinotekoisesti monopolivoittoja yritykset lisäävät taloudellisia resurssejaan kilpailijoitaan nopeammin. Näitä resursseja voidaan käyttää esim. kilpailijan poissulkemiseen. Toisaalta kun kuluttajien käytettävissä olevat varat ovat aina rajalliset, yhdestä hyödykkeestä maksettu ylihinta vaikuttaa negatiivisesti kuluttajien kykyyn tyydyttää muita tarpeitaan. Esimerkiksi joutuessaan maksamaan ylihintaa pankkilainasta kuluttajalla ei olekaan varaan suunnittelemaansa etelänmatkaan.

[155] Rissanen/Korah, EY:n ja Suomen kilpailuoikeus (1991) s. 268.

[156] Esimerkiksi kartelli ei ole kielletty ainoastaan siksi, että sellainen tällä hetkellä vallitsevan kansantaloudellisen tietämyksen mukaan allokoi yhteiskunnallisia resursseja epäoptimaalisesti ja estää yritysten tuotannollisessa tehokkuudessa olevia eroja pääsemästä täysimääräisesti esille. Näiden ilman muuta keskeisten seikkojen ohella kilpailijoiden välinen hintasopimus on kuluttajien edun vastainen siksi, että kartelli nostaa kuluttajan maksamia hintoja ja johtaa oikeudettomaan tulonsiirtoon kuluttajilta kartellin jäsenille. Kuluttajille aiheutuu haittaa myös siitä, jos markkinavoiman väärinkäytön seurauksena potentiaalisesti tehokas yritys estyy tarjoamasta kuluttajille sellaista hyödykettä, jota osa kuluttajista mahdollisesti arvostaisi. Yrityskauppavalvonnan avulla puututaan sellaisiin määräävän aseman synnyttäviin yrityskauppoihin, jotka toteutuessaan nostaisivat hintatasoa ja heikentäisivät kuluttajien taloudellista asemaa. Kuluttajien edun huomioon ottaminen edellyttää, että tällaisiin yrityskauppoihin puututaan lain 11 d §:n nojalla.

lettyä menettelytapaa voida puolustaa sillä, että kilpailunrajoitukseen osalliset yritykset hyötyvät itse vielä enemmän kuin mitä kielletyn teon "uhrille" aiheutuu vahinkoa.[157] Tullakseen huomioiduksi, on kilpailunrajoituslain suojeluobjektille aiheutuvan vahingon kompensoiduttava ainakin pidemmällä aikavälillä.[158]

Jos on osoitettavissa, että markkinavoiman kumuloituminen jää tilapäiseksi, kuluttajien etu ei yleensä vaadi kilpailuviranomaisten toimenpiteitä. On myös mahdollista, että yksillä markkinoilla aiheutuva kilpailuhaitta kompensoituu kuluttajien toisilla markkinoilla nauttimasta hintaedusta, jonka ensimmäisillä markkinoilla hankittu kustannussäästö mahdollistaa. Toisaalta kilpailullinen markkinarakenne, kuluttajien etu ja kansantalouden kokonaistehokkuus käyvät yleensä yksiin. Näyttö siitä, että kilpailunrajoituksilla yleisesti lisätään ainakaan pitkän aikavälin tehokkuutta, tai että kuluttajien edun suojelu olisi mahdollista vain tehokkuuden kustannuksella, ei ole yleistettävissä. Huomiota on kiinnitettävä myös dynaamiseen tehokkuuteen.

Neoklassisesti suuntautuneet tutkijat rajaavat usein tulonsiirrot tarkastelun ulkopuolelle. Rajaus ei aina ulotu omaan tutkimuskohteeseen, vaan silloin tällöin se ulotetaan myös kilpailuoikeuden sisältöä koskevaksi suositukseksi. Suositusta tulonsiirtojen rajaamista kilpailuoikeudellisen tarkastelun ulkopuolelle saatetaan perustella taloustieteen kehityksellä ("New Learning"). Niukahkossa kotimaisessa kirjallisuudessa *Puhakan* esitys on valaiseva. Puhakka[159]

---

[157] Vastaavasti esimerkiksi pankkitoimihenkilön suorittamaa kavallusta ei voitaisi perustella sillä, että kavaltajalla on esimerkiksi hankkimansa sisäpiiritiedon avulla varma tapa sijoittaa kavallettu summa voittoa tuottavasti.

[158] Tässä mielessä kuluttajan edun mainitseminen kilpailunrajoituslain 1 §:ssä merkitsee sitä, että hyväksytyksi tulee *Pareton* tehokkuuskäsite, jonka mukaan syntyvä haitta on kompensoitava. *Kaldor-Hicks*-tehokkuus eli pelkkä periaatteellinen mahdollisuus kompensoida haitat hyödyillä, ei ole lain 1 §:n mukaan riittävää. Hyötyjen siirtyminen kuluttajille ja muille asiakkaille on osoitettava tai ainakin saatettava hyvin todennäköiseksi.

[159] Puhakan kirjoituksessa ei todeta, että kirjoittaja edustaa Chicagon koulun näkemystä. Kirjoituksesta ei ylipäätään ilmene, että taloustiede huomioon ottaen olisi mahdollista päätyä sellaiseenkin ratkaisuun, että tulonjaolle tai oikeudenmukaisuudelle voidaan antaa merkitystä kilpailupolitiikassa. Puhakka (1996) toteaa (s. 82): "Tässä kirjoituksessa analysoin Suomen kilpailulain (...) keskeisiä kohtia talousteorian avulla. Erityisesti pyrin selvittämään lain säädösten takana mahdollisesti olevan taloustieteellisen perustelun. Ovatko säädökset taloustieteellisesti perusteltuja? Jos ovat, niin mitkä ovat niiden perustelut? Jos eivät ole, niin voitaisiinko säädöksiä jollakin tavalla muuttaa? Kilpailulain tulisi edistää taloudellista tehokkuutta. Muut mahdolliset tavoitteet kuten tulonjako ja oikeudenmukaisuus tulisi hoitaa muun lainsäädännön perusteella." Artikkelin perusteella kilpailuteoriaa tarkemmin tuntematon lukija voisi päätyä siihen, että ollakseen talousteorian mukainen, lakia tulisi muuttaa. Toisekseen voitaisiin kuvitella, että kilpailupolitiikan osalta olisi yksi, yleisesti hyväksytty "talousteoria". Ks. edellä toteamaani premissien ja tutkimusmetodin valinnan vaikutuksesta oikeuspoliittisesti hyödynnettävissä olevien normatiivisten johtopäätösten saavuttamiseen. Johtopäätös Puhakan lukemisesta Chicagon kouluun on omani ja perustuu Puhakan itse artikuloimatta jättämiin teoreettisiin rajauksiin ja kilpailupoliittisiin suosituksiin. Puhakan suositukset näyttäisivät vastaavan Robert Borkin 1970-luvulla esittämiä kilpailupoliittisia näkemyksiä.

toteaa: "Kilpailulain tulisi edistää taloudellista tehokkuutta. Muut mahdolliset tavoitteet kuten tulonjako ja oikeudenmukaisuus tulisi hoitaa muun lainsäädännön avulla".[160] *Puhakan* artikkelista ei suoranaisesti ilmene, tarkoitetaanko lausuma poliittiseksi kannanotoksi vai taloustieteen tutkimustulosten kuvaamiseksi. Asiayhteys näyttäisi viittaavan jälkimmäiseen vaihtoehtoon. Ottaen huomioon Puhakan lausuma, onko kilpailunrajoituslaki ristiriidassa taloustieteen kanssa?

Näkemys näyttäisi pitävän sisällään näköharhan, jota voidaan kuvata vaiheittain. Vaiheessa 1 tulonsiirtokysymykset rajataan neoklassisen taloustieteen tarkastelun ulkopuolelle, koska kannanoton arvovalintoihin katsotaan olevan ristiriidassa objektiivisuutta korostavan tieteenihanteen kanssa. Vaiheessa 2 tehdään johtopäätöksiä tehokkuusvaikutuksista. Vaiheessa 3 esitetään, että tulonsiirtokysymysten integroiminen kilpailuanalyysiin olisi epätieteellistä sillä perusteella, että ne on aiemmassa vaiheessa rajattu ulkopuolelle. Tällöin jää havaitsematta se seikka, että kilpailupoliittisesti kannanotto tulonsiirtoja vastaan pitää sisällään yhtä hyvin arvovalinnan kuin kannanotto niiden puolesta. Tämä johtuu siitä, että taloustieteen perusteella ei ole mahdollista tieteellisesti perustella arvovalintoja. Tutkimusmetodin rajauksesta ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tulonsiirrot olisivat kilpailupolitiikan muotoilussa merkityksettömiä.

Tulonsiirtovaikutukset voidaan perustellusti jättää taloustieteellisen tarkastelun ulkopuolelle sillä perusteella, että kannanottoa niihin pidetään poliittisluonteisena kysymyksenä. Chicagolaisista muun ohella *Demsetz*[161] sekä harvardilai-

---

[160] Puhakka (1996) s. 82. Ks. yrityskauppavalvonnan osalta myös P. Lehto kirjassa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 384, jossa todetaan: "Yrityskaupan kilpailua heikentävät vaikutukset ovat sellaisia, jotka merkitsevät todellista tappiota koko talouden kannalta. Niiden ei siis pitäisi sisältää tulonjakoon liittyviä näkökohtia, vaikka tästä onkin maininta yrityskauppavalvontasäännösten 11 d §:n perustelutekstissä. Näin on siksi, ettei tulonjako suoranaisesti merkitse talouden tehokkuuden heikkenemistä. Todellinen kilpailun heikkeneminen viittaa vaikutuksiin, jossa yrityskaupan talouden resurssit kohdentuvat aiempaa tehottomammin. Taloustieteen tutkimustulosten mukaan yhteiskunta menettää tällöin osan hyvinvoinnistaan." Taloustieteen tutkimustuloksilla P. Lehto näyttää tarkoittavan neoklassisen taloustieteen tutkimustuloksia. Neoklassisessa taloustieteessä rajaus on mahdollisesti hyvinkin perusteltu. Kuitenkaan vaatimus, jonka mukaan yrityskauppavalvonnassa ei tulisi haittana kiinnittää huomiota tulonsiirtoihin kuluttajilta määräävän aseman saavuttavalle keskittymälle, ei ole tieteellinen, vaan poliittinen kannanotto. Lehto tosin itse näyttää katsovan, että vaatimus olisi taloustieteellinen. Kuitenkin kyse on siitä, että neoklassisen tutkimusohjelman ulkopuolelle rajataan tulonsiirtokysymykset, koska katsotaan, ettei taloustieteellä ole niihin mitään erityistä sanottavaa. Olennaista on tältä osin pitää erillään tiede ja politiikka. Muun ohella Suomen laissa *kilpailupoliittinen* valinta viitata tulonsiirtoihin kuluttajilta monopoliyritykselle on tehty mm. sillä perusteella, että kuluttajien etu mainitaan yhtenä lain tavoitteena kilpailunrajoituslain 1 §:ssä. Tämä tavoite on katsottu kilpailupoliittisesti järkeväksi myös yrityskauppavalvonnan osalta.

[161] Ks. Demsetz (1989) s. 1, 40, 195, 198.

sista *Blair* ja *Harrison*[162] ovat todenneet, ettei talous*tiede* anna vastausta siihen, tuleeko kilpailupolitiikassa kiinnittää huomiota tulonjakokysymyksiin vai ei. *Harberger* on todennut yleisemmin, etteivät taloustieteilijät tiedä muita kansalaisia paremmin, miten arvovalinnat tulee ratkaista[163]. Kannanotto siihen, tuleeko kilpailuoikeudessa puuttua tulonsiirtoihin vai ei, on luonteeltaan poliittinen kysymys. Kannanotto tulonsiirtoihin ei kuulukaan kilpailuteorian vaan kilpailupolitiikan puolelle. Lainsäätäjä voi halutessaan kiinnittää huomiota tulonsiirtovaikutuksiin tai jättää ne huomiotta. Kilpailupolitiikassa voidaan omaksua näkemys, jossa tulonsiirroille annetaan merkitystä, tai vaihtoehtoisesti jättää po. kysymykset tarkastelun ulkopuolelle. *Demsetzin* sekä *Blairin* ja *Harrisonin* ja esitykset ovat Puhakan lähestymistapaa kestävämpiä, sillä oman tutkimusmetodin rajauksesta ei tehdä kilpailupoliittisia johtopäätöksiä.

Taloustiede ei anna vastausta siihen, mikä merkitys tulonsiirroille annetaan kilpailupolitiikassa.[164] Kyse on arvovalinnasta. Suomessa on otettu kantaa tulonsiirtojen merkityksellisyyteen säätämällä lain 1 §:ssä, että kuluttajien etuun on kiinnitettävä erityistä huomiota. Arvovalintana lainsäätäjän ratkaisu ei ole sen enempää taloustieteen vastaista kuin sen mukaista. Tämä johtuu siitä, että taloustieteen tutkimusmetodia soveltaen ei ole mahdollista ratkaista arvovalintoja.

Kilpailunrajoituslain 1 §:n tarkoituksena on suojata kuluttajia niiltä taloudellisilta haitoilta kokonaisuudessaan, joita liiallisesta markkinavoimasta aiheutuu. Kuluttajille aiheutuvat haitat ilmenevät yhtäältä tulonsiirtoina kuluttajilta monopoliyritykselle, toisaalta talouden suorituskyvyn yleisenä alentumisena, jota kansantaloudellisessa kirjallisuudessa kuvataan allokatiivisen ja dynaamisen tehokkuuden käsitteillä. Kuluttajille aiheutuvien tulonsiirtojen kompensoi-

---

[162] Ks. Blair/Harrison (1993) s. 68–92. Muutoin neoklassisesti suuntautuneet tutkijat toteavat muun ohella, että tehokkuuden kannalta näennäisesti neutraali tulonjakovaikutus voi heikentää tehokkuutta pitkällä aikavälillä esim. vääristämällä tuotantorakennetta, mistä syystä sitä ei voida kilpailupolitiikassa kokonaan sivuuttaa. Ks. myös esim. Jacquemin (1990) s. 1–6; Scherer/Ross (1990) s. 18–33, 52–55. Ks. keskustelusta myös esim. Hovenkamp (1982) s. 1. Tulonjakovaikutusten huomioon ottamisen puolesta esim. Lande (1982) s. 65; Lande (1989) s. 631 ss.; Behrens (1986) s. 187–198.

[163] Ks. Harberger (1971) s. 785: "Any program or project that is subjected to applied welfare-economic analysis is likely to have characteristics upon which the economist as such is not professionally qualified to pronounce, and about which one economist is not professionally qualified to check the opinion of another. These caveats – which surely include the income-distributional and national defense aspects of any project or program, and probably its natural-beauty aspects as well – may be exceedingly important, perhaps even the dominant factors governing any policy decision, but they are not part of that package of expertise that distinguishes the professional economist from the rest of humanity".

[164] Se, että tulonsiirrot rajataan esim. Weberin tieteenihanteen perusteella taloustieteen tutkimusohjelman ulkopuolelle, ei kerro vielä mitään siitä, mikä merkitys tulonsiirroille kilpailupolitiikassa halutaan tai on tarkoituksenmukaista antaa. Lainsäätäjä voi asettua sille kilpailupoliittiselle kannalle, ettei tulonsiirroille tule antaa merkitystä. Olennaista on, että poliittisluonteista suositusta ei johdeta tieteestä. Eri asia on, että politiikkasuosituksia voidaan perustella niitä tukevilla, mitä erilaisemmilla metodeilla saavutetulla tutkimustiedolla. Kuten edellä on todettu, vahvoja perusteita voidaan esittää myös tulonsiirtojen huomioon ottamisen puolesta.

minen yleisemmillä kansantaloudellisilla hyödyillä on mahdollista, mikäli a) hyödyt ovat konkreettisia ja riittävällä varmuudella osoitettavissa; b) hyödyt kertyvät myös kuluttajille ja c) kuluttajille kertyvien hyötyjen voidaan olettaa muodostuvan kohtuullisella aikavälillä suuremmiksi kuin mitä kuluttajat ensivaiheessa menettävät tulonsiirtoina. Mikäli tulonsiirtojen kompensoituminen on epävarmaa, kilpailunrajoitus on kiellettävä. Lain tulkinnassa kuluttajien edun huomioon ottaminen merkitsee nyrkkisääntöä, jonka mukaan 1) *selkeästi kuluttajien edun mukaisia menettelytapoja ei voida pitää kilpailunrajoituslain vastaisina; ja 2) kilpailuviranomaisen tulee puuttua kuluttajia vahingoittaviin kilpailunrajoituksiin.*

Kuluttajien "suvereniteetti" edellyttää sitä, että kuluttajilla on riittävä kyky ja tietämys tarjottavien hyödykkeiden vertailuun ja päätösten tekemiseen. Kuluttajien tietoisuutta pyritään parantamaan ja tietoisuuden vääristämistä estämään asettamalla elinkeinonharjoittajalle tiedonantovelvollisuus sopimuksentekoon liittyvistä olennaisista seikoista sekä kieltämällä harhaanjohtava mainonta ja väärien tietojen levittäminen kilpailijan toiminnasta. Toisaalta kilpailulainsäädäntö turvaa edellytykset sille, että kuluttajan etu voi toteutua. Mikäli kilpailu ei ole toimivaa, kuluttaja joutuu joka tapauksessa maksamaan ylihintaa hyödykkeestä. Todennäköisesti kuluttajansuojan kustannukset viedään sellaisenaan hyödykkeen lopulliseen hintaan. Riittävän kilpailun paineen puuttuessa kuluttajan asemaa parantavan lainsäädännön kustannukset on mahdollista siirtää sellaisenaan tai monopolihinnalla hyödykkeen lopulliseen hintaan. Kilpailun toimivuus on siten hyvin merkittävää myös kuluttajansuojan toimivuuden kannalta.

3.3.4 Elinkeinon harjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta rajoituksilta

Kilpailunrajoituslain 1 §:n 2 momentin mukaan lailla tulee myös suojata elinkeinotoiminnan harjoittamisen vapautta perusteettomilta rajoituksilta. Tällaiset kilpailunrajoitukset ilmenevät tilanteissa, joissa "elinkeinonharjoittaja on estynyt solmimasta asiakassuhteita edullisimmiksi katsomillaan ehdoilla soveliaiksi katsomiensa kuluttajien tai elinkeinonharjoittajien kanssa".[165] Näin ollen myös elinkeinonharjoittajien toimintavapauden suojaaminen kuuluu lain julkilausuttuihin tavoitteisiin.[166]

---

[165] Ks. HE 148/1987 vp. s. 3.

[166] Sama johtopäätös voitaisiin johtaa myös kilpailunrajoituslain velvoittavista kielloista luettuna yhdessä toimenpidepyynnön tekijälle annettujen prosessuaalisten oikeuksien kanssa. Yrityksillä on subjektiivinen oikeus olla joutumatta laissa kielletyn kilpailunrajoituksen, esimerkiksi boikotin tai määräävän aseman väärinkäytön kohteeksi. Kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneella yrityksellä on oikeus tehdä toimenpidepyyntö kilpailuvirastolle, oikeus tulla kuulluksi asian käsittelyssä ja saada asiakirjoja sekä oikeus valittaa kilpailunviraston päätöksestä markkinaoikeuteen.

3.3.4.1 Säännöksen tulkintaa

Toimintavapauden rajoitusta voidaan arvioida *ex ante* tai *ex post*. Selvää on, ettei säännöksellä ole tarkoitettu rajoittaa yleisesti sopimusten pitävyyttä *(pacta sunt servanda)*. Kilpailuoikeudessa puututaankin vain haitallisiin toimintavapauden rajoituksiin. Toimintavapauden rajoitukset kohdistuvat usein kolmansiin osapuoliin, kuten esimerkiksi boikotissa. Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä tarkoitettu toimintavapauden rajoittuminen on haitallista silloin, kun se tapahtuu samassa pykälässä määritellyn terveen ja toimivan kilpailun kannalta haitallisella tavalla. *Rissanen*[167] on todennut ruotsalaisiin esikuviin tukeutuen vuoden 1988 kilpailunrajoituslain osalta, että haitallisia vaikutuksia voi ilmetä silloin, kun

1. vaikeutuvalla toiminnalla on huomattava merkitys kuluttajille;
2. vaikeutuva toiminta on yleisesti merkittävää esimerkiksi kilpailunrajoituksesta kärsivän yrityksen suuren koon (suuren lukumäärän) tai tarjottujen hyödykkeiden tärkeyden vuoksi;
3. rajoitus estää uuden toimintamuodon tai tavan käyttöönoton; tai
4. vaikeutuminen tapahtuu yleisen kilpailupolitiikan kannalta sopimattomalla tavalla.

Elinkeinotoiminnan rajoittaminen voi olla sopimatonta joko taloudellisen haitallisuutensa (kohdat 1.–3.) tai suorituskilpailusta poikkeavan, hylättävyytensä (ei-legitiimisyys) vuoksi (4.). Rissasen luettelossa painottuvat väärinkäyttöperiaatteen mukaiset tunnusmerkistöt. Siirtyminen väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen merkinnee painopisteen siirtymistä kilpailunrajoitusten vaikutusten arvioinnista laissa säädetyn kieltotunnusmerkistön täyttymisen selvittämiseen. Edellä mainituilla kriteereillä on kuitenkin edelleen merkitystä esimerkiksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön selvittämisessä. Samoin vahingollisilla vaikutuksilla on edelleen yli 9 §:n käyvää merkitystä vähintäänkin kilpailunrajoituksen raskauteen liittyvänä seikkana. Kriteerit kuvaavat edelleenkin sitä, minkälaiseen toimintavapauden rajoittamiseen kilpailulainsäädännöllä pyritään puuttumaan.

3.3.4.2 Kilpailun institutionaalisen ja individuaalisen suojan välisestä suhteesta

Voidaan kysyä, onko kilpailuoikeuden tehtävänä suojella yleistä vai yksityistä etua. Institutionaalisen suojan puolesta puhuu nimenomaan tarve suojella markkinoiden toimintaa. Kilpailuprosessia ei suojella sen vuoksi, että se on

[167] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 268–269.

heikomman intressissä, vaan siksi, että markkinataloudelle perustuvan yhteiskuntajärjestyksen toimivuus edellyttää taloudellista kilpailua. Kilpailulainsäädännön keskeisenä tavoitteena voidaan pitää yleisen hyvinvoinnin nostamista. Sopimus- ja elinkeinovapaus edellyttävät kilpailua, yksityisen voitontavoittelun valjastamista palvelemaan yksityistä etua. Kilpailunrajoitukset ovat kiellettyjä etupäässä markkinoilla ilmenevien vahingollisten vaikutusten vuoksi. Haittaa aiheutuu laajemmalle piirille: kuluttajille, muille elinkeinonharjoittajille, kilpailuprosessille ja kansantaloudelle. Kartellissa sopimusvapautta väärinkäytetään tavalla, joka on ristiriidassa niiden keskeisten periaatteiden kanssa, jota silmälläpitäen sopimusvapaus oikeudellisena instituutiona on luotu. Kilpailunrajoitukset eivät nauti perustuslaillista suojaa.

Kilpailulainsäädännön perimmäinen *suojeluobjekti* on markkinatalous itsessään. Näin on tulkittava myös EY:n kilpailuoikeutta. Edellä on todettu, että kilpailuoikeudella suojellaan kilpailua instituutiona ja prosessina. Kilpailunrajoituslain soveltamiseen liittyy siten voimakas *julkinen intressi*. Samalla suojataan *yksityisiä intressejä* antamalla oikeussuojaa elinkeinonharjoittajille, joiden toimintaa perusteettomasti on estetty.[168] Laittoman kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneella on muun ohella oikeus tehdä kilpailuvirastolle toimenpidepyyntö, oikeus valittaa päätöksestä ja oikeus saada vahingonkorvausta lainvastaisesta menettelystä kärsimästään vahingosta. Kyse on saman kolikon kahdesta puolesta. Julkinen tehtävä lienee ensisijainen, mutta vasta antamalla oikeuksia yksityisille myös julkinen tehtävä voi tulla kunnolla täytetyksi.

Kilpailunrajoituslain 1 §:n sanamuoto huomioon ottaen järkevin tulkinta lienee se, että *kilpailunrajoituslaki suojaa sekä yleistä etua että yksityistä elinkeinonharjoittajaa*. Käytännössä kilpailuviranomaiset saavat parhaan informaation markkinoilla vallitsevista kilpailunrajoituksista elinkeinonharjoittajien toimenpidepyynnöistä. Oikeussuojan antaminen väärinkäyttötapauksissa turvaa samalla myös yleisemmin sitä, että kilpailu käydään suorituskilpailun pelisääntöjä noudattaen. Tällä on suuri merkitys talouden toiminnan tehokkuudelle. Yksityisen ja yleisen intressin turvaaminen palvelevat siten samaa kokonaistavoitetta. Kysymys siitä, palveleeko kilpailuoikeus yleistä vai yksityistä etua, on liian suppeasti asetettu. Kilpailun toimivuus ja kilpailuvapaus täydentävät toisiaan.

Julkisen tehtävän ensisijaisuus ja ero yksityiseen etuun tulee esille viranomaisen toimimisvelvollisuuden osalta. Kilpailunrajoituslailla ei puututa sel-

---

[168] Kilpailupolitiikan tavoitteena ei ole pienten yritysten suojaaminen, ei varsinkaan milloin tämä tapahtuisi tehokkuuden kustannuksella. Yhtä virheellistä olisi olettaa, että yrityskoon kasvattaminen jotenkin automaattisesti aina lisäisi tehokkuutta. Yleispäteviä sääntöjä on vain vähän, ja niihinkin tulee suhtautua varauksellisesti. Kilpailunrajoituslailla suojellaan kilpailuprosessia, ei kilpailijoita. Toisaalta elinkeinotoiminnan suojaaminen perusteettomilta rajoituksilta kuuluu lain 1 §:n julkilausuttuihin tavoitteisiin. Myös kilpailijoita on suojattava silloin, kun se on tarpeen suorituskilpailun ja kilpailuvapauden suojaamiseksi.

laisiin sopimuksiin, jotka ovat ainoastaan yksilön kannalta haitallisia mutta joiden kilpailuvaikutukset ovat niin vähäisiä, ettei kilpailuviranomaisen puuttumiskynnys ylity. Kilpailunrajoituslain 12 §:n 1 momentin mukaan kilpailuvirasto voi olla ryhtymättä toimenpiteisiin, jos kilpailunrajoituksella on vain vähäinen vaikutus taloudelliseen kilpailuun.

3.3.5 Vuoden 1992 ja 1998 kilpailunrajoituslaista ilmenevät lisätavoitteet

Vuoden 1992 kilpailunrajoituslain yhtenä tavoitteena oli vähentää eroja EY:n kilpailu-oikeuteen.[169] Kauppavaikutuskriteerin täyttyessä EY:n kilpailusäännöt voivat tulla myös suoraan sovellettaviksi kansallisissa viranomaisissa ja tuomioistuimissa. Kollisiotilanteissa EY-oikeus menee kansallisen lain edelle. Kansallisia lakeja pyritään tulkitsemaan siten, ettei ristiriitaa EY-oikeuden keskeisten periaatteiden kanssa synny. Kilpailunrajoituslain esitöissä on osittain viitattu EY:n kilpailuoikeuteen yhtenä kansallisen lain tulkintalähteenä. Edellä oleva ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kansallisen kilpailulainsäädännön tulisi olla identtistä EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Eroja löytyy niin säännöstasolla kuin soveltamisympäristössä.

3.3.5.1 Väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen

Siirtymisen kieltoperiaatteeseen voidaan katsoa tiukentaneen kilpailuviranomaisen suhtautumista kilpailunrajoituksiin. Tosin jo vuoden 1988 kilpailunrajoituslaissa todettiin, että valtiovallan suhtautuminen kilpailunrajoituksiin on torjuva. Keinojen tasolla johtopäätökset tehtiin vasta vuoden 1992 kilpailunrajoituslaissa. Kieltoperiaate tiukentaa suhtautumista. Kartellit, määräävän aseman väärinkäyttö ja määrähinnat ovat kiellettyjä siitä huolimatta, johtavatko ne siinä yksittäistapauksessa, jossa rajoitusta sovelletaan, haitallisiin markkinatuloksiin. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten osalta vahingollisuusarviointi on tehty lain tasolla. Vuoden 1988 laissa suljettujen sektoreiden avaamista poistamalla legaaliset alalle pääsyn esteet pidettiin riittävänä rakenteellisena toimenpiteenä. Lainsäädännön myöhempi tiukentaminen merkitsee sitä, ettei pelkästään alallepääsyn esteiden poistaminen ole riittävää markkinoiden keskittymisestä aiheutuvien haittojen poistamiseksi.

Käytännön ratkaisutoiminnassa kieltoperiaatteella on merkitystä erityisesti näytön ja seuraamusten osalta. Sovellettaessa kieltoperiaatetta kilpailunrajoituksen katsotaan olevan vahingollinen, jos tunnusmerkistö täyttyy. Väärinkäyt-

[169] Ks. HE 162/1991 vp. s. 1 ja 3.

töperiaatteessa haitat on erikseen osoitettava.[170] Myös yritysten näkökulmasta periaatteiden ero on merkittävä, sillä kieltoperiaatteen ohjausvaikutus yritysten toimintaan on täysin eri tasolla kuin väärinkäyttöperiaatteen osalta. Kun lain kieltämät sopimusehdot ovat tehottomia ja uhkana on huomattava seuraamusmaksu, etenkin isot yritykset tekevät varsin paljon töitä välttääkseen konflikteja kilpailuviranomaisten kanssa. Väärinkäyttöperiaatteella ei ole samanlaista ohjaavaa vaikutusta. Tavoiteltavan aineellisoikeudellisen lopputuloksen osalta kielto- ja väärinkäyttöperiaatteet voivat sinänsä olla suhteellisen lähellä toisiaan. Kummankin osalta pyritään puuttumaan kilpailunrajoituksiin, joiden seurauksena tuotanto rajoittuu ja hinnat nousevat tai tekninen kehitys hidastuu.

3.4 YHTEENVETOA

EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa tehokkuus on tärkeä, vaan ei ainoa päämäärä. Toinen keskeinen päämäärä on elinkeinonharjoittajien toimintavapauden suojaaminen. Muina päämäärinä on nähty oikeudenmukaisuuden turvaaminen, pienten ja riippumattomien yritysten suojelu suurempien ylivallalta sekä taloudellisen vallan liiallisen keskittymisen estäminen. Pienyritysten suojelu voidaan ymmärtää tarpeelliseksi, jos sillä halutaan suojata kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä. Kilpailullisen markkinarakenteen turvaamisessa voi olla kysymys siitä, että korostetaan dynaamista tehokkuutta staattisen tehokkuuden kustannuksella. Avain saattaa löytyä siitä, että ylimmäksi tavoitteeksi nostetaan kilpailuprosessin suojaaminen instituutiona, josta tehokkuus ja muut hyödylliset vaikutukset seuraavat. Toisaalta kysymys on myös arvovalinnoista sekä siitä, miltä osin tehokkuutta yleisempien päämäärien tavoittelu ylipäänsä on kilpailuoikeuden tehtävä. Tutkimuksen teoreettisena tavoitteena on luoda konsepti, joka rakentaa sillan amerikkalaisen tehokkuutta korostavan suuntauksen ja eurooppalaisen systeemiajattelun välille. Tavoitteiden moninaisuus on otettava huomioon kilpailuoikeuden taloustieteellisessä analyysissa.

Taloustieteellisen tarkastelun lähtökohtana on yleensä toimenpiteiden tehokkuusvaikutusten selvittäminen. Taloustieteilijä tarkastelee kilpailuoikeutta

---

[170] Kieltoperiaate ei merkitse presumptiota menettelyn vahingollisuudesta, vaan laissa asetettua kieltoa, jonka rikkomiseen on kytketty varsin ankaria seuraamuksia. Oikeaan osunut ei ole siten tulkinta, jonka mukaan lain 9 § täsmentäisi sitä, mikä 4–7 §:ssä on kiellettyä. Lain 4–7 §:ää ja 9 §:ää on tulkittava erillisinä kokonaisuuksina, jotka sääntelymekanismeinsa (kielto- ja väärinkäyttöperiaate) osalta olennaisesti poikkeavat toisistaan. Vastoin lain esitöitä vuoden 1992 kilpailunrajoituslaki ei perustu pääsääntöisesti väärinkäyttöperiaatteelle, vaan rakentuu selkeästi kieltoperiaatteen varaan. Hallituksen esityksessä oleva epäjohdonmukaisuus selittyy sillä, että vastoin hallituksen esitystä eduskunta päätti kieltää määräävän markkina-aseman väärinkäytön. Määräävän aseman väärinkäytön kieltäminen vei painopisteen selkeästi kieltoperiaatteen puolelle. Väärinkäyttöperiaatteen varaan jäivät käytännössä vain muut kuin hinnoittelua koskevat vertikaaliset kilpailunrajoitukset.

staattisen ja dynaamisen tehokkuuden näkökulmasta. Tuotannon lisääminen otetaan annettuna päämääränä. Taloustieteilijä jättää yleensä normatiiviset kysymykset tarkastelun ulkopuolelle. Keskustelua käydään keinoista lisätä taloudellista hyvinvointia, ei päämäärästä sinänsä. Oikeustieteellisessä tarkastelussa johtopäätökset voivat poiketa taloustieteilijän suosituksista muun ohella sillä perusteella, että kilpailulainsäädännössä asetetut tavoitteet ovat tehokkuustavoitetta laajemmat.[171] Kilpailunrajoituslain päämäärinä mainitaan lain 1 §:ssä toimivan ja terveen taloudellisen kilpailun edistäminen, elinkeinonharjoittamisen vapauden suojaaminen perusteettomilta rajoituksilta sekä kuluttajien edun edistäminen. EY:n kilpailuoikeudessa korostuu edellä mainittujen ohella pyrkimys integraation syventämiseen. Kilpailuoikeuden tulkinnalla pyritään estämään, että julkisia alalle tulon esteitä poistamalla luotuja yhteismarkkinoita suljetaan uudelleen yritysten keskinäisin sopimuksin. Tehokkuuden rinnalle "päämäärien valtakuntaan" nousevat vapaus, oikeudenmukaisuus ja integraatio. Kilpailulainsäädännössä asetetut muut päämäärät eivät välttämättä tai edes pääasiallisesti ole ristiriidassa taloudellisen tehokkuuden kanssa.

[171] Ks. esim. Posner, Normative Law and Economics (Posner 2001 c) s. 95–96.

4. Taloustieteen soveltamisen erityiskysymyksiä

Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta suurimmat vaikeudet liittyvät sen arvioimiseen, milloin markkinavoima on vahingollista. Kuten edellä on todettu, valta kuuluu luontaisena elementtinä kaikkeen elinkeinotoimintaan. Valtaa itsessään ei voitane luokitella positiiviseksi tai negatiiviseksi. Esimerkiksi uuden tuotteen markkinoille saattaminen edellyttää valtaa paitsi yrityksen sisällä, kohtuullisessa määrin myös tuotekehitykseen osallisten itsenäisten toimijoiden keskinäisissä suhteissa. Vasta ylimittaiseksi kasvettuaan valta muuttuu negatiiviseksi ilmiöksi. Vallan syntymisen kategorinen estäminen ei ole sen enempää järkevää kuin mahdollista. Taloudellisen vallan olemassaolon kieltäminen tai sen sääntelemättä jättäminen näyttäisi johtavan markkinoiden monopolisoitumiseen ja niinikään päätöksenteon keskittymiseen. Kilpailuoikeudellinen sääntely on tarpeen. Ongelmana on löytää "oikea" demarkaatiolinja hyödyllisen (tehokkuutta edistävän) tai vaarattoman ja haitallisen taloudellisen vallan välillä (competitive mix). Yrityskauppa voi samanaikaisesti lisätä produktiivista tehokkuutta ja heikentää allokatiivista tehokkuutta. Mille tasolle kieltokynnys tulisi asettaa? Tulisiko tehokkuuspuolustus sallia? Kysymykseen vastaaminen edellyttää kannanottoa taloudellisen tehokkuuden, kilpailuvapauden ja kilpailun toimivuuden väliseen suhteeseen.

4.1 TÄYDELLISESTÄ KILPAILUSTA MONOPOLIIN

Täydellisen kilpailun vallitessa mikään yrityksistä sen enempää kysyntä- kuin tarjontapuolella ei voi vaikuttaa hyödykkeen hintaan tai toimitusehtoihin.[172] Yritys nostaa hintaa johtaisi asiakkaiden joukkopakoon, sillä tuotteen oletetaan olevan standardisoitu ja kaikilla markkinaosapuolilla oletetaan olevan täydellinen tietämys olosuhteista.[173] Markkinoilla on myös suuri joukko ostajia, eivätkä alallepääsyn esteet rajoita uusien yritysten pääsyä markkinoille. Myöskään ostajat eivät voi vaikuttaa markkinahintaan. Alallepääsyn esteiden puuttuessa markkinoilla jo toimivat yritykset eivät voi poiketa kilpailullisesta käyttäytymisestä, koska sellainen houkuttelisi alalle uusia yrittäjiä.

---

[172] Yritykset ovat anonyymin kilpailumekanismin "armoilla". Ne voivat laajentaa tuotantoaan kunnes marginaalikustannukset vastaavat markkinahintaa.

[173] Myöskään hinnan alentamisessa ei olisi mieltä, sillä yritys saa koko tuotantonsa kaupaksi markkinoilla vallitsevaan hintaan.

Epätäydellisen tai monopolistisen kilpailun vallitessa yritykset eivät voi vaikuttaa markkinoilla vallitsevaan hintatasoon mutta ne voivat differoinnin (laatuerot, tuotemerkit, mainonta, asiallinen ja alueellinen erikoistuminen) avulla erotuttaa omat hyödykkeensä kilpailijoiden hyödykkeistä, mikä antaa niille mahdollisuuden hinnoitella yli rajakustannusten. Epätäydellinen tai monopolistinen kilpailu merkitsee irtautumista täydellisen kilpailun "ideaalitilanteesta". Käytännössä kyse on pikemminkin markkinoilla vallitsevasta normaalitilanteesta kuin poikkeamasta.

Oligopolissa eli harvainkilpailussa markkinoilla toimii pieni joukko yrityksiä. Yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa (oligopolistinen interdependenssi) ja voivat toimenpiteillään vaikuttaa hintatasoon ja muihin kilpailuparametreihin yhdessä muiden kanssa, joko käyttäytymällä yhdenmukaisesti kilpailijoiden kanssa tai nimenomaisesti yhdenmukaistamalla toimintaansa. Kilpailu oligopolissa voi kuitenkin olla tehokasta ja toimivaa. Usein edullisimman tuotantorakenteen saavuttaminen edellyttää markkinoiden keskittymistä. Rivaliteetin lisääntyessä myös kilpailun intensiteetti kasvaa, mikä voi olla eduksi uusien hyödykkeiden markkinoille saamisen kannalta. Erityisesti 1960-luvun strukturalistisessa kirjallisuudesta pyrittiin tekemään ero laajojen ja tiukkojen oligopolien välillä.[174] Laajassa oligopolissa kilpailu nähdään toimivana ja kolluusion riski hallittavana.[175] *Tiukassa oligopolissa* markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä on 2–6. Yritysten määrän väheneminen lisää yleensä kolluusion riskiä. Pelkkää yritysten lukumäärää olennaisempaa on reaktiosidonnaisuus.

Määräävä markkina-asema on epäsymmetrinen markkinarakenne: yksi yritys voi omin toimenpitein vaikuttaa hintoihin ja muihin kilpailuparametreihin tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailijat joutuvat yleensä joko sopeutumaan määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluun (hintajohtajuus) tai poistumaan markkinoilta. Se, kumpi vaihtoehto on todennäköisempi, riippuu mm. yritysten kustannusrakenteesta. Määräävä markkina-asema voi kuitenkin olla dynaaminen ja rapautumiselle altis markkinatilanne. Määräävää asemaa käsitellään jäljempänä tarkemmin.

Monopolissa/monopsonissa yksi yritys hallitsee täydellisesti markkinoita, eikä sen tarjoamille hyödykkeille ole riittävän läheisiä korvaavia hyödykkeitä. Monopoli voi käytännössä perustua lähinnä julkisen vallan myöntämään yksinoikeuteen, jollaisia on perustettu lähinnä luonnollisen monopolin piirteitä omaavilla toimialoilla. Luonnollisella monopolilla tarkoitetaan sitä, että yrityk-

---

[174] Ks. esim. Kantzenbach (1967).

[175] Kartellin luominen olisi vielä hankalasti toteutettavissa yritysten suuren lukumäärän vuoksi. Suurempi yrityskoko voi lisätä investointimahdollisuuksia ja tutkimusta ja tuotekehitystä. Esim. Kantzenbach näki laajat oligopolit optimaalisena markkinarakenteena, johon kilpailupolitiikalla tulisi pyrkiä.

sen yksikkökustannukset alenevat lineaarisesti sitä alhaisemmiksi, mitä suuremman osan markkinoiden kokonaiskysynnästä yritys tyydyttää. Näissä olosuhteissa kannattavinta on antaa markkinat yhden yrityksen hallintaan, jonka toiminta alistetaan erityisen monopolikontrollin alaiseksi.

Täydellinen kilpailu ja monopoli ovat molemmat harvinaisia, etenkin ensiksi mainittu. Nykyaikaisessa taloudessa oligopoli lienee yleisin markkinarakenne. Käytännön kilpailupolitiikassa liikutaan yleensä tasojen 2. ja 5. välillä. Tämä johtuu siitä, että tuotantoon liittyvät mittakaava- ja muut taloudelliset ja teknologiset edut edellyttävät suhteellisen suurta yrityskokoa. Kustannussyyt keskittävät markkinarakennetta. Toinen keskeinen syy oligopolien syntymiseen lienee halu hankkia markkinavoimaa. Yritykset haluavat vapautua anonyymin kilpailun kahleista ja saada itsenäisyyttä hinnoittelussaan, koska tämä parantaa yrityksen kannattavuutta. Rakenteellisessa tarkastelussa kilpailupoliittinen ongelma muodostuu yhden yrityksen määräävästä asemasta ja tiukasta oligopolista. Markkinoiden rakenteesta ei aiheudu haittaa, jos sitä voidaan muuttaa hyödykkeiden tarjoajien ja ostajien toimenpiteillä. Rakenteellisten seikkojen ohella huomiota kiinnitetään kilpailuetujen pysyvyyteen sekä markkinoiden koeteltavuuteen.

4.2 TOIMIVA KILPAILU

Kilpailuoikeuden väljämuotoisesti vallitsevana paradigmana voidaan pitää *toimivaa kilpailua*. Kilpailulainsäädännön käsitettä ei tule samaistaa liian voimakkaasti jäljempänä käsiteltävään kilpailuteoreettiseen toimivan kilpailun koulukuntaan, joskin lähtökohdat ovat sanotussa *J.M. Clarkin* kehittämässä teoriassa.[176] Termiä toimiva kilpailu käytetään kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa kilpailuteoriaa joustavammin, ilman että laintulkinnan lähtökohdaksi hyväksyttäisiin kaikkia toimivan kilpailun teorian lähtökohtia. Juridisessa kielenkäytössä toimivan kilpailun ydinsisältö voidaan alustavasti tiivistää seuraaviin lähtökohtiin:

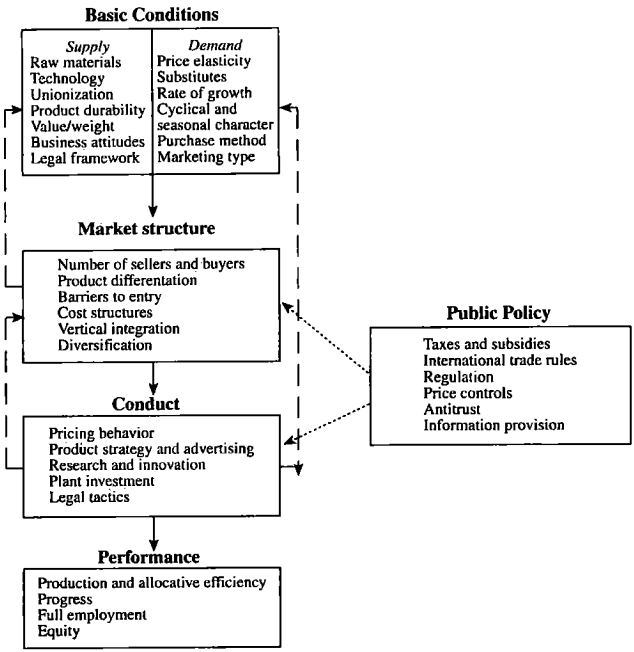
1) Irtautuminen täydellisen kilpailun tavoitteesta: kilpailulainsäädännöllä ei tavoitella neoklassisen taloustieteen täydellisen kilpailun mallin kaltaista atomistista kilpailua, vaan optimaalinen markkinarakenne voi olla tätä keskittyneempi.
2) Dynaaminen näkökulma: kilpailua ei nähdä pelkästään staattisena, mekanistisena allokaatioprosessina, vaan ennen muuta dynaamisena, päättymättömänä prosessina, jossa yrityksen kehittävät uusia hyödykkeitä ja kilpailukeinoja, joihin kilpailijat vastaavat.

---

[176] Ks. Clark (1940) s. 241. Teorian edelleen kehittelystä ks. Clark (1961) s. 24 ss.

3) Tavoitepluralismi: taloudellisen (staattisen ja dynaamisen) tehokkuuden ohella kilpailulainsäädännöllä tavoitellaan muitakin päämääriä, kuten esimerkiksi taloudellisen vallan hajauttamista ja oikeudenmukaista tulonjakoa.
4) SCP-kehikon hyödyntäminen: kilpailunrajoitusten analysointi perustuu markkinarakenteen, markkinakäyttäytymisen ja markkinatulosten analysointiin ja pyrkimykseen vaikuttaa niihin lain tavoitteita edistävällä tavalla.

Kilpailun toimivuutta voidaan selvittää yritysten käyttäytymisen ja markkinoiden rakenteen perusteella. Toimivan kilpailun tunnusmerkkejä ovat yritysten vapaa pääsy markkinoille ja mahdollisuus valita vapaasti sekä asiakkaat että tavarantoimittajat. Siihen kuuluu myöskin vapaus päättää itsenäisesti hinnoista ja toimitusehdoista. Tällaisissa oloissa yritykset kykenevät tuottamaan markkinoille uusia tuotteita ja palveluja sekä kehittämään omaa taloudellista toimintaansa tavalla, joka hyödyttää kuluttajia ja muita yrityksiä. Markkinarakenteen osalta tärkeimpänä analyysimetodina käytetään *SCP*-mallia *(Structure, Conduct, Performance)*. Karkeasti ilmaisten markkinoiden keskittymisen oletetaan luovan riskin hintojen noususta, mistä syystä yritysten sopimuksiin suhtaudutaan kriittisemmin silloin, kun markkinat ovat keskittyneet. Tässä yhteydessä[177] voidaan esittää *Schererin ja Rossin* oppikirjassa[178] kuvattu kaavio:



[177] Ks. myös esim. M. Virtanen (1998) s. 27.
[178] Ks. Scherer/Ross (1990) s. 5.

Mallista käy ilmi, että tietynlaisen markkinakäyttäytymisen ei oleteta automaattisesti seuraavan markkinarakenteesta, vaan markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen välistä vuorovaikutussuhdetta pidetään monimutkaisena. On myös korostettava sitä, että yritysten käyttäytymiseen vaikuttavat markkinarakenteen ohella myös ns. perusolosuhteet *(conditioning factors)*. Yritykset myös vaikuttavat itse markkinarakenteeseen. Staattisessa tarkastelussa korostetaan senhetkisten olosuhteiden todennäköisiä vaikutuksia esim. hintatasoon ja yritysten innovatiivisuuteen. Dynaamisessa tarkastelussa korostuvat muutosta aiheuttavat seikat.

4.3 MARKKINARAKENNE, MARKKINAKÄYTTÄYTYMINEN JA MARKKINATULOKSET KILPAILUN MITTAREINA

Markkinarakenteella tarkoitetaan niitä rakenteellisia tekijöitä, joita yritykset eivät voi päiväkohtaisesti muuttaa ja jotka vaikuttavat yritysten käyttäytymiseen markkinoilla. Markkinarakenteeseen luetaan muun ohella markkinoiden keskittymisaste, yritysten koko ja taloudelliset voimavarat toisiinsa verrattuna, hyödykkeiden samankaltaisuus tai erilaisuus (homogeenisuus/heterogeenisyys) sekä alallepääsyn esteet, jotka rajoittavat uusien yritysten markkinoille tuloa. *Markkinakäyttäytymisellä* tarkoitetaan yritysten markkinoilla toteuttamia toimenpiteitä, esimerkiksi hinnoittelua, muita sopimusehtoja, mainontaa ja investointeja. *Markkinatuloksilla* tarkoitetaan markkinoilla tapahtuvassa vaihdannassa syntyvää lopputulosta kuluttajien näkökulmasta tarkasteltuna, esimerkiksi hintatasoa, tuotevalikoiman laajuutta ja siinä tapahtuvia muutoksia sekä astetta, jolla markkinat tuottavat uusia innovaatioita. Hyvät markkinatulokset täyttävät yhteiskunnan kilpailumekanismille asettamat tavoitteet.[179]

Toimivan kilpailun mallissa pyritään määrittämään markkinarakenteeseen liittyvät tekijät, joiden vallitessa markkinat toimivat kilpailullisesti, käyttäytymistavat, jotka edistävät kilpailua sekä kriteerit markkinatulosten arvioinnille, joiden vallitessa kilpailua voidaan pitää toimivana. Kilpailuoikeudellista tarkastelua varten markkinat voidaan jakaa karkeasti pääluokkiin[180] seuraavasti:

I Myyjäpuolen keskittyminen:
A. Paljon yrityksiä (atomistinen markkinarakenne)
B. Vähintään kahdeksan yritystä (laaja oligopoli)
C. Muutama suuri yritys (tiukka oligopoli)

---

[179] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 4 ss.; Berg (1999) s. 309 ss.; Schmidt (1999) s. 75 ss.; Fejö (1990) s. 39 ss.
[180] Samantapaisen taulukon osalta ks. Fejö (1990) s. 41.

D. Kaksi yritystä (duopoli)
E. Yksi iso yritys ja monta pientä (osamonopoli)
F. Yksi yritys (monopoli)

II Tuotedifferoinnin aste:
A. Homogeeninen tai standardisoitu hyödyke
B. Differoidut hyödykkeet

III Alallepääsyn esteet:
A. Alallepääsy helppoa
A. Alallepääsy suhteellisen helppoa
B. Alallepääsy suhteellisen vaikeaa
C. Alallepääsy estynyt

Varsin robustina voidaan pitää perusoletusta, jonka mukaan markkinat vaativat *keskimäärin* sitä enemmän kilpailuviranomaisten huomiota osakseen, mitä keskittyneempiä ne ovat ja mitä vaikeampaa uusien yritysten on niille etabloitua. Tuotedifferoinnin merkitys on kaksijakoinen. Yhtäältä se tuo yrityksille markkinavoimaa, mikä johtaa suppeampiin markkinamäärittelyihin ja sitä kautta kilpailuoikeudellisen intervention muuttumiseksi todennäköisemmäksi. Toisaalta oligopolissa hyödykkeiden erilaisuus on myönteinen tekijä, sillä hyödykkeiden homogeenisuus lisää kolluusion riskiä. Yhteisestä hinnasta on helpompi sopia silloin, kun kyseessä on homogeeninen tai standardisoitu hyödyke. Taulukossa ongelmia tuottaa tiukkojen ja laajojen oligopolien erottaminen toisistaan.[181] Tuotedifferointi voi myös osoittaa kilpailun dynamiikkaa, jossa elinkeinonharjoittajat hakevat entistä parempia kombinaatioita vanhoille tuotteille ja kehittävät uusia vaihtoehtoja.

4.4 ERI MARKKINARAKENTEISSA SOVELLETTAVAT KILPAILUOIKEUDELLISET INSTRUMENTIT

Markkinarakenteina ääripäitä ovat täydellinen kilpailu ja monopoli. Täydellisen kilpailun vallitessa markkinat sääntelevät itse itseään riittävästi. Viranomaistoiminta voidaan rajata yleisten pelisääntöjen vahvistamiseen. Toisessa

[181] Likimääräiseksi lukuarvoksi on annettu tiukalle oligopolille neljä ja laajalle oligopolille kahdeksan yritystä. Kysymys kuuluu, missä menee tiukan ja laajan oligopolin välinen raja. Tyypillisesti markkinoilla toimii oligopoliyritysten lisäksi joukko pienempiä yrityksiä, joiden kilpailuasema on kuitenkin liian heikko, jotta ne pystyisivät toimenpiteillään vaikuttamaan hintatasoon tai oligopoliyritysten käyttäytymiseen. Pienet yritykset voivat kuitenkin estää hintojen nousun. Taloustieteellisesti yritysten välistä reaktioyhteyttä voidaan pitää yritysten lukumäärää parempana lähtökohtana. Kysymykseen palataan markkinavoiman teoreettisen tarkastelun yhteydessä.

ääripäässä on oikeudellinen tai luonnollinen monopoli, jollaisen vallitessa kilpailullisen hintatason ylläpitäminen vaatii suoria toimenpiteitä alakohtaisen hinta- tai rate of return- sääntelyn muodossa. Seuraavassa taulukossa[182] kuvataan eri markkinarakenteissa käytettäviä sääntelykeinoja. Kyse on alustavasta luokittelusta, joka täsmentyy tutkimuksen edetessä.

Markkinarakenne	Markkinoiden kuvaus	Mahdolliset sääntelyinstrumentit
Monopoli	Yksi yritys vastaa yksin kaikesta hyödykkeen tarjonnasta	Alakohtainen monopolisääntely; määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto
Osamonopoli	Yksi yritys hallitsee 40–99,9 prosentin osuutta markkinoista, eikä sillä ole tasavahvaa kilpailijaa.	Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto; yrityskauppavalvonta; rakenteelliset pilkkomisvaltuudet
Tiukka oligopoli	Neljän suurimman yrityksen osuus on 60–100 prosenttia markkinoista; kolluusio yritysten välillä on suhteellisen yksinkertaista toteuttaa.	Kartellikielto; yrityskauppavalvonta; yhteisen määräävän aseman väärinkäytön kielto; väärinkäyttöperiaate
Löyhä oligopoli	Neljän suurimman yrityksen osuus markkinoista on 40 prosenttia tai vähemmän; kolluusio yritysten välillä on vaikeasti toteutettavissa.	Kartellikielto; vahingollisia kilpailunrajoituksia koskeva väärinkäyttöperiaate
Monopolistinen kilpailu	Lukuisa määrä kilpailijoita, joista yhdenkään markkinaosuus ei ylitä 10 prosenttia; kysyntä on epäelastista tuotedifferoinnin tms. seurauksena.	Kartellikielto; vahingollisia kilpailunrajoituksia koskeva väärinkäyttöperiaate
Täydellinen kilpailu	Markkinoilla on suuri määrä kilpailevia yrityksiä; yksikään yritys ei voi omin toimenpitein vaikuttaa hintatasoon tai muihin keskeisiin kilpailuparametreihin.	Paljaita kilpailunrajoituksia koskevat per se -kiellot

Valtaosa kilpailuviranomaisen tapauksista liittyy erilaisten oligopolitilanteiden sääntelyyn. Markkinarakenteen kannalta yhden yrityksen määräävä markkina-asema voidaan määritellä joko osamonopoliksi tai epäsymmetriseksi oligopoliksi, jossa yksi yritys on selvästi muita suurempi. Erityisesti vanhemmassa kirjallisuudessa käytetään taulukon rakenteellista nimitystä osamonopoli

[182] Samantapaisen taulukon esittää M. Virtanen. Erona on kuitenkin se, että M. Virtasen lähestymistapa on taloustieteellisempi. Virtasen esittämä taulukko on lainattu William Shepherdiltä. Ks. M. Virtanen (1998) s. 21, op. cit. Shepherd (1991). Sen on tarkoitus kuvata tyypillistä rakenteellista lähestymistapaa IO-kirjallisuudessa. Taulukossa kuvataan markkinarakenne, perusolosuhteet ja tyypillisiä aloja, joilla markkinarakenteita esiintyy. Ks. myös Shepherd (1997) s. 16. Oma lähestymistapani on juridisempi, ja taulukossa kuvataan tyypilliset kilpailuoikeudelliset interventiokeinot kussakin markkinarakenteessa. M. Virtasen taulukosta se eroaa myös sikäli, että määräävä markkina-asema lähtee liikkeelle 40 prosentista, kun Virtanen käyttää 50 prosentin kynnystä.

(Teilmonopol).[183] Eniten ongelmia perinteiselle rakenteelliselle luokittelulle näyttäisi aiheuttavan kilpailuoikeudellinen yhteisen määräävän aseman käsite. Yhteinen määräävä markkina-asema näyttäisi rinnastuvan tiukkaan oligopoliin. Tiukkaan oligopoliin voidaan puuttua siten paitsi kartellikiellon, myös yhteisen määräävän aseman käsitteen avulla. Kartellikiellolla puututaan sopimukseen tai yhdenmukaistettuun menettelytapaan, jolla markkinavoimaa saavutetaan, jaetun määräävän aseman väärinkäytöllä markkinavoiman mahdollistamaan yksipuoliseen toimintaan. Oligopolien tiivistymiseen puututaan preventiivisesti yrityskauppavalvonnan avulla.

Markkinoiden kilpailullisuuden selvittäminen *markkinarakennetestin* avulla ei ole ongelmatonta. Vaikka markkinarakenteen ja käyttäytymisen välillä on havaittavissa vuorovaikutussuhde, rakennetekijöiden merkitys ei ole niin suuri, että tietyn kombinaation voitaisiin olettaa aina tuottavan tietynlainen lopputulos. Keskittymisasteen perusteella voidaan tehdä yleisiä johtopäätöksiä ja asettaa hypoteeseja todennäköisistä seurauksista. Syy-seuraussuhteet eivät ole deterministisiä vaan pikemminkin todennäköisyyksiä. Empiirinen tutkimus joko vahvistaa tai kumoaa rakenteen perusteella tehdyn hypoteesin. Keskittynyt markkinarakenne *voi* nostaa hintatasoa, mutta ei sitä välttämättä tee. Kysymystä käsitellään yksityiskohtaisesti markkinavoiman teoreettisen tarkastelun yhteydessä.

Rakennetestin rinnalla käytetään *käyttäytymistestiä*, joka muodostaakin pääasiallisen perusteen kilpailuviranomaisten interventiolle. Käyttäytymistestissä pyritään arvioimaan yritysten toimintatapojen yleistä vaikutusta kilpailun toimivuudelle. Tutkimuksia on tehty eri kilpailunrajoitustyyppien kilpailuvaikutuksista eri markkinarakenteista, mutta myös esimerkiksi immateriaalioikeuksien (erityisesti patenttien) ja mainonnan vaikutuksesta yrityksen markkinavoiman kasvua selittävänä tekijänä. Yleisten sääntöjen asettaminen on kuitenkin vaikeaa.[184] Suhteellisen harvat toimintatavat ovat siinä määrin haitallisia, että ne

---

[183] Ks. esim. Eucken (1952) s. 31 ss., 247, 294.

[184] Esimerkiksi hinnanalennuksia voidaan pääsääntöisesti pitää kilpailua lisäävänä ja kuluttajia hyödyttävänä toimintana. Hinnanalennus pakottaa muut yritykset vastamaan samansuuruisella alennuksella. Alennus voi kuitenkin tähdätä myös rasittavaksi käyneen kilpailijan ajamiseen markkinoilta, jolloin sen kilpailupoliittinen arviointi ei ole yhtä selvää. Patentilla keksinnön tehnyt yritys saa ansaitsemansa määräaikaisen yksinoikeuden, mikä on välttämätön edellytys sille, että tutkimukseen panostetaan ja tehdyt läpimurrot julkistetaan. Patentteja voidaan käyttää myös kilpailijoiden toiminnan estämiseksi patentoimalla yritykselle itselleen tarpeettomia vaihtoehtoisia ratkaisuja, jota kilpailijat ehkä tarvitsisivat innovaatiokilpailun ylläpitämiseen. Mainontaa käytetään hyödykkeen tunnetuksi tekemiseen erityisesti laajennettaessa toimintaa uusille markkinoille. Mainontaa ei kuitenkaan aina käytetä hinta- ja laatukilpailun tukena, vaan niiden sijasta. Tiukan oligopolistisilla markkinoilla esim. sähköntuottaja tai pesuainevalmistaja satsaa mainontaan erottaakseen ominaisuuksiltaan identtisen hyödykkeen kuluttajien silmissä kilpailevista valmisteista, vaikka mitään keinokuvia todellisempaa eroa hyödykkeiden välillä ei olisi. Mainonnan seurauksena yritys voi periä kilpailullista tasoa korkeampia hintoja. Kuluttaja saa hinnanalennuksen tai innovaation sijasta mainoksia kotiinsa. Toisaalta mainonta on sallittu ja

voidaan aina kieltää riippumatta markkinoilla vallitsevista rakenteellisista olosuhteista ja toimintatavan taloudellisista perusteluista. Yleismaailmallisesti *per se* kiellettyjä ovat paljaat kartellit, joilla tarkoitetaan yritysten keskinäistä välipuhetta tai muuta yhteistä menettelytapaa hintojen nostamiseksi, tuotannon rajoittamiseksi tai markkinoiden jakamiseksi, ilman että kyse olisi samalla tuotantoa tehostavasta järjestelystä. Näiden rajoitusten on katsottu nostavan hintatasoa ja vähentävän tehokkuutta ilman todellisia kompensoivia tehokkuushyötyjä. Yleisesti kielletty on myös alimman sallitun hinnan asettamista koskeva määrähintaehto, joskin määrähintojen arvioiminen on kilpailuteoreettisesti hintakartelleja riidanalaisempaa.

Useimpien kilpailunrajoitusten osalta noudatetaan *rule of reason* -periaatetta, jonka mukaan kilpailunrajoitusta on mahdollista perustella sen tuottamilla hyödyillä.[185] Jos hyödyt ylittävät haitat, rajoitukseen ei puututa. Kilpailuoikeudessa on *suurehko harmaa alue*, jolla kilpailunrajoituksen vahingollisuus riippuu markkinoilla vallitsevista olosuhteista. Useimpien kilpailunrajoitustyyppien osalta kiellettävyys on kytketty markkinavoimaan. Markkinavoiman väärinkäyttönä kiellettyä on asiakkaan sitominen ja toimenpiteet, joiden tarkoituksena on pienemmän kilpailijan vahingoittaminen ilman, että taustalla olisi selkeitä oman liiketoiminnan tehostamispyrkimyksiä. Samanaikaisesti kiinnitetään huomiota sekä markkinoiden rakenteeseen että yritysten käyttäytymiseen markkinoilla.

Kolmannen tavan tarkastella kilpailun toimivuutta tarjoaa *markkinatulosten* tarkastelu. Markkinamekanismin toiminnan tuloksien optimaalisuutta pyritään selvittämään yleensä vertaamalla mittaustulosta johonkin ennalta määrättyyn suureeseen. Selvitetään esimerkiksi, onko hintataso "kohtuullinen", "tyydyttävä" vai "korkea", onko tuotevalikoima "runsas", "välttävä" vai "liian suppea" tai onko markkinoiden innovatiivisuus "dynaamisen tehokkaalla", "keskivertoisella" vai "riittämättömällä" tasolla. Käytännössä viranomaiset pyrkivät vain harvoin vaikuttamaan suoraan markkinatuloksiin yrityksiin kohdistuvan kilpai-

---

legitiimi elinkeinonala ja tuotemerkit yritysten immateriaalista omaisuutta. Millä perusteltaisiin kilpailuoikeudellinen interventio ilman selkeää tehokkuustappiota tai haittaa toisen elinkeinotoiminnalle? Mikä olisi tehokas terapia? Yksinmyyntisopimus voi kannustaa jälleenmyyjää investoimaan päämiehen hyödykkeisiin. Keskittyneillä markkinoilla, joilla yksinmyyntisopimukset ovat yleisiä, sopimusten muodostama verkosto voi muodostua alallepääsyn esteeksi, jos potentiaalisille kilpailijoille ei löydy jakelukanavia.

[185] Tällä tarkoitetaan tässä yhteydessä, että kiellettävyyteen vaikuttaa järjestelyn tavoitteita ja vaikutuksia koskeva taloudellinen analyysi, ei sitä, että tutkiminen vastaisi sitä, millainen merkityssisältö jaottelulla per se/rule of reason on amerikkalaisessa oikeuskäytännössä. Uudemmassa amerikkalaisessa kirjallisuudessa em. jaottelua on pidetty ongelmallisena, koska se on liian karkea jaottelu kuvaamaan oikeuskäytäntöä ja toisaalta koska taloudellisella analyysilla on merkitystä myös per se kiellettyjen kilpailunrajoitusten suhteen. Ks. esim. Calvani (2000); Hovenkamp (1999) s. 274 ss. Tämän vuoksi mainittua jaottelua ei korosteta tässäkään tutkimuksessa, joskin siihen palataan yhtenä kysymyksenä kartellien yhteydessä.

luoikeudellisen sääntelyn kautta.[186] Markkinatulosten sääntelyn suurimpana ongelmana on antaa laatusanoille objektiivinen merkityssisältö. Esimerkiksi hintatason kohtuullisuus riippuu siitä, mihin verrataan ja mitä pidetään kohtuullisena voittomarginaalina. Markkinatulokset eivät useinkaan paljasta niiden syitä.[187] Kausaalisuhteet ovat hyvin monimutkaisia.[188] Suoran sääntelyn onnistuminen edellyttää yksityiskohtaista tietoa oikeasta hintatasosta, tulevaisuudessa hyödyllisistä innovaatioista ja optimaalisesta innovaatioiden syntymisnopeudesta. Mainituista syistä kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pääpaino tulee asettaa markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen sääntelylle.

4.5 DYNAAMISEN TARKASTELUN TARVE

Dynaamisen kilpailun mallissa korostetaan kilpailun dynaamista aspektia. Yhden yrityksen onnistuessa parantamaan esim. tuotantoprosessiaan, asiakaspalveluaan tai hyödykkeen teknisiä ominaisuuksia saa se *kilpailuedun* muihin yrityksiin. Kilpailuedun turvin innovatiivinen yritys saavuttaa ylioptimaalisia voittoja ja parantaa markkinaosuuttaan. Havaitessaan uuden toimintatavan menestyksellisyyden kilpailijat ajan myötä vastaavat joko itse kehittämillään parannuksilla tai ryhtymällä imitoimaan aloitteen tekijää. Kilpailijoiden vastareaktion seurauksena pioneerin kilpailuetu rapautuu. Saavutetaan uusi tasapainotila, kunnes taas joku yrityksistä tekee uuden aloitteen. Staattisessa tarkastelussa korostetaan kustannustehokkuutta ja hyödykkeiden allokoitumista optimaalisella tavalla. Dynaamisesta näkökulmasta tärkeämpää on kilpailu uutta luovana prosessina. Kilpailun toimivuutta voidaankin mitata myös sillä perusteella, kuinka innovatiivisia markkinoilla toimivat yritykset ovat.

---

[186] Markkinatuloksiin voitaisiin pyrkiä vaikuttamaan suoraan määräämällä, että yrityksen A on myytävä hyödykettä X tietty määrä tiettyyn hintaan. Pyrittäessä sääntelemään yritysten käyttäytymistä markkinatulosten kalibroinnin avulla perusongelmia on kaksi. Ensinnäkin lähestymistapa rajoittaa radikaalisti yritysten toimintavapautta. Suunnitelmatalouksissa lähestymistapa on käytössä. Liberalistisessa oikeusvaltiossa elinkeinotoimintaa ohjaavien suorien määräysten antamista pidetään mahdollisena vain poikkeustilanteissa (esim. monopolit, ulkoisvaikutukset, julkiset ja meritoriset hyödykkeet) ja poikkeusoloissa (esim. valuuttakurssien vaihteluun ja maksutaseeseen liittyvät kriisitilanteet).

[187] Esimerkiksi markkinoiden keskittymisasteen nousun on kirjallisuudessa katsottu sekä laskevan, että nostavan innovatiivisuusastetta. Kummallakin koulukunnalla on vakaat kannattajansa. Kyse voi olla myös esim. siitä, että toisilla markkinoilla julkinen valta subventoi enemmän yritysten tutkimustoimintaa.

[188] Markkinatulosten tilastollinen selvittely tarjonnee luotettavia johtopäätöksiä lähinnä suuren tilastollisen aineiston perusteella tehdyissä ns. *mark up* -tutkimuksissa, joissa satunnaisten tekijöiden merkitys pystytään minimoimaan. Sen sijaan yhden yksittäisen yrityksen toiminnan arviointiin markkinatulosten tarkastelu tarjoaa vain vähän välineitä. Markkinatuloksiin vedotaan etupäässä luonnollisten ja legaalisten monopoliyritysten toiminnan alakohtaisessa sääntelyssä. Erityisesti yhden yrityksen osalta ero markkinatulosten ja markkinakäyttäytymisen välillä vaikuttaa häilyvältä.

4.6 TALOUSTIEDE JA KILPAILUOIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN OPTIMAALISUUS

Markkinavoiman sääntelyllä pyritään suojaamaan markkinatalouden toimintakykyä ja edistämään tehokkaiden ratkaisujen esillepääsyä. Suojelukohteina ovat kilpailuprosessi, taloudellinen tehokkuus ja markkinatoimijoiden vapaus. Sisällöllisesti epäonnistunut, esimerkiksi liian dirigistinen sääntely voi kokonaisuudessaan heikentää markkinoiden tehokkuutta.[189] Markkinoille pääsyä vaikeuttavaa viranomaissääntelyä on lievennetty. Suoran sääntelyn merkityksen vähentyessä epäsuoran kilpailusääntelyn merkitys on lisääntynyt. Kilpailuviranomaisen liiallisen innokas ote voisi johtaa takaisin lähtökohtatilannetta muistuttavaan tilanteeseen.

Ensimmäisenä ongelmana esille nousee koulukuntien lukumäärä ja teoriaväittämien ristikkäisyys. Tähän ongelmaan haetaan tässä tutkimuksessa vastausta eklektisellä lähestymistavalla. Toisena ongelmana on se, ettei taloustieteessä yleensä oteta huomioon oikeudellisen päätöksenteon erityispiirteitä. Taloustieteilijä voi esimerkiksi olettaa tiettyjä seikkoja mallin yksinkertaistamiseksi. Lainkäytössä olettaminen tulee rajata selviin seikkoihin. Taloustieteilijä voi tarkastella kysymystä yleisenä teoreettisena probleemana, kun tuomarilla on ratkaistavanaan konkreettinen oikeusriita,[190] jossa vastaus ei voi jäädä yleiselle tasolle. Taloustieteilijän ja tuomarin tiedonintressi on erilainen.

Markkinavoiman määrittely kilpailuoikeudessa voi erota taloustieteen lähtökohdista. Taloustieteen perustehtävä on selittää taloudellisia tapahtumia muun ohella teoreettisen mallintamisen avulla. Taloustieteelle on tyypillistä pyrkiminen yleistettäviin teorioihin, joilla selitettävä ilmiö voidaan kokonaisuudessaan hallita. Normatiivisena kysymyksenä pyritään vastaamaan siihen, miten tietty toiminta järjestetään mahdollisimman tehokkaasti niukkojen resurssien optimaaliseksi hyödyntämiseksi.

Sovellettaessa taloustiedettä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olennaista on kääntää taloustieteen terminologia oikeudelliselle kielelle. Esimerkiksi taloustieteellisessä esityksessä markkinavoimaa mitataan perinteisesti marginaalikustannusten ja hinnoittelun eron tai markkinarakenteen keskittymisasteen perusteella. Puhtaasti oikeustaloustieteen näkökulmasta voi olla perusteltua strategia, jossa paino asetetaan taloustieteen puhtaudelle ja metodiselle selkeydelle. Valitaan tietty koulukuntasidonnainen tutkimustapa ja viedään se läpi omassa tutkimuksessa taloustieteellisiä esikuvia seuraten. Tähän ei ymmärtääkseni kuitenkaan liene varaa, jos taloustieteen tutkimustuloksia ja työmetodeja halutaan aidosti hyödyntää kilpailuoikeudellisessa lainkäytössä. Lainkäyttäjäl-

---

[189] Toisen maailmansodan jälkeinen hintasäännöstely Euroopassa on pääsääntöisesti kumottu, Suomessa tosin vasta 1988.

[190] Lainsäätäjälle on enemmän iloa yleisistä näkemyksistä.

lä ei ole mahdollisuutta valita tiettyä koulukuntaa ratkaisunsa perustaksi, kuten ei myöskään jotain tiettyä poliittista kantaa. Lainkäyttäjän velvollisuutena on pyrkimys *puolueettomuuteen* ja *yleispätevyyteen*.

Lainkäyttäjän perspektiivistä taloustieteen käsitteistö ja metodi tulee *operationalisoida* siten, että ne ovat hyödynnettävissä lainkäytössä. Vaikka tiettyä lähestymistapaa pidettäisiin taloustieteellisesti (koulukuntasidonnaisesti) riittävänä ja metodisesti luotettavana, siitä ei ole kilpailujuristille sanottavaa hyötyä, ellei tutkimuksen suorittamiselle relevantti tilastollinen aineisto ole esimerkiksi tuomioistuimen saatavissa tai elleivät mittausten premissit ole luotettavalla pohjalla. Tuomioistuin voi ylipäätään perustaa päätöksensä vain sellaiseen selvitykseen, joka on hankittavissa kontradiktorisessa menettelyssä.

Kilpailuoikeudellisessa lainkäytössä sovellettava taloustiede on yleensä valtavirran taloustiedettä. Lähtökohtana tulisikin olla, että se on mahdollisimman vähän riidanalaista, mitä taloustieteen koulukuntasidonnaisuudesta johtuen kokonaan ei voida välttää. Harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta tuomareilta lienee turha odottaa varsinaisia taloustieteellisiä innovaatioita. Lainkäyttäjät ovat taloustieteen kuluttajia, eivät kuitenkaan täysin passiivisia vastaanottajia. Taloustieteen soveltaminen lainkäytössä edellyttää *adaptiota*, jossa varmistetaan soveltuvuus lainkäytön tarpeisiin.[191]

4.7 MARKKINAVOIMA JA TEHOKKUUS

Kilpailupolitiikan vaikeimpiin kysymyksiin kuuluu kannanotto tehokkuuden ja markkinavoiman väliseen suhteeseen. Optimaalinen tuotantotapa edellyttää varsin usein yrityskoon kasvattamista. Eurooppalaisia ja etenkin suomalaisia yrityksiä on usein pidetty liian pieninä vastaamaan globaaliin kilpailuun. Suomen kaltaisissa pienissä ja avoimissa kansantalouksissa yrityksillä voi olla määräävä markkina-asema kotimarkkinoilla, vaikka ne kansainvälisessä vertailussa ovat suhteellisen pienikokoisia. Voidaan puhua tehokkuuden ja markkinavoiman välisestä dilemmasta.

Kielletyn ja sallitun markkinavoiman hyödyntämisen samoin kuin liiallisen suurena pidetyn markkinavoiman määrä ovat arvostuskysymyksiä, jotka ratkeavat käytännössä tuomioistuimen päätöksellä. Tuomioistuin toteaa, että mää-

[191] Muussa tapauksessa riskinä on ulkokohtaisuus ja kriittisten ongelmien sivuuttaminen. Pahimmillaan tuomioistuin voi erehtyä pitämään ratkaisuna selvitystä, joka sisältää vasta relevantin ongelman kuvauksen. Taloustieteessä keskitytään usein muuttujien suuren lukumäärän ja kausaalisuhteiden monimutkaisuuden vuoksi pistekohtaisesti tiettyihin kohtiin analyysia. Tuomioistuimella ei ole oikeutta sivuuttaa relevanttia todistusaineistoa. Lainkäytössä tuomiota ei voida rakentaa oletusten varaan. Tämä pätee myös taloustieteen *ceteris paribus* -oletuksiin. Taloudellisten tosiasiaväittämien taustat on selvitettävä ja päätös perustettava näytettyihin tosiseikkoihin. Tässä mielessä tosiseikkojen arvioinnissa korostuu induktion merkitys, jota ei voida korvata deduktiivisella päättelyllä.

räävää asemaa on väärinkäytetty tai että yrityskaupan kieltokynnys ylittyy. Kilpailuoikeudelliselle sääntelylle on ominaista, että lainsäädännöllä pyritään luomaan sääntelyn yleiset puitteet ja että lopulliset ratkaisut tehdään lainkäytössä. Kilpailuoikeuden kentän hajanaisuudesta, heterogeenisyydestä ja dynaamisuudesta seuraa, ettei kielletyn ja sallitun välistä rajaa voida määrittää laissa yksityiskohtaisesti. Kilpailuoikeudessa lain kiellot ja soveltamiskriteerit määritellään yleisellä tasolla, avoimin lausekkein. Kilpailuoikeudessa oikeuskäytännön merkitys korostuu luonnostaan. EY:n kilpailuoikeudessa ja viime vuosina myös Suomessa on havaittavissa kehitys, jossa oikeuskäytännössä syntyneet, myöhemmissä soveltamisratkaisuissa hyväksi havaitut periaatteet kodifioidaan myöhemmässä vaiheessa lakiin.

Olennaista olisi löytää työvälineitä, joilla markkinavoiman käsitteen alle saadaan suodatettua tapaukset, joissa markkinavoimaa on mahdollista käyttää kilpailun toimivuuden kannalta haitallisella tavalla. Keskeisiksi ongelmiksi muodostuvat markkinavoiman määrittäminen, haitallisen ja hyödyllisen markkinavoiman erottaminen toisistaan ja tarkoituksenmukaisen keinovalikoiman löytäminen. Kilpailuoikeudellisesti markkinavoima on pyrittävä määrittelemään siten, että

1. markkinavoiman määritelmä vastaa oikeuskäytännössä esille tulevia tyyppitilanteita (*kattavuus*);
2. markkinavoiman kriteerit kertovat, milloin kilpailuviranomaisen puuttumistai kieltokynnys ylittyy (*osumistarkkuus*);
3. markkinavoiman määritelmä on hyödynnettävissä kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa (*operationaalisuus*);
4. markkinavoiman määrittely, mittaaminen ja osoittaminen täyttää sääntelyn tarkoitukselle sekä lopputuloksen ennustettavuudelle asetetut vaatimukset ja kontrolloitavuudelle liberaalissa oikeusvaltiossa asetetut vaatimukset (*legitimiteetti ja oikeusturva*).

Oikeustieteen yhtenä keskeisenä tavoitteena on tuottaa työvälineitä ratkaisutoimintaan. Tästä syystä metodien operationaalisuuteen liittyvät näkökohdat on yleisemminkin otettava huomioon kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa. Tieteen rajat ylittävä tarkastelu on kilpailuoikeudessa lähes elinehto. Taloustieteen sijasta voidaan puhua laajemmin *kilpailuteoriasta*, jolla tässä yhteydessä tarkoitetaan taloudellisen kilpailun ja sen sääntelyn kannalta relevanttia yhteiskuntatieteellistä aineistoa kokonaisuudessaan. Taloustieteen eri suuntausten ohella relevantteja tarkastelukulmia voi löytää esimerkiksi historiasta, sosiologiasta tai politiikan teoriasta.

II KILPAILUTEORIA JA KILPAILUPOLITIIKKA

"Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give."[1]

1. Johdanto

Tässä luvussa perehdytään kilpailuteoriaan ja kilpailupolitiikkaan. Määrittelen *kilpailuteorian* siten, että sillä tarkoitetaan yhteiskuntatieteiden sitä osa-aluetta, joka tutkii taloudellisen kilpailun merkitystä markkinatalousjärjestelmässä. Kilpailuteoriassa tutkitaan markkinoiden ohella myös vallitsevan talousjärjestelmän, muun yhteiskunnan ja oikeusjärjestelmän välisiä vuorovaikutussuhteita. Kilpailuteoria ei rajoitu yksinomaan taloustieteeseen, vaan kilpailua tutkitaan teoreettisesti myös oikeustieteen, sosiologian, politologian ja historiantutkimuksen keinoin.

Kilpailupolitiikalla tarkoitan politiikanlohkoa, jolla turvataan ja edistetään taloudellista kilpailua konkreettisin keinoin laissa asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Kilpailupolitiikkaan voidaan lukea myös kilpailun toimivuuteen vaikuttavien lakien säätäminen ja niitä koskevien muutosten valmistelu. Kun kilpailuteoria mallintaa kilpailua abstraktilla tasolla, kilpailupolitiikassa asetetaan konkreettisia tavoitteita ja punnitaan vaihtoehtoisia keinoja niiden saavuttamiseksi. Voidaan myös tutkia sitä, miten hyvin tietty keino on toiminut käytännössä ratkaisuna tai lievennyksenä. Kilpailupolitiikkaan laajassa merkityksessä voidaan siten lukea myös kilpailuoikeuden käytännön soveltaminen kilpailuviranomaisissa ja tuomioistuimissa.[2]

---

[1] Bork, The Antitrust Paradox (1978) s. 50.

[2] Tämä ei tarkoita sitä, että kilpailuoikeuden soveltaminen kilpailuviranomaisissa tai tuomioistuimissa olisi luonteeltaan poliittista harkintaa. Kyse on oikeusnormien soveltamisesta. Kilpailuoikeudellisen käytännön lukeminen kilpailupolitiikan osaksi on luontevaa sen vuoksi, että kilpailuoikeuden konkreettinen sisältö operationalisoituu yleensä vasta kilpailulainsäädännön soveltamiskäytännössä. Tehdyillä valinnoilla on vaikutusta kilpailun toimivuuteen markkinoilla, mikä tiedostetaan ratkaisutoiminnassa.

1.1 KILPAILUTEORIAN ALA

Taloudellinen kilpailu muodostaa taloustieteen keskeisen tutkimuskohteen. Kilpailun kannalta keskeisimpiä taloustieteen lohkoja ovat hintojen ja määrien keskinäistä vuorovaikutussuhdetta tutkiva neoklassinen hintateoria[3] (price theory) sekä kilpailua markkinoiden rakenteellisen tarkastelun kautta tarkasteleva toimialan taloustiede[4] (industrial organization). Rajanveto näiden välillä lienee liukuva, ja ne voidaan nähdä myös yhtenä suurempana kokonaisuutena.[5]

---

[3] Neoklassiseen talousteoriaan pohjautuvaa hintateoriaa hyödynnetään erityisesti chicagolaisessa kilpailuanalyysissä. Ks. esim. Stigler, The Organization of Industry (1968); Posner, Antitrust Law, An Economic Perspective (1976) ja merkittävästi laajennettu ja ajankohtaistettu painos Antitrust Law (2001); Bork, Antitrust Paradox (1978, 1993); Posner/Easterbrook, Antitrust. Cases, Economic Notes and Other Materials (1981); Demsetz, Efficiency, Competition and Policy (1990). Chicagolaisessa analyysissä mallinnetaan tehokkuutta pyrkien hyödyntämään maksimaalisesti hintateorian peruslähtökohtia. Kilpailunrajoitus tulee kieltää ainoastaan silloin, kun sen seurauksena tuotanto vähenee ja hinnat nousevat. Tehokkuustarkastelu ei ole chicagolaisten yksinoikeus, vaan se on nykyään keskeistä myös harvardilaisesti suuntautuneiden tutkijoiden piirissä.

[4] Toimialan taloustieteessä tarkastellaan markkinoiden rakenteen ja yritysten käyttäytymisen keskinäisiä vuorovaikutussuhteita. Perusoletuksena on, että markkinoiden keskittyminen on omiaan nostamaan keskimääräisesti hyödykkeen hintoja. Pohja rakenteelliselle tarkastelulle luotiin A.S. Masonin ja J.S. Bainin tuotannossa 1930 ja 1950 luvuilla. Tässä tutkimuksessa hyödynnetyistä toimialan taloustieteen perusteoksista mainittakoon erityisesti Scherer/Ross, Industrial Market and Economic Performance (1990); Carlton/Perloff, Modern Industrial Organization (2001); Martin, Industrial Economics (1993); Shepherd, The Economics of Industrial Organization (1997); Areeda/Solow/Hovenkamp, Antitrust Law, Volume II A (1995); Viscusi/Vernon/Harrington, Economics of Regulation and Antitrust (1995); Utton, Market Dominance and Antitrust Policy (1995); Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (1999). Pohjoismaisessa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa toimialan taloustiedettä on hyödyntänyt esim. Fejö teoksessaan Monopoly Law and the Market (1990). Kotimainen kilpailuteoreettinen kirjallisuus näyttäisi painottuvan yhtäältä taloustieteellisiin yleisesityksiin ja toisaalta yksittäisiin kilpailuteorian osa-alueita koskettaviin artikkeleihin. Merkittävänä avauksena kotimaisessa kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan tutkimuksessa voidaan pitää Martti Virtasen väitöskirjaa Market Dominance -related Competition Policy, An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution (1998). Toimialan taloustiedettä esitellään Timosen (1997) ja P. Virtasen (2001) oikeustieteellisissä väitöskirjoissa.

[5] Artikkeleita sisältävistä toimitetuista amerikkalaisista kokoomateoksista, joissa käsitellään kumpaakin, hintateoreettista ja rakenteellista lähestymistapaa yhdistettynä juridiseen tai tätä laajempaan yhteiskuntateoreettiseen tarkasteluun, mainittakoon Calvani/Siegfried, Economic Analysis and Antitrust Law (1988); Larner/Meehan, Economics & Antitrust Policy (1989); Mathewson/Trebilcock/Walker, The Law and Economics of Competition Policy (1990); Sullivan, Thomas E., The Political Economy of the Sherman Act, the First One Hundred Years! (1991); First/Fox/Pitofsky, Revitalizing Antitrust in its Second Century (1991); Scherer, Monopoly and Competition Policy, osat I ja II (1993); Kovaleff, The Antitrust Impulse, osat I ja II (1994); Himmelberg, Evolution of Antitrust Policy from Johnson to Bush (1994); McChesney/ Shughart, The Causes and Consequences of Antitrust, the Public-Choice Perspective (1995). Vaikka mainitut teokset käsittelevätkin etupäässä Yhdysvaltain kilpailuoikeutta, sisällön yleisyydestä johtuen ne antavat välineitä myös eurooppalaisen kilpailupolitiikan mallintamiseen. Arvokasta materiaalia saksalaisesta kilpailuteoriasta sisältää vuosittain julkaistava ORDO-vuosikirja, jonka ensimmäinen nide ilmeistyi 1949. Ks. myös Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs (1981).

Ero lähestymistapojen välillä voidaan pelkistää siihen, tehdäänkö johtopäätöksiä ennemminkin yritysten käyttäytymisen (hinnoittelun) vai markkinoiden rakenteellisten tekijöiden (SCP) mallintamisen avulla. Kummassakin lähestymistavassa kilpailu nähdään keinona lisätä taloudellista hyvinvointia resurssien optimaalisen allokaation avulla. Staattisen, kilpailun lopputulokseen painottuvan tarkastelun ohella kilpailu voidaan nähdä dynaamisena ilmiönä, kamppailuna, joka muodostuu yritysten aloitteista ja kilpailijoiden vastareaktioissa.[6] Hetkittäinen, valokuvanomainen tarkastelu korvautuu markkinoiden historiaan ja niiden tulevaan kehitykseen liittyvien arvioiden tekemisellä. Pidentämällä aikahorisonttia muuttumattomalta ja vakaalta näyttäytyvä tilanne muuttuu yhdeksi välivaiheeksi kehitysprosessia, jossa markkina-asemia saavutetaan ja menetetään.[7] Kilpailua voidaan mallintaa myös yrityksen markkinoilla päivittäin kohtaaman päätöksentekotilanteen kannalta. Tätä tutkitaan strategisen kilpailun teoriassa. Viime vuosikymmeninä yritysten kilpailukäyttäytymistä on pyritty mallintamaan peliteorian[8] avulla. Yleisemmällä tasolla kilpailua voidaan tarkastella instituutiona, samaan tapaan kuin esimerkiksi omistusoikeutta tai julkista valtaa.[9] Kilpailulla voidaan nähdä funktioita, jotka menevät ohi puhtaan taloudellisen hyödyn ja tarkoituksenmukaisuuden (systeemiteoria). Kilpailu nähdään tällöin markkinatalousjärjestelmän keskeisenä rakenneosana, joka turvaa ja samalla justifioi yksityistä omistusoikeutta, sopimus- ja elinkeinovapautta. Kilpailun olemassaolo kytketään laajempaan yhteiskunnalliseen kontekstiin, jossa toimiva kilpailu muodostaa osan markkinatalousjärjestelmän oikeudellisesta infrastruktuurista.[10]

Ks. myös juhlajulkaisut (Festschrift für) Böhm (1975); Hoppmann (1994); Kantzenbach (1997) ja Ingo Schmidt (1997). Kilpailuoikeuden tavoitteita koskevaa materiaalia sisältää esim. kokoomateos Ehlermann/Laudati, European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy (1998). Kotimaisista kokoomateoksista mainittakoon Puheenvuoroja kilpailusta, toim. Kojamo (1996); Monopoli vai kilpailu?, toim. E. Lehto (1997) sekä Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, toim. Kanniainen ja Määttä (2001).

[6] Ks. esim. Clark, Competition as A Dynamic Process (1961); Tolksdorf, Dynamischer Wettbewerb (1994).

[7] Ks. esim. Schlecht (1990) s. 62 ss.

[8] Ks. esim. Phlips, Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective (1995).

[9] Esimerkkeinä varsin erilaisista "institutionaalisista" lähestymistavoista mainittakoon Coase, Företag, lagar och marknaden (1992); Galbraith, Vallan anatomia (1983); Brock/Elzinga (toim.), Antitrust, the Market and the State, The Contributions of Walter Adams (1991); Williamson, Markets and Hierachies, Analysis and Antitrust Implications (1983); North, Economic Institutions of Capitalism (1990); Kasper/Streit, Institutional Economics (1998). Institutionaalisen taloustieteen soveltamisesta kotimaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa ks. erityisesti Pekka Timosen väitöskirjaa Määräysvalta, hinta ja markkinavoima (1997). Timosen tutkimusta voidaan pitää tältä osin päänavauksena Suomessa.

[10] Institutionaalinen näkökulma on keskeisessä asemassa ordoliberaalin koulukunnan kilpailuteoriassa, jota voidaan pitää nykyisen neoinstitutionalismin edeltäjänä. Kilpailuteoreettisesti ordoliberalismia on pidettävä neoinstitutionalismia omaleimaisempana, sillä jälkimmäinen pitäytyy olennaisilta osiltaan neoklassiseen taloustieteeseen.

1.2 KILPAILUPOLITIIKAN ALA

Siinä missä kilpailuteoria selvittää kilpailumekanismin toimintaa yleisellä tasolla, *kilpailupolitiikassa* yhdistetään oikeus- ja taloustieteen tutkimustulokset yleisempään yhteiskuntapoliittiseen näkemykseen ja esitetään lainsäätäjälle konkreettisia normisuosituksia[11] ja/tai kokonainen kilpailupoliittinen toimenpideohjelma. *Kilpailupolitiikka* koostuu kolmesta osa-alueesta, joita ovat:

1) kilpailupolitiikan tavoitteiden asettaminen (hypostaasi),
2) kilpailun toimivuuteen liittyvien ongelmien havaitseminen ja kartoittaminen (diagnoosi)
3) keinojen valinta havaittujen ongelmien poistamiseksi (terapia).[12]

Kilpailupolitiikan tavoitteita voidaan tarkastella *oikeudellisesti* siltä kannalta, mitä päämääriä kilpailulainsäädännölle on asetettu laissa tai sen esitöissä tai miten nämä päämäärät ilmentyvät viranomais- ja tuomioistuinkäytännössä. *Kansantaloudellisesti* tutkitaan kilpailun vaikutuksia taloudelliseen tehokkuuteen ja hyvinvointiin. *Yhteiskuntapoliittisesti* kysymys on siitä, mitä sosiaalisia ja taloudellisia vaikutuksia kilpailumekanismilta ja sitä turvaavalta politiikalta odotetaan.[13]

1.3 VOIDAANKO RAJAA KILPAILUTEORIAN JA KILPAILUPOLITIIKAN VÄLILLÄ MÄÄRITELLÄ?

Eroa kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä voidaan alustavasti pyrkiä kuvaamaan siten, että *kilpailuteoria* on *positiivinen*, kun taas *kilpailupolitiikka* on normatiivinen tutkimuskohde. Kilpailuteoria vastaa siihen, mitä funktioita kilpailulla on yhteiskunnassa. Kilpailuteorian ydinalueen muodostaa taloustiede, joka selvittää markkinoilla vallitsevia syy- ja seuraussuhteita. Tarkastelu painottuu markkinoihin mutta ei rajoitu niihin. Kilpailuteoria vastaa kysymyksiin *miksi* ja *miten*. Kilpailupolitiikassa tutkitaan kysymyksiä, mitkä ovat kilpailupolitiikan

---

[11] Tällaisia ovat esimerkiksi, "yritysten väliset hintakartellit tulee kieltää mutta yhteistyö uuden teknologian kehittämiseksi sallia" tai "merkittävästi markkinoita keskittävät horisontaaliset yrityskaupat tulee kieltää mutta vertikaaliset yrityskaupat tulee yleensä sallia ja konglomeraatit yrityskaupat jättää valvonnan ulkopuolelle".

[12] Ks. esim. Herdzina, Wettbewerbspolitik (1999) s. 7, 11, 47–51, 103; Schlect (1990) s. 64.

[13] Suomessa kilpailupoliittista keskustelua on käyty säästeliäästi. Kuvaavana esimerkkinä tästä voidaan mainita se, että kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitteita koskeva säännös on säilynyt pitkään nykyisessä muodossaan, vaikka lain sisältö on muuttunut ratkaisevasti, ensimmäisen kerran vuonna 1992 siirryttäessä väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen ja toisen kerran otettaessa käyttöön yrityskauppavalvonta vuonna 1998, jolloin vahingollisena pidetyn markkinakäyttäytymisen estämisen lisäksi tavoitteeksi otettiin kilpailullisten markkinarakenteiden säilymisen turvaaminen.

keskeiset päämäärät, mitä niiden tulisi olla ja millä keinoilla kyseisiin päämääriin on mahdollista päästä. Kysytään, *mitä tarkoitusta varten* ja *millä keinoin.*[14]

Yhteiskuntapoliittiset näkemykset yhdistettyinä kansantaloudellisiin tutkimussuuntauksiin ilmentyvät *kilpailupoliittisina koulukuntina.* Keskeinen tekijä erilaisten politiikkasuositusten välillä selittyy erilaisella käsityksellä siitä, miten hyvä on markkinoiden kyky vääristymien itseoikaisuun. Toinen ero liittyy siihen, miten hyväksi arvioidaan kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten kyky erottaa vahingollinen ja kilpailua rajoittava toiminta hyödyllisestä ja kilpailua edistävästä toiminnasta. *Positiivisten erojen* ohella ratkaisevia ovat *normatiiviset tekijät,* erityisesti se, miten kilpailupoliittisen suosituksen esittäjä positioi itsensä ja kilpailuoikeuden kolmiossa taloudellinen hyvinvointi, vapaus ja oikeudenmukaisuus.

Kilpailupolitiikka vaikuttaa tutkimuskohteen valintaan ja kilpailuteoria siihen, millaisia ongelmia kilpailupolitiikan ratkottavaksi löydetään. Huomio näyttäisi rikkovan luokittelun, jonka mukaan kilpailuteoria olisi positiivista ja kilpailupolitiikka normatiivista. Taloustiede, kuten muutkin yhteiskuntatieteet, voivat olla objektiivisia vain asetetun tutkimuskehikon sisäpuolella.[15] Jo tutkimuskohteen valinta on seurausta arvostuksista ainakin siinä mielessä, että se kertoo tutkijan mielenkiinnon kohteesta. Tarkan eron tekeminen kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä on käytännössä hankalaa. Tämä johtuu ennen muuta alueiden tiukasta yhteen kietoutumisesta.

1.4 MIKSI KILPAILUTEORIAA KOSKEVA JAKSO?

Voidaan kysyä, onko laajan kilpailuteoriaa ja kilpailupolitiikkaa koskevan luvun liittäminen oikeustieteelliseen tutkimukseen perusteltua. Vaihtoehtona olisi pidättäytyminen lainsäädännössä julkilausuttuihin tavoitteisiin ja tarkasteluun

---

[14] Raja kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä hämärtyy käytännössä. Chicagon koulukunta katsoo, että sen esittämät politiikkasuositukset ovat suoraan perusteltavissa hintateorialla. Kilpailuoikeus muuttuu rationaalisemmaksi, kun sillä on vankka tieteellinen perusta. Toisena esimerkkinä voidaan mainita ordoliberaalit, jotka pyrkivät tutkimaan tieteellisesti, miten tavoitteeksi asetettu "liberaalille arvoperustalle pohjautuva vapaa ja hyvinvoiva yhteiskunta" voitaisiin saavuttaa kilpailupolitiikan keinoin. Ottaen huomioon kilpailupolitiikkaan luonnostaan kuuluvat sopimuksenvaraiset, arvostuksiin palautettavissa olevat premissit, voidaan kyseenalaistaa se, onko kilpailupolitiikka tiedettä lainkaan. Lienee oikeampaa puhua kilpailun edistämisestä ja sen säilymisestä toimintakykyisenä huolehtivasta politiikanlohkosta. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö kilpailupolitiikkaa voitaisi tutkia tieteellisesti tai esittää perusteltuja parannusehdotuksia esimerkiksi vertaamalla sitä, miten hyvin asetetut tavoitteet toteutuvat käytännössä ja millä keinoilla toteutumisastetta ehkä voitaisiin parantaa.

[15] Myöskään metodit eivät ole arvovapaita. Esimerkiksi neoklassinen taloustiede tutkimusohjelmana, samoin kuin tarkastelun kohteena oleva kilpailuteoreettinen osa siitä, pitää sisällään varsin voimakkaita oletuksia ja rajauksia, joilla on väkisinkin vaikutuksia saavutettavan lopputuloksen kannalta.

niiden toteutumisesta oikeuskäytännössä.[16] Tällöin voitaisiin antaa "systeemin sisäisesti" suosituksia siitä, miten lakia tai oikeuskäytäntöä tulisi muuttaa. Voitaisiin perustella myös lähestymistapaa, jossa lähtökohdaksi otetaan esimerkiksi toimiva kilpailu tai tarve edistää taloudellista tehokkuutta.[17] Tutkimusstrategiaa voitaisiin perustella sillä, että markkinoiden tehokasta toimintaa tutkitaan taloustieteessä. Tällöin on vain luontevaa, että kilpailusääntelyn tehokkuutta mallinnetaan taloustieteen keinoin. Kilpailuoikeustieteilijä voi ratkaista dilemman neljällä tavalla:

a) syrjäyttää taloustieteen sen riidanalaisuuden perusteella;
b) valita jonkun vaihtoehtoisista lähestymistavoista esimerkiksi siksi, että tutkija pitää koulukunnan johtopäätöksiä intuitiivisesti oikeansuuntaisina, lähestymistapa soveltuu tutkimuskohteen mallintamiseen ja premissit vastaavat tutkijan omia arvoja;
c) pyrkiä ratkaisemaan ristiriidat osoittamalla, mikä suuntaus on esitettyjen kysymysten osalta oikeassa;
d) valita eklektisen lähestymistavan, jossa käsitellään rinnan eri koulukuntanäkemyksiä.

Perustelen omaa valintaani seuraavasti. Taloustieteen syrjäyttämistä koskevan vaihtoehdon (a) hylkään sillä perusteella, että taloustieteellisestä tarkastelusta on kiistatonta etua erityisesti kilpailuoikeuden aineellisten kysymysten tarkastelussa. Oikeuspositivistisella tarkastelulla ei voitaisi hahmottaa markkinavoiman sääntelyn taustalla olevia teoreettisia rakennelmia. Kilpailuteoria muodostaa kilpailuoikeuden keskeisen teoreettisen viitekehyksen. Taloustieteellä on ollut keskeinen asema kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa jo vuosikymmeniä ennen termin *law & economics* yleistymistä.[18] Vaihtoehto b) ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta, koska siinä jouduttaisiin jo etukäteen rajaamaan potentiaalisesti mielekkäitä tarkastelukulmia ulkopuolelle. Hedelmällisemmältä tuntuu yritys löytää yhtymäkohta kilpailevien lähestymistapojen välillä. Merkittävä osa kilpailuoikeuden arsenaalista, esimerkiksi relevanttien markkinoiden käsite, on taloustieteellistä perua. Kaikki yksittäiset tarkastelukulmat vaikuttavat omasta näkökulmastaan oikeilta ja samalla puutteellisilta yrityksiltä kuvata kilpailukäyttäytymistä kokonaisuudessaan. Vaihtoehto c) karsiutuu jo siihen, ettei tutkimuksen tekijä ole taloustieteilijä vaan juristi. En ole taloustieteen tuottaja, vaan sen kuluttaja. Jäljelle jää eklektinen lähestymistapa.

---

[16] Välivaiheen strategia olisi lyhyt kilpailuteoreettinen jakso, jossa viitattaisiin eräisiin keskeisiin teorian piirteisiin ja annettaisiin alaviitteessä kirjallisuutta. Varsin tyypillisesti näin menetellään väitöskirjatutkimuksissa. Mielestäni kilpailuteoriaa on käsiteltävä joko kattavasti tai ei ollenkaan. Kilpailuteoriaan viittaamisesta ei olisi suurta hyötyä pelkästään sen osoittamiseksi, että tämäkin puoli on tullut käsiteltyä.

[17] Voitaisiin perustella näkemystä, että kilpailuoikeuden mallintamisessa hyödynnettäisiin vain ja ainoastaan taloustiedettä, mutta jätetään muut yhteiskuntatieteet sivuun.

[18] Ks. esim. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933).

Kilpailuoikeudessa on yleistynyt lähestymistapa, jossa kilpailuoikeuden perimmäisiä tavoitteita lähestytään taloustieteen avulla ja näkemyseroja selitetään taloustieteen koulukuntaeroilla. Perustavaa laatua olevat näkemyserot ovat kuitenkin tätä syvemmällä, yhteiskuntafilosofiassa ja politiikassa. Kilpailulainsäädännöllä voidaan edistää taloudellista tehokkuutta, turvata vapautta tai edistää molempia. *Tehokkuustarkastelussa* korostuu *hyödykkeiden optimaalinen allokoituminen*. Tehokkuustarkastelulle vaihtoehtoisen lähestymistavan mukaan perimmiltään kilpailuoikeudessa on kysymys *taloudellisesta vallasta ja sen sääntelystä*. Kyse on siitä, missä määrin elinkeinonharjoittajien sallitaan saavuttaa taloudellista valtaa ja missä määrin yhteiskunnan tulee toimia vastavoimana rajoittamalla tai sääntelemällä sitä. Toisaalta kysymys on siitä, *missä määrin* taloudellisen vallan *sääntely* tai rajoittaminen on *tarpeen tai mahdollista* keskeisten yhteiskuntapoliittisten päämäärien – hyvinvoinnin (tehokkuuden), vapauden (demokratian) ja oikeudenmukaisuuden (tasa-arvon) turvaamiseksi tai edistämiseksi. Kolmanneksi kyse on siitä, *mitä* näistä päämääristä tulee tavoitella *kilpailuoikeuden keinovalikoiman* avulla ja mitkä päämäärät kuuluvat muille politiikanlohkoille, esim. vero- tai sosiaalipolitiikan tehtäviin. Sovellettaessa vieraan tieteenalan tutkimustuloksia vaarana on myös se, että perusluonteeltaan poliittisia kysymyksiä erehdytään pitämään tieteellisinä johtopäätöksinä.[19]

Taloustieteen piirissä esitetään silloin tällöin näkemyksiä, joiden mukaan kilpailuoikeuden aineellinen soveltaminen olisi itse asiassa mikrotaloustieteen soveltamista käytäntöön.[20] Erityisiä hyötyjä tällaisesta a priori tehdystä rajauksesta ei näyttäisi olevan. Haittana olisi näkökulman liiallinen kaventuminen.[21]

---

[19] Kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa ongelmana ei olekaan teorioiden puute vaan niiden ristiriitaisuus. Ratkaistaessa yksittäistä tapausta peruskysymys on ennen muuta tosiseikaston arviointi, miten käsillä olevan tapauksen faktat tulee sovittaa yhteen lain, oikeuskäytännön ja taloustieteellisten työhypoteesien kanssa. Ei vaikuta siltä, että kilpailuoikeuden sisältöä koskevat politiikkaratkaisut olisivat tieteellisesti perusteltavissa yksinomaan kilpailuteorian avulla. Kenen teoria valitaan, vaikuttaa pakostakin lopputulokseen. Käytännön päätöksentekotilanne ei avaudu kokonaisuudessaan yksinomaan yliopistotutkijan teoreettisesta näkökulmasta. Markkinavoiman sääntelyn taustalla oleviin syihin pureutuvassa tutkimuksessa olisi vaikeaa valita jotain tiettyä, esimerkiksi neoklassista tai institutionaalista lähestymistapaa.

[20] Tämän suuntaisesti esim. Puhakka (1996). Lähestymistapaa ei voida kuitenkaan pitää kilpailupolitiikkaan syvällisesti perehtyneiden ekonomistien parissa ainoana vallitsevana. Ks. keskustelusta esim. Fels (1997) ja Castenada (1997) kirjassa Ehlermann/Laudati (1998); ja Jenny (1998), jotka toteavat lain soveltamisen edellyttävän arvovalintoja ja näkevät taustalla olevat laajemmat tavoitteet, jotka erottavat kilpailupolitiikan redusoidusta mikrotaloustieteellisestä tarkastelusta.

[21] Esimerkiksi markkinoiden historiallista kehitystä tutkivat historiasta kiinnostuneet taloustieteilijät ja taloudesta kiinnostuneet historiantutkijat. Markkinoiden kilpailuoikeudellista sääntelyä tutkivat muun ohella oikeudesta kiinnostuneet taloustieteilijät, kilpailusta kiinnostuneet oikeustieteilijät ja kilpailupoliittisesta päätöksenteosta kiinnostuneet politologit. Neoinstitutionaalisen taloustieteen kiinnostusta instituutioiden merkitykseen taloudelliselle toiminnalle voidaan pitää uutuutena, jos vertailukohdaksi otetaan neoklassinen taloustiede. Markkinaoikeudellisen tai sosiologisen tutkimuksen näkökulmasta havainto lienee itsestäänselvyys.

Kilpailuoikeuden substanssikysymykset ovat ja säilyvät oikeudellisina kysymyksinä, vaikkakin ongelmien hahmottamisessa ja ratkaisujen etsimisessä on hyödyllistä käyttää hyväksi muiden tieteenalojen, erityisesti taloustieteen tutkimustuloksia.[22] Ajatus, että kilpailuoikeustieteen sisältö tulisi ikään kuin ulkoapäin ilman, että oikeustieteellä itsellään olisi johtava rooli ja ratkaisijan asema sisällöntuotannossa, osoittautuu ongelmalliseksi. Näkemys jää vajavaiseksi yksinomaan jo siitä syystä, ettei mikään teoria – oikeus- tai taloustieteellinen – voi koskaan ottaa huomioon kaikkia elävässä elämässä esille tulevia tosiseikkojen kombinaatioita. Vaatimus, jonka mukaan kilpailupolitiikassa tulee keskittyä yksinomaan tehokkuuden edistämiseen,[23] on luonteeltaan poliittinen,[24] ei tieteellinen vaatimus. Eri asia on, että oikeustaloustieteellisestä tutkimuksesta on suurta hyötyä tarkasteltaessa kilpailulainsäädännön tehokkuusvaikutuksia.[25]

---

[22] Ei liene sattuma, että merkittävä osa kilpailuteoriaa edelleen kehittäneistä henkilöistä on ollut juristeja. Oikeustieteilijöistä, joiden tutkimuksilla lienee arvoa myös taloustieteen näkökulmasta tarkasteltuna, voidaan mainita ainakin amerikkalaiset Richard A. Posner ja Robert Bork sekä saksalaiset Franz Böhm ja Ernst-Joachim Mestmäcker. Adam Smithin oppiarvo oli lakitieteen tohtori. Mainittakoon myös oikeus- ja taloustieteistä kummastakin väitellyt Friedrich von Hayek, joka varsin yleisesti luokitellaan myös yhteiskuntafilosofiksi. Yhtä hyvin kilpailujuridiikka ammentaa taloustieteen johtavien edustajien, kuten George Stiglerin, Ronald Coasen tai F.M. Shererin tutkimustuloksista. Aiheeseensa syvällisesti perehtyneen kilpailuekonomistin tai -juristin tuotannossa huomio kiinnittyy ensimmäiseksi siihen, että kirjoittaja hallitsee riittävällä syvyydellä sekä asian taloudellisen että oikeudellisen puolen. Paneuduttaessa elämäntehtävänä kilpailuun ja sen sääntelyyn oikeuden keinoin, yhteiskuntatieteiden raja-aidat madaltuvat. Kiistely siitä, onko kilpailupolitiikka taloustiedettä vai juridiikkaa, menettää mielekkyytensä.

[23] Tällaisen vaatimuksen esittää esim. Määttä (2001), teoksessa Määttä/Kanniainen (2001) s. 82–93.

[24] Taloustieteen piirissä kiistellään edelleen siitä, tulisiko tieteenhaaran olla *positiivinen*, ts. olevaa selittävä, vaiko samalla myös *normatiivinen* eli tuottaa politiikkasuosituksia. Enemmistö näyttäisi korostavan taloustieteen positiivista luonnetta, jolloin korostuneesti pyritään arvoneutraalisuuteen valitun tutkimuskehikon sisällä. Hyväksytään lähestymistavoista kumpi tahansa, saavutetut tutkimustulokset riippuvat joka tapauksessa asetetuista premisseistä. Kilpailun taloustieteen tutkimus on varsin koulukuntasidonnaista. Sovellettaessa taloustiedettä kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa tai kilpailupolitiikassa, kyse ei ole siitä, sovelletaanko taloustiedettä, vaan siitä, *kenen taloustiedettä* sovelletaan. Vaikka lähestymistä, kehitystä tietyn asteisen mikrotaloudellisen konsensuksen suuntaan onkin havaittavissa, tutkimustulokset ovat edelleen varsin riidanalaisia. Tämän tutkimuksen osalta esimerkkinä voidaan mainita poikkeavat käsitykset yrityskauppavalvonnan tarpeellisuudesta ja siitä, millä keskittymisasteella kauppoihin tulisi puuttua. Taloustieteen yläpuolelta ei ole löydettävissä "metatiedettä", joka kertoisi, kuka on oikeassa. Sikäli kuin erimielisyys on luonteeltaan positiivinen, on se ratkaistavissa lisätutkimuksella. Sikäli kuin kyse on normatiivisista, arvostuksiin palautettavista olevista kysymyksistä, niitä ei ratkaista talous tai minkään muunkaan tieteen keinoin. Tiede voi kuitenkin tuottaa arvokasta tietoa yhteiskunnallisen päätöksenteon taustaksi ja siten lisätä päätöksenteon rationaalisuutta. Vielä vähemmän taloustiede ratkaisee kysymyksen siitä, mitä yhteiskuntapoliittisia tavoitteita kilpailupolitiikalle asetetaan.

[25] Vaatimusta tehokkuustarkastelun yksinomaisuudesta voidaan perustella sillä, että se mahdollistaa kilpailuoikeuden johdonmukaisen mallintamisen taloustieteessä, kun hankalasti mallinnettavissa olevat muut tekijät rajataan tarkastelun ulkopuolelle. Voidaan myös katsoa, että pitäytyminen tehokkuuteen parantaa kilpailuoikeudellisen analyysin tasoa, kun vaikeasti selvitettäviä ja keskenään yhteismitattomia tavoitteita ei jouduta punnitsemaan keskenään. Viimeksi mainittu

Myös tehokkuuden lajien välinen painottaminen edellyttää valintoja.[26] Kovin selkeää vastausta ei ole annettavissa esimerkiksi siihen kysymykseen, miten staattista ja dynaamista tehokkuutta tulee painottaa keskenään.[27] Tehtäessä konkreettisia johtopäätöksiä ja ratkaistaessa yksittäistä kilpailutapausta tehokkuus ei ole käsitteenä ratkaisevasti yksiselitteisempi tai arvovapaampi kuin esimerkiksi vapaus tai oikeudenmukaisuus.[28] Tarkastelun rajaaminen yksinomaan tehokkuuteen merkitsisi toisaalta sitä, että ideaalimaailmassa rajoitutaan taloudellisen hyvinvoinnin mallintamiseen. Rajaus vähentäisi eri päämäärien välisiä mahdollisia konflikteja mutta ei poistaisi niitä.

Täydellisen kilpailun malli kuvaa markkinoiden *päätöksentekomekanismia*, koordinaatiota ja allokaatiota, ei varsinaisesti sitä, miten yritykset toimivat markkinoilla. Vaihtoehtoinen tapa selittää kilpailua on selvittää niitä yritysten ja asiakkaiden käyttäytymistä selittäviä vaikuttimia, joiden seurauksena markkinoilla syntyy kilpailullinen tai ei-kilpailullinen lopputulos. Tarkastelun kohteena ovat yritykset osana suurempaa asiakkaista, kilpailijoista ja viranomaisista koostuvaa verkostoa. Tällöin tarkastellaan *markkinoiden sosiologiaa*, niitä tekijöitä, jotka selittävät myyjien ja asiakkaiden toimimista yksilöinä ja ryhmän jäseninä.[29] Matemaattisten suureiden sijasta huomio keskittyy institutionaali-

---

ongelma ei kuitenkaan ole vältettävissä edes tehokkuustarkastelussa. Kansantaloustieteen selkeät graafiset esitykset hämäävät helposti juristin kuvittelemaan, että esitetyt konseptit olisivat käytännössä mitattavissa, mikä ei yleensä pidä paikkaansa.

[26] Jos tutkimuksessa esimerkiksi tarkastellaan allokatiivista tehokkuutta, tutkimus voi vastata vain allokatiivista tehokkuutta koskevaan osaan kilpailupolitiikasta. Johtopäätös on varmasti tärkeä ja keskeinen, mutta vain osa päätöksentekoon vaikuttavista tekijöistä.

[27] Annetaanko etusija allokatiiviselle vai produktiiviselle tehokkuudelle? Miten allokatiivista tehokkuutta mitataan yksittäisessä kilpailutapauksessa? Tehokkuus voidaan määritellä varsin tarkasti ideaalitasolla, mutta sen mittaaminen käytännön kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa on vaikeaa. Tehokkuuden nostaminen ainoaksi lähtökohdaksi ei siten merkitse siirtymää ideaalimaailmasta konkreettisesti mitattaviin suureisiin. Samaa voidaan sanoa rationaalisuudesta.

[28] Tehokkuuteen perustuva rationaalisuusolettama perustuu lähestymistapaan, jossa tarkastellaan yhteiskunnan kokonaishyötyä. Yksilön arvellaan hyväksyvän itseensä kohdistuvan taloudellisen aseman heikennyksen, jos yhteiskunnan kokonaishyvinvointi kasvaa. Pareto-kriteerissä edellytetään kaikkien suostumusta, Kaldor-Hicks-tehokkuudessa riittävää on mahdollisuus kompensoida haitat tulonsiirroilla. Kysymys on periaatteessa aivan sama, kuin esimerkiksi turvallisuuden perusteella tehdyissä vapauden rajoituksissa. Yksilö hyväksyy rajoituksen, jos hänelle rationaalisti perustellaan kaikkien hyötyvän siitä, että esimerkiksi nopeusrajoituksia noudatetaan. Ideaalitasolla metodiksi, jolla yhteisymmärrys saavutetaan, voidaan esittää Rawlsin tietämättömyyden verho (weil of ignorance) tai Aarnion rationaaleista yksilöistä koostuva keskusteluauditorio. Taloustiede perustuu varsin pitkälle valinnan logiikan mallintamiseen, eikä se tässä suhteessa näytä ratkaisevasti eroavan muusta yhteiskuntasuunnittelusta. Taloustieteen tehokkuusmittarit ovat yhtä rationaaleja kuin esimerkiksi Rawlsin oikeudenmukaisuuskriteerit. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö kummankin mallin premissejä, ratkaisumetodeja tai politiikkasuosituksia voitaisi kyseenalaistaa teorian sisäisin tai ulkoisin argumentein tai erilaisella käsityksellä siitä, miten hyvin malli on sovellettavissa empiirisessä todellisuudessa.

[29] Taloustieteen termein voidaan puhua institutionaalisesta taloustieteestä. Raja institutionaalisen taloustieteen ja markkinasosiologian välillä on varsin häilyvä. Samaan keitokseen lisätään oikeudellinen tarkastelu, jossa selvitetään oikeudellisten sääntelyinstrumenttien roolia ja vaiku-

siin,[30] sosiaalisiin ja psykologisiin tekijöihin.[31] Oikeustieteelle on ominaista, että tutkitaan oikeussubjektien välisiä *relaatioita* suhteessa suurempaan toiminnalliseen kokonaisuuteen, tässä tapauksessa suhteessa tiettyihin hyödykemarkkinoihin.

Yhteiskuntatieteiden eriytymisen kautta taloustieteen filosofinen perusta on jäänyt taustalle. Vaarana on positivistisen tieteenihanteen luoma objektiivisuuden harha, jossa teoreettisten mallien taustalla olevat arvovalinnat peittyvät. Kilpailupolitiikassa riski on ilmeinen silloin, kun taloustieteen tutkimustulosten perusteella esitetään konkreettisia normisuosituksia.[32] Taloustiede voi hedelmöittää oikeudellista keskustelua tuomalla esille eri vaihtoehtoja ja

---

tuksia markkinataloudeksi nimetyn oikeudellisen instituution toimintaedellytysten parantamisesta. Historialliselta kannalta voidaan tarkastella näiden instituutioiden kehitystä. Se, mitä tavoitteita markkinoiden sääntelylle tai voimassaolevan sääntelyn purkamiselle asetetaan – vapautta, hyvinvointia vai tasa-arvoa – kuuluu perusluonteeltaan käytännöllisen (poliittisen) filosofian alaan.

[30] Markkinoilla menestymättömyyden oikeudellinen sanktioiminen perustuu lähinnä sopimuksiin. Yrityksen johdolla on johtovastuu ja työntekijällä työntekovelvollisuus, joita mitataan tuloksilla. Vielä pidemmälle meneviä tehokkuusvaatimuksia voidaan asettaa erinäisin johtajasopimuksin ja kannustejärjestelmin, joilla suuryrityksissä pyritään lieventämään niin sanottua agenttiongelmaa. Ääritapauksissa yrityksen hallitus ja toimiva johto ja osittain myös työntekijä vastaa vahingonkorvausoikeudellisesti virhepäätöksistä. Ulkoinen velvollisuus tehokkaaseen toimintaan yritykselle voidaan asettaa esimerkiksi jälleenmyyntisopimuksessa, jossa jälleenmyyjä sitoutuu edistämään päämiehen hyödykkeiden menekkiä parhaan kykynsä mukaan ja kaikin käytettävissä olevin keinoin. Tehokkuuden oikeudellistavat sisäiset ja ulkoiset mekanismit perustuvat sopimukseen tai normaalin epäonnistumisen kynnyksen ylittävään tuottamukseen. Yksittäistä elinkeinonharjoittajaa ei yleisesti voida saattaa oikeudelliseen vastuuseen siitä, että tämä on tehnyt mikro- ja makrotaloudellisesti virheellisen ratkaisun.

[31] Yritysten johto ja työntekijät toimivat jatkuvan psykologisen paineen alaisina, joka pakottaa pyrkimään maksimaaliseen suoritukseen. Havaitaan, että työ- ja elinkeinoelämässä tehokkuus on sosiaalinen normi ja tässä mielessä velvollisuus. Sanktiot ovat luonteeltaan taloudellisia. Markkinoiden kasvun ja uudistumisen kannalta keskeinen merkitys on innovaatioilla, jollaiset luovat edellytykset talouden aidolle kasvulle. Tehokas toiminta kasvattaa liikevoittoa ja tehoton pienentää sitä. Yrityksen johto toimii jatkuvan psykologisen paineen alaisena, joka pakottaa sen pyrkimään taloudellisessa mielessä oikeisiin ratkaisuihin. Julkisuudessa käytävästä keskustelusta on havaittavissa, että nykyisellään sama paine kohdistuu enenevässä määrin myös yrityksen työntekijöihin.

[32] Tyypillinen esimerkki kuvatunlaisesta perusasennoitumisesta on van den Berghin artikkeli Modern Industrial Organization versus Old-fashioned European Competition Law; ECLR 1996 s. 75: "It is shown how economic analysis may conribute to better solutions of these problems, which avoid the current inconsistensies and subjective valuations, and therefore also contribute to a greater degree of legal certainty". Artikkelista ei käy ilmi, miksi taloustieteellinen tutkimus sinänsä olisi oikeustieteellistä tutkimusta objektiivisempaa. Artikkeli ei sisällä myöskään ehdotuksia siitä, miten kilpailuoikeuden keskeiset ongelmat voitaisiin ratkaista. Pahimmillaan kilpailuoikeuden taloudellinen analyysi redusoituu kirjoituksiin, joissa yksi koulukuntanäkemys esitetään tieteellisenä totuutena asiassa, jonka jälkeen "totuutta" verrataan kilpailulainsäädäntöön tai tuomioistuinratkaisuihin. Kilpailevat koulukunnat ehkä mainitaan, mutta niiden todetaan tulleen "kumotuiksi". Lähestymistavan oikeustieteellinen arvo on varsin kyseenalainen. Näissä yhteyksissä "law and economics" -tutkimuksen sijasta oikeampaa olisi puhua "law and rhetorics" -tyyppisestä kirjoittelusta. Sitä vastoin avoin ja objektiivinen taloustieteellinen tutkimus hedelmöittää kilpailuoikeutta sekä normien luomisessa että käytännön ratkaisutoiminnassa.

ennusteita valintojen todennäköisistä taloudellisista vaikutuksista. Taloustieteellä on sitä suurempi merkitys, mitä enemmän kyse on talouden sääntelystä. Kilpailuoikeudessa taloustieteen merkitys on keskeinen. Taloustiede ei kuitenkaan ratkaise yhteiskunnallisia konflikteja tai intressiriitoja, eikä se korvaa poliittista tai oikeudellista päätöksentekoa.

Tehokkuustarkasteluun rajoittuva taloustiede on samassa mielessä positivistista kuin positiivisoikeudellinen kilpailuoikeuden tutkimus. Jos pitäytymistä oikeuspositivismiin pidetään oikeustieteellisenä ongelmana, tehokkuustarkastelun lisääminen oikeudellisen analyysin rinnalle vasta siirtää positivismin ongelman toisaalle, ei poista sitä. Se vie kilpailuoikeudellista analyysiä eteenpäin, mutta ei vielä riittävästi. Tärkeä jatkokysymys kuuluu, miksi markkinavoiman – laajemmin ymmärrettynä taloudellisen vallan – sääntely on tarpeellista, tai mitkä ovat ne syvällisemmät syyt, miksi sääntelyä voidaan katsoa tarvittavan.

Kokonaisvaltainen tarkastelu on tarpeen viimeistään siinä vaiheessa, kun teoriaan nojautuen esitetään politiikkasuosituksia. Taloustieteellinen lähestymistapa on siten sovitettava yhteen muiden tieteenalojen tutkimustulosten kanssa. Tämä ei tarkoita, etteikö kilpailuoikeutta voisi tutkia vain tietyn koulukunnan näkökulmasta. Tieteen ongelmia voidaan selvittää pistekohtaisella syväluotauksella tai kokonaisvaltaisella systeemiyhteyksien hahmottamisella. Pistekohtaisen tutkimuksen perusteella tehtävät politiikkasuositukset jäävät usein yksipuolisiksi muodostaen vain yhden näkökulman käsiteltävään kysymykseen. Talous- ja oikeustieteen ohella kilpailua ja sen sääntelyä on tutkittu sosiologisena,[33] politologisena[34] ja historiallisena ilmiönä[35] sekä filosofise-

---

[33] Sosiologisesta näkökulmasta kilpailuun ks. jo Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (1921). Ks. myös esim. Albert, Marktsoziologie und Entscheidungslogik (1998); Burt, Structural Holes, The Social Structure of Competition (1992); Swedberg, Ekonomiskt Makt (1987); Swedberg, Max Weber (1998).

[34] Politologisesta lähestymistavasta ks. esim. Doern/Wilks, Comparative Competition Policy, National Institutions in a Global Market (1996); Cini/McGowan, Competition Policy in the European Union (1998).

[35] Ks. erityisesti Piotrowski, Cartels and Trusts (1933). Vaikuttaa siltä, että kartelleja on ollut kautta ihmiskunnan historian niinä aikoina, joina on ollut kehittynyttä vaihdantaa, esimerkiksi muinaisessa Intiassa, Babyloniassa sekä antiikin Kreikassa ja Roomassa. Ilmeisesti jonkinlaisia kilpailunrajoituksia koskevia säännöksiä on ollut jo *Hammurabin laissa* (n. 2100 e.Kr.), joskaan aineistoa ei näytä säilyneen riittävästi tarkkojen johtopäätösten tekemiseksi. Termiä monopoli näyttää käyttäneen ensimmäisenä *Aristoteles* selostaessaan teoksessaan "Politiikka" tapausta, jossa eräs kauppias hankki haltuunsa kaiken Sisiliassa tuotetun raudan tarkoituksenaan periä asiakkailta monopolihintoja. Kauppias sai pitää voitot, mutta hänet tuomittiin karkoitettavaksi. Tunnettu on myös Aristoteleen Thales Miletoslaista koskeva kertomus, jossa filosofi todistaa näön vuoksi kauppamiehen taitonsa monopolisoimalla oliiviöljyn markkinat tekemällä hyvänä satovuonna etukäteen sopimuksen kaikkien, myös kilpailijoiden tarvitsemien oliivinpuristajien kanssa, vaikkakin hänen todellinen kutsumuksensa on muualla. Vanhin nykyaikoihin säilynyt kilpailulaki näyttää olevan *Julius Caesarin* ajoilta periytyvä viljakaupan kartelleja torjunut *lex Julia de annona*. Rooman myöhäisemmältä ajalta tunnettuja ovat keisari *Zenon perustuslaki* (483 J.Kr.), jossa kiellettiin "julkisen vallan toimesta, yksityisen toimenpitein taikka keskinäisellä yhtymällä tai sopimuksella luodut monopolit" sekä *Justiniuksen laki* (533 j.Kr.), joka kielsi

na[36] kysymyksenä. Kokonaisvaltaisen käsityksen muodostaminen kilpailuteoriasta ja kilpailupolitiikasta edellyttäisi perehtymistä näihin kaikkiin. Tila- ja aikasyistä joudutaan rajoittumaan kahteen ensin mainittuun, mikä muodostaakin vallitsevan kilpailuoikeudellisen paradigman. Etuliitteen "oikeustaloustiede" käyttäminen ei ole tarpeen, kun otetaan huomioon taloustieteellisen tutkimuksen muutenkin vahva asema oikeudellisen aineiston rinnalla.[37] Toisaalta tutkimuksessa ei rajoituta mihinkään yhteen taloustieteelliseen koulukuntaan, vaan päinvastoin tavoitteena on antaa eklektinen kokonaiskuva markkinavoiman sääntelystä.[38]

"kaikkinaiset monopolistiset toimenpiteet kilpailun rajoittamiseksi". Ks. Piotrowski (1933) s. 87 ss., 96 ss. Ks. myös Kuoppamäki (2000) s. 24–25. Vapaa vaihdanta ikään kuin synnyttää kartelli- ja monopoliongelman. Lähestymistapa, jossa kartellit on nähty vain 1870-luvulta alkaen syntyneen teollisen massatuotannon ongelmana, ei vaikuta perustellulta. Eri asia lienee se, että ne tällaisissa olosuhteissa yleistyivät. Vrt. Levy, Monopole, Kartelle und Trusts (1909); Lehnich, Kartelle und Staat (1928). Virheellisenä, suorastaan historiattomana on pidettävä yleistä harhakäsitystä, jonka mukaan Yhdysvaltain Sherman Act (1890) olisi ollut "maailman ensimmäinen kilpailulaki". Eri asia on, ettei antiikin ajoilta näytä säilyneen ainakaan selkeästi alan perinnettä, joka olisi vain uudestaan aktivoitu. Kilpailuoikeuden esihistorian osalta ks. Piotrowskin erinomaisen teoksen ohella esim. roomalaisen oikeuden esittelyn osalta von Brunn, Vom Kartellrecht der Römer, Festschrift für Hedemann (1958) sekä yleisemmin Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen (1955). Yhdysvaltain Sherman Actin syntytaustojen osalta ks. Thorelli, The Federal Antitrust Policy (1954); Letwin, Law and Economic Policy in America, The Evolution of the Sherman Antitrust Act (1965) sekä May (1989) ja (1997). Erityismaininnan ansaitsee esitys eurooppalaisen kilpailuoikeuden historiasta 20-vuosisadalla: Gerber, Law and Competition in the Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus (1998). Saksalaisen kehityksen osalta ks. Nörr, Das Leiden des Privatrechts (1994).

[36] Varsin summittaisesti kerätty aineisto on painottunut kilpailun ja markkinatalouden eettiseen tarkasteluun. Aineisto on koottu, koska yhdyn Timosen näkemykseen, jonka mukaan markkinoiden sääntelyssä tulee taloudellisten hyötynäkökohtien ohella ottaa huomioon eettiset näkökohdat. Ks. Knight, the Ethics of Competition (1935, 1997); Eucken, Grundsätze der Wirtschafstpolitik (1952); Böhm, Reden und Schriften (1960) ja Freiheit und Ordnung in der Marktwirtscahft (1980); Mestmäcker, Recht und Ökonomisches Gesetz (1984) Binder, die Idee der Konsumentensouverenität in der Wettbewerbstheorie (1996); Horn, Moral und Wirtschaft (1996); Delhaes/Fehl, Dimensionen des Wettbewerbs (1997); Giddens, The Third Way and its Critics (2000); Koslowski (toim.), The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition (1999). Yhteiskuntafilosofinen lähestymistapa on omaksuttu myös saksalaisissa oikeustaloustieteen teoksissa Behrens, Peter, Die ökonomischen Grundlagen des Rechs (1986) ja Eidenmüller, Effzienz als Rechtsprinzip (1995, 1998). Hyödyllisiksi taloudellisen liberalismin ja markkinoiden sääntelyn taustoja koskeviksi kotimaisiksi yleisesityksiksi osoittautuivat artikkelikokoelma Hautamäki ym. (toim.), Yksilö modernin murroksessa (1996) sekä Saastamoinen, Eurooppalainen liberalismi (1998) ja Sihvola, Toivon vuosituhat (1998).

[37] Samalla kannalla nyttemmin myös Posner (2001) s. vii. Vrt. vielä Posner (1976) s. ix, x. Siitä, ettei taloustieteellinen lähestymistapa ole kilpailuoikeudessa mitään uutta, on osoituksena esim. Franz Böhmin väitöskirja Wettbewerb und Monopolkampf (1933).

[38] Eklektisen lähestymistavan haittana on johtopäätösten jääminen yleisemmälle tasolle, kuin jos keskityttäisiin vain yhden kilpailuteoreettisen suuntauksen metodiin, esimerkiksi tehokkuustarkasteluun. Tavoitteena ei ole yksityiskohtaisen oikeustaloustieteellisen tutkimustiedon tuottaminen vaan kartan laatiminen kilpailuasioita ratkovalle lainkäyttöelimelle. Tämä taas edellyttää sitä, että kaikki käytännön tilanteita silmällä pitäen relevantit näkökohdat otetaan huomioon. Tutkimusote on kuvaava, joskaan ei täysin deskriptiivinen, sillä koulukuntanäkemysten välillä

Kilpailuteorialla on huomattava merkitys käytännön päätöksenteon kannalta. Kilpailuoikeus on suhteellisen teoriapainotteinen ala. Normitiheyden ollessa alhainen yleislausekkeiden hallinnassa tukeudutaan oikeustapausten ohella kilpailuteoreettiseen ainekseen. Ensinnäkin monet käytännön lähestymistavat, esimerkiksi relevanttien markkinoiden määrittely, ovat kehittyneet taloustieteen puolella, josta ne on omaksuttu käytännön ratkaisutoiminnan avuksi. Toiseksi kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarve, keinot ja kieltokynnyksen taso määräytyvät pitkälti sen mukaan, millaiseksi oletetaan yritysten mahdollisuudet saada pidempiaikaista vahinkoa aikaiseksi kilpailunrajoitusten avulla, kuinka hyväksi arvioidaan kilpailuviranomaisten kyky torjua noita haittoja ja kuinka laajalti uskotaan markkinoiden omaan kykyyn purkaa valtakeskittymiä. Esimerkiksi tarve säännellä markkinavoimaa määräävän aseman väärinkäyttö- ja yrityskauppavalvonnan avulla määräytyy pitkälti näihin kysymyksiin annettavien vastausten perusteella. Markkinoiden sääntelyn tarpeen ja mahdollisuuksien ohella huomiota on kiinnitettävä myös siihen, mitä markkinoiden sääntelyllä tavoitellaan.

---

suoritetaan arvottamista. Hyvinä ja huonoina pidettyjä puolia nostetaan esille. Lähestymistapa on "filosofinen" siinä mielessä, että tutkimuksessa pyritään nostamaan myös esille koulukuntanäkemysten taustalla olevia arvovalintoja. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa lienee hyödyllistä nostaa taustalla olevia arvoja esille.

2. Taloudellisen kilpailun käsitteen ja funktioiden tarkastelua

Kilpailuteoriaa, -politiikkaa ja -oikeutta voidaan lähestyä sääntelyobjektin kautta. Jos voitaisiin määritellä riittävällä täsmällisyydellä kilpailun "syvin olemus", antaisi se meille lisätietoa kilpailun syy- ja seuraussuhteista. Esimerkiksi kysymykseen miksi yritystoiminta keskittyy, voidaan etsiä vastausta tarkastelemalla kilpailuolosuhteita, joiden vallitessa yritykset sulautuvat keskenään. Kilpailun olemuksen kautta voidaan etsiä vastausta siihen, milloin keskittyminen on haitallista ja milloin hyödyllistä. Sen jälkeen kun kilpailun vaikutukset on selvitetty, voidaan toisessa vaiheessa määritellä kilpailupolitiikan tavoitteet ja etsiä otollinen keinovalikoima.

2.1 KILPAILUN YLEISESTÄ MERKITYKSESTÄ MARKKINATALOUDESSA

Eräs yhteiskuntapolitiikan peruskysymyksistä on tuotteiden ja palvelujen tuotannon järjestäminen: mitä tuotteita tuotetaan, kuka tuotannosta huolehtii ja mihin hintaan. Markkinataloudessa hyödykkeiden tuotantoon liittyvät kysymykset on annettu pääsääntöisesti *kilpailumekanismin* ratkaistavaksi. Oletetaan, että useimmiten vapaa kilpailu johtaa tuotantopanosten tehokkaaseen allokoitumiseen, edistykseen ja hyvinvoinnin kasvuun. Kilpailun luoma uhka ja mahdollisuus pakottaa jatkuvaan toiminnan tehostamiseen sekä uusien hyödykkeiden ja tuotantomenetelmien etsimiseen. Yhden yrityksen tekemä innovaatio kannustaa muita kirimään etumatkan umpeen, kunnes jälleen joku tekee seuraavan innovaation. Kilpailu voidaan nähdä jatkuvana prosessina, jossa yritykset vastaavat toistensa kilpailukeinoihin ja jonka tuloksena tekninen ja taloudellinen tietämys yhteiskunnassa lisääntyy.

Kilpailumekanismin todellinen merkitys avautuu vasta kun selitykseen lisätään *informaation* keskeinen rooli markkinataloudessa. Kuluttajat tekevät samanaikaisesti ostopäätöksiä suuren määrän hyödykkeitä suhteen, tulitikkujen, elintarvikkeiden tai kotitalouskoneen hankinnasta pankkilainan ottamiseen tai kiinteistön ostamiseen. Markkinatalous perustuu päätöksenteon hajauttamiseen, jossa kukin talouden subjekti tekee itseään koskevat päätökset. Viranomainen tai poliitikko ei päätä hyödykkeiden tuotantomääristä tai hintatasosta. Hajautetun päätöksenteon etu on siinä, että yleensä kuluttaja tuntee omat tarpeensa ja yritys oman alansa erityisolosuhteet valtion suunnitteluelintä paremmin. Kuitenkin toimiakseen markkinatalous edellyttää, etteivät yritykset

voi yksin määrätä tuottamiensa hyödykkeiden hinnoista. Markkinoiden ohjaus voi aidosti korvata valtion ohjauksen vain, jos hinnat määräytyvät kilpailumekanismin kautta.

Markkinatalousjärjestelmä rakentuu olennaisesti kolmen keskeisen oikeudellisen instituution, *elinkeinovapauden*, yksityisen *omistusoikeuden* ja *sopimusvapauden varaan*. Tuotantovälineet ovat pääosin yksityisessä omistuksessa, ja yksityiset osallistuvat omasta aloitteestaan ja vapaaehtoisesti hyödykkeiden vaihdantaan. Markkinatalouteen liittyvä toiminta- ja valinnanvapaus antaa elinkeinonharjoittajille mahdollisuuden päättää itsenäisesti ja omalla vastuullaan käytössään olevien tuotantopanosten hyödyntämisestä. Kuluttajille avautuu mahdollisuus valita useamman eri hyödykevaihtoehdon väliltä ja työntekijöille mahdollisuus valita asuin- ja työpaikkansa. Tuotantopanosten allokoituminen määräytyy kunkin tahon tekemien valintojen perusteella. *Suorituskilpailussa* valituksi tulee asiakkaan mielestä paras vaihtoehto. Suorituskilpailulla tarkoitetaan tässä yhteydessä yksinkertaisesti sitä, että talouden toimijat, erityisesti elinkeinonharjoittajat, pyrkivät edistämään tulotasoaan ja markkina-asemaansa omaa suoritustaan parantamalla eikä esimerkiksi keinotekoisesti haittaamalla kilpailijoiden toimintaa. Sitä vastoin suorituskilpailu ei teoreettisena käsitteenä kerro vielä yhtään mitään siitä, mitä kilpailuparametrejä yritys käyttää. Tarjottavan hyödykkeen osalta voidaan puhua hinta-laatusuhteen optimoinnista. Suorituskilpailua voidaan käydä myös myynnin edistämisen tehokkuudella esimerkiksi panostamalla jakeluverkostoon tai mainontaan.[39] Suorituskilpailulla tarkoitetaan periaatteessa kilpailun etiikan yksinkertaista perusfunktiota, jonka mukaan "paras voittaa". Markkinatalousjärjestelmä perustuu individualistiselle etiikalle, jossa hyödykkeen paremmuus määräytyy kuluttajien mieltymysten perusteella. Sallittuja ovat kaikki lain ja hyvien tapojen mukaiset keinot menekin edistämiseksi.

Yksittäisen yrityksen päämäärä on mahdollisimman suuren voiton tuottaminen lyhyellä tai pitkällä aikavälillä. Yritysten kannalta kilpailu voidaan nähdä rivaliteettina, jossa pyritään parantamaan omaa asemaa suhteessa muihin samoista resursseista kamppaileviin elinkeinonharjoittajiin. Yritys ei tarvitse kilpailua voittojen maksimoimiseen. Yrityksen kannalta tarkasteltuna kilpailu näyttäytyy paremminkin uhkana ja rajoitteena kuin mahdollisuutena, sillä voitot ovat korkeammat silloin, kun kilpailua ei ole. Eri asia on, että pitkällä aikavälillä kilpailun puute johtaa yrittäjäkunnan laiskistumiseen ja ammattitaidon rapautumiseen. Kuluttajan kannalta asia on juuri päinvastoin; kiristyvä kilpailu lisää yleensä valinnanvaihtoehtoja ja alentaa hintoja. Kilpailun toimiessa kuluttaja on määräävässä asemassa. Kun kilpailu ei toimi, määräävä asema

---

[39] Suorituskilpailu lienee käsitteenä kehitetty aluksi vilpillisen kilpailun puolella, josta sen omaksui kilpailuoikeuden puolelle Franz Böhm habilitaatioväitöskirjassaan Wettbewerb und Monopolkampf. Ks. Böhm (1933) s. 93 ss.

on elinkeinonharjoittajalla. Kilpailun voimakkuuden perusteella vaihtelee siten tulonjakoviiva kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien välillä. Toisaalta kilpailu lisää absoluuttisesti tuotettavien hyödykkeiden määrää, kun taas kilpailun hiipuminen vähentää kokonaistuotantoa. Kilpailun toimivuus vaikuttaa siten myönteisesti sekä *kuluttajien hyvinvointiin* että *kokonaishyvinvointiin*. Pitkällä aikavälillä se on myös elinkeinonharjoittajien edun mukaista.

Keskeinen hajautetun päätöksentekojärjestelmän etu suunnitelmatalouteen verrattuna liittyy yhteiskuntajärjestelmän demokraattisuuteen. Keskitetylle suunnittelulle ja päätöksenteolle perustuvien talousohjelmien läpivienti edellyttää enemmän rajoituksia yksilönvapauksiin kuin markkinatalous. Markkinatalousjärjestelmän omaksuminen ei yksinään takaa demokratian säilymistä. Voidaan esittää maita, joissa samanaikaisesti on ollut markkinatalous, mutta ei demokratiaa. Väitteen ydin on siinä, että demokratian ja yksilönvapauksien arvostaminen on olennaisesti helpompaa ja onnistuminen todennäköistä järjestelmässä, joka perustuu ydinstruktuuriltaan vaihdannalle ja hajautetulle päätöksenteolle kuin järjestelmässä, joka perustuu keskitetylle suunnittelulle ja jossa syntyneiden päätösten tunnontarkkaa noudattamista valvoo tätä tarkoitusta varten luotu laajahko valtiokoneisto.[40] Länsimaisen kulttuuriperimän keskeisiin saavutuksiin kuuluu valtion ja yksilön erottaminen toisistaan tavalla, joka turvaa yksilölle autonomisen ja oikeuksin suojatun aseman suhteessa julkiseen valtaan. Oikeuskehityksen taustalla on erottelu valtion ja yksilön oikeuspiirin välillä.[41]

Markkinataloudessa voitontavoittelu valjastetaan kilpailumekanismin avulla

---

[40] Myös suunnitelmatalous voi rakentua demokratian varaan siten, että ennakkoon päätetään demokraattisessa järjestyksessä, miten paljon esim. tiettyä hyödykettä valmistetaan. Suunnitelman hyväksyminen alistetaan demokraattiseen prosessiin. Suunnitelmatalous edellyttää kuitenkin markkinataloutta voimakkaampaa ohjausta, kansalaisilta sitoutumista yhteisiin päämääriin ja sanktioita sen varalta, ettei yksilö pitäydykään hänelle varattuun rooliin tuotantoketjussa. Suunnitelmatalouteen liittyvät elimellisesti mm. ammatinvalintaa ja liikkeenperustamisoikeutta koskevat rajoitukset. Tarvitaan mekanismeja yksilöiden sitoutumisen varmistamiseksi. Yksilöiden psykologista sitoutumista voidaan pyrkiä lisäämään esimerkiksi asennekasvatuksella, jossa korostetaan viisivuotissuunnitelman sitoutumisen moraalisuutta ja hyödyllisyyttä. Käytännössä tarvitaan usein myös poliittisten oikeuksien rajoittamista. Suunnitelmataloudessa yksilön taloudellinen asema on sikäli turvatumpi, että omaan suoritukseen liittyvät puutteet ja vajavaisuudet eivät samassa määrin tai aikakaan välittömästi heijastu taloudelliseen ja sosiaaliseen asemaan. Markkinoiden ohjaukseen perustuvassa järjestelmässä yksilön vapaus ja vastuu ovat selvästi suurempia.

[41] Suunnitelmataloudessa tuotantomääriä koskevat päätökset tehdään keskitetysti valtion suunnitteluelimissä. Hintamekanismista luopuminen tuotantopuolella edellyttää käytännössä myös tuotantopanosten hintojen sääntelyä. Onnistuakseen sääntely edellyttää yksityiskohtaista tietoa kunkin hyödykkeen kysynnästä, kuluttajien tarpeista, kysynnän ja tarjonnan keskinäisistä vuorovaikutussuhteista ja tulevasta kehityksestä. Sosialistisen talousjärjestelmän romahtaminen 1980-luvun lopulla lienee perustunut olennaisesti siihen, että hyödykkeiden kysyntään, tuotantoon ja markkinoiden kehitykseen liittyvät informaatio-ongelmat ovat, kaikkine puutteineenkin, keskimäärin kuitenkin paremmin hallittavissa hajautettuun päätöksentekoon perustuvassa markkinataloudessa kuin keskitettyyn päätöksentekoon perustuvassa suunnitelmataloudessa. Yksilön vapauksien kannalta ongelmallista on ollut erityisesti se, että yhteiskunta tarvitsee keinoja ja

palvelemaan abstraktia yhteishyvää, kollektiivista hyvinvoinnin nousua.[42] Suunnitelmataloudessa insentiivit oman taloudellisen aseman parantamiseksi omaa suoritustasoa nostamalla ovat vähäisemmät. Markkinatalousjärjestelmän sallima suunnitelmataloutta suurempi yksilöllinen valinnanvapaus ja suurempi tehokkuus hyödykkeiden tuottamisessa ei kuitenkaan merkitse, että markkinatalousjärjestelmä olisi sosiaalisesti oikeudenmukainen, joskin historiallisen kokemuksen valossa sosiaalinen oikeudenmukaisuus kokonaisuudessaan tarkasteltuna muodostuu selvästi heikommaksi suunnitelmataloudessa. Kilpailumekanismin kuvaaminen ei siten vastaa kysymykseen, missä määrin markkinoiden ohella tarvitaan suoraa julkisen vallan ohjausta ja tulonsiirtoja markkinoiden tuottaman, tarveperiaatteen kannalta epäoikeudenmukaiseksi koetun tulonjaon tasoittamiseksi. Markkinatalouden sisällä voidaankin perustellusti esittää varsin erilaisia politiikkasuosituksia, ilman että peruskysymys kilpailumekanismin roolista ja kilpailun turvaamisesta mitenkään hämärtyy.

Edellä olevaa voidaan pitää idealisoituna kuvauksena kilpailun prosessipiirteistä, eivätkä kilpailun vaikutukset aina ole myönteisiä. Voimakkaat suhdannevaihtelut voivat liiallisesti heiluttaa hyödykkeiden hintatasoa. Toisaalta sellaisten hyödykkeiden suhteen, joiden osalta markkinat eivät riittävästi ohjaa kysyntää ja tarjontaa vastaamaan yhteiskunnallisesti hyvinä pidettäviä käyttötapoja, tarvitaan muita ohjauskeinoja kuten esim. suoraa sääntelyä. Erityisesti ns. julkisia ja meritorisia hyödykkeitä tuotetaan julkisen vallan toimesta. Kilpailu perustuu suoritus- ja ansaintaperiaatteelle, minkä vuoksi syntyneitä markkinatuloksia korjataan tarveperiaatteen perusteella. Kilpailuperiaate luo taloudellisia edellytyksiä tulonsiirroille, joten se on tarpeen myös sosiaalisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta.

Kysymys siitä, kuinka paljon markkinoiden toiminnan lopputuloksena syntyviä markkinatuloksia on syytä tasoittaa tulonsiirroilla joko siksi, että lähtö-

---

kontrollimekanismeja, joilla varmistetaan yksittäisten toimijoiden, yritysten, kuluttajien ja työntekijöiden pitäytyminen keskussuunnittelijan laatimissa ohjeissa. Yksilön virhearvioinnin riskit ovat taloudellisesti pienempiä mutta vapauspiirin kannalta ratkaisevasti vaarallisempia. Tuotantokoneiston valtiollistaminen ei myöskään poistanut yksilöiden välistä kilpailua rajallisista resursseista ja arvonnoususta, vaan lähinnä siirsi sen markkinoilta puolue-, paikallis- ja valtioelimiin. Informaatio-ongelmaa voidaan kuvata myös toteamalla tulevaisuuden ennustamisen monimutkaisuus. Tämä pätee niin mikro- kuin makrotasolla. Hajautetun päätöksenteon etu keskitettyyn päätöksentekoon ilmenee siinä, että yksittäisten kuluttajien tai yritysten virhearvioinnit ovat yleensä yhteiskunnallisesti vähemmän vahingollisia kuin keskitetyn talousjärjestelmän suunnitteluportaassa tehdyt virhearvioinnit.

[42] Markkinatalousjärjestelmässä tehokkuus palkitaan tulotason nousulla. Vastaavasti tehoton toiminta heikentää yrityksen asemaa suhteessa kilpailijoihin. Myös kuluttaja vastaa itse virhearvioistaan. Päätöksenteon ollessa hajautettu yksittäisen yrityksen tai kuluttajan virhearvioinnin haittavaikutukset rajoittuvat lähinnä kyseiseen talouden subjektiin ja hänen lähipiiriinsä. Erehdyksen tehneen yrityksen kilpailijat hyötyvät, eikä virhe välttämättä vaaranna yleistä etua. Virhearvioinnin seuraukset ovat paljon radikaalimmat, jos siihen syyllistyy keskeisessä asemassa oleva valtiollisesta taloussuunnittelusta vastaava keskussuunnittelija.

kohtatilanne on ollut epätasainen, tai siksi, että tarveperiaate sitä edellyttää, on luonteeltaan moraalifilosofinen kysymys, johon tässä tutkimuksessa ei haeta vastausta. Tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että kilpailumekanismi ei kokonaan korvaa suoran ohjauksen eikä varsinkaan heikompiosaisten suojaksi ja elämänlaadun parantamiseksi tarpeellisten tulonsiirtojen tarvetta; toisaalta oikeudenmukaisen tulonjaon saavuttaminen ilman toimivaa kilpailua ei liene mahdollista. Sosiaalisen oikeudenmukaisuuden ja toimivien markkinoiden asettaminen toistensa vastakohdiksi olisi yksipuolista.

2.2 TALOUDELLISEN KILPAILUN KÄSITTEESTÄ

Kilpailua kilpailupolitiikan normina koskevat määritelmät voivat lähteä kilpailun sisällöstä, ilmenemistavasta tai lopputuloksesta. Usein se kilpailu, jota tarkoitetaan, pyritään määrittelemään lisäämällä sanan kilpailu etuliitteeksi taloudellisen kilpailun voimakkuutta, luonnetta tai lopputulosta kuvaava adjektiivi.

Vapaalla kilpailulla tarkoitetaan sitä, ettei kilpailua estetä julkisen vallan toimesta. Termi on siten sidoksissa elinkeinovapauden toteuttamiseen. Termillä *täydellinen* kilpailu tarkoitetaan taloustieteellistä mallia, jossa yhteiskunnan resurssit ohjautuvat automaattisesti tehokkaimpaan käyttöönsä. *Monopolistisella* kilpailulla tarkoitetaan edellisen negaatiota, sitä, ettei kilpailu markkinoiden keskittymisen ja yritysten harjoittaman tuotedifferoinnin seurauksena olekaan täydellistä, vaan että yrityksillä on markkinavoimaa korottaa hintansa kilpailullisen tason yläpuolelle. *Toimivan* kilpailun teoriassa yksi markkinoiden epätäydellisyys pyritään korvaamaan toisella, jolloin markkinoiden tehokas toiminta voidaan turvata valtiovallan toimenpitein. Vaatimattomamman toimivan kilpailun sisällön mukaan toimivalla kilpailulla tarkoitetaan yksinkertaisesti sitä, että mikään, edes kilpailu, ei ole täydellistä. Epätäydellisessä maailmassa kilpailuviranomaiset pyrkivät huolehtimaan siitä, että kilpailu olisi kohtuullisen toimivaa ja täyttäisi likipitäen sille ohjausmekanismina ja hyvinvoinnin tuojana asetetut tavoitteet. Kilpailun *tehokkuudella* tarkoitetaan sitä, että kilpailun seurauksena taloudellinen tehokkuus lisääntyy tai että kilpailu on optimaalisen intensiivistä. Puhuttaessa *dynaamisesta* kilpailusta korostetaan kilpailun luonnetta prosessina ja muutoksena.

2.2.1 Alustava määritelmä

Tässä tutkimuksessa kilpailu voidaan alustavasti määritellä *sosiaalisen kanssakäymisen muodoksi ja päätöksentekomekanismiksi, jonka avulla suoritetaan valinta useamman samaa asiaa tavoittelevan subjektin välillä.* Kilpailu voi olla

joko itsetarkoitus tai keino jakaa rajallisia resursseja. Kilpailun keskeisiä elementtejä ovat

1) rivaliteetti useamman itsenäisen subjektin välillä;
2) lyhyt, pitkä tai ajallisesti päättymätön prosessi, jona kilpailua käydään;
3) sen oikeushyvän rajallisuus josta kilpaillaan sekä;
4) pelin säännöt tai muu selektiomekanismi, jonka perusteella valinta suoritetaan.

Kansainvälisessä kirjallisuudessa taloudelliselle kilpailulle on annettu lukemattomia toisistaan poikkeavia määritelmiä. Määritelmät liittyvät kilpailun edellytyksiin, olemusmuotoon, hyödylliseen tai haitalliseen käyttäytymiseen, kilpailun lopputulokseen tai kilpailuprosessin kuvaamiseen. Osa kirjoittajista luopuu kokonaan yrityksistä määritellä taloudellinen kilpailu.

Rissanen käsittelee väitöskirjassaan kotimaisessa kirjallisuudessa taloudelliselle kilpailulle annettuja määritelmiä. Paakkasen mukaan kilpailulla voidaan tarkoittaa markkinatalouden ja siihen liittyvän kilpailuvapauden ohella kilpailuolosuhteita, yritysten käyttämiä kilpailukeinoja ja sitä, ovatko kilpailukeinot lainmukaisia. Esimerkit kuvaavat kilpailun eri ilmentymistapoja, eivät itsessään kilpailua. *Paakkasen* antaman määritelmän mukaan kilpailua ei pidäkään samaistaa kilpailukeinoihin, vaan kyse on relaatiosta, jossa on useampi osapuoli. "Kilpailu muodostuu kilpailusuhteessa olevien yritysten toimintaparametrien muutoksista."[43] Värikkäämpi Rissasen mainitsemista esimerkeistä on *Kivimäen* ja *Ylöstalon* perinteisessä Siviilioikeuden oppikirjassa[44] annettu määritelmä: "Liikekilpailu on elinkeinonharjoittajien taistelua asiakkaista *("asiakaspyydystys")*. Hän pyrkii saamaan etumatkan muista elinkeinonharjoittajista paremmilla tavaroilla tai halvemmilla hinnoilla *("toimintakilpailu")* tahi mainostuksella vetämään yleisön ostohalun tavaroihinsa *("suggestiokilpailu")* taikka hintasodalla tai muilla keinoin tuhoamaan kilpailijansa *("valtakilpailu")*".

Kivimäen ja Ylöstalon määritelmässä[45] kilpailu näyttäytyy antagonistise-

---

[43] Paakkanen s. 119-120; op. sit. Rissanen (1978) s. 60.

[44] Kivimäki/Ylöstalo, s. 115.

[45] Kivimäen ja Ylöstalon määritelmän viimeinen osa näyttää löytäneen tiensä vuoden 1987 kilpailunrajoituslakiin, jonka 1 §:ssä suojataan tervettä tai toimivaa taloudellista kilpailua. Lain esitöiden mukaan epätervettä kilpailua on suggestio- tai valtakilpailu. Markkinaoikeudessa puututaan menettelytapoihin, joilla yritykset pyrkivät epätervein keinoin lisäämään kuluttajien kiinnostusta itseensä, sitomaan asiakkaita ja asettamaan strategisia esteitä kilpailijoiden toiminnalle. Menettelytavoista ensimmäinen kuuluu kuluttajansuojaa ja vilpillistä kilpailua koskevien lakien sääntelyalaan, viimeinen kilpailunrajoituslain ja keskimmäinen kummankin normikokonaisuuden piiriin. Olisi naiivia kuvitella, että tämäntapainen toiminta voitaisiin kokonaan estää lainsäädännöllä. Liian tiukka markkinointi- ja sopimusehtojen sääntely olisi myös omiaan heikentämään yrittäjien kykyä kehittää luovuudellaan uusia toimintakonsepteja. Kilpailunrajoituslain kieltokynnys ylittyy siinä vaiheessa, kun toimenpiteellä on selvästi havaittavia haittoja kuluttajien, asiakkaiden tai markkinoiden toimivuuden kannalta. Lain 9 §:n mukaan menettelyllä on vahingollisia vaikutuksia, jos se heikentää markkinoiden tehokkuutta tai estää tai vaikeuttaa toisen elinkeinonharjoittamista.

na kamppailuna, eräänlaisena taloudellisena sodankäyntinä. Asiakkaiden pyydystyksen sijasta voitaneen osuvammin puhua asiakkaiden suosion tavoittelusta, joka pyydystetyksi joutumista paremmin kuvaa kilpailun positiivisia aspekteja, halvempia hintoja ja parempaa laatua. Toimivassa kilpailussa asiakas on paremminkin kuningas kuin saalis. Toimintakilpailun sijasta lienee osuvampaa puhua suoritus- tai toimivasta kilpailusta. Suggestiokilpailulla tarkoitetaan epäasiallisena markkinointina pidettyjä tapoja vaikuttaa asiakkaisiin psykologisin keinoin. Valtakilpailu voidaan kääntää monopolikamppailuksi; tällöin kilpailua ei pyritä voittamaan ensisijaisesti asiakkaan suosion tavoittelulla, vaan toimenpiteillä, joilla pyritään tuhomaan kilpailijan toimintaedellytykset. Kilpailupoliittisena normina on suorituskilpailu, rivaliteettiin perustuva muttei kuitenkaan antagonistinen prosessi, jossa voittajaa haetaan suorituksen paremmuuden perusteella.[46]

Voidaan yhtyä *Herdzinan* toteamukseen, jonka mukaan mitään yhtä yleisesti hyväksyttyä kilpailun määritelmää ei ole olemassa.[47] Määritelmille näyttäisi kuitenkin olevan yhteistä kaksi seikkaa: ne korostavat joko *kilpailijoiden välistä rivaliteettia* tai *olosuhteita, joiden vallitessa kilpailua esiintyy*. Kolmanneksi voidaan tarkastella niitä *vaikutuksia*, joita kilpailulla on.

2.2.2 Kilpailu olosuhteena

Kilpailuolosuhteita koskevissa määritelmissä kiinnitetään huomiota niihin tekijöihin, joiden vallitessa taloudellista kilpailua esiintyy. Määritelmät koskevat ensinnäkin markkinarakenteeseen liittyviä tekijöitä, joiden vallitessa kilpailua esiintyy. Taloustieteen täydellisen kilpailun ja monopolin mallit ovat siinä mielessä aikaan ja paikkaan sidottuja lähestymistapoja, että markkinoita tarkastellaan tietyn hetken olosuhteiden valossa. Suotuisatkaan olosuhteet eivät itsessään turvaa kilpailua, jos yritykset haraavat käyttäytymisellään vastaan. Myös staattisissa malleissa edellytyksenä on siten kilpailullinen käyttäytyminen. Erona dynaamisiin malleihin on se, että kilpailullisen käyttäytymisen oletetaan seuraavan suuremmalla tai pienemmällä todennäköisyydellä kilpailullisesta markkinarakenteesta. Taloudellisen kilpailun yleiset edellytykset voidaan tiivistää esim. *Oltenin* perusteella seuraavasti:[48]

1) markkinoiden olemassaolo, joilla kysyntä ja tarjonta kohtaavat,
2) vähintään kaksi kysyjää tai tarjoajaa (subjektia),

---

[46] Suorituskilpailun käsitteestä ks. esim. Ohm (1960) s. 239–261. Myös esim. Weber (1921) korostaa taloudellisen kilpailun "rauhanomaisuutta". Ks. Wirtschaft und Gesellschaft s. 20 ss. Taloudellisen kilpailun taloustieteellisten ja sosiologisten määritelmien vertaaminen muodostaisi mielenkiintoisen tutkimuskohteen, mikä tilasyistä jää kuitenkin tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

[47] Ks. Herdzina (1999) s. 8–9.

[48] Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik (1998) s. 13–14.

3) kohde (objekti), josta kilpaillaan,
4) rivalisoiva (antagonistinen) käyttäytyminen tavoiteltaessa tiettyä päämäärää,
5) päämäärän parempi täyttyminen sen johdosta, että yksi kilpailijoista voittaa ja muut häviävät.

2.2.3 Kilpailu prosessina

Kilpailuprosessi voidaan määritellä sarjaksi aloitteista ja vastareaktioista koostuvia toimenpiteitä, joilla yritykset pyrkivät parantamaan asemaansa markkinoilla suhteessa kilpailijoihinsa. Kilpailun prosessiluonnetta korostavia määritelmiä voidaan luonnehtia *dynaamisiksi määritelmiksi*. Kilpailua ei tarkastella valokuvamaisena otoksena tietyn hetken tilanteesta, vaan pidemmän aikavälin kehityskulkuna, jossa tilanteet vaihtelevat. Kilpailun lopputulos ei ole ennakolta selvillä. Täydelliseltä tuntuva voitto osoittautuu myöhemmin vain yhdeksi vaiheeksi kehityksen pyörässä, jossa valta-asemia saavutetaan, pidetään ja menetetään. Tässä mielessä kilpailuprosessi on perusluonteeltaan ikuinen ja markkinavoima aina väliaikainen. Kilpailuteoriassa aiemmin painottuneesta vallitsevien kilpailuolosuhteiden kuvaamisesta on enenevässä määrin siirrytty markkinoiden muutosta koskevan dynaamisen prosessin tutkimiseen. Kilpailuteoreettisessa kirjallisuudessa[49] puhutaan *kilpailun funktioista*, joilla kuvataan taloudellisen kilpailun merkitystä ja tehtäviä hyödykkeiden tuotannossa ja yhteiskuntaelämän järjestämisessä. Vapaa suorituskilpailu mahdollistaa sen, että

1) markkinoilla syntyvä tarjonta vastaa kuluttajien preferenssejä *(ohjausfunktio)*;
2) tuotantopanokset ohjautuvat tehokkaimpaan mahdolliseen käyttöönsä ja yritykset hyödyntävät tehokkaimpia mahdollisia tuotantomenetelmiä *(allokaatiofunktio)*;
3) teknisen edistyksen seurauksena markkinoilla syntyy aiempaa edullisempia tuotantomenetelmiä ja kokonaan uusia hyödykevaihtoehtoja *(innovaatiofunktio)*;
4) markkinat reagoivat nopeasti olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin sopeuttamalla ja uudelleen ohjaamalla tuotantoaan *(sopeutumisfunktio)*;
5) markkinoilla syntyvä tulonjako perustuu suoritukseen *(tulonjakofunktio)*;
6) markkinat itse kontrolloivat ja purkavat valtakeskittymiä ja estävät siten markkinavoiman pysyväisluonteisen keskittymisen *(vallan hajauttamisfunktio)*.

Hoppmanin mukaan taloudellisessa kilpailussa voidaan erottaa toisistaan vaihdanta- ja rinnakkaisprosessi. *Vaihdantaprosessissa* (Austauschprozess) tarkas-

[49] Ks. esim. Arndt (1981) s. 52; Tolksdorf (1994) s. 17–32; Herdzina (1999) s. 16–33; Berg (1995) s. 302 ss.

tellaan kauppakumppanin valinnanvapautta ja sen rajoituksia. Tämä valinnanvapaus on sitä suurempi, mitä suurempi hyödykkeiden keskinäinen korvaavuus on ja mitä joustavammin yritykset voivat suunnata tuotantoaan uudelleen.[50] *Rinnakkaisprosessilla* (Parallellprozess) tarkoitetaan samoilla markkinoilla toimivien kilpailevien yritysten välistä kilpailua, mukaan lukien sillä hetkellä vielä markkinoiden ulkopuolella olevat potentiaaliset kilpailijat.[51] Rinnakkaisprosessi voidaan jakaa *J.M. Clarkin* tavoin *innovatiiviseen* ja *imitoivaan* kilpailuun,[52] jolloin saadaan esille kilpailun syklinen luonne. Innovatiivinen käyttäytyminen, esimerkiksi entistä paremman tuotantomenetelmän kehittäminen, tuo innovaation tekijälle kilpailuedun, jonka turvin yritys saa hetkittäisesti markkinavoimaa (luova kilpailu, schöpferischer Wettbewerb). Toimivassa kilpailussa kauppakumppanin tai asiakkaan riippuvuus on kuitenkin luonteeltaan tilapäistä. Luova prosessi saa päätöksensä kilpailijoiden ryhtyessä jäljittelemään innovaattoria, jotta luovalle kilpailulle syntyisi uusia edellytyksiä (tuhoava kilpailu, zerstörerischer Wettbewerb).[53]

Tarkasteltaessa edellä olevaa listaa huomio kiinnittyy siihen, että osa funktioista liittyy resurssien jakamiseen ja osa niiden tuotantotavassa tai kysynnässä tapahtuviin muutoksiin. Valtaosa taloudellisesta kasvusta saavutettaneen uusien hyödykkeiden ja tuotantotapojen ilmaantumisen myötä. Erityisesti uuden talouden hyödykkeiden osalta on katsottu, että staattisen tehokkuuden sijasta tulisi painottaa dynaamista tehokkuutta.[54] Tätä ei kuitenkaan pidä ymmärtää siten, että edullisen hintatason merkitystä tulisi vähätellä.

2.2.4 Kilpailun intensiteetti

Yksi taloudellisen kilpailun hahmottamisvaikeuksista liittyy siihen, että kilpailun intensiteetti vaihtelee ajallisesti ja paikallisesti.[55] Samoin vaihtelee se, kuinka voimakas kilpailu tuottaa optimaalisia lopputuloksia. Voidaan puhua

---

[50] Ks. Hoppmann (1968) s. 40.

[51] Hoppmann (1968) s. 40–41.

[52] Hoppmann (1968) s. 42.

[53] Voidaan puhua myös vaihtelusta yksilöllistävän ja yleistävän kilpailun välillä. Luova ja tuhoava kilpailu ovat molemmat kilpailuprosessille tärkeitä. Hoppmann toteaa, että vaihdantaprosessi ja rinnakkaisprosessi ovat kytköksissä toisiinsa, tavallaan saman kolikon kaksi puolta. Ks. Hoppmann (1968) s. 43.

[54] Ks. esim. P. Virtanen (2001) s. 173–174. Ks. myös Porter (2001); Hunt (2000) s. 256; Ellig/Lin (2001) s. 18–21.

[55] Täydellisen kilpailun tilanteessa rivaliteetti ei ole erityisen voimakasta, sillä yritysten mahdollisuudet vaikuttaa kilpailijoidensa menestykseen ovat rajalliset. Siirryttäessä oligopoliin rivaliteetti lisääntyy. Yritykset tulevat tietoiseksi mahdollisuudestaan vaikuttaa kilpailijoiden käyttäytymiseen ja havaitsevat kilpailijoiden toimenpiteiden vaikuttavan toimintaolosuhteisiinsa. Asiakassuhde säilyttää luonnollisesti merkityksensä, mutta toiseksi keskeiseksi dimensioksi nousee strateginen kilpailu, peli, jossa yritykset pyrkivät nokittamaan toisiaan. Niin sanotun

optimaalisesta kilpailuintensiteetistä.[56] Historiallisesti voidaan havaita kehitys, jossa markkinoilla toimivat yritykset kasvavat yhä suuremmiksi. Kilpailun paine ei kuitenkaan vähene, jos markkinat samanaikaisesti laajenevat alueellisesti.[57] "Optimaalisen" kilpailuintensiteetin määrittäminen on erityisen vaikeaa. Keskittyminen voi johtua tarpeesta vastata taloudessa tapahtuviin muutoksiin, pyrkimyksestä hankkia monopolivoittoja tai molemmista. Esimerkiksi *Kantzenbach* hakee väitöskirjassaan optimaalista kilpailun intensiteettiä, jonka uskotaan löytyvän laajoista oligopoleista. Periaatteessa kilpailun intensiteetti on voimakkain täydellisessä kilpailussa, koska tällöin yritykset myyvät hyödykkeitä tuotantokustannuksilla. Tällöin yrityksille ei kuitenkaan jää tarpeeksi mahdollisuuksia kalliin tutkimuksen ja tuotekehittelyn rahoittamiseen. Vaikka täydellinen kilpailu maksimoisi allokatiivista tehokkuutta, dynaamisen tehokkuuden kannalta keskittyneempi markkinarakenne voi olla parempi. Toisaalta jos markkinat keskittyvät liiaksi kannustimet uusien hyödykkeiden valmistamiseen taas hiipuvat.

---

oligopolistisen interdependenssin vallitessa kilpailijoiden toimenpiteet vaikuttavat suoraan toisiinsa. Se, nouseeko hintataso vai ei, on varsin kiistanlaista ja tulkinnanvaraista. Sosiaalisen käyttäytymisen näkökulmasta perusongelmana oligopoliteorioissa on se, että yksilöiden, mukaan lukien yritysjohdon, käyttäytymistä voidaan kyllä mallintaa mutta ei etukäteen ennustaa. Yhden yrityksen markkinavoiman kasvaessa epäsymmetrisesti suhteessa kilpailijoihinsa syntyy määräävä markkina-asema. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kohdistaa kilpailijoihinsa haitallisia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on eliminoida nämä kilpailijoina. Asiakkaan kuninkaan rooli rapistuu, sillä markkinavoimainen yritys voi harjoittaa sidontaa tai periä ylihintoja. Suhteessa kauppakumppaneihin havaitaan kehitys, jossa sopimuksen synty ei enää perustukaan vain vapaaehtoiseen harkintaan, vaan markkinajohtajan käyttäytyminen saa vallankäytön ja epäsuoran pakottamisen piirteitä. Markkinavoimaa voidaan kasvattaa haitallisiin mittasuhteisiin myös siten, että kilpailijat (K1 ja K2) liittoutuvat yhteen asiakasta (A1... An) vastaan tai sulkeakseen kilpailijoita (Kn) markkinoiden ulkopuolelle.

[56] Määritelmän mukaan kilpailu voi siten olla liian heikkoa, liian voimakasta tai sopivaa. Kilpailu on liian voimakasta, jos se johtaa omaisuusarvojen tuhoutumiseen ilman riittävän kompensoivaa uusien arvojen syntymistä (cut throat competition) tai estää yrityksiltä tehokkaimpien tuotantoprosessien käyttämisen tai panostuksen tekniseen kehitykseen. Voitaneen tieteellisesti osoittaa, että kilpailu voi olla liian voimakasta. Epätodennäköisempää on sen sijaan se, voidaanko liiallista kilpailua hidastaa julkisen vallan toimenpitein siten, että lopputulos säilyisi viranomaisten hallinnoitavissa ja muodostuisi kokonaisvaikutuksiltaan positiiviseksi. Vaatimuksia kilpailun hillitsemiseksi esimerkiksi rajasuojan avulla esitetään usein silloin, kun kyse on puhtaasti protektionismista hyötyvien elinkeinonharjoittajien, ei julkisen vallan edusta.

[57] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 12 ss., 53, 62. Laajamittaista ja voimakasta keskittymiskehitystä havaittiin ensimmäisen kerran teollisen vallankumouksen luotua 1870-luvulta alkaen kokonaan uuden tuotantotavan, teollisen massatuotannon. Kasvattamalla yrityskokoa voitiin saavuttaa huomattavia mittakaavaetuja. Käynnissä oleva laajamittainen fuusioiden aalto liittyy talouden globaalistumiseen.

2.2.5 Kilpailuvapaus

Taloudellinen kilpailu edellyttää kilpailun vapautta, oikeutta käyttää hyväksi havaitsemiaan, lain ja hyvien tapojen mukaisia kilpailukeinoja.[58] Toisaalta kilpailu turvaa yksilöiden vapauksien säilymistä. Vapaus ilmenee yhtäältä kilpailuun osallistuvan toimintavapautena, toisaalta kilpailusta hyötyvän asiakkaan valinnanvapautena. Vaihtoehtojen runsauden ohella vapaus ilmenee siten, että kilpaillun hyödykkeen hinnan alentuessa kuluttajan käytettävissä olevia resursseja vapautuu muiden tarpeiden tyydyttämiseen. Kilpailu ja vapaus ovat kiinteässä yhteydessä keskenään. Toisaalta kilpailun seurauksena siinä menestyvien yritysten valta kasvaa kilpailun hävinneiden yritysten menettäessä asemiaan. Kilpailu luo jatkuvasti uusia riippuvuuksia, samalla kun se purkaa tieltään aiempia valta-asemia. Yrityksen perustavoitteena on voiton tuottaminen. Voiton tuottaminen edellyttää menestystä markkinoilla.[59] Kuluttajien resurssien ollessa rajalliset yhden yrityksen menestys merkitsee samalla sitä, että jonkun toisen yrityksen menestys samalla heikkenee. Kaikki yritykset voivat yhdessä kasvattaa tulostaan vain samassa määrin kuin kansantalouden kokonaistuotanto kasvaa. Tietyn yrityksen kasvattaessa suhteellisesti myyntiään kulutuskysynnän kasvua nopeammin kasvu on saavutettu jonkun toisen samasta asiakkaan markasta kilpailevan yrityksen kustannuksella.

Kilpailuintensiivisillä markkinoilla kilpaillaan asiakkaan suosiosta. Kilpailijat (K1, K2, Kn...) pyrkivät lisäämään suosiotaan asiakkaiden (A1, An...) keskuudessa. Resurssien ollessa rajallisia yhden kilpailijan (K1) menestys merkitsee samalla muiden (K2, Kn...) menetyksiä, koska saman asiakkaan sama tarve tyydytetään samalla aikavälillä vain kertaalleen. Kilpailijan voittaessa asiakkaan liikesuhde ja siihen liittyvät varallisuusarvot vaihtavat omistajaa. Yritys ei voi kasvattaa omaa markkinaosuuttaan aiheuttamatta samalla epäsuorasti haittaa kilpailijoilleen. Ääritapauksessa tärkeän asiakkaan menettänyt yritys ajautuu konkurssiin. Toimiessaan voimassaolevien lakien puitteissa yritys ei ole vastuussa kilpailijalleen aiheuttamasta taloudellisesta vahingosta. Menettely ei ole oikeudenvastaista. Yritys voi vapaasti keskittyä itselleen ja uudelle kauppakumppanilleen tulevan hyödyn maksimointiin, eikä se ole vastuussa sivullisen oikeusasemasta. Päin vastoin, kilpailua pidetään hyödyllisenä,

---

[58] Ks. esim. Herdzina (1999) s. 12 ss.; perustavasti Böhm (1958, 1980) s. 233 ss.; Hoppmann (1968) s. 85 ss.

[59] Tarkasteltaessa nyt sitä, millä keinoin etulyöntiasema kilpailijoihin pyritään saavuttamaan, havaitaan, että yritykset kilpailevat kolmella seikalla, hinnalla, laadulla sanan laajimmassa merkityksessä sekä lobbauksella. Kilpailun muodonmuutosta voidaan kuvata seuraavalla esimerkillä. Jos markkinoilla käytävää hintakilpailua rajoitetaan esimerkiksi hintasäännöstelyllä, seurauksena yleensä on hintakilpailun korvautuminen muilla kilpailukeinoilla. Vastaavasti markkinoiden korvaaminen valtiolla johtaa siihen, että yritykset pyrkivät vaikuttamaan poliitikkoihin esimerkiksi siten, että tuotantopanoksia ohjataan omalle yritykselle samoista resursseista kilpailevia yrityksiä enemmän.

sillä koordinaation ja allokaation ohella kilpailu pitää yllä insentiivejä yritystoiminnan tehostamiseen. Asiakasvaltaus ilman samansuuruista markkinaosuuden siirtymää on mahdollinen vain kasvavilla markkinoilla, siinä suhteessa kuin markkinat absoluuttisesti mitaten kasvavat. Samalla kilpailun paine luo innovaatioita, jotka kasvattavat kansantaloutta myös kokonaisuudessaan.

Kilpailu oikeudellisena ilmiönä merkitsee ensinnäkin sitä, että yrityksillä on *vapaus* kilpailla keskenään. Ryhtyminen elinkeinonharjoittajaksi on oikeussubjektin vapaassa harkinnassa. Vapaus päättää toimeentulon hankintatavasta pitää sisällään oikeuden valita työ- tai virkasuhteen ja elinkeinon harjoittamisen välillä. Vastaavasti liiketoimintaa harjoittavilla yhteisöillä on oikeus päättää, millä toiminnalla lisäarvoa yritetään hankkia. Kilpailun juridisen analyysin toinen puoli on se, että kilpailu ei ole ainoastaan oikeus, vaan se on samalla *velvollisuus*. Velvollisuutta kilpailla ei kuitenkaan säännellä positiivisesti, määrittelemällä, miten pitäisi kilpailla. Positiivisten käyttäytymisnormien asettaminen olisi epämielekästä. Hyväksyttävän kilpailun määrittäminen positiivisesti olisi äärimmäisen hankalaa, sillä kilpailun logiikka ja kilpailuparametrien painotus vaihtelee markkinakohtaisesti ja markkinavaiheittain.

Liberaalissa oikeusvaltiossa vapauden rajoitukset tulee perustella erikseen; ne määritellään yleensä negatiivisesti. Kilpailuvapaus pitää sisällään periaatteen, jonka mukaan käytettävät kilpailukeinot ovat kunkin vapaassa harkinnassa, kunhan ne ovat lakien ja hyvien tapojen mukaisia. Kilpailu pitää määritelmänä jo sisällään sen, etteivät kaikki kyseeseen tulevat menettelytavat, kilpailun lopputuloksesta puhumattakaan, voi olla etukäteen tiedossa. Elinkeinonharjoittajille asetettu velvollisuus kilpailla ilmenee negatiivisesti velvollisuutena olla rajoittamatta kilpailua kilpailulainsäädännössä kielletyllä tavalla. Annetun laajan pelivaran sisällä on elinkeinonharjoittajan itsensä harkittavissa, kuinka aktiivisesti yritys markkinoilla toimii, esim. keskitytäänkö lyhyen tähtäimen voittojen maksimointiin vaiko markkinaosuuksien valtaamiseen kilpailijoilta.

2.2.6 Kilpailu instituutiona ja päätöksentekomekanismina

Institutionaalisesti kilpailua voidaan kuvata *desentralisoiduksi päätöksentekomekanismiksi*, jonka avulla taloudelliset päätökset markkinatalousjärjestelmässä syntyvät. Vaihtoehtoja kilpailulle on kaksi, yhden päätäntävalta tai kaikkien yhteinen sopimus. Yhden päätäntävalta voi toimia pienessä autarktissa yksikössä, esimerkiksi kotitaloudessa. Suuremmilla markkinoilla järjestely asettaa ylivoimaisia vaatimuksia päättäjän tiedolle ja työkapasiteetille. Päätöksentekijän tulisi tuntea kuluttajien yksilölliset tarpeet, kaikki käytettävissä olevat tuotantomahdollisuudet sekä mainituissa tekijöissä tapahtuvat muutokset ja vaihtelut. Suunnitelmien laatiminen, toteuttaminen ja valvonta vaatisi kohtuuttomasti resursseja. Sopimukseen pääseminen vaatii huomattavasti aikaa ja aiheuttaa

korkeita transaktiokustannuksia, mistä syystä kilpailulle annetaan usein etusija.[60] Makrotasolla tarkasteltuna kilpailu on yksi markkinatalousjärjestelmän keskeisistä rakenne-elementeistä, yhtä tärkeä kuin yksityinen omistusoikeus tai sopimusvapaus. Kilpailumekanismi on edellytys sille, että tuotantoa ja tarjontaa koskeva päätäntävalta ylipäätään on mahdollista delegoida markkinoille. Samalla on turvattava se, ettei yleisellä elinkeinovapaudella toteutettu taloudellisen päätösvallan hajauttaminen uudelleen keskity kilpailunrajoitusten seurauksena. Taloudellinen päätöksentekojärjestelmä voidaan jakaa funktionaalisesti:

1) *päätäntäjärjestelmään* eli yksilöiden ja taloudellisten subjektien päätäntäoikeutta koskeviin järjestelyihin; päätäntäjärjestelmä voi olla keskitetty tai hajautettu;
2) *informaatiojärjestelmään*, jonka avulla taloudellisesti relevanttia tietoa tuotetaan, muokataan, arvioidaan ja siirretään päätöksentekijältä toiselle; ja
3) *motivaatiojärjestelmään*, joka koostuu säännöksistä ja mekanismeista, joilla synnytetään positiiviset ja negatiiviset sanktiot taloudellisten päätösten tekemiselle ja niiden noudattamiselle.[61]

Kilpailu voidaan korvata päätöksentekomekanismina joko subjektien välisellä yhteistyöllä tai keskitetyllä päätöksenteolla, jossa rajallisten resurssien jakamista koskevien päätösten tekeminen uskotaan itsevaltiaalle tai demokraattisesti valitulle päätöksentekokollektiiville. Kilpailun korvaaminen muulla vaihtoehdolla ei kuitenkaan merkitse kilpailun haihtumista ilmaan sosiaalisen kanssakäymisen muotona. Yleensä kilpailu säilyy – se vain muuttaa muotoaan tai siirtyy toiselle tasolle.[62] Yksilöiden ja instituutioiden ohella kilpailua käydään makrotasolla erilaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden välillä. Keskenään ristiriitaiset tavoitteet ovat toisaalta yleensä palautettavissa kilpailevien tavoitteiden toteutumisesta etua nauttivien intressiryhmien keskinäiseen kilpailuun.

---

[60] Markkinakilpailulla on se keskeinen etu puolellaan keskitettyyn päätöksentekoon ja sopimiseen verrattuna, että insentiivit tehokkaaseen, kaikkia hyödyttävään käyttäytymiseen ovat keskimääräisesti suuremmat silloin, kun yksilölle aiheutuu positiivisia tai negatiivisia seuraamuksia sen mukaan, miten sopimuskumppanit kokevat toiminnan hyödyllisyyden. Taloudellinen kilpailu ei liene koskaan perustunut yksinomaan vapaaseen kilpailuun, vaan sitä syystä täydennetään keskitetyllä päätöksenteolla (lait ja alakohtainen sääntely) ja sopimuksilla (esim. tulopoliittinen neuvottelumekanismi).

[61] Ks. esim. Thieme, Soziale Marktwirtschaft (1994) s. 3 ss.

[62] Ajatusta kilpailun muodonmuutoksesta voidaan kuvata esimerkillä, jossa markkinakilpailu korvataan julkisen vallan päätöksenteolla. Päätöksentekomekanismin vaihtuessa markkinoista valtiolliseen taloudellinen markkinakilpailu muuntuu taloudelliseksi kilpailuksi poliittisen päätöksentekijän suosiosta. Itsevaltiaan esimerkissä kilpailua käydään itsevaltiaaksi pääsemisestä ja toisaalta valitun itsevaltiaan suosiosta. Demokraattisessa vaihtoehdossa kilpailua käydään poliittista valtaa tavoittelevien yhteisöjen välillä ja toisaalta yksittäisten intressiryhmien kesken niiden pyrkiessä vaikuttamaan päätöksentekokoneistoon muita samoista resursseista kilpailevia tahoja tehokkaammin.

3. Kokoavia näkökohtia kilpailuteorian kehityksestä

Kilpailuteorian kehitys voidaan jakaa karkeasti kolmeen aikakauteen, klassiseen, neoklassiseen ja toimivaan kilpailuun. Jaottelu on sikäli ongelmallinen, että neoklassinen ja toimiva kilpailu muodostavat nykyäänkin kilpailuteorian päävaihtoehdot. Keskenään kilpailevat kilpailuteoreettiset ja -poliittiset koulukunnat voidaan jakaa ryhmiin useilla eri perusteella. Seuraavassa oleva luokittelu on laadittu tämän tutkimuksen tarpeita silmällä pitäen.

Ensimmäinen jakoperuste liittyy *kilpailun päämääriin*. Kyse on tällöin siitä, mitä kilpailulla tavoitellaan. Kilpailulle annettu normatiivinen merkityssisältö heijastuu siihen, mitä tavoitteita kilpailupolitiikalle asetetaan ja millä keinoin tuota tavoitetta yritetään lähestyä. Voidaan erottaa toisistaan hyvinvointiteoreettinen ja systeemiteoreettinen lähestymistapa. *Hyvinvointiteoreettisessa* lähestymistavassa taloudellinen kilpailu nähdään keinona lisätä taloudellista hyvinvointia. Kilpailuteorian tehtävänä nähdään tutkia sitä, missä olosuhteissa kilpailu lisää taloudellista tehokkuutta. Kilpailupolitiikan tehtävänä on aikaansaada tehokkaita markkinakonstellaatioita tai negatiivisesti estää tehottomien konstellaatioiden syntyminen. Voidaan puhua tehokkuuskoulukunnasta (efficiency school). Kilpailupoliittisista koulukunnista puhtaimmillaan tehokkuusajattelua ilmentää Chicagon koulukunta, joka julistaa tehokkuuden ainoaksi päämääräksi. Myös Harvardin koulukunta korostaa taloudellista tehokkuutta.[63] *Systeemiteoriassa* kilpailu nähdään laajemmassa yhteiskunnallisessa kontekstissa. Kilpailu nähdään yksilönvapauden ilmentymänä; vapaa kilpailu on arvo sinänsä, koska se ilmentää yksilöiden oikeutta harjoittaa elinkeinotoimintaa vapaana valtion tai muiden yrittäjien asettamista rajoitteista. Ordoliberaaleilla kilpailu nähdään demokraattisen markkinatalousjärjestelmän keskeisenä ainesosana. Neoklassismin analyysikehikkoa ei kokonaan hylätä, vaan sitä täydennetään laajemmalla tarkastelulla.

Kilpailuteoreettiset lähestymistavat voidaan toisaalta jakaa *staattisiin ja dynaamisiin teorioihin*. Kilpailuteorioista ensimmäinen, klassinen kilpailuteoria on talouden evoluution teoria. Tässä mielessä se on dynaaminen teoria.[64] Teoria

---

[63] Yhteistä Harvardille ja Chicagolle on resurssien optimaalisen allokaation näkeminen keskeisenä tavoitteena. Perinteiset harvardilaiset näkevät kilpailupolitiikalla myös laajempia yhteiskunnallisia tavoitteita kuten taloudellisen vallan keskittymisen estämisen, kuluttajien suojelemisen perusteettomilta tulonsiirroilta ja pienyritysten suojelemisen suurempien mielivallalta. Nykyään osa harvardilaisista hyväksyy tehokkuuden ainoaksi tavoitteeksi. Tällöin keskeiseksi eroksi chicagolaisiin jää se, että harvardilaiset uskovat chicagolaisia vähemmän markkinoiden kykyyn itse korjata vääristymiä.

[64] Ks. esim. Stigler (1957) s. 1, 3.

selittää sitä, miksi markkinat muuttuvat. Kilpailuprosessi nähdään jatkumona. Teoria pyrkii selittämään, miksi kilpailulliset markkinat ovat yhteiskuntapoliittisesti tavoittelemisen arvoisia. Keskeinen selitys on kuuluisa näkymättömän käden idea. Sitä vastoin teoria ei anna tarkempaa osviittaa siitä, milloin markkinoilla syntyy hyödyllisiä ja milloin haitallisia markkinatuloksia. Neoklassinen kilpailuteoria on päätäntäteoria. Markkinat toimivat optimaalisesti silloin, kun niillä vallitsee täydellinen kilpailu. Neoklassismissa pyritään yritysten päätöksentekoprosessin matemaattiseen mallintamiseen.[65]

[65] Albert on kuvannut eroa klassismin ja neoklassismin välillä siten, että ensimmäinen kuvaa markkinoiden sosiologiaa (Marktsoziologie) ja jälkimmäinen taloudellisen päätöksenteon logiikkaa (Entscheidungslogik). Tällä Albert tarkoittaa sitä, että klassisen kilpailuteorian mielenkiinnon kohteena on ennen muuta kilpailu instituutiona, kun taas neoklassismissa kilpailulle pyritään antamaan normatiivinen sisältö ja operationalisoimaan käsite taloudellisen päätöksentekotilanteen mallintamista varten, Albert (1998). Toimivassa kilpailussa, erityisesti sen dynamisoidussa variaatiossa, pyritään luomaan päätöksentekoteoria, joka ottaa huomioon markkinoiden kehityksen. Samaan pyrkivät chicagolaiset soveltamalla staattista hintateoriaa mutta pidentämällä aikaperspektiiviä. Markkinavoiman oletetaan rapautuvan pitkällä aikavälillä.

4. Klassinen kilpailuteoria

Klassisen kilpailuteorian synty kytkeytyy valistusfilosofian taloudelliseen puoleen, jonka kärki kohdistui merkantilismiin ja kruunun myöntämiin etuoikeuksiin. Yhteiskuntapoliittisesti valistusfilosofia liittyi porvarisluokan poliittisen ja taloudellisen merkityksen kasvuun. Muuttuneissa olosuhteissa kruunun ja aatelisluokan erioikeudet tuli purkaa. Valtion merkantilistisella talouspolitiikalla harjoittamasta kansalaisten "holhouksesta" tuli luopua.[66] Elinkeinotoiminnan rajoitukset tuli purkaa ja korvata kilpailulla. Vaatimusten taustalla on valistusajan esille nostama liberalismin[67] aate – vapaus, tasa-arvo ja oikeudenmukaisuus.[68] Kyse oli samalla porvarisluokan esiinmarssista.

> Voidaan karkeasti erottaa toisistaan ranskalainen ja anglosaksinen liberalismi. Ranskalainen ja anglosaksinen liberalismi eroavat toisistaan ennen muuta vapauden käsitteelle annettavassa merkityssisällössä. Ranskalaisessa liberalismissa (*Voltaire*, *Rousseau* ym.) huomio kohdistetaan yksilöiden luonnolliseen tasa-arvoon, joka ilmentyy rationaalin valtion kautta. Valtion tehtävänä on edistää yksilöiden tasa-arvoa yhteiskuntasuunnittelun keinoin. Anglosaksinen liberalismi (*Smith*, *Hume* ym.) korostaa yksilön vapauksia suhteessa valtioon. Jokainen on oman onnensa seppä.[69] Toisena jakoperusteena voidaan käyttää eettistä ja taloudellista liberalismia. Kummassakin erottelussa erona on se, tarkastellaanko tiettyä lopputulosta vaiko yksilöiden tasa-arvoisia mahdollisuuksia itselleen edellisen lopputuloksen saavuttamiseksi. Liberalismi on käsitteenä varsin hajanainen ja monitulkintainen.

---

[66] Merkantilismin varhaisista kriitikoista voidaan mainita fysiokraatit, joiden mukaan kilpailu muodosti luonnollisen hinnan markkinoilla. Fysiokraatit erottivat toisistaan jumalan ihmisille haluaman luonnollisen järjestyksen ja ihmisten luoman positiivisen järjestyksen. Valtion tehtävänä oli pitää huoli siitä, että ihmisten luoma järjestys poikkeaisi mahdollisimman vähän luonnollisesta järjestyksestä (ordre naturel). Tämän mahdollistamiseksi yksilön tulee olla vapaa toteuttamaan itseään: laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même. Fysiokraatit katsoivat, että hyödykkeiden luonnollinen hinta saataisiin selville antamalla sen määräytyä vapaasti markkinoilla.

[67] Liberalismia koskevan kotimaisen yleisesityksen osalta ks. Saastamoinen, Eurooppalainen liberalismi. Etiikka, talous, politiikka (1998).

[68] Kytkentä valistusaatteeseen on selvästi esillä esim. Locken tuotannossa. Ks. esim. Barry (2000) s. 197, 220, 222, 230. Sen sijaan esim. Rousseau näyttää pikemminkin korostaneen tarvetta rajoittaa markkinoiden vapaata toimintaa kuin edistää sitä. Ks. esim. Barry (2000) s. 174–175, 202, 281, 303. Valistusaatekin voidaan siten jakaa individualistiseen ja kollektiiviseen suuntaukseen.

[69] Ks. Hayek, Grundsätze einer liberalen Wirtschaftsordnung, ORDO 17 (1967), s. 11, s. 11–14 ss. Ks. myös Saastamoinen (1998) s. 8–30, joka erottaa toisistaan taloudellisen ja filosofisen liberalismin. Edellisellä tarkoitetaan markkinoiden vapauttamiseen tähtäävää uusliberalismia, jälkimmäisellä Yhdysvalloissa Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian myötä syntynyttä moraalifilosofista suuntausta, jossa keskeisellä sijalla on yleispätevien kriteerien etsiminen yhteiskunnalliselle oikeudenmukaisuudelle.

Taloustieteen itsenäisenä tieteenalana voidaan katsoa saaneen alkunsa *Adam Smithin* (1723-1790) vuonna 1776 julkaistusta Kansojen varallisuudesta.[70] Adam Smithiä voidaan pitää samalla ensimmäisenä varsinaisena kilpailuteoreetikkona.[71] Smithin julistaminen yksinomaan taloustieteilijäksi ei kuitenkaan tekisi oikeutta hänen tuotantonsa monipuolisuudelle. Yhtä hyvin Smithiä voidaan luonnehtia moraali- ja yhteiskuntafilosofiksi.[72] Smithin ajattelun keskeinen arvo nykypäivänä lienee siinä, että hän ensimmäisenä esitti teoreettisen rakennelman ja poliittisen toimenpideohjelman markkinatalouden institutionaaliseksi perusrakenteeksi. Hyvinvoinnin perustan katsottiin löytyvän työnjaon kautta saavutettavasta tuotannon tehostamisesta.[73] Perusvaihtoehdoiksi taloustieteen klassikot esittivät valtion ohjauksen ja markkinoiden ohjauksen.

---

[70] Ks. Adam Smithistä yleisesti esim. Landreth/Colander (1994) s. 67–98.

[71] Ensimmäiset viitteet kilpailun teoreettisesta mallintamisesta löydetään jo Antiikin Kreikasta. Tuntemattomaksi jäänyt Anonymus Jamblichi käsitteli 5 vuosisadalla j.Kr. laaditussa kirjoituksessa kysymystä siitä, miksi kreikkalaisilla oli kukoistava talous, vaikka Kreikan luonnonvarat olivat huomattavasti Persiaa vaatimattomampia. Hänen vastaustaan, kreikkalaisten luottamusta sopimuksiin ja yksityisoikeudelliseen järjestelmään, voidaan pitää kilpailuteorian lähtölaukauksena. Ks. Borchert/Grossekettler, Preis- und Wettbewerbstheorie (1985) s. 126. Antiikin lainsäädäntöä ja skolastiikkaa on sivuttu edellä. Ennen Smithiä vaatimuksia kilpailun lisäämisestä esittivät ns. fysiokraatit, jotka osoittivat kilpailun määrittelevän ns. luonnollisen hinnan markkinoilla. Ks. esim. Mantzavinos, Wettbewerbstheorie (1994) s. 16–17. Tässä yhteydessä voidaan mainita myös suomalainen Anders Chydenius.

[72] Smithin toinen pääteos oli moraalifilosofinen esitys *The Theory of Moral Sentiments* (1759). Smith luennoi yliopistossa myös oikeustieteitä. Saastamoisen mielestä Adam Smith ei ollut taloustieteilijä vaan moraali- ja yhteiskuntafilosofi. Saastamoinen perustelee näkemystään sillä, että "[t]aloustieteellä tarkoitetaan tavallisesti opinalaa, joka erottaa talouden muusta yhteiskunnasta suhteellisen itsenäiseksi tutkimuskohteeksi ja tarkastelee tätä talouden sfääriä näennäisen arvoneutraalilla tavalla, lähinnä erilaisten matemaattisten mallien avulla. Tällaista tutkimusalaa ei 1700-luvun puolivälissä ollut lainkaan olemassa". Ks. Saastamoinen, s. 35–36. Kuten Saastamoinen toteaa, Smith tarkasteli taloudellisia kysymyksiä osana laajempaa kysymyksenasettelua, jossa keskeisiä olivat syntymässä olevan uuden yhteiskuntamuodon, vapaan markkinatalouden, poliittiset ja moraaliset ulottuvuudet. Tähän voidaan lisätä, että Smithille myös oikeudellisen sääntelyn konteksti oli keskeinen. Smith näki kirkkaasti, miten keskeinen merkitys oikeudellisilla instituutiolla on markkinatalouden perusrakenteiden luomisessa. Ymmärrän Smithin roolin samalla tavoin kuin Saastamoinen. Näkemykseni vastaa edellä kilpailuteorialle antamaani merkityssisältöä, joka nähdään laajana yhteiskuntatieteiden käsitteenä, ei mitenkään yksinomaisesti taloustieteellisenä kysymyksenä. Adam Smithin lokeroiminen yksinomaan jonkin tietyn yhteiskuntatieteiden osa-alueen edustajaksi on siinä mielessä harhaanjohtavaa, että yhteiskuntatieteiden eriytyminen näyttää tapahtuneen vasta noin sata vuotta Smithin kuoleman jälkeen.

[73] Smithin ajatteluun vaikutti keskeisesti hänen opettajansa David Humen (1711–1776) tuotanto. Hume yhdistää Smithin skotlantilaisen moraalifilosofian perinteeseen. Hume oli korostanut, ettei ihmisen asema yhteiskunnassa määräydy hänen luonteensa vaan työnsä perusteella. Keskeiseksi tutkimuskohteeksi nousi ihmisen pyrkimys parantaa omaehtoisesti elinolosuhteitaan. Smithiä kiinnosti erityisesti, miten työoloja saataisiin tehostettua ja elintasoa nostettua. Kansojen varallisuus voidaankin nähdä käytännöllisenä oppaana taloudellisen hyvinvoinnin kasvattamisesta. Työn kohteiden ja vaiheiden mukaan eriytynyt tuotantotapa tarvitsee ohjausta suuremmissa kansantalouden yksiköissä. Vain siten voidaan taata se, että kutakin hyödykettä tuotetaan juuri oikea määrä. Tunnetun neulaesimerkin mukaan neulojen tuotanto voidaan helposti kymmenkertaistaa, kun kukin keskittyy yhteen työvaiheeseen sen sijaan, että jokainen neulojen valmistaja

4.1 KLASSISEN KILPAILUTEORIAN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ

Klassisessa kilpailuteoriassa keskeisellä sijalla on pyrkimys kuvata kilpailua ja sen roolia yhteiskunnassa. Kuvaamalla kilpailun olemuksen eri piirteitä ja sen vaikutuksia päästään kiinni yritystoiminnan motiiveihin ja yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. Kilpailussa liikkeelle panevan voiman muodostaa pyrkimys oman ja perheenjäsenten taloudellisen aseman parantamiseen. Ihmisille on luontevaa suhtautua suuremmalla lämmöllä läheisiinsä kuin satunnaisiin kauppakumppaneihinsa. Taloudellinen omanvoitonpyynti legitimoituu kilpailumekanismin avulla. Pärjätäkseen kilpailussa elinkeinonharjoittajien täytyy vastata kuluttajien toiveisiin. Muussa tapauksessa kauppias joutuu luopumaan voitoista ja peräti poistumaan markkinoilta. *Smith* asettaa vastakkain merkantilismin ja vapaan kilpailun. Vapaan kilpailun uskotaan ratkaisevan työnkoon liittyvän allokaatiokysymyksen ja varallisuuden jakautumiseen liittyvät konfliktit tehokkaammin kuin mikä on mahdollista ihmisen luomissa keskitetyissä päätäntäjärjestelmissä.[74]

Smithin kuuluisa *näkymättömän käden* idea kuvaa desentralisoidun taloudellisen päätöksentekomekanismin, jossa tuotteiden hinnat ja tuotantomäärät määräytyvät markkinoilla vapaan kilpailun vallitessa kysynnän ja tarjonnan lakien mukaisesti. Omaa etuaan tavoitteleva elinkeinonharjoittaja tulee samalla toimineeksi yleisen edun mukaisesti, sillä jokaisen toimiessa tehokkaasti resurssit allokoituvat kuin itsestään tehokkaimpaan mahdolliseen käyttöön. Merkantilistisen talousjärjestelmän tehottomaksi ja korruptoituneeksi osoittautunut näkyvä käsi eli viranomaisohjaus tuli purkaa ja korvata markkinoiden vapaalla ohjauksella. Kilpailulliset markkinat luovat parhaat edellytykset tuotannon ohjaukselle kuluttajien tarpeita tyydyttävällä tavalla. Smith käsitteli monopolitilannetta kilpailun vastakohtana luoden perustan tarkastelutavalle, jossa verrataan toisiinsa kilpailua ja monopolia.[75] Käsiteparilla on edelleen keskeinen asema kansantaloustieteen perusopetuksessa.[76] Kilpailun ja monopolin erottelulla voidaankin havainnollistaa sitä, mihin kilpailulla pyritään ja miksi liiallinen taloudellisen vallan keskittyminen voi estää näiden päämäärien saavuttamista.

Adam Smithin mukaan monopoli on yleisen edun vastainen, sillä monopolin vallitessa hyödykettä tuotetaan vähemmän ja korkeampaan hintaan kuin kilpailutilanteessa. Monopoliyritys voi kerätä monopolivoittoja kuluttajilta. Kritiikin kärki kohdistui merkantilistiseen talousjärjestelmään, jossa julkinen valta myönsi tietyille elinkeinonharjoittajille yksinoikeuksia. *Smith* vaati yksinoikeuksien ja muutoinkin valtiovallan harjoittaman sääntelyn purkamista.

---

tekee itse yhden neulan kerrallaan alusta loppuun. Olennaista on siis työnjako. Töiden eriytyminen edellyttää koordinaatioprosessia. Tämän tehtävän Smith antoi markkinakilpailulle.

[74] Ks. Landreth/Colander s. 70–72.

[75] Ks. esim. Bartling (1980) s. 10.

[76] Samaa diktonomiaa korostetaan esim. teoksessa Lehto (toim.), Monopoli vai kilpailu? (1997).

> "Yksityishenkilölle tai kauppayhtiölle myönnetyllä yksinoikeudella on sama vaikutus kuin kauppa- ja teollisuussalaisuudella. Pitämällä markkinoita jatkuvassa puutteessa, koskaan täysin tyydyttämättä todellista kysyntää, yksinoikeutetut myyvät hyödykkeensä paljon luonnollista hintaa kalliimmasta sekä nostavat ansionsa, olivatpa ne sitten laadultaan palkkaa tai voittoa, paljon niiden luonnollista tasoa korkeammiksi.
>
> Yksinoikeushinta on jokaisessa tapauksessa korkein, mikä voidaan saada, luonnollinen eli vapaan kilpailun hinta sitä vastoin alhaisin, mikä voidaan ottaa, ei tosin jokaisessa eri tapauksessa mutta huomattavan ajan kuluessa. Edellinen on kussakin tapauksessa korkein, mikä voidaan pusertaa ostajista tai mikä oletetaan heidän suostuvan maksamaan; jälkimmäinen on alhaisin, mihin myyjät yleensä voivat suostua lopettamatta liikettään."[77]

Pysyvän monopoliaseman antaminen merkitsee Smithin mukaan luvatonta puuttumista yksilöiden luonnolliseen vapauteen, josta myös aiheutuu huomattavia hyvinvointitappioita. Monopoli estää taloudellisen kasvun ja turvaa monopoliyritykselle korkeammat voitot. Smith viittaa myös siihen, että monopoli estää hyvän liikkeenjohdon.[78] Ajallisesti rajoitettuja kauppamonopoleja Smith pitää hyväksyttävinä, silloin kun yritys toimii pioneerina kauppasuhteiden luomisessa kaukomaihin. Tilapäinen monopoliasema voidaan hyväksyä samoilla perusteilla kuin määräaikainen patentti uuden kojeen kehittäjälle tai tekijänoikeus kirjallisen teoksen valmistajalle. Mainituissa tapauksissa määräaikainen yksinoikeus on oikeutettu, koska tällä tavoin luodaan kannustin yleishyödylliselle innovoinnille, johon ryhtyminen edellyttää riskinottoa.

Adam Smithin perusajatuksena on se, että yleensä valtion puuttuminen talouden toimintaan on vahingollista, sillä se loukkaa ihmisten luontaisia oikeuksia ja vapauksia, on tehotonta ja palvelee usein säänneltävien etua.[79] Smith ei kuitenkaan kannattanut kaiken sääntelyn purkamista. Valtiolla nähdään rooli yhteiskunnallisen infrastruktuurin luomisessa ja ylläpitämisessä.[80] Valtion tehtävänä on luoda institutionaaliset puitteet markkinoiden toiminnalle. Lailla tuli korjata markkinamekanismin aiheuttamia vääristymiä.[81]

---

[77] Smith, A. Kansojen varallisuus I (1776, suom. 1933) s. 80.

[78] Argumentointi vastaa perusolemukseltaan noin 200 vuotta myöhemmin kehitettyä X-tehottomuuden käsitettä.

[79] Ks. Landreth/Colander s. 73. Kauppiaat rikastuvat hankkimalla itselleen julkiselta vallalta yksinoikeuksia, jotka mahdollistavat monopolihinnan perimisen. Vaikka monopolia pyrittäisiin kompensoimaan hintasääntelyllä, hinnat asettuvat käytännössä kilpailullisen tason yläpuolelle. Smith toteaa, että samoin tulleja yleensä perusteellaan yleisellä edulla, vaikka ne palvelevat pikemminkin suojattujen elinkeinonalojen etuja.

[80] Jälleen kerran on vältettävä anakoronismin vaara. Smithiltä lienee turha etsiä kannanottoa esim. Pohjoismaiseen hyvinvointivaltioon, kun kyseinen malli oli Smithin elinaikana tuntematon.

[81] Smith näki valtiolla kolme tehtävää: suojella kansalaisia ulkopuoliselta hyökkäykseltä ja ylläpitää tätä varten pysyvää armeijaa (ulkoinen turvallisuus); suojella kansalaisia toisten kansalaisten aikaansaamilta epäoikeudenmukaisuuksilta tai alistamiselta ja ylläpitää tässä tarkoituksessa toimivaa poliisi- ja oikeusjärjestelmää (sisäinen turvallisuus); ylläpitää ja tarjota sellaisia

4.2 SMITH JA KILPAILUPOLITIIKKA

Smithin näkemykset kilpailupolitiikan tarpeellisuudesta jäävät jossain määrin hämäriksi. Smith toi kuuluisassa sitaatissaan ilmi sen tosiasian, että elinkeinonharjoittajat voivat keskinäisin toimenpitein pyrkiä rajoittamaan kilpailua:

> "Samaa ammattia harjoittavat henkilöt tapaavat harvoin toisensa, edes huvitellakseen ja virkistyäkseen, keskustelun päättymättä yleisöä vastaan tähdättyyn salaliittoon tai johonkin suunnitelmaan hintojen korottamiseksi."[82]

Aivan yhtä tunnettu ei ole sitaatin jatko:

> "On kylläkin mahdotonta estää sellaisia kokouksia lailla, jota voitaisiin noudattaa tai joka olisi sopusoinnussa vapauden ja oikeamielisyyden kanssa. Mutta vaikk'ei laki voikaan estää samaa ammattia harjoittavia henkilöitä toisinaan kokoontumasta yhteen, ei sen pitäisi tehdä mitään tuollaisten kokousten helpottamiseksi – puhumattakaan niiden tekemisestä pakolliseksi."[83]

Sitaatin jatko-osa voisi viitata kilpailupolitiikan tarpeettomuuteen, ei siksi, ettei kartelleja olisi tai että niiden haitat kiistettäisiin, vaan siksi, ettei valtiovallan toiminta kartellien torjunnassa olisi tehokasta. Vaikkei kartelleja voitaisi estää, valtiovallan tulisi pidättäytyä kaikkinaisista toimenpiteistä, joilla niitä tuetaan tai edesautetaan. Vahingollisia ovat esimerkiksi sitovat ammattikuntalaitoksen säännöt, tullit ja toimiluvat, jotka estävät asiakkaita turvautumasta ulkomaisiin korvaaviin hankintalähteisiin.[84] Modernin kilpailuteorian termien Smith näyttää katsoneen, että kartellikieltoa tehokkaampaa on poistaa alallepääsyn esteet. Markkinoiden avaaminen ja kansainvälisen kilpailun koventuminen veisi tehon kilpailunrajoituksilta. Argumentti on edelleen ahkerasti käytössä esim. contestability-teorian piirissä.

---

palveluja, joiden ylläpitäminen on yhteiskunnan kokonaisedun kannalta välttämätöntä mutta joiden tarjoaminen ei voi olla yksittäisille kansalaisille taloudellisesti kannattavaa (julkiset ja meritoriset hyödykkeet). Sanotun oikeusjärjestyksen puitteissa jokainen on vapaa ajamaan omaa etuaan ja investoimaan pääomaansa kilpailuun.

[82] Smith, Kansojen varallisuus I (1776, suom. 1933) s. 168.

[83] Ibid. s. 169.

[84] Smith näyttää argumentoivan, että kartelli hajoaa ilman sisäistä tai ulkoista kartellipakkoa. Smithin aikaan kartellin sanktiomekanismit liittyivät ammattikuntalaitoksen toimintaan. Ks. Smith s. 169: "Ammattikunnaksi liittyminen ei vain tee niitä [kokouksia] pakollisiksi, vaan tekee lisäksi enemmistön päätöksen kaikkia sitovaksi. Vapaassa ammatissa voidaan tehokas sopimus saada aikaan ainoastaan jokaisen yksityisen ammatinharjoittajan yksimielisellä suostumuksella, eikä se voi olla voimassa kauempaa, kuin jokainen yksityinen ammatinharjoittaja on jatkuvasti samaa mieltä. Ammattikunnan enemmistö voi saattaa voimaan sellaiset säännöt asianmukaisine rangaistuksineen, jotka rajoittavat kilpailua tehokkaammin kuin mikään vapaaehtoinen sopimus."

Adam Smithiä on välillä kuvattu kilpailupoliittisen *laissez fairen* kannattajana.[85] Näkemys vaikuttaa hieman yksioikoiselta.[86] On muistettava, että Smithin päämääränä oli argumentoida vapaalle kilpailulle perustuvan yhteiskuntamallin puolesta, ei etsiä sen puutteita tai ratkaisuja tulevien ongelmien korjaamiseksi. *Smith* vasta argumentoi merkantilismin purkamisen puolesta.[87] Teolliselle massatuotannolle perustuvan markkinakilpailun haitat eivät olleet näkyvissä vielä Smithin elinaikana. Kartellien ja trustien uhat markkinataloudelle ja vapaudelle nousivat esille vasta noin sata vuotta Kansojen varallisuuden ilmestymisen jälkeen. Vastauksen etsiminen tuosta teoksesta siihen, miten Smith olisi suhtautunut kilpailulainsäädännön tarpeeseen uudessa yhteiskunnallisessa tilanteessa, toisi anakronismin vaaran varsin lähelle.

4.3 ARVOPERUSTA

Klassinen kilpailuteoria rakentuu kolmen keskeisen arvopremissin varaan. Näistä ensimmäinen on *kuluttajan suvereniteetti*. Oletetaan, että vapaaseen kilpailuun perustuvassa yhteiskunnassa tuotetaan juuri niitä hyödykkeitä, joita kuluttajat tarvitsevat ja arvostavat. Toiseksi oletetaan, että kuluttajien tarpeiden tyydyttäminen rakentuu *hajautetun päätöksentekomekanismin* varaan. Resurssit allokoituvat kuluttajien yksittäispäätösten muodostaman kokonaisohjauksen perusteella. Kolmanneksi, resurssien jakautuminen yksilöiden kesken perustuu *suoritusperiaatteelle*, jota mitataan kunkin markkinoilla tuottaman panoksen perusteella. Elinkeinonharjoittajan tai työntekijän hyvä suoritus nostaa tulotasoa ja heikko laskee sitä. Markkinoiden tuottamaa tulonjakoa voidaan kuitenkin oikaista tulonsiirroilla, sikäli kuin syntynyttä lopputulosta ei pidetä sosiaalisesti oikeudenmukaisena (esim. tarveperiaate). Tulonsiirrot muodostavat vain poikkeuksen pääsäännöstä.

---

[85] Ks. esim. Ward (1998) s. 108–110.

[86] Ks. esim. Bartling (1980) s. 11. Ks. myös Hayek (1960) s. 221. Toisaalta kuten Mantzavinos toteaa, on selvää, ettei Smithillä ollut varsinaista kilpailupoliittista ohjelmaa. Ilmeisesti Smith piti valtion pidättäytymistä suoranaisesta kartellien tukemisesta riittävänä. Toimenpideohjelmaa yksityisten monopolien torjumiseksi Smithiltä ei löydy. Ks. Mantzavinos (1994) s. 17–18. Toisaalta Smith näyttää puhuvan pikemminkin kartellien torjumisen hankaluudesta kuin tarpeettomuudesta. Kysymys näyttää jäävän Smithillä viime kädessä auki.

[87] Samansuuntaisesti Landreth/Colander s. 74.

4.4 ARVIOINTIA

Klassista kilpailuteoriaa voidaan kuvata *evolutionääriseksi* teoriaksi, joka pyrki selittämään, miten Euroopan ja Pohjois-Amerikan taloudet olivat kehittyneet feodaalisesta yhteiskunnasta. Kehitysteoria nojautuu markkinoiden ja niillä toimivien oikeussubjektien vapauteen. Talouden kehitystä selvitetään talouden subjektien reaktioiden ja vastareaktioiden pohjalta. Smithille kilpailu oli prosessi, joka etenee juoksukilpailun tapaan.[88] Näkymättömän ohjauksen kautta syntyy "intressien harmonia", jossa jokainen vaihdantaan osallistuva saa omaa suoritustaan vastaavan vastikkeen. Tämä "harmonia" voisi vain häiriintyä valtiovallan intervention kautta. Valtion rooli rajoittuu instituutioiden ylläpitämiseen ja niiden sektoreiden hoitamiseen, joilla markkinat eivät toimi.[89] Markkinoiden ensisijaisuusperiaate ei liene kovinkaan hyvin yhteensovitettavissa esim. Suomessa vallalla olevan hyvinvointivaltioideologian kanssa. Valinta markkinoiden ja julkisen vallan sääntelyn välillä on perusluonteeltaan poliittinen kysymys.

Klassisen taloustieteen hyöty nykyajan kilpailuteorialle näyttäisi olevan enemmän makro- kuin mikrotasolla. Teoria selittää kilpailun merkityksen markkinatalouden välttämättömänä rakenne-elementtinä tavalla, joka ei ole menettänyt ajankohtaisuuttaan tänäkään päivänä. *Smith* osoitti, että suora sääntely on mahdollista korvata markkinoiden ohjauksella ja toisaalta, ettei markkinaohjaus voi toimia ilman vapaan ohjauksen liikkeelle panevaa voimaa, kilpailua. Kilpailu nähdään dynaamisena prosessina, jonka tulokset eivät ole ennalta tiedossa. Sen sijaan taloustieteen klassikoilla ei näyttäisi olevan paljoakaan sanottavaa kilpailupolitiikan käytännön soveltamisesta, markkinarakenteeseen ja markkinakäyttäytymiseen liittyvistä olosuhteista, joiden vallitessa syntyy hyviä tai huonoja markkinatuloksia.[90] Kilpailupoliittisesti Smithin teoria ei sisällä varsinaista normatiivista toimenpideohjelmaa muutoin kuin toteamalla, että markkinoiden tulee olla avoimia ja että haitallinen sääntely tulee purkaa. Markkinavoimaa ei tematisoida klassisessa teoriassa, joskin esim. Hayek ammentaa siitä argumentteja markkinavoiman sääntelyä vastaan. Monopoliongelma nähdään käytännössä julkisen vallan myöntämien yksinoikeuksien ja ammattikuntalaitoksen synnyttämänä ongelmana. Markkinoiden keskittymisestä ja yksityisen taloudellisen vallan kumuloitumisesta aiheutuvia yhteiskunnallisia riskejä ei vielä nähdä täysimääräisesti, tai ainakaan niitä ei problematisoida. Tässä mielessä voidaan puhua klassisen kilpailuteorian viattomuudesta.

---

[88] Ks. Stigler, Perfect Competition, Historically Contemplated (1957) s. 5.

[89] Albert (1998) luonnehtii klassista kilpailukonseptia "koordinaatioprosessiksi ilman valtion ohjausta, ei-autoritääriseksi sosiaalisen kontrollin systeemiksi, joka rakentuu taloudellisten sanktioiden varaan". Marktsoziologie und Entscheidungslogik, s. 13.

[90] Ks. Clark, Competition as a Dynamic Process (1961), s. 24: "As a prophet of competition, one of the notable things about him was that he said unfinished things about it".

5. Neoklassinen kilpailuteoria

Klassisen teorian puutteeksi muodostui se, että kilpailun hyötyjä analysoitiin vain yleisellä institutionaalisella tasolla. Sitä vastoin vähemmälle huomiolle jäivät ne yksittäiset tekijät, joiden vallitessa markkinat tuottavat optimaalisia tuloksia. Neoklassisen taloustieteen keskeisenä tavoitteena on osoittaa konkreettisesti ne olosuhteet, joiden vallitessa resurssit allokoituvat optimaalisesti. Käytännöllisen filosofian tasolla voitaisiin samalla todistaa yksityisen ja yleisen edun käyvän yhteen, kunhan markkinoiden annetaan ohjautua vapaasti.

Neoklassisen taloustieteen katsotaan saaneen alkunsa niin kutsutusta marginalistisesta vallankumouksesta.[91] Klassisessa taloustieteessä hyödykkeiden hintaa selitettiin tuotannontekijöiden (työ, raaka-aineet jne.) hinnalla. Kullakin hyödykkeellä oli luonnollinen hintansa. Ylitsepääsemättömiä ongelmia tuotti sen selittäminen, miksi hinnat vaihtelivat, vaikka tuotannontekijöiden hinnat pysyivät ennallaan. Ratkaisun muodosti *rajahyödyn* käsite. Kuluttajan valmius maksaa hyödykkeestä laskee sen mukaan, kuinka suuri osa kyseistä hyödykettä koskevasta tarpeesta jo on tullut tyydytetyksi. Vastaavasti yritysten halukkuutta investoida tiettyyn hyödykkeeseen voidaan tarkastella rajakustannusten avulla. Oivalluksen myötä painopiste hintamuutosten selittämisessä siirtyi tuotannontekijöiden hinnasta kysyntään ja tarjontaan. Yksilötasolla oivallus merkitsi siirtymää taloudellisen käyttäytymisen psykologisista selityksistä ratkaisujen logiikan selvittämiseen ja niiden matemaattiseen mallintamiseen.[92]

---

[91] Ks. tästä esim. Landreth/Colliander (1994) s. 217 ss.; Hovenkamp (1989b); Hovenkamp (1990a); Hovenkamp (1993); Albert (1998) s. 21 ss.

[92] Taloustiede pyrki taloudellisen käyttäytymisen "eksaktiin" selittämiseen, samaan tapaan kuin fysiikassa selvitetään luonnonilmiöitä. Pyrittiin määrittelemään eksaktisti ne olosuhteet, joiden vallitessa markkinat pyrkivät kohti Adam Smithin mainitsemaa tasapainotilaa. Matemaattisen mallintamisen seurauksena aiempi dynaaminen analyysi korvautui staattisella tarkastelulla. Hyvinvointiin johtavan kehityksen kuvaamisen sijasta mielenkiinto kohdistui nyt hyvinvointia optimaalisesti lisäävän lopputuloksen morphologiseen kuvaamiseen. Neoklassismin myötä taloustiede eriytyy lopullisesti muista yhteiskuntatieteistä. Voidaan puhua puhtaasta taloustieteestä ("reine Ökönomie"). Yleisen ja yksityisen edun yhteenkäyminen "todistetaan" ainoan eksaktin metodin, matematiikan avulla. Ks. Albert (1998) s. 22.

5.1 TÄYDELLINEN KILPAILU

Täydellisellä kilpailulla tarkoitetaan teoreettista mallia, jolla erityisesti pyritään selittämään hinnanmuodostusta.[93] Täydellisen kilpailun mallissa oletetaan, että ostajia ja myyjiä on niin paljon, ettei yksittäinen myyjä tai ostaja voi vaikuttaa markkinoilla vallitsevaan hintatasoon. Mallissa kaikki myyjät tarjoavat keskenään homogeenisia tuotteita, joita ostajat pitävät samanarvoisina. Kaikki tuntevat täydellisesti markkinoiden tarjoamat vaihtoehdot ja reagoivat välittömästi olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin. Lisäksi oletetaan, että markkinoille pääsy ja niiltä poistuminen on täysin vapaata. Kysynnässä tapahtuvat muutokset heijastuvat välittömästi hintatasoon. Jos joku yrityksistä yrittäisi nostaa hintojaan yli tuotantokustannusten, seurauksena olisi markkinaosuuden menetys asiakkaiden vaihtaessa toimittajaa.

Täydellisen kilpailun idealisoiduilla markkinoilla hinnat määräytyvät yksinomaan kulloisenkin kysyntä- ja tarjontatilanteen mukaan. Hinnat ovat ikään kuin päivämäärä tai vuosiluku, suure johon yritykset eivät voi omin toimenpitein vaikuttaa. Yritykset voivat vaikuttaa omaan kannattavuuteensa tehostamalla tuotantoaan ja karsimalla kustannuksia. Tuotteen hinnoitteluun tai markkinoille tulevaan hyödykkeiden kokonaismäärään yksikään yritys ei voi vaikuttaa. Mikäli yksi yritys pyrkisi nostamaan hyödykkeen hintaa, seurauksena olisi se, että asiakkaat siirtyisivät ostamaan kilpailijoiden tuotteita. Kilpailun paine on niin voimakas, että jokaisen yrityksen tulee, säilyäkseen ylipäätään markkinoilla, toimia mahdollisimman tehokkaasti ja karsia kaikki ylimääräiset kustannukset (tuotannollinen tehokkuus). Täydellinen kilpailu painaa yritysten hinnat lähelle rajakustannuksia.[94]

Täydellisen kilpailun malli perustuu joukolle teoreettisia oletuksia, jotka rajoittavat merkittävästi mallin vastaavuutta todellisten markkinoiden kanssa. Mallissa oletetaan,[95] että

1) markkinoilla on suuri määrä pieniä ostajia ja myyjiä,[96]
2) myytävä tuote on kaikilla myyjillä homogeeninen,

---

[93] Täydellisen kilpailun teoriasta ks. esim. Stigler (1957); Stigler (1968) s. 5 ss.; Carlton/Perloff (2000) s. 56 ss.; Mantzavinos (1994) 19 s.; Olten (1998) s. 39 ss., Hunt (2000) s. 7 ss., s. 105 ss.

[94] Raja- eli marginaalikustannuksilla tarkoitetaan yhden lisäyksikön tuottamisesta aiheutuvia kustannuksia. Jos joku yrityksistä yrittäisi nostaa hintansa rajakustannusten yläpuolelle, menettäisi se heti kaikki asiakkaansa. Toisin ilmaisten, täydellisen kilpailun vallitessa yritykset eivät tuota taloudellista voittoa.

[95] Ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 57; Olten (1998) s. 45–46; Hunt (2000) s. 106.

[96] Carlton ja Perloff katsovat, ettei relevanttia ole yritysten lukumäärä, vaan niiden kyky hinnoitella rajakustannusten yläpuolelle. Vaikka markkinoilla toimisi rajallinen määrä yrityksiä, voivat ne silti olla kilpailulliset. Neoklassisen taloustieteen piirissä on havaittavissa pyrkimys lieventää täydellisen kilpailun edellytyksiä, jotta sitä voitaisiin katsoa tavattavan useammin. Toisaalta tekijät lisäävät listalle transaktiokustannusten puuttumisen. Voitaneen kuitenkin katsoa, että lähes aina markkinoille osallistumisesta aiheutuu ainakin pieniä transaktiokustannuksia.

3) kaikki markkinoilla toimivat yritykset ja kuluttajat toimivat täysin rationaalisti pyrkien oman voittonsa maksimointiin,
4) kaikilla osapuolilla on täydellinen tietämys markkinoista (markkinoiden läpinäkyvyys),
5) markkinoille pääsy ja niiltä poistuminen on täysin esteetöntä,
6) markkinat sopeutuvat muutoksiin ilman aikaviivettä.

Yksi neoklassisen taloustieteen keskeisiä teoreemoja on markkinoiden tasapainoa (equilibrium) koskeva oletus.[97] Otollisten olosuhteiden vallitessa (ulkoisvaikutusten puuttuminen, mittakaavahyötyjen syntyminen jne.) markkinoiden uskotaan päätyvän tasapainotilaan, jossa kutakin hyödykettä tuotetaan optimaalinen määrä (general equilibrium).[98] Markkinoiden ohjausvaikutuksen seurauksena yksityinen ja yleinen etu käyvät yksiin, vaikkeivät jokaisen yksilön osalta erikseen, niin kuitenkin jokaisen osalta keskimäärin.[99] Täydellisen kilpailun vallitessa saavutetaan seuraavat markkinatulokset:
1) kuluttajat voivat maksimoida hyötynsä, koska tarjonta muodostuu kuluttajien mieltymysten mukaiseksi,
2) yritykset voivat maksimoida tehokkuutensa, koska niiden on toimittava hintatason kilpailullisuudesta johtuen mahdollisimman pienin kustannuksin,
3) käytettävissä olevat tuotannontekijät allokoituvat optimaaliseen käyttöön,
4) tuotannontekijöistä maksetaan kompensaatiota niiden kulloisenkin tuottavuuden perusteella (rajatuottavuus), mikä estää saatavuusongelmiin perustuvan palkkojen tai yritysten voittojen kasvamisen,
5) tulonjako perustuu suoritusperiaatteeseen, jolloin jokainen saa omaa panostaan vastaavan korvauksen.

5.2 PARETO-OPTIMI

Taloustieteessä selektioprosessin kuvaus lienee viety pisimmälle täydellisen kilpailun teoriassa. Yritysten oletetaan automaattisesti reagoivan kuluttajien muuttuneisiin toivomuksiin. Tuotetaan sitä, mitä kulloinkin halutaan. Jokaisen pyrkiessä voittojensa maksimointiin lopputuloksena on, että markkinoilla tehdään keskimäärin vain sellaisia sopimuksia, jotka lisäävät hyvinvointia. Jos yritys nostaisi hintaa tai heikentäisi laatua, asiakkaat vaihtaisivat välittömästi toimittajaa. Markkinoilla toimii niin paljoin yrityksiä, ettei yksi yritys voi vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon. Markkinoiden katsotaan olevan edellä käsitellyssä *pareto-optimaalisessa* tilassa, jos yhdenkään kansalaisen asemaa ei

---

[97] Ks. esim. Olten (1995) s. 46–48.
[98] Voidaan erottaa lyhyen ja pitkän aikavälin tasapainotila. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 61–62.
[99] Täydellisen kilpailun teoria voidaan nähdä vastausyrityksenä Marxin monopolikapitalismia koskevalle kritiikille. Näin esim. Olten (1995) s. 39–41.

voida parantaa ilman, että samalla heikennettäisiin jonkun toisen asemaa. Pareto-optimissa resurssit allokoituvat niin hyvin kuin suinkin mahdollista. Markkinat hakeutuvat kuin itsestään tasapainoon, jossa kutakin hyödykettä tuotetaan optimaalinen määrä.

5.3 OLETUS MARKKINAVOIMAN PUUTTUMISESTA

Täydellistä kilpailua leimaa markkinavoiman puuttuminen ja hintamekanismin "ylivalta". Yrityksillä ei ole lainkaan mahdollisuuksia vaikuttaa omin toimenpitein markkinoiden kehitykseen. Samanaikaisesti yritykset ovat täysin markkinamekanismin armoilla. Paradoksilla selitetään sitä, miksi täydellinen kilpailu ei ole ristiriidassa yksilönvapauksien kanssa vaan on vapausoikeuksien ilmentymä. Täydellisen kilpailun vallitessa elinkeinonharjoittaja ei voi sanella kuluttajien ostopäätöksiä, koska kuluttaja voi vaivattomasti hankkia identtisiä hyödykkeitä joltain toiselta yritykseltä. Myöskään elinkeinonharjoittajat eivät ole tietyn markkinavoimaisen yrityksen mielivallan alaisia; yritysten kohtaama paine on luonteeltaan anonyymiä. Anonyymi kilpailumekanismi pakottaa elinkeinonharjoittajia tehostamaan toimintaansa. Talouden subjekteilla on täysi vapaus tehdä itselleen epäedullisia päätöksiä. Eri asia on, että yritystoiminnassa tämä johtaa voittojen kaventumiseen tai tehottomuuden jatkuessa markkinoilta poistumiseen. Täydellisen kilpailun teoria antaa parhaan mahdollisen lopputuloksen, kun lähtökohdaksi otetaan asiakkaan tarpeiden tyydyttäminen, resurssien optimaalinen allokoituminen ja suoritusperiaatteen avulla määritelty oikeudenmukainen tulonjako.

5.4 TÄYDELLINEN KILPAILU VERRATTUNA MONOPOLIIN

Neoklassisessa kilpailuteoriassa kilpailun hyötyjä ja sen puuttumisen haittoja kuvataan usein asettamalla vastakkain ääripäät mahdollisten markkinarakenteiden kirjosta. Ensimmäisessä tilanteessa kilpailu on täydellistä. Toisessa ääripäässä yhdellä yrityksellä on monopoli. Yksittäisiä hyödykemarkkinoita koskevan tasapainon analyysi (partial equilibrium) osoittaa, että kilpailu edistää ja monopoli vähentää taloudellista tehokkuutta.

Monopolilla tarkoitetaan tilannetta, jossa vain yksi yritys tarjoaa tiettyä hyödykettä markkinoilla, eikä monopolihyödykkeelle ole läheisiä substituutteja.[100] *Auguste Cournotin* 1823 esittämän hinnoittelumallin mukaan monopoli-

[100] Monopolin termin on ilmeisesti kehittänyt Aristoteles. Sana on yhdistelmä klassisen kreikan sanoista monos (yksi) ja polis (myynti).

yritys voi säädellä yksin myymänsä hyödykkeen hintatasoa vähentämällä tai lisäämällä markkinoille saatettavan tuotteen määrää.[101] Jos hyödykettä tuotetaan enemmän, hinnat laskevat. Vastaavasti kun monopoliyritys rajoittaa tuotantoa, hinta nousee. Täydellisen kilpailun vallitessa yrityksellä ei ole lainkaan markkinavoimaa. Monopolitilanteessa yritys voi optimoida hintansa lähtien liikkeelle yksinomaan omasta kysyntäkäyrästään, ilman että sen täytyisi ottaa huomioon kilpailijoiden reaktiot.

Siirryttäessä täydellisestä kilpailusta monopoliin seurauksena on, että monopoliyritys rajoittaa tuotantoa, jolloin hinnat nousevat. Kuluttajat joutuvat maksamaan hyödykkeestä enemmän. Seurauksena on tulonsiirto kuluttajilta monopoliyritykselle. Neoklassisessa teoriassa tulonsiirtoa olennaisempana pidetään allokatiivista tehokkuustappiota, joka aiheutuu siitä, että hyödykettä tuotetaan kilpailun vähentyessä ja hintojen noustessa pienempi määrä. Tarkasteltaessa monopolin aiheuttamaa hyvinvointitappiota "neutraalisti", ratkaisevana pidetään nimenomaan kokonaistuotannon vähenemisestä aiheutuvaa absoluuttista hyvinvointitappiota. Myös tulonsiirrot voidaan ottaa huomioon. Tämä nähdään kuitenkin enemmän poliittisena valintana kuin tieteellisenä johtopäätöksenä.

Monopoliyrityksen suunnitellessaan hinnoitteluaan ratkaiseva seikka on kysynnän elastisuus,[102] mistä johtuen monopolistillekaan ei ole kannattavaa hinnoitella tuotetta miten tahansa. Jos nimittäin hintoja nostetaan monopolimarkkinoilla vallitsevan tasapainopisteen yläpuolelle, monopoliyritys menettää suhteellisesti enemmän asiakkaita kuin mitä myyntikatteen kasvaminen tuo lisätuloja. Monopolin vallitessa asiakas ei voi siirtyä korvaavaan tuotteeseen, koska sellaista ei ole. Sen sijaan asiakas voi jättää tuotteen kokonaan ostamatta. Jos kyseessä on välttämättömyyshyödyke, suurikaan hinnankorotus ei välttämättä olennaisesti vähennä kysyntää. Monopolitilanteessa näkymättömän käden idea ei yksinkertaisesti toimi. Kilpailupolitiikan käytännön oikeutus perustuu tähän. Julkisen vallan on estettävä monopolien syntyminen tai vaihtoehtoisesti monopolistien toimintaa tulee säännellä.

5.5 TÄYDELLISEN KILPAILUN KRITIIKKI

Täydellisen kilpailun kritiikki voidaan jakaa karkeasti taloustieteelliseen ja yhteiskunnalliseen. Kummankin lähestymistavan keskeisenä sisältönä oli se, ettei täydellinen kilpailu toimi teoriassa esitetyllä tavalla eikä tuo luvattua hyvinvointia kaikille.

---

[101] Ks. esim. Stigler (1968) s. 36–38.

[102] Kuluttaja ei voi ostaa kilpailevaa tuotetta, mutta hän voi jättää investoinnin kokonaan tekemättä tai ostaa kokonaan toisen tuotteen, esim. pesukoneen sijasta etelänmatkan.

5.5.1 Positiivinen kritiikki

Empiirisesti täydellisen kilpailun ongelmaksi muodostuu se, ettei teoria näyttäisi vastaavan käytäntöä. Täydellisen kilpailun teoriassa oletetaan, että yritykset hinnoittelevat tuotteensa rajakustannuksin. Marginaalikustannukset vastaavat hyödykkeen senhetkisiä tuotantokustannuksia. Yksittäisen yrityksen mahdollisuudet vaikuttaa hintatasoon ovat olemattomat.[103] Yrityksen omat mahdollisuudet muokata toimintaympäristöään ovat olemattomat. Yritys reagoi, ei agitoi.[104] Käytännössä valtaosalla yrityksistä on ainakin tiettyä pelivaraa hinnoittelunsa suhteen. Monet yritykset tekevät voittoa yli maan keskimääräisen korkokannan. Yritysten välisiä suhteita leimaavat mitä moninaisimmat riippuvuussuhteet. Kuluttajien suvereniteetti on rajallista. Käytäntö on osoittanut, että useimmilla yrityksillä on ainakin jonkin verran markkinavoimaa, jos lähtökohdaksi otetaan mahdollisuus edes pieneen hinnankorotukseen.[105]

Myöskään monopolimalli ei ole ongelmaton, sillä yrityksen markkinavoimaa tarkastellaan staattisesta näkökulmasta ottamatta huomioon potentiaalista kilpailua. Sellaisenaan malli soveltuu vain ns. luonnollisten monopolien sekä lailla suojatun yksinoikeuden kuvaamiseen. Määräävälle asemalle on ominaista, että siitä kamppaillaan, sitä tavoitellaan ja sitä puolustetaan kilpailijoiden hyökkäyksiä vastaan, ja yleensä se vuosien kuluessa ja markkinoiden muuttuessa lopulta menetetään. Vertailu täydellisen kilpailun ja monopolin välillä mallintaa harvinaisia ääritapauksia.[106] Käytännössä kilpailuviranomaiset ovat tekemisissä lähinnä oligopolin tai yhden yrityksen määräävän aseman kanssa. Yrityksillä on markkinavoimaa, mutta se ei ole koskaan rajatonta. Käytännön

---

[103] Jos joku yrityksistä yrittäisi nostaa hintojaan, se menettäisi varsin nopeasti kaikki asiakkaansa kilpailijoilleen. Ainoa tapa parantaa kannattavuutta on leikata kustannuksia, mutta jatkossa kilpailuprosessi taas painaa taloudelliset voitot lähelle nollaa. Yritys voi lähinnä vain sopeutua markkinoilta tuleviin impulsseihin.

[104] Täydellisen kilpailun modernisoidussa versiossa marginaalikustannuksiin lisätään osuus kiinteistä kustannuksista, korkokulut ja/tai kohtuullinen tahi tavanomainen voitto. Ongelmaksi kuitenkin muodostuu, miten määritellään voiton kohtuullisuus tai tavanomaisuus. Verrattuna alkuperäiseen malliin on jo siirrytty epätäydellisen kilpailun puolelle.

[105] Esimerkiksi Olten toteaa, että nykyisen taloustieteen näkökulmasta on vaikeasti ymmärrettävää, miksi taloustieteilijät pitivät niin pitkään kiinni täydellisestä kilpailusta, vaikka sen premisseinä olevat olosuhteet (homogeeniset hyödykkeet, täydellinen läpinäkyvyys, preferenssien puuttuminen ja markkinoiden silmänräpäyksessä tapahtuva reaktio) poikkeavat niin suuresti empiirisistä olosuhteista lukuun ottamatta tiettyjä markkinoita (esim. Finanssimarkkinat), joilla täydelliseen kilpailuun rinnasteisten olosuhteiden voitaisiin katsoa vallitsevan. Ks. Olten (1995) s. 50–52. Myös esim. Carlton ja Perloff toteavat, että useimmat markkinat eivät täytä täydellisen kilpailun edellytyksiä. Carlton/Perloff (2000) s. 83–84.

[106] Tilanne olisi sama, jos valtio-opissa unohdettaisiin länsimaissa vallitsevat poliittiset olot ja keskityttäisiin teoreettisiin äärivaihtoehtoihin: yhtäältä atomistiseen, kansalaisille päätäntävallan antavaan suoraan demokratiaan ja toisaalta täydelliseen itsevaltiuteen, jossa hirmuhallitsijan ei tarvitse pelätä edes vallankaappausta.

kilpailupolitiikka edellyttää dynaamisempaa tarkastelua. Kilpailuoikeudessa kyse on sellaisten vahingollisten, yleensä luonteeltaan keinotekoisten menettelytapojen torjumisesta, jolla markkinavoimaa hankitaan tai ylläpidetään.

Kirjallisuudessa esitetyt yleisimmät täydellisen kilpailun *positiivisen kritiikin*, ts. mallin realistisuutta koskevat puutteet voidaan tiivistää seuraavasti:

1) Markkinat ovat käytännössä keskittyneempiä kuin mitä täydellisen kilpailun teoria olettaa; yksittäiset hyödykkeen ostajat tai myyjät pystyvät vaikuttamaan hintatasoon.
2) Hyödykkeet eivät ole homogeenisia; yritykset eriyttävät (differoivat) tuotteensa ja palvelunsa kilpailijoiden tarjoamista hyödykkeistä mm. tuotekehittelyn ja mainonnan avulla, mikä kasvattaa hintamarginaalia.
3) Yritysten liikkuvuutta rajoittavat lukuisat alallepääsyn ja markkinoilta poistumisen esteet; näitä aiheutuu muun ohella uponneista kustannuksista ja julkisen vallan rajoituksista (toimiluvat, työ- ja verolainsäädäntö, ympäristönormit ym.).
4) Markkinainformaatio on epätäydellistä ja epäsymmetristä.
5) Kuluttajat eivät toimi niin rationaalisesti, kuin täydellisen kilpailun mallin taustalla olevassa ihmiskäsityksessä (homo oeconomicus) oletetaan.
6) Täydellisen kilpailun teoriassa jätetään huomiotta kilpailun dynamiikka; kilpailun olemukseen kuuluu se, ettei lopputulos voi olla ennakolta selvillä; markkinoiden toimintaa ei voida selittää eikä varsinkaan ennustaa yksinkertaisella deterministisellä mallilla.

J.M. Clark on todennut, että ilmeisesti täydellistä kilpailua ei ole tähän mennessä vielä koskaan esiintynyt, eikä sen esiintyminen tulevaisuudessakaan ole erityisen todennäköistä.[107] Oletukset samahintaisuudesta ja hyödykkeiden homogeenisuudesta leikkaavat yritysten käyttäytymisestä pois juuri ne elementit, jotka yleisessä kielenkäytössä ja asiakkaiden kokemuspiirissä muodostavat kilpailun. "Oikeilla" markkinoilla kilpailu näyttäytyy sarjana reaktioita ja vastareaktiota, jossa yritykset myöntävät alennuksia, kehittävät uusia, kilpailijoiden sortimentista poikkeavia hyödykkeitä.

Täydellisen kilpailun teorian puolustukseksi on todettu, ettei mallin tarkoituksena ole kuvata sitä, millaista kilpailu on todellisuudessa. Taloustieteelle ominaisen mallintamisen tarkoituksena on pikemminkin havainnollistaa markkinoiden toimivuuden taustalla olevaa logiikkaa.[108] Markkinaolosuhteiden muutoksesta johtuu, ettei tasapainotilaa välttämättä ehditä koskaan saavuttaa.

---

[107] Ks. Clark, Toward a Concept of Workable Competition, The American Economic Review (1940) s. 241–256, s. 241. Myös Chicagon koulukuntaan lukeutuva tutkija on todennut, että "... there is no state of affairs in the real world describable as perfectly competitive". Ks. Demsetz, How many Cheers for Antitrust's 100 Years (1992) XXX Economic Inquiry, s. 100.

[108] Jo Walras totesi, ettei malli kuvaa todellisuutta vaan pikemminkin markkinoiden *pyrkimistä* tasapainotilaan. Ks. Albert (1998) Marktsoziologie und Entscheidungslogik s. 23–24.

Mallia voidaan verrata fysiikan varhaisiin sovellutuksiin, jossa kappaleiden liikettä mallinnettiin sillä oletuksella, ettei kitkaa fysikaalisesti olisi olemassa.[109] *Friedmanin* mukaan ratkaisevaa ei ole se, miten hyvin teoria vastaa käytäntöä, vaan se, missä määrin teoria on käyttökelpoinen eli missä määrin sitä soveltamalla voidaan saada luotettavia johtopäätöksiä.[110] Toisaalta *Coase* katsoo, että myös teorian perusteet pitää voida olettaa valideiksi.[111] Friedmanin metodologia vaikuttaa ainakin oikeustieteen näkökulmasta kyseenalaiselta.[112] Lainkäytössä ihmisten käyttäytymistä koskevista teorioista voitaneen hyödyntää lähinnä sellaisia, joiden voidaan keskimäärin olettaa vastaavan normaaliolosuhteita ja ennustavan sitä, miten ihmiset käyttäytyvät tietyssä olosuhteessa.

Realismin lisäämiseksi analyysiin marginaalikustannuksiin lisätään tyypillisesti osuus kiinteistä kustannuksista, korkokulut sekä kohtuullinen tahi tavanomainen voitto (riskipreemio). *Taloudellisen voiton* ottaminen täydellisen kilpailun mittapuuksi lisää täydellisen kilpailun teorian relevanssia. Lähestymistapa merkitsee kuitenkin irtautumista täydellisen kilpailun keskeisimmästä oletuksesta, hintojen painumisesta tuotantokustannuksia vastaavalle tasolle. Kohtuullisen riskipreemion määritteleminen edellyttää valintoja. Käsitteiden "tavanomainen" tai "kohtuullinen" mallintaminen on epävarmuustekijöiden rasittamaa. Poikkeamana täydellisestä kilpailusta pidetään vasta sitä, jos yrityksen voitot ylittävät "normaalin" tason.[113] Samalla on todettava, että premissien väljentäminen heikentää teorian matemaattista uskottavuutta. Normaalin voiton määrittäminen tietyillä markkinoilla edellyttää mm. tiettyjä hyödyke- ja alueellisia markkinoita koskevien investointien erottamista muista yrityksen investoinneista sekä markkina- ja yrityskohtaisten riskien arvottamista, ennen kuin

---

[109] Taloustieteessä kitka voidaan korvata transaktiokustannuksilla. Coasen kuuluisan teoreeman mukaan mikäli transaktiokustannuksia ei olisi, sopimuspuolet etsivät vääjäämättä edullisimman vaihtoehdon. Luonnollisesti mallilla, joissa kitkan tai transaktiokustannusten esiintyminen rajataan mallin ulkopuolelle, on vain vähän selitysarvoa konkreettisen markkinan kannalta.

[110] Ks. Friedman (1953) s. 3.

[111] Ks. Coase, Essays on Economics and Economists (1994) s. 16–18, 23–24, 26.

[112] Tieteellisen teorian arvoa tulee mitata a) teorian totuusarvon ja b) teorian käytännön hyödynnettävyyden kannalta. Teoria voi olla käytännössä hyödynnettävissä, ts. tuottaa oikeansuuntaisia lopputuloksia, vaikka se olisi ilmeisen virheellinen. Oikea lopputulos voi johtua sattumasta tai, todennäköisemmin, tarkastelun ulkopuolelle jääneistä tekijöistä. Eroa voidaan kuvata koiralla, joka ulvoo säännöllisesti täysikuuta. Totuusarvoltaan virheellinen hypoteesi olisi, että täysikuu johtuu koiran ulvonnasta. Kuitenkin hypoteesi voi tuottaa oikeansuuntaisia johtopäätöksiä, eli koira ulvoo aina täysikuun noustessa. Teoria on hyödynnettävissä. Kuulohavainnon perusteella voidaan olettaa kuun nousseen, ilman että asiantila täytyisi tarkastaa kalenterista tai ikkunasta ulos katsomalla. Tieteenteorian näkökulmasta Friedmanin metodologia vaikuttaa varsin kyseenalaiselta, sillä se ei mahdollista luotettavien ja epäluotettavien hypoteesien pitämistä erillään toisistaan. Hypoteesin totuusarvon kyseenalaisuus kyseenalaistaa hypoteesin kokonaisuudessaan. Teorian epäluotettavuus vähentää sen hyödynnettävyyttä lainkäytössä. Kilpailuoikeuden näkökulmasta ks. Weller, Antitrust Economics as science after Daubert; The Antitrust Bulletin, Winter 1997 s. 871–935.

[113] Ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 3, 33–34, 111–115.

saadaan selville "kohtuullinen" tuotto. Toisena vaihtoehtona edellytyksiä voidaan lieventää pidentämällä tarkasteluajanjaksoa. Chicagolaisessa kilpailuteoriassa lähtökohtana on se, että vaikkei kilpailu lyhyellä aikavälillä olekaan täydellistä, on se sitä pitkällä aikavälillä. Ajan kuluessa markkinat korjaavat epätäydellisyydet ja rapauttavat markkinavoiman. Teoriassa jää auki, kuinka kauan markkinoiden itseoikaisua tulee odottaa.[114]

5.5.2 Normatiivinen kritiikki

Immanenteimman taloudellisen kilpailun kritiikin esitti jo ennen teorian kehittämistä *Karl Marx*. Kilpailu ei tuo kuluttajille ja työväestölle sitä hyvinvointia, jota sen oletettiin tuovan. Kapitalismin seurauksena oli markkinoiden keskittyminen ja työväestön kurjistuminen. Ratkaisuksi Marx esitti yhdessä *Engelsin* kanssa yksityisen omistusoikeuden kumoamista ja tuotantokoneiston siirtämisen valtion hallintaan.[115] Kilpailun näkymätön käsi tuli korvata keskitetysti johdetulla suunnitelmataloudella. On tunnettua, että Marxin tuotannossa painopiste on vallitsevan talousjärjestelmän kritiikissä. Marxilla jää hämäräksi se, millaista uuden keskusjohtoisen talouspolitiikan konkreettisesti tulisi olla. Keskusjohtoisen suunnitelmatalouden ongelmien pohtiminen jäi politiikan toteuttajille. Jäljempänä kritiikin lähtökohtana on markkinatalousjärjestelmä, ja täydellistä kilpailua kritisoidaan tästä perusoletuksesta lähtien. Tietyssä mielessä täydellisen kilpailun teoriaa voidaan pitää yrityksenä vastata tuohon kritiikkiin. Marxilaisella suunnalla siihen on suhtauduttu samalla tavalla kuin Marxin kritiikin kohteena olleeseen klassiseen teoriaan.[116]

Täydellistä kilpailua on kritisoitu paitsi vasemmalta, myös oikealta. Erityisen voimakkaasti mallia vastaan hyökkäsi *Fiedrich von Hayek*, jonka mukaan

---

[114] Vaikuttaa selvältä, että muiden tekijöiden säilyessä muuttumattomina lyhyehköllä ajanjaksolla (esim. 2 kk) pienempi osa markkinoista korjautuu itsestään kilpailulliseksi, kuin silloin kun valitaan pitkähkö ajanjakso (esim. 5 v.), jolloin useampien kilpailuvääristymien voidaan ainakin kuvitella korjaantuvan ilman viranomaisen toimenpiteitä, mikäli markkinoille tulo on mahdollista. On yhteiskuntapoliittinen valintakysymys, kuinka pitkäaikaista haittaa kuluttajille siedetään ennen kuin viranomaiset ryhtyvät toimenpiteisiin. Tämä riippuu yhtäältä kilpailunrajoituksesta oletetun vahingollisen vaikutuksen voimakkuudesta ja pitkäaikaisuudesta, toisaalta siitä, kuinka hyviin ja kustannustehokkaisiin korjaamistoimenpiteisiin voidaan uskoa päästävän viranomaisten toimesta verrattuna siihen, mikä olisi lopputulos markkinoiden oman korjausliikkeen kautta. Luonnollisesti arviointiin vaikuttavat muutkin seikat, kuten kilpailunrajoituksen räikeys, siihen liittyvä moitearvostelma ja tarve torjua esimerkin omaisesti tietyn tyyppistä käyttäytymistä, jonka toisilla markkinoilla voidaan olettaa aiheuttavan enemmän vahinkoa.

[115] Ks. esim. Marx/Engels, Kommunistinen Manifesti (1848), osa II, Proletaarit ja Kommunistit: "Kun siis pääoma muutetaan yhteisölliseksi, yhteiskunnan kaikille jäsenille kuuluvaksi omaisuudeksi, se ei ole persoonallisen omistuksen muuttamista yhteiskunnalliseksi. Vain omistuksen yhteiskunnallinen luonne muuttuu. Se kadottaa luokkaluonteensa." Ks. myös esim. Thieme (1994) s. 14 ss., Olten (1998) s. 39 ss.

[116] Ks. esim. Baran/Sweezy, Monopolipääoma (1971) s. 27–58, 298 ss.; Ward (1998) s. 118 ss.

täydellisen kilpailun tasapainomalli näyttäisi paradoksaalisesti tekevän jo määritelmällisesti kilpailun mahdottomaksi. Vastoin mallin oletusta täydellisestä informaatiosta kilpailuprosessi on perusluonteeltaan evolutionäärinen etsintäprosessi, jossa markkinatoimijat sopeutuvat markkinoilla ja muissa olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin ja jossa hintamekanismi välittää arvokasta tietoa, jota kenelläkään ei ole eikä edes voi olla kokonaisuudessaan hallussa. Se, ettei yrityksillä tai kuluttajilla ole täydellistä tietämystä markkinoista, lienee itsestäänselvyys elinkeinoelämää seuraaville. Toisaalta juuri informaation epätäydellisyys luo tarpeen hajautetulle päätöksenteolle.[117] Hayekin mukaan "... if the state of affairs assumed by the theory of perfect competition ever existed, it would not only deprive of their scope all the activities which the verb "to compete" describes but would make them virtually impossible."[118]

Täydellistä kilpailua koskeva *normatiivinen kritiikki* voidaan tiivistää seuraavasti:

1) suuremmista tuotantosarjoista saatavien mittakaavaetujen hyödyntäminen edellyttää varsinkin pienillä markkinoilla suurempaa yrityskokoa ja sitä kautta keskittyneempää markkinarakennetta, kuin minkä täydellisen kilpailun malli sallii;
2) täydellisen kilpailun hyödykkeiden homogeenisuusvaatimuksen ja kuluttajien yksilöllisten tarpeiden tyydyttämisen välillä vallitsee ristiriita;
3) toiminnan tehostamiseen liittyvien insentiivien hiipuminen, kun hinta ja laatu (jotka ovat kaikilla samat!) menettävät kilpailukeinoina merkityksensä;
4) kilpailun allokaatiofunktion (staattinen tehokkuus) ylikorostuminen kilpailuprosessiin luonnostaan liittyvän innovatiivisuuden ja edistyksen (dynaaminen tehokkuus) kustannuksella;
5) täydellisen kilpailun nostaminen ideaalinormiksi johtaa siihen, että taloudellinen tehokkuus syrjäyttää tavoitteina laajemmin määritellyn kansalaisten hyvinvoinnin ja yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden.

Normatiivinen kritiikki voidaan tiivistää siten, että vaikka täydellisen kilpailun teoria tarkennusten jälkeen vastaisikin todellisuutta, ei sen saavuttaminen lisäisi välttämättä kokonaishyvinvointia tai olisi muulla tavoin määritellyn yhteishyvän mukaista. Täydellisen kilpailun edellyttämä "atomistinen" markkinarakenne on usein ristiriidassa taloudellisen tehokkuuden ja muiden yhteiskuntapoliit-

---

[117] Ks. myös Vihanto, Kilpailupolitiikan säännöt talouden evoluutioteoriassa (1996) s. 76: "Teorianmuodostuksen valtaosa nykyaikaisessa kansantaloustieteessä perustuu optimointi-ajattelulle. Taloustieteilijöiden malleissa päätöksentekijä on vain harvoin sellainen ajatteleva, vapaatahtoinen ja erehtyvä ihmisolento kuin mihin olemme tottuneet päivittäisessä elämässämme. Hän on ikään kuin valmiiksi ohjelmoitu robotti, jonka ainoana tehtävänä on toistaa teoreetikon määrittelemiä optimaalisten valintojen sarjoja ja tuottaa ennakolta tiedossa olevia tuloksia".

[118] Hayek, The Meaning of Competition, kirjassa Individualism and Economic Order (1949) s. 92.

tisten päämäärien kanssa.[119] Malli on matemaattinen ja tekninen. Kaikki riippuu premissien uskottavuudesta. Täydellisen kilpailun mallia on kritisoitu siitä, että se itse asiassa tekisi kilpailemisen mahdottomaksi, ainakin jos kilpailemisella tarkoitetaan luovia toimenpiteitä oman markkina-aseman parantamiseksi.

5.6 TÄYDELLISEN KILPAILUN TEORIAN NYKYISESTÄ MERKITYKSESTÄ

Täydellisen kilpailun teorian kiistaton käytännöllinen ansio on siinä, että se antoi kilpailupolitiikalle konkreettisen tavoitteen. Määrittelemällä markkinarakenteeseen liittyvät elementit, joiden vallitessa täydellinen kilpailu on mahdollinen, kilpailupolitiikalle annettiin konkreettinen toimintasuositus, mihin pyrkiä markkinatulosten optimoimiseksi. Kilpailuteoriasta muodostui *toiminta- ja päätäntäteoria.*[120] Havaitaan, että klassisen taloustieteen korostamat kilpailun vapaus kansalaisoikeutena ja taloudellisen kilpailun tarkastelu dynaamisena prosessina korvautuvat neoklassismissa joukolla konkreettisia markkinoiden rakenteeseen liittyviä tekijöitä, joihin vaikuttamalla on mahdollista parantaa markkinoiden toimintakykyä. Instituution sijalle astuu hyötykalkyyli ja kehityksen sijalle lopputulos.

Täydellisen kilpailun malli on voimakkaan stilisoitu kuvaus markkinoiden toiminnasta, kun sitä verrataan todellisuudessa esiintyviin markkinoihin. Käytännössä useimmat tai kaikki markkinat eroavat täydellisen kilpailun ideaalitilanteesta. Se, pannaanko paino sanalle useimmat vai kaikki, riippuu siitä, tarkastellaanko markkinoita pitkällä vai lyhyellä aikavälillä. Pitkällä aikavälillä osa markkinoista voi toimia täydellisen kilpailun viitoittamalla tavalla. Tällöin kuitenkin siirrytään täydellisen kilpailun staattisesta mallista kilpailuprosessiin liittyvän evoluution ja dynamiikan mallintamiseen.

Näyttäisi vallitsevan suhteellisen laaja yksimielisyys siitä, ettei malli sellaisenaan kuvaa todellisia markkinoita. Mallin staattisuuden ei kuitenkaan tarvitse peittää teorian heuristisia ansioita. Mallin tarkoituksena on kuvata sitä perusmekanismia, jolla hinnat määräytyvät. Täydellisen kilpailun edellytykset kuvaavat sitä, mitkä muut tekijät kuin määrässä tapahtuvat muutokset vaikuttavat hinnanmuodostukseen.[121] Se, miten hyvin malli vastaa käytäntöä, riippuu markkinoiden yksilöllisistä olosuhteista.

Täydellisen kilpailun malli kuvaa systeemisellä tasolla markkinatalouden perusratkaisua, jossa yksittäisiä hyödykkeitä koskevat tuotanto- ja kulutuspäätökset on hajautettu. *Demsetzin* mukaan voitaisiinkin paremmin puhua *hajaute-*

---

[119] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 6 ss.
[120] Tolksdorf, Dynamischer Wettbewerb (1994) s. 42.
[121] Borchert/Grossekettler, Preis- und Wettbewerbstheorie (1985) s. 27.

tusta kuin täydellisestä kilpailusta. Sitä vastoin se kuvaa varsin epätarkasti yritysten päivittäistä kilpailukäyttäytymistä markkinoilla. Yritysten käyttäytymisen selittämisessä mallista on hyötyä, mutta yksinään se on riittämätön.

Schmidtin mukaan täydellinen kilpailu säilyi kilpailuteoreettisena ideaalina aina 1940-luvulle asti. Tämä johtuu siitä, että täydellisen kilpailun mahdollistamaa pareto-optimia pidetään edelleen taloudellisen tehokkuuden huipentumana.[122] Sitä vastoin *Van der Bergh* toteaa toimivan kilpailun teorian olleen muodissa 1950-luvulla, mutta syrjäytyneen sittemmin täydellistä kilpailua referenssinormina käyttävän tehokkuuskoulukunnan tieltä.[123] Kilpailuteoreettisessa kirjallisuudessa näyttäisi suhteellisen yleiseltä kirjoitustyyli, jossa kilpailevien koulukuntien todetaan olleen aikanaan "merkityksellisiä" mutta tulleen sittemmin "kumotuiksi" sen jälkeen, kun kirjoittajan edustama katsantokanta oli (uudelleen) löydetty.

Täydelliseen kilpailuun perustuva tarkastelu näyttäisi edelleen muodostavan neoklassisen hintateorian ytimen,[124] joskin aiempaa staattista mallia on pyritty dynamisoimaan pidentämällä ajallista tarkasteluväliä. Näyttäisi siltä, että analyysivälineenä hintateorialla olisi Chicagon koulun jälkivaikutuksesta johtuen edelleen johtoasema yhdysvaltalaisessa kilpailupolitiikassa, joskin rakenteellisen tarkastelun merkitys on viime vuosina taas lisääntynyt. Euroopassa rakenteellisen tarkastelun asema näyttäisi säilyneen vahvempana. Neoklassinen täydellisen kilpailun malli on siten edelleen ahkerassa käytössä, joskaan sen ei yleensä enää väitetä vastaavan todellisia markkinoita kuin poikkeustapauksessa.[125]

---

[122] Schmidt (1999) s. 6.

[123] Van den Bergh (1996) s. 76.

[124] Ks. esim. Bork, Artitrust Paradox s. 117, 118. "[P]rice theory enables us to identify, with an acceptable degree of accuracy, those activities whose primary effect is output restricting, leading to the inference that all other activity is either efficiency creating or neutral". "In many cases the theory is so well grounded that we can be certain, or virtually so, of its reliability". Ks. myös esim. Posner (2001) s. 80 ja Stigler, Organization of Industry (1968) s. 2 ss.

[125] Ks. esim. Carlton/Perloff, Modern Industrial Organization, toinen painos (1994) s. 86: "Perfect competition provides a benchmark against which the behaviour of other markets are judged. [...] Even though perfect competition is rarely, if ever, ecountered in the real world, we study the perfect competition model because it provides an ideal against which other models and markets are compared." Carlton ja Perloff toteavat toimialan taloustieteen oppikirjansa viimeisessä painoksessa, että metodina on yhdistää toisiinsa SCP-tarkastelu ja hintateoria. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 2. Ks. myös esim. Areeda/Solow/Hovenkamp/ (1995) s. 2 ss.; Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 17 ss.; Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 18–23, 78–83; Tirole (1988) s. 6–12. Täydellisen kilpailun teoriaan kriittisesti suhtautuva Klein toteaa, ettei täydellinen kilpailu vastaa todellisuutta. Hän tuo esille myös vaarat, mihin pyrkimykset edistää mallin johtaisivat. Samalla Klein toteaa kuitenkin, että "perhaps the most important model for the economist is the model of perfect competition". Ks. Klein, The Use of Economics in Antitrust Litigation (1990) s. 420. Ks. myös Klein (1996) s. 61–64.

6. Epätäydellinen ja monopolistinen kilpailu

Niin kutsutun hintateoreettisen vallankumouksen alkuna pidetään *Straffan* artikkelia[126] vuodelta 1926, jossa hän osoitti täydellisen kilpailun teorian epärealistisuuden. Jos yrityskoon kasvaessa saavutettavat mittakaavaedut ovat merkittäviä, silloin yleisen hyvinvoinnin kasvattaminen edellyttää suuryrityksiä. Toisaalta suuryritykset eivät kohtaa kilpailun painetta yhtä voimakkaana kuin pienyritykset, jolloin vaaraksi muodostuu, etteivät ne siirrä hyötyjä eteenpäin kuluttajille. Straffa kiinnitti huomiota mahdolliseen dilemmaan tehokkuuden ja markkinavoiman välillä. Kun kokonaismarkkinat jaetaan pienempiin, kuluttajien mieltymysten mukaan määräytyviin osamarkkinoihin, yritys voi hyvinkin olla "monopolisti" suppeammilla osamarkkinoilla. Johtopäätöksenä oli, että kilpailuteoriassa päähuomio tulisi kiinnittää kilpailun sijasta monopoliin.[127] Täydellisen kilpailun kritiikkiä Straffan viitoittamalta pohjalta jatkoivat toisistaan riippumattomina *Joan Robinson* ja *Edward H. Chamberlin* 1933 julkaistuissa tutkimuksissaan kilpailun "epätäydellisyydestä" ja "monopolistisuudesta".

Robinsonin *epätäydellisen kilpailun* teorian[128] mukaan kaikki kulutushyödykkeet kilpailevat samojen asiakkaiden ostovoimasta ja muodostavat sikäli yhtenäisen substituutioiden ketjun. Ketju katkeaa kuitenkin niin sanottuihin substituutioaukkoihin, kun korvaavuus on tietyn hyödykeryhmän sisällä suurempi kuin suhteessa muihin hyödykeryhmiin. Jokaisella hyödykkeen valmistajalla on monopoli omiin hyödykkeisiinsä markkinoiden epätäydellisyyden vuoksi ("world of monopolies"). Markkinoiden epätäydellisyyttä aiheutuu ennen muuta kuluttajien toisistaan poikkeavista mieltymyksistä (preferensseistä). Vain jos suuri joukko yrityksiä valmistaa täysin homogeenista tuotetta, päästään täydellisen kilpailun olosuhteisiin. Käytännössä kilpailu on yleensä epätäydellistä markkinoille ominaisten epätäydellisyyksien vuoksi.

Chamberlin erotti toisistaan täydelliseen kilpailuun rinnastuvan puhtaan kilpailun (pure competition) ja teorian[129] pääväittämän, *monopolistisen kilpailun*. Kilpailu on monopolistista, silloin kun markkinoilla tarjottavat hyödykkeet eivät ole homogeenisia tuotedifferoinnin seurauksena. Termillä monopolistinen kilpailu tarkoitetaan sitä, että kilpailu on monopolistisesta luon-

[126] Straffa, The Laws of Returns under Competitive Conditions, Economic Journal, Vol. 36 (1926) s. 535–550.
[127] Straffa s. 542: "It is necessary, therefore, to abandon the path of free competition and to turn to the opposite direction, namely, towards monopoly".
[128] Robinson, The Economics of Imperfect Competition, London 1933.
[129] Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge 1933.

teestaan riippumatta edelleen mahdollista.[130] Heterogeenisten hyödykkeiden markkinoilla jokainen valmistaja hallitsee omaa osamarkkinaansa, jolla hän voi saavuttaa tasapainon varioimalla hintaa, hyödykkeen määrää tai laatua tai vaikuttamalla kuluttajiin mainonnan avulla. Yrityksen hyödykkeiden osalta voidaan saavuttaa Cournotin pisteen kaltainen tasapainotila. Vaikka jokaisella yrityksellä onkin monopoli omaan tuotantoonsa, tästä ei seuraa vielä se, että markkinat olisivat monopolisoituneet. Monopolistinen kilpailu voi olla intensiivistä, ei toki sellaista, kuin täydellisen kilpailun teoriassa oletettiin, vaan olennaisesti erilaista sen johdosta, että jokaisella toimittajalla on "monopoli omaan tuotevariaatioonsa."[131] Chamberlin kiinnitti huomiota myös oligopoliongelmaan, erottaen toisistaan kaksi markkinatilannetta, suuren ryhmän kilpailijoita (polypoli) ja pienen ryhmän (oligopoli). Polypolissa yhden yrityksen hinnoittelulla, tuotevarioinnilla ja mainonnalla ei ole välitöntä vaikutusta kilpailijoiden asemaan. Tällöin voidaan olettaa, että kilpailijat eivät ryhdy vastatoimiin. Sen sijaan oligopolissa kahden tekijän yhteisvaikutus, kilpailijoiden pienestä lukumäärästä ja tuotedifferoinnista johtuen kilpailu voi häiriintyä merkittävästi.

Straffan, *Robinsonin* ja Chamberlinin tutkimukset johtivat siihen, että täydellisen kilpailun ja monopolin väliin lisättiin yhä useammin kolmas kategoria, *epätäydellinen tai monopolistinen kilpailu.* Kilpailupolitiikan kannalta teorioiden arvona oli ennen muuta se, että täydellisen kilpailun matemaattisen kirkkaista mutta käytännössä restriktiivisistä oletuksista siirryttiin taas lähemmäksi todellisia markkinoita ja niillä havaittavissa olevia kilpailuongelmia. Markkinat ovat käytännössä keskittyneempiä kuin mitä täydellisen kilpailun teoriassa oletetaan. Mittakaava- ja skaalaedut keskittävät markkinarakennetta. Yritykset pyrkivät differoimaan tuotteensa kilpailijoiden hyödykkeistä mainonnan avulla. Luomalla hyvä merkkituote hyödykkeestä voidaan periä korkeampaa hintaa, koska kuluttajat arvostavat sitä muita tuotteita enemmän. Differointia edellyttää myös kuluttajien erityistarpeiden tyydyttäminen. Näkemys, jonka mukaan täydellinen kilpailu ei ole käytännössä mahdollista, alkoi yleistymään. Kuitenkin täydellinen kilpailu säilyi kilpailupolitiikan ideaalina, johon tulee pyrkiä. Kilpailupolitiikan tehtävänä nähtiin markkinoiden "epätäydellisyyksien" tai "monopolististen elementtien" lukumäärän ja merkityksen vähentäminen.[132] *Cham-*

---

[130] Esimerkiksi Ford-merkkisten autojen valmistaja ei ole monopoliyritys, koska markkinoilla on muitakin autonvalmistajia, mutta kuitenkin "monopoliyritys" Ford-autojen osalta. Asiakkaiden uskollisuus mahdollistaa valmistajalle itsenäiset muutokset hinnassa ja laadussa, koska asiakkaat eivät välittömästi vaihda automerkkiä. Tämä muodostaa monopolistisen kilpailun teorian perusväittämän. Chamberlin, s. 9: "Since each is a monopolist, we may speak of them as competing monopolists".

[131] Camberlin, s. 205.

[132] Chamberlin itse piti tällaista teoriansa tulkintaa virheellisenä, sillä hänen mielestään monopolistiset elementit olivat tarpeen hyvinvoinnin lisäämiseksi ja kuluttajien erityistarpeiden tyydyttämiseksi. Chamberlinin mukaan täydellinen kilpailu ei siten välttämättä muodostanut ideaalia. Ks. Chamberlin s. 214.

berlinin ja *Robinsonin* työn merkitystä hintateorian piirissä oli omiaan vähentämään se, ettei tutkijoilla ollut esittää vaihtoehtoista mallia, jolla markkinoiden päätöksentekologiikkaa voitaisiin matemaattisesti kuvata. Neoklassinen hintateoria operoi edelleen täydellisellä kilpailulla. Tässä mielessä hintateoreettinen vallankumous jäi yritykseksi.[133]

[133] Näin esim. Landreth/Colander (1994) s. 430–431.

7. Toimiva kilpailu

Merkittävää edistysaskelta kilpailuteoriassa merkitsi *John Maurice Clarkin* vuonna 1939 pidettyyn esitelmään perustuva 1940 julkaistu artikkeli "Toward A Workable Definition of Competition". Artikkelin tarkoituksena oli irtautua pessimismistä, jolla Robinsonin ja Chamberlinin teorioita tulkittiin. Jos kerran täydellinen kilpailu ei ole mahdollinen, tavoitteeksi tuli ottaa toiseksi paras vaihtoehto, toimiva kilpailu *(theory of the second best)*. Täydellinen kilpailu oli J.M. Clarkilla vuoden 1940 artikkelissa edelleen kilpailupolitiikan päätavoite, mutta kun siihen kerran ei realistisesti ollut mahdollisuuksia, vaatimattomammaksi tähtäimeksi tuli asettaa laadullisesti heikompi mutta kuitenkin siedettävä lopputulos, jossa kilpailu on suurin piirtein toimivaa.[134] Toimivalle kilpailulle on mahdollista antaa erilaisia yleispäteviä määritelmiä.[135] Kilpailu on toimivaa, kun

1) kuluttajat voivat valita riittävän suuresta valikoimasta hyödykkeitä;
2) markkinoilla toimii kunkin hyödykkeen osalta riittävän suuri määrä yrityksiä, jotka kilpailevat kuluttajan suosiosta hinnalla ja laadulla;
3) saatavilla on markkinoiden toimivuuden edellyttämä määrä tarjottavia hyödykkeitä koskevaa informaatiota;
4) hyödykkeen hintataso määräytyy vapaasti markkinoilla ilman että mikään yritys sen enempää tarjonta- kuin kysyntäpuolella voi määrätä hinnat.

Yhden J.M. Clarkin keskeisistä oivalluksista muodosti niin sanottu *vastamyrkkyteesi*. Jos markkinoilla on havaittavissa tietty määrä epätäydellisyyksiä (poikkeamia täydellisen kilpailun teoriasta), lisäämällä siihen vielä yksi epätäydellisyys voidaankin saavuttaa toimiva, täydellistä kilpailua lähestulkoon myötäilevä lopputulos. Oivalluksen taustalla on huomio, että täydellisen kilpailun mallissa yksittäiset osatekijät muodostavat loogisen kokonaisuuden, jonka osatekijät loogisesti täydentävät toisiaan. Jos yksi tekijä putoaa pois, rakennelma ei enää tuotakaan optimaalista lopputulosta. Yhden ainesosan, esimerkiksi markkinoiden läpinäkyvyyden puuttuminen, heikentää myös muiden olosuhteiden kykyä edistää täydellistä kilpailua. Markkinoiden ollessa epätäydelliset parhaaseen lopputulokseen ei johdakaan pyrkimys poistaa vallitsevia epätäydellisyyksiä vaan niiden lisääminen. Ajatus on periaatteessa sama kuin myrkytystaudeis-

---

[134] Ks. toimivan kilpailun koulukunnasta yleisesti esim. Kantzenbach/Kallfass, kirjassa Cox/Jens/Market (1981) s. 103–128; Mantzavinos (1994) s. 26–34; Purasjoki/Virtanen (1995) s. 99–120.

[135] Ks. esim. Mantzavinos (1994) s. 34; Purasjoki/Virtanen (1995) s. 102–104.

sa käytettävissä seerumeissa, joissa antamalla potilaalle myrkytyksen aiheuttajaa vastaavia ainesosia hieman toisessa koostumuksessa saadaan käynnistettyä elimistön oma vasta-ainetuotanto.

> Vastamyrkkyteesiä voidaan havainnollistaa *hintasignaloinnin* avulla, jollaista on havaittu erityisesti oligopolistisilla markkinoilla yritysten tuottaessa homogeenista tuotetta. Hintasignaloinnissa yritykset antavat kilpailijoidensa tietää hinnoittelunsa julkistamalla sen esimerkiksi etukäteen alan lehdistössä tai hyödyntämällä toimialajärjestöjä informaation välityskeskuksina. Ongelmana on, että menettely voi nostaa hintatasoa ilman että kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy. Kilpailijoiden vähäinen lukumäärä poikkeaa merkittävästi täydellisen kilpailun ihanteesta. Havaitaan, että lisättäessä homogeenisen hyödykkeen keskittyneillä markkinoilla soppaan yksi lisämauste, markkinoiden läpinäkyvyys, kilpailun intensiteetti ja markkinatulokset huononevat. Tämä siitä huolimatta, että transparenssi on täydellisen kilpailun teoriassa positiivinen seikka, mallin välttämätön rakenne-elementti. Ratkaisu on periaatteessa yksinkertainen. Oligopolistien välistä hintakilpailua voidaan tehostaa lisäämällä tuotedifferointia tai heikentämällä yritysten tietämystä toistensa hinnoittelusta. Tuotannon eriytyessä ja transparenssin sumentuessa kilpailijoiden hintojen seuraaminen vähenee.

Toimivan kilpailun teoria muodosti vallitsevan paradigman 1950-luvun alusta aina 1960-luvun puoleenväliin asti. Mielenkiinto kohdistui niiden rakenteellisten olosuhdekonstellaatioiden osoittamiseen, joiden vallitessa kilpailu on toimivaa. Ongelmaksi havaittiin pian se, että näiden tekijöiden lukumäärä on periaatteessa rajaton.[136]

Purasjoki ja Virtanen[137] tiivistävät toimivan kilpailun teorian seuraaviin neljään väittämään:

1) staattinen pareto-optimi (hyödykkeiden optimaalinen allokoituminen) on liian tiukka tavoite kilpailupolitiikalle;
2) dynaaminen tehokkuus on suoritusnormina yhtä tärkeä kuin staattinen tehokkuus, ja kilpailupolitiikan tulisi keskittyä molempiin; eri tehokkuuden lajien välillä voi syntyä dilemma, jossa toiselle tulee antaa etusija;
3) kilpailu on toimivaa, kun ei ole käytettävissä keinoja talouden suorituskyvyn parantamiseksi tai keinojen käyttämisestä aiheutuvat kustannukset ylittäisivät yhteiskunnalliset hyödyt;
4) kilpailupolitiikka on vain yksi talouspolitiikan lohko; näin ollen kilpailu on toimivaa sen ollessa sopusoinnussa muun talouspolitiikan kanssa.

---

[136] Edellä käsitelty oligopolistista interdependenssiä koskeva esimerkki on toisaalta hyvin valittu ja selkeä, ja osoittaa teorian arvon. Mikäli tietty kilpailuparametrien käytön rajoitus on seurausta markkinoiden luontaisista ominaispiirteistä, kyse ei ole haitallisesta kilpailunrajoituksesta.

[137] Ks. Purasjoki/Virtanen, Is the Theory of Workable Competition still Workable?, Festskrift til Egil Bakke (1995) s. 99–119, s. 102.

Täydellisen kilpailun korvaaminen toimivalla kilpailulla on osaratkaisu. Se on hyödyllistä siinä mielessä, että toimiva kilpailu on niin referenssinormina kuin tavoitteena realistinen. Kärjistäen voidaan todeta, että kaikissa tai useimmissa kilpailuoikeutta omaavissa valtioissa lain tavoitteena on toimivan tai tehokkaan, ei täydellisen kilpailun ylläpitäminen. Ongelmana on kuitenkin käsitteen epämääräisyys. Toisin kuin täydellinen kilpailu, toimiva kilpailu ei ole tarkasti määriteltävissä tai matemaattisesti mallinnettavissa. Toimivan kilpailun määritelmältä puuttuu täydellisen kilpailun taloustieteellinen eksaktisuus. Toimivan kilpailun ottaminen tavoitteeksi ei ratkaise kysymystä kilpailuoikeuden tavoitteista.[138] Toimivan kilpailun määritelmä ei myöskään kerro sitä, miten ratkaistaan ristiriita määritelmän yksittäisten tavoitteiden välillä. Tässä mielessä toimiva kilpailu näyttäytyy suhteellisen plakatiivisena käsitteenä.

Puutetta yritettiin korjata 1940 ja 1950-luvuilla kehittämällä erilaisia konsepteja, joilla workability-kriteerejä saataisiin objektiivisemmiksi. Tyypillisesti edettiin siten, että ensi vaiheessa pyrittiin antamaan toimivalle kilpailulle konkreettinen merkityssisältö. Määritelmät voivat lähteä vallitsevista kilpailuolosuhteista, yritysten kilpailukäyttäytymisestä tai kilpailun vaikutuksista, esimerkiksi hintojen kehityksestä tai yritysten voittojen tasosta. Yhteinen piirre workability-teoreetikkojen esittämille luetteloille näyttäisi olevan se, että pelkkä allokatiivinen tehokkuus hylätään liian suppeana lähestymistapana. Sitä täydennetään erilaisilla yhteiskuntapoliittisilla päämäärillä, kuten tarpeella estää taloudellisen ja poliittisen vallan liiallinen keskittyminen. Muista esitetyistä kriteereistä mainittakoon taloudellinen kasvu, inflaation torjuminen, suhdannevaihtelujen lieventäminen, kuluttajapolitiikka, tulonjako ja maanpuolustuksen intressit. Laajimmillaan viitataan yleisesti makrotaloudelliseen suorituskykyyn.[139]

Perusmetodiikka lainataan jäljempänä käsiteltävästä harvardilaisuudesta. Harvardin koulukunnan nimellä kulkeva *Edward S. Masonista* 1930-luvulla alkunsa saanut IO-tutkimussuuntaus perustuu positiiviselle teorialle, joka selvittää markkinoiden rakenteen ja markkinakäyttäytymisen välisiä vuorovaikutussuhteita.[140] Perussuureina käytetään jaottelua markkinarakenne, markkina-

---

[138] Tämä kysymys voidaan kiteyttää muotoon, tuleeko kilpailuoikeuden tavoitella taloudellista tehokkuutta, turvata vapautta, jompaa kumpaa vaiko molempia yhdessä. Painotetaanko tehokkuudessa allokatiivista, produktiivista vai dynaamista tehokkuutta? Rajoittuuko vapauden turvaaminen taloudellisen toimintavapauden turvaamiseen vai ulottuuko se systemaattisesti poliittisten vapauksien ja demokratian turvaamiseen? Mikä on kilpailuoikeuden suhde tulonsiirtoihin ja yleisemmin yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen? Tuleeko esimerkiksi tulonsiirtoja kuluttajilta monopoliyritykselle aiheuttava yrityskauppa kieltää, vai ylittyykö kieltokynnys ainoastaan silloin, kun siitä todistettavasti aiheutuu allokatiivista tehokkuustappiota.

[139] Kilpailevista määrittelytavoista ks. esim. Purasjoki/Virtanen (1995) s. 102–105.

[140] Toimivan kilpailun teorian ja harvardilaisuuden yhtymäkohtina voidaan pitää SCP-mallin hyödyntämistä, täydellisen kilpailun hylkäämistä ja case studies -tutkimusmetodia. Ks. Mantzavinos (1994) s. 26.

käyttäytyminen ja markkinatulokset. Niin sanotun SCP-hypoteesin mukaan markkinoiden rakenne vaikuttaa markkinakäyttäytymiseen, joka puolestaan johtaa hyvään tai huonoon markkinatulokseen.[141] Perusväittämän mukaan markkinoiden keskittyminen on omiaan nostamaan hintatasoa, koska se luo edellytykset kartelleille ja muulle kollusiiviselle käyttäytymiselle ilman laissa kiellettyä välipuhetta tai yhdenmukaistettua toimintaa (keskittymis-kolluusio-hypoteesi). Vastaavasti monet harvardilaiset omaksuivat toimivan kilpailun normatiiviset tavoitteet omien tutkimustensa lähtökohdiksi.

Koulukunnan piirissä on kiistelty siitä, pitäisikö toimivan kilpailun kriteerien perustua markkinarakenteeseen, markkinakäyttäytymiseen vaiko markkinatuloksiin. Osa tutkijoista kannattaa jotain tiettyä tai kahta mainituista vaihtoehdoista, osa kaikkia kolmea. Mitä enemmän kriteerejä esitetään ja mitä enemmän ne poikkeavat tehokkuuskriteereistä, sitä vaikeammaksi kilpailuoikeuden ja kilpailupolitiikan mallintaminen käy puhtaasti matemaattisesti.

Harvardilaisuudelle ja toimivan kilpailun teorialle on yhteistä ennen muuta SCP-kehikon hyödyntäminen. Toimivan kilpailun teoria on normatiivinen teoria, jonka tarkoituksena on esittää konkreettisia suosituksia siitä, millaista kilpailun ja kilpailupolitiikan tulisi olla.[142] Tutkimusotteessa lähtökohtana ovat tutkijan omat arvostukset siitä, millaista kilpailun tulisi olla ja mitä yhteiskuntapoliittisia päämääriä edistää. Teorialle on ominaista kategorinen ja instrumentalistinen tutkimusote, markkinoiden epätäydellisyyksien luetteloiminen, kausaalisuhteiden selvittäminen sekä ns. dilemmaproblematiikan esillä pitäminen. Kattavana esimerkkinä voidaan mainita *F.M. Schererin* ja *Rossin* tunnetussa oppikirjassa[143] esitetty yhteenveto eri tutkijoiden toimivan kilpailun kriteereistä. Korostettakoon, että kyse ei ole tutkijoiden kesken yhteisesti sovitusta tavoitekatalogista, vaan mahdollisten vaihtoehtojen perusteella laaditusta kokoelmasta:

> "... the criteria of workability suggested by diverse writers can be divided into structural, conduct and performance categories.

---

[141] Perusväittämä ei ole sinänsä uusi, sillä myös perinteisessä hintateoriassa kilpailijoiden lukumäärän vähentymisen oletetaan nostavan hintatasoa. SCP-lähestymistavassa rakenteellisia tekijöitä korostetaan kuitenkin selvästi enemmän kuin hintateoriassa ja vaikutussuhde nähdään deterministisemmin.

[142] Ks. Purasjoki/Virtanen s. s. 101. "Another distinct feature of the workable competition theory is that its basic concept, workable competition, 'owes it's creation to a public policy need and not the logic of abstaract theory' [Markham, 1950, p. 349]. Therefore the emphasis of school of workable competition is normative, while the rest of the schools are based on the foundation of positive theory".

[143] Ks. Scherer/Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance (3. painos 1990), s. 53–54.

Structural criteria:
- The number of traders should be as large as scale economies permit.
- There should be no artificial inhibitions on mobility and entry.
- There should be moderate and price-sensitive quality differentials in the products offered.

Conduct criteria:
- Some uncertainty should exist in the minds of rivals as to whether price iniatives will be followed.
- Firms should strive to attain their goals independently, without collusion.
- There should be no unfair, exclusionary, predatory or coercive tactics.
- Inefficient suppliers and customers not be shielded permanently.
- Sales promotion should be informative, or at least not be misleading.
- There should be no persistent, harmful price discrimination.

Performance criteria:
- Firm's production and distributions operations should be efficient and not wasteful of resources.
- Output levels and product quality (that is variety, durability, safety, reliability and so forth) should be responsive to consumer demands.
- Profits should be at levels just suffient to reward investment, efficiency, and innovation.
- Prices should encourage rational choice, guide markets towards equilibrium and not intensify cyclical instability.
- Opportunities for introducing technically superior new products and processes should be exploited.
- Promotional expenses should not be excessive.
- Success should accrue to sellers who best serve consumer wants."

Toimivan kilpailun teoria ajautui kuitenkin umpikujaan,[144] sillä vuosien työn jälkeen tutkijat eivät pystyneet sopimaan yhtenäisestä toimivan kilpailun kriteerien listasta. Yksi syy lienee se, että listan laadintaan vaikuttavat välttämättä tutkijan henkilökohtaiset arvostukset.[145] Sääntelyn tavoitteiden ja keinojen valinta lienee aina palautettavissa viime kädessä arvostuksiin. Tässä mielessä toimivan kilpailun teoria ei liene sen arvolatautuneempi kuin esim. neoklassinen kilpailuteoria. Keskeisin ongelma näyttäisi liittyvän yritykseen perustella kilpailupolitiikan sisältö lähtien liikkeelle jostakin valitusta kilpailulle annetus-

---

[144] "While the workable competition concept still continues to be noted in some competition laws, e.g. in the ones mentioned, Industrial Organization research has almost rejected the concept and its traditional underlying theory. It must me really regretted that the development of workable competition theory is, since the early 1960's, practically off the agenda of Industrial Organization Economists". Purasjoki/Virtanen (1995) s. 100.

[145] Esimerkiksi kuluttajansuojaa tai tulojen tasaista jakautumista koskevien tavoitteiden mukaanotto riippuu siitä, miten henkilö suhtautuu tarpeeseen säädellä sanottuja tavoitteita viranomaistoimenpitein ja toisaalta nimenomaan kilpailupolitiikan keinoin. Kärjistäen kauneus ja toimiva kilpailu ovat katsojan silmässä. Kilpailupolitiikka on yhteiskunnallista sääntelyä.

ta nomologisesta merkityssisällöstä. Yritykset kuvata ja mallintaa toimivan kilpailun morphologisia ainesosia näyttävät kariutuneen huomioon otettavien tekijöiden suureen ja niiden yhteisvaikutuksesta syntyvien mahdollisten konstellaatioiden lähes rajattomaan määrään, mikä on ainakin toistaiseksi estänyt kestävien tutkimustulosten saavuttamisen. Toimivan kilpailun teoriasta jää käteen keskeiseltä tuntuva johtopäätös, jonka mukaan edes kilpailu ei ole täydellistä. *Schererin* luettelo vaikuttaa mallikelpoiselta kuvaukselta toimivista markkinoista.[146] Sen sijaan toimivan kilpailun teoria ei näytä ainakaan toistaiseksi vastaavan kysyjälle, mitkä kilpailunrajoitukset on kiellettävä, jotta näihin tavoitteisiin päästäisiin. Normatiivisena päätöksentekoteoriana se jää puolitiehen.

[146] Tämän tutkimuksen tekijä voi yhtyä siihen myös arvopohjan osalta.

8. Dynaaminen kilpailu

"What do we want competition to do for us?"[147] *J.M. Clark* kehitti konseptiaan eteenpäin 1961 julkaisemassaan teoksessa *Competition as a Dynamic Process*. Vuoden 1961 kirjassaan J.M. Clark pyrki integroimaan Schumpeterin innovaatioteorian toimivan kilpailun teoriaansa. Tässä vaiheessa täydellinen kilpailu hylätään paitsi käytännön tavoitteena, myös ideaalina.

8.1 SCHUMPETER-KILPAILU

Alois Schumpeterin teoriassa[148] kilpailu näyttäytyy ennen muuta muutoksena, kilpailuna uusista tuotteista, uusista tuotantomenetelmistä, uusista markkina-alueista, uusista jakelukanavista ja uusista organisaatiomalleista. Kilpailu rinnastetaan yrittäjyyteen.[149] Schumpeterillä edistyksen soihtua kantavat pioneeriyritykset vievät teknistä kehitystä jatkuvasti eteenpäin. Täydellisen kilpailun kaltainen staattinen malli jättää huomiotta talouden perusluonteen, *evoluution*, jossa uusi syrjäyttää vanhan, kunnes puolestaan tulee tuhotuksi uusien innovaattoreiden toimesta ("creative destruction"). Kilpailuprosessin vääjäämättömänä seurauksena on monopolien syntyminen. Monopolivoitot muodostavat insentiivin ja ovat tarpeen tutkimuksen ja tuotekehittelyn vaatimien riski-investointien rahoittamiseksi. Määräävän aseman tavoittelu on luonteva liiketoiminnallinen motiivi ja tavoitteen saavuttaminen teknis-taloudellisen kehityksen kannalta suotuisaa. Tällainen "Schumpeter-monopoli" muodostaa kuitenkin vain välivaiheen kehityksessä, joka aikanaan tulee johtamaan vallankeikaukseen, jossa uusi pioneeriyritys syrjäyttää vanhentuneen hallitsijan. Schumpeterin kirjalla on edelleen kilpailuteoreettista ja poliittista merkitystä, sillä se nosti pinnalle edelleen kiistellyn kysymyksen siitä, millainen markkinarakenne on otollisin tekniselle kehitykselle.[150]

Schumpeterin mukaan tekninen kehitys on mahdollista vain suuryritysten maailmassa. Shumpeteriläinen pioneeriyritys on kilpailupoliittisesti varsin am-

---

[147] Ks. Clark, J.M, Competition as a Dynamic Process (1961) s. 63.

[148] Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942). Schumpeter esitti talouden evoluution teeman jo 1911 teoksessa Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung. Ensiksi mainittua teosta on kuitenkin siteerattu enemmän kilpailupolitiikan tutkimuksessa.

[149] Yrittäjyysteeman edelleenkehittelystä ks. Kirzner, Competition and Entrepreneurship (1973) s. 30 ss.

[150] Ks. esim. Scherer, Shumpeter and Plausible Capitalism, Journal of Economic Literature, Vol. XXX (September 1992) s. 1416–1433, 1416.

bivalentti ilmestys. Yhtäältä jatkuvasti käynnissä pidettävä innovaatioprosessi on merkittävin yleistä hyvinvointia lisäävä tekijä. Toisaalta innovaation edellyttämä markkinavoiman kumuloituminen rajoittaa pienempien yritysten taloudellista vapautta ja viime kädessä myös kansalaisvapauksia. Syntyy ristiriita taloudellisen edistyksen ja yksilön vapauksien välille. Schumpeterin pessimistisenä ennustuksena oli demokratian syrjäytyminen keskusvaltaisesti johdetun suunnitelmatalouden tieltä.

Clark tarttui vuoden 1961 kirjassaan Schumpeterin hyvinvoinnin ja vapauden dilemmaa koskevaan teesiin.[151] Vielä 1940 julkaistussa artikkelissaan Clark näki täydellisen kilpailun ideaalitilana, päämääränä johon tuli pyrkiä, joskaan siihen ei käytännössä päästä. Toimivaan kilpailuun tuli pyrkiä paremman puutteessa ("second best"). Nyt täydellisen kilpailu tasapainomallista luovutaan kokonaisuudessaan sen atomistisen ja staattisen luonteen vuoksi. Toimiva kilpailu nostetaan kilpailupolitiikan ideaaliksi ("first best"). Kilpailupolitiikan tehtävänä nähdään tehokkuuden edistäminen.

Dynaamisen kilpailun teoriassa havaitaan siirtymä, jossa haitallisena pidetyn markkinavoiman aste siirtyy ylemmäksi. Täydellinen kilpailu ja siihen liittyvä nolla-asteen markkinavoiman ideaali on ristiriidassa edistyksen kanssa, koska markkinavoima voi olla kilpailuprosessin luonnollinen ja hyväksyttävä seuraus. Taloudellis-tekninen kehitys pitää välttämättä sisällään monopolistisia elementtejä. Kategoriset pyrkimykset estää markkinavoiman syntyminen heikentäisivät talouden suorituskykyä ja johtaisivat hyvinvointitappioihin. Mikäli taloudellinen tehokkuus ja kilpailun vapaus ovat ristiriidassa keskenään, tulee valita, kummalle tavoitteelle annetaan etusija. Jos hintateorian täydellinen kilpailu halutaan nostaa ideaaliksi, taloudellisesta edistyksestä tulee luopua. Päinvastaisessa tapauksessa kaikkia kilpailunrajoituksia ja markkinavoiman kumuloitumista ei voida estää.

Clarkin uutena ratkaisuna oli kilpailun dynamiikan korostaminen. Kilpailu nähdään Schumpeterin[152] tavoin sarjana päättymättömiä reaktioita ja vastareaktioita ("moves and responses"), jossa pioneeriyritys hankkii kilpailuedun ja kilpailijat pyrkivät tuon edun kuromaan umpeen. Sama prosessi alkaa alusta, kun joku toinen yrityksistä tekee uuden avauksen, johon kilpailijat taas pyrkivät vastaamaan. *Clark* jakaa kilpailun kahteen vaiheeseen, *innovaatioon* ja *neutralisaatioon*. Täydellisen kilpailun teoria kosketteli näistä vain jälkimmäistä. Toinen keskeinen muutos on *ajan merkitys*. Hetkittäisen kilpailuedun synnyttämät pioneerivoitot ovat paitsi luonnollisia, myös välttämättömiä dynaamisessa prosessissa. Pioneerivoittoja ei tule pyrkiä purkamaan välittömästi, jotta markkinajohtajalle jäisi hengähdysaika, jollaisen saavuttaminen toimii kiihokkeena

[151] Ks. Clark (1961) s. 179–182, 190–192, 203.
[152] Schumpeter (1942) s. 150.

aloitteelle. Nopeutta, jolla etumatka puretaan, käytetään mittarina kilpailun intensiivisyydelle.[153]

Markkinoiden epätäydellisyydet (tuotteiden heterogeenisyys, markkinoiden läpinäkymättömyys, aikaviiveet kilpailuetujen umpeen kuromisessa jne.) ja monopolistiset elementit (markkinavoiman syyt) ovat seurausta pioneeriyritysten aloitteista ja samalla edellytys imitoivalle kilpailulle. Erottaakseen uuden konseptin myös terminologisesti aiemmasta Clark ryhtyi puhumaan kilpailun toimivuuden sijasta kilpailun tehokkuudesta. *Tehokkaassa kilpailussa* keskeinen teoreettinen ongelma on erottaa hyödylliset epätäydellisyydet haitallisista epätäydellisyyksistä, jotta saataisiin selville ne epätäydellisyyselementtien kombinaatiot, joiden vallitessa kilpailu tehostuu. Clark pyrki löytämään ratkaisumallin, jossa klassisen kilpailuteorian dynaamisuus (evoluutio) yhdistetään toimialan taloustieteen tutkimustuloksia hyödyntäen päätäntäteoriaksi, joka antaisi kilpailuviranomaisille konkreettista osviittaa. Clarkin teoria jäi kuitenkin uupumaan konkreettisia suosituksia. Lukijalle kerrotaan, että markkinoiden kehitys on keskeistä, muttei kuitenkaan erityisen yksityiskohtaisesti, miten kehitystä mitataan tai arvioidaan.

8.2 BORCHERTIN JA GROSSEKETTLERIN TESTI

Saksassa *Borchert ja Grossekettler*[154] ovat pyrkineet operationalisoimaan workability-konseptin keskittymällä siihen, kuinka nopeasti kilpailu eliminoi markkinoiden koordinaation puutteita *(Koordinationsmängelkonzep)*. Kilpailulle annetaan dynaamisia funktioita, joiden toteutumista voidaan yrittää seurata empiirisen markkinatestin avulla. Kilpailu on toimivaa, kun se täyttää seuraavat viisi funktiota:[155]

1. *Markkinoiden raivaaminen (Markträumungsfunktion)*: hinnanmuutoksilla kysynnän ja tarjonnan määrä sopeutuu käytettävissä olevaan tuotantokapasiteettiin, jolloin vältetään turhat jonot, varastot ja ylikapasiteetti.

---

[153] Amerikkalaisessa kirjallisuudessa Clarkin katsotaan pyrkineen ensimmäisenä operationalisoimaan Schumpeterin dynaamisen kilpailun käsitteen kilpailupolitiikan käyttöön. Saksalaisessa kirjallisuudessa näkemystä ei pidetä oikeana. Clark näyttää esittäneen dynaamiseen kilpailuun liittyviä ajatuksia ensimmäisen kerran 1954 julkaistussa artikkelissa. Kuitenkin jo tätä ennen Helmut Arndt oli kehittänyt dynaamisen kilpailun teorian 1952 julkaistussa tutkimuksessaan Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952. Kyseisen teoksen perusteella väittämä näyttäisi pitävän paikkaansa. Arndtilla ensimmäisen vaiheen muodostaa "Wettbewerb der Bahnbrecher", jossa hankintaan merkittävä kilpailuetu esimerkiksi innovaatiolla. Toisessa vaiheessa etumatka pyritään kuromaan umpeen ("Wettbewerb der Nachahmer"). Ks. Arndt (1952) s. 35–43.

[154] Borchert/Grossekettler, Preis- und Wettbewerbstheorie (1985) s. 170–272. Ks. myös Ruffner (1990) s. 109–140.

[155] Borchert/Grossekettler (1985) s. 175–176.

2. *Katteiden normalisoituminen (Renditennormalisierungsfunktion)*: kapasiteetin kasvun nopeutumisen tai hidastumisen seurauksena yrityksen katteet normalisoituvat vastaamaan riskistä puhdistettua keskimääräistä katetta.
3. *Liiallisen markkinavoiman rapautuminen (Übermachtserosionsfunktion)*: markkinoiden rakenteessa tapahtuvien muutosten seurauksena ei synny pysyvää ylivaltaa; markkinavoimaa neutraloi uusien yrittäjien etabloituminen vahvemmalle markkinapuolelle.
4. *Laadullinen edistys (Produktfortschrittsfunktion)*: markkinoilla tuotetaan riittävästi uusia ja laadultaan parempia hyödykkeitä vertailumarkkinoihin verrattuna.
5. *Tuotannollinen edistys (Verfahrensfortschrittsfunktion)*: vertailumarkkinoihin nähden tuotantotekniikka kehittyy riittävän ripeästi.[156]

Borchertin ja *Grossekettlerin* mukaan kilpailuviranomaiset voivat kysymyssarjan perusteella arvioida, painottuvatko kilpailunrajoituksen hyödyt vai haitat. Tarkasteluaika on pitkä. Testin soveltaminen ei kuitenkaan ole ongelmatonta. Vertailumarkkinoiden valitseminen voi olla ongelmallista. Tyypillisesti riitaa aiheutuu siitä, ovatko toiset markkinat vertailukelpoisia. Toisaalta testi perustuu markkinatuloksiin. Markkinatulosten avulla voidaan jälkikäteen arvioida, onko kilpailu ollut toimivaa. Kilpailuasioita käsittelevä lainkäyttöelin joutuu usein ottamaan kantaa kilpailunrajoitukseen ennen kuin siitä aiheutuvat seuraamukset ovat tiedossa, esimerkiksi päättämään poikkeusluvan myöntämisestä kartellikieltoa rikkovalle sopimukselle tai yrityskaupan kieltämisestä. Näiden käytännössä merkityksellisten juttutyyppien osalta markkinatuloksiin aiheutuvasta testistä ei ole ratkaisevaa hyötyä.[157] Verrattuna per se -tyyppisiin sääntöihin markkinatulosten selvittämistä ja niiden vertailua muilla markkinoilla saavutettuihin hyötyihin voidaan pitää myös kalliina ja pitkäkestoisena riidanratkaisumenetelmänä. Positiivisella puolella testi kertoo markkinoiden dynamiikasta olennaisesti enemmän kuin esim. historiallisiin tietoihin perustuvien markkinaosuuksien tarkastelu. Myös esim. *Porterin* mukaan markkinat ovat toimivat, kun niillä on havaittavissa riittävästi liikettä ja innovaatioita.[158] Kilpailun toimivuutta ei tulisi pyrkiä mittaamaan niinkään sillä, kuinka lähellä hinnat ovat rajakustannuksia, vaan ennemminkin sillä, mikä on markkinoiden innovatiivisuuden aste.

---

[156] Kysymykset 1,2, 4 ja 5 ovat dynamisoituja markkinatulostestejä, kysymys 3, dynamisoitu markkinarakennetesti.
[157] Samansuuntaisesti Ruffner, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision (1995) s. 178.
[158] Ks. Porter (2001).

8.3 ARVIOINTIA

Kilpailuoikeudellisen päätöksenteon näkökulmasta dynaamisten teorioiden vahvuus on niiden suurempi realistisuus ja painottuminen niihin tilanteisiin, joissa markkinavoimasta voi aiheutua todellista vahinkoa. Heikkous staattisiin teorioihin verrattuna on heikompi operationalisoitavuus. Staattinen tarkastelu, esimerkiksi täydellisen kilpailun teoria, antaa kilpailuviranomaiselle konkreettisen analyysikehikon, jonka avulla kilpailunormin toteutumista voidaan selvittää.[159] Toisaalta tiettyyn hetkeen sidottu yksidimensionaalinen tarkastelu ei kerro, mihin suuntaan markkinat ovat kehittymässä. Dynaamisissa teorioissa tämä puute pyritään korvaamaan kiinnittämällä päähuomio kilpailuprosessiin. Suurimmaksi ongelmaksi näyttäisi muodostuvan kehityksen ennakoimisen vaikeus. Selvittämällä markkinoiden rakennetekijöitä voidaan laatia ennusteita. Rakenteelliset tekijät muodostavat kuitenkin vain yhden relevantin tekijän. Markkinavoimaisen yrityksen asemaan vaikuttavat vähintään yhtä suuressa määrin monet muut tekijät, kuten yritysjohdon onnistuminen tehtävässään, kilpailijoiden vastareaktiot, talouspolitiikassa tapahtuvat muutokset, makrotaloudelliset suhdanteet, pörssi- ja valuuttakurssit, muotien ja trendien muuttuminen, tekninen kehitys, hyvä tai huono onni. Dynaaminen tarkastelu tuo kilpailuanalyysiin realismia: se että yrityksellä nyt on määräävä asema, ei takaa sitä, että yrityksellä on sama markkina-asema vielä kolmen vuoden kuluttua. Toisaalta dynaaminen teoria ei myöskään itse vastaa tuohon kysymykseen. Dynaamista kilpailua rasittaa sama epämääräisyys kuin toimivan kilpailun teoriaa.[160]

Voidaan esittää varsin erilaisia käsityksiä siitä, miten kilpailun dynamiikka tulisi ottaa huomioon kilpailupolitiikan muotoilussa. Johtopäätökset ovat vaihdelleet mittausvälineiden dynamisoinnista aina kilpailupolitiikan alasajamiseen. Kiistattomana johtopäätöksenä on staattisen tarkastelun riittämättömyys. Rationaalissa kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa staattista relevanttien markkinoiden määrittelyä ja markkinaosuuksien laskemista täydennetään dynaamisella kysymyksenasettelulla: voidaanko markkinavoimaa väärinkäyttää ilman asiakkaiden ja kilpailijoiden haitallista vastareaktiota ja onko markkinavoiman pitkäaikainen säilyminen todennäköistä. Voidaan puhua myös markkinoiden koeteltavuudesta *(contestability)*.

---

[159] Arvioisin tämän olevan keskeisin syy sille, miksi täydellisen kilpailun malli edelleen on keskeisessä käytössä kilpailunrajoitusten analyysivälineenä, vaikka mallin epärealistisuus yleisesti myönnetään.

[160] Masonin parodian mukaan kilpailuteoreettisessa kirjallisuudessa on esitetty suunnilleen yhtä monta "tehokkaan" tai "toimivan" kilpailun määritelmää kuin maailmasta löytyy tehokkaita ja toimeliaita ekonomisteja: "[...] there are as many definitions of "effective" or "workable" competition as there are effective or workable economists." Mason, Economic Competition and the Monopoly Problem (1957), s. 381; siteerattu Mantzavinos, Wettbewerbstheorie (1994), s. 32–33, alaviite 40.

9. Harvardin koulukunta

Harvardin koulukunnan tutkimusohjelmaa voidaan luonnehtia strukturalistiseksi. Tunnettuja nimiä ovat esim. *Edward Mason, J.S. Bain, F.M. Scherer, William Shepherd, Ingo Schmidt ja Erhard Kantzenbach.*[161] Yritysten markkinavoimaa lähestytään epäsuorasti markkinoiden rakenteen kautta selvittämällä tutkimuksen kohteena olevan yrityksen asema relevanteilla markkinoilla. Jos markkinat ovat erityisen keskittyneet, hintataso ja yrityksen voitot ovat keskimääräisiä korkeampia. Markkinavoima nähdään haitallisena, sillä se aiheuttaa allokatiivisen tehokkuustappion ja tulonsiirron kuluttajilta markkinavoimaisille yrityksille. Markkinavoimaa ei voida yleisesti perustella tehokkuuseduilla, sillä yritykset pystyvät tehostamaan tuotantoaan myös ilman tarvetta tehdä järjestelyjä, jotka keskittävät markkinarakennetta hintoja nostavalla tavalla. Harvardin koulukunnassa *kilpailupolitiikan keskeisin tehtävä on markkinavoiman torjuminen.* Toimenpideohjelma pitää sisällään kartellikiellon, tiukahkon yrityskauppavalvonnan sekä markkinavoiman väärinkäytön johdonmukaisen sanktioinnin. Liialliset valta-asemat on purettava antamalla viranomaisille valtuudet pilkkoa yrityksiä. Vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin on niinikään suhtauduttava ankarasti, sillä niiden avulla markkinavoimaa voidaan ulottaa tuotantoportaalta toiselle senkin jälkeen, kun hyödyke on vaihtanut omistajaa.

Merkittävä osa harvardilaisista omaksui workability-konseptin kilpailupoliittiset tavoitteet lähtökohdakseen ja ryhtyi tarkastelemaan niiden toteutumista SCP-hypoteesin avulla.[162] Nykyään osa harvardilaisista, joihin tässä luetaan myös New Industrial Economics -suuntauksen edustajat, pitää edelleen lähtökohtanaan workability-ajattelua. Chicagolaiset ja osa harvardilaisista toimialatutkijoista hylkää Schererin laajan tavoitelistan ja rajaa kilpailupolitiikan tavoitteet olennaisesti suppeampaan tehokkuustarkasteluun.[163] Tavoitelistaa luonnehditaan epämääräiseksi ja arvostuksia edellyttäväksi, joiden tekeminen

---

[161] Rajanveto toimivan kilpailun koulukuntaan on jossain määrin liukuva. Esimerkiksi Saksassa Kantzenbachin edustamaa suuntausta kuvataan nimellä optimale Wettbewerbsintensität tai Funktionsfähiger Wettbewerb. Ks. esim. Mantzavinos (1994) s. 29, 96.

[162] Toimialan taloustiede pitää sisällään laajemman kokonaisuuden, joka koostuu empiirisistä tutkimuksista (esim. mark up -tutkimukset, markkinaprosessien kuvaaminen, yrityksen teoria, hintateorian sovellutuksia, kilpailupolitiikka empiiristen havaintojen pohjalta). Tutkimusote on positiivinen. Tehtävänä nähdään markkinoilla havaittavien syy- ja seuraussuhteiden selvittäminen, joskin tutkimustulosten perusteella luonnollisesti voidaan tehdä normatiivisia johtopäätöksiä ja antaa politiikan sisältöä koskevia suosituksia.

[163] Mainittakoon, että Scherer käsittelee sanotun oppikirjan vuodelta 1990 olevassa painoksessa toimivaa kilpailua enää muutamalla sivulla. Ks. Scherer/Ross (1990) s. 52–55.

kuuluu poliitikoille, ei tiedemiehille.[164] Allokatiivisiin, produktiivisiin ja dynaamisiin tehokkuusvaikutuksiin rajoittuva kilpailupolitiikan taloustieteellinen tutkiminen on sikäli yksinkertaisempaa, että workability-konseptiin implisiittisesti sisältyvät vapauteen ja tulonjaon oikeudenmukaisuuteen viittaavat kriteerit rajataan tutkimuskehikon ulkopuolelle.[165] Tutkimuskohdetta voidaan mallintaa matemaattisesti. Voidaan keskittyä tarkasteluun, jossa resurssien optimaalista allokaatiota ja produktiivisen tehokkuuden kasvua verrataan keskenään.[166]

9.1 SCP-MALLI

Harvardilaisessa ns. Mainstream Industrial Organization -tutkimuksessa[167] selvitetään markkinoiden rakenteen, markkinakäyttäytymisen ja markkinatulosten välisiä vuorovaikutussuhteita. *SCP-paradigman* (structure, conduct, performance) mukaan tietynlaisesta markkinarakenteesta seuraa tietynlaista markkinakäyttäytymistä ja tiettyjä markkinatuloksia.[168] Markkinavoiman torjumisen tarpeellisuutta perustellaan statistisilla otantatutkimuksilla, jotka näyttävät yritysten keskimääräisten voittojen kasvavan markkinarakenteen keskittymisen myötä. Teorian mukaan monopolivoittojen todennäköisyys kasvaa markkinaosuuden noustessa. Positiivinen korrelaatio markkinaosuuden ja voittojen kasvun välillä hyväksytään nykyään laajalti.[169] Sitä vastoin kiistanalaista on se, johtuuko voittojen kasvu kilpailullisen hintatason ylittävästä hinnoittelusta (Harvard) vai suurten yritysten suuremmasta tehokkuudesta (Chicago).

---

[164] Vapauden ja oikeudenmukaisuuden rajaamista tutkimuksen ulkopuolelle voidaan perustella puhtaan tieteellisin argumentein. Voidaan todeta, että vapauden ja oikeudenmukaisuuden tavoittelu kilpailupolitiikassa on sinänsä mahdollista tai jopa suositeltavaa, mutta että niitä ei voida tutkia taloustieteellisesti. Toisen argumentaatiolinjan mukaan kilpailupolitiikan kaltaisessa markkinoiden sääntelyssä tulee keskittyä niille luontaisiin tehokkuuskysymyksiin. Tulonjaon oikeudenmukaisuus toteutetaan luontevammin muilla politiikoilla, kuten verotuksella ja sosiaalisilla tulonsiirroilla.

[165] Näin tutkijan ei tarvitse ottaa nimenomaisesti kantaa arvostuskysymyksiin. Toisaalta mikäli tutkimuksen perusteella esitetään politiikkasuosituksia, tarkastelun rajaaminen tehokkuusvaikutuksiin pitää sisällään implisiittisen arvovalinnan.

[166] Voidaan myös esittää arvioita siitä, milloin dynaaminen tehokkuus on allokaatiota merkittävämpi tekijä. Puhtaassa tehokkuustarkastelussa kielletyiksi tulevat ainoastaan sellaiset kilpailunrajoitukset, joiden kokonaisuutena arvioidaan vähentävän taloudellista tehokkuutta. Sallituiksi tulevat ne, joiden osalta saldon arvioidaan olevan positiivinen.

[167] Ks. harvardilaisuudesta esim. Scherer/Ross (1990) s. 4. ss., 97 ss.; Ruffner (1990) s. 155–234; Ks. toisaalta Mantzavinos (1994) s. 23–41, joka käsittelee harvardilaisuutta ja toimivan kilpailun teoriaa yhdessä.

[168] Ks. SCP-mallista esim. Ferguson/Ferguson (1994) s. 13–37; Scherer/Ross (1990) s. 4–14.

[169] Tätä kysymystä käsitellään yksityiskohtaisemmin myöhemmin markkinavoiman hyvinvointivaikutusten tarkastelun yhteydessä.

Niin sanotun *keskittymis-kolluusiohypoteesin* mukaan tiukan oligopolistinen markkinarakenne edesauttaa nimenomaisen tai implisiittisen hintayhteistyön syntymistä kilpailijoiden välille. Kolluusiolla tarkoitetaan tässä yhteydessä sekä kiellettyä yhdenmukaistettua toimintaa eli kartelleja että kiellon ulkopuolelle jäävää yhdenmukaista toimintaa eli kilpailijoiden seuraamista. Mitä korkeampi suurimpien yritysten yhteinen markkinaosuus on, sitä korkeammaksi hintatason markkinoilla oletetaan muodostuvan. Markkinoilla toimivien yritysten lukumäärän pieneneminen myös helpottaa kartellin ylläpitämistä mm. siksi, että pelureiden väheneminen helpottaa kartellin hallinnointia ja salaamista viranomaisilta sekä salaisten hinnanalennusten havaitsemista. Markkinoiden keskittymisen arvellaan nostavan hintatasoa kuluttajien vahingoksi.

Rakenteellisen valvonnan painottamista perustellaan tutkimuksilla, joiden mukaan optimaalinen yrityskoko saavutetaan tyypillisesti ennen kuin markkinavoimasta alkaa aiheutua haittaa. Tehokkaan kilpailupolitiikan ei nähdä olevan ristiriidassa yritysten tavoitteleman produktiivisen tehokkuuden lisäyksen kanssa. Pitkäaikaisesti vaikuttava markkinavoima johtaa taloudelliseen tehottomuuteen. Hintojen noustessa tuotannon määrä vähenee, jolloin seurauksena on allokatiivinen tehokkuustappio (*deadweight loss*). Määräävässä asemassa oleva yritys voi toimia tehottomasti esim. kasvattamalla hallintokulujaan (ns. *X-tehottomuus*) ja hukata tarpeettomasti resursseja markkina-asemansa puolustamiseen (rent seeking). Haittana on myös tulonsiirto kuluttajilta markkinavoimaisille yrityksille. Markkinavoiman haitat eivät rajoitu taloudellisiin tekijöihin. Toinen keskeinen syy torjua markkinoiden keskittymistä on yhteiskuntapoliittinen. Suuryritysten vallan kasvamisen uskotaan heikentävän pienyritysten toimintaedellytyksiä ja luovan riskin poliittisen päätöksentekomekanismin häiriintymisestä.

Paradigman piirissä on tekijöitä, joiden relevanssin osalta vallitsee laaja yksimielisyys. Rakenteellisista tekijöistä näitä ovat tarjoajien lukumäärä, tuotedifferointi, kysyjien lukumäärä ja alallepääsyn esteet. Markkinakäyttäytyminen koskee ennen muuta hinnoittelua, tuotestrategiaa, tutkimusta ja tuotekehittelyä ja mainontaa. Markkinatuloksiin luetaan allokatiivinen, produktiivinen ja dynaaminen tehokkuus, työllisyysaste ja tulonjako. Markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen välillä nähdään ainakin lyhyellä aikavälillä luoteeltaan deterministinen kausaalisuhde. Markkinakäyttäytymisen oletetaan vaikuttavan positiivisesti tai negatiivisesti markkinatuloksiin. Nykyisellään myöskään ns. käännettyä kausaliteettia ei kiistetä. Yritysten käyttäytyminen voi vaikuttaa pitkällä aikavälillä ainakin heikosti markkinarakenteeseen. Markkinoita ei nähdä muusta yhteiskunnasta erillisenä umpiona, vaan markkinoiden toimintaan vaikuttavat myös oikeudelliset, taloudelliset ja sosiaaliset perusolosuhteet (*conditioning factors*).

9.2 ALALLEPÄÄSYN ESTEIDEN LAAJA TULKINTA

Harvardilaisessa tutkimuksessa alusta alkaen keskeisellä sijalla on ollut alallepääsyn esteiden selvittäminen. *J. S. Bainin* keskeinen oivallus oli se, ettei markkinavoimaa voida ainakaan pitkällä aikavälillä hyödyntää ilman alallepääsyn esteitä. Kirjassaan *Barries to New Competition* (1956) Bain loi perustan lähestymistavalle, jossa yritysten voittojen kasvamista selitetään kilpailijoiden kohtaamilla rakenteellisilla esteillä aloittaa tai laajentaa toimintaansa samoilla markkinoilla. Alallepääsyn esteen käsitettä tulkitaan laajasti. Alallepääsyn esteillä tarkoitetaan kaikkia oikeudellisia tai taloudellisia tekijöitä, jotka rajoittavat kilpailijoiden pääsyä markkinoille.

Bainin mukaan[170] alallepääsyä rajoittavat

1. *absoluuttiset kustannusedut*, esim. patentit, etabloituneiden yritysten alemmat rahoituskustannukset tai kilpailijoita edullisempi raaka-aineiden hankinta;
2. *mittakaavaedut*, esim. markkinajohtajan suurempi tehdas, jollaiset potentiaalinen kilpailija voisi saavuttaa vain huomattavalla hintariskillä;
3. *tuotedifferointi*, joka on seurausta etabloituneiden yritysten investoinneista laatuun, tuotemerkkiin, asiakaspiiriin ja goodwilliin.

Markkinoille etabloituneet yritykset voivat nauttia absoluuttisista kustannuseduista verrattuna uusiin tulokkaisiin. Esteitä aiheutuu myös tuotedifferoinnista ja mittakaavaeduista. Relevantteja ovat myös alalta poistumisen esteet. Uponneilla kustannuksilla tarkoitetaan investointeja, joita ei saada takaisin poistuttaessa markkinoilta. Esimerkiksi terästehtaan perustajan täytyy ottaa huomioon se, että investointia ei voida käyttää mihinkään muuhun tarkoitukseen, mikäli toiminta myöhemmin käy esim. hintakilpailun kiristymisen tai ylikapasiteetin vuoksi kannattamattomaksi. Investointia harkitseva potentiaalinen kilpailija joutuu siten ottamaan huomioon paitsi suoranaiset (vaihtoehtois)kustannukset, myös alalle tulon epäonnistuessa realisoituvat tappiot. Keskittyneillä markkinoilla kilpailijoiden kohtaamat liikkuvuuden esteet ovat suurin yksittäinen ylihinnoittelun selittävä tekijä. Mitä korkeampia ovat esteet, sitä suuremmaksi eron tuotantokustannusten ja markkinoilla tosiasiallisesti perittyjen hintojen välillä oletetaan muodostuvan. Alallepääsyn esteiden korkeutta voidaan mitata suhteellisesti sillä, kuinka paljon markkinoilla toimivat yritykset voivat ylittää tuotantokustannuksensa. *Bainin* teoria näytti luovan solidin perustan rakenteelliselle valvonnalle.

---

[170] Ks. Bain (1956) s. 14 ss.; ks. myös esim. Ruffner (1990) s. 188–211; Hovenkamp (1999) s. 39–42; P. Virtanen (2001) s. 72–114.

Amerikkalaisen harvardilaisuuden saksalaisena vastineena voidaan pitää *Erhard Kantzenbachin* 1960-luvun puolivälissä esittämää toimivan kilpailun mallia *(funktionsfähiger Wettbewerb)*. Kantzenbachilla kilpailun tehtävänä on edistää viittä keskeistä yhteiskuntapoliittista päämäärää: 1) oikeudenmukainen tulonjako, 2) tarjonnan optimaalinen allokoituminen, 3) tuotantopanosten ohjaaminen, 4) sopeutuminen talouden muutoksiin ja 5) tekninen edistys. Kilpailufunktioista kolme ensimmäistä ovat staattisia ja kaksi viimeistä dynaamisia. Kilpailu nähdään keinona näiden tavoitteiden saavuttamiseksi (instrumentalismi). Analyysivälineenä käytetään SCP-paradigmaa. Kilpailu nähdään sarjana reaktioita ja vastareaktioita. *Clarkin* dynaamista teoriaa myötäillen otetaan käyttöön *optimaalisen kilpailuintensiteetin* käsite (optimaler Wettbewerbsintensität), jolla tarkoitetaan nopeutta, jolla pioneeriyritysten etumatka kurotaan umpeen. Kilpailuintensiteetti määräytyy tarjoajien lukumäärän ja markkinoiden epätäydellisyyden asteen perusteella. Epätäydellisyysaste määräytyy kahden tekijän, tuotannon homogeenisuuden/ heterogeenisyyden ja markkinoiden läpinäkyvyyden/läpinäkymättömyyden perusteella. Mitä suurempi tarjoajien lukumäärä ja mitä epätäydellisempiä markkinat, sitä pienempi kilpailuintensiteetti. Kilpailuintensiteetti nousee tarjoajien lukumäärän vähetessä, jos samanaikaisesti hyödykkeiden homogeenisyys ja markkinoiden läpinäkyvyys lisääntyvät. Teoriassa kilpailuintensiteetti olisi voimakkain homogeenisessä duopolissa. Tällöin ei kuitenkaan oteta huomioon kilpailunrajoitusten riskin lisääntymistä markkinoiden keskittyessä. Kilpailuintensiteetti on liian voimakas, mikäli innovaation tehnyt yritys ei ehdi saada takaisin tekemäänsä investointia, jolloin insentiivit tutkimukseen ja tuotekehittelyyn vähenevät. Toisaalta kilpailuintensiteetin ollessa liian heikko yrityksillä on markkinavoimaa, jota väärinkäytetään kuluttajien vahingoksi. Kantzenbachin pääväittämä oli, että optimaalinen kilpailuintensiteetti on löydettävissä laajoista oligopoleista, joissa hyödykkeet ovat suhteellisen homogeenisia ja markkinoiden transparenssi suhteellisen korkea. Optimaaliseen kilpailuintensiteettiin tulee pyrkiä erityisesti rakenteellisilla keinoilla, yrityskauppavalvonnalla ja liian suurten valtakeskittymien pilkkomisella.[171] Kantzenbachin teoria sai Saksassa vastakaikua 1960-luvun lopulla vaikuttaen mm. yrityskauppavalvonnan omaksumiseen 1974. Teoria joutui sittemmin voimakkaan kritiikin kohteeksi.[172] Vaatimusta laajojen oligopolien ottamisesta kilpailupolitiikan ohjenuoraksi pidetään liiallisena yleistyksenä, joka ei päde läheskään kaikilla markkinoilla. Teoriassa operoidaan vain muutamalla rakenteellisella tekijällä. Todelliset markkinat ovat paljon monimutkaisempia. Nykyään Saksassa teoriaa pidetään suhteellisen yleisesti kumottuna.[173] Se on kuitenkin mielenkiintoinen yritys operationalisoida workability-teoriaa. Teoriaa on sittemmin yritetty revidoida.[174]

---

[171] Ks. Kantzenbach (1967) s. 38, 40, 87 ss. Ks. myös Kantzenbach/Kallfass (1981) s.108–110; Mantzavinos (1994) s. 96–108.
[172] Ks. esim. Kantzenbach/Kallfass (1981) s. 110; Mantzavinos (1994) s. 103.
[173] Ks. esim. Mantzavinos s. 105; Olten (1998) s. 96–97; Schmidt (1999) s. 11–14.
[174] Ks. Zolnhöfer (1991). Ks. myös esim. Mantzavinos (1994) s. 105–108.

9.3 SCP-LÄHESTYMISTAVAN MONIPUOLISTUMINEN

Vanhemmassa harvardilaisessa kirjallisuudessa markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen välinen vuorovaikutussuhde nähtiin determistisesti. Alkuperäisen ns. *strukturalistisen* suuntauksen mukaan markkinoiden keskittymisasteesta seurasi varsin suoraviivaisesti sille tyypillinen käyttäytyminen; mitä keskittyneemmät markkinat, sen pahempi. Kilpailulainsäädännön pääasiallisena tehtävänä nähtiin markkinoiden keskittymisen estäminen ja markkinavoiman torjuminen. Strukturalistisena voidaan pitää myös saksalaisen *Kantzenbachin* teesiä, jonka mukaan edullisin markkinarakenne olisi löyhä oligopoli. Kantzenbach perustelee näkemystään otollisena pitämällään rivaliteetin ja markkinavoiman kombinaatiolla. Täydellisen kilpailun vallitessa yritykset ovat liian pieniä panostamaan riittävästi tutkimukseen ja tuotekehittelyyn. Yrityksillä ei ole siihen myöskään riittävästi kiihokkeita, sillä kilpailijan panostus ei näy suoranaisesti oman myynnin putoamisena eikä omalla panostuksella voida vallata tuntuvia markkinaosuuksia. Sen sijaan löyhässä oligopolissa rivaliteetti ja markkinavoima ovat balanssissa. Yritysten aloitteet, reaktiot ja vastareaktiot kiihdyttävät kilpailun otolliseen vauhtiin. Markkinat eivät kuitenkaan ole yhtä keskittyneet kuin tiukassa oligopolissa, jolloin kartellisoitumisen riski kasvaa liian suureksi. Kilpailupolitiikalla tulee edistää löyhien oligopolien syntymistä ja torjua tiukat oligopolit yrityskauppavalvonnalla ja pilkkomisvaltuuksilla.

Markkinoiden rakennetta voidaan tarkastella senhetkisestä tilanteesta tai prosessina. SCP-mallia on usein arvosteltu *staattisuudesta*, sillä yritysten lukumäärää markkinoilla arvioidaan staattisesti, ikään kuin annettuna suureena kiinnittämättä riittävästi huomiota markkinarakenteen muutoksen syihin. Dynaamisesta näkökulmasta markkinarakenne muuttuu yritysten kustannusrakenteen muuttuessa. Mikäli suuremmalla yrityskoolla on saavutettavissa tehokkuushyötyjä, yritykset kasvattavat kokoaan yrityskaupoilla. Milloin taas pienen koon tuomasta joustavuudesta on hyötyä, ilmaantuu diffuusiokehitystä. Huolimatta laajasta tutkimustoiminnasta taloustieteessä ei toistaiseksi ole saavutettu varmoja tutkimustuloksia siitä, mistä keskittymisasteesta alkaen markkinoiden keskittyminen alkaa aiheuttaa tehokkuustappioita. Ilmeisesti kriittinen keskittymisaste vaihtelee alakohtaisesti.[175] Annettuun vastaukseen vaikuttaa myös tehokkuustappiolle annettava määritelmä. Pidetäänkö haittana keskittymällä

[175] Uudemmassa harvardilaisessa kirjallisuudessa aiemmat statistiset kansantaloutta koskevat otannat on korvattu toimialakohtaisilla ("line of business") tutkimuksilla. Näiden toisen polven tutkimusten mukaan kilpailua eivät ohjaa niinkään markkinoiden keskimääräinen keskittymisaste vaan pikemminkin yksittäisten yritysten relevanteilla markkinoilla pitämät markkinaosuudet, tuotedifferoinnin aste ja alallepääsyn esteet. Ylisuuria voittoja näyttävät yleensä keräävän määräävässä asemassa olevat yritykset, eivät niinkään keskittyneillä markkinoilla toimivat pienyritykset. Scherer tekee tutkimuksista sen johtopäätöksen, että Yhdysvalloissa ylisuuria voittoja tuottavat etupäässä markkinajohtajat. Ks. Scherer/Ross (1990) s. 446–447.

saavutettavan tuotannollisen tehokkuushyödyn ylittävää allokatiivista tehokkuustappiota vaiko kuluttajahintojen nousua?

Chicagon koulukunta on kritisoinut voimakkaasti SCP-hypoteesin taustalla olevaa determinististä ajattelua.[176] Kritiikkiä voidaan pitää perusteltuna, mikä on nyttemmin myönnetty myös harvardilaisten tutkijoiden piirissä. Perinteistä keskittymis-koluussiohypoteesia voidaan pitää vanhentuneena, sillä syy-seuraussuhteet ovat mallia monimutkaisemmat. Markkinarakenne ja markkinakäyttäytyminen vaikuttavat toisiinsa monimutkaisessa vuorovaikutussuhteessa. Uudemman, lievennetyn SCP-paradigman mukaan keskittynyt markkinarakenne luo edellytykset tai riskin kolluusion syntymiselle yksittäistapauksessa. Uudemmassa, toisinaan *New Industrial Economics* -tutkimukseksi kutsutussa suuntauksessa[177] kiinnitetään aiempaa enemmän huomiota markkinoiden dynamiikkaan, potentiaaliseen kilpailuun ja toisaalta määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksiin vaikeuttaa uusien yritysten alallepääsyä. SCP-paradigman kannattajat pitävät kuitenkin kiinni siitä, että markkinoiden rakenteen perusteella tehtävät johtopäätökset pitävät keskimäärin paikkaansa, vaikkakin yksittäistapauksissa yritysten käyttäytyminen voi johtaa toisenlaiseen lopputulokseen.[178] Markkinarakenteen ja markkinakäyttäytymisen välisen vuorovaikutussuhteen monimuotoisuus[179] todetaan nykyään standardinomaisesti paitsi taloustieteellisissä esityksissä, myös oikeustieteellisissä tutkimuksissa.[180] Johtopäätöksestä seuraa mm. se, ettei tietynlaisen markkinarakenteen voida automaattisesti olettaa johtavan tietynlaiseen markkinakäyttymiseen, esim. oligopolin aina nimenomaiseen tai hiljaiseen kolluusioon. Kritiikillä on merkitystä myös yhden yrityksen määräävän aseman kannalta. Korkea markkinaosuus ei todista määräävää asemaa, jos yritys ei voi nostaa hintojaan menettämättä asiakkaita kilpailijoilleen.

Erityisen mielenkiinnon kohteeksi ovat nousseet *strategiset kilpailukeinot.* Markkinavoimainen yritys voi pyrkiä nostamaan kilpailijoiden kohtaamia alallepääsyn esteitä.[181] Yrityksen muokatessa aktiivisesti kilpailuolosuhteita yksi-

---

[176] Chicagolaisen ajattelun mukaan tietty markkinarakenne seuraa tietynlaisesta käyttäytymisestä, ei toisinpäin, kuten harvardilaiset olettavat. Chicagolaiset katsovat määräävän markkina-aseman syntyvän yleensä kilpailijoita suuremman tehokkuuden seurauksena. Toisaalta määräävää asemaa ei ole mahdollista ylläpitää ilman tehokkuusetuja. Chicagolaiset pitävät harvardilaista kolluusiohypoteesia virheellisenä tai ainakin todistamattomana.

[177] Tutkimussuuntauksen määrittelystä kotimaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa ks. Timonen (1997) s. 212.

[178] Ks. esim. Shepherd (1997) s. 3–31.

[179] Ks. esim. Burton (1994) s. 18; Ferguson/Ferguson (1994) s. 16, 18.

[180] Ks. esim. Timonen (1997) s. 231, jossa viitataan edellisessä alaviitteessä mainittuun Fergusonin ja Fergusonin teokseen.

[181] Esimerkiksi saalistushinnoittelua voidaan käyttää paitsi perinteisen teorian mukaiseen kilpailijan markkinoilta ajamiseen, myös keinona luoda todellisia tai todentuntuisia uhkia potentiaalisille kilpailijoille. Potentiaalisen kilpailijan alalletulo voidaan pyrkiä estämään myös muu-

suuntainen markkinoiden ymmärtäminen (rakennetulokset) korvautuu kehämäisellä kausaliteetilla jossa rakenne ja tulokset vaikuttavat molemmat toisiinsa. Vastaavasti kilpailupolitiikassa markkinavoiman väärinkäyttökiellon osalta keskeiseksi kysymykseksi muodostuu kilpailijoiden markkinoillepääsyn estämiseen tähtäävien väärinkäyttömuotojen sanktiointi. Seurauksena on siirtymä markkinavoiman kohtuuttoman hyväksikäytön estämisestä sen turvaamiseen, ettei määräävässä asemassa oleva yritys omin toimenpitein entisestään heikennä kilpailuprosessin itseohjautuvuutta.

---

ten kuin hinnoittelun avulla (non-price predatory strategies). Strategiset markkinoille pääsyn esteet ovat mahdollisia ainoastaan, mikäli markkinoille pääsy on rakenteellisesti rajoittunutta tai markkinajohtaja nauttii asymmetrisen tilanteen luovasta määräaikaisesta edusta, esimerkiksi immateriaalioikeudesta. Määräävässä asemassa oleva yritys voi esimerkiksi yli-investoida tuotantokapasiteettiin, tiettyihin innovaatioihin tai vertikaaliseen integraatioon. Tavoitteena on nostaa kilpailijoiden alalle tulon kustannuksia ja luoda sillanpääasema, jota tiedetään puolustettavan. Alallepääsyn edellytykset ovat siten määräävässä asemassa olevien yritysten manipuloitavissa. Strategista kilpailua käsitellään yksityiskohtaisemmin markkinavoiman teoreettisen tarkastelun yhteydessä.

10. Chicagon koulukunta

Chicagon koulukunta[182] voidaan nähdä vastavetona Harvardista lähtöisin olevalle varsin tiukalle kilpailupolitiikalle, jota Yhdysvalloissa harjoitettiin 1960-luvulla. Koulukunnan tunnettuina edustajina voidaan mainita *Aaron Director, Richard A. Posner, George Stigler, Robert Bork, Harold Demsetz ja Milton Friedman*. Chicagon koulukunta kritisoi voimakkaasti SCP-hypoteesin taustalla olevaa determinististä ajattelua; harvardilaiset yliarvioivat alallepääsyn esteitä. Chicagon koulukunta kiistää SCP-hypoteesin paikkansapitävyyden. Yritysten voittojen kyllä myönnetään nousevan markkinaosuuksien kasvun myötä. Tämä ei kuitenkaan johdu markkinavoimasta, kuten harvardilaiset väittävät, vaan suuryritysten suuremmasta tehokkuudesta[183]. Yritykset kasvavat suuriksi juuri tehokkuuden ansiosta ja syrjäyttävät tehottomat kilpailijat tieltään (survival of the fittest).[184] Oligopoliteoriassa nähdään vakavia puutteita. Vastoin harvardilaisten oletusta markkinarakenteen keskittyminen ei mitenkään automaattisesti nosta hintatasoa.[185] Bork näkee oligopoliteorian sarjana fragmentteja ja ristiriitaisia hypoteeseja, joiden varaan oligopolien syntymistä estävää tai niiden pilkkomisen mahdollistamaa lainsäädäntöä ei voida rakentaa.[186] Yrityskaupat nähdään haitallisina vasta niiden johtaessa monopoliasemaan.[187] Yrityskauppoja ei yleensä tehdä markkinavoiman lisäämiseksi vaan tehokkuussyistä.[188] *Posner* näkee tarpeen puuttua oligopoleihin selvästi suurempana kuin

---

[182] Ks. Chicagon koulukunnan osalta yleisesti esim. Stigler (1968) s. 5 ss.; Posner (1979) ja (2001); Bork (1978, 1993) s. 98; Godek (1998); Ruffner (1990) s. 85–108; Mantzavinos (1994) s. 42–55; Schmidt/Rittaler (1986).

[183] Stiglerin mielestä ylipäätään Industrial Organization on heikennetty painos hintateoriasta, ei juuri muuta.

[184] Ks. Stigler (1968) s. 72 ss.

[185] Ks. Demsetz (1976) s. 372, 374.

[186] Ks. Bork (1978) s. 102: "The lack of rigor in that theory may be suggested by the observation that there appear to be about as many oligopoly theories as there are economists who have written about the subject".

[187] "Monopolilla" (monopoly) tarkoitetaan yhdysvaltaisessa kilpailuoikeudessa yritystä, jolla on mahdollisuus nostaa hintoja tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Termi voitaneen varovasti rinnastaa eurooppalaisen kilpailuoikeuden käsitteeseen "määräävä asema, joka merkittävästi estää kilpailua".

[188] Jyrkän linjan chicagolaiset, esim. Bork, kiistävät ylipäätään, että yrityskauppojen motiivina voisi olla markkinavoiman lisääminen. Maltillisemmat chicagolaiset, joista johtavana nimenä on nostettava esiin Richard A. Posner, pitävät selvänä, että yrityskaupoilla voi olla kumpainenkin motiivi. Markkinavoiman torjuminen on tarpeen paitsi allokatiivisen tehottomuustappion estämiseksi, myös siksi, että yritykset haaskaavat resursseja pyrkiessään monopoliasemaan ja puolustaessaan sitä keinotekoisesti (rent seeking).

Bork. Posner ehdottaa oligopoliteorian täysimääräistä hyödyntämistä kartellien tuomitsemiseksi taloudellisen näytön perusteella.[189] Yrityskauppoihin ei tule puuttua, jos kaupan jälkeen neljän suurimman yrityksen yhteenlaskettu markkinaosuus on alle 60 %; kaupan kieltämisen edellytyksenä on, että keskittymisen voidaan arvioida johtavan kolluusioon.[190] Myös Posner vastustaa oligopolien pilkkomista.[191]

10.1 TOIMENPIDEOHJELMA

Chicagolaisten ei voida katsoa edustavan kilpailupolitiikan alas ajamista, toisin kuin kärkevimmässä koulukunnan kritiikissä on väitetty.[192] Ero harvardilaisuuteen on kuitenkin käsin kosketeltava. Chicagolainen kilpailupolitiikka voidaan tiivistää seuraavaan toimenpideohjelmaan, jossa kyse on eräänlaisesta mediaanista. Yksittäisten koulukunnan edustajien mielipiteet vaihtelevat:[193]

1. kilpailupolitiikassa tulee keskittyä kartellien torjumiseen, koska niiden haitat ovat suurimpia ja hyödyt vähäisimpiä;
2. yrityskauppavalvonnassa tulee panostaa markkinoita merkittävästi keskittävien horisontaalisten yrityskauppojen torjuntaan; vertikaalisten ja konglomeraattien kauppojen valvonnasta tulee luopua; osittain yrityskauppavalvonnan tarpeellisuus kiistetään;
3. vertikaalisten kilpailunrajoitusten valvonnasta tulee luopua; alue- ja asiakasrajoitukset eivät rajoita kilpailua; määrähintakielto tulee kumota;
4. markkinavoiman väärinkäyttökiellosta tulee luopua, Yhdysvalloissa tämä merkitsi vaatimusta Sherman Actin monopolisoitumiskiellon kumoamisesta;
5. kilpailuviranomaisten voimavarat tulee keskittää julkisen vallan aiheuttamien kilpailunrajoitusten torjuntaan, tehokkainta kilpailupolitiikkaa on deregulaatiopolitiikka.

Kilpailupolitiikalla tulee puuttua vain sellaisiin kilpailunrajoituksiin, joiden seurauksena tuotanto rajoittuu ja hinnat nousevat. Taloudellinen valta, kauppakumppanin aseman heikentyminen tai oikeudenmukaisuusnäkökohdat eivät oikeuta kilpailuoikeudellista interventiota, ellei allokatiivinen tehokkuus samalla heikkene. Kilpailuoikeus nähdään mikrotaloustieteen soveltamisena käytäntöön.

---

[189] Ks. Posner (2001) s. 60–93.
[190] Ks. Posner (2001) s. 131–133.
[191] Ks. Posner (2001) s. 101–117.
[192] Vrt. esim. Schmidt/Rittaler (1986) s. 98–100.
[193] Ks. Bork (1978, 1993) s. 406; Posner (2001) s. 259–265.

Chicagon koulukunnan myötä neoklassinen hintateoria kokee uuden tulemisen. Hintateorian hyödyntämistä kuvaa hyvin Borkin yhteenveto kilpailuoikeudellisesta analyysista. Vaikutusvaltaisessa teoksessaan The Antitrust Paradox (1978) *Robert Bork* tiivistää metodinsa seuraavasti:

1. Hintateorian mukaan taloudellinen käyttäytyminen ei ole satunnaista vaan tähtää voiton maksimointiin.
2. Pyrkimyksellä maksimoida voittoja voi olla vain kolmenlaisia vaikutuksia kuluttajien hyvinvoinnille: a) hyvinvointia lisääviä, b) sitä vähentäviä tai c) hyvinvoinnin kannalta neutraaleja.
3. Hintateorian avulla voidaan ex ante identifioida riittävällä täsmällisyydellä kaikki sellaiset toimenpiteet, joiden seurauksena hyödykkeiden tuotanto vähenee; vastakohtaispäättelyllä voidaan todeta, että kaikki muut menettelytavat ovat tehokkuusvaikutuksiltaan joko neutraaleja tai hyvinvointia lisääviä.
4. Kilpailuoikeudessa tulee välttää kaikkia sellaisia standardeja, jotka edellyttävät tuotannon rajoittumisen tai tehokkuusvaikutusten suoraa mittaamista ja kvantifiointia, koska tehtävää on käytännössä mahdotonta suorittaa.
5. Rajatapauksissa, joissa yritysten käyttäytyminen vaikuttaa neutraalilta tai analyysi ei anna perusteita hyvinvointivaikutusten arvioinnille, ratkaisu tulee tehdä kilpailuoikeudellista interventiota vastaan.[194]

10.2 TALOUDELLINEN TEHOKKUUS AINOANA PÄÄMÄÄRÄNÄ

Normatiivisesti chicagolaiset hylkäävät workability-konseptin tavoitepluralismin. Kilpailupolitiikan ainoaksi tavoitteeksi tulee asettaa taloudellinen tehokkuus. Chicagolle ja Harvardille on yhteistä taloudellisen hyvinvoinnin korostaminen, erona on se, että chicagolaiset hylkäävät kaikki muut päämäärät. Keskeisimpänä pidetään allokatiivisen tehokkuuden edistämistä. *Allokatiivisella tehokkuudella* tarkoitetaan neoklassisen kilpailuteorian kuvaamaa resurssien optimaalista allokoitumista, siten kuin sitä ideaalityyppisesti kuvataan täydellisen kilpailun mallissa. Kutakin hyödykettä tuotetaan juuri kuluttajien haluama määrä juuri siihen hintaan, jonka kuluttajat ovat valmiita maksamaan. Optimaalisen allokaation seurauksena sosiaaliset tarpeet tulevat täytetyksi parhaalla mahdollisella tavalla. Markkinataloudessa paras mahdollinen tapa on se, mistä kuluttajat ovat valmiita maksamaan.[195]

---

[194] Ks. Bork (1978, 1993) s. 116–117.
[195] Ks. Posner (1979) s. 930.

> Kilpailulainsäädännön tavoitteena on edistää allokatiivista tehokkuutta, kuitenkin siten, ettei samalla liiaksi heikennetä produktiivista tehokkuutta. Valtaosassa liikesopimuksia voidaan heti todeta, etteivät ne ole luonteeltaan tarjontaa vähentäviä (*output restricting*). Vahingollisten vaikutusten puuttuessa tällaiset sopimukset on sallittava siitä riippumatta, lisäävätkö vai vähentävätkö ne produktiivista tehokkuutta. Ensimmäinen vaihtoehto on yleisempi, sillä yritykset pyrkivät luonnollisesti tehostamaan toimintaansa ja siinä yleensä onnistuvat. Kilpailuoikeudellisesti vaikeita rajatapauksia ovat ne tilanteet, joissa järjestely samanaikaisesti vähentää tarjontaa ja lisää produktiivista tehokkuutta. Tyypillisenä esimerkkinä mainitaan horisontaalinen yrityskauppa, jonka seurauksena hinnat nousevat tuotannon rajoittuessa, mutta samanaikaisesti siihen osalliset yritykset saavuttavat mittakaavaetuja. Syntyy valintatilanne (*trade-off*), jossa lain soveltajan tulee valita allokatiivisen ja tuotannollisen tehokkuuden välillä. Markkinavoiman torjuminen säilyy tavoitteena, mutta se koetaan huomattavasti pienempänä ongelmana kuin harvardilaisilla. Tehokkuusselityksiä pidetään relevantteina useimpien kilpailunrajoitusten osalta.[196]

Valintatilanteen yleisen tason hahmottamisessa hyödynnetään *Oliver J. Williamsonin*[197] ns. *naiivia mallia* (1968), jonka mukaan yrityskauppa tulee kieltää, jos allokatiivinen tehottomuustappio muodostuu tuotannollisen tehokkuuden lisäystä suuremmaksi.[198] Mikäli tuotannollinen tehokkuus on suurempi, kustannus-hyötyanalyysi johtaa kaupan sallimiseen. *Bork* nimeää lähestymistavan "kuluttajien hyvinvointimalliksi" (consumer welfare model). Standardi tulee yleiseen käyttöön chicagolaisessa kilpailupolitiikassa. Tehokkuuspuolustus yleistetään koskemaan kilpailuoikeuden koko kenttää. Tällä ei tarkoiteta kui-

---

[196] Chicagolaiset pitävät markkinavoiman keskittymistä periaatteessa pahana, kuten harvardilaiset, koska markkinavoimaisen yrityksen nostaessa hintoja syntyy allokatiivinen tehokkuustappio. Sen sijaan määräävän aseman syntymiseen liittyviä tulonsiirtoja ei pidetä negatiivisena seikkana, sillä varallisuus ainoastaan vaihtaa omistajaa eikä vähene. Mentäessä tarpeeksi pitkälle ketjussa taaksepäin myös monopoliyrityksen taustalta löytyy omistajatahoja, joita voidaan pitää kuluttajina. Chicagolaisten mielestä harvardilaiset liioittelevat suuresti markkinavoiman haittoja. Haitallinen markkinavoima on harvinainen ilmestys. Oligopolia pidetään hyvin epästabiilina ilmiönä. Oligopolistien yritykset ylläpitää pitkällä aikavälillä kilpailullista tasoa korkeampia hintoja tyypillisesti epäonnistuvat. Vastaavasti mikäli määräävässä asemassa oleva yritys nostaa hintojaan, houkuttelee se alalle uusia yrittäjiä. Hinnankorotus käynnistää markkina-aseman rapautumisen. Chicagolaiset suhtautuvat huomattavasti optimistisemmin kuin harvardilaiset kilpailijoiden mahdollisuuksiin päästä markkinoille. Siinä missä harvardilaiset korostavat tarvetta hillitä markkinavoiman liiallista kasvua kilpailupolitiikan avulla, chicagolaiset uskovat markkinoiden kykyyn itse korjata vääristymät.

[197] Williamsonin luonnehtiminen kilpailupoliittisella kartalla on ongelmallista. Yhtäältä Williamsonin töitä hyödynnetään harvardilaisen New Industrial Economics -suuntauksen toimesta. Toisaalta keskeiset chicagolaiset politiikkasuositukset, kuten tehokkuustarkastelu tai suhtautumisen lieventäminen vertikaalisiin rajoituksiin transaktiokustannusten perusteella, perustuvat pitkälti Williamsonin tutkimuksiin.

[198] Ks. Williamson, Economics as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs, 8 Am. Econ. Rev. 18, 21 (1968); kirjassa Williamson (1987) s. 3–23; ks. myös Williamson (1977).

tenkaan hyötyjen ja haittojen punnintaa yksittäistapauksissa, vaan kilpailuoikeuden intervention rajaamista minimalistiseen agendaan, jolla toimenpiteet rajoitetaan sellaisiin kilpailunrajoitustyyppeihin, joista hintateorian perusteella voidaan olettaa olevan selkeää vahinkoa taloudelliselle tehokkuudelle.

Williamson oli tehnyt joukon varauksia, jotka *Bork* jättää kuitenkin pois. Ensinnäkin Williamson toteaa vaihtokauppamallin jättävän huomiotta kilpailuoikeuteen liittyvät mahdolliset muut yhteiskuntapoliittiset tavoitteet kuin tehokkuuden.[199] Yrityskauppa voidaan kieltää esimerkiksi sillä perusteella, että hintojen noustessa seurauksena on tulonsiirto kuluttajilta keskittymälle.[200] Pyrkiessään arvoneutraalisuuteen taloustiede ei voi antaa sen enempää myönteistä kuin kielteistä vastausta siihen, tuleeko tulonsiirtoihin puuttua vai ei. Kyse on puhtaasti arvovalinnasta. Edellä mainittu ja vastaavat muut arvovalinnat voivat olla hyväksyttävä peruste kieltää yrityskauppa, vaikka pelkistetyssä tehokkuustarkastelussa saldo olisikin positiivinen. Toisaalta niin sanotun second best -teorian mukaan monopolin kieltäminen ei ole välttämättä hyödyllistä, mikäli monopoleja ei saada torjutuksi kaikilla toimialoilla. On nimittäin mahdollista, että yrityskaupan kieltäminen johtaa jonkun toisen monopolin aseman vahvistumiseen. Mahdollisesti kuluttajan varat olisivat olleet paremmassa, joskin ei-optimaalisessa käytössä siinä monopolissa joka kielletään. Yhden monopolin kieltäminen voi siten tosiasiallisesti heikentää kuluttajien asemaa, ellei kilpailupolitiikalla pystytä johdonmukaisesti puuttumaan kaikkiin monopoleihin. Williamsonin tärkein varaus liittyy siihen, ettei kustannus-hyötyanalyysiä välttämättä pystytä tekemään erityisen tarkasti saatavilla olevan informaation ollessa epätäydellistä.

Bork rajaa tulonsiirrot kilpailupolitiikan ulkopuolelle. Malli ei siten kaipaa varauksia. Bork perustelee näkemystään sillä, että Williamsonin vaihtokauppamalli kohtelee kuluttajia yleisenä luokkana, kollektiivina, eikä sano mitään siitä, miten kulutuksen tulisi jakautua tulonjaossa tapahtuvien muutosten seurauksena. Kaikella taloudellisella toiminnalla on tulonjaollisia vaikutuksia. Kuitenkaan sillä, että varallisuutta siirtyy joltain tietyiltä kuluttajilta jollekin tietylle monopoliyritykselle, ei ole negatiivista vaikutusta yhteiskunnan kokonaishyvinvointiin. Varallisuus vain vaihtaa omistajaa. Aitoa hyvinvointitappiota syntyy vain ja ainoastaan allokatiivisen tehokkuuden vähentymisestä. Itse asiassa myös monopoliyritys, tai ainakin yhtiön taustalla olevat osakkeenomistajat, ovat kuluttajia. Näin ollen kuluttajahintojen noustessa varallisuutta siirtyykin vain yhdeltä kuluttajien ryhmältä toiselle.[201]

---

[199] Ks. Williamson (1968, 1987) s. 8–20.

[200] Williamson (1968, 1987) s. 9, 16–17.

[201] Ks. Bork (1978) s. 110–111: "Those who continue to buy after monopoly is formed pay more for the same output, and that shifts income from them *to the monopoly and its owners, who are also consumers*. This is not a dead-weight loss due to restriction of output but merely a shift in income between two classes of consumers. The consumer welfare model, which views consumers as a *collectivity*, does not take this income effect into account ... it seems clear that the *income distribution effects* of economic activity should be *completely excluded* from the determination of antitrust legality of the activity". Kursivoinnit tämän tutkimuksen kirjoittajan.

Borkin perustelu näyttäisi lepäävän yleistyksen varassa, jonka mukaan itse asiassa kaikki talouden toimijat ovat samalla kuluttajia. Bork samaistaa kansantalouden ja kuluttajat keskenään. Kun kaikki ovat kuluttajia, kuluttajien kärsimä menetys käy jo loogisesti tarkastellen tarpeettomaksi kategoriaksi. Bork määrittelee kuluttajat kilpailuoikeuden suojeluobjektina ulos laajentamalla kuluttajien käsitteen koskemaan myös kilpailunrajoitukseen osallisia yrityksiä. Bork ei kiistä tulonsiirtojen tarpeellisuutta yhteiskunnassa. Ne ovat tarpeettomia kilpailuoikeuden kaltaisessa taloudellisessa lainsäädännössä, jonka tulisi keskittyä yksinomaan tehokkuuden edistämiseen. Toisekseen, tulonsiirtokysymykset soveltuvat paremmin lainsäätäjän ratkottaviksi, eivät kilpailuoikeutta soveltaville tuomioistuimille. Alilokatiivinen ja produktiivinen tehokkuus ratkaisevat.

Williamsonin mallin mittausongelma ratkaistaan luopumalla yrityksistä mitata tehokkuutta käytännössä. Yritykset maksimoivat voittonsa laajentamalla tuotantoaan aina siihen pisteeseen asti, jossa rajahyöty vastaa rajakustannuksia. Mallin yksinkertaisuus ja graafinen selkeys peittää allensa sen, että käytännössä rajakustannusten mittaaminen on lähes mahdotonta. Edes yritykset itse eivät tunne rajakustannusten ja hyödyn leikkauspistettä jo siitä yksinkertaisesta syystä, että se muuttuu koko ajan. Yritykset optimoivat toimintaansa yrityksen ja erehdyksen kautta pyrkien löytämään kulloisenkin Arkimedeen pisteen, jossa tulos on paras mahdollinen. Kun yritykset eivät edes itse tunne kysyntä- ja kustannuskäyrän tarkkaa kulkua, yritykset mitata sitä kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten toimesta olisivat tuhoon tuomittuja. Kuluttajien hyvinvoinnin kannalta keskeisen tehokkuuden matemaattisen tarkka mittaaminen lienee näkökulmasta riippuen hyvin vaikeaa tai mahdotonta. Mittaamisen kustannukset mitä suurimmalla todennäköisyydellä ylittäisivät hyödyt, eikä lopputuloksen pätevyydestä olisi takeita. Tästä syystä chicagolaiset juristit hylkäävät Williamsonin mallin tärkeän työvaiheen, tehokkuuden käytännön mittaamisen. Jotta vaihtokauppamalli olisi käytännössä operationaalinen, yrityksistä mitata tehokkuutta tulee luopua. Chicagolaisen law & economics -painotteisen lähestymistavan erityispiirteisiin kuuluu analyysin deduktiivisuus. Metodi perustuu taloustieteen avulla tehtäviin oletuksiin kilpailunrajoitusten todennäköisistä vaikutuksista, ei näiden vaikutusten käytännön mittaamiseen.

10.3 TÄYDELLINEN KILPAILU PITKÄLLÄ AIKAVÄLILLÄ

George Stigleriin tukeutuen täydellinen kilpailu omaksutaan analyysikehikoksi mallin analyyttisen selkeyden vuoksi. Chicagolaiset eivät kuitenkaan nosta täydellistä kilpailua normatiivisen tavoitteen asemaan. Päin vastoin, mallin edellyttämän atomistisen markkinarakenteen tavoitteleminen nähdään haitallisena, sillä ilmeisenä seurauksena olisi tuotannollisen tehokkuuden vähentymi-

nen.[202] Mallin hyödyntäminen perustellaan tarkasteltavan aikavälin pidentämisellä. Vaikkei täydellistä kilpailua juurikaan käytännössä esiinny ja vaikka sen tavoitteleminen termin staattisessa merkityksessä olisi epätarkoituksenmukaista, pitkällä aikavälillä kilpailu tuottaa täydelliseen kilpailuun rinnasteisia hyödyllisiä lopputuloksia.[203] Voidaan sanoa, että chicagolaiset pyrkivät dynamisoimaan täydellisen kilpailun mallin hyötykäyttöön. Markkinat pyrkivät täydelliseen kilpailuun siihen kuitenkaan koskaan pääsemättä, yksistään jo siitä syystä, että olosuhteet jatkuvasti muuttuvat.[204] Täydellinen kilpailu on johtotähti, jota seurataan, mutta joka pakenee yltä pois.[205]

10.4 ALALLEPÄÄSYN ESTEIDEN SUPPEA TULKINTA

Keskeinen syy chicagolaisten lievempään suhtautumiseen markkinavoimaan löytyy erilaisesta käsityksestä siitä, mitä pidetään alallepääsyn esteinä. *Bainin* alallepääsyn esteiden määritelmä kiistetään liian laajana. *Stiglerin* määritelmän mukaan alallepääsyn esteitä aiheutuu vain sellaisista tekijöistä, joiden osalta uudet yrittäjät joutuisivat aidosti kantamaan korkeammat kustannukset.[206] Alallepääsyn esteitä on arvioitava ikään kuin uusi yrittäjä olisi aloittanut toiminnan samaan aikaan kuin alalle ensiksi tulleet. Näin ollen esimerkiksi kuluttajien mieltymyksiä tai markkinoille ensiksi tulleen hankkimia luontaisia kilpailuetuja (first mover advantages) ei voida pitää alallepääsyn esteinä, jos kustannukset ex ante arvioituina muodostuisivat yhtä suuriksi. Potentiaalisen kilpailijan kohtaama este ei tällöin ole aito alallepääsyn este vaan seurausta markkinoille aiemmin tulleiden kilpailijoiden suuremmasta tehokkuudesta. Mikäli rahoitusmarkkinat ovat toimivat, useimmat ensi silmäyksellä alallepääsyä rajoittavat tekijät osoittautuvat näennäisiksi. Mikäli yrittäjällä on riittävän hyvä liikeidea, rahoitusta löytyy ja esteet ovat voitettavissa. Mikäli ei, osoittaa se markkinoita hallitsevien yritysten olevan tehokkaampia. Kun kilpailupolitiikan tehtävänä on edistää tehokkuutta, ei vähentää sitä, sanotunlaisia tekijöitä ei voida pitää alallepääsyn esteinä.

Chicagolaisten mielestä määräävää markkina-asemaa ei yleensä ole mahdollista ylläpitää pitkällä tähtäimellä, ellei julkinen valta aseta esteitä markkinoille

---

[202] Ks. Bork (1978, 1993) s. 92: "The economist builds a pure model in order to clarify thought; such models are indispensable starting places for policy analysis, but they are not prescriptions for policy. They leave out too much. A determined attempt to remake the American economy into a replica of the textbook model of competition would have roughly the same effect on national wealth as several dozen strategically placed nuclear explositions".

[203] Ks. esim. Stigler (1968) s. 9–11.

[204] Bork (1978, 1993) s. 98.

[205] Ks. esim. Schmidt/Rittaler (1986) s. 12.

[206] An entry barrier is "a cost of producing ... which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but borne not by firms already in the industry". Ks. Stigler (1968) s. 67.

tulolle. Uudemmassa chicagolaisessa kirjallisuudessa hyödynnetään koeteltavien markkinoiden teoriaa, jossa painotetaan potentiaalisen kilpailun merkitystä. Teoriassa oletetaan, ettei markkinoille tulosta aiheudu uponneita kustannuksia. Markkinoiden itseoikaisumekanismit korjaavat useimmat harvardilaisten haitallisina pitämät kilpailunrajoitukset. Kaikkein vaarallisimmat kilpailunrajoitukset aiheutuvat julkisen vallan vapaalle kilpailulle asettamista esteistä. Kilpailupolitiikan painopiste tulisi siirtää julkisen vallan aikaansaamien kilpailunrajoitusten purkamiseen.

10.5 KOULUKUNNAN NOUSU, VALTA-ASEMA JA LASKU

Chicagolaisuuden esiinmarssia vauhditti yhtäältä perinteisen, markkinavoimaa vastaan taistelevan harvardilaisuuden ajautuminen umpikujaan 1970-luvun alkuun mennessä. Deterministinen SCP-hypoteesi oli joutunut tieteellisen kritiikin kohteeksi. Äärimmilleen harvardilainen kilpailupolitiikka – selvästi minkä tahansa dominanssikynnyksen alapuolelle jäävien yrityskauppojen vastustaminen,[207] pääosin epäonnistuneet yritykset pilkkoa keskittyneitä elinkeinoaloja sekä turhaksi osoittautuneet pyrkimykset saada läpi oligopolistiseen interdependessiin perustuvan hintojen seuraamisen kielto – loivat pohjan uuden koulukunnan valtaannousulle. Kirjallisuudessa käänteenä pidetään Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisuja General Dynamics ja Sylvania. Tapauksessa *General Dynamics*[208] korkein oikeus korotti horisontaalisten yrityskauppojen kieltokynnystä. *Sylvania*-tapauksessa[209] kumottiin oikeuskäytäntö, joka oli suhtautunut kategorisen kielteisesti yksinomaisiin jälleenmyyntisopimuksiin.

Chicagon koulukunta nousi Yhdysvalloissa johtavan suuntauksen asemaan 1980-luvun alussa presidentti Reaganin valtaannousun myötä. Korkeimpaan oikeuteen nimitettiin taustaltaan konservatiivisia, neoklassisessa hintateoriassa koulutusta saaneita tuomareita. Myös kilpailuviranomaisissa valta siirtyi chicagolaisten käsiin.[210] Käytännössä kilpailupolitiikassa keskityttiin kartellien torjumiseen. Vireillä olleista monopolisoimiskanteista luovuttiin tai ne sovittiin. Yrityskauppavalvonnan soveltamiskäytäntö lieveni olennaisesti.[211] Vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevissa soveltamisohjeissa korostettiin tehokkuus-

---

[207] Ks. esim. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).
[208] *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 US 486, 94 S.Ct. 1186, 39 L.Ed. 2d 530 (1974).
[209] *Continental T.V., Inc. v. Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).
[210] Vaikutus näkyi ensi kerran vuoden 1982 horisontaalisia yrityskauppoja koskevissa soveltamisohjeissa, jotka olivat selvästi vuodelta 1968 olevia ohjeita lievemmät.
[211] Tämä tapahtui erityisesti muuttamalla relevantteja markkinoita koskevia kriteerejä siten, että kilpailuoikeudellisesti relevantit markkinat laajenivat, jolloin aiempaa pienempi osa yrityskaupoista saavutti kriittiset keskittymisrajat.

vaikutuksia. Hintateoreettinen lähestymistapa löi itsensä läpi yhdysvaltalaisessa kilpailupolitiikassa.[212] *Posnerin* mukaan tämä merkitsi rationaalisuuden ja käytännöllisyyden lisääntymistä,[213] joskin oikeampaa lienee puhua tietyn suuntauksen korostumisesta. Taloudellista analyysia oli harrastettu jo ennen Chicagoa.

Chicagon koulukunnan merkittävimpänä seurauksena voidaan pitää sitä, että kilpailupolitiikan keskeiseksi tavoitteeksi nostettiin taloudellisen tehokkuuden edistäminen.[214] Tehokkuuden merkitystä ei kiistetä.[215] Olisi kuitenkin liioitel-

---

[212] Ks. esim. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcast System, Inc.*, 441 U.S. 1, 19–20 (1979); *Matsushita Electric Industrial Co. Zenith Radio Co*, 475 U.S. 574 (1986); *State Oil Co. v. Khan*, 118 S. Ct. 275 (1997). Ensiksi mainitun tekijänoikeusjärjestöjen kilpailuoikeudellista asemaa koskevan tapauksen osalta ks. myös *Teosto ry*, d:o 5/359/95, ratkaisukokoelma (1996) s. 442. Kyseistä tapausta on siteerattu kilpailuneuvoston sanotussa ratkaisussa.

[213] Posner tiivistää kirjassaan The Problematics of Moral and Legal Theory (1999) oman näkemyksensä kilpailuoikeuden kehityksestä seuraavasti: "The Sherman Act was enacted in 1890, at the time when economists' understanding of monopoly and competition was limited and communication between economists and lawyers even more so. The early judical decisions interpreting the Sherman (and later the Clayton) Act exhibited shafts of insight amidst clouds of confusion. The very goal of antitrust policy was obscure and contested – was it to promote economic efficiency or to reduce the power of big business? It is hard to do both. By the 1940s, however, the courts had devised a reasonably successful anticartel policy – the famous "per se" rule of illegality; but they remained deeply confused about mergers, monopolies, and "vertical" restrictions (for example, resale price maintenance and other restrictions on dealers and other distributors). The Warren Court, populist in antitrust matters, deepened the confusion, yet at times displayed respectivity to economic analysis of antitrust issues. Beginning around 1970, increased consensus and sophistication in the economic analysis of antitrust encouraged a more sophisticated judicial approach to antitrust law and, beginning in the 1980s, coincided with a more positive public attitude toward capitalism. The "big business" chimera was largely forgotten. Efficiency became the only generally accepted goal of antitrust. More judges and lawyers learned the rudiments of antitrust economics, and antitrust economists became more effective as consultants and expert witnesses. It is fair to say that at the beginning of its second century antitrust law has become a branch of applied economics, has achieved a high degree of rationality and predictability, and is a success story of which all branches of the law and allied diciplines can be proud." Alaviitteitä poistettu. Ks. Posner, The Problematics of Moral and Legal Theory (1999), s. 228–229.

[214] Nykyään tehokkuustavoitteen yksinomaisuuden hyväksyy Yhdysvalloissa osa sellaisistakin tutkijoista ja käytännön kilpailupolitiikasta vastaavista, jotka eivät muutoin lue itseään chicagolaiseksi. Edes kiihkeimmät harvardilaiset eivät enää kiistä tehokkuustarkastelun merkitystä. Ymmärrettävästi puhtaaksi viljellyn tehokkuusajattelun kannatus on suositumpaa ekonomistien kuin juristien piirissä. Taloustieteen soveltamisala laajenee juridiikkaan. Tässä tutkimuksessa edustetun kilpailuteoreettisen näkemyksen mukaan kovin tarkan rajan vetäminen kilpailuoikeuden ja kilpailun taloustieteen välille ei ole mielekästä. Se ei ole myöskään tarpeen, kun aitoja madaltaen puhutaan yleisesti kilpailuteoriasta.

[215] Vrt. Schmidt/Rittaler (1986) s. 98–100, joiden mukaan koulukunnan tavoitteena on kilpailun turvaamisen sijasta sallia kaikenlaiset kilpailunrajoitukset vetoamalla vain yleisesti yrityskohtaisiin tehokkuusetuihin. Näin rankkaan kritiikkiin ei voida yhtyä, joskin Chicagon koulukunnan ohjelmaa voidaan pitää liian minimalistisena. Tässä tutkimuksessa sen suosituksiin ei voida yhtyä, sillä alallepääsyn esteet määritellään koulukunnan piirissä turhan suppeasti ja aikahorisontti on liian pitkä. Kyseenalaiselta vaikuttaa myös kuluttajien ja monopoliasemassa olevien yritysten intressien samaistaminen. Kuitenkin koulukunnalla on selkeät ansionsa, joista tärkeim-

tua väittää, että Yhdysvalloissa läheskään kaikki hyväksyisivät tehokkuuden *ainoaksi* päämääräksi.[216] Osa harvardilaisista korostaa edelleen laajempaa workability-pohjaista tavoitearsenaalia.[217] Myöskään Yhdysvaltain korkeimman oikeuden käytännöstä ei voitane tehdä sellaista johtopäätöstä, että tehokkuus olisi ainoa päämäärä.[218] Koska kuitenkin merkittävä osa harvardilaisista ja post-chicagolaisista nykyään hyväksyvät tehokkuustarkastelun ensisijaisuuden, voidaan puhua *tehokkuusajattelun* läpilyönnistä.

Tehokkuustarkastelun on katsottu olevan muita vaihtoehtoja selkeämmin mitattavissa.[219] Päämääräkehikon yksinkertaisuus poistaa tarpeen tehdä monimutkaisia valintoja vaikeasti selvitettävien ja keskenään mahdollisesti yhteismitattomien tavoitteiden välillä kolmiossa tehokkuus, elinkeinonharjoittamisen vapaus, oikeudenmukaisuus. Sama yksinkertaisuus on koulukunnan suurin heikkous. Käytäntö on osoittanut, etteivät kilpailunrajoitusten vaikutukset ole riittävästi ennustettavissa yksinkertaisten hintateorian mallien avulla.[220] Kehä umpeutuu sikäli, että markkinoiden epätäydellisyydet nousevat uudelleen selitystekijäksi sille, mikseivät neoklassisen hintateorian oletukset toteudu käytännössä. Toisaalta on poliittinen, ei tieteellinen valinta, mitä vaatimuksia lainsäädännölle asetetaan.

---

pänä pidän huomion kiinnittämistä monopoliselityksistä tehokkuusselityksiin. Vaikka viimeksi mainituilla ei ole läheskään koulukunnan olettamaa yleistä merkitystä, vastaliikettä oli pidettävä tarpeellisena reaktiona harvardilaiselle ortodoksisuudelle.

[216] Tarkasti lukien Posner ei tätä edes väitä. Vrt. Edellä oleva sitaatti: "Efficiency has become the *only generally accepted* goal of antitrust". Se, että kaikki hyväksyvät tehokkuuden, ei tarkoita, että kaikki tai edes enemmistö hyväksyisi tehokkuuden ainoaksi päämääräksi. Kuten edellä todettu, Yhdysvalloissa on kiistattoman yleinen näkemys, jonka mukaan tehokkuus on ainoa päämäärä.

[217] Ks. esim. teosta First/Fox/Pitofsky (eds.), Revitalizing Antitrust in its Second Century (1991) ja siinä (s. 67–90) julkaistua Foxin ja Sullivanin artikkelia Anchoring Antitrust Economics – A Lexicon. Artikkelissa tuodaan havainnollisesti esille chicagolaisen ja harvardilaisen arvo- ja tavoiteperustan erot, jotka vaikuttavat edelleen ajankohtaisilta.

[218] Ks. esim. Lande, Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust, 58 Antitrust Law Journal(1989) s. 631–644.

[219] Näin esim. Stigler (1968) s. 12.

[220] Esimerkiksi chicagolaisessa teoriassa oletetaan, että määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen korottaminen johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille, elleivät sitten julkisen vallan asettamat esteet estä markkinoille pääsyä. Johtopäätöksenä on, että julkinen valta on tärkein määräävän aseman syy ja että sääntelyä pitää purkaa. Ks. esim. Posner (1979) s. 946. Väittämä sisältää yhden relevantin lähestymiskulman ongelmatiikkaan, mutta on liian yksinkertainen. Määräävä markkina-asema saattaa säilyä, vaikkei deduktiivinen hintateoria tätä osaisikaan selittää. Syynä saattaa olla harvardilaisten vastaiskukseen nostama strateginen käyttäytyminen, jolla dominantti yritys nostaa kilpailijoidensa alalle tulon kustannuksia. Erityisen huomattavaa markkinavoimaa omaavat yritykset voivat aktiivisesti muokata markkinaolosuhteita itselleen edullisiksi ja kilpailijoille epäedullisiksi (monopolin valmistaminen). Markkinavoimaa voidaan väärinkäyttää jälkimarkkinoilla siitä syystä, että ostajat eivät tiedä huoltopalveluiden ja varaosien ylihinnoittelusta päätuotetta ostaessaan (informaation epäsymmetrisyys) tai siitä syystä, että hintoja korotetaan vasta kuluttajien sitouduttua kyseiseen toimittajaan (lukittautuminen).

10.6 POST-CHICAGO

Tultaessa 1980-luvun lopulle kritiikki chicagon koulukuntaa vastaan alkoi voimistua. Uudemmassa kilpailuteoreettisessa kirjallisuudessa mielenkiinnon kohteeksi ovat nousseet tulonsiirtokysymykset. Kritiikissä on katsottu, että chicagolaisuus piilottaa toimenpidesuositusten taustalla olevat konservatiiviset, suuryrityksille myönteiset arvovalinnat näennäisesti neutraalin taloustieteellisen analyysin taakse. Kuitenkaan ei ole tieteellisesti perusteltavissa, miksi esimerkiksi tulonsiirtokysymykset tulisi jättää tarkastelun ulkopuolelle. Kyse on poliittisesta valinnasta. Chicagolaisuutta on kritisoitu myös neoklassisen taloustieteen suunnalta. Oletusta markkinoiden itseohjautuvuudesta on pidetty ongelmallisena. On myös vaadittu, että markkina-analyysin pitäisi perustua vähemmän hintateoreettisiin oletuksiin ja enemmän empiirisen markkinatutkimuksen avulla tehtyihin havaintoihin tarkastelun kohteena olevista markkinoista.

Chicagon koulun kritiikki näyttää synnyttäneen erityisen *Post-Chicagoksi* kutsutun suuntauksen,[221] jonka yhdistävänä tekijänä on *Posnerin* ja *Borkin* edustaman chicagolaisuuden kritiikki. Post-chicagolaiset pyrkivät arvoneutraalisuuteen sekä markkinoiden ja taloustieteen epätäydellisyyksien parempaan huomioon ottamiseen. Normatiivinen ja deduktiivinen päättely korvataan induktiivisella, faktoihin perustuvalla analyysillä, jonka avulla saadaan ratkaistua käsillä oleva kilpailutapaus. *Hildebrand*[222] tiivistää post-chicagolaisen kritiikin seuraavasti:

1. *Chicago models are too abstract and simplistic to adress market realities.* Post-Chicago theorists believe that few if any real world markets operate as efficiently as these static models would suggest, and while Post-Chicagoans by no means reject the use of economics as a tool for evaluating antitrust issues, they prefer more 'dynamic' models that are individually tailored to the market under examination and take account of market imperfections, external forces that may alter market outcomes, and the potential for strategic behaviour among market participants.[223]
2. *The Chicago School relies too heavily on economic theory, as opposed to facts to decide cases.* The Chicago School is well known to for its use of economic filters and efficiency based defences. Unlike their Chicago School counterparts, Post-Chicagoans tend to use economic theory to highlight uncertainties and thus to justify keeping the doors open to further factual investigation.

---

[221] Ks. Post-Chicago-suuntauksesta esim. Salop/Scheffman (1983); Hovenkamp (1985); Krattenmaker/Salop (1986); Hovenkamp (1989): Royall (1995); Riordan/Salop (1995); Tom (1997); Hildebrand (1998); Salop (2000); Bolton/Brodley/Riordan (2000); Hovenkamp (2001).

[222] Hildebrand, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules (1998) s. 177–178. Ks. myös Royall (1995).

[223] Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago, 84 Michican Law Review 213 (1985) s. 213–284.

3. *The Chicago School places too much confidence in the disiplicine of the market.* The Chicago School adheres to view that market forces will tend to discipline anti-competitive or inefficient practices and correct periodic imbalances. Thus government intervention is unnecessary in most cases. Many Post-Chicagoans regard such views as naive. Post-Chicagoans see far more potential for market imperfections (such as information failure) and barriers to entry to inhibit the competitive process and thus greater need for government action.[224]
4. *The Chicago School adheres to an overly narrow view of market power.* According to the Chicago School, absent market power firms acting alone cannot harm competition. Post-Chicago theorists tend to believe that even firms lacking market power can in some situations unilaterally restrict competition by, for instance, taking actions that have the effect of raising rival's costs[225] or by exploiting captive consumers who lack perfect information.[226]
5. *The Chicago School's concept of efficiency is too limited.* The Chicago School stands strongly in favour of the proposition that economic efficiency is the exclusive goal of the antitrust laws. Post-Chicago Scholars argue among other things that Congress never intended to enshrine the concept of efficiency as the sole concern of antitrust laws. Post-Chicagoans have stressed the importance of considering not only the 'allocative' and 'productive' efficiency implications of antitrust policy, but also the prospects for dynamic efficiency gains – i.e. future improvements in existing market conditions precipitated by present investments in innovation."

Post-Chicago-suuntaukselle on tyypillistä, että huomio käännetään deduktiivisesta hintateoriasta empiiriseen markkinoiden mittaamiseen.[227] Esimerkiksi tapauksessa *Stapples-Office Depots*[228] *FTC* osoitti yrityskaupan haitalliset vaikutukset ekonometrisen aineiston avulla, josta kävi ilmi keskittymän kyky nostaa hintoja yrityskaupan jälkeen. Toinen leimallinen piirre on strategisen kilpailun ja peliteorian hyödyntäminen.[229] Kolmantena piirteenä voidaan mainita aikaisempaa kriittisempi suhtautuminen markkinavoimaan. Tapauksessa *Kodak v. Image Technical Services*[230] yhtiöllä katsottiin olevan markkinavoimaa kopiokoneiden jälkimarkkinoilla. Chicagon koulun mukaan tämä ei olisi mahdollista, kun yritys ei hallinnut päätuotteen markkinoita. Korkein oikeus katsoi kui-

---

[224] Lande, Beyond Chicago, Will Activist Antitrust Arise Again?, 39 Antitrust Law Bulletin (1994) s. 1–25.

[225] Krattenmaker/Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rival's Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale Law Journal (1986) s. 209–293.

[226] Kattan, Market Power in the Precense of an Installed Base, 62 Antitrust Law Journal (1993).

[227] Ks. esim. Baker/Breshanan (1992).

[228] *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F.Supp. 1066 (D.D.C. 1997); ks. Dalkir/Warren-Boulton (1999).

[229] Ks. esim. Salop/Scheffman (1983); Krattenmaker/Salop (1986); Riordan/Salop (1995); Tom (1997); Bolton/Brodley/Riordan (2000).

[230] 504 US 451 (1992).

tenkin 1992 antamassaan päätöksessä, että markkinavoima on mahdollinen. Tapausta on luonnehdittu Post-Chicagon läpimurroksi.[231] Viimein on kyseenalaistettu tehokkuus ainoana tavoitteena, ja on kiinnitetty esim. historiallisen tutkimuksen,[232] komparatiivisen lähestymistavan[233] tai CLS-koulukuntaa lähellä olevan yhteiskuntakritiikin[234] perusteella huomiota siihen, että kilpailuoikeudella tulee olla muitakin tavoitteita kuin tehokkuus.

Chicagon koulun vaikutusvallan vähenemiseen lienee vaikuttanut kaksi keskeistä seikkaa. Ensinnäkin chicagolaiset luottivat liikaa taloustieteen mahdollisuuksiin ennustaa yritysten käyttäytymistä. Koulukunta tarjoaa varsin yksinkertaisia sääntöjä monimutkaisten ilmiöiden hallintaan. Lainkäytössä täydellisen virheettömyyden tavoittelu olisi epärealistista. Kyse ei ole siitä, etteikö virheitä voitaisi sallia, vaan siitä, että sitoutuminen vain yhteen – vaikka kuinka hyvään – teoreettiseen malliin kasvattaa kohtuuttomasti virheriskiä. Käytännön kilpailupolitiikassa törmätään päivittäin siihen tosiseikkaan, että kilpailunrajoitusten todellisten vaikutusten selvittäminen edellyttää konkreettista markkina-analyysiä. Selvästi vahingollisten ja neutraalien menettelytapojen väliin jää suurehko harmaa alue. Hintateorian oppikirja on välttämätön tai ainakin hyödyllinen, mutta joka tapauksessa se on vain apuväline. Toinen keskeinen puute liittyy chicagolaisen arvopohjan kapeuteen. Kilpailun ja kilpailuoikeuden merkitys on tehokkuuden edistämistä paljon syvällisempi. Kyse on markkinataloudellisen konstituution peruselementistä. Ollakseen eettisesti ja poliittisesti hyväksyttävä markkinatalousjärjestelmän tulee perustua toimivalle kilpailulle. Kilpailulla on yhteiskunnassa muitakin tehtäviä kuin pitää huoli siitä, että hyödykkeitä tuotetaan hieman enemmän ja hieman halvemmalla.[235] Toteamus ei poista tehokkuuden itsenäistä ja keskeistä merkitystä muiden tavoitteiden rinnalla. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö kohtuullisen, *kilpailullisen* hintatason turvaaminen olisi tavoitteena järkevä ja keskeinen.[236]

---

[231] Ks. esim. Hovenkamp (2001) s. 277.

[232] Ks. esim. May (1989) ja (1997).

[233] Ks. esim. Gerber (1994); Waller (2000).

[234] Ks. Peritz (1996); Minda (1995); Waller (2001).

[235] "I have not learned the doctrine that cheapness is the only thing in the world we go for. I do not believe that the great object of life is to make everything cheap". 21 CONG. REC. 2561 (1890). Senaattori Tellerin lausuma käsiteltäessä Sherman Actia Yhdysvaltain senaatissa. Siteerattu Millon (1988, 1991).

[236] Esimerkiksi merkittävästi kuluttajahintoja nostavan yrityskaupan julistaminen kuluttajien taloudellisen hyvinvoinnin kannalta neutraaliksi sillä perusteella, että myös määräävässä asemassa olevan yrityksen omistajakunnasta on löydettävissä kuluttajia, ei ole uskottavaa. Kuluttajien kannalta selkeästi negatiivisten tulonsiirtojen rajaaminen tarkastelun ulkopuolelle hämärtää kilpailupolitiikan tavoiteperustaa. Se, ettei kilpailupolitiikan tehtävänä ole aktiivisesti edistää jonkun tietyn intressiryhmän, esimerkiksi pienyrittäjien, lääkäreiden tai haja-asutusalueiden asukkaiden tulotason kehitystä, lienee itsestäänselvyys.

Historiallisessa tarkastelussa yhdysvaltalainen kilpailupolitiikka on tyypillisesti ollut varsin heilahtelevaa. Harvardia voidaan pitää teesinä ja chicagolaisuutta antiteesinä, joiden seurauksena näyttäisi nyttemmin olevan syntymässä synteesi. Harvardilaisesta näkökulmasta tätä synteesiä voidaan nimittää New Industrial Economics -suuntaukseksi; chicagolaisesta näkökulmasta voidaan puhua post-chicagolaisuudesta. Keskeisin ero suuntausten välillä näyttäisi liittyvän SCP-hypoteesin hyödyntämisen laajuuteen. On viime kädessä makukysymys, puhutaanko Chicagon koulukunnan muuntumisesta vaiko Harvardin voimistumisesta uudelleen. Lopputuloksena näyttäisi olevan synteesi lähestymistapojen välillä.

11. Uusitävaltalaisuus

Uusitävaltalaisen kritiikin mukaan niin Chicagon kuin Harvardin koulukunnassa perusongelma liittyy siihen, että yksinkertaisilla taloudellisilla malleilla kuvitellaan voitavan selittää talouden monimutkaista kehitystä. Tämä on kuitenkin mahdotonta, koska talous ei kehity deterministisesti minkään ennalta laaditun suunnitelman mukaisesti. Vielä ongelmallisempaa on, jos relevanttien markkinoiden määrittelyn kautta haarukoidun markkinatilanteen perusteella yritetään ennustaa tulevaa kehitystä. *Friedrich von Hayekin* mukaan markkinatalouden ylivertaisuus perustuu informaation jakamiseen talouden toimijoiden kesken. Kun jokainen tekee itseään koskevat ratkaisut itse, talous saavuttaa itsessään ja spontaanisti tehokkaimman lopputuloksen, josta Hayek käytti talouden puolella termiä katallaksia *(Katallaxie).*[237] Yhtä mahdotonta kuin ohjata tuotantoa keskitetysti suunnitelmataloudessa on yrittää viranomaisen toimesta määritellä etukäteen kilpailun lopputulosta. Kilpailun ydin piilee juuri siinä, ettei lopputulos voi olla ennalta selvillä. Joka muuta väittää, esittää luulon tiedon väärtinä *(Anmassung von Wissen).*[238] Riskinä on, että kilpailuviranomaiset kuvitellessaan markkinoiden kehittyvän taloustieteen oppikirjojen matemaattisten mallien tavoin itse asiassa pyrkivät pakottamaan taloutta haluamaansa muottiin. Kun markkinat eivät vastaa liitutaululle piirrettyjä oppirakennelmia, markkinoiden on "parannettava tapansa" ja toimittava viranomaisen haluamalla tavalla. Lopputuloksena on tehokkuutta vähentävä ja poliittisille mieliteoille altis "komentotalous", jossa markkinat menettävät niille luontaisen joustavuuden ja luovuuden.[239]

Uusitävaltalaista kilpailuteoriaa[240] yhdistävä piirre on neoklassisen taloustieteen kritisoiminen.[241] Neoklassismia arvostellaan liiallisesta staattisuudesta, jolloin kilpailun evolutionäärinen luonne jää hahmottumatta. Keskeistä on pro-

---

[237] Ks. Hayek, Die Sprachverwirrung im politischen Denken, kirjassa Freiburger Studien (1969) s. 224–227.

[238] Ks. Hayek, Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien, Tübingen 1996.

[239] Ks. esim. Hayek, The Road to Serfdom (1944) s. 97–111.

[240] Ks. uusitävaltalaisesta kilpailuteoriasta yleisesti esim. Kallay (2001); Kirzner (1973); Hunt (2000) s. 24–36, Mantzavinos (1994) s. 115–156; Vihanto (1996) ja (2000).

[241] Ks. tästä esim. Kirzner, Competition and Entrepreneurship (1973) s. 2 ss. Ks. myös esim. Hoppmann (1977) s. 6, joka siteeraa Böhleriä: "Die traditionelle Preistheorie bediente sich bei der Erklärung der Marktprozesse einer mechanistischen Analogie. Sie erwiess sich im Verlauf des wissenschaftlichen Fortschritts mehr und mehr als unzulänglich und stiess an Grenzen, die ihr auf Grund ihrer Voraussetzungen gezogen sind. Wenn man auf sie zurückblickt, sieht man auf ein ungeheures Schlachtfeld von Modellruinen, auf denen in erhabener Einsamkeit je ein Nationalökonom sitzt."

sessi, jossa tarpeet havaitaan ja tyydytetään. Kun otetaan huomioon käyttämättömät mutta käyttökelpoiset tuotantomahdollisuudet, markkinat eivät ole tasapainossa. Matemaattiselle mallintamiselle perustuvassa taloustieteessä oletetaan asioita, joita itse asiassa kenenkään on mahdotonta tietää etukäteen. Varhaisina koulukunnan edustajina voidaan mainita esim. *Carl Menger* ja *Schumpeter*. Hayek on tunnettu konservatiivisena filosofina,[242] jonka tuotannossa keskeisenä teemana on sosialismin ja markkinatalouden vastakkainasettelu ja sääntelyn vastustaminen. Hayekin filosofiassa evolutionäärinen taloustiede yhdistetään pitkälti puuttumattomuusperiaatteelle rakentuvaan juridis-yhteiskunnalliseen oppirakennelmaan. Kilpailuteoreettisesti Hayekin teorian edelleen kehittäjinä voidaan mainita esim. *Israel Kirzner* ja *Erich Hoppmann*.

11.1 NORMATIIVISET LÄHTÖKOHDAT

Hayekilla taloudellinen liberalismi nousee keskeisimmäksi yhteiskunnalliseksi periaatteeksi.[243] Vapaus määritellään negatiivisesti siten, että sillä tarkoitetaan yksilöiden vapautta kaikkinaisesta pakosta. Hayek hylkää positiivisen vapauden käsitteen, jonka mukaan ihmisen vapaus muodostuisi hänellä olevasta mahdollisuudesta toimia tietyllä tavalla. Oikeussäännösten tulee olla abstrakteja ja kaikkia kansalaisia yhdenmukaisesti velvoittavia. Niiden tulee perustua selkeästi määritellyille kielloille. Hylättäviä ovat tavoitenormit ja säännöt, jotka jättävät viranomaisille harkintavaltaa.[244] Hayek katsoo taloudellisia suhteita koskevan lainsäädännön muotoutuneen pitkäaikaisen, sukupolvia kestäneen oppimisprosessin seurauksena. Normeista ovat säilyneet ne, jotka käytännössä on todettu toimiviksi.[245] Hayekin oikeusfilosofista ajattelua leimaavat luonnonoikeudelliset piirteet.

Hayek kuvaa markkinataloutta spontaanina järjestyksenä. Hayekin mukaan inhimilliset yhteenliittymät ja instituutiot voidaan jakaa kahteen ryhmään, spontaaneihin järjestyksiin *(kosmos)* ja organisaatioihin *(taxis)*.[246] *Spontaani järjestys* syntyy, kun sen palaset nivoutuvat yhteen kokonaisuudeksi. Spontaanissa järjestyksessä yksilöt toimivat vapaasti noudattaen vain tiettyjä yleisiä puitesääntöjä. Spontaanilla järjestyksellä ei ole itsessään olemassaolon syytä, eikä sillä tavoitella mitään erityistä päämäärää. Markkinataloutta ei ole kukaan

---

[242] Hayekin filosofiasta ja merkityksestä liberaalin teorian kentässä ks. esim. Saastamoinen, Eurooppalainen liberalismi (1998) s. 178–203 ja Gray, Hayek on Liberty (1998).

[243] Hayek edustaa siten taloudellista liberalismia ja hylkää eettisen liberalismin. Hayek kannattaa liberaalia valtiota ja vastustaa yhteiskuntasuunnittelulle ja sosiaalisille tulonsiirroille perustuvaa hyvinvointivaltiota.

[244] Ks. Hayek, Law Legislation and Liberty, Rules and Order (1973), s. 17–19, 45.

[245] Ks. Hayek (1973) s. 43–52.

[246] Ks. Hayek (1973) s. 37.

suunnitellut, vaan se on syntynyt yksilöiden toteuttaessa taloudellisia suunnitelmiaan.[247] *Organisaatio* (esimerkiksi maatila, perheyksikkö tai yritys) perustuu ihmisten kollektiiviselle suunnittelulle, yhteiselle tahdolle ja hierarkialle.[248] Organisaatioista merkittävin on valtio. Valtion tehtävänä on luoda ja ylläpitää yhteiselon institutionaalisia edellytyksiä. Keskeistä on negatiivisten vapausoikeuksien turvaaminen.[249]

Hayekin mukaan markkinatalouden ylivertaisuus verrattuna keskitettyyn päätöksentekoon perustuu *informaation* jakamiseen talouden toimijoiden kesken.[250] Informaatio on aina epätäydellistä ja epäsymmetristä ja sijaitsee hajallaan eri puolilla yhteiskuntaa. Kansalaiset noudattavat evoluution seurauksena syntyneitä yleisiä pelin sääntöjä, mutta ovat muutoin täysin vapaita toteuttamaan valitsemiaan taloudellisia suunnitelmia. Markkinatalouden keskeinen hyöty on tiedon hajauttamisessa. Markkinataloudessa toimijat tekevät kukin ratkaisuja vain itsensä osalta, mikä vähentää virheratkaisujen vaaraa. Kilpailun ydin piilee siinä, ettei lopputulos voi olla ennalta selvillä. Kilpailu on avoin prosessi. Täydellisen kilpailun teorian oletus tasapainosta on abstraktio, joka ei vastaa empiiristä todellisuutta. Markkinat eivät ole tasapainossa, vaan pikemminkin ne pyrkivät tasapainoon.[251] Kilpailu on mielipiteen muodostusta, jossa vaihdetaan ajatuksia siitä, mikä on hyvää ja halpaa. Mielipiteet eivät ole pysyviä, vaan vaihtelevia ja kehityksen alaisia. Yritykset reagoivat kuluttajien kulloinkin ilmoittamaan tarpeen määrään. Hintojen tärkein merkitys on kuitenkin siinä, että ne signaloivat meille, mitä kannattaisi ryhtyä valmistamaan. Hintojen muutokset toimivat kuin liikennevalot, joiden mukaan käyttäytymistä mukautetaan.[252] Kilpailu on *etsintäprosessi*, joka tuottaa tietoa uusista, ennen hyödyntämättömistä vaihtoehdoista (*Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*).[253]

---

[247] Ks. Hayek (1973) s. 38–52.

[248] Ks. Hayek (1973) s. 52–54.

[249] Talous perustui organisaatiolle toimittaessa pienissä autarkteissa kokonaisuuksissa, kuten heimoyhteiskunnissa. Samaan talousyksikköön kuuluvien ihmisten välinen kanssakäyminen perustui altruismin ja solidaarisuuden periaatteille. Teolliseen massatuotantoon perustuvan kapitalismin läpimurron myötä edellytykset keskitetylle suunnittelulle romahtivat. Ainoa toimiva vaihtoehto on spontaani järjestys, jossa jokainen tavoittelee omaa etuaan annetun normijärjestelmän puitteissa. Ihmiset olivat todennäköisesti onnellisempia heimoyhteiskunnassa, mutta teknis-taloudellisen kehityksen vääjäämättömyyden vuoksi sellaiseen ei ole paluuta. Yritykset ohjata taloutta keskitetyllä suunnittelulla on tuomittu epäonnistumaan. Tämä kuitenkin unohtui 1800-luvun lopulta alkaen. Tuolloin alettiin yleisesti kuvitella, että valtio voisi toteuttaa solidaarisuuden ja altruismin periaatteita. Valtio ryhtyi leviämään oikeutettujen rajojensa ulkopuolelle. Tämänsuuntainen kehitys johtaa väistämättä yksilönvapauksien kaventumiseen.

[250] Ks. Hayek, The Use of Knowledge in Society (1945) s. 77–78; Hunt (2000) s. 29–30.

[251] Myöhemmät subjektivistit hylkäävät kokonaan markkinoiden tasapainon ajatuksen.

[252] Ks. Kallay (2001) s. 11–12.

[253] Ks. Hayek, Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren, kirjassa Freiburger Studien (1969) s. 249–265.

11.2 KILPAILUPOLIITTISET SUOSITUKSET

Viranomaisten tulee puuttua mahdollisimman vähän markkinoiden toimintaan. Tosiasiassa etukäteen ei voida tietää sitä, mihin suuntaan markkinat kehittyvät, koska kilpailu jo käsitteellisesti edellyttää, ettei tällaista ennakkotietoa kenelläkään voi olla. Yhtä mahdotonta kuin ohjata tuotantoa keskitetysti suunnitelmataloudessa on yrittää viranomaisen toimesta määritellä etukäteen kilpailun lopputulosta. Julkisen vallan roolin tulee rajoittua pelisääntöjen vahvistamiseen. Lakien tulee olla yleisiä ja samat kaikille. Markkinoiden poliittinen ohjaaminen tai tulonsiirrot ovat haitallisia ja filosofisesti perustelemattomia. Valtion tulee estää esimerkiksi väkivalta ja pakottaminen, mutta pitäytyä muutoin kansalaisten taloudellisten suhteiden sääntelystä. Erityisen keskeistä on estää julkisen vallan kansalaisiin kohdistuva väärinkäyttö.

Uusitävaltalaiset korostavat yrittäjyyden merkitystä. Yrittäjillä on keskeinen rooli uusien mahdollisuuksien havaitsemisessa. Talouden uudistuskyky on yrittäjien varassa. Näin ollen talouspolitiikassa keskeistä on yrittäjyyden edellytysten ja kiihokkeiden ylläpitäminen. *Kiznerin*[254] mukaan yrittäjät etsivät markkinoilta koordinaatioaukkoja[255] eli tilanteita, joissa hyödykkeen voi ostaa halvalla ja myydä eteenpäin kalliimmalla. Kekseliäs ja valpas yrittäjä hyödyntää syntyneen voittomahdollisuuden edukseen.

Uusitävaltalaisten mielestä valtion tehtävänä on huolehtia kilpailun institutionaalisten edellytysten säilymisestä. Tässä mielessä palataan *Adam Smithin* suosituksiin. Politiikkasuositusten osalta uusitävaltalaisuus on nykykoulukunnista varsin lähellä chicagolaisia, erityisesti liikkeen oikeaa laitaa, joka näkee kilpailuoikeuden suhteellisen vähämerkityksellisenä, osittain lähes tarpeettomana.[256] Perustelu on kuitenkin diametrisesti päinvastainen. Chicagolaiset perustelevat näkemystään hintateorialla: hintojen nostamisen oletetaan rapauttavan määräävän aseman, ellei julkinen valta rajoita markkinoille pääsyä. Uusitävaltalaisten mielestä markkinoiden toimintaa ei voida selittää sen enempää hintateorialla kuin SCP-hypoteesilla.[257] Kun viranomaiset eivät pysty ennustamaan markkinoiden toimintaa tai sitä, mikä yksittäistapauksessa on hyödyllistä tai haitallista, hyödyllisin vaihtoehto on kilpailupolitiikan rajaaminen minimiinsä. Alallepääsyn esteisiin ei kiinnitetä juurikaan huomiota, sillä niitä ei pidetä todellisina.[258]

---

[254] Kirzner, Competition and Entrepreneurship (1973).

[255] Ks. Kirzner (1973) s. 212 ss.

[256] Uusitävaltalaisista kilpailupoliittisista suosituksista ks. kotimaisesta kirjallisuudesta Vihanto, Kilpailupolitiikan säännöt talouden evoluutioteoriassa, Puheenvuoroja kilpailusta (1996) s. 76–94; sama, Kilpailupolitiikka ja itävaltalainen talousteoria, Kilpailuviraston vuosikirja (1991) s. 7–20; Brunila, Kilpailunrajoitukset – kilpailupolitiikan iso paha susi?, kansantaloudellinen aikakauskirja 87(1) 38–49. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Kirzner, Competition and Entrepreneurship (1973); Kallay (2001).

[257] Ks. esim. Hoppmann (1977) s. 10–20.

[258] Ks. Kallay (2001) s. 9.

Uusitävaltalaisessa ajattelussa kilpailu nähdään prosessina. *Hayekin* mielestä monopoli itsessään ei ole pahasta, vaan ainoastaan keinotekoiset pyrkimykset kilpailun estämiseen. Kilpailuprosessin eri kehitysvaiheissa syntyvät tilapäiset monopolit nähdään legitiimeinä. Monopoli voi muodostua pysyväksi kahdesta eri syystä. Järjestäytynyt pääoma ja työntekijät voivat yhteistoimin luoda monopoliaseman, mutta tällainen koituu kaikkien eduksi. Yleistä vahinkoa voi aiheutua vain julkisen vallan tukemista monopoleista. Kielteisesti tulisi suhtautua myös työntekijöiden "kartelleihin". Mikäli monopolisoituminen uhkaa muodostua pysyvästi, tehokkaana lääkkeenä mainitaan markkinoiden avaaminen.[259]

Uusitävaltalaisilla kilpailupolitiikka nähdään puhtaasti käyttäytymisen sääntelyä koskevana kysymyksenä; markkinarakenteen merkitys torjutaan kategorisesti. Hayek suosittaa, ettei kartelleja kielletä laissa, vaan että laissa rajoitutaan säätämään kartellien siviilioikeudellisesta pätemättömyydestä. Kilpailijoihin kohdistetuista boikottitoimenpiteistä voitaisiin tuomita Yhdysvaltain kilpailuoikeudesta tunnetun tapainen moninkertainen vahingonkorvaus.[260] Näin voitaisiin välttää dirigistiset viranomaistoimenpiteet, joista todennäköisesti aiheutuisi enemmän haittaa kuin hyötyä. *Hayek* on enemmän huolissaan viranomaisvallan kasvusta.

Määräävän aseman väärinkäytön valvonta ei ole tarpeen, sillä yritykset ulosmitata markkinavoimaa johtavat sen rapautumiseen. Monopolivoitot tuovat alalle uusia yrittäjiä. Näin ollen monopolivoittoihin puuttuminen voi itse asiassa pidentää määräävän markkina-aseman kestoa. Uusitävaltalaisten mielestä riittävää on markkinoille pääsyn turvaaminen.[261] Määräävä asema on palkinto kekseliäästä toiminnasta, minkä vuoksi viranomaisen ei tule siihen puuttua.[262] Vielä tarpeettomampaa on yrityskauppavalvonta. Sitä paitsi viranomaiset eivät voi tietää etukäteen, mihin yrityskauppoihin tulisi puuttua ja mitkä sallia. Markkinarakenteen merkityksen sivuuttaminen selittyy tarkastelujakson pituudella ja sillä, että muiden kuin julkisten alallepääsyn esteiden olemassaolo kiistetään.[263] Viranomaissääntelyn purkaminen nähdään tehokkaimpana kilpailupolitiikkana. Tämän vuoksi kysymys ei kuulu, miten kilpailua pitäisi säännellä, vaan onko markkinoilla kilpailua. Mikäli julkinen valta ei rajoita kilpailua,

---

[259] Ks. Hayek, The Road to Serfdom (1944) s. 46–47, 49–52, 56–58, 213–218.
[260] Ks. Hayek, The Constitution of Liberty (1960) s. 124; Hayek Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People Vol. 3 (1979) s. 79, 87
[261] Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People Vol. 3 (1979) s. 79, 87; Kirzner (1973) s. 101–112.
[262] Ks. esim. Kirzner (1973) s. 198–211. Joka tapauksessa kilpailuviranomaisen interventio tulee rajata tapauksiin, joissa voidaan olla (suhteellisen) varmoja uhkaavista kilpailuhaitoista ja viranomaisen toimenpiteiden hyödyllisyydestä. Tämänsuuntaisesti esim. Vihanto (2000) s. 39 ss.
[263] Ks. esim. Kirzner (1973) s. 210–211.

pitkällä tähtäimellä talouden evoluutio hoitaa loput.[264] Evolutionäärisessä tarkastelussa valta on ohimenevää. Viranomaisten tulisi puuttua mahdollisimman vähän yritysten toimintaan.

11.3 ARVIOINTIA

Uusitävaltalaisten väite markkinavoiman torjumisen tarpeettomuudesta perustuu kahdelle premissille: a) markkinoiden rakenteen tai määräävässä asemassa olevan yrityksen vastatoimenpiteiden ei uskota voivan estää alalle tuloa; b) muusta kuin julkisen vallan suopeudesta johtuvan markkinavoiman uskotaan aina johtuvan suuremmasta tehokkuudesta. Sikäli kuin haittoja hyvin harvinaisissa poikkeustapauksissa voisi syntyä, kilpailusääntelyn kustannukset ylittäisivät joka tapauksessa hyödyt. Merkittävimmät kustannukset eivät aiheudu viranomaisorganisaatiosta, vaan perusteiltaan virheellisen mikrotalousteorian soveltamisesta käytäntöön. Kilpailussa olennaista on prosessi, ei käyrin ja tasapainopistein kuvattu hetkittäinen markkinatilanne, joka ei sitä paitsi edes valokuvamaisena otoksena vastaa todellisuutta. Kilpailupolitiikka heikentää kannustimia tehokkaaseen toimintaan, jos määräävän aseman saavuttamisesta rangaistaan.

Käytännön kilpailupolitiikan kannalta hyödyllistä on pitää mielessä itävaltalaisten terve skepsismi liiallista teoreettista mallintamista kohtaan. Mikrotalousteorian mallit ovat usein varsin abstrakteja yleistyksiä ja poikkeavat elävästä elinkeinoelämästä. Pyrkimys toteuttaa teoreettisia malleja käytännön päätöksenteossa johtaa väistämättä vaikeuksiin. Markkinoiden toimintaa optimoimaan pyrkivän "hyväntahtoisen keskussuunnittelijan"[265] tietämys on yksinkertaisesti aivan liian vaatimatonta. Jos talousteorian hypoteesi yritysten käyttäytymisestä tai markkinatuloksista ei vastaa todellisuutta, vika on yleensä teoriassa, ei markkinoissa. Keskussuunnittelun hylkääminen ei kuitenkaan todista, että pyrkimykset torjua aiemman kokemuksen perusteella tyypillisesti vahingollisiksi havaitut kilpailunrajoitukset olisi tarpeetonta.

Uusitävaltalaisuuden kritiikin yksi kärki näyttäisi kohdistuvan ajatteluun, jossa kilpailuoikeus ja/tai kilpailupolitiikka nähdään pelkästään "mikrotaloustieteen soveltamisena käytäntöön". Tältä osin kritiikkiin voidaan pitkälti yhtyä. Talousteorian mallit ovat ajatuksellisia apuvälineitä, eivät konkreettisia ohjenuoria. Lain laadinta tai lainkäyttö ei ole teorian soveltamista käytäntöön, vaan käytäntöä. Kilpailuviranomaisten ei pidä pyrkiä vaikuttamaan kilpailun lopputulokseen, vaan tehtävänä on suojella kilpailuprosessia. Työ kohdistuu siihen,

---

[264] Ks. esim. Kirzner 208–209.
[265] Vihanto (1996) s. 78.

että käytetyt kilpailukeinot ovat legitiimejä ja että kilpailun rakenteelliset edellytykset säilyvät. Kilpailuoikeus on perusluonteeltaan epäsuoraa sääntelyä, ei dirigististä elinkeinoelämän tehokkuuden kalibrointia. Itävaltalainen ohjus osuu suoraan sääntelyyn mutta ohittaa kilpailulainsäädännön, ensimmäistäkään maalia kuitenkaan upottamatta. Kilpailulainsäädännön soveltaminen ei olisi mielekästä ilman tehokkuustarkastelua, joskin on tunnustettava se, että informaatio on usein vajavaista. Tulevaisuuteen kohdistuva epävarmuus on usein kompensoitavissa samanlaisista aikaisemmista tapauksista kertyneellä kokemuksella.

Kaikista käsitellyistä koulukunnista uusitävaltalaiset suhtautuvat kielteisimmin markkinavoiman sääntelyn tarpeeseen. Markkinoiden uskotaan itsestään korjaavan mahdolliset vääristymät, joiden ei uskota muutoinkaan muodostuvan olennaisiksi.[266] Kun markkinoiden kehitystä ei voida ennustaa, haittoihin ei tule puuttua kilpailuviranomaisten toimesta. Kilpailupolitiikan näkökulmasta uusitävaltalaista näkemystä voidaan luonnehtia fatalistiseksi.[267] Tulevaisuuden ennustamisen vaikeudesta tai kenties ylivoimaisuudesta ei voi johtaa sitä, etteikö tulevaisuuteen voisi tai pitäisi yrittää vaikuttaa. Ihmisillä on vapaa tahto ja mahdollisuus muokata elinympäristöään. Jos markkinoiden kehitystä ei voida ennustaa, millä perusteellaan johtopäätös, että markkinavoiman kilpailuoikeudellinen sääntely on *a priori* tarpeetonta? Eikö keskeisenä väittämänä juuri ole, että kilpailun lopputulos tiedetään vasta *a posteriori*. Kilpailun lopputuloshan on avoin. Markkinavoiman väärinkäytön harmittomuus lienee empiirisenä oletuksena yhtä epärealistinen kuin täydellisen kilpailun teoria. Yhtä hyvin on siis mahdollista, että määräävä asema säilyy esimerkiksi siksi, että dominoiva yritys asettaa kekseliäästi esteitä kilpailijoiden markkinoille pääsylle. Oikeuttaako kekseliäisyys kilpailuoikeudellisen abstinenssin? Tässä tutkimuksessa vastaus on kielteinen. Puuttumattomuus pitäisi sisällään naturalistisen virhepäätelmän. Siitä, miten on, ei voi johtaa, miten pitää olla. Epäilemättä määräävän aseman saavuttaminen perustuu keskeisesti tehokkuuteen, eikä tehokkuuden rankaiseminen olisi mielekästä. Kuitenkin varsin yleisesti määräävä asema saavutetaan kilpailua rajoittavan yrityskaupan avulla. Vaikka määräävä asema olisikin tehokkuuden hedelmä, mikään ei todista, etteikö valta-asemaa voitaisi väärinkäyttää.

Kilpailuteoreettisesti uusitävaltalaisten keskeinen ansio liittyy informaation merkityksen esille tuomiseen. Ymmärrämme kilpailuprosessin merkitystä ja toimintaa paremmin, kun lähtökohdaksi otetaan todellisuutta vastaava oletus informaation epätäydellisyydestä ja epäsymmetrisyydestä, mitä "puutetta"

---

[266] Hylätessään mikrotaloustieteen malleihin liittyvän determinismin uusitävaltalaiset näyttäisivät tukeutuvan toisenlaiseen determinismiin, uskoon markkinoiden kykyyn korjata vääristymät.
[267] Mantzavinos, Wettbewerbstheorie s. 140.

markkinatalous päätäntäjärjestelmänä pyrkii paikkamaan. Myös viittaus talouden evoluutioon on sinänsä mitä relevantein huomio. Tietämyksen epätäydellisyyden ohella uusitävaltalaisten keskeinen ansio liittyy siihen, että talouden muutosprosessiin kiinnitetään riittävästi huomiota. Evoluutioajattelussa pyritään saamaan selville, miten eri toimintatavat löydetään ja miten parhaat niistä valikoituvat aikojen kuluessa.[268] Talouden evoluutio perustuu lähinnä *Lamarckin* kuvaamaan oppimisprosessiin, ei niinkään *Darwinin* geneettiseen valintaan. Ihmiset oppivat virheistään ja järjestävät taloudelliset olonsa aiempaa rationaalisemmin. Allokaation parantamista keskeisempää ovat innovaatiot. Talous muuttuu ennen muuta uusien hyödykkeiden ja tuotantotapojen esille murtautumisen myötä. Kun kukaan ei voi varmuudella ennustaa keksintöjä, kilpailuviranomaisten kyky nähdä tulevaisuuteen on, kuten kaikilla muillakin, pakosta varsin rajallinen. Evoluutio ei kuitenkaan merkitse lyhyen tai keskipitkän aikavälin ongelmien poistumista. Ihmisillä on tapana puuttua toimintaympäristössään havaitsemiinsa epäkohtiin, vaikkei täydellistä tietämystä toimenpiteen jälkikäteisestä viisaudesta ole. Kyse on aina rajallisen tietämyksen vallitessa tehdyistä ratkaisuista, eikä virheratkaisuja koskaan voida kokonaisuudessaan välttää. Rationaalia on virhemarginaalin tiedostaminen ja pyrkimys riskien minimoimiseen, ei toimenpiteistä luopuminen.

Kilpailuoikeudessa kyse ei ole siitä, rapautuuko määräävä asema jollakin aikavälillä, vaan siitä, ilmeneekö haittavaikutukset poistava tai kompensoiva tapahtuma ennen kuin markkinavoimasta ehtii aiheutua olennaista vahinkoa asiakkaille, kuluttajille ja pienemmille kilpailijoille.[269] Kilpailunrajoituksiin puuttumattomuuden perusteleminen evoluution olemassaololla ei ole riittävää. Sikäli kuin punnintaa haittojen ja hyötyjen välillä ei voida suorittaa, ratkaisun tulee perustua selvästi vahingollisten kilpailunrajoitusten per se -tyyppiselle kieltämiselle. Uusitävaltalainen teoria tuo yhden relevantin näkökulman siihen, kuinka laajalti kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnetään esim. Williamsonin vaihtokauppamallin kaltaisia välineitä hyödyllisen ja haitallisen erottamiseksi toisistaan.

Uusitävaltalaiset politiikkasuositukset voitaneen kytkeä koulukunnan taustalla olevaan, markkinoiden täysimääräistä vapauttamista ajavaan liberalistiseen yhteiskuntanäkemykseen. Uusitävaltalaisilla omistusoikeus *(property*

---

[268] Vihanto, Kilpailupolitiikan säännöt talouden evoluutioteoriassa (1996) s. 77.

[269] Ongelman tilapäisyys ei aina merkitse harmittomuutta. Jos tarkasteluperspektiivi pidennetään esimerkiksi kahteenkymmeneen vuoteen, merkittävä osa talouspolitiikan interventioista näyttäytyy tarpeettomina. Tarkastelujakso on kuluttajan näkökulmasta aivan liian pitkä. Markkinat voivat muuttua tiettyyn suuntaan tai olla muuttumatta aivan siitä riippumatta, käytetäänkö vahingollisia kilpailunrajoituksia vai ei. Kilpailunrajoitukset ovat vain yksi evoluutioon vaikuttavista tekijöistä. Kilpailuprosessissa ja talouden evoluutiossa kyse on kahdesta toisiinsa limittyvästä mutta kuitenkin erillisestä kategoriasta.

rights) korotetaan luonnonoikeudellisen doktriinin asemaan. Sääntelyä vastustetaan periaatteellisista syistä. Demokratiassa näkökulma on luonnollisesti yhtä hyväksyttävä kuin mikä tahansa muu poliittinen kanta.[270]

11.4 SYSTEEMITEOREETTINEN KOULUKUNTA

Uusitävaltalaisesta näkökulmasta voidaan kyseenalaistaa mahdollisuus ennustaa luotettavasti yritysten käyttäytymistä sen enempää hintateoreettisen kuin rakenteellisen tarkastelun avulla. Uusitävaltalaiset korostavat markkinoiden kehityksen ennalta arvaamattomuutta, informaation epätäsmällisyyttä ja yrittäjyyttä. Viranomaisten puuttuminen yritysten toimintaan nähdään pääsääntöisesti vahingollisena. Uusitävaltalaisuuden ei tarvitse kuitenkaan välttämättä johtaa kilpailupolitiikan pitämiseen tarpeettomana.[271] Saksassa uusitävaltalaisuus on pyritty sovittamaan yhteen toimialan taloustieteen kanssa lieventämällä mallien deterministisyyttä ja korostamalla sitä, että viime kädessä kyse on poliittisista valinnoista.[272] Ordoliberalismista vaikutteita hakenut[273] saksalainen "uusitävaltalaisuus" lähtee siitä, että kilpailuoikeudellinen sääntely on tarpeen. Saksassa suuntausta kutsutaan systeemiteoreettiseksi koulukunnaksi. Politiikkasuosituksena on per se säännöille rakentuva kilpailulainsäädäntö.

Hoppmanin kehittämän *kilpailuvapauden teorian*[274] mukaan yritysten toimintavapauden turvaaminen on paras tae sille, että yrittäjät hyödyntävät mielikuvitustaan ja tietojaan täysimääräisesti. Kilpailupolitiikan tärkein tehtävä on estää yksityisen taloudellisen vallan väärinkäyttö, jollainen tukahduttaa kilpailun. Viranomaisten tehtävänä on turvata kilpailuvapauden säilyminen.[275] Kilpailupolitiikka tulisi muotoilla per se -kieltojen muotoon puettujen käyttäytymissääntöjen (*rules of the game*) noudattamisen valvontaan. Sääntöjen tulee olla mahdollisimman selkeitä ja niiden valvomisen noudattamisessa viranomai-

---

[270] Voidaan kuitenkin yhtyä Vihannon (1996, s. 77) vetoomukseen: "Monet evoluutionäkökulmaan sinänsä myönteisesti suhtautuvat ekonomistit saattavat vierastaa itävaltalaisten melko varauksetonta yksityisomistuksen ja muiden luonnonoikeuden periaatteiden ylistystä. Mielipide-erot normatiivisissa kysymyksissä eivät saisi olla esteenä itävaltalaisen talousteorian keskeisten ideoiden omaksumisessa."

[271] Näin myös esim. Kallay (2001) s. 15–18.

[272] Revidoidusta systeemiteoriasta ks. Herdzina (1999) s. 108–110, 126, 179; Ruffner (1990) s. 48–85; Möschel, Wettbewerbsrecht (1983) s. 67 ss; Hoppmann (1968).

[273] Ks. ordoliberalismin ja uusitävaltalaisuuden vertailusta Streit/Wohlgemuth (1998).

[274] Ks. perustavasti Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs (1968). Ks. myös Hoppmann, Fusionskontrolle (1972); Marktmacht un Wettbewerb (1977); Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs (1978) ja Behinderungsmissbrauch(1980). Ks. myös Heine (1996).

[275] Ks. esim. Hoppmann (1977) s. 23 ss.

sen harkintavalta minimoida.[276] Hoppmann hyväksyy kartellikiellon. Määräävän aseman väärinkäytön tulisi koskea kilpailijoiden toiminnan estämistä; sen sijaan suorituksen tasoon, esim. hinnoitteluun, ei tulisi puuttua.[277] Esimerkiksi als ob -kontrolli tai muut markkinatulosten määrittämiseen perustuvat valvontakeinot ovat huonosti operationalisoitavia.[278] Hoppmann esittää eurooppalaistyylisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon korvaamista amerikkalaistyylisellä monopolisoimiskiellolla.[279] Yrityskauppavalvonnan, sikäli kuin sellaista ylipäätään pidetään tarpeellisena, tulisi perustua *yleisille per se -kielloille.*[280] Yrityskauppavalvonnan tarkoituksena ei tällöin olisikaan markkinavoiman estäminen yksittäistapauksissa, vaan yleinen markkinoiden *spontaanin järjestyksen suojaaminen* kilpailunrajoituksilta.[281]

> Niinikään *Herdzinan revidoitu systeemiteoria*[282] pyrkii rakentamaan sillan harvardilaisen ja uusitävaltalaisen ajattelun välille. Revidoidun systeemiteorian mukaan myös yrityskauppavalvonta on tarpeellista. Myönnetään, että markkinoiden rakenteeseen on kiinnitetty uusitävaltalaisessa teoriassa liian vähän huomiota. Käytännön kokemukset ovat osoittaneet, että määräävän aseman syntyminen voi merkittävästi estää kilpailua. Toimialan taloustiede ei kuitenkaan tarjoa luotettavaa mittapuuta rakenteellisten kilpailunrajoitusten todellisten vaikutusten ennakoimiseen. Keskittyminen hyvinvointivaikutuksiin rajaa ulkopuolelle merkittävimmän aspektin, yrittäjien toimintavapauden kaventumisen. Toisaalta selvää on, että markkinoiden keskittyminen voi olla haitallista. Kilpailunrajoituksen hyötyjä ja haittoja ei voida yksityiskohtaisesti ennustaa, koska yksittäisten tekijöiden vaikutukset voivat tapauskonstellaatiosta riippuen olla myönteisiä tai kielteisiä. Herdzina esittää *Hoppmannin* tavoin[283] ratkaisuksi niin sanotut *tyyppiennustukset (Mustervoraussagen)*. Kyse on todennäköisyyttä koskevasta ennustamisesta. Vaikkei vahingollisuutta voida todistaa tai mitata yksittäistapauksissa, voidaan kuitenkin päätellä enemmän tai vähemmän suurella todennäköisyydellä, että menettelytavalla useimmissa tapauksissa on tietynlaisia vaikutuksia. Kilpailulainsäädännössä voidaan kieltää sellaiset kilpailunrajoitukset, joiden osalta haittavaikutukset ovat erityisen todennäköisiä.

---

[276] Hoppmannin kilpailuvapauden teoria perustuu Hayekin ajatusten edelleen kehittämiseen. Riskinä on, että kilpailuviranomaiset kuvitellessaan markkinoiden kehittyvän taloustieteen oppikirjojen matemaattisten mallien tavoin itse asiassa pyrkivät pakottamaan taloutta haluamaansa muottiin. Kun markkinat eivät vastaa liitutaululle piirrettyjä oppirakennelmia, markkinoiden on "parannettava tapansa" ja toimittava viranomaisen haluamalla tavalla. Lopputuloksena on tehokkuutta vähentävä, rent seeking -toiminnalle ja poliittisille mieliteoille altis komentotalous, jossa markkinat menettävät niille luontaisen joustavuuden ja luovuuden.

[277] Ks. Hoppmann (1978) s. 39; Hoppmann (1980) s. 50–54.

[278] Ks. Hoppmann (1977) 24–26.

[279] Ks. Hoppmann (1977) s. 26–28.

[280] Ks. Hoppmann (1972) s. 80 ss.

[281] Ks. Hoppmann (1972) s. 62.

[282] Ks. Herdzina (1988); Herdzina (1999) s. 108 ss.

[283] Ks. Hoppmann (1972) s. 7–28; Hoppmann (1978) s. 29.

Systeemiteoriassa korostetaan sitä, että kilpailulainsäädännön soveltamisen, mukaan lukien yrityskauppavalvonta, tulee olla mahdollisimman läpinäkyvää ja minimoida viranomaisen harkintavalta.[284] Lainsäädännössä tulee pyrkiä välttämään kaikkia sellaisia ratkaisuja, jotka antaisivat viranomaiselle harkintavaltaa. Sitä vastoin puolustettavissa on ratkaisu, jossa erityisen korkeaan markkinaosuuteen johtavat horisontaaliset yrityskaupat kielletään lailla. Kieltokynnyksen asettaminen nähdään viime kädessä poliittisena kysymyksenä. Lainsäädännössä voitaisiin harkita yleistä markkinaosuusrajaa, esimerkiksi 80 prosenttia, jonka yläpuolella yrityskaupat ovat kiellettyjä.[285] Yleisemminkin lain kiellot tulee määritellä mahdollisimman ehdottomasti.

Systeemiteorian eri variaatioiden potentiaalisena hyötynä on pyrkimys integroida rakenteellinen lähestymistapa osaksi kilpailuvapauden käsitettä. Kilpailuvapauden operationalisoiminen sellaiselle tasolle, että se olisi hyödynnettävissä kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa, on kuitenkin jäänyt puolitiehen. Teoriasta ei ilmene, miten esim. yleisen rajan määrittäminen kohtuudella on mahdollista, jos kerran yrityskauppojen kilpailuvaikutusten arvioiminen edes yksittäistapauksessa ei olisi mahdollista.

---

[284] Esimerkiksi Williamsonin edustama kustannus-hyötyanalyysi ei tarjoa luotettavaa pohjaa yrityskauppojen arvioinnille. Siinä jouduttaisiin vertaamaan omenoita ja päärynöitä keskenään, ratkaisemaan yrityskauppa-asia yhteismitattomien suureiden perusteella, joita ei pystytä käytännössä mittaamaan, saati sitten vertailemaan.

[285] Ks. esim. Herdzina (1988); (1999) s. 181–195.

12. Ordoliberalismi

Eurooppalaisen kilpailupolitiikan sodanjälkeisen kehityksen kannalta keskeinen vaikutus on ollut ordoliberalismiksi kutsutulla saksalaisella ajatussuuntauksella ja tutkimusohjelmalla. Ordoliberalismi, toiselta nimeltään Freiburgin koulukunta,[286] syntyi Freiburgin yliopistossa Etelä-Saksassa 1930-luvulla.[287] Koulukunta nousi toisen maailmansodan jälkeen johtavaan asemaan Saksassa ja säilyi tässä asemassa 1960-luvun puolivälin tietämille.[288] Koulukunta on vaikuttanut merkittävästi paitsi Saksan, myös EY:n kilpailupolitiikan muovautumiseen sen ensimmäisinä vuosikymmeninä. Johtavina edustajina on mainittava erityisesti taloustieteilijä *Walter Eucken* ja juristi *Franz Böhm.*

---

[286] Alfred Müller-Armack otti käyttöön kuuluisan sosiaalisen markkinatalouden (Sozialer Marktwirtschaft) käsitteen. Sosiaalinen markkinatalous muodosti Ludvig Erhardin (talousministeri 1949–1963, liittokansleri 1963–1966) ajaman, erityisesti alkuvaiheessaan hyvinkin menestyksellisen talouspolitiikan ("Wirtschaftswunder") kulmakiveksi. Erhard itse kutsui itseään ordoliberaaliksi, millä hän tarkoitti nimenomaan Freiburgin suuntausta, mutta Müller-Armackin merkitys näyttäisi keskeiseltä. Ks. esim. Grossekettler (1997) s. 32. Saksassa sosiaalisen markkinatalouden käsitteen merkitys on edelleen keskeinen. Kilpailupolitiikassa kölniläisten ja freiburgilaisten välillä ei näyttäisi olevan olennaisia eroja, vaan kölniläiset omaksuivat freiburgilaisten kehittämät ajatukset lähes sellaisinaan. Kilpailupolitiikkaa esittelevässä kirjallisuudessa termejä ordoliberalismi ja Freiburgin koulukunta onkin usein käytetty toistensa synonyymeinä.

[287] Ordoliberaalin ajattelun keskeiset piirteet olivat ensimmäisen kerran koherentisti esillä 1930-luvun loppupuolella. Böhm, Wirtschaftsordnung als geschichtliche Aufgabe und Rechtschöpferische Leistung (1937), erit. Böhmin, Euckenin ja Großmann-Doerthin yhteinen esipuhe teokseen. Tärkeitä monografioita ovat Böhmin Wettbewerb und Monopolkampf (1933) ja vuosikymmeniä Saksan taloustieteellisessä yliopisto-opetuksessa hyödynnetty Walter Euckenin Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952). Ks. artikkelikokoelmat Böhm (1960) ja (1980), Mestmäcker (1984 a) sekä Koslowski (1998) s. 93–270. Hyviä survey-kirjoituksia ordoliberalismista ovat esim. Möschel, Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht (1988); Gerber (1994); Gerber (1998) s. 266–333 sekä artikkelikokoelma Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe (1995). Ks. myös monografioita Nörr (1994), Thieme (1994) ja Grossekettler (1997). Ks. lisäksi myös Schlecht (1990) s. 62–88; Horn (1996) s. 97–144; Mantzavinos (1994) s. 70–83; Mestmäcker (1996); Streit/Wohlgemuth (1997) ja (1998); Nörr (1998); Peukert (1998); Sullivan/Fikentscher (1998); Kasper/Streit (1998) s. 36; Amato (1997) s. 40. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. Bernitz, Marknadsrätt (1969) s. 321 ss., 334, 346, 383. Kotimaisen kirjallisuuden osalta ks. erityisesti M. Virtanen (1998) s. 86 ss. Ordoliberaalin ajattelun vaikutusta näkyy yleisesityksessäni Kilpailuoikeuden perusteet (2000) ja myös Juha Pöyhösen teoksessa Uusi varallisuusoikeus (2000). Viimeinen toteamus perustuu Pöyhösen kanssa käytyyn keskusteluun. Tämän jakson kirjoittamisessa olen hyötynyt keskusteluista Martti Virtasen kanssa, joita olemme käyneet 1990-luvun alusta alkaen. Tarkoituksenamme on ollut myös kirjoittaa yhteinen artikkeli ordoliberaalista kilpailupolitiikasta – hanke, joka toistaiseksi ei ole vielä toteutunut. Luonnollisesti tämän tutkimuksen tekijä vastaa kaikista mahdollista puutteista ja epätäsmällisyyksistä jäljempänä olevassa esityksessä.

[288] Toisin kuin esimerkiksi amerikkalaiset Chicago ja Harvard, ordoliberalismi on Saksan ulkopuolella varsin heikosti tunnettua. Kuitenkin koulukunnan ajattelulla on ollut olennaista

12.1 ARVOPERUSTA

Ordoliberalismi etsii vaihtoehtoa markkinoiden vapauttamisen ja niiden poliittisen ohjaamisen välimaastossa. Ordoliberaalissa mallissa kilpailupolitiikalla onkin keskeinen asema eräänlaisena markkinatalouden taloudellisen perustuslain olennaisena elementtinä. Ryhmä talous- ja oikeustieteilijöitä otti tavoitteekseen esittää perusteet yhteiskuntajärjestelmälle, joka pohjautuisi taloudelliselle liberalismille ja maksimaalisille yksilönvapauksille mutta samalla turvaisi korkean hyvinvoinnin, sosiaalisesti inhimilliset ja oikeudenmukaiset olot sekä poliittisen pluralismin.[289] Ordoliberaalissa ajattelussa kilpailu voisi samanaikaisesti turvata kaiken tämän. Korkealentoiset tavoitteet selittyvät poliittisilla olosuhteilla, joiden vallitessa tutkimusta tehtiin henkilökohtaista riskiäkään välttämättä.[290]

Ordoliberaaleille keskeisiä käsitteitä ovat "järjestys" *(Ordnung)*, "talouden perustuslaki" *(Wirtschaftsverfassung)* ja talousjärjestys *(Wirtschaftsordnung)*. Ordoliberaalit tutkivat systeemisiä yhteyksiä talousjärjestyksen ja sen toiminnan kannalta keskeisten oikeudellisten instituutioiden välillä. Taloudellinen toimintaympäristö ja institutionaaliset puitteet muovaavat yritysten ja yksilöiden käyttäytymistä. Mikrotaloudellisten mallien ohella otetaan huomioon käyttäytymistä ohjaavat pelin säännöt. Selvittämällä talousjärjestyksen, oikeudellisten puitteiden ja yritysten käyttäytymisen keskinäisiä yhteyksiä voidaan luoda ja ylläpitää toimivan markkinatalouden perusedellytyksiä. Ordoliberaalissa ajattelussa järjestyspolitiikka *(Ordnungspolitik)* tarjoaa keinon hahmottaa kilpailupolitiikkaa ja sen suhdetta muihin yhteiskuntapolitiikan lohkoihin kokonaisvaltaisesti. Ordoliberaalissa tutkimusohjelmassa korostui jo varhaisessa vaiheessa tarve hyödyntää taloustiedettä talousoikeudellisten ja -poliittisten kysymysten tutkimuksessa.[291]

---

vaikutusta eurooppalaisen kilpailupolitiikan muotoutumiseen varsinkin alkutaipaleella. Koulukunnan tunnettuisuutta Saksan ulkopuolelle lienee omiaan vähentämään aihetta koskevan muun kuin saksankielisen kirjallisuuden vähäisyys. Tosin aivan viime vuosina on havaittavissa uudelleen herännyttä kiinnostusta koulukuntaa kohtaan myös Saksan ulkopuolella. Tämä liittyy siihen, että globalisoituva talous saattaa kilpailuoikeuden murrokseen, joka edellyttää ordoliberalismille ominaista kokonaisvaltaista tarkastelua.

[289] Ks. esim. Gerber (1998) s. 239–241.

[290] Koulukunnan edustajat olivat kolmannessa valtakunnassa oppositiossa ja siihen kuuluvilla oli yhteyksiä myös suorempaan vastarintaan. Franz Böhm menetti professorinoikeutensa arvosteltuaan julkisesti juutalaisiin kohdistunutta vainoa. Osa koulukunnan edustajista menehtyi keskitysleireillä. Ks. esim. Horn (1996) s. 97–114; Gerber (1998) s. 232–236.

[291] Koulukunnan piirissä pidettiin jo 1930-luvulla itsestään selvyytenä, että talouspoliittisten ja -oikeudellisten kysymysten hahmottaminen edellyttää kansantalous- ja oikeustieteilijöiden yhteistyötä. Saavuttaakseen kestävän pohjan vaikutusketjun pitää olla molemminpuolinen. Oikeudellisen sääntelyn kansantaloudellisten vaikutusten edes pääpiirteittäinen ymmärtäminen on talousjuristille välttämätöntä. Aivan yhtä tähdellistä kuitenkin on, että taloustieteilijät ymmärtävät oikeudellisten instituutioiden merkityksen ja talouspoliittisten ratkaisujen taustalla olevat arvovalinnat. Ks. Böhm (1958) s. 172 ss.

Ordoliberaalille ajattelulle on tyypillistä *järjestysajattelu* (*Denken in Ordnungen*). Tavoitteena on "löytää sellainen talousjärjestys (Wirtschaftsordnung), joka vastaa parhaiten ihmisten ja asioiden perusolemusta, järjestys, joka perustuu kohtuudelle ja tasapainolle."[292] Termi *"ordo"* on käännetty latinan kielestä, jossa sillä tarkoitetaan luonnollista, asioiden sisäistä logiikkaa vastaavaa järjestystä vastakohtana ulkoapäin määritellylle ja mahdollisesti virheelliselle järjestykselle (*"ordinatio"*). Ordoliberaalissa talousjärjestyksessä kansalaisten vapauspiiri on mahdollisimman laaja (liberaali elementti), mutta toisaalta yksilöiden vapautta rajoittavat muiden yksilöiden vapaudesta markkinoiden toimivuuden turvaavat institutionaaliset säännöt (järjestyselementti), joista keskeisimmän muodostaa kilpailuoikeudellinen sääntely. Valtion tehtävänä on luoda institutionaaliset puitteet markkinatalousjärjestelmälle.

12.2 ORDOLIBERAALIEN KILPAILUPOLITIIKKAA KOSKEVAT SUOSITUKSET

Ordoliberaalit korostavat, että liberalistisen oikeusvaltion ja demokratian säilyvyyden puolustaminen edellyttää kilpailupolitiikkaa. Taloudellinen kilpailu mahdollistaa päätöksenteon hajauttamisen, vallan kontrolloimisen ja demokratian ylläpitämisen. Markkinoiden keskittyminen tulee estää, sillä taloudellisen vallan kasvaminen vähentää paitsi taloudellista tehokkuutta, pervertoi viime kädessä myös poliittisen päätöksenteon. Taloudellista valtaa pitävät yritykset hankkivat itselleen erityisoikeuksia, joiden myöntäminen edelleen heikentää markkinakilpailua. Tässä mielessä taloutta ja politiikkaa, valtiota ja yhteiskuntaa tarkastellaan vuorovaikutusketjujen avulla. Liiallinen taloudellinen valta voi korruptoida poliittisen päätöksenteon. Ääritapauksessa markkinoita hallitseva yritysryhmä säädättää itselleen edullista lainsäädäntöä. Lopputuloksena on potentiaalisten kilpailijoiden markkinoilta syrjäytyminen, mikä edelleen vahvistaa yritysten valta-asemaa markkinoilla.[293]

Ordoliberaaleille kilpailupolitiikka muodostaa järjestyspolitiikan ydinalueen. Keskeisin tavoite on toimivan hintamekanismin luominen. Ideaalina on talouden subjektien yksilöiden riippumattomuus persoonallisesti identifioitavien taloudellisten valtaryhmittymien pakkovallasta. *Euckenin* määrittelemä kokonaisvaltainen kilpailu ei niinkään tarkoita mitään tiettyä markkinarakennetta sinänsä vaan olotilaa, jossa markkinatoimijat ovat ideaalin mukaisesti vapaana

---

[292] Eucken (1940,1965), Die Grundlagen der Nationalökonomie, s. 239 ss.

[293] Realistinen mallintaminen edellyttää markkinasektorin ja poliittisen päätöksenteon tarkastelemista saman prosessin osina, jolla yhteiskunnallista varallisuutta jaetaan. Voitaisiin katsoa että ordoliberaalit lainasivat Marxin metodin omaan käyttöönsä ja sovelsivat sitä vastakkaisten politiikkasuositusten perustelemiseen.

taloudellisten valtaryhmittymien pakkovallasta mutta jossa he joutuvat sopeuttamaan toimintansa hintajärjestelmän persoonattomiin hintasignaaleihin. Ordoliberaaleilla oli keskeinen vaikutus kieltoperiaatteelle perustuvan kilpailulainsäädännön[294] omaksumiselle Saksassa vuonna 1958. Suositellun kilpailupolitiikan keskeiset piirteet voidaan vetää yhteen seuraavasti:

1. Kartellikiellon on oltava yleinen ja tehokkuuspuolustuksen käyttöalan suppea.
2. Kilpailulainsäädännöllä tulee puuttua toimintavapautta rajoittaviin vertikaalisiin rajoituksiin, vaikka yrityksillä ei olisikaan markkinavoimaa.
3. Määräävän aseman syntyminen tulee estää; mikäli tämä poikkeuksellisesti ei ole mahdollista, monopoliyritykset tulee alistaa tiukan väärinkäyttökontrollin alaisiksi. Väärinkäyttövalvonnalla tulee puuttua sekä kilpailijoiden estämiseen että kuluttajien riistämiseen. Sääntöjen sisällön määrittämisessä hyödynnetään taloustiedettä (als ob -kilpailu).
4. Kilpailunormina on suorituskilpailu, jossa asiakkaita tavoitellaan parantamalla omaa suoritusta eikä esim. sitomalla asiakkaita tai sulkemalla kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.
5. Taloudellisena lähtökohtana on kokonaisvaltainen kilpailu, jolla tarkoitetaan sitä, ettei kumpikaan markkinapuoli pysty sanelemaan hintoja tai muutoin ohjaamaan kilpailua; hinnat määräytyvät anonyymisti markkinoilla kysynnän ja tarjonnan perusteella.
6. Keskittymisen torjuminen on tärkeätä. Markkinoiden hallintaan johtavat yrityskaupat tulee kieltää; myös rakenteelliset pilkkomisvaltuudet ovat tarpeen.
7. Kilpailuvalvonnan tulee perustua mahdollisimman pitkälle per se -säännöille. Viranomaiselle laajaa harkintavaltaa antavaa säännösten kirjoittamistapaa tulee välttää, jottei julkinen valta korostu liikaa. Kilpailuviranomainen on instituutiona yhtä tärkeä kuin korkein oikeus. Kilpailuviraston toiminta tulee organisoida tuomioistuinmaisesti poliittisten vaikutusyritysten välttämiseksi.
8. Kilpailulainsäädännöllä tavoitellaan taloudellista tehokkuutta ja turvataan markkinatoimijoiden toimintavapaus. Mikäli nämä tavoitteet sattuisivat olemaan ristiriidassa, etusija tulee antaa toimintavapaudelle, sillä tällä tavoin turvataan pitkällä tähtäimellä parhaiten myös taloudellinen tehokkuus.
9. Toteuttamalla edelliset kohdat ja pidättäytymällä laajamittaisemmista markkinainterventioista kilpailupolitiikka takaa osaltaan laajojen kansalaisvapauksien säilymistä. Liiallisen taloudellisen vallan torjuminen nähdään perustuslaillisena tehtävänä, jonka onnistuminen vaikuttaa koko yhteiskuntajärjestyksen demokraattisuuteen.

---

[294] Ks. esim. Günther, Die Geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1975) s. 196.

Ordoliberaalien mielestä *suorituskilpailun* turvaaminen on siksi niin tärkeää, että markkinat pitävät sisällään sisäsyntyisen taipumuksen monopolisoitua. Kilpailluilla markkinoilla on havaittavissa kolme toisiinsa lomittuvaa vaihetta, tendenssi kustannusten alentumiseen, tendenssi yritysten saavuttamien voittojen tason laskemiseen ja kolmanneksi tendenssi yritysten voittojen uuteen nousuun löydettäessä halvempia tuotantotapoja ja kehittäessä uusia tuotteita. Ellei valtio suojele kilpailuprosessia, uhkana on yhtäältä hintojen allokaatiofunktion häiriintyminen ja hyvinvointitappiot, toisaalta liian suurten taloudellisten valtakeskittymien syntyminen. Monopoliyritykset voivat sitten yhdessä intressiorganisaatioiden kanssa kääntää valtiokoneiston palvelemaan omia etujaan.

Kilpailua rajoittavissa järjestelyissä vedotaan usein välittömiin kustannushyötyihin ja muihin tehokkuusetuihin taloudenpitäjien toimintavapauden rajoittamisen perusteena. Ordoliberaalin näkemyksen mukaan tehokkuuspuolustuksen hyväksyminen johtaa yhä useampiin tapauksiin, joissa taloudenpitäjien toimintavapautta rajoitetaan eri perusteilla. Kilpailua rajoittavat järjestelyt synnyttävät valtaryhmittymiä jotka kaivavat maata kilpailujärjestyksen alta. Lopulta ne pilaavat kilpailijoiden toimintaedellytykset, vahingoittavat kuluttajia ja viime kädessä muuttavat ympäröivää yhteiskuntajärjestystäkin vapautta ja demokratiaa vahingoittavalla tavalla. Pitkän aikavälin ja lyhyen aikavälin tehokkuus voivat olla ristiriidassa haitallisten systeemivaikutusten vuoksi.

Nähdäkseni ordoliberaalien nykyinen merkitys ei ole aikasidonnaisissa politiikkasuosituksissa, vaan kilpailun yhteiskunnallisen merkityksen systemaattisessa hahmottamisessa tavalla, jota ei tavata amerikkalaisessa toimialan taloustieteeseen perustuvassa kilpailuajattelussa. Tätä aspektia on syytä käsitellä vielä tarkemmin.

12.3 ORDOLIBERAALIN TALOUSAJATTELUN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ

Kokonaisvaltaisen tarkastelun mukaan kaikessa lainsäädännössä tulee ottaa huomioon kilpailun turvaaminen. Ordoliberaalien mukaan julkisen vallan aiheuttamat kilpailunrajoitukset voivat johtaa huomattavasti suurempaan vahinkoon kuin mihin alan yritykset keskinäisin toimenpitein milloinkaan yltäisivät.

Ordoliberaalin talousjärjestyksen keskeinen periaate on turvata hintamekanismin toiminta vapaan kilpailun olosuhteissa. Tavoitteen saavuttamiseksi ei ole riittävää, että kielletään kartellit, määräävän aseman väärinkäyttö ja muut haitalliset kilpailunrajoitukset. Myöskään riittävää ei ole, että vältetään tiettyjä talouspoliittisia toimenpiteitä kuten valtiontukia, hintavalvontaa tai tuonti- ja vientikieltoja. Periaate ei ole ainoastaan negatiivinen. Tarpeen on sellainen *kokonaisvaltainen talouspolitiikka*, joka kaikissa tilanteissa tähtää tehokkaan kilpailun kehittämiseen ja siten tukee valitun talousjärjestyksen ylläpitämistä.

Markkinatalouden keskeisin ydin on toimiva hintamekanismi. Se ei synny tai säily itsestään. Sitä pitää hoitaa ja suojella suunnitelmallisesti, mutta samalla hellävaraisesti, kiertokulun omaa logiikkaa häiritsemättä. Markkinamekanismia pyritään ohjaamaan epäsuorasti luomalla institutionaaliset puitteet kilpailulle, pitäytymällä poliittisesta ohjauksesta, mutta puuttumalla voimakkaasti kilpailun vääristymiin. Yksityisen taloudellisen vallan keskittymisen estäminen ja kurissa pitäminen on keskeinen osa politiikkaa, jolla rohkaistaan kilpailumekanismin itseoikaisua.

12.3.1 Taloudellinen konstituutio

Böhmin ja *Euckenin* tuotannossa keskeisellä sijalla on ajatus, että toimivien markkinoiden luominen ja ylläpitäminen edellyttää paljon muutakin kuin pelkästään sääntelyn ja yksinoikeuksien korvaamista elinkeino- ja sopimusvapaudella. Tarpeen on sellaisen *taloudellisen konstituution (Wirtschaftsverfassung)* luominen, joka on viritetty kilpailuprosessin suojelemiseen sen rajoittamisesta hyötyviä intressitahoja vastaan. Tutkimusohjelma perustuu erotteluun *perustuslaillisen* ja sen alapuolella olevan *sub-konstitutionaalisen* tason välillä. Perustuslain tason valinnat vaikuttavat pelisääntöjen muovautumiseen. Taloudellinen konstituutio tulee ymmärtää poliittiseksi ja samalla perustuslailliseksi linjavalinnaksi, jonka perusteella valtion taloudelliset olot järjestetään.[295] Valittaessa markkinatalous, elinkeino- ja sopimusvapaus valitaan samalla toimiva kilpailu, koska kolme edellistä ollakseen mielekkäitä edellyttävät viimeksi mainittua.

> Markkinatalous nähdään vapaaseen tahtoon perustuvana perustuslaillisena järjestelmänä, jollainen ei sen enempää synny kuin säilytä toimintakykyään ilman valtion aktiivisia toimenpiteitä. Ordoliberalismin taustalla on siten sopimusteoreettinen käsitys markkinoista. Suvereeni päättää valtion alueella voimassa olevasta talousjärjestyksestä aivan samalla tavalla kuin poliittisesta järjestelmästä. Suvereenia edustavat valtioelimet, joille kansa on antanut valtakirjan yhteiskuntasopimuksessa. Sopimusteoreettisen käsityksen omaksuminen ei tarkoita sitä, että markkinoiden katsottaisiin historiallisesti syntyneen sopimusasiakirjan allekirjoittamisella. Valtiot eivät ole syntyneet sopimuksella vaan pakolla. Filosofiassa yhteiskuntasopimus on kuvitteellinen käsite. Sopimusteoriassa yhteinen tahto tietynlaisen järjestyksen luomiseksi oikeuttaa ja velvoittaa aktiivisiin toimenpiteisiin tuon järjestyksen säilyvyyden ylläpitämiseksi.[296]

---

[295] Ks. Böhm, Ordnung der Wirtschaft als Geschichtliche Aufgabe und Rechtschöpferische Leistung (1937) s. 18, 24.

[296] Ks. esim. Tebbit, Philosophy of Law, s. 10 ss. Sopimusteorialle vastakkaisen evolutionäärisen näkemyksen mukaan markkinat ovat syntyneet pitkäaikaisen, luonnollisen kehityksen tuloksena. Hayekin mukaan markkinoihin ei pidä puuttua keinotekoisesti. Amerikkalaiset liberalistit perustelevat puuttumattomuutta myös luonnonoikeudellisilla perusteilla.

Juridisella tasolla ordoliberalistit johtavat oikeuden ja velvollisuuden kilpailumekanismin suojelemiseen yleisen elinkeinovapauden toteuttamisesta. *Böhmin* mukaan kilpailun vapautta ei voida erottaa sille vasta mielekkään sisällön antavasta hintamekanismin toimivuudesta. Kilpailuvapaus ei ole luonnonoikeudellinen itsestäänselvyys, vaan yrityksille annettu sopimuksenvarainen oikeus, jonka oletetaan hyödyttävän kaikkia. Yrittäjät eivät ole ainoastaan oikeutettuja kilpailemaan samalla alalla toimivien muiden elinkeinonharjoittajien kanssa, vaan heillä on myös siihen velvollisuus, joka määritellään negatiivisesti kilpailulainsäädännön kielloilla.[297] Kilpailunrajoitukset on kiellettävä, jotta kilpailu tuottaa niitä yhteiskunnallisia hyötyjä, joita elinkeinovapauden säätämisellä on haluttu tavoitella. Mikrotason oikeudesta ja velvollisuudesta kilpailuun seuraa makrotason hyötyjä. Varhaistuotannossaan Böhm kärjistää asian siten, etteivät taloudelliset vapausoikeudet ole itseisarvo samassa mielessä kuin yksilön asemaa turvaavat ihmisoikeudet.[298] Lähesty-

---

[297] Esimerkiksi hintakartelli voidaan nähdä varallisuuden oikeudettomana siirtona kuluttajilta kartellin jäsenille. Salainen hintakartelli voidaan rinnastaa esimerkiksi petokseen, jolla annetaan kauppakumppanille väärä käsitys tai salataan olennainen seikka (tarjotun hinnan perustuminen salaiseen sopimukseen, ei kilpailuun), aiheutetaan kauppakumppanille ja kolmansille osapuolille taloudellista vahinkoa ja loukataan niitä pelisääntöjä, joita markkinatalous välttämättä edellyttää toimiakseen siedettävällä tavalla (luottamus, hintojen kilpailullisuus). Karkeiden kilpailunrajoitusten kieltäminen ei liene perustuslaillisesta näkökulmasta sen vaikeampaa kuin puuttuminen taloudelliseen rikollisuuteen. Kauppakumppaniin kohdistuvaan määräävän aseman väärinkäyttöön saattaa pahimmillaan liittyä samantapaisia piirteitä kuin pakottamiseen tai kiristykseen. Hankalimmin perusteltavissa on yrityskauppavalvonnan tarpeellisuus, sillä yrityskauppoihin ei yleensä liity samanlaista moitittavaa, muiden oikeutta loukkaavaa käyttäytymistä kuin kiellettyihin kilpailunrajoituksiin. Yrityskauppavalvonta voidaan johtaa tarpeesta suojata kilpailua instituutiona. Koska kilpailumekanismi merkittävästi häiriintyy markkinoiden keskittyessä voimakkaasti, yritysten sopimusvapautta voidaan rajoittaa. Mikäli vapautta ei rajoitettaisi, vapauden käyttämistä ilmentävän oikeustoimen jälkeen asiakkaiden sopimusvapaus kaventuisi tosiasiallisesti sisällöltään, eikä sopimusvapaus tuottaisi samoja hyödyllisiä taloudellisia vaikutuksia kuin ennen yrityskauppaa. Luonnollisesti yrityskauppavalvonta voidaan perustella maallisemminkin. Kyse on oikeudellisesta sääntelystä. Lainsäätäjällä on oikeus säännellä markkinoilla tehtäviä oikeustoimia, kunhan kriteerit ilmoitetaan laissa, sääntely ei ole takautuvaa ja muitakin perustuslaillisia muotoja noudatetaan. Yrityskauppavalvonta voidaan rinnastaa muuhun sääntelyyn, jolla markkinoita säännellään tavoitteena parantaa markkinoiden toimintakykyä asetetun elinkeinopoliittisen tavoitteen edistämiseksi.

[298] Böhmin mukaan ihmisoikeudet on luotu suojaksi yhteiskuntaa ja valtiota vastaan. Niitä ovat omantunnon vapaus, tutkimuksen ja taiteen vapaus, kirjesalaisuus, ruumiillinen koskemattomuus, kotirauha. Taloudellisia oikeuksia ovat elinkeinon ja kaupan harjoittamisen vapaus, taloudellisen toiminnan vapaus mukaan lukien kilpailuvapaus, vapaa liikkuvuus, omaisuuden suoja, sopimusvapaus ja liikkeenperustamisoikeus. Siinä missä ihmisoikeudet ovat luonteeltaan intristisiä, niillä on autonominen itseisarvo, taloudelliset vapausoikeudet saavat oikeutuksensa vasta toimivaa kilpailua koskevan instituution kautta. Ks. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933) s. 352: "Die wirtschaftlichen Freiheitsrechte haben keinen autonomen Eigenwert; sie erhalten ihren Sinn erst durch die Institution des Wettkampfes, wobei sie sich unter der Einwirkung dieses Kampfes in psychologische Zwangsläufigkeiten verwandeln, an deren Zustandekommen der Staat aus Gründen der sozialen Wohlstandermehrung ein unmittelbares Interesse hat. Die wirtschaftlichen Freiheitsrechte werden vom Staate nur aus dem Grunde garantiert, weil sich das Intresse der Individien an ihrem Gebrauche in prästabilierter Übereinstimmung mit dem Interesse des Staates befindet. Es sind die Freiheitsrechte von Kämpfern; sie verlieren ihren Sinn, wenn der Kampf erlischt."

mistapa on altis kritiikille, sillä taloudelliset perusoikeudet instrumentalisoidaan palvelemaan poliittisia päämääriä.[299]

Edistysaskeleen muodostaa *Böhmin* tuoma taloudellisten oikeuksien funktioihin perustuva makrotaloudellinen tarkastelutapa. Taloudelliset vapausoikeudet on myönnetty taloudellisen hyödyllisyyden vuoksi, eikä niitä saa väärinkäyttää sellaisiin tarkoituksiin, jotka ovat ristiriidassa niiden periaatteiden kanssa, joita silmällä pitäen elinkeino- ja sopimusvapaus oikeudellisina instituutiona on luotu. Kilpailunrajoituksissa estetään keinotekoisesti hintojen määräytyminen hintamekanismin kautta. Elinkeino- ja sopimusvapauden ja omaisuuden suojaaminen ei voi ulottua toimenpiteisiin, joilla vedetään matto alta sanottujen oikeuksien hyödyllisten vaikutusten toteutumiselta. Kilpailunrajoitukset denaturoivat yksityisoikeuden.[300] Vapaalle harkinnalle, sopimuskumppanien tasaarvoisuudelle ja kilpailumekanismille perustuva päätäntäjärjestelmä menettää toimintakykynsä, jos hinnoista sovitaan tai markkinat ovat siinä määrin keskittyneet, että toinen osapuoli voi sanella pelisäännöt. Edistämällä kilpailun toimivuutta vähennetään samalla tarvetta vaikuttaa suorin siviilioikeudellisin interventioin (esimerkiksi kohtuus- ja sovittelunormein) liikekumppanien keskinäisen sopimustasapainon häiriötiloihin, jotka usein lienevät seurausta markkinavoiman liiallisesta keskittymisestä.

Korostaessaan kilpailun mahdollisuutta ja merkitystä ordoliberaalit pyrkivät vastaamaan *Marxin* monopolikapitalismin kritiikkiin ja *Schumpeterin* teesiin määräävän aseman tuotannollisesta tehokkuudesta ja kilpailun vääjäämättö-

---

[299] Ks. kritiikin osalta Nörr (1994) s. 110, 118. Tasapainoisemmin asia voidaan esittää siten, että erotetaan toisistaan perusoikeuksien kova ydin, joka on loukkaamaton. Esimerkiksi omaisuuden konfiskointi on mahdollista vain painavasta perusteesta ja olosuhteisiin nähden kohtuullista korvausta vastaan. Myös taloudellisiin oikeuksiin liittyy itseisarvoja, eikä taloudellisia ja poliittisia oikeuksia liene mahdollista pilkkoa kovin jyrkästi kahtia. Kilpailunrajoitukset jäävät kuitenkin sopimus- ja omaisuuden vapauden suoja-alan ulkopuolelle. Taloudellisten oikeuksien ala ei ole samalla tavalla laajan itseisarvoinen kuin poliittisissa oikeuksissa. Sitä paitsi, yhteisössä vapausoikeudet ovat aina refleksiivinen käsite. Yhden subjektin oikeuksien absoluuttisuus merkitsee muiden oikeuksien kaventumista. Kilpailunrajoitukset loukkaavat sopimuskumppanien, kolmansien elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien taloudellisia oikeuksia. Ne heikentävät muiden oikeusasemaa.

[300] Ennen ordoliberalismia elinkeinonvapaus oli Saksassa tapana rinnastaa vapaan ja sääntelemättömän kilpailun kanssa. Kilpailunrajoitukset nähtiin lähinnä yhdistysoikeudellisena ongelmana. Puuttuminen kilpailunrajoituksiin merkitsi puuttumista tahdon- ja yhdistysautonomiaan. Kilpailunrajoituksia oli tapana tarkastella siltä kannalta, rajoittavatko ne kohtuuttomasti sopimuskumppanien päätösvaltaa tai aiheutuuko niistä kohtuutonta haittaa kolmansille osapuolille. Kilpailunrajoituksiin voitiin puuttua lähinnä samoin edellytyksin kuin hyvän tavan vastaisiin ehtoihin. Tarkastelu oli siviilioikeudellista ja painottui kilpailunrajoituksen osapuolten ja siitä välittömästi haittaa kärsivien henkilöiden oikeusaseman tarkasteluun. Kansantaloudellisia haittavaikutuksia ei havaittu. Kilpailunrajoituksen kieltäminen nähtiin poikkeuksellisena toimenpiteenä, koska se merkitsi puuttumista sopimusvapauteen. Ks. esim. Böhm (1961), Demokratie und ökonomische Macht, s. 3, 12.

mästä hiipumisesta. Kilpailun korvaaminen suunnitelmataloudella vain pahentaa yksilön tosiasiallisen vapauden rajallisuuteen ja tulonmuodostukseen liittyviä sosiaalisia ongelmia. Yhtä väärin olisi kilpailun jättäminen pelkkien markkinavoimien varaan. Elinkeinovapaus vasta mahdollistaa kilpailun. Kilpailun turvaaminen nähdään mitä suurimmassa määrin valtion tehtävänä. Kilpailumekanismin yhteiskunnallinen funktio ei rajoitu pelkästään markkinoiden tehokkuuden turvaamiseen. Kilpailun todellinen tehtävä on pintatarkastelua syvällisempi. Kilpailu ylläpitää markkinoilla toimivaa desentralisoitua päätöksentekomekanismia. Kilpailu on markkinatalouden perustuslaillinen rakenne-elementti. Samalla se on taloudellisen ja poliittisen vallan hajauttamisen tae ja väline.[301] Turvaamalla hajautus edistetään ordoliberaalien keskeisinä pitämiä poliittista päämääriä, yksilön vapautta, taloudellista hyvinvointia ja oikeudenmukaisuutta.[302] Päämääriä ei erityisemmin perustella, vaan ne oletetaan yleisesti hyväksytyiksi tavoitteiksi.

12.3.2 Taloudellisen päätöksenteon periaatteet

Ordoliberaalien konsepti on mitä suurimmassa määrin normatiivinen. *Eucken* esitti teoksessaan Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952), että toimiva kilpailujärjestys luodaan seitsemällä perustavalla eli *konstitutiivisella periaatteella (konstituierende Prinzipien)*. Perustavilla perusteilla luodaan institutionaalinen kehikko, jonka puitteissa taloudelliset prosessit kulkevat. Konstitutiiviset periaatteet velvoittavat ennen muuta lainsäätäjää; samalla ne muodostavat järjestyspolitiikan yleiset puitteet. Neljällä sääntelevällä eli *reguloivalla periaatteella (regulierende Prinzipien)* pyritään estämään haitallisten vääristymien syntymi-

---

[301] "Der Wettbewerb ist das genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte", Franz Böhm 1960.

[302] Mestmäcker on muotoillut Böhmin tuotannon perusteella taloudellisen konstituution merkityksen seuraavasti: "Wie es die Aufgabe der politischen Verfassung ist, die Staatsgewalt an das Recht zu binden, so ist die erste Aufgabe der Wirtschafstverfassung, das Problem der wirtschaftlichen Macht zu lösen. Es kommt darauf an, Rechtssgrundsätze, wie sie für Machtausübung des Staates im Verfassungsrecht entwickelt werden, in einer dem Wirtschaftssystem entsprechenden Weise für den Erwerb und die Ausübung privater Macht zu entwickeln. Inhaber wirtschaftlicher Macht gefährden die wirtschaftliche Legitimation der freien Verkehrswirtschaft, wenn sie die Zuständigkeit zur individuellen Planung nutzen, um das Preissystem ausser Kraft zu setzen; sie zerstören die Grundlagen der Privatautonomie, wenn sie an der Stelle des frei ausgehandelten Vertrages einen einseitigen Willensakt setzen; sie greifen in die Gewerbefreiheit ein, wenn sie Verbraucher, Arbeitnehmer oder Lieferanten, die sich der fremdbestimmten Marktstrategie nicht beugen, mit Mitteln der offenen Schädigung nötigen oder vom Markt vertreiben; sie gefährden endlich die politischen Freiheiten und die unabhängigkeit der Staatsgewalt, weil wirtschaftliche Macht die Tendenz hat, in politische Macht umzuschlagen: 'Das Problem der ökonomischen Macht ist gleicbedeutend mit dem Problem der Privaten Macht. Das ist aber seiner Natur nach ein rein verfassungspolitisches Problem." Mestmäcker, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1975) s. 414.

nen markkinoilla. Sääntelyperiaatteet kohdistuvat toimeenpanovaltaan. Niiden avulla seurataan markkinoiden kehitystä ja puututaan havaittuihin häiriöihin. Kolmantena ryhmänä Eucken mainitsee *täydentävät periaatteet*, yleiset maksiimit, jotka ovat tarpeen, mutta joiden merkitystä ei vielä 1950-luvun alun kokemusten perustella voitu täysimääräisesti integroida malliin. Neljäs ryhmä, *julkisen päätöksenteon periaatteet*, kohdistuvat valtiollisen päätöksenteon toimintakyvyn säilyttämiseen. *Grossekettleriä* muokaten[303] *Euckenin* periaatteet voidaan tiivistää seuraavasti:

1. Konstitutiiviset periaatteet

1.1 Fundamentaaliperusteena kokonaisvaltainen pyrkiminen kilpailullisiin hintoihin
1.2 Yksityisen omistusoikeuden (property rights) ensisijaisuus päätös- ja toimintavapauksien jakamisessa
1.3 Sopimusvapauden turvaaminen, sikäli kuin sitä ei väärinkäytetä kilpailun rajoittamiseen
1.4 Markkinoiden pitäminen avoimina (tuontikilpailu ja markkinoiden koeteltavuus)
1.5 Sopimusvastuun periaate (pacta sunt servanda) ja vastuurajoitusten torjuminen
1.6 Hintojen vakauden ja vahvan valuutan ensisijaisuus
1.7 Talouspolitiikan johdonmukaisuus ja ennakoitavuus

2. Regulatiiviset periaatteet

2.1 Markkinavoiman torjuminen, rajoittaminen ja sääntöleminen
2.2 Anomaalisten tarjontareaktioiden korjaaminen
2.3 Ulkoisten shokkien vaikutusten korjaaminen
2.4 Oikeudenmukaisuusperusteinen tulonjaon korjaaminen tulonsiirtojen avulla, kuitenkin välttämällä investointihalukkuutta liiallisesti vähentäviä toimenpiteitä

3. Täydentävät periaatteet

3.1 Punktualismin välttäminen; kilpailujärjestyksen, lainsäädännön, oikeuskäytännön ja hallinnon tarkasteleminen yhtenä kokonaisuutena, jossa kaikki palaset vaikuttavat toisiinsa
3.2 Suhdannepoliittisten toimenpiteiden rajoittaminen tuotantokapasiteetin radikaalien vaihtelujen hillitsemiseen
3.3 Itseavun mahdollistaminen ja passivoivien korjaustoimien välttäminen

---

[303] Vrt. Grossekettler, Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe (1997) s. 47.

4. *Julkisen päätöksenteon periaatteet*
4.1 Intressiryhmien vallan rajoittaminen (rent seekingin torjuminen)
4.2 Läheisyys- eli subsidiariteettiperiaate; puuttumattomuus markkinoiden ollessa toimivia
4.3 Institutionaalisten, markkinoiden toimintaedellytyksiä parantavien ratkaisujen asettaminen punktuaalisten interventioiden edelle
4.4 Monopoliviranomaisen itsenäisyys ja organisoiminen lainkäyttöviranomaisen tapaan
4.5 Kilpailulainsäädännön perustuminen kieltoperiaatteelle; tarkoituksenmukaisuusharkinnan minimoiminen

Päätöksenteon desentralisoimisen ja markkinaehtoistumisen nähdään johtavan hyviin lopputuloksiin ainoastaan, mikäli julkisen vallan harjoittama makroohjaus on yhtäältä minimalistista ja toisaalta johdonmukaista. Makropolitiikan keskeiseksi tavoitteeksi tulee ottaa vahvan valuutan turvaaminen. Elinkeinoelämän täytyy voida luottaa siihen, että ajettu talouspolitiikka on johdonmukaista ja ennustettavaa. Yritykselle investointi sisältää aina riskin siitä, että sitoutuminen tiettyyn toimintatapaan muuttuu myöhemmin kannattamattomaksi olosuhteiden muuttumisen seurauksena. Jos talouspolitiikka on tempoilevaa, halu ottaa riski vähenee olennaisesti. Euckenin mukaan talouspolitiikassa tulee välttää fundamentalismia, erilaisten ismien perusteella tehtäviä ratkaisuja, mutta toisaalta punktualismia, jossa kokonaisnäkemyksen puute johtaa puolivillaisiin ja keskenään ristiriitaisiin osaratkaisuihin.

12.3.3 Vertailu suunnitelmatalouteen ja keskussuunitteluun

Ordoliberaalissa ajattelussa keskeisellä sijalla on vertailu keskussuunnitteluun perustuvan taloudenpidon ja hintamekanismiin perustuvan markkinatalouden välillä. Taloudellisesti suunnitelmatalouden nähdään kaatuvan keskussuunnittelijan tiedon puutteellisuuteen.[304] Poliittisesti keskussuunnittelu edellyttää niin laajamittaisia rajoituksia yksilönvapauksiin, ettei niitä voida pitää eettisesti hyväksyttävinä. Ordoliberaalien mielestä kilpailulle perustuva markkinatalous on ainoa toimiva malli, jossa voidaan samanaikaisesti lisätä hyvinvointia, turvata maksimaalinen vapauspiiri yksilöille ja luoda edellytykset edes summaarisesti oikeudenmukaisille lopputuloksille. Organisaatioteoreettisesti yritys hoitaa markkinakilpailun vääristymien korjaaminen viranomaisten keskitetyllä ohjauksella epäonnistuu, koska kilpailu ei poistu lopettamalla markkinakilpailu. Kilpailu vain muuttaa olomuotoaan. Uudessa tilanteessa yritykset kilpailevat

[304] Uusitävaltalaisten tapaan ordoliberaalit korostavat informaation epätäydellisyyttä.

asiakkaiden suosion sijasta poliittisesta vaikutusvallasta. Tuottoisimmat urakat saa se yritys, joka pystyy parhaiten luovimaan virkakoneistossa ja hankkiutumaan poliittisten päättäjien suosioon. Tähän kykenevät parhaiten suuryritykset. Verrattuna markkinakilpailuun byrokraattinen kilpailu on olennaisesti heikommin kontrolloitavissa. Kilpailtaessa asiakkaista menestyvältä yrittäjältä edellytetään ahkeruutta, palvelualttiutta ja luovuutta, kykyä tuottaa sitä, mitä asiakkaat haluavat ja mikä vie kehitystä eteenpäin. Keskitetyssä suunnitelmataloudessa korostuvat samat ominaisuudet, joita *Machiavelli* edellytti menestyksekkäältä poliitikolta.

Argumentointi omaa piirteitä myöhemmin kehitetystä *public choice* -teoriasta. Ordoliberaalit näyttävät tiedostaneen *capture*-ilmiön merkityksen, vaikka itse termiä ei käytetä. Siinä missä *Buchananin* ja *Tullockin* tuotannosta alkunsa saanut public choice -suuntaus vastustaa sääntelyä tai ainakin suhtautuu siihen epäluuloisesti, ordoliberaalien johtopäätös rajoittuu suoran sääntelyn minimoimiseen. Keskeistä on markkinatalouden institutionaalisten perusedellytysten turvaaminen. Kilpailupolitiikalla nähdään lähes ratkaiseva merkitys. Kilpailusääntely nähdään paitsi välttämättömänä, myös mahdollisena toteuttaa sellaisessa muodossa, josta on yleistä hyötyä. Capture-ilmiöstä tehtävät johtopäätökset kohdistuvat kilpailupolitiikan sisältöön ja toteuttamistapaan. Elinkeinotoiminnan sääntelyllä on taipumuksena kaatua joko liialliseen dirigismiin keskussuunnittelijan yliarvioidessa kykynsä, tai sitten sen vuoksi, että yleisellä edulla perusteltu sääntely muuttuu eturyhmien valtataisteluksi, jossa päätöksiä tehdään kulloinkin vaihtelevien poliittisten suhteiden mukaan. Pahimmillaan kuluttajien edulla perusteltu hintasäännöstely voi pervertoitua korotusautomaatiksi, jonka konkreettisimpana vaikutuksena on sääntelyn kohteena olevien yritysten voittojen epätyypillisen suuri kasvu verrattuna sääntelemättömiin toimialoihin. Toisaalta mikäli kilpailuoikeudellisen sääntelyn epäonnistuessa taloudellinen valta keskittyy liiaksi, systeemisenä haittavaikutuksena on odotettavissa, että rent seeking ja capture ilmiö haittaavat, suorastaan leimaavat poliittista päätöksentekoa. Ordoliberaalissa ajattelussa markkinavoima on torjuttava alkuunsa; mahdollisuuksiin sen kontrolloitiin suhtaudutaan epäilevästi.

Ordoliberaalissa ajattelussa kilpailun toimivuus nostetaan samalle tasolle sopimusvapauden kanssa. Puuttuminen kilpailunrajoituksiin ei rajoita sopimusvapautta, koska sopimusvapaus mielekkäästi ymmärrettynä talouden instrumenttina pitää sisällään sen, että yritykset kilpailevat keskenään. Kilpailulla on keskeinen tehtävä taloudellisten päätöksen koordinoinnin välineenä. Kilpailu on se käynnissä pitävä voima, jolla markkinatalous toimii. Jotta elinkeinovapaus ja sopimusvapaus voivat ylipäänsä tuottaa yleisen edun kannalta hyväksyttäviä markkinatuloksia, tehokkaan kilpailun ei tule olla vain oikeudellisesti sallittua vaan myös tosiasiallisesti vallitseva olotila. Sopimusvapauden ja kilpailun funktionaalisen kytkennän vuoksi kilpailua rajoittavat sopimukset eivät voi kuulua sopimusvapauden suojelualaan. Kilpailulla on keskeinen tehtävä taloudellisten päätösten koordinoinnin välineenä. Ilman kilpailua sopimus-

vapaudelle ei voida ylipäänsä antaa mielekästä merkityssisältöä.

Ordoliberaalin ajattelun sisällä on mahdollista erottaa vähintään kaksi suuntausta, alkuperäinen Freiburgin koulukunta (*Walter Eucken, Franz Böhm*) sekä Kölnin suuntaus (erityisesti *Alfred Müller-Armack*). Freiburgin suuntausta voidaan luonnehtia liberaalimmaksi, markkinatalouden itseohjautuvuutta korostavaksi, kun taas kölniläinen suuntaus painottaa freiburgilaisia enemmän sosiaalista dialogia ja tulonsiirtopolitiikan merkitystä.[305] Ordoliberaali kilpailupolitiikka on Saksassa hyväksytty poliittisen demarkaatiolinjan molemmilla puolilla. Aatteellisesti ordoliberalismi muodostaa nähdäkseni välimuodon uusitävaltalaisten ja chicagolaisten edustaman "vanhaliberalismin" ja markkinoiden poliittista ohjausta ja suoran vastuun ottamista kansalaisten toimeentulosta korostavan "sosiaaliliberalismin" välillä.[306]

12.4. ORDOLIBERALISMIN ARVIOINTIA

Ordoliberalismin arvo nykypäivänä ei liity koulukunnan edustamaan kilpailuideaaliin vaan systemaattiseen kokonaisnäkemykseen, joka mahdollistaa kilpailumekanismin yhteiskunnallisen merkityksen työstämisen. Esimerkiksi asuntopolitiikan, verotuksen, kaavoituksen, ympäristöpolitiikan tai julkisten hankintojen ohjauksessa tulisikin kiinnittää huomiota siihen, mitkä ovat menettelyn kilpailuvaikutukset. Ordoliberalistit keskittyivät alun alkaen institutionaalisiin kysymyksiin. Kilpailupolitiikassa on vasta viime vuosina ryhdytty uudelleen ymmärtämään instituutioiden[307] merkitys taloudellisessa päätöksenteossa.[308]

Ordoliberalismi tarjoaa koherentin tarkastelutavan, jossa markkinat nähdään

---

[305] Suuntausten eroista ja yhtäläisyyksistä ks. esim. Thieme (1994) s. 21–24.

[306] Ks. esim. Grossekettler (1997) s. 10–12.

[307] Taloustieteessä on viime vuosina ryhdytty kiinnittämään uudestaan huomiota kilpailun institutionaalisiin perusedellytyksiin. Neoinstitutionalismissa keskitytään instituutioiden tehokkuuden selittämiseen. Tutkitaan, mitä ovat ne mekanismit, joilla tehokkaaksi osoittautuneet instituutiot säilyvät ja raivaavat tieltään tehottomiksi osoittautuneet. Uudelleen virinnyttä kiinnostusta kilpailuun sosiaalisen kanssakäymisen muotona osoittavat myös iskusanat rajoitettu rationaalisuus, embededness ja verkostoituminen. Ordoliberalismia voitaneen pitää neoinstitutionaalisen taloustieteen edelläkävijänä. Kilpailuoikeuden mallintamiseen se vaikuttaa edellä mainittua kehittyneemmältä. Tämä johtunee ennen muuta siitä, että kilpailuoikeudella oli jo alunperin keskeinen asema tutkimussuuntauksen muotoutumisessa. Ks. esim. Grossekettler (1996) s. 313.

[308] Puutteena toisaalta on se, että teknisellä tasolla ordoliberalismi näyttää kehittäneen vain vähän sellaisia konkreettisia mittaamisvälineitä, joilla yksittäisiä tapauksia ratkotaan. Osittain edustettu als ob -kilpailu on osoittautunut liian kunnianhimoiseksi mittatikuksi määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelun arvioimiseksi. Toisaalta toimintavapauden rajoittuminen johtaa ratkaisuperusteena varsin ankaraan suhtautumiseen esim. vertikaalisiin sopimuksiin, minkä järkevyys voidaan nykyisen taloustieteen valossa kyseenalaistaa. Näiden puutteiden osalta toisaalta on todettava, että tilanteessa, jossa tehokasta kilpailulainsäädäntöä vasta oltiin luomassa, empirian puuttuessa kovin konkreettista lain käytännön soveltamistilanteista tuskin voitiinkaan sanoa. Koulukunnan mielenkiinto on ollut selvästi enemmän makro- kuin mikrotasolla.

välineenä tärkeämpien yhteiskunnallisten päämäärien edistämiseksi. Taloudellisen hyvinvoinnin ohella markkinakilpailun tulee toimia siten, että kansalaisten vapaus voidaan turvata maksimaalisesti ja että markkinatulokset nauttivat laajojen kansalaispiirien hyväksyntää. Ordoliberalismin keskeinen vahvuus piilee siinä, että päämäärätasolla markkinataloutta ei tarkastella muusta inhimillisestä kanssakäymisestä eristettynä alueena pitäytyen yksinomaan taloudellisteknisiin tehokkuusmittareihin, vaan laajemmassa vapauden, tehokkuuden ja oikeudenmukaisuuden muodostamassa tavoitekolmiossa. Talouden tehtävä on palvella ihmisiä, ei päinvastoin. Kilpailulla on sosiaalinen funktio ja se on kaikista funktioista keskeisin.

Vaikka ordoliberalismissa korostetaan eettisen liberalismin klassisia tavoitteita, samalla vältetään kiusaus ryhtyä välittömästi ohjailemaan markkinoita oikeudenmukaisuuden nimissä. Suoraan ohjaukseen tulee ryhtyä vasta siinä vaiheessa, kun on ensin tehty voitava markkinoiden suorituskyvyn parantamiseksi. Talouspolitiikassa keskitytään ensisijaisesti markkinoiden institutionaalisten toimintaedellytysten parantamiseen. Kilpailupolitiikan näkökulmasta tämä merkitsee keskittymistä ei-legitiimien kilpailukeinojen torjumiseen ja kilpailun institutionaalisten perusedellytysten turvaamiseen. Kilpailuviranomaisten tulee pitäytyä yrityksistä vaikuttaa suoraan syntyviin markkinatuloksiin, esimerkiksi hintatasoon. Suoraan sääntelyyn tulee turvautua ainoastaan silloin, kun muut keinot ylläpitää kilpailua tai sitä uudelleen lisätä ovat osoittautuneet riittämättömiksi. Epäsuoran sääntelyn strategialla voidaan myös minimoida kilpailuviranomaisten tarve ottaa välittömästi kantaa subjektiivisia arvostuksia sisältäviin kysymyksiin, esimerkiksi siihen, millainen on kohtuullinen hintataso tai hyväksyttävä voitto.

Ordoliberaalin kilpailupolitiikan analyysi on merkittävä erityisesti siksi, että se osoittaa systeemiyhteydet markkinoiden, valtion ja kansalaisyhteiskunnan välillä. Erityisen keskeinen on yhteys toimivan markkinakilpailun ja toimivan poliittisen kilpailun välillä. Selviää, miten olennainen osa markkinataloudellista talouspolitiikkaa kilpailupolitiikka on. Kilpailupolitiikassa ei ole kyse pelkästään jonkin hyödykkeen tuotantomäärän kasvattamisesta kilpailunrajoituksiin puuttumalla, vaan kilpailupolitiikka ylläpitää sellaisia taloudellisen käyttäytymisen pelisääntöjä ja institutionaalisia reunaehtoja, jotka ovat välttämättömiä itse markkinajärjestyksen säilyttämiseksi.[309]

Ordoliberaalien kilpailuideaali, kokonaisvaltainen kilpailu *(vollständiger Konkurrenz)* näyttäisi eroavan neoklassisen taloustieteen täydellisestä kilpai-

---

[309] Kilpailupolitiikka ei oikeastaan ole pelkästään kilpailulainsäädännön soveltamista vaan se on yleisesti kilpailun politiikkaa eli kilpailun vaatimuksia universaalisesti noudattavaa talouspolitiikkaa. Ks. esim. Virtanen 1998 s. 347. Tältä kannalta ordoliberalismi irtautuu neutraalista positiosta. Kuinka laajalti kannatetaan markkinoiden ohjausta suoran ohjauksen sijaan, on poliittinen kysymys. Tieteellinen arvo ei piilekään tässä vaan niiden tekijöiden osoittamisessa, joiden vallitessa kilpailun varaan on mahdollista rakentaa.

lusta *(vollkommener Wettbewerb)*. Käsite mahdollistaa erilaisia tulkintoja.[310] *Euckenin* määritelmän mukaan kilpailu on kokonaisvaltaista, jos tietyn hyödykkeen osalta sen enempää myyjä- kuin ostajapuolella yksikään yritys ei voi vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon tai muihin olennaisiin toimitusehtoihin.[311] Vaikka Eucken ei luettele täydellisen kilpailun perusoletuksia, perusajatus on osittain samansuuntainen.[312] Toisaalta ordoliberaalit näyttävät olleen tietoisia täydellisen kilpailun mallin rajoittavista taustaoletuksista, jotka tekevät sen esiintymisen perin harvinaiseksi ilmiöksi.[313] Tavoitteena ei ole atomistinen kilpailu. Mittakaavaetujen ja yrityskoon kasvattamisen ei nähdä olevan perustavaa laatua olevassa ristiriidassa kilpailun säilyttämisen kanssa, sillä yleensä samanaikaisesti markkinat laajentuvat. Teknisen kehityksen ansiosta kilpailua käydään yhä laajemmalla säteellä, mikä vähentää yksittäisten yritysten markkinavoimaa. Markkinoiden laajentuessa suppeammalla alueella mahdollisesti hankittu markkinavoima menettää merkityksensä. Yritysten käyttäytymiseen perustuvan määrittelytavan mukaan kilpailu on kokonaisvaltaista silloin, kun se perustuu suorituskilpailuun eikä kilpailijoiden estämiseen tai vahingoittami-

---

[310] Ks. esim. Mantzavinos (1994) s. 76–79. Vrt. toisaalta Schlecht (1990) s. 74 ss.

[311] Ks. Eucken (1952) s. 248: "Wenn sowohl Anbieter als auch Nachfrager in Konkurrenz miteinander liegen und wenn sie danach ihre Wirtschaftspläne aufbauen, so ist die marktform der vollständigen Konkurrenz realisiert."

[312] Streit ja Wohlgemuth (1997) toteavat, että Euckenin kokonaisvaltaisen kilpailun käsite muistuttaa staattista täydellisen kilpailun käsitettä, mutta poikkeaa siitä. Eucken ei käyttänyt käsitettä tehokkuuden kuvaamiseen, vaan pyrki kuvaamaan kuluttajapoliittisen ideaalin, jossa taloudellisen vallan ongelma ja sosiaalinen kysymys on ratkaistu. Kilpailun dynaamista puolta ei kuitenkaan ole riittävästi kehitetty. Ks. Streit/Wohlgemuth (1997) s. 14–17.

[313] Ks. Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, s. 96, jossa todetaan ettei kokonaisvaltaista kilpailua pidä määritellä matemaattisesti siten, että kysynnän pitäisi olla täydellisen elastista. Eucken toteaa samassa teoksessa (s. 101), ettei tuotteiden tarvitse olla homogeenisia, kuten täydellisen kilpailun teoriassa. Ks. myös Mantzavinos (1994) s. 76 ss. Nähdäkseni P. Virtanen (2001) rinnastaa liian yksioikoisesti ordoliberalismin täydellisen kilpailun teorian kanssa. P. Virtanen toteaa (s. 44, alaviite 55) liittyen Euckenin suhtautumisesta täydellisen kilpailun malliin: "Euckenin näkemys on suorastaan yllättävän kritiikitön ottaen huomioon, että 1950-luvulla oli jo julkaistu täydellistä kilpailua kritisoivia tutkimuksia." Ensinnäkin ordoliberaalin kilpailunäkemyksen suoraviivainen rinnastaminen täydellisen kilpailun teorian kanssa on edellä mainituista syistä ongelmallista. Toiseksi kritiikki sisältää anakronismin. Euckenin "puutteita" 1950-luvun kirjallisuuden siteeraamisessa hämmästellään ehkä vähemmän tiedettäessä, että Eucken kuoli 20.3.1950. Viimeinen itse toimitettu teos julkaistiin 1949. Grundsätze der Wirtschaftspolitik julkaistiin postuumina lesken ja assistentin toimesta 1952. Euckenin mahdollisuudet ottaa huomioon kuolemansa jälkeen julkaistuja kirjoituksia lienevät olleet inhimillisesti katsoen "vähäiset". Muutenkaan ordoliberalismin kuvausta ei voida pitää tekijällä korrektina, mitä osoittaa mm. Hayekin luokitteleminen ordoliberaaliksi (s. 383). Hayek ei ollut ordoliberaali, vaan uusitävaltalainen. Hayek ei kannattanut, vaan lähinnä vastusti kielloille ja viranomaisohjaukselle perustuvaa kilpailuoikeutta (pätemättömyys riittää). Ordoliberaalien ja Hayekin välillä on tiettyjä yhteyksiä (Mount Pelerin). Tieteellisessä kirjallisuudessa (esim. Streit/Wohlgemut 1997 s. 15) on todettu, että erilainen suhtautuminen taloudelliseen valtaan ja kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn on eräs keskeisimmistä eroista Hayekin ja ordoliberaalien välillä. Suomessa uusitävaltalaisista ks. esim. Vihanto (1996), joka on artikkeleissaan esittänyt määräävän aseman väärinkäyttövalvonnasta luopumista tai ainakin sen olennaista alasajamista.

seen.[314] Ordoliberaaleilla näyttää olleen keskenään erilaisia painotuksia. Voidaan kuitenkin todeta, että ordoliberaalien kilpailuideaalissa taloudellinen päätöksenteko on varsin hajautettua. Malli on sikäli staattinen, ettei se kiinnitä operationaalisella tasolla riittävästi huomiota yritysten kilpailukäyttäytymisen ilmentämiin ja aikaansaamiin muutosprosesseihin. *Eucken* viittaa dynamiikkaan todetessaan kilpailun tehostuneen tuotantomekanismien joustavoittamisen kautta. Suuryrityksillä nähdään olevan varsin hyvät valmiudet aloittaa toiminta lähialoilla, mikäli kilpailutilanne sitä edellyttää. Ordoliberalismia näyttäisi kuitenkin olevan täydennettävissä dynaamisemmalla kilpailumallilla.[315] Tämä vaikuttaa välttämättömältä, jos kehikkoa halutaan hyödyntää nykyaikana.

Ordoliberaalia kilpailupolitiikkaa ei liene koskaan ollut puhtaassa muodossaan. Vuoden 1958 *Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen* edusti kompromissia ordoliberaalien kannattaman tiukan ja teollisuuden ajaman sallivan kilpailupolitiikan välillä.[316] Lain vesittyminen näkyi mm. kartellikiellosta myönnetyissä lukuisissa alakohtaisissa poikkeuksissa. Yrityskauppavalvonta omaksuttiin vasta 1973. Määräävän aseman väärinkäyttökieltokin perustui pitkään väärinkäyttöperiaatteelle. Tästä huolimatta ordoliberaalien intellektuaalista vaikutusta 1950-luvun jälkeisessä Saksassa ja myös EY:n kilpailupolitiikan muotoutumisessa voidaan pitää hyvin merkittävänä. Ordoliberaalien toimiohjelma näkyikin EY:n kilpailupolitiikassa erityisesti kahtena ensimmäisenä vuosikymmenenä. Ordoliberaali ajattelu näyttää 1960-luvulla pitkälti sulautuneen harvardilaiseen ajatteluun; toisaalta siitä ovat ottaneet vaikutteita kilpailuvapautta korostaneet saksalaiset systeemiteoreetikot.

---

[314] Ks. Eucken (1952) s. 247: "Der vollständige Konkurrenz ist eine bestimmte, exakt definierbare Marktform und ist nicht dem Laissez-faire zu verwechseln... sie ist nicht Behinderungs- oder Schädigungswettbewerb, sondern Leistungswettbewerb."

[315] Mantzavinos (1994) s. 79–83.

[316] Ordoliberaalien ajama ns. Josten-Entwurf vesittyi merkittävästi. Ks. esim. Gerber (1998) s. 270–276.

13. Johtopäätöksiä

13.1 TÄYDELLISEN KILPAILUN MAHDOTTOMUUS – TOIMIVAN KILPAILUN TAVOITE

Kilpailu lienee käytännössä aina epätäydellistä, jos lähtökohdaksi otetaan täydellisen kilpailun teoreettinen malli. Kilpailupolitiikan tavoitteeksi onkin varsin yleisesti asetettu toimiva kilpailu. *Toimivan kilpailun tavoitteella* tarkoitetaan tässä yhteydessä yksinkertaisesti sitä, että kilpailupolitiikka sopeutetaan käytännön realiteetteihin. Perusteita täydellisen kilpailun mallin hylkäämiselle on useita. Ensimmäisen ajattelutavan mukaan täydellistä kilpailua pidetään sinänsä tavoittelemisen arvoisena ideaalina mutta käytännössä mahdottomana saavuttaa. Tämän vuoksi kilpailupolitiikassa täytyy tyytyä toiseksi parhaaseen vaihtoehtoon (*second best*). Toisaalta on mahdollista hylätä täydellisen kilpailun ideaali myös tavoitetasolla. Voidaan katsoa, että täydellinen kilpailu edustaa siinä määrin epärealistista lähestymistapaa, ettei sitä voida ottaa edes ideaaliksi.

Käytännössä kilpailu on aina "*epätäydellistä*", jos lähtökohdaksi otetaan taloustieteen täydellisen kilpailun mallin teoreettiset oletukset Markkinoille pääsyä rajoittavat erilaiset alallepääsyn esteet, joita aiheutuu esimerkiksi viranomaismääräyksistä tai tuotannon aloittamisen vaatimista perusinvestoinneista. Uponneilla kustannuksilla tarkoitetaan menoeriä, joita yritys ei saa takaisin, mikäli alalletulo epäonnistuu. Vaikka markkinoille tulo periaatteessa olisikin mahdollista, se ei ole potentiaaliselle kilpailijalle kannattavaa, jos alalletulon riskit ylittävät tuotto-odotukset. Markkinoilta saatava informaatio on usein epätäydellistä eikä se välity yhtä nopeasti kaikille markkinaosapuolille. Myyjät pyrkivät differoimaan omia tuotteitaan kilpailijoiden tarjoamista hyödykkeistä muun ohella laatua ja ulkoasua koskevilla eroilla sekä tavaramerkkien ja mainonnan avulla. Merkkituotteet muodostavat nykyään valtaosan kuluttajille myytävistä tuotteista.

Kilpailuoikeuden vaikeimpia asioita on erottaa toisistaan markkinavoiman positiiviset ja negatiiviset vaikutukset. Suurempi yrityskoko voi lisätä yrityksen kilpailukykyä alentamalla kustannuksia ja antaa sille markkinavoimaa. Usein tämä on tarpeen yrityksen kansainvälisen kilpailukyvyn lisäämiseksi. Toisaalta markkinavoiman seurauksena kustannussäästöjä ei tarvitsekaan viedä hinnoitteluun ainakaan kotimarkkinoilla. Taloudellisesti tarkastellen markkinavoiman yhteiskunnalliset hyödyt ja haitat saadaan esille, kun sosiaalisista kustannuksista vähennetään mahdolliset hyödyt.

Kansainvälinen kilpailu ja suurtuotannon edut kasvattavat keskimääräistä yrityskokoa. Erityisesti Suomen kaltaisella pienellä markkina-alueella oligopo-

li ja määräävä markkina-asema ovat suhteellisen yleisiä markkinarakenteita. Käytännön kilpailupolitiikassa täydellisen kilpailun ideaali on osoittautunut paitsi epärealistiseksi, myös epätarkoituksenmukaiseksi lähtökohdaksi. Käytännön syyt eivät kuitenkaan estä toimivan tai tehokkaan kilpailun ylläpitoa. Kilpailulainsäädännön tavoitteena on tällöin kilpailun edistäminen puuttumalla markkinoiden toimivuutta (resurssien tehokasta allokaatiota ja markkinoiden uudistumiskykyä) heikentäviin tai elinkeinonharjoittamisen vapautta kohtuuttomasti rajoittaviin kilpailunrajoituksiin. Kilpailun turvaamisen ohella päätösharkinnassa otetaan huomioon markkinoiden erityispiirteet. Selvästi kiellettyjen tai sallittujen menettelytapojen väliin jää suurehko harmaa alue. Taloustiede ei anna lainsäätäjälle tai viranomaiselle valmiita vastauksia, vaan lähinnä nyrkkisääntöjä ja työvälineitä oikeudellisen päätöksenteon tueksi. Usein menettelytavan vahingollisuuteen tai hyödyllisyyteen voidaan ottaa kantaa vasta tapauskohtaisen markkina-analyysin jälkeen.[317]

13.2 KILPAILUTEORIA, KILPAILUPOLITIIKKA JA YHTEISKUNNALLISET ARVOSTUKSET

Kilpailuteoria on jo sinällään yhteiskunnallinen arvovalinta. Taloudellisen päätöksenteon oletetaan tapahtuvan markkinoilla. Jotta kilpailuteoriaa voisi mielekkäästi tutkia, markkinatalous täytyy olettaa annetuksi lähtökohdaksi.[318] Kilpailu markkinatalouden ja sosialistisen järjestelmän välillä näyttäisi päättyneen edellisen hyväksi. Kilpailuteorian näkökulmasta sosialismin luhistumista voidaan pitää osoituksena kilpailuteorian kantavuudesta. Keskustelu ei kuitenkaan ole loppunut, ainoastaan demarkaatiolinja on siirtynyt markkinatalouden suuntaan. Keskustelua käydään siitä, kuinka paljon markkinat vaativat tuekseen sääntelyä.

Peritzin[319] mukaan Yhdysvalloissa kilpailupolitiikkaa on perusteltu kahdella toisistaan poikkeavalla argumentaatiomallilla. Ensimmäinen retoriikka korostaa yksilönvapauksia ja tarvetta suojella kansalaisia julkisen vallan interventioilta. Vedotaan yksityiseen omistusoikeuteen, sopimusvapauteen ja hyvinvoinnin maksimointiin.[320] Kilpaileva retoriikka korostaa tasa-arvoa, tarvetta estää liiallisen taloudellisen vallan keskittyminen, kilpailun reiluutta, kuluttajan etua ja enemmistön päätöksentekoa.[321] *Page* on kuvannut samaa eroa termeillä

---

[317] Kantani on siten säilynyt samana ensimmäisestä kilpailuoikeudellisesta tutkimuksesta lähtien. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 25–26. Ks. myös Timonen (1997) s. 213–214.

[318] Vrt. tosin esim. Oskar Langen edustamaa kilpailusosialismia, jonka kritiikistä Hayekin tuotanto sai alkunsa.

[319] Ks. Peritz, Competition Policy in America 1988–1992 (1996) s. 265 ss., s. 301–303.

[320] Ks. Peritz (1996), esim. s. 272.

[321] Ks. Peritz (1996) s. 273.

evolutionäärinen ja intentionaalinen näkemys kilpailusta.[322] Markkinoiden itseohjautuvuutta korostavassa evolutionäärisessä visiossa markkinoiden nähdään syntyneen itsestään, luonnollisen kehityksen tuloksena. Intentionaalisen näkemyksen mukaan markkinat perustuvat yhteiskuntasopimukseen. Yhteiskunnan tehtävänä on luoda markkinat ja ylläpitää kilpailua niillä. Evolutionäärisessä visiossa ollaan huolissaan julkisen vallan ylilyönneistä ja siitä, että tarpeettomalla sääntelyllä heikennetään markkinoiden tehokasta toimintaa. Intentionaalisessa tarkastelussa päällimmäisenä uhkana nähdään yksityisen taloudellisen vallan liiallinen keskittyminen. Myös *Jacobs*[323] toteaa, että perusero Chicagon ja Harvardin välillä palautuu yhteiskunnallisiin arvostuksiin, millaisena nähdään markkinoiden ja sääntelyn välinen suhde, sekä siihen, korostetaanko vapautta ja tehokkuutta vaiko oikeudenmukaisuutta ja tasa-arvoa.[324] Useimmat kannattavat niistä kaikkia; näkemykset eroavat erityisesti sen suhteen, mitä termeillä konkreettisesti tarkoitetaan ja siinä, mikä on paras strategia tavoitteisiin pääsemiseksi.

Vertailukohtana voidaan todeta, että ordoliberalismi perustuu selkeästi intentionaaliselle näkemykselle. *Euckenin* ja *Böhmin* tuotannossa punaisena lankana on niiden institutionaalisten tekijöiden määritteleminen, joiden vallitessa julkinen valta voi täyttää sille markkinoiden ohjauksessa asetetut tavoitteet. Strategia on epäsuoran sääntelyn korostaminen ja interventionismin torjuminen. Saksassa ordoliberalismi sai jatkeekseen harvardilaisen kilpailupolitiikan, jossa interventionistisempi linja korostui. Makrotasolla ordoliberalismi itsessään jakaantuu kahteen suuntaukseen, sosiaalisen dialogin ja tulonsiirtojen merkitystä korostavaan sosiaalisen markkinatalouden koulukuntaan ja toisaalta uusitävaltalaisia piirteitä omaavaan liberalistiseen suuntaukseen. Uusitävaltalaisuus edustaa evolutionääristä lähestymistapaa, jolla politiikkasuositusten tasolla on paljon yhteistä Chicagon koulun kanssa.

Mentäessä riittävän syvälle yhteiskuntatieteiden toisistaan poikkeavat metodit näyttäisivät palautuvan lähelle toisiaan yleisen talousfilosofian tasolla. Toisaalta mitä ylemmälle ja abstraktimmalle tasolle markkinoiden ja kilpailupoli-

---

[322] Ks. Page (1991) s. 2.

[323] Ks. Jacobs (1995) s. 236–240, 259–266. Vrt. Posner (2001) s. vii, jonka mukaan perimmäisten näkemysten merkitys koskisi vain ääripositioita. Ei-analyyttiset seikat vaikuttavat teoreettisten positioiden määrittämiseen, mikä ei tarkoita, että teoriat itsessään perustuisivat arvostuksille. Nähdäkseni Posner on oikeassa liikuttaessa taloustieteen teknisellä pintatasolla. Tällöin kyse on usein enemmänkin nyansseista kuin perustavaa laatua olevista eroista arvostuksissa. Mentäessä syvemmälle yhteiskunnalliset lähtökohtaoletukset tulevat vastaan. Toisin kuin Posner antaa ymmärtää, esimerkiksi taloudellisen tehokkuuden valitseminen ainoaksi päämääräksi perustuu mitä suurimmassa määrin arvostuksille, mikä ei tietenkään merkitse sitä, etteikö sitä voitaisi edustaa siinä missä mitä tahansa muuta arvovalintaa. Valittavan tavoitekehikon ohella keskeistä on se, kuinka paljon markkinoiden katsotaan tarvitsevan toimiakseen sääntelyä.

[324] Schmidtchen on kuvannut markkinavoiman sääntelyn tarpeesta käytävää keskustelua kärjistyksellä valtapohobia vastaan tehokkuuseuphoria. Uusitävaltalaisesta näkökulmasta kummassakin jää olennaisin eli talouden evolutionäärinen aspekti liiaksi taustalle. Ks. Schmidtchen (1994) s. 143–163.

tiikan viimekätisten perustelujen etsinnässä siirrytään, sitä kauemmaksi etäännytään käytännön ratkaisutoiminnasta. Yleisestä tarkastelusta on hyötyä etupäässä kilpailuoikeuden roolin ja aseman hahmottamisessa yhteiskunnallisessa sääntelyssä. Yleisen tason metatarkastelu avartaa tutkijan omaa näkemystä siinä mielessä, että se auttaa kartan muodostamisessa kilpailevien selitysten ja lähestymistapojen kentässä, joka ensialkuun vaikuttaa suorastaan kaoottiselta.

Kilpailuoikeuden tutkimuksessa on erityisesti varottava lähestymistapaa, jossa ainoastaan yhden koulukunnan näkemys kerrotaan lukijalle, jonka jälkeen kirjoittajan edustamaa taloustieteen "totuutta" verrataan kilpailulainsäädännön sisältöön tai viranomaisratkaisuihin, ja lopuksi esitetään tieteen varjolla politiikkasuosituksia. Taloustieteeseen perehtymättömälle lukijalle saattaa syntyä virheellinen käsitys siitä, mikä on tieteellisesti riidatonta ja mikä riidanalaista. Hyödynnettäessä taloustieteen tutkimustuloksia on myös pidettävä mielessä, ettei taloustiedekään ole eksakti tiede. Kuten muissakin yhteiskuntatieteissä, taustalla olevat arvovalinnat heijastuvat jo tutkimuskohteeseen ja tutkimusmetodin valintaan.[325] Lopputulokset seuraavat tietyistä premisseistä.[326] Taloustieteellisen metodin integroiminen kilpailuoikeuteen ei johda siihen, että kilpailuoikeus aiemmasta poiketen muuttuisi "objektiiviseksi". Sitä vastoin taloustieteellä on kiistaton etunsa kysymyksenasettelujen täsmentämisessä sekä lainsäädännön ja viranomaisratkaisujen taloudellisten vaikutusten esilletuomisessa.[327]

---

[325] Säädeltäessä markkinoita luonnollisesti markkinoita koskevan tutkimuksen merkitys korostuu. Kuten muun ohella Harberger on todennut, taloustieteilijöillä ei kuitenkaan ole sen parempaa kompetenssia valintojen tekemisessä kuin muillakaan kansalaisilla. Muihin kuin taloudelliseen tehokkuuteen liittyviä näkökohtia voidaan pitää tehokkuustarkastelun näkökulmasta tarpeettomana tai sopimuksenvaraisena lisänä, samoin kuin sosiologi kummeksuisi sosiaalisten suhteiden tai niissä tapahtuvien muutosten jättämistä huomiotta (ja pitäisi ehkä hintateoriaa oman tutkimuskohteensa kannalta tarpeettomana). Historiantutkija väheksyisi pintatarkastelua, jossa ei nähdä ilmiöiden historiallisia juuria. Oikeustieteilijä on yhteiskunnallisen sääntelyn ammattilainen. Häntä kiinnostaa esimerkiksi, miten normeja sovelletaan käytännössä ja miten saavutetut lopputulokset vastaavat asetettuja tavoitteita. On siis varottava tekemästä oman tieteenmatriisin perusteella johtopäätöksiä siitä, miten yhteiskunnallisen reaalitodellisuuden ilmiöitä tulee tutkia tai millainen tieto auttaa taloudellisen yhteiselämämme toimivuuden parantamisessa.

[326] Poliittiset valinnat eivät ole tiedettä. Taloustieteen kelpoisuutta poliittisten valintojen tukemisessa ei lisää sekään, jos arvoneutraalisuutta vaarantavat tekijät rajataan tutkimuksen ulkopuolelle. Ulos rajattuihin seikkoihin joudutaan palaamaan viimeistään siinä vaiheessa, kun teoriaa sovelletaan käytäntöön säätämällä laki tai soveltamalla sitä viranomaisissa ja tuomioistuimissa. Markkinoiden päätöksentekomekanismia ja kehitystä koskevat teoriat eivät ratkaise sitä, miten ihmiset päättävät muokata ympäristöään. Markkinat eivät päätä siitä, miten niitä halutaan säädellä. Voidaan päättää maksimoida vapautta, tehokkuutta tai oikeudenmukaisuutta jollakin hyväksi katsotulla keinolla valitun tavoitekokonaisuuden edistämiseksi.

[327] Kilpailuoikeus on osa yhteiskunnallista sääntelyä. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tavoitteiden, keinojen ja oletettujen vaikutusten hahmottamiseksi tarvitaan kokonaisvaltaista lähestymistapaa. Taloustiede tuottaa osansa rationaalisuuden lisäämiseksi. Yksinään taloustiede on kuitenkin aivan yhtä suppea tarkastelukulma kuin oikeustieteessä moitteita kerännyt pykälätarkastelu, erityisesti jos yksinomaan taloustieteen avulla halutaan perustella poliittisia valintoja. Pyrkiminen eroon oikeustieteellisestä positivismista ei onnistu täydentämällä tarkastelua jonkun toisen tieteenalan positivistisilla tutkimustuloksilla.

Kilpailuoikeudellisesti tulee tehdä ero kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä. Kilpailuteoreettiset erot perustuvat erilaiseen käsitykseen kilpailun luonteesta ja markkinoilla vallitsevista syy-seuraussuhteista. Teoreettiset näkemyserot liittyvät ennen muuta erilaiseen käsitykseen markkinoiden itseohjautuvuudesta sekä siitä, vähentääkö vai lisääkö markkinoiden keskittyminen tehokkuutta. Puhuttaessa kilpailupolitiikasta keskusteluun sekoittuvat erilaiset käsitykset sen suhteen, mitä päämääriä kilpailuoikeuden tulisi tavoitella ja millä keinoilla tavoitteeseen tulee pyrkiä. Taloustiede ei anna vastausta arvovalintoihin. Markkinavoiman sääntelyn tarve ja sisältö riippuu varsin olennaisesti siitä, mitä tavoitteita kilpailuoikeudessa on asetettu. Kyse on ennen muuta siitä, millainen painoarvo tehokkuudella, vapaudella ja tulonsiirroilla on toisiinsa nähden. Yhteiskuntapoliittisen tavoitekolmion hyvinvointi, vapaus, oikeudenmukaisuus mainitseminen ei vielä tuo edellytyksiä käsitteiden mallintamiselle kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa. Käytännössä pyritään luovimaan niiden välissä.

Ainoa varmuudella epätieteellinen lähestymistapa olisi vain tietyn lähestymistavan julistaminen ainoaksi tai väittämä, että yhden tarkastelutavan perusteella voidaan esittää muita lähestymistapoja parempia normisuosituksia. Tutkimuksessa on käytetty kilpailun taloustieteen sijasta käsitettä kilpailuteoria sen vuoksi, että näin saadaan esille taloustieteellisten koulukuntien taustalla olevat yhteiskunnalliset näkemykset. Kilpailupoliitikon näkökulmasta on kiinnostavaa, mitkä ovat yhteiskuntatutkimuksen taustalla olevat premissit ja miten lopputulos ehkä muuttuu, jos noita premissejä vaihdetaan. Eklektinen tarkastelu osoittaa metodiset vaihtoehdot, joita pitäytyminen yhteen koulukuntaan ei toisi nähtäväksi.

13.3 KILPAILUTEORIAN KÄYTÄNNÖN MERKITYKSESTÄ KILPAILUPOLITIIKAN MUOVAUTUMISESSA

Kilpailuoikeuden aineellisten säännösten tutkiminen kilpailuteoria sivuuttaen ei olisi erityisen mielekästä. Tehtäessä yhteiskuntapoliittisia valintoja, esimerkiksi päätettäessä kilpailunrajoituslain sisällöstä, keskustelun on siirryttävä tekniseltä tasolta syvätasolle eli sääntelyn perimmäisiin tavoitteisiin ja niiden oletettuihin vaikutuksiin eri yhteiskuntaryhmien kannalta.[328] Oikeudellisen

[328] Nähdäkseni kilpailuoikeuden tutkijalla on hyvin käytännöllinen, suorastaan itsekäs motiivi perehtyä kilpailuteoriaan. Kilpailuteoria antaa mahdollisuuden oman alan paremmalle ymmärtämiselle. Perehtyminen kilpailuteoriaan lisää olennaisesti myös käytännön tehtävissä toimivan kilpailujuristin ammattitaitoa edellyttäen, että vaaditut vuodet maltetaan investoida, hätiköidyt johtopäätökset kyetään välttämään ja teoria ei sulje silmiä käytännön realiteeteilta. Kilpailuteoriaa voidaan paitsi aliarvostaa, myös yliarvostaa. Viimeksi mainitun näkökohdan vuoksi kilpailuteoriaa tarkastellaan käytännön linssien läpi. Tutkimuksessa pyritään samalla antamaan viitteitä siitä, miten teoria on vaikuttanut kilpailuoikeuden muotoutumiseen ja mitä hyötyä teoriasta on kilpailuasioita ratkovan lainkäyttöelimen näkökulmasta.

sääntelyn ammattilaisten asema korostuu luonnostaan siinä vaiheessa, kun taloudellista ilmiötä ryhdytään sääntelemään oikeuden keinoin. Kilpailuoikeuden näkökulmasta taloudellinen kilpailu ja sen tarpeellisuus markkinataloudessa on mitä suurimmassa määrin juridinen, merkitykseltään suorastaan perustuslaillinen kysymys.[329] Käytännön kilpailupolitiikassa teoreettinen aines sekoittuu yhteen muiden tekijöiden kanssa. Ilmeisesti juuri missään maassa kilpailupolitiikka ei ole perustunut ainoastaan yhden koulukunnan näkemyksiin. Yleensä kyse on sekoituksesta eri lähestymistapojen välillä. Muutokset painotuksissa johtavat lain ja/tai soveltamiskäytännön muuttumiseen. Kilpailun todellisen merkityksen hahmottaminen edellyttää yhteiskuntatieteiden raja-aidat ylittävää kokonaisvaltaista tarkastelua.

Klassisella kilpailuteorialla on yhtymäkohtia evolutionääriseen taloustieteeseen, erityisesti *Hayekin* ja *Schumpeterin* tuotantoon. Ajatuksen, jonka mukaan vahingollisia ovat nimenomaan julkisen vallan aikaansaamat kilpailunrajoitukset, allekirjoittaisivat myös chicagolaiset kilpailuteoreetikot.[330] Ei voida kuitenkaan katsoa, että klassisessa teoriassa kilpailupolitiikan tarpeeseen suhtauduttaisiin negatiivisesti. Päinvastoin on esitetty, että Yhdysvaltain vuoden 1890 Sherman Act perustui alun perin ideologiselta vireeltään klassiselle kilpailuteorialle.[331] Taloustieteen klassikot saivat merkitystä myös eurooppalaisen kilpailupolitiikan kehityksessä 1930-luvulta alkaen ordoliberaalien kilpailuteoreetikkojen kirjoitusten kautta.[332] *Adam Smith* on nyttemmin löydetty uudestaan institutionaalisen taloustieteen piirissä. Klassinen kilpailuteoria on saanut uutta merkitystä.

---

[329] Kilpailuteorian tuntemus syventää kilpailupoliittista argumentointia. Teorian tuntemus asianharrastajien keskuudessa olisi myös omiaan nostamaan maassamme käytävän kilpailupoliittisen keskustelun tasoa.

[330] Taloudellinen tehokkuus on noussut vasta myöhemmin dominoivaan asemaan amerikkalaisessa kilpailupolitiikassa, joskin tehokkuusnäkökohdilla lienee ollut merkitystä jo Sherman Actin säätämisvaiheessa Trustien torjumisen taustalla olevia tavoitteita – vallan keskittymisen estämistä, taloudellisen vapauden ja yhtenäisten toimintaedellytysten turvaamista – on usein luonnehdittu populistisiksi. Oikeammalta vaikuttaa näiden tavoitteiden palauttaminen klassiseen kilpailuteoriaan uudessa trustien leimaamassa taloudellisessa toimintaympäristössä. Kyse oli markkinatalouden institutionaalisten perusedellytysten turvaamisesta ei yksinomaan taloudellisen tehokkuuden, vaan ennen muuta poliittiselta ja sosiaalis-eettiseltä kannalta Ks. Hovenkamp, The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, Iowa L. Rev. 1019 (1989 a); Hofstadter, What Happened to the Antitrust Movement?, The Paranoid Style of American Politics and Other Essays (1965); Millon, the Sherman Act and the Balance of Power, S. Cal. L. Rev., 1219–92 (1988). Vrt. Bork, Legislative Intent and the Policy of Sherman Act, 9 Journal of Law and Economics 7 (1966). Artikkelit on julkaistu uudelleen kokoomateoksessa Sullivan (toim.), The Political Economy of the Sherman Act (1991).

[331] Ks. Hovenkamp (1989 a) ja (1989 b).

[332] Franz Böhmin väitöskirjassa luotiin ensimmäinen teoreettinen perusta kieltoperiaatteelle perustuvalle lainsäädännölle Saksassa. Saksan oikeuskehitys vaikutti olennaisesti Rooman sopimuksen kilpailupolitiikkaa koskevaan lukuun. Böhmin kirjan esipuheen mukaan tutkimuksen keskeisenä tavoitteena oli kääntää klassisen talousfilosofian opit juridiikan kielelle, mikä uudessa kontekstissa merkitsi kilpailupolitiikan tehostamista. Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.

Täydellisen kilpailun teoria lienee keskeinen selittävä tekijä sille, että yritysten markkinavoima ilmiönä jäi taloustieteessä pitkään varsin vähäiselle tarkastelulle. Toinen syy lienee se, että vaihdannan oletetaan olevan vapaata, mitä se toki yleensä onkin. Sopimuksen oletetaan syntyvän vain, mikäli se lisää kummankin osapuolen varallisuutta. Sopimus syntyy, kun kumpikin hyötyy. Mikäli sopimus olisi toiselle osapuolelle epäedullinen, haittaa kärsivä ei suostuisi siihen. Kun markkinoiden oletetaan ohjautuvan itsestään, sopimusten syntyvän vapaaehtoisuuden pohjalta ja lopputuloksen hyödyttävän kumpaakin osapuolta, taloudellinen valta ei näyttäydy kovin todennäköisenä tai ainakaan keskeisenä ongelmana.

Voidaan katsoa, että Robinsonin substituutioaukon käsite muodostaa nykyaikaisen kilpailuoikeudellisen relevantin markkinan käsitteen esiasteen. Periaatteessa kaikki hyödykkeet kilpailevat keskenään kuluttajien ostovoimasta, mutta toiset hyödykkeet enemmän kuin toiset.[333] Relevanttien markkinoiden määrittelyn ajatuksena on rajata tarkastelun piiriin juuri ne hyödykkeet, joiden osalta tapahtuvat hinnan, laadun ja määrän variaatiot vaikuttavat suoraan kilpailunrajoituksesta epäillyn yrityksen tarjoamien hyödykkeiden kysyntään. Myös *Chamberlinin* tuotannolla on ollut keskeinen merkitys toimialan taloustieteen teoriaperustan muovautumisessa.[334]

Toimiva kilpailu muodostaa väljän teoreettisen viitekehyksen suomalaisessa kilpailupolitiikassa. Kilpailunrajoituslain 1 §:n mukaan tavoitteena on terveen ja toimivan kilpailun turvaaminen perusteettomilta kilpailunrajoituksilta. Tämän ohella tulee ottaa huomioon kuluttajien etu ja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta rajoituksilta. Kuluttajan edun on edellä todettu merkitsevän kuluttajien suojaamiselta tulonsiirroilta, joita markkinavoiman liiallisesta kasvusta aiheutuu, minkä ohella yleisemmin on kiinnitettävä huomiota tehokkuusvaikutuksiin. Elinkeinonharjoittajien toimintavapauden suojaaminen viittaa ordoliberaalissa ajattelussa ja systeemiteoriassa korostuvan kilpailuvapauden merkitykseen. Ratkaisukäytännössä lain 1 §:ään on viitattu harvoin, mistä johtuen yksityiskohtaisten johtopäätösten antaminen on vaikeaa. Kilpailuviraston alkutaipaleella korostui chicagolainen ajattelu, mikä näkyi mm. kielteisenä suhtautumisena pyrkimyksiin hillitä markkinoiden keskitty-

---

[333] Periaatteessa kuluttaja voi esim. ostaa etelänmatkan tai kesäauton. Mikäli toinen ostetaan, toinen jää hankkimatta. Tässä mielessä lähes kaikki hyödykkeet kilpailevat keskenään. Johtopäätöksenä olisi, että millään yrityksellä ei ole markkinavoimaa. Toisaalta mikäli mainittujen hyödykkeiden välillä ei ole havaittavissa korrelaatiota, jossa toisen hinnassa tapahtuva muutos heijastuu toisen kysyntään, hyödykkeet eivät kuulu samoille relevanteille markkinoille. Suppeammassa tarkastelussa voidaan selvittää saman hyödykkeen eri variaatioiden keskinäistä korvaavuutta. Havaitaan, että hyödykkeet muodostavat substituutioketjun, jossa eri vaihtoehdot sijaitsevat lähempänä tai kauempana toisiaan. Merkittävä osa markkinavoiman sääntelyyn liittyvästä problematiikasta liittyy kysymykseen, kuinka lähellä toisiaan sijaitsevat hyödykkeet voidaan/tulee lukea toistensa substituuteiksi.

[334] Näin esim. Schmidt (1999) s. 9.

mistä yrityskauppavalvonnan avulla. Kilpailuneuvoston käytännössä chicagolaisuudella ei ole ollut sanottavaa merkitystä ainakaan kieltoperiaatteeseen siirtymisen jälkeen 1992. Yleisesti ottaen viranomaiset varovat sitoutumasta liiaksi tietyn koulukunnan oppeihin säilyttääkseen ratkaisukäytännön puolueettomana ja joustavana. Sama pätee EY:n kilpailuoikeuteen, vaikka tietyissä tuomioistuimen ratkaisuissa on viitattu toimivaan kilpailuun. EY:ssäkin toimivalla kilpailulla näytettäisiin tarkoitettavan ennemminkin luopumista täydellisen kilpailun tavoittelusta ja joustavaa suhtautumista markkinoilla tehtäviin sopimuksiin, kuin varsinaisesti mitään tiettyä toimivan kilpailun teorian variaatiota.

Harvardilaisuus on jättänyt pysyväntuntuiset jäljet kilpailupolitiikkaan. Yrityskauppavalvontaa perustellaan SCP-mallilla. Yhdysvalloissa 1960 ja 1970-luvuilla harjoitettu tiukan harvardilainen kilpailupolitiikka perustui taloustieteen silloisille tutkimustuloksille, joiden mukaan markkinavoimasta tyypillisesti aiheutuu huomattavia kansantaloudellisia tappioita. Optimaalisen yrityskoon tai muidenkaan tehokkuussyiden ei nähty ratkaisevasti estävän tiukan kilpailupolitiikan harjoittamista. Akateemisena marginaali-ilmiönä[335] alkanut chicagolainen kilpailuteoria kyseenalaisti harvardilaisen taloustieteen perusoletukset. Markkinavoima ei ollutkaan vaarallista, vaan tehokkuuden ilmentymä. Amerikkalainen väittely markkinavoiman haitoista ja tehokkuushyödyistä on heijastunut myös eurooppalaiseen kilpailupoliittiseen keskusteluun.

Chicagon koulukunnan ansiosta hyväksytään nykyään lähes universaalisti, että kilpailupolitiikan keskeisenä tavoitteena on tehokkuuden edistäminen. Samalla kilpailupolitiikan tavoitteiden rajaaminen yksinomaan tehokkuuteen vaikuttaa kyseenalaiselta. Kilpailulainsäädännöllä on historiallisesti pyritty edistämään taloudellisen tehokkuuden lisäksi myös kuluttajien hyvinvointia ja estämään liiallisena pidettyä taloudellisen vallan keskittymistä. Euroopassa tehokkuusajattelun merkitystä vähentää se, että usein lain julkilausutut tavoitteetkin ovat moninaisemmat. Tehokkuustarkastelu ei kata EY:n kilpailuoikeudessa keskeistä integraatiotavoitetta eikä Suomen kilpailunrajoituslain 1 §:ssä mainittuja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaamista ja kuluttajan etua. Chicagon koulukunnan näkemysten omaksuminen ei siten olisi mahdollista ilman merkittäviä lainsäädäntömuutoksia. EY:n kilpailuoikeudessa integraatiotavoitteesta luopuminen edellyttäisi syvälle käyvää muutosta, joka EY-oikeuden systeemisestä näkökulmasta tuskin olisi toteuttamiskelpoinen. Yhdysvalloissa kilpailupolitiikan suunnanmuutokset ovat olleet mahdollisia mm. siksi, ettei tavoitteita ole lyöty lukkoon lain tasolla. Rajoittuminen pelkkään tehokkuuteen jättäisi markkinatalouden etiikan ja poliittisen ulottuvuuden liian vähälle huomiolle.[336]

---

[335] Ks. esim. Posner (1979) 925 ss. jonka mukaan chicagolaisuus oli alun perin "lunatic fringe" harvardilaisessa valtavirrassa.

[336] Näin myös esim. Peritz (1996) s. 302–303.

EY:n kilpailupolitiikan teoreettisen perustan loi ordoliberaali koulukunta. Koulukunnalla lienee ollut ratkaiseva vaikutus 1950-luvun lopulla ja 1960-luvun alkupuolella. Tarkkojen vaikutussuhteiden osoittaminen on kuitenkin hankalaa. EY-oikeus perustuu kansainväliselle yhteistyölle, jolloin on luonnollista, etteivät ratkaisut määräydy yhden jäsenvaltion näkemysten perusteella. EY-oikeudessa lain esitöiden merkitys on yleisesti ottaen vähäinen, mistä johtuen koulukuntien vaikutusta kilpailupolitiikan muotoutumisessa on vaikea arvioida. Esimerkiksi *Gerber* pitää kuitenkin oikeushistoriallisessa tutkimuksessaan ordoliberalismin vaikutusta merkittävänä.[337] Ordoliberalismin voitto ei ollut kuitenkaan täydellinen edes kotimaassa. Saksan GWB:n säätämisestä käytiin kymmenen vuotta kestänyt kamppailu. Lopputuloksena oli lukuisia poikkeuksia kartellikiellosta sisältänyt laki. Yrityskauppavalvonta säädettiin Saksassa vasta 1974, EY:ssä 1989.[338] Ordoliberalismi korvautui 1960-luvun puolivälin paikkeilla harvardilaisuudella. Saksalaisessa kirjallisuudessa Harvardin koulukunta ja toimiva kilpailu pitkälti samaistetaan toisiinsa. Euroopassa harvardilainen lähestymistapa on säilyttänyt johtoasemansa. Chicagon koulukunta ei ole saavuttanut koskaan vastaavaa asemaa kuin Atlantin toisella puolella. Tätä on selitetty mm. sillä, että Euroopassa sääntelyn merkitys on ollut luontaisesti suurempi.[339]

13.4 ERÄITÄ JOHTOPÄÄTÖKSIÄ KILPAILUOIKEUDELLISEN METODIN KANNALTA

Kilpailevien kilpailuteoreettisten metodien laittaminen paremmuusjärjestykseen ei olisi mahdollista tai edes mielekästä. Eklektisessä lähestymistavassa tämä ei ole tarkoituskaan, vaan pyrkimyksenä on poimia kustakin lähestymistavasta olennaisia piirteitä, joita voidaan hyödyntää jatkotarkastelussa. Arviossa korostuvat käytännön näkökulmat.

Harvardin koulukunnan vahvuus on SCP-ajattelussa. Markkinoiden rakenteellinen tarkastelu muodostaa edelleen lähtökohdan kilpailuoikeudellisessa analyysissä. Aiemmasta determinismistä on luovuttu. Markkinarakenne ei vaikuta ainoastaan käyttäytymiseen, vaan yritysten käyttäytyminen vaikuttaa

---

[337] Ks. Gerber (1998) s. 264.

[338] Rakenteellisen valvonnan myöhäsyntyisyys Euroopassa on selitettävissä tehokkuusargumenttien suurella painoarvolla. Eurooppalaisia yrityksiä on pidetty yleisesti liian pieninä maailmanlaajuiseen kilpailuun. Kuvaavaa on, että EY:n keskittymiskehitystä 1960-luvulla pohtinut professorityöryhmä keskittyi lähinnä keinojen etsimiseen sille, miten eurooppalaisten yritysten kokoa saataisiin kasvatettua suuremmaksi.

[339] Sen sijaan Chicagon ajatukset saivat enemmän vastakaikua deregulaation puolella. Deregulaatio on kuitenkin kytkeytynyt selkeämmin markkinoiden avaamiseen ja *Cassis de Dijon* -päätöksen myötä omaksutulle vähimmäisharmonisoinnin ajatukselle.

myös rakenteeseen. Yritykset pyrkivät aktiivisesti muokkaamaan toimintaympäristöään itselleen edulliseksi. Strategista kilpailua ja peliteoriaa käsitellään yksityiskohtaisesti jäljempänä. Mallit selittävät markkinavoimaisten yritysten päätöksentekotilannetta mutta eivät ennusta, missä tilanteissa markkinavoimaa pyritään hyödyntämään yleisen edun kannalta vahingollisella tavalla.

Workability-konseptin kehittyneempi muoto, dynaamisen kilpailun teoria osoittaa, että markkinoiden staattisen tarkastelun ohella huomiota tulee kiinnittää markkinoiden tulevaisuuteen. Markkinavoimaa ei kannata itsessään torjua pelkän periaatteen vuoksi. Tilanne näyttäytyy erilaiselta sen mukaan, tarkastellaanko yhden valtion markkinoita vai kansainvälistä kilpailutilannetta. Olennaista ei ole markkinavoima sinänsä, vaan sen laatu, määrä ja ennen muuta sen pysyvyys. Viittaus kilpailun dynaamisuuteen ei toisaalta osoita, että markkinavoima rapautuisi luonnonlain tavoin. Päin vastoin, uusimmat tutkimukset viittaavat siihen, että markkinavoima on sitä pysyvämpää, mitä suuremman markkinaosuuden yksi yritys on saavuttanut.

Dynaamisella teorialla on ollut keskeinen vaikutus markkinavoiman kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Markkinavoimaa pidetään tuomittavana vasta sen saavutettua huomattavan asteen tai ollessa pitkäaikaista. Kilpailulainsäädännössä on lyönyt itsensä läpi katsantokanta, jonka mukaan markkinavoima ei ole itsessään pahasta, mikäli se purkautuu siinä vaiheessa, kun kilpailuetu markkinajohtajan oman suorituksen hiipumisen myötä menetetään. Tässä lähestymistavassa määräävä markkina-asema näyttäytyy kehitysprosessina, jossa asema saavutetaan, sitä ylläpidetään ja hyödynnetään ja lopulta se menetetään. Dynaamisesta näkökulmasta määräävä markkina-asema on ajan kulumisen myötä poistuva ilmiö. Kilpailuoikeudellinen puuttumiskynnys ylittyy, kun tuon "ohimenevän" ajanjakson arvioidaan olevan "pitkä" tai yritys pyrkii keinotekoisesti säilyttämään markkina-aseman vielä silloin, kun sitä ei enää ansaita samanarvoisella vastasuorituksella.

Dynaaminen tarkastelu näyttäisi antavan lisävalaistusta kilpailuoikeudellisessa soveltamiskäytännössä tehtyyn havaintoon, jonka mukaan määräävää asemaa väärinkäytetään ei niinkään silloin, kun yritys on valtansa huipulla, vaan ennen muuta silloin, kun yritys on menettämässä valta-asemansa ja pyrkii säilyttämään asemansa sitomalla keinotekoisesti asiakkaita ja sulkemalla kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Toinen selitys tämän väärinkäyttötyypin painottumiselle oikeuskäytännössä on se, että kilpailuviranomaiset painottavat kilpailuedun keinotekoisen jatkamisen torjumista. Kilpailuedun ulosmittaaminen esimerkiksi hintoja korottamalla on omiaan luomaan uutta kilpailua asiakkaiden ryhtyessä hakemaan vaihtoehtoja ja kilpailijoiden saadessa lisäinsentiivin uusille investoinneille hintatason kohottua. Dynaamisesta näkökulmasta on perusteltua kiinnittää päähuomio hintojen korottamisen sijasta strategisiin keinoihin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii hidastamaan kilpailuprosessin itseoikaisumekanismien toimintaa.

Chicagon koulukunnan keskeisenä ansiona on tehokkuuden nostaminen keskeiseen asemaan kilpailupoliittisella agendalla. Markkinoilla tavoitellaan hyvinvoinnin lisäystä. Sen saavuttamiseksi on välttämätöntä, että markkinat toimivat tehokkaasti. Näin on luonnollista, että sääntelyllä pyritään parantamaan markkinoiden suorituskykyä. Kilpailupolitiikassa tulee puuttua niihin kilpailunrajoituksiin, joiden seurauksena hyödykkeiden tuotantomäärä vähenee ja hinnat nousevat. Hintateoria on elegantti ja selväpiirteinen tapa selittää hinnanmuodostusta. Keskittyminen pelkästään hinnoitteluun rajaa olennaisia kilpailuparametrejä tarkastelun ulkopuolelle ja vähentää siten mallin käyttökelpoisuutta. Rajoittuminen hintateorian oletuksiin vaikuttaa kyseenalaiselta. Lainkäytössä keskeistä on totuus, ei se, missä ratkaisu vastaa tieteellistä teoriaa. Jos yritysten käyttäytymistä koskeva todistusaineisto ja teoria ovat ristiriidassa keskenään, teoria väistyy. Koulukunnan rajoittumista yksinomaan tehokkuuteen voidaan kritisoida liian suppeana. Tarkastelutavan suppeus lienee rajoittanut koulukunnan merkitystä Euroopassa. Kilpailulainsäädännön tavoitteet on kirjattu kilpailulainsäädäntöön pluralistisesti, mikä estää pidättäytymisen puhtaaksiviljeltyyn tehokkuustarkasteluun.

Uusitävaltalainen kilpailuteoria muodostaa mielenkiintoisen vertailukohdan Chicagolle. Siinä missä Chicago kannattaa markkinoiden vapauttamista neoklassisen hintateorian opein, uusitävaltalaiset tekevät saman johtopäätöksen neoklassisen analyysin mahdottomuuden perusteella. Koulukunnan kiistaton ansio piilee informaation epätäydellisyyden ja talouden evoluution esille nostamisessa. Kilpailuviranomaisen pyrkiessä tehostamaan markkinoiden toimintaa esimerkiksi Williamsonin vaihtokauppamallin avulla syyllistytään helposti keskussuunnitteluun, jossa vaikutuksia oletetaan ilman riittävää tietämystä. Uusitävaltalaisuuden ansiosta kilpailupolitiikassa havahdutaan siihen, ettei kilpailuoikeudellista päätöksentekoa voida rakentaa pitkälle viedyn matemaattisen mallintamisen varaan. Mitä ei voida tietää, sen varaan päätöksiä ei voida rakentaa. Periaatteessa ei liene paljon eroa sillä, oletetaanko markkinavoiman tuottavan haittoja vai tehokkuutta. Kilpailuoikeudellisen tapauksen ratkaiseminen ei voi perustua oletuksille vaan faktojen selvittämiselle. Johtopäätöksenä tästä on per se –tyyppinen sääntely yhdessä kieltokynnyksen nostamisen kanssa. Näin voidaan minimoida joskaan ei poistaa virhemarginaalia. Toisena johtopäätöksenä on tapauskohtaisen markkina-analyysin tarve. Lienee nimittäin helpompaa selvittää tietyn sopimuksen vaikutukset kuin lausua yleisesti kaikkien tietyn tyyppisten sopimusten vaikutuksista. Tähän kysymykseen näytettäisiin ainakin toistaiseksi kompastutun saksalaisessa modifioidussa systeemiteoriassa, joka hakee kompromissia kilpailuvapauden ja rakenteellisen tarkastelun välillä. Samaa voidaan sanoa yleisemminkin yrityksistä operationalisoida kilpailuvapauden käsitettä kilpailuoikeudellisen päätöksenteon käyttöön. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että käsitteestä voitaisiin luopua. Institutionaalinen tehokkuuden tavoittelu ja individuaalinen markkinatoimijan kilpailuvapauden

suojaaminen ovat kilpailuoikeudessa saman kolikon kaksi puolta. Tasapainoisessa tulkinnassa tavoitteet ovat sovitettavissa yhteen. Luovuttaessa yhdestä myös toinen kärsii.

Ordoliberaali lähestymistapa täydentää Industrial Organization -tutkimuksen tehokkuustarkastelua[340] ja tuo syvyyttä kilpailupoliittiseen analyysiin. Kilpailuoikeuden perimmäisiä funktioita ja roolia yhteiskunnassa hahmottavassa tutkimuksessa tarvitaan laaja-alaisempaa lähestymistapaa. Ordoliberalismi tarjoaa välineitä kilpailuoikeuden syvärakenteiden hahmottamiseen. Kaikista käsitellyistä konsepteista ordoliberalismi kiinnittää selkeimmin huomiota sekä vapauteen että tehokkuuteen. Konfliktitilanteissa vapaudelle annetaan etusija. Myös oikeudenmukaisuuskysymykset ovat esillä. Kilpailuteoreettisessa katsannossa arvokasta on ennen muuta kilpailun näkeminen yhteiskunnallisena päätöksentekomekanismina, jonka vaikutukset ulottuvat markkinoita laajemmalle, itse asiassa kaikille yhteiskunnan lohkoille. Malli tarjoaa hyvät lähtökohdat juridiselle mallintamiselle. Tämä johtunee siitä, että koulukunta on perustunut jo alkuaan kansantalous- ja oikeustieteilijöiden yhteistyölle. Kilpailuoikeudellisen päätöksenteon erityispiirteet ja organisatoriset näkökohdat on otettu jo alun perin huomioon. Ordoliberalismia on kuitenkin modernisoitava, jotta se olisi käyttökelpoinen 21. vuosisadan kilpailujuridiikassa. Yksipuolinen markkinavoiman vastustaminen ei ole realistista, sillä esimerkiksi oligopolistiset markkinarakenteet ovat pitkälti jo realiteetti. Ordoliberalismissa korostetaan ajallisessa kontekstissa ymmärrettävästi markkinavoiman "pahuutta", mutta jätetään sopimukselliseen sidontaan ja markkinoiden keskittymiseen liittyvät hyötynäkökohdat liian vähälle huomiolle.

Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa talousteorian oletusten paikkaansa pitävyyteen ei voida perustaa tuomioita, jos talousteorian johtopäätökset ovat riidanalaisia. Lainkäyttö ei saa perustua poliittisiin mieltymyksiin. Kiistanalaisen koulukuntanäkemyksen ottaminen ratkaisun pohjaksi voisi pahimmillaan rinnastua siihen, että tuomioistuin tekisi päätöksensä, mahdollisesti tietämättään, tosiasiallisesti poliittisin perustein. Kilpailupoliittisten koulukuntien taustalla olevat näkemyserot johtuvat nimittäin paitsi erilaisista metodeista, ennen muuta erilaisesta käsityksestä markkinoiden toimivuudesta ja viranomaisten kyvystä säädellä niitä. Mikäli talousteoriaa halutaan hyödyntää, kilpailuviranomaisen ja tuomioistuimen on pyrittävä ottamaan tasapuolisesti huomioon tieteellisiä tutkimustuloksia. Pitäytyminen jonkun tietyn koulukunnan näkemykseen ei vaikuttaisi asialliselta tai myöskään päätösten tason kannalta järkevänä. Seuraavassa jaksossa markkinavoiman määritelmä pyritään rakentamaan eklektisesti siten, että eri teoriasuuntauksia otetaan huomioon.

---

[340] Itse asiassa kilpailupolitiikalla on kaksi kivijalkaa, vapaus ja tehokkuus ja ordoliberaalilla analyysilla voidaan erityisesti valottaa vapausnäkökulman luonnetta, merkitystä ja suhdetta tehokkuusanalyysiin.

III MARKKINAVOIMAN TEOREETTISTA TARKASTELUA

1. Markkinavoiman käsitteen määrittelyä

1.1 MARKKINAVOIMAN ALUSTAVAA MÄÄRITTELYÄ

Markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä nostaa tuotteidensa hintoja tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Markkinavoimaa kuvaavat yhdyssanan kaksi komponenttia; yrityksellä on voimaa ja sitä on markkinoilla. Kyse on taloudellisesta vallasta, jonka turvin yritys saa tavoitteensa läpi markkinoilla. *Mitä enemmän tietyllä yrityksellä tai yritysryhmällä on markkinavoimaa, sitä suuremmaksi kasvaa yhteiskunnan tarve kontrolloida taloudellista valtaa.* Mitä enemmän markkinavoimaa on, sitä vapaammin yritys voi toimia vain oman etunsa mukaisesti ja sitä enemmän se voi aiheuttaa toimenpiteillään vahinkoa muille markkinatoimijoille.

Markkinavoimaa tarkastellaan yleensä hinnoittelun avulla. Hintoja voidaan verrata yrityksen tuotantokustannuksiin. Mitä enemmän hinnat ylittävät kustannukset, sitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa. Markkinavoimalle kirjallisuudessa annetut määritelmät ovat usein lähellä toisiaan, mutta eroavat yksityiskohdissa. *Landes ja Posner* määrittelevät markkinavoiman tietyn yrityksen tai yhdessä toimivan yritysten ryhmän kyvyksi nostaa hinta kilpailullisen tason yläpuolelle ilman, että yritys menettää niin paljon asiakkaita, että hinnankorotuksesta muodostuu kannattamaton ja se joudutaan peräyttämään.[1] *Areedan ja Solowin* mukaan markkinavoima voidaan määritellä kyvyksi nostaa hintoja rajoittamalla tuotantoa.[2] *Hovenkampin* mukaan markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä kasvattaa voittojaan rajoittamalla tuotantoaan ja perimällä kilpailullisen tason ylittävää hintaa tuotteestaan.[3] Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten *horisontaalisia yrityskauppoja koskevissa soveltamisohjeissa*[4] myyjän[5] markkinavoima määritellään yrityksen kyvyksi pitää hintataso mer-

---

[1] Ks. Landes/Posner (1981) s. 937: "The term 'market power' refers to the ability of a firm (or group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded." Määritelmässä jää vielä auki se, miten kilpailullinen hintataso määritellään.

[2] Ks. Areeda/Solow/Hovemkamp (1995) s. 85: "Market power is the ability to raise price by restricting output."

[3] Ks. Hovenkamp (1999) s. 78: "Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product."

[4] U.S. Department of Justice ("Department") and Federal Trade Commission ("Commission") today jointly issued Horizontal Merger Guidelines (with April 1997 revisions);

[5] Vastaavasti ostajan markkinavoima voidaan määritellä kyvyksi pitää hinnat kilpailullisen tason alapuolella.

kittävän aikavälin ajan kilpailullisen hintatason yläpuolella.[6] Soveltamisohjeissa täsmennetään, ettei markkinavoima rajoitu pelkästään määräävän aseman tilanteisiin, vaan myös oligopoliyrityksillä voi olla markkinavoimaa.[7]

Markkinavoimaa voidaan ulosmitata myös heikentämällä laatua hintojen säilyessä ennallaan.[8] Hinnankorotus on ainoastaan yksi hyödyntämisvaihtoehto. *Werdenin*[9] mukaan hinnoittelun ja kustannusten tarkastelun varaan rakentuvien määritelmien heikkoutena on se, että kyse on pikemminkin markkinavoiman seurauksesta kuin syystä. Werden katsoo, että markkinavoiman todellinen syy on *kysynnän epäelastisuudessa*, joka estää kuluttajia vaihtamasta tuotetta, jos hintaa korotetaan. Markkinavoima määräytyy kysynnän suuntautumisen perusteella.[10] Myös *Sullivan ja Grimes* pitävät kysynnän epäelastisuutta keskeisimpänä markkinavoimaa selittävänä tekijänä.[11] Koska kysyntäjoustoa ei usein pystytä mittaamaan suoraan, korvikkeena käytetään relevanttien markkinoiden määrittelyä sekä markkinaosuuksien ja alallepääsyn esteiden selvittämistä. Oikeastaan kysyntäjoustokin on pelkkä mittari. *Perimmäisiä markkinavoiman syitä ovat ne tekijät, joista johtuen kysyntä muodostuu joustamattomaksi.* Keskeisiä syitä ovat yrityksen nauttimat kilpailuedut, riittävän kilpailun puute markkinoilla, alallepääsyn ja niiltä poistumisen esteet sekä asiakkaiden riippuvuutta lisäävät tekijät. Markkinavoimalla voidaan tarkoittaa:

1) yrityksen kykyä nostaa hyödykkeistään perimiään hintoja;
2) yrityksen kykyä periä kilpailullista tasoa korkeampia hintoja;
3) yrityksen yliotetta kauppakumppaniinsa, joka mahdollistaa esim. sopimusehtojen sanelun tai varallisuuden siirron riippuvaiselta taholta valtaa pitävälle yritykselle;
4) yrityksen kykyä sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.

---

[6] "Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive periods for a significant period of time." Kattavan tuntuisessa määritelmässä jää auki, kuinka kauan "merkittävän" ajanjakson tulee kestää.

[7] Markkinavoiman eri tilanteita ja vaikutuksia kuvataan ohjeissa seuraavasti: "In some circumstances, a sole seller (a "monopolist") of a product with no good substitutes can maintain a selling price that is above the level that would prevail if the market were competitive. Similarly, in some circumstances, where only a few firms account for most of the sales of a product, those firms can exercise market power, perhaps even approximating the performance of a monopolist, by either explicitly or implicitly coordinating their actions. Circumstances also may permit a single firm, not a monopolist, to exercise market power through unilateral or non-coordinated conduct– conduct the success of which does not rely on the concurrence of other firms in the market or on coordinated responses by those firms. In any case, the result of the exercise of market power is a transfer of wealth from buyers to sellers or a misallocation of resources."

[8] "Sellers with market power also may lessen competition on dimensions other than price, such as product quality, service, or innovation." Ks. suuntaviivojen alaviite 6.

[9] Ks. Werden (1998).

[10] Werden (1998) s. 370–371.

[11] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 22–29.

1.2 HORISONTAALINEN JA VERTIKAALINEN MARKKINAVOIMA

Horisontaalisella markkinavoimalla tarkoitetaan tietyn yrityksen tai yritysryhmän kykyä yleisesti vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin. Yrityksen tai yritysryhmän valta ei rajoitu tietyn asiakasrelaation sisälle, vaan se vaikuttaa lähes kaikkien tai ainakin suurimman osan tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten toimintaan. Horisontaaliselle markkinavoimalle on ominaista, että taloudellista valtaa ilmenee tietyillä markkinaportaalla kokonaisuudessaan eli horisontaalisessa tasossa.[12]

Merkittävää horisontaalista markkinavoimaa omaava yritys voi toimia kilpailun paineista riippumattomana. Kilpailijat eivät voi, niiden ei kannata tai ne eivät yksinkertaisesti uskalla haastaa markkinoita hallitsevaa yritystä.[13] Rakenteellisesti horisontaalista markkinavoimaa osoittaa yrityksen korkea markkinaosuus ja potentiaalisten kilpailijoiden kohtaamat alallepääsyn esteet. Kun yhdellä yrityksellä on sanottu valta, puhutaan määräävästä markkina-asemasta. Tähän kategoriaan kuuluvat monopolit, osamonopolit ja muu selkeä markkinoiden hallinta. Saksassa näistä tilanteista käytetään yleisnimitystä *yhden yrityksen valta (Einzelmachtkonzept).*[14]

Horisontaalisen markkinavoiman alle kuuluvat yksipuolisen markkinavoiman lisäksi myös tilanteet, joissa yhden yrityksen valta-aseman sijasta *markkinoiden hallinta perustuu useamman samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivan yrityksen keskinäiseen välipuheeseen tai muuhun yhdenmukaistettuun toimintaan.* Useamman itsenäisen yrityksen yhteistoimintaan perustuvasta markkinavoimasta voidaan käyttää nimitystä *ryhmävalta (Gruppenmachtkonzept).*[15] Kyse voi olla laissa kielletystä kartellista tai pelkästä kilpailijoiden hintojen seuraamisesta, jollainen ei ole kiellettyä.

Markkinoiden hallintaan perustuvasta markkinavoimasta eroavat *kauppakumppaneiden keskinäiseen voimatasapainoon perustuvat teoriat.* Näissä teorioissa markkinavoiman määrittelemisen kannalta ratkaisevaa merkitystä ei ole niinkään yrityksen markkina-asemalla, vaan polttopiste suunnataan kauppakumppaneiden keskinäisiin valta- ja riippuvuussuhteisiin. Kauppakumppanien keskinäiseen voimatasapainoon perustuvat taloudellisen vallan määrittelytavat

---

[12] Sitä vastoin vertikaalisessa markkinavoimassa kyse on rajallisemmasta asiakasrelaatiosta, ei varsinaisesta markkinoiden hallinnasta. Ks. tästä jäljempänä.

[13] EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa merkittävää horisontaalista markkinavoimaa omaavien yritysten käyttäytymistä markkinoilla kontrolloidaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellolla. Yrityskauppavalvonnalla pyritään rajoittamaan markkinoiden keskittymistä. Liikevaihtorajojen ylittyessä kielletään määräävän markkina-aseman syntyminen, jonka seurauksena kilpailu relevanteilla markkinoilla merkittävästi estyisi.

[14] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 78.

[15] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 78.

voidaan koota yhteen yleiskäsitteeksi *vertikaalinen markkinavoima*, koska konseptissa ratkaisevaa on nimenomaan vertikaalinen myyjän ja ostajan välinen asiakassuhde. Toisin kuin horisontaalisen markkinavoiman tilanteissa vertikaalista markkinavoimaa voidaan saavuttaa suhteellisen alhaisellakin markkinaosuudella. Ratkaisevaa on se, onko jommankumman *kauppakumppanin päätäntävapaus tosiasiallisesti merkittävästi rajoittunut* riittävän hyvien ja taloudellisesti realististen vaihtoehtojen puuttumisen takia. Sen mukaan, kumpi osapuoli suhdetta dominoi, voidaan puhua joko *ostajan* tai *myyjän* markkinavoimasta.[16] Vertikaalisen markkinavoiman ohella voidaan puhua myös *relatiivisesta markkinavoimasta.*[17] Termi relatiivinen kuvaa tässä yhteydessä sitä, että markkinavoima ilmenee vain *tietyssä relaatiossa*, ei relevanteilla markkinoilla yleisemmin.[18]

1.3 KOTIMAINEN KILPAILUOIKEUDELLINEN KIRJALLISUUS

Kotimaisessa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa markkinavoiman käsitettä on analysoitu niukahkosti, joskin viime vuosina mielenkiinto käsitteeseen on herännyt. *P. Virtanen* toteaa, että taloustieteessä markkinavoima on ilmaistu mahdollisuutena nostaa hinnat yli kilpaillun tilanteen edellyttämän tason sekä kykynä pitää hintoja em. tasoa korkeammalla.[19] P. Virtanen tekee eron lyhyen ja pitkän aikavälin markkinavoiman välillä todeten, että pidempiaikainen markkinavoima edellyttää mahdollisuutta kontrolloida kilpailua. Tämä taas edellyttää kykyä pitää markkinat muilta suljettuina joko markkinoille pääsyn tai sieltä poistumisen esteiden kautta. Markkinavoima ei ole sidottu sen käyttämiseen. Jos yrityksellä on kyky nostaa hintojaan yli kilpailullisen hintatason, sillä on markkinavoimaa. Yritys voi kuitenkin pyrkiä myös esim. liikevaihdon maksimoimiseen, jolloin se ei tarkasteluaikana ehkä käytä omaamaansa markkina-

---

[16] Tyypillisesti vertikaalista markkinavoimaa kertyy myyjälle suhteessa asiakkaisiin tietyn merkkituotteen välttämättömyydestä ostajan tuotevalikoimassa tai pitkäaikaisesta liikesuhteesta. Vastaavasti tiettyä hyödykettä ostavalla kauppaketjulla on usein vertikaalista voimaa suhteessa tavarantoimittajiinsa samoin kuin teollisuustuotteen valmistajalla (esim. autotehtaalla) suhteessa sitä palvelemaan erikoistuneisiin alihankintayrityksiin.

[17] Relatiivinen markkinavoima on terminä tunnettu muun ohella Saksan, Ranskan ja Kreikan kilpailulainsäädännössä.

[18] Valinta yläkäsitteiden vertikaalinen ja relatiivinen markkinavoima välillä lienee viime kädessä sopimuksenvarainen asia. Tässä tutkimuksessa on päädytty pitäytymään aiemmin omaksuttuun termiin vertikaalinen markkinavoima sen vuoksi, että se on tarkasteltavan relaation, vertikaalisen liikesuhteen kannalta täsmällisempi termi kuin relatiivinen markkinavoima, joka ilmentää sitä, ettei markkinavoima ole "absoluuttista" vaan rajoittuu markkinoiden tiettyihin osa-alueisiin.

[19] Ks. P. Virtanen (2001) s. 146–150.

voimaa.[20] P. Virtasen lähestymistapa on rakenteellinen. Tämä käy ilmi mm. toteamuksesta, että markkinavoimaa mitataan yleensä keskittymisasteen perusteella.[21] P. Virtanen toteaa yhtäältä, että markkinavoima on suhteellinen käsite. Toisaalta viitataan *Areedan ym.* teokseen,[22] jossa todetun mukaisesti "esimerkiksi 50 %:n markkinaosuus" on osoitus markkinavoimasta.[23] Ottaen huomioon, että samaa markkinaosuusrajaa käytetään yleisesti määräävän markkina-aseman kynnysmittarina,[24] herää kysymys, mikä suhde markkinavoimalla on määräävän aseman käsitteeseen. Kysymys näyttäisi jäävän *P. Virtasella* käsittelemättä.

I. Rahnasto antaa immateriaalioikeudellisessa kontekstissa markkinavoimalle neoklassisesti painottuvan määritelmän. Markkinavoima näytettäisiin määriteltävän yrityksen kyvyksi periä kilpailullisen tason ylittäviä hintoja tai rajoittaa tuotantoa, joskin tekijän oma kanta jää hieman epäselväksi.[25] Huomiota kiinnitetään myös markkinavoiman syihin. Rahnasto toteaa *Areedaan ym.*[26] viitaten, että yrityksen kyky tuottaa hyödykettä alhaisemmin kustannuksin ja estää muita yrityksiä vastaamaan kustannusetuun muodostaa markkinavoiman taloudellisen määritelmän.[27] Lisäksi todetaan, että pelkästään väliaikaiseen markkinavoimaan on suhtauduttu yleensä sallivasti.[28] Rahnasto näyttäisi näkevän markkinavoiman perimmäisen syyn taustalla olevissa kilpailueduissa.[29] Tämä sopii hyvin yhteen sen kanssa, että tutkimuksessa tarkastellaan immateriaalioikeuk-

---

[20] P. Virtanen (2001) s. 147. Toteamus on sikäli epätarkka, että kummassakin tilanteessa yritys käyttää markkinavoimaa. Ensimmäisessä vaihtoehdossa markkinavoimainen yritys pyrkii heti ulosmittaamaan markkinavoiman korottamalla hintoja. Tätä P. Virtanen tarkoittaneen markkinavoiman "käyttämisellä". Toisessa vaihtoehdossa yritys tyytyy pienempään katteeseen uskoen, että maltillinen hinnoittelu säilyttää markkinavoiman pidempään. Kyse on valinnasta markkinavoiman lyhyen maksimoinnin ja pidempiaikaisen ylläpitämisen välillä. P. Virtasen huomio on sikäli oikeaan osunut, että toteutunut hinta-kustannus-marginaali kertoo lähinnä ulosmitatusta markkinavoimasta. Samoin kysynnän elastisuus antaa virheellisen käsityksen sekä suoraan mitattaessa että markkinoiden määrittelyn yhteydessä, ellei oteta riittävästi huomioon sitä mahdollisuutta, että yritys on jo ulosmitatannut markkinavoimaansa. Virhe tapahtuu tällöin toiseen suuntaan.

[21] P. Virtanen (2001) s. 146.

[22] Areeda/Solow/Hovenkamp, Vol II s. 323, 325.

[23] P. Virtanen (2001) s. 147.

[24] Ks. esim. AKZO-Chemie v. komissio, C-62/86, Kok. 1991 s. I-3359.

[25] Ks. Rahnasto (2001) s. 29: "Therefore, *if market power is defined as a power to charge supra-competitive prices or limit output*, patented product may have market power since entry by the competitiors is barred or at least inventing around the patented invention is so costly that new entry is not likely." Kursivointi tämän tutkimuksen kirjoittajan. Sitaatissa jää hieman epäselväksi, miksi hintojen korottamis- ja tuotannon rajoittamismahdollisuutta tarkastellaan vaihtoehtoina (*"or"*), kun kyse taloudellisesti pikemminkin täytyisi olla siitä, että yritys voi nostaa hintatasoa markkinoilla rajoittamalla tuotantoaan.

[26] Areeda/Hovenkamp/Solow s. 121.

[27] Rahnasto (2001) s. 29.

[28] Rahnasto (2001) s. 30.

[29] Voidaan kysyä, antaako Rahnasto pikemminkin kilpailuedun kuin markkinavoiman määritelmän. Toisaalta markkinavoimaa ei voida ylläpitää ilman kilpailuetua. Markkinavoiman ja kilpailuedun käsitteet menevätkin limittäin.

sia, joita voidaan pitää eräänlaisena kilpailuetujen rekisteröinti-, julkistamis- ja varaamisjärjestelmänä.[30] Laajemmassa kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa määritelmä on liian suppea. Myöhemmin todetaan, ettei omien hyödykkeiden hinnoitteluun ja tuotantomääriin liittyvä markkinavoiman määrittelytapa näyttäisi kiinnittävän riittävästi huomiota siihen, että markkinavoimaiset yritykset voivat strategisella käyttäytymisellä nostattaa kilpailijoiden kustannuksia ylöspäin[31] ja siten vaikeuttaa näiden alalletuloa.[32] Tekijä viittaakin kirjallisuuteen,[33] jossa on kiinnitetty huomiota siihen, mitä vaikutuksia yrityksen toiminnalla on kilpailevien hyödykkeiden valmistajien toimintaedellytyksiin.[34]

P. Timonen toteaa *Fischwickiä*[35] lainaten, että kilpailun dynamiikan kannalta ongelmallinen on vasta sellainen markkinavoima, joka antaa yritykselle mahdollisuuden toimia itsenäisesti ilman kilpailun normaalisti asettamia rajoituksia. Timosen määritelmä on yleisyydessään kattava mutta samalla suhteellisen vähän kertova. Määritelmästä ei käy ilmi, mikä ero markkinavoimalla on määräävän markkina-aseman käsitteeseen, tai onko niiden välillä olennaista eroa. Timosen väitöskirjasta käy kuitenkin kokonaisuudessaan ilmi, että markkinavoima nähdään yleiskäsitteenä, joka kattaa markkinavoiman eri aste-erot.[36]

---

[30] Tekijä päätyy siihen, ettei markkinavoimaa ja immateriaalioikeutta voida samaistaa keskenään, vaan että markkinavoiman olemassaolo täytyy todentaa markkinaolosuhteiden perusteella. Ks. Rahnasto (2001) s. 24–25; 32–33. Tähän voidaan yhtyä mitä suurimmalla syyllä. Luonnollisesti olennaista on se, kuinka suuren markkinavoiman tietty immateriaalioikeus antaa markkinoilla. Vastaavasti, kuten yhden rekan omistaminen ei luo määräävää asemaa Suomen kuljetusmarkkinoilla, ei yksittäisen patentin tai tavaramerkin hallinta yleensä anna haltijalleen olennaista markkinavoimaa. Kyse täytyisi tältä osin olla hyvin merkittävän kilpailuedun varaamisesta yksin po. yrityksen haltuun (esim. käänteentekevä tekninen innovaatio patentoituna tai erittäin tunnettu tavaramerkki, esim. Coca-Cola). Immateriaalioikeudet ovat yksi yrityksen asemaa vahvistavista tekijöistä, eikä modernissa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa niitä ole enää pitkään aikaan samaistettu markkinavoiman tai määräävän aseman kanssa. Markkinavoiman luonnetta koskevaa peruslähtökohtaa ei pidä myöskään samaistaa sen kysymyksen kanssa, menevätkö kilpailusäännöt ristiriitatilanteissa vahvistettujen immateriaalioikeuksien edelle (s. 23, "Supremacy of Antitrust Laws"). Tässä mielessä Rahnaston esitystä voidaan arvostella tarkastelukulman suppeudesta, joskin esitys on didaktisesti hyvin toimiva.

[31] Immateriaalioikeuksien osalta yhden tällaisen keinon tarjoaa mahdollisten rinnakkaisten vaihtoehtojen patentoiminen oman vaihtoehdon lisäksi (ns. pre-emptive patentation). Rahnaston tarkastelutapa on tätä laajempi. Perinteisesti immateriaalioikeuksia on tarkasteltu siltä kannalta, että ne antavat haltijalleen yksinoikeuden, mahdollisuuden estää muita käyttämästä patentoitua menetelmää. Uudessa taloudessa immateriaalioikeuksia käytetään myös tarkoituksella ohjata niiden avulla muiden markkinatoimijoiden käyttäytymistä ja laajentaa yrityksen vaikutusvaltaa immateriaalioikeuden kattaman "varsinaisen" suoja-alan ulkopuolelle ("leveraging intellectual property rights").

[32] Ks. Rahnasto (2001) s. 31.

[33] Ks. Rahnasto (2001) s. 32, alaviite 84. Alaviitteessä viitataan mm. jäljempänä strategisen kilpailun yhteydessä käsiteltävään Krattenmakerin ja Salopin (1986) artikkeliin.

[34] Rahnasto (2001) s. 30–33. Neoklassista lähestymistapaa täydennetään siten kilpailijan poissulkemista koskevalla strategisella tarkastelulla.

[35] Fishwick (1993) s. 65–66.

[36] Vrt. P. Virtanen (2001) s. 146–150, jolla markkinavoiman merkityssisältö ja suhde määräävän markkina-aseman käsitteeseen jää avoimeksi.

Timosen markkinavoiman määritelmä vaikuttaisi ainakin lähtökohtaisesti yhteneväiseltä tässä tutkimuksessa omaksuttavan määritelmän kanssa, jossa markkinavoiman käsitettä käytetään nimenomaan yleiskäsitteenä. Toisin sanoen yrityksellä voi olla markkinavoimaa määräävän markkina-aseman kynnyksen alapuolella.[37] Toisaalta mahdollisuus toimia riippumattomasti ilman kilpailun normaalisti asettamia paineita on juuri se keskeinen kriteeri, jolla EY:n tuomioistuin määrittelee EY:n perustamissopimuksen 82 artiklassa tarkoitetun määräävän markkina-aseman.[38]

1.4 EROAAKO MARKKINAVOIMA MÄÄRÄÄVÄSTÄ ASEMASTA?

Käsitteiden markkinavoima sekä toisaalta määräävä markkina-asema/monopolivoima sisältö on jäänyt horjuvaksi kilpailuoikeutta käsittelevässä oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa. Määräävän aseman ja markkinavoiman välillä ei näyttäisi olevan muuta eroa kuin että jälkimmäisessä tilanteessa yrityksen asema on vielä vahvempi. Varsin yleisesti kirjallisuudessa todetaan, että markkinavoima ja monopolivoima on itse asiassa sama asia.[39] Toiset kirjoittajat tekevät nimenomaisen eron käsitteiden välillä todeten, että määräävällä asemalla tai monopolivoimalla tarkoitetaan huomattavaa määrää markkinavoimaa.[40] Alan kirjallisuus voidaan ryhmitellä seuraavalla tavalla:

1) kirjoittaja ei ota kantaa erotteluun ja käyttää käsitteitä implisiittisesti joko toistensa synonyymeinä tai kuvaamaan markkinavoiman aste-eroja;[41]

---

[37] Vrt. toisaalta Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 17–19, jotka asiallisesti rinnastavat markkinavoiman ja RS 82 artiklassa tarkoitetun määräävän aseman. Kirjoittajien mukaan ero markkinavoiman ja määräävän aseman välillä ilmenee ennemminkin määrittelytavassa. Markkinavoima on behavioristinen konsepti, jossa huomio kiinnitetään yrityksen kykyyn nostaa hinta rajakustannusten yläpuolelle. EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan määräävä asema määritellään rakenteellisten tekijöiden perusteella, jolloin keskeinen merkitys on relevanttien markkinoiden määrittelyllä. Rinnastusta ei voida pitää täysin onnistuneena, etenkään kun kirjoittajat määrittelevät markkinavoiman poikkeamana täydellisen kilpailun tilanteesta. Täydellisen kilpailun ja määräävän aseman väliin jää suurehko alue, jolla yrityksillä on markkinavoimaa, mutta vielä ei selvästikään voida puhua määräävästä asemasta.

[38] Ks. esim. tapausta *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 207.

[39] Ks. esim. Krattenmaker/Lande/Salop (1987) s. 174.

[40] Ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 22.

[41] Ks. esim. Baldwin, Market Power, Competition and Antitrust Policy (1987), johdanto, s. v: "This book focuses on market power – the ability of business firms to exercise monopolistic control over the prices of their products and to restrict entry into their markets." Ks. toisaalta Baldwin s. 54, jossa otsikon "Monopoly and Power" alla käsitellään markkinavoiman kannalta keskeisiä kysymyksiä. Kirjassa käytetään myös laajempaa ilmaisua "economic power"; ks. s. 52 ss. Ks. myös P. Virtanen (2001) s. 146–150.

2) kirjoittaja käsittelee termejä markkinavoima ja määräävä markkina-asema/ monopolivoima tietoisesti toistensa vastikkeina ilmaisten, ettei erottelua käytetä kuvaamaan aste-eroja;[42]
3) kirjoittaja tekee nimenomaisen eron käsitteiden välillä, jolloin markkinavoima kuvaa vähäisempää ja määräävä markkina-asema tai monopolivoima huomattavampaa yrityksen markkinoilla hallussaan pitämän taloudellisen vallan astetta.[43]

Tutkimuksen alussa suoritetussa kartoituksessa ei löytynyt mitään selkeää logiikkaa siinä, mitkä tekijät ovat vaikuttaneet kunkin tutkijan valintaan.[44] Markkinavoiman käsitettä lähestytään kilpailuoikeutta käsittelevässä oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa varsin yleisesti siten, että tutkija antaa yhden määritelmän ja jättää vaihtoehtoiset määrittelytavat tutkimuksen ulkopuolelle.[45] Mitä suppeampi määritelmä annetaan, sen paremmin tutkimuskohde lienee hallittavissa ja sitä syvemmälle pistekohtaisella tarkastelulla on mahdollista päästä. Mitä laajempi määritelmä omaksutaan, sitä paremmat toiveet on hallita kokonaisuuksia ja valottaa ilmiötä realistisesti.

---

[42] Ks. esim. Krattenmaker/Lande/Salop (1987) s. 179, jotka katsovat, että markkinavoima ja monopolivoima ovat sama asia. Kirjoittajien mielestä markkinavoimaa on kahta lajia, joita voidaan kuvata määreillä kyky nostaa hintoja ja kyky sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle: "We believe that antitrust law should dispense with the idea that market power and monopoly power are different concepts. Rather, courts should focus on distinguishing clearly between two alternative and independent methods of achieving corporate economic power. These two alternative routes roughly correspond to the twing prongs of the du Pont formulation, achieving supracompetitive prices by exercising either the power to control prices or the power to exclude competition. Proof of either element should suffice when market power or monopoly power is required." Alaviite poistettu. Ks. myös Utton (1995) s. 10: "By 'market dominance' we mean the ability of a firm or group of firms persistently to hold price above long-run average costs without thereby losing so many sales that the price level is unsustainable. We have deliberately used the term 'market dominance' rather than the more frequent 'market power' in order to emphasize the central role played in many markets by one or few large firms. The terms can, however, be used interchangeably." Carlton ja Perloff (2000) toteavat, että "[t]he terms monopoly power and market power typically are used interchangeably to set price above competitive level (marginal cost); that is, the Lerner Index is positive." Ks. myös Scherer/Ross (1990) s. 17. Ks. niinikään Fishwick (1993) s. 63, otsikko "Definition of Dominance or Market Power".

[43] Ks. esim. Landes/Posner (1981) s. 937: "Market power is a key concept in antitrust law. A finding of monopolization in violation of section 2 of the the Sherman Act requires an initial determination that the defendant has monopoly power – a high degree of market power. A lesser but still significant market power requirement is imposed in attempted-monopolization cases under section 2." Ks. toisaalta Posner (2001) s. 194–196. Ks. myös esim. Werden (1998) s. 372–373; Bishop/Walker (1999) s. 12; Faull/Nikpay (1999) s. 52; Timonen (1997) s. 218; Kuoppamäki (2000) s. 142–147.

[44] Voidaan kuitenkin todeta, että erityisesti neoklassisesti suuntautuneessa kirjallisuudessa markkinavoimaa ja määräävää asemaa pidetään pitkälti samana asiana.

[45] Tämä voi johtua esim. koulukuntasidonnaisista valinnoista.

Kilpailuoikeudellinen tutkimus edellyttää pureutumista juridisten konstruktioiden taustalla oleviin taloudellisiin kysymyksiin. Tämän tutkimuksen tarkoituksena on koota, hahmottaa ja työstää vallitsevia näkökohtia siten, että ne luovat pohja-aineistoa markkinavoiman kilpailuoikeudelliselle sääntelylle.[46] Kysymys kuuluu, onko markkinavoiman ja määräävän markkina-aseman ilmiöiden välillä ero ja miten tuo ero ilmentyy kilpailuoikeudessa. Jos eroa ja kriteerejä käsitteiden välillä löydetään, mahdollistaa se pelkästään markkinavoimaa ilmentävien kriteerien rajaamisen määräävän markkina-aseman käsitteen ulkopuolelle.[47] Tutkimuksen rajaaminen määräävään markkina-asemaan vaikutti epätarkoituksenmukaiselta, koska kirjallisuuden perusteella ei ole löydettävissä mitään yhtä, vakiintunutta erottelutapaa määräävän markkina-aseman ja markkinavoiman välillä.[48] Koska tutkimuksessa halutaan tarkastella paitsi yhden yrityksen yksipuolista markkinavoimaa, myös useamman yrityksen kollektiivista markkinavoimaa, vaikuttaa liikkeelle lähtö markkinavoiman käsitteestä perustellulta.

Käytettävä terminologia lienee viime kädessä sopimuksenvarainen asia silloin kun käsitteiden tarkka merkityssisältö ei ole vakiintunut. Tässä tutkimuksessa käytetään kolmatta määrittelyvaihtoehtoa: Yrityksellä on markkinavoimaa sen pystyessä vaikuttamaan hyödykkeistään perimään hintaan tai sulkemaan kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Markkinavoimasta voidaan puhua kilpailun ollessa monopolistista tai oligopolistista. Määräävä markkina-asema (monopolivoima) voidaan määritellä huomattavaksi markkinavoiman asteeksi, jonka vallitessa yritys pystyy ohjaamaan muiden yritysten tuotantomääriä ja/tai vaikuttamaan relevanteilla markkinoilla vallitsevaan hintatasoon.

Tutkimuksessa määräävän aseman käsitettä pyritään lähestymään pilkkomalla käsite osiin tutkimuksen teoreettisessa osassa. Määräävää markkina-asemaa tarkastellaan erikseen hinnoittelun, markkinoiden rakenteen, strategisen käyttäytymisen ja riippuvuussuhteen kannalta. Jokainen neljästä näkökulmasta ilmentää markkinavoimaa. Kuitenkin vasta koottaessa palaset yhteen saadaan riittävän monipuolinen, eklektinen määräävän markkina-aseman käsite. Markkinavoimaa käytetään tavallaan apukäsitteenä, jonka avulla päästään tarkastelemaan määräävän aseman ainesosia. Tutkimuksellisena strategiana on

---

[46] Tästä syystä katson, että tutkimuksen (talous)teoreettinen osa on samalla kilpailuoikeudellisessa mielessä lainopillinen. Esimerkiksi relevanttien markkinoiden määrittäminen edellyttää taloudellista tarkastelua. Samalla kyse on kilpailuoikeudellisesta työvaiheesta, sillä laki edellyttää markkinamäärittelyä markkinavoiman todentamisen esikysymyksenä.

[47] Tästä olisi kiistatonta etua määräävän markkina-aseman sääntelystä käytännön kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Toisaalta käsite-erottelu antaisi mahdollisesti myös apuvälineitä sen selvittämiseen, mitä ovat relevantit erot yrityskauppavalvonnassa yhtäältä määräävän markkina-aseman ja toisaalta sellaisen määräävän markkina-aseman välillä, joka merkittävästi estää kilpailua.

[48] Osa epäselvyydestä aiheutuu siitä, ettei pidetä riittävän tarkasti erillään, mitä ja missä kontekstissa esitettyä markkinavoiman määritelmää kulloinkin käytetään.

siten määräävän aseman ainesosien tarkastelu erillään toisistaan ja uudelleen kokoaminen. Tämän jälkeen releventeiksi havaittuja osatekijöitä tarkastellaan tutkimuksen lainopillisessa osassa.

Seuraavassa käsitellään ensin vaihtoehtoisia tapoja mitata markkinavoimaa. Tämän jälkeen tarkastelun kohteeksi otetaan määräävän markkina-aseman käsite. Tämän jälkeen tarkastellaan erillisenä kokonaisuutena kollektiivisen markkinavoiman tilanteita. Lopuksi palaset kootaan yhteen.

1.5 VAIHTOEHTOISIA TAPOJA MÄÄRITELLÄ MARKKINAVOIMA

1.5.1 Mahdollisuus hinnoitella rajakustannusten yläpuolelle

Neoklassisessa taloustieteessä ja erityisesti hintateoriassa markkinavoima määritellään yleensä täydellisestä kilpailusta eroavaksi markkinatilanteeksi. Täydellisen kilpailun vallitessa samanlaista tuotetta myyvät yritykset eivät voi vaikuttaa tuotteen markkinahintaan. Vapaa markkinoille pääsy turvaa sen, että yritykset voivat myydä hintaan, joka juuri kattaa keskimääräiset kustannukset. Mahdollisuus ylihinnoitteluun on korkeintaan tilapäistä, sillä keskimääräistä suuremmat voitto-odotukset lisäävät tarjontaa, kunnes tasapaino on jälleen saavutettu.[49] Yrityksillä on markkinavoimaa, mikäli ne voivat irtautua täydellisen kilpailun tilanteesta ja hinnoitella yli rajakustannusten. Mitä enemmän hinnat ylittävät rajakustannukset, sitä enemmän markkinavoimaa on. Samaa määritelmää on käytetty myös määräävän aseman lähtökohtana.

Markkinavoiman teoreettisena alarajana voidaankin pitää poikkeamaa täydellisen kilpailun tilanteesta, jossa mikään yritys ei voi periä ylihintaa eikä saavuttaa normaalin voittotason ylittävää tulosta. Lähdettäessä liikkeelle täydellisestä kilpailusta lähes kaikilla yrityksillä on jonkin verran markkinavoimaa.[50]

---

[49] Täydellisen kilpailun tasapainomallissa hinta määräytyy kysynnän ja tarjonnan mukaan. Kysynnän kasvu nostaa hintatasoa, kunnes kasvava tarjonta vastaa taas kysynnän määrää. Näin markkinat saavuttavat uudelleen tasapainotilan uudella kysynnän tasolla.

[50] Werden määrittelee markkinavoiman seuraavasti: "The competitive firm is the benchmark used by economists to define market power. A firm lacks market power if it faces an infinitely elastic demand curve, and a firm possesses market power if it faces a downward sloping demand curve. An essentially equivalent definition is that a firm possesses market power if its profit-maximizing price is above the competitive level. ... The economic definition of market power means, of course, that the possession of market power is the rule rather than the exception; the vast majority of firms have at least a little market power. In particular, every seller of a product that is differentiated with respect to any relevant dimension almost certainly has some market power. This includes, for example, the corner convenience store, which is spatially differentiated from rivals. Even if rivals are only a few blocks away, a small increase in price above the competitive level would not be likely to induce all customers to go elsewhere." Ks. Werden (1998) s. 370–371.

Differentoitujen hyödykkeiden valmistajat voivat yleensä korottaa hintojaan ainakin hieman, ilman että merkittävä osa asiakkaista vaihtaa toimittajaa. Hetkellistä "ylihinnoittelua" ei voida pitää mitenkään välttämättä vahingollisena, sillä juuri tavanomaista suurempien voittojen mahdollisuus houkuttelee yrittäjäriskin ottamiseen ja uusien toimintamallien etsimiseen. Kilpailuprosessin toimiessa hintojen korottaminen johtaa ennen pitkää uusien yrittäjien tuloon markkinoille. Markkinat oikaisevat itse tilanteen ja markkinavoima jää väliaikaiseksi.[51] Kilpailuviranomaisten toimenpiteistä aiheutuvat kustannukset todennäköisesti ylittäisivät saavutettavissa olevat hyödyt. *Kilpailupoliittisesti ongelmallista on vasta huomattava tai pitkäaikainen*[52] *markkinavoima.* Markkinavoiman pitkäikäisyys edellyttää, että yritys voi pitää kilpailijat markkinoiden ulkopuolella tai että muut tekijät rajoittavat uusien yrittäjien pääsyä markkinoille.[53] Mitä enemmän kynnystä nostetaan tai tarkasteluväliä pidennetään, sitä merkittävämmäksi markkinavoima muodostuu ja sitä lähemmäksi se asettuu määräävän aseman käsitettä.[54]

Tyypillisen esimerkin modernista neoklassisesta määritelmästä tarjoaa *Bishopin ja Walkerin* määritelmä,[55] jossa markkinavoima määritellään yrityksen tai tiettyjen yritysten muodostaman ryhmän kyvyksi nostaa hinta tuotantoa rajoittamalla kilpailullisen tason yläpuolelle ja näin menetellen saada itselleen hinnankorotuksesta aiheutuva voitto.[56] Bishopin ja Walkerin markkinavoiman määritelmä pitää sisällään kolme tärkeää tunnusmerkistön osaa:

1) markkinavoiman hyväksikäyttö edellyttää, että yritykset rajoittavat tuotantoaan;
2) hintojen korottamisen täytyy parantaa yritysten kannattavuutta; ja
3) markkinavoimaa hyödynnettäessä ja arvioitaessa vertailukohtana on kilpailullisilla markkinoilla saavutettavissa oleva hinta.

---

[51] Valmistajat joutuvat ottamaan aktuaalisen kilpailun ohella huomioon myös potentiaalisen kilpailun.

[52] Lyhyt aikaväli vaihtuu pitkäksi siinä vaiheessa, kun yrityksen kiinteät kustannukset muuttuvat muuttuviksi kustannuksiksi, eli sellaisiksi, joihin yritys itse voi toiminnallaan vaikuttaa. Ks. Werden (1998) s. 372–373.

[53] Ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 86.

[54] Markkinavoima voidaan erottaa määräävästä asemasta tai *monopolivoimasta*, jolla tarkoitetaan *huomattavaa markkinavoiman astetta.* Yhdysvaltalainen termi monopolivoima vastaa lähinnä eurooppalaista määräävän markkina-aseman käsitettä. Monopolivoiman käsitettä on käytetty erityisesti Sherman Actin 2 artiklan perusteella ratkaistuissa monopolisoimistapauksissa. Mahdollisesti monopolivoiman kynnys on korkeammalla kuin esim. 82 artiklan määräävän markkina-aseman kynnys. Yksityiskohtaisen vastauksen antaminen on kuitenkin vaikeata ottaen huomioon lain säännöksissä olevat erot ja toisaalta poikkeamat eri soveltamistilanteiden välillä.

[55] Ks. Bishop/Walker (1999) s. 27.

[56] Ibid: "Market power is defined as the ability of a firm or group of firms to raise price, through the restriction of output, above the level that would prevail under competitive conditions and thereby to enjoy increased profits from the action."

Tunnusmerkistön ensimmäisen osan taustalla on hintateorian perusväittämä, jonka mukaan hyödykkeen hinta nousee markkinoilla tarjolla olevan kyseisen hyödykkeen määrän laskiessa.[57] Näin ollen tiettyjä poikkeustilanteita lukuun ottamatta[58] yritys voi nostattaa hintatasoa ylöspäin ainoastaan vähentämällä markkinoille tulevien hyödykkeiden määrää. Yrityksen pitää pystyä vaikuttamaan markkinoille tulevien hyödykkeiden määrään joko omin toimenpitein tai ohjaamalla muiden käyttäytymistä joko yksin tai yhdessä muiden kanssa. Myös toinen kriteeri vaikuttaa suhteellisen ongelmattomalta. Hinnankorotus on yritykselle kannattava ainoastaan, mikäli kysyntä on epäelastista eli kauppakumppanit eivät voi jättää hyödykettä kokonaan ostamatta tai siirtyä korvaaviin hyödykkeisiin. Mikäli suhteellisesti suurempi osa asiakkaista vaihtaa toimittajaa kuin mitä hintojenkorotus tuo lisää rahaa yrityksen kassaan, kysyntä on epäelastista. Vaikka jokaisella yrityksellä juridisesti on oikeus päättää hinnoistaan, taloudellinen markkinavoiman käsite edellyttää sitä, että hinnankorotus on yritykselle itselleen kannattava. Määrittelyn ongelmallinen puoli liittyy lähinnä siihen, mitä hyödykkeitä tarkastellaan ja millä aikavälillä tarkastelu suoritetaan. Usein yritys valmistaa suurempaa joukkoa toisiaan epätäydellisesti korvaavia hyödykkeitä, joiden kysyntä on sidoksissa toisiinsa. Tunnusmerkistön viimeinen osa vaikuttaa ongelmallisimmalta. Ottaen huomioon, että useimmat markkinat eivät ole täydellisesti kilpailtuja, herää kysymys, miten vertailuhinta löydetään. Yleensä ei myöskään tarkastella pelkästään hetkellistä tilannetta, vaan ylihinnoittelun täytyy jatkua pidemmän aikaa (significant period of time). Tällöin tosin herää kysymys, kuinka kauan "pidemmän aikaa" kestää.

1.5.2 Markkinavoima markkinoiden rakenteen kannalta

Markkinoiden rakenteen kannalta markkinavoimaa voidaan tarkastella asteikolla täydellinen kilpailu, epätäydellinen kilpailu, oligopoli, määräävä markkina-asema ja monopoli. Yleensä yrityksellä on sitä enemmän markkinavoimaa, mitä keskittyneempi markkinarakenne on. Markkinoiden toimivuutta ei voida arvioida pelkän yritysten lukumäärän perusteella, vaan huomioon on otettava kaikki SCP-malliin vaikuttavat tekijät. *Määräävän aseman* vallitessa markkinarakenne on voimakkaan *epäsymmetrinen* johtavan yrityksen hyväksi. Sen sijaan *oligopolissa* huomattava markkinavoima perustuu *symmetriaan ja yhdenmukaiseen käyttäytymiseen suurimpien yritysten kesken.* Oligopolissa yri-

---

[57] Ks. Bishop/Walker (1999) s. 28.

[58] Ehkä merkittävimmän poikkeuksen muodostavat erilaiset verkostohyödykkeet, joiden arvo edellyttää sitä, että hyödyke on järkevän yhteiskäytön edellyttämällä joukolla kuluttajia (esim. puhelin tai sähköposti). Maan ainoan telefax-laitteen omistajalla ei ole siitä sanottavaa hyötyä maan rajojen sisäpuolella. Toisaalta sen jälkeen, kun kriittinen massa on saavutettu, hyödykkeen yli- tai alitarjonta näyttäisi vastaavan normaaleja kysynnän ja tarjonnan lakeja.

tyksillä on yksinään vain hieman markkinavoimaa suhteessa asiakkaisiinsa. Yritykset voivat valita erilaisten kilpailustrategioiden välillä. Yksittäisillä yrityksillä ei ole kuitenkaan yksin mahdollisuutta nostaa hintojaan kilpailullisen tason yläpuolelle. Huomattavaa markkinavoimaa voidaan saavuttaa ainoastaan kollektiivisesti joko nimenomaisen kartellin tai hiljaisen kolluusion avulla.

1.5.3 Mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle

Kolmas tapa mitata markkinavoimaa perustuu sen selvittämiselle, voiko yritys omin toimenpitein estää kilpailijoidensa pääsyä markkinoille. Yrityksellä on markkinavoimaa, mikäli se voi asettaa asiakkailleen epäedullisia ehtoja tai estää kilpailijoiden markkinoille pääsyn. Kiinnitettäessä päähuomio *haitalliseen markkinakäyttäytymiseen* voidaan siivilöidä esille ne tapaukset, joissa yrityksellä on vahingollista markkinavoimaa. Jos esimerkiksi yritys voi kustannusetunsa turvin myydä kilpailijoitaan halvemmalla ja "estää" tällä tavoin näitä pääsemästä markkinoille, tilannetta voidaan teknisesti ottaen pitää markkinavoimana. Käytännön kilpailupolitiikan kannalta näin laaja markkinavoiman määritelmä on hyödytön, sillä tavoitteena ei ole puuttua kaikkeen, vaan ainoastaan haitalliseen markkinavoimaan. Voidaan myös perustella näkemystä, jonka mukaan yritysten käyttäytymisen tarkastelu tarjoaa rakennetestiä luotettavamman lähtökohdan markkinavoiman tarkastelulle.[59]

1.5.4 Riippuvuussuhteen merkitys

Markkinavoiman yksi ilmentymä on kauppakumppaneiden riippuvuus, joka ilmenee todellisten vaihtoehtojen puuttumisena. Markkinavoimainen yritys voi korottaa hintaansa asiakkaalle, koska asiakas syystä tai toisesta ei voi turvautua korvaaviin hyödykkeisiin. Käänteisesti markkinavoimainen ostaja voi maksaa hyödykkeestä vähemmän ilman että riippuvainen ostaja voisi tarjota sitä toiselle ostajalle. Mikäli tietty yritys hallitsee markkinoita, asiakkaat ovat enemmän tai vähemmän riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä. Merkittävä horisontaalinen markkinavoima pitää siten yleensä sisällään myös vertikaalisen markkinavoiman. Sitä vastoin vertikaalinen markkinavoima ei edellytä, että liikesuhdetta dominoiva osapuoli, esimerkiksi alihankkijoitaan hallitseva kauppaketju tai autonvalmistaja samalla hallitsisi horisontaalisella tasolla lopputuotteiden (päivittäistavaratuotteet tai tietyn kokoluokan ajoneuvot) markkinoita.

---

[59] Tälle kannalle on asettunut esim. Gyselen (1989). Fishwickin mukaan markkinakäyttäytymisen merkitystä korostava kanta on vallalla erityisesti ranskalaisessa kirjallisuudessa. Ks. Fishwick (1993) s. 65–67.

2. Määräävän markkina-aseman teoreettista tarkastelua

2.1 EKLEKTINEN LÄHESTYMISTAPA MÄÄRÄÄVÄÄN ASEMAAN

Määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan markkinatilannetta, jossa yksi suurehko yritys tai yhteenliittymä hallitsee markkinoita. Määräävä markkina-asema voidaan määritellä huomattavaksi markkinavoiman asteeksi,[60] jonka turvin yritys hallitsee relevantteja markkinoita mutta joutuu toiminnassaan kuitenkin ottamaan huomioon pienempien kilpailijoiden mahdolliset vastareaktiot. Määräävässä asemassa olevan yrityksen näkökulmasta markkinavoima käsitteenä pitää sisällään kaksi elementtiä: a) riippumattomuuden muista markkinatoimijoista ja b) mahdollisuuden vaikuttaa omin toimenpitein markkinoiden toimintaan. Markkinavastapuolen kannalta määräävä asema ilmenee c) vaihtoehtojen puutteesta aiheutuvana kauppakumppanien riippuvuutena markkinavoimaisesta yrityksestä sekä d) kilpailijoiden haavoittuvuutena markkinavoimaisen yrityksen toimenpiteille. Eklektisessä tarkastelussa tutkitaan rinnan eri lähestymistapoja.

Määräävä markkina-asema eroaa sitä vähäisemmästä markkinavoiman asteesta siinä, että yrityksellä on termin laajassa merkityksessä markkinavoimaa aina, kun tietyssä relaatiossa kahden markkinatoimijan välillä ilmentyy yksikin edellä käsitellyistä neljästä elementistä eli riippumattomuus, vaikutusmahdollisuus, asiakkaiden riippuvuus tai kilpailijoiden haavoittuvuus. Markkinavoima voi olla relatiivista ja ohimenevää. Esimerkiksi tietty asiakas voi olla riippuvainen tietystä toimittajasta esimerkiksi siitä syystä, että asiakas on investoinut huomattavasti liikesuhteisiin juuri kyseisen liikekumppanin kanssa.[61] Liike-

---

[60] Käytännössä useimmilla yrityksillä on jonkin verran markkinavoimaa, ainakin jos vertailukohdaksi otetaan täydellinen kilpailu ja hinnoittelu marginaalikustannuksin. Yrityksellä voi tilapäisesti olla markkinavoimaa, jos esimerkiksi sen valmistamasta hyödykkeestä on tilapäisesti pulaa. Asiakkaat joutuvat tällöin maksamaan korkeampaa hintaa, kunnes lisääntyvä tarjonta taas laskee hintoja. Tällöin kyse on normaalin suhdannevaihtelun puitteissa syntyvistä myyjän tai ostajan markkinoista, ei määräävästä markkina-asemasta.

[61] Esimerkiksi uuden auton ostaja voi olla riippuvainen juuri kyseisen automerkin merkkihuollosta, jos huollattaminen muilla korjaamoilla ei ole mahdollista. Riippuvuus on itse aiheutettua eli seurausta asiakkaan suorittamasta automerkin valinnasta. Riippuvuus ei ole ollut olemassa ex ante, mistä voitaisiin puhua jos asiakas olisi voinut ostaa vain tietyn auton, vaan on syntynyt ex post tehdyn investoinnin seurauksena. Asiakas voi olla käytännössä riippuvainen merkkikorjaamosta joutumalla maksamaan pyydetyn ylihinnan. Riippuvuus on kuitenkin tilapäistä, sillä asiakas vapautuu siitä vaihtamalla automerkkiä. Huoltopalvelujen kohtuuton hinnoittelu voisi vaikuttaa myös siten, että asiakkaat jo ennakolta ryhtyvät välttämään tiettyä automerkkiä. Se käykö näin todellisuudessa, riippuu mm. asiakkaiden saatavilla olevasta informaatiosta. Ks. esim. Shapiro (1995).

elämä synnyttää jatkuvasti uusia riippuvuussuhteita yritysten ja asiakkaiden välillä ja purkaa samalla olemassa olevia käyttäytymisen rajoitteita. Se, onko kyse määräävän markkina-aseman asteen saavuttavasta riippuvuudesta, määräytyy ennen muuta riippuvuuden yleisyyden, voimakkuuden ja keston perusteella. Määräävän markkina-aseman käsillä olo edellyttää, että kyse on yleisestä ja suhteellisen pysyvästä, joskaan ei tietenkään muuttumattomasta, epäsymmetrisyydestä markkinaosapuolten välillä.

Kannanotot tarpeeseen säännellä määräävää asemaa kilpailuviranomaisten toimesta vaihtelevat yleensä sen mukaan, kuinka hyvin markkinoiden itsensä voidaan olettaa purkavan valtakeskittymiä. Määräävä asema antaa yritykselle mahdollisuuden sanella yksipuolisesti kauppaehtoja. Toisaalta jos määräävän aseman taustalla oleva kilpailuetu poistuu, valta-asema markkinoilla rapautuu. Määräävää asemaa voidaan kuitenkin puolustaa markkinoiden sisäisin ja ulkoisin keinoin. Aina puolustautuminen ei onnistu. Hallitseva yritys voi yliarvioida asemansa ja siten edesauttaa tai nopeuttaa nauttimansa kilpailuedun menettämistä. Toisaalta asiakkaiden ja kilpailijoiden vaihtoehdot ja reagointimahdollisuudet ovat rajalliset, ja määräävässä asemassa oleva yritys voi niitä toiminnallaan entisestään kaventaa. Määräävässä asemassa olevan ja sen pienempien kilpailijoiden kustannusrakenteesta voi riippua, mihin suuntaan markkinat tendenssinomaisesti kehittyvät. Kustannusten ollessa samalla tasolla sekä määräävässä asemassa oleva yritys että pienemmät kilpailijat voivat dominanssin heittämän varjon[62] turvin nauttia ylisuurista voitoista. Määräävässä asemassa oleva yritys voi asettaa hintansa siten, että pienemmät yritykset säilyvät markkinoilla ja se itse saavuttaa kyseisessä tilanteessa optimaalisen monopolihyödyn.[63] Mikäli määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on olennainen kustannusetu puolellaan, voi se vallata markkinat kokonaan itselleen.[64] Toisaalta markkinoiden täydellinen monopolisoiminen ei välttämättä ole kannattavaa, koska monopolin mahdollistamat ylisuuret voitot mahdollisesti houkuttelevat kokonaan uusia yrittäjiä alalle. Keskeinen merkitys on myös alalletulon mahdollisuuksilla[65] ja todennäköisyydellä sekä määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisilla vastatoimilla.[66] Määräävän markkina-aseman ilmiön haas-

---

[62] Franz Böhm käyttää tässä yhteydessä termiä "Monopolschatten", monopolin varjo, joka kuvaa sitä, että määräävä markkina-asema voi olla myös pienempien kilpailijoiden edun mukaista, sillä markkinoiden keskittyminen mahdollistaa myös niille kilpailullisen hintatason ylittävän hinnoittelun. Böhm (1933) s. George Stigler käytti 30 vuotta myöhemmin samasta ilmiöstä termiä "Monopoly Umbrella".

[63] Ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 158–166; Virtanen (1998) s. 31–33. Sen sijaan ns. Stackelbergin duopolimallin soveltuminen määräävän markkina-aseman mallintamiseen on epävarmempaa; ks. Virtanen s. 33–34.

[64] Ks. esim. Carlton/Perloff s. 166.

[65] Ks. esim. Carlton/Perloff s. 166–169.

[66] Ks. esim. Salop/Scheffman, Raising Rivals' Costs (1983).

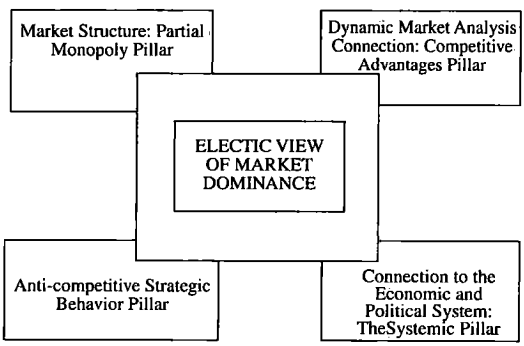
tavuus liittyy yritysten käyttäytymisen arvioinnin osalta siihen, että määräävä markkina-asema on yhtäältä lähellä monopolia mutta pitää toisaalta sisällään oligopolikäyttäytymisen dynamiikkaa.

2.2 M. VIRTASEN EKLEKTINEN TEORIA

Kotimaisesta kirjallisuudesta on syytä mainita erityisesti *M. Virtasen* väitöskirja, jossa varsin ansiokkaasti selvitetään määräävää markkina-asemaa taloudellisena ilmiönä. Martti Virtanen jakaa määräävää asemaa koskevan tarkastelun neljään toisiaan täydentävään pilariin:[67]

1) markkinarakenteen tarkastelu (SCP-malli)[68]
2) kilpailuedun elinkaaren arviointi (määräävän aseman rapautuminen)[69]
3) strateginen käyttäytyminen (kilpailijoiden poissulkeminen)[70] ja
4) määräävä asema systemaattisena ilmiönä (taloudellinen valta).[71]

M. Virtasen mukaan määräävän markkina-aseman selittäminen ilmiönä edellyttää, että huomiota kiinnitetään kaikkiin neljään elementtiin eikä vain johonkin niistä.[72] M. Virtasen eklektinen teoria pyrkii muodostamaan synteesin varsin erilaisista kilpailuteoreettisista suuntauksista, joiden välillä vallitsee näkemyseroja kilpailun luonteen, ilmentymistapojen ja ideaalisten vaikutusten suhteen. M. Virtanen toteaa, että eklektisessä teoriassa kompromissia kilpailun staattisten ja dynaamisten näkökohtien välillä haetaan laajemmassa systeemisessä kontekstissa.[73] Kuviona se esitetään seuraavassa muodossa:



---

67 M. Virtanen (1998); ks. erityisesti kuviota sivulla 310.
68 Ks. M. Virtanen (1998) s. 17–48.
69 M. Virtanen (1998) s. 101–126.
70 M. Virtanen (1998) s. 127–180.
71 M. Virtanen (1998) s. 49–101.
72 M. Virtanen (1998) s. 307 ss.
73 M. Virtanen (1998) s. 310.

Markkinarakenteen tarkastelu (SCP-malli) muodostaa modernin kilpailuajattelun perustan. Jokaisen kilpailutapauksen ensimmäisen vaiheen muodostaa relevanttien markkinoiden määrittely, joskaan käytännön tilanteissa erottelu markkinoiden määrittelyvaiheen, määräävän aseman todentamisen ja väärinkäytön välillä ei aina ole selvä.[74] M. Virtanen määrittelee rakenteellisessa tarkastelussa määräävän aseman tilanteeksi, jossa yhdellä toimijalla on niin vahva kontrolli markkinoista, että tilanne lähestyy monopolia. Vaikkei määräävässä asemassa oleva voi saavuttaa aivan yhtä korkeaa hintatasoa kuin monopoliyritys, monopolissa saavutettavan markkinatasapainon yleiset edellytykset (MR = MC, MC < P) täyttyvät.[75] Laajemmin määriteltynä määräävä asema sijoittuu yleisemmin monopolin ja oligopolin välimaastoon. Tältä kannalta määräävä asema sisältää elementtejä sekä monopoli- että oligopoliteoriasta.[76] *Yksi yritys*[77] kontrolloi markkinoita. Markkinarakenne muovautuu kysyntä- ja tarjontapuolen perusolosuhteiden (basic conditions) perusteella. Vaikuttavia seikkoja ovat mm. mittakaava- ja synergiaedut, oppimiskäyrävaikutukset ja merkkiuskollisuus. Määräävän aseman leimaamilla markkinoilla perusolosuhteet yhdistettynä epäsymmetriseen markkinarakenteeseen saavat aikaan sen, että yksi yritys korjaa suurimman hyödyn.[78] Yritys asettaa hintansa tasolle, jossa rajakustannukset vastaavat rajahyötyjä. Yritys hinnoittelee yli rajakustannusten.[79] Koska markkinoilla toimii kuitenkin enemmän kuin yksi yritys, markkinat ovat varsinaista monopolitilannetta dynaamisemmat.[80] Oligopolia koskeva teoreettinen aines puuttuu usein perinteisestä tarkastelusta, jossa määräävää asemaa tarkastellaan ainoastaan monopoliteorian avulla.[81] Toisin kuin monopolissa, yritys ei kuitenkaan toimi yksin relevanteilla hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla, vaan sillä on joukko pienempiä kilpailijoita.[82] Määräävä asema voidaankin nähdä täydellisen monopolin edellytysten väljennyksenä.[83] Hintojen noustessa kilpailullisen tason yläpuolelle monopolihyödykettä tuotetaan epäoptimaalisen vähän ja osa potentiaalisesta kysynnästä jää tyydyttämättä. Määräävässä ase-

---

[74] M. Virtanen (1998) s. 311.
[75] M. Virtanen (1997) s. 315.
[76] Ibid.
[77] Tästä näkökulmasta on ymmärrettävää, ettei M. Virtanen sisällytä malliinsa yhteisen tai jaetun määräävän aseman käsitettä, joka ymmärretään "kartelliteorian laajennukseksi". Ks. M. Virtanen (1998) s. 321–322.
[78] Ks. M. Virtanen s. 315.
[79] M. Virtanen (1998) s. 315.
[80] Määräävä markkina-asema on siten sekoitus monopolin ja oligopolin elementtejä. Ks. M. Virtanen (1998) s. 46.
[81] Ibid.
[82] Monopoli voidaan määritellä tietyillä relevanteilla markkinoilla toimivaksi yritykseksi, joka tuottaa ainoana yrityksenä tiettyä hyödykettä, jolle ei ole riittävän läheisiä korvaavia hyödykkeitä. Luonnollisesti monopolisti on määräävässä markkina-asemassa, mutta määräävästä asemasta puhutaan jo monopolikynnyksen alapuolella.
[83] Ks. M. Virtanen (1998) s. 315.

massa oleva yritys voi nostaa hintansa rajakustannusten yläpuolelle ja saavuttaa monopolivoittoja. Se ei ole kuitenkaan markkinoilla yksin, joten sen tulee ottaa huomioon pienempien kilpailijoiden reaktiot. *M. Virtanen* toteaa, että rakenteelliseen tarkasteluun liittyvistä puutteista johtuen monet eturivin ekonomistit ovat korvanneet markkinamäärittelyyn perustuvan tavan määritellä määräävä asema määritelmällä, jossa korostetaan yrityksen kykyä nostaa hinnat pidemmäksi aikaa kilpailullisen tason yläpuolelle.[84]Yrityksen hinnoitteluun perustuvia määrittelytapoja ei tutkimuksessa yksityiskohtaisemmin käsitellä.[85]

Toisen pilarin muodostaa määräävän aseman tarkastelu dynaamiseen markkinaprosessiin liittyvän *kilpailuetutarkastelun* mukaan. Markkinarakennetta koskeva staattinen tarkastelu asetetaan vastakkain *dynaamisen kilpailuedun säilymistä* koskevan tarkastelun kanssa. Määräävä asema perustuu lähes aina kilpailueduille, esimerkiksi patentille, tuotemerkille, informaatiolle, yhteistyösopimuksille, asiakasuskollisuudelle tai huippuunsa trimmatulle jakeluverkostolle, jonka turvin tietty yritys kasvaa kilpailijoitaan suuremmaksi. Niitä tilanteita lukuun ottamatta, joissa määräävä asema perustuu julkisen vallan myöntämälle yksinoikeudelle, määräävän aseman alkuperäisen syntymisen taustalta löytynee voittopuolisesti juuri suurempaan tehokkuuteen liittyviä selitysmalleja.[86] Kilpailuedut eivät ole pysyviä, vaan tietty etu saavutetaan, hyödynnetään ja menetetään. Kilpailuedun ollessa voimakkaimmillaan saavutetaan suvantovaihe ("lull"), jossa määräävässä asemassa oleva yritys on niin paljon edellä muita, että se voi vetää henkeä. Tämä vaihe päättyy, kun yritys saa vakavasti otettavan haastajan.[87] Kilpailijoiden jatkuvana pyrkimyksenä on neutralisoida markkinajohtajan kilpailuetu joko imitoimalla pioneeriyritystä tai kehittämällä omia vaihtoehtoja, jotka nostavat teknisen kehityksen seuraavalle portaalle. Kilpailuedun elinkaaren kannalta tarkasteltuna määräävä asema ei ole koskaan pysyvä ilmiö, vaan rapautuu aikaa myöten. Määräävän aseman yhteydessä kilpailuetua tulee tarkastella neljältä eri kannalta: 1) kilpailuedun merkittävyys, 2) kilpailuedun ylläpitäminen ja 3) kilpailuedun vaikutuspiirissä olevien kilpailijoiden ja 4) kauppakumppaneiden joukko.[88] Kilpailuedun merkittävyyttä voidaan arvioida sen perusteella, miten kauppakumppanit reagoivat liikesuhteen ehtojen muutokseen. Mikäli muutos on selvästi epäedullinen, mutta kauppakumppania

---

[84] Ks. edellinen alaviite.

[85] Tutkimuksessa rajoitutaan käytännössä hintajohtajuuden esittelyyn. Ks. Virtanen (1998) s. 31–33.

[86] Tämä ei tarkoita sitä, että määräävä asema olisi ainoa kyseeseen tuleva selitys. Monokausaaliset selitykset eivät liene yleisesti uskottavia. Tässä mielessä Chicagon ja Harvardin kiistely siitä, selittyykö määräävä asema ja sen säilyminen suuremmalla tehokkuudella vai taloudellisella vallalla ja kilpailunrajoituksilla, on sikäli aiheen vierestä, että yleensä niillä kummallakin on oma merkityksensä. Kyse on pikemminkin siitä, kummalla selityksellä on kussakin tilanteessa enemmän painoarvoa.

[87] Ks. M. Virtanen (1998) s. 111; s. 111–113.

[88] Ks. M. Virtanen (1998) s. 107–110.

ei silti vaihdeta, kilpailuetu on merkittävä. Huomiota kiinnitetään markkinaosapuolten näkemykseen liikkumavarasta. Kilpailuedun ylläpitämistä arvioitaessa olennaista on kilpailijoiden suhteellisten kilpailuetujen havaitseminen ja niiden taustalla olevien resurssierojen kestävyyden arviointi. Kilpailuedun vaikutuspiiri arvioidaan sen mukaan, mitä erityistä kauppakumppanijoukkoa kyseinen hyödyke palvelee ja miten tämä hyödyke poikkeaa muista. Mitä laajempi kilpailuedun vaikutuspiiri on, sitä enemmän yrityksellä yleensä on markkinavoimaa. Määräävää markkina-asemaa ilmentää erityisen merkittävä, pitkäaikainen ja laajaa asiakasjoukkoa koskeva kilpailuetu.[89] Määräävässä asemassa oleville yrityksille on ominaista, että ne pystyvät keräämään selvästi keskimääräistä korkeampia voittoja koko kilpailuedun kestoajan.[90]

Kolmantena pilarina käsitellään *strategista kilpailua*. Rakenteellista lähestymistapaa on täydennettävä havainnolla siitä, ettei markkinarakenne ainoastaan vaikuta yritysten käyttäytymiseen ja markkinatuloksiin, vaan yritykset muovaavat omalla toiminnallaan markkinarakennetta. Strategisen kilpailun teoriassa korostetaan yritysten toimenpiteitä, joilla vahvistetaan omaa markkina-asemaa suhteessa kilpailijoihin. Yrityksellä voi olla etua siitä, että se on suorittanut tietyn toimenpiteen ennen kilpailijoitaan tai niiden jälkeen (*differential moving advantage*). Määräävässä asemassa oleva yritys voi suorittaa strategisen investoinnin, jolla yritys vahvistaa asymmetriaa itsensä ja kilpailijoidensa välillä. Eriaikaisiin liikkeisiin perustuva alalle tulo ja strategiset investoinnit alalletulon estämiseksi muodostavat strategisesta näkökulmasta kaksi määräävää asemaa koskevaa perusteemaa.[91] Määräävän aseman tunnusmerkkeinä voidaan pitää investointeja uponneita kustannuksia aiheuttavaan pääomaan. Erityisen selvältä tämä vaikuttaa silloin, kun kapasiteetti on käyttämättömänä ikään kuin alalletulon varalta ja pelotteena sellaisen torjumiseksi jo ennalta. Toisena määräävän aseman tunnusmerkkinä pidetään tuoteavaruuden ja maantieteellisten toiminta-alueiden täyttämistä kilpailijoiden poissulkemiseksi. Kilpailijoiden toimintaa voidaan vaikeuttaa myös patenttipolitiikan ja strategisen toiminnan avulla, jossa hyödynnetään suurta markkinaosuutta.[92] Strategisen kilpailun pilari osoittaa, ettei markkinoiden kykyä itseoikaisuun pidä liioitella.[93]

Neljäntenä pilarina käsitellään määräävän aseman *systemaattisia* heijastumia markkinoiden toimivuuteen. Markkinoiden liiallinen keskittyminen voi heijastua haitallisesti poliittiseen päätöksentekoon. Tämä näkökohta on pitkälti sivuutettu Industrial Organization -tutkimuksessa.[94] Tehokkuustappiota voi aiheutua

[89] Ks. M. Virtanen (1998) s. 114. Tältä osin viitataan myös "Marjapuuron" nimellä tunnettuihin kilpailuviraston omiin ohjeisiin "Kilpailunrajoitusten arviointi ja käsittely kilpailuvirastossa" (1992) s. 27–29.

[90] M. Virtanen (1998) s. 116.

[91] Ks. M. Virtanen s. 318; s. 127–180.

[92] Ks. Virtanen (1999) s. 7.

[93] Ibid.

[94] M. Virtanen (1998) s. 308.

välillisesti sen johdosta, että valta keskittyy niin paljon, että poliittisten päätöksentekomekanismien toiminta häiriintyy. Haitallinen vaikutus voi syntyä esim. lobbauksen kautta.[95] Tähän liittyen olennaista on turvata kilpailuviranomaisten riippumattomuus poliittisesta päätöksenteosta.[96] Toisena systemaattisena havaintona esitetään vaatimus siitä, että kilpailun toimivuuteen liittyvät näkökohdat otetaan huomioon kaikessa elinkeinopoliittisessa päätöksenteossa.[97] Määräävän aseman tunnusmerkkeinä pidetään aktiivista käyttäytymistä poliittisten privilegioiden hankkimiseksi ja poliittisia privilegioita merkitseviä päätöksiä kyseisen yrityksen hyväksi.[98]

2.2.1 Kritiikkiä

M. Virtasen tutkimuksen kiistattomana antina voidaan pitää silmien avaamista sille tosiseikalle, että markkinavoiman/määräävän aseman selittäminen ilmiönä ja haltuunotto juridiseen päätöksentekoon vaikuttavana suureena edellyttää kokonaisvaltaista tarkastelua, jossa huomiota kiinnitetään kilpailuteorian koko kenttään.[99] Yhden lähestymistavan valinta voi antaa kyseisen tutkimustradition sisällä linjakkaita tuloksia, mutta käytännön päätöksenteon kannalta koulukuntasidonnainen tarkastelu jää pakostakin yksipuoliseksi ja ohueksi. Nähdäkseni heikkoutena M. Virtasen lähestymistavassa on pidettävä sitä, ettei se sisällä varsinaista "metateoriaa", jonka perusteella suoritetaan valinta silloin, kun eri pilarit johtavat ristiriitaiseen lopputulokseen. Ristiriita neljän pilarin välillä ei liene harvinainen. Esimerkiksi korkea markkinaosuus voi viitata vahvaan määräävään markkina-asemaan, mutta odotettavissa olevat innovaatiot antavat aiheen suhtautua varauksellisesti määräävän aseman säilymiseen tulevaisuudessa. Huomio siitä, että määräävä asema rapistuu *jossain vaiheessa*, ei vastaa kysymykseen siitä, miten ja millä tavoin mahdollinen tai todennäköinen rapistuminen otetaan huomioon.[100] Entä mikä on aikajänne, jonka kulues-

---

[95] M. Virtanen (1998) s. 318–319.
[96] M. Virtanen (1998) s. 363.
[97] Ks. M. Virtanen (1998) s. 365–366.
[98] M. Virtanen (1999) s. 8.
[99] Vaikka oikeustaloustieteellisesti voidaan perustella lähestymistapaa, jossa kerralla keskitytään vain yhteen tutkimustraditioon, lähestymistavan kyky tuottaa päätöksentekijöille tasapainoista informaatiota voidaan kyseenalaistaa. Tässä tutkimuksessa on otettu inspiraatiota M. Virtasen uraa uurtavasta perusselvityksestä enemmän kuin mitä alaviitteiden määrästä voisi päätellä.
[100] Jopa Rooman mahtava valtakunta rapistuu, kun tarkastelukulmaa pidennetään tarpeeksi pitkälle tulevaisuuteen. "Evolutionäärinen" tarkastelu voidaan viedä liian pitkälle. Tulevaisuutta koskeva positiivinen ennuste on asetettava vastakkain sen kanssa, että ennen ennusteen toteutumista määräävästä asemasta ja sen väärinkäytöstä voi aiheutua yhteiskunnallisen päätöksenteon kannalta relevanttina pidettyä haittaa.

sa rapautumisen tulee tapahtua ollakseen päätöksentekijän kannalta relevantti?[101] Miten rapautumista koskeva ennuste laaditaan ja mikä on kilpailuviranomaisen kompetenssi sellaisen suorittamisessa? M. Virtanen ei myöskään kerro, miten suoritetaan valinta rapistumista koskevan hypoteesin ja strategisen käyttäytymisen mahdollisuuden välillä. Vaikka määräävä asema rapautuisi vastatoimenpiteittä, käytännössä saavutettuja markkinapositioita pyritään puolustamaan, usein menestyksellä. Mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa, sitä enemmän sillä on käytettävissään strategisia toimintatapoja, joilla asiakkaita sidotaan tai markkinoille pyrkivien yritysten kustannuksia nostatetaan. Yritys voi puolustaa asemaansa myös markkinaulkoisin keinoin. Määräävään asemaan liittyvät tehokkuusedut voivat mahdollistaa alhaisemmat kuluttajahinnat, mutta systemaattisesta elementistä johtuen niitä ei ehkä tarvitsekaan siirtää kuluttajalle tai käyttää muulla tavoin yhteiskunnan kokonaisedun mukaisesti. Määräävän aseman neljä pilaria jäävät osittain "ilmaan". Kilpailuoikeudellisen päätöksentekijän näkökulmasta kaikkien esille nostettujen elementtien merkitys vaikuttaa ilmeiseltä, mutta niiden konkreettinen merkitys ja suhde toisiinsa jää täsmentymättä.[102]

Myös yksittäisille elementeille annettua merkityssisältöä voidaan kritisoida. *M. Virtasen* mukaan määräävä asema tarkoittaa rakenteellisen lähestymistavan mukaan rakenteellisen hintatason tosiasiallista pysyvää kontrollointia. Määräävän aseman kynnys nostetaan varsin ylös; määräävä asema nähdään "lähesmonopolina", joka eroaa "vain marginaalisesti" täydellisestä monopolista. Voidaan kysyä, kuinka hyvin näin ylös nostettu määritelmä vastaa määräävän aseman todellista merkityssisältöä kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten ratkaisukäytännössä. Varsin yleisesti määräävä asema on löydetty 40–50 %:n markkinaosuudella. Myös taloustieteessä määräävä asema on nähty mahdollisena varsin etäälläkin monopolista. Hinnoitteluedun ei tarvinne olla absoluuttinen, vaan marginaalien ollessa pieniä suhteellinen etu riittää. Määräävän aseman rinnastaminen lähes monopoliin jättää kokonaan huomiotta yhteisen eli jaetun määräävän aseman määritelmän. Kuitenkin juuri yhteistä määräävää asemaa voidaan pitää yhtenä 1990-luvun merkittävimpänä kehityskulkuna[103]. Ottamatta tässä yhteydessä juristina lopullisesti kantaa siihen, kuinka perusteltuna M. Virtasen lähestymistapaa taloustieteellisesti on pidettävä, poikkeaa se

---

[101] Voitaisiin ajatella esimerkiksi 6 kuukauden, 2, 5 tai ehkä 10 vuoden aikajännettä. Aikajänteen pituus vaikuttaa kilpailuviranomaisen puuttumiskynnyksen korkeuteen.

[102] Toisaalta tämä liittyy perustutkimuksen luonteeseen, jollaiseksi M. Virtasen kirja kiistatta on luokiteltava.

[103] Toisaalta M. Virtasen väitöskirjaa (1998) ei nähdäkseni pidä tulkita tekijän yritykseksi ottaa lopullisesti kantaa yhteisen määräävän aseman käsitteeseen ja sen soveltamisalaan. Konsepti on kehittynyt EY:n kilpailuoikeudessa erityisesti 1990-luvun loppupuolella.

joka tapauksessa olennaisesti siitä, miten esimerkiksi EY:n komissio ja tuomioistuin määrittelevät määräävän aseman.[104]

Kilpailuedun elinkaarta koskevan teorian keskeisin anti nähdään luottamisessa markkinoiden omaan kykyyn korjata vääristymiä. Nähdäkseni dynaamista kilpailuetua koskevan toisen pilarin keskeisin ansio on pyrkimyksessä rakentaa silta kilpailuteoreettisen ja kilpailustrategisen kirjallisuuden välille.[105] M. Virtasen peruslähtökohtana näyttäisi olevan, että määräävä asema rapautuu suhteellisen automaattisesti. Lähtökohtaa voidaan kritisoida. Kysymykseen palataan jäljempänä.[106] Voidaan perustella näkökohtaa, jonka mukaan kilpailuviranomaisen toimenpiteet olisi kohdistettava niihin tilanteisiin, joissa määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii keinotekoisesti pitkittämään dominanssin säilymistä.[107]

Strategisen kilpailun pilari osoittaa, että rakenteellisten tekijöiden ohella huomiota on kiinnitettävä myös käyttäytymiseen, mikä ei suinkaan ole uusi huomio.[108] Voidaan nimittäin ajatella, että markkinakäyttäytymisen empiirisen havainnoinnin avulla todistettu kyky sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle osoittaa vakuuttavasti, että yrityksellä on määräävä asema. Sama pätee myös, jos yritys kykenee epäedullistamaan kauppakumppaneilleen tarjoamiaan liikesuhteen ehtoja menettämättä markkinaosuutta. Kilpailuoikeudellisesti ongelmaksi muodostuu se, että tietyn käyttäytymisen pitäminen yhtäältä osoituksena määräävästä asemasta ja toisaalta määräävän aseman väärinkäyttönä luo kehäpäätelmän riskin. Vaikeuksia aiheuttavat myös käyttäytymisen motiivien todentamiseen liittyvät ongelmat.

Systemaattinen pilari osoittaa, miksei kilpailuoikeutta voida rajata pelkkään tehokkuustarkasteluun. Neoklassinen taloustiede ja SCP-malli tuovat esille markkinavoiman taloudellisia haittavaikutuksia, mutta eivät riittävästi ota huomioon kilpailuoikeuden metatavoitteita.[109] Tutkimuksessa osoitetaan, että tar-

---

[104] Jos määräävä asema rajataan käsitteenä lähes monopolitilanteisiin, ei mallilla ole juuri muuta selitysarvoa kuin väitteen tukeminen, jonka mukaan suurin osa määräävän aseman väärinkäyttöä ja yrityskauppavalvontaa koskevista tapauksista olisi väärin ratkaistu, koska määräävä asema voisi olla olemassa vain "lähellä monopolia". Nämä tilanteet muodostavat kuitenkin pienen vähemmistön RS 82 artiklan ja sulautuma-asetuksen (4064/89) perusteella ratkaistuista tapauksista. Argumentti voidaan laajentaa koskemaan myös kotimaista kilpailuoikeutta.

[105] M. Virtasen väitöskirjan jälkeisen kirjallisuuden osalta, jossa on sama pyrkimys, ks. esim. Hunt (2000) ja Porter (2001).

[106] Ks. jäljempänä jaksoa 2.6.5.

[107] Mikäli määräävä asema rapautuu nopeasti tai markkinavoima heikentyy ajan myötä, kilpailupolitiikalla on toissijainen merkitys rivaliteetin ja tehokkaan resurssien allokoinnin ylläpitämisessä. Mikäli sen sijaan markkinavoima on pysyväisluonteisempi ilmiö, kilpailupolitiikalla voidaan korjata niitä markkinatuloksia, jotka syntyisivät pelkästään markkinamekanismin oman toiminnan seurauksena. Ks. Ordover (1990) s. 19.

[108] Ks. esim. Schmalensee (1982); Gyselen/Kyriazis (1992); Fishwick (1993) s. 66.

[109] Esitys perustuu Yhdysvaltain ja Saksan kilpailupolitiikan historiallisen taustan kuvaukseen. M. Virtanen nostaa esille erityisesti saksalaisen ordoliberalismin annin modernille kilpailupolitiikalle.

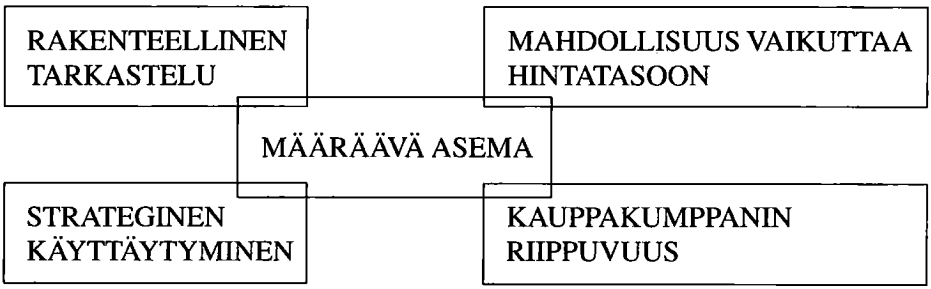
peella torjua taloudellista valtaa on ollut keskeinen merkitys kilpailupolitiikan syntymisessä ja muovautumisessa. Määräävä markkina-asema voi olla yhteiskunnallisesti haitallinen, vaikkei siitä aiheutuisikaan välitöntä allokatiivista, produktiivista tai dynaamista tehottomuutta. Mikrotaloustieteellinen analyysi muodostaa tavallaan kilpailuoikeuden teknisen pintatason, mutta kilpailupolitiikkaa ei voida rajata pelkästään mikrotaloustieteelliseen analyysiin. Kilpailuoikeuden syvärakenteessa kyse on ennen muuta taloudellisen vallan kontrolloimisesta oikeuden keinoin. Voidaan kuitenkin kysyä kuinka hyvin on onnistunut harppaus kilpailuoikeuden syvärakenteesta takaisin normien tulkintaa koskevalle pintatasolle.[110] Vaikka vallan kontrolloimista koskeva tavoite onkin tärkeä, sen operationalisoiminen käytännön päätöksentekoa koskevien standardien tasolle vaikuttaa pulmalliselta.[111]

[110] Määräävän aseman todentamisessa lienee vaikea käyttää todisteena epäillyn yrityksen "lobbausaktiivisuutta", yksistään jo siitä syystä, että tätä harjoittavat muutkin kuin määräävässä asemassa olevat yritykset. Poliittista privilegiota koskevat päätökset tullevat riittävästi huomioon otetuiksi kilpailuetuja, markkinarakennetta ja strategista käyttäytymistä koskevissa pilareissa. Vaikka metatavoitteena on estää liiallinen vallan keskittyminen, olisi hankalaa esim. kieltää yrityskauppaa sillä perusteella, että sen arvioidaan vaarantavan demokratian toimivuuden. Tämän kaltainen harkinta kuuluu kilpailuviranomaisten sijasta poliittisille päätöksentekijöille.

[111] Näkökohdalla on enemmän painoarvoa julkisten kilpailunrajoitusten yhteydessä esim. tarkasteltaessa valtiontukisäännöksiä tai neljää vapautta EY:n sisämarkkinaoikeudessa.

3. Oman eklektisen mallin peruslähtökohdat

Tässä tutkimuksessa kiinnostuksen kohteena ei ole niinkään määräävän aseman selittäminen taloudellisena ilmiönä, vaan ratkaisukriteerien löytäminen, joiden perusteella määräävän aseman käsitettä voitaisiin lähestyä kilpailuoikeudellisessa ratkaisukäytännössä nykyistä analyyttisemmin. Lähestymistapa on sikäli vaatimattomampi, että tavoitteena on "ainoastaan" *juridisen ratkaisukehikon luominen päätöksentekijän avuksi*, jonka avulla voidaan vastata määräävän aseman olemassaoloa koskevaan oikeuskysymykseen yksittäisessä tapauksessa:



Tavoitteena on tuottaa relevanttia informaatiota ja työvälineitä käytännön päätöksentekijälle. Tavoitteen saavuttamiseksi on valittu tutkimustapa, jossa määräävän aseman tarkastelu pilkotaan osiin. Tämän jälkeen osia tarkastellaan erillisinä kokonaisuuksina. Lopuksi esitetään perusteltu näkemys siitä, miten palaset suhtautuvat toisiinsa määräävän aseman todentamisessa.

Myös tässä tutkimuksessa kiinnitetään määräävän aseman tunnusmerkistön määrittelyssä huomiota kahteen *M. Virtasen* käyttämään elementtiin, markkinoiden rakenteelliseen tarkasteluun ja strategiseen käyttäytymiseen. Oikeuskäytännössä määräävä asema todennetaan pääosin markkinarakenteen perusteella; tarkastelutapa ei ole enää nykyään yksinomainen, mutta perusanalyysi perustuu edelleen SCP-kehikolle.[112] Elementeistä jälkimmäinen on keskeinen sovellettaessa määräävän aseman väärinkäyttökieltoa. Määräävän aseman väärinkäyttönä puututaan etupäässä strategiseen käyttäytymiseen, jolla määräävässä asemassa oleva yritys sitoo asiakkaita itseensä tai estää kilpailijan pääsyn markkinoille. Kolmantena elementtinä käsitellään määräävässä asemassa ole-

[112] SCP-kehikon hyödyntämisestä pohjoismaisessa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa ks. erityisesti Fejö (1990).

van yrityksen hinnoittelua. Neoklassisessa talousteoriassa markkinavoima ja määräävä asema määritellään yrityksen kyvyksi nostaa hinnat kannattavalla tavalla kilpailullisen tason yläpuolelle. Se, ettei neoklassista talousteoriaa nosteta yksinomaiseksi selitysmalliksi ja analyysivälineeksi, ei tarkoita sitä, että sen merkitys haluttaisiin torjua. Neljäntenä elementtinä käsitellään riippuvuutta. Tätä perustellaan sillä, että riippuvuussuhteen merkitys muodostaa käytännön ratkaisutoiminnan kannalta yhden merkittävimmistä rajanvetokysymyksistä.

Taloudellista valtaa ei käsitellä itsenäisenä määräävän aseman tunnusmerkistöön liittyvänä tekijänä. Pikemminkin kyse on relevantista osaselityksestä sen suhteen, miksi määräävää asemaa on tarpeen säännellä. *M. Virtasesta* poiketen kilpailuetua koskevaa tarkastelua ei nosteta erilliseksi elementiksi, vaan pikemminkin kilpailuetujen saavuttamiseen, säilyttämiseen ja menettämiseen liittyvän tematiikan katsotaan sisältyvän mainittuun neliosaiseen tunnusmerkistöön.[113] Määräävän markkina-aseman olemassaoloa tarkastellaan siten neljän toisiaan täydentävän dimension kautta. Määräävän markkina-aseman käsite pilkotaan seuraaviin neljään elementtiin:

1) *riippumattomuus kilpailun paineista* – mahdollisuus hinnoitella yli kilpailullisen hintatason;
2) *markkinoiden rakenteellinen tarkastelu* – keskittymisaste ja alallepääsyn esteet;
3) *strateginen tarkastelu* – yrityksen *vaikutusvalta* ja kilpailijoiden *haavoittuvuus*;
4) *kauppakumppaneiden riippuvuus* määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.

Määräävää asemaa voidaan kuvata ensinnäkin yrityksen käyttäytymisen kautta. Mahdollisuus kilpailun paineista riippumattomaan, asiakkaita tai kilpailijoita vahingoittavaan käyttäytymiseen viittaa yleensä määräävään asemaan. Hinnoittelun osalta voidaan tarkastella sitä, kuinka suureksi ero tuotantokustannusten ja perittyjen hintojen välillä muodostuu. Määräävän markkina-aseman määrittelemiseksi on tehtävä ero hinnoitteluvapauden ja hinnoitteluvallan välillä. Näistä ensimmäisellä tarkoitetaan yrityksen mahdollisuutta hinnoitella yli omien tuotantokustannustensa. Hintamarginaalin leventyminen kasvattaa yrityksen katetta, ja jos niin halutaan, kirjanpidosta näkyvää voittoa. Yrityksen toiminnan tuloksellisuus ei kuitenkaan osoita määräävää asemaa. Yritys voi tehdä voittoa toimimalla tehokkaasti ja innovatiivisesti. Määräävää asemaa kuvaakin paremmin yrityksen hintavalta, mahdollisuus kannattavasti hinnoitella yli "kilpailullisen" hintatason.

---

[113] Kilpailuetujen elinkaaritarkastelun jättäminen pois erillisenä elementtinä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että näkökohtaa pidettäisiin vähämerkityksellisenä. Näkökohtaa on korostettu uudemmassa kirjallisuudessa. Tässä tutkimuksessa kilpailuedut nousevat keskeiseen asemaan määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä.

Rakenteellisessa tarkastelussa määräävää asemaa lähestytään epäsuorasti määrittelemällä ensin tapauksen relevantit hyödyke- ja alueelliset markkinat ja tarkastelemalla tämän jälkeen yrityksen asemaa näillä markkinoilla. Markkinavoimaa mitataan markkinoiden keskittymisasteen perusteella. Yhdellä yrityksellä on määräävä asema, jos yritys on selvästi kilpailijoitaan suurempi, sen markkinaosuus on esim. 50 % ja alallepääsyn esteet rajoittavat uusien yritysten markkinoillepääsyä. Ongelmaksi muodostuvat relevanttien markkinoiden määrittelyyn liittyvät rajanvetokysymykset.[114] Periaatteellisempi kysymys kuuluu, kuinka luotettavia johtopäätöksiä voidaan tehdä (yksistään) markkinoiden rakenteen perusteella.[115] Tiettynä hetkenä havaittu korkea markkinaosuus ei osoita aseman pysyvyyttä. Tiettyä numeraalista arvoa merkityksellisempää informaatiota saadaan tarkastelemalla korkean markkinaosuuden taustalla olevia kilpailuetuja.

Määräävässä asemassa olevan yrityksen ja kilpailijoiden keskinäistä suhdetta voidaan tarkastella sen kannalta, onko määräävässä asemassa olevalla yrityksellä mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Suhteessa kilpailijoihin markkinavoima tarkoittaa sitä, että markkinavoimaisella yrityksellä on mahdollisuus vaikuttaa määräävästi kilpailijoiden toimintaan.[116] Markkinoilta sulkeminen voi ilmetä joko markkinoille pääsyn estämisenä tai markkinoilta ajamisena. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kohdistaa toimenpiteitä kilpailijaansa joko sitomalla asiakkaansa tiukasti itseensä tai kohdistamalla suoraan kilpailijaansa toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on vahingoittaa tätä taloudellisesti tai nostaa kilpailijan kustannuksia. Määräävässä asemassa oleva

---

[114] Markkinavoiman tunnusmerkistö voi täyttyä millä tahansa vaihtoehtoisista tavoista. Sen sijaan on kiistanalaista, edellyttääkö määräävän markkina-aseman tunnusmerkistö useampaa kuin yhtä mainituista tekijöistä. Tunnusmerkistön osat liittyvät toisiinsa, sillä hinnoitteluvapaus edellyttää käytännössä asiakkaiden riippuvuutta (kysynnän epäelastisuutta) ja mahdollisuus vaikuttaa kilpailijoiden toimintaan sitä, etteivät kilpailijat kykene riittävällä tavalla puolustautumaan markkina-asemansa heikentämistä vastaan. Mahdollisuus hinnoitella yli kilpailullisen tason edellyttää, että potentiaalisten kilpailijoiden alallepääsy on tavalla tai toisella estynyt tai estettävissä, sillä muutoin hinta-laatusuhteen heikentäminen johtaisi asiakkaiden siirtymiseen käyttämään kilpailevia hyödykkeitä. On mahdollista, että yrityksellä on mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle, vaikka se ei voikaan hinnoitella vapaasti. Toisaalta yrityksellä voi olla hinnoittelussaan pelivaraa vaikkei se voi vaikuttaa kilpailijoidensa toimintaan. Useimmat yritykset voivat hinnoitella yli marginaalikustannusten. Marginaalikustannusten korvaaminen mahdollisuudella hinnoitella yli kilpailullisen hintatason on vain osaratkaisu sikäli, että markkinavoiman määrittäminen edellyttää tällöin kannanottoa siihen, mikä on "kilpailullinen" hintataso.

[115] Markkinarakenteen ohella huomiota voidaan kiinnittää yritysrakenteeseen, jolloin huomio kiinnittyy yrityskohtaisiin kilpailuetuihin, jotka lisäävät markkinavoimaa (vertikaalinen integraatio, immateriaalioikeudet, teknologinen etumatka jne).

[116] Markkinavoiman hyödyntäminen voi ilmetä *offensiivisesti*, esimerkiksi mahdollisuutena vaikuttaa ratkaisevasti markkinoilla noudatettavaan hintatasoon tai muuhun olennaiseen kilpailutekijään, esimerkiksi tietyn standardin sisältöön. Toisaalta markkinavoima voi ilmetä *defensiivisesti*, mahdollisuutena estää kilpailijaa käyttämästä tiettyä kilpailukeinoa tai yleisemmin estää pääsy tietyille hyödykemarkkinoille.

yritys voi sulkea kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle joko etukäteen estämällä etabloitumisen tai jälkikäteen ajamalla pienempiä kilpailijoita pois markkinoilta. Absoluuttisen poissuljennan ohella voidaan puhua suhteellisesta poissuljennasta, silloin kun markkinoilta sulkeminen ei ole absoluuttista. Määräävässä asemassa oleva yritys esimerkiksi nostattaa kilpailijan kustannuksia (raising rivals' costs) tai saa uhkauksilla pienemmän kilpailijan luopumaan dominantin aktiivisesta haastamisesta. Markkinavoimaa voidaan selvittää tällaisten strategisten kilpailukeinojen käyttämiseen liittyvän potentiaalin tai esiintymistiheyden avulla. Keskeinen selvittämisongelma liittyy "kilpailullisten" ("competitive") ja "ei-kilpailullisten" ("anti-competitive") kilpailukeinojen erottamiseen toisistaan.

Määräävää asemaa voidaan lähestyä asiakkaan riippuvuuden perusteella. Suhteessa asiakkaisiin dominanssi ilmenee mahdollisuutena vaikuttaa määräävästi kauppakumppanin, asiakkaan tai tavarantoimittajan, toimintaan. Tyypillisimmillään määräävä markkina-asema ilmenee mahdollisuutena saada kauppakumppani hyväksymään itselleen epäedullinen ehto (esim. myyjän korkea tai ostajan alhainen kauppahinta). Jotta ehdon asettaminen on mahdollista, edellyttää se valtaa sanella tietty ehto noudatettavaksi. Tämä taas edellyttää, että syystä tai toisesta asiakas ei voi kääntyä kilpailevan toimittajan puoleen. Markkinavoimaa mitataan sen mukaan, mitä käytännön vaihtoehtoja kauppakumppanilla on. Yritys voi korottaa hintojaan tai muuten epäedullistaa sopimusehtojaan lähinnä silloin, kun kauppakumppani on riippuvainen toisesta yrityksestä, joko siksi, että korvaavia vaihtoehtoja ei ole, tai siksi, että jokin kauppakumppanien välisiin suhteisiin liittyvä seikka estää turvautumisen potentiaalisiin substituutteihin. Ongelmaksi muodostuu se, että riippuvuutta voi aiheutua muistakin seikoista kuin markkinoiden hallinnasta, esimerkiksi puhtaasti kahden osapuolen välisen sopimussuhteen historiaan, kuten sopimusehtoihin tai tehtyihin investointeihin liittyvistä syistä.[117] Hallitsevalla osapuolella voi olla sopimus- tai markkinavoimaa, mutta ei välttämättä vielä määräävää asemaa. Riippuvuussuhdetta koskevan elementin itsenäinen merkitys kulminoituu kysymykseen siitä, hyväksytäänkö ns. merkkikohtainen markkinamäärittely. Jos hyväksytään, määräävän aseman määritelmästä tulee "kattava", ehkä myös "inflatorinen".

[117] Tällöin voidaan puhua sopimusvoimasta, mutta ei vielä markkinavoimasta. Markkinavoimasta voidaan puhua silloin, kun riippuvuus ilmenee tietyllä asiakassegmentillä yleisemmin. Esimerkiksi kestokulutushyödykkeen ostajat voivat olla riippuvaisia myyjän huolto- ja varaosapalveluista tai näiden suorittamiseen erikoistunut yritys päätuotteen valmistajasta.

3.1 HINTAVALTA

Määräävässä asemassa oleva yritys voi vaikuttaa hintatasoon tuotannon määrää supistamalla. Yritys voi nostaa hintatasoa rajoittamalla omaa tuotantoaan. Tämän, edelliseen liittyvän määritelmän mukaan *yrityksellä on markkinavoimaa, kun se voi nostaa hintaa rajoittamalla tuotantoa.*[118] Tuotannon rajoittamisesta seuraa hintojen nousu. Asian ymmärtämiseksi tulee pitää toisistaan erillään kyky hinnoitella yli marginaalikustannuksin ja kyky vaikuttaa hintatasoon. Pienikin yritys voi asettaa hintansa marginaalikustannusten yläpuolelle esimerkiksi alentamalla kustannuksiaan kilpailijoitaan enemmän. Yrityksellä säilyy kilpailuedun tuoma hintamarginaali niin kauan, kunnes muutkin tehostavat toimintaansa samalle kustannustasolle. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että yritys voisi toimenpiteillään vaikuttaa hintatasoon. Sen sijaan jos määräävässä asemassa oleva yritys tuottaa esimerkiksi 70 % tietystä hyödykkeestä tietyillä markkinoilla, sen hinnoittelupäätökset vaikuttavat pienempien kilpailijoiden hinnoitteluun ja hintatasoon markkinoilla. Määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuudesta kontrolloida hintoja voidaan käyttää nimitystä *hintavalta (power over price).*

3.1.1 Neoklassinen määritelmä vertailukohtana

Täydellistä kilpailua referenssitilanteena pitävässä neoklassisessa taloustieteessä markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä hinnoitella tuotteensa yli marginaalikustannusten. Markkinavoima ilmentää poikkeamaa täydellisen kilpailun tilanteesta. Markkinavoima on sitä suurempi, mitä suurempi on erotus tuotantokustannusten ja tuotteen myyntihinnan välillä. Mahdollisuus ylittää

---

[118] Ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 85: "Market power is the ability to raise price by restricting output." Ks. myös Landes/Posner (1981) s. 937: "The term "market power" refers to the ability of a firm (or a group of firms) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded." Toisaalta ei voitane poissulkea sitä, että yritys nostaa hintojaan vähentämättä tuotantoa, jolloin tuotannon määrän väheneminen tai sen pysyminen ennallaan jää riippumaan markkinoiden reaktiosta. Esimerkiksi välttämättömyyshyödykettä toimittavan luonnollisen monopolin ei kaikissa tilanteissa tarvitse vähentää tuotantoaan nostaakseen hintoja. Se yksinkertaisesti lisää hinnankorotuksen seuraavaan laskuun. Näin menettelee moni muukin määräävässä asemassa oleva yritys. Hintateorian malli, jossa ensimmäisessä vaiheessa vähennetään tuotantoa ja sen jälkeen, syntyneen puutteen ja vajauksen nostettua hintatasoa, toisessa vaiheessa kerätään monopolivoitto, ei vastaa aina todellista toimintamallia. Hinnankorotus tapahtuu ensin ja tämän jälkeen vähennetään tuotantoa siinä määrin, kun kysynnän vähentymistä ei kyetä estämään. Periaatteessa tietysti ceteris paribus hintojen korottaminen vähentää kysyntää. Määräävässä asemassa oleva yritys luonnollisesti pyrkii ennakoimaan asiakkaiden ja kilpailijoiden reaktiot ja korottaa hintoja vain siihen pisteeseen, kuin se arvioi toimenpiteen itselleen kannattavaksi. Se, kuinka paljon kysyntä viime kädessä alenee, riippuu mm. asiakkaan kysyntäkäyrän elastisuudesta ja kilpailijoiden mahdollisista vastatoimenpiteistä.

marginaalikustannukset kertoo vasta sen, ettei kilpailu ole täydellistä. Olennaisempi kysymys kuuluu, mistä alkaen yrityksellä on niin paljon markkinavoimaa, että se voi toiminnallaan saada aikaan vahinkoa kilpailuprosessille. Määräävästä markkina-asemasta voidaan puhua, kun ero marginaalikustannuksiin on olennainen ja pitkäaikainen. Lienee myös edellytettävä näyttöä siitä, että hintamarginaali johtuu nimenomaan huomattavasta markkinavoimasta eikä esimerkiksi kilpailijoita kustannustehokkaammasta toiminnasta.

Kirjallisuudessa esitetyt määritelmät korostavat näkökulmasta riippuen käyttäytymistä tai lopputulosta, kustannukset ylittävää *hinnoittelua* tai *hintatasoa*. Yritys markkinaosuudestaan huolimatta saavuttaa pidemmälläkin aikavälillä ylioptimaalisen voittotason toimimalla innovatiivisesti. Toisaalta määräävässä asemassa oleva yritys voi toimia kustannustehottomasti. Vertailu marginaali- tai keskimääräiskustannusten ja toteutuneiden hintojen välillä ei kerro vielä paljoakaan mahdollisesta markkinavoimasta yksittäistapauksessa.

Määriteltäessä määräävä markkina-asema lähtien liikkeelle täydellisen kilpailun lähtökohtatilanteesta ongelmaksi muodostuu, että useimmilla yrityksillä on ainakin jonkin verran markkinavoimaa. Esimerkiksi lähikauppa voi korottaa jonkun kulutustavaran hintaa hieman, ilman että asiakkaat ainakaan välittömästi siirtyvät käyttämään toista, halvempaa mutta kauempana sijaitsevaa liikettä.[119] Useimmat yritykset voivat hinnoitella yli marginaali-kustannustensa[120] ja varsin monet tekevät ainakin ajoittain huomattavaakin voittoa. Toiminnan tuloksellisuus voi johtua yksinkertaisesti siitä, että yritys toimii tehokkaasti ja tuottaa kuluttajien arvostamia hyödykkeitä.

3.1.2 Hintajohtajuus

Määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelun eroa monopolistin hinnoitteluun voidaan kuvata taloustieteen hintajohtajuusmallin avulla. Monopolisti ei joudu ottamaan huomioon pienempiä kilpailijoita, koska sellaisia ei ole.

---

[119] Asiakas voi pitää hinnankorotusta siinä määrin vähäisenä, ettei tarvetta kaupan vaihtamiseen koeta. Toisaalta mukavuus- ja ajankäytölliset seikat ja kauempana sijaitsevan kaupan käyttämisestä aiheutuvat ylimääräiset kustannukset voivat aiheuttaa sen, ettei olennaisenakaan pidetty hinnankorotus johda liikkeen vaihtumiseen. Kun yritys voi toteuttaa hinnankorotuksen kannattavalla tavalla ja nostaa hintansa marginaalikustannuksen yläpuolelle, sillä on markkinavoimaa. Myös tuotedifferointi vähentää kilpailun täydellisyyttä. Asiakas voi arvostaa juuri tiettyä, kilpailevilta tuotteilta puuttuvaa ominaisuutta tai mainonnan avulla luotua tuotteen imagoa. Mitä arvokkaampina näitä distinktiivisiä piirteitä pidetään, sitä suuremman hinnankorotuksen asiakas hyväksyy. Jos markkinavoima määritellään lähtien liikkeelle yrityksen marginaalikustannuksista, ongelmaksi muodostuu, että lähes kaikilla yrityksillä on ainakin jonkin verran markkinavoimaa. Ks. esim. Hay (1992).

[120] Mikäli yritykset joutuisivat yleisesti hinnoittelemaan marginaalikustannuksin, liiketoiminta tuskin olisi erityisen suosittu inhimillisen toiminnan laji.

Monopolisti optimoi tuottamansa määrän suhteessa maksimihintaan, jota kuluttajat suostuvat maksamaan.[121] Useimmissa käytännön tilanteissa määräävässä asemassa oleva yritys ei ole markkinoilla yksin vaan joutuu ottamaan huomioon pienempien kilpailijoiden reaktiot. Markkinarakenne on kuitenkin selvästi epäsymmetrinen, eivätkä pienemmät kilpailijat (fringe firms) pysty ohjaamaan markkinoita esimerkiksi muodostamalla koalition. Määräävässä asemassa oleva yritys voi vaikuttaa hintatasoon ja pienemmät kilpailijat joutuvat sopeutumaan tilanteeseen.

Määräävässä asemassa olevalle yritykselle ei ole useinkaan edullista asettaa hintojaan niin alas, että kilpailijat joutuvat poistumaan markkinoilta. Toisaalta määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei ole varaa hinnoitella monopolistin tavoin, vaan se joutuu ottamaan huomioon kilpailijoiden reaktiot. Hintajohtajuusmallin mukaan seurauksena voi olla tasapainotilanne, jossa hinnat asettuvat monopolihinnan alapuolelle mutta selvästi kilpailullisen hintatason yläpuolelle. *Hintajohtajuus* voidaan määritellä noudatetuksi menettelytavaksi, jonka perusteella tietyillä markkinoilla toimivat yritykset hyväksyvät tietyn yrityksen hintajohtajaksi, jonka hinnoittelua ne seuraavat.[122] *Markhamin* klassisessa artikkelissa[123] erotetaan kolme erillistä hintajohtajuuden lajia, 1) määräävässä asemassa olevan yrityksen hintajohtajuus, 2) barometrinen hintajohtajuus ja 3) oligopolistinen hintajohtajuus.[124]

> *Barometrisella hintajohtajuudella* tarkoitetaan tilannetta, jossa tietty yritys toimii ikään kuin barometrina muille saman alan yrityksille.[125] Hintajohtajana toimiva yritys voi vaihtua aika ajoin. Periaatteessa barometrisena hintajohtajana voi toimia mikä tahansa yrityksistä, eikä kyse tarvitse välttämättä olla suuresta yrityksestä. Seuraavatko kilpailijat hinta-aloitetta, ei riipu niinkään aloitteen tekijän koosta tai identiteetistä, vaan ennen muuta siitä, kuinka hyvin uuden hinnoittelun katsotaan kuvaavan markkinoilla syntynyttä tarkis-

---

[121] Monopolisti sääntelee markkinoita joko hinnan tai määrän avulla. Monopolisti optimoi tuotantonsa siten, että rajatuotot vastaavat rajakustannuksia. Saavuttaakseen maksimaalisen hyödyn monopolisti pyrkii usein vielä eriyttämään hintansa asiakkaiden kysyntäkäyrän mukaisesti, jotta jokainen asiakasryhmä maksaisi korkeinta mahdollista hintaa.

[122] Ks. Scherer/Ross (1990) s. 248: "Price leadership implies a set of industry practices or customs under which price changes are normally announced by a specific firm accepted as the leader by others, who follow the leader´s iniatives." Sitaatin osalta on tarkennettava, että kyse ei ole mistään sovitusta menettelytavasta vaan markkinaolosuhteista, jotka saavat yritykset hyväksymään tietyn yrityksen aloitteen tekijän roolin. Mikäli hinnoittelun muutosten perusteista on sovittu, kyse ei ole hintajohtajuudesta vaan kartellista.

[123] Markham, The Nature and Significance of Price Leadership (1951); painettu mm. kirjassa Scherer (1992) I s. 484–498. Stigler puolestaan erotti kaksi hintajohtajuuden lajia, määräävässä asemassa olevan yrityksen ja barometrisen hintajohtajuuden. Ks. Stigler, The Kinky Demand Curve and Rigid Prices (1947); kirjassa Stigler (1968) s. 208–234.

[124] Hintajohtajuusmallista tarkemmin myös esim. Scherer/Ross (1990) s. 250–260; Ks. myös Virtanen (1998) s. 31–34.

[125] Markham s. 489–494.

tamisen tarvetta esim. kysyntätilanteessa tai kustannuksissa tapahtuneen muutoksen seurauksena. Barometrista hintajohtajuutta voidaan pitää kilpailupoliittisesti suhteellisen ongelmattomana,[126] sillä kyse on yritysten reagoimisesta kilpailuilmastossa tapahtuneisiin muutoksiin.

Oligopolistinen hintajohtajuus[127] syntyy tilanteessa, jossa markkinoilla toimii vain muutama isoa yritystä, yritysten tarjoama hyödyke on homogeeninen, yritysten kustannusrakenne on samanlainen, alallepääsyn esteet rajoittavat uusien yritysten markkinoilletuloa ja asiakkaiden kysyntä on epäelastista.[128] Tällöin mikä tahansa oligopolin jäsenistä voi toimia hintajohtajana muihin nähden, sillä yritysten tilanne on verrannollinen. *Furse* päättelee tämän johtavan siihen, että minkä tahansa oligopolistin tekemää hinta-aloitetta todennäköisesti seurataan.[129] Asia ei ole kuitenkaan näin yksinkertainen, sillä vaikka yritysten tilanne on toisiinsa verrannollinen, ne ovat kuitenkin toistensa kilpailijoita. Kunkin yrityksen intressissä on pyrkiä maksimoimaan tulostaan. Tämä voi tapahtua joko seuraamalla kilpailijoita tai hakemalla näitä edullisempia toimintatapoja. Yhdenmukaiselta vaikuttava hintojen nousu voi selittyä myös barometrisella hintajohtajuudella, jolloin taustalla ovat todelliset kustannussyyt. Hintajohtajuus ei liene harvinaista tiukasti oligopolistisilla markkinoilla, sillä koska kilpailijoita on vähän muun tyyppisiin markkinoihin verrattuna, on helpompaa havaita jälkikäteen, miten kilpailijat ovat toimineet. Oligopolistisilla markkinoilla kilpailu on rakenteellisista syistä aina jossain määrin rajoitettua.[130] Kilpailijat eivät voi etukäteen aktiivisesti yhteensovittaa tulevaa hinnoittelupolitiikkaansa rikkomatta samalla kartellikieltoa. Epävarmuus kilpailijoiden hinnoitteluaikeista on ehkä merkittävin kilpailua edistävä tekijä. Oligopoliyritysten välisestä reaktioyhteydestä seuraa, että yritykset reagoivat toistensa liikkeisiin. Toisaalta se, johtaako tämä hintojen nousuun, edellyttää yksityiskohtaisempaa tarkastelua.[131]

Määräävässä asemassa olevan yrityksen hintajohtajuus syntyy, kun yksi yritys tuottaa niin suuren osan hyödykkeistä tietyillä markkinoilla ja on kilpailijoitaan niin paljon suurempi, että ainoastaan se pystyy toimenpiteillään vaikuttamaan hintatasoon tai mikäli tietyllä yrityksellä on niin suuri kustannusetu ja tuotannon laajentamisen mahdollistava kapasiteetti käytössään, että kilpailijat hyväksyvät sen hinnoittelua koskevat preferenssit.[132] Määräävässä asemassa oleva yritys antaa pienempien kilpailijoidensa valita tuotantonsa määrän asettamallaan hintatasolla. Tämän jälkeen määräävässä asemassa oleva yritys vähentää kilpailijoiden tarjonnan markkinoiden kokonaiskysynnästä ja huolehtii itse lopusta kysynnästä. Määräävässä asemassa oleva yritys käyttäytyy monopolistin tavoin loppukysynnän osalta. Pienemmät yritykset tyytyvät määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluun koska monopolin heittämä varjo turvaa niillekin kilpailullista hintatasoa

---

[126] Näin viime kädessä ilmeisesti myös Markham, s. 494.

[127] Markham itse käyttää termiä "Price Leadership in Lieu of an overt Agreement." Ibid.

[128] Markham s. 494–496.

[129] Ks. Furse (1999) s. 111.

[130] Kuten Furse toteaa, barometrisesta hintajohtajuudesta oli kysymys esim. EY:n komission ratkaisemassa tapauksessa *Zinc Producer Group*, EYVL (1984) L220/27.

[131] Kysymykseen palataan yksityiskohtaisesti oligopoliteorian yhteydessä.

[132] Scherer/Ross s. 249. Ks. myös Markham s. 487–489.

korkeamman tuoton. Niillä ei sitä paitsi olisi todellisia mahdollisuuksia haastaa markkinajohtajaa. Lopputulos on kummallekin taholle edullinen, joskin määräävässä asemassa oleva yritys hyötyy eniten.

Mikäli määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannukset ovat olennaisesti pienempiä kilpailijoita alhaisemmat, sen kannattaa periaatteessa ajaa pienemmät kilpailijat markkinoilta, jolloin lopputuloksena on monopoli. Toisaalta jos alalle tulo on mahdollinen, hintataso jää alhaisemmaksi potentiaalisten kilpailijoiden kontrolloidessa välillisesti hintatasoa. Jos alallepääsy olisi täysin rajoittamatonta, hinnat laskisivat kilpailulliselle tasolle, jolloin mikään yrityksistä ei tekisi voittoa pitkällä tähtäimellä.[133]

Hintajohtajuutta koskevien mallien käytännön sovellettavuutta rajoittaa se, ettei yritysten kustannusrakenne mitenkään välttämättä ole sama. Päinvastoin, kustannussyyt ovat yksi keskeisistä määräävän aseman syntymistä selittävistä tekijöistä. Yritysten käyttäytymistä ohjaavista strategisista seikoista hinnoittelu on keskeinen mutta kuitenkin vain yksi. Vaikka kustannusrakenne yksinään tarkasteltuna kehottaisi joko yhteispeliin tai pienempien pudottamiseen, muut näkökohdat voivat ohjata määräävässä asemassa olevan yrityksen valitsemaan toisenlaisen strategian. Toisaalta vastoin markkinoiden koeteltavuutta koskevan teorian perusoletusta alallepääsy ei ole oikeastaan koskaan täysin esteetöntä. Itse perusajatus määräävässä asemassa olevan yrityksen ja pienempien kilpailijoiden keskinäisestä vuorovaikutuksesta vaikuttaa hedelmälliseltä.[134] Määräävän aseman syntymisen ei siten välttämättä tarvitse johtaa monopolikamppailuun, jossa lopputavoitteena olisi ainoastaan yhden yrityksen jäljelle jääminen (survival of the fittest). Malli selittänee yleisemminkin niitä mekanismeja, joiden johdosta hintataso markkinoiden keskittyessä nousee.

3.1.3 Ylihinnoittelun pysyvyys

Edellä käsitelty määräävän markkina-aseman hintajohtajuusmalli on johdettu staattisista monopoli- ja oligopolimalleista. Nykyisin hintateoriassa on ryhdytty kiinnittämään erityistä huomiota hinnoittelun dynaamisiin vaikutuksiin. Mahdollisuus hetkellisesti nostaa hintatasoa ei ole yleensä kilpailuoikeudellisesti olennaista. Jotta markkinavoimasta voi aiheutua merkittävää vahinkoa kilpailuprosessin toimivuudelle, tulee sen olla pitkäaikaista. Tämä edellyttää, että määräävä asema on puolustettavissa myös potentiaalisia kilpailijoita vastaan.

Esimerkkinä dynamisoidusta hintateoriasta voidaan mainita *Uttonin*[135] lähestymistapa. Uttonin mukaan määräävä markkina-asema tai markkinavoima[136]

---

[133] Carlton/Perloff s. 167.
[134] Näin myös Virtanen s. 34.
[135] Utton M.A., Market Dominance and Antitrust Policy (1995).
[136] Utton käyttää termejä määräävä markkina-asema ja markkinavoima toistensa synonyymeinä. Ks. Utton s. 10.

voidaan määritellä *yrityksen tai yritysten yhteenliittymän kyvyksi pitää hintansa pitkän aikavälin keskimääräiskustannusten yläpuolella ilman, että yritys menettää niin paljon asiakkaita, että hintoja joudutaan laskemaan.* Epäsuhdan hintojen ja kustannusten välillä tulee olla pysyvä ja vakaa. Hetkittäiset kysynnän ja tarjonnan vaihtelut eivät osoita määräävää asemaa. Yritys voi väliaikaisesti saavuttaa huomattaviakin voittoja. Jotta yritys voisi *pitkällä aikavälillä* pitää hintansa kilpailullisen tason yläpuolella, edellyttää se käytännössä, että potentiaaliset kilpailijat eivät pääse markkinoille. Määräävä asema edellyttää siten epäsuorasti alallepääsyn esteitä ja täydellisen kilpailun mahdottomuutta, vaikkakaan hinnoitteluvapautta korostavassa mallissa ne eivät muodollisesti kuulu määräävän aseman määritelmään.[137] Jos alalle tulo ei olisi rajoitettua, täydellinen kilpailu estäisi ainakin pidemmällä aikavälillä keskimääräiskustannukset ylittävän hinnoittelun.

Pelkkä hinnoitteluvapauden arviointi ei anna riittävää kuvaa kilpailutilanteesta. Hinnoittelun ohella tulee tarkastella muitakin kilpailukeinoja. Jos yritys voi esimerkiksi heikentää tuotteen laatua ilman että sen hintataso laskee tai asiakkaat vaihtavat toimittajaa, yrityksellä on kiistatta markkinavoimaa. Toimenpide nimittäin lisää yrityksen kannattavuutta asiakkaiden kustannuksella. Markkinavoima voi myös ilmetä mahdollisuutena vaikuttaa haitallisesti kilpailijoiden toimintaan, esimerkiksi estämällä näiden markkinoille pääsemisen. Yhdysvalloissa näyttäisi yleistyneen edellistä käytännöllisempi määritelmä, jonka mukaan markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä nostaa hintansa kannattavasti yli kilpailullisen hintatason ja pitää ne tällä tasolla merkittävän ajan.[138] Määritelmä on sikäli käyttökelpoisempi, ettei täydellisestä kilpailusta poikkeavaa olotilaa pidetä vielä markkinavoiman ilmentymänä, koska tällöin useimmilla yrityksillä on ainakin hieman markkinavoimaa. Määritelmän heikkoutena on se, että hinnoittelua koskeva komponentti on tulkinnanvarainen, koska se edellyttää kannanottoa siihen, milloin hinnat ovat "kilpailullisella" tasolla. Niinikään ratkaisemattomalta vaikuttaa kysymys siitä, kuinka pitkäksi määritellään "merkittävä aika".[139] Kilpailulliseen hintatasoon perustuva määrittelytapa vaikuttaa sisällöllisesti oikealta, mutta siitä ei jää erityisen paljon käteen kilpailuasiaa ratkaisevan tuomioistuimen kannalta.[140]

---

[137] Ks. ibid. 10–11.

[138] Ks. esim. Fisher (2002) s. 40–42, 50–52.

[139] Ks. esim. Kuoppamäki (2002 a) s. 58–60. Käytännössä kaikki kilpailunrajoituksesta syytetyt yritykset katsovat itse perivänsä kilpailullisia hintoja. Hintojen kilpailullisuus edellyttää kannanottoa "oikeaan" kustannusten ja riskien painottamiseen. Lyhyellä tähtäimellä korkea hinta näyttää alhaisemmalta, jos huomioon otetaan esim. tarve investoida tulevaisuudessa tutkimukseen ja tuotekehittelyyn tai uusien tuotantolinjojen rakentamiseen. Hintatason tai voittojen kohtuullisuutta voidaan verrata muiden yritysten hinnoitteluun ja voittoihin, mutta vertailuaineisto on vain harvoin yhdenmukaista.

[140] Määritelmän tulisi olla sellainen, että se voidaan selvittää "mahdollisimman" riidattomasti ja nopeasti tuomioistuinmenettelyssä.

Keskeinen merkitys näyttäisi olevan hintamarginaalin syyllä. Määräävä markkina-asema edellyttää mahdollisuutta vaikuttaa omin toimenpitein hintatasoon. Kilpailuoikeudessa ilmiöstä voidaan käyttää termiä *hintavalta (power over price)*. Samoin jatkuvaa hintajohtajuutta koskeva näyttö voi vahvistaa, että pienemmät yritykset ovat alistuneet määräävässä asemassa olevan yrityksen tai yritysryhmän markkinakontrollin alaisiksi.[141]

3.1.4 Monopolin varjo

Määräävän markkina-aseman perusolemus hinnoittelun kannalta voidaan vetää yhteen jäljempänä *monopolin varjoksi* kutsuttavan lähestymistavan avulla. Ratkaisevassa asemassa ovat määräävän markkina-aseman ja hinnoittelun keskinäiset vuorovaikutussuhteet. Määräävän markkina-aseman seurauksena hyödykkeen hintataso nousee tai ainakin hinnankorotuksen uhka kasvaa merkittävästi. Tätä vaikutusta voidaan havainnollistaa monopolin varjon kielikuvalla.[142] Määräävässä asemassa olevan yrityksen perimä monopolihinta tarjoaa tehokkaammille yrityksille suojan, jonka alla kukoistaa ja kasvattaa osuuttaan. Vastaavasti aikaa myöten dominantin yrityksen markkinaosuus putoaa. *Stiglerin* skenaario on yksi mahdollisista. Tässä yhteydessä termille monopolin varjo annetaan laajempi merkityssisältö.

Kielikuva monopolin varjo lienee hyödyllinen määräävän markkina-aseman ja hinnoittelun välisten varsin monitahoisten, luonteeltaan ei-determinististen vuorovaikutusten havainnollistamisessa. Suorituskilpailun vallitessa yritykset kilpailevat asiakkaiden suosiosta tarjoamalla näille entistä edullisempia vaihtoehtoja. Kartellissa yritykset toimivat asiakasta vastaan. Määräävän markkina-aseman vallitessa yksi yritys voi taloudellisen valtansa turvin aikaansaada kartellin tapaisia vaikutuksia markkinoilla.

Tietyn yrityksen markkinavoiman lisääntyessä kartellin tai määräävän markkina-aseman seurauksena yrityksen liikesuhteiden ylle laskeutuu monopolivarjo.[143] Monopolin varjolla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa markkinavoiman seurauksena myyjälle syntyvää hintamarginaalia ja asiakkaalta pois siirtyvää tulon määrää. Periaatteellista eroa ei ole sillä, millä teknisellä keinolla (esim. yrityskauppa tai kartelli) varjo luodaan. Huomiota on kiinnitettävä määräävässä

---

[141] M. Virtanen (1998) s. 316.

[142] Kielikuva ei sinänsä ole uusi, oikeustieteessä sitä ovat käyttäneet ainakin Otto Lehnich kirjassaan Kartelle und Staat (1928) ja Franz Böhm teoksessaan Wettbewerb und Monopolkampf (1933). Taloustieteen nobelisti George Stigler on käyttänyt 1960-luvulla samantapaista kielikuvaa puhumalla monopolista käännettynä sateenvarjona Ks. Stigler, George, The Dominant Firm and the Inverted Umbrella, Journal of Law and Economics (1965); kirjassa The Organization of Industry (1968, 1983) s. 109–112.

[143] Kappaleen koon kasvaessa sen heittämän varjon suuruus kasvaa.

asemassa olevan yrityksen tarjoamiin ehtoihin kokonaisuudessaan. Kilpailuoikeudellisesti realistinen mallintaminen vaatisi kokonaisvaltaista markkinateoriaa.[144] Tällaista yleisesti hyväksyttyä, kokonaisvaltaista teoriaa ei vielä toistaiseksi näyttäisi syntyneen. Käytännöllisin käytettävissä olevista vaihtoehdoista on kokonaisvaltainen, eklektinen lähestymistapa, jossa yhdistellään elementtejä keskenään kilpailevista teorioista.

Monopolin varjossa kyse on markkinavoimaisen yrityksen tai yritysryhmän kyvystä nostaa hintoja, heikentää laatua tai muutoin huonontaa kauppakumppaneille tarjottavia ehtoja. *Varjoa hyödynnetään* perimällä korkeampia hintoja. Asiakkaan kyky siirtyä pois varjosta aurinkoisempaan, edullisempaan paikkaan vaihtelee sen mukaisesti, kuinka riippuvainen asiakas on varjon yllensä heittävästä yrityksestä. Määräävässä asemassa oleva yritys voi *rajoittaa asiakkaan liikkumavaraa* sitomalla tämän itseensä.

Määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijat voivat reagoida varjoon kahdella tavalla. Ne voivat hyötyä varjosta nostamalla itsekin hintoja. Edellä käsitelty hintajohtajuusmalli havainnollistaa, miten kumpikin osapuoli hyötyy. Toisaalta kilpailijat voivat reagoida hinnankorotukseen lisäämällä tuotantoaan. Tällöin varjoa on *puolustettava*. Kilpailijaa on estettävä pääsemästä varjoon. Varjon puolustaminen voi tapahtua joko edellä käsitellyn asiakkaiden sidonnan tai suoraan kilpailijoihin kohdistettujen toimenpiteiden avulla. Markkinoita hallitseva yritys voi pyrkiä jo ennakollisesti estämään alallepääsyn (strategiset investoinnit) tai nostamaan kilpailijan kustannuksia tasolle, jolla varjona ilmentyvän hintatason haastaminen käy tälle liiketaloudellisesti epäedulliseksi (*raising rivals' costs*). Radikaaleimpana toimenpiteenä kyseeseen tulee kilpailijan suoranainen vahingoittaminen (esim. toimituskielto vertikaalisen integraation tilanteessa). Markkinoilta poistumisen ohella monopolikamppailu voi päätyä konsensukseen tietyllä hintatasolla. Tällöin alun perin varjoa haastamaan pyrkineet pienemmät yritykset toteavat aggressiivisen kilpailun kannattamattomaksi ja vaihtavat markkinaosuuden kasvattamiseen tähdänneen strategiansa katetta kasvattavaan markkinajohtajan hintojen ja muiden ehtojen seurailemiseen.

Markkinavoiman tarkastelussa ei voida syrjäyttää dynaamista tehokkuutta. Markkinavoima riippuu rakenteellisista olosuhteista, erityisesti taloudellisten resurssien suhteellisesta jakautumisesta kilpailijoiden välillä ja suhteessa asiak-

---

[144] Hintateorian rajoittuminen yhden kilpailun parametrin, hinnoittelun tarkasteluun, on sinänsä hyväksyttävä ja järkevä tutkimuskohteen rajaus, joka mahdollistaa yhden keskeisen kilpailutekijän pistekohtaisen mallintamisen. Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta rajoittuminen vain yhteen tekijään voi antaa realistista, oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettävissä olevaa kokonaiskuvaa määräävästä markkina-asemasta ja sen mahdollisesta väärinkäytöstä. Taloustieteessä tutkija voi rajata ceteris paribus -oletuksin sellaisen kysymyksen ulkopuolelle, jonka tarkastelu ei sovi malliin tai joka heikentäisi sen selittävyyttä. Lakia soveltava viranomainen ei voi jättää mitään ratkaisun kannalta oikeudellisesti relevanttia tosiseikkaa tarkastelun ulkopuolelle.

kaisiin. Yritysten toimenpiteet luovat, lisäävät ja vähentävät markkinavoimaa monimutkaisessa vuorovaikutusten verkossa.[145] Jos kyse on innovaatioon perustuvasta tilapäisestä markkinavoimasta, kilpailuviranomaisen interventio aiheuttaa turhia kustannuksia ja vähentää kiihokkeita toiminnan tehostamiseen.

Määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelua on välttämätöntä tarkastella kokonaisvaltaisesti siten, että huomiota kiinnitetään analyyttisen tarkastelun ensimmäisessä vaiheessa

1) yrityksen mahdollisuuteen kasvattaa omaa hintamarginaaliaan (hinnoitteluvapaus),
2) asiakkaiden riippuvuuteen,
3) kilpailijoiden haavoittuvuuteen, ja
4) markkinaosuuteen ja alallepääsyn esteisiin.

Nämä neljä tekijää menevät analyysissä päällekkäin. Niiden seurauksena syntyy analyysin toisessa vaiheessa määräävässä asemassa olevan yrityksen hintavalta. Kyseessä voi olla

1) suora hintavalta, tai
2) epäsuora hintavalta

Hintavalta eroaa hinnoitteluvallasta siinä, että hintavallan turvin elinkeinonharjoittajalla on mahdollisuus ohjata alansa kilpailuolosuhteita tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla kokonaisuudessaan. Hinnoitteluvapaus ilmenee konkreettisessa sopimussuhteessa mahdollisuutena asettaa hinta selkeästi tuotantokustannusten yläpuolelle. Hintavalta tarkoittaa kykyä suoraan tai epäsuoraan ohjata hintatason kehittymistä. Luonnollisesti hintavaltaa omaavalla yrityksellä on samalla hinnoitteluvaltaa. Sitä vastoin hinnoitteluvapaus ei merkitse läheskään sitä, että yrityksellä olisi mahdollisuus nostattaa yleisesti markkinoilla vallitsevaa hintatasoa ylöspäin. Suppeimman määritelmän mukaan hinnoitteluvapaus tarkoittaa luopumista täydellisen kilpailun abstraktioista, jossa yritys on täysin sidottu markkinoilla määräytyvään hintatasoon. Mukautetussa täydellisen kilpailun teoriassa yrityksen marginaalikustannukset korvataan hinnoittelulla, jossa tuotantokustannuksiin lisätään keskimääräistä korkokantaa edustava prosenttiosuus ja liiketoiminnan riskin perusteella määräytyvä kohtuullinen voitto (riskipreemio).

Tässä tutkimuksessa hinnoitteluvapaudella tarkoitetaan mahdollisuutta hinnoitella hyödykkeet siten, että yrityksen voitto ylittää edellä määritellyllä tavalla korjatut kustannukset. Myös näin määritelty hinnoitteluvapaus eroaa hinta-

[145] Varjokaan ei pysy paikallaan. Maan pyöriessä ja paikallisten sää-olosuhteiden muuttuessa varjo muuttaa paikkaansa, pienenee ja häviää palatakseen myöhemmin taas uudestaan.

vallasta. Lähes jokaisella hyvin johdetulla yrityksellä on hinnoitteluvapaus. Toisaalta se voi seurata yrityskohtaisen riippuvuuden tuomasta vallasta. Hinnoitteluvapaus edustaa siten punktuaalista ja tasoltaan alhaisempaa taloudellisen vallan astetta kuin hintavalta, joka käytännössä edellyttää huomattavaa markkinavoimaa, mahdollisuutta ohjata alan kilpailuolojen kehitystä.

Hintavalta on *suoraa*, jos yrityksellä on välittömästi mahdollisuus nostaa markkinoilla vallitsevaa hintatasoa rajoittamalla omaa tuotantoaan. Hinnankorotuksen tulee olla myös pidemmällä aikavälillä kannattava. Markkina-analyysin tulee ottaa huomioon kilpailun dynamiikka eli asiakkaiden ja kilpailijoiden mahdolliset reaktiot. Jos asiakkaat tai kilpailijat voivat välittömästi reagoida hinnankorotukseen tekemällä sen kannattamattomaksi, suoraa hintavaltaa ei ole.[146]

Suora hintojen nostaminen edellyttää asiakkaiden riippuvuutta. Riippuvuuden tulee ilmetä markkinoilla yleisesti; asiakkaat joutuvat transaktiota *ex ante* harkitessaan maksamaan pyydetyn monopolihinnan. Mikäli asiakkaan riippuvuus ei ole markkinalähtöistä vaan *ex post* sopimussuhteen perusteella syntynyttä, kyse ei ole määräävästä markkina-asemasta. Määräävä asema edellyttää markkinoiden rakenteellista hallintaa. Mikäli riippuvuussuhde perustuu selkeästi kahden osapuolen keskinäiseen sopimussuhteeseen, kyse on sopimusvoimasta, jota säännellään siviilioikeuden instrumentein. Mikäli riippuvuus on tietyssä transaktion vaiheessa (esim. jälkimarkkinat) yleisempää mutta kauppakumppanin ei voida kuitenkaan katsoa hallitsevan markkinoita horisontaalisessa suhteessa, kyse on vertikaalisesta markkinavoimasta. Vertikaalisen markkinavoiman tilanteissa yrityksellä on hinnoitteluvapaus suhteessa siitä riippuvaisiin yrityksiin, mutta ei hintavaltaa laajemmin määritellyillä horisontaalisilla markkinoilla, kun huomioon otetaan kilpailijoiden tarjonta. Se, tarkastellaanko vertikaalisen markkinavoiman kohtuutonta hyödyntämistä määräävän aseman väärinkäyttönä, riippuu kilpailulainsäädännön tavoitteista, suojelukohteista, käytettävissä olevista instrumenteista ja niiden oikeudellisesta soveltamisalasta.

Hintavalta ilmenee *epäsuorasti*, jos se saavutetaan asiakkaisiin tai kilpailijoihin kohdistettujen toimenpiteiden seurauksena. Suoraa hintavaltaa voidaan väärinkäyttää syrjimällä asiakkaita keskenään. Tämä tapahtuu porrastamalla hinnoittelu asiakkaiden kysyntäkäyrän mukaan. Alennuksia myönnetään vain niille asiakkaille, joilla on mahdollisuus kääntyä kilpailijan puoleen. Epäsuorasti hintavaltaa käytetään myös estämällä kilpailijoiden toimintaa. Jos kilpailijat eivät pääse markkinoille, joutuvat niiltä poistumaan tai menettävät kilpailupotentiaaliaan tuotantokustannustensa nostattamisen seurauksena, seurauksena kaikissa tapauksissa on, että määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluvalta epäsuorasti nousee.

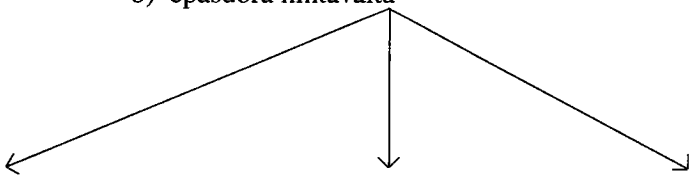
---

[146] Määritelmä vastaa neoklassisen taloustieteen markkinavoiman määritelmää (Utton, Landes ja Posner).

Määräävän markkina-aseman rakenne-elementit hinnoittelun kannalta tarkasteltuna voidaan esittää seuraavan kaaviokuvan muodossa:

I HINNOITTELU

1) hinnoitteluvapaus
2) hintavalta
   a) suora hintavalta
   b) epäsuora hintavalta



II KILPAILIJAN POISSULKEMINEN | III ASIAKKAAN RIIPPUVUUS | IV ALALLEPÄÄSYN ESTEET

Määräävän markkina-aseman rakenne-elementtien analyyttinen tarkastelu avaa mahdollisuuden kartellien, määräävän markkina-aseman väärinkäytön ja yrityskauppojen välisten systemaattisten rakenneyhteyksien hahmottamiseen. Kilpailua rajoittavien sopimusten kielto, yksipuolisen markkinavoiman väärinkäytön torjuminen ja yrityskauppavalvonta tulee nähdä samaa päämäärää palvelevina, toisiaan tukevina instrumentteina.

3.2 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA RAKENTEELLISESSA TARKASTELUSSA

Rakenteellisessa tarkastelussa määräävä markkina-asema sijoittuu markkinamuotona oligopolin eli harvainkilpailun ja monopolin eli yhden tarjoajan markkinatilanteen välimaastoon. Yhden yrityksen määräävä asema vastaa lähtökohtaisesti osamonopolia. Rakenteellisessa tarkastelussa yhden yrityksen markkinavoima muotoutuu *erityisesti* seuraavien tekijöiden perusteella:

1. suurimman yrityksen markkinaosuus verrattuna pienempiin kilpailijoihin;
2. tuotedifferointi, joka vähentää kilpailijoiden tarjoamien hyödykkeiden välitöntä korvaavuutta määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamien hyödykkeiden kanssa;
3. kysynnän korvaavuus ja potentiaalisten kilpailijoiden kohtaamat alallepääsyn esteet.

Rakenteellisessa tarkastelussa määräävä markkina-asema voidaan määritellä oligopolin ja monopolin välimaastoon sijoittuvaksi markkinarakenteeksi, jossa

yksi yritys korkean markkina-osuuden, alallepääsyn esteiden ja muiden markkinoiden rakenteesta johtuvien kilpailuetujensa perusteella hallitsee markkinoita. Rakenteellisessa tarkastelussa alusta alkaen keskeisellä sijalla on ollut alallepääsyn esteiden selvittäminen.

3.2.1 Kuinka korkea markkinaosuus viittaa määräävään asemaan?

Kuinka suurella markkinaosuudella yleisesti ottaen on mahdollista puhua yhden yrityksen määräävästä markkina-asemasta, vaihtelee kirjoittajalta toiselle. *Shepherd* toteaa, että määräävästä markkina-asemasta voidaan puhua 40 %:n markkinaosuudella, jos ero suurimpiin kilpailijoihin on selvä.[147] *Scherer ja Ross,*[148] kuten myös *Geroski*[149] mainitsevat saman prosenttiosuuden. *Jacquemininin* mukaan nyrkkisääntönä voidaan pitää 50 %:n osuutta. Toisaalta taloustieteellisessä kirjallisuudessa esitetään myös korkeampia, esim. 60-75 %:n rajoja. *Williamsonin* mukaan määräävästä asemasta voidaan puhua silloin, kun yhden yrityksen markkinaosuus ylittää jatkuvasti 60 %:n rajan.[150] Mentäessä yli 90 %:n ilmeisesti useimmat taloustieteilijät hyväksyisivät olettaman määräävästä asemasta. Kotimaisessa kirjallisuudessa *M. Virtanen* pitää määräävää asemaa vielä 50 %:n kynnyksen kohdalla epäselvänä.[151] Ongelmana taloustieteellisen kirjallisuuden kartoituksessa on pidettävä sitä, ettei määräävä markkina-asema ole käsitteenä erityisen hyvin vakiintunut.[152] Toisin kuin termille

---

[147] Shepherd (1997) s. 77: "A firm is dominant when it has over 40 per cent of the sales in the market ant it has no close rival".

[148] Ks. Scherer/Ross (1990) s. 221: "In some industries, a single firm or jointly acting group of firms holds a dominant position (for the single firm, a market share of 40 pre cent or more)".

[149] Ks. Geroski (1987) s. 144, alaviite 1: "There is a debate (which need not concern us here) concerning the appropriate definition of dominance. A market share of 40 per cent is the conventional cut-off point, although it is arguable that, in defining a dominant firm by its market share, one is defining a cause by its consequence."

[150] Ks. Williamson, Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations (1972), alaviite 1: "Dominant firm industries will be defined, for the purpose of this article, to be industries for which the output of a single firm has persistently exceeded 60 % of the relevant market".

[151] Ks. M. Virtanen (1998) s. 22: "While there would seem to be a wide gap between the oligopolistic market forms and the monopolistic ones, few mainstream economists would deny that a firm with a market share of 95 % is likely to be much more a near monopoly than one with a share of 50 %. In the latter case, the boundary between tight variants of oligopoly and the dominant firm market structure can no longer be clear." Ks. myös s. 316. Virtanen toteaa tämän tutkimuksen tekijän kanssa yhteneväisesti, ettei pelkkä markkinaosuuden tarkastelu voi antaa luotettavaa käsitystä yrityksen markkinavoimasta. Ks. M. Virtanen (1998) esim. alaviite 15 sivulla 22.

[152] Kuten edellä on todettu, kirjallisuudessa termejä monopoli, monopolivoima, määräävä markkina-asema ja markkinavoima käytetään kolmella eri tavalla, joko ekplisiittisesti tai implisiittisesti toistensa synonyymeinä tai kuvaamaan erilaisia markkinavoiman aste-eroja.

monopoli,[153] määräävälle asemalle ei näytä muodostuneen yhtä yksiselitteistä merkityssisältöä.[154] Herää myös kysymys, kuinka usein prosenttiosuuden mainitseminen perustuu tuomioistuinten antamiin juridisiin määritelmiin ja kuinka usein omakohtaiseen taloudelliseen tutkimukseen. Selvää on, että kyse voi olla vain lähtökohdasta.

Korkea markkinaosuus ei mitenkään automaattisesti osoita, että yrityksellä olisi määräävä markkina-asema. Erityisesti uusien tai teknisesti kehittyvien tuotteiden osalta kilpailijoiden kulloinkin hallussaan pitämät markkinaosuudet voivat vaihdella huomattavasti vuodesta toiseen. Markkinavoimaan vaikuttavat kysynnän elastisuus ja alalle pääsyn esteet. Näistä johtuen kahden yrityksen markkinavoima voi olla varsin erilainen, vaikka kummankin markkinaosuus olisi esim. 40 %. Yleisemminkään korkeata osuutta ei voida ylläpitää tai ainakaan väärinkäyttää suhteessa asiakkaisiin, jos kilpailijoiden markkinoillepääsy on esteetöntä. Varovaisuuteen antaa aihetta myös se, että markkinaosuus riippuu ratkaisevasti relevanttien markkinoiden määrittelystä. Jos markkinat rajataan esimerkiksi yhden yrityksen omiin tuotteisiin, on varsin todennäköistä, että yrityksellä on määräävä asema.[155] Markkinamäärittelyssä syntyneet epäjohdonmukaisuudet heijastuvat suoraan saatavien markkinaosuuksien korkeuteen. Toisekseen, korkea markkinaosuus kertoo pikemminkin jostain korkeaa osuutta hallussaan pitävän yrityksen etulyöntiasemasta verrattuna kilpailijoihinsa. Korkea markkinaosuus on siten pikemminkin taustalla olevan kilpailuedun ilmentymä kuin varsinainen markkinavoiman syy.[156]

Korkea markkinaosuus antaa yritykselle markkinavoimaa, koska markkinoilla ei ainakaan lyhyellä tähtäimellä ole korvaavaa tarjontaa, jonka puoleen

---

[153] Sekaannusta lisää se, että amerikkalaisessa kirjallisuudessa termejä monopoly ja monopoly power käytetään yleisesti kuvaamaan samaa asiaa, josta Euroopassa käytetään termiä määräävä markkina-asema. Lisäksi tarkempi tarkastelu voi paljastaa eroja viranomaisten puuttumiskynnyksen osalta.

[154] Eurooppalaisen oikeudellisen termin määräävä markkina-asema alla analysoidaan "huomattavan" markkinavoiman eri asteita lähtien liikkeella "selvistä" legaalisen ja luonnollisen monopolin tilanteista sekä päätyen osamonopolien kautta dynaamisiin jaetun määräävän aseman tilanteisiin oligopoleissa.

[155] Kysymys on tällöin siitä, onko markkinoiden määritteleminen yhden yrityksen tuotteiden kannalta ylipäänsä mielekästä. Relevanttien markkinoiden määrittely on tällöin tavallaan toimenpiteenä turha, kun lopputulos on etukäteen jo selvillä. Kyse on siitä, voidaanko markkinavoima määritellä jollakin muulla tavalla. Olen toisessa yhteydessä todennut, että niin sanotuissa vertikaalisen markkinavoiman tapauksissa jokin toinen määrittelytapa kuvaisi paremmin kyseistä ilmiötä kuin lähestyminen relevanttien markkinoiden määrittelyn kautta. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 260–262.

[156] Korkealle markkinaosuudelle ei tule siten antaa itseisarvoa. Toisaalta pidemmän aikaa säilytetty korkea markkinaosuus on usein ilmentymä taustalla olevista kilpailueduista. On myös tehtävä ero itse määräävän aseman ja haitallisena pidettävän markkinakäyttäytymisen välillä. Määräävää asemaa ei voida aina pitää vahingollisena. Ks. esim. M. Virtanen (1998) s. 24–25. Määräävän aseman ja sen väärinkäytön välillä tulee tehdä ero juuri siksi, ettei keskittymisen purkaminen ole järkevää, jos samalla menetetään merkittäviä tehokkuusetuja, joihin määräävä asema on perustunut.

asiakas voisi kääntyä, mikäli markkinoita hallitseva yritys korottaa hintojaan. Tarjolla olevan kapasiteetin epäsymmetrisyys tuo markkinavoimaa sille taholle, jolla kapasiteettia on olennaisesti muita enemmän.[157] Mitä korkeampi yrityksen markkinaosuus on, sitä vähemmän sen täytyy leikata tuotantoaan saadakseen markkinoilla läpi tietyn suuruisen hinnankorotuksen. Toisaalta useita vuosia hallussa pidetty korkea markkinaosuus viittaa siihen, että yrityksellä täytyy olla puolellaan olennaisia kilpailuetuja, joiden turvin markkinajohtajuus on saavutettu ja säilytetty.

3.2.2 Alallepääsyn esteet

Markkinoiden rakenteellisessa tarkastelussa keskeinen merkitys on alallepääsyn esteillä. Harvardilaisen *J.S. Bainin* keskeinen oivallus oli se, ettei markkinavoimaa voida ainakaan pitkällä aikavälillä hyödyntää ilman alallepääsyn esteitä.[158] Muussa tapauksessa hinnankorotus johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille. Bain puhuu kolmenlaisista markkinoille pääsyn rajoitteista, joista markkinoille jo etabloituneet yritykset voivat nauttia ja jotka rajoittavat uusien tulokkaiden mahdollisuuksia aloittaa tietyillä markkinoilla kannattava liiketoiminta: 1) absoluuttiset kustannusedut, 2) tuotedifferoinnoista seuraavat edut ja 3) merkittävät mittakaavaedut.[159] Edellä on todettu, että eräs keskeisistä eroista harvardilaisen ja chicagolaisen näkemyksen välillä liittyy alallepääsyn esteisiin. Harvardilaisten mielestä alallepääsyn esteitä aiheutuu mm. tuotannon vaatimasta vähimmäiskoosta, vakiintuneista asiakassuhteista ja tuotedifferoinnista. Alallepääsyn esteillä tarkoitetaan kaikkia oikeudellisia tai taloudellisia tekijöitä, jotka rajoittavat kilpailijoiden pääsyä markkinoille. Chicago-koulu pitää alallepääsyn esteinä lähinnä valtiovallasta johtuvia esteitä, jotka estävät tehokkaan yritystoiminnan aloittamisen. Sen sijaan esimerkiksi mainontaa, tuote-eroja, toiminnan aloittamisen vaatimaa vähimmäispääomaa tai vertikaalista integraatiota ei pidetä alallepääsyn esteinä vaan ilmauksena yritysten markkinakäyttäytymisestä tai taloudellisesta tehokkuudesta.[160]

Chicagolaista alalle pääsyn esteiden määrittelytapaa voidaan pitää perusteltuna, jos markkinavoima nähdään kielteisenä ilmiönä. Tällöin on perusteltua määritellä esteet suppeasti ja kiinnittää huomiota vain sellaisiin alallepääsyn esteisiin, jotka absoluuttisesti estävät muita yrityksiä aloittamasta toiminnan samoilla markkinoilla. *Jos markkinavoimaan suhtaudutaan neutraalisti, kuten tässä tutkimuksessa, perustellumpaa on tarkastella kaikkia niitä tekijöitä, joi-*

---

[157] EY:n tuomioistuin viittasi tähän perusteluun tapauksessa *Hoffmann-La Roche*; ks. tuomion kohta 39.
[158] Ks. Bain, Barriers to New Competition (1956) s. 3.
[159] Bain (1956) s. 14–15.
[160] Posner, The Chigago School of Antitrust Analysis (1979), s. 929.

den perusteella yritys päättää jättäytyä tiettyjen markkinoiden ulkopuolelle, vaikka markkinoille tuleminen periaatteessa olisi mahdollista. Yrityksen kannattaa tulla markkinoille ainoastaan silloin, jos uusilta markkinoilta saatavien tulojen voidaan katsoa ylittävän alallepääsyn kustannukset. Alalletulon todennäköisyyttä tulee tarkastella post-entry hintatasolla ja vaihtoehtoisten kustannusten näkökulmasta. Näin määriteltynä chicagolainen analyysi kärsii alallepääsyn esteiden vähättelystä ja liian pitkästä tarkasteluvälistä. Markkinoiden kehittyminen jää liiaksi tulevaisuuteen liittyvien epävarmojen tekijöiden varaan.[161]

3.2.3. Yrityksiä dynamisoida rakenteellista tarkastelua

SCP-kehikon puutteena on pidettävä staattisuutta, mistä syystä Harvardin koulukunnan piirissä kehitetty rakenteellinen tarkastelu ei yksinään riitä analyysivälineeksi. Määräävän aseman tunnusmerkkeinä voidaan pitää absoluuttisesti ja suhteellisesti korkeaa markkinaosuutta, hinta-kustannusmarginaalia ja jatkuvaa hintajohtajuutta.[162] Olennaista on se, että pelkkien numeroiden ohella huomiota kiinnitetään niiden taustalla oleviin taloudellisiin tekijöihin.[163] Määräävä asema voi osoittautua dynaamisessa tarkastelussa väliaikaiseksi ilmiöksi. Seuraavassa käsitellään kolmea vaihtoehtoa, miten rakenteellista tarkastelua on mahdollista täydentää yritysten käyttäytymistä sekä tulevaa kehitystä koskevalla dynaamisella tarkastelulla.

3.2.3.1 Kilpailuedun elinkaari

Kilpailuedun elinkaarta koskeva ajattelu korostaa tarkastelun dynaamisuutta ja markkinoiden kykyä itse purkaa valtakeskittymiä.[164] Mikä tahansa kilpailuetu on ohimenevä, jos tarkasteluaikaväliä pidennetään riittävästi.[165] Määräävään asemaan voidaan tästä huolimatta puuttua, jos olennaisia haittavaikutuksia oletetaan syntyvän ennen markkinoiden korjausliikettä, tai yritys ryhtyy toimenpiteisiin, joilla se pyrkii keinotekoisesti pidentämään määräävän aseman kestoa yli sen, mihin yrityksen oma tehokkuus luontevasti antaa aihetta.

---

[161] Schmidt (1999) s. 25–26.
[162] Ks. M. Virtanen (1998) s. 316.
[163] Ks. esim. Kuoppamäki (2002 a) s. 58–61.
[164] Ks. esim. M. Virtanen (1998) s. 107. M. Virtanen nostaa väitöskirjassaan kilpailuedun pysyvyyttä koskevan tarkastelun yhdeksi määräävän aseman määrittelyyn liittyvästä neljästä elementistä. Tämä perustuu siihen, ettei kilpailuetu tai määräävä asema ole historiallisessa tarkastelussa "pysyvä", vaan ennemmin tai myöhemmin etu ja/tai asema menetetään.
[165] Esimerkiksi sadan vuoden aikajänteellä määräävän aseman ongelmaa ei ilmeisesti lainkaan olisi. Eri asia on että näin pitkä tarkasteluväli olisi yhteiskuntapoliittisesti mieletön.

M. Virtasen mukaan historiallisen tarkastelun perusteella on "täysin selvää", että määräävä markkina-asema rapautuu ajan myötä.[166] Sitä vastoin esim. *Geroski* toteaa, ettemme tiedä kovinkaan paljoa siitä, kuinka nopeasti markkinat korjaavat vääristymiä. Vaikka määräävä asema lähtökohtaisesti rapautuu, ei voida olettaa, että se tapahtuisi nopeasti, systemaattisesti ja varmasti.[167] *P. Virtanen* toteaa Geroskiin viitaten, ettei M. Virtasen teesiä määräävän aseman rapautumisesta voida sellaisenaan hyväksyä, vaikka huomion kiinnittämistä markkinoiden dynamiikkaan sinänsä voidaan pitää oikeana.[168] *Geroskin* mukaan riski määräävän aseman menettämisestä on suurin silloin, kun markkinajohtaja on "laiskistunut" riittävän kilpailun puuttuessa ja "tuudittautuu" tehottomaan toimintaan. Tällöin se ei välttämättä osaa ajoissa reagoida uuden yrityksen haasteeseen.[169] Toisaalta eräs Yhdysvalloissa suoritettu case-tutkimus viittaa siihen, että määräävä asema voidaan säilyttää pitkänkin ajanjakson, jopa kymmeniä vuosia.[170] Rapautuva kilpailuetu voidaan usein korvata uudella edul-

---

[166] Ks. M. Virtanen (1998) s. 317: "Economic history leaves no doubt whatsoever that all competitive must ultimately face erosion. ...Market dominance is not only a static but a stage in the natural procession of life cycle of a firm's competitive advantage."

[167] Ks. Geroski 1987 s. 143: "The thesis of this paper is that a critical examination of the empirical evidence indicates that the presumption of decline is based on extremely weak foundations. Dominant firms do decline, but the notion that there is anything quick, systematic, or inevitable about it is doubtful." Artikkeli on julkaistu kirjassa Hay/Vickers (1987) s. 143–167. Ks. myös P. Virtanen (2001) s. 155 alaviite 306.

[168] Ks. P. Virtanen (2001) s. 155–158.

[169] Ks. Geroski (1987) 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." Ks. myös P. Virtanen (2001) s. 158, alaviitteet 310 ja 311.

[170] Ks. Rosenbaum (toim. 1998). Teoksessa tarkastellaan määräävän aseman saavuttamiseen, säilyttämiseen ja menettämiseen liittyviä kysymyksiä tunnettujen amerikkalaisten monopolisoimistapausten puitteissa. Käsiteltäviä yrityksiä ovat Standard Oil, American Tobacco, Dow Chemical, Eastman Kodak, General Motors, IBM, Microsoft, Blue Cross ja AT&T. Rosenbaumin johtopäätöksenä on, että sysäyksen määräävän aseman syntymiselle on yleensä antanut yrityksen ensimmäisenä alallaan käyttöön ottama teknologinen innovaatio ja sen tuottamat kilpailuedut, joskin kilpailunrajoituksilla ja yleisemmin strategisella käyttäytymisellä on myös ollut keskeistä merkitystä (s. 228–233). Määräävän aseman säilyttämisaika on vaihdellut reilusta kymmenestä vuodesta lähes sataan vuoteen. Tässä mielessä määräävä asemaa on onnistuttu ylläpitämään suhteellisen hyvin (s. 233). Osa määräävän aseman puolustamismekanismeista, kuten tuotekehittely, on ollut selvästi tehokkuutta lisääviä, osa tehokkuusvaikutuksiltaan epäselviä tai kyseenalaisia, esim. vertikaalinen integraatio, asiakkaiden sitominen, hintasodat ja kauppapolitiikan hyödyntäminen kilpailijoiden vahingoksi. Useampi yrityksistä käytti menettelytapoja, joilla jo ennakolta pyrittiin estämään uusien yritysten markkinoille pääsyä (s. 233–238). Yritykset näyttävät pystyvän säilyttämään määräävän aseman, mikäli ne pystyvät luomaan ja säilyttämään kilpailuetuja (s. 241). Mikäli määräävä asema on ongelma, sen torjuminen kilpailupolitiikan keinoin on räätälöitävä vastaamaan alan erityispiirteitä (s. 244). Määräävän aseman menettäminen oli yhteydessä kilpailuetujen hiipumiseen esim. markkinoilla tapahtuneen paradigmaattisen muutoksen tai yritysjohdon virhearviointien seurauksena (s. 247–248). Rosenbaumin niukahkona johtopäätöksenä jää käteen, ettei määräävän aseman syntymistä pidä pyrkiä estämään, mikäli se perustuu selkeille tehokkuuseduille ja kyse ei ole räikeistä kilpailunrajoituksista. Tämä viittaisi rule of

la. Määräävällä asemalla voi olla keskeinen merkitys uuden edun luomisessa.[171] Kilpailuetuja onkin tarkasteltava myös jatkumona, monimutkaisena yritys- ja asiakaskohtaisten etujen ja haittojen muodostamana vyyhtinä. Voidaan yhtyä *P. Virtasen* näkemykseen, ettei mitään yleistä määräävän aseman rapautumista koskevaa oletusta voida ottaa lähtökohdaksi.[172] Kilpailupoliittisesti relevanttia ei ole niinkään kysymys siitä, rapautuuko määräävä asema jollain aikavälillä, vaan se, kuinka nopeasti rapautuminen tapahtuu. Kilpailuviranomaisen toimenpiteiden tarvetta on arvioitava määräävän aseman todennäköisen keston ohella myös sen voimakkuuden sekä kuluttajien hyvinvoinnille ja kilpailuprosessin toimivuudelle aiheutuvan haitan perusteella.[173] Vaikka määräävä asema rapautuisikin, kilpailuviranomaisen toimenpiteet voivat olla muista syistä perusteltuja.

3.2.3.2 Markkinoiden koeteltavuus

Erityisen pitkälle vietynä ajatusta markkinoiden itseoikaisusta edustaa *Baumolin, Pantzarin ja Willigin* kehittämä teoria markkinoiden koeteltavuudesta *(contestability of the markets)*, jossa korjausliike tapahtuu välittö-

---

reason tyyppisen sääntelyn tarpeellisuuteen (s. 253). Tarkastelluista 11 yrityksestä 9 menetti lopulta määräävän asemansa. Toisissa tapauksissa markkinat näyttivät toimivan, toisissa eivät. Lopputulemana näyttäisi oleva non liquet -tilanne. Määräävän aseman saavuttaminen, säilyttäminen ja menettäminen perustuu kilpailuetuihin. Toisaalta mitä markkinavoimaisempi yritys on, sitä paremmat mahdollisuudet sillä on käyttää strategisia menettelytapoja, joilla määräävän aseman säilyttämisaikaa keinotekoisesti pidennetään. Lienee vähemmän yllättävää, ettei tutkimus anna helppoja vastauksia sen enempää määräävän aseman säilyttämisen kuin rapautumisenkaan suhteen. Kyse on monimuotoisesta ja suhteellisesta ilmiöstä.

[171] Otetaan esimerkiksi tietokoneiden ohjelmistomarkkinat. Periaatteessa jokaista ohjelmasukupolvea voitaisiin tarkastella omina markkinoinaan, jolloin toisen yrityksen parempi ohjelmisto seuraavassa sukupolvessa johtaisi markkinajohtajan vaihtumiseen. Näin ei välttämättä tapahdu, sillä olemassaoleva asiakaskanta luo määräävässä asemassa olevalle yritykselle etulyöntiaseman ainakin, mikäli kilpailijan etu ei ole huomattava. Aiemmat asiakassuhteet luovat ikään kuin sillan kahden tuotesukupolven välille. Lisänä on mahdollisuus hyödyntää markkinavoimaa esim. sidonnan ja niputtamisen avulla.

[172] P. Virtasen tapaa siteerata M. Virtasen tutkimusta ei voida pitää täysin korrektina. Toisin kuin P. Virtasen esityksen perusteella voisi ymmärtää, M. Virtanen ei esitä väitettä määräävän aseman rapautumisesta absoluuttisena. Ks. M. Virtanen (1998) s. 113: "As stated, the collapse of a competitive advantage is a general prediction, valid as a general proposition, but not necessarily so in any particular instance." Määräävää asemaa voidaan puolustaa strategisin ja systemaattisin kilpailukeinoin ja tällä tavalla pidentää dominanssia siitä, mihin yrityksen suurempi tehokkuus antaisi mahdollisuuden.

[173] Esimerkiksi tietyn merkittävän urheilukilpailun järjestäjä voi olla määräävässä asemassa lipunmyynnin osalta ja syyllistyä esim. sidontaan tai monopolihinnoitteluun. Määräävä asema rapautuu välittömästi, kun liput po. kilpailuun on myyty, tai viimeistään, kun tapahtuma on ohi. Vaikka määräävä asema on varmasti ohimenevä ja rapautuu ennalta tiedetyn lyhyen aikajänteen sisällä, kilpailuviranomaisen interventio voi silti olla perusteltu kuluttajille aiheutuvan haitan voimakkuuden perusteella.

mästi.[174] Teoreettisessa tilanteessa, jossa markkinat ovat täydellisen koeteltavat *(perfectly contestable market)*, markkinoille tulo ja niiltä poistuminen on täysin vapaata.[175] Contestability-teoriassa alalle tulon vaatimat investoinnit *(entry costs)* eivät ole merkityksellinen tekijä, sillä pääomamarkkinoiden uskotaan toimivan tehokkaasti ja rahoittavan kaikkia järkeviä hankkeita. Ratkaisevia ovat alalta poistumisen kustannukset (exit costs). Teorian uskotaan toimivan parhaiten helposti liikuteltavien tuotannontekijöiden, kuten esimerkiksi lentokoneiden, kuorma-autojen ja rekkojen osalta, jotka voidaan tuoda nopeasti markkinoille ja siirtää taas pienin kustannuksin toisaalle kilpailutilanteen muuttuessa. Jatkuva alalle tulon uhka pakottaa suurimmatkin yritykset toimimaan mahdollisimman tehokkaasti ja pitäytymään hinnankorotuksista. Mikäli markkinajohtaja korottaa hintoja, potentiaalinen kilpailija tulee markkinoille ja vie asiakkaan. Kun asiakkaan menetys huomataan, markkinajohtaja reagoi hinnanalennuksella. Tällöin markkinoille tullut yritys poistuu markkinoilta. Johtopäätöksenä markkinajohtajan ei edes kannata yrittää korottaa hintoja, koska tämä vain johtaisi uuden kilpailijan alalletuloon. Teorialla pyritään osoittamaan, että täydellistä kilpailua vastaava tasapainohinta voidaan saavuttaa myös keskittyneillä markkinoilla. Edes sadan prosentin markkinaosuus ei toisi markkinavoimaa, jos potentiaaliset kilpailijat voisivat iskeä aina silloin, kuin hintoja korotetaan, ja poistua taas markkinoilta heti kuin inkumbentti vastaa hinnanalennuksella *("hit and run")*. Markkinoiden koeteltavuus estää "määräävän aseman" väärinkäytön tai paremminkin rapauttaa hallitsevan aseman. Toimiessaan teoria minimoi tarpeen säännellä markkinavoimaa kilpailuoikeuden keinoin.[176]

Contestability-teoria näyttäisi perustuvan varsin restriktiivisille oletuksille, joita vain harvoin tavataan käytännössä. *Schmidt* tiivistää kirjallisuudessa esitetyn kritiikin seuraavasti:[177]

1. Contestability-teorian mukaan keskittyneilläkin markkinoilla voidaan saavuttaa täydellisen kilpailun kaltainen tasapainotilanne; markkinoiden koeteltavuus voisi siten periaatteessa antaa uuden normatiivisen lähtökohdan kilpailupolitiikalle.
2. Teorian toimivuus riippuu ratkaisevasti oletuksesta, jonka mukaan markkinoille pääsyn ja niiltä poistumisen esteitä ei ole; tähän kysymykseen vastaaminen edellyttää vastausta Bainin ja *Stiglerin* erimielisyyteen, pidetäänkö alallepääsyn esteinä kaikkia markkinoille tuloa estäviä tekijöitä vaiko vain sellaisia tekijöitä, jotka rasittavat vain uusia alalle pyrkijöitä.

---

[174] Baumol/Panzar/Willig, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure (1982) revised edition, 1988. Ks. myös lyhyttä esittelyä teoksessa Baumol/Blinder, Economics, Principles and Policy (2001) s. 264 ss.

[175] Onnistuneesta teorian yhteenvedosta kilpailuoikeuden kannalta ks. P.Virtanen (2001) s. 127–131.

[176] Ks. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 50.

[177] Ks. Schmidt (1999) s. 70–71.

3. Teorian toimivuus riippuu ratkaisevasti uponneiden kustannusten määrästä, mihin kilpailupolitiikalla voidaan osittain pyrkiä vaikuttamaan (esim. lentokenttien tai runkoverkkojen omistamisen ja käyttöoikeuden erottaminen toisistaan alallepääsyn helpottamiseksi).
4. Ei ole selitettävissä, miksi hyödykettä kysyvät yritykset reagoivat välittömästi markkinajohtajan hinnankorotukseen, mutta markkinoilla toimiva yritys reagoi vasta viiveellä menetettyään asiakkaan.
5. On kyseenalaista, voidaanko staattista tasapainomallia pitää evolutionäärisen kilpailuprosessin ohjenuorana; mallista lienee enemmän hyötyä harkittaessa yksittäistapauksissa tarvetta ja keinoja säännellä erityisaloja, esim. luonnollisia monopoleja.[178]

Contestability-teorian kuvaama "guerilla-kilpailu" lienee erittäin harvinaista. Käytännössä alallepääsyn ja niiltä poistumisen esteet rajoittavat siirtymistä markkinoilta toisille. Ei juurikaan voida osoittaa tilanteita, joissa alalletulo olisi täysin ilmaista ja ilman aikaviivettä mahdollista.[179] Oletukset vapaasta, absoluuttisesta ja täysin peruttavissa olevasta alalletulosta eivät käytännössä toteudu.[180] Teoriassa jää vähälle huomiolle myös se, ettei hintataso ole ainoa kilpailuparametri.[181] *Shepherd* on sitä mieltä, että Post-Chicago-koulukunnan myötä contestability-teorian uskottavuus oli pitkälti hävinnyt Yhdysvalloissa 1990-luvun loppuun mennessä.[182] Voidaan ajatella, että harkitessaan alalletulon kannattavuutta yritykset kiinnittävät huomiota etupäässä alalletulon jälkeen vakiintuvaan hintatasoon.

Markkinoiden koeteltavuus on omaksuttu kilpailuoikeudelliseen käsitearsenaaliin alkuperäistä teoreettista mallia yleisemmässä ja maltillisemmassa muo-

---

[178] Schmidt viittaa mm. Dasguptan ja Stiglitzin (1988) artikkeliin, jossa contestability-teorian käyttöarvo on nähty vähäisenä: "The hope that a theory of potential competition would at least enable the extension of welfare economics to modern industrial economics, while it may have been well founded, was not well founded". Ks. Schmidt (1999) s. 71. Ks. myös esim. Fishwick (1993) s. 42–47; Utton (1995) s. 127–130; Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 49–54.

[179] Mallin ei ole todettu toimivan erityisen hyvin edes Yhdysvaltain lentoliikenteessä, jossa liberalisoinnin oletettiin luovan edellytykset markkinoiden koeteltavuudelle.

[180] Ks. myös Timonen (1997), joka toteaa läpikäymänsä kirjallisuuden perusteella, että koeteltavuus-teoriaa on kritisoitu kahdella keskeisellä argumentilla, joista toinen koskee teorian yleistä merkitystä tai sen realistisuutta ja toinen siihen sisältyviä käyttäytymisoletuksia. Markkinoille tulosta aiheutuu aina jonkinasteisia uponneita kustannuksia, joten teorian kaltaisia markkinoita ei ole, ja toiseksi olettamus, että markkinoilla olevat yritykset eivät reagoisi markkinoille tuloon tai sen uhkaan hintakilpailulla, ei ole realistinen. Timonen viittaa edellä mainittuun Fishwickin teokseen.

[181] Määräävässä asemassa oleva yritys voi esim. eriyttää hintojaan siten, että alennuksia tarjotaan vain niille asiakkaille, joilla on mahdollisuus siirtyä potentiaaliselle kilpailijalle, kun muiden osalta hinnat pidetään erillään. Ks. esim. Shepherd (1997) s. 219–220.

[182] Ks. Shepherd (1997) s. 30–31. Ks. myös Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 52: "Given the non-robust nature of the theory, in practice there is no reason to expect outcomes which resemble the theoretical results." Vrt. toisaalta esim. lyhyitä mainintoja teoksessa Carlton/Perloff (2000) s. 6 ja 76, jossa teoriaan suhtaudutaan positiivisemmin.

dossa.[183] Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa markkinoiden koeteltavuudella tarkoitetaan yleisesti sitä, että markkinoille tulo on käytännössä mahdollista ja vaikuttaa havaittavasti markkinoilla jo toimivien yritysten toimintaan.[184] Markkinajohtaja esim. pidättäytyy hinnankorotuksesta, jottei se tulisi luoneeksi edellytyksiä kilpailijan alalle tulolle. Defensiivistä hinnanalennusta ei välttämättä pidä tulkita osoitukseksi määräävän aseman rapautumisesta. Kyse voi olla strategisesta käyttäytymisestä, jolla määräävässä asemassa oleva yhtiö luopuu osasta hintamarginaaliaan turvatakseen jatkossakin korkean markkinaosuuden. Merkittävistä kustannuseduista nauttiva vertikaalisesti integroitunut yritys voi asettaa hintansa tasolle, jolla toiminta on sille itselleen kannattavaa, mutta kilpailijoiden markkinoille tulolta poistuvat kiihokkeet.[185]

Contestability-teoria osoittaa potentiaalisen kilpailun merkityksen. Vaikkei tehokkuusselitykseen tai markkinoiden koeteltavuuteen yleisenä olettamana voida yhtyä, korkea markkinaosuus ei mitenkään automaattisesti johda määräävän aseman toteamiseen, jos alallepääsyn esteet ovat alhaiset.[186] Markkinoiden

---

[183] Ks. esim. Timonen (1997) s. 237. Timonen toteaa keskittymisvalvontaa koskevina johtopäätöksinään seuraavaa: 1. Markkinoiden rakenteella on merkitystä yritysten käyttäytymisen kannalta. Siksi markkinoiden keskittyneisyyttä voidaan ja täytyy käyttää argumenttina arvioitaessa keskittymistä lisäävän järjestelyn mahdollisia vaikutuksia. 2. Yksittäisen yrityksen markkinavoiman (monopoli, monopolia lähenevä tilanne tai määräävä asema) lisäksi on kiinnitettävä huomiota oligopolien syntymiseen ja/tai vahvistumiseen, sillä oligopolistisen kilpailun aiheuttamiin ongelmiin on vaikea puuttua kilpailulainsäädännön muiden keinojen avulla. 3. Keskittymisaste tai markkinaosuus eivät sellaisenaan ole riittäviä kriteerejä keskittymistä lisäävän järjestelyn haitallisuuden olettamiseksi. Niiden lisäksi on kiinnitettävä huomiota markkinoiden ja toimialojen ominaispiirteisiin, erityisesti markkinoiden koeteltavuuteen sekä markkinoilletulon todellisiin mahdollisuuksiin ja kustannuksiin." Johtopäätöksiin 1. ja 3. voidaan varauksitta yhtyä, mutta johtopäätös 2. edellyttää huomattavasti laajempaa tarkastelua, mikä muodostaakin yhden tämän tutkimuksen keskeisistä osa-alueista.

[184] Ks. esim. Whish (2001) 13–14. Kuten Whish toteaa, markkinoiden koeteltavuus kääntää katseen vahingollisempiin kilpailunrajoituksiin, mitä on pidettävä myönteisenä kehityksenä, mutta että toisaalta on kyseenalaista, kuinka paljon markkinoiden koeteltavuus tuo todella uutta verrattuna perinteisempiin kilpailuoikeudellisiin konsepteihin. Tähän voidaan yhtyä. Käytännössä esim. yrityskauppavalvonnassa koeteltavuus ei juurikaan eroa vanhemmasta termistä potentiaalinen kilpailu, joskin ensimmäinen voidaan ymmärtää konkreettisemmaksi ja nopeavaikutteisemmaksi ja jälkimmäinen hitaammaksi ja pitkävaikutteisemmaksi tapahtumaksi. Erityisen lähellä koeteltavuutta on termi tarjonnan korvaavuus, silloin kun sillä tarkoitetaan samoilla markkinoilla toimivien yritysten tuotannon uudelleen suuntaamisen ohella juuri relevanttien hyödykemarkkinoiden ulkopuolella toimivien yritysten tuloa markkinoille hinnan noustessa.

[185] Erityisen selkeänä esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan pitää jäljempänä kotimaisen kilpailuoikeuden lainopillisessa osassa käsiteltävää tapausta *Neste/SEO.*

[186] Van den Bergh ja Camesasca toteavat, että puutteistaan huolimatta koeteltavuus-teoriasta on ollut hyötyä kilpailupolitiikalle, sillä se on kääntänyt huomiota joihinkin relevantteihin kysymyksiin. Chicagolaisen näkemyksen mukaan ongelma ei ole niinkään markkinoiden keskittymisaste, vaan kuten contestability-teoria osoittaa, niiden koeteltavuus. Kilpailuviranomaiset voivat puuttua toimenpiteisiin, joilla määräävässä asemassa olevat yritykset pyrkivät estämään alallepääsyä, esimerkiksi vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin tai ylikapasiteetin rakentamiseen. Toiseksi teoria korostaa sitä, että suuri osa markkinoille pääsyn esteistä aiheutuu julkisen vallan toimenpiteistä. Esimerkiksi markkinoille tulevien yritysten määrää rajoittavat toimilupasäännökset suojaavat

koeteltavuus rajoittaa ainakin pitkällä aikavälillä määräävässä asemassa olevan yrityksen tai oligopolin mahdollisuuksia ylihinnoitella hyödykkeensä. Markkinavoimaa on mahdollista väärinkäyttää vain, mikäli alallepääsyn esteet suojaavat markkinoita hallitsevaa yritystä potentiaaliselta kilpailulta ja mikäli asiakkaiden kysyntä on epäelastista. Milloin mahdollista, alallepääsyn esteiden alentaminen on tehokasta kilpailupolitiikkaa. Koska vain osaan alallepääsyn esteistä voidaan vaikuttaa viranomaistoimin, muitakin toimenpiteitä tarvitaan. Vaikkei contestability-teoriaa voidakaan hyväksyä, on se perusajatukseltaan terve ja järkevä. Teoria osoittaa, ettei johtopäätöksiä yleensä kannata tehdä yksistään markkinarakenteen perusteella.

3.2.3.3 Michael E. Porterin viisi voimaa

Michael E. Porterin mukaan kilpailustrategian on pohjauduttava toimialan houkuttelevuuteen vaikuttavien tekijöiden tuntemukseen ja näiden muuttamiseen yritykselle edulliseen suuntaan. Porter katsoo jopa, että tarve määritellä kilpailutapauksen relevantit markkinat voitaisiin kokonaan välttää vain keskittymällä viittä kilpailutekijää koskevaan analyysiin.[187] Joskin näin ruusuinen lopputulos vaikuttaa ylimitoitetulta, Porterin mallista näyttäisi olevan hyötyä haettaessa realistista tapaa analysoida yrityksen toimintaa ohjaavia voimia. Jokaisella toimialalla kilpailun säännöt sisältyvät *viiteen kilpailutekijään*:

1) uusien kilpailijoiden alalletuloon,
2) korvaavien tuotteiden ja palvelujen uhkaan,
3) asiakkaiden neuvotteluvoimaan,
4) toimittajien neuvotteluvoimaan, ja
5) nykyisten kilpailijoiden väliseen rivaliteettiin.[188]

Näiden viiden kilpailutekijöiden kokonaisvahvuus määrää, millaisen pääoman nettotuoton kullakin toimialalla oleva yritys voi keskimäärin saavuttaa.[189] Toi-

---

alalla jo toimivia yrityksiä kilpailulta ja vähentävät kuluttajien hyvinvointia. Kolmanneksi teoria kiinnittää huomiota markkinoilla käytävän kilpailun ohella markkinoista käytävään kilpailuun. Vaikkei luonnollista monopolia voitaisi estää, voidaan kuitenkin säännellä tarjouskilpailun avulla sitä, kuinka kauan tietyllä yrityksellä on monopoliasema ja millaisia hintoja se perii. Ks. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 52–54.

[187] Ks. M. Porter (2001) s. 17 ss.

[188] Porter, M., Kilpailuetu (1985) s. 16–17. Teoksen suomenkielisessä painoksessa (1. painos, 1985) kohdassa 4. puhutaan "hankkijoiden neuvotteluvoimasta", joka on pitkälti sama asia kuin asiakkaiden neuvotteluvoima. Porterin myöhemmässä englanninkielisessä tekstissä (On Competition, 1998, s. 22) käytetään termiä bargaining power of suppliers, joka nähdäkseni sopii paremmin strategiaan vaikuttavien suureiden yleiseen kuvaamiseen. Sitä on käytetty tässä. Porter on hiljattain pyrkinyt kiteyttämään viittä voimaa koskevan teoriansa merkitystä kilpailuoikeudellisissa asioissa suoritettavalle kilpailuanalyysille. Ks. edellinen alaviite.

[189] Porter (1985) s. 17. Ks. erityisesti taulukkoa sivulla 19.

mialan kannattavuus ei riipu siitä, miltä tuote näyttää tai tarvitaanko sen valmistamiseen huipputekniikkaa, vaan siitä, millainen on toimialan rakenne.[190] Asiakkaiden neuvotteluvoima ja korvaavien hyödykkeiden uhka vaikuttavat hintaan, jonka yritykset voivat asettaa. Asiakkaiden neuvotteluvoima voi vaikuttaa myös kustannuksiin ja investointeihin, sillä vaikutusvaltaiset asiakkaat vaativat kallista palvelua. Jos yrityksellä itsellään on monopsonivoimaa, se saa hankittua raaka-aineita ja muita tuotantopanoksia halvemmalla. Kilpailuetua voidaan hyödyntää lopputuotteen markkinoilla. Kilpailun voimakkuus vaikuttaa hintoihin ja kustannuksiin esim. tuotantolaitoksissa, tuotekehityksessä, mainonnassa ja myyntityössä. Kilpailun paineen kasvaessa yrityksen on karsittava ylimääräisiä kustannuksia ja panostettava tuotekehittelyyn ja markkinointiin. Uusien tulokkaiden uhka rajoittaa hinnanasetantaa ja vaikuttaa investointeihin, joita tarvitaan alalletulon ehkäisemiseksi. Kunkin kilpailutekijän paino riippuu toimialan rakenteesta eli pohjalla olevista taloudellisista ja teknisistä ominaisuuksista. Strategian kannalta merkittävimpiä ovat ne päätökset, jotka vaikuttavat alan rakenteeseen. Yritykset eivät kuitenkaan ole rakenteen vankeja, vaan voivat vaikuttaa kilpailutekijöihin. Jos yritys voi muokata rakennetta, se voi myös muuttaa toimialan houkuttelevuutta parempaan tai huonompaan suuntaan. Menestyksekäs yritys muokkaa olosuhteita itselleen edulliseen suuntaan.[191] Toinen keskeinen kysymys on yrityksen suhteellinen asema toimialallaan. Asema määrää sen, onko yrityksen kannattavuus keskiarvon ylä- vai alapuolella. Keskimääräistä paremman menestymisen perustana on pitkällä aikavälillä pysyvä kilpailuetu. Etuja on periaatteessa kahdenlaisia, alhaiset kustannukset ja differointi. Kustannusetu ja differointi perustuvat yrityksen kykyyn tulla toimeen alan viiden perustekijän kanssa.[192] Uuden talouden osalta listalle epäilemättä täytyy lisätä informaation keskeinen merkitys.[193] Määräävä

---

[190] Ibid. Näkemys lienee yksinkertaistus siinä suhteessa, että siihen mitä pidetään kohtuullisena tuottona, vaikuttaa alan riskipitoisuus. Rahoitusteorian mukaan aloilla, joilla investointi sisältää suuremman riskin, tuoton on oltava korkeampi, sillä epäonnistumisen riskikin on suurempi. Tämä ei nähdäkseni kuitenkaan kumoa Porterin perusoivallusta toimialan rakenteen keskeisestä merkityksestä.

[191] Ks. Porter (1985) s. 17–23.

[192] Ks. Porter (1985) s. 24. Porter erottaa kolme perusstrategiaa, joilla keskimääräistä parempaan menestykseen voidaan pyrkiä, kustannusjohtajuus, differointi ja keskittyminen. Kustannusjohtajuudessa yritys pyrkii tuottamaan hyödykkeitä alhaisin kustannuksin alalla. Differoinnissa yritys pyrkii olemaan ainutlaatuinen joissakin asiakkaan arvostamissa suhteissa. Differoinnin kohteena voi olla itse tuote, jakelujärjestelmä, tuotekuva tai muu vastaava. Keskittymisstrategiassa yritys valitsee alalta segmentin tai segmenttiryhmän ja keskittyy toiminnassaan siihen. Ks. Porter (1985) s. 23–43. Porter korostaa sitä, että yrityksen tulee yleensä keskittyä johonkin mainituista strategioista. Usein epäonnistuminen johtuu siitä, että valitun strategian toteuttamisessa jäädään puolitiehen. Tämän kirjan tarkoituksena ei ole mennä syvällisemmin strategiaan. Pintapuolisen johdannon tarkoituksen on ollut ainoastaan näyttää linkki yleisen kilpailustrategian ja kilpailuteorian välillä.

[193] Ks. esim. Porter M., How Information Gives You Competitive Advantage, kirjassa On Competition (1998) s. 75–98.

asema perustuu kilpailuetuihin, joiden pysyvyydestä määräävän aseman kesto riippuu. Vastaavasti pienemmillä kilpailijoilla on samassa suhteessa kilpailuhaitta.

Määräävää asemaa voidaan puolustaa ja sitä voidaan vahvistaa strategisella käyttäytymisellä. Strategisen kilpailun merkitys tässä tarkastelussa on tuoda esille niitä keinoja, joilla määräävässä asemassa oleva yritys voi hankkia kilpailuetuja, puolustaa niitä kilpailijoitaan vastaan ja toiminnallaan lisää dominanssin haittavaikutuksia ajallisesti ja asteellisesti.

3.3 MAHDOLLISUUS SULKEA KILPAILIJOITA MARKKINOIDEN ULKOPUOLELLE

Määräävää markkina-asemaa voidaan tarkastella myös siltä kannalta, missä määrin yrityksellä on mahdollisuus vaikuttaa haitallisesti kilpailijoiden toimintaan. Tämän määritelmän mukaan *yrityksellä on määräävä asema, mikäli se voi sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.* Poissulkeminen voi tapahtua estämällä potentiaalisen kilpailijan markkinoillepääsy tai vaikeuttamalla aktuaalisten kilpailijoiden toimintaa tavalla, joka johtaa markkinoilta poistumiseen. Poissulkemisen ei tarvitse olla absoluuttista eli johtaa täydelliseen markkinoilta poistumiseen. Yleensä kilpailijan toiminnan vaikeutuminen on *relatiivista*; markkinavoimaisen yrityksen toimenpiteiden seurauksena kilpailijan myynti vähenee tai uuden kilpailijan markkinoille tulo jää vaatimattomammaksi verrattuna siihen tilanteeseen, ettei markkinavoimaa olisi hyödynnetty. *Strategisessa kilpailussa päähuomio kiinnitetään yrityksen markkinakäyttäytymiseen. New Industrial Economics* -tutkimussuunnassa hyödynnetään mikrotalousteoriaa. NIO-tutkimussuuntauksessa yhdistellään toimialan taloustiedettä ja dynaamista peliteoriaa.[194] Peliteoriassa tarkastellaan strategista päätöksentekoa tilanteissa, joissa tehtävien ratkaisujen seuraukset ovat epävarmoja. Mielenkiintoisia tutkimustuloksia saadaan tilanteissa, joissa yritysten käytettävissä olevan informaation oletetaan olevan epätäydellistä ja epäsymmetristä ja joissa yritysten käyttäytyminen markkinoilla välittää muille pelaajille relevanttia informaatiota. NIO-tutkimuksessa SCP-kehikkoa täydennetään määräävässä asemassa olevan strategisen käyttäytymisen mallintamisella. Määräävässä asemassa oleva yritys voi omin toimenpitein estää määräävän aseman rapautumista ja vahvistaa sitä. NIO-suuntauksen keskeinen anti kilpailuteorialle on sen osoittamisessa, että määräävä asema saattaa olla pitkäaikaisempi ja haitallisempi ilmiö kuin SCP-kehikon kriitikot olettavat.[195]

---

[194] Honkapohja (1990) s. 54–55; M. Virtanen (1998) s. 127.
[195] Näin myös M. Virtanen (1998) s. 128.

3.3.1 Strategisen tarkastelun lähtökohtia

Strategisen kilpailun teoriassa tarkastellaan toimintamalleja, joiden avulla hallitseva yritys *puolustaa* tai *vahvistaa* markkina-asemaansa suhteessa aktuaalisiin ja potentiaalisiin kilpailijoihinsa. Tarkastelun kohteena on "taistelu markkinaosuuksista".[196] *Ordover ja Saloner* toteavat strategisen kilpailun tutkimuksessa kehitettyjen teoreettisten mallien viittaavan siihen, että osa määräävässä asemassa olevan yrityksen strategisista toimenpiteistä vähentää ja osa lisää tehokkuutta. Rajoittamalla määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintavapautta tehokkuutta vähentävien toimintamallien osalta voidaan lisätä taloudellista hyvinvointia.[197] *Posner* näkee merkittävän osan määräävän aseman haitoista liittyvän rent seeking -toimintaan, jolla resursseja tuhlataan monopolin tavoitteluun ja puolustamiseen.[198]

Holt ja Scheffman[199] pitävät strategisen kilpailun tutkimuksen potentiaalisena hyötynä sitä, että tutkimussuuntauksessa pyritään yhdistämään toisiinsa perinteistä kilpailututkimusta, yleistä strategian tutkimusta ja peliteoriaa.[200] Kilpailututkimuksessa tarkastellaan niitä olosuhteita, joiden vallitessa yritykset saavuttavat ja puolustavat markkinavoimaa, usein haittaamalla kilpailijoiden toimintaa (antitrust economics approach).[201] Perinteiset täydellisen kilpailun ja monopolin mallit ovat varsin kaukana yritysten päivittäisestä päätöksenteosta. Yritysten oletetaan sopeutuvan mekaanisesti vallitseviin olosuhteisiin. Strategisen kilpailututkimuksen (business school approach) puolella tarkastellaan yrityksen käytettävissä olevia keinoja oman kilpailuaseman parantamiseksi.[202] Tarkastelukulmana on yrityksen oman pitkän aikavälin hyödyn maksimointi, kun taas kilpailuteorian puolella tarkastelun kohteena ovat kansantaloudelliset vaikutukset. Peliteoriassa (game theory approach) tarkastellaan yritysten päätöksentekoa tilanteissa, joissa yrityksen päätökset aikaansaavat kilpailijoiden reaktioita ja tulevat vaikutukset ovat epävarmoja. Suuri osa malleista koskee oligopolitilanteita.[203] Mainitut kolme tutkimussuuntausta ovat kehittyneet pitkälti toisistaan riippumatta. Holtin ja Scheffmanin mukaan yhdistämällä niitä keskenään voitaisiin kehittää konsepti yritysten strategisen käyttäytymisen mallintamiseen kilpailuoikeudellisen päätöksenteon tarpeita varten.[204]

---

[196] Ks. Ordover/Saloner (1989) s. 537–596.
[197] Ordover/Saloner s. 538.
[198] Posner, Antitrust Law (1976) s. 184–196.
[199] Ks. Holt/Scheffman (1989).
[200] Ibid. s. 38–40.
[201] Ks. Holt/Scheffman s. 42–45.
[202] Yhtenä tutkimussuuntauksen johtavana edustajana voidaan pitää Michal E. Porteria, jonka teoksia on käännetty runsaasti myös suomeksi. Ks. Holt/Scheffman s. 39, 41–42.
[203] Holt/Scheffmann s. 44–47. Johdannoksi peliteoriaan ks. esim. Fudenborg/Tirole (1989); Dixit/Nalebuff (1997); Baird/Gertner/Picker (1994). Viimeksi mainitussa teoksessa tarkastellaan erityisesti peliteorian oikeudellisia sovellutuksia.
[204] Holt/Scheffman s. 40.

Yrityksen strategisen käyttäytymisen tarkastelu perustuu rationaalisuutta koskevaan olettamaan, jossa yritys maksimoi pitkän aikavälin tulostaan.[205] Yrityksen uskotaan pystyvän arvioimaan ainakin karkealla tasolla, miten valitut toimenpiteet tulevat vaikuttamaan omaan ja kilpailijoiden kannattavuuteen. Osana pyrkimyksiään voiton maksimointiin yritys voi käyttää kilpailunrajoituksia. Mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa, sitä laajemmat mahdollisuudet sillä on vaikuttaa yksipuolisesti kilpailijoidensa toimintaolosuhteisiin. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityisen laajat mahdollisuudet vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin.

3.3.2 Hintoja nostava ja kilpailijoita poissulkeva markkinavoima

Krattenmaker, Lande ja Salop ovat esittäneet,[206] että keskeinen erottelu markkinavoiman määrittämisessä tulisi tehdä sillä perusteella, hyödynnetäänkö kilpailunrajoituksen luonteen saavaa taloudellista valtaa rajoittamalla omaa tarjontaa (restricting own output) vai rajoittamalla kilpailijan tarjontaa (restricting the output of one's rival).[207] Oman tuotannon rajoittamisen välittömänä tavoitteena on hintatason nostaminen. Toimenpide kohdistuu välittömästi omiin asiakkaisiin. Rajoittamalla kilpailijoiden toimintaa yritys voi torjua omaa hinnankorotustaan kohtaan kohdistuvan paineen toimittajan vaihtamiseen tai luoda itselleen pelivaraa hinnankorotuksen toteuttamiseksi. Toimenpide kohdistuu välittömästi kilpailijoihin ja välillisesti omiin asiakkaisiin. Jos kilpailijan tuotanto jää vähäisemmäksi, markkinoille tulee kokonaisuudessaan vähemmän hyödykkeitä, mikä mahdollistaa korkeampien hintojen perimisen. Näin ollen myös

---

[205] Lähtökohta ei luonnollisestikaan tarkoita sitä, että yritys sivuuttaisi kokonaan lyhyen aikavälin voiton maksimointia koskevan tavoitteen. Käytännössä yrityksen johtaminen lienee tasapainoilua lyhyen ja pitkän aikavälin suunnittelun välillä. Mahdollista myös on, että agenttiteorian mukaan yrityksen johto voi ajaa omia tavoitteitaan, esim. valita sellaisen strategian, jonka se arvioi maksimoivan mahdollisimman korkeiden kannustinpalkkioiden laukeamisen ylimmälle johdolle. Lienee saavutettavissa yksimielisyys siitä, että mikä tahansa monokausaalinen selitysmalli on yksinään riittämätön.

[206] Krattenmaker, Lande, Salop; Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law; 76 Geo. L.J. 241 (1987); kirjassa Revitalizing Antitrust in its Second Century s. 175–205.

[207] Hinnoitteluvapautta (power over price) kirjoittajat kutsuvat "klassiseksi" tai "Stiglerin markkinavoimaksi" ja mahdollisuutta sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle "Bainin markkinavoimaksi". Ks. ibid. S. 180–181. Erottelu perustuu siihen, että hintavalta muodostaa Robert Stiglerin tuotannossa markkinavoiman käsitteen ytimen. Valtaosa Chicagon koulukunnan edustajista määrittelee markkinavoiman hintateorian mukaisesti kyvyksi nostaa hintoja rajoittamalla omaa tuotantoa. Sen sijaan Joel Bainin oppikirjassa Industrial Organization (1959) markkinavoiman katsottiin johtuvan pitkälti markkinoille tulon esteistä. Perinteistä harvardilaista teoriaa on sittemmin täydennetty strategisen kilpailun tutkimuksen tuomalla lisäelementillä. Strategisen kilpailun teoria tutkii toimenpiteitä, joilla markkinavoimaa omaava yritys luo tai ylläpitää markkina-asemaansa estämällä kilpailijoiden toimintaa esimerkiksi nostamalla alalletulon kustannuksia (raising rivals costs).

kilpailijan tuotannon rajoittaminen tähtää viime kädessä oman hinnoitteluvapauden ylläpitämiseen tai lisäämiseen. Kilpailijoiden kustannuksia voidaan nostaa joko hinnoittelua koskevien strategioiden tai oman tuotannon uudelleensuuntaamisen avulla. Markkinoiden ulkoisen tavan nostattaa kilpailijoiden kustannuksia tarjoaa vaikuttaminen viranomaisiin ja poliitikkoihin, jotta alakohtaista sääntelyä muutettaisiin kilpailijoita vahingoittavalla tavalla.[208]

Etsittäessä kilpailuoikeudellisesti operationaalista määräävän markkina-aseman määritelmää huomiota tulee kiinnittää yleisesti niihin tilanteisiin, joissa kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarvetta voi ilmetä. Epäilemättä määritelmän täyttävät ne tilanteet, joissa yhdellä yrityksellä tai yritysryhmällä on mahdollisuus estää kilpailijoiden toimintaa. Voidaan myös osoittaa tilanteita, joissa yritys ei voi välittömästi tai yleisesti nostaa hintoja mutta joissa se voi vaikeuttaa kilpailijoiden toimintaa.[209] Markkinavoima ei myöskään välttämättä ilmene kilpailullista tasoa korkeampana hinnoitteluna, vaan mahdollisesti laadun tai palvelutason heikentymisenä, toimitusaikojen pitenemisenä tai tuotevalikoiman pienentymisenä. Relevanttia on sellainen markkinavoima, jonka turvin yritys voi joko *itse toimia* kilpailusta riippumattomasti tai *estää kilpailijoita toimimasta* kilpailullisella tavalla.

Jos lähtökohdaksi otetaan hintavalta, voidaan katsoa, ettei mahdollisuus estää kilpailijoiden toimintaa ole itsenäinen määräävän aseman elementti. Hintavalta nimittäin edellyttää hinnankorotuksen kannattavuutta pitkällä aikavälillä. Ollakseen kannattava hinnankorotus ei saa johtaa liian suuren asiakasmäärän siirtymiseen kilpailevaan tuotteeseen. Siirtymistä ei tapahdu, jos asiakkaalla ei ole todellisia vaihtoehtoja tai jos asiakas on tullut sidotuksi kyseiseen toimittajaan. Toisaalta siirtymistä ei tapahdu myöskään silloin, kun kilpailijat syystä tai toisesta eivät pääse tarjoamaan hyödykettään hinnankorotuksen kohteeksi joutuneille asiakkaille. Näin tulkiten hintavalta pitää sisällään myös mahdollisuuden estää strategisesti kilpailijoiden pääsyä markkinoille. Tältä kannalta mahdollisuus estää kilpailijoiden toimintaa olisi markkinavoiman tunnusmerkistössä vain epäitsenäinen lisäelementti.

Tässä tutkimuksessa katsotaan kuitenkin, että mahdollisuudella estää kilpailijoiden toimintaa on määräävän markkina-aseman tunnusmerkistössä itsenäinen asema. Useimmat yritykset voivat hinnoitella yli rajakustannusten. Sen

---

[208] Ks. esim. Carlton/Perloff (1994) s. 407–414.

[209] Esimerkiksi EY:n tuomioistuimen käsittelemässä tapauksessa *Commercial Solvents* yrityksellä oli monopoli tietyn lääkeaineen erään raaka-aineen osalta. Itse lääkeaineen markkinat olivat kilpailulliset. Yritys lopetti toimitukset kilpailevalle lääkeainetoimittajalle tarkoituksella vallata tämän markkinaosuus. Tapauksessa hinnoitteluvapaus olisi ilmennyt vasta sen jälkeen kun markkinat ensin on monopolisoitu. Toisaalta voidaan osoittaa monia tapauksia, joissa ainoastaan tietty asiakasryhmä on riippuvainen. Ks. esim. jäljempänä *Lukiolaisten Kirjakauppaa* koskevaa tapausta. Markkinaosuuden ohella tarkasteluun vaikuttavat ennen muuta alallepääsyn esteet. Ilman alallepääsyn esteitä yritys ei voisi ylläpitää kilpailullista hintatasoa korkeampia hintoja, sillä muutoin hinnankorotus johtaisi uusien kilpailijoiden tulemiseen markkinoille.

sijaan mahdollisuus estää kilpailijoiden toimintaa edellyttää käytännössä tätä suurempaa määrää markkinavoimaa. Jotta yritys voi vaikuttaa kilpailijoiden toimintaan, tulee sillä olla hallussaan joku valttikortti tai pakote, jonka avulla se voi vaikuttaa muiden markkinoilla toimivien yritysten toimintaedellytyksiin. Tällainen syy voi olla esimerkiksi kilpailun kannalta keskeisen avainaseman hallinta, keskeinen immateriaalioikeus tai superdominanssi läheisillä markkinoilla. Vaikka hintavalta ja mahdollisuus sulkea pois kilpailijoita tavallaan ovatkin saman kolikon kaksi puolta, tämän toteaminen ei vähennä vaan pikemminkin lisää tarvetta tarkastella kumpaakin tekijää – erikseen ja yhdessä.

Menestyksekäs kilpailijoiden kustannusten nostaminen edellyttää, että 1) yritys voi vaikuttaa johonkin kilpailijan kannalta keskeiseen kustannuserään sitä nostavalla tavalla; 2) hyödykkeen kysyntä on riittävän epäelastinen; 3) menettely haittaa kilpailijaa/kilpailijoita enemmän kuin määräävässä asemassa olevaa yritystä; 4) menettely on siitä aiheutuvista kustannuksista huolimatta rationaalinen. Tyypillisesti kilpailijan kustannusten noustessa osa kilpailijoista poistuu markkinoilta, jonka jälkeen määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinaosuus kasvaa tai laskee vähemmän kuin tilanteessa, jossa kilpailijoiden kustannuksia ei ole nostettu. Kilpailijan kustannusten nostattaminen edellyttää, että yritys hallitsee jotain kilpailijan kannalta kriittistä resurssia. Yrityksellä ei kuitenkaan tarvitse olla markkinavoimaa sen lopputuotteen markkinoilla, joilla etua tavoitellaan.[210]

3.3.3 Määräävässä asemassa olevan yrityksen keinot vaikeuttaa kilpailijoiden markkinoillepääsyä

Strategisen kilpailun näkökulmasta määräävän aseman väärinkäyttö voidaan määritellä *ei-kooperatiiviseksi* strategiaksi, jossa määräävässä asemassa oleva yritys käyttäytyy *yksipuolisesti*. Strateginen käyttäytyminen edellyttää, että

1) yrityksellä on markkinavoimaa tai kilpailuetu puolellaan (competitive advantage),
2) yritys voi ryhtyä toimenpiteisiin ennen kilpailijoita (first mover advantage) ja
3) yritys osoittaa noudattavansa valittua strategiaa kilpailijoiden reaktioista riippumatta, mikä tekee sen toiminnasta pienempien kilpailijoiden silmissä uskottavaa (commitment).[211]

Edellä olevaa tarkastelua voidaan monipuolistaa toteamalla, että kilpailuetua voi olla joko aikaisemmasta tai myöhäisemmästä markkinoille tulosta. Aikaisin

---

[210] Ks. Ordover/Saloner (1989) s. 566; Salop/Scheffman (1987) s. 24; M. Virtanen (1998) s. 154–155.

[211] Ks. Smith/Round, Competition Assessment and Strategic Behaviour (1998) s. 227.

markkinoille tulleet nauttivat erilaisista pioneerieduista. Toisaalta hyötyä voi olla myös myöhäisemmästä markkinoille tulosta, jolloin voidaan hyödyntää muiden markkinointiponnisteluja ja oppia pioneerin virheistä ja ottaa ensimmäisenä käyttöön uusi teknologia.[212] Vertailukohtana täydellisessä kilpailussa mikään yrityksistä ei voi toimenpiteillään vaikuttaa ratkaisevasti markkinaolosuhteisiin. Oligopolissa tietyn käyttäytymismallin läpisaaminen, esim. hintojen nostaminen, edellyttää joko oligopoliyritysten välistä kartellia (vastavuoroisuuteen perustuva kooperatiivinen strategia) tai hiljaista yhteistoimintaa (vastavuoroisuuteen perustuva ei-kooperatiivinen strategia). Monopolissa yrityksen asema taas on niin vahva, ettei sen täydy turvautua strategisiin keinoihin kilpailijan pitämiseksi markkinoilta. Monopoliyrityksen asema on niin vahva, ettei sen tarvitse haitata kilpailijoita, vaan se voi keskittyä maksimaalisen hinnan perimiseen asiakkailta. Määräävän aseman tilanne on strategisen kilpailun näkökulmasta erityisen mielenkiintoinen juuri siksi, että yrityksellä on vähemmän markkinavoimaa kuin monopolissa mutta enemmän kuin oligopolissa.

Yleisesti käytettävissä olevat strategiat voidaan jakaa kolmeen luokkaan.

1) Yritys voi ryhtyä *ennakollisiin toimenpiteisiin*, joilla potentiaalisten kilpailijoiden tuloa markkinoille estetään tai vaikeutetaan.
2) Yritys voi ryhtyä toimenpiteisiin, joilla *heikennetään* kilpailijoiden asemaa markkinoilla. Käyttäytyminen ei välttämättä johda kilpailijan (kilpailijoiden) poistumiseen markkinoilta, mutta heikentää sen (niiden) taholta määräävässä asemassa olevaan yritykseen kohdistuvaa kilpailun painetta.
3) Yritys ryhtyy toimenpiteisiin, jotka johtavat kilpailijan *poistumiseen* markkinoilta.[213]

Vickersin ja Hayn mukaan määräävässä asemassa oleva yritys voi monin eri tavoin vaikuttaa siihen, miten kannattavaksi kilpailijat arvioivat alalletulon.[214] Erityisesti voidaan vaikuttaa:

1. määräävässä asemassa olevan omiin kustannuksiin, esim. panostus tutkimukseen ja tuotekehitykseen;

---

[212] Ks. M. Virtanen (1998) s. 129–134. Ks. myös Porter (1985) s. 228–233. Porterin mukaan mahdollisia ensiksi ehtivän etuja ovat maine, aseman valtaaminen pelkästään itselle, asiakkaalle aiheutuvat vaihtokustannukset, jakelukanavien valinta, yksinomaisuutena oleva oppimiskäyrä, tuotantopanosten parempi saatavuus, standardien määritys, jäljittelyä estävät institutionaaliset esteet (esim. immateriaalioikeudet) ja aikaiset voitot. Ensiksi ehtivälle aiheutuvien haittojen pääasialliset lähteet ovat edelläkävijän kustannukset ja vaara olosuhteiden muuttumisesta. Edelläkävijän kustannuksia aiheutuu mm. virallisten lupien hakemisesta, asiakkaiden kouluttamisesta ja uusien tuotantopanosten suurista kustannuksista, jotka johtuvat alkukysynnän pienestä määrästä. Olosuhteiden muuttumista koskevat riskit liittyvät mm. kysynnän epävarmuuteen, muutoksiin asiakkaiden tarpeissa, alkuvaiheen investointien tai tuotannontekijäkustannusten erikoislaatuisuuteen, tekniikan äkkimuutoksiin ja riskiin siitä, että jäljittely on mahdollista alhaisin kustannuksin.

[213] Ks. Ordover/Saloner (1989) s. 541.

[214] Ks. Vickers/Hay (1987) s. 14–17.

2. määräävässä asemassa oleva yrityksen ja kilpailijan yhteisiin kustannuksiin, esim. työehtosopimukset;
3. kilpailijalle aukeneviin mahdollisuuksiin, esim. ennakollinen patentoiminen;
4. markkinoilla vallitseviin kysyntäolosuhteisiin, esim. mainonta ja tuotedifferointi;
5. kilpailijan määräävässä asemassa olevaa yritystä koskeviin uskomuksiin, esim. kustannusten signalointi alalletuloa edeltävässä hinnoittelussa tai kovan yrityksen maineen luominen saalistushinnoittelulla.[215]

Vähentääkseen kilpailijoiden alalle tulon todennäköisyyttä yritys voi nostaa tuotantopanosten liikkuvuuden esteitä (mobility barriers).[216] Uusien yritysten alalle tuloon vaikuttavat mittakaavaedut, uponneet kustannukset, absoluuttiset kustannusedut ja tuotedifferoinnin tuomat relatiiviset kustannusedut. Kyse on yhtäältä markkinaolosuhteiden muovaamisesta valitun strategian kannalta otollisiksi ja toisaalta omaa käyttäytymistä koskevien signaalien lähettämisestä kilpailijoille.[217] Yritys voi esim. yli-investoida tuotantokapasiteettiin saavuttaaksensa kustannusedun alalle tulon jälkeisessä kilpailutilanteessa ("top dog").[218] Yli-investointi viestii potentiaalisille kilpailijoille, ettei markkinoille tulo kannata, koska hallitseva yritys tulisi puolustamaan asemaansa viimeiseen patruunaan asti, koska hintojen alentaminen on sille kannattavampaa kuin markkinoilta poistuminen uponneiden kustannusten vuoksi.[219] Panostamalla voimakkaasti mainontaan yritys lisää tuotedifferointia ja vähentää hintakilpailun merkitystä. Menetelmä viestii kilpailijoille halua pitäytyä aggressiivisesta hintakilpailusta ("fat cat").[220] Vastakkaisesti yritys voi pitäytyä investoinneista säästääkseen paukut siihen vaiheeseen, kun kilpailija tulee markkinoille ("lean and hungry look"). Odottamalla investoinnin kanssa etabloitunut yritys voi hankkia itselleen etua, kun se pääsee reagoimaan vasta siinä vaiheessa, kun uusi kilpailija on näyttänyt korttinsa ("best response").[221] Odottaessaan, että markkinoille tulo joka tapauksessa tapahtuu, yritys voi ali-investoida näyttääkseen kilpailijan silmissä ystävällismieliseltä ("puppy dog"). Markkinakäyttäytyminen viestittää kilpailijoille halua pitäytyä aggressiivisesta kilpailusta. Sopeutumalla rauhalliseen menoon ("quiet life") uusi kilpailija voi turvata itselleenkin mukavat olosuhteet. Havaitaan, että yli- ja ali-investoinneilla voi olla hyvin erilaisia selityksiä.[222]

---

[215] Ks. Vickers/Hay (1987) s. 15.

[216] Ks. yleisesti Gilbert, Mobility Barriers and the Value of Incumbency, Handbook of Industrial Organization (1989) s. 475–535.

[217] Tirole (1988) luokittelee käytettävissä olevat toimintatavat seuraavasti: Top dog: Be big or look tough or aggressive. Puppy dog: Be small or weak to look soft or inoffensive. Lean and hungry look: Be small or weak to look tough or aggressive. Fat cat: Be big or strong to look soft or inoffensive. Ks. Tirole s. 325.

[218] Gilbert s. 510.

[219] Ks. esim. Holt/Scheffman (1989) s. 53–55. Ks. myös esim. Spence (1977).

[220] Ks. esim. Gilbert s. 510, Tirole (1989) s. 325–327.

[221] Ks. esim. Holt/Scheffman s. 55–57.

[222] Havaitaan, että yhtä hyvin aggressiivista kuin sovinnollista, ennakollista kuin reagoivaa käyttäytymistä voidaan selittää strategisesti. Kilpailuoikeudellisesti erityisen selkeästi hyödynnettä-

Kilpailijoita voidaan haitata sekä *hinnoittelua* että *muuta kuin hintoja* koskevilla *strategioilla.* Klassisena alalletuloa estävän hinnoittelun muoto on limit pricing.[223] Kustannusedusta nauttiva yritys asettaa hintansa juuri sellaiselle tasolle, jolla kilpailijoiden alalle tulo ei ole kannattavaa.[224] Uusien kilpailijoiden pääsyä markkinoille voidaan vaikeuttaa myöntämällä alennuksia, jotka sitovat asiakkaan määräävässä asemassa olevaan yritykseen. Alennus annetaan niille asiakkaille, joilla on mahdollisuus vaihtaa toimittajaa. Riippuvaisilta asiakkailta peritään täyttä hintaa. Hintasyrjinnän perinteisenä motiivina pidetään monopolivoittojen kasvattamista. Kuitenkin räätälöimällä alennus siten, että se kohdistuu kilpailijan hyödykevalikoimaan, voidaan samalla nostaa kilpailijoiden kustannuksia ja torjua alalletuloa.[225] EY:n ja Suomen kilpailupolitiikassa painotetaan nimenomaan puuttumista kilpailua rajoittaviin alennustyyppeihin. Yhtenä syrjivän alennuksen tyyppinä voidaan pitää hintaruuvia, jossa kilpailuhaitta kohdistetaan eri tuotantoportaalla toimivaan kilpailijaan. Vertikaalisesti integroitunut yritys perii kilpailijoiltaan hyödykkeestä ylihintaa heikentääkseen näiden kilpailukykyä alamarkkinoilla.[226] Hintaruuvia voidaan tarkastella myös kohtuuttoman korkeana monopolihinnoitteluna. Toisin kuin monopolihinnoittelutapauksissa yleensä, ylihinnoittelu ei lisää, vaan vähentää potentiaalista kilpailua. Tyypillisen *ei-hintastrategian* tarjoaa yksinomaisten tai poikkeuksellisen pitkäkestoisten toimitussopimusten käyttäminen. Pitkien sopimusten seurauksena kilpailija estyy tarjoamasta hyödykkeitä sidotuille asiak-

---

viä ryhmittelyjä sen suhteen, milloin investointia voidaan pitää strategisen käyttäytymisen näkökulmasta tarkasteltuna hyvinvointia lisäävänä ja milloin taas sitä vähentävänä, en kirjallisuudesta löytänyt

[223] Ks. esim. Carlton/Perloff (1994) s. 309–403.

[224] Ks. esim. Carlton/Perloff (1994) s. 394: "A firm is limit pricing if it sets a price and output so that there is not enough demand left to enter the market." Menetelmä tulee kyseeseen lähinnä silloin, kun markkinoilla jo toimivalla yrityksellä on kustannusetu puolellaan. Ks. Carlton/Perloff s. 395–397. Voidaan myös erottaa dynaaminen limit pricing, jossa yritys asettaa hintansa ja määränsä siten, että se vähentää potentiaalisten kilpailijoiden insentiivejä tulla markkinoille tulevaisuudessa. Ks. Carlton/Perloff s. 399; 158–168. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on monopolivoimansa turvin mahdollisuus nostaa hintoja. Toisaalta sen täytyy ottaa huomioon kilpailijoiden mahdollinen alalletulo, jos hintoja nostetaan liiaksi. Yritys voi valita kolme strategiaa. Ensimmäisessä vaiheessa etu ulosmitataan nostamalla hintoja nopeasti. Tässä tapauksessa määräävä asema menetetään. Strategiassa on järkeä, jos esim. määräävää asemaa ylläpitävä kilpailuetu on joka tapauksessa rapautumassa. Toinen vaihtehto on se, että yritys asettaa hintansa mahdollisimman tarkasti siten, että alalletulo saadaan estettyä pitkällä aikavälillä. Voitot ovat pienempiä, mutta toisaalta määräävä asema säilyy pidempään. Mikäli potentiaalinen kilpailu on erityisen voimakasta, korkeasta markkinaosuudesta huolimatta hinnat voivat painua lähelle kilpailullista tasoa. Kolmantena vaihtoehtona yritys voi valita keskitien hinnoittelustrategian. Tällöin se pyrkii löytämään tasapainon kahden tavoitteen, lyhyen tähtäimen voittojen kasvattamisen ja pitkän tähtäimen kilpailuaseman turvaamisen välillä.

[225] Ks. esim. Varian (1989); Utton.(1995) s. 86–103.

[226] Ks. esim. Tirole (1988) s. 193–194; Krattenmaker/Salop (1986 b).

kaille.[227] Vertikaalisesti kilpailijoiden jakelutiet voidaan sulkea eksklusiivisilla jakelusopimuksilla tai ottamalla haltuun kilpailijan tarvitsemat raaka-ainelähteet.[228] Toisen tien tarjoaa immateriaalioikeuksien käyttäminen tulppana esim. patentoimalla oman ratkaisun ohella kaikki rinnakkaiset ratkaisuvaihtoehdot[229] tai kieltäytymällä lisensioimasta keskeistä immateriaalioikeutta.[230] Periaatteessa kilpailijaa haittaavan toimitusrajoituksen välineeksi kelpaa mikä tahansa saatavuudeltaan rajallinen välttämättömyyshyödyke, josta kilpailija on riippuvainen. Toimituskielloilla voidaan myös uhata tietyn yrityksen pakottamiseksi määräävässä asemassa olevaa yritystä hyödyttävään toimintamalliin. Pistekohtaisten mutta näyttävästi toteutettujen rankaisutoimenpiteiden avulla markkinoille voidaan sanella epäviralliset pelisäännöt, joihin riippuvaiset asiakkaat ja kilpailijat sanktioiden pelossa sopeutuvat. Rankaisutoimenpide voi olla määräävässä asemassa olevan yrityksen itsensäkin kannalta kallis, mutta se on silti kannattava, jos repressaalin avulla saadaan torjuttua jo ennakolta määräävän aseman säilymisestä uhkaavia riskitekijöitä, esim. saadaan estetyksi uuden kilpailijan hyödykkeiden pääsy jakeluvalikoimaan tai torjuttua määrähinnoittelua koskevan "suosituksen" alittaminen. Kilpailijan kustannuksia voidaan nostaa myös strategisessa tarkoituksessa toteutettujen yrityskauppojen avulla.

3.3.4 Uusi talous ja strateginen kilpailu

Erottelu kilpailijan toiminnan haittaamisen ja markkinoille pääsyn rajoittamisen välillä hämärtyy uuden talouden teknologiamarkkinoilla, joilla yritykset tuottavat suuren joukon lähihyödykkeitä, joita asiakkaat käyttävät yhdessä. Esimerkiksi tietokoneohjelmien tuotannossa tai telemarkkinoilla kuluttajat suosivat mahdollisimman hyvän yhteiskäytön mahdollistavia ratkaisuja. Markkinoille pääsyn rajoittaminen esim. yli-investoinnin avulla voi siten heikentää

---

[227] Ks. esim. Krattenmaker/Salop (1986 b).

[228] Ks. esim. Carlton/Perloff s. 499–545; Dobson/Waterson (1996). Kirjallisuudessa näyttää vakiintuneen kanta, jonka mukaan vertikaalisia kilpailunrajoituksista voi aiheutua haittaa lähinnä silloin, kun niitä käyttävällä yrityksellä on määräävä asema. EY:ssä vertikaaliset rajoitukset ovat vuonna 2000 voimaan astuneen ryhmäpoikkeusasetuksen mukaan yleisesti sallittuja, mikäli hyödykettä valmistavan yrityksen markkinaosuus relevanteilla markkinoilla jää alle 30 %:n rajan. Tämän rajan yläpuolella kilpailua rajoittaville sopimuksille on haettava poikkeuslupa. Mikäli yrityksellä on määräävä asema, yksinomaisuussopimuksiin suhtaudutaan pääosin negatiivisesti. Käytettävissä olevien strategioiden sitominen määräävän aseman olemassaoloon vaikuttaa taloudellisesti perustellulta. Strategisen kilpailun näkökulmasta on todennäköistä, että nimenomaan määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on mahdollisuus haitata kilpailijoidensa toimintaa vertikaalisten sopimusten avulla.

[229] Tutkimuksen ja tuotekehittelyn sekä immateriaalioikeuksiin liittyvän ns. preemptive patenting -ongelman osalta ks. esim. Tirole (1988) s. 389–420; M. Virtanen (1998) s. 156–160.

[230] Tyypillisenä strategisena kilpailijan estämisenä voidaan pitää esim. jäljempänä määräävän markkina-aseman väärinkäytön yhteydessä käsiteltävää *Magill*-tapausta.

kilpailijan asemaa lähimarkkinoilla. Lähimarkkinatuotteen menestys edellyttää konvergenssia yhdessä käytettävien hyödykkeiden kanssa. Sopimuksesta kieltäytymisellä tai ehtojen heikentämisellä voi tällöin olla huomattavia haittavaikutuksia. Kilpailevien yritysten tekninen yhteenkietoutuminen saa aikaiseksi perinteisiä markkinoita voimakkaamman strategiaratkaisujen heijastumisen kilpailijoiden toimintaan. Uudessa taloudessa määräävä asema voidaan menettää aiempaa helpommin. Tämä johtuu siitä, että markkinoilla menestymisen kannalta keskeisessä asemassa ei ole aineellisten tuotantopanosten, esim. tehtaiden ja kulkuyhteyksien hallinta, vaan uuden informaation omistaminen. Uusi tieto ja teknologinen kehitys voivat rapauttaa kilpailuedun varsin nopeasti. Toisaalta monille uuden talouden hyödykkeille on omaista ns. verkostoefekti. Verkostoefektissä muut käyttäjät hyötyvät siitä, että mahdollisimman monella käyttäjällä on samat tekniset normit omaava hyödyke. Johtavan standardin aseman saavuttanut hyödyke voi nousta pitkäksi ajaksi lähes monopoliasemaan.

3.3.5 Strategisen kilpailuanalyysin haasteita

Strateginen käyttäytyminen voi alentaa merkittävästi kilpailijoiden suorituskykyä ja vastaavasti lisätä määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluvaltaa. Kilpailun rajoittamistarkoituksesta viestii se, jos strateginen toimenpide, esim. yli-investointi, on kustannusperusteisesti järkevä ainoastaan, jos taustalla oletetaan olevan monopolivoiman säilyttämistä tai lisäämistä koskeva tavoite. Kirjallisuudessa tarjotaan nyrkkisääntöä, jonka mukaan strategista käyttäytymistä voitaisiin pitää kiellettynä ainoastaan silloin, kun menettely ei ole selitettävissä yrityksen oman toiminnan tehostamista koskevalla motiivilla.[231] Tulkintasääntö lienee hyödyllinen mutta liian suppea,[232] sillä sama käyttäytyminen voi yhdessä tilanteessa lisätä allokatiivista tehokkuutta, mutta markkinavoiman tai kilpailijoiden haavoittuvuuden lisääntyessä johtaa kilpailuprosessin häiriintymiseen ja siten toisessa vaiheessa myös tehokkuuden heikentymiseen. Tämän säännön mukaan esim. useimmat vertikaaliset yrityskaupat voidaan selittää halulla tehostaa omaa toimintaa. Hyvin usein yrityksen toiminnalla on samanaikaisesti monia tavoitteita. Shakkipelissä ja taloudellisessa kilpailussa hyvän siirron tunnusmerkkinä voidaan pitää sitä, että se palvelee samanaikaisesti useampaa hyödyllistä tarkoitusta.

Ongelman ydin on siinä, että hyödyllisen ja haitallisen markkinakäyttäytymisen erottaminen toisistaan ja muuntaminen operationaalisiksi kilpailuoikeu-

---

[231] Tämän suuntaisesti esim. Easterbrook, The Limits of Antitrust (1984) s. 1–14. Tehokkuusselityksiä ja niiden painoarvoa oikeusharkinnassa korostavat erityisesti Chicagon koulun edustajat.
[232] Ks. esim. Williamson, Delemiting Antitrust (1987 b) s. 271, 299, joka perustelee strategisten kilpailukeinojen selittämisen haasteellisuutta.

dellisiksi säännöiksi on hankalaa.[233] Esimerkiksi aggressiivisen mutta vielä sallitun hintakilpailun erottaminen saalistushinnoittelusta on tuottanut sekä taloustieteessä että käytännön ratkaisutoiminnassa suuria vaikeuksia.[234] Hinnat painuvat alas sekä kilpailun kiristyessä että saalistettaessa. Sama pätee useimpiin ei-hinnoittelu-strategioihin, esimerkiksi tutkimus- ja tuotekehitysinvestointeihin, mainontaan, raaka-ainelähteiden omistuksen hankintaan sekä vaikuttamiseen poliitikkojen ja viranomaisten toimintaan yrityksen etua palvelevalla tavalla. Myös hyödyllisen kilpailukäyttäytymisen tavoitteena voi olla "nitistää" kilpailija. Tässä ei ole kilpailuoikeudellisesti mitään tuomittavaa, jos selkävoitto haetaan suorituskilpailun keinoin. Monet strategisen käyttäytymisen muodot ovat selitettävissä sekä toimivalla kilpailulla että kilpailijoiden haittaamisella. Käyttäytyminen voi yhtäältä lisätä tehokkuutta ja toisaalta toimia strategisena kilpailun esteenä. Kuluttajien hyvinvointia koskevien laskelmien tekeminen on vaikeaa, jollei mahdotonta.

Ideaalitilanteessa kilpailulainsäädännöllä puututaan toimenpiteisiin, joissa uusien yritysten markkinoille tulon estäminen ja kilpailijoiden vahingoittaminen toteutetaan tavalla, joka samalla heikentää kilpailuprosessia ja kuluttajien hyvinvointia. Oikeusjärjestyksen tulisi sallia toimenpiteet, jotka vähentävät potentiaalisten kilpailijoiden markkinoillepääsyä tai johtavat aktuaalisen kilpailijan poistumiseen markkinoilta, mikäli määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta lisää taloudellista tehokkuutta. Juridisemmin ilmaisten kyse on erottelusta haitallisen kilpailijan poissulkemisen ja hyödyllisen suorituskilpailun välillä.[235] Markkina-aseman vahvistamisen tehostamalla omaa suoritusta täytyy olla sallittua. Puututtaessa kilpailijoita estävään strategiseen käyttäyty-

---

[233] Yritys voi esim. panostaa omaan tutkimukseen ja tuotekehitykseen tai estää kilpailijoiden tutkimusta ja tuotekehittelyä. Ensimmäisessä tapauksessa kyse on yleisen edun mukaisesta toiminnasta, jälkimmäisessä ei. Yleensä erottelu ei ole näin helppoa. Ei ole yksinkertaista sanoa, onko esim. tietty tekninen muutos standardeissa tehty oman myynnin lisäämisen vai kilpailijan myynnin vähentämisen tarkoituksessa tahi missä määrin tietty investointi vähentää yrityksen kustannuksia ja missä määrin se heikentää alalletulon insentiivejä. Samansuuntaisesti myös M. Virtanen (1998) s. 136: "The problem of strategic theorizing is to isolate the strategic element of behavior from innocent efficiency-based or efficiency-increasing behavior." Ks. myös M. Virtanen s. 138.: The normative welfare assesment is particularly ambigious if it is based on the total surplus criterion which is the standard case. The reason for this ambiguity is simply that it is difficult to distinguish the benchmark case of innocent conduct from "non-innocency strategic conduct". An investment that lowers a firm's marginal cost can constitute a credible commitment to compete vigorously in the future. Therefore, any innocent act may have strategic repercussions and it is hard to show where exactly the "excessive" element of the investment begins, not to speak of when and to what extent there should be additional investment to conpensate for strategic underinvestment. It is because of this cost-reducing potential of at least some types of strategic investment that it becomes difficult to argue the net change of the total surplus as the reduction of costs may compensate for the possible increase of the market price level and the ensuing contraction of the consumers' surplus." Ks. myös Vickers/Hay (1987) s. 17.

[234] Ks. esim. Joskow/Klevorick (1979); Guiltinan/Gundlach (1996).

[235] Ks. myös Ordover/Saloner s. 539.

miseen päätöksentekijän täytyy ottaa huomioon määräävässä asemassa olevan yrityksen muut tavat toteuttaa sama strateginen tavoite.

Potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa estävillä investointipäätöksillä on yleensä merkitystä yrityskauppojen kilpailuvaikutusten arvioinnissa. Ne eivät yleensä vaikuta suoraan markkinoilla jo toimivien pienempien kilpailijoiden toimintaedellytyksiin, jolloin niitä harvemmin voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Värikkäistä nimityksistä huolimatta menettelytapojen vaikutusten arviointia näyttäisi vaikeuttavan se, että samaa menettelytapaa voidaan usein selittää useammalla tavalla. Strategisen kilpailun teorian perusongelmana on se, että mallit kuvaavat käyttäytymistä esim. hintateorian ja SCP-kehikon oletuksia realistisemmin, mutta ne ennustavat harvemmin sitä, minkä strategian yritys tulee valitsemaan. Mallien esittäminen matemaattisen eksaktissa muodossa ei poista niiden taustalla olevien premissien luotettavuutta koskevia ongelmia. Strategisten kilpailukeinojen hyvinvointivaikutusten arviointi on hankalaa.[236] Kyse on kuitenkin varsin hyödyllisestä ajattelun apuvälineestä selvitettäessä määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa markkinoilla.

Kilpailuteorian suurena haasteena on 1) luoda menetelmiä, joiden avulla voidaan suodattaa esille haitalliset strategisen kilpailun muodot sekä ne olosuhteet, joiden vallitessa ambivalentti strategisen käyttäytymisen muoto on haitallista ja 2) muuntaa taloustieteen tutkimustulokset operationaalisiksi oikeudellisiksi normeiksi, joiden avulla määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä voidaan säännellä.

3.4 KAUPPAKUMPPANEIDEN RIIPPUVUUS

Liike-elämälle ovat ominaisia keskinäiset riippuvuussuhteet, joita syntyy esimerkiksi kestosopimuksissa. Muita tehokkaampi toiminta lisää tehokkaan elinkeinonharjoittajan riippumattomuutta ja vastaavasti muiden markkinatoimijoiden riippuvuutta. Markkinat luovat kaiken aikaan uusia ja poistavat tai lieventävät olemassa olevia riippuvuussuhteita. Toimiva kilpailu luo markkinaepätasapainoa mutta on samalla paras tae siitä, ettei asiantila jää pysyväksi. Elinkeinonharjoittaja voi olla riippuvainen toisesta elinkeinonharjoittajasta myös muista syistä kuin sen vuoksi, että toinen hallitsee markkinoita. Riittävien vaihtoehtojen puute aiheuttaa sen, että tietty kauppakumppani joutuu tyytymään tarjottuihin ehtoihin. Asiakkaan vaihtoehdot rajoittuvat myös tuotediffe-

[236] Ks. esim. Carlton/Perloff (1994) s. 414: "It is difficult to determine whether strategic behavior raises or lowers welfare. Moreover it is difficult to distinguish competitive from strategic behavior." Ks. myös Holt/Scheffman (1989) s. 72–73.

roinnin seurauksena.[237] Riippuvuus voi johtua omasta toiminnasta, kuten esimerkiksi solmituista sopimuksista, tehdyistä investoinneista tai liiketoimintakonseptiin liittyvistä strategisista valinnoista.

Riippuvuus määräävän markkina-aseman rakenne-elementtinä ei edellytä, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttäisi liikesuhteissaan painostusta tai että kauppakumppanit olisivat täysin määräävässä asemassa olevan yrityksen "armoilla".[238] Useimmissa tapauksissa asiakas voi jättää hyödykkeen yksinkertaisesti kokonaan ostamatta tai turvautua epätäydellisesti korvaavaan hyödykkeeseen ilman radikaaleja, esimerkiksi terveydelle käyviä haittavaikutuksia. Kyse on paremminkin siitä, ettei asiakkaalle ole tarjolla taloudellisesti yhtä hyviä ja vertailukelpoisia vaihtoehtoja tarvitsemansa hyödykkeen ostamiseksi. Riippuvuus ilmenee yleensä siten, että asiakas joutuu hyväksymään itselleen epäedullisen ehdon, johon hän ei toimivan kilpailun vallitessa suostuisi. Riippuvuus vaikuttaa näin olennaisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamiin sopimusehtoihin. Asiakas joutuu esimerkiksi maksamaan ylihintaa tai hyväksymään sidonnan, jossa hänelle myydään monopolituotteen ohella muitakin hyödykkeitä.

3.4.1 Sopimusvoima, markkinavoima ja monopolivoima

Riippuvuusongelmien koko kirjon hahmottamiseksi voidaan ottaa käyttöön apukäsitteet sopimusvoima, markkinavoima ja monopolivoima. Käsitteistä vain viimeinen vastaa määräävää markkina-asemaa. Yrityksellä on *sopimus- tai neuvotteluvoimaa* silloin, kun sillä on mahdollisuus vaikuttaa määräävästi sopimuskumppanin toimintaan. Siviilioikeudessa voidaan puhua epätasapainosta sopimuskumppanien välillä. Sopimusvoima perustuu yritysten keskinäisiin suhteisiin. Sopimusvoiman käsite tulee sovellettavaksi määräävän markkina-aseman tai markkinavoiman käsitettä aikaisemmin. Sopimusvoima rajoittuu sopimusparttien väliseen suhteeseen, kun markkinavoima ulottuu tätä laajemmalle, määräävän aseman tilanteissa laajimmillaan kaikkiin tiettyä hyödykettä tarvitseviin asiakkaisiin. Markkinavoimaisella yrityksellä on mahdollisuus vai-

---

[237] Yritykset voivat esimerkiksi pyrkiä "eristämään" asiakkaansa muista tarjoajista esim. keskittymällä vain tiettyihin markkinasegmentteihin. Mainonnan avulla voidaan luoda kuluttajien arvostamia merkkejä. Tuotedifferointia ei kuitenkaan pidetä vielä itsessään haitallisena, jos markkinoilla on useita vaihtoehtoja. On astekysymys, missä määrin tuotedifferointi johtaa niin voimakkaisiin merkkeihin, että hyödykemarkkinat alkavat eriytyä toisistaan ja syntyy substituutioaukkoja. Tällöin merkittävä hinnankorotuskaan ei saa asiakkaita vaihtamaan toimittajaa. Jos asiakas joutuu maksamaan korkeamman hinnan, on hän tietyssä mielessä riippuvainen.

[238] Tosin räikeimmissä tapauksissa asiakas voi käytännössä olla jopa täysin riippuvainen määräävässä asemassa olevasta yrityksestä. Valtaosassa käytännön tapauksista riippuvuus ilmenee epäsuoremmin ja lievemmässä muodossa.

kuttaa useiden vastapuolien kanssa solmittaviin sopimuksiin. Markkinavoiman tilanteissa yrityksellä on enemmän taloudellista valtaa kun sopimusvoimaisella yrityksellä.

Hinnoittelun kannalta tarkasteltuna markkinavoima ilmenee siten, että markkinavoimainen yritys voi heikentää hyödykkeen hinta-laatusuhdetta ilman että sopimuskumppani voi vaihtaa toimittajaa. Sama tilanne voi syntyä myös silloin, kun toisella osapuolella on sopimusvoimaa mutta ei markkinavoimaa. Jos kyse on pelkästä sopimusvoimasta, hallitsevan osapuolen voimakkuus ja toisen osapuolen voimattomuus ovat seurausta sopimusparttien keskinäisen tasapainon heilahtamisesta vahvemman partin puolelle. Syyt ovat sopimusparttien keskinäisissä suhteissa, esimerkiksi tiedollisissa tai taidollisissa eroissa tai toisen osapuolen lukkiutumisessa tiettyyn sopimuskumppaniin tehdyn investoinnin seurauksena.

Määräävä markkina-asema eli monopolivoima ilmentää markkinavoimaa korkeampaa taloudellisen voiman astetta ja se on markkinavoimaa harvinaisempaa. Asiakkaiden riippuvuuden tulee kohdistua tiettyyn markkinoita hallitsevaan yritykseen tai yritysryhmään. Riippuvuuden tulee olla markkinoilla *yleistä ja merkityksellistä*. Riippuvaisia kauppakumppaneita tulee olla suurehko ja taloudellisesti merkityksellinen joukko. Jotta kyse olisi määräävästä markkina-asemasta, riippuvuuden tulee olla luonteeltaan pysyvää tai ainakin *pitkäaikaista*. Pelkistä suhdannevaihteluista aiheutuva tilapäinen riippuvuus ei luo määräävää asemaa, aivan kuten ei tilapäinen mahdollisuus ylisuurten voittojen tekemiseenkään sellaista osoita. Riippuvuuden tulee olla luonteeltaan *aitoa*, toisin sanoen kauppakumppani ei kykene omin toimenpitein estämään riippuvuuden syntymistä tai siitä helposti vapautumaan. Edellä olevia luonnehdintoja voidaan pitää vain suuntaa-antavina.[239] Ne eivät anna päätöksentekijälle erityisen konkreettista ohjenuoraa sen suhteen, milloin yrityksellä on niin paljon markkinavoimaa, että kilpailuviranomaisen intervenoiminen markkinoilla on perusteltua.

Jäljempänä käsitellään erityisesti kauppakumppanin riippuvuutta kahden sopimuskumppanin välisessä relaatiossa. Ottaen huomioon, että riippuvuussuhdetta on käsitelty kahdessa tuoreessa kotimaisessa tutkimuksessa,[240] tyydyn

---

[239] Raja sopimusvoiman, markkinavoiman ja monopolivoiman välillä on liukuva. Jos asiakkaat ovat yksittäistapauksia yleisemmin riippuvaisia tietystä tai tietyistä yrityksistä, voidaan puhua markkinavoimasta. Ero markkina- ja sopimusvoiman välillä ei ilmene riippuvuuden voimakkuutena vaan riippuvuussuhteiden yleisyytenä. Yrityksellä, jolla on markkinavoimaa, on samalla sopimusvoimaa suhteessa kauppakumppaneihinsa. Sitä vastoin sopimusvoima suhteessa tiettyihin kauppakumppaneihin ei vielä merkitse sitä, että yritys voisi yleisesti nostaa hintatasoa tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Markkinavoima on myös yleistä, etenkin jos lähtökohdaksi otetaan mahdollisuus hinnoitella yli rajakustannuksin. Monopolivoimasta voidaan puhua vasta, jos tietty yritys kontrolloi markkinoita myös suhteessa kilpailijoihin.

[240] Schulze-Steinen (1998) ja P. Virtanen (2001).

riippuvuustilanteiden pääpiirteittäiseen tyypittämiseen. Aihetta leimaa myös kotimaisten esitysten perusteella tietynlainen hahmottomuus. Riippuvuuskin on suhteellinen käsite, joka edellyttää tuekseen jotain konseptia, jolla se operationalisoidaan kilpailuoikeuden tarpeita varten.[241]

3.4.2 Relatiivisen markkinavoiman tilanteita

3.4.2.1 Merkkikohtainen markkinavoima

Sullivan ja *Grimes* omaksuvat suhteellisen laajan merkkikohtaisen markkinavoiman käsitteen. Tekijöiden mukaan milloin markkinavoima määritellään yrityksen kyvyksi korottaa hintaa ja säilyttää hinta korkeammalla tasolla,[242] on selvää, että merkkituotteiden myyjillä varsin yleisesti on markkinavoimaa.[243] Sullivanin ja Grimesin mukaan merkkikohtaisen markkinavoiman syyt ovat moninaisia. Usein kyse on kuluttajien informaation epätäydellisyydestä. Arvokkaan merkin haltijalla on joukko uskollisia asiakkaita, jotka ennemmin hyväksyvät hinnankorotuksen kuin vaihtavat merkkiä.[244] Sen jälkeen kun tietty merkki on valittu, kuluttajat jatkavat uskollisesti juuri kyseisen merkkituotteen ostamista aina siihen asti, kunnes jotain todella häiritsevää tapahtuu ("satisficing conduct").[245] Tuotedifferointi luo yrityksille markkinavoimaa. Kuitenkaan "pelkkää" tuotedifferointia ei voida pitää mitenkään yleisesti haitallisena. Joka

---

[241] Erityisen vaikea kysymys kuuluu, miten riippuvuussuhde otetaan kilpailuoikeudellisesti haltuun. Yhden vaihtoehdon tarjoaa merkkikohtaisten markkinoiden hyväksyminen markkinamäärittelyn lähtökohdaksi. Tällöin markkinat määritellään siten, että ne koostavat tietyn yritys- tai tavaramerkin alla valmistetuista hyödykkeistä, esimerkiksi "x-merkkisen kassakoneen varaosat" tai "yrityksen y valmistamien koneiden huolto- ja korjausmarkkinat". Ongelmaksi muodostuu se, että markkinamäärittelyn tarkoituksena pitäisi olla selvittää se, mitkä hyödykkeet kilpailevat x-merkkisen hyödykkeen tai y-yrityksen valmistamien koneiden jälkimarkkinoilla. Yrityskohtaisen markkinamäärittelyn hyväksyminen johtaa erikoiselta tuntuvaan lopputulokseen, koska jo markkinamäärittelyssä käytettävä substituutiojoukon alustava rajaus johtaa käytännössä siihen, että x:llä ja y:llä on lähes loogisesta pakosta määräävä markkina-asema. Toisen vaihtoehdon tarjoaa lähestymistapa, jossa markkinamäärittelyn sijasta tai sen lisäksi turvaudutaan relatiivista markkinavoimaa koskeviin teorioihin.

[242] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 22.

[243] "When market power is defined as power over price, it is clear that sellers of branded products often exercise market power. Just as a pure monopolist, the seller of a branded good may face an inelastic demand curve, allowing it to raise price without losing offsetting sales revenues." Sullivan/Grimes (2001) s. 43. Terminologisesta horjuvuudesta huolimatta Sullivan ja Grimes näyttävät tarkoittavan hintavallan sijasta hinnoitteluvapautta eli tietyn valmistajan mahdollisuutta vaikuttaa omien hyödykkeidensä hinnoitteluun. Sen sijaan esim. tietyn merkkisten varaosien valmistajilla ei liene yleensä mahdollisuutta ohjata koko markkinoiden hintatasoa edes silloin, kun tarkastelu rajataan jälkimarkkinoihin.

[244] Merkkiuskollisuus voi perustua myös virheellisille oletuksille myytävistä hyödykkeistä.

[245] Sullivan/Grimes s. 43.

tapauksessa kuluttajille aiheutuva vahinko on yleensä määräävässä asemassa aiheutuvaa haittaa pienempi. Tekijöiden mukaan on myös kyseenalaista, kuinka hyvin tuotedifferoinnista aiheutuva markkinavoima voidaan viime kädessä pitää erillään monopolivoimasta.[246]

Sullivanin ja Grimesin mukaan pelkkä mahdollisuus korottaa hintoja ei kata riittävästi kaikkia haitallisen markkinavoiman tilanteita.[247] Kysynnän elastisuus kuvaa periaatteessa hyvin niitä tilanteita, joissa markkinavoimaa voidaan väärinkäyttää kuluttajia haitallisella tavalla. Kysynnän elastisuus perustuu samalle mikrotaloustieteelle, jota toisaalla on käytetty perusteena rajata kilpailuoikeudellisen intervention piiriin kuuluvien tapausten määrää. Tekijöiden tavoitteena on argumentoida laajemman kilpailuoikeudellisen intervention puolesta. Tarvitaan siten lähestymistapaa, joka kattaisi selkeämmin haitalliset tilanteet.[248] Tekijöiden mukaan merkkikohtaisen markkinavoiman tilanteet voidaan luokitella seuraavalla tavalla:

1) merkkikohtainen markkinavoima intra-brand jakelurajoitusten yhteydessä;
2) merkkikohtainen markkinavoima inter-brand jakelurajoitusten yhteydessä;
3) jälkimarkkinat;
4) suhdespesifi markkinavoima.

Voidaan kuitenkin kysyä, onko *Sullivanin* ja *Grimesin* tapa määritellä markkinavoima, jossa liikkeelle lähdetään yritysten omien tuotteiden kysynnän elastisuudesta, tarkoituksenmukainen. Yrityksen omien tuotteiden kohtaama kysynnän elastisuus ei kuvaa välttämättä muuta kuin hinnoitteluvapautta. Yritys voi nostaa hyödykkeidensä hintaa menettämättä asiakkaita – toisin sanoen kilpailu ei ole täydellistä.[249] Tässä mielessä tosiaan jokaisella differentoidun hyödykkeen valmistajalla on jonkin verran "markkinavoimaa" ja asiakkaat ovat siitä hieman "riippuvaisia". Testi ei myöskään kerro, mistä syystä hinnoitteluvapaus johtuu. Mielekkäämpi määrittely tässä suhteessa on, voiko yritys nostaa hintatasoa rajoittamalla omaa tuotantoaan, mikä viittaa mahdollisuuteen kontrolloida markkinoita (hintavalta).[250] Erottelu hinnoitteluvapauden ja hintavallan välillä tuo esille keskeisimmän merkkikohtaisen markkinavoiman erityispiirteen: merkinhaltijalla on jonkin verran markkinavoimaa ja kauppakumppanien toimintavapaus on rajoittunut, mutta merkinhaltijalla ei ole mahdollisuutta kontrolloida laajemmin määriteltyjä horisontaalisia markkinoita.

---

[246] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 44–45.
[247] Sullivan/Grimes (2000) s. 50.
[248] Sullivan/Grimes (2000) s. 46.
[249] Mahdollista myös on, että yrityksen hinnoittelu on ollut kilpailijoiden hintoja alemmalla tasolla, ja hinnankorotuksella vasta saavutetaan kilpailullinen hintataso.
[250] Ks. esim. Klein (1993).

3.4.2.1.1 Merkkikohtainen markkinavoima ja intra-brand rajoitukset

Intra-brand rajoituksilla hyödykkeen valmistaja rajoittaa kilpailua oman jakeluverkkonsa sisällä toimivien jälleenmyyjien välillä. Päämies voi esim. kieltää toimitukset oman myyntialueen ulkopuolelle tai verkoston sisällä jälleenmyyjältä toiselle tahi asettaa hyödykkeille ylimmän tai alimman sallitun hinnan. Päämiehen ja jälleenmyyjän välistä jälleenmyyntisopimusta voidaan tarkastella nippuna varallisuusoikeuksia (property rights).[251] Vain osa oikeuksista luovutetaan täydellisesti ostajalle. Myyjä pidättää itsellään osan oikeuksista ja antaa jälleenmyyjälleen ohjeita sen suhteen, miten pidätettyjen oikeuksien osalta on meneteltävä.[252] Päämiehen asettaessa ehtoja jälleenmyyjilleen tarkoituksena on yleensä siirtää hyödykkeen kysyntäkäyrää siten, että hyödykkeitä myydään enemmän ja/tai toiminnasta syntyy enemmän taloudellista voittoa.[253] Niin kutsutun *Coasen* teoreeman mukaan myyjä ja ostaja pyrkivät ratkaisuun, joka optimaalisella tavalla jakaa oikeudet parttien kesken. Intra-brand rajoituksilla voidaan vähentää kysynnän elastisuutta, jolloin rajoituksen piiriin kuuluvat kuluttajat joutuvat maksamaan korkeamman hinnan. Intra-brand rajoituksilla voidaan myös hyödyntää kuluttajien informaatiossa olevia aukkoja.[254] Suhtautuminen intra-brand-rajoituksiin on kiisteltyä.[255] Kilpailupoliittisesti viranomaisen intervention tarve ei perustune niinkään myyjän ja ostajan voimatasapainoon kuin tarpeeseen suojata kuluttajia. Myyjällä ja jälleenmyyjällä voi olla yhteinen intressi estää hyödykkeiden rinnakkaistuonti. Tällöin myyjän ja ostajan välinen luontainen intressiristiriita ei turvaa kuluttajien etua riittävästi. Varallisuusoikeuksien voidaan olettaa allokoituvan optimaalisesti vain, mikäli kilpailu on toimivaa. Mitä keskittyneempi tiettyä hyödykettä koskeva markkinarakenne on, sitä todennäköisemmin intra-brand rajoituksista aiheutuvat haitat ovat hyötyjä suuremmat.

3.4.2.1.2 Merkkikohtainen markkinavoima ja inter-brand rajoitukset

Useita hyödykkeitä koskevat *inter-brand-rajoitukset* ovat vahingollisia, milloin myyjä voi pakottaa ostajan tiettyyn toimintaan.[256] Yksinostoehdolla hyödykettä myydään vain, mikäli asiakas pidättäytyy liiketoimista kilpailevien tarjoajien kanssa. Sidonnassa (tying) markkinavoimainen yritys myy riippuvuutta aiheuttavan hyödykkeen ainoastaan, jos asiakas ostaa samalla jonkin muun vähemmän arvostamansa hyödykkeen. Ilman "pakottamista" asiakas ostaisi hyödyk-

---

[251] Ks. esim. Mathewsson/Trebilcock/Winter (1991) s. 109–147, s. 109–110 ss.
[252] Valmistajalla pidätettyjen varallisuusoikeuksien osalta jälleenmyyjä toimii ikään kuin päämiehen agenttina.
[253] Sullivan/Grimes (2000) s. 46.
[254] Ibid.
[255] Vickers/Hay (1987) s. 7.
[256] Sullivan/Grimes(2000) s. 51.

keet erikseen. Sama tapahtuu pehmeämmin niputtamisen (bundling) yhteydessä, jossa tiettyä hyödykekokonaisuutta tarjotaan vain yhdessä ilman, että kokonaisuuden osia voisi ostaa myös erikseen.[257] Kuten intra-brand-rajoituksissa, myyjä voi mahdollisesti hyväksikäyttää informaation epätäydellisyyttä eli kuluttajan tietämättömyyttä siitä, että toisilta valmistajilta yksittäiset komponentit voisi kerätä markkinoilta erikseenkin edullisemmin. Varallisuutta siirtyy kuluttajilta markkinavoimaiselle yritykselle, minkä ohella voi aiheutua allokatiivinen tehokkuustappio.[258] Voidaan toisaalta kyseenalaistaa, missä määrin kuluttajien "tietämättömyyden" hyväksikäyttö kuuluu kilpailuoikeuden avulla torjuttaviin haittoihin.[259] Vaikuttaisi siltä, että intra- ja inter-brand rajoituksilla on itsenäistä merkitystä silloin, kun myyjällä tai jälleenmyyjillä on huomattavasti markkinavoimaa. Mahdollista on myös valmistajan ja jälleenmyyjän keskinäisen voimatasapainon sääntely. Tällöin tavoitteena on ensisijaisesti transaktioiden kohtuullisuuden ja oikeudenmukaisuuden edistäminen.

3.4.2.1.3 Jälkimarkkinat

Suhteellisen usein saattaa syntyä tilanteita, joissa myyjällä on ainakin jonkin verran markkinavoimaa hyödykkeen huoltopalveluita ja varaosia koskevilla *jälkimarkkinoilla.*[260] Tämä voi perustua ensinnäkin immateriaalioikeuksiin, jotka rajoittavat kilpailijoiden mahdollisuuksia tarjota varaosia.[261] Toisaalta hyödykkeen huoltaminen ja korjaaminen voi vaatia sellaisia erityistietoja ja taitoja ja teknistä informaatiota, joita päätuotteen valmistaja pystyy pimittämään kilpailijoiltaan jälkimarkkinoilla. Kolmanneksi markkinavoima jälkimarkkinoilla voi perustua tuotedifferointiin. Mikäli ainoastaan yksi myyjä valmistaa tietynkaltaista hyödykettä, asiakas on sidottu jälkimarkkinoilla kyseiseen myyjään. Lukittautumiseksi *(lock in)* kutsutaan ilmiötä, jossa päätuotteeseen tehty investointi sitoo ostajan samaan merkkiin tai valmistajaan jälkimarkkinoilla.[262] Neljänneksi korvaavia vaihtoehtoja voi olla olemassa, mutta kuluttaja-asiakas ei

---

[257] Ibid.

[258] Sullivan/Grimes (2000) s. 51–52.

[259] Sullivan/Grimes (2000) s. 52.

[260] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 52–55.

[261] Eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa tunnettu konflikti liittyy autojen jakelujärjestelmiin. EY:n komissio on katsonut, että autojen jakelujärjestelmä estää vapaata yhteisökauppaa ja jäsenmaiden välisen hintatason tasaantumista ja nostaa huolto- ja korjauspalveluiden hintatasoa. Autonvalmistajat ja maahantuojat ovat toisaalta viitanneet siihen, että kattavan jakeluverkon ylläpito ja monimutkaisen hyödykkeen jälkimarkkinoiden asianmukainen hoitaminen edellyttävät vertikaalisia rajoituksia, joilla jälleenmyyjille turvataan riittävä tulotaso. Auton myyntimarkkinat muodostavat päätuotteen markkinat jälkimarkkinoiden muodostuessa huollosta ja varaosatoimituksista. Vastaavasti esim. kopiokone muodostaa päätuotteen ja huolto-, varaosa ja mahdollisesti myös paperitoimitukset jälkimarkkinat.

[262] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 92–102; MacKie-Mason/Metzler (1998) s. 394; yleisesti esim. Porter (1985) s. 335–356.

niistä tiedä.[263] Syntyy niin kutsuttu *hold up* -ongelma. Ostajan ollessa sidottu tiettyyn laitetoimittajaan kauppakumppani voi pyrkiä hyötymään tilanteesta esim. nostamalla huoltopalveluiden ja varaosien hintoja tai edellyttämällä, että mainitut palvelut on ostettava päätuotteen valmistajalta.

Ajatus, ettei jälkimarkkinoita ylipäätään voitaisi tarkastella omina markkinoinaan, perustuu Chicagon koulun piirissä edustetulle teorialle, jonka mukaan monopolihinnoittelu tai muu kuluttajia tai asiakkaita vahingoittava toiminta jälkimarkkinoilla johtaisi väistämättä siihen, että päätuotteen ostajat vaihtaisivat toimittajaa.[264] Markkinavoimaa ei siten olisi ylipäätään mahdollista hyödyntää jälkimarkkinoilla ilman, että sillä olisi haitallisia vaikutuksia päätuotteen kysyntään.[265] Näin ollen päätuotteen valmistaja ei voisi erikseen väärinkäyttää asemaansa jälkimarkkinoilla, ellei sillä ole määräävää asemaa myös päätuotteen osalta.[266] Rationaali asiakas tekee ostopäätöksensä tuotteen elinkaarikustannusten perusteella. Näkemys lienee liian yksioikoinen voidakseen olla tosi kaikissa tilanteissa. Kieltämättä jos kilpailun oletetaan olevan täydellistä, asiakas ei osta sellaista hyödykettä, jonka käyttämisestä hän tietää joutuvansa maksamaan ylihintaa jälkimarkkinoilla. Rationaalisesti käyttäytyvä asiakas ottaa kalkyylissään huomioon päätuotteen hinnan ja huolto- ja varaosapalvelut ja valitsee itselleen kokonaisuutena edullisimman hyödykkeen. Käytännössä tavattavilla epätäydellisillä markkinoilla informaation epätäydellisyys ja tiedon etsintäkustannukset rajoittavat asiakkaan mahdollisuuksia tehdä koko hyödykkeen elinkaaren kattavia kustannusvertailuja.[267] Kuluttajat eivät aina ota huomioon myyjän toimintaa jälkimarkkinoilla ostaessaan päätuotetta.[268]

---

[263] Mahdollisesti tietoa olisi saatavilla, mutta kuluttaja ei koe mielekkääksi satsata ylimääräistä aikaa, energiaa ja kustannuksia tiedon etsimiseen. Transaktiokustannusten minimointi voi olla täysin rationaalia, jos saatavilla oleva voitto koetaan pieneksi vaadittuun investointiin verrattuna.

[264] Ks. esim. Posner (2001) s. 236–238; Klein (1993) ja (1996).

[265] Neoklassisen taloustieteen kannalta voidaan perustella sitä, ettei uponneilla kustannuksilla ole merkitystä määriteltäessä yrityksen tulevaa käyttäytymistä. Periaatteessa uponneet kustannukset vaikuttavat yrityksen toimintaan vain siihen asti, kunnes ne muodostuvat uponneiksi. Tuleva käyttäytyminen määräytyy vallitsevan tilanteen mukaan, sillä uponneita kustannuksia ei saada missään vaihtoehdossa takaisin. Tämä on kuitenkin vain osa totuutta, sillä riippuvaisen osapuolen kannattaa ryhtyä toimenpiteisiin, joilla tappiot voidaan minimoida. Tämä pätee erityisesti silloin, kun kiinteiden kustannusten osuus investoinnista on suuri. Riippuvaisen yrityksen kannattaa ennemmin hyväksyä alihintainen sopimus kuin jäädä kokonaan ilman sopimusta, jolloin investointi on kokonaan menetetty. Sidotun osapuolen kannattaa hyväksyä itselleen epäedullinen sopimusmuutos aina siihen asti, kun sopimus kattaa muuttuvat kustannukset ja pitää yrityksen jotenkuten markkinoilla.

[266] Posner (2001) s. 237.

[267] Samansuuntaisesti esim. Faull/Nikpay (1999) s. 137–138.

[268] Erityisesti kuluttaja-asiakkaat eivät aina käyttäydy mallissa oletetulla tavalla rationaalisti. Toisaalta tiedon etsintäkustannukset muodostuvat sitä korkeammaksi, mitä enemmän asiakas uhraa aikaa kustannusten tarkasteluun. Transaktiokustannusteorian näkökulmasta on täysin rationaalia olla uhraamatta liikaa resursseja tiedon hankintaan esim. ostettaessa yksittäinen kestokulutushyödyke. Kustannukset voivat muuttua olennaisesti hyödykkeen käyttöaikana. Vaikka asiakas

Voidaan todeta, ettei markkinavoima jälkimarkkinoilla juuri koskaan voine olla yhtä voimakasta kuin tilanteissa, joissa yrityksen markkinavoima perustuu horisontaaliseen markkinoiden hallintaan. Pidempiaikainen väärinkäyttö jälkimarkkinoilla edellyttää yleensä, että myös päätuote menee kaupaksi. Markkinavoima jälkimarkkinoilla ei voine olla kokonaisuutta silmällä pitäen suurempi, kuin mikä on yrityksen markkinaosuus päätuotteen markkinoilla.[269] Ongelmaa voidaan pitää väliaikaisena, jos päätuote on joka tapauksessa poistumassa markkinoilta.[270] Tähän nähden kuluttajille aiheutuva vahinko jäänee yleensä vähäiseksi.[271] Toisaalta kilpailuoikeudellisen intervention tarve lisääntyy, jos markkinavoimainen yritys pyrkii estämään uusien yritysten pääsyn jälkimarkkinoille.[272] Tällöin puututaan ensisijaisesti markkinoille pääsyä rajoittaviin toimenpiteisiin ja vasta toissijaisesti myyjän ja ostajan välisiin suhteisiin jälkimarkkinoilla. Kriittisenä kysymyksenä voidaan pitää sitä, miten hyvin markkinavoima jälkimarkkinoilla pystytään määrittelemään,[273] ja toisaalta, miten vältetään liian laaja puuttuminen sopimussuhteisiin.[274] Riskinä on, että kilpailu-

---

päätyisikin ostohetkellä oikeaan ratkaisuun, huolto- ja varaosahinnoissa tapahtuvat muutokset voivat muuttaa tilannetta epäedullisempaan suuntaan.

[269] Kilpailun turvaamisessa päähuomiota ei tulisi asettaa punktuaalisiin oikeusturvaongelmiin, vaan siihen, että kilpailu kokonaisuudessaan säilyy suhteellisen toimivana. Sullivan ja Grimes myöntävät, että markkinavoimaa jälkimarkkinoilla omaavan yrityksen on otettava potentiaalinen kilpailu huomioon. Liiallinen hintojen korottaminen tuo alalle uusia yrittäjiä. Päätuotteen valmistajan on myös pidettävä huolta maineestaan. "Rosvohinnoittelu" jälkimarkkinoilla voi pilata hyödykkeen maineen ja heikentää päätuotteen kysyntää. Maineen menetys ei kuitenkaan suojaa kuluttajia, jos päätuote on tullut elinkaarensa loppuun ja sen myynnit joka tapauksessa ovat hiipumassa. Tällöin päätuotteen valmistajan intressissä on pyrkiä "auringonlaskun rahastukseen" jälkimarkkinoilla Sullivan/Grimes (2000) s. 54. Ilmiöstä käytetään kirjallisuudessa nimitystä installed based. Ks. esim. Salop (2000); Hovenkamp (2001). Tähän voidaan vastata toteamalla, että yrityksen on maineen osalta otettava huomioon ei niinkään yksittäisen mallin kysyntä, vaan ennen muuta koko tuotemerkin imago. Hintojen osalta ratkaisevia eivät ole päätuotteen ja jälkimarkkinoiden erillishinnat, vaan kuluttajalle kertyvät kokonaiskustannukset. Jos päätuotteen kysyntä on laskussa, todennäköisesti tämä pätee myös hintoihin. Asiakas ei häviä, jos jälkimarkkinoiden hinnankorotukset kompensoituvat päätuotteen hinnanalennuksilla. Tähän Sullivan ja Grimes vastaavat, että hinnoittelu voi olla neutraalia uusien asiakkaiden osalta, mutta ylihinnoittelu jälkimarkkinoilla diskriminoi vanhoja asiakkaita, jotka ovat maksaneet aikaisemmin korkean hinnan myös päätuotteesta. Lisäksi ylihinnoittelu jälkimarkkinoilla voi aiheuttaa allokatiivisen tehokkuustappion, jos ylihinnoittelun seurauksena huoltoa ja varaosia kysytään vähemmän kuin olisi asiakkaiden tarpeiden kannalta optimaalista.

[270] Ibid. Ks. myös Borenstein ym. (1995). Itse asiassa jälkimarkkinoilla toteutettavilla hinnankorotuksilla voidaan nimenomaisesti pyrkiä nopeuttamaan asiakkaiden siirtymistä uudempiin malleihin. Jos uudet mallit ovat teknisesti edistyneempiä, törmätään tyypilliseen punnintatilanteeseen, jossa hinnankorotuksesta aiheutuvia allokatiivisia tehokkuustappioita pitäisi yrittää verrata dynaamiseen tehokkuusvoittoon, joka aiheutuu siitä, että uusien hyödykkeiden yleistyminen markkinoilla nopeutuu.

[271] Ks. esim. Shapiro (1995); Klein (1996).

[272] Sullivan Grimes (2000) s. 54. Strategisena keinona kilpailijoiden markkinoilletulon vaikeuttamiseksi voidaan käyttää esim. toimituskieltoja, yksinomaisuusehtoja ja sidontaa.

[273] Tähän näkökohtaan kiinnittää erityistä huomiota Hovenkamp (2001).

[274] Ks. tältä osin esim. Kuoppamäki (2000) s. 143.

viranomaisen suunnatessa resurssit sopimusvoimatilanteisiin markkinoiden toimivuuden kannalta vaarallisemmat markkina- ja monopolivoiman väärinkäyttötapaukset jäävät liian vähälle huomiolle.

3.4.2.1.4 Suhdespesifi markkinavoima

Suhdespesifi markkinavoima (relational market power) perustuu kahden sopijapartin välisiin olosuhteisiin, joiden johdosta erityisesti pitkäkestoisissa sopimussuhteissa toinen osapuoli tulee toisesta riippuvaiseksi. *Sullivan* ja *Grimes* mainitsevat tyyppitapauksena franchising- eli luvakesopimukset.[275] Tarkastelua ei ole kuitenkaan syytä rajata niihin. Muita tyypillisiä tilanteita ovat esim. jakelusopimukset sekä teollisuuden ja kaupan alihankintasopimukset. Näissä tilanteissa markkinavoimainen osapuoli on luvakkeenantaja, jakelusopimuksen päämies ja teollisuusyritys tai kauppaketju, jolle hyödykkeitä toimitetaan. Riippuvainen osapuoli on luvakkeensaaja, jakelija ja erikoistunut alihankintayritys. Suhdespesifi markkinavoima on erotettava myös sopimusvoimasta, sillä pelkkää kahden osapuolen sopimussuhdetta ei ole mielekästä lähteä sääntelemään kilpailuoikeuden keinoin. Markkinavoimasta on kyse, kun tasapainon järkkyminen on selvästi yksittäistapauksia yleisempi ongelma. Kilpailuviranomaisen interventio voi olla perusteltu, jos samasta sopimuskumppanista on riippuvaisia suuri joukko yrityksiä, tai samanlaiset riippuvuussuhteet leimaavat tiettyjen hyödykemarkkinoiden toimintaa. Suhdespesifi markkinavoima voidaan määritellä seuraavasti:

1) heikommalle osapuolelle – jakelijalle, alihankkijalle tai tavarantoimittajalle – aiheutuu uponneita kustannuksia tämän investoidessa tuotantovälineisiin, joita yhteistyö päämiehen kanssa edellyttää (asset specifity);[276]
2) vahvemmalle osapuolelle syntyy mahdollisuus siirtää ylimääräisiä kustannuksia heikommalle osapuolelle;
3) vahvemmalla osapuolella on mahdollisuus evätä heikommalta osapuolelta etuja, joita se myöntää muille samassa asemassa olevalle yritykselle;
4) kohdissa 1–3 mainituista syistä vahvempi osapuoli saa niin voimakkaan otteen riippuvaisesta osapuolesta, että se voi yksipuolisesti muuttaa liikesuhteen ehtoja omaksi edukseen.

3.4.3 Pakollinen kauppakumppani

Suhdespesifille markkinavoimalle varsin läheistä sukua on *Glaissin* ja *Laurentin* nimissä kulkeva oppi *pakollisesta kauppakumppanista (partenaire obliga-*

---

[275] Sullivan/Grimes (2000) s. 55. Ks. myös Grimes (1996) ja (1999). Vrt. esim. Klein (1996) s. 55–65.

[276] Termin sisällöstä ja määritelmästä ks. Timonen s. 215–216.

toiré, obligatory trading parter).[277] Kuten Arndtin konseptissa, keskeistä on tietyssä liikesuhteessa ilmenevän valta- ja riippuvuussuhteen analysointi. Koska EY:n riippuvuustapauksia koskeva oikeuskäytäntö näyttäisi perustuvan tälle opille, sitä käsitellään lähemmin tutkimuksen lainopillisessa osassa.

3.4.4 Kauppakumppanin mahti

Kaikkein laajimmat perusteet kilpailuviranomaisen interventiolle riippuvuussuhteen perusteella näyttäisi tarjoavan kauppakumppanin mahtia koskeva teoria. Saksalainen *Helmut Arndt*[278] erottaa taloudellisen vallan *(wirtschaftliche Macht)* teoriassaan toisistaan markkinavoiman (*Marktmacht*) ja kauppakumppanin mahdin (*Partnermacht*). Markkinavoimalla tarkoitetaan edellä käsiteltyä horisontaalista markkinavoimaa eli tilanteita, joissa riippuvuussuhde perustuu markkinoiden hallintaan. Kauppakumppanin mahdilla tarkoitetaan tilannetta, jossa yritys voi sanella kauppakumppanilleen hintoja ja muita ehtoja ilman, että liikesuhdetta hallitseva yritys hallitsisi laajempia markkinoita. Kauppakumppanin mahti eroaa markkinavoimasta sekä sen syntymiseen liittyvien *syiden* että taloudellisen *vaikutusten* suhteen.

Kauppakumppanin mahti on käsillä, mikäli valta ostajan ja myyjän välillä on siinä määrin epätasaisesti jakautunut, että toinen osapuoli on hallitsevassa ja toinen riippuvaisessa asemassa. Toinen käskee ja toinen tottelee. Ääritapauksessa hallitseva osapuoli voi joka suhteessa sanella liikesuhteen ehdot päättäen hinnoista, laadusta, toimitusehdoista ja jopa kauppakumppanin voiton tasosta. Arndt korostaa, että kauppakumppanin mahti on pidettävä erillään markkinavoimasta ja määräävästä markkina-asemasta, vaikkakin kummankin tyyppistä mahtia voi olla samassa kädessä. Kauppakumppanin mahti ei perustu markkinatilanteeseen vaan yksinomaan liikekumppaneiden keskinäisiin suhteisiin.[279] Sama yritys voi omata yksillä markkinoilla kauppakumppanin mahtia mutta

---

[277] Kysymystä käsitellään lähemmin tutkimuksen lainopillisessa osassa. Ks. myös Kuoppamäki (1992) s. 85–93 siellä mainittuine lähteineen.

[278] Arndtin konseptin esittely perustuu Arndtin artikkeliin Macht und Wettbewerb teoksessa Cox/Jens/Markert (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs (1981) s. 49-78. Laajemmin ks. myös esim. Arndt, Helmut: Markt und Macht (1973). Arndtin konseptin esittelystä ks. myös Schulze-Steinen (1998) s. 23–27.

[279] Arndt kuvaa kauppakumppanin mahdin ja määräävän aseman eroja seuraavalla tavalla. Määräävässä asemassa oleva yritys hallitsee markkinoita, ostajan tai myyjän mahtia omaava yritys kauppakumppaniaan. Markkinoita hallitseva yritys vaikuttaa kauppakumppaninsa päätöksiin epäsuorasti säätelemällä markkinaolosuhteita rajoittaen hyödykkeen tarjontaa tai sen kysyntää. Kauppakumppanin mahtia omaava yritys taas suoraan pakottamalla kauppakumppanin välittömästi mukautumaan omaan tahtoonsa. Määräävä asema edellyttää kauppakumppanin mahdista poiketen huomattavaa markkinaosuutta. Ks. Arndt (1981) s. 56–57.

olla riippuvaisessa asemassa toisilla markkinoilla.[280] Kauppakumppanin mahtiin puuttuminen kilpailuviranomaisen toimesta voidaan ymmärtää individuaalisen suojan ilmentymänä,[281] joskin *Arndt* perustelee laajaa interventiota myös oletuksella, jonka mukaan kauppakumppanin mahti aikaansaa haitallisen ketjureaktion taloudellisen vallan keskittymisessä.

Kauppakumppanin mahdin ja määräävän aseman *vaikutukset* hintoihin ja tuotantomääriin eroavat toisistaan. Määräävässä asemassa oleva myyjä myy vähemmän ja korkeampaan hintaan; määräävässä asemassa oleva ostaja ostaa vähemmän alhaisempaan hintaan. Sitä vastoin kauppakumppanin mahtia omaava yritys myy (lopputuotetta) suuremman määrään samaan hintaan (esim. autokonsernit) tai ostaa suuremman määrän alhaisempaan hintaan (tavaratalot ja kauppaketjut). Kilpailunrajoitukset vähentävät kilpailua ja äärimmillään poistavat sen kokonaan markkinoilta. Sitä vastoin kauppakumppanin mahti johtaa ensi vaiheessa kilpailun kiihtymiseen ja vääristymiseen ja vasta toisessa vaiheessa sen vähenemiseen.[282] Kauppakumppanin mahti saa aikaan määräävää asemaa tai kartellia laadullisesti kielteisempiä keskittymisprosesseja, koska keskittyminen ei perustu tehokkuusetuihin vaan vallankäyttöön.[283] Kauppakumppanin mahti johtaa haitalliseen keskittymiseen.[284] Normaalisti markkinoi-

---

[280] Esimerkiksi oluen valmistajat voivat sanella ehtoja niistä ns. oluthanamyynnissä riippuvaisille yksinomaisuusehdoin sidotuille anniskeluravintoloille. Samanaikaisesti oluenvalmistajat voivat olla vastaavanlaisessa riippuvuussuhteessa suuriin kauppaketjuihin nähden, jotka voivat suuren ostovolyyminsä, diversifikaation ja ketjuyhteistyön tuoman ostovoiman perusteella kilpailuttaa pullo- ja tölkkioluen valmistajia keskenään. Sitä vastoin määräävän markkina-aseman määritelmä pitää sisällään sen, ettei määräävässä asemassa oleva yritys ole samoilla hyödykemarkkinoilla toisesta riippuvainen.

[281] Ks. Schmidt (1999) s. 78.

[282] Ilmeisesti Arndt tarkoittaa sitä, että kun määräävään markkina-asemaan tai kartelliin perustuva markkinoiden hallinta aiheuttaa allokatiivista tehottomuutta, kauppakumppanin mahdin vaikutukset liittyvät *prima facie* ennemminkin tulonjakoon kauppakumppanien välillä. Kauppakumppanin mahti ei välittömästi nosta tuotteiden hintatasoa tai vähennä niiden määrää markkinoilla. Seurauksena on ensi vaiheessa tulonsiirto alistetulta yritykseltä sitä hallitsevalle. Tosin Arndtin viimeisenä kohtana esiin nostama keskittymiskehitys johtanee tulonsiirtoja monitahoisempiin vaikutuksiin. Näin ollen myös kauppakumppanin mahti aiheuttanee pitkällä aikavälillä allokatiivisia tehottomuustappioita. Arndtin konseptissa korostetaan dynaamisia tehokkuustappioita, joita arvellaan aiheutuvan siitä, etteivät uudet ja tehokkaammat tuotantotavat todennäköisesti pääse esille suorituskilpailun rappeutumisen ja hiipumisen vuoksi.

[283] Arndtin näkemyksille kutakuinkin diametrisesti vastakkaisen chicagon koulukunnan edustajat mitä todennäköisemmin katsoisivat keskittymisen näissä oloissa selittyvän mittakaava- ja muilla tehokkuuseduilla.

[284] Arndtin artikkelia kirjaimellisesti lukien voitaisiin päätyä siihen, että markkinavoima (Marktmacht) ja keskittymisprosessit sen sijaan olisivat toistensa poissulkevia, sillä "markkinoilla, joita yksi yritys tai kartelli hallitsee, ei keskittymisprosesseja enää ole". Näin Arndtin ajatuksia on tulkinnut Schulze-Steinen (s. 29). On vaikea ymmärtää, miksi markkinavoiman esiintymisen sinänsä estäisi sen lisäämisen entisestään yrityskaupoin. On varsin mahdollista, että kartelli voidaan korvata joko kokonaan tai osaksi rakenteellisella järjestelyllä. Määräävässä asemassa oleva yritys voi pyrkiä yrityskaupalla vahvistamaan asemaansa entisestään tai suojautumaan uhkaavalta (potentiaaliselta) kilpailulta. Ajatus vaikuttaa mielekkäältä ainostaan siinä tapauksessa

den keskittyessä vastareaktiona ilmenee dekonsentroitumista rinnakkaisilla uuden tuotteen markkinoilla. Näin ei kuitenkaan tapahdu silloin, kun esimerkiksi vähittäiskaupan markkinat keskittyvät kauppakumppanin mahdin seurauksena. Tämän vuoksi kauppakumppanin mahdin aikaansaama keskittyminen ei ole kilpailulle eduksi (Wettbewerbskonform).

Arndtin mukaan kauppakumppanin mahtiin ei tule puuttua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan normin perusteella, koska kyse ei ole määräävästä asemasta, vaan erityissääntelyllä. Kilpailuviranomaisen tulee puuttua taloudellisen vallan väärinkäyttöön silloin, kun kyseessä ei ole luonteeltaan tilapäinen (*ns. Schumpeter-monopoli*) vaan pysyvä vallan keskittyminen tietyn taloudellisen toimijan käsiin. *Terve valta* on *ohimenevää.*[285] Sitä pidetään vain sen aikaa kuin luonnollinen kilpailuetu säilyy. Yrityksen valta suhteessa toiseen elinkeinonharjoittajaan ei siten saa olla luonteeltaan pysyvää. Toisaalta kilpailijoilla tulisi olla *samat* menestymisen *mahdollisuudet.*[286] Sitä vastoin ratkaisevaa ei ole se, onko kyse markkinoiden hallinnasta (*Marktmacht*) vaiko tätä rajallisemmasta vallankäytön muodosta (*Partnermacht*), joka ilmenee tietyn kauppakumppanin "rusentamisena". Yrityksen menestyksen ratkaisee suorituskilpailun sijasta valta[287] – ahkeruuden ja innovatiivisuuden sijasta korostuu "riisto".[288] Valitettavasti se, miten ohimenevät ja neutraalit tilanteet erotetaan vahingollisista ja pysyvistä "vallan vääristymistä", jää Arndtin teoriassa pitkälti avoimeksi. Käteen jää agenda, joka melkoisesti laajentaisi kilpailuviranomaisten työkenttää. Hyödyllisenä voidaan kuitenkin pitää selväpiirteistä erottelua määräävän markkina-aseman ja muiden riippuvuustilanteiden välillä.

Kotimaisessa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa Arndtin teoriaa on hyödyntänyt *Schulze-Steinen,* joka määrittelee kauppakumppanin mahdin siten, että sillä tarkoitetaan yritysten välisessä vertikaalisessa liikesuhteessa esiinty-

---

sa, että yhdellä yrityksellä on täydellinen monopoli-asema, joilloin enempi keskittyminen samoilla markkinoilla loogisesti ei enää ole mahdollista. Tällöinkin markkinavoimaa on mahdollista laajentaa ulottamalla toiminta yritysostoin uusille markkinoille (ns. leveraging tai deep pocket -doktriini).

[285] Tältä osin Arndt viittaa Schumpeterin teoriaan.

[286] Arndtilla suorituskilpailu edellyttää tasa-arvoisia mahdollisuuksia ja kilpailun vapautta. Mikäli markkinatoimijoilla *pysyvästi* ei ole tasapuolisia mahdollisuuksia, suorituskilpailu rappeutuu ja seurauksena on kauppakumppanin mahtiin johtavien valta- ja riippuvuussuhteiden syntyminen. Arndtin mukaan kauppakumppanin mahti aiheutuu perimmiltään epätasapuolisista mahdollisuuksista. Kauppakumppanin mahti johtaa yksipuolisiin keskittymisprosesseihin, joiden seurauksena markkinavoimaa kasaantuu tietyille yrityksille. Markkinavoima synnyttää kilpailunrajoituksia, joilla yrityksiä estetään toimimasta haluamallaan tavalla. Kiteyttäen kauppakumppanin mahti aiheutuu epätasapuolisista mahdollisuuksista ja kilpailunrajoitukset markkinavoimasta. Arndt (1981) s. 72–73.

[287] Ibid. s. 56.

[288] Kauppakumppanin hallinta ja alistaminen on laajempi ilmiö, jota tavataan kaikilla sosiaalisen elämän alueilla, esimerkiksi politiikassa, valtioiden välisissä suhteissa tai avioliitoissa. Ibid. s. 57.

vää mahdin epätasapainoa, joka ilmenee yrityksen tosiasiallisena yliotteena toisesta yrityksestä, joka on taas tästä johtuen eri asteisesti riippuvainen ensin mainitusta. Kauppakumppanin mahti koostuu siten kahdesta komponentista, mahtiasemasta ja riippuvuudesta.[289] Tunnusomaista kauppakumppanin mahdille on, että riippuvainen osapuoli on mahtiasemassa olevalle vain yksi vaihtoehtoinen kauppakumppani lukuisten muiden joukossa mutta mahtiasemassa oleva on ensin mainitulle ainoa kyseeseen tuleva sopimuskumppani. Vaihtoehtoista sopimuskumppania ei ole joko olemassa tai yritys on jostain syystä estynyt kääntymästä sellaisen puoleen. *Schulze-Steinenin* mukaan on myös tunnusomaista, että suuri osa riippuvaisen yrityksen liikevaihdosta kertyy liikesuhteesta mahtiasemassa olevan yrityksen kanssa. Määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan siinä asemaa, jonka saavuttaneella yrityksellä katsotaan olevan "kilpailuoikeudellisesti relevantti määrä markkinavoimaa".[290] Puhtaan sopimusperusteisella voimalla tarkoitetaan "kahden yrityksen välisessä suhteessa vaikuttavaa sopimukseen tai tosiasiallisiin olosuhteisiin perustuvaa voimaa". Sopimusperusteisuus viittaa yleisesti yritysten väliseen bilateraalissuhteeseen. Kauppakumppanin mahdilla tarkoitetaan tilannetta, jossa mahtiasemassa olevan yrityksen sopimusperusteinen voima on niin suuri, että yrityksellä voidaan sanoa olevan otteen markkinavastapuolestaan, mikä puolestaan saattaa kauppakumppanin riippuvaiseen asemaan ensin mainitusta.[291] Kauppakumppanin mahtia esiintyy myös ostovoiman tilanteissa, joissa hyödykkeen ostajalla on markkinavoimaa hyödykkeen myyjiin nähden.

Kauppakumppanien riippuvuutta liittyy enemmän tai vähemmän kiinteästi kaikkiin asiakkaisiin kohdistuviin määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteisiin. Ei voitane ajatella aitoa määräävän aseman tilannetta, jossa asiakkaan valintavaihtoehdot eivät olisi rajoittuneet. Määräävän aseman ja kauppakumppanin mahdin erona on kuitenkin se, että määräävä asema perustuu markkinoiden hallintaan, kun taas kauppakumppanin mahdin taustalla välttämättä ei ole muuta kuin ostajan ja myyjän keskinäisiin suhteisiin liittyviä tekijöitä. Ei ole aina yksinkertaista erottaa markkinavoiman tilanteita sopimusvoiman tilanteista.

3.4.5 Vastavoiman merkitys tasapainottavana tekijänä

Huomattavan suurellakaan yrityksellä ei yleensä ole yliotetta kauppakumppanistaan, jos markkinoiden toisella puolella on yhtä suuri ja voimakas yritys. Suuren yrityksen *ostovoima (buying power)* voi neutralisoida myyjän markki-

[289] Schulze-Steinen (1998) s. 18. Käsitepari valta/riippuvuus näyttää siinä mielessä siamilaisilta kaksosilta, että toinen edellyttää toista. Schulze-Steinen toteaa, että hänen konseptinsa eroaa Arndtin mallista tuomatta kuitenkaan selkeästi ilmi, mitkä nuo erot ovat.
[290] Schulze-Steinen (1998) s. 1. Määritelmä on äärimmäisen vähän kertova.
[291] Schulze-Steinen s. 2.

navoiman. Suurilla ja ammattimaisilla ostajilla on yleensä kyky kilpailuttaa myyjiä ja laajentaa toimintasädettään muiden maiden markkinoille. On myös mahdollista, että pienemmät yritykset liittoutuvat yhteen määräävässä asemassa olevaa myyjää tai ostajaa vastaan ja muodostavat tälle *vastavoiman (countervailing power)*. Vastavoiman luominen on ollut eräs keskeisistä syistä pienyritysten muodostamien osuuskuntien synnylle.

Toimivassa kilpailussa kumpikaan markkinaosapuoli ei voi sanella sopimusehtoja. Hinnat määräytyvät kysynnän ja tarjonnan vaihtelujen mukaan. Mikäli tietyillä markkinoilla joko myyjä- tai ostajapuoli on kovin keskittynyt, markkinoiden epätasapainosta voi aiheutua kilpailuongelmia. Kilpailupoliittisesti ensisijainen vaihtoehto voisi olla liiallisen markkinavoiman purkaminen, mutta käytännössä tämä tulee kyseeseen vain kartellien osalta.[292] Määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä pidetään kohtuuttoman korkeita myyntihintoja tai kohtuuttoman alhaisia ostohintoja. Monopolihinnoittelun todistaminen on käytännössä vaikeaa ja vaatii resursseja. Väärinkäyttövalvonta on raskas instrumentti rakenteellisen vääristymän paikkaamiseen ja edellyttäisi toimiakseen varsin dirigististä otetta kilpailuviranomaisilta. Markkinaepätasapainon korjaaminen on ollut yksi perusmotiiveista esim. ammattiyhdistysliikkeen[293] ja osuuskuntamuotoisen elinkeinotoiminnan syntymiselle.[294]

Kilpailijat voivat lisätä valtaansa käyttäytymällä markkinoiden rakenteen niille mahdollistamalla tavalla (esim. oligopolistit sopimalla hinnoista) tai pyrkimällä muuttamaan markkinarakennetta itselleen edulliseksi (esim. yrityskauppa muuttaa oligopolin määrääväksi markkina-asemaksi). Valtaa voidaan vähentää esimerkiksi liittoutumalla suurta ostajaa tai myyjää vastaan. Tällöin yksipuolinen (unilateraalinen) monopoli muuttuu kaksipuoliseksi (bilateraaliseksi) monopoliksi. Markkinavoimaisen yrityksen asiakkaat voivat pyrkiä vapautumaan riippuvuudesta etsimällä uusia toimittajia relevanttien markkinoiden ulkopuolelta.[295]

John Kenneth Galbraithin 1950-luvulla kehittämän vastavoimateorian mu-

---

[292] Eurooppalainen kilpailuoikeus ei tunne USA:n lainsäädännön antamaa, viime vuosina säästeliäästi sovellettua mahdollisuutta määräävässä asemassa olevan yritysten pilkkomiseen monopolisoimistapausten jälkiseuraamuksena. Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa keskittymä voidaan purkaa vain silloin, jos yrityskauppa on pantu täytäntöön lain ilmoitusvelvollisuutta ja toimenpidekieltoa rikkoen. Lainsäätäjän ratkaisua voidaan perustella sillä, että yritysten pilkkominen voisi aiheuttaa huomattavia hyvinvointitappioita ja osin arvaamattomia seurannaisvaikutuksia. Suomen kaltaisessa maassa kansallisesti tarkastellen suuri yrityskoko on usein välttämätön vientimarkkinoita silmälläpitäen.

[293] Ks. esim. Eucken (1952) s. 43–46; Galbraith (1984) s. 132–135; Grimes (2001 a) s. 201–204.

[294] Ks. esim. Eucken (1952) s. 40–43; Galbraith (1984) s. 136; Grimes (2001 a) s. 204–207.

[295] Uuden ja merkittävän potentiaalisen kilpailijan markkinoilletulo johtaa rakenteellisessa tarkastelussa markkinajohtajan markkinaosuuden laskemiseen. Saman voi aikaansaada tekninen kehitys, joka johtaa kokonaan uuden kilpailevan, mahdollisesti aikaisempia vaihtoehtoja paremman hyödykkeen markkinoilletuloon.

kaan[296] markkinavoiman keskittyminen yhdellä markkinapuolella (esim. hyödykkeen A ostajat) johtaa ennen pitkää vastaavaan valtakeskittymään markkinoiden vastapuolella (esim. hyödykkeen A myyjät) joko yhteistyöjärjestelyin tai yrityskaupoin.[297] Kyse on luonnollisesta reaktiosta, johon ei tule puuttua kilpailuviranomaisen toimenpitein. Markkinoiden keskittyminen on ylipäätään ominaista "modernille" teolliselle tuotannolle[298]. *Galbraithin* mielestä kilpailuviranomaisten kyky valvoa tai purkaa valtakeskittymiä on ylipäätään rajallinen.[299] Tätä ei voida kokonaan kiistää, joskin vaikuttaa enemmän kuin kyseenalaiselta, missä määrin keskussuunnittelu johtaisi tehokkaampaan kontrolliin.[300] Galbraithin teorian ongelmallisin piirre liittyy vastavoimalle annettuun

---

[296] Termi countervailing power nousi yleiseen tietoisuuteen John Kenneth Galbraithin teoksen American Capitalism: The Concept of Countervailing Power (1952) myötä. Galbraith kehitti teoriaansa edelleen 1960-luvulla. Sinällään vastavoima lienee ilmiönä yhtä vanha kuin markkinatalous. Kilpailuoikeudessa siihen kiinnitettiin huomiota jo paljon ennen Galbraithia. Ks. esim Grimes (2001 a) s. 198–200.

[297] Galbraithin mukaan suuryritysten ("big business") valtaa rajoittavat mahtava ammattiyhdistysliike ("big labour") ja viranomaissääntely ("big government").

[298] Vastavoimalla on merkittävä sija esimerkiksi edellä strategisen kilpailun yhteydessä käsitellyssä Michael E. Porterin viiden voiman analyysissä. Standardiargumenttina vastavoima otetaan huomioon esim. yrityskauppavalvonnassa tarkastelemalla keskittymän kauppakumppanien neuvotteluvoimaa, joka estää keskittymää korottamasta hintoja yrityskaupan hyväksymisen jälkeen. Tätä kysymystä tarkastellaan yrityskauppavalvonnan yhteydessä.

[299] Galbraithin kärjistyksen mukaan antitrust-lainsäädännön soveltamisessa kyse on ennemminkin vallitsevien omistussuhteiden ja rakenteiden oikeuttamisesta ulospäin kuin aidosta pyrkimyksestä puuttua havaittuihin ongelmiin. Galbraith suositteli antitrust-sääntelyn korvaamista keskussuunnittelulla ja viranomaisvalvonnalla. Kirjassaan Vallan anatomia (1984) Galbraith tiivistää näkemyksensä seuraavasti (s. 137–138): "Trustienvastaisen lainsäädännön toimeenpano tarjosi tervetulleita työtilaisuuksia ja tuloja lakimiehille; niille, joiden valtaa näin uhmattiin, niistä aiheutui vähäisiä hankaluuksia ja hieman kustannuksia. Sillä ei kuitenkaan juuri ollut vaikutusta teolliseen kehitykseen, kilpailu mukaan lukien, eikä näin muodoin teollisen vallan varsinaiseen lähteeseen... Samaan aikaan teollisen vallan vastustajien tunteet ja ponnistukset kanavoitiin vaarattomiksi vaatimuksiksi ja toiveiksi trustienvastaisen lainsäädännön tehostamisesta – toivo, joka vieläkään, kaikesta päinvastaisesta kokemuksesta huolimatta, ei ole kokonaan sammunut. Niinpä teollisen vallan kiivammat vastustajat saattoivat edelleen opettaa nuorisolle markkinakilpailun toivottavuutta, vakuuttaen, että se vielä jonakin päivänä toteutuisi. Vaikka teollinen kapitalismi olisi itse saanut määrätä, millaista vastarintaa siihen tulisi kohdistaa, se tuskin olisi voinut keksiä mitään tämän parempaa."

[300] Tätä vaihtoehtoa yrittää kontrolloida valtaa on kokeiltu huonolla menestyksellä esim. Itä-Euroopan maissa. Paras lukemani esitys vaihtoehtoisista vallan kontrollointimekanismeista kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta on Franz Böhmin artikkeli Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1950); artikkelikokoelmassa Böhm (1980). Periaatteessa keskussuunnittelulla voidaan toteuttaa tasapainoisemmin sosiaalisia päämääriä. Keskussuunnittelun onnistuminen edellyttää, että yhteiskunnan kaikki jäsenet toimivat yhteisen suunnitelman mukaisesti. Koska yksilön luontaiset pyrkimykset tai motivaatio noudattaa keskussuunnitelmaa ei välttämättä ole erityisen voimakas, tarvitaan pitkälle vietyä valvontakoneistoa ja tehokkaita sanktioita niitä kohtaan, jotka haluaisivat toteuttaa sellaista yksilöllistä elämänsuunnitelmaa, joka ei sovi yhteen virallisen keskussuunnitelman kanssa. Böhm osoittaa, että yritykset kontrolloida taloudellista valtaa keskit-

yleisen selittävän teorian rooliin, vaikka yleisesti kyse lienee vain yhdestä tarkasteluun vaikuttavasta seikasta. Epäilemättä pääseminen kansainvälisiin neuvottelupöytiin ja äänen saaminen kuuluville edellyttää riittävän suuria taloudellisia resursseja. Markkinoiden keskittymisen selittäminen pelkällä vastavoiman hankkimisella olisi aivan liian yksinkertaista. Todennäköisesti esim. kustannustekijät ovat merkittävämpiä. Toisekseen markkinavoimaa pyritään hankkimaan myös silloin, kun vastapuoli ei ole keskittynyt. Vastavoimateoria ei myöskään selitä sitä, mistä keskittyminen alun perin lähtee liikkeelle, reaktio ikään kuin syntyy itsestään. Kolmanneksi markkinavoiman tasaaminen kartellin tai yrityskaupan avulla on usein varsin epäoptimaalinen tapa tasata markkinavoimaa, sillä se voi samalla poistaa pienyritysten toimintaan liittyvän joustavuuden ja rajoittaa kohtuuttomasti järjestelyyn osallisten elinkeinonharjoittajien toimintavapautta.[301] Järjestely voi myös heikentää tehokkaimmin toimivien jäsenten kilpailuasetelmaa suhteessa tehottomiin jäseniin. Vastavoiman nimissä hankittua markkinavoimaa voidaan kohdistaa myös muihin ostajiin/myyjiin kuin markkinavoimaisiin ja aiheuttaa näillä markkinoilla samanlaisia kilpailuongelmia kuin ne, joilla kartellin luomista alun perin perusteltiin.[302]

Kilpailuoikeudellisesti vastavoima-argumenttia voidaan hyödyntää suhtautumalla lievemmin kilpailunrajoituksiin, mikäli taustalla on pienyritysten tarve hankkia neuvotteluvoimaa suhteessa mahtavaan kauppakumppaniin. Kilpailua rajoittavista vaikutuksistaan huolimatta vastavoima saatetaan sallia, koska se lisää suorituspaineita keskittyneellä vastapuolella ja turvaa hyvinvointia. Nähdäkseni EY:n käytännössä vastavoima näkyy suhteellisen lievänä suhtautumi-

---

tämällä kaikki valta viranomaiskoneistolle johtaa itse asiassa vallan kumuloitumiseen, koska yksittäisen ihmisen mahdollisuudet saada kaikki valta itselleen ja tavoitella valtaa epäreiluin keinoin ovat suuremmat kuin hajautetussa järjestelmässä. Ihminen on ihmiselle susi myös keskitetyssä valtakoneistossa. Vähättelemättä markkinakilpailuun liittyviä sosiaalisia ja muita ongelmia, vallan tavoittelijoita ja keinoja saavuttaa ja menettää valtaa on enemmän, mistä syystä samanlaiset ylilyönnit ovat harvinaisia. Tämä edellyttää luonnollisesti valtiolta aktiivista roolia pelisääntöjen luomisessa ja niiden valvomisessa. Ks. Böhm (1950) s. 80–91. Kokonaan eri asia on se, missä määrin kaikkia Böhmin esittämiä käsityksiä ns. sekamuotojen huonoudesta vielä voidaan pitää ajankohtaisena. Artikkelissa esitettyjä näkemyksiä on mielenkiintoista verrata 50 vuotta myöhemmin toteutuneisiin asiantiloihin ja sen jälkeen yleistyneisiin näkemyksiin keskitetyn valvonnan vaaroista. Siirtämällä valta markkinavoimaisilta yrityksiltä keskussuunnittelijalle valta ei katoa mihinkään - se vain muuttaa muotoaan. Lievemmässä muodossa tämä näkyy esim. monopoliyritysten hintasäännöstelystä saatujen usein vähemmän rohkaisevien kokemusten muodossa. Keskussuunnittelijan tiedot "oikeasta" hintatasosta ovat puutteelliset ja reaktiot markkinoilla tapahtuviin muutoksiin liian hitaat. Sääntelyn kohteena olevilla monopoliyrityksillä on keinot käyttää tätä hyväkseen ja mahdollisuus jopa valjastaa keskussuunnittelu palvelemaan omia tavoitteitaan. Tämä ei tarkoita sitä, että esim. luonnollisten monopolien perimien hintojen tai voittotason sääntelystä voitaisiin luopua, vaan sitä, että lähes aina kilpailu on monopolia parempi vaihtoehto.

[301] Tämän riskin toteaa myös Grimes (2001 a) s. 233–235.

[302] Kuoppamäki (2000) s. 100–101.

sena pienyritysten hankintayhteistyöhön.[303] Yhdysvalloissa esim. *White*[304] ja *Grimes,*[305] ovat esittäneet että vastavoiman käyttäminen tulisi sallia silloin, kun toiminta on sopusoinnussa kilpailulainsäädännön yleisten päämäärien kanssa. Suomessa vastavoima on noussut esille poikkeuslupaharkinnan yhteydessä. Vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että poikkeuslupa voitaisiin myöntää sellaisille järjestelyille, "joilla pienyrittäjät parantavat poikkeuksellisissa olosuhteissa kilpailukykyään suuriin yrityksiin nähden"[306]. Eduskunnan talousvaliokunta puolestaan totesi, että "...yrittäjien mahdollisuus yhteistoiminnan harjoittamiseen tulee turvata kilpailuviraston myöntämillä poikkeusluvilla. Lupia myöntäessään kilpailuvirasto voi tutkia lupien seurausvaikutukset. Lupa pienyrittäjien tarkoituksenmukaiseen yhteistoimintaan tulee myöntää erityisesti silloin, kun toisena sopimuspuolena on määräävässä markkina-asemassa oleva elinkeinonharjoittaja".[307] Talousvaliokunnan lausumaan vedottiin Koneyrittäjien liittoa koskeneessa poikkeuslupaasiassa. Hakija vaati ensisijaisesti sen vahvistamista, että metsäkoneurakoitsijoiden vastapainoksi metsäteollisuusyritysten monopsonivoimalle suunnittelemat tarjouskartellit jäisivät kilpailunrajoituslain kartellikiellon ulkopuolelle. Toissijaisesti vaadittiin poikkeusluvan myöntämistä. Kilpailuneuvosto totesi, että vastavoiman hankkiminen voi olla legitiimi peruste kilpailua rajoittavalle yhteistyölle, mutta että rajoitus kuuluu silti kieltojen piiriin. Poikkeusluvan saaminen edellyttää myös sen osoittamista, että järjestelyllä saavutetaan tehokkuushyötyjä ja että kilpailunrajoitukset eivät mene pidemmälle kuin mikä on tarpeen hyötyjen saavuttamiseksi.[308]

Vastavoiman hankkimista koskeva argumentointi tuo yhden relevantin näkökulman markkinoiden keskittymisen tarkasteluun. Vastavoiman mahdollisuus tulee ottaa huomioon neutralisoivana tekijänä analysoitaessa markkinavoimaa ja ennakoitaessa yritysten todennäköistä käyttäytymistä. Kriittisempi kysymys kuuluu, missä määrin kilpailunrajoituksia voidaan perustella tarpeella hankkia vastavoimaa. Hakijan tulee kyetä osoittamaan järjestelyn tehokkuusvaikutukset. Argumentin soveltaminen edellyttää hienovaraista punnintaa eri tavoitteiden välillä.

---

[303] Ks. EY:n komission tiedonanto horisontaalisia sopimuksia koskevista suuntaviivoista, EYVL 2001 C 3/2, kohdat 115–139. Ks. esim. kohta 116: "Ostosopimuksia tekevät usein pienet ja keskisuuret yritykset päästäkseen samanlaisiin määriin ja alennuksiin kuin suuremmat kilpailijansa. Pienten ja keskisuurten yritysten väliset sopimukset ovat yleensä kilpailua edistäviä. Vaikka kohtuullinen määrä markkinavoimaa syntyisi, mittakaavaedut korvaavat sen edellyttäen, että sopijapuolet todella yhdistävät ostomäärät."

[304] Ks. White (1992) s. 1093.

[305] Grimes (2001 a) s. 248, joka esittää, että pienten yritysten yhteistyö voitaisiin sallia 20 %:n markkinaosuusrajan alapuolella.

[306] HE 162/1991 vp. s. 16.

[307] Ks. 1992 vp. – TaVM 14 – HE 161/1991 vp., s. 3.

[308] *Koneyrittäjien liitto ry:n poikkeuslupahakemus*, d:o 127/359/93, kilpailuneuvoston päätös 3.2.1994; Kuoppamäki (1996) s. 178.

4. Markkinavoiman mittaaminen

Kilpailuoikeudelliseksi ydinkysymykseksi muodostuu se, miten määräävä markkina-asema tai markkinavoima todennetaan. Periaatteessa käytettävissä on lukuisa joukko talousteoreettisia vaihtoehtoja. Käytännön tarpeita[309] silmälläpitäen määräävä asema tulee määritellä tavalla, joka mahdollistaa määräävässä asemassa olevien yritysten erottamisen ei-määräävässä asemassa olevista keskenään rinnasteisissa tapauksissa johdonmukaisella tavalla ja mahdollisimman hyvällä osumatarkkuudella. Käytettävien kriteerien tulee olla sellaisia, että niiden täyttymistä koskevien tosiseikkojen osoittaminen on oikeudenkäynnissä mahdollista ja viranomaisen tai ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös oikeudellisesti kontrolloitavissa. Edellä verbaalisesti kuvatut määräävän markkina-aseman rakenne-elementit eivät riitä sen todentamiseen käytännössä. Tarpeen on omaksua jokin kvalitatiivinen tai kvantitatiivinen mittausmenetelmä, jonka avulla erityisen sääntelyn piiriin kuuluvat poikkeuksellista markkinavoimaa omaavat yritykset voidaan erottaa kaikista muista markkinoilla toimivista yrityksistä.

Käytettävissä olevat taloustieteen metodit voidaan karkeasti ryhmitellä suoriin ja epäsuoriin tapoihin mitata markkinavoimaa. *Suorat* mittaamistavat kiinnittävät huomiota erityisesti yrityksen hinnoitteluun. Markkinavoimaa voidaan pyrkiä mittaamaan yrityksen hintamarginaalin avulla eli selvittämällä, kuinka paljon hinnat ylittävät tuotantokustannukset. Peilikuvana samaa asiaa voidaan tutkia asiakkaiden kannalta selvittämällä kysyntäjouston avulla sitä, missä määrin hinnankorotus on mahdollinen. Hinnankorotus ei ole mahdollinen, jos merkittävä määrä asiakkaita vaihtaisi toimittajaa. Voidaan myös tutkia yrityksen voittojen tasoa. Ajatuksena on, että huomattavat voitot osoittavat yrityksellä olevan markkinavoimaa. *Epäsuorat* mittaamistavat lähtevät markkinoiden rakenteen ja yrityksen niillä hallussaan pitämän aseman selvittämisestä. Keskeiseen asemaan nousevat markkinoiden keskittymisaste ja alallepääsyn esteet.

Seuraavassa luodaan yleiskatsaus taloustieteessä esitettyihin vaihtoehtoisiin tapoihin todentaa määräävä markkina-asema empiirisesti. Ottaen huomioon, että kyseessä on oikeustieteellinen tutkimus, esitys rajoittuu tavanomaisimpien metodien pääpiirteittäiseen kuvaamiseen. Metodien mainitseminen on kuitenkin tarpeen sen osoittamiseksi, miksi varsin usein perustellusti kritisoitua

---

[309] Kilpailuoikeutta soveltavan viranomaisen kannalta pääasiallinen mielenkiinto ei kohdistu niinkään siihen, mikä tarjolla olevista vaihtoehdoista on teoreettisesti perustelluin, sikäli kuin vaihtoehtoisten metodisten lähestymistapojen asettamista järjestykseen pidetään ylipäätään tarkoituksenmukaisena.

rakenteellista lähestymistapaa määritellä markkinat sovelletaan ja mitkä olisivat vaihtoehdot. Tarkoituksena ei ole osoittaa taloustieteellisesti mitään varsinaisesti uutta vaan kuvata kirjallisuudessa esitettyjä metodeja erityisesti oikeudellisen koulutuksen saaneelle lukijakunnalle. Tarkastelukulmana on metodien hyödynnettävyys kilpailuasiaa ratkovan tuomioistuimen näkökulmasta.

4.1 SUORAT TAVAT MITATA MARKKINAVOIMAA

Yrityksen mahdollista markkinavoimaa voidaan pyrkiä mittaamaan empiirisesti hyödyntämällä yrityksen hinnoitteluun ja kysynnän liikkeisiin perustuvia ekonometrisia mittausmetodeita. Voidaan erottaa neljä periaatteellista tapaa mitata suoraan markkinavoimaa:

1) markkinavoiman mittaaminen yrityksen hinnoittelussaan noudattaman *hintamarginaalin* perusteella;
2) markkinavoiman mittaaminen *asiakkaiden vaihtoehtojen (kysyntäjousto)* ja *kilpailijoiden reaktioiden (kysynnän ristijousto)* perusteella;
3) markkinavoiman mittaaminen muun *markkinavoimaa osoittavan käyttäytymisen* perusteella
4) markkinavoiman mittaaminen *markkinatulosten*, kuten *toteutuneiden voittojen*, perusteella.

Lähestymistavat menevät osin päällekkäin. Esimerkiksi kohtuuton hinnoittelu ilmentää huomattavaa hintamarginaalia, mikä on omiaan johtamaan korkeisiin voittoihin. Muuna markkinavoimaa osoittavana käyttäymisenä voidaan pitää esimerkiksi hintasyrjintää. Hintasyrjinnän tarkoituksena yleensä on hintamarginaalin kasvattaminen niiden asiakkaiden osalta, jotka ovat valmiita maksamaan hyödykkeestä enemmän tai joiden käytännön vaihtoehdot ovat rajalliset. Mainitut neljä lähestymistapaa täydentävät toisiaan.

4.1.1 Hintamarginaali

Yrityksen lisätessä tuotantoaan sille aiheutuu kustannuksia. Lisäkustannuksia, jotka aiheutuvat pienestä, yhden yksikön lisäyksestä tuotannossa, kutsutaan *rajakustannuksiksi*. Vastaavaa yhden yksikön lisäyksestä saatavaa myyntitulojen kasvua nimitetään *rajahyödyksi*. Voidaan käyttää myös termejä *marginaali*kustannukset ja marginaalihyödyt. Voittoa maksimoiva yritys pyrkii kasvattamaan tuotantomääräänsä aina siihen pisteeseen asti, jossa rajakustannukset vastaavat rajahyötyjä. Jos yritys tuottaisi yhdenkin hyödykkeen vähemmän, voittoa jäisi saamatta. Vastaavasti jos yritys tuottaa yhdenkin hyödykkeen

liikaa, tuotanto kääntyy tappiolliseksi.[310]

Rajakustannukset ovat *muuttuvia* kustannuksia.[311] Ne on erotettava *kiinteistä* kustannuksista, joita yritykselle aiheutuu siitä riippumatta, lisätäänkö tuotantoa yhdellä yksiköllä vai ei.[312] Kiinteät kustannukset ovat sellaisia, joihin yritys ei voi lyhyellä aikavälillä vaikuttaa, esim. tehtaan rakentamiseksi otetusta pääomalainasta aiheutuvat kustannukset. Mikäli yhden yksikön lisätuotanto edellyttää lisäinvestointia tuotantolaitteisiin, kyse on marginaaliskustannuksesta, koska lisäkustannus aiheutuu juuri tuotannon lisäämisestä yhdellä yksiköllä.[313]

4.1.1.1 Lernerin indeksi

Niin kutsuttu *Lernerin indeksi* mittaa yrityksen markkinavoimaa selvittämällä, kuinka paljon yrityksen hinnoittelu (P) poikkeaa hyödykkeen tuottamisesta aiheutuvista rajakustannuksista (M).[314] *Abba Lernerin* vuonna 1934 esittämässä mittaamistavassa markkinavoimaa mitataan hintamarginaalin suuruudella. Lernerin indeksissä vertailukohtana ovat nimenomaan marginaalikustannukset, koska täydellisen kilpailun vallitessa minkään yrityksistä ei oleteta voivan hinnoitella yli tuotantokustannustensa (P = MC tai P – MC = 0). Lernerin indeksi ilmaisee siten tavallaan poikkeamaa täydellisen kilpailun teoreettisesta optimitilanteesta, mahdollisuutta hinnoitella yli marginaalikustannusten (P > MC). Kilpailun ollessa täydellistä Lernerin indeksi on nolla ja monopolitilanteessa 1. Mitä lähemmäksi arvoa 1 päästään, sitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa.[315] Hinnoitteluvapautta koskevan määritelmän mukaan yrityksellä on markkinavoimaa, jos se voi hinnoitella hyödykkeensä yli marginaalikustannusten. Viittaaminen rajakustannuksiin osoittaa, että indeksin lähtökohtana on täydellinen kilpailu.

Lernerin indeksi kuvaa sitä, kuinka paljon yrityksen hinnoittelu poikkeaa kustannuksista, ei sitä, kuinka paljon hinnoittelu poikkeaa kilpailullisesta hintatasosta. Kilpailun voimistuessa hinnoittelu painuu lähemmäksi marginaalikus-

---

[310] Ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 90–95; Carlton/Perloff (2000) s. 28–35.

[311] Carlton/Perloff (2000) s. 29.

[312] Ks. edellinen alaviite.

[313] Ks. myös Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 96–100.

[314] Lerner kuvaa tätä eroa funktiolla L = P – MC, joka kuvaa samalla markkinoiden monopolisoitumisastetta. Jottei keskimääräisesti halvoille tuotteille saataisi erilaista monopolisoitumisastetta kuin kalliille tuotteille, funktiota kuvataan suhteessa hintaan. Tällä tarkennuksella saadaan eliminoiduksi eri hyödykkeiden suhteellisesta hinnanerosta muutoin aiheutuva vääristymä. Lernerin indeksi (L) muodostuu yhtälöstä L = (P – MC): P.

[315] Koska monopolisti maksimoi voittonsa pisteessä, jossa yrityksen rajatuotot vastaavat rajakustannuksia, voidaan indeksi muuntaa muotoon L = (P – E'): P. Ks. Lernerin indeksin osalta Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 93–100; Landes/Posner (1981) s. 939–945; Elzinga (1989); Ottosen (1990) s. 27–34; Fishwick (1993) s. 65–68.

tannuksia.[316] Kilpailun vähentyessä hintamarginaali kasvaa. Indeksin käytännön hyöty riippuu siitä, kuinka helposti mitattavissa se on ja toisaalta, kuinka luotettavia saadut tulokset ovat markkinavoiman todentamisen kannalta. Indeksin hyötynä voidaan pitää sitä, että aloilla, joilla hinnoista ja kustannuksista on paljon tietoa saatavilla, indeksi tarjoaa laajat mahdollisuudet markkinavoimaa koskevien tilastollisten vertailujen suorittamiselle. Suoritettaessa yleisiä tilastovertailuja yksittäisten yritysten kustannuksia ja hintoja koskeva aineisto voidaan korvata yleisellä tilastoaineistolla.[317] Kuitenkin yksittäisen kilpailutapauksen ratkaisemisen kannalta indeksin käyttämiseen liittyy ongelmia sekä rajakustannusten mittaamisen että sen suhteen, kuinka luotettavana indikaattorina mittaustulosta voidaan pitää riittävän kilpailun puutteen osoittamisessa. Jos tarkoituksena on osoittaa tietyn yrityksen markkinavoima, tilastolliseen aineistoon ei voitane yksinään turvautua, vaan tarkastelussa on keskityttävä nimenomaan kyseisen yrityksen hintoihin ja kustannuksiin.

Ensinnäkin tietyn yrityksen marginaalikustannusten selvittäminen on työlästä ja epävarmaa.[318] On esitetty, ettei yritys itsekään tunne marginaalikustannuksiaan, kilpailuviranomaisista puhumattakaan.[319] Yrityksen listahinta muodostuu relevanttien kustannustekijöiden yhteisvaikutuksen perusteella.[320] Suuremmissa kaupoissa lopullinen kauppasumma määräytyy ostajan ja myyjän neuvottelujen perusteella.[321] Toisaalta pitkäaikaisemmissa toimitussopimuksissa hinnat voidaan vahvistaa esimerkiksi neljännes- tai puolivuosittain.[322] Yhden yksikön lisäyksen kustannusvaikutuksen selvittäminen on käytännössä hankalaa, koska se edellyttää kiinteiden kustannusten rajaamista tarkastelun ulkopuolelle.[323] Käytännössä rajanveto muuttuvien ja kiinteiden kustannusten välillä edellyttää valintoja.[324] Usein ratkaisevaa on tarkasteluväli.[325] Kustannukset, jotka lyhyellä

---

[316] Lerner-indeksi ilmaisee käänteisesti kysynnän hintajoustoa. Määritelmän mukaisesti yrityksen markkinavoima on sitä suurempi, mitä pienempi tarjottavan hyödykkeen kysynnän hintajousto on. Markkinavoimaisen yrityksen kate (myyntihinta vähennettynä kustannuksilla) muodostuu sitä suuremmaksi, mitä vähemmän asiakkaiden kysynnän suuruus korreloi hinnanmuutosten kanssa.

[317] Ks. Ottosen (1990) s. 29. Ottosen mainitsee Liebowitzin artikkelin (1982), jossa mainittiin 34 tutkimusta, jossa tilastolliseen aineistoon perustuvaa Lernerin indeksiä on sovellettu. Kritiikin osalta ks. Ottosen (1990) 30–34.

[318] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 95–100.

[319] Ks. esim. Elzinga (1989) s. 27.

[320] Yritykset eivät yleensä myy hyödykettä yhdellä ainoalla hinnalla, vaan myöntävät ostomääriin, yhteisostoihin, toimitustapaan, maksu- ja luottoehtoihin, myyntialueeseen, myynninjälkeisiin palveluihin ja muihin vastaaviin seikkoihin liittyviä alennuksia.

[321] Asiakkaan neuvotteluasemaan vaikuttavat käytettävissä olevat vaihtoehdot ja ostovoima. Oligopolissa hintoja muutetaan ja eriytetään kulloinkin vallitsevan kilpailutilanteen mukaan.

[322] Tällöin päiväkohtaiset tuotantokustannusten erot eivät heijastu hintatasoon. Voi olla epäselvää, mitä hintaa oikeastaan tulisi verrata.

[323] Kiinteät kustannukset eivät vaikuta yhden yksikön lisäyksestä aiheutuviin rajakustannuksiin, koska ne olisi kannettava joka tapauksessa.

[324] Myös indeksin laskemisessa käytettävien kustannusten vahvistaminen edellyttää valintoja.

[325] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp, Antitrust Law, osa II A, s. 98.

aikavälillä ovat kiinteitä, muuttuvat pidemmällä aikavälillä muuttuviksi.[326]

Vaikuttaa siltä, että Lernerin indeksi mittaa vain *jo hyödynnettyä* markkinavoimaa, joka näkyy toteutuneessa hintamarginaalissa. Indeksi ei mittaa sitä, olisiko yrityksellä halutessaan *mahdollisuus* korottaa hintojaan. Vaikka yleinen pyrkimys voittojen kasvattamiseen voidaankin ottaa lähtökohdaksi, yrityksen ei tarvitse pyrkiä ainakaan välittömästi maksimoimaan hintamarginaaliaan. Toistaiseksi hyödyntämätön tai muilla tavoin kuin hinnoittelussa ulosmitattu markkinavoima jää määrittelyn ulkopuolelle.[327] Lisäksi indeksi saattaa ylikorostaa monopolihinnan ja kilpailuhinnan välistä erotusta. Tämä johtuu siitä, että indeksi kuvaa sitä, kuinka paljon hinta ylittää marginaalikustannukset, ei sitä, mille tasolle hinta asettuisi, jos kilpailunrajoitus poistettaisiin. Jos esimerkiksi monopoli puretaan, paitsi tuotettavien hyödykkeiden määrä, myös yksikkökustannukset voivat nousta.[328] Tällöin hinnat eivät todellisuudessa putoa niin paljon kuin mitä monopolistin hintamarginaali antaisi ymmärtää.[329] Indeksissä ei kiinnitetä huomiota markkinoiden keskittymisasteeseen tai muihinkaan rakenteellisiin tekijöihin.

Kilpailuasiaa käsittelevän tuomioistuimen on käytännössä varsin vaikeaa selvittää rajakustannusten suuruutta. Väärinkäytöstä epäillyn yrityksen muuttuvien ja kiinteiden kustannusten selvittäminen markkinavoiman mittaamiseen liittyvänä esikysymyksenä nostaisi merkittävästi oikeudenkäyntikustannuksia antamatta kuitenkaan takeita lopputuloksen tarkkuudesta.[330] Toisaalta rajanveto muuttuvien ja kiinteiden kustannusten välillä ei vielä kerro rajakustannuksia. Toimialatutkimuksissa marginaalikustannukset usein korvataan jollain muulla suureella, esimerkiksi keskimääräisillä muuttuvilla kustannuksilla.[331] Näin me-

---

[326] Ilmiötä voidaan havainnollistaa Solowin esimerkillä, joka koskee Broadwaylla toimivaa teatteria. Oletetaan, että teatterilippu näytäntöön maksaa 40 dollaria ja yhden lisäkatselijan sijoittaminen tiettyä näytäntöä varten 2 dollaria. Näin tarkastellen saatava Lernerin indeksi (40-2)/40 = 0.95 viittaisi siihen, että teatterilla on huomattavasti markkinavoimaa. Johtopäätös olisi ilmeisen virheellinen. Esimerkki kuvaa sitä, että Lernerin indeksi indisoi markkinavoimaa ainoastaan siinä tapauksessa, että rajakustannukset on oikein määritelty. Laajemmassa, koko näytäntökauteen ulottuvassa tarkastelussa marginaalikustannuksiin tulisi lisätä produktiokustannukset kokonaisuudessaan. On mahdollista, että tällöin lipun hinta asettuisi lähelle marginaalikustannuksia. Ibid. s. 97. Ks. myös Elzingan esitystä tapauksesta Florist Transworld Delivery, Elzinga (1989) s. 27.

[327] Esim. Ottosen toteaa, että yritys ei pyri maksimoimaan lyhyen tähtäimen voittoja, vaan sijoitusta pääomalle. Ks. Ottosen (1990) s. 30. Siitä riippumatta, miten pitkälle tämä pitää paikkaansa, vaikuttaa selvältä, että toteutunut hintamarginaali riippuu yrityksen valitsemasta strategiasta.

[328] Tämä johtuu siitä, että yhden yrityksen tuotanto voi tuoda mittakaavaetuja, jotka menetetään monopolin purkamisen johdosta. Toisaalta on muistettava, että monopoli voi mahdollistaa ns. X-tehottomuuden, mm. tuotantokustannusten paisuttamisen.

[329] Sen sijaan esim. kartellin purkamisella ei liene vastaavaa suoranaista vaikutusta kiellettyyn yhteistoimintaan osallisten yritysten tuotantokustannuksiin.

[330] Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 123–124.

[331] Huomioon tulee myös ottaa vertikaalisen integraation vaikutus, joka vaikuttaa yrityksen "normaalin" katteen määrään. Ks. Fishwick, Making sense of Competition Policy s. 66–67.

netellään myös kilpailuoikeudessa väitetyn saalistushinnoittelun selvittämisen yhteydessä. Rajakustannusten korvaaminen muulla mittaamistavalla voi kuitenkin vääristää mittaustuloksia.[332]

Hintamarginaali ei osoita mitenkään välttämättä markkinavoimaa. Marginaalikustannusten ja myyntihintojen välisen erotuksen suuruus ei kerro välttämättä paljoakaan erotuksen syistä. Esimerkiksi erityisen suosittu ja arvostettu ravintola voi laatunsa ja imagonsa avulla ylläpitää keskimääräistä korkeampia hintoja. Tästä ei kuitenkaan voida päätellä, että ravintolalla olisi markkinavoimaa, määräävästä asemasta puhumattakaan.[333] Vastaavasti erityisen taitava taiteilija, lääkäri tai urheilija voi periä kilpailijoitaan korkeampia palkkioita. Sama pätee yleisemminkin innovatiivisiin tai laatuun panostaviin yrityksiin, joiden luomaa hyödykettä kuluttaja arvostaa.[334] Esimerkkejä on helppo keksiä lisää. Myös tuotannon rakenne vaikuttaa normaalin hintamarginaalin tasoon.[335] Markkinavoiman määritelmä edellyttää, että "ylihinnoittelua" voidaan jatkaa senkin jälkeen, kun sen oikeuttava suoritustaso putoaa. Kilpailuoikeudellisesti mielekäs markkinavoiman mittaaminen edellyttää näin ollen, että yrityksen *tehokkuus* ja *markkinavoima* voidaan pitää toisistaan erillään ainakin sikäli, kuin kyse selvästi on pelkästä tehokkuudesta, ei markkinavoimasta.[336]

Mikäli kilpailijoita suurempi hintamarginaali johtuu suuremmasta *tehokkuudesta*, kilpailuviranomaisilla ei ole yleisesti syytä puuttua siihen. Erityisen painoarvon tehokkuusnäkökohta saa *uuden talouden aloilla*, esimerkiksi tietokoneohjelmien valmistuksessa tai telemarkkinoilla, joille on tyypillistä kustannusten etupainotteisuus. Tyypillisesti uuden talouden hyödykkeen valmistami-

---

[332] Vaikka joillakin teollisuusaloilla muuttuvat kustannukset voivat määräytyä suhteellisen vakiintuneella logiikalla, käytännössä ne voivat vaihdella mm. sen mukaan, kuinka edullisella tuotantotekniikalla yksittäinen erä on saatu valmistettua. Esimerkiksi sähköntuotannon kustannukset riippuvat ratkaisevasti siitä, kuinka kustannustehokkaalla voimalatyypillä sähköä kulloinkin voidaan valmistaa. Kysyntähuippujen aikana otetaan käyttöön kustannuksiltaan epäedullisempaa varalla olevaa kapasiteettia. Toisaalta suurjänniteverkossa liikkuva sähkö ei ole korvamerkittyä, eikä sitä voi varastoida. Näin ollen sen osoittaminen, millä voimalaitostyypillä kunkin asiakkaan sähkö on valmistettu, lienee käytännössä hankalaa. Ongelmia liittyy yleisemminkin vajaakäytössä olevan tuotantokapasiteetin jyvittämiseen eri hyödykkeiden kesken. Usein samalla koneistolla tuotetaan lukumääräisesti suuri joukko hyödykkeitä.

[333] Ks. Hay (1992) s. 805. Vrt. Areeda/Hovenkamp/Solow (1995) s. 92–95, joiden mukaan näissäkin tapauksista kyse voisi olla markkinavoimasta.

[334] Fishwick toteaa, että korkeammat voitot voivat selittyä yritystoimintaan liittyvällä korkeammalla riskillä tai suuremmalla tehokkuudella. Ks. Fishwick (1993) s. 67.

[335] Fishwickin mukaan huomioon tulee ottaa myös yrityksen vertikaalisen integraation aste. Esimerkiksi pelkästään vähittäismyynnissä toimivan yrityksen kate on luonnostaan pienempi kuin vertikaalisesti täysin integroituneella vaateyrityksellä, jonka toiminta kattaa valmistuksen ja myynnin. Huomioon tulee ottaa myös tuotannon pääomavaltaisuus, huomattavia investointeja edellyttävä automatisoitu tehdas edellyttää suurempaa katetta kuin pienellä riskipääomalla toimiva yritys. Ks. Fishwichk (1993) s. 66–67.

[336] Kilpailuoikeudessa pyritään estämään keskimääräistä korkeampi hinnoittelu ainoastaan silloin, kun sitä ei ole ansaittu muita paremmalla suorituksella. Yrityksen menestys voi ajan myötä tuoda markkinavoimaa, mutta ei välttämättä sitä tee.

seen liittyvät kustannukset syntyvät pääosin tuotekehittely- ja käyttöönottovaiheessa. Riskit ovat usein huomattavia ja ainoastaan pieni osa investoinneista kannattavia ("winner takes it all"). Onnistuneen investoinnin tehneiden yritysten hyödykettä saadaan kaupaksi kannattavasti vain siihen asti, kunnes markkinoille ilmaantuu teknisesti tai kustannustehokkuudeltaan parempia vaihtoehtoja. Valmiin hyödykkeen tuotantomäärää voidaan lisätä lähes olemattomin rajakustannuksin.[337] Näissä olosuhteissa Lernerin indeksin positiivisuus ei kerro markkinavoimasta, vaan pikemmin siitä, että tuotannossa on siirrytty vaiheeseen, jossa investointi tuottaa voittoa. Uusi talous ei merkitse Lernerin indeksin loppua, sillä sen käytännön merkitys kilpailuoikeudessa on ollut jo vanhan talouden aikana marginaalinen.[338] Indeksin hyödyntäminen luo mielikuvan tariffihinnoittelusta, ennakolta tiedettävissä olevasta normaalikatteesta, jollainen yrityksellä "korkeintaan on oikeus saavuttaa". Vaikuttaa kyseenalaiselta, missä määrin lähestymistapa on sovitettavissa yhteen sen kanssa, että voittojen tulisi kompensoida investointien korkeaa riskitasoa.

Voidaan todeta, että Lernerin indeksi kuvaa hinnoitteluvapautta, *ei* vielä itsessään *hintavaltaa* eli yrityksen valtaa nostattaa hyödykkeen hintatasoa omin toimenpitein. Määräävän aseman mittariksi siitä ei näyttäisi olevan.[339] Lernerin indeksiä ei juurikaan näytettäisi sovellettavan tuomioistuimissa.[340] Vaikuttaisi siltä, että indeksin hyödynnettävyys olisi suurempi tilastollisessa otannassa, jossa selvitetään tietyn toimialan hinnoittelua jollakin aikavälillä. Käytännössä menetelmää näytettäisiin hyödynnettävän juuri toimialatutkimuksissa. Sen sijaan Lernerin indeksi tai muutkaan hintamarginaalin mittarit eivät näyttäisi antavan erityisen luotettavia tuloksia yrityksen markkinavoimasta käsiteltäessä yksittäistä kilpailutapausta viranomaisissa ja tuomioistuimissa. Ottaen huomioon, että lähes kaikki yritykset voivat hinnoitella ainakin hieman rajakustan-

---

[337] Ks. esim. Kanniainen (2001) s. 13-14, 18. Ks. myös Mustonen (2001) s. 281–283, 292–293. Kummatkin artikkelit kirjassa Kanniainen/Määttä (2001).

[338] Ks. Kuoppamäki (2001 a) s. 59.

[339] Tähän päätyy myös Määttä (2001) s. 66: "Mitä kilpailullisimmissa olosuhteissa yritys toimii, sitä enemmässä määrin hinta lähestyy rajakustannuksia ja sitä alhaisempi Lernerin indeksi on suuruudeltaan, ja päinvastoin, indeksi saa sitä suuremman arvon, mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa. Tämä sellaisenaan käyttökelpoiselta vaikuttava indeksi ei sitä käytännössä ole. Rajakustannusten määrittely on jo siinä määrin hankala tehtävä, ettei Lernerin indeksin arvon laskeminenkaan ole helppoa. Toiseksi vaikka rajakustannukset pystyttäisiinkin määrittämään, joudutaan kysymään, mille tasolle indeksin arvon olisi noustava, jotta voidaan puhua määräävästä asemasta. Mitään yksiselitteistä arvoa ei voida esittää jo sen vuoksi, että osalla markkinoita entryn eli alalle tulon esteet ovat alhaisemmat kuin toisilla ja tekninen kehitys nopeampaa kuin toisilla markkinoilla." Sitaatttiin voidaan yhtyä myös perustelujen osalta.

[340] Fejö toteaa, ettei Lernerin indeksiä ole koskaan sovellettu tuomioistuimen ratkaisussa. Ks. Fejö (1990) s. 45–46. Vaikka johtopäätöstä lieneekin pidettävä todennäköisesti liioiteltuna, kuvaa kannanotto kuitenkin osuvasti sitä, että käytännön vaikeudet ovat huomattavia ja hyödyt usein kyseenlaisia. Todettakoon, että en muista lainkäyttöuraltani yhtään kilpailutapausta, jossa markkinavoimaa koskeva kysymys olisi ratkaistu Lernerin indeksin avulla.

nusten yläpuolelle, rajakustannusten ylittämiseen perustuva tapa määritellä markkinavoimaa tuo liikaa yrityksiä kilpailuoikeudellisen sääntelyn piiriin.[341] Lähestymistapa ei ole ainakaan yksinään sovellettuna riittävä mittari kilpailuoikeudellisesti haitallisen markkinavoiman todentamiseksi.

4.1.2 Kysyntäjousto

Kysyntäjoustolla tarkoitetaan sitä, mikä vaikutus tietyn yrityksen tarjoaman hyödykkeen hinnan muutoksella – korotuksella tai alennuksella – suhteellisesti on kyseisen hyödykkeen tai mahdollisten korvaavien hyödykkeiden kysyntään.[342] *Alfred Marshallin*[343] muotoileman kysynnän lain[344] mukaan hinnan muutos saa aikaan vastakkaisen kysynnän muutoksen; hinnankorotus johtaa kysytyn määrän vähenemiseen ja hinnan alennus kysytyn määrän kasvami-

---

[341] Saman toteavat Bishop ja Walker (1999): "There is a tendency of competition law to equate the competitive price level with short run marginal cost. The adoption of such a view implies that the existence of market power is the rule rather than the exception since in most industries prices do indeed exceed short run marginal costs. Unless one were to advocate the position that most markets require intervention on the part of competition authorities, equating the competitive price with short run marginal costs requires one to be able to distinguish between "significant" market power warranting regulatory intervention and "insignificant" market power which does not. It is not clear how one is to determine into which category a given industry falls. Alternatively, one can recognize that in many instances prices above short run marginal costs are entirely consistent with effective competition. This may not make the analysis straightforward but at least it focuses attention on those markets where regulatory intervention is feasible rather than being merely desirable in some abstarct sense." Ks. Bishop/Walker (1999) s. 12. Alaviitteitä poistettu. Bishopin ja Walkerin analyysiin marginaalikustannuksiin perustuvan lähestymistavan riittämättömyydestä voidaan yhtyä. Tosin ei voida sanoa, että kilpailulainsäädännössä kilpailullinen hintataso samaistettaisiin rajakustannushinnoittelun kanssa. Pikemminkin tämä on neoklassisesti suuntautuneiden ekonomistien ongelma.

[342] Määttä (2001) s. 67 antaa seuraavan määritelmän: "Kysynnän hintajousto saadaan jakamalla kysynnän määrän suhteellinen (eli prosentuaalinen) muutos hyödykkeen oman hinnan suhteellisella (eli prosentuaalisella) muutoksella. Kysynnän sanotaan olevan joustamatonta, jos kysytyn määrän prosentuaalinen muutos on vähäisempi kuin hinnan prosentuaalinen muutos, ja joustavaa päinvastaisessa tapauksessa. Mitä joustamattomamman hyödykkeiden kysynnän yritys kohtaa, sitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa. Tällä mittarilla on myös yhteys Lernerin indeksiin. Sanottu indeksi on näet laskettavissa yksinkertaisesti kaavasta 1/ed, mistä voimme samalla nähdä, että indeksi saa sitä suuremman arvon, mitä joustamattomampaa hyödykkeiden kysyntä on." Määttä viittaa tältä osin Harrisoniin (1995) s. 12.

[343] Alfred Marshall muotoili pääteoksessaan Principles of Economics (1890) ensi kertaa niin sanotun kysyntäkäyrän. Marshallin kysynnän ja tarjonnan laissa keskeinen on niin sanottu *ceteris paribus* -oletus, jonka mukaan muiden tekijöiden pysyessä ennallaan kasvava kysyntä nostaa hintaa ja laskeva kysyntä alentaa sitä. Marshallin kysyntäkäyrä kuvaa sitä, kuinka suuren määrän tiettyä tuotetta tai tuoteryhmää ostetaan kullakin hinnalla kun oletetaan, että muiden tuotteiden hinnat, tulotaso ja kulutustottumukset pysyvät ennallaan. Ks. Werden (1998) s. 364.

[344] Elzingan mukaan Marshallin Principles of Economics levitti laajalle ekonomistien keskuuteen teoreettisen työkalupakin, jolla kilpailua ja monopolia voitiin tutkia; Elzinga Kenneth G., Unmasking Monopoly (1989) s. 12.

seen.[345] Kysyntä on epäelastista eli joustamatonta, jos yritys voi nostaa kannattavasti hintojaan.[346] Kysynnän ollessa elastista eli joustavaa hintoja ei voida korottaa, koska asiakas jättää hyödykkeen kokonaan ostamatta tai siirtyy korvaaviin vaihtoehtoihin. Kysynnän elastisuus ilmentää asiakkaan vaihtoehtoja tai niiden puutetta.[347] Samalla kyse on siitä, missä määrin kilpailijoiden vastareaktiot rajoittavat yrityksen mahdollisuuksia hintojen korottamiseen.[348] Etuna Lernerin indeksiin on se, että kysyntäjousto mittaa toteutunutta hintamarginaalia tarkemmin asiakkaiden vaihtoehtojen todellisuutta. Sen selvittäminen ei myöskään edellytä yksityiskohtaista tietoa yrityksen kustannusrakenteesta eikä rajankäyntiä muuttuvien ja kiinteiden kustannusten välillä. Kysyntäjoustostoa voidaan selvittää eri näkökulmista. Kysyntäjoustolla tarkoitetaan yleensä:

1. yrityksen *omien tuotteiden kysyntäjoustoa (own price elasticity),*
2. yrityksen tuotteiden kysyntäjoustoa suhteessa kilpailijoiden tuotteisiin eli *kysynnän ristijoustoa (cross-price elasticity)*, tai
3. *markkinoiden kokonaisjoustoa* hintatason muuttuessa *(aggregate price elasticity).*

Yrityksen oman hyödykkeen kysyntäjousto ilmaisee sitä, miten nopeasti kysynnän määrä vaihtelee hinnanmuutoksen mukaan. *Werden* katsoo, että kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta keskeisin elastisuuden laji on *yrityksen oman tuotteen kysynnän joustavuus*. Myös *Bishop ja Walker* toteavat, että omien tuotteiden kysyntäjousto on ristijoustoa tärkeämpää.[349] Yrityksen oman tuotteen

---

[345] Kysynnän elastisuutta voidaan mitata tietystä pisteestä käsin tai kahdesta erillisestä pisteestä. Werden käyttää termejä *point elasticity* ja *arc elasticity*. Yleensä taloustieteellisessä johdantoteoksissa käytetään piste-elastisuutta.

[346] Kysynnän sanotaan olevan *elastista*, jos elastisuus ylittää luvun 1; kysyntä on *epäelastista*, milloin luku on pienempi kuin 1; kysyntä on unitaarisen elastista, jos elastisuus on tasan 1. Kun elastisuus ilmaisee, miten kysytty määrä muuttuu suhteessa hinnanmuutokseen, ilmaisee se samalla, millaiseksi kokonaistulo (total revenue), hinta kerrottuna myydyillä yksiköillä, muodostuu hinnanmuutoksen seurauksena. Kysynnän ollessa elastista (suurempi kuin 1), myyty määrä laskee suhteellisesti nopeammin kuin mitä tuotteiden hinnasta tulee rahaa sisälle, jolloin kokonaissaldo muodostuu negatiiviseksi. Kysynnän elastisuuden kannalta tarkasteltuna hinnankorotus on "kannattamaton". Jos kysyntä on epäelastista (pienempi kuin 1), kysytty määrä laskee hitaammin kuin mitä hinnankorotuksesta kertyy lisätuloa. Hinnankorotus on kannattava. Kysynnän ollessa unitaarisen elastinen, hinnankorotuksesta kertyy täsmälleen yhtä paljon lisätuloa kuin mitä myyntiä menetetään. Ks. kysyntäjoustosta esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 103–108.

[347] Tässä mielessä taannoisen rockyhtyeen nimi "Elastic family" viittaa perheeseen, joka reagoi nopeasti markkinoilla tapahtuviin hintamuutoksiin ja suuntaa kysyntänsä kulloinkin hinta-laatusuhteeltaan parhaisiin hyödykkeisiin. Kuluttajilla tätä ominaisuutta voidaan pitää osoituksena valppaudesta, joustavuudesta tai sopeutuvaisuudesta.

[348] Jos esimerkiksi 10 prosentin hinnankorotus johtaa kysynnän alentumiseen 5 prosentilla, kysynnän elastisuudeksi saadaan 0,5. Toisaalta, jos sama hinnankorotus johtaa kysytyn määrän alentumiseen 15 prosentilla, elastisuus on 1,5. Ensimmäisessä tapauksessa korotus vaikuttaisi kannattavalta, jälkimmäisessä ei. Tosiasiassa kannattavuuteen vaikuttavat kysynnän elastisuuden ohella kiinteät ja muuttuvat tuotantokustannukset. Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 104.

[349] Ks. Bishop/Walker (1999) s. 31.

kysyntäjousto mittaa hyödykkeen kysynnän määrän suhteellista muutosta jaettuna hinnanmuutosta koskevalla prosentilla. Jäljellä olevan kysynnän määrä saadaan vähentämällä markkinoiden kokonaiskysynnästä muiden kuin tarkastelun alaisen yrityksen tarjonta.[350] Riippumatta siitä, miten markkinat määritellään, yrityksellä ei ole markkinavoimaa, mikäli hintojen korottaminen johtaa siihen, että kuluttajat jättävät hyödykkeen ostamatta. Kyse on tällöin joko siitä, että asiakas voi turvautua korvaaviin hyödykkeisiin eli substituutteihin tai että hyödyke on siinä määrin tarpeeton asiakkaalle, että hän voi yhtä hyvin jättää sen ostamatta. Johtopäätös on kuitenkin korrekti vain sillä edellytyksellä, että ennen hinnankorotusta oltiin kilpailullisella hintatasolla, jolla hyödykkeistä peritty hinta vastaa tuotantokustannuksia ja kohtuullista voittoa.

Periaatteessa yrityksen omien tuotteiden kysyntäjousto on hyvin tarkka markkinavoiman mittari. Se on esimerkiksi markkinaosuutta tarkempi mittari. Vaikka kahdella yrityksellä olisi sama markkinaosuus, esim. 25 %, toisella voi olla toista enemmän markkinavoimaa, koska hyödykkeen erityisominaisuuksista, asiakassuhteista, myyntialueesta tms. johtuvien seikkojen vuoksi toisen yrityksen hyödykkeiden kysyntäjousto on voimakkaampi kuin toisen.[351] Mikäli kysyntäjoustoa voidaan mitata tarkasti, periaatteessa relevanttien hyödyke- ja alueellisten markkinoiden määrittämistä ei tarvita. Kysyntäjousto on tarkka mittari edellyttäen, että yrityksen omaa hyödykettä koskevan kysyntäkäyrän *(residual demand curve)* kulku on selvillä. Tämä edellyttää tilastoaineistoa yrityksen tuotantomäärästä, hinnasta, kilpailevien yritysten hinnoittelusta ja muista tekijöistä, jotka vaikuttavat tarkasteltavana olevan yrityksen hyödykkeen kysyntään. Yleensä kaikkea tietoa ei ole saatavilla. Siksi jäljellä oleva kysyntä (residual demand) lasketaan suuremman hyödykejoukon perusteella, jota koskevaa aineistoa on saatavilla, minkä jälkeen tarkastelun kohteena olevan yrityksen markkinaosuus ja muiden yritysten todennäköiset reaktiot arvioidaan. Arvion tekeminen edellyttää hintoja, määriä ja muita muuttujia koskevan aineiston analysointia. Analyysin tekijän pitää pystyä päättelemään kuluttajien ja kilpailijoiden reaktioiden perusteella, mikä vaikutus hinnanmuutoksella on

---

[350] Niin kutsutun *Rotchildin indeksin* mukaan kysyntä on *elastista*, jos elastisuus ylittää luvun 1; kysyntä on *epäelastista*, milloin luku on pienempi kuin 1. Kun elastisuus ilmaisee, miten kysytty määrä muuttuu suhteessa hinnanmuutokseen, ilmaisee se samalla, millaiseksi kokonaistulo (*total revenue*), hinta kerrottuna myydyillä yksiköillä, muodostuu hinnanmuutoksen seurauksena. Kysynnän ollessa elastista (suurempi kuin 1), myyty määrä laskee suhteellisesti nopeammin kuin mitä tuotteiden hinnasta tulee rahaa sisälle, jolloin kokonaissaldo muodostuu negatiiviseksi. Kysynnän elastisuuden kannalta tarkasteltuna hinnankorotus on "kannattamaton". Jos kysyntä on epäelastista (pienempi kuin 1), kysytty määrä laskee hitaammin kuin mitä hinnankorotuksesta kertyy lisätuloa. Hinnankorotus on kannattava. Kysynnän ollessa unitaarisen elastinen, hinnankorotuksesta kertyy täsmälleen yhtä paljon lisätuloa kuin mitä myyntiä menetetään. Voiton maksimointiin pyrkivän yrityksen oletetaan korottavan hintojaan aina siihen pisteeseen, jossa kysyntä muuttuu elastiseksi (E > 1). Ks. Peterson (1988) s. 10.

[351] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 139.

tarkasteltavan yrityksen hyödykkeiden kysyntään. Informaatio voidaan pukea funktion muotoon, joka ilmaisee yrityksen markkinavoimaa. Markkinavoimaa voidaan mitata yhtä hyvin määräävässä asemassa olevan yrityksen kuin kartellin osalta.

Yrityksen hintavaltaa voidaan pyrkiä mittaamaan myös yrityskohtaisten *shokkien* perusteella.[352] Mikäli esim. joku tuotannontekijä kallistuu vain tarkasteltavan yrityksen osalta mahdollisten kilpailijoiden kustannusten pysyessä ennallaan, tarkasteltavan yrityksen hintareaktio kertoo markkinavoimasta tai sen puutteesta. Mikäli yritys kykenee viemään kustannukset hintoihin ilman että se menettää asiakkaat kilpailijoille, on sillä markkinavoimaa. Analyysin avulla voidaan myös selvittää hyödykkeiden kuulumista samoille tai eri markkinoille, sillä kustannusten heijastumisesta hintoihin ja määriin voidaan päätellä, missä määrin kaksi hyödykettä, esim. videovuokraamot ja kaapelitelevisio,[353] kilpailevat samoista asiakkaista. Toisaalta jos määräävässä asemassa oleva yritys soveltaa limit-hinnoittelua rajoittaakseen kilpailijoiden markkinoillepääsyä, se ei vie kustannuksia hintoihin ainakaan täysimääräisesti.

Kysynnän ristijoustoa käytetään yleisesti yhtenä markkinamäärittelyn apuvälineenä (ns. SSNIP-testi). Kysynnän ristijoustolla tarkoitetaan tuotteen x ja y keskinäistä hintajoustoa. Kysynnän ristijousto voidaan määritellä prosentuaaliseksi muutokseksi, jonka tuotteen y hinnassa tapahtuva muutos vaikuttaa tuotteen x kysyntään. Kysynnän ristijousto ilmaisee, kuinka läheisiä substituutteja kaksi tuotetta ovat ja kuinka merkittävästi ne kilpailevat keskenään. Jos x:n pienellä hinnanmuutoksella on huomattava vaikutus y:n kysyntään, tuotteet kuuluvat samoille markkinoille. Toisaalta jos suurellakaan x:n hinnan muutoksella ei ole havaittavaa muutosta y:n kysyntään, hyödykkeet eivät kilpaile samoista asiakkaista. Kysynnän ristijoustolla mitataan kahden kilpailevan hyödykkeen keskinäistä korrelaatiota, kuinka paljon hyödykkeen x hinnankorotus lisää hyödykkeen y kysyntää.

Markkinoiden kysyntäjousto tarkoittaa tietyn hyödykkeen hinnan ja määrän keskinäistä korrelaatiota, esimerkiksi paljonko tietyn suuruinen bensiinin hinnankorotus vähentää kulutusta. Yrityksen kysyntäjoustolla mitataan sitä, miten tietyn yrityksen valmistaman tietyn hyödykkeen hinnanmuutos vaikuttaa suhteellisesti samaisen hyödykkeen kysynnän määrään.

Landes ja Posner toteavat, että yrityksen markkinavoimaan vaikuttaa kolme tekijää, 1) yrityksen omien hyödykkeiden kysyntäjousto, 2) tarjonnan hintajousto ja 3) yrityksen markkinaosuus.[354] Mikäli yrityksen omien hyödykkeiden kysyntäjousto on suuri, tietty hinnankorostus johtaa suhteellisesti voimakkaampaan laskuun myytävien tuotteiden määrässä. Mikäli tarjonnan hintajousto on

---

[352] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 143–146.
[353] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 144. Ks. myös Baker/Breshanan (1992) s. 5 ss.
[354] Ks. Landes/Posner (1981) s. 944 ss.

suuri, jo pieni hinnankorotus johtaa siihen, että muut yritykset lisäävät tuotantoaan voimakkaasti. Tällöin markkinajohtajan täytyy vähentää tuotantoaan suhteellisesti enemmän saavuttaakseen tietynsuuruisen kokonaistuotannon määrän alentumisen ja hinnankorotuksen omille hyödykkeilleen.[355] Yrityksen omien hyödykkeiden kysyntäjousto viittaa siihen, että tarjolla on huomattavasti korvaavia hyödykkeitä eli että *kysynnän korvaavuus* on riittävä. Tarjonnan hintajousto saadaan suhteuttamalla tarjotun määrän prosentuaalinen muutos hyödykkeen oman hinnan prosentuaaliseen muutokseen. *Tarjonnan korvaavuus* voi tulla periaatteessa kolmesta lähteestä,[356] alalla jo toimivilla yrityksillä on käyttämätöntä kapasiteettia, joka mahdollistaa tuotannon nopean lisäämisen, yritykset voivat muuttaa tuotantosuuntaansa vastaamaan lisääntynyttä kysyntää tai alalle tulee kokonaan uusia yrityksiä. Tarjonnan korvaavuus tapahtuu nopeimmin silloin, kun yritykset voivat lisätä olemassa olevaa tuotantokapasiteettiaan. Mitä korkeampi yrityksen markkinaosuus on, sitä enemmän sillä yleensä on markkinavoimaa. Tähän on kaksi syytä. Mitä korkeampi markkinaosuus on, sitä pienemmin tuotannon leikkauksin yritys saa nostettua hintaa ylös.[357] Toiseksi paljon pienemmän kapasiteetin omaavat kilpailijat eivät voi välittömästi lisätä tuotantoaan.[358] *Schmalensee* kuitenkin toteaa, että korkeasta markkinaosuudesta huolimatta yrityksen kohtaama kysynnän elastisuus voi vaihdella huomattavastikin.[359] *Landes* ja *Posner* toteavat, että mikäli kysyntäjousto pystytään mittaamaan tarkasti, erillistä relevanttien hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä ei tarvita.

On tärkeätä huomata, että kysynnän elastisuus vaihtelee sen mukaan, kuinka paljon hinnoissa ennestään on ilmaa – tai kuluttajan kannalta tarkasteltuna – kuinka lähellä tuotteen hinta jo on kipupistettä, jossa toimittajaa vaihdetaan.[360] Kuuluisassa amerikkalaisessa oikeustapauksessa vuodelta 1956 *United States v. Du Pont de Nemours*[361] Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi sellofaanin kuulu-

---

[355] Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 141.

[356] Ks. Määttä (2001) s. 67.

[357] Jos yrityksen markkinaosuus on esim. 50% ja kysyntäjousto 1, tällöin 1 %:n hinnankorotus edellyttää 2 %:n leikkausta tuotantomäärään. Jos taas markkinaosuus on 90 %, jo vähän yli 1 %:n hinnankorotus riittää nostamaan hintoja saman 1 %.

[358] Ks. Landes/Posner (1981) s. 946–951.

[359] Ks. Schmalensee (1982) s. 1800–1801. Schmalensee toteaa, ettei ole teoreettista perustetta oletukselle, jonka mukaan kysynnän elastisuus olisi sama markkinaosuudesta riippumatta. Tämä pitänee paikkaansa, mutta ymmärrän Landesin ja Posnerin markkinaosuuden merkitystä koskevan yleistyksen ceteris paribus annettuna lähtökohtana, ei väittämänä siitä, miten elastisuus käytännössä vaihtelee.

[360] Edellä olleen lähikauppaa koskevan esimerkin mukaan kysyntä voi muuttua epäelastisesta elastiseksi, jos kauppa esimerkiksi kaksinkertaistaisi tietyn hyödykkeen hinnan tai jos asiakkaat jo ennen hinnankorotusta ovat kokeneet hintatason korkeaksi. Viimeksi mainitussa tilanteessa suhteellisen vähäpätöinenkin hinnankorotus saattaa johtaa olennaiseen siirtymään. Unitaarisen elastisuuden piste kuvaa sitä kohtaa, jossa kysyntä muuttuu epäelastisesta elastiseksi. Pisteen huomiotta jättäminen voi johtaa virheellisiin johtopäätöksiin.

[361] *United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 US 377, 76 S.Ct. 994 (1956).

van samoille tuotemarkkinoille muiden pakkausmateriaalien kanssa. Oikeus päätyi kysynnän ristijoustosta esitetyn aineiston perusteella siihen, että sellofaani ja muut joustavat pakkausmateriaalit kuuluvat samoille markkinoille, koska jo pieni sellofaanin hinnankorotus tulisi johtamaan asiakkaiden siirtymiseen muihin pakkausmateriaaleihin. Myöhempi analyysi osoitti, että 75 % Yhdysvalloissa myytävästä sellofaanista valmistanut Du Pont oli korottanut merkittävästi hintojaan ennen vertailulaskelmien tekemistä. Kun hinnat jo ennestään olivat lähellä vaihtamispistettä, pienikin lisäkorotus olisi johtanut kysynnän siirtymään. Jälkikäteen mitattu kysynnän hintajousto ei siten osoittanutkaan hyödykkeiden keskinäistä korvaavuutta, vaan sitä, että *kilpailuetu oli jo ehditty mitata ulos rahassa.* Kuten todettua, hintavalta on aina suhteellista[362]. Jos hinnat ovat kilpailullisen hintatason yläpuolella, kysynnän elastisuuden tarkastelu antaa virheellisen käsityksen yrityksen markkinavoimasta.[363] Tapaus kuvaa kysyntäjouston selvittämiseen liittyviä vaikeuksia.[364] Selvää ei ole milloin kysynnän ristijoustoa pidetään riittävänä hyödykkeiden lukemiseen samoille markkinoille.[365] Voidaan esittää perusteita, että hinnankorotuksen tulisi olla 5 tai 10 %. Kuten yleensäkin, yksittäinen mittaamisväline ei kerro sitä, mitä normatiivisia johtopäätöksiä siitä tulisi tehdä. Tämä on viime kädessä kilpailupoliittinen kysymys.

Käytännön soveltamistilanteissa ongelmaksi muodostuu se, ettei elastisuuden määrittelyyn läheskään aina ole saatavilla riittävästi aineistoa.[366] Missään ei myöskään ole sanottu, kuinka suuri joustamattomuus osoittaa määräävän markkina-aseman olemassaoloa tai kuinka suuri ristijousto todistaa, että kaksi

---

[362] Ks. Turner, Antitrust Policy and the *Cellophane* Case, 70 Harv.L.Rev. 281 (1956). Mitattaessa kysynnän ristijoustoa on ensiarvoisen tärkeää, missä päässä hintamarginaalia verrattavien hyödykkeiden hinnoittelu liikkuu. Hintojen tulee olla keskenään vertailukelpoisia. Tuomioistuin näyttää sekoittaneen keskenään kaksi asiaa, toteutuneen monopolihinnoittelun ja hintavaltaa preventiivisesti rajoittavan ristijouston. Anglosaksisessa kirjallisuudesta tästä erehdyksestä on vakiintunut käyttöön termi *Cellophane Fallacy*. Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 102–105.

[363] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 103–107; Landes/Posner (1981) s. 960–963.

[364] Tuomioistuimen metodia pidetään kuitenkin yleisesti virheellisenä, sillä aikaisemmin toteutuneisiin hinnankorotuksiin ei kiinnitetty riittävästi huomiota. Amerikkalaisessa kirjallisuudessa erehdyksestä käytetään termiä "cellophane fallacy". Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 104. Väitettä, jonka mukaan tapaus ratkaistiin väärin, ei kuitenkaan ole kritiikittä hyväksytty. Vrt. esim. Fisher (2001) s. 40–41.

[365] Ks. esim. Utton (1995) s. 11: "Although the concept may help to clarify thinking about the scope of the markets, there are practical reasons why it is of limited policy use. Estimates of cross elasticities are not easily made. An antitrust case does not provide the ideal environment for making such estimates. Furthermore it is not clear where the cut-off points should be, even if estimates are available. In the context of an antitrust case, what constitutes a 'relatively large'cross-elasticity, 2,5, 25 or higher?"

[366] Tämän myöntävät myös Landes ja Posner, jotka toteavat, että kysynnän elastisuuden mittaaminen on käytännössä vaikeaa, mikä rajoittaa konseptin soveltamista kilpailuviranomaisissa ja tuomioistuimissa. Landes ja Posner näkevätkin artikkelinsa merkityksen enemmän periaatteellisella kuin käytännön tasolla. Ks. Landes/Posner (1981) s. 943.

hyödykettä kilpailee riittävästi keskenään.[367] Yrityksen kysyntäkäyrän löytäminen edellyttää luotettavaa aineistoa hinnoista ja määristä sekä kysyntään ja kustannuksiin vaikuttavista tekijöistä.[368] *Areedan, Solowin ja Hovenkampin* esityksessä todetaan, että ekonomistit eivät yleensä kykene tekemään kontrolloituja kokeita, minkä vuoksi nojaudutaan historialliseen aineistoon, mikä sekään ei ole ongelmatonta.[369] Elastisuus on sinänsä tarkan tuntuinen mittari mutta ei sisällä informaatiota kriittisistä vaihteluväleistä tai siitä, miten elastisuutta tulisi tulkita. Testin läpivieminen edellyttää yksityiskohtaista tilastoaineistoa eri hyödykkeiden hinnoista, myyntimääristä ja niiden vaihteluista. Historiallinen aineisto ei ole ratkaisevaa markkinoiden ollessa murrosvaiheessa. *Posner* on itse myöhemmin todennut, että kysyntäjousto on periaatteessa hyödyllinen mittari, mutta että yksittäisen mittaustuloksen perusteella on vaikeaa päätyä yksiselitteiseen johtopäätökseen. Kysyntä voi olla joustamatonta joko siksi, että markkinoilla vallitsee voimakas kilpailu, tai siksi, että hintoja on jo nostettu lähelle kipupistettä.[370] Kysyntäjoustoon vaikuttavat paitsi asiakkaiden mieltymykset ja käytettävissä olevat varat, myös mahdollisuus kääntyä kilpailevien tarjoajien puoleen. Näin ollen pelkkä kysyntäjouston mittaaminen ei kerro paljoakaan niistä syistä, joista johtuen yrityksen kohtaama kysyntä on epäelastista.[371]

Käytännön olosuhteista johtuen kysyntäjousto vaikuttaa pikemminkin *lisäkriteeriltä* kuin yksinään riittävältä indikaattorilta markkinavoiman määrittelyssä. Kysynnän elastisuuden käytännön hyödyntäminen kilpailuoikeudessa näyttäisi toistaiseksi olleen suhteellisen vähäistä.[372] Sen merkitys näyttäisi kuitenkin

---

[367] Kysynnän epäelastisuus voi johtua yksinkertaisesti siitä, että yritys on hinnoitellut tuotteensa huokeiksi. Yritys on voinut päättää pyrkivänsä tuottamaan voittoa korkean katteen sijasta myynnin määrää kasvattamalla, mistä johtuen asiakkaiden kannalta hinnoissa olisi vielä korottamisen varaa. Tällöin kysynnän epäelastisuus ei kuvaa markkinavoimaa vaan yrityksen valitsemaa hinnoittelustrategiaa. Markkinavoimasta ei voitane puhua myöskään silloin, kun asiakas on valmis maksamaan korkeampaa vastiketta esimerkiksi paremmaksi koetun palvelun perusteella. Toisaalta jos hinnat ovat ennestään kilpailullisen tason yläpuolella, kysynnän elastisuus ei osoita markkinavoiman puuttumista. Määräävässä asemassa oleva yritys on nimittäin jo ehtinyt hyödyntää hinnoitteluvaransa. Edellä olevan valossa kysynnän elastisuus tai epäelastisuus näyttää pikemminkin apuvälineeltä kuin ratkaisevalta kriteeriltä markkinavoiman määrittelyssä.

[368] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 147.

[369] Historiallisen aineiston osalta ongelmana voi olla että 1) olosuhteet muuttuvat, esim. hyödykkeen kysyntä muuttuu epäelastisesta elastiseksi esim. uusien kilpailijoiden markkinoilletulon tai kuljetuskustannusten putoamisen vuoksi 2) kustannusmuutosten arviointiin liittyy ongelmia, 3) kyse voi olla ainutlaatuisesta tilanteesta, johon historiallinen aineisto ei anna vastausta tai 4) historian kulku voi olla hankala selittää, mikäli markkinamuutokset tapahtuvat hitaasti. Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 147–148.

[370] Ks. Posner (2001) s. 64–65.

[371] Konkreettisempi tapa tarkastella määräävästä asemasta epäillyn yrityksen kauppakumppanin vaihtoehtoja on selvittää vallitsevan markkinatilanteen perusteella, mitkä vaihtoehdot asiakkaalla konkreettisesti on käytettävissään joko *ex ante* ennen sopimuksen solmimista tai *ex post* sopimuksen solmimisen jälkeen.

[372] Näin myös Fishwick (1993) s. 68. Itse en muista vajaan kymmenen vuoden uralta kilpailuneuvostossa yhtään tapausta, jossa kysyntäjoustoa koskevilla laskelmilla olisi ollut ratkaiseva merki-

olevan kasvamassa markkinoiden määrittelyn apuvälineenä erityisesti amerikkalaisessa käytännössä.[373] Lienee epätodennäköistä, että markkinavoimaa jatkossakaan voitaisiin todentaa pelkästään jonkin yksittäisen indeksin avulla.

4.1.3 Muu markkinavoimaa osoittava käyttäytyminen

Hinnoittelun monopolistisen luonteen osoittamiseen liittyvien ongelmien vuoksi määräävä markkina-asema on pyritty todentamaan keräämällä historiallista aineistoa yrityksen toimintatavoista, joiden läpivieminen edellyttää yleisesti huomattavaa markkinavoimaa. Ajatuksena on, että kauppakumppanit eivät hyväksy itselleen epäedullista liikesuhteen ehtoa kuin pakon edessä. Tällaisena indisiona voitaisiin pitää esimerkiksi menestyksellistä sidontaa tai syrjintää. Sidonnassa yritys sitoo toisistaan erillisiä hyödykkeitä yhteen. Esimerkiksi kopiokoneita myyvä yritys edellyttää, että myös kopiopaperi ostetaan siltä.[374] Toisena esimerkkinä mainitaan usein hintasyrjintä.[375] Samanlaisten asiakkaiden asettaminen erilaiseen asemaan edellyttää markkinavoiman ohella sitä, että niin sanottu *arbitraasi* ei ole mahdollista. Hintojen alueellinen tai asiakaskohtainen eriyttäminen epäonnistuu, jos asiakkaat voivat vaivatta hankkia hyödykkeen sieltä, missä sitä kulloinkin halvimmalla tarjotaan tai jos kilpailijat voivat hyödyntää alueellisia hinnaneroja. Kolmanneksi syrjintä edellyttää sitä, että yritys pystyy identifioimaan asiakkaiden riippuvuuden ja maksukyvyn vaihtelut ja sanottua tietoa hyväksikäyttämään. Pitkäaikainen hintojen variointi voi osoittaa markkinavoimaa.[376] Osittain on esitetty, että kilpailua rajoittava markkinakäyttäytyminen olisi itse asiassa luotettavin tapa todentaa määräävä markkina-asema.[377] Tätä voitaneen pitää jonkinlaisena lähtökohtana silloin, kun asiakas joutuu suostumaan kannaltaan selvästi kohtuuttomiin sopimusehtoihin. Sen sijaan poissuljennan osalta ongelmaksi muodostuu se, että kilpailijoiden välinen rivaliteetti ilmenee varsin samankaltaisena sekä kilpailullisilla markkinoilla että tilanteissa, joissa tasapaino on järkkynyt.[378] Joka tapauksessa raken-

---

tys tapauksen lopputuloksen kannalta. Elastisuuden mittareiden käytön lisääntymisestä huolimatta käytännön puutteena on pidettävä sitä, ettei aineisto useinkaan ole riittävää tai ainakaan yksiselitteistä. Todennäköisesti menetelmä, joka on tarkka ja kustannustehokas, otetaan ennen pitkää laajempaan käyttöön.

[373] Ks. esim. Dalkir/Warren-Boulton (1997); Werden (1998).

[374] Ks. esim. Utton (1995) s. 246–248.

[375] Ks. esim. Utton (1995) s. 87 ss.; Areeda/Hovenkamp/Solow (1995) s. 125–130.

[376] Areeda, Solow ja Hovenkamp korostavat juuri pitkäaikaisuutta. Ongelmana nähdään tyypilliset hintojen kustannusten ja asiakkaiden maksamien todellisten vastikkeiden arviointiin liittyvät kysymykset. Hintojen eriyttäminen voi olla myös alalle tyypillistä esim. luvakesopimuksissa. Ks. Areeda/ Solow/Hovenkamp (1995) s. 127–129.

[377] Ks. esim. Salop (1979) s. 335 ss.; Salop/Scheffman (1983) s. 263 ss.; Krattenmaker/Salop (1986) s. 209 ss.

[378] Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 14.

teellista näyttöä voidaan täydentää käyttäytymistä koskevalla arvioinnilla.[379]

Strategisen kilpailun tutkimuksessa markkinavoiman selvittämisessä korostuvat markkinakäyttäytymiseen liittyvät tekijät. Menestyksellinen kilpailijoiden poissulkeminen indisoi määräävää asemaa. Strategisten kilpailukeinojen käyttäminen voi viitata määräävään asemaan tai ainakin sellaisen tavoitteluun. Jos yritys kykenee estämään kilpailijan pääsyn markkinoille, viittaa se määräävään asemaan. Yritys voi pyrkiä nostamaan kilpailijansa kustannuksia *(raising rivals' costs)* omalla markkinakäyttäytymisellään tai pyrkimällä vaikuttamaan poliittisiin päättäjiin alallepääsyn esteiden korottamiseksi.[380] Kustannusedusta nauttiva yritys asettaa hintansa juuri sellaiselle tasolle, että markkinoille tulo ei ole kannattavaa *(limit pricing)*.[381] Kalleutensa ja riskialttiutensa vuoksi ilmeisesti harvinaisemmassa saalistushinnoittelussa yritys pyrkii marginaalikustannukset alittavalla tai muuten selkeän alihintaisella hinnoittelulla ajamaan kilpailijansa markkinoilla.[382] Yritys voi myös yli-investoida johonkin strategiseen hyödykkeeseen ja tällä tavoin viestittää kilpailijoilleen, että markkina-asemaa ollaan valmiita puolustamaan kaikilla tarpeellisilla keinoilla.[383]

Määräävän markkina-aseman todentaminen markkinakäyttäytymisen perusteella ei kuitenkaan ole ongelmatonta. Ensinnäkin hyödykkeiden yhteismyynnille tai hintojen eriyttämiselle voi löytyä järkevä taloudellinen syy, joka tekee siitä myös asiakkaiden kannalta hyväksyttävää. Esimerkiksi skaalaedut voivat mahdollistaa hintojen alentamisen. Toisekseen, asiakkaiden riippuvuus ei perustu välttämättä markkinoiden hallintaan. Tältä osin voidaan viitata edellä

---

[379] Ks. esim. Gyselen/Kyrizakis (1986) s. 134, 136–138.

[380] Ks. alaviitteessä 274 mainittua kirjallisuutta.

[381] Limit pricing-tilanteessa määräävässä asemassa oleva yritys voi nauttimiensa kustannusetujen turvin estää potentiaalisten kilpailijoiden alalletuloa. Limit pricing -tilannetta voidaan EY:ssä *Hoffmann-La Roche* -tapauksen perusteella käyttää indisiona määräävästä asemasta. Ks. esim. Gyselen/Kyrizakis (1986) s. 136–137. Oligopolissa indisiona kollektiivisesta markkinavoimasta voitaneen pitää hintojen jäykkyyttä eli sitä, että yritykset eivät vie esim. raaka-ainehintojen alentumisesta johtuvaa kustannusetua kuluttajahintoihin. Kollektiivista markkinavoimaa käsitellään seuraavassa pääjaksossa erikseen.

[382] Perinteisen ajatuksen mukaan saalistushinnoittelu on mielekästä ainoastaan, mikäli yritys voi myöhemmin periä takaisin hintasodan kustannukset. Alallepääsyn esteiden puuttuessa tämä ei kuitenkaan ole mahdollista. Uudemmassa strategisessa kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että saalistushinnoittelua voidaan käyttää rajoitetummin. Tällöin pyrkimyksenä ei ole kilpailijan ajaminen konkurssiin täysimittaisen hintasodan avulla vaan todentuntuisen uhan luominen alalle tuloa harkitseville kilpailijoille ("kovuuden" maine). Kysymystä käsitellään yksityiskohtaisemmin tutkimuksen lainopillisessa osassa.

[383] Erityisesti uusinvestointia harkitseva potentiaalinen kilpailija kiinnittää harkinnassaan epäilemättä huomiota alalletulon riskeihin ja tuotto-odotusten mahdolliseen kaventumiseen markkinajohtajan vastatoimien johdosta. Alalletulon pitää olla kannattava markkinoille tulon jälkeen vakiintuvalla hintatasolla. Yhden yrityksen ohella myös yhteisen intressin omaava ryhmä, esimerkiksi hintakilpailun hiipumisesta hyötyvät oligopolin jäsenet, voivat tiettyjen edellytysten vallitessa toimia ikään kuin yhdenmukaisen suunnitelman mukaan, vaikkei sellaisesta osapuolten välillä olisi nimenomaisesti sovittu. Tätä ilmiötä yritetään haarukoida kilpailuoikeudessa niin sanotun jaetun määräävän markkina-aseman käsitteen avulla.

käsiteltyyn, luonteeltaan liukuvaan luokitteluun sopimusvoima, markkinavoima, monopolivoima. Asiakkaiden riippuvuuteen viittaava käyttäytyminen ei vielä osoita, kuinka yleistä, syvää ja kestävää riippuvuus on. Mittaamisongelmaa voidaan lieventää edellyttämällä, että asiakkaiden riippuvuutta indisoidakseen kilpailua rajoittavan käyttäytymisen tulee kohdistua laajoihin asiakaspiireihin ja olla ajallisesti pitkäaikaista. Yksittäisen asiakkaan syrjiminen voi selittyä sopimusvoimasta aiheutuvalla voimakkaalla riippuvuudella ilman että kyse olisi markkinavoimasta, määräävästä asemasta puhumattakaan. Tämä johtopäätös tulee esille, kun riippuvuutta ja markkinoiden rakenteellista hallintaa tarkastellaan määräävän markkina-aseman kumulatiivisina, ei vaihtoehtoisina kriteereinä.

Periaatteellisempi varauma liittyy *oikeusturvanäkökohtiin*. Jos samalla yrityksen käyttäytymisellä todistetaan sekä määräävän aseman olemassaolo että sen väärinkäyttö, voidaan kysyä, mikä ero näiden kahden oikeudellisen konseptin välillä oikeastaan on. Kysymys vaikuttaa perustellulta, koska määräävän aseman hallussapitoa ei ole kielletty sen enempää EY:n perustamissopimuksessa kuin kilpailunrajoituslaissa. Kiellettyä on ainoastaan väärinkäyttö tai tietyin edellytyksin määräävän aseman hankkiminen tai vahvistamisen yrityskaupalla, milloin seurauksena on kilpailun merkittävä estyminen. Lain soveltamisessa edellytetään erottelua määräävän aseman ja sen väärinkäytön välillä. Jos käyttäytymistä pidetään osoituksena määräävästä asemasta, raja määräävän aseman ja kielletyn käyttäyttymisen välillä uhkaa hämärtyä. Kaksiosaiseksi tarkoitettu juridinen tunnusmerkistö voitaisiin todistaa osoittamalla vain jälkimmäinen elementti. Vaikka taloustieteellisesti vahvoja perusteita voidaan osoittaa määräävän aseman osoittamiseksi sitä todistavan käyttäytymisen perusteella, kilpailuoikeudellisesti testin soveltamiseen liittyy ongelmia. Kysymykseen palataan tutkimuksen lainopillisessa osassa.

4.1.4 Markkinatulokset

Yrityksen hinnoittelun ja markkinavoiman välistä suhdetta voidaan pyrkiä selvittämään myös ylioptimaalisten voittojen perusteella.[384] *Joe S. Bainin* mukaan markkinoiden keskittymisasteen vaikutuksia voitaisiin selvittää etsimällä korrelaatioita markkinoiden keskittymisen ja yritysten voittojen tason välillä.[385] Korrelaatiota voidaan selvittää yritysten tilinpäätöstietojen perusteella. Bain katsoi, että monopolivoimaa voidaan mitata keskimääräisten kustannusten ja myyntihintojen erotuksella. Bainin mukaan jos keskimääräiskustannusten ja

[384] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 111–124.
[385] Bainin konseptin esittely perustuu Petersonin esitykseen. Ks. Peterson (1988) s. 11; kirjassa Peterson (1988).

hintojen välillä on pysyväisluonteinen ero, on samalla todennäköistä, että hinnat ylittävät rajakustannukset. Keskimääräiskustannukset ylittävä hinnoittelu ei osoita monopolivoimaa mutta indisoi sitä. Varsin pian vastaväitteenä esitettiin, ettei kirjanpidossa näytetty voitto vastaa taloudellista voittoa. Se, millaista voittoa yritys näyttää riippuu mm. verosuunnittelusta ja poistoista.[386] Sen selvittäminen, mistä voitot kulloinkin aiheutuvat, edellyttää yrityskohtaista tarkastelua, jossa ylisuurten voittojen lähde pyritään paikallistamaan.[387]

Markkinavoiman mittaaminen yrityksen voittojen perusteella on kiistanalaista. Väitettä markkinoiden keskittymisen ja monopolivoittojen välisestä korrelaatiosta ovat vastustaneet erityisesti Chicagon kouluun lukeutuvat tai sitä lähellä olevat taloustutkijat.[388] Markkinoiden keskittymisen ja voittojen suuruuden keskinäinen korrelaatio myönnetään yleensä periaatteessa, mutta sen kiistetään selittyvän monopolivoitoilla. Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävänä ei voi olla ratkaista klassiseksi muodostunutta ekonomistien kiistakysymystä. Kirjallisuuden läpikäynnin perusteella vaikuttaisi siltä, että toimialan taloustieteessä tällä hetkellä vallitsevan enemmistönäkemyksen mukaan monopolivoitot lienevät *eräs* keskeisistä selittävistä tekijöistä, kun tarkastellaan voittojen kasvamista markkinoiden keskittyessä. Toisaalta kiistatonta lienee myös se, että yrityskoon kasvaminen voi tuoda mukanaan mittakaava- ja muita tehokkuushyötyjä, jotka nekin osaltaan selittävät voittojen kasvamista.[389]

Keskittymisen ja monopolivoittojen yleinen korrelaatio on yksi merkityksellisistä tekijöistä harkittaessa kilpailupolitiikan muotoilemista, esimerkiksi kysymystä siitä, pidetäänkö yrityskauppavalvonnan lisäämistä kilpailulainsää-

---

[386] Taloudellisen voiton määrittelystä ja kirjanpitoaineiston hyödyntämiseen liittyvistä ongelmista ks. Areeda/Hovenkamp/Solow s. 116–119. Ongelman kiertämiseksi Bain esitti myöhemmin tavan määritellä taloudellinen voitto kirjanpitoaineiston perusteella: EP = R – C – D (iV), jossa EP = taloudellinen voitto, R = myyntituotot, C = kiinteät ja muuttuvat kustannukset, D = poistot, i = reaalikorko ja V = sijoitetun pääoman arvo. Bainin laskutapa mahdollistanee yrityksen kirjanpidolliseen voittoon perustuvaa tarkastelua tarkemman monopolivoittojen paikallistamisen. Bain korosti kuitenkin, ettei taloudellinen voitto läheskään aina ole johdettavissa markkinavoimaan. Bainin mukaan ylisuuria voittoja kertyy pääasiallisesti neljästä lähteestä: hyvästä onnesta (satunnaisvoitot), normaalia suuremmasta riskipreemiosta erityisen epävarman investoinnin onnistuessa, innovatiivisuudesta uusien hyödykkeiden ja tuotantomenetelmien käyttöönotossa sekä monopolivoimasta. Bainin mukaan toimialatutkimuksen tuli painottua laadullisiin seikkoihin, mutta voittoindeksi voitaisiin käyttää täydentämään muuta analyysia.

[387] Ks. esim. Fisher (1979) s. 7–17.

[388] Harold Demsetzin muotoileman tehokkuushypoteesin mukaan suurin yksittäinen syy suuryritysten voittojen kasvuun on suurten yritysten pieniä suurempi tehokkuus. Tehokkaat yritykset kasvavat muita nopeammin ja ajan myötä syrjäyttävät tehottomammat kilpailijansa markkinoilta (*survival of the fittest*).

[389] Yhden ainoan oikean ratkaisun etsiminen tai oletus, että sellainen ylipäätään voitaisiin löytää keskittymisen kaltaisesta monitahoisesta kysymyksestä, ei vaikuta realistiselta. Kilpailupoliittisesti relevantti kysymys kuuluu, *onko mahdollista*, että keskittyminen on haitallista, ja *voidaanko ilmiötä pitää* sääntelyn käyttöönoton näkökulmasta riittävän *yleisenä*. Mikäli *tehokkuusvaikutukset* ovat yleisesti merkittäviä, tulee ne ottaa tavalla tai toisella huomioon, joko kieltokynnystä asetettaessa tai muulla tavoin.

däntöön tarkoituksenmukaisena vai ei.[390] Sen sijaan määräävän markkina-aseman *todentamisessa* keskeistä on, mikä merkitys tarkastelun kohteena olevan yrityksen voittojen korkeudella on kyseisen yrityksen markkinavoimaa koskevien johtopäätösten kannalta. Korkea voittotaso voi selittyä monopolihinnoittelulla tai harvinaisen hyödykkeen myymisen luontaisesti korkeammalla hinnalla.[391] Toisaalta alhainen voittotaso ei sulje pois markkinavoimaa. Määräävässä asemassa oleva yritys on voinut toimia tehottomasti laiskistuttuaan kilpailun puutteessa, ylläpitää ylikapasiteettia estääkseen potentiaalisen kilpailijan alalle tulon tai yli-investoida tutkimukseen ja tuotekehittelyyn, mainontaan tai hankintalähteisiin.[392] Kirjanpitovoitot eivät kerro koko totuutta, sillä esim. verotukseen tai pörssikurssin pönkittämiseen liittyvästä syystä kirjanpitovoitot voivat olla taloudellista voittoa pienemmät tai suuremmat. Voittotason osalta on otettava huomioon mm. pääomasijoitukseen liittyvä yritys- ja alakohtainen riskitaso, vertikaalisen integraation taso tms. seikat. Vuosittainen voittotaso riippuu myös satunnaisista, yrityksen vaikutusvallan ulkopuolella olevista tekijöistä, kuten suhdanteista ja valuuttakurssien vaihteluista. Vaikka markkinoiden keskittymisasteesta voitaisiin tehdä yleisiä johtopäätöksiä, laajaan tilastolliseen otantaan perustuvat havainnot eivät sellaisenaan päde yrityskohtaisessa tarkastelussa.[393] Luotettavien vertailujen tekeminen saattaisi kasvattaa kilpailuasian käsittelystä aiheutuvia kustannuksia,[394] joten on harkittava sitä, mihin kilpailuanalyysissa kannattaa panostaa. Korkeille voitoille voitaneen antaa indisioarvo, jos muut tekijät tukevat markkinavoimaa koskevaa johtopäätöstä.

Vielä on esitetty, että markkinavoimaa voitaisiin pyrkiä selvittämään pörssikurssien avulla.[395] Oletetaan, että pääomamarkkinat toimivat tehokkaasti. Yrityksen pörssikurssi perustuu odotukseen tulevista taloudellisista voitoista.[396] Epätyypillisen korkea kurssinousu, jota ei voitaisi selittää tehokkuudella, indi-

---

[390] Suomessa yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten käyttöönottoa valmistellut työryhmä esitti yhtenä perusteena kirjallisuuden perusteella löytämänsä positiivisen korrelaation markkinoiden keskittymisen ja hintatason nousun välillä.

[391] Monopoly rents vs. scarcity rents -ongelmatiikan osalta ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 113–115.

[392] Ks. Areeda/Solow/Hovenkmap (1995) s. 123.

[393] Kuten jo Lernerin indeksin käsittelyn yhteydessä on todettu, yhden yrityksen voittojen tason indisioarvo ei liene erityisen merkittävä. Innovatiivinen yritys voi tehdä huomattavan korkeita voittoja, vaikkei sillä olisi määräävää asemaa. Toisaalta määräävässä asemassa oleva yritys voinee ainakin tilapäisesti tehdä tappiota. Kirjallisuudessa on toisaalta arvioitu, että poikkeuksellisten voittojen tekeminen esimerkiksi laskusuhdanteen aikana saattaisi indisoida määräävää asemaa.

[394] Ks. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 123–124.

[395] Ks. esim. Eckbo kirjassa Mathewson/Trebilcock/Walker (1989) s. 297–332. Ks. myös Ottosen (1990) s. 49–55.

[396] Pörssianalyytikot on koulutettu kaivamaan odotettavissa oleva lisäarvo esille kirjanpitoaineiston taustalta.

soisi määräävää asemaa. Huomiota voidaan kiinnittää myös kilpailijoiden kurssikehitykseen. Mikäli kilpailijoiden kurssit laskevat yrityskaupasta ilmoittamisen jälkeen, kauppa lisää tehokkuutta, koska kilpailijoiden tulosodotusten nähdään putoavan. Mikäli kurssit nousevat, osoittaa tämä markkinoiden keskittymisestä johtuvaa korkeampaa voittoennustetta. Ongelmana kuitenkin säilyy, että mahdolliset monopolivoitot ovat vain yksi osakkeen hintaan vaikuttavista tekijöistä. Ei liene osoitettavissa mitään yksittäistä laskentakaavaa, jolla markkinavoiman osuus voitaisiin suodattaa erilleen. Kausaalisuhde määräävän aseman ja pörssikurssien tason välillä lienee yleisemminkin kiistanalainen. Myös oletus, jonka mukaan pääomamarkkinat toimisivat kaikissa tilanteissa tehokkaasti, voidaan kyseenalaistaa. Ei liene poissuljettavissa, että pörssikurssien muotoutumiseen vaikuttavat esimerkiksi psykologiset tekijät. Nähdäkseni pörssikurssien kehitystä on pidettävä siinä määrin spekulatiivisena, ettei sille yleensä voida antaa todistusarvoa markkinavoiman todentamisessa.

4.2 MARKKINOIDEN RAKENTEELLINEN TARKASTELU

Markkinoiden rakenteellisessa tarkastelussa määritellään ensimmäisessä vaiheessa tapauksen relevantit hyödyke- ja alueelliset markkinat. Yrityksen markkinavoimaa lähestytään siten aluksi epäsuorasti määrittelemällä ensin vertailukohta, johon verraten markkinavoima toisessa vaiheessa todennetaan. Relevanttien markkinoiden määrittely perustuu ajatukseen, jonka mukaan markkinoiden rakenne vaikuttaa yrityksen käyttäytymiseen,[397] joskaan ei sitä nykyisen käsityksen mukaan determinoi. Toisessa vaiheessa tarkastelun kohteena olevan yrityksen tai yritysten markkinaosuudet voidaan selvittää. Markkinaosuutta käytetään suoraan mitatun markkinavoiman korvikkeena. Absoluuttista markkinaosuutta tärkeämpänä pidetään yleensä yrityksen relatiivista suuruutta, jota voidaan mitata suhteessa suurimpaan kilpailijaan, merkittävimpiin kilpailijoihin tai kaikkiin alalla toimiviin yrityksiin. Mainitusta vertailukohdista tärkeimpänä pidetään yleensä suurinta kilpailijaa ja toiseksi merkittävimpiä kilpailijoita, jotka määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee toiminnassaan ottaa erityisesti huomioon.

[397] Edellä lähestymistavasta on käytetty nimitystä SCP-paradigma.

4.2.1 Keskittymisindeksit

Kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa voidaan hyödyntää erityisiä keskittymisindeksejä, joiden avulla kilpailuviranomaisen toimenpiteitä edellyttävät oligopolistiset tai määräävän markkina-aseman leimaamat markkinarakenteet voidaan tunnistaa.[398]

4.2.1.1 Neljän yrityksen markkinaosuus

Niin sanotun neljän yrityksen keskittymisindeksi (k4) mittaa sitä, kuinka suurta markkinaosuutta tietyn toimialan neljä suurinta yritystä pitävät hallussaan.[399] Menetelmä on sikäli käyttökelpoinen, että yleiset tilastot on laadittu kyseisen keskittymisindeksin perusteella. Neljän suurimman yrityksen sijasta voidaan mitata esimerkiksi kuuden (k6) tai kahdeksan (k8) yrityksen ratiota. Mitä menetelmää kulloinkin käytetään, riippuu yhtäältä tarkastelun tavoitteesta ja toisaalta käytettävissä olevasta tilastoaineistosta. Keskittymisindeksien avulla on tutkittu sitä, missä määrin keskittymisen lisääntyminen korreloi yritysten voittojen tai hintatason nousun kanssa. Virallisen tilastoinnin yhteydessä kerätyn aineiston osalta on muistettava, ettei tietoja ole alun perin kerätty kilpailuoikeudellisia tarkoituksia varten.[400]

4.2.1.2. Herfindahl-Hirschman-indeksi

Yhdysvalloissa kilpailuviranomaiset mittaavat markkinoiden keskittymiskehitystä niin sanotun Herfindahl-Hirschman-indeksin (HHI) avulla. Mittausmenetelmää käytetään erityisesti yrityskauppavalvonnassa.[401] Menetelmä soveltuu erityisesti oligopolien rakenteelliseen tarkasteluun.[402] HHI saadaan ottamalla neliöjuuri jokaisen markkinoilla toimivan yrityksen markkinaosuudesta ja las-

---

[398] Ks. esim. Peterson (1988) s. 13–16.

[399] Jos esimerkiksi neljän suurimman yrityksen markkinaosuudet ovat 25, 25, 10 ja 10 %, k4 = 70.

[400] Tilastoinnin pohjana olevat toimialaluokitukset eivät usein vastaa kilpailuoikeudellisesti relevantteja markkinoita, mikä vaikeuttaa suorien johtopäätösten tekemistä. Tämä muodosti teknisen ongelman mm. valmisteltaessa sittemmin yrityskauppavalvonnan säätämiseen johtanutta työryhmämietintöä.

[401] Menetelmää on sovellettu vuodesta 1982, jolloin HHI otettiin käyttöön yrityskauppavalvontaa koskevissa soveltamisohjeissa (Merger Guidelines). HHI:llä korvattiin vuoden 1968 soveltamisohjeiden sisältämä neljän suurimman yrityksen keskittymisindeksi (k4). Nykyiset soveltamisohjeet perustuvat vuonna 1992 julkistettuihin oikeusministeriön (US Department of Justice) ja liittovaltion kauppakomission (Federal Trade Commission) julkaisemiin horisontaalisia yrityskauppoja koskeviin soveltamisohjeisiin (Horizontal Merger Guidelines), joita on uudistettu vuonna 1997.

[402] HH-indeksiä on pidetty kvantitatiivisena sovellutuksena erityisesti Cournotin ja Stiglerin oligopolimalleista Ks. Ottosen s. 20.

kemalla ne yhteen.[403] Kilpailuoikeudellisesti HHI:n etuna on se, että menetelmä kohdentuu neljän suurimman yrityksen markkinaosuutta paremmin relevanttien muutosten osoittamiseen.[404] Vuonna 1992 julkaistujen yrityskauppavalvontaa koskevien soveltamisohjeiden mukaan erityisen korkea HHI luo presumption siitä, että yrityskauppa vähentää merkittävästi kilpailua.[405]

Selvistä eduistaan huolimatta HHI sisältää myös vaillinaisuuksia. *Timonen* on tiivistänyt *Fishwickin* esityksen[406] perusteella keskeisimmät puutteet seuraavasti:

> "(1) numeraalinen keskittymisindeksi ei ota huomioon sitä, että rakenteellisesti varsin erilaiset markkinat voivat tuottaa samanlaiset tunnusluvut, (2) indeksi ei tee riittävää eroa monopolinkaltaisten ja harvojen yritysten oligopoliin perustuvien markkinoiden välillä ja (3) indeksi ei ota huomioon sitä, että keskittyneilläkin markkinoilla muut kuin vahvimpien oligopolistien suorittamat yritysostot voivat olla omiaan edistämään kilpailua. Suomen kaltaisia pieniä markkinoita koskeva lisäargumentti on, että keskittymisindeksien käyttö välineenä edellyttää riittävää määrää sekä kilpailijoita että arvioitavia tilanteita, jotta indeksit voivat olla testattavia ja luotettavia".[407]

Viimeisen johtopäätöksen osalta voidaan lisätä, että riippumatta indeksin käytännön osumatarkkuudesta, HHI näytettäisiin luodun nimenomaan oligopolien tiivistymisen mallintamista varten. Yhden yrityksen tai yritysryhmän määräävän markkina-aseman (jota termiä Yhdysvaltain lainsäädännössä ei käytetä) ohella valvonnalla pyritään puuttumaan sellaisten tiukkojen oligopolien muodostumiseen, joiden seurauksena hintatason arvellaan nousevan. Clayton Actin 7 kohdan mukaan yrityskauppa voidaan kieltää, jos se merkittävästi vähentää kilpailua *("substantially lessens competition")*. Se, millä tasolla kieltokynnys ylittyy, on lainsäätäjän ratkaisu. Ratkaisuun vaikuttavat muun ohella markki-

---

[403] Jos esimerkiksi markkinoilla toimii kymmenen yritystä ja niiden kunkin markkinaosuus on 10 %, HHI on 1 000. Täydellisessä monopolissa HHI on 10 000.

[404] Edellä mainittujen neljän yrityksen HHI olisi 252 + 252 + 102 + 102 = 1450 pistettä. Lopullinen HHI saadaan, kun tarkasteluun lisätään pienimpien kilpailijoiden *(fringe firms)* markkinaosuudet. Jos oletetaan, että mainittujen neljän suuren yrityksen lisäksi markkinoilla toimii vielä viisi pientä yritystä, joiden kunkin markkinaosuus on 5 prosenttia, saadaan HHI:ksi (1450 + 5 x 52) yhteensä 1575 pistettä. Esimerkiksi jos suurimman yrityksen osuus nousee yrityskaupalla 40 prosenttiin kilpailijoiden jäädessä kukin 10 prosenttiin, saadaan uudeksi HHI:ksi näiden yritysten osalta 402 + 102 + 102 + 102 = 1900 pistettä, jolloin nousua on 450 pistettä. Lisäämällä viiden pienemmän kilpailijan 125 pistettä, joiden osalta muutosta ei tapahtunut, saadaan yrityskaupan jälkeiseksi HHI:ksi 2025 pistettä. Vertailukohtana k4 olisi edelleen sama 70.

[405] HHI:n jäädessä alle 1000 pisteen markkinat ovat kilpailulliset. Yrityskaupan ei oleteta vähentävän kilpailua. Välillä 1 000–1 800 markkinat ovat kohtuullisen keskittyneet. Kilpailuvaikutuksia ei yleensä pidetä merkittävinä, jos nousu jää alle 100 pisteen. Jos yrityskaupan jälkeinen HHI on yli 1800 ja nousua on yli 100 pistettä, kieltotunnusmerkistön oletetaan täyttyvän. Pelkästään HHI:n perusteella arvioituna edellä kuvattu yrityskauppa tulisi todennäköisesti kielletyksi.

[406] Fishwick (1996), Making Sense of Competition Policy s. 85–88.

[407] Timonen (1997), Määräysvalta, hinta ja markkinavoima s. 235–236.

noiden koko, yrityskauppavalvonnan tavoitteet ja suhde muuhun kilpailulainsäädäntöön.[408] Timosen listaa voidaan täydentää huomiolla siitä, että markkinoiden keskittymisasteen merkitys vaihtelee huomattavasti alalta toiselle. Tässä mielessä HHI on liian karkea väline kuvaamaan yleisesti kilpailuvaikutuksia.[409] Amerikkalaisessa viranomaiskäytännössä HHI on indisio, jota säännönmukaisesti täydennetään hyödykkeiden ominaispiirteitä, asiakkaiden vaihtoehtoja ja ostovoimaa sekä alallepääsyn esteitä ja potentiaalista kilpailua koskevalla tarkastelulla.[410]

Periaatteellisempaa kritiikkiä on mahdollista kohdistaa siihen, mitä HHI mittaa tai millaisia normatiivisia johtopäätöksiä sen avulla oletetaan voitavan saavuttaa. Keskittymisindeksit perustuvat SCP-hypoteesiin, jonka mukaan markkinoiden keskittyminen on omiaan nostamaan hintatasoa, elleivät markkinat sitten ole koeteltavat. HHI lienee mielekäs lähestymistapa sillä edellytyksellä, että keskittymisen oletetaan keskimääräisesti nostavan hintoja ja että oligopolien rakenteellista sääntelyä pidetään mielekkäänä. Toisaalta on muistettava, että indeksi ainoastaan mallintaa matemaattisesti suhteellista keskittymisastetta eikä vastaa siihen, mistä alkaen keskittymiseen tulee puuttua. Kieltokynnystä indisoivien HHI-lukujen asettaminen on viime kädessä poliittinen valintakysymys, joskin taloustiede tuottaa aineistoa johtopäätösten pohjaksi. Taloustieteen rajat tulevat vastaan päätettäessä oikeusnormin sisällöstä. Tällöin siirrytään kilpailuteoriasta kilpailupolitiikan puolelle.

4.2.2 Relevanttien markkinoiden määrittely

Markkinoiden keskittymisasteen mittaaminen edellyttää esikysymyksenä relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittämistä, mitattiin markkinoiden keskittymistä sitten keskittymisindeksillä tai yhden yrityksen hallussaan pitämän mark-

---

[408] Harkittaessa HH-indeksin soveltuvuutta Suomeen on huomattava, että Yhdysvalloissa käytetyillä raja-arvoilla ilmeisesti olennainen osa keskeisistä kaupan ja teollisuuden aloista olisi jo nykyisellään huomattavan keskittyneitä. Kuten todettua, käyttökelpoisuuteen vaikuttaa valintakysymys, halutaanko yrityskauppavalvonnalla puuttua yleisesti jo oligopolien tiivistymiseen vaiko vasta määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.

[409] Esimerkiksi laivaliikenteessä tai lentokoneiden valmistuksessa duopoli voi olla suhteellisen tehokas markkinarakenne. Mittakaavaedut kiihdyttävät keskittymistä. Jos rivaliteetti säilyy voimakkaana, suhdespesifien investointien *(asset specifity)* korkeus alalta poistumisen esteineen voi kuitenkin painaa hinnat lähelle marginaalikustannuksia. Sama markkinarakenne esimerkiksi päivittäistavarakaupassa tai kuluttajien pankki- ja vakuutuspalveluissa voi nostaa merkittävästi hintatasoa.

[410] Todellinen kieltokynnys lienee usein 1 800 pisteen rajan yläpuolella. Arvioitaessa kieltokynnyksen tasoa ja verrattaessa sitä muiden maiden viranomaiskäytäntöön, huomiota tulee kiinnittää erityisesti markkinoiden määrittelyssä tehtyihin valintoihin. Yhdysvaltojen 1980-luvun tapauskäytännöstä on löydettävissä osin suhteellisen laajoja markkinamäärittelyjä. Ks. esim. Pitofsky (1990) s. 1805. Markkinoiden määrittelyllä onkin usein keskeinen merkitys.

kinaosuuden kannalta. Relevanttien markkinoiden määrittely on keskeinen kysymys määräävän markkina-aseman todentamisessa.[411] Yhteys hinnoittelun avulla suoritettavaan markkinavoiman suoraan mittaamiseen saadaan esille muotoilemalla kysymys siten, miten asiakkaat ja kilpailijat reagoivat, jos tarkastelun kohteena oleva yritys korottaa hintojaan. Yhdysvaltain yrityskauppavalvontaa koskevissa soveltamisohjeissa relevantit markkinat määritellään siten, että niillä tarkoitetaan tuotteita tai tuoteryhmiä ja aluetta, jolla toimivat yritykset voisivat toimiessaan yhdenmukaisesti rajoittaa tuotantoa ja nostaa hinnan kilpailullisen tason yläpuolelle.[412] EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa relevanttien markkinoiden määrittelyä ei ole rajattu hintatestiin. EY:n tuomioistuimen mukaan markkinamäärittelyn tarkoitus on yleisemmin selvittää yrityksen suhteellinen vahvuus markkinoilla ja sitä kautta yrityksen mahdollisuus kilpailun paineista riippumattomaan toimintaan. Tarkastelussa tulee ottaa huomioon:

1) mahdolliset korvaavat hyödykkeet, jonka asiakas voisi ostaa myyjän tarjoaman hyödykkeen sijasta (*kysynnän korvaavuus*);
2) samalla maantieteellisellä alueella toimivat samaa hyödykettä valmistavat yritykset, jotka voivat välittömästi lisätä tuotantoaan (*tarjonnan korvaavuus*);
3) potentiaalisesti kyseeseen tulevat yritykset, joiden puoleen hintoja korottavan yrityksen asiakkaat mahdollisesti voisivat kääntyä; kyse voi olla lähituotteen valmistajasta tai toisella maantieteellisellä alueella toimivasta elinkeinonharjoittajasta (*potentiaalinen kilpailu*).

---

[411] Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan osalta selvittävänä on se markkinatilanne, jossa väitetty väärinkäyttö on tapahtunut. Sitä vastoin yrityskauppavalvonnassa keskeisellä sijalla on tulevan markkinakehityksen ennustaminen. On valintakysymys, miten pitkälle tulevaisuuteen kehitystä pyritään arvioimaan. Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten yrityskauppavalvontaa koskevien tulkintaohjeiden mukaan *alalle tulon tulee tapahtua kahden vuoden* sisällä, jotta se voidaan ottaa huomioon yrityskaupan arvioinnissa. Asetettaessa aikarajaa kyse on kilpailupoliittisesta valinnasta. Taloudellisesti tarkastellen hyväksytyn odotusajan tulisi määräytyä ennen muuta hyödykkeen markkinoille saattamisen vaatiman ajan mukaan. Esimerkiksi uuden lentokonetyypin kehittäminen ja markkinoille saattaminen vie useamman vuoden ja on monin verroin monimutkaisempaa ja riskialttiimpaa kuin esimerkiksi purukumin valmistaminen. Toisaalta voidaan argumentoida myös niin, että markkinoille tulon kynnystä nostavien seikkojen – kuten hyödykkeen markkinoille saattamisen vaatiman ajan pituus, edellytettyjen investointien korkeuden, ja epäonnistumisen riskin suuruuden – tulee voida johtaa siihen, ettei potentiaaliselle kilpailulle anneta merkitystä. Ratkaisevaa ei nimittäin ole se, tullaanko määräävä asema jonakin päivänä menettämään, vaan se, ehtivätkö markkinatalouden omat korjausmekanismit korjata tilanteen, ennen kuin vahinkoa ehtii tapahtua. Voidaan myös argumentoida, että markkinoille tulon tulee voida tapahtua ennen kuin ostajien tulee tehdä uusia tilauksia. Tällöin nimittäin jo tilausten vastaanottamisen mahdollisuus rajoittaa markkinoilla toimivien yritysten hinnoitteluvapautta.

[412] Horizontal Merger Guidelines 1997, kohta 1.0: "(T)he Agency evaluates the likely competitive impact of a merger within the context of economically meaningful markets – i.e., markets that could be subject to the excercise of market power. Accordingly, for each product or service ... of each merging firm, the Agency seeks to define a market in which firms could effectively excercise market power if their were able to coordinate their actions."

Mitkä hyödykkeet sitten kilpailevat keskenään? Laajimman määritelmän mukaan voitaisiin ajatella, että kaikki markkinoilla tarjottavat hyödykkeet kilpailevat keskenään. Jos vaikkapa kuluttaja ostaa uuden jääkaapin, saattaa tästä seurata, ettei henkilöllä ole saman kuun aikana varaa pidempään suunnittelemaansa etelänmatkaan. Sanotun kaltaista resurssien yleisestä rajallisuudesta johtuvaa välillistä ja epäsuoraa kilpailua lienee mahdotonta mallintaa markkinamäärittelyllä, eikä se ole relevanttien markkinoiden määrittelyn tarkoituskaan. Kilpailuoikeudellisesti markkinamäärittely olisi epäilemättä aivan liian laaja, koska jääkaappien tarjonta ei mitenkään rajoita etelänmatkojen myyjien mahdollisuutta ylihinnoitteluun. Tämä johtuu hyödykkeiden täysin erilaisesta käyttötarkoituksesta. Puuttuvan korvaavuuden vuoksi hyödykkeiden hinnanmuutokset eivät myöskään korreloi keskenään. Jääkaappien huomattavakaan hinnankorotus ei lisäisi havaittavasti etelänmatkojen kysyntää.

Herdzinan mukaan[413] relevanttien markkinoiden määrittelyn taustalla olevat taloudelliset mallit voidaan ryhmitellä kolmeen kategoriaan.

1) *Marshallin* kehittämässä *teollisuuskonseptissa* kiinnitetään huomiota hyödykkeen teknisiin ja fysikaalisiin ominaisuuksiin, raaka-aineisiin ja tuotantoprosessiin, joiden katsotaan toisaalta määrittävän myös korvaavuutta. Teollisuuskonseptia käytetään virallisessa tilastoinnissa. Ongelmana on, että määritelmät ovat usein liian laajoja kilpailuoikeudellista analyysiä varten (esim. sähköteollisuustuotteet).[414]
2) Niin kutsuttu *substituutiokonsepti* muodostaa kilpailuoikeudellisen markkinamäärittelyn ytimen. Lähtökohtana on, että heterogeenisten tuotteiden joukko on mahdollista jakaa ryhmiin hyödykkeiden keskinäisen korvaavuuden kannalta. Hyödykkeet kuuluvat samoille markkinoille, jos kuluttaja voi korvata yhden hyödykkeen toisella samaan tarkoitukseen soveltuvalla vaihtoehdolla. Edullisissa tapauksissa hyödykkeiden välillä on löydettävissä selviä substituutioaukkoja.[415]
3) Kysynnän korvaavuuden ohella huomiota tulee kiinnittää *tarjonnan korvaavuuteen*. *Narverin* tarjonta-aluetta *(supply space)* koskevan teorian mukaan

---

[413] Herdzina, Wettbewerbspolitik (1999) s. 74–76.

[414] Tilastointi on viime vuosina kehittynyt yksityiskohtaisempaan suuntaan. Ongelmaksi jää, ettei tekninen homogeenisuus aina käy yksiin korvattavuuden kanssa.

[415] Havaitaan, että esim. 5 prosentin hinnanmuutos johtaisi siihen, että x vaihdettaisiin y:hyn, mutta että siirtymistä z:aan edellyttää olennaisesti merkittävämpää hinnankorotusta. Kaikki kuluttajat eivät ole samassa määrin riippuvaisia vaihdettavuuden esteistä, ja esteiden merkitys voi vaihdella ajan myötä. Tämä voi johtaa suppeampien tai laajempien markkinoiden määrittelyyn. Esimerkiksi henkilöautot voidaan jakaa halpojen, alemman keskiluokan, ylemmän keskiluokan ja ylimmän hintaluokan markkinoihin. Mahdollisesti tila-autot muodostavat ominaisuuksiensa perusteella oman tuotesegmenttinsä, joiden kysyntään muiden henkilöautojen markkinoinnissa tapahtuvat muutokset eivät heijastu samalla voimakkuudella kuin kuvattujen autoluokkien sisällä. Määrittely käy komplisoidummaksi, kun tarkasteluun lisätään kunkin yrityksen tarjoama tuotepalettien keskinäinen kilpailu. Voidaan tarkastella vallitsevaa tilannetta tai tulevaa kehitystä. Varsin usein markkinat laajenevat pidennettäessä ajallista tarkastelukulmaa

erityisesti diversioituneet suuryritykset voivat modernin tuotantotekniikan aikana suhteellisen yksinkertaisesti suunnata tuotantonsa vastaamaan muuttunutta kysyntää.[416] Toisena yleisenä kehityspiirteenä on ollut yritysten maantieteellisen toimintapiirin jatkuva laajentuminen kuljetusmahdollisuuksien sekä informaation siirron nopeuduttua ja sen hallinnan parannuttua.[417] Vastakkaisena trendinä on havaittavissa erikoistumista tietyille markkinasegmenteille ja vaadittujen tuotekehityskustannusten ja alkuinvestointien kasvaminen.[418]

Relevanttien markkinoiden määrittely muodostaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa tapauksessa ydinkysymyksen, joka voi käytännössä ratkaista tapauksen. Yleensä kilpailuviranomainen edustaa suppeampaa markkinamäärittelyä ja epäilty yritys laajempaa kantaa. Kyse ei ole pelkästään taktiikasta, jossa tarkoituksena on puolin ja toisin voittaa oikeusjuttu. Kilpailuoikeudellisesti relevantit markkinat ovat usein yritysten itsensä aidosti kokemia markkinoita suppeammat.[419] *Massey* katsoo, että taloustieteen yleinen markkinoiden määritelmä poikkeaa kilpailuanalyysin suppeammasta määritelmästä. Massey pitää erilaisuutta yhtenä merkittävimpänä havaintona markkinoiden määrittelyä koskevassa kirjallisuudessa.[420] Taloustieteessä markkinoilla tarkoitetaan yleisesti yritysten toimintakenttää, paikkaa tai aluetta, jossa hyödykkeitä ostetaan ja myydään. Yleisessä taloustieteessä havaitaan suurehko differentoitujen hyödykkeiden joukko ja erillisiä myyntialueita, jotka linkittyvät yhteen

---

[416] Tällaiset yritykset muodostavat resurssipoolin, josta voidaan suunnata resursseja nopeasti uusille markkinoille. Ks. Herdzina (1999) s. 73–78. Esimerkiksi jääkaappeja valmistava yritys voi suhteellinen nopeasti ryhtyä valmistamaan pakastearkkuja, mahdollisesti myös liesiä.

[417] Ajatus ei ole uusi. Jo toisen maailmansodan aikana havaittiin, että suuret teollisuusyritykset pystyivät suhteellisen nopeasti ja vaivattomasti suuntaamaan tuotantonsa aseiden valmistukseen ja rauhan tultua taas rauhanomaisten hyödykkeiden tuotantoon. Ks. esim. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952) s. 225–240.

[418] Esimerkkinä tällaisesta alasta on mainittu aiemmin esim. mikroelektroniikka ja teleala. Kysymys on kuitenkin kaikkea muuta kuin selvä, sillä markkinoiden konvergenssin on katsottu lähentävän markkinoita. Markkinoiden laajentuminen voi joko vähentää tai lisätä kilpailuongelmia. Esimerkkinä jälkimmäisestä käsitellään myöhemmin yrityskauppavalvonnan yhteydessä kotimaista *Digita*-tapausta.

[419] Esimerkiksi bussiliikenneyrittäjä voi kokea toimivansa kuljetusmarkkinoilla, joilla kaikki kuviteltavissa olevat liikennemuodot kilpailevat samoista matkustajista ja rahdeista keskenään. Valpas yrittäjä tarkkailee alati mahdollisuuksia laajentaa toimintaa uusille alueille ja kantaa samalla huolta potentiaalisen kilpailijan saapumisesta omalle apajalle. Kilpailuoikeudelliset markkinat ovat yleensä yrittäjien toimintakentäkseen kokemia markkinoita suppeammat. Esimerkkinä olevat kuljetusmarkkinat voivat jakaantua bussi-, rautatie-, lentoliikenne-, taksiliikenteeseen, henkilö- ja tavaraliikenteeseen ja tätä suppeampiin markkinasegmentteihin. Tietty lentoliikennnereitti kahden kaupungin välillä voi muodostaa omat relevantit markkinansa. Kyse on aina siitä, mitkä vaihtoehdot ovat *riittävän* läheisiä substituutteja keskenään.

[420] Ks. Massey (2000) s. 317–318. Olen itse asettunut samalle periaatteelliselle kannalle. Tämä ei johdu siitä, että reaalitodellisuus olisi erilainen, vaan siitä, että markkinatarkastelun funktio on erilainen. Ks. Kuoppamäki (2002 a) s. 56–57.

arbitraasin mahdollisuuden kautta. Kilpailuoikeudellisen markkina-analyysin tarkoituksena on sen selvittäminen, voiko tarkastelun kohteena oleva yritys nostaa hyödykkeidensä hintaa.[421]

Se, voiko kuluttaja korvata tietyn hyödykkeen jollain toisella, on ymmärrettävä taloudellisena tosiasiakysymyksenä.[422] Jos tapauksen tosiseikat osoittavat, että hyödykkeiden A ja B ominaisuudet vastaavat toisiaan ja kuluttaja voi ne vaihtaa keskenään, hyödykkeet kuuluvat samoille markkinoille. Jos korvaavuutta ei ole, hyödykkeet kuuluvat eri markkinoille. Korvaavuutta voidaan pyrkiä selvittämään empiirisesti. Jos pieni hyödykkeen A hinnankorotus johtaa merkittävään siirtymään hyödykkeeseen B, viittaa tämä keskinäiseen vaihdettavuuteen. Jos näin ei tapahdu, hyödykkeet näyttäisivät kuuluvan eri markkinoille. Kysynnän korvaavuuden ohella huomiota kiinnitetään tarjonnan korvaavuuteen eli siihen, missä määrin muut samoilla markkinoilla toimivat voivat ryhtyä valmistamaan samaa hyödykettä, jos yritys A nostaa hintojaan. Potentiaalisessa kilpailussa kyse on siitä, missä määrin relevanttien markkinoiden ulkopuolella toimivat yritykset voivat tulla markkinoille hinnankorotuksen yhteydessä.

Chicagon koulun piirissä on esitetty, että potentiaalinen kilpailu tulisi ottaa täysimääräisesti huomioon jo markkinoiden määrittelyvaiheessa. *Landes ja Posner* ovat esittäneet, että jokaisen yrityksen osalta, joka myy hyödykettä tietylle alueelle, relevanteille markkinoille tulisi lukea yrityksen tuotantokapasiteetti kokonaisuudessaan, vaikka kapasiteetti ei olisi käytössä tai vaikka hyödykkeen kuljettamisesta alueelta toiselle aiheutuisi huomattavia kustannuksia.[423] Näkemystä ei ole yleisesti hyväksytty, koska siinä ei kiinnitetä riittävästi huomiota markkinoilletulon kustannuksiin ja käytännössä samaistettaisiin aktuaalinen ja potentiaalinen kilpailu keskenään.[424] Potentiaaliseen kilpailuun kiinnitetään yleensä huomiota vasta arvioitaessa markkinavoimaa ja tekijän painoarvo riippuu soveltamistilanteesta ja arvioinnin tarkoituksesta.[425] *Schrank*

---

[421] Ibid s. 9.

[422] Ks. HE 148/1987 vp. s. 18: "Tietyn hyödykemarkkinan määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, joka on selvitettävä markkina- tai vastaavalla tutkimuksella ja jonka selvittäminen on markkinaosuuksien määrittelyn edellytys. Alueelliset ja asialliset hyödykemarkkinat eriytyvät taloudellisten kilpailusuhteiden perusteella".

[423] Ks. Landes ja Posner (1981) s. 960–972.

[424] Ks. esim. Schmalensee (1982) s. 1800–1804. Käytännössä olisi myös epäselvää, miten käytettävissä oleva kokonaiskapasiteetti laskettaisiin.

[425] EY:n komission relevantteja markkinoita koskevassa tiedonannossa markkinamäärittelyn tarkoituksen merkitys todetaan seuraavasti (kohta 12): "Perusteita merkityksellisten markkinoiden määrittelemiseksi sovelletaan yleensä analysoitaessa tietynlaista markkinakäyttäytymistä ja tuotteiden tarjontaan liittyviä rakenteellisia muutoksia. Tämä menetelmä voi kuitenkin johtaa erilaisiin tuloksiin riippuen tutkittavan kilpailuasian luonteesta. Esimerkiksi maantieteellisten markkinoiden ulottuvuus voi olla erilainen tulkittaessa keskittymää, jossa tutkimus kohdistuu tulevaisuuteen, kuin tutkittaessa aiemmin tapahtunutta käyttäytymistä. Asioiden erilainen aikahorisontti voi johtaa siihen, että samoille tuotteille määritellään erilaiset maantieteelliset markkinat riippuen siitä, tutkiiko komissio muutosta tarjonnan rakenteessa, kuten keskittymää tai yhteistyöhön perustuvaa yhteisyritystä, vai tiettyyn aiemmin ilmenneeseen käyttäytymiseen liittyviä asioita."

ja Roy toteavat, ettei markkinoita määritellä tyhjiössä, vaan että yksittäisen markkinamäärittelyn mielekkyyttä on arvioitava sitä tarkoitusta vastaan, mihin tarkastelulla pyritään.[426] *Fishwick* toteaa, että erottamalla tarkastelussa kysynnän ja tarjonnan korvaavuus toisistaan voidaan luotettavammin tarkastella yrityksen kykyä nostaa hintoja. Vallitsevaan tilanteeseen pitäytymisessä on myös se etu, että johtopäätös voidaan perustaa saatavilla olevaan aineistoon. Yrityskauppavalvonnassa markkinoiden tulevaa kehitystä painotetaan väärinkäyttövalvontaa enemmän.[427]

4.2.3 Markkinamäärittelyn ongelmia

Markkinoiden määrittelyä rasittavat ongelmat vaarantavat konseptin osumatarkkuuden markkinavoiman mittaamisessa. Liian suppea markkinamäärittely yleensä ylikorostaa yrityksen markkinavoimaa, liian laaja määrittely alikorostaa sitä. Kilpailutapauksen osapuolilla on strateginen intressi esittää väittämiä, jotka tukevat omaa määrittelytapaa. Väärän markkinamäärittelyn kilpailuoikeudelliset seuraamukset ovat huomattavat.[428] Toisena perusongelmana on se, että relevantin markkinan käsite on ajattelun apuväline. "Todelliset" markkinat eivät aina vastaa "kilpailuoikeudellista" markkinamäärittelyä. Markkinamäärittely on usein liian karkea tapa esittää hyödykkeiden keskinäistä korvaavuutta koskeva kysymys. Tietty hyödyke määritellään kuuluvaksi joko markkinoiden "sisäpuolelle" tai niiden "ulkopuolelle", vaikka monesti kyse on suhteellisesta kysymyksestä.[429] Potentiaalisesti kilpaileva hyödyke vaikuttaa tietyn, mutta ei toisen käyttäjäryhmän kysyntään. Erityisesti mikäli joudutaan arvioimaan suurta joukkoa differentoituja hyödykkeitä, otollisten substituuttiaukkojen löytäminen, joilla markkinamäärittely voitaisiin vaikeuksitta perustella, on hankalaa.[430] Markkinamäärittelyssä kyse on yksinkertaistuksesta, jossa substituutioketju katkaistaan luontevimmalta vaikuttavassa kohdassa. Relevanttien markkinoiden määrittely on ajatusmalli, jossa taloudelliset syy- ja seuraussuhteet ovat hyvin monimutkaisia. Menetelmä on kaukana täydellisestä, mutta se on ilmeisesti toistaiseksi keksityistä luotettavin tapa todentaa määräävä markkina-asema.[431]

---

[426] Ks. Schrank ja Roy (1991) s. 107.
[427] Ks. Fishwick (1993) s. 80–83. Yksityiskohtaisemmasta analyysistä ks. Fishwick (1987).
[428] Ks. esim. Fisher (2002) s. 38–42.
[429] Ks. esim. Fisher (1979) s. 12–17; Schmalensee (1982) s. 1799–1800.
[430] Ks. Schmalensee (1982) s. 1800.
[431] Lernerin indeksin kaltaisten suorien mittaamisvälineiden käyttäminen vaikuttaa erityisen ongelmalliselta uuden talouden hyödykkeiden osalta, joille on tyypillistä kustannusten etupainotteisuus. Esimerkiksi tietokoneohjelmien valmistamiskustannukset koostuvat pääosin tuotekehittelystä ja hyödykkeen markkinoinnista. Sen jälkeen kun valmis tuote on markkinoilla, yksittäisiä kappaleita voidaan myydä lähes olemattomin rajakustannuksin. Kustannusten etupainotteisuus ei ole varsinaisesti uuden talouden mukanaan tuoma uutuus, vaan sama sama ilmiö on ollut

Uusi talous asettaa suuria haasteita markkinamäärittelylle. Markkinat muuttuvat nopeasti, jolloin aiemmat määritelmät vanhenevat nopeasti. Markkinoiden verkottuessa monimutkaisesti keskenään, markkinoiden rajojen määrittely käy aiempaa vaikeammaksi.[432]

Käyttäjäryhmäkohtaiset alamarkkinat ovat perusteltuja, mikäli hinnat ja tarjontaolosuhteet vaihtelevat eri ryhmien välillä. Kyse on myös valittavasta aikaperspektiivistä. Mitä lyhyempi tarkastelujakso valitaan, sitä suppeampia markkinoita keskimääräisesti saadaan. Mitä pidempi aikaväli valitaan, sitä todennäköisemmin kysynnän korvaavuuden ohella myös tarjonnan korvaavuus ja potentiaalinen kilpailu heikentävät tarjoajan markkinavoimaa. Tästä ei kuitenkaan voida tehdä sitä johtopäätöstä, että relevanttien alueellisten markkinoiden ulkopuolella toimivien valmistajien tuotanto tulisi ottaa huomioon "potentiaalisena tarjontana" markkinaosuuksia laskettaessa.[433] Markkinamäärittelyn tarkoituksena on selvittää kuluttajien todelliset vaihtoehdot ja valmistajien mahdollisuus nostaa kannattavasti hyödykkeiden hintatasoa. Markkinamäärittely on empiirinen tosiasiakysymys, jota ei voida ratkaista kauaskantoisilla periaatteilla, vaan riittävän monipuolisella empiirisellä ajattelulla. Samalla on kuitenkin muistettava, että kyse on reduktionistisesta ja heuristisesta apuvälineestä, jolla kilpailuoikeudellista markkinavoimaa mitataan,[434] ei kokonaisvaltaisesta ja kaiken kattavasta todellisuuden kuvauksesta. Mittapuun karkeudesta johtuen mittaustuloksesta voidaan usein olla myös toista mieltä. Kolmantena ongelmana voidaan mainita se, että markkinamäärittelyssä tarkastellaan tavallaan väärää kysymystä keskityttäessä hyödykkeiden keskinäisen korvaavuuden tarkasteluun, kun todellisempi kysymys kuuluu, missä määrin yritys voi yksin tai yhdessä nostaa hintoja. Tässä mielessä esim. kysynnän elastisuus lähestyy ongelmaa suoremmin kuin epäsuora markkinavoiman tarkastelu markkinamäärittelyn kautta.[435]

Markkinamäärittelyä saadaan rationaalisemmaksi kiinnittämällä huomiota hyödykkeiden korvaavuutta koskevaan empiiriseen aineistoon, sikäli kuin sellaista on kohtuullisin kustannuksin saatavilla ja aineisto on luotettavaa ja hyödynnettävissä kilpailuoikeudelliseen käyttötarkoitukseen. Esimerkiksi SSNIP-testillä selvitetään hyödykkeiden ristijoustoa. Jos hyödykkeiden keskenäistä vertailtavuutta koskeva kysymys on liian suppeasti asetettu, testistä kuitenkaan ei ole sanottavaa hyötyä. Kyseenalaisiin lopputuloksiin päästään, jos markkinamäärittely jo lähtökohtaisesti rajataan koskemaan vain tietyn valmistajan hyö-

---

havaittavissa esim. lääketeollisuudessa jo vuosikymmenten ajan.Uutta on pikemminkin verkostomuotoinen yhteistyö ja yleinen tietämyksen painottuminen aineellisten tuotannontekijöiden kustannuksella.

[432] Ks. esim. Ahlborn/Evans/Padilla (2001); Audretsch/Baumol/Burke (2001); M. Virtanen (2001).

[433] Ks. Schmalensee (1982) s. 1801–1803. Vrt. Landes/Posner (1981) s. 949, 966.

[434] Ks. esim. Kuoppamäki (2002 a) s. 56–58.

[435] Ks. esim. Schmalensee (1982) s. 1803.

dykkeen saatavuutta. Yrityskohtainen riippuvuustilanne voi olla todellinen, mutta sen syyt eivät tällöin voi olla rakenteellisessa markkinoiden hallinnassa. Jos tarkastelu rajataan pelkästään tietyn yrityksen hyödykkeisiin, on jo etukäteen selvää, että yrityksellä on määräävä asema. Voidaan kysyä, mikä on markkinamäärittelyn todellinen tarkoitus tällaisessa tapauksessa.

Ekonometristen mittaamisvälineitten osalta ongelmaksi muodostuu aineiston saatavuus, hyödynnettävyys ja kontrolloitavuus. Ekonometristen testien hyödyntäminen edellyttää varsin laajaa tilastollista aineistoa, jollaista useinkaan ei ole käytettävissä tai joka olisi hankittavissa vain huomattavin oikeudenkäyntikustannuksin. On myös esitetty, että tilastollinen aineisto olisi suhteellisen helposti osapuolten manipuloitavissa. Erityisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttötapauksissa osapuolten vastakkaiset intressit jutun lopputuloksen suhteen vaikeuttavat yhteisen vertailupohjan löytämistä. Hyödyntäminen vaikuttaisi jossain määrin laajemmalta yrityskauppavalvonnassa, jossa osapuolten vastakkainasettelu on keskimääräisesti väärinkäyttötapauksia lievempää. *Fishwickin* mukaan ollakseen luotettavaa, aineistoa tulisi kerätä useamman vuoden ajalta.[436] Toisaalta historiallinen aineisto ei ole hyödyllistä markkinoiden ollessa murrosvaiheessa. Vaikka menetelmien valintaan liittyy ongelmia ja vaikka useinkaan ei ole käytettävissä riittävää aineistoa, optimitapauksessa ekonometristen työvälineiden käyttäminen voi lisätä kilpailuoikeudellisen päätöksenteon luotettavuutta ja rationaalisuutta.[437]

4.2.4 Potentiaalinen kilpailu ja alallepääsyn esteet

Yksi keskeisistä eroista harvardilaisen ja chicagolaisen ajattelun välillä liittyy siihen, mitä pidetään alallepääsyn esteinä. Chicago-koulu pitää alallepääsyn esteinä lähinnä valtiovallasta johtuvia esteitä, jotka estävät tehokkaan yritystoiminnan aloittamisen. *Stiglerin* määritelmän mukaan aitoina alallepääsyn esteinä voidaan pitää ainoastaan sellaisia tekijöitä, joita markkinoilla jo etabloituneilla yrityksillä ei ole mutta jotka potentiaalisten kilpailijoiden täytyy suorittaa päästäkseen markkinoille.[438] Keskeistä on kustannusten epäsymmetrisyys. Sen sijaan mainontaa, tuote-eroja, toiminnan aloittamisen vaatimaa vähimmäiskokoa tai vertikaalista integraatiota ei pidetä alallepääsyn esteinä vaan ilmauksena yritysten markkinakäyttäytymisestä tai taloudellisesta tehokkuudesta.[439] Harvardilaisten mielestä edellä mainitut tekijät rajoittavat uusien yritysten mark-

---

[436] Ks. Fishwick (1993) s. 73.
[437] Ks. Baker/Breshanan (1992) s. 15–16.
[438] Ks. Stigler (1968) s. 67." A barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter the industry but is not borne by firms already in the industry."
[439] Posner, The Chigago School of Antitrust Analysis (1979) s. 929.

kinoille tuloa.[440] *Bainin* määritelmän mukaan alallepääsyn esteenä voidaan pitää mitä tahansa oikeudellista tai taloudellista tekijää, joka tosiasiallisesti rajoittaa alallepääsyä. Sinänsä taloustieteen vähiten riidanalaisiin totuuksiin kuuluu, ettei markkinavoiman hyväksikäyttö ole ainakaan pitkällä aikavälillä mahdollista, elleivät alallepääsyn esteet rajoita potentiaalisten kilpailijoiden markkinoillepääsyä.

Kansainvälisessä kilpailussa markkinoille tulo on mahdollista muun ohella seuraavilla tavoilla.

1) Jos markkinavoimainen yritys *nostaa hintojaan*, identtisen kustannusrakenteen omaavat potentiaaliset kilpailijat voivat etabloitua markkinoille alittamalla markkinajohtajan hinnat.
2) Vaikka markkinajohtaja hinnoittelisi kilpailullisesti, markkinoille tulo on mahdollista, jos tulokas nauttii erityisestä *kustannusedusta*, joka mahdollistaa hintatason alittamisen.
3) Differentoituneilla markkinoilla kuluttajat arvostavat tiettyjä hyödykkeitä niiden erityisten ominaisuuksien tai imagon vuoksi. Uudenlaisen *merkkituotteen (brand)* sisäänajaminen tarjoaa väylän markkinoille. Uuden yrityksen on kannettava mm. markkinointikampanjan vaatimat kustannukset.
4) Merkittävämpään markkinaosuuksien uusjakoon johtavat *tekniset innovaatiot*. Erityisen kilpailuedun tarjoaa teknisesti parannetun hyödykkeen kehittäminen. Toisaalta usein myös riskit ovat huomattavia.

Gattin ja WTO:n piirissä harjoitettu maailmankaupan vapauttaminen on kiistatta avannut aiemmin suljettuja markkinoita. Tutkimusten mukaan yritykset ottavat hinnoittelussaan aiempaa enemmän huomioon kansainvälisen kilpailun uhan. Monet markkinat ovat laajentuneet yli kansallisten rajojen. Paikallisina säilyneillä markkinoilla, esimerkiksi vähittäiskaupassa, tuotevalikoima on laajentunut. Markkinoiden laajentuminen on purkanut aikaisempia valtakeskittymiä. Kilpailullinen markkinarakenne on mahdollista säilyttää joko vaikuttamalla markkinoilla toimivien suurimpien yritysten suhteelliseen kokoon. Kansainvälisen kilpailun ja alallepääsyn esteiden todentaminen on aina alakohtainen tosiasiakysymys.

Selvitettäessä potentiaalista kilpailua huomiota kiinnitetään niihin tekijöihin, jotka markkinoille tuloa harkitsevan potentiaalisen kilpailijan näkökulmasta vähentävät markkinoille tulon houkuttelevuutta. Keskeisiä konsepteja ovat uponneet kustannukset ja alalta poistumisen kustannukset. Uponneita ovat sellaiset alalletulon vaatimat kustannukset, joita ei saada takaisin, jos markkinoille tulo epäonnistuu. Se, ovatko kustannukset uponneita vai eivät, voi olla vaikea määritellä. Alalta poistumisen kustannukset ovat kustannuksia, joita alalta poistumisesta aiheutuu. Tällaiset kustannukset ovat omiaan vähentämään yritysten

[440] Ks. esim. Shepherd (1997) s. 93, 209–214.

liikkuvuutta. *Jotta alalle tulo on kannattavaa, tulee tuotto-odotusten ylittää riskit.* Potentiaalisen kilpailijan täytyy ottaa huomioon, että markkinoita hallitseva yritys voi ryhtyä strategisiin vastatoimiin, esimerkiksi alentaa hintojaan tasolle, jolla alalle tulon vaatimia investointeja ei saataisi kuoletetuksi, tai nostaa haastajan kustannuksia. Harkittaessa maantieteellisten markkinoiden laajuutta relevantti kilpailuoikeudellinen kysymys ei kuulu niinkään, onko alalle tulo oikeudellisesti ja teknisesti mahdollinen, vaan oikeammin, onko se saatavilla olevan todistusaineiston perusteella muihin tarjolla oleviin vaihtoehtoihin verrattuna *liiketaloudellisesti kannattava ja siten todennäköinen vaihtoehto*. Markkinoiden historia tarjoaa usein pohjaa arvioinnille. Ratkaiseva merkitys on usein markkinoiden kehitysvaiheella. Tarkastelussa voidaan hyödyntää *Heussin* markkinoiden kehittymisen teoriaa. Heussin mukaan markkinoiden tyypillinen kehitys voidaan jakaa seuraaviin vaiheisiin: innovaatio, ekspansio, kypsyminen ja taantuminen.[441] Alalle tulo on todennäköisempää uusilla, dynaamisessa kehitysvaiheessa olevilla markkinoilla, joilla sillanpääasema on helpommin saavutettavissa ja kasvuodotukset korkeat. Sitä vastoin kypsillä tai taantuvilla markkinoilla tuotto-odotukset ovat yleensä vaatimattomampia. Markkinoiden ollessa kyllästetyt uuden kapasiteetin rakentaminen ei useinkaan ole mielekästä.

4.3 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Korkea hinnoittelu voi *indisoida* määräävää markkina-asemaa. Jos lähtökohtana on myös asiakkaan pyrkimys voiton maksimointiin, voidaan olettaa, ettei korkeaa hintaa maksettaisi ilman pakottavaa syytä. Etuna rakenteelliseen tarkasteluun on se, ettei määräävää markkina-asemaa tarvitse johtaa kiistellystä kausaalisuhteesta markkinarakenteen ja yrityksen riippumattoman aseman välillä. Pyrittäessä mittaamaan yrityksen markkinavoimaa hinnoittelun perusteella ongelmaksi näyttäisi muodostuvan implisiittinen oletus, että yritys pyrkii maksimoimaan lyhyellä aikavälillä hintansa.[442] Kilpailuetu ja sen ulosmittaaminen rahassa eivät ole sama asia. Toiseksi, yrityksen hinnoittelu muodostaa vain yhden relevanteista kilpailukeinoista. Muita ovat esimerkiksi yrityksen laatupolitiikka ja pyrkimys pitkäaikaisiin sopimuksiin. Ainakaan yhden yrityksen ta-

---

[441] Ks. esim. Berg (1995) s. 195–221. Ks. myös Heuss, Ernst (1965), Allgemeine Markttheorie, Tübingen.

[442] Yritysten voidaan sinänsä olettaa ainakin keskimäärin pyrkivän voittojensa maksimoimiseen. Kuitenkaan yrityksen ei tarvitse pyrkiä maksimoimaan hintojaan lyhyellä aikavälillä. Yritys ei nimittäin yleensä pyri maksimoimaan hintamarginaaliaan vaan ennemminkin sijoitetun pääoman tuottoa. Ensinnäkin maltillisempi hinnoittelustrategia voi palvella yrityksen pitkän aikavälin tavoitteita ja tuoda myöhemmin paremman lopputuloksen. Yrityksellä saattaa olla mahdollisuus periä korkeampia hintoja kuin mitä se strategisista syistä katsoo sillä hetkellä järkeväksi.

solla tarkasteltuna toteutunut hinnoittelu ei kerro välttämättä paljoakaan hinnoittelun syistä. Toteutunut hintamarginaali voi kuvata pikemminkin yksikön tehokkuutta tai tehottomuutta kuin markkinavoimaa tai sen puuttumista. Kilpailuoikeudellisesti ilmaisten ongelmaksi muodostuu hinnoittelun ja markkinavoiman välisen kausaalisuhteen hataruus.

Elzingan[443] mukaan kilpailupolitiikan tutkiminen on lisännyt taloustieteilijöiden kiinnostusta SCP-ajatteluun, koska rakenteellinen lähestymistapa on muodostanut ja edelleen muodostaa kilpailuoikeudessa vallitsevan paradigman. Tarve määritellä hyödykekohtaisesti ja maantieteellisesti relevantit markkinat on sittemmin kanonisoitu EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Kilpailuviranomaisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteava päätös, jossa markkinat jätettäisiin kokonaan määrittelemättä, tulisi ilmeisesti kumotuksi. Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentti huomioon ottaen markkinamäärittelyn laiminlyönti muodostaisi todennäköisesti päätöksen purkuperusteen. Yrityskauppavalvonta instrumenttina perustuu tarpeeseen turvata markkinarakenteen kilpailullisuuden säilyminen. Yrityskauppavalvontaa koskevan lain voimaansaattaminen merkitsee asiallisesti lainsäätäjän kannanottoa, että rakenteella on merkitystä ja että siihen kohdistuva valvonta on tärkeää. Yhdysvalloissa SCP-ajattelun 1930-luvulta alkanutta ja 1950-luvulla voimistunutta kehitystä on selitetty tarpeella luoda instrumentti voimassaolevan kilpailuoikeudellisen sääntelyn taloustieteelliseen tutkimiseen. Chicagolaiset ottivat maalikseen SCP-hypoteesin. Keskustelua käydään edelleen rakenteellisten selitysten todistusvoimasta. Kun hinnoittelun ja rakenteen tarkastelua täydennetään asiakaskohtaista riippuvuutta ja strategisia kilpailukeinoja koskevalla tarkastelulla, pyrkimys yhden selityksen tai mittaustavan etsimiseen käy ainakin käytännön kilpailupolitiikan näkökulmasta epämielekkääksi. Kuten edellä monopolin varjoa koskevassa jaksossa on todettu, markkinavoimaa ilmiönä tulee lähestyä erilaisista näkökulmista. Johdonmukainen, kaikki edellä mainitut aspektit sisältävä markkinateoria odottaa valitettavasti vielä kehittäjiään.

Riittävän korvaavuuden asteen määrittäminen lienee viime kädessä kilpailupoliittinen valintakysymys.[444] Kirjallisuudessa onkin katsottu, että ainakaan rajatapauksissa markkinamäärittelyä ei voida osoittaa tieteellisesti oikeaksi tai vääräksi, koska "oikean" ristijouston asteen määrittämistä voidaan harvoin pitää objektiivisesti yksiselitteisenä käsitteenä.[445] Kyse on paremminkin määrittelyn järkevyydestä kyseistä tarkoitusta varten ja siitä, kuinka johdonmukaisesti valittua linjaa noudatetaan. Markkinamäärittelyn ongelmia on omiaan lieventämään se, että samoihin valintakysymyksiin joudutaan palaamaan tarjonnan

---

[443] Ks. Elzinga, Kenneth G., (1989) Unmasking Monopoly: Four Types of Evidence.

[444] Tiedonannossa puhutaan 5–10 %:n hinnankorotuksesta. Sillä, valitaanko korotusprosentti asteikon ylä- vai alapäästä, voi olla ratkaiseva merkitys markkinamäärittelylle ja mahdollisesti koko tapauksen ratkaisemiselle.

[445] Ks. Kantzenbach/Kruger, WuW 1990 s. 472–481, s. 473 ss.; Herdzina (1999) s. 83.

korvaavuuden ja potentiaalisen kilpailun yhteydessä. *Markkinamäärittely muodostaa kilpailuoikeuden akilleen kantapään.* Tämän vuoksi tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty hakemaan täydentäviä lähestymistapoja, joilla kilpailuanalyysin luotettavuutta voidaan lisätä.

Lienee epätodennäköistä, että määräävää markkina-asemaa jatkossakaan voitaisiin todentaa minkään yksittäisen indeksin avulla.[446] Todennäköisesti parhain tulos saavutetaan soveltamalla suoria ja epäsuoria mittaamistapoja rinnakkain.[447] Kilpailuoikeudellisessa doktriinissa markkinoiden määrittelyä, määräävän aseman todentamista ja väitetyn väärinkäytön arviointia on syytä tarkastella erillisinä, tosiaan seuraavina kysymyksinä, joskin käytännössä työvaiheiden menemistä päällekkäin ei aina voida välttää. Vaiheittaista tarkastelua voidaan perustella paitsi vaatimuksella metodisesta selkeydestä, myös väärinkäytöstä epäillyn yrityksen oikeusturvalla. Jos tiettyä markkinakäyttäytymistä pidetään ensin osoituksena määräävästä asemasta ja myöhemmin väärinkäyttönä, kehäpäätelmän vaara on ilmeinen.[448] Tuomioistuimen näkökulmasta tarkastelun neutraalisuuden säilyttäminen edellyttää metodia, jossa määräävän markkina-aseman toteaminen ei ratkaise vielä sitä kysymystä, onko asemaa väärinkäytetty.[449]

Määräävän markkina-aseman mittaamiskeinojen osalta olennaista on, että kriteerit ovat mahdollisimman selkeitä ja todennettavissa olevia. Mikäli valinta tulee tehdä käytettävissä olevien vaihtoehtoisten metodien välillä, kilpailuoikeutta soveltavan lainkäyttöelimen näkökulmasta tarkasteltuna luotettavammalta vaihtoehdolta vaikuttaa markkinavoiman *epäsuora* määritteleminen ra-

---

[446] Fishwick (1993), Making Sense of Competition Policy, s. 68.

[447] Yleisellä tasolla on muistettava, ettei kilpailuoikeus ole matematiikkaa. Matemaattisen funktion vastaavuus todellisuuden kanssa edellyttää premissien korrektiutta. Ekonometristen välineiden hyödyntäminen saattaa pitää sisällään riskin siitä, että tuomioistuin kuvittelee löytävänsä ratkaisun esityksestä, joka itse asiassa sisältää vasta ongelman kuvauksen. Esimerkiksi relevantteja markkinoita koskevan määrittelyongelman kuvaaminen SSNIP-testin avulla ei ratkaise markkinamäärittelyä, mikäli on epäselvää mitä tuotteita tai millä alueella tarjottavia hyödykkeitä tulee ottaa vertailuun, jos vertailuaineisto on puutteellista tai riidanalaista.

[448] Jos esimerkiksi Lernerin indeksin arvoa 0,7 pidetään osoituksena määräävästä asemasta ja samaa arvoa myöhemmin väärinkäyttönä, määräävän aseman ja sen väärinkäytön välinen raja liukenee olemattomiin. Yrityksellä katsotaan olevan määräävä asema, koska se on ylihinnoitellut; koska se on ylihinnoitellut, on syyllistytty kiellettyyn monopolihinnoitteluun.

[449] Eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa määräävää markkina-asemaa ja sen väärinkäyttöä tulee käsitellä toisistaan erillään. Tämä johtuu siitä, ettei määräävä markkina-asema tai sen tavoittelu ole kiellettyä. Lähestymistapa eroaa periaatteellisesti amerikkalaisesta käytännöstä, jossa kielletyn monopolisoinnin tai sellaisen yrittämisen yhteydessä tulee tarkasteltavaksi se, onko monopolivoimaa saavutettu tai siihen pyritty tuomittavin kilpailukeinoin. Ainakin lain tasolla ero markkinavoiman ja sen väärinkäytön välillä on Euroopassa suurempi. Edellä oleva ei tarkoita, että väärinkäytöstä epäillyn yrityksen oikeusturva olisi Euroopassa lähtökohtaisesti tai käytännössä parempi, vaan sitä, että lainsäädännön erilainen rakenne vaikuttaa ainakin periaatteellisesti lähestymistapaan. Lienee suositeltavaa, että yrityksen käyttäytymiselle annetaan lähinnä indision arvo. Normaalista kilpailutilanteesta poikkeava markkinakäyttäytyminen voi olla peruste tarkemman tutkimuksen suorittamiselle.

kenteellisen tarkastelun avulla. Useamman vuoden ajan hallussa pidetty korkea markkinaosuus yhdessä todennettujen alallepääsyn esteiden kanssa indisoi määräävää markkina-asemaa. Asiakkaat eivät voi vapaasti vaihtaa toimittajaa, koska kilpailijoiden kapasiteetti ei riitä koko kysynnän tyydyttämiseen. Menetelmän heikkoutena on se, että se perustuu valintoja edellyttävään relevanttien markkinoiden määrittelyyn. Tutkimuksen tässä vaiheessa selkeimmältä lähtökohdalta vaikuttaa rakenteellinen tarkastelu. Tämä ei kuitenkaan yksinään riitä, vaan lisäksi määräävää asemaa on tarkasteltava hinnoittelun, kauppakumppaneiden riippuvuuden ja määräävää asemaa koskevan strategisen käyttäytymisen kannalta. Pääpaino on ensiksi mainitussa, mutta määräävä asema edellyttää tuekseen selvitystä myös muista. Tekijöiden painoarvo vaihtelee tapauskohtaisesti. Yksityiskohtaisempi yhteenveto on järkevää tehdä vasta tutkimuksen viimeisessä pääjaksossa sen jälkeen, kun ensiksi on tarkasteltu tutkimuksen lainopillisessa osassa, miten markkinavoimaa käytännössä mitataan EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa.

5. Kollektiivinen markkinavoima

Kun edellä on selvitelty eri puolilta yhden yrityksen markkinavoimaa, seuraavaksi keskitytään kollektiivisen markkinavoiman kuvaamiseen. Aihe on erityisen keskeinen kartellien ja yhteisen eli jaetun määräävän aseman torjumisen kannalta. Kollektiivisella markkinavoimalla tarkoitetaan sitä, että markkinavoimaa on yhdessä useammalla kuin yhdellä itsenäisellä yrityksellä. Ajatus ei ole uusi. Jo *Sir Thomas More* totesi vuonna 1516 julkaistussa kirjassaan *Utopia*, että hinnat eivät putoa kilpailulliselle tasolle yksistään sen johdosta, että markkinoilla toimii useampi kuin yksi myyjä.[450]

5.1 KOLLEKTIIVISEN MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYYN LIITTYVIEN ONGELMIEN KUVAUSTA

Yritykset voivat tehdä nimenomaista yhteistyötä esimerkiksi sopimalla tulevista hinnoista, markkinaosuuksista tai asiakkaiden allokoinnista yhteisissä kokouksissa. Tällöin puhutaan *nimenomaisesta kolluusiosta (explicit collusion)*. Kartellia vastaava tosiasiallinen tilanne saattaa kuitenkin syntyä siitä, että oligopolin jäsenet huomaavat olevansa riippuvaisia muiden yritysten käyttäytymisestä ja arvelevat, että kilpailullisen asenteen omaksumisesta aiheutuisi niille itselleen todennäköisesti kielteisiä vaikutuksia.[451] Aggressiivisesta hinta- tai muusta kilpailusta pitäytymisen arvioidaan pitkällä tähtäimellä turvaavan yritykselle paremman tuloksen. Kuluttajien kannalta seurauksena voi olla hinta-

[450] More (1516, 1997) s. 41 ss.

[451] Perinteisesti on katsottu, että rajanveto kielletyn ja sallitun markkinakäyttäytymisen välillä kulkee nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välillä. *Nimenomaisessa kolluusiossa* eli "kartellissa" yritykset turvautuvat sopimukseen, hintasuositukseen tai yhdenmukaistettuun toimenpiteeseen, esimerkiksi tietojenvaihtoon. Nimenomainen kolluusio edellyttää suoraa kontaktia yritysten välillä tai vähimmillään ainakin tulevan käyttäytymisen signalointia kilpailijoille. *Hiljaisessa kolluusiossa* eli "kilpailijoiden seuraamisessa" yritysten välillä ei ole mitään suoraa kontaktia tai tietojenvaihtoa, vaan käyttäytymisen yhdenmukaisuus perustuu läpinäkyviltä markkinoilta hankittuun tietoon ja toiminnan omaehtoiseen sopeuttamiseen kilpailijoiden reaktioihin. Yritykset esim. havaitsevat kokemuksen kautta, että hinnanalennusta seuraa kilpailijoiden vastareaktio, mutta että hintojen pitäminen ennallaan tai niiden korottaminen parantaa kaikkien tulosta. Nimenomainen kolluusio on kiellettyä, hiljainen ei. Ero perustuu siihen, että kartellissa yritykset ovat yhdenmukaistaneet toimintaansa, mutta hiljaisessa kolluusiossa toiminta on omaehtoista eikä perustu sopimukseen, tietojenvaihtoon tms. koordinaatioon. Ero johtuu kartellin taustalla perinteisesti olleesta sopimuskriteeristä. Lähestymistavan järkevyys voidaan kyseenalaistaa, jos voidaan osoittaa, että hiljaisesta kolluusiosta aiheutuu samanlaisia, joskaan ei ehkä yhtä voimakkaita haittavaikutuksia kuin nimenomaisesta kolluusiosta.

tason nousu. Yhdenmukainen toiminta voi syntyä markkinoilla sen johdosta, että yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa, esimerkiksi että kilpailijat reagoivat hinnanmuutoksiin tietyissä markkinatilanteissa aina saman matriisin mukaisesti.[452] Kansankielessä käytetään termiä *torikauppailmiö*. Yritykset tunnustelevat toistensa reaktioita ja oppivat tuntemaan toisensa. Asiakkailta ja julkisista lähteistä saatavaa markkinatietoa täydentävät yleensä henkilökohtaiset kilpailijakontaktit, joita syntyy esimerkiksi toimialajärjestöissä tehtävän edunvalvontayhteistyön puitteissa. Yritysten edustajat eivät kuitenkaan suoranaisesti keskustele tai sovi hinnoista keskenään, vaan koordinointi tapahtuu hienovaraisemmin, epäsuorasti, kokemukseen, päättelyyn ja välikäsiin perustuen. Kyse on *hiljaisesta kolluusiosta*, jos yritykset ilman nimenomaista yhteispeliin tähtäävää yhteydenottoa vuorovaikutteisin toimenpitein aikaansaavat markkinatilanteen, jossa yritykset käyttäytyvät yhdenmukaisesti.[453]

Kilpailijoiden *yhdenmukaistettuun* tai *yhdenmukaiseen* toimintaan perustuva markkinavoima eroaa yhden yrityksen markkinavoimasta siinä keskeisessä suhteessa, ettei taloudellista valtaa ole yhdellä yksiköllä vaan vallankäyttö edellyttää useamman toisistaan itsenäisen yrityksen yhdenmukaista käyttäytymistä. Markkinavoiman hyödyntäminen ja sen ylläpitäminen on vaaditun koordinaation asteen vuoksi vaativampaa ja ehkä todennäköisemmin rapautuvaa kuin siinä tilanteessa, että yksi yritys voi omin voimin toimia vastaavalla tavalla. Voidaan argumentoida sen puolesta, ettei kyse lainkaan ole markkinavoimasta vaan itse asiasta kilpailua rajoittavasta sopimuksesta.[454]

Kartellien mainitseminen markkinavoiman tarkastelun yhteydessä on kuitenkin ainakin kahdesta syystä perusteltua. Ensinnäkin kyse on perusluonteeltaan samasta markkinavoimasta, syntyi se sitten yhden yrityksen markkinoiden hallinnan tai kilpailijoiden yhteistyön seurauksena.[455] Toiseksi raja "yhden" ja

---

[452] Esimerkiksi jos A korottaa hintaa kysynnän hieman kasvaessa 5 %, yritykset B ja C seuraavat viikon sisällä samansuuruisella korotuksella, mutta D jää aluksi odottamaan tilanteen selkiämistä ja pienimpien yritysten reaktioita, mutta seuraa kuukauden sisällä perässä, jos korotus näyttää menevän läpi markkinoilla.

[453] Yritys A esimerkiksi päättelee, että hintojen alentaminen laukaisee kilpailijoiden samansuuruisen hinnanalennuksen, ja jättää toimenpiteen suorittamatta, koska näissä olosuhteissa hinnanalennus vain heikentäisi katetta ilman kompensoivaa asiakasmäärän lisääntymistä.

[454] Noudatettaessa kieltoperiaatetta kartellin kieltäminen ei perustu saavutetun markkinavoiman asteeseen vaan siihen, että yritykset toimivat tavalla, joka on laissa kielletty. Kieltonormin soveltamisala ei rajoitu haitallisena pidetyn markkinavoiman asteen saavuttamiseen, vaan kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy jo sopimuselementillä, vaikkei sopimus tai muu yhdenmukaistettu toiminta toisikaan osapuolille merkittävää markkinavoimaa. Poikkeuksen tästä periaatteesta muodostavat vain ne tilanteet, joissa sopimus jää niin sanotun de minimis -kynnyksen alapuolelle. Nykyään paljaat kartellit on niin EY:ssä kuin kotimaisessa lainsäädännössä jätetty de minimis -poikkeuksen ulkopuolelle.

[455] Kummassakin tapauksessa asiakkaiden valinnanvapauden rajoittuminen ja vaihtoehtojen puute mahdollistaa markkinavoiman hyödyntämisen esimerkiksi hintoja nostamalla. Asiakkaan kannalta ei liene yleensä ratkaisevaa, johtuuko kilpailullista tasoa korkeampi hinta määräävästä markkina-asemasta vai kartellista.

"monen" välillä on veteen piirretty viiva, jos kyseessä on institutionaalinen kartelli.[456] Mainitut esimerkit osoittavat, ettei ero kartellin ja yksipuolisen taloudellisen voiman hyödyntämisen välillä ole niin selkeä kuin pintapuolisesti tarkastellen saattaisi vaikuttaa. Sillan yksipuolisen markkinavoiman väärinkäytön ja kartellin välillä muodostaa yhteisen eli jaetun määräävän aseman käsite. Kolluusion käsite muodostaa yhteisen määräävän aseman konseptin ytimen. Hiljainen kolluusio on kartellin lähi-ilmiö ja perustuu pitkälti samanlaisten kolluusiota suosivien tekijöiden analyysiin.[457]

Kilpailuviranomaisten vaativaksi tehtäväksi muodostuu "hyvien" ja "pahojen" oligopolien erottaminen toisistaan. Lähtökohdaksi tulee ottaa se, että puuttuminen rajataan ainoastaan tiukkoihin oligopoleihin, joissa markkinat ovat erityisen keskittyneet. Tiukalle oligopolille ei liene yhtä vakiintunutta taloustieteellistä määritelmää. Rakenteellisesti tiukka oligopoli voitaneen määritellä siten, että sillä tarkoitetaan tilannetta, jossa markkinoilla toimii vain muutama (2–6) suurta yritystä, jotka yksinään hallitsevat ylivoimaista valtaosaa (80–100 %) kilpailuoikeudellisesti relevanteista hyödyke- ja alueellisista markkinoista. Tiettyä lukua oikeammalta vaikuttaa lähestymistapa, jossa oligopoli määritellään siihen kuuluvien yritysten välisen *reaktioyhteyden* perusteella. Oligopoliin kuuluvat ne yritykset, jotka voivat käyttäytymisellään vaikuttaa hintatasoon ja joiden käyttäytymisen muut johtavat yritykset ottavat huomioon päättäessään omasta strategiastaan. Oligopolistien lisäksi markkinoilla on yleensä pienempiä *yrityksiä (fringe firms)*, jotka eivät itse voi ohjata hintatasoa, mutta joilla voi kuitenkin olla merkitystä kilpailun toimivuuden kannalta.[458]

Oligopolistisen interdependenssin käytännön esiintyminen ja ongelmallisuus on kuitenkin kiisteltyä.[459] Yksittäisillä oligopolisteilla voi olla voimakas

---

[456] Esimerkiksi kiinteän toimialayhdistyksen tai linjakonferenssin puitteissa harjoitettua yhteistyötä on mahdollista arvioida joko kartellikiellon tai markkinavoiman väärinkäyttökiellon perusteella. Ensimmäisessä tilanteessa tarkastelussa päällimmäisenä on yhdistyksen jäsenten keskinäinen yhteistyö esimerkiksi sääntöjä vahvistettaessa ja toisessa yhdistystä tarkastellaan itsenäisenä taloudellisena yksikkönä.

[457] Yhteisen määräävän aseman käsite rikkoo erottelun monopoliteorian ja oligopoliteorian välillä. Yhden yrityksen määräävää asemaa voidaan tarkastella osamonopolina ja jaettua määräävää asemaa kolluusion muotona. Kilpailuteorian kannalta herää kysymys, onko jaetussa määräävässä asemassa ylipäätään kyse määräävästä asemasta, vaan ennemminkin kartellin lähi-ilmiöstä. Yhteisen määräävän aseman merkityksen lisääntyminen EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa on antanut aiheen lisätä tutkimuksen teoreettiseen osaan oligopoliteoriaa koskeva jakso.

[458] Voidaan esimerkiksi olettaa, että relevanteilla markkinoilla toimii yhteensä kymmenen yritystä. Neljällä suurimmalla yrityksellä on kullakin noin 20 %:n markkinaosuus. Kuudella pienemmällä yrityksellä on kullakin 3–4 %:n osuus. Tällöin oligopolin muodostavat neljä suurinta yritystä. Kuusi muuta ovat fringe-yrityksiä.

[459] Ottaen huomioon, että yritykset ovat toistensa kilpailijoita, ryhmävalta on yleensä yhden yrityksen valtaa dynaamisempi tilanne. Yhdelle yritykselle riittää, että ulkoa päin tuleva kilpailu saadaan torjutuksi. Ryhmävallan tilanteissa on pidettävä lisäksi huoli siitä, ettei kartellin osapuolten konsensus rakoile liiaksi. Usein kartelli kaatuu huijaukseen ja optimaalista toimintapolitiikkaa koskeviin sisäisiin erimielisyyksiin. Oligopolistit käyttäytyvät yhdessä monopolistin tavoin

insentiivi irtautua yhdenmukaisesta toiminnasta ja tavoitella suurempaa markkinaosuutta. Oligopolin dilemma piilee siinä, että varsin usein yhden etu eroaa yhteisestä edusta. Mikäli yhteistyö on saavuttanut nimenomaisen kartellin asteen, yritys voi pyrkiä myöntämään salaisia hinnanalennuksia. Yhtenäistä hinnoittelua voi seurata kiivas hintasodan jakso, joka myöhemmin taas latistuu rauhanomaiseksi hintojen korottelemiseksi.[460] Kartellit eivät suinkaan aina rapaudu. Aiempia deterministisiä teorioita on pyritty kehittämään dynaamisempaan suuntaan. Kartellikiellon valvomisessa suurin ongelma on näytön hankkiminen kielletystä yhteistoiminnasta. Euroopassa kilpailuviranomaisten mielenkiinto on viime vuosina suuntautunut *yhteisen eli jaetun määräävän aseman* konseptiin. Tällä tarkoitetaan ryhmävaltaa, jonka turvin markkinavoimaiset yritykset voivat toimia määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoin. Kirjallisuudessa yhdenmukaisesta käyttäytymisestä käytetään yhteisnimitystä *kolluusio*, joka terminä pitää sisällään sekä kielletyn yhteistyön (sopimus, muu välipuhe tai yhdenmukaistettu toiminta) että kartellikiellon ulkopuolelle jäävän kilpailijoiden seuraamisesta aiheutuvan yhdenmukaisen toiminnan.[461]

Seuraavassa käsitellään erikseen nimenomaista ja hiljaista kolluusiota. Kyse on samalla rajanvedosta kooperatiivisen ja ei-kooperatiivisen oligopoliteorian välillä. Kooperatiiviset teoriat käsittelevät tilanteita, joissa yritykset toimivat yhteistoiminnassa. Ei-kooperatiivisessa oligopoliteoriassa käsitellään sitä, mille tasolle hinnat asettuvat ja miten kilpailu toimii yritysten pyrkiessä kilpailemaan keskenään. Käytännössä ero kooperatiivisen ja ei-kooperatiivisen oligopoliteorian välillä on liukuva. Tietyillä markkinoilla samat yritykset voivat välillä toimia kooperatiivisesti, kun taas välillä kartellinomaisesta yhteistoiminnasta siirrytään hintasodan vaiheeseen. Oligopoliyritysten kohtaamia valintatilanteita on pyritty mallintamaan peliteorian avulla.[462]

5.2 KARTELLIT

Kiellettyjä kartellityyppejä ovat mm. hintakartellit, tuotannonrajoituskartellit, markkinoidenjakokartellit ja tietojenvaihtokartellit.[463] Kartelli voidaan rajoittaa koskemaan jotain kilpailuparametriä, esim. laatuluokitusta, asiakkaille myönnettäviä maksuehtoja tai investointeja uuteen tuotantokapasiteettiin. Paljaalle

---

ja aikaansaavat monopolin kaltaisia hyvinvointitappioita. Oligopoli on kuitenkin usein dynaaminen ja hauras asetelma. Vaikkakin keskimääräisesti mitaten kollusio on hyödyllistä kaikille markkinoilla toimiville yrityksille, ei se kovin todennäköisesti ole pitkäaikaista.

[460] Vuonna 1997 Saksan Bundeskartellamt antoi sakot kaapelikartellille, joka oli alunperin perustettu keisari Wilhelmin hallituskaudella vuonna 1903 ja toiminut tämän jälkeen yhtäjaksoisesti yli 90 vuoden ajan.

[461] Kysymykseen palataan myöhemmin yksityiskohtaisesti.

[462] Ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 121–122, 153–155, 186.

[463] Ks. tarkemmin esim. Cox (1981) s. 228–235; Arndt (1981) s. 65–68.

kartellille on tyypillistä, että kilpailevat yritykset kokoontuvat yhteen ja sopivat keskinäisen kilpailukäyttäytymisen koordinoimisesta tavalla, joka nostaa hintatasoa ilman, että toiminnasta seuraisi kuluttajille kompensoivia tehokkuushyötyjä. Tehokkaasti toimiva kartelli voi kontrolloida markkinoita yhtä tehokkaasti kuin määräävässä asemassa oleva yritys. Kartelleja pidetään nykyisin yleisesti vahingollisina, joskin niihin osalliset yritykset puolustautuvat esim. informaatiovajeiden paikkaamisella, suhdannevaihtelujen tasaamisella ja markkinoiden toimintaan liittyvän yllätyksellisyyden vähentämisellä.[464] Kaikki kartellit eivät kuitenkaan ole paljaita kilpailunrajoituksia. Esimerkiksi tutkimuksessa ja tuotekehityksessä tehtävällä yhteistyöllä voidaan nopeuttaa uusien, aikaisempia kehittyneempien hyödykkeiden saattamista markkinoille ja välttää päällekkäisestä kehitystyöstä aiheutuvia ylimääräisiä kustannuksia. Konkreettisia hyötyjä voidaan saavuttaa myös esim. teknisten normien ja standardien luomisessa tehtävällä yhteistyöllä. Vaikka kuluttajahinnat saattavat nousta, tästä aiheutuva tulonsiirto ja allokatiivinen tehokkuustappio saattaa korvautua dynaamisina tehokkuushyötyinä. Tuotekehitysyhteistyö voi vähentää yritysten välistä kilpailullisuutta siinä määrin, että yhteistyön kokonaissaldo yleisen edun kannalta tarkasteltuna jää selvästi negatiiviseksi. Tämä on todennäköisintä silloin, kun yhteistyötä tehdään kilpailijoiden välillä.[465]

5.2.1 Miksi kartelleihin puututaan kilpailulainsäädännöllä?

Kartelleihin puututaan niiden mahdollistaman markkinavoiman vuoksi.[466] Yritykset hankkivat sopimuksella tai yhdenmukaistetulla toimenpiteellä markkinavoimaa suhteessa asiakkaisiinsa. Kartellin tarkoituksena on nostaa toimialan ja yksittäisten yritysten voittoja. Ilman välipuhetta asiakas voisi reagoida hinnankorotukseen ostamalla saman hyödykkeen kilpailijalta. Kartellin seurauksena asiakkaan vaihtoehto poistuu kilpailijan sitoutuessa nimenomaisesti tai hiljaisesti toimimaan yhdenmukaisesti hintoja korottavan yrityksen kanssa.[467] Tarjonnan vähentyminen alentaa asiakkaiden kysynnän elastisuutta, mikä luo edellytykset kannattavalle hinnankorotukselle.[468] Kartellin toimivuus edellyttää,

---

[464] Ks. esim. Neven ym. (1998) s. 54–55.

[465] Ks. esim. Porter (2001 b).

[466] Saman on todennut myös Jens Fejö (1990) s. 122: "Price agreements and market sharing agreements make the *excercise of market power possible*. That is the reason why both the USA and EEC are hostile toward them". Kursivointi on alkuperäisessä tekstissä.

[467] Ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 122–124.

[468] Hintamarginaalia ei tarvitse välttämättä heti ulosmitata. Yrityksen pitkän tähtäimen intressissä on usein vaihtaa potentiaalista kilpailua lisäävät pikavoitot vakaampaan markkina-asemaan ja pyrkiä pitkän aikavälin kannattavuuden maksimoimiseen. Ulkoisten tekijöiden ohella hintatasoon vaikuttaa valinta lyhyen ja pitkän aikavälin tavoitteiden välillä. Menestyksekästä kartellia voidaan luonnehtia monopolistin lailla käyttäytyväksi kollektiiviksi.

että muut kartellin jäsenet pitäytyvät toimenpiteistä, jotka tekisivät markkinavoiman ulosmittaamisen mahdottomaksi. Kannattava hintojen ylöspäin vedättäminen edellyttää, että kartellin jäsenet pelaavat yhteen pussiin, ts. että ns. huijaaminen pysyy kohtuullisissa rajoissa ja että alallepääsyn esteet rajoittavat riittävästi potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa. Kartellilla yritykset saavuttavat edellä tutkimuksen teoreettisessa osassa tarkasteltua *hintavaltaa.*[469]

Kartellin yhteys markkinavoimaan jää usein huomiotta sen vuoksi, että lakiteknisesti kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy sopimuksella, yhteiselimen päätöksellä tai yhdenmukaistetulla toimenpiteellä. Toisin kuin määräävän aseman väärinkäytössä tai yrityskauppavalvonnassa tunnusmerkistön täyttyminen ei edellytä markkinavoimaa. Paljaat[470] hinta- ja markkinoidenjakokartellit ovat kiellettyjä riippumatta siitä, hallitsevatko kartellin jäsenet jo ennestään markkinoita tai tuoko sopimus niille tuollaisen taloudellisen valta-aseman.[471]

Kartellit voivat vaihdella institutionaalisesta, tarkasti säännellystä yhteistyöstä löyhiin yhteenliittymiin. Useimmiten välipuhe koskee hintaa, muita toimitusehtoja, tuotantomääriä tai markkinointialueita. Yhteistyö voi perustua sopimukseen, yhdistyksen tai muun oikeushenkilön päätökseen tai yhdenmukaistettuun toimintaan. Kollektiiviselle markkinakäyttäytymiselle on ominaista se, että yritykset pitäytyvät keskinäisestä kilpailusta yhteisellä välipuheella. Yritykset eivät kilpaile asiakkaista, vaan asiakkaita vastaan. Markkinoiden itseohjautuvuus häiriintyy ja kuluttajien valinnanmahdollisuudet rajoittuvat. Kartellin seurauksena kuluttaja joutuu todennäköisesti maksamaan hyödykkeestä korkeamman hinnan kuin hintakilpailun vallitessa. Koska elinkeinonharjoittajien kustannukset ovat erilaiset ja yhteistyön piirissä perittävät hinnat määräytyvät tavallisesti korkeimmin kustannuksin toimivan yrityksen mukaan, joillekin elinkeinonharjoittajille saattaa syntyä kohtuuttoman korkeita voittoja. Tällaisilla yrityksillä olisi mahdollisuus myydä halvemmalla, mutta hintakartellin johdosta ne eivät sitä tee. Samalla hintakilpailun puute vähentää tarvetta toiminnan

---

[469] Edellä todettu voi tuntua itseltään selvältä mutta ei sitä välttämättä ole. Kartellin ilmeistä yhteyttä markkinavoiman käsitteeseen osoittaa jo se, että markkinavoiman ulosmittaamisen edellytykset ovat kartellissa kutakuinkin samat kuin määräävän aseman väärinkäytössä ja yrityskauppavalvonnassa.

[470] Paljaiden kartellien ainoana tarkoituksena tai vaikutuksena on tuotannon rajoittaminen ja hintojen nostattaminen. Paljaat kartellit ovat per se kiellettyjä, kun taas esim. kilpailijoiden tutkimusyhteistyön yhteydessä sovitut kilpailunrajoitukset vaativat nyansoidumpaa tarkastelua. Muiden kuin paljaiden kilpailunrajoitusten tarkastelu edellyttää hyötyjen ja haittojen punnintaa keskenään. Ks. OECD 1999 ja Griffin, An Inside View of Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels, kirjassa Fighting Cartels (2001) s. 29–56.

[471] Kartellin kiellettävyys ei myöskään edellytä onnistumista eli sitä, että hinnat tai voitot nousevat. Kartellin tunnusmerkistö täyttyy kollektiivisella yhteispelillä. Erikseen huomiota ei kiinnitetä siihen, että kartellin seurauksena siihen osalliset saavuttavat yhteistä markkinavoimaa eikä siihen, että päämääränä on markkinavoiman ulosmittaaminen kohtuuttoman korkean (kartelli)hinnoittelun avulla. Viimeksi mainitut tekijät nousevat tarkastelun kohteiksi vasta poikkeuslupaharkinnassa niiden sopimusten osalta, joille poikkeusluvan myöntäminen voi tulla kysymykseen.

tehostamiseen. Tämä heikentää myös kansantalouden tehokkuutta.[472] Kartellien taustalla olevat syyt ovat inhimillisesti ymmärrettäviä, pyrkimys lisätä omaa hyötyä ja pyrkimys torjua markkinakilpailuun liittyviä epävarmuustilanteita. Kysymys voi olla monopolivoittojen tavoittelusta tai uhkaavien tappioiden torjumisesta tai minimoimisesta, jolloin kyse voi olla ns. kriisikartellista.[473]

Paljaiden horisontaalisten kartellien vahingollisuus hyväksytään nykyään lähes yleismaailmallisesti. Kilpailulainsäädäntöä lienee tällä hetkellä noin 90 maassa. Määrä lisääntyy vauhdilla. Kartelleihin suhtaudutaan voittopuolisen kielteisesti. Valtaosassa näitä maita, Suomi mukaan lukien, kartellit kieltävä lainsäädäntö otettiin käyttöön vasta 1990-luvulla. Keskeisenä syynä kieltolainsäädännön yleistymiseen lienee vahvistuva kansainvälinen konsensus siitä, että kartellien taloudelliset haitat ovat selkeitä ja merkittäviä.[474] OECD:n vuoden 2000 hardcore-kartelleja koskevassa selvityksessä hintakartellien arveltiin keskimääräisesti nostavan hintatasoa noin 10 % ja voivan alentaa tuotantomääriä noin 20 %.[475] Eräissä viime vuosina paljastuneissa kartelleissa kartellin jäsenet onnistuivat aikaansaamaan 20–30 %:n, ajoittain jopa 50 %:n hinnannousun.[476]

---

[472] Kartellien haittavaikutuksia yleiseltä kannalta käsitellään esim. vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä. Ks. HE 162/1991 vp. s. 9 ss. Ks. kirjallisuuden osalta esim. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 170–172; Carlton/Perloff (2000) s. 145–148; Hovenkamp (1999) s. 163–164. Markkinavoiman haittavaikutuksia käsitellään jäljempänä yksityiskohtaisesti omassa luvussa. Periaatteessa kartellista ja yhden yrityksen monopolinluonteisesta asemasta voi aiheutua varsin samansuuntaisia tehokkuustappiota.

[473] Viime vuosisadan alun saksalaisessa kirjallisuudessa myönteistä suhtautumista kartelleihin perusteltiin tarpeella tasoittaa suhdannevaihtelujen syvyyttä. (Kleinwächterin kuuluisan toteamuksen mukaan kartellit ovat hädän lapsia. "Kartelle sind Kinder der Not". Kleinwächter, Die Kartelle, Insbruck 1883, s. 148. Siteerattu esim. Cox (1981) s. 238; Piotrowski (1933) s. 12, 20.) EY:ssä on hyväksytty muutamia niin sanottuja kriisikartelleja, joilla yritykset sopeuttavat tuotantoaan lama-ajan vaatimuksiin. Viimeksi mainitut ratkaisut ovat ehkä selvimmin edustaneet sellaista kilpailuoikeudellista lähestymistapaa, jossa päätösharkintaan vaikuttavat kilpailupoliittisten tekijöiden ohella laajemmat yhteiskuntapoliittiset, työllisyys-, suhdanne- ja elinkeinopolitiikkaan vaikuttavat näkökohdat.

[474] Ks. esim. Utton (1995) s. 144: "Why is there a near-unaniminity of approach to collusion while for single-firm dominance or merger policies are much more varied? A large part of the answer is that the economic analysis of overt collusion gives much more unevoical results than it does, say, for horizontal mergers where [...] complicated trade-offs may be involved."

[475] OECD, Hard Core Cartels (2000) s. 9.

[476] Viittaan tältä osin Yhdysvalloissa ja EU:ssa paljastuneisiin sitruunahappo-, grafiitti-elektrodi-, vitamiini- ja lysiinikartelleihin. Kyseisten kartellien toiminta on saatu dokumentoiduksi poikkeuksellisen hyvin paitsi asiakirjoin, myös kartellikokouksista valmistetuin kuva- ja ääninauhoin. Kartellien dokumentointia ovat edesauttaneet amerikkalaisen liittovaltion poliisin FBI:n eurooppalaisia virkaveljiään tehokkaammat tutkimusmenetelmät – mukaan lukien salaiset kamerat, kuunteluvälineet ja amnestiaohjelman avulla "käännytetyt" sisäpiirin syväkurkut. Ks. OECD, Hard Core Cartels s. 5, 13, 16, 24; Griffin s. 35–54. EY:n osalta kartellitutkimuksissa on havaittavissa trendi, jossa EY:n komissio enenevässä määrin tukeutuu amerikkalaisten kollegojen keräämään materiaaliin omissa selvityksissään. Alaviitteessä mainittujen kartellien osalta päätökset saatiin ensin Yhdysvalloista ja vasta myöhemmin EU:ssa. Tämä johtuu osittain siitä, että EY:n kilpailuviranomainen DG Comp. (ent. IV) joutuu odottamaan amerikkalaisen aineiston tuloa julkiseksi tuomioistuinkäsittelyn myötä.

Viime vuosien näyttävimmät tapaukset antavat viitteitä siitä, että kansainvälisille kartelleille on tyypillistä pyrkimys maailmanlaajuiseen hintojen hallintaan.[477] Kartellin voitollisuus siihen osallisten yritysten kannalta ei välttämättä ole läheskään yhtä suuri, sillä osa hyödyistä valuu kartellin aiheuttamiin hallinto- ja muihin kustannuksiin. Tyypillisesti kartelli heikentää pitkällä aikavälillä siihen osallisten yritysten kilpailukykyä, koska yritysten ei tarvitse tai ne eivät voi tehostaa tuotantomenetelmiään optimaalisella tavalla.

Hintojen nostattaminen edellyttää hintakuria tukevia ja valvovia toimenpiteitä. Mainituissa tapauksissa markkinoiden ohjaus näyttää onnistuneen hintojen sääntelyyn yhdistettyjen markkinoiden jakamisen, asiakkaiden allokoinnin ja markkinaosuuksia jälkikäteen tasaavien kiintiöjärjestelmien avulla.[478] Maapalloistumisen mukanaan tuoma lisääntyvä kilpailu ei siten poista kartelliongelmaa. Ongelma vain levittyy alueellisesti aikaisempaa laajemmalle tasolle. Kilpailupoliittisesti tuomitseva suhtautuminen kartelleihin[479] ei myöskään jää riippuvaiseksi kilpailulainsäädännölle asetettavista tavoitteista, sillä kartellit toimivat käytännössä vastoin kaikkia tunnettuja tavoitevalikoimia. Tyypillisesti kartelli

1) vähentää taloudellista tehokkuutta, sillä ylikorkea kartellihinta aiheuttaa allokatiivisen tehokkuustappion eikä salli yrityskohtaisten tehokkuusetujen esille pääsyä;
2) vahingoittaa kuluttajia aiheuttaessaan ansaitsemattoman tulonsiirron asiakkailta kartellin jäsenille;
3) rajoittaa asiakkaiden ja kartellin jäsenten taloudellista toimintavapautta;
4) muodostaa suoritusnormista poikkeavan epäterveen toimintatavan;
5) ääritilanteissa johtaa valtakeskittymiin.

Tässä tutkimuksessa omaksutun eklektisen lähestymistavan perusteella kaikki edellä esitetyt näkökohdat ovat merkityksellisiä. Kaikilla mainituilla perusteilla on ollut ainakin välillistä merkitystä sekä EY:n että Suomen kilpailuoikeudessa. Kilpailunrajoituslain esitöissä on viitattu neljään ensiksi mainittuun näkökohtaan. Myös oikeuskäytännössä huomiota on kiinnitetty kohtiin 1–4. Valtakeskittymien torjuminen on noussut esille lähinnä oikeuskirjallisuudessa. Kun kyse on metatavoitteesta, ei sillä ole edellä mainittujen kaltaista merkitystä lakia sovellettaessa. Kilpailulainsäädännön täysimääräisen merkityksen ymmärtäminen edellyttää kuitenkin mainitun metatavoitteen mainitsemista. Markkinataloudessa kilpailu on paitsi oikeus, myös velvollisuus. Kilpailua tulee

---

[477] Ks. Griffin (2001) s. 46 ss.
[478] Griffin (2001) s. 48–51.
[479] Kartellien haittavaikutuksia yleiseltä kannalta käsitellään esim. vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä. Ks. HE 162/1991 vp. s. 9 ss. Ks. kirjallisuuden osalta esim. Carlton/Perloff (2000) s. 145–148; Hovenkamp (1999) s. 163–164. Periaatteessa kartellista ja yhden yrityksen monopolinluonteisesta asemasta voi aiheutua varsin samansuuntaisia tehokkuustappiota.

käydä asiakkaista, ei asiakkaita vastaan. Elinkeinonharjoittajille on asetettu seuraamuksen uhalla oikeudellinen velvollisuus pidättäytyä kilpailukäyttäytymisensä koordinoinnista samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien kilpailevien yritysten kanssa.

Seuraavassa käsitellään niin sanottuja *paljaita* kartelleja. Poikkeusluvan edellytykset täyttävään horisontaaliseen yhteistyöhön palataan tutkimuksen lainopillisessa osassa. Paljaille kartelleille on tyypillistä, että

1. sopimuksen tai muun järjestelyn todellisena tarkoituksena on rajoittaa tuotantoa ja nostaa hyödykkeiden hintoja kuluttajien vahingoksi;
2. sopimukseen ei liity merkittäviä tehokkuushyötyjä, tai mikäli hyötyjä esiintyy, haitat ovat selkeästi hyötyjä suuremmat;
3. menettely täyttää kartellikiellon tunnusmerkistön eikä sopimuksen voida realistisesti odottaa täyttävän poikkeusluvan edellytyksiä;
4. menettely on huomattavan seuraamusmaksun ja siviilioikeudellisten sanktioiden uhkaamaa;
5. kohdista 3. ja 4. johtuen kartelliin osallisilla yrityksillä on intressi pyrkiä pitämään kartelli salassa;
6. kilpailuviranomaisilla on intressi pyrkiä paljastamaan kartelli, mutta menettelyn ei-julkisuudesta johtuen tämä edellyttää oma-aloitteisia tutkimuksia tai joltain kartellin jäseneltä saatavaa sisäpiirin tietoa.

5.2.2 Kartellin pitkäikäisyyden ja markkinavoiman edellytykset

Kartelli suojaa tehottomien yritysten säilymistä markkinoilla. Toisin kuin yrityskaupassa, kartelli ei kuitenkaan poista yritysten välistä rivaliteettia. Kartelliyritykset säilyvät toistensa kilpailijoina ja ajavat viime kädessä pelkästään omia etujaan. Kartelli pitää siten sisällään tuhon siemenen. Ajoittaiset hintasodat voivat viitata pikemminkin kartellin olemassaoloon, kuin sellaisen puuttumiseen. Mitä suuremmat erot yritysten rajakustannuksissa on, sitä epästabiilimpi kartelli yleensä on. Jossain vaiheessa intressit käyvät siinä määrin ristiin, että kartelli hajoaa.[480] Näyttäisi siis siltä, että kartelli hajoaisi vääjäämättä omaan mahdottomuuteensa. Mikäli kyse on yhteiskunnallisen päätöksenteon kannalta marginaaliongelmasta, resursseja ei kannata uhrata laajan selvityskoneiston luomiseen. Vaarana voi olla myös se, että kilpailuviranomaiset erehtyvät pitämään normaalia oligopolista reaktiosidonnaisuutta yhdenmukaistettuna toimintana.

---

[480] Kartellien vakaus vaihtelee huomattavasti. Kartellit ovat vakaampia olosuhteissa, joissa ne eivät ole lailla kiellettyjä. Eräässä tutkimuksessa lain salliminen kartellien osalta päädyttiin johtopäätökseen, jonka mukaan neljäsosa immuniteetista nauttivista kartelleista toimi yli viisitoista vuotta Ks. Dick (1996). Kartellikielto vähentää vakautta, koska toiminnan täytyy uhkaavan seuraamusmaksun vuoksi tapahtua salassa ja koska kartellia koskevat "sopimusvelvoitteet" eivät ole täytäntöönpanokelpoisia.

Kartellia uhkaavat sisäisten ristiriitojen uhalla myös ulkoiset paineet. Hintojen pysyminen kilpailullisen tason yläpuolella edellyttää alallepääsyn esteitä, jotka rajoittavat potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa. Muussa tapauksessa markkinat korjaavat itse tilanteen, kun ylisuuret voitot tuovat uusia yrittäjiä alalle. Pitkällä tähtäimellä dynaamisesti toimivat markkinat korjaavat itse suuren osan lyhyen aikavälin kilpailuongelmista. Kartellin kustannusten tulee olla alhaisia odotettuihin hyötyihin nähden. Hyötyjen tulee myös kompensoida kiinnijäämisestä aiheutuvan seuraamusmaksu- ja muut kustannukset.[481] Kiinnijäämisen riski muodostuu sitä suuremmaksi, mitä enemmän paperisotaa kartellin pyörittäminen edellyttää. Tämä taas riippuu osallisten yritysten lukumäärästä ja siitä, kuinka paljon yritysten tarjoamat hyödykkeet ja kustannukset poikkeavat toisistaan.

Kartellin menestyksellinen toteuttaminen edellyttää suhteellisen keskittynyttä markkinarakennetta. Tyypillisesti kartelli syntyy oligopolissa. Mitä enemmän alalla toimivia yrityksiä on, sitä vaikeammaksi yhteisymmärryksen löytäminen ja sen ylläpitäminen käy. Menestyksellinen hintojen nostattaminen yli kilpailullisen tason edellyttää yleensä tuotantomääristä tai markkinointialueista sopimista. Kartellilla tulee olla käytössään keinot, joilla välipuheen rikkominen sanktioidaan ja kartellin ulkopuolisia yrityksiä disipilinoidaan (sisäinen ja ulkoinen kartellipakko). Kartelliteoriassa on osoitettu lukuisia tekijöitä, joiden on voitu todeta lisäävän kartellisoitumisen riskiä.[482] *Cox* ryhmittelee kartellin kestävyyteen ja markkinavoimaan vaikuttavat tekijät[483] seuraavasti:

1) *Kartellihyödykettä koskevat tekijät*: hyödykkeen homogeenisuus/heterogeenisuus, hyödykkeen korvattavuus ja kysyntäjousto.
2) *Kartellin jäseniä koskevat tekijät*: kartellin jäsenten lukumäärä, yritysrakenteen samanlaisuus, tuotanto-ohjelman samanlaisuus, juridinen muoto, tuotannon pääomaintensiivisyys, toimipaikan olosuhteet, keskinäinen solidaarisuus.
3) *Kartellimarkkinoita koskevat tekijät*: kartellin jäsenten saavuttaman markkinaosuuden korkeus, markkinoilletulon mahdollisuus, saatavuusongelmat.
4) *Markkinoiden vastapuolta koskevat tekijät*: sopimuskumppaneiden rakenne, sopimuskumppaneiden omavaraisuuden aste, jakeluteiden rakenne.

5.2.2.1 Kartellihyödyke

Hyödykkeen samanlaisuus helpottaa kartellista sopimista. Tämä johtuu siitä, että homogeenisten hyödykkeiden osalta yritysten on helpompi päästä sopimukseen kartellihinnasta. Toisaalta myös kartellin hyödyt ovat sikäli suurem-

[481] Näin esim. Utton s. 149; Stigler (1964) s. 44–61.
[482] Ks. lähemmin esim. Cox (1981), kirjassa Cox/Jens/Markert (1981) s. 225–269.
[483] Ks. Cox (1981) s. 236.

mat, että hintayhteistyö vaikuttaa välittömästi oman tuotteen hintaan vähentämällä samanlaisten hyödykkeiden taholta tulevaa kilpailua.[484] Empiirisesti tätä nyrkkisääntöä näyttäisi tukevan se, että samanlaiset hyödykkeet – esim. öljy, bensiini, tupakka, asfaltti, selluloosa, paperi, vitamiinit, sokeri, metalliteollisuuden perustuotteet, väriaineet, kemikaalit, raaka-aineet ja komponentit – ovat aloja, joilla kartelleja erityisesti on löydetty. Heterogeenisten hyödykkeiden valmistajien on vaikeampi sopia kartellihinnasta, minkä ohella niillä on jo tuotedifferoinnin perusteella jonkin verran markkinavoimaa jo omasta takaa. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö kartelli olisi mahdollinen myös heterogeenisten hyödykkeiden osalta. Mikäli hinnasta ei voida sopia, voidaan soveltaa asiakkaiden tai markkina-alueiden jakoa. Edellytyksenä tällöin kuitenkin on, että yrityksillä on tarpeeksi markkinavoimaa kotikentällä aseman puolustamiseen ulkopuolisia yrityksiä vastaan.

Kartellihinnan periminen edellyttää, että asiakas suostuu/joutuu sen maksamaan. Mikäli asiakas voi turvautua korvaaviin hyödykkeisiin, hintojen nostaminen tuotantoa rajoittamalla ei onnistu. Kysynnän epäelastisuus helpottaa kartellihinnan läpiviemistä markkinoilla, koska asiakkailta puuttuvat korvaavat vaihtoehdot. Kysynnän elastisuus osoittaa joko sitä, ettei kartellilla ole takanaan riittävästi markkinavoimaa, tai sitä, että hinnat on jo nostettu kipupisteen tasolle, jolloin asiakasmenetykset alkavat ylittää suuremmasta katteesta saatavan hyödyn. Kartellin on kyettävä kontrolloimaan markkinoita. Kartelli, johon osalliset yritykset kontrolloivat esim. 40 % tarjonnasta, on tuskin menestyksellinen. Jos osuus on esim. 95 %, tilanne on toinen. Ideaalissa kartellissa on vähän jäseniä, yritysten kustannusrakenne ja tuotanto-ohjelma on samanlaisia. Mitä enemmän kartellissa on jäseniä, sitä todennäköisemmin siihen kuuluu erilaisia yrityksiä, joiden tavoitteet eivät ole samanlaisia.

Kartellimekanismi toimii siten, että tietyn suuruisesta tuotannon rajoittamisesta aiheutuu tietyn suuruinen hintatason nousu. Kartelli rajoittaa tuotantoa aina siihen asti, kunnes myyntikatteen nousu optimaalisesti kompensoi myynnin määrän pudotusta. Kartelli ei kuitenkaan pysty optimoimaan tuotantomääräänsä yhtä hyvin kuin monopoliyritys.[485] Optimaalisimmillaan kartelli asettaa yleensä hintansa siten, että jäsenten yhteenlaskettu rajahyöty vastaa rajakustannuksia. Jos kartelli päättää lisätä tuotantoa, rajahyöty tippuu koko tuotannon

---

[484] Ks. esim. Cox (1981) s. 236.

[485] Oletetaan että monopoliyrityksellä on viisi tehdasta, jotka tuottavat yhtä paljon hyödykkeitä. Jos esim. laskusuhdanne edellyttäisi 20 %:n tuotannonalennusta, monopoliyritys voi sulkea kustannusrakenteeltaan epäedullisimman tehtaan. Sen sijaan kartelli joutuu sopimaan tuotannonrajoituksesta vaivalloisissa neuvotteluissa, joiden lopputulos mitä todennäköisemmin on monopolitilannetta epäedullisempi. Tunnetaan toisaalta esimerkkejä, joissa kartellin jäsenet ovat ostaneet ja myyneet tuotanto-osuuksia keskenään. Mahdollista on myös tehottomimman jäsenen ostaminen pysyvästi pois markkinoilta. Kauppoihin liittyy kuitenkin keskinäisiä luottamusongelmia. Tarjouskartellissa kartellin jäsenet voivat järjestää keskenään salaisia kilpailuja siitä, kuka urakan saa.

osalta. Kartelli joutuu kantamaan sisäisestä tehottomuudestaan aiheutuvat kustannukset ja yrittää siirtää ne kuluttajille. Ulkoisen kartellipakon ohella täytyy turvata sisäinen kartellipakko eli se, etteivät yksittäiset kartellin jäsenet poikkea sovituista ehdoista.

Menestyksekkään kartellin tulee ensinnäkin päästä sopimukseen niistä kilpailun parametreista, esim. hinnasta, joiden osalta keskinäistä kilpailua on tarkoitus rajoittaa. Kartellin jäsenten kustannusrakenteen yhteneväisyys helpottaa yhteisymmärrykseen pääsemistä. Toisekseen kartelliin tulee kuulua niin suuri osa jäsenistä, että hinnankorotus pystytään toteuttamaan markkinoilla. Kolmanneksi uusi hintataso tulee kyetä vakiinnuttamaan. Tämä edellyttää kartellin ulkoisen kilpailun torjumisen ohella ennen muuta sitä, että kartellin jäsenten pitäytyminen sopimuksissa kyetään varmistamaan. Informaation ollessa epätäydellistä viimeinen edellytys on käytännössä vaikein. Voimakkaat kausivaihtelut vaikeuttavat kartellihinnan ylläpitoa, mutta toisaalta kriisiajat yhdistettyinä suhteellisesti korkeisiin kiinteisiin kustannuksiin voivat johtaa eloonjäämiskartelleihin. Tilausten tasaisuus ja samanlaisuus helpottaa kartellin ylläpitoa. Mikäli tilaukset tippuvat yrityksille suurissa erissä ja harvoin, yhteisen näkemyksen ylläpitäminen on vaikeampaa. Alallepääsyn esteet turvaavat sen, etteivät uudet yrittäjät tule markkinoille siinä vaiheessa, kun hintoja nostetaan.[486]

5.2.2.2 Yritysten lukumäärän merkitys kartellin toimivuudelle

Yhteistyö on sitä helpompaa, mitä vähemmän yrityksiä siihen tarvitaan ja sitä vaikeampaa, mitä enemmän markkinoilla toimii korvaavia hyödykkeitä valmistavia yrityksiä. Mitä samanlaisempi myytävä hyödyke on, sitä helpompaa kolluusio yleensä on, koska sovittavien asioiden määrä vähenee. Yleisellä tasolla kartellin syntyminen ja varsinkin sen pystyssä pysyminen on sitä todennäköisempää, mitä vähemmän siihen tarvitaan jäseniä.

Kahden tai neljän yhtiön sopupeli onnistuu keskimäärin helpommin kuin kuuden tai kymmenen yrittäjän konsensuksen haku. Juuri tästä syystä markkinoiden keskittyminen lisää kolluusion riskiä. *Phlips* (1995) pitää kuutta yritystä kriittisenä rajana.[487] Phlipsin mukaan kartellin toimivuuden kannalta "neljä on vähän ja kuusi paljon". Phlips tarkastelee kolmea kysymystä, joita yritys tarkastelee miettiessään toimintalinjaansa: 1. kartelliin liittyminen, 2. tuotantokiin-

---

[486] Ks. esim. Dick (1998) s. 208–209.

[487] Ks. Phlips (1995), s. 23–38. Oligopolistisen interdependenssin vaaroihin jo 1980-luvun alussa huomiota kiinnittänyt F.M. Scherer on suhtautunut varsin epäilevästi mahdollisuuksiin ennakoida kolluusion esiintymistä peliteorian avulla. Tässä tutkimuksessa katsotaan, että kilpailuoikeudellisen lainkäytön näkökulmasta peliteorian arvo on ennemminkin oligopolistien käyttäytymisen selittämisessä kuin sen arvioimisessa, mistä alkaen kilpailupolitiikan tulisi asiasta kiinnostua.

tiöistä sopiminen ja 3. omien tuotantopäätösten tekeminen. Kartelliin liittymistä koskevien kiihokkeiden ohella tarkastellaan sitä, kuinka helppoa tai vaikeaa sopimukseen pääseminen on. Viimeisenä kysymyksenä tarkastellaan sitä, kannattaako yksittäisen yrityksen pysyä sovituissa kiintiöissä vai ei. Matemaattisen mallintamisen avulla päädytään siihen, että jos yrityksiä on vähemmän kuin viisi, kaikkien kannalta on edullista pysyä kartellisopimuksessa, sillä strategia turvaa kaikille monopolihinnan. Sen sijaan, mikäli kartellissa on enemmän kuin viisi jäsentä, yksittäiselle kartellin jäsenelle on todennäköisemmin edullisempaa pysytellä kartellin ulkopuolella kuin osallistua siihen. *Phlips* katsoo voivansa vahvistaa *Seltenin* (1973) aiemman johtopäätöksen, jonka mukaan yritysten kustannuksia koskevan informaation ollessa epätäydellistä monopolihinta voidaan saavuttaa vain, jos kartellissa on korkeintaan viisi jäsentä.[488] Näin aiempaa johtopäätöstä, jonka perusteella markkinoiden keskittyminen lisää kartellisoitumisen riskiä, voitaisiin tarkentaa.

Johtopäätös vaikuttaa sikäli oudolta, että mahdollisuus täyden monopolihinnan saavuttamiseen on joka tapauksessa vain harvoin saavutettavissa oleva "ideaali". Ratkaisevaa kartellien jäsenten kannalta ei ole monopolihinnan saavuttaminen, vaan se, että yrityksen tuloksen arvioidaan muodostuvan kartellin avulla paremmaksi kuin ilman kartellia. Yleensä elinkeinotoiminnassa tavoitellaan vallitsevissa olosuhteissa saavutettavissa olevaa optimaalista tulosta eikä jotain teoreettista maksimia. Voittojen kasvattamisen ohella kartellin vaikuttimena on kilpailijoiden taholta tulevan riskin minimoiminen.

Myös johtopäätös viiden yritysten rajasta vaikuttaa pelkästään peliteoriankin valossa ongelmalliselta. Samaisen peliteorian perusteella on esitetty, ettei kartelliyritysten lukumäärä ole merkittävä tekijä, vaan että paljon tärkeämpää on se, kuinka nopeasti kartellin jäsenet pystyvät havaitsemaan jonkun jäsenen sopimuksen vastaisen toiminnan ja reagoimaan siihen tehokkain ja uskottavilta vaikuttavin sanktioin. Esimerkiksi *Shapiro* katsoo, että yritysten lukumäärä ei olisi peliteorian valossa lainkaan merkittävä tekijä.[489] Ero Phlipsin ja Shapiron

---

[488] Phlips s. 24, 66. Seltenin (1973) esittämän nyrkkisäännön mukaan jos markkinoilla toimii vähemmän kuin viisi yritystä, kaikkien kannalta on kannattavaa ryhtyä kolluusioon, mutta jos markkinoilla toimii yli viisi yritystä, kartelli ei enää houkuttele lisää yrityksiä "osakkaiksi". Dickin (1998) mukaan kartelliyritysten määrä vaikuttaa monella tapaa kartellin elinkelpoisuuteen, koska ensinnäkin yritysten määrän vähetessä jokaisen taloudellinen panos olla rikkomatta kartellia lisääntyy, toiseksi yritysten toimenpiteiden reaktiosidonnaisuus on voimakkaampaa, mikä lisää uskollisuutta, ja kolmanneksi päätäntä- ja valvontakustannukset ovat pienemmät yritysten määrän ollessa vähäisemmät, mikä lisää kartellin taloudellista kannattavuutta. Ks. Dick (1998) s. 208.

[489] Ks. Shapiro (1989) s. 364: "The feasebility of tacit collusion when detection lags are short is rather sobering for those who would conclude on theoretical grounds that oligopolistic behaviour tends to be quite competitive. After all, supergame theory tells us that the fully collusive outcome is an equilibrium, quite independently of demand conditions or the number of oligopolists, so long as firms can rapidly detect and respond to cheating on the tacitly collusive scheme."

välillä selittyy osittain, joskaan ei riittävästi, erilaisella oletuksella informaation saatavuudesta. *Church ja Ware* käsittelevät asiaa edellä mainittuja kirjoittajia varovaisemmin ja monipuolisemmin yhdistelemällä peliteoriaa aikaisempiin toimialan taloustieteen tutkimustuloksiin. *Church* ja *Ware* mainitsevat yritysten lukumäärän vain tekijänä, joka vaikuttaa kartellisoitumisen riskiin toimialalla.[490]

Kotimaisessa kirjallisuudessa *P. Virtanen* on esittänyt *Phlipsiin* tukeutuen, että peliteorian näkökulmasta kartellien torjuminen voitaisiin keskittää aloille, joilla oligopoliin kuuluu korkeintaan neljä yritystä. P. Virtanen toteaa Phlipsiin viitaten, että: "Peliteorian näkökulmasta neljä on vähän ja kuusi on 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 jäsenten lukumäärä olisi aina neljä, ja vain ulkopuolisten yritysten lukumäärä kasvaa. Varovainen johtopäätös voisi olla, että neljä tai sitä pienempi määrä yrityksiä voi todennäköisemmin toimia yhdessä esim. markkinoille pääsyä torjuakseen".[491]

Nähdäkseni P. Virtasen johtopäätös on kaikkea muuta kuin varovainen. Käytännössä mitään varsinaista rajaa ei voida osoittaa. Mitään numerokohtaisia etukäteissääntöjä ei voida antaa, eivätkä ne varsinkaan voi syrjäyttää konkreettista markkina-analyysia. Väittämä neljän tai kuuden yrityksen rajasta on liian teoreettinen, sillä se sivuuttaa kartelleja koskevan laajan empiirisen aineiston. Käytännössä on tavattu varsin monia pitkään toimineita kartelleja, joiden lukumäärä on ylittänyt kuuden yrityksen rajan. Oikeuskäytäntö tuntee vuosia jatkuneita kartelleja, joissa osapuolia on ollut selvästi tätä enemmän, vaikkapa kaksi- tai kolmekymmentä yritystä.

> Esimerkiksi EY:n komissio on viime vuosina paljastanut lukuisia suuria kartelleja. Jäljempänä olevalle listalle on otettu EY:ssä paljastuneet klassiset hinta-, markkinoidenjako-, ja tuotannonrajoituskartellit noin kymmenen vuoden ajanjaksolta. Luettelossa mainitaan ensin jutun työnimi, tämän jälkeen suluissa komission päätöksen numero ja antamisvuosi ja lopuksi kartel-

---

[490] Ks. Church/Ware Industrial Organization, A Strategic Approach (2000), s. 305–358. Church ja Ware käyttävät esimerkkinä mm. tunnettua amerikkalaista sähköalan kartellia ("The Great Electric Conspiracy"). Kartelliin kuului markkinajohtajien General Electric ja Westinghouse ohella 27 muuta yritystä ja se koski enimmillään kahtakymmentä eri sähköalan tuotantolinjaa. Kartellin jäsenten lukumäärä mainitaan sivulla 343 yhtenä relevanttina tekijänä: mitä enemmän kartellissa on jäseniä, sitä suuremmat kiihokkeet huijata ja sitä vaikeampaa sen havaitseminen on.

[491] Ks. P Virtanen (2001) s. 55. Kappale jatkuu ilmeisesti myös hiljaista kolluusiota koskevalla väittämällä: "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." P. Virtasen tarkastelussa nimenomainen ja hiljainen kolluusio sekoittuvat keskenään. On myös todettava, ettei yritysten kartellinomainen yhteistyö liene edes lainausmerkein pakonomaista tai syntyvät lopputulokset deterministisiä.

liin osallisten yritysten lukumäärä:[492] Wood Pulp (85/202, 1985) 36 yritystä; Polypropylene (86/138, 1986) 15 yritystä; Roofing Felt (82/399, 1986) 8 yritystä; Meldoc (86/596, 1986) 4 yritystä; Italian Flatt Glass (89/93, 1989) 3 yritystä; PVC (89/190, 1989) 15 yritystä; LdPe (89/91, 1989) 31 yritystä; Welded Steel Mesh (89/515, 1989) 14 yritystä; Soda Ash (91/297–300, 1990) 3 yritystä; Building and Construction Industry in the Netherlands (92/204, 1992) 28 yritystä; Eurocheque Helsinki Agreement (92/212, 1992) 2 yhteenliittymää; French-West-African Shipowners' Commitees (92/262, 1992) 17 yritystä; CEWAL (93/82, 1993) 4 yritystä; PVC (94/559, 1994) 12 yritystä; Cartonboard (94/601, 1994) 19 yritystä; Cement (94/815, 1994) 42 yritystä; Far Eastern Freight Conference (94/815, 1994) 13 yritystä. Valtaosa edellä mainituista komission päätöksistä on pysynyt voimassa EY:n tuomioistuimissa. Kuitenkin osassa ratkaisuja päätös on voitu kumota joko kokonaan tai osittain prosessuaalisin (esim. *Soda Ash*) tai aineellisin perustein (esim. *Wood Pulp*).[493] Taulukolla halutaan osoittaa se tosiseikka, että todellisuudessa kartellien koko vaihtelee huomattavasti. Vastaava selvitys voitaisiin esittää esim. Yhdysvaltain kilpailuoikeudellisen soveltamiskäytännön perusteella. Otoksen 17 kartellitapauksen perusteella keskimääräiseksi kartellin kooksi saadaan 15,65 yritystä.[494] Osallisten yritysten lukumäärä olisi huomattavasti suurempi, mikäli tarkastelu laajennettaisiin paljaista kartelleista horisontaalisiin hintasuosituksiin, joiden osalta jo yksi toimialaliiton jäsenyrityksilleen antama suositus voi vaikuttaa useiden kymmenien, satojen tai jopa tuhansien yritysten hinnoitteluun. *Phlipsin* ja *P. Virtasen* johtopäätös ei kestä empiiristä tarkastelua.[495] Kartellivalvonnan kohdentamisesta pelkäs-

---

[492] Luettelo on laadittu kirjassa Van Bael/Bellis, EC Competition Law Reporter julkaistun yhteenvedon (s. 852 ss.) perusteella. Kartelliin osallisten yritysten määrä on määritelty määrättyjen seuraamusmaksujen perusteella, ts. ne yritykset on katsottu osalliseksi, joille EY:n komissio on määrännyt seuraamusmaksun. Lähestymistapa ei ole ongelmaton, sillä se jättää huomiotta ne osalliset, joiden osalta seuraamusmaksua ei ole määrätty. Ongelma ei liene tilastollisesti kovin merkittävä, sillä todistettavasti osallisten yritysten osalta säännönmukainen seuraamus kartellikielellon rikkomisesta on ainakin pieni seuraamusmaksu. Virhettä kompensoi se, että osa seuraamusmaksuista on kumottu tuomioistuinkäsittelyssä. Osassa tapauksia seuraamusmaksu on määrätty elinkeinonharjoittajien yhteenliittymälle, mikä ei anna oikeaa kuvaa osallisten määrästä. Toisaalta todennäköisesti kiinnijäämisen riski kasvaa kartelliin osallisten yritysten lukumäärän myötä, mikä voi puolestaan johtaa todelliseen tilanteeseen nähden liian suuriin lukuihin. Kaiken kaikkiaan katson kuitenkin, että tilaston perusteella voidaan tehdä suuntaa antavia johtopäätöksiä.

[493] Arvioni mukaan tuomioistuinkäsittelyssä tapahtuneet muutokset eivät ole olennaisia tässä haetun vertailun kannalta. Tyypillinen lopputulos on ollut se, että päätös on kumottu tai seuraamusmaksuja alennettu joidenkin valittajien osalta. Ylivoimaisesti valtaosassa tapauksia komission päätös on ainakin pääpiirteittäin pysynyt voimassa.

[494] Mahdollisesti mediaanilukujen käyttäminen olisi perusteltua. Tarkempia tuloksia saataisiin laajentamalla tarkasteluajanjaksoa. Tarkasteltaessa ajanjaksoa edeltäviä ja sen jälkeisiä tapauksia tilanne ei näyttäisi muuttuvan: otokseen saataisiin saman tyyppisesti sekä vähä- että suurijäsenisiä kartelleja. Nähdäkseni valittu kymmenen vuoden otos osoittaa riittävän selvästi sen, ettei neljän tai kuuden yrityksen riskiraja ole empiirisesti perusteltu.

[495] Empiiriset tosiseikat eivät yksinkertaisesti muutu toiseksi käsivarren pituisella matemaattisella kaavalla, jonka mukaan esim. yli viiden yrityksen kartelli olisi epätodennäköinen. Toisekseen, väite viiden yrityksen rajasta on teoreemana aivan liian yksinkertainen, sillä kartellin helppouteen/vaikeuteen vaikuttavat yritysten määrää olennaisemmin monet muut tekijät, kuten kustannusrakenne, hyödykkeiden homogeenisuus, asiakkaiden kysyntäkäyrän elastisuus ja alallepääsyn esteet.

tään ns. tiukkojen oligopolien valvontaan aiheutuisi todennäköisesti merkittäviä tehokkuustappioita.[496] Kartelli voi toimia tai olla toimimatta kahdella, kuudella tai kymmenellä tai viidellätoista jäsenellä. Mahdollisuudet deterministiseen ennustamiseen ovat rajalliset.[497]

Tarkasteltaessa yritysten lukumäärän merkitystä lienee tehtävä ero nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välillä. Esimerkiksi duopolissa, jossa markkinat ovat läpinäkyvät, yritykset eivät välttämättä tarvitse nimenomaista kartellia, sillä ne voivat päätellä kilpailijan toimenpiteet muutoinkin. Tällaisessa tilanteessa yritykset voivat signaloida toisilleen kummankin edun mukaisia toimintamalleja. Sen sijaan jos oligopoliin kuuluu esimerkiksi 8 yritystä, hiljaisen kolluusion aikaansaaminen on olennaisesti vaikeampaa, ellei mahdotonta. Hiljaisen kolluusion osalta kilpailijoiden lukumäärällä on siten enemmän välitöntä merkitystä, kun toimintaa on koordinoitava ilman yritysten välisiä suoria yhteyksiä. Jos markkinoilla toimii vain muutama yritys, nuo yritykset luonnollisesti ottavat toistensa reaktiot huomioon tehdessään hinnoittelua ja tuotantomääriä koskevia päätöksiä. Mahdollisesti nimenomaista kartellivälipuhetta ei välttämättä enää tarvita, vaan yritykset pystyvät muutenkin koordinoimaan käyttäytymistään.[498]

Empiirinen aineisto osoittaa, ettei kartellien valvontaa voida rajata muutaman yrityksen tiukkoihin oligopoleihin. Tältäkään osin pelkällä yritysten lukumäärällä ei liene yksinään ratkaisevaa merkitystä, vaan huomiota on kiinnitettävä muihinkin markkinoiden rakenteeseen liittyviin tekijöihin sekä lisäksi yritysten kiihokkeisiin osallistua kartelliin tai poiketa kartellihinnasta.

5.2.2.3 Huijauksen ongelma

Sama voitontavoittelu, joka saa yritykset ryhtymään kartelliin, luo kiihokkeen rikkoa sopimusta.[499] Kartelliin kuuluvat yritykset eivät huijaa ainoastaan asiakkaitaan, vaan myös toisiaan. Yksittäisen kartellin jäsenen itsenäisesti päättä-

---

[496] Mielestäni peliteorian soveltamisessa Phlipsiä olennaisesti luotettavamman lähtökohdan tarjoaa edellä mainittu Churcin ja Waren teos, jossa lähtökohtana näyttää olevan peliteorian ja perinteisemmän toimialan taloustieteen synteesi.

[497] Kilpailuoikeudellisen lainkäytön näkökulmasta mallin matemaattinen täsmällisyys osoittaa, että malli on täsmällinen, ei muuta. Mikäli teoreettinen malli ei pidä yhtä käytännön havaintojen kanssa, ilmeisesti teoriassa on jotain pielessä joko premissien tai sovellutuksen tasolla. Kimalainen ei välttämättä tiedä, ettei se osaa lentää. Käytännön päätöksentekijän näkökulmasta kuvatun kaltaisen malliplatonismin arvo kilpailupolitiikalle on negatiivinen.

[498] Ks. Cox. s. 237. Ks myös Dick (1998) s. 208. Dick toteaa, että yritysten määrän kasvaessa yksittäisen yrityksen intressi pysytellä kartellin ulkopuolella kasvaa. Toisaalta kartellin nettohyöty on suurempi silloin, kun markkinoilla toimii enemmän yrityksiä. Tämä voi perustua siihen, että mitä enemmän markkinoilla keskimäärin on yrityksiä, sitä todennäköisemmin hinnat saadaan ylös ainostaan nimenomaisella kolluusiolla, mikäli markkinat ovat muiden olosuhteiden osalta verrannolliset. Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 82–83.

[499] Ks. esim. Dick (1998).

mästään myynnin lisäyksestä saatava hyöty on olennaisesti korkeampi kuin rajakustannukset, sillä yksittäinen kartellin jäsen joutuu kantamaan vain pienen osan aiheuttamansa lisätuotannon haitasta. Suurimman voiton tekee yritys, joka myy sovittua enemmän ja sovittua halvempaan hintaan.[500] Rationaalilla oman hyödyn maksimoijalla on kiusaus kaivaa maata kartellin alta. Yksittäisen kartellijäsenen edut poikkeavat kollektiivisesta edusta, mikä aiheuttaa epävakautta.[501]

Perinteisissä oligopolimalleissa yritysten lukumäärän, kustannusrakenteen, hyödykkeen homogeenisuuden ja alallepääsyn esteiden oletetaan aikaansaavan tietynlaisen lopputuloksen, eli päättelyketju etenee rakenteesta käyttäytymisen kautta tuloksiin (SCP). Rakenteelliset olosuhteet eivät läheskään aina johda kartelliin. Kartellisoitumista edistävien tekijöiden luetteloiminen ei selitä myöskään miksi osa kartelleista hajoaa pian syntymisensä jälkeen osan toimiessa pitkään. Yritykset voivat *valita* kilpailun ja kartellin välillä.

Edistysaskelta merkitsi *George Stiglerin* työ oligopolimallien dynamisoimisessa.[502] Stigler käänsi ongelman päälaelleen. Stigler kysyi, *mitä yritysten täytyy itse tehdä saavuttaakseen maksimaalisen voittotason.* Yritykset voivat toimenpiteillään vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen kolluusiota edistävällä tavalla. Kilpailijoiden reaktioista viime kädessä riippuu se, kannattaako yrityksen hinnoitella sovinnollisesti vai kilpailullisesti. Päättelyketju etenee yritysten käyttäytymisestä rakenteeseen ja markkinatuloksiin. Vaikka yritysten välillä vallitsisi yhteisymmärrys hintatasosta, yksittäisen yrityksen intressissä on rikkoa sopimus, jos siitä ei jää kiinni.[503] Keskeiseen asemaan nousee se, kuinka hyvin muut pystyvät havaitsemaan poikkeaman yhteisestä linjasta. Stigler päätyi kuuluisaan matriisiin *"find, detect, punish"*. Menestyksellisen kartellin tulee pystyä havaitsemaan kilpailullinen hinnoittelu.[504] Tämä ei riitä, vaan rangaistuksen tulee seurata riittävän nopeasti ja olla riittävän ankara tehdäkseen

---

[500] Pääosa laskusta jää muiden maksettavaksi, jotka joutuvat alentamaan hintaansa sille hintatasolle, jolle huijauksen tuloksena lisääntynyt tuotanto hinnat painaa. Vapaamatkustamisen hyöty (myynnin lisääntyminen) kertyy yhdelle, haitat (alempi hintataso) sitä vastoin kaikille.

[501] Huijauksen motiiveista esim. Kantzenbach/Kottmann/Krüger (1995) s. 12.

[502] Ks. Stigler (1964) ja Church/Ware (1999) s. 328.

[503] Ks. Stigler (1964) s. 42: "Let us assume that the collusion has been effected, and a price structure agreed upon. It is a well-established proposition that if any member of the agreement can secretly violate it, he will gain larger profits than by conforming to it. It is, moreover, surely one of the axioms of human behavior that all agreements whose violation would be profitable to the violator must me enforced."

[504] Stiglerin mukaan kartelli joutuu yleensä turvautumaan epäsuoraan ja todennäköisyyksiä sisältävään informaatioon päätellessään sitä, onko joku huijannut. Pääasiallinen tiedon lähde on kokemus siitä, miten eri asiakkaat käyttäytyvät. Markkinoilla jokaisella yrityksellä on luontainen liikevaihtonsa, joka kertyy vakiintuneista asiakassuhteista. Markkinoille tulee uusia asiakkaita ja vanhat asiakkaat vaihtavat aika ajoin toimittajaa. Kartellin tiedonhankintaan liittyvä haaste koskee normaalien vaihtelujen erottamiseen tilanteesta, jossa toimittajaa vaihdetaan salaisen hinnanalennuksen johdosta. Stigler osoitti, kuinka yritykset voivat hyödyntää tilastollisia menetelmiä huijauksen paljastamiseksi. Ks. Stigler (1964) s. 45–56.

huijauksesta kannattamatonta. Viime kädessä paljon riippuu siitä, kuinka uskottavina rankaisutoimenpiteitä pidetään sekä niiden laadun että myös niihin ryhtymisen todennäköisyyden kannalta tarkasteltuna.[505] Kartellisopimukset ovat usein tehokkaita pienten kartellin jäsenten, mutta tehottomia suurimpien jäsenten osalta.[506] Kartellin ylläpitämistä koskeva ongelma voidaan nähdä informaatiota[507] ja sanktioiden riittävyyttä[508] koskevana kysymyksenä. Tämä ei tarkoita sitä, että kartellin lainvastaisuus kannattaisi kytkeä kielletyn yhteistoiminnan tehokkuuteen siihen osallisten yritysten kannalta.[509] *Posnerin* mukaan Stiglerin työn arvo on siinä, että ensi kertaa luotiin teoria, jolla pystytään tarkastelemaan yhdenmukaisesti sekä nimenomaista, että hiljaista kolluusiota.[510]

5.2.2.4 Kartellin taloudellinen kannattavuus

Kartellin syntymis- ja säilymisedellytyksiä voidaan käsitellä lyhyesti *Bishopin ja Walkerin*[511] jaottelun pohjalta.[512] *Kartellin syntyminen* edellyttää seuraavien kriteerien täyttymistä:

1) Kartellin tulee kyetä nostamaan hintoja.
2) Kartellin tulee kyetä sopimaan kaikille osapuolille sopivista hinnoista.
3) Kartellin hyötyjen tulee ylittää kiinnijäämisen riskit.
4) Kartellin perustamisesta ja hallinnoinnista aiheutuvien taloudellisten kustannusten tulee olla hyötyjä alhaisemmat.[513]

Kartellin mielekkyys siihen osallisten näkökulmasta edellyttää, että sen avulla saavutetaan markkinavoimaa. Yritysten yhdenmukaisen hinnoittelun täytyy johtaa siihen, että asiakas joutuu maksamaan pyydetyn korkeamman hinnan.[514] Kolluusion seurauksena asiakkaan vaihtoehdot vähenevät. Kysynnän elastisuus

---

[505] Ks. esim. Church/Ware (2000) s. 284: "The central issue in dynamic games is the question of credibility".

[506] Ks. Stigler (1964) s. 43. Tämä johtuu siitä, että todennäköisest pienet toimittajat ovat suuria toimittajia haavoittuvaisempia sanktioille. Käytännössä kartellit toimivat yleensä pitkälti suurten toimittajien sanelemilla ehdoilla.

[507] Ks. Stigler (1964) s. 39, 42.

[508] Kartelli voi ryhtyä jäljempänä käsiteltäviin ennakollisiin valvontatoimiin ja ottaa käyttöön erityisiä sanktiomekanismeja huijaamisen varalta.

[509] Kysymyksen käsittely on tarpeen kartellien oikeuspoliittisen kohtelun selkiyttämiseksi ja kartellitoiminnan ymmärtämiseksi viranomaisten ratkaistaviksi tulevissa kartellitapauksissa.

[510] Ks. Posner (2001) s. 60.

[511] Ks. Bishop/Walker (1999) s. 81–33.

[512] Tuoreen kartellien toimintaa koskevan selvityksen osalta ks. Griffin (2001).

[513] Bishop/Walker (1999) s. 81–82. Ks. myös Jacquemin/Slade (1989) s. 417–421 ja Carlton/Perloff (2000) s. 124–136.

[514] Kysynnän tulee olla epäelastista. Mikäli unitaarisen elastisuuden piste on jo ylitetty, kysyntä on elastista. Tällöin hintojen nostaminen olisi kannattamatonta, koska yritys menettäisi suhteellisesti enemmän asiakkaita kuin mitä kate nousee.

ja vaihtoehtojen määrä ovat siten kausaalisuhteessa keskenään. Yrityksen kykyä päästä sopimukseen ja viedä korotus läpi markkinoilla on käsitelty edellä. Hyödykkeiden homogeenisuuden, kustannusrakenteen samankaltaisuuden ja muiden sopimukseen pääsemiseen liittyvien tekijöiden ohella kollektiivisen markkinavoiman saavuttaminen edellyttää ennen muuta riittävän läpinäkyviä mekanismeja, joilla yhdenmukainen tai yhdenmukaistettu käyttäytymistapa saadaan synnytettyä.

Kartellit on useimmissa OECD-maissa lailla kielletty, mikä merkitsee seuraamusmaksua koskevan uhan ohella mahdottomuutta saada sovitut velvoitteet tuomioistuinteitse vahvistetuiksi.[515] Siviilioikeudellinen tehottomuus merkitsee sitä, ettei sanktiomekanismina voida käyttää sopimussakkoa tai muutakaan sellaista sanktiota, jonka toteuttaminen edellyttää viranomaisten myötävaikutusta. Tässä yhteydessä kiinnostavia sanktiota ovat erityisesti seuraamusmaksu ja vahingonkorvaus, joka asiakkaille ehkä joudutaan maksamaan. Kiellettyjen kartellien[516] osalta hyötyjä ja haittoja koskevaa kalkyylia voidaan havainnollistaa *Gary S. Beckerin* kirjallisuuteen tuomalla lähestymistavalla. Artikkelissaan *Crime and Punisment: an Economic Approach (1968)*[517] *Becker* totesi kartellisakon olevan ennakkoestävyyden kannalta optimaalinen silloin, kun se vastaa vähintään odotettua hyötyä jaettuna kiinnijäämisen riskillä.[518] EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa kartelleja pyritään torjumaan seuraamusmaksulla. Oletetaan, että yritys A arvioi kartellin nettohyödyn itselleen 10.000.000 euroksi ja kiinnijäämisen riskin 10 %:ksi. Tällöin tehokas seuraamusmaksu olisi 10.000.000 euroa : 0,1 = 100.000.000 euroa. Yrityksen kannattaa osallistua kartelliin, jos odotettavissa oleva sakko on alle 100.000.000 euroa.[519] Optimaalisesta seuraa-

---

[515] Rikkureiden rankaisemisen on tapahduttava tavalla, joka tekee huijaamisesta kannattamatonta ja joka ei johda kartellin paljastumiseen. Esimerkiksi näyttävä boikotti tai muut kilpailijan markkinoilta ajoon tähtäävät toimenpiteet (esim. saalistushinnoittelu) johtavat helposti oikeudenkäynteihin ja sitä kautta ongelman paljastumiseen. Sanktioiden tulisi olla riittävän kovia, jotta huijaus ei ilmeisestä taloudellisuudestaan huolimatta kannattaisi, riittävän lieviä, etteivät yhteistyön edellytykset pysyvästi vaarantuisi ja riittävän hiljaisia, ettei kilpailuviranomaisten kiinnostusta herätetä. Samanaikaisesti pitäisi tehdä konsensuspäätöksiä ja varoa potentiaalisia kilpailijoita.

[516] Mikäli kyse on puhtaasti kilpailijoiden passiivisesta seuraamisesta, yrityksillä ei liene yhtä voimakasta syytä pyrkiä pitämään menettelyä salassa.

[517] Ks. artikkelikokoelmaa Becker (1976) s. 39–85.

[518] Becker s. 77–79, 75–76.

[519] Tätä taloustieteellisessä kirjallisuudessa esitettyä johtopäätöstä on pidettävä oikean suuntaisena. Mikäli kartelleja halutaan torjua seuraamusmaksun avulla, edellyttää se sellaista maksutasoa, jolla seuraamusmaksun voidaan olettaa vaikuttavat ennakkoestävästi kartellia harkitsevien yritysten toimintaan. Sanktioiden tehokkuuden arviointi edellyttää kaikkien virallisten ja epävirallisten sanktioiden kumulaation huomioon ottamista. Seuraamusmaksun ohella lankeavia virallisia sanktioita ovat mm. tehtyjen sopimusten siviilioikeudellinen pätemättömyys, uhkaavat vahingonkorvauskanteet ja yritysjohdon mahdollinen erottaminen. Epävirallisia sanktioita ovat mm. asianajokulut, yritysjohdon menetetty työaika, kartellituomion aikaansaama maineen menetys sekä haitalliset vaikutukset asiakassuhteisiin, yhtiön pörssikurssiin tms. Voidaan myös olettaa, että kilpailulainsäädännön sisäistäminen vaikuttaa yritysjohdon laskelmissa. Kiinnijäämisen riskin

musmaksusta tulee vähentää odotettavissa olevan vahingonkorvauksen määrä siinä suhteessa, kun sellaisen tuomitseminen on todennäköistä, sekä muut kiinnijäämisestä aiheutuvat taloudelliset haitat. Kalkyyli lienee uskottavampi kilpailuoikeudessa kuin yleensä rikosoikeudessa, sillä kartelleihin ei syyllistytä esim. juopumuksen, syrjäytymisen tai kiihtyneen mielentilan vuoksi. Liikeyrityksen keskeisenä tavoitteena on maksimoida taloudellista hyötyään. Yritysjohdolla lienee keskimääräistä rikoksentekijää paremmat mahdollisuudet punnita kielletyn menettelyn hyötyjä ja riskejä keskenään. Voidaan olettaa, että harkitessaan vakavasti kartelliin osallistumista yritykset pyrkivät arvioimaan voittoa, kiinnijäämisen riskiä ja sanktioita siinä tapauksessa, että kartelli paljastuu viranomaisille. Luonnollisesti tämä pätee vain niihin yrityksiin, joille menettelyn lainvastaisuus ei itsessään ole riittävä pidäke. Lainsäätäjän ja kilpailuviranomaisten kannalta tämä merkitsee sitä, että kiinnijäämisen riskiä on pyrittävä lisäämään ja sanktiot on asetettava tasolle, jolla ne toimivat ennakkoestävästi.

Kartellista aiheutuvat hallinnointikustannukset lienevät keskimäärin sitä korkeampia, mitä enemmän siinä on jäseniä ja mitä useammasta kilpailuparametrista sopimus on löydettävä. Käytännössä hinnoista sopiminen edellyttää usein myös markkinaosuuksien allokointia. Järjestelyt voivat olla varsin monimutkaisia. Mitä enemmän paperisotaa kartelli edellyttää, sitä suuremmaksi muodostuu kiinnijäämisen riski. Edellä on kiinnitetty huomiota yritysten kustannusrakenteen merkitykseen. Mitä samankaltaisempia kustannukset, sitä lähempänä yritysten intressit keskimäärin ovat. Erot rajakustannuksissa edellyttävät keskimääräisarvojen käyttämistä, mikä lisää hallinnointia ja vaikeuttaa kompromissin löytämistä.

5.2.2.5 Kartellin pystyssä pitäminen

Kartellin pystyssä pitäminen edellyttää markkinavoiman suhteellista vakautta ja pysyvyyttä. Asiakkaiden kysynnän täytyy olla epäelastista. Jos unitaarisen elastisuuden piste on ylitetty, asiakas vähentää kysyntäänsä tai ryhtyy etsimään uusia vaihtoehtoja. Uusia vaihtoehtoja ei tule, jos alallepääsyn esteet ovat riittävän korkeat. Kuten yleensäkin, markkinavoiman väärinkäyttö edellyttää, että uusien yrittäjien alallepääsy on estynyttä. Kolluusio ei pidemmän päälle ole mahdollista, jos relevanteilla hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla jo ennestään toimivat pienemmät kilpailijat *(fringe firms)* voivat vaivatta lisätä tuotantoaan. Alalta poistumisen esteet helpottavat rikkureiden rankaisemista. *Kartellin pystyssä pitäminen* edellyttää seuraavaa:

---

merkityksen mallintaminen edellyttää paitsi liiallisen naiiviuden, myös yritysjohdon motiivien demonisoinnin välttämistä. Kiinnijäämisen haittojen ottaminen mukaan analyysiin on tarpeen mallinnettaessa rationaaliseen hyödyn maksimointiin tähtäävää toimintaa. Laskelman perusteella erityisesti Pohjoismaissa tuomitut seuraamusmaksut vaikuttavat pienehköiltä.

1) Kartellin valvominen on helppoa ja yritysten intressit säilyvät mahdollisimman saman suuntaisia.
2) Kartellin selvittäminen on vaikeaa ja kiinni jäämisen riski säilyy pienenä.[520]

Kartellien ylläpitäminen on yleensä helpompaa jos yritysten rajakustannuskäyrät ovat epäelastisia ja kiinteät kustannukset ovat alhaisia suhteessa kokonaiskustannuksiin. Jos tuotantomäärän kasvattaminen alentaa olennaisesti kustannuksia, huijaamisen hyödyt ovat suuremmat. Toisaalta jos tuotannon lisääminen kasvattaa merkittävästi rajakustannuksia, kolluusiivisessa hinnassa pysyminen on kannattavampaa. Kartellin pystyssä pitäminen on tästä syystä todennäköisempää aloilla, joilla yritykset toimivat tuotantokapasiteettinsa rajamailla. Tuotannon lisääminen edellyttäisi uusinvestointeja, jotka todennäköisesti olisivat kannattamattomia muiden vastatessa hinnanalennuksilla. Ylikapasiteetti innostaa tuotantomäärän kasvattamiseen, mutta kartellihaluisen yrityksen käsissä se voi toisaalta olla strateginen pelote, jolla rikkureita on mahdollista rankaista. Kustannusrakenteen merkitys vaihtelee alakohtaisesti. Pitävien ennusteiden antaminen on vaikeaa. Kilpailijoiden rivaliteetti uhkaa jatkuvasti kaataa kolluusion.

5.2.2.6 Huijausta koskevia paljastamis- ja rankaisumekanismeja

Huijauksen onnistuminen edellyttää sen pitämistä muilta salassa, koska kiinni jäänyt huijari joutuu odottamaan muilta rankaisutoimenpiteitä.[521] Huijari luonnollisesti haluaisi, että muut pitäytyisivät kartellihinnassa.[522] Yksittäisillä kartellin jäsenillä on intressi myöntää salaisia alennuksia. Kilpailijat saavat helposti vihiä suurimuotoisista alennuskampanjoista. Tämän vuoksi alennuksia myönnetään yleensä suurasiakkaille, joiden intressissä on pitää ne salassa edun säilyttämiseksi mahdollisimman pitkään.[523] Toisaalta jos alennus on liian pieni, asiakkaalla voi olla intressi kertoa siitä kilpailuttaakseen toimittajia keskenään.

Kartellin jäsenen motivaatio huijata kumppaneitaan lienee suurimmillaan silloin, kun yksittäiset toimitukset tapahtuvat suurissa erissä ja ajallisesti etäällä toisistaan. Tällöin välitön hyöty on suuri ja kilpailijoiden rankaisutoimenpiteet vasta etäällä tulevaisuudessa.[524] Kartellisopimuksen edellyttämä ylihinta voidaan kompensoida asiakkaalle paremmalla laadulla[525] tai oheispalve-

---

[520] Kartellin rankaisumekanismeja koskeva tai sivuava kirjallisuus on sekin suhteellisen laajaa. Ks. esim. Stigler (1964), kirjassa Stigler (1968); Ayres (1987); Jacquemin/Slade (1989); Dick (1998); Bishop/Walker (1999) s. 83–86; Carlton/Perloff (2000) s. 136–145; Posner (2001) s. 60–100.

[521] Ks. esim. Jacquemin/Slade (1989) s. 421–422.

[522] Ks. esim. Jacquemin/Slade (1989) s. 420–421.

[523] Stigler (1964).

[524] Ks. Scherer/Ross (1990) s. 244–248.

[525] Salainen laatualennus voidaan myöntää esim. myymällä priimalaatua heikommalla laatuluokituksella.

luilla[526]. Mikäli muut yritykset pitävät tarjontansa samanlaatuisena, huijarin kannattaisi tarjota entistä parempia ja parempia palveluja, kunnes rajakustannukset nousevat kartellihinnan tasolle.[527] On havaittu, että pitkäaikaisen kartellin vaikutuksesta kilpailutekijöiden painotus muuttuu. Kun yritykset aikaisemmin kilpailivat hinnalla, ryhtyvät ne kilpailemaan voimakkaammin laadulla sen jälkeen, kun hinnoista on sovittu.

Kartelleissa on kehitetty lukuisia menettelytapoja huijaamisen paljastamiseksi.[528] Todennäköisesti kaikki keinot eivät edes ole yleisessä tiedossa. Kartelleissa on kehitetty muun ohella kirjanpito- ja raportointijärjestelmiä, joiden tarkoituksena on antaa muille tilaisuus tarkistaa yksittäisen jäsenen toteutuneet hinnat ja toimitusmäärät. Ongelma siirtyy vain eteenpäin, sillä mikä takaa sen, ettei huijannut yritys väärennä omia lukujaan.[529]

---

[526] Oheispalveluiden merkitys on tullut hyvin esille hintasäännöstelyä koskevissa tutkimuksissa. Esimerkiksi lentoliikenteen hintasääntelyn on todettu johtaneen Yhdysvalloissa siihen, että yritykset lisäävät palveluun liittyviä kilpailuparametreja ääritapauksessa aina siihen asti, kunnes hinta-laatutaso saavuttaa marginaalikustannukset, esim. lentoyhtiöt lisäävät asiakaspalvelua kentällä ja koneissa. Ks. esim. Dixit/Nalebuff (1997) s. 95–96.

[527] Ks. Ginsburg (1994).

[528] Ks. esim. Carlton/Perlof (2000) s. 139–141.

[529] Huijaamisen ongelma on yhtä vanha kuin kartellit. Roman Piotrowski mainitsee kilpailuoikeuden historiaa käsittelevässä teoksessaan vuonna 1469 perustetun alunakartellin, jossa Medicin pankkiiriliike ja paavi Pius II sopivat Tolfassa sijainneen kaivoksen käyttöehdoista. Sopimuksella kaksi kolmasosaa kaivoksen tuotoista kuului paaville ja yksi kolmasosa perustetulle yhtiölle, *Societas Aluminiumille*. Kartellin avulla pyrittiin monopolisoimaan Euroopan markkinat, missä tarkoituksessa solmittiin samana vuonna laajentavat erillissopimukset Bartolomo Giorgon ja Napolin kuninkaan Ferdinandin kanssa. Sopimuksella pyrittiin hivuttamaan alunan hinta mahdollisimman korkealle. Hinta kun oli päässyt laskemaan "keskinäisen kilpailun" ja "liiallisen tuotannon" vuoksi. Kartelli määräsi hinnan. Joka myi alihintaan, oli velvollinen korvaamaan muille aiheuttamansa tappiot. Huijaamisen estämiseksi kartelli otti alunan myynnin itse hoitaakseen ja antoi kaivokset vuokralle. Kirjanpidon ja valvonnan helpottamiseksi kaupat oli tehtävä rahasuoritusta eikä ajalle tyypillistä luontoissuoritusta vastaan. Yhden tehdessä kaupat muilla oli oikeus lähettää valvojansa kaupantekotilaisuuteen. Valvojilla oli oikeus tarkastaa kaivokset, liiketilat ja tutustua liikekirjanpitoon. Myös kysymyksiin tuli vastata. Epäillyt sopimusrikkomukset tuli raportoida muille kartellin jäsenille. Sisäisen järjestyksen lisäksi uhkana oli tavalliseen tapaan potentiaalinen kilpailu. Kartellin ulkopuolinen kilpailu tuli turkkilaisten alunakaivoksista. Jotta turkkilaista alunaa ei pääsisi markkinoille, paavi Pius II sitoutui julistamaan bullan, jolla kaikilta kristityiltä kiellettiin kaupanteko turkkilaisella alunalla, ja uudistamaan sen vuosittain. Turkkilaiset alunaa kuljettavat laivat julistettiin lainsuojattomiksi ja annettiin kaappareille vapaaksi riistaksi. Jos kaapparin saama aluna oli hyvälaatuista, se saatiin myydä kartellille puoleen hintaan markkina-arvosta; muussa tapauksessa se tuli varastoida odottamaan kartellisopimuksen päättymistä. Paavillinen monopoli oli ristiriidassa katolisen kirkon antimonopolististen opetusten kanssa. Paavin mukaan tarkoitus kuitenkin pyhitti keinot, sillä monopolivoittoja käytettiin mm. ristiretkien rahoittamiseen. Ks. Piotrowski (1933) s. 152–163. Tapaus on täysin moderni esimerkki kuvaamaan tyypillisiä kartellin ulkoisia ja sisäisiä järjestelyongelmia. Yksityiset ja julkiset kilpailunrajoitukset sulautuvat plastilliseksi kokonaisuudeksi. EU-aikana paavin bulla voitaisiin korvata esim. (aiheettomalla) polkumyyntiä koskevalla suojatullilla. Kartellia justifioivana eettisenä perusteluna voitaisiin viitata pakanoiden käännyttämisen sijasta esim. tarpeeseen turvata oman maan yrityksille kansainvälisen tuotekehittelyn edellyttämät monopolivoitot.

Kartellin valvominen lienee helpointa sellaisen standardisoidun hyödykkeen suhteen, jota ostetaan julkisilla tarjouskilpailuilla. Tarjouskartellin jäsenet valitsevat etukäteen joukostaan voittajan. Mikäli urakka menee jollekin muulle kartellin jäsenelle, näyttö huijaamisesta on saatu. Julkisten avaustilaisuuksien järjestämisellä voi olla yleisemminkin se haittapuoli, että julkisyhteisö tulee tahtomattaan edesauttaneeksi itseään vahingoittavan kartellin ylläpitämisessä. Tämän vuoksi yleensä järkevämpää on tarjousten käsitteleminen luottamuksellisina ja julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön edellyttämien tietojen julkaiseminen voittaneen tarjoajan osalta sen jälkeen, kun tarjouskilpailu on ratkaistu.[530] Hankintayksikkö provosoi itselleen kartelliongelman ostaessaan hyödykkeen rajoitetulla kutsukilpailulla vuodesta toiseen samoille yrityksille suunnatuilla tarjouspyynnöillä.[531]

"Ammattitaitoisesti" johdettu kartelli ei jättäydy pelkästään hyvän tahdon tai jälkitarkastusten varaan, vaan pyrkii jo *preventiivisesti* tekemään huijauksesta kannattamatonta.[532] Suosittuja torjuntamekanismeja ovat raportointivelvollisuus, keskihintajärjestelmä, asiakkaiden tai markkina-alueiden allokointi, sopimussakko, suosituimmuus- ja kilpailuun vastaamislauseke tms. Kartelli voi sopia hyödykkeiden laatuluokituksista ja kaupan ehtojen yleisestä julkistamisesta tai tietojenvaihdosta toimialayhdistyksen puitteissa. Voidaan käyttää *tietojenkeruujärjestelmää*, jossa yksityiskohtaiset tiedot toimitetaan toimialayhdistykselle, joka välittää ne eteenpäin kartellin jäsenille. Useimmissa EY:ssä viime vuosina paljastuneissa kartellitapauksissa on hyödynnetty elinkeinonalan omia informaationkeruu- tai tutkimuskeskuksia.[533] Sopimalla puolin ja toisin kilpailuun vastaamislausekkeiden käyttämisestä kartellin jäsenet saavat tietoa

---

[530] Edellä suositeltu menettelytapa välttää riskejä, mutta ei niitä kokonaan poista. Ongelmaan on kiinnitettävä erityistä huomiota hankintatoimessa. OECD:n vuodelta 1999 oligopoleja koskevassa raportissa arvellaan, että hyvässä tarkoituksessa luotu hankintalainsäädäntö kääntyisi itseään vastaan, kun tarjoajat kartellisoituvat. (Ks. Oligopoly, DAFFE/CLP(99)25, s. 28; ks.myös Competition in Procurement Markets, DAFFE/CLP(993/FINAL). Olisi lievästi ilmaisten liioiteltua kyseenalaistaa hankintalainsäädännön perusteet mainitun ongelman perusteella. Raportin toteamus, jonka mukaan toimiva kilpailu on paras tae hankintoihin liittyneiden lieveilmiöiden torjuntaan, pitänee yleisellä tasolla paikkaansa. Olennaista on se, että kilpailua julkisen sektorin hankinnoista ei yksinkertaisesti saada aikaiseksi ilman markkinat avaavaa lainsäädäntöä. Ilman hankintalainsäädäntöä julkisen sektorin hankinnat jäisivät monissa EY:n jäsenmaissa kokonaan kilpailuttamatta tai hankinnat päätyisivät säännönmukaisesti paikalliselle markkinajohtajalle. Hankintalainsäädännöllä on ratkaiseva merkitys markkinoiden avaamisessa ja hankintatoimen tehostamisessa. Kartellilainsäädännön rooli on tässä suhteessa täydentävä. Julkisia avaustilaisuuksia on syytä välttää myös siksi, ettei ajauduta hankintalainsäädännössä kiellettyyn ns. jälkitinkimiseen. Usein joudutaan tilanteeseen, jossa mitään tarjousta ei voida sellaisenaan hyväksyä, vaan yksityiskohtia joudutaan täsmentämään pyytämällä täydennyksiä tarjoajilta. Tätä on hyvin vaikea suorittaa hankintalain 1 §:n syrjimättömyysperiaatetta rikkomatta, jos toisten hinnat ovat heti tarjoajien tiedossa.

[531] Tehokas lääke on laatia EY:n laajuisia avoimia tarjouspyyntöjä, jolloin uusien tarjoajien markkinoille tulo kaataa tarjouskartellin.

[532] Ks. esim. Jacquemin/Slade (1989) s. 422–423.

[533] Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 76.

huijausyrityksistä. Lausekkeen mukaan asiakkaan tulee raportoida saamastaan halvemmasta tarjouksesta; toimittajalla on oikeus vastata tarjoukseen alentamalla tarjoustaan. Suosituimmuuslauseketta käytettäessä toimittaja sitoutuu olemaan myymättä hyödykettä kenellekään muulle edullisemmin ehdoin.

Yritysten erilaisesta sijainnista aiheutuvat erot kuljetusmaksuissa voidaan eliminoida *ns. basing point pricing* -hinnoittelujärjestelmän avulla, jossa rahdit määritellään yhdestä pisteestä käsin. Kartellin jäsenten luottamusta toisiinsa voidaan lisätä käyttämällä vastavuoroisia hallitusnimityksiä, jolloin saadaan ensikäden tietoa kilpailijoiden päätöksenteon huipulta. Integroitumalla vähittäisportaaseen asti hyödykkeen valmistajat saavat paremman kontrollin vähittäismyyntihintoihin. Vaihtoehtoisesti kartellia voidaan ylläpitää jälleenmyyjille koordinoidusti annetuilla alinta sallittua hintaa koskevilla vertikaalisilla rajoituksilla.

Stiglerin mukaan tehokkain tapa on lyödä markkinaosuudet lukkoon jo etukäteen. Markkinaosuuksista sopiminen tekee huijauksesta kannattamatonta, sillä yli kiintiönsä asiakkaita voittanut kartellin jäsen joutuu suorittamaan rahallista tai muuta korvausta alle sovitun kiintiön jääneille.[534] Lähes yhtä tehokkaita ovat asiakkaiden allokointia koskevat välipuheet, joiden valvominen on helpompaa.[535] Markkinoiden jakoa käytetään yleensä tilanteissa, joissa kullakin yrityksellä on määräävä markkina-asema tai ainakin erityisen vahva asema perinteisellä toimialueellaan.[536] Tällöin hintoja koskeva välipuhe voidaan periaatteessa kokonaan korvata aluejakoa koskevalla "hyökkäämättömyyssopimuksella". Markkina- tai aluejako voi toisaalta herättää helposti kilpailuviranomaisten huomiota. Vaikka markkinoiden jakoon liittyykin olennainen kiinni jäämisen riski, ovat ne silti suhteellisen yleisiä.[537] Tämä johtuu ilmeisesti siitä, että ollakseen menestyksellinen hintakartelli vaati tuekseen markkinoiden jakamista.

Ideaalinen rankaisukeino maksaa huijarille muita enemmän ja vaikuttaa jo ennakolta torjuvasti. Sanktiosta tulee entistäkin uskottavampi, jos rankaiseminen maksaa kartellin jäsenille vähemmän kuin rankaisematta jättäminen.[538]

---

[534] Taktiikan tehokkuus edellyttää tietysti, että markkinaosuudet ovat helposti mitattavissa. Jos jonkun markkinaosuus nousee yli sallitun rajan, muut lisäävät tuotantoaan. Huijaus ei kannata, jos kaikki yritykset uskovat mekanismin toimivan.

[535] Korvamerkityn asiakkaan menettänyt sen kyllä huomaa. Toiminnan aloittaminen kumppanille varatulla alueella ei jää huomiotta.

[536] Muussa tapauksessa kartellin jäsenillä ei olisi riittäviä takeita asiakkaiden pysymisestä omassa leirissä.

[537] Ks. esim. Dick (1998) s. 207.

[538] Tämä edellyttää sitä, että muut kartellin jäsenet saavat selville huijauksen ja siihen syyllistyneen yrityksen. Mikäli muut saavat heti huijarin kiinni, kartellihinnasta poikkeaminen ei yleensä kannata. Mikäli huijaus pystytään pitämään riittävän pitkään salassa, se voi muodostua hyvinkin kannattavaksi. Toinen ongelma on se, että hinnoilla rankaiseminen on varsin kallista. Hintojen alentaminen maksaa yleensä muille kartellin jäsenille enemmän, sillä ensimmäisenä hintoja alentanut yritys on sentään saanut ylimääräisen asiakkaan, kun taas muut joutuvat hinnanalennukseen ilman vastaavaa kompensaatiota.

Yleensä tehokkain tapa *rangaista* huijaamisesta on se, että *muut kartellin jäsenet alentavat hintansa kilpailulliselle tasolle*. Kartellin jäsenet voivat sopia ns. *liipasinhinnasta (trigger price)*: jos hinta putoaa alle tietyn tason, kaikki yritykset pudottavat hintansa kilpailulliselle tasolle.[539] Näin huijauksen hyöty jää lyhytaikaiseksi ja alittanee kartellisopimuksessa pysymisen hyödyt. Huijari joutuu ottamaan huomioon, että lyhytaikaisen voitontavoittelun vastapainona voi olla pidempiaikainen hintasota, jonka kestäessä kaikki yritykset kärsivät tulonmenetyksistä.[540] Alentamalla hintoja kartellin jäsenet joutuvat mahdollisesti luopumaan pitkäksikin aikaa monopolivoitoista. Mikäli konsensuksesta poikennut yritys on markkinoiden kokonaismäärään verrattuna suhteellisen merkityksetön, kartellin saattaa kannattaa mukautua tilanteeseen tuotantoa vähentämällä.[541]

Huijarin rankaiseminen on yksinkertaisempaa, jos kartellilla on käytettävissään jokin *painostuskeino*, esim. jos "rikkuri" on riippuvainen yhteisestä raaka-ainelähteestä, jakelukanavasta tai immateriaalioikeudesta. Tällöin hintakuriin voidaan painostaa uhkaamalla boikotilla. Samoja keinoja voidaan soveltaa kartellin ulkopuolisiin pienyrityksiin. Riippuvuussuhde on suurempi toisiinsa linkittyvillä hyödykemarkkinoilla toimivien yritysten välillä, sillä yksillä markkinoilla saavutettu etu voi kostautua muilla markkinoilla. Kokonaisuus huomioon ottaen kannattaa toimia kooperatiivisesti. Suomessa käytössä on ollut menettelytapa, jossa kartellin jäsenet antoivat sen johtajalle avoimia vekseleitä, jotka menivät maksuun rikkomustapauksissa.[542]

5.2.3 Kartellien kesto

Kartellien kestosta tehdyt *empiiriset tutkimukset* ovat osoittaneet varsin suurta variaatiota. *Dickin* (1996) tutkimuksessa kartellien toiminta-aika vaihteli yhdestä vuodesta 37 vuoteen. *Jacqueminin* (1981) *Suslowin* (1988) ja *Griffinin* (1989) tutkimuksessa kesto vaihteli välillä 5–11 vuotta. *Posnerin* (1970) mukaan kiinnijääneistä kartelleista isot kartellit olivat toimineet pidempään kuin pienet kartellit. Mainitun tutkimuksen mukaan 52 prosenttia kartelleista, joissa oli korkeintaan 10 jäsentä, toimi yli 6 vuotta, kun taas 64 prosenttia tätä suuremmista kartelleista toimi pidempään. Voidaan arvioida, että kartellin jäsenten lukumäärän kasvu lisää yleensä kiinnijäämisen riskiä.[543] *Carlton* ja

[539] Dickin mukaan liipasinhintaa käytetään erityisesti tilanteissa, joissa kartellilla on vaikeuksia erottaa huijaustilanteita muista asiakassiirtymistä. Ks. Dick (1998) s. 208. Ks. myös Green ja Porter (1984).

[540] Kartelli voidaan yrittää koota myöhemmin uudestaan.

[541] Huijari voi olettaa, ettei uhkauksia kuitenkaan panna täytäntöön, ja rikkoa sopimuksia luottaen muiden heikkouteen.

[542] Ks. KM 1987:4 s. 72 ss; Kuoppamäki (2000) s. 55.

[543] Carlton/Perloff (2000) s. 136.

Perloff arvelevat, että kiinnijääneet kartellit ovat tavallaan esimerkkejä "epäonnistuneesta"[544] yhteistyöstä, koska yhteistoimintaa ei ole osattu salata. Todennäköisesti kaikki menestyksekkäiden kartellien käyttämät toimintatavat eivät ole selvillä.[545] Pisimpään näyttävät säilyneen kartellit, jotka saavat toiminnalleen viranomaisten suoran tai epäsuoran tuen.[546] Kartellit ovat voineet toimia jopa kymmeniä vuosia tilanteissa, joissa toiminta ei ole lailla kiellettyä.[547] Lakiin kirjattu kartellikielto ei yksinään riitä estämään kartellien pitkäikäisyyttä. Esimerkkinä mainittakoon Saksassa vuosina 1902–1996 toiminut voimakaapelikartelli, jonka toiminnasta noin 38 vuotta oli tapahtunut kartellikiellon[548] voimassaollessa.[549]

Mikäli yritykset kohtaavat toisensa usein markkinoilla samanlaisissa tilanteissa, lisää se kartellien esiintymistiheyttä ja vakautta. Toisaalta jo *Stigler* viittasi siihen, että yritysten määrän lisääntyminen vaikeuttaa kartellin ylläpitoa. Jos markkinoilla toimii lukuisia yrityksiä tai kysyntä on hyvin epävarmaa, tasapaino löydetään kilpailullisella hintatasolla.[550] Kartellien stabiilisuutta ja hintasotien vakautta koskevat empiiriset tutkimukset ovat tuottaneet erilaisia lopputuloksia. Yhtäältä hintasotien on katsottu selittyvän taantumilla,[551] toisaalta taas talouden elpymisellä, sillä kasvuaikoina huijaamisen on katsottu olevan erityisen kannattavaa.[552] On ilmeistä, että kumpikin selitysmalli tarjoaa osatotuuden.[553] Yksiselitteisiä tai helppoja selitysmalleja ei ole olemassa. Vaikuttaa siltä, etteivät aiemmat oletukset kartellien hauraudesta läheskään aina pidä paikkaansa. Tällä hetkellä näyttäisi vallitsevan suhteellisen laaja konsensus kartellien sitkeydestä ja vahingollisuudesta, mikä antaa aiheen panostaa kilpailuviranomaisten resursseja kartellien torjuntaan.[554]

---

[544] Mikäli tuomittu kartellisakko jää hyötyjä pienemmäksi, kartellia voidaan pitää kiinnijäämisestä huolimatta kannattavana. Ks. esim. Yhdysvaltalaisen sähköteollisuuskartellin osalta Carlton/Perloff (2000) s. 127–129.

[545] Carlton/Perloff (2000) s. 126.

[546] Ks. Dick (1998) s. 210. Tunnettuja esimerkkejä ovat esim. OPEC:in öljykartelli ja DeBeersin timanttikartelli.

[547] Tilastollisen aineiston osalta ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 141–144.

[548] Kartellikielto tuli Saksassa voimaan vuoden 1958 alusta.

[549] Hinta- ja markkinoidenjakokartellin toimintaedellytyksiä lienee parantanut se, että voimakaapelikartellin asiakaskunta koostui suurelta osin sähköyhtiöistä ja kaupunkien sähkölaitoksista, jotka pystyivät moniopoliasemansa turvin siirtämään maksamansa ylihinnan suoraan kuluttajahintoihin. Peitejärjestönä käytettiin toimialayhdistystä. Ks. Der Tagesspiegel 4.6.1997; Berliner Zeitung 16.8.1997.

[550] Porter (1985) s. 418.

[551] Green ja Porter (1984).

[552] Rotenberg/Saloner (1986).

[553] Carlton/Perlof (1994) s. 196.

[554] Ks. esim. M. Monti (2001 a) s. 14; Griffin (2001) s. 29.

5.3 EI-KOOPERATIIVINEN OLIGOPOLITEORIA – YHTEINEN MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA?

Seuraavassa tarkastellaan niitä edellytyksiä, joiden vallitessa yritykset voivat käyttäytyä yhdenmukaisesti ilman nimenomaista kartellisopimusta. Kysymys kuuluu, voivatko yritykset saavuttaa kartellia muistuttavan lopputululoksen aikaiseksi ilman nimenomaista yhteistyötä. Yritykset voivat esimerkiksi seurata kilpailijoidensa hintoja ja nostaa hintoja samassa tahdissa. Hintataso voi nousta ilman nimenomaista yhteistyötä, jos yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa ja kokevat hintakilpailusta pitäytymisen itselleen kannattavaksi.[555] Kansankielessä ilmiöstä käytetään nimitystä torikauppailmiö. Kilpailupolitiikan kannalta mielenkiinto kohdistuu erityisesti niiden olosuhteiden osoittamiseen, joiden vallitessa on todennäköistä, että hinnat nousevat kilpailullisen tason yläpuolelle.

Erityisen huolestuttavaksi hiljaisen kolluusion tekee se, että se voi olla nimenomaista kolluusiota vakaampi strategia.[556] Jos menettelytapa ei täytä kartellikiellon tunnusmerkistöä, yritykset voivat toimia avoimesti. Hiljaisessa kolluusiossa yritysten ei tarvitse kommunikoida suoraan keskenään, sillä markkinatilanne antaa niille itsessään mahdollisuuden toimia "sovinnollisesti" ilman nimenomaista kooperaatiota. Kartellisyytöksiä vastaan voidaan puolustautua toteamalla, että yhdenmukainen käyttäytyminen aiheutuu oligopolistisesta reaktioyhteydestä.[557] Peliteoriaa koskeva uudempi kirjallisuus viittaa siihen, että usein toistuvissa peleissä oligopoliyritykset voivat saavuttaa huomattavaa kollektiivista markkinavoimaa ilman, että ne olisivat sopineet suoraan hinnoista.[558] Jos kartellisoitumisen torjunnassa liikaa huomiota kiinnitetään sopimuskriteerin tunnusmerkistön täyttymiseen, vie se resurssit väärään paikkaan. Kilpailunrajoittajan kannalta optimaalista ei ole sopimuksen aikaansaaminen, vaan sellaisen tilanteen aikaansaaminen, jossa nimenomaista sopimusta ei tarvita.[559] Kilpailuviranomaiset ovat ottaneet apuun ns. yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen. Yhteinen määräävä asema[560] eroaa yhden yrityksen markki-

---

[555] Ks. esim. Neven ym. (1998) s. 49.

[556] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 159. Hovenkampin esitys rakentuu jäljempänä käsiteltävän Cournotin mallin varaan.

[557] Saksalaisessa kirjallisuudessa osin käytettyä termiä markkinapakko *("oligopolistischer Marktzwang")* on kuitenkin pidettävä harhaanjohtavana. Oligopolistien ei ole yleensä *pakko* seurata kilpailijoiden hinnoittelua, vaan kyse on *tietoisesta valinnasta* sovinnollisen ja kilpailullisen strategian välillä.

[558] Ks. Neven ym (1998) s. 49.

[559] Toisaalta, jos nimenomaisen kartellin ylläpitäminen on vaikeaa, niin miten onnistuu hiljaisen kolluusion ylläpitäminen ilman suoria kontakteja ja välipuheita "järjestelyyn" osallisten yritysten välillä?

[560] Yhteisen määräävän aseman *("joint dominance")* ohella kirjallisuudessa käytetään termejä jaettu määräävä asema *(amer. "shared monopoly")*, oligopolistinen dominanssi *("oligopolistic dominance")* sekä kollektiivinen määräävä asema *("collective dominance")*.

navoimasta sikäli, että yrityksillä on määräävä asema vain yhdessä. Markkinoiden hallinta perustuu kollektiiviseen markkinavoimaan, mutta markkinavoimaa voidaan väärinkäyttää joko yhdessä tai erikseen.[561]

Oligopolit uhkaavat jäädä kilpailuoikeuden katveeseen. Muun ohella EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa apuun on otettu *yhteisen määräävän markkina-aseman käsite.* Määräävän aseman väärinkäyttönormin avulla voidaan pyrkiä torjumaan yhdenmukaisesti käyttäytyvän yritysryhmän haitallisena pidettyä toimintaa. Yhteinen määräävä asema on mahdollinen *oligopolissa* eli harvain kilpailussa. Mitä vähemmän markkinoilla on suuria yrityksiä, mitä suurempaa osuutta tuotannosta ne hallitsevat ja mitä vakaampi niiden asema on, sitä todennäköisemmin ne voivat hinnoitella hyödykkeensä pidempiaikaisesti ja kannattavasti kilpailullisen tason yläpuolelle.[562]

Taloustieteessä ei-kooperatiivinen oligopoliteoria muodostaa yhden kiistanalaisimmista tutkimuskohteista. Ei-kooperatiivisia oligopoleja on perinteisesti mallinnettu yksinkertaistetuilla teoreettisilla malleilla. Malleilla pyritään selittämään yritysten käyttäytymisen vaikuttimia ja parhaassa tapauksessa ennustamaan, milloin päädytään tehokkuutta lisäävään kilpailulliseen lopputulokseen ja milloin hintoja nostavaan tasapainoon.

Niin kutsutussa *Cournotin* mallissa[563] oletetaan, että yritykset hinnoittelevat markkinoilla kysyttävän hyödykemäärän perusteella. Markkinoiden keskittyminen johtaa hintojen nousuun samassa suhteessa kuin markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä vähenee.[564] Sitä vastoin *Bertrandin* mallissa oletetaan, että

---

[561] Kun yhden yrityksen määräävässä asemassa korostuu kilpailueduista aiheutuva *epäsymmetria* markkinajohtajan ja selvästi pienempien kilpailijoiden välillä, yhteiselle määräävälle asemalle on tyypillistä pikemminkin *symmetria*, esimerkiksi samanlainen kustannusrakenne ja samanlaiset intressit, mikä on omiaan johtamaan oligopoliyritysten yhdenmukaiseen käyttäytymiseen markkinoilla.

[562] Hypoteettisena lähtökohtana yhteinen määräävä asema voi olla muutamalla oligopoliyrityksellä. Jos markkinavoima perustuu kiinteisiin sopimusjärjestelyihin, yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten lukumäärä voi olla suurempi. On korostettava sitä, että yritysten lukumäärä muodostaa vasta karkean lähtökohdan tarkastelulle.

[563] Augustin Cournotin jo vuonna 1838 esittämässä mallissa tarkastellaan duopolia. Cournotin duopoli sijoittuu täydellisen kilpailun ja monopolin keskivaiheeseen. Perusoletuksena on, että yritykset pyrkivät määrittelemään optimaalisen tuotantomäärän ja myyvät sen hintaan, jonka markkinat antavat. Keskeinen kilpailuparametri on myytävän hyödykkeen kokonaismäärä, ei hinta. Yritys toimii aluksi aivan kuin se olisi yksin markkinoilla eli tuottaa rajakustannusten ja rajahyödyn leikkauspisteen mukaisen määrän hyödykettä. Toinen yritys suhteuttaa tämän jälkeen oman tuotantonsa kysyntään, joka jää jäljelle sen jälkeen, kun markkinoiden kokonaiskysynnästä vähennetään ensimmäisen yrityksen osuus *(residual demand).* Yritys ottaa muiden tuotantomäärät annettuna suureena. Tämän jälkeen ensimmäinen yritys korjaa tuotantomääräänsä vastaamaan muuttunutta tilannetta. Peli jatkuu, kunnes markkinat saavuttavat tasapainotilan.

[564] Niin kutsutussa Cournot-Nash-tasapainomallissa yritykset A ja B voivat valita nimenomaisen kartellin, Cournot-hinnoittelun ja kilpailullisen hintatason välillä. Mallissa päädytään siihen, että Cournot-hinta on kummankin pelurin dominoiva strategia, sillä se maksimoi kummankin voitot siitä riippumatta, mitä toinen osapuoli tekee.

yritykset kilpailevat hinnalla, jolloin kukin yritys pyrkii alittamaan kilpailijansa hinnat. Mallissa päädytään siihen, että vaikka yrityksiä olisi vain kaksi, hinnat voivat periaatteessa laskea täydellistä kilpailua vastaavalle tasolle.[565] Kumpikin malli on liian yksinkertainen vastatakseen markkinoilla todellisuudessa vallitsevia olosuhteita. Vaikka syy- ja seuraus-suhteet todellisuudessa ovat yksinkertaisia malleja monimutkaisempia, malleja voidaan käyttää ajattelun apuvälineenä tarkasteltaessa esim. sitä, johtaako yrityskauppa todennäköisesti hintojen nousuun.[566] Oligopolien dynaamisuus piilee kilpailijoiden pienen lukumäärän mukanaan tuomasta jännitteestä rivaliteetin ja yhteisen edun välillä: jokaisen yrityksen intressissä on vallata markkinaosuuksia alentamalla hintoja, mutta jos kaikki kilpailevat aggressiivisesti, kaikki kärsivät.[567]

5.3.1 Cournotin oligopolimalli

Augustin Cournot esitti jo vuonna 1838 oligopolimallinsa, jonka mukaan yritykset määrittelevät toimintansa tuotantomäärän perusteella, eivät hinnan perusteella. Cournotin duopoli sijoittuu täydellisen kilpailun ja monopolin keskivaiheeseen. Perusoletuksena on, että yritykset pyrkivät määrittelemään optimaalisen tuotantomäärän ja myyvät sen hintaan, jonka markkinat antavat.[568] Keskeinen kilpailuparametri on myytävän hyödykkeen kokonaismäärä, ei hinta.[569] Jos kumpikin yritys on saman kokoinen ja niiden rajakustannuskäyrät

---

[565] Joseph Bertrandin vuonna 1883 julkaiseman kirja-arvostelun mukaan Cournotin mallissa jää epäselväksi, kuka hinnat määrittelisi, elleivät yritykset itse. Bertrandin mukaan yritykset käyttävät hintoja strategisen päätöksenteon perusteena. Duopolissa kummallakin on kiihoke alentaa hintaa vallatakseen toisen markkinaosuuden. Hyödykkeiden ollessa samanlaisia kuluttaja ostaa aina edullisemmalta toimittajalta. Mallissa kumpikin yritys alentaa vuoron perään hintojaan, kunnes päädytään kilpailulliselle hintatasolle. Jos toinen myy kalliimmalla kuin toinen, halvempi saavuttaa 100 %:n markkinaosuuden ja kalliimpi jää kokonaan ilman asiakkaita. Jos hinnat ovat samalla (kilpailullisella) tasolla kummankin markkinaosuudeksi muodostuu 50 %.

[566] Ero Cournotin ja Betrandin mallien välillä selittyy osittain yritysten erilaisella strategisella valinnalla. Kilpailtaessa tuotannon määrällä yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa. Uponneita kustannuksia aiheuttavilla investoinneilla yritykset "sitoutuvat" tuottamaan tietyn määrän hyödykkeitä. Keskinäinen riippuvuus ja kohtalonyhteys saa kilpailijat käyttäytymään sovinnollisesti. Sitä vastoin hintakilpailu tähtää markkinaosuuksien valtaamiseen ja on luonteeltaan aggressiivisempaa. Shapiron mukaan yleisesti Bertrandin mallia pidetään käyttäytymisoletuksena luontevampana, mutta Cournotin malli näyttäisi vastaavan paremmin empiirisen aineistoa. Ks. Shapiro (1989) s. 352–356. Malleja voidaan pitää ennemminkin toisiaan täydentävinä yksinkertaistuksina kuin varsinaisina käyttäytymistä selittävinä teorioina. Mallien selitysarvo lisääntyy, kun tarkastelua täydennetään peliteorian avulla.

[567] Ks. Shapiro (1989) s. 333.

[568] Lisäksi oletetaan, että myytävä hyödyke on homogeeninen, kysyntäkäyrä on lineaarinen, yritysten rajakustannukset ovat vakio ja alallepääsyn esteet estävät uusien yritysten pääsyn markkinoille. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 157.

[569] Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 24–25.

identtisiä, molemmat päätyvät samaan tuotantomäärään.[570] Cournotin alkuperäinen malli koski duopolia, mutta se voidaan yleistää koskemaan oligopoleja yleensä.[571] Jos oligopolissa toimivien yritysten määrä lisääntyy, markkinoilla tuotettava hyödykkeiden kokonaismäärä lisääntyy ja hinta putoaa vastaavasti.[572] Toisin sanoen, mitä vähemmän yrityksiä markkinoilla, sitä suuremmalla marginaalilla markkinoilla peritty hinta ylittää hyödykkeen valmistamisesta aiheutuvat rajakustannukset.[573] Käänteisesti mitä enemmän yrityksiä, sitä lähemmäksi hinta painuu rajakustannuksia. Keskittyminen nostaa hintoja ja uusien yritysten tulo markkinoille alentaa sitä.

Entä kuinka paljon hinnat voisivat nousta oligopolissa? *Hovenkampin* mukaan yksinkertaisimmassa Cournot-mallissa viisi yhtä suurta yritystä tuottaisi noin 83 % kilpailullisesta hyödykkeiden kokonaismäärästä, mikä kysynnän elastisuudesta riippuen mahdollistaa hintojen nostamisen 10–30 % kilpailullisen tason yläpuolelle. Täydellisesti toimiva kartelli voisi päästä ehkä noin 50 %:n hinnankorotukseen. Teoreettisen katon muodostaa monopolihinta. *Cournotin* mallissa hinta alenee sitä mukaa kuin markkinoilla toimivien yritysten lukumäärää lisätään. Teoreettisesti 10 jäsenen kartelli voisi saavuttaa saman hintatason kuin kahden yrityksen kartelli. Käytännössä huijaamisen ja muiden kartelliongelmien johdosta kartellin perimät hinnat sijoittunevat Cournotin hinnan ja optimaalisen kartellihinnan välimaastoon.[574]

Hovenkampin esitys perustuu keskittymis-kolluusio-hypoteesille: markkinarakenteen odotetaan vaikuttavan markkinakäyttäytymiseen ja markkinatuloksiin. Hovenkamp ei oleta markkinarakenteen determinoivan käyttäytymistä yhtä suoraviivaisesti kuin perinteisissä harvardilaisissa malleissa. Mallia on dynamisoitu peliteorian avulla. Markkinarakenne, markkinatulokset ja markkinakäyttäytyminen ovat monimutkaisessa vuorovaikutussuhteessa keskenään ja

---

[570] Kumpikin päätyy tuottamaan määrän, joka vastaa 66,6 % monopolin tuotantomäärästä. Näin ollen duopolissa yhteenlaskettu tuotantomäärä on 1,33 kertaa monopolissa tuotettava hyödykemäärä.

[571] Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 24–25.

[572] Hovenkampin mukaan oligopolistien markkinavoimaa voidaan kuvata *Lernerin indeksillä*: (P-MC):P = 1:N*e*. Kaavassa P on hinta, MC marginaalikustannukset, N markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä ja *e* kysynnän elastisuus. Jos esimerkiksi kysynnän elastisuus on 1 ja markkinoilla toimii kaksi yritystä, Lernerin indeksi on 1/2, mikä tarkoittaa sitä, että markkinahinta on 2 kertaa rajakustannusten suuruinen. Vastaavasti jos markkinoilla on kolme yritystä, Lernerin indeksi on 1,5 eli hinta ylittää 1,5-kertaisesti rajakustannukset. Neljällä yrityksellä perittävä hinta kattaa 1,33-kertaisesti rajakustannukset. Ks. Hovenkamp (1999) s.157 ss. Jäljempänä oleva Cournotin oligopolimallin kuvaus perustuu pitkälti Hovenkampin esitykseen.

[573] Rajakustannusten ylittyminen ei toisaalta merkitse samansuuruista voittoa, sillä yritysten on katettava myös kiinteät kustannukset. Mikäli optimaalinen yrityskoko edellyttää markkinoiden keskittämistä ja saavutettavat säästöt ovat huomattavia, kilpailijoiden lukumäärän vähentyminen voi olla kuluttajien edun mukaista edellyttäen, että asiakkaiden ostovoima ja potentiaalinen kilpailu pakottavat oligopolistit siirtämään hyödyt hintoihin.

[574] Ks. Hovenkamp (1999) s. 157–164, s. 160 ss. Ks. myös Carlton/Perloff (2000) s. 165.

yritysten lukumäärä on vain yksi vaikuttavista tekijöistä. Yhtä kaikki, nojauduttaessa Cournotin malliin ja muiden tekijöiden säilyessä muuttumattomina yritysten lukumäärän vähenemisen oletetaan nostavan hyödykkeiden hintatasoa. Mallin heikkoutena voidaan pitää sitä, että yritysten oletetaan tekevän tuotantopäätöksensä hyödykkeiden määrän eikä hinnan perusteella. Voisi olettaa, että yrittäjä pitää markkinoilta saatavaa hintaa tuotettavaa määrää tärkeämpänä tekijänä.[575]

5.3.2 Bertrandin malli

Niin kutsutussa Bertrandin kilpailumallissa oletetaan, että yritykset määrittelevät toimintansa hinnan, ei määrän perusteella.[576] *Joseph Bertrandin* vuonna 1883 julkaiseman kirja-arvostelun mukaan Cournotin mallissa jää epäselväksi, kuka hinnat määrittelisi, elleivät yritykset itse. Bertrandin mukaan yritykset käyttävät hintoja strategisen päätöksenteon perusteena. Duopolissa kummallakin on kiihoke alentaa hintaa vallatakseen toisen markkinaosuuden. Hyödykkeiden ollessa samanlaisia kuluttaja ostaa aina edullisemmalta toimittajalta. Mallissa kumpikin yritys alentaa vuoron perään hintojaan, kunnes päädytään kilpailulliselle hintatasolle.[577] Syntyvät markkinatulokset ovat samantapaisia kuin täydellisen kilpailun vallitessa. Periaatteessa lopputulos on sama, toimiiko markkinoilla kaksi vai sata yritystä.[578] Malli, jossa monopolin ja duopolin välinen ero on huikea, mutta tämän jälkeen yritysten määrän kasvamisella ei olisi merkitystä, vaikuttaa jo intuitiivisesti kyseenalaiselta.[579] Bertrand-kilpailua on kuitenkin havaittu esiintyvän esim. duopoleissa, joissa uponneet kustannukset ja markkinoilta poistumisen esteet ovat erityisen korkeat.

Ero *Cournotin* ja *Betrandin* mallien välillä selittyy osittain yritysten erilaisella strategisella valinnalla. Kilpailtaessa tuotannon määrällä yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa. Uponneita kustannuksia aiheuttavilla investoinneilla yritykset "sitoutuvat" tuottamaan tietyn määrän hyödykkeitä. Keskinäinen riippuvuus ja kohtalonyhteys saa kilpailijat käyttäytymään sovinnolli-

---

[575] Ks. esim. Carlton/Perloff (2000) s. 166–172; Bishop/Walker (1999) s. 25.

[576] Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 25–26.

[577] Jos toinen myy kalliimmalla kuin toinen, halvempi saavuttaa 100 %:n markkinaosuuden ja kalliimpi jää kokonaan ilman asiakkaita. Jos hinnat ovat samalla (kilpailullisella) tasolla kummankin markkinaosuudeksi muodostuu 50 %.

[578] Bishop/Walker (1999) s. 25.

[579] Bishop ja Walker toteavat, että Bertrandin mallissa jää huomiotta kapasiteettirajoitusten vaikutus hinnoitteluun. Usein yrityksillä ei ole riittävästi tuotantokapasiteettia voidakseen vallata koko markkinat. Oletus, että pienellä hinnanalennuksella kilpailija ajettaisiin kokonaan markkinoilta, lienee epärealistinen. Toiseksi oletuksena on, että hyödykkeet ovat homogeenisia. Käytännössä hyödykekohtainen tai alueellinen tuotedifferointi tuo usein yrityksille hinnoitteluvaraa.

sesti. Sitä vastoin hintakilpailu tähtää markkinaosuuksien valtaamiseen ja on luonteeltaan aggressiivisempaa.[580] Malleja voitaneen pitää pikemminkin toisiaan täydentävinä yksinkertaistuksina tai hypoteeseina kuin varsinaisina oligopolikäyttäytymistä selittävinä teorioina. Mallien selitysarvo näyttäisi lisääntyvän, kun tarkastelua täydennetään peliteorialla.

5.3.3 Stackelbergin malli

Heinrich von Stackelbergin vuonna 1934 kehittämässä mallissa korostetaan päätöksenteon eriaikaisuutta. Ensimmäinen yritys määrittää ensin tuotantomääränsä. Tämän jälkeen muut yritykset optimoivat oman tarjontansa ensimmäisen yrityksen luoman tilanteen mukaan. Yritys toimii aluksi aivan kuin se olisi yksin markkinoilla eli tuottaa rajakustannusten ja rajahyödyn leikkauspisteen mukaisen määrän hyödykettä. Toinen yritys suhteuttaa tämän jälkeen oman tuotantonsa kysyntään, joka jää jäljelle sen jälkeen, kun markkinoiden kokonaiskysynnästä vähennetään ensimmäisen yrityksen osuus (residual demand). Tämän jälkeen ensimmäinen yritys korjaa tuotantomääräänsä vastaamaan muuttunutta tilannetta. Peli jatkuu, kunnes markkinat saavuttavat tasapainotilan. Edellä käsitelty hintajohtajuus perustuu Stackelbergin ajatukseen. Mallia on kritisoitu siitä, että hintajohtaja joutuu paljastamaan korttinsa ensin. Toisessa aallossa tulevat ovat sikäli edullisemmassa asemassa, että ne pystyvät optimoimaan tuotantonsa hintajohtajaa paremmin.[581] Toisaalta hintajohtajuus voi tuoda strategisen edun. Muut joutuvat sopeutumaan hintajohtajan petaamaan kilpailutilanteeseen. Hintajohtaja säilyttää joka tapauksessa huomattavan osuuden markkinoista.[582]

Cournotin, *Bertrandin* ja *Stackelbergin* mallit ovat perusluonteeltaan staattisia. Markkina- ja yritysrakenteen on oletettu determinoivan yritysten markkinakäyttäytymistä ja saavutettavia markkinatuloksia. Yritykset toimivat kuin kauko-ohjattuina tietyn kaavan mukaisesti.[583] Tämä on toisaalta staattisten mallien tarkoituskin, niitä ei vain tule sekoittaa todellisuuden kanssa tai ainakaan olet-

---

[580] Shapiron mukaan yleisesti Bertrandin mallia pidetään käyttäytymisoletuksena luontevampana, mutta Cournotin malli näyttäisi vastaavan paremmin empiirisen aineistoa. Ks. Shapiro (1989) 352–356. Carlton ja Perloff toteavat, että Bertrandin malli selittää paremmin sitä, miten yritykset hinnoittelevat hyödykkeensä, mutta että Cournotin malli on intuitiivisesti uskottavampi olettaessaan, että yritysten määrän väheneminen ceteris paribus nostaa hintatasoa. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 169–170.

[581] Voidaan kysyä, miksi vahva yritys antaisi itselleen Mustan Pekan. Ks. esim. M. Virtanen (1998) s. 34.

[582] Malli lienee käyttökelpoinen esim. tilanteissa, joissa yritysten kustannusrakenteet poikkeavat toisistaan tai markkinaosuudet ovat epäsymmetriset.

[583] Esimerkiksi Cournotin mallissa yritys olettaa, että kilpailijat tuottaa tietyn määrän hyödykkeitä. Sitä mihin tämä uskomus perustuu, malli ei selitä. Ks. Carlton/Perloff (2000) s. 161.

taa ainoaksi selittäväksi tekijäksi.[584] Staattinen tarkastelutapa jättää huomiotta yritysten mahdollisuuden käyttäytyä strategisesti eli toiminnallaan aktiivisesti vaikuttaa markkinaolosuhteisiin. Aikatarkastelu on yksidimensionaalista,[585] sillä se ei ota huomioon markkinoiden itseoikaisua, esimerkiksi, että ylihinnoittelu luo kiihokkeen uusien yritysten alalle tulolle.

5.3.4 Keskittymis-kolluusiohypoteesi

Keskittymis-kolluusiohypoteesin mukaan oligopolin tiukentuminen on omiaan keskimääräisesti nostamaan hintatasoa. Kilpailijoiden määrän vähentyessä vähenevät myös asiakkaiden vaihtoehdot, mikä nostaa ennen pitkää hintatasoa.[586] Havaitessaan keskinäisen riippuvuutensa oligopolistit päättelevät kaikkien hyötyvän, jos hintoja nostetaan tai kustannustason alenemisen mahdollistamasta hintojen laskemisesta luovutaan.[587] Toisaalta jos yritys ei seuraa korotusta, muutkin voivat luopua korotuksesta. Tämä on todennäköistä, mikäli yrityksen markkinaosuus on huomattava.[588] Tällöin kukaan ei hyödy. Edullisin vaihtoehto voi olla hinnankorotuksen seuraaminen, jolloin kaikki hyötyvät suhteellisesti saman verran.[589] Haittaa kärsivät kuluttajat hinnan noustessa ja kansantalous tuotannon kokonaismäärän laskiessa. Toisaalta oligopoli voi olla varsin dynaa-

---

[584] Pikemminkin kyse on peruslähtökohdasta, jonka päälle muu näyttö rakennetaan, esim. yritysten oletetaan painottavan toiminnassaan tuotantomääriä tai hintaa, yleensä seuraavan markkinajohtajaa tms. Malleihin vetoaminen ei siten tarkoita, että yritysten oletettaisiin käyttäytyvän aina saman kaavan mukaisesti. Kyse on yksinkertaistamisesta, jolla halutaan saada olennaisia säännönmukaisuuksia esille.

[585] Päätöksentekoa on tarkasteltu valokuvamaisesti, hetkittäisenä tilanteessa, kun tosiasiassa yritykset toimivat ajallisessa jatkumossa. Päätökset vaikuttavat viikkojen, kuukausien tai vuosien päähän. Yritykset eivät toimi markkinoista riippumatta, vaan pikemminkin valitsevat otollisiksi arvioimiaan positioita kohtaamisensa ongelmien ja markkinoiden kulloisenkin kehityssuunnan mukaisesti.

[586] Hinnoittelun joustamattomuutta on selitetty niin sanotulla vinolla kysyntäkäyrällä (kinked demand curve). Mallin mukaan oligopolistin ei kannata alentaa hintojaan, sillä kilpailijat vastaisivat välittömästi vastaavan suuruisella alennuksella. Malli antanee varsin yksinkertaistetun kuvan oligopolikilpailusta jättäen huomiotta muun ohella mahdolliset erot yritysten strategiassa ja kustannusrakenteessa. Mallin mukaan yritykset eivät vastaa hinnankorotukseen, mikä tekee siitä yhdelle yritykselle kannattamattoman. Niin sanotun hintajohtajuusteorian mukaan yritykset voivat hyvinkin seurata markkinajohtajan korotusta.

[587] Periaatteessa yritys hyötyisi eniten, jos kaikki muut nostaisivat hintojaan, mutta se yksin säilyttäisi hinnat ennallaan. Tällöin nimittäin kyseisen yrityksen hyödykkeiden kysyntä kasvaisi suhteellisesti enemmän kuin mitä hinnankorotuksen seuraamisesta aiheutuva katemarginaalin kasvaminen toisi rahaa sisään.

[588] Mikäli yrityksen markkinaosuus on vaatimaton, sen hinnoittelulla ei välttämättä ole olennaista merkitystä oligopolihinnan muodostumisessa. Tällöin muut voivat antaa kyseisen yrityksen pitää hintansa alhaalla.

[589] Oligopolistin kohtaamaa valintatilannetta voidaan mallintaa peliteoriasta tutun vangin ongelman avulla. Ks. esim. Monti, Oligopoly: Conspiracy, Joint Monopoly? Or Enforceable Competition? Word Competition, Vol 19 No. 3 (1996) s. 59–102.

minen ja muutoksille herkkä kilpailuasetelma. Yrityskoon kasvaminen voi tuoda mukanaan merkittäviä kustannusetuja.[590] Kolluusio on perusluonteeltaan epävakaa ilmiö. Se on ylipäänsä mahdollinen vain, mikäli yrityksillä on riittävä motivaatioperusta toimia pitkällä aikavälillä kooperatiivisesti, mikä edellyttää yleisesti mm. hyödykkeen homogeenisuutta ja yritysten kustannusrakenteen samankaltaisuutta.[591]

Keskittymis-kolluusiohypoteesi on kyseenalaistettu Chicagon koulun taholta. Oligopoli-ongelmaa ei kokonaan kiistetä, mutta sen yleisyyttä ja vahingollisuutta pidetään liioiteltuna. Vaikka yritysten voitot kasvavat oligopolissa, ei se johdu välttämättä kolluusiosta vaan selittyy etupäässä kasvavan yrityskoon tuomalla suuremmalla tehokkuudella. Erityisesti kiistetään SCP-mallin sisältämä determinismi, jossa markkinoiden keskittymisen ja muiden olosuhteiden oletetaan johtavan nimenomaiseen tai hiljaiseen kolluusioon.

Robert Borkin mielestä hiljaisen kolluusion ongelma ei voi olla todellinen. Borkin mielestä lähestymistapaa rasittaa looginen virhe. Jos kerran oletetaan, että kartellia uhkaavat sisäiset ristiriidat, informaatiovaje ja huijauksen ongelma, niin miten ihmeessä nimenomaista kartellia epätäydellisemmän hiljaisen kolluusion ylläpito voisi onnistua. Borkin mukaan käsitellyistä kilpailutapauksista saadut kokemukset osoittavat, että:

1) hinnat putoavat reilusti, kun joku yritys haastaa markkinoita hallinneen monopolistin;
2) oligopolistit jäävät usein kiinni nimenomaisesta kolluusiosta;
3) nimenomainen kartelli usein hajoaa ja hinnat putoavat takaisin kilpailulliselle tasolle.[592]

Borkin mukaan kartelleihin turvaudutaan menettelyn lainvastaisuudesta ja huomattavista oikeudellisista ja taloudellisista riskeistä[593] huolimatta juuri siksi, että epäsuorat tavat eivät mahdollista nimenomaisen kolluusion tuottamaa taloudellista voittoa. Kun kerran kartellin ylläpito ei onnistu, sitä suuremmalla syyllä hiljaisen kolluusion aikaansaaminen tai ainakaan sen ylläpito ei ole mah-

---

[590] Mikäli kilpailu säilyy tehokkaana, ainakin osa eduista siirretään kuluttajille. Kuitenkin uudemmat niin sanotut *mark up* -tutkimukset viittaavat siihen, että keskimääräisesti sekä hintataso että yrityksen voitot nousevat markkinarakenteen keskittyessä.

[591] Mikäli kustannusrakenne on erilainen, vain nimenomainen kolluusio on mahdollinen. Ei nimittäin olisi rationaalia, että alhaisimmin kustannuksin toimiva yritys suostuisi kolluusioon, sillä sen optimaalinen kartellihinta on kilpailijoiden optimia alempana. Alhaisemmat rajakustannukset omaavat yritykset pyrkivät suurempiin tuotantomääriin kuin ne, joiden kustannukset ovat suuremmat. Käytännössä ainoaksi mahdollisuudeksi maksimoida voitot jää hinnan ja määrän asettaminen kartellin jäsenten keskimääräisten muuttuvien kustannusten perusteella siten, että jäsenten markkinaosuuksia käytetään painotuksina. Ks esim. Choi, Menezes ja Tressler (1985).

[592] Bork (1993), s. 181.

[593] Yhdysvalloissa kartellit ovat rikoslain alaisia ja voivat johtaa sakkojen ja ns. kolminkertaisen vahingonkorvauksen ohella vankeusrangaistukseen. Viime vuosina on tuomittu ehdottomia vankeusrangaistuksia, jotka ovat vaihdelleet muutamasta kuukaudesta vajaaseen kahteen vuoteen.

dollista.[594] Bork vetoaa chicagolaisiin taloustieteilijöihin, kuten *Demsetziin*[595] ja *Brozeniin.*[596] Borkin mukaan saatavilla oleva näyttö viittaisi[597] pikemminkin siihen, ettei oligopoli vastoin *Cournotin* oletusta johda merkittäviin tuotannonrajoituksiin. Päinvastoin, markkinoiden keskittyminen voi lisätä kuluttajien hyvinvointia, koska suurempi yrityskoko johtaa tehokkaampaan tuotantorakenteeseen.[598] Sitä vastoin *Scherer ja Ross* toteavat, että vaikka Cournotin mallin oletukset ovatkin osin kyseenalaisia, yritysten lukumäärän vähentyminen näyttäisi korreloivan hintatason nousun kanssa,[599] mikä viittaisi teorian pitävyyteen.[600]

Hiljaista kolluusiota rasittavat useimmat edellä käsitellyistä kartellin ongelmista. Olisi harvinainen sattuma, jos yritysten koko ja kustannusrakenteet olisivat täysin identtiset. Kustannusrakenteeltaan edullisempien yritysten kannattaa yleensä myydä hieman enemmän ja hieman halvemmalla. Yritykset pyrkivät eriyttämään hintojaan ja differoimaan hyödykkeitään lähimpien kil-

---

[594] Borkin ilmeikäs kielenkäyttö ansaitsee sitaatin: "The Fragility of cartels is one of the things that makes them easy to detect, for the conspirators are forced to hold a number of meetings and to exchange telephone calls. The significance of this for our problem is twofold. First, it reinforces the preceding point: if even an admittently effective cartel is thought to be worth the costs of operation and the legal dangers, this indicates that oligopoly does not come close to producing the results of monopoly. Second, if uncertainties and temptations break down even detailed and specific agreements, what chance has an unspoken, undetailed mutual restraint of surviving market pressures? The best guess seems to be: none". Bork, Antitrust Paradox: A Policy in War with Itself (1978, 1993) s. 183.

[595] Demsetzin mukaan keskittymisen ja kilpailun välinen suhde on taloustieteen väärin ymmärretyimpiä kysymyksiä. Demsetzin mukaan ei ole olemassa (pitävää) teoriaa, jonka perusteella, tietystä keskittymisasteesta nimetyillä hyödykemarkkinoilla voitaisiin suoraan päätellä, ovatko hinnat kilpailullisella tasolla vai ei. Demsetz, Why Regulate Utilities? (1968), Two systems of Belief about Monopoly (1974).

[596] Brozenin tutkimuksessa kyseenalaistettiin markkinoiden keskittymisen ja yritysten voittojen välinen korrelaatio, sillä kyse ei ole monopolivoitoista vaan tehokkuuden lisääntymisestä. Markkinoiden keskittyminen voi johtua tarpeesta saavuttaa optimaalinen yrityskoko. Brozen, "The Concentration-Collusion Doctrine" (1977); McGee, In defence of Concentration (1971).

[597] Bork toteaa omana johtopäätöksenään, että oligopolikysymys on avoin ("[t]he subject of oligopoly is wide open") eikä siten voida yleisesti määritellä, johtaako oligopoli monopolistisiin vai kilpailullisiin hintoihin.

[598] Jos esim. yrityskauppa lisää yritysten tuotannollista tehokkuutta enemmän kuin mitä markkinoiden suhteellinen keskittyminen lisää hinnoitteluvaltaa, kuluttajat voivat hyötyä. Tämän tutkimuksen premisseillä kuluttajien hyötyminen edellyttää sitä, että tehokkuushyödyt siirretään hintoihin tai ilmenevät parempina hyödykevaihtoehtoina. Kuten edellä on todettu, Bork ei tätä oletusta tee, vaan tautologisesti kaikkia tahoja pidetään kuluttajina.

[599] Borkin siteeraamissa tutkimuksissa keskittymisastetta verrattiin oligopolimarkkinoilta saatuihin voittoihin. Uudemmissa ns. mark up- tutkimuksissa markkinoiden keskittymistä on verrattu hintatasoon. Tutkimukset ovat varsin yleisesti viitanneet siihen, että hintataso nousee markkinoiden keskittyessä. Johtopäätös ei kuitenkaan ole mitenkään ongelmaton tai yksiviivainen. Ryhtymättä tässä yhteydessä ratkomaan johtavien ekonomistien piirissä kiistanalaista kysymystä, on kuitenkin olemassa viitteitä siitä, että Cournot olisi sittenkin oikeassa. Luonnollisestikaan Cournotin voimakkaan stilisoitu malli ei vastaa todellisuutta, vaan on korkeintaan perusidea.

[600] Ks. Scherer/Ross (1990) s. 200–206. Ks. myös Sullivan/Grimes (2000) s. 39.

pailijoiden valikoimasta. Yrityksillä on usein puutteellinen käsitys kilpailijoiden tuotantomääristä. Markkinat ovat harvoin täysin transparentit. Tuotantoolosuhteet muuttuvat, menetelmät kehittyvät ja suhdanteet vaihtelevat. Mitä edellä on todettu kysynnän elastisuudesta ja markkinoille pääsyn esteistä, pätee mitä suurimmassa määrin hiljaiseen kolluusioon. Hintojen yksipuolinen nostaminen ei ole mahdollista, jos asiakas voi vaihtaa johonkin toiseen hyödykkeeseen tai jos hintojen korottaminen johtaa uusien yrittäjien alalle tuloon. Kolluusion todennäköisyys riippuu myös markkinoiden kehitysvaiheesta. Kokeiluvaiheessa ja kasvussa olevilla markkinoilla kolluusio lienee harvinaisempaa, varsinkin jos hyödyke on voimakkaan kehitysprosessin alainen. Kolluusio on todennäköisempää kypsillä markkinoilla. Taantuvilla markkinoilla tarve päästä omista hyödykkeistä eroon saattaa jo ylittää kolluusion hyödyt.[601]

Hiljaisen kolluusion mallintaminen lienee taloustieteen kiistanalaisimpia osa-alueita. Tutkimukset viittaavat siihen, että hiljainen kolluusio mahdollistaa ajan myötä hintojen korottamisen lyhyen aikavälin ei-kooperatiivisen tasapainohinnan yläpuolelle. Yritysten voitot ylittävät kilpailullisen hinnan mutta jäävät nimenomaisella kolluusiolla saavutettavissa olevan kooperatiivisen monopolihinnan alapuolelle.[602] Staattisten mallien perusongelmana voidaan pitää sitä, etteivät ne riittävästi kiinnitä huomiota yritysten tavoitteisiin ja vaikuttimiin, joiden perusteella valinnat tehdään. Oli markkinarakenne mikä tahansa, yrityksillä on aina enemmän kuin yksi toimintavaihtoehto.

5.3.5 Oligopolien mallintaminen peliteorian avulla

Fudenbergin ja Tirolen mukaan peliteoria on mullistanut käsityksiä yritysten käyttäytymisestä oligopolissa.[603] Peliteoria näyttää avaavan uusia näkökulmia erityisesti oligopolin jäsenten kulloistakin toimintaa selittävien vaikuttimien kuvaamisessa.[604] Erityisesti voidaan selittää kartellin pystyssä pysyminen, vaikka kartellihinnan alittaminen näyttäisikin olevan yksittäisen jäsenen intressissä.

---

[601] Viimeksi mainitussa tilanteessa todennäköisempi on nimenomainen kriisikartelli, jolla pyritään sopimaan tai ainakin ilmoitetaan pyrittävän sopimaan alan tervehdyttämisen vaatiman rakennemuutoksen toteuttamistavasta.

[602] Alexis Jacqueminin mukaan tutkimustulokset viittaavat siihen, että käytännössä informaatioongelmat ovat kuitenkin suuremmat kuin mitä ei-kooperatiivisissa teoreettisissa malleissa oletetaan. Yhtä kaikki, hinnat ovat epäoptimaalisen korkealla tasolla, mistä aiheutuu kuluttajille hyvinvointitappiota, ellei sitten ylivoittoja investoida esim. kuluttajia hyödyttävään tutkimukseen ja tuotekehittelyyn. Tällöin dynaamiset hyödyt voivat ylittää allokatiivisen tehokkuustappion. Markkinoiden rakenne on vain yksi yritysten käyttäytymiseen vaikuttava tekijä.

[603] Ks. Fudenberg/Tirole (1989) s. 261.

[604] Ks. yleisesti esim. Fudenberg/Tirole (1989) s. 261–327; Baird/Gertner/Picker (2000) s. 165–178; Amstutz (1999) s. 33–41.

Huijaamisen potentiaalisista hyödyistä huolimatta kartellihinnassa pysyminen on kannattavaa, jos kukin yritys arvioi muiden reaktiot siinä määrin epäedullisiksi, että riskiä ei kannata ottaa.

Peliteoria lähti kehittymään *Neumannin* ja *Morgensternin* vuonna 1944 julkaiseman tutkimuksen[605] pohjalta.[606] Peliteoriassa mallinnetaan ja analysoidaan tilanteita, jossa yhden toimijan (pelaajan) ratkaisu riippuu siitä, miten hän olettaa muiden käyttäytyvän. Oletuksena on, että kukin pelaaja toimii rationaalisesti ja pyrkii maksimoimaan omaa hyötyään. Peli voidaan jakaa eri toimintavaihtoehdot kuvaavaan päätöksentekomatriisiin ja vaihtoehtoisiin lopputuloksiin.[607] Kukin pelaaja pyrkii päättelemään muiden reaktiot, mikäli tietty toimintavaihtoehto valitaan. Peli syntyy siirtojen ja vastasiirtojen muodostamasta kokonaisuudesta. Peli on onnistunut, kun pelaaja kykenee hankkimaan itselleen maksimaalisen hyödyn (pay off). Pelaaja pyrkii valitsemaan strategian,[608] joka muiden pelaajien parhaat reaktiot huomioon ottaen on edullisin.[609]

Peliteoria soveltuu varsin hyvin kartellin kaltaisen pelitilanteen analysointiin. Kartellin jäsen A voi käyttäytyä joko kooperatiivisesti tai kilpailullisesti. Käyttäytymällä kooperatiivisesti A saa paremman hinnan, jos myös kaikki muut käyttäytyvät samalla tavalla. Toisaalta A voi pyrkiä kasvattamaan markkinaosuuttaan alittamalla kilpailijoiden tarjoukset. Ongelmana vain on se, ettei A voi olla etukäteen varma kilpailijoidensa reaktioista. Sama voidaan yleistää koskemaan kolluusiota yleensä. Ei-kooperatiivisessa peliteoriassa yritysten välinen kilpailu nähdään pelinä, jossa jokainen pelaaja pyrkii saavuttamaan omalta kannaltaan parhaan tuloksen ottaen huomioon kilpailijoiden toimenpiteet.[610]

---

[605] J. von Neumann/O. Morgenstern, Theory of Games and Economic Behaviour (1944).

[606] Ks. esim. Rasmusen (2001) s. 1–2.

[607] Fudenbergin ja Tirolen mukaan pidemmän kaavan peli voidaan muotoilla seuraavasti: 1) pelijärjestys, 2) kunkin pelaajan käytettävissä olevat mahdollisuudet, kun on hänen vuoronsa tehdä siirto, 3) pelaajan käytettävissä oleva informaatio kullakin vuorolla, 4) kunkin siirtovaihtoehdon tuottama lopputulos (payoff) ja 5) kunkin siirtovaihtoehdon "luonnollinen" todennäköisyys. Ks. Fudenberg/Tirole (1989) s. 261.

[608] Strategialla tarkoitetaan yksinkertaisesti pelaajan valitsemaa suunnitelmaa. Monimutkaisemmissa peleissä voidaan puhua shakkipelin tapaan strategiasta ja taktiikasta. Shakissa strategialla tarkoitetaan yleisempää, pidemmän aikavälin tavoitetta ja taktiikalla konkreettisia sommitelmia, joilla saavutetaan välittömiä tavoitteita.

[609] Shakkipelin tavoin harkitessaan siirtoaan pelaaja pyrkii ennakoimaan vastustajan parhaat vastaukset siten, että oma siirto on vastustajan paras/todennäköisin vastaus huomioon ottaen optimaalinen. Käytännössä markkinoilla vaikuttavien muuttujien määrä on moninkertainen shakkipelin suljettuihin sääntöihin verrattuna. Shakkipelissä valitun pelitavan hyvyys tai huonous voidaan selvittää jälkikäteisellä analyysilla. Shakissa parhaat siirrot voittavat aina, ulkoisten tekijöiden merkitys on olematon. Elävässä elämässä kausaalisuhteet ovat ei-determinoituja; ennakolta rationaalisesti tarkastellen optimaalinen strategia voi epätodennäköisten sattumuksen tai yksinkertaisesti huonon onnen johdosta osoittautua onnettomaksi valinnaksi.

[610] Bishopin ja Walkerin mukaan peliteoria on ryhtynyt vaikuttamaan oligopolien tutkimiseen erityisesti 1970-luvulta alkaen. Ks. Bishop/Walker (1999) s. 22. Ks. myös esim. Carlton/Perloff (2000) s. 180–187 sekä Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 46–48.

Tunnetussa *vangin ongelmassa*[611] *(prisoner's dilemma)* yritys pyrkii maksimoimaan omaa hyötyään valitsemalla sen strategian, joka kanssapelaajan kaikki toimintavaihtoehdot huomioon ottaen johtaa edullisimpaan lopputulokseen.[612] Kukin pelaaja pyrkii valitsemaan pelitavan, joka johtaa sille itselleen edullisimpaan lopputulokseen eli sen, jossa saavutettava hyöty on suurin tai vältettävänä oleva haitta pienin. Yksittäisessä kaupassa suurimman voiton tekee se, joka muista poiketen myy alle sopimushinnan. Huijaaminen näyttää kannattavalta. Paradoksaalisesti oman edun maksimointi johtaa kaikille osapuolille heikompaan lopputulokseen – tässä tapauksessa kartellin sortumiseen – kuin tilanteessa jos kaikki myyjät olisivat toimineet yhteistyössä. Vaikka aggressiivinen hintakilpailu olisikin kannattavaa[613] ainutkertaisissa peleissä *(one shot game)*, se ei välttämättä ole sitä ennalta määrättömällä tavalla toistuvissa peleissä.[614]

Robert Axelrod on käyttänyt sovinnollisesta pelitavasta nimitystä *"Tit for Tat"*. Pelaaja toimii sovinnollisesti, mutta vastaa kilpailijoiden ei-kooperatiiviseen toimintaan repressioilla. Näin luodaan yhteistyökykyinen ja jämäkkä vaikutelma, mikä vaikuttaa edullisesti vastapelureiden suhtautumiseen. Muiden pelaajien kannattaa suhtautua vastavuoroisen kooperatiivisesti ja olla

---

[611] Ks. vangin ongelmasta esim. Nalebuff (1998); Baird/Gertner/Picker (1994) s. 33–35, 165–166, 168–177.

[612] Alkuperäisessä vangin ongelmassa oletetaan, että kaksi rikollista on toisistaan eristettyinä tutkintovankeudessa poliisikuulusteluja varten. Kumpikin vanki voi joko tunnustaa rikoksen tai kieltäytyä yhteistyöstä poliisin kanssa. Tunnustanut vanki saa lievemmän tuomion. Toisaalta jos kummatkin pysyvät hiljaa, näyttö ei riitä kummankaan tuomitsemiseen. Ankarimman rangaistuksen saa se vanki, joka ei ole tunnustanut, mutta joka tulee tuomituksi rikoskumppaninsa kertomuksen perusteella. Pelitilanteessa kummankin kannalta edullisin vaihtoehto olisi se, että kumpikaan ei tunnustaisi, koska tällöin kumpikin välttäisi tuomion. Yksittäisen vangin (A) kannalta edullisempaa on kuitenkin tunnustaa, koska hän ei voi varmuudella tietää rikoskumppaninsa aikomuksista. Hän voi kuitenkin olettaa, että toinenkin vanki (B) saattaa hyvinkin tunnustaa maksimaalisen rangaistuksen välttämiseksi. Kun A ei voi tietää B:n tulevaa reaktiota, mutta koska hänen täytyy olettaa B:n pyrkivän lieventämään omaa tuomiotaan, kannattaa A:n tunnustaa. Jos nimittäin A ei tunnusta, mutta B tunnustaa, A saa maksimaalisen rangaistuksen. Toisaalta vaikka B tunnustaa A:n lisäksi, ei sillä ole vaikutusta A:n rangaistukseen, koska A on tunnustanut joka tapauksessa. Paradoksaalisesti yhtäaikainen pyrkimys oman hyödyn maksimointiin ja riskin minimointiin johtaa kummallekin ei-optimaaliseen lopputulokseen. Tekemällä yhteistyötä kumpikin osapuoli saisi paremman lopputuloksen. Vastaavasti A:n kannattaa huijata kartellissa eli myydä sovittua halvemmalla, koska hän voi olettaa myös muidenkin niin tekevän. Huijaaminen johtaa ennen pitkää kartellin hajoamiseen. Ks. tarkemmin esim. Axelrod (1984) 83, 99; Phlips 49–51; Bishop/Walker s. 79–82.

[613] Viesti "kilpailen hinnalla" voidaan ymmärtää siten, että tähän on syytä varautua myös jatkossa. Kilpailijoille syntyy halu ja tarve "maksaa potut pottuina" tilanteissa, joissa niille itselleen avautuu mahdollisuus viedä po. yritykseltä asiakas. "Välistäveto" loisi epäsuotuisan ennakkotapauksen tulevia pelitilanteita silmälläpitäen.

[614] Mikään ei estä B:tä ja C:tä huijaamasta uudessa pelitilanteessa, mutta todennäköisesti B:n ja C:n toimintaa ohjaa samankaltainen päättelyketju kuin mitä edellä A:n osalta on esitetty. Ottamalla muiden edun huomioon A turvaa oman selustansa B:n ja C:n tulevia vastareaktioita vastaan.

huijaamatta repressaalien välttämiseksi.[615] Kyseinen strategia osoittautui menestyksekkäimmäksi Axelrodin peliteoreetikoille järjestämissä turnajaisissa.[616] *Pelin toistuminen eli iteraatio selittää kolluusion pitkäaikaisuuden.*[617] Tilanne muuttuu toiseksi siinä tapauksessa, että yksi tai useampi yritys arvioi kolluusion jatkamisen joka tapauksessa kannattamattomaksi esimerkiksi uusien "hintahäirikköjen" markkinoille tulon vuoksi. Tällöin saavutetaan vangin ongelman kaltainen loppupelitilanne (end game state). Dynaamisissa peleissä epävarmuustekijöiden määrää lisätään. Yritykset eivät esim. tiedä sitä, onko kyse iteratiivisesta pelistä vai loppupelistä. Mitä enemmän muuttujia ja epävarmuustekijöitä lisätään, sitä monimutkaisimmiksi pelit muuttuvat.

Niin kutsutussa *Cournot-Nash-tasapainomallissa*[618] yritykset A ja B voivat valita nimenomaisen kartellin, Cournot-hinnoittelun ja kilpailullisen hintatason välillä. Cournot-Nash-tasapaino voidaan määritellä ei-kooperatiiviseksi tasapainoksi, jossa – kun otetaan huomioon kaikkien muiden yritysten käyttäytyminen – mikään yrityksistä ei halua muuttaa käyttäytymistään. Kaikki yritykset maksimoivat voittonsa olettamalla, että muut yritykset käyttäytyvät tietyllä tavalla.[619] Mallissa päädytään siihen, että Cournot-hinta on kummankin pelurin dominoiva strategia, sillä se maksimoi kummankin voitot siitä riippumatta, mitä toinen osapuoli tekee. Ratkaiseva ero Cournotin tasapainon ja sovitun kartellihinnan välillä on siinä, että Cournotin oligopolissa jokainen yritys määrittelee itsenäisesti[620] tuotantomääränsä rajakustannusten ja rajahyödyn perus-

---

[615] Axelrod kuvaa pelitapaa seuraavasti: "It is nice, forgiving, and retaliatory. It is never first to defect; it forgives an isolated defection after a single response; but it is always incited by a defection no matter how good the interaction has been so far." Ks. myös Dixit/Nalebuff (1997) s. 105–116, jotka toteavat, ettei kaikissa tilanteissa kannata vastata "silmä silmästä", sillä uhkana on päättymätön vastavuoroisten sanktioiden ketju. Epätäydellisen informaation vallitessa riskinä on myös rankaisutoimenpiteiden käyttäminen sellaisissakin poikkeamissa, joissa vastapuolen tarkoituksena ei ole murtaa kooperaatiota. Tämän vuoksi järkevää on suhteuttaa vastatoimenpiteet rikkomuksen vakavuuteen ja yleisyyteen ja olla vastavuoroisesti valmis palaamaan kooperatiiviseen käyttäytymiseen.

[616] Oligopolin toimintaa koskevien kokeellisten koetilanteiden osalta ks. myös esim. Carlton/Perloff (2000) s. 184–186.

[617] Ilman tietokonesimulaatiotakin tulevaisuuden yhteistyötilanteet huomioon ottavan toimintamallin motiiviperusta on inhimillisesti mitä ymmärrettävin. Ihminen – myös kauppias – on "sosiaalinen eläin", jonka ei yksinkertaisesti kannata maksimoida lyhyen tähtäimen etuaan, jos ympäristön vastareaktiot aiheuttavat itselle olennaista haittaa tulevaisuudessa. *Homo oeconimicus* ei pohjimmiltaan ehkä olekaan perustavaa laatua olevassa ristiriidassa *homo sociologuksen* kanssa, rationaalisuutta vain ei pidä ymmärtää aikaperspektiivissä liian suppeasti. Sumealla logiikalla samat "laumakäyttäytymisen" säännöt soveltuvat oligopolistien toimintaan markkinatilanteissa, joissa elinkeinonharjoittajat arvostavat tasaisen ja varman tuloksentekokyvyn riskialttiita pikavoittoja korkeammalle.

[618] Nash (1954).

[619] Ks. Bishop/Walker (1999) s. 22. Ks. tarkemmin esim. Fudenberg/Tirole (1989) s. 265–276.

[620] Itsenäisyys on sikäli hieman teennäistä, että yritysten oletetaan olevan identtisiä, mistä seuraa identtinen käyttäytyminen.

teella, kun taas kartellissa tuotettava määrä täytyy päättää yhteisesti. Jokainen yritys arvioi korrektisti muiden tuotantomäärän ja määrittää tämän jälkeen omat voitot maksimoivan tuotantomäärän itselleen. Näin ollen yritys ei saa mitään erityistä etua huijaamisesta, koska se voi olettaa muiden seuraavan välittömästi. Jokainen yritys pyrkii itsenäisesti maksimoimaan voittonsa. Toisin kuin kartellissa, yksittäisen yrityksen rajahyödyt eivät ylitä kartellihinnassa pitäytymisen yhdelle jäsenelle tuomaa tasoa. Tämä yhdistettynä siihen, ettei kilpailijoiden seuraaminen ole lainvastaista, johtaa siihen, että hiljainen kolluusio on ainakin periaatteessa nimenomaista kolluusiota vakaampaa ja pitkäikäisempää. Toisaalta yritysten saama voitto on nimenomaisessa kolluusiossa suurempi. Kartellin ja muiden kooperatiivisten toimintamallien voidaan olettaa yleistyvän markkinoiden keskittyessä.[621] Mitä keskittyneemmät markkinat ovat, sitä todennäköisemmin hinnat nousevat ilman nimenomaisia välipuheita tai keskinäistä tietojenvaihtoa.

Niels tiivistää peliteorian kolluusiota koskevat keskeiset tutkimustulokset neljään väittämään:[622]

1. Kun vangin ongelma -peliä toistetaan ennalta määrätty lukumäärä kertoja peräkkäin, pysyväisluonteista tasapainoa ei saavuteta kolluusion avulla. Huijaaminen kannattaa viimeisellä kierroksella, edellistä viimeisellä jne. (ns. taaksepäin laskemisen ongelma). Käytännössä kuitenkin suuri määrä peräkkäisiä pelejä voi johtaa kolluusion syntymiseen.
2. Ennalta määräämättömän määrän kertoja peräkkäin toistuvissa ns. superpeleissä yrityksillä on aina mahdollisuus rangaista. Siksi kolluusio on vakaampaa. Mahdollisten tasapainopisteiden suuri lukumäärä heikentää mahdollisuuksia ennakoida lopputulosta.
3. "Täydellinen" kolluusio on mahdollinen, mikäli yritykset havaitsevat nopeasti huijaamisen ja pystyvät rankaisemaan huijaria uskottavalla tavalla.
4. Kolluusion pitkäaikaisuus on sitä todennäköisempää, mitä ankarampia muiden yritysten sanktiot ovat. Jos rangaistus ylittää huijaamisen hyödyn, huijaaminen ei kannata.

Voidaan todeta, että tyypillisillä markkinoilla pelitilanteet toistuvat usein. Useimmat markkinat kuuluvat siten kategorioihin 1 tai 2. Tämä pätee erityisesti homogeenisia massahyödykkeitä koskeviin markkinoihin, joiden voidaan muutoinkin olettaa olevan kolluusion pääasiallinen esiintymisalue. Peliteoria ennustaa hiljaisen kolluusion yleisyyttä ja jatkuvuutta, ei kuitenkaan, millä hintatasolla tasapaino löytyy. *Nielsin* artikkeli jättää hieman epäselväksi, mitä "täydellisellä" kolluusiolla tarkoitetaan. Asiayhteydestä voidaan päätellä sillä tarkoitettavan hintatasoa, joka lähentyy monopolihintaa. Lopputuloksena voikin

[621] Hovenkamp (1999) s. 190.
[622] Ks. Niels (2001) s. 170 ss.

olla nimenomainen kartelli, jos kartellihinnasta poikkeaminen uhkaisi laskea hinnat ei ainoastaan markkinoiden luontaisesti tarjoamalle Cournot-tasolle, vaan tämän alapuolella olevalle kilpailulliselle tasolle. Kolluusion säilyminen on sitä todennäköisempää, mitä suuremmiksi siitä luopumisen riskit koetaan. Mahdollisuudet Cournot-hinnan ylittämiselle ovat sitä paremmat, mitä tarkemmin ja mitä nopeammin yritykset saavat toistensa liikkeet tietoonsa ja mitä tehokkaammin ne kykenevät rankaisemaan huijareita.[623] Paradoksaalisesti kilpailullisten elementtien lisääminen markkinoilla voi yritysten vaikuttimien kannalta tarkasteltuna lisätä nimenomaisen kartellin riskiä.[624]

Oligopoleja koskevien dynaamisten mallien alkuvaiheessa näyttävät korostuneen kolluusion epästabiilisuutta koskevat huomiot.[625] Huijaamisongelman vuoksi sekä nimenomaista että hiljaista kolluusiota pidettiin etupäässä ohimenevänä ongelmana. Yritysten ei kuitenkaan tarvitse päätellä kilpailijoiden reaktioita asiayhteydestä irrotettujen todennäköisyyslaskelmien perusteella. Käytännössä useimmat liike-elämässä pelattavat pelit toistuvat usein tai ennalta määräämättömän määrän kertoja perätysten. Peliteorian kehittymisen myötä kehitys näyttää menneen kolluusion vakautta korostavaan suuntaan. Iteraatio selittää ei-kooperatiivisen Cournot-Nash tasapainotilan löytymisen.[626] Peliteoria jäntevöittää analyysiä kuvatessaan realistisella tavalla oligopolistien päätöksentekotilannetta.[627] Cournotin malli saa uutta uskottavuutta ja hiljainen kolluusio alkaa vaikuttaa todelliselta ongelmalta. Valitettavasti peliteoria tarjoaa yleensä lukuisia rinnakkaisia lopputuloksia.[628] Oligopoleja koskevien teorioi-

---

[623] Hieman liioitellulta vaikuttaa Nielsin väittämä, jonka mukaan jos hinnat ovat riittävän läpinäkyvät ja yritykset eivät anna salaisia alennuksia, kolluusio saavutetaan markkinoiden rakenteesta riippumatta. Nielsin mielestä näissä olosuhteissa kolluusio voisi säilyä, vaikka markkinoilla toimisi satoja yrityksiä. Ks. Niels, s. 171. Hedelmällisemmältä vaikuttaa lähestymistapa, jossa peliteorialla täydennetään SCP-kehikkoa, ei kokonaan korvata sitä.

[624] Shapiro käyttää tästä havainnosta nimitystä topsy-turvy principle. Havainto ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö kilpailua kannattaisi pyrkiä lisäämään. Periaate koskee yritysten kiihokkeita luoda kartelli, ei sitä, kuinka todennäköistä markkinavoiman saavuttaminen kartellin avulla on. Ks. Shapiro (1989) s. 365. Esim. sähkömarkkinoiden vapauttaminen on lisännyt yritysten kiihokkeita nimenomaiseen yhteistyöhön, mutta todennäköisesti kilpailun avaamisen markkinavoimaa lisäävä vaikutus on ollut sinänsä valitettavaa kiihokevaikutusta olennaisesti merkittävämpää.

[625] Neven ym. (1998) toteavat, että 1960-luvulla ja vielä 1970-luvun alkupuolella oltiin yleisesti sitä mieltä, ettei kolluusio voi olla pitkäaikainen ongelma. Ks. Neven ym. (1998) s. 46.

[626] Ajatus ei sinänsä ole uusi, sillä jo Chamberlin oletti yritysten löytävän keskinäisessä kanssakäymisessään kilpailullista tasoa korkeamman hintatason. Ks. Fudenberg/Tirole (1989) s. 278. Ennuste on kuitenkin uskottavampi silloin, kun sitä ei johdeta mekanistisesti markkinarakenteesta, vaan rakenteen, ulkoisten olosuhteiden, rationaalisen hyödyn maksimoinnin ja virheistä oppimisen yhteisvaikutuksesta.

[627] Ks. myös Carlton/Perloff (2000) s. 178–184, 186.

[628] Ks. Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 49–51: "If repeated interactions provide an adequate mechanism to enforce outcomes with substantial market power, 'soft cartels' may indeed become a significant concern for antitrust policy, and possibly more so than 'hard-core cartels'. There are, however, at least two reasons why 'soft cartels' may not be such a concern. First, as in the case of an explicit enforcement mechanism, the operation of implicit mechanisms

den pääongelma onkin niiden *indeterministisyys*.[629] Joskin tutkimukset vahvasti viittaavat hintojen nousuun markkinoiden keskittyessä, markkinoiden rakenteen ja markkinatulosten välillä ei ole havaittavissa läheskään yhtä selkeää korrelaatiota kuin täydellisen kilpailun ja monopolin mallintamisessa.[630] Suuremman yrityskoon tuomat produktiiviset tehokkuushyödyt voivat ylittää hintojen noususta aiheutuvan allokatiivisen tehokkuustappion.[631]

Peliteoriassa kyse on vaihtoehtojen mallintamisesta ei sen tutkimisesta, missä määrin valintojen premissit ovat oikeita tai virheellisiä.[632] Peliteorian sisäinen loogillisuus ei vastaa siihen, missä määrin pelaajan ratkaisut ovat pelin ulkopuolisin kriteerein arvioituina oikeita tai vääriä. Tässä on kaiken matemaattisen mallintamisen raja. Evolutionäärisen peliteorian kehittymisen odotetaan tuovan uusia välineitä kolluusion mallintamiseen. Evolutionäärinen peliteoria ei perustu täydelliselle, vaan rajoitetulle rationaalisuudelle (bounded rationality).[633] Yritysten oletetaan tekevän virheitä, mutta oppivan niistä. Iteraation seurauksena markkinoilla valikoituvat käyttöön ne toimintatavat, jotka ovat yrityksille edullisia. Kun Cournot-hintataso on yrityksille kilpailullista hintatasoa edullisempi, on luonnollista, että yrityksen ja erehdyksen kautta siihen myös päädytään, mikäli markkinaolosuhteet sen sallivat. Yhdistämällä peliteoreettinen aines SCP-kehikkoon saadaan aikaisempaa selitysvoimaisempi teoria kilpailuoikeudellisen päätöksenteon tarpeisiin. Yhdistämällä peliteoria ja SCP-kehikko yksityiskohtaiseen markkina-analyysiin ja aiempiin kokemuksiin edellytykset kolluusion ymmärtämiseen ovat aiempaa paremmat. Kilpailuoikeudellisen lainkäytön näkökulmasta tarkastelukulman siirtäminen rationaalista evolutionääriseen peliteoriaan näyttäisi lisäävän teorian ennustearvoa. Peliteo-

---

will require that firms be able to observe each other's behaviour. – Second, implicit coordination through repeated interactions may, paradoxically, be ineffective because it is such a generic mechanism. As indicated above, many different outcomes involving market power can arise for a given punishment strategy. How will firms make sure that they focus on a particular outcome? This question has by large not been treated formally so far. – Overall, the prospect that firms may rely on implicit enforcement mechanisms (however imperfect) to exercise collective market power still raises a significant issue for anti-trust policy."

[629] Tavanomaisimmat, lainkäytössä hyödynnettävissä olevat mallit lepäävät varsin pitkälle menevien yleistysten varassa. Mallien oletuksista riippuen lopputulos voi olla joko hyvin kilpailullinen tai lähellä monopolihintaa. Ongelmaa ei helpota empiiristen tutkimusten kirjavuus.

[630] *Scherer* ja *Ross vetävät* tutkimustulokset yhteen toteamalla, että *"anything can happen"*. Ks. Scherer/Ross (1990) s. 199.

[631] Staattista tarkastelua olennaisempaa on kilpailuprosessin tarkastelu. Rakennetarkastelu ja peliteoria tarjoavat työvälineitä kilpailuanalyysiin, eivät valmiita lopputuloksia.

[632] Viime kädessä kaikki lepää sen varassa, että asetetut premissit ovat oikeita ja että jokainen pelaaja käyttäytyy pelitilanteessa rationaalisesti. Peliteorian arvo on vaihtoehtoisten reaktioiden mallintamisessa. Keskittymällä tärkeiksi koettuihin muuttujiin peliteoria avaa tien monimutkaisten päätöksentekotilanteiden systemaattiseen hallintaan ja analysointiin. Samalla voidaan selvittää kussakin tilanteessa syntyvä todennäköisin vaihtoehto edellyttäen, että jokainen pelaaja tekee vain rationaalisia valintoja.

[633] Rajoitetun rationaalisuuden osalta ks. esim. Timonen (1997) s. 70–75.

ria lisää lainkäyttäjän analyysivälineistöä valottaessaan oligopolistien kulloinkin valitseman strategian taustalla olevia vaikuttimia. Pyrittäessä selittämään tai ennustamaan yritysten toimintaa huomiota on kiinnitettävä sekä rakenteellisiin tekijöihin (SCP) että yritysten vaikuttimiin (peliteoria). Kyse on kuitenkin edelleen *enemmän selittämisestä kuin ennustamisesta.* Perustelen tätä neljällä eri näkökohdalla.[634]

Ensinnäkin käytännön kannalta mielenkiintoiset dynaamiset pelit antavat tyypillisesti joukon mahdollisia lopputuloksia kertomatta, mikä vaihtoehtoisista ratkaisuista tulee valituksi. Niin kutsutun Folk-teoreeman mukaan mikä tahansa yhden pelaajan näkökulmasta rationaalilta vaikuttava toimintavaihtoehto voidaan valita, mikä voi vaikuttaa ratkaisevasti markkinoilla syntyvään lopputulokseen. Esimerkiksi yhden yrityksen huijaaminen voi saada aikaan hintasodan ja vastoin rationaalia olettamaa tasapainotilanne ei löydykään uudelleen sen jälkeen, kun huijaaminen periaatteessa on tullut rangaistuksi tai hyvitetyksi. *Toisekseen* peliteoreettisella mallilla saatava tulos riippuu täysin siitä, mitä tekijöitä peliin on rakennettu sisälle. Tältä kannalta peliteoria rakentuu samantapaisten oletusten varaan kuin *Cournotin* ja *Bertrandin* mallit, joskaan teorian oletukset eivät ole läheskään yhtä ahtaita. Käytännössä kaikki kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettävät matemaattiset mallit lepäävät täysin premissiensä varassa. Mallin sisäinen loogisuus ei vielä tarkoita sitä, että malli vastaa reaalimaailman olosuhteita. *Kolmantena* ongelmana voidaan mainita se, etteivät yritykset vastoin teorian oletuksia läheskään aina käyttäydy rationaalisti. Liikkeenjohdossa tehdään aika ajoin virhearviointeja. Rationaalisuuteen liittyvä ongelma näyttäisi olennaisesti lieventyvän evolutionäärisessä tarkastelussa. *Neljäs* näkökohta on nähdäkseni painavin. Vaikka evolutionäärinen näkökulma kaventaa Folkin teoreeman soveltamisalaa, *Hayekia* lainatakseni kilpailuprosessi on aina lopputulokseltaan avoin, luova prosessi.[635] Yleensä paras, mitä talousteoria voi lainkäyttäjälle antaa, ovat käsillä olevan aineiston perusteella laadittavat ennusteet enemmän ja vähemmän todennäköisistä lopputuloksista *(pattern predictions).*[636]

---

[634] Peliteorian haasteista ks. myös esim. Krüger (1996) s. 148–51; Amstutz (1999) 47–48; Etter (2000) s. 122 ss.

[635] Vrt. Etter s. 123: "Evolutionary game theory might be the future key to a generalizing theory of collective dominance. If we could say that what must happen we would achieve nearly scientific perfection, similar to mathematics where one and one is two." Oman tieteenkäsitykseni mukaan näin pitkälle menevä inhimillisen käyttäytymisen ennustaminen ei ole mahdollista ilman satujen kristallipalloa, jollaista tietääkseni vielä ei ole keksitty.

[636] Ennusteeseen voidaan vedota, kun todennäköisyyttä pidetään riittävän suurena. Tämä on otettava huomioon arvioitaessa sitä, kuinka laajalti kartellisopimusta tai yhdenmukaistettua menettelytapaa koskeva arviointi on mahdollista rakentaa puhtaan taloustieteellisen näytön varaan. Edellä oleva antaa aihetta sekä optimismiin että varovaisuuteen.

6. Markkinavoiman hyvinvointivaikutukset

Markkinavoima ei ole itsessään vahingollista tai tuomittavaa. Vähintään potentiaalisena riskinä on kuitenkin aina toimivalle kilpailulle asetettujen tavoitteiden saavuttamatta jääminen. Liiallisen markkinavoiman seurauksena

1) tuotantopanokset allokoituvat epäoptimaalisella tavalla (allokatiivinen tehokkuustappio),
2) varallisuutta siirtyy kuluttajilta markkinavoimaisille yrityksille (tulonsiirtovaikutus) ja
3) kilpailumekanismin toimivuuden heikentyessä markkinoiden kyky tuottaa tehokkaasti uusia hyödykkeitä ja sopeutua muutoksiin heikkenee (dynaaminen tehokkuustappio).

Jos markkinavoima on saavutettu muita paremman tuotekehittelyn seurauksena, markkinavoiman syntymistä ei voida tai kannata estää. Mahdollisesti tehokkuusvaatimukset ovat edellyttäneet suurta yrityskokoa, jolloin tuotannollisen tehokkuuden haittapuolena on markkinoiden liiallinen keskittyminen tietyillä toimintasegmenteillä. Milloin markkinavoiman syntymistä ei voida estää, tulee sitä kontrolloida ja säännellä.

6.1 TARKASTELUN LÄHTÖKOHTIA

Kilpailuoikeuden vaikeimpia asioita on erottaa toisistaan markkinavoiman positiiviset ja negatiiviset vaikutukset. Suurempi yrityskoko voi lisätä yrityksen kilpailukykyä alentamalla kustannuksia ja antaa sille markkinavoimaa. Usein tämä on tarpeen yrityksen kansainvälisen kilpailukyvyn lisäämiseksi. Toisaalta markkinavoiman seurauksena kustannussäästöjä ei tarvitsekaan viedä hinnoitteluun ainakaan kotimarkkinoilla. Taloudellisesti tarkastellen markkinavoiman yhteiskunnalliset hyödyt ja haitat saadaan esille, kun sosiaalisista kustannuksista vähennetään mahdolliset hyödyt.[637] Liiallisesta markkinavoimasta aiheutuvia hyvinvointitappioita lienee lähtökohtaisesti selkeintä kuvata perinteisen monopolimallin avulla. Termi "monopoli" ei tässä yhteydessä tarkoita sitä, että yhdellä yrityksellä olisi legaalinen yksinoikeus tai että se muutenkaan toimisi yksin markkinoilla. Malli on niin yleinen, että sillä voidaan kuvata useampia

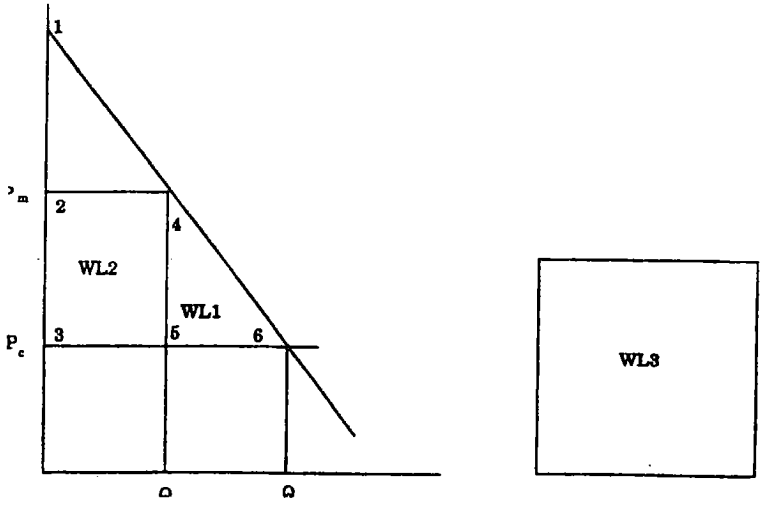
---

[637] Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy (1999) s. 20. Ks. myös saman kirjoittajan artikkelia The Measurement of Market Power: Policy and Science kirjassa The Law and Economics of Competition Policy (1990) s. 43–68.

tilanteita. Sillä on kuvattu yhtä hyvin kartellien, määräävän markkina-aseman kuin yrityskauppojen tehottomuus-/tehokkuusvaikutuksia. Monopolilla tarkoitetaan tässä yhteydessä sellaista markkinavoiman astetta, josta alkaen yritys tai useamman yrityksen muodostama ryhmä voi omin toimenpitein nostaa markkinoilla vallitsevaa hintatasoa.

Staattisessa tarkastelussa monopolista aiheutuva hyvinvointikustannus on niin sanottu allokatiivinen tehokkuustappio.[638] *Allokatiivinen tehokkuustappio (deadweight loss)* aiheutuu siitä, että monopolin vallitessa hyödykettä tuotetaan hieman vähemmän ja hieman kalliimmalla kuin kilpailutilanteessa. Markkinoilla saavutetaan tasapaino kysynnän ja tarjonnan välillä hieman epäedullisemmassa pisteessä kuin vertailukohdaksi otetun täydellisen kilpailun tilanteessa. Hieman yleisemmin haittoja voidaan tarkastella *Hovenkampin* esittämän kuvion[639] perusteella.

THE BASIC ECONOMICS OF ANTITRUST



[638] Hovenkamp (1999) s. 20–21. Näin ainakin, jos monopolista aiheutuva tulonsiirto kuluttajilta monopolistille rajataan tarkastelun ulkopuolelle. On kiistanalaista, tuleeko monopolin taloudellisessa analyysissä kiinnittää huomiota tulonsiirtoon kuluttajilta monopolistille. Useimmat neoklassisen koulukunnan ekonomistit jättävät ne tarkastelun ulkopuolelle, koska kannanotto tulonsiirtokysymyksiin nähdään poliittisluontoisena kysymyksenä.
[639] Hovenkamp (1999) s. 20.

Kuviossa vasemmalla puolella oleva kuvio vastaa perinteistä tapaa kuvata markkinavoiman[640] haittavaikutuksia.[641] Hovenkampin kuviossa oikealla oleva neliö kuvaa niitä markkinavoiman taloudellisia haittavaikutuksia, jotka jäävät hintateorian ja toimialan taloustieteen perinteisen analyysin ulkopuolelle.

6.2 MARKKINAVOIMA JA ELINKEINOTOIMINNAN TEHOKKUUS

6.2.1 Allokatiivinen tehokkuustappio

Kuvion vasen puolisko kuvaa voiton maksimointiin pyrkivän monopolistin toiminnan seurauksia. Kuviossa hinta Pk ja määrä Qk kuvaavat hinnan ja määrän tasapainoa kilpailullisilla markkinoilla. Pm kuvaa saman hyödykkeen hintaa tilanteessa, jossa yksi yritys hallitsee markkinoita ja Qm tuotettua määrää samoilla markkinoilla. Niin kutsuttu *Harbergerin kolmio* 4-5-6 kuvaa aluetta, jolla allokatiiviseksi tehokkuustappioksi[642] (dead weight loss) kutsuttu hyvinvointitappio (welfare loss, kuviossa WL 1) syntyy. Monopolin seurauksen hinta muodostuu kilpailullista hintaa korkeammaksi (Pm – Pk). Monopolin tuottama hyödykemäärä on kilpailutilannetta pienempi (Qm – Qk). Kuluttajat, joiden kysyntäkäyrä (merkitty kuviossa numerolla 1) sijoittuu pisteiden 4 ja 6 väliin, ostaisivat tuotteen hintaan Pk mutta jättävät sen ostamatta hinnan noustessa tasolle Pm. Tällaiset kuluttajat karsiutuvat pois monopolituotteen kysynnästä, vaikka heidän aiheuttamansa kustannukset alittavat monopolihyödykkeen tuotantokustannukset. Monopolihyödykkeen sijasta he joutuvat ostamaan

---

[640] Termillä markkinavoima tarkoitetaan tässä yhteydessä yrityksen kykyä hinnoitella yli kilpailullisen hintatason tai muulla tavoin vaikuttaa olennaisesti alan kilpailuolosuhteisiin. Samaa kuviota kuitenkin käytetään puhuttaessa monopolin, kartellin tai määräävän markkina-aseman haittavaikutuksista. Käsittääkseni on mielekästä puhua tässä yhteydessä nimenomaan markkinavoimasta, koska termi kattaa kaikki haitallisen markkinavoiman asteet ja on toisaalta riippumaton siitä teknisestä keinosta (esim. kartelli tai yrityskauppa), jolla markkinavoimaa saavutetaan. Toisaalta kuvio on realistisimmillaan legaalisen monopolin vallitessa, kun monopolistin ei tarvitse sovittaa toimenpiteitään kilpailijoiden toimintaan.

[641] Kuvion vasemman puolen hyödyntämisestä Suomessa ks. Puhakka (1996), Lehto, E. (1997) sekä Lehto P. ja Aalto-Setälä I. (1998). Puhakka ja E. Lehto kuvaavat kuviolla monopolin vaikutuksia ja P. Lehto ja Aalto-Setälä markkinavoiman vaikutuksia. Varsin usein samalla kuviolla kuvataan kartellin vaikutuksia. Perusvaikutuksia kuvaavassa staattisessa mallissa ei lienekään keskeisen tärkeää, mistä kilpailunrajoitustyypistä ylihinnoittelua seuraa.

[642] Puhakka käyttää allokatiivisen tehokkuustappion sijasta termiä nettohävikki hyvinvoinnissa. Tulonsiirroista kuluttajalle Puhakka käyttää termiä monopolin voitto. Mielestäni termi nettohävikki hyvinvoinnissa olisi mahdollista ymmärtää sikäli väärin, että deadweight loss nimenomaan ei sisällä tulonsiirtoja kuluttajille. Tässä mielessä termi allokatiivinen tehokkuustappio vaikuttaisi täsmällisemmältä. Termi tulonsiirto on mielestäni termiä monopolin voitto kuvaavampi siinä mielessä, että kuviossa kyse on nimenomaan siitä, että monopolin mahdollistaman hinnankorotuksen seurauksena varallisuutta siirtyy kuluttajilta monopolistille. Termi monopolin voitto voitaisiin ymmärtää väärin merkityksessä monopolin tuoma tehokkuuden lisäys. Posner on esittä-

jonkun kannaltaan toisarvoisemman hyödykkeen, jonka tuotantokustannukset ehkä ylittävät monopolisoidun tuotteen tuotantokustannukset. Monopolisti voisi palvella voitolla myös poissiirtyneitä asiakkaita, mutta *maksimoidakseen omat voittonsa* yrityksen on kannattavampaa rajoittaa tuotantoaan. Siirtymän seurauksena kysyntä siirtyy kuluttajan ja siten myös kansantalouden näkökulmasta vähempiarvoisiin[643] ja tuotantokustannuksiltaan kalliimpiin hyödykkeisiin. Kuluttajien tarpeiden tyydyttämiseen käytetään epäoptimaalisen runsaasti yhteiskunnan rajallisia resursseja. Monopolihyödykettä tuotetaan optimaalista määrää vähemmän.

Allokatiivisen tehokkuustappion seurauksena yhteiskunnan tarpeiden tyydyttäminen tulee kalliimmaksi kuin olisi välttämätöntä. Kyse on "aidosta" hyvinvointitappiosta, sillä allokatiivinen tehottomuus on kaikilta pois. Allokatiivinen tehokkuustappio on tavallaan liiallisen markkinavoiman aiheuttamaa ylimääräistä kitkaa. Kolmion 4-5-6 kuvaama alue ei nimittäin siirry monopolistille tai millekään muullekaan yhteiskuntaryhmälle vaan haihtuu ikään kuin savuna ilmaan. Käänteisesti, jos vaikkapa kilpailuviranomaisten toimenpitein aikaansaadaan siirtymä monopolista kilpailuun, yhteiskunnan kokonaishyödyksi muodostuu sama kolmion 4-5-6 kuvaama alue vähennettynä monopolin purkamisesta aiheutuvilla hallinto- ja muilla kustannuksilla.

On tärkeätä havaita, että perinteisessä monopolimallissa hyvinvointitappioita ei aiheudu siitä, että kuluttajat joutuvat maksamaan kilpailullista hintatasoa korkeampaa hintaa. Tulonsiirtojen huomiotta jättämistä perustellaan sillä, että kuluttajan tulonmenetyksen korvaa monopoliyrityksen samansuuruinen tulojen lisäys. Kyse on siten tulonjaosta kuluttajien ja monopoliyrityksen kesken, ei hyvinvoinnin vähenemisestä.[644] Taloustieteelliseltä kannalta kyse on arvovalintoja edellyttävien tekijöiden rajaamisesta tarkastelun ulkopuolelle. Tämä perus-

---

nyt, että itse asiassa, huomattava osa kuluttajilta siirtyvästä tulosta voi mennä monopolin puolustamiskustannusten kattamiseen. Myös tässä mielessä termi monopolin voitto vaikuttaisi epätäsmälliseltä. Kuvio kuvaa hintatason muutosta. Sinänsä on mahdollista, että monopoli myös alentaa yksikkökustannuksia, jolloin lisähyöty monopolistille kertyy a) hintatason nousun mahdollistamasta suuremmasta katteesta ja b) tuotantokustannusten alenemisesta.

[643] Toisin sanoen hinnankorotuksen seurauksena kysyntää siirtyy hyödykkeestä A hyödykkeeseen B. Jos esimerkiksi rakennustiilien hinta nousee kilpailulliselta tasolta monopolitasolle, omakotitaloa rakentava kuluttaja voi ostaa rakennustiilien sijasta betonielementtejä tai rakentaa talonsa puusta. Mahdollista myös on, että kuluttaja lykkää rakennushankettaan ja tekee etelänmatkan. Monopolin sosiaaliset haitat muodostuvat kouriintuntuviksi lähinnä siinä tapauksessa, että kyseessä on välttämättömyyshyödyke, jota ei voi korvata tai jättää hankkimatta (esim. vesi). Taloustieteen esimerkissä kuluttajan valinta on aina oikea. Tämä ei tietenkään tarkoita välttämättä sitä, että kuluttajan mieltymykset olisivat "objektiivisesti" perusteltuja. Mallissa kuitenkin oletetaan, että kilpailun vallitessa resurssit allokoituvat optimaalisella tavalla. Jos kuluttaja arvostaa tuotetta A tuotetta B enemmän edellyttäen että A:n hinta on kilpailullisella tasolla, osoittaa se kummankin hinnan ollessa kilpailullisella tasolla, että tuote A on tuotetta B parempi. Individualistisella metodilla kuvattu markkinatalous – hajautettu päätöksenteko ja hintamekanismi – perustuu ajatukselle, että kuluttajan valinta on aina oikea. Tässä mielessä huonompi hyödyke tulee valituksi. Hinnankorotus on kannattava ainoastaan silloin, kun monopolistin tulot kasvavat enemmän kuin mitä se menettää asiakkaita. Kysynnän siis oletetaan olevan epäelastista.

[644] Ks. esim. Utton (1995) s. 20.

tunee *Max Weberin* tieteenihanteeseen, jossa tieteen tehtävänä ei nähdä kannan ottamista poliittisiin valintoihin. Rajaus ei vastaa siihen, tulisiko kilpailulainsäädännössä rajoittua allokatiivisen tehokkuuden tarkastelemiseen. Viimeksi mainittu kysymys on luonteeltaan kilpailupoliittinen.

Arviot hintojen nousun aiheuttaman allokatiivisen tehokkuustappion suuruudesta[645] vaihtelevat huomattavasti. Alkuperäisessä *Harbergerin* 1954 julkaisemassa Yhdysvaltain markkinoita koskeneessa tutkimuksessa[646] hyvinvointitappion suuruudeksi saatiin vain 0,1 prosenttia bruttokansantuotteesta. Tutkimukseen on vedottu perusteena kilpailupolitiikan roolin vähentämiselle. Myöhemmissä tutkimuksissa on saatu osittain Harbergeria tukevia, osittain huomattavasti korkeampia lukuja, jolloin on päästy yleisesti 4–7 prosentin, enimmillään peräti 12 prosentin osuuteen[647] bruttokansantuotteesta. Tutkimuksia on puolin ja toisin arvosteltu metodologisista puutteista.[648] Eurooppalaisessa kirjallisuudessa on arvioitu, etteivät Yhdysvaltojen markkinoita koskevat tutkimukset sovellu sellaisenaan kuvaamaan eurooppalaisia olosuhteita ja että Euroopassa hyvinvointitappion voitaisiin olettaa muodostuvan korkeampien alallepääsyn esteiden korkeuden vuoksi suuremmaksi kuin Yhdysvaltojen sisällä. *Jennyn* mukaan enemmistö ekonomisteista tulkitsee tutkimuksia siten, että hyvinvointitappiot voivat olla olennaisia.[649] Kilpailupolitiikalle nähdään selvä tilaus. Sitä vastoin esimerkiksi *Fergusonin* ja *Fergusonin* mukaan tutkimukset osoittaisivat pikemminkin allokatiivisen tehottomuustappion pienuutta ja sitä, ettei valtioiden kannattaisi uhrata monopolien torjumiseen huomattavia resursseja, "paitsi milloin alallepääsyn esteet ovat korkeat".[650] Tutkimusten arviointi näyttäisi

---

[645] Yhteenvetoina allokatiivisen tehokkuustappion suuruutta koskevista tutkimuksista ks. Ferguson/Ferguson (1994) s. 83–107; Jenny (1993) s. 201–207; Scherer/Ross (1990) 661–667; Viscusi/Vernon/Harrington (1995) s. 84–87; Carlton/Perloff (2000) s. 274–290.

[646] Harberger, Arnold (1954), Monopoly and Resource Allocation, American Economic Review 44, s. 77–87.

[647] Ks. esim. Schererin ja Rossin (s. 663) ja Fergusonin ja Fergusonin (s. 94) luettelemia tutkimuksia.

[648] Ks. esim. Scherer/Ross s. 662–667, Martin (1993) s. 31–37 ja Ferguson/Ferguson s. 89–90.

[649] Ks. Jenny (1993) s. 201–205. Jennyn ja Weberin omassa tutkimuksessa päädyttiin Ranskan osalta 7 %.n hyvinvointitappioon BKT:sta. Ibid. s. 205. Kotimaisessa kirjallisuudessa Wahlroos on arvioinut hyvinvointitappioksi Suomessa vain noin 0,2–0,6 % BKT:sta. Sitä vastoin esimerkiksi P. Lehto toteaa koti- ja ulkomaisiin tutkimuksiin viitaten, että kun Yhdysvalloissa arviot ovat vaihdelleet välillä 0,1 % ja 13 %, niin nykyinen käsitys on, että todellinen luku on pikemminkin lähempänä korkeampaa ääripäätä. Eurooppalaiset tutkimukset ovat olleet samansuuntaisia amerikkalaisten kanssa. Suomalaiset mark up -luvut ovat olleet keskimääräiseen eurooppalaiseen kansantalouteen verrattuna vielä suurempia. Tältä osin viitataan tutkimuksiin Martins, Scarpetta ja Pilar (1986); Vaittinen (1994) ja Forsman, Saarenheimo ja Terviö (1996, 1997). Lehto päättelee tästä, että "kansantaloutemme pieni koko ja sen sijainti edesauttavat markkinavoiman ilmenemistä". Ks. Lehto/Aalto-Setälä (1998) s. 352–353.

[650] Ferguson/Ferguson (1994) s. 107. Alallepääsyn esteitä koskeva varauma tekee Fergusonien johtopäätöksestä jossain määrin tautologisen. Kilpailuoikeudessa ollaan nimittäin varsin yksimielisiä siitä, että määräävän aseman olemassaolo tai ainakin sen väärinkäyttö edellyttää alallepääsyn esteitä.

edelleen kiistanalaiselta,[651] eikä oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävänä ole ottaa niihin lopullista kantaa. Suhtautuminen monopoleihin on ennen muuta oikeuspoliittinen kysymys. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että tutkimuksissa haetaan liian karkealla sihdillä yleistä vastausta markkinakohtaisiin kysymyksiin, joihin ei ole olemassa yhtä oikeaa vastausta. Kilpailupoliittisesti relevantti kysymys kuuluu paremminkin, *voiko* määräävästä asemasta tai sen väärinkäytöstä aiheutua kohtuullisella todennäköisyydellä sellaisia yleisen edun kannalta kielteisiä seuraamuksia, että ilmiön sääntely on perusteltua.

Jos huomio rajataan pelkästään allokatiiviseen tehokkuuteen, ei ole itsestään selvää, kattaako tehottomuustappio kolmion 4-5-6 kokonaisuudessaan. Ensinnäkin monopoliin puuttuminen voi aiheuttaa kielteisiä seurannaisvaikutuksia muilla markkinoilla. Toisaalta monopoliyritys voi vähentää allokatiivista tehokkuustappiota syrjimällä asiakkaita keskenään.

Ensimmäisen hypoteesin mukaan monopolin purkaminen yksillä markkinoilla johtaa siihen, että kuluttajilta vapautunut tulo käytetään toisilla markkinoilla. Ei ole kuitenkaan takeita siitä, että resurssit siirtyvät parempaan käyttöön.[652] Mahdollisesti ylimääräisinäkin resurssit olivat monopolimarkkinoilla paremmassa käytössä. Toisekseen, säästynyt varallisuus voidaan "ulosmitata" muilla määräävän markkina-aseman tai tiukan oligopolin leimaamilla markkinoilla. Argumentin ydin lienee siinä, että syy- ja seuraussuhteiden hahmottaminen toisiinsa kytköksissä olevilla mutta kilpailuoikeudellisesti erillisillä hyödykemarkkinoilla on hyvin monimutkaista. Ollakseen tehokasta kilpailupolitiikan tulisi lyödä itsensä läpi kaikilla osamarkkinoilla.

Jälkimmäinen hypoteesi yrittää todistaa, että itse asiassa asiakkaiden syrjiminen voi olla yleisen edun mukaista.[653] Kuten edellä on todettu, allokatiivinen tehottomuustappio syntyy siitä, että ylihinnoittelun seurauksena asiakkaita, joiden kysyntäkäyrä sijoittuu kilpailullisen hinnan ja monopolihinnan välille, karsiutuu markkinoilta. Määräävässä asemassa oleva yritys voi vähentää epäedullisia allokaatiovaikutuksia porrastamalla hinnoittelunsa asiakkaiden kysyntäkäyrän elastisuuden mukaan. Tällöin hinnaneroja eivät määrää kunkin asiakkaan aiheuttamat tuotantokustannukset vaan asiakkaan vaihtoehdot. Kultakin asiakkaalta pyritään perimään juuri se hinta, jonka tämä suostuu enimmillään maksamaan. *Ergo,* jos porrastus (syrjintä) onnistuu, tuotetta menee enemmän kaupaksi ja allokatiivinen tehokkuustappio pienenee.[654]

Käytännössä relevanttien markkinoiden sisäistä epäoptimaalista substituutiota olennaisempaa lienee se, että monopolihyödykkeestä maksettu ylihinta on

[651] M. Virtasen mukaan määräävästä asemasta aiheutuvien tehokkuustappioiden määrää koskevassa kiistelyssä merkittävin lopputulos näyttäisi olevan se, että huomio on kiinnittynyt muihin relevantteihin seikkoihin, kuten X-tehottomuuteen. Ks. M. Virtanen (1998) s. 29–31, s. 30 ss.

[652] Scherer ja Ross käyttävät ilmiöstä nimitystä The Problem of the Second Best. Ks. Scherer/Ross s. 33–38.

[653] Ks. yleisesti esim. Carlton/Perloff (2000) s. 274–290.

[654] Ibid. s. 291.

pois muiden hyödykkeiden kysynnästä. Monopolimalli olettaa implisiittisesti kysynnän olevan epäelastista eli että enemmistö asiakkaista ei voi vaihtaa toiseen hyödykkeeseen tai jättää sitä kokonaan ostamatta vaan joutuu maksamaan monopolihinnan.[655] Muussa tapauksessa nimittäin hinnankorotus ei voisi olla monopoliyritykselle kannattava, jolloin hintaa ei korotettaisi.[656] Monopolistista riippuvaisten asiakkaiden suhteellinen osuus vaihtelee hyödykkeen luonteen ja substituutiotuotteiden läheisyyden mukaan. Hyödykkeen korvaaminen toisella on sitä hankalampaa, mikä lähempänä monopolituote on välttämättömyyshyödykettä, jollainen jokaisen enemmän tai vähemmän on pakko ostaa. Kun kuluttajan käytettävissä olevat tulot oletetaan muuttumattomiksi,[657] monopolituotteesta maksettu ylihinta vähentää pakostakin muiden, kilpailtujen tuotteiden kysyntää.[658] Tämä ei johdu siitä, että kuluttajat äkillisesti arvostaisivat muita tuotteita aikaisempaa vähemmän, vaan siitä, että kuluttajan muihin hyödykkeisiin käytettävissä olevat varat vähenevät hänen ollessaan pakotettu maksamaan ylihintaa monopolihyödykkeestä. Kärjistäen monopoli voidaan kuvata *magneetiksi* tai *mustaksi aukoksi*, joka vetää taloudellisia resursseja puoleensa.

Staattisella analyysillä on suuri arvo monopolin keskeisen allokaatiovaikutuksen esilletuomisessa. Analyysi jättää kuitenkin vähemmälle huomiolle kilpailun dynaamisen luonteen.[659] Monopolin haittavaikutukset esitetään yksinkertaistetun mekanistisesti. Todellisen markkinakäyttäytymisen selittämisessä staattinen malli sopii lähinnä legaalisten monopolien kuvaamiseen, joissa monopoliasema on lailla suojattu. Useimmilla markkinoilla kilpailutilanne ei ole pysyvä olotila vaan muutoksen alainen. Kilpailuprosessi koostuu aloitteista ja vastareaktioista. Yritykset pyrkivät lisäämään markkinaosuuttaan ja kasvattamaan voittojaan. Markkinajohtaja pyrkii säilyttämään asemansa ja puolustaa sitä käytettävissä olevin keinoin. Pienemmät kilpailijat voivat joko tyytyä monopolin heittämän varjon mahdollistamaan korkeampaan hinnoitteluun tai ryh-

---

[655] Muussa tapauksessa nimittäin hinnankorotus ei voisi olla kannattava, sillä monopolisti menettäisi suhteellisesti enemmän asiakkaita kuin mitä myyntikate kasvaa.

[656] Vaikka yritys olisi ainoa toimittaja, se ei voisi nostaa hintoja, jos tarjottu hyödyke olisi kuluttajien kannalta merkityksetön. Tällöin nimittäin asiakkaat jättäisivät hyödykkeen yksinkertaisesti ostamatta. Yrityksellä voi olla patentoimaton yksinoikeus kehittämäänsä "ikiliikkujaan". Mikäli kuluttajat eivät koe hyödykettä tarpeelliseksi, yritykselläei ole markkinavoimaa. Markkinat edellyttävät kysyntää ja markkinavoima asiakkaiden riippuvuutta.

[657] Ceteris paribus -oletus tarkoittaa tässä yksinkertaisesti sitä, että kuluttajien tulotason ei oleteta nousevan tai laskevan sen johdosta, että tietty hyödyke monopolisoidaan tai vapautetaan kilpailulle.

[658] Edellä ollutta esimerkkiä käyttäen jos kuluttaja on pakotettu maksamaan monopolihintaa rakennustiilistä, hänen esim. etelänmatkailuun käytettävissään olevat varat ovat keskimäärin vähäisemmät.

[659] Ks. esim. Bishop/Walker (1999) s. 22: "However, neither the paradigm of perfect competition nor that of monopoly provide adequate descriptions of competition in most industries. While the models of perfect competition and monopoly provide a good basis for understanding the basic economic principles, particularly in illustrating the detrimental welfare consequences of monopoly, neither model provides a solid framework on which to base policy precriptions. These models ignore the interaction between firms and how this interaction may affect the outcomes of the competitive process."

työ haastamaan määräävässä asemassa olevaa yritystä. Määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaat luonnollisesti pyrkivät eroon riippuvuussuhteesta. Hintojen nostaminen voi houkutella alalle uusia yrittäjiä. Luonnollisesti määräävässä asemassa oleva yritys ottaa kaikki nämä näkökohdat huomioon suunnitellessaan hinnoitteluaan.

Monopolin haittavaikutukset säteilevät yleensä relevantteja markkinoita laajemmalle alueelle.[660] Monopoli lisää korvaavien *(second best)* tuotteiden kysyntää enemmän kuin mihin päästäisiin, jos monopolituotekin olisi kilpailtu. Tällöin nimittäin enemmistö kuluttajista ostaisi ensisijaisesti arvostamansa hyödykkeen. Tässä mielessä monopoli vääristää lähituotteiden tuotantorakennetta. Monopolin heittämän varjon suojassa tehottomammat yritykset säilyvät markkinoilla. Jos kilpailu tehostuisi, ne eivät pystyisi tehostamaan toimintaansa riittävästi vaan joutuisivat poistumaan markkinoilta. Monopolin on arveltu hidastavan tuotantorakenteiden luontaista sopeutumista talouden muutoksiin.

Syrjintää voitaneen pitää yleisesti hyödyllisenä ainoastaan, jos määräävän aseman haitat rajataan pelkkien allokaatiovaikutusten tarkasteluun. Mikäli merkitystä annetaan tulonsiirto- ja oikeudenmukaisuusargumenteille, näkemys syrjinnän[661] tehokkuutta lisäävistä vaikutuksista saa nihilistisen leiman. Hintasyrjinnän hyödyllisyys voidaan kiistää myös tehokkuusargumentein. Neoklassisen talousteorian mukaan monopoliasemassa olevan yrityksen harjoittama *Ramsey-hinnoittelu* vähentää allokatiivista tehokkuustappiota, koska monopoliyritys perii jokaiselta asiakasryhmältä maksimihinnan mainittuun ryhmään kuuluvien asiakkaiden kysynnän elastisuuden (todellisten vaihtoehtojen) perusteella.[662] Kuitenkin määräävän aseman tilanteissa, jossa uusien yritysten alalletulo on periaatteesta mahdollista, sama hinnoittelu rajoittaa kilpailua, koska se estää tulokkaiden markkinoille pääsyn. Hintataso markkinoilla muodostuisi kokonaisuudessaan alhaisemmaksi, jos alalletulo onnistuisi.[663]

---

[660] Hinnankorotus on kannattava ainoastaan silloin, kun monopolistin tulot kasvavat enemmän kuin mitä se menettää asiakkaita. Kysynnän oletetaan olevan epäelastista. Enemmistö asiakkaista siis maksaa monopolihinnan mutta ostaa vähemmän monopolihyödykettä. Monopolihinnoittelusta aiheutuva kysynnän lasku ja häiriötila voi heijastua myös lähihyödykkeiden kysyntään. Tällä tavoin monopolin haittavaikutukset voivat ilmentyä relevantteja markkinoita laajemmalla säteellä.

[661] Tässä yhteydessä on muistettava, että eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa, jonka mukaan terminologia tässäkin tutkimuksessa määräytyy, syrjinnällä tarkoitetaan asiakkaiden saattamista erilaiseen asemaan ilman kustannusperusteista tai muuta kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävää syytä. Amerikkalaisessa kirjallisuudessa termillä "price discrimination" tarkoitetaan usein vain yleisesti hintojen eriyttämistä asiakaskohtaisesti riippumatta siitä, mistä erilaisen hinnan periminen aiheutuu. Hintasyrjinnän puolustamista redusoidulla tehokkuusperusteella voidaan pitää "nihilistisenä", ei sen sijaan hintojen eriyttämistä, silloin kun se perustuu asiakkaan määräävässä asemassa olevalle myyjälle tuottamiin kustannussäästöihin ja hintojen suhteellinen porrastus todella myös vastaa näitä säästöjä.

[662] Ks. esim. Viscusi/Vernon/Harrington (1995) s. 365–367.

[663] Ks. Shepherd/Shepherd/Shepherd (2001). Todettakoon, että ilmiö on havaittavissa ainakin tele- ja energiamarkkinoilla tilanteissa, joissa kilpailua on pyritty lisäämään. Ks. myös Vickers/Hay (1987) s. 4–5.

Allokatiivista tehokkuustappiota koskeva analyysi voidaan alistaa myös immanentille kritiikille. *M. Virtasen* mukaan allokatiivista tehokkuustappiota koskevalla analyysillä on merkitystä kilpailupolitiikan muovaamisen kannalta, mutta kyse on vain osatotuudesta.[664] Suoraviivainen vertailu kilpailullisten markkinoiden ja monopolitilanteen välillä perustuu nimittäin oletukselle, jonka mukaan kustannusrakenne olisi molemmilla markkinoilla sama.[665] Tämä ei kuitenkaan pidä yleisesti paikkaansa eivätkä markkinat muutu hetkessä. Yleensä kyse on pidemmästä ajanjaksosta, jonka kuluessa hallitsevien yritysten kustannusrakenne muuttuu esim. mittakaavaeduista saatavien tehokkuushyötyjen kautta. Tällöin joudutaan tilanteeseen, jossa täydellinen kilpailu on mahdotonta.[666] Täydellisen kilpailun tavoittelu markkinoilla, joilla yrityskokoa kasvattamalla on saavutettavissa olennaisia kustannusssäästöjä, johtaisi tilanteeseen, jossa kilpailulainsäädännöllä pakotettaisiin yritykset toimimaan tehottomasti.[667] Seurauksena voisi jopa olla, että hintataso nousisi korkeammalle tasolle kuin määräävän aseman tai monopolin vallitessa. Tällöin yhteiskunnan kokonaishyvinvoinnin kannalta edullisempaa on sallia määräävä asema tai monopoli ja pyrkiä valvomaan sitä jälkikäteisen väärinkäyttökontrollin avulla.[668] Samasta syystä käytännössä joudutaan tekemään ero määräävän aseman ja väärinkäytön välillä.[669] Määräävää asemaa ei kielletä, ainoastaan väärinkäyttö.[670]

Vaikkei M. Virtanen käsittelekään laajemmin kilpailupolitiikassa tyypillisiä tavoitekonflikteja, peruslähtökohtana näyttäisi olevan väittämä, jonka mukaan määräävän aseman olemassaolo on sallittava suhteellisen yleisesti suuremman kustannustehokkuuden vuoksi. *M. Virtanen* näyttäisi siten presumoivan tavoitekonfliktin kilpailun turvaamisen ja kustannustehokkaiden tuotantomenetelmien omaksumisen välillä. Suomen kaltaisella pienellä markkina-alueella lieneekin

---

[664] Ks. Virtanen (1998) s. 23–25.

[665] Jos kustannusrakenne on kummassakin tilanteessa sama, määräävä asema voidaan julistaa heti haitalliseksi, koska hyödykkeiden tuottaminen on kilpailullisessa tilanteessa aivan yhtä edullista. Sen sijaan, mikäli yrityskoon kasvattamisesta saadaan yritykselle kustannushyötyjä, tulee nämä ottaa tavalla tai toisella huomioon.

[666] M. Virtanen (1998) s. 25.

[667] Ibid.

[668] Ibid.

[669] M. Virtanen (1998) s. 25, 322.

[670] Ks. myös Hay/Vickers (1987) s. 5: "One reason why it is important to assess the cost of monopoly is that it gives some indication of the possible gains from competition policy. However, social cost should be measured relative to some practically feasible alternative, rather than some theoretical ideal. In this regard, it must be borne in mind that market structure and conduct are in general jointly caused by the fundamental parameters of technology and demand." Toisin sanoen, kilpailullisten markkinoiden ja tiukan oligopolin/määräävän aseman laittaminen vaihtoehtoina vastakkain ei ole mielekästä, jos käytännössä teknologian, kustannuksien ja markkinoiden koko sekä asiakastiheys edellyttävät kilpailupoliittista "ideaalia" keskittyneempää markkinarakennetta.

todennäköistä, että suhteellisen usein syntyy ainakin jonkinasteinen *dilemma*[671] *markkinavoiman ja tehokkaan tuotantorakenteen välillä*. Maamme kansainvälisesti vertaillen varsin keskittynyt markkinarakenne[672] ei selittyne pelkästään yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten myöhäisellä käyttöönotolla, vaan taustalla lienevät myös todelliset kustannussyyt, kuten tarve luoda jakeluverkosto maahan, jossa kuljetusmatkat ovat pitkät ja asukastiheys suhteellisen alhainen. Se, missä määrin kustannustehokkuus edellyttää peräti määräävän aseman sallimista, vaikuttaa vaikeammalta kysymykseltä. Ristiriita kilpailun turvaamisen ja elinkeinoelämän kehittämisen välillä postuloitiin jo 1940-luvulla *Alois Schumpeterin*[673] ja myöhemmin 1960-luvulla Chicagon koulua lähellä olevien tutkijoiden, esim. *Oliver J. Williamsonin*[674] ja *Harold Demsetzin*[675] tuotannossa. M. Virtasen argumentoinnissa on havaittavissa vaikutteita chicagolaisesta kilpailuteoriasta. Harvardilaista suuntausta edustava *Ingo Schmidt* on luokitellut mahdolliset tavoitekonfliktit seuraavasti:[676]

1) tavoitekonflikti yksilönsuojan ja institutionaalisen suojan välillä;[677]
2) tavoitekonfliktit toimivan kilpailun ylläpidon ja kustannussäästöjen välillä;[678]
3) tavoitekonfliktit toimivan kilpailun ja teknisen edistyksen välillä;[679]
4) tavoitekonfliktit toimivan kilpailun ja kansainvälisen kilpailukyvyn välillä;[680]
5) tavoitekonfliktit toimivan kilpailun ja muiden yhteiskunnallisten päämäärien kanssa.[681]

---

[671] Dilemmalla tarkoitetaan tilannetta, jossa ratkaisu joudutaan tekemään kahden ei-toivotun vaihtoehdon välillä. Tyyppiesimerkki tällaisesta on edellä käsitelty vangin ongelma (prisoners' dilemma). Kilpailupoliittisessa kielenkäytössä puhutaan siitä, että missä määrin esim. kuluttajien edun ja tehokkuuden edistämisen välillä on nähtävissä ristiriita. Luonnollisesti kumpikin tavoite on yhteiskuntapoliittisesti tavoiteltava, joten varsinaisesta dilemmasta ei tässä mielessä voida puhua. Kuitenkin käännettäessä kysymys päinvastoin, dilemma-termin käyttäminen käy ymmärrettävämmäksi. Tiukka kilpailuoikeuden soveltaminen voi suojella kuluttajia, mutta heikentää kansainvälistä kilpailukykyä. Vastaavasti kilpailunrajoituksen salliminen voi parantaa yritysten kansainvälistä neuvotteluasemaa, mutta heikentää kuluttajan asemaa johtaessaan kotimarkkinoilla tulonsiirtoon kuluttajilta markkinavoimaa saavuttaville yrityksille. Joudutaan tavallaan valitsemaan kahden huonon vaihtoehdon välillä, kuluttajien edun ja kansainvälisen kilpailukyvyn heikentämisen välillä. Tässä yhteydessä pohjoismaisessa keskustelussa on puhuttu myös pienten markkinoiden dilemmasta. Se, kuinka todellinen tämä dilemma on, muodostaa yhden tutkimuksen teemoista.

[672] Ks. esim. Kilpailulainsäädännön uudistaminen, KM 3/1997 s. 210–216.

[673] Ks. esim. Schumpeter (1942).

[674] Ks. esim. Williamson (1968).

[675] Ks. esim. Demsetz (1974).

[676] Ingo Schmidt (1999) s. 81–113.

[677] Ks. Schmidt (1999) s. 81–82.

[678] Ks. Schmidt (1999) s. 83–104.

[679] Ks. Schmidt (1999) s. 105–110.

[680] Ks. Schmidt (1999) s. 110–112.

[681] Ks. Schmidt (1999) s. 112–113.

6) Lisäksi on syytä mainita tavoitekonflikti tehokkuuden eri lajien, erityisesti allokatiivisen ja dynaamisen tehokkuuden välillä.[682]

Edellä kilpailuoikeuden tavoitteita koskevassa osassa on tullut jo todetuksi, ettei markkinoilla toimivien subjektien suojelemisen ja kilpailun suojelemisen instituutiona välillä ole perustavanlaatuista ristiriitaa, dilemmaa, vaan että tasapainoisesti tulkiten kumpikin tavoite voidaan ottaa käytännön ratkaisutoiminnassa huomioon. Ristiriita voi kuitenkin ilmetä käytännön tasolla siten, että argumenttien keskinäistä painoarvoa joudutaan punnitsemaan keskenään, jolloin merkittävämmäksi koetulle tavoitteelle annetaan etusija. Sen sijaan ristiriidat kilpailun toimivuuden ja taloudellisen tehokkuuden välillä lienevät ainakin periaatteessa mahdollisia.

Tämän tutkimuksen puitteissa ei ole mahdollista käsitellä yksityiskohtaisesti kaikkia mainittuja tavoitekonflikteja.[683] Tavoitekonflikti toimivan kilpailun ja kustannussäästöjen välillä voi syntyä, jos yritysten kustannustehokas toiminta edellyttää keskittyneempää markkinarakennetta kuin mikä yksistään kilpailun optimaalisuuden kannalta tarkasteltuna olisi otollista. Ristiriidan olemassaoloa voidaan perustella suuremman yrityskoon tuottamilla alhaisemmilla kustannuksilla (*cost-approach*),[684] suuremman yrityksen paremmilla mahdollisuuksilla pärjätä kovenevassa kilpailussa (*survivor-approach*)[685] tai väittämällä, jonka mukaan suuret yritykset tuottavat pieniä yrityksiä enemmän voittoa (*profit-approach*).[686] Kustannussäästöjä voidaan saavuttaa esim. mittakaavaetujen, synergiahyötyjen, transaktiokustannusten välttämisen, oppimiskäyrävaikutuksen tai hallinnollisten säästöjen avulla. Transaktio voi edistää teknistä kehitystä, jos esimerkiksi suuremmat tuotekehitysresurssit mahdollistavat kokonaan uusien hyödykkeiden valmistamisen, vaikka samalla kuluttajahinnat ainakin hetkellisesti nousevat.[687] Tällöin allokatiivinen tehokkuus ja dynaaminen tehokkuus voivat olla ristiriidassa keskenään. Samalla ristiriita voidaan nähdä lyhyen ja pitkän aikavälin tehokkuuden välillä. Jos todennettavissa olevat tehokkuusedut selvästi ylittävät markkinavoiman lisääntymisestä koituvan hinnankorotusmahdollisuuden, kilpailunrajoitus kannattaisi sallia. Mikäli huomiota kiinnitetään EY:n ja Suomen tapaan kuluttajien etuun, lisäedellytykseksi on asetettava, että

---

[682] Ks. esim. Ellig/Lin (2001) s. 20–21; kirjassa Ellig (2001).

[683] Niiden systematisointi ja empiirinen todentaminen muodostaisi mitä otollisimman väitöskirjan aiheen.

[684] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 81–90; Scherer/Ross (1990) s. 112.

[685] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 90–92. Ks. myös Stigler (1968) s. 73.; Scherer/Ross (1990) s. 113.

[686] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 84, 92. Ks. myös Scherer/Ross (1990) s. 111.

[687] Ongelma on noussut viime aikoina esille erityisesti uudessa taloudessa, jossa tuotekehitysinvestoinnit ovat etupainotteisia. Tällöin epätyypillisen korkealta vaikuttava monopolivoitto on palkkio riskipitoisen investoinnin onnistumisesta. Ks. esim. Mustonen (2001) s. ; kirjassa Määttä/Kanniainen (2001).

kustannussäästöt siirretään kohtuullisessa määrin kuluttajille. Pelkkä markkinavoimaiselle yritykselle itselleen jäävä hyöty ei tällöin oikeuta kilpailunrajoitusta. Koska ylimääräisten voittojen jakamista voidaan yleisesti odottaa ainoastaan silloin, kun kilpailun paine siihen pakottaa, kilpailun toimivuuden säilyminen ainakin kohtuullisella tasolla näyttäisi muodostavan sittenkin perälaudan, josta ei voida tai kannata tinkiä.

Edellä olevan perusteella esim. *M. Virtasen* näkemä ristiriita markkinavoiman torjumisen ja tehokkuushyötyjen saavuttamisen välillä[688] vaikuttaa periaatteessa mahdolliselta. Toisaalta esim. *Schmidt* pitää dilemmateesejä käytännössä vähämerkityksellisinä.[689] Vastauksen antaminen dilemman todellisuutta ja yleisyyttä koskevaan kysymykseen edellyttäisi a) yksimielisyyttä kilpailuoikeuden normatiivisista tavoitteista, b) punnintasääntöjä, joilla eri suuntiin vetävät tavoitteet asetetaan järjestykseen ja c) yksityiskohtaista, luotettavaa ja kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnettävissä olevaa tietoa eri transaktioiden vaikutuksista allokatiiviseen, tuotannolliseen ja dynaamiseen tehokkuuteen. Valitettavan usein keskustelua käydään pelkästään retorisella tasolla, jossa kuluttajien hyvinvointia koskeva tavoite presumoidaan "yleisen edun" mukaiseksi tai todellisuudessa perustelematon pitäytyminen redusoituun tehokkuustarkasteluun leijutetaan ikään kuin ainoaksi "rationaaliseksi" kilpailupoliittiseksi valinnaksi. Vaikkei kattavaa yksimielisyyttä voitanekaan saavuttaa systeeminulkoisesti vaan ainoastaan systeeminsisäisesti sen suhteen, mitä on voimassa tietyssä kilpailuoikeusjärjestelmässä tiettynä ajankohtana, diskurssiteoreettisesti relevanttien kysymyksenasettelujen osoittaminen palvelee kuitenkin yleistä tiedonintressiä.[690] Seuraavassa käsitellään markkinavoiman vaikutuksista tuotannolliseen tehokkuuteen ja edistykseen esitettyjä näkemyksiä.

Staattisella analyysillä on suuri arvo monopolin keskeisen allokaatiovaikutuksen esilletuomisessa. Analyysi jättää kuitenkin vähemmälle huomiolle kilpailun dynaamisen luonteen. Monopolin haittavaikutukset esitetään yksinkertaistetun mekanistisesti. Todellisen markkinakäyttäytymisen selittämisessä staattinen malli sopii lähinnä legaalisten monopolien kuvaamiseen, joissa monopoliasema on lailla suojattu. Useimmilla markkinoilla kilpailutilanne ei ole pysyvä olotila vaan muutoksen alainen. Kilpailuprosessi koostuu aloitteista ja vastareaktioista. Yritykset pyrkivät lisäämään markkinaosuuttaan ja kasvattamaan voittojaan. Markkinajohtaja pyrkii säilyttämään asemansa ja puolustaa sitä käytettävissä olevin keinoin. Pienemmät kilpailijat voivat joko tyytyä monopolin heittämän varjon mahdollistamaan korkeampaan hinnoitteluun tai ryhtyä haastamaan määräävässä asemassa olevaa yritystä. Määräävässä asemassa

---

[688] M. Virtanen (1998) s. 25, 322.
[689] Ks. Schmidt (1999) s. 113.
[690] Ks. esim. Alexy (1978) s. 255–259.

olevan yrityksen asiakkaat luonnollisesti pyrkivät eroon riippuvuussuhteesta. Hintojen nostaminen voi houkutella alalle uusia yrittäjiä. Määräävässä asemassa oleva yritys pyrkinee yleensä ottamaan kaikki nämä näkökohdat huomioon suunnitellessaan hinnoitteluaan.

6.2.2 Markkinavoiman vaikutukset tuotannolliseen tehokkuuteen

Kirjallisuudessa on kiistanalaista, lisääkö vai vähentääkö määräävä markkina-asema yritystoiminnan tehokkuutta. Harvardilaisen näkemyksen mukaan markkinavoima vähentää yrityksen toiminnan tehokkuutta (X-tehottomuus). Chicagolaisten mielestä määräävä asema itsessään on osoitus siitä, että yritys on toiminut muita tehokkaammin. Tehoton monopoli on mahdollinen vain jos julkinen valta vääristää kilpailua.

6.2.2.1 X-tehottomuus

Kilpailun luoman rivaliteetin keskeinen ansio on juuri siinä, että se pakottaa yritykset alituisesti etsimään parannuksia tuotantomenetelmiinsä.[691] Kilpailun hiipuessa yritystoiminnan tehokkuuden arvellaan hiipuvan. Jos määräävä asema on suhteellisen vakaa ja markkinoiden sisäiset kontrollimekanismit eivät ole keskimääräistä tehokkaampia, on seurauksena pitkällä aikavälillä myös tehoton toiminta. Kilpailun paineen laskiessa yrityksen ei tarvitse panostaa samassa määrin kannattavuutensa kohentamiseen.

Harvey Leibensteinin klassisessa artikkelissa[692] omaksuttiin käyttöön termi X-tehottomuus. Leibensteinin keskeinen ajatus oli, etteivät monopolin haitat rajoitu monopolihinnoitteluun. Hinnat voivat olla liian korkealla myös siitä syystä, että yrityksen kustannukset ovat kilpailun puutteen vuoksi nousseet kilpailutilannetta korkeammalla tasolle. X-tehottomuus voi ilmetä esimerkiksi tehottoman teknologian tai vanhentuneiden tuotantomenetelmien käyttämisenä, palkka- tai hallintokustannusten kohtuuttomana paisumisena tai turhina investointeina.[693]

Vaikeudeksi muodostuu X-tehottomuuden käytännön mittaaminen. Vaikkakin todistusaineisto on epäsuoraa ja sirpaleista, monet ekonomistit pitävät X-

---

[691] Ks. esim. Porter, Michael E., The Competitive Advantage of Nations (1989) s. 662–664.
[692] H. Leibenstein (1966) s. 392–415. Vrt. Stigler (1976) s. 213–216. Stiglerin kiistää X-tehottomuuden olemassaolon. Stiglerin vastaväite perustuu siihen, ettei ole osoitettavissa taloustieteellistä teoriaa, joka ennustaisi, että monopoliyrityksen ei kannata pyrkiä optimaaliseen tehokkuuteen maksimoidakseen taloudellisen voittonsa. Ks. toisaalta Leibenstein (1978) s. 203–211.
[693] Ks. esim. Vickers/Hay (1987) s. 9.

tehottomuuden aiheuttamaa hyvinvointitappiota olennaisena, jopa allokatiivista tehottomuutta keskeisempänä ongelmana.[694]

6.2.2.2 Tehokkuushypoteesi

Erityisesti Chicagon koulun edustajat kiistävät, että markkinoiden keskittyminen vähentäisi yritystoiminnan tehokkuutta. Päinvastoin, suurempi yrityskoko on suuremman tehokkuuden seuraus. *Harold Demsetzin* tehokkuushypoteesin[695] mukaan yrityksen hallussaan pitämä kustannusetu johtaa markkinoiden keskittymiseen tehottomien yritysten karsiutuessa markkinoilta. Yritysten voitot kasvavat koon myötä, mutta kausaliteettia pidetään päinvastaisena kuin harvardilaisissa monopoliselityksissä. Suuremmat voitot eivät johdu monopolihinnoittelusta vaan yksinkertaisesti muita suuremmasta tehokkuudesta.

Erityisen huomattavat mittakaavaedut *(economies of scale)* voivat johtaa siihen, että itse asiassa määräävä markkina-asema on tehokkain tapa järjestää hyödykkeen tuotanto. Ääritapauksessa puhutaan luonnollisesta monopolista. Luonnollisessa monopolissa yksikkökustannukset alenevat lineaarisesti sen mukaisesti, mitä suuremman määrän yksi yritys tuottaa hyödykkeistä. Tällöin edullisinta on tuottaa hyödykettä vain yhdessä yrityksessä.[696] Yksi yritys voi myös saavuttaa merkittäviä skaalaetuja *(economies of scope)*, jos yhden yrityksen on halvempaa valmistaa kahta tuotetta yhdessä kuin kahden yrityksen on valmistaa niitä erikseen. Toimintoja keskittämällä säästetään myös hallinnollisissa kustannuksissa. Yrityksen johtaminen voi tehostua. Toisaalta on huomattava, että monopolivoittojen antaminen yritykselle on tarpeetonta. Se tuottaisi samoja hyödykkeitä pienemmälläkin katteella.

Jos tehokkuushypoteesi hyväksytään, on sillä laajakantoisia vaikutuksia kilpailupolitiikalle. Yrityskauppavalvonta voi estää yrityksiä saavuttamasta täysimääräisten mittakaavaetujen hyödyntämisen edellyttämää optimaalista yrityskokoa. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla kilpailuviranomaiset voivat suojella pieniä tehottomia yrityksiä suurten ja tehokkaiden kustannuksella.[697]

---

[694] Ks. esim. Utton (1995) s. 23–24; Scherer/Ross (1990) s. 681–682; Shepherd (1997) s. 104–107. Shepherdin mukaan X-tehottomuus nostaisi kustannuksia varsin usein yli 10 prosenttia tehokkaan kustannustason yläpuolelle. Markkinoiden keskittyminen on omiaan nostamaan X-tehottomuutta. Shepherd antaa konkreettisen arvion X-tehottomuuden keskimääräisestä suuruudesta Yhdysvaltain markkinoita silmälläpitäen (s. 107): "A consensus view of average X-inefficiency would be roughly in the range of at least 10 per cent of costs for monopolists. The extra margin of cost sales down as the firm's market share decreases. This tendency would suggest about 5 per cent of extra costs for an average oligopoly with concentration of 60 per cent. The true total amount for the whole economy might range between 2 and 4 per cent of net national product."

[695] Ks. erityisesti Harold Demsetzin artikkeleita Industry Strucure, Market Rivarly and Public Policy (1973) sekä Two Beliefs about Monopoly (1974); kirjassa Demsetz (1989).

[696] Ks. esim. Viscusi/Vernon/Harrington (1995) s. 351–376.

[697] Ks. esim. Bork Robert, Antitrust Paradox (1978, 1993) s. 378–379, 430–431, 432, 438–439; Posner (2001) s. 74, 112–113, 255.

6.2.2.3 *Keskustelua*

X-tehottomuus on ilmiönä kiistanalainen, sillä sen on väitetty olevan ristiriidassa *rationaalisuusolettaman* kanssa. Rationaalisuusolettaman mukaan jokainen yritys, myös monopolisti, pyrkii aina maksimoimaan voittonsa. Kun liialliset kustannukset automaattisesti vähentävät voittoja, jopa monopoliasemassa oleva yritys käyttää kaikki mahdollisuudet hyväkseen tehokkuutensa lisäämiseksi. Monopolistilla on insentiivi simuloida kilpailua esimerkiksi laittamalla yhtiön divisioonat kilpailemaan keskenään. Jos yritys toimii tehottomasti, osakesijoituksen arvo *(shareholder value)* putoaa ja osakkeenomistajat vaihtavat yrityksen johtoa. X-tehottomuutta voi esiintyä ainoastaan, mikäli yritys toimii irrationaalisesti ja sijoittajien taholta tuleva kontrolli *(market for corporate control)*[698] ei syystä tai toisesta toimi tehokkaasti.[699]

Vastaväitteenä markkinoiden oman kontrollin osalta on todettu, että lukumääräisesti suhteellisen pieni osa yrityksistä on julkisesti noteerattuja. Markkinakontrolli ei toimi yhtä tehokkaasti pörssin ulkopuolisiin monopolisteihin.[700] Markkinoiden kontrolli ei myöskään estä monopolihinnoittelua sinänsä. Tietyn yrityksen osakkeisiin panostaneen institutionaalisen sijoittajan näkökulmasta ei liene kielteistä, jos yrityksen tulos nousee, olkoonkin, että tulosparannus johtuisi kilpailun vähenemisen leventämästä hintamarginaalista. Markkinoiden kontrolli kohdistunee ennemminkin voittojen ja pörssikurssien tasoon ja kehitykseen kuin siihen, missä määrin tulos on tehty kuluttajia hyödyttävällä suorituskilpailulla. Toisin kuin markkinoiden koeteltavuutta koskevasta teoriasta voitaisiin päätellä, potentiaalinen kilpailu ei vastaa teholtaan aktuaalista kilpailua. Vaikka määräävä asema aikaa myöten rapautuisi, hyvinvointitappioita ehtii syntyä jo tätä ennen.

Ei myöskään ole kiistatonta, että aivan kaikissa tapauksissa tuotantokustannusten minimointi olisi monopoliyrityksen osakkeenomistajien intressissä. Yrityksen johto voi tavoitella muitakin päämääriä kuin tehokkuutta. Yritys voi palkata ylimääräistä henkilökuntaa tai investoida poliitikkojen suosiota lisääviin kohteisiin.[701] Toimimalla "tehottomasti" yritys voi hankkia eri valtaryhmil-

---

[698] Ks. esim. Manne, Henry G. (1965), Mergers and the Market for Corporate Control; Journal of Political Economy, kirjassa: Scherer (ed.), Monopoly and Competition Policy, s. 456–466. Vrt. esim. Caves, Richard E. (1989), Mergers, Takeovers and Economic Efficiency, Journal of Industrial Organization 7 s. 151–174, painettu samassa lähteessä (Scherer) s. 467–490.

[699] Ks. esim. Posner, Antitrust Law (2001) s. 15–18.

[700] Jo Berlen ja Meansin 1930-luvulla julkaiseman tutkimuksen mukaan yhtiön omistuksen ja johtamisen erottaminen toisistaan voi johtaa siihen, että yrityksen johto ryhtyy ajamaan omia tavoitteitaan osakkeenomistajien tavoitteiden sijasta *(ns. agenttiteoria).* Agenttiteoriasta erityisesti valtionyhtiöiden näkökulmasta ks. Stenbacka, Rune ja Tombak, Mikhel, Valtion yritysten tavoitteet: Teoriaa ja empiirisiä havaintoja. Kirjassa Lehto, Eero (toim.), Monopoli vai kilpailu?, s. 51–72.

[701] Maksamalla korkeampia palkkoja yritys voi hankkia alan ammattiyhdistysliikkeen tuen monopolin säilyttämiselle.

tä tukea yksin- tai erityisoikeuden säilyttämiselle. Investoinnin yhteiskuntapoliittinen tarkoituksenmukaisuus ei aina aukene pelkistetyn hintateoreettisen tarkastelun avulla. Tehokkuuteen liittyvät perusväittämät voidaan riitauttaa esimerkiksi työllisyys- tai aluepoliittisin perustein. Ylikustannusten merkitys voi osoittautua hyvin suhteelliseksi jos sitä verrataan erityisaseman poistamisesta aiheutuvaan monopolivoittojen kutistumiseen. Poliittisen päättäjän näkökulmasta tarkasteltuna rakenteellisen työttömyyden ja työmarkkinoiden jäykkyyden vallitessa mikrotaloudellisesti järkevän kustannusten leikkauksen ei tarvitse aina näyttäytyä makrotaloudellisesti tarkasteltuna mitenkään itsestään selvästi hyödyllisenä toimintana.[702]

Määräävä asema voi olla kilpailuprosessin luonnollinen seuraus. Mittakaavaedut edellyttävät usein huomattavaa yrityskokoa. Kilpailupolitiikassa onkin otettava tämä huomioon. Aktuaalisen kilpailun vähentyminen ei poista potentiaalisen kilpailun uhkaa, jonka senkin yritykset joutuvat ottamaan huomioon. Voitaneen todeta, että yksinkertaistavien ja luonteeltaan deterministisen johtopäätösten välttäminen suuntaan tai toiseen on paikallaan.

Useimmilla kansalaisilla lienee omakohtaisia kokemuksia monopoliyrityksen huonosta palvelusta ja muusta tehottomuudesta. Yleisellä tasolla tarkasteltuna oletus, että kilpailun paineen laskeminen vähentää tehokkuutta, vaikuttaa psykologisesti arvioiden järkevältä lähtökohdalta.[703] Milloin kilpailun katsotaan vähenevän kriittisen pisteen alapuolelle, riippuu markkinoiden keskittymisasteen ohella ratkaisevasti potentiaalisesta kilpailusta ja alallepääsyn esteistä.

---

[702] Asettamatta mitenkään kyseenalaiseksi poliittisten päättäjien motiiveja yhteisen hyvän tavoittelussa lienee kiistatonta, että poliitikon yhtenä tavoitteena on varmistaa uudelleenvalintansa. Tässä suhteessa merkitystä on mm. työllisyyden kehityksellä. On myös muistettava, että työmarkkinat ovat niille ominaisten osittain luonnollisten, osittain sopimusjärjestelmästä johtuvien jäykkyyksien vuoksi varsin etäällä täydellisestä kilpailusta. Työpaikkojen vähentyessä tietyssä yrityksessä suoritetun rationalisoinnin seurauksena ei ole takeita siitä, että työttömäksi jääneet löytävät uuden työpaikan toisesta saman alan yrityksestä tai kokonaan uudelta toimialalta.

[703] Ks. esim. Böhm (1933) s. 23, joka selittää kilpailua asiakkaan suosiosta nimenomaan kilpailutilanteen luomalla psykologisella menestymisen paineella. Saman inhimilliseen luonteeseen perustuvan ajatuksen esitti jo aikoinaan Adam Smith vuonna 1776 julkaistussa Kansojen varallisuudessa (s. 19–20): "Tarjotessaan toiselle kauppaa, jokainen sanoo tähän tapaan: anna minulle, mitä tarvitsen, niin saat tämän, minkä tarvitset; tämä on jokaisen tarjouksen tarkoitus, ja tällä tavoin me saamme toisiltamme verrattomasti suurimman osan tarvitsemistamme palveluksista. Emme odota teurastajan, oluenpanijan tai leipurin huolehtivan päivällisestämme hyväntahtoisuudesta, vaan siksi, että heillä on siitä etua. Emme vetoa heidän inhimillisyyteensä vaan heidän itsekkyyteensä, emmekä milloinkaan puhu heille omista tarpeistamme, vaan heidän eduistaan." Juuri kilpailun tuoma rivaliteetti turvaa asiakkaiden kannalta tehokkaan toiminnan. Kilpailun avulla itsekkyys valjastetaan palvelemaan yhteistä hyvää.

6.2.3 Määräävä asema ja dynaaminen tehokkuus

6.2.3.1 Dynaaminen tehottomuus

Kuvion[703a] oikealla puolella oleva neliö (HT 3) kuvaa *Hovenkampin* mukaan menetettyjä investointeja. *Hovenkampin* mukaan neliö on piirretty perinteisen vasemmalla puolella olevan kuvion ulkopuolelle, koska kyseessä on ulkoisvaikutus, tekijä, joka ei näy kysyntäkäyrän muodossa eikä vaikuta yritysten kustannuslaskelmiin.[704]

Kuvion oikealla oleva neliö kuvaa potentiaalisia haittavaikutuksia, joita markkinoiden ulkopuolelle sulkeutumisesta mahdollisesti aiheutuu. Vahingollisia vaikutuksia aiheutuu ensinnäkin väärinkäytön kohteeksi joutuneelle kilpailijalle. Juuri tämän neliön suuruuden arvioinnista on kysymys määrättäessä vahingonkorvausta kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneelle elinkeinonharjoittajalle. Vahinko voi muodostua huomattavaksi silloin, kun kyse on merkittäviä investointeja vaativasta hyödykkeestä ja alalta poistumisen kustannukset ovat korkeat. Yrityksen joutuessa poistumaan markkinoilta, vain tiettyyn käyttöön soveltuvia omaisuuseriä *(asset specifity)* tuhoutuu. Estettäessä potentiaalisen kilpailijan markkinoille tuloa vahinko jäänee keskimääräisesti vähäisemmäksi, sillä alalle tuloon ei vielä ole ehditty investoida ainakaan samassa määrin, kun jos aktuaalinen kilpailija joutuu poistumaan markkinoilta.

Kartellin tai määräävän markkina-aseman seurauksena tehokas innovaatio voi jäädä kokonaan tekemättä. Vaihtoehtoisesti innovaatiota ei saada jalostettua valmiiksi tai valmiin tuotteen pääsy markkinoille estetään tai hidastuu. Toimiva kilpailu palkitsee innovatiivista yrittäjää ylimääräisellä voitolla, mikäli markkinat päättävät, että niillä on tilaa uudelle hyödykkeelle. Menestys markkinoilla ei ratkea *ex ante* vaan *ex post* kuluttajien ostopäätösten perusteella. Jos parannus on riittävän merkittävä, kalliimpikin tuote menisi kaupaksi. Määräävässä asemassa oleva yritys voi väärinkäyttää valtaansa itseään uhkaavien innovatiivisten tuotteiden markkinoillepääsyn estämiseksi. Vahingollisia vaikutuksia aiheutuu siitä, että hyödyke ei lainkaan pääse kuluttajien arvioinnin kohteeksi. Useimmiten seurauksena ei liene kuitenkaan innovaatioiden estyminen, vaan niiden viivästyminen.

Määräävässä asemassa olevan yrityksen itsensä kannalta markkinavoiman kasvun seurauksena voi pidemmällä tähtäimellä olla tutkimukseen ja tuotekehitykseen liittyvien kiihokkeiden hiipuminen. Pärjätäkseen kilpailussa määräävässä asemassa olevan yrityksen ei tarvitse toimia yhtä innovatiivisesti kuin mitä kilpailullisemmilla markkinoilla edellytettäisiin. Yritys pystyy säilyttämään asemansa paljaan taloudellisen voimansa perusteella. Kirjallisuudessa on

---

[703a] Ks. edellä esitettyä kuviota sivulla 376.

[704] Hovenkamp (1999) s. 23.

esitetty valaisevia esimerkkejä teknisen kehityksen viivästymisestä.[705] Niiden yleistettävyys on kuitenkin kiistanalaista.

6.2.3.2 Schumpeter-monopoli

Edellä on kiinnitetty huomiota määräävän aseman mahdollisiin haittoihin dynaamiselle tehokkuudelle. Vastakkaisen näkemyksen mukaan markkinavoima on välttämätöntä, jotta hyödyllisiä innovaatioita ylipäätään on mahdollista tehdä. Mahdollisuus saavuttaa tilapäisesti monopolinluonteinen asema luo insentiivin panostaa tutkimukseen ja tuotekehitykseen. Markkinavoima voidaankin nähdä palkkiona onnistuneesta kehitystyöstä. Markkinavoimaa voi muodostua aloilla, joilla dynaaminen kilpailu on voimakasta ja joilla kilpailussa menestyneet yritykset saavuttavat merkittävää etua kilpailijoihinsa nähden.[706] Viime vuosina on kiinnitetty erityisesti huomiota uuden talouden investointeihin, joille on tyypillistä investointien etupainotteisuus ja huomattava riskiaste.[707] Suurin osa investoinneista epäonnistuu, mutta voittaja saavuttaa dynaamisen kilpailuedun, joka voi olla prosessuaalisen monopolin luonteinen (winner takes it all).[708] Ajatus dynaamisen tehokkuuden ja markkinavoiman välisestä jännitteestä ei ole kuitenkaan uusi.

Alois Schumpeterin mukaan tutkimus ja tuotekehittely edellyttävät resurssien keskittämistä. Schumpeter esitti keskeiset teesinsä teoksessaan Capitalism, Socialism and Democracy (1942). Schumpeterin mukaan kilpailuprosessia ohjaavat innovaatiot sanan laajassa merkityksessä.[709] Innovaatiot alentavat yritysten tuotantokustannuksia. Kustannusten alentumisen seurauksena markkinoilla syntyy epäsymmetrinen tilanne, jossa kustannusetua nauttiva yritys syrjäyttää

---

[705] Ks. esim. Adams ja Brock (1994) s. 505 ss. jotka mainitsevat liiallisen taloudellisen vallan Yhdysvalloissa havaittuina haittavaikutuksina A. keinotekoisen korkean hintatason (s. 510), B. julkisen päätöksenteon itsenäisyyden heikentymisen ns. capture-ilmiön seurauksena (s. 512), C. hintaohjauksesta aiheutuvan makrotaloudellisen epävakauden (s. 515), D. teknologisen kehityksen estämisen (s. 519), E. yksityisen suunnitteluvallan haitat (s. 522), F. sabotaasiongelman, jolla tarkoitetaan suurten yrityksen kykyä "kiristää" päätöksentekijöitä esim. uhkaamalla tehtaan sulkemisella (s. 524), G. julkisen vallan manipuloimisen privilegioiden saamiseksi (s. 527), H. kansallisen turvallisuuden vaarantumisen (s. 531) ja G. taloudellisen vapauden eroosion (s. 533). Tekijät osoittavat esimerkkejä haittavaikutusten tueksi. Eri asia on, missä määrin ne ovat yleistettävissä. Artikkeli päättyy toteamukseen, jonka mukaan kilpailuoikeuden tehtävänä on hajauttaa taloudellista valtaa, jotta John Stuart Millin esikuvan määritelmän mukaan toimitaan yhteiskunnallisia hyötyä maksimoivalla ja haittoja minimoivalla tavalla (s. 335). Toisen John Stuart Milliin palautuvan ajatelman mukaisesti sama asia voitaisiin ilmaista siten, että pyritään turvaamaan jokaiselle suurin mahdollinen määrä vapautta, joka ei samalla loukkaa kenenkään toisen oikeuksia.

[706] Ks. esim. Ordover (1990) s. 23–25.

[707] Ks. esim. Stenbacka (2000); Liebowitz/Margolis (2001); M. Virtanen (2001).

[708] Ks. esim. Liebowitz/Margolis (2001) s. 163–164.

[709] Dynaamisen näkemyksen kehityksestä ja variaatioista ks. esim. Ellig/Lin (2001).

muut. Toisaalta innovaatioiden syntyminen vaatii huomattavaa panostusta. Määräävän aseman katsotaan olevan ainakin jossain määrin välttämätön voittojen keräämiseksi, jotta ylipäätään voidaan panostaa riskialttiiseen tutkimus- ja tuotekehittelyyn. Määräävän aseman saavuttamisen mahdollisuus toimii toisaalta kiihokkeena teknistä kehitystä eteenpäin vievälle toiminnalle. Jos yrityksillä ei olisi mahdollisuutta saavuttaa markkinoiden hallintaa ja kerätä hyötyjä, riski-investointien järkevyyttä olisi vaikea perustella. Taloudellisen kasvun siemen piilee nimenomaan innovaatioissa. Kasvu on nopeampaa monopolin kuin täydellisen kilpailun vallitessa.[710]

Mikään kilpailuetu ei ole pysyvä. Kuvatessaan kilpailuprosessia Schumpeter käyttää termiä luova tuhoaminen (*Creative Destruction*). Tällä hän tarkoittaa sitä, että pitkällä tähtäimellä määräävä asema aina rapautuu, kun sen taustalla oleva tekninen kilpailuetu on menetetty. Määräävään asemaan nousee seuraavan keskeisen innovaation tehnyt yritys. Tällä tavoin tekninen kehitys menee askel askeleelta eteenpäin. Termillä *Schumpeter-monopoli* tarkoitetaan markkinavoiman tilapäisyyttä, kun tarkasteluväliä pidennetään. Markkinavoimaa ei nähdä ongelmana, jos se on luonteeltaan tilapäistä ja perustuu muita tehokkaampaan toimintaan.

Toinen selityslinja korostaa yrityskoon merkitystä innovaatioiden rahoittamiselle. Yrityskoon kasvattaminen on välttämätöntä, jotta yrityksillä olisi mahdollisuus kattaa esimerkiksi mikrotekniikan vaatimat korkeat tuotekehityskustannukset. Tutkimuskustannusten korkeuden ohella alalle on tyypillistä se, että innovaatiot vanhenevat nopeasti. Tarkasteltuna kansallisilla tai alueellisilla markkinoilla väistämättömänä seurauksena on markkinaosuuden kasvaminen. Yrityskoon kasvamista ja korkeaa markkinaosuutta ei kuitenkaan pidä samaistaa markkinavoimaan, sillä tuotteiden myyminen edellyttää pärjäämistä edelleen kiihtyvässä innovaatiokilpailussa. Markkinavoiman väärinkäyttäminen ei siten ole ainakaan pitkällä aikavälillä mahdollista.

6.2.3.3 Keskustelua

Yritykset mitata markkinoiden keskittymisasteen, yritysten koon kasvun ja innovatiivisuuden keskinäistä vuorovaikutussuhdetta ovat johtaneet varsin ristiriitaisiin tuloksiin.[711] OECD:n vuonna 1996 julkaisemassa selvityksessä[712] kartoitettiin innovaation, yrityskoon ja markkinarakenteen keskinäisiä vuorovaiku-

---

[710] Jos esimerkiksi monopolin seurauksena tuotanto alenee 10 prosenttia mutta talous kasvaa 3 prosentin sijasta 4 prosentin vuosivauhdilla, alkuperäinen tehokkuustappio on voitettu 10,6 vuodessa. Ks. Jenny (1993) s. 206.

[711] Ks. Cohen/Levin (1989) s. 1060; Shepherd (1997) s. 125–130. Ks. myös teosta Jorde, Thomas M., Teece, David J., Antitrust, Innovation, and Competiveness (1992), esim. Jorden ja Teecen johtopäätökset s. 233–235.

[712] Innovation, Firm Size and Market Structure: Schumpeterian Hypothesis and some New Themes. OECD Economic Department Working Papers N0 161. Paris 1996.

tussuhteita empiirisen kirjallisuuden perusteella. Selvityksen mukaan *Schumpeterin* teesit eivät saa yleistä tukea. Markkinoiden keskittymistä estämään pyrkivän kilpailupolitiikan ja tutkimus- ja tuotekehityksen välillä ei nähdä valintatilannetta, jossa toinen tavoite yleisesti joutuisi väistymään. Kuitenkin erityisen huomattavaa tutkimuksellista panostusta edellyttävillä aloilla markkinoiden keskittyminen saattaa olla vääjäämätöntä. Toisaalta varsinkaan näillä aloilla korkeasta markkinaosuudesta ei voi tehdä suoria johtopäätöksiä markkinavoimasta. Ylipäätään yhden suuntaisen kausaliteetin etsiminen puoleen tai toiseen nähdään ongelmallisena.[713]

Schumpeterin teesin yleistettävyys on varsin kiistanalaista. Erityisesti huomattavia pääomia vaativien tutkimuskohteiden kannalta resurssien keskittäminen on nähty järkeväksi muun ohella siksi, ettei innovaatiokilpailun hävinneiden yritysten panostus valu hukkaan.[714] Toisaalta ei voida kiistää kilpailun positiivista merkitystä sille, että innovaatioihin panostamiseen ylipäätään säilyy riittävä paine. Pienillä yrityksillä ei ole resursseja panostaa kalliiseen ja riskialttiiseen tutkimukseen. Toisaalta pienet yritykset tuovat innovaationsa nopeammin markkinoille. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kyllä panostaa tutkimukseen ja tuotekehitykseen pienempiä yrityksiä enemmän mutta saattaa jarruttaa innovaation tuomista markkinoille hyödyntääkseen vanhempaan teknologiaan perustuvaa asemaansa markkinoilla vielä pidempään.[715] Keskittämällä tutkimustoimintaa voidaan välttää päällekkäisiä investointeja.[716] *Schererin ja Rossin* mukaan tavoiteltavaa on sopiva suhde resurssien keskittämisen ja kilpailullisten markkinoiden välillä siten, että pääpaino on kilpailun puolella.[717]

Schumpeterin keskeinen anti kilpailupolitiikalle lienee siinä, ettei markkinavoiman torjuminen sinänsä liene realistinen tai edes tavoittelemisen arvoinen päämäärä. Olennaista on kiinnittää huomiota markkinavoiman syihin ja luonteeseen. Markkinavoiman syntymisen estämistä tärkeämpää on turvata se, ettei markkina-asemaa pyritä keinotekoisesti säilyttämään pidempään kuin mihin yrityksen tehokkuus aidosti antaa mahdollisuuden. Olennaista on siten erottaa toisistaan kaksi tilannetta: markkinavoima voi johtua tehokkuudesta tai se voi johtua kilpailunrajoituksesta. Kilpailuoikeudellista analyysia vaikeuttaa käytännössä se tosiseikka, että usein nämä kaksi markkinavoiman keskeistä perussyytä menevät keskenään lomittain.

Schumpeterin tuotannolla on perusteltu myös yksioikoista näkemystä kilpailupolitiikan (keskimääräisestä) tarpeettomuudesta. Kärjistäen on väitetty, että

---

[713] Ibid. s. 33–34.
[714] Ks. esim. Utton (1995) s. 17–18, 133, 278–284.
[715] Ks. Shepherd (1997) s. 120–125.
[716] Ks. esim. Vickers/Hay (1987) s. 8.
[717] "What is needed for rapid technical progress is a subtle blend of competition and monopoly, with more emphasis in general on the latter, and with the role of monopolist elements diminishing when rich technologocal opprtunities exist." Scherer/Ross (1990) s. 660.

esimerkiksi määräävän aseman torjuminen yrityskauppavalvonnalla johtaisi yleisesti teknis-taloudellisen kehityksen hiipumiseen.[718] Näkemys perustuu naturalistiseen virhepäätelmään. Siitä, että tietty yritys hallitsee markkinoita tai pyrkii tämän aseman saavuttamaan, ei voida automaattisesti johtaa sitä, että markkinoiden hallinta (edelleen) johtuu muita suuremmasta tehokkuudesta.

Se, että määräävä markkina-asema voi seurata suuremmasta tehokkuudesta tai että tehokkuus voi edellyttää markkinoiden keskittymistä, on peruste sille, ettei määräävän aseman kieltäminen *per se* ole tarkoituksenmukaista. *M. Virtasen* analyysiin voidaan yhtyä siltä osin, että tavoitekonflikti määräävän aseman ja tehokkuuden välillä on mahdollinen. Mitään yleisen tason ristiriitaa ei voida havaita.[719] Mikäli tietyn transaktion estävä kilpailuoikeudellinen säännös estää kustannussäästöjen saavuttamisen, voitaneen puhua *mahdollisesta* dilemmasta. Eri asia on, että todennäköisesti transaktiolla on samanaikaisesti eri suuntiin vieviä vaikutuksia. Esimerkiksi yrityskauppa voi tuottaa mittakaavaetuja, mutta samanaikaisesti kilpailun vähentyminen heikentää yritysten insentiivejä panostaa tuotekehittelyyn ja asiakaspalveluun. Vaihtoehtoisten vaikutusten runsaus ja niiden esiintyminen samanaikaisesti tekee kustannuksia ja hyötyjä koskevasta analyysistä äärimmäisen monimutkaisen.

Määräävän aseman taustalla olevat tehokkuussyyt ovatkin keskeinen selitys sille, miksi kilpailuoikeudessa tehdään erottelu määräävän aseman ja sen väärinkäytön välillä. Vaikka määräävä asema aikanaan olisikin saavutettu suuremman tehokkuuden avulla, aseman keinotekoiseen puolustamiseen on syytä puuttua. Kilpailuoikeudella säännellään sitä, ettei määräävää asemaa pyritä säilyttämään pidempään kuin mihin yrityksen muita suurempi tehokkuus antaa aihetta.

6.3 MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN TAVOITTELUSTA JA PUOLUSTAMISESTA AIHEUTUVAT YLIMÄÄRÄISET KUSTANNUKSET

Staattisessa monopolimallissa määräävässä asemassa olevan yrityksen ei tarvitse huolestua potentiaalisesta kilpailusta. Kuitenkaan useimmissa tapauksissa kyse ei ole lailla suojatusta yksinoikeudesta. Määräävässä markkina-asemassa

---

[718] Ks. esim. Brenner, Reuven, Market Power: Innovations and Anti-trust; kirjassa Mathewson/Trebilcock/Walker (Eds.), The law and Economics of Competition Policy (1990) s. 179–216. Brennerin mukaan kilpailupolitiikassa tulisi keskittyä julkisen vallan elinkeinotoiminnalle asettamien esteiden purkamiseen. Markkinavoima on tarpeen tehokkuuden lisäämiseksi, eikä se voi muodostua ongelmaksi, koska markkinat joka tapauksessa itse korjaavat tilanteen Vrt. lyhyt kommentaari (Steven Globermann) s. 217–218. Kotimaisista kilpailupolitiikan tarpeettomuutta/vähämerkityksellisyyttä korostavista näkemyksistä ks. myös Vihanto (1996) ja (2000).

[719] Ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 131–135.

oleva yritys tai kartelli joutuu uhraaman resursseja asemansa saavuttamiseen ja sen puolustamiseen kilpailijoita vastaan.

Richard A. Posnerin mukaan allokatiivinen tehottomuustappio muodostuu vain osittain monopolin hyvinvointitappiosta. Lähtökohtaisesti haittoihin tulisi lukea kolmion 4-5-6 lisäksi myös alue 2-3-4-5, ei kuitenkaan siitä syystä, että kyseessä on tulonsiirto kuluttajilta monopolistille, vaan siksi, että kyseinen alue (WL 2) menetetään monopolin puolustamiskustannuksiin[719a]. Joka tapauksessa monopolin hyvinvointikustannukset ovat olennaisesti aluetta 4-5-6 suuremmat. Yritys uhraa tarpeettomia resursseja esimerkiksi asianajopalkkioihin tai vaikuttaakseen poliittisiin päättäjiin. Monopolikamppailun seurauksena monopolivoitot muuntuvat monopolin hankkimis- ja puolustamiskustannuksiksi.

Määräävässä asemassa oleva yritys voi pyrkiä pysymään kilpailijoidensa edellä investoimalla monopolivoitot tutkimukseen ja tuotekehitykseen. Tutkimus ja tuotekehitys voivat vähentää markkinavoimasta aiheutuvaa allokatiivista tehokkuustappiota, jos markkinat arvostavat tutkimuksen ja tuotekehityksen tuloksia enemmän kuin mitä innovaatioiden luomasta uudesta markkinavoimasta aiheutuu uutta hyvinvointitappiota. Kilpailijoiden poissulkemisesta tai yli-investoinneista aiheutuvat välittömät kustannukset koituvat monopolistille itselleen. Hyväksyttäessä taloudelliseen toimintaan liittyvä rationaalisuusolettama[720] lähdetään siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys ei panosta aseman puolustamiseen markkinaposition arvoa enempää resursseja. Enimmäismäärä, jonka monopolisti suostuu investoimaan, vastannee siten neliön 2-3-4-5 suuruutta. Kilpailun ollessa riittävän voimakas voisi tuo alue periaatteessa kokonaisuudessaan siirtyä määräävän aseman hankkimis- tai puolustamiskustannuksiin. *Posnerin* mallissa oletetaan, että

1. yritykset kilpailevat monopolin saavuttamisesta keskenään;
2. pitkällä aikavälillä kaikkien monopolin tavoittelussa käytettyjen panosten kysyntä on elastista;
3. monopolin tavoittelussa syntyneillä kustannuksilla ei ole sosiaalisesti arvokkaita sivuvaikutuksia.[721]

Oletuksista ensimmäinen näyttäisi pätevän reaalimaailmassa varsin yleisesti. Sen sijaan toinen ja kolmas oletus lienevät yleistyksinä ongelmallisia. Kysyn-

---

[719a] Ks. edellä esitettyä kuviota sivulla 376.

[720] Rationaalisuusolettamalla tarkoitetaan sitä, että jokainen pyrkii maksimoimaan voittonsa. Jokainen talouden toimija valitsee useammasta tarjolla olevasta vaihtoehdosta sen, joka on hänelle itselleen edullisin. Sikäli kuin kyse on yritystoiminnasta, olettama pitänee keskimääräisesti paikkaansa. Puhdas rationaalisuusolettama jättää kuitenkin huomiotta informaation epäsymmetrisyyden. Yritykset kyllä pyrkivät voiton maksimointiin, mutta eivät päätöksentekohetkellä tunne kaikkia relevantteja seikkoja. Tiedossa olevia seikkoja voidaan arvioida väärin esimerkiksi ennustettaessa tulevaa kehitystä. Monopoliin suhteutettuna tämä tarkoittaa, ettei monopolisti välttämättä tiedä suurimman mahdollisen tulonsiirron (neliö 2-3-4-5) suuruutta. Määräävän markkina-aseman puolustamisesta aiheutuvia kustannuksia voidaan yli- tai aliarvioida.

[721] Posner (1975) s. 809.

nän elastisuutta ei voitane olettaa vakioksi. Toisaalta jos määräävää markkina-asemaa tavoitellaan tai puolustetaan esimerkiksi parantamalla asiakaspalvelua tai kehittämällä entistä parempia tuotteita, se hyödyttää kiistattomasti kuluttajia. Posnerin malli on sovellettavissa niissä tapauksissa, joissa käytetyillä kilpailukeinoilla on vähän tai ei ollenkaan sosiaalista arvoa.[722] Sitä vastoin määräävän aseman saavuttamista esimerkiksi innovaatiokilpailun voittamisen johdosta ei voitane pitää kielteisenä ilmiönä. Kilpailijoita tehokkaampi tutkimus- ja tuotekehittely voi johtaa merkittävän patentin saavuttamiseen. Patentti voi tuoda monopolivoittoja ja sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Tästä huolimatta immateriaalioikeuksia ei pidetä kilpailuoikeudellisesti negatiivisena ilmiönä, koska niiden tuomat voitot luovat kiihokkeen yleisen edun kannalta hyödylliselle tutkimustoiminnalle ja kehitykselle. Ilman immateriaalioikeuden tuomaa yksinoikeutta tekninen kehitys viivästyisi ja yritykset pyrkisivät nykyistä enemmän salaamaan hyödyllisiä keksintöjä. Eri asia on, että immateriaalioikeutta, kuten melkein mitä tahansa muutakin oikeushyvää, on mahdollista väärinkäyttää.

Posnerin mallilla voidaan selittää määräävän markkina-aseman väärinkäytön motiiveja ja mallintaa siitä aiheutuvia yhteiskunnallisia kustannuksia. Vastoin esimerkiksi *Borkin* perusteoksen radikaalin kielteistä kantaa[723] Posner pitää määräävän aseman väärinkäyttöä sinänsä potentiaalisesti ongelmallisena ja viranomaistoimenpiteitä edellyttävänä ilmiönä, joskin Posnerinkin kantaa voidaan pitää chicagolaiseen tapaan varsin krittisenä, sikäli kuin kyse on tarpeesta puuttua markkinavoimaisen yrityksen yksipuoliseen toimintaan.[724] Markkinavoiman väärinkäytön osalta keskeisenä ongelmana on rajata toimenpiteet siten, ettei sillä estetä tehokkaampien yritysten toimintaa. Mitään yleistä oletusta, jonka mukaan määräävässä asemassa olevat yritykset toimisivat tehokkaasti ei voida asettaa. Tapauskohtaisesti tulee harkita, milloin kilpailuprosessin suojaaminen[725] tai muu lailla suojattu oikeushyvä edellyttää viranomaisen puuttumista määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan.

Markkinavoiman lisääminen tai saavutetun aseman puolustaminen suorituskilpailun keinoin on paitsi kilpailuoikeudellisesti sallittua, ilman muuta yleisen hyvinvoinnin kannalta suotavaa. Pyrkimys oman markkina-aseman parantamiseen motivoi yrityksiä tehostamaan toimintaansa. Kilpailumekanismin avulla oman edun tavoittelu valjastetaan palvelemaan yleistä etua. Kilpailupoliittisesti ongelmaksi muodostuu se, että määräävä markkina-asema mahdollistaa toimi-

---

[722] Ibid. S. 811.

[723] Ks. Bork, The Antitrust Paradox (1978, 1993) s. 406.

[724] Ks. Posner, Antitrust Law (2001) s. 262–264.

[725] Kuten jäljempänä tutkimuksen oikeusdogmaattisessa osassa tullaan osoittamaan, määräävän markkina-aseman väärinkäytön valvonnassa painopiste on siirtynyt kilpailuprosessin suojaamiseen. Kilpailuviranomaiset puuttuvat suorituskilpailua vastaamattomiin toimenpiteisiin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii keinotekoisesti estämään kilpailijoiden toimintaa.

misen vastoin oletettua markkinoiden logiikkaa. Läheskään kaikki määräävän aseman hankkimiseen tai puolustamiseen käytettävät investoinnit eivät nimittäin ole yleisen edun mukaisia. Monopoliaseman puolustamiseen liittyvät keinotekoiset toimenpiteet voidaan jakaa markkinoiden sisäisiin ja markkinoiden ulkoisiin toimenpiteisiin.

Markkina-aseman puolustamiseen käytettävissä olevat kilpailukeinot voidaan jakaa markkinoiden sisäisiin ja niiden ulkoisiin kilpailukeinoihin. Ensiksi mainittuja on mallinnettu erityisesti strategisen kilpailun teoriassa ja jälkimmäisiä public choice -tutkimuksessa.

6.3.1 Markkinoiden sisäiset tavat puolustaa määräävää asemaa

Yritys voi yli-investoida strategiseen hyödykkeeseen. Sen sijaan, että määräävässä asemassa oleva yritys pyrkisi tehostamaan omaa toimintaansa leikkaamalla kustannuksiaan, sama vaikutus voidaan saavuttaa nostamalla alalle tuloa suunnittelevien kilpailijoiden kustannuksia (*raising rivals' costs*). Yritys voi pyrkiä esimerkiksi monopolisoimaan alalle tulossa tarvittavan hyödykkeen hankkimalla haltuunsa kilpailijoiden tarvitsemat raaka-ainevarat tai immateriaalioikeudet (estopatentti). Käyttäydyttäessä strategisesti raaka-ainevarantoja tai patenttia ei hankita oman toiminnan tehostamiseksi vaan niskaotteen saamiseksi kilpailijasta. Varallisuusarvot eivät kanavoidu tehokkaimpaan mahdolliseen käyttöön. Jos monopoliyritys jo on vertikaalisesti integroitunut, kilpailijoihin voidaan käyttää hintaruuvia. Hintaruuvissa yritys perii kilpailijoilta näiden tarvitsemasta hyödykkeestä korkeampaa hintaa kuin mitä se veloittaa omalta konserniyhtiöltään. Tällä tavoin määräävässä asemassa oleva yritys turvaa itselleen kilpailuedun lopputuotteen markkinoilla. Erona on se, että kun omien tuotantokustannusten karsiminen on markkinoiden toimivuuden kannalta toivottavaa, kilpailijan kustannusten keinotekoinen nostattaminen on yleensä vahingollista.

Aika ajoin sillanpääaseman puolustaminen voi eskaloitua monopolikamppailuksi; yritykset turvautuvat kilpailukeinoihin, joiden keskeisenä tavoitteena on kilpailijan vahingoittaminen. Saalistushinnoittelua pidetään kuluttajille tulevan lyhyen tähtäimen edusta huolimatta vahingollisena sen vuoksi, että menettelyn tarkoituksena tai seurauksena voi olla keinotekoinen omaisuusarvojen tuhoutuminen. Saalistushinnoittelun ohella alalletuloa voi vaikeuttaa muunlainen strateginen käyttäytyminen. Kartellin jäsenet voivat kompensoida puuttuvaa hintakilpailua sijoittamalla ylisuuria summia esimerkiksi mainontaan.

Haittavaikutukset voivat liittyä myös liialliseen markkinoiden sääntelyyn. Jos alallepääsyä on rajoitettu julkisen vallan toimesta ja hinnat ovat säännösteltyjä, säännöstellyllä alalla toimivilla yrityksillä on kiihoke korvata hintakilpailu laadulla. Laatukilpailua ei luonnollisestikaan voida pitää vahingollisena, päin-

vastoin. Se voi kuitenkin ylikorostua.[726] Hallitsevan aseman tavoittelusta aiheutuvien kustannusten voidaan olettaa olevan suurempia, jos kyse ei ole oligopolista, vaan yhdellä yrityksellä on mahdollisuus saavuttaa yksin määräävä asema. Tällöin yritys saa monopolivoimasta syntyvän tulonsiirron kuluttajilta itselleen kokonaisuudessaan. On viitteitä siitä, että määräävän markkina-aseman puolustamisesta aiheutuvien kustannusten vuoksi monopolin sosiaaliset haitat muodostuvat staattisen mallin osoittamaa olennaista suuremmiksi.[727]

6.3.2 Markkinoiden ulkoiset tavat tavoitella ja puolustaa määräävää asemaa (rent seeking)

Taloustieteessä on viime vuosina[728] ryhdytty kiinnittämään enenevässä määrin huomiota markkinoiden ulkopuolisiin toimenpiteisiin, joilla hankitaan liiketuottoja tai puolustetaan markkina-asemaa *(rent seeking)*. Näitä on tutkittu erityisesti *public choice* -tutkimussuuntauksen piirissä. Lähestymistavassa kyseenalaistetaan 1950- ja 1960-luvun mikrotaloustieteen oletus hyvinvointitappioiden pienuudesta. *Harbergerin* kolmiossa tarkastellaan ainoastaan hinnannoususta aiheutuvaa allokatiivista tehokkuustappiota. Alun perin juristi *Gordon Tullockin* kehittämän lähestymistavan[729] mukaan monopolin tavoittelu aiheuttaa ylimääräisiä kustannuksia, jotka on otettava huomioon arvioitaessa monopolin sosiaalisia kustannuksia.[730] *Rent seeking* voidaan määritellä tulonsiirron

---

[726] Esimerkiksi Suomessa pankit ilmeisesti yli-investoivat konttoriverkostoon 1970- ja 1980-luvuilla, jolloin julkinen valta säännösteli voimakkaasti rahamarkkinoita.

[727] Ks. esim. Posner (1975).

[728] Lähestymistapa ei sinänsä ole missään nimessä uusi. Ks. jo Weber Max, Wirtschaft und Gesellshaft (1921), s. 28–30; 114; Swedberg (1998) s. 59; Böhm Franz, Wettbewerb und Monopolkampf (1933) s. 319 ss.

[729] Ks. Tullock (1967) ja (1998); Tollison (1997). Ennen Tullockia käytännössä saman argumentin on esittänyt Franz Böhm saksalaisessa kirjallisuudessa, joskaan ei yhtä artikuloidusti. Ks. Böhm (1961). Public choice -kirjallisuudessa rent seeking on tematisoitu varsinaiseksi tutkimusohjelmaksi.

[730] Ks. Tullock (1998) s. 2: "If the profit rectangle is the income transfer that a successful monopolist can extort from his customers, surely we should expect potential monopolists, with so large a prize dangling before them, to invest large resources in the activity of monopolizing. Indeed, the capital value of the monopoly transfer, properly discounted, is much greater than the profit rectangle suggests, since the latter represents only a single period transfer. Rational entrepreneurs should be willing to invest resources in attempts to form a monopoly until the marginal cost equals the properly discounted marginal return. Under certain assumptions (see Posner 1975) the competitive outlays to establish a monopoly will exactly equal the present value of the profit rectangle. The winning firm of course will secure an above-normal return on its investment, exactly offset by the losses of those who fail to secure the monopoly. From this perspective, the Tullock rectangle may have to be added to the Harberger triangle when calculating the potential loss of welfare associated with monopoly. I use the word may advisedly since the discussion so far in this essay does not establish that rent-seeking for monopoly necessarily dissipates the transfer." Tullock (1998) s. 4: "It would appear that the concept of rent seeking was

tavoittelun aiheuttamaksi sosiaaliseksi kustannukseksi.[731]

Rent seeking voi ilmetä monopoliyritysten, elinkeinonharjoittajien yhteenliittymien tai etujärjestöjen pyrkimyksenä hankkia itselleen julkiselta vallalta erityisetuja, esimerkiksi valtiontukia, edullisia teknisiä standardeja, kilpailijoille alallepääsyn rajoituksia (esim. tuontisuoja ja toimilupajärjestelmät) tai muuta omia kustannuksia alentavaa tai kilpailijoiden kustannuksia korottavaa lainsäädäntöä.[732] Hyvinvointitappio syntyy siitä, että rent seeking -toimintaan käytettäville varallisuusarvoille täytyy laskea vaihtoehtoiskustannus, joka syntyy siitä, että resurssit voitaisiin käyttää tuottavampaan toimintaan. Investointi on yritykselle kannattava, jos monopolin tuottaman tulonsiirron kuluttajilta monopoliyritykselle oletetaan ylittävän monopolin tavoitteluun käytettävät kustannukset. Tulonsiirron tavoittelu on parhaimmillaan nollasummapeliä ja todennäköiseltä kokonaissaldoltaan negatiivista, kun yhteiskunnalle aiheutuviin kustannuksiin lisätään mikrotaloustieteellinen allokatiivinen tehokkuustappio.[733]

Yrityksen käytettävissä olevien taloudellisten ja ei-taloudellisten kilpailukeinojen välistä suhdetta on tematisoitu muun ohella public choice -tutkimuksessa. Toisin kuin yksinomaan hintateorian tai toimialan taloustieteen tutkimuksen perusteella voisi päätellä, markkinavoimaa ei hankita ainoastaan markkinoilla vaan myös "yhteistyössä" julkisen vallan kanssa. Markkinavoimaa voidaan saavuttaa lobbaamalla julkisen vallan suuntaan sellaisia toiminnan aloittamisen

---

a key log in certain areas of economic research. In these areas, progress was retarded by the existence of a log-jam. Once the concept of rent seeking was discovered – and defined as the outlay of resources by individuals and organizations in the pursuit of rents created by government – there followed a flourishing of research as relevant ideas began to disseminate throughout economics. It is now rare to find an issue of an economics journal that does not refer at least implicitly to the concept of rent seeking. All this came from an ill-received article that dared to suggest that the social cost of monopoly was as high as first year undergraduates believed it to be despite exhortations to the contrary by almost all mainstream professional economists." Nähdäkseni Rent Seeking -lähestymistavan suurin vaikeus liittyy luotettavien arvioiden antamiseen sen merkityksestä. Sitä on helppo yli- tai aliarvioida. Kilpailupoliittisesti konsepti on merkittävä, sillä se osaltaan osoittaa, ettei markkinanoiden monopolisoitumisen yhteiskunnallisia haittavaikutuksia ainakaan potentiaalisella tasolla voida rajata pelkän allokatiivisen tehokkuustappion tarkasteluun. Argumentti on merkittävä pohdittaessa esim. yrityskauppavalvonnan yleistä tarpeellisuutta, ei niinkään pohdittaessa yksittäistapauksessa kieltoedellytysten täyttymistä.

[731] Ks. Tollison, Rent Seeking, kirjassa perspectives on Public Choice (1997) s. 506–525, s. 506: "Rent seeking is the socially costly pursuit of wealth transfers."

[732] Ajatusta voidaan kehittää eteenpäin siten, että yritykset kilpailevat keskenään regulaation ja lainsäädännön markkinoilla, jolloin lobbaamisen kustannukset muodostavat sijoituksen ja toteutuneet vaikutusmahdollisuudet tuotoksen. Ks. esim. Viscusi/Vernon/Harrington (1995) s. 84: "When these lobbying activities use up real resources, they represent a welfare loss associated with monopoly. Alternatively, if favorable government actions are achieved by bribing legislators or regulators, then this is not a welfare loss but rather simply a transfer from the briber to the bribee. However, one could take the rent-seeking argument one step further and argue that agents will compete to become legislators or regulators in order to receive the rents from bribes. If real resources are used at that stage, then they represent a welfare loss".

[733] Ks. Tollison (1997) s. 506.

rajoituksia, jotka estävät alallepääsyä ja uusien yritysten kasvua. Yksi tämän prosessin seurauksista on, ettei kilpailu ratkea ainoastaan markkinoilla vaan osittain myös vihreällä veralla poliittisten päättäjien ja regulaattoreiden toimesta.[734] Kun tehokkaamman vaihtoehdon tarjoamaan kykeneviä yrityksiä jää markkinoiden ulkopuolelle, kuluttajille aiheutuu hyvinvointitappioita.

Rent seeking -toiminnasta aiheutuu yrityksille ylimääräisiä kustannuksia, jotka oltaisiin voitu käyttää tuottavaan toimintaan. *Posnerin*[735] mukaan monopolin hankkimiseen tai puolustamiseen liittyvät kustannukset tuleekin ottaa huomioon tarkasteltaessa monopolin aiheuttamia hyvinvointitappioita. Miksi kuluttajat tai niiden puolesta toimivat ryhmät eivät estä itselleen epäedullista lainsäädäntöä? *Buchananin, Tollisonin ja Tullockin* teorian mukaan rent seekingin esiintyminen selittyy kustannusten epätasaisella jakautumisella. Alallepääsyn esteestä on huomattavaa taloudellista hyötyä sitä ajavalle yritykselle. Kuluttajille aiheutuva vahinko jakautuu sitä vastoin tasaisesti koko asiakaskunnan kesken, jolloin kaupan esteen haittavaikutus yhden kuluttajan kannalta jää rahassa mitattuna vähäiseksi. Yrityksen intressi ajaa kaupan estettä on huomattavasti suurempi kuin kuluttajien intressi vastustaa sitä.[736] Usein kaupan estettä perustellaan retorisesti tarpeella suojella kansallista etua, esimerkiksi turvata työllisyyttä tai huolehtia aluepolitiikasta. *Bourdet* on arvioinut, että vaikka rent seeking -kirjallisuus onkin alkuperältään amerikkalaista, ongelman laajuus voi silti olla itse asiassa Euroopassa laajempi. Tämä johtuu Bourdetin mukaan siitä, että Euroopassa talouden julkinen sääntely on yleisempää kuin Yhdysvalloissa ja julkisen sektorin osuus suurempi.[737]

Kasper ja *Streit*[738] tarkastelevat kilpailua tavarantoimittajan perspektiivistä. *Taloudelliset* kilpailukeinot jakautuvat hintakilpailuun ja ei-hintakilpailuun. Hintakilpailua käydään hinnanmuutoksilla (kokonaishinnat, hintayhdistelmät ja alennusjärjestelmät). Mallissa ei-hintakilpailu koostuu tuoteinnovaatioista, mainonnasta, jakelujärjestelmän valintaan ja sisältöön kohdistuvista muutoksista, ostajille annetusta tuesta ja jälkimarkkinapalveluista. Mallissa *ei-taloudellinen kilpailu* koostuu lobbaustoiminnasta, jolla tavarantoimittaja hakee poliittista interventiota ostajan ohjailemiseksi tai tämän vaihtoehtojen rajoittami-

---

[734] Stigler, George, The Economic Theory of Regulation (1971).

[735] Posner, Richard A. (1975) The Social Cost of Monoply,

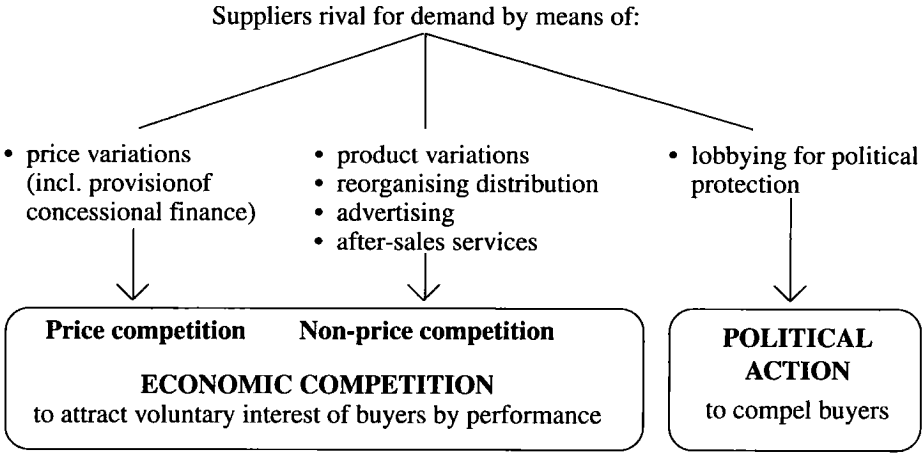
[736] Ks. Kasper/Streit (1998) s. 248–249. Ks. myös esim. Buchanan, J., Tollison R., Tullock, G., Towards a Theory of a Rent Seeking Society (1980).

[737] Bourdet (1992) s. 26–27. Voidaan kysyä, missä määrin suomalainen komitealaitos estäisi ongelman syntymisen meillä tai ainakin rajoittaisi sen syntymistä. Ei liene löydettävissä institutionaalista järjestelyä, joka sinänsä poistaisi rent seeking -ongelman. Se, kuinka hyvin komitealaitoksella ylipäätään pystytään rajoittamaan ongelman laajuutta, riippunee muun ohella komiteoiden valintaperusteista, valmistelun avoimuudesta jne. Yksi tapa rajoittaa ongelmaa olisi meilläkin se, että puoluerahoitus säädettäisiin amerikkalaisen mallin mukaisesti julkiseksi.

[738] Ks. Kasper, Wolfgang – Streit, Manfred E., Institutional Economics (1998) s. 235–245.

seksi. Yritys pyrkii vaikuttamaan poliitikkoihin ja viranomaisiin muuttaakseen markkinoiden "ulkoistekijöitä" itselleen edulliseen suuntaan.[739]

Figure 8.2 Instruments of competitive action from the suppliers' perspective



Kasperin ja *Streitin* mallia[740] voidaan hyödyntää esimerkiksi polkumyyntisäännösten soveltamiseen liittyvän päätöksentekomekanismin kuvaamisessa. Yrityksillä on mahdollisuus vaikuttaa EU:n jäsenvaltioihin ja komissioon polkumyyntitullien asettamiseksi EU:n ulkopuolisille tuottajille. Tuonnin rajoittuminen vähentää yrityksen asiakkaan vaihtoehtoja. Tuontituotteiden hinnannousu ohjaa asiakkaan valintapäätöstä tullien puolesta lobbanneiden yritysten tuotteisiin. Malli ainoastaan kuvaa mekanismia eikä ota kantaa siihen, onko toimenpide (polkumyyntitulli) oikeutettu vai ei. Mallia voidaan soveltaa myös muihin julkisen vallan toimenpiteisiin, joilla vaikutetaan markkinaolosuhteisiin tiettyä yritysryhmää suosivalla tavalla. Myös *Bourdet* toteaa, että markkinavoima voi olla joko suoraa, markkinoilla ilmenevää, tai epäsuoraa. *Suoraa markkinavoimaa* hankitaan markkinoilla, joilla yritys kontrolloi hintoja tai

---

[739] Kasper ja Streit määrittelevät taloudellisen ja ei-taloudellisen kilpailun välisen eron myyjän kannalta seuraavasti (s. 236): "Thus, economic competition covers the rivalry among suppliers to attract byuers through better performance. What is good performance is judged by the buyers. This arrangement is in the interest of buyers. Lobbying is the competition for political favours and for political protection that allows sellers to offer buyers less choice." Kirjoittajat jatkavat alaviitteessä: "It should be noted in passing that most neoclassical textbooks ignore non-price competition, which tends to be much more important in most markets for complex producs and services. Standard textbook analysis also proceeds on the assumption that no transaction costs intervene between the two sides of the market".

[740] Kasper/Streit (1998) s. 236.

määriä. *Epäsuora markkinavoima* ilmenee mahdollisuutena vaikuttaa yrityksen kannalta kiinnostaviin politiikkakysymyksiin kuten viranomaissäänneltyyn hintaan, alallepääsyn esteisiin tai kauppapolitiikkaan sanan laajassa merkityksessä.[741] Toisena esimerkkinä, joka koskee sisämarkkinaoikeutta, voidaan mainita esim. tietyn hyödykkeen jälleenmyyjien pyrkimykset saada aikaiseksi kulutusverolainsäädäntöä, joka estää hyödykkeiden hankkimisen muista EY:n jäsenvaltioista kilpailukykyiseen hintaan. Suomessa tällaisesta on saatu esimerkki ns. autoverotapauksessa.[742] Kolmantena kilpailuoikeuteen sanan suppeassa merkityksessä liittyvänä esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin linjaliikennekonfrenssin pyrkimyksiä vaikuttaa kansalliseen regulaattoriin siten, että tämä vaikeuttaisi kilpailevien laivanvarustajien markkinoille pääsyä.[743] Havaitaan, että ilmiönä rent seekingillä on merkitystä sekä markkinavoiman haittoja koskevassa analyysissa, määräävän aseman säilymistä selittävänä tekijänä, sisämarkkinalainsäädännössä että aika ajoin myös kilpailunrajoituslainsäädännön soveltamisessa.

Rent seeking -toiminnan kustannuksista esitetyt arviot vaihtelevat suuresti. *Tollisonin* survey-artikkelissa siteeratuissa tutkimuksessa vaihteluväli on huomattava.[744] Nähdäkseni laskelmissa, jotka parhaimmillaankin lienevät vain karkeita arvioita, suurin ongelma liittyy kustannusten määrittämiseen. Jos esimerkiksi lakimiesten palkkoja, toimialajärjestöjen budjetteja tms. pidetään sellaisenaan rent seeking- kustannuksina, ilmiön merkitystä yliarvioidaan.[745]

Ilman riittävän huomion kiinnittämistä määräävän aseman tavoittelusta ja puolustamisesta aiheutuviin ylimääräisiin kustannuksiin monopolin hyvinvointitappiota aliarvioidaan. Lähestymistapa tuo kuitenkin mukanaan määrittelyongelman. Kuten esim. *Buchanan* toteaa, määräävän aseman tavoittelua markkinoilla ei voida pitää rent seeking -toimintana, jos se perustuu normaaliin liiketaloudelliseen toimintaan ja siihen luonnostaan liittyvään voittojen tavoitte-

---

[741] Ks. Bourdet (1992) s. 4.

[742] *Asia C-101/00, Tulliasiamies ja Antti Siilin*, EY-tuomioistuimen päätös 19.9.2002, ei vielä raportoitu.

[743] *Compagnie Maritime Belge v. komissio*, T-24-26/93, Kok. 1996 s. II-1201, C-395&396/96, Kok. 2000 s. I-1365, tuomion kohdat 84–88.

[744] Ks. Tollison (1997) s. 512–515, taulukko s. 514. Posner (1975) arvioi Yhdysvaltojen osalta sääntelyyn liittyvän rent seeking -toiminnan kustannukseksi 3 % bruttokansantuotteesta. Rent seeking kustannuksia on myös arvioitu osana monopolista aiheutuvaa hyvinvointitappiota. Cowling ja Mueller ovat saaneet yksityisten monopolivoimaisten yritysten osalta kustannukseksi eri aikoina 13 % (1963–1966) ja 7 % (1968–1969) bruttokansantuotteesta. Ross (1980) arvioi Kenian kaupallisen sektorin rent seeking -kustannukset peräti 38 %:n suuruisiksi bruttokansantuotteesta. Op. cit. Tollision (1997) s. 512–515.

[745] Mahdollisesti esim. lakimiehistä saatava hyöty ylittää lakimiespalkkion ja toimeksiantajan saaman hyödyn yhteissumman, jolloin koko toiminnalla voi olla positiivisia ulkoisvaikutuksia. Kustannusten määrittämisen ohella osuus riippunee esim. tarkasteltavan yhteiskunnan toimintatavoista.

luun.[746] Eron tekeminen hyödyllisen ja haitallisen monopolin tavoittelun välillä edellyttää kilpailuoikeudellista rajanvetoa hyödyllisen suorituskilpailun ja vahingollisen poissulkemisen välillä. Myöskään markkinaulkoisista tulonsiirron tavoittelukeinoista aiheutuvia kustannuksia ei voida sellaisenaan pitää sosiaalisena kustannuksena. Rent seeking -toiminnan hyödyt ja prosessiin osallisille kertyvät ylimääräiset tulot lienee vähennettävä todellisesta hyvinvointitappiosta.[747] Rent seeking -ilmiön avulla voidaan tarkastella paitsi monopolin haittoja, myös tuoda esille kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn liittyviä riskejä.[748] Viranomaiset voivat tavoitella yleisen edun[749] sijasta omia intressejään esim. suuntaamalla toimintansa siten, että viranomaisen käyttöön ohjautuvat budjettivarat

---

[746] Ks. Buchanan 1980.

[747] Tollisonin mainitseman esimerkin (Congleton 1988) mukaan jos esim. yritys vie regulaattorin päivälliselle, virkamiehen päivälliselle antama arvo on vähennettävä rent seekingin aiheuttamasta sosiaalisesta kustannuksesta. Lahjuksia ei ole teknisesti pidettävä rent seeking -kustannuksena, sillä lahjuksessa kyse on tulonsiirrosta, ei tulonsiirron toteuttamisen aiheuttamista kustannuksista. Lakimiehien tai lobbarin palkkio on luettava rent seeking -kustannukseksi, parlamentin lahjominen ei. Tollison korostaa, että kyse on lahjoman taloudellisesta, ei moraalisesta arvioinnista. Ks. Tollison (1997) s. 508. Rent seeking -kustannusten määrittely vaikuttaa hieman häilyvältä. Monopolin systemaattisia haittoja korostavassa kirjallisuudessa myös mainittu moraalinen aspekti voidaan ottaa huomioon. Esim. ordoliberaalissa kirjallisuudessa monopolin saavuttamista tarkastelleen paitsi taloudellisena, myös demokratiaan, avoimuuteen ja yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen liittyvänä kysymyksenä. Jos markkinoiden liiallisen keskittymisen voidaan osoittaa lisäävän poliittisen päätöksenteon haavoittuvuutta tai lisäävän riskiä virkamiehiin kohdistuvista epäasiallisista vaikutuskeinoista, voidaan tätä epäilemättä pitää yhteiskunnallisena haittana. Toisekseen päätöksenteon vaarantuminen luo riskin huonoista ja yksipuolisista päätöksistä. Konkreettinen taloudellinen haitta syntyy ns. spill over -vaikutuksen kautta. Ajatus, että markkinat voisivat toimia pitkällä tähtäimellä tyydyttävästi ilman moraalia, lienee kyseenalainen. Kyse ei tältä osin ole moralisoinnista, vaan yksinkertaisesti moraalin merkityksestä markkinoiden toimivuudelle. Ks. esim. Buchanan J.M., Morality and Community in the Extended Market Order (1999); Albert Hans, Das Ideal der Freiheit und das Problem der sozialen Ordnung (1999); Baurmann Michael, Der Markt der Tugend (1996) s. 214–219, 658. Esimerkkinä moraaliongelmien haitallisista vaikutuksista taloudelliselle kehitykselle voidaan mainita 2000-luvun alussa paljastuneet puutteet ja suoranaiset väärinkäytökset amerikkalaisten pörssiyhtiöiden kirjanpidossa ja tilintarkastuksessa, jotka osaltaan heikensivät taloudellisia suhdanteita maailmanlaajuisesti. Tässä mielessä kovin tarkka talouden ja moraalin erottaminen ei liene yhteiskunnallisen sääntelytarpeen näkökulmasta välttämätöntä.

[748] Tämä kilpailuoikeuteen kriittisesti suhtautuva lähestymistapa on päällimmäisenä McChesneyn ja Shughartin toimittamassa kokoomateoksessa The Causes and Consequences of Antitrust – The Public Choice Perspective (1995). Teokseen on koottu artikkeleita, joiden punaisena lankana on näkemys, jonka mukaan Yhdysvalloissa kilpailuoikeudellinen päätöksenteko on yhtä haavoittuva intressiryhmien vaikuttamiselle kuin esim. maatalous- sosiaali- tai puolustushallinto.

[749] Myös lainsäädännön taustalla oleva yleisen edun tavoite voidaan kiistää. Boudreaux, DiLorenzo ja Parker (alaviite 124 s. 255 ss.) kiistävät Robert Borkin teorian, jonka mukaan Sherman Act säädettiin tarkoituksessa lisätä allokatiivista tehokkuutta ja korostavat sen sijaan maanviljelijöiden etua ajaneen nk. Granger-liikkeen merkitystä, joka halusi korjausta rautatieyhtiöiden hinnoitteluun. Näkemykseen voidaan yhtyä siltä osin, että Borkin teoria on liian suppea jättäessään huomiotta mm. tulonsiirtokysymykset. Samansuuntaista kritiikkiä, tosin päinvastaisesta näkökulmasta, on esittänyt esim. Lande (1982) ja (1989). Sen sijaan näkemystä, jonka mukaan Sherman Actin säätämisessä yleisellä edulla olisi ollut vain vähäinen vaikutus, ei voida pitää oikeana. Tasapainoisemman tulkinnan osalta ks. esim. Thorellin (1954) ja Letwinin (1965) klassisia esityksiä.

saadaan maksimoitua.[750] Yritykset voivat käyttää kilpailuviranomaisia hyväksi omien liiketoiminnallisten tavoitteidensa edistämiseksi.[751] Pahimmillaan voidaan suojella kilpailun sijasta tehottomia kilpailijoita.[752] On todettava, että kilpailuoikeutta voidaan väärinkäyttää aivan kuten mitä tahansa muuta julkista tai yksityistä järjestelmää. Näkökohtaa ei kuitenkaan voida yleistää, sillä kyse on kilpailuoikeudellisten standardien ja päätöksentekojärjestelmän tarkoituksenmukaisuudesta ja kontrollimekanismien riittävyydestä.[753] Sääntelyn onnistuessa kilpailuoikeudellinen interventio rajataan markkinoiden toimivuuden suojaamiseen kilpailunrajoituksilta.[754] Tässä tutkimuksessa public choice -lähestymistavan anti nähdään pääasiallisesti osaperusteluna sille, että monopolin haittavaikutukset ovat *Harbergerin* kolmiota suuremmat. Verrattaessa kilpailuoikeudellisen sääntelyn hyötyjä ja kustannuksia, kilpailunrajoituksen torjumisesta koituvista hyödyistä on vähennettävä viranomaistoiminnasta aiheutuvat kustannukset.

6.4 TULONSIIRROT KULUTTAJILTA MONOPOLIYRITYKSELLE

Vasemmassa kuviossa[754a] kolmio 1-3-6 kuvaa kuluttajan ylijäämää kilpailutilanteessa. Neliö 2-3-4-5 kuvaa tulonsiirtoa kuluttajilta monopolistille siirryttäessä kilpailusta monopoliin. Kolmio 1-2-4 kuvaa kutistunutta kuluttajien ylijäämää.

---

[750] Ks. esim. Faith/Leavens/Tollison (1982) The Antitrust Pork Barrel.

[751] Esim. sopimusriidassa yritykset voivat vedota kilpailuviranomaisiin vahvistaakseen asemaansa yksityisoikeudellisen riita-asian käsittelyssä.

[752] Public choice -suuntauksen "oikea laita" vaatii viranomaistoiminnan minimoimista, sääntelyn purkamista ja julkisen sektorin suhteellisen osuuden pienentämistä. Ks. esim. Wintrobe, Modern Bureaucratic Theory, kirjassa Perspectives on Public Choice (1997) s. 429–454; vrt. Mashaw; Greed, Chaos & Governance – Using Public Choice to Improve Public Law (1997) s. 207. Kilpailuoikeuden osalta äärimmäisyyssuunnan argumentaatiosta saa hyvän käsityksen esim. D.T. Armentanon tuotannosta. Ks. esim. Armentano, Time to Repeal Antitrust Regulation?, kirjassa Kovaleff (ed., 1994) s. 915 ss. Vrt. Ginsburgin vastinetta s. 933 ss, jossa esitetään kilpailuoikeuden uudistamista, sekä Armentanon repliikkiä s. 949 ss. samassa niteessä. Armentano s. 950: "I concede that my theoretical criticism of antitrust regulation is broad and can be used to invalidate all economic regulation.". Argumentaatiolla on yhtymäkohtia toisaalla tässä tutkimuksessa käsiteltyyn uusitävaltalaiseen kilpailuteoriaan.

[753] Public Choice -suuntauksen hyödyntämisen ei siten tarvitse merkitä minimalistisen sääntelyideologian omaksumista, vaan sitä voidaan hyödyntää sääntelyjärjestelmien puutteiden kartoittamisessa ja parannusehdotusten löytämisessä. Konstruktiivisesta lähestymistavasta amerikkalaisessa kirjallisuudessa ks. esim. Farber/Frickley (1991) s. 116–146 ja erityisesti Mashaw (1997) s. 131 (Should Administrators Make Political Decisions?), s. 158 (Legal Control of Administrative Policymaking), s. 181 (Separated Powers and Regulatory Policymaking) sekä yhteenvetojaksoa s. 199 (Public Choice Pragmatics). Kilpailuoikeutta sivuavan lähestymistavan osalta ks. Hovenkamp (1990), (1994) ja (2000).

[754] Kilpailuviranomaisen toimenpide edellyttää sitä, ettei kyse ole pelkästä yhdelle osapuolelle aiheutuvasta haitasta, vaan että kyse samalla on kilpailuprosessin toimivuuden ja kuluttajien kannalta haitallisesta käyttäytymisestä tai markkinarakenteen muutoksesta.

[754a] Ks. kuviota sivulla 376.

Siirryttäessä kilpailusta monopoliin neliö 2-3-4-5 ikään kuin vaihtaa omistajaa. Mikäli markkinoilla vallitseva tilanne nähdään varallisuuspositioina, siirtymää kilpailusta monopoliin voidaan kuvata siten, että siirryttäessä monopoliin kilpailun avulla saavutettu oikeushyvä vaihtaa omistajaa.[755]

Edellä kilpailuoikeuden tavoitteita koskevassa jaksossa on päädytty siihen, että tulonsiirrot on integroitava kilpailuoikeudelliseen tavoitearsenaaliin, koska sekä EY:ssä että Suomessa kilpailuoikeuden yksi keskeinen tavoite on suojella kuluttajia kilpailunrajoituksista aiheutuvilla tulonsiirroilla. Mikäli aiempi lähestymistapa on ollut neoklassinen, tulonsiirtojen integroiminen neoklassiseen malliin ei merkitse mitään radikaalia muutosta, vaan pikemminkin lain soveltamisen uudelleen suuntaamista. Vaikutukset voivat kuitenkin olla huomattavia esim. kilpailua vähentävien yrityskauppojen valvonnassa. Lähestymistavan muutoksen käytännön vaikutukset riippuvat myös siitä, kenelle asetetaan todistustaakka tehokkuusvaikutuksista ja kuinka pitävää näyttöä vaaditaan. Käytännössä kuluttajien etua koskeva lähestymistapa merkitsee vallitsevaa paradigmaa erityisesti EY:n kilpailuoikeudessa tällä hetkellä, ja myös kilpailunrajoituslain 1 § lähtee siitä mainitessaan erityisesti kuluttajien edun. Käytännössä tulonsiirtojen huomioon ottaminen merkitsee sitä, että haitallisina on pidettävä kilpailunrajoituksia, jotka rajoittavat tuotantoa ja nostavat hintoja. Eroa ei synny tässä vaiheessa ortodoksiseen neoklassiseen tarkasteluun. Ero syntyy siinä vaiheessa, kun tarkastellaan haittoja ja tehokkuushyötyjä. *Haitat kattavat neliön 2-3-4-5 kuvaaman tulonsiirron kuluttajilta monopolistille. Alue, joka täytyy kompensoida hyödyllä, on siten suurempi.* Samantekevää ei ole myöskään se, kenelle hyödyt kertyvät. Kilpailunrajoitus voi esimerkiksi nostaa hintoja mutta lisätä dynaamista tehokkuutta, koska se mahdollistaa entistä parempien hyödykkeiden valmistamisen. Mikäli tulonsiirtovaikutukset rajataan ulkopuolelle, merkitsee se sitä, että pelkkä monopoliyritykselle itselleen koituva hyöty on riittävää. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa tulonsiirtovaikutuksen merkitys näkyy vaatimuksessa, jonka mukaan *hyötyjen on ainakin kohtuullisessa määrin siirryttävä kuluttajille*. Tämä ilmenee sekä Rooman sopimuksen 81 artiklan 3 kohdan ja kilpailunrajoituslain 19 §:n poikkeuslupasäännöksestä, että yrityskauppavalvonnan osalta sulautuma-asetuksen 2 (2) artiklasta ja 11 d §:n perusteluista.[756] Mikäli esim. parempien hyödykkeiden voidaan katsoa kompensoivan hinnankorotuksen tai kilpailunrajoituksen tehokkuusvaikutuksista johtuen hinnat eivät nouse, kilpailunrajoitus voidaan tältä kannalta sallia.

Lopuksi on vielä korostettava sitä, ettei tulonsiirtojen integroiminen kilpailuoikeudelliseen analyysiin merkitse sitä, että lainsäätäjä asettuisi "kuluttajien puolelle ja elinkeinoelämää vastaan". Kyse on siitä, että kilpailuoikeudella

---

[755] Toisena vaikutuksena menetetään kolmio 4-5-6, mutta se ei siirry kenellekään (dead weight loss).

[756] Ks. HE 243/1997 s. 24.

halutaan estää kilpailuprosessin toimivuuden ja legitimiteetin vaarantavat markkinavoiman väärinkäyttötilanteet. Tulonsiirtojen tunnustaminen osaksi kilpailuoikeudellista päätöksentekoa ei myöskään merkitse sitä, että kilpailuoikeuden tehtävänä olisi jakaa uudelleen markkinoilla saavutettuja varallisuuspositioita kansalaisten kesken. Kyse on siitä, että turvaamalla aidosti kilpailuprosessin toimivuutta kilpailumekanismi täyttää sille kuuluvan *välillisen tulonjaon* tehtävän. Sen sijaan kilpailupolitiikan tehtävänä *ei* ole pyrkiä *välittömään* uudelleenjakoon[757] esimerkiksi turvaamalla kilpailussa huonosti pärjänneen yrityksen markkinoilla säilymistä tai kohtuullistamaan kuluttajilta perittäviä hintoja. Välittömään tulonjakoon vaikuttaminen jää muiden politiikkainstrumenttien, kuten verotuksen ja sosiaalipolitiikan varaan. Toimiessaan optimaalisesti kilpailuoikeus vähentää markkinoiden suoran sääntelyn tarvetta. Kysymys siitä, missä määrin markkinoilla saavutettua tuloa halutaan tasata kansalaisten kesken, vie meidät kilpailuoikeuden ulkopuolelle.

6.5 SYSTEEMISET HAITTAVAIKUTUKSET

Markkinoiden keskittymistä voidaan tarkastella myös yleisemmältä yhteiskuntapoliittiselta kannalta. Kilpailun rooli markkinataloudessa nähdään laajempana kuin pelkkänä keinona taloudellisen tehokkuuden lisäämiseksi. Kilpailu turvaa ensinnäkin päätöksenteon vapauden. Jo *Adam Smith* ja *John Stuart Mill* näkivät kilpailun sosiaalisena instituutiona, jonka avulla taloudellinen päätöksenteko voidaan hajauttaa. Määräävän markkina-aseman syntyminen merkitsee tässä mielessä uudenlaista päätöksenteon keskittymistä. Kansalaisen kannalta toimintavapauden rajoittuminen yksityisen vallankäytön seurauksena ei välttämättä ole sen parempi vaihtoehto kuin julkisen vallan toimesta. Päinvastoin, toisin kuin julkinen valta, yksityinen vallankäyttö ei ole samojen perustuslaillisten oikeusturvatakeiden alaista. Sitä vastoin markkinoiden itseohjausta korostavat teoriat lähtevät siitä, että sopimuksen syntyminen kahden markkinatoimijan välillä osoittaa, että se on syntynyt vapaasta tahdosta. Markkinoita ei ole luotu yhteiskuntasopimuksella, vaan ne ovat syntyneet yhteiskunnallisen kehityksen seurauksena. Vaihdanta edellyttää vapaata tahtoa. Markkinavoimaa ei

---

[757] Tulonjakoa koskeva ristiriita Harvardin ja Chicagon välillä liittyneekin osaltaan siihen, ettei eroa välillisen ja välittömän tulonjaon välillä ole mielletty riittävän selvästi. Käsite-erottelun korostaminen näyttäisi lieventävän juopaa. Todellisempi ristiriita erityisesti Euroopassa kulkeekin siinä, mihin halutaan vetää raja yksityisen ja julkisen talouden välillä. Yhdysvalloissa kysymys on ratkaistu selkeästi markkinoiden hyväksi. Varsin monessa EU:n jäsenmaassa julkisen talouden osuus on yli 50 % bruttokansantuotteesta. EY-oikeudellisesti kysymys ilmentyy rajanvetona markkinoiden ohjaukselle perustuvien politiikanlohkojen, esim. kilpailupolitiikka, ja suoran sääntelyn varaan rakentuvien alueiden, esim. aluetuki ja maatalouspolitiikka, välillä. Ks. esim. Joerges (1991) ja (1997).

voida säilyttää pidempään kuin mihin yrityksen tehokkuus antaa aihetta. Sopimusteoreettisessa tarkastelussa kilpailun rooli ei rajoitu taloudellisen hyvinvoinnin lisäämiseen. Tästä lähtökohdasta on ymmärrettävää, ettei tehokkuuden lisääntyminen ainakaan yksistään riitä perusteeksi kilpailun rajoittamiselle.

Markkinoiden itsesäätöisyyttä korostavaa lähtökohtaa on edellä nimitetty evolutionääriseksi ja toimintavapauden turvaamisen välttämättömyyttä korostavaa kantaa sopimusteoreettiseksi.[758] Sopimusteoreettisesti kilpailu voidaan nähdä keinona, jolla taloudellisen vallan siirtäminen markkinatoimijoiden itsensä päätettäväksi on legitimoitu. Ordoliberaalissa ajattelussa esiintuodun mielikuvan mukaan kuluttajat äänestävät päivittäin elinkeinonharjoittajien menestyksestä ostamalla niitä hyödykkeitä, joita he pitävät muita parempina. Kuluttajat päättävät ikään kuin demokraattisessa järjestyksessä tuotantosuunnista ja -määristä. Ajatuksen taustalla on suvereenin kuluttajan käsite: kuluttajalla on kyky ja halu päättää vapaasti omista tarpeistaan; menestyäkseen kilpailevien yritysten on otettava kuluttajien etu täysimääräisesti huomioon. Kilpailumekanismin voidaan olettaa rajoittavan mielivaltaa ja kohtuuttomaa hyötymistä toisen kustannuksella. Samalla kilpailu estää taloudellisen vallan pysyvän keskittymisen. Toimivaa kilpailuprosessia voidaan pitää varsin tehokkaana, jopa kaikkein tehokkaimpana vallan purkamiskeinona.

Tarkasteltaessa määräävää markkina-asemaa voidaan havaita, ettei markkinatoimijoiden tasavertaisuuteen perustuvaa sopimusteoreettista lähtökohtaoletusta enää voida ylläpitää. Markkinat ovat muuttuneet epäsymmetrisiksi; määräävässä asemassa olevan valta on kasvanut kilpailijoiden ja kuluttajien kustannuksella. On huomattava, ettei määräävä asema mahdollista toimimista vastoin markkinoiden logiikkaa. Kyse on paremminkin siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys voi hyödyntää tilannetta omaksi edukseen. Sopimustilanne ei ole tasapainossa. Niin Yhdysvalloissa kuin Saksassa markkinoilla vallitsevan epätasapainon on todettu voivan johtaa myös poliittisen vallan keskittymiseen. Määräävässä asemassa oleva yritys tai elinkeinonharjoittajien etujärjestö voi pyrkiä vaikuttamaan poliittiseen päätöksentekoon, säädättämään itselleen edullista lainsäädäntöä, joka vääristää entisestään kilpailua markkinoilla.

Määräävä asema ilmentää voimakkaan epäsymmetristä tilannetta. Yrityskauppavalvonnalla estetään tällaisen lopputuloksen luominen markkinoiden rakennetta muuttavalla sopimuksella. Yrityksen sisäistä kasvua ei voida, eikä ilmeisten tehokkuushyötyjen vuoksi edes pidä yrittää estää. Silloin kun määräävän aseman syntyminen on näin ollen välttämätöntä, kilpailuvalvonnassa tulee kiinnittää lopputuloksen tehokkuuden ohella huomiota myös siihen, että mää-

[758] Ks. Page (1991). Ei voitane kuitenkaan lähteä siitä, että sopimusteoreettinen lähestymistapa automaattisesti kannattaisi sääntelyä ja evolutionaarinen markkinoiden itseohjausta. Esimerkiksi saksalainen ordoliberalismi perustuu sopimusteoreettiselle markkinanäkemykselle. Se myös kannattaa voimakasta kilpailusääntelyä, ei sen sijaan sääntelyä yleensä. Päinvastoin, kilpailun turvaamisen uskotaan mahdollistavan muun talouden sääntelyn rajoittamisen minimiin.

räävässä asemassa olevan yrityksen kilpailukeinot ovat legitiimejä eivätkä kohtuuttomasti rajoita muiden toimintavapautta. Kohtuullisesti sovellettuna toimintavapauden turvaaminen ei ole ristiriidassa tehokkuustavoitteen kanssa, vaan osaltaan lisää erityisesti dynaamista tehokkuutta. Innovaatioiden toteutuminen kaikkia hyödyttävällä tavalla edellyttää tietysti tutkimusresursseja mutta myös kilpailun paineen aikaansaamaa, inhimillisestä oman edun tavoittelusta kumpuavaa motivaatiota toimia muiden hyväksi. Pienempien yritysten toimintavapauden turvaaminen on välttämätöntä, jotta myös uudet ja erikoiset, markkinoilla vallitsevat ratkaisut haastavat ideat saavat mahdollisuuden. Ei liene esitettävissä kestäviä perusteita sille, miksi määräävässä asemassa olevan yrityksen tulisi voida säännellä omiensa ohella myös muiden innovaatioita. Viimeinen ajatus kiteytyy siihen, että myös allokatiivisen tehokkuuden turvaaminen edellyttää laajempaa tavoitearsenaalia. Tarkastelukulmaa laajentaen tulonsiirtojen estäminen kuluttajilta määräävässä asemassa olevalle yritykselle tarkoittaa viime kädessä konkreettisesti sitä, että tuotannollinen tehokkuus koituu yhteiseksi hyväksi. Kilpailijoiden toimintavapauden turvaaminen on välttämätöntä dynaamisen tehokkuuden ylläpitämiseksi. Tätä näkökulmaa kuvaa edellä *Hovenkampin* kuviossa[758a] neliön muodossa esitetty hyvinvointitappio (WL 3). Tämä tappio on myös oikeustaloustieteellisestä perspektiivistä relevantti, joskin se jää perinteisen neoklassisen tehokkuustarkastelun ulkopuolelle. Kytkentä näyttäisi tulevan erityisesti *dynaamisen tehokkuuden* kautta. Ottaen huomioon, ettei dynaamista tehokkuutta pystytä kovinkaan tarkasti etukäteen mallintamaan, turvattaneen sitä parhaiten pitämällä huolta siitä, ettei sen tavoittelua keinotekoisesti estetä ja että kilpailuympäristössä säilyvät sen tavoittelun kannalta olennaiset kannustimet.

Kilpailun yhteiskunnallisen merkityksen korostaminen on välttämätöntä sen oivaltamiseksi, että kilpailun rooli ja tehtävät yhteiskunnassa käyvät huomattavasti syvemmälle kuin mitä yksinomaan taloudellisiin hyötynäkökohtiin perustuva tarkastelu tuo esille. Toisaalta toimintavapautta ja markkinoille pääsyä koskevat argumentit ovat puettavissa myös dynaamista tehokkuutta koskevaan muotoon. Lisäksi tulee ottaa huomioon eettinen dimensio, joskaan kilpailuviranomaisen tehtäviin ei kuulu omien moraalikäsitystensä sälyttäminen markkinatoimijoille. Eettisesti kyse on suorituskilpailun turvaamisesta. Suorituskilpailu kuuluu markkinatalouden legitimiteetin, tasapuolisuuden ja toimivuuden keskeisiin elementteihin. Edellä oleva ei tarkoita, että kilpailu yksistään voisi turvata vapaan, hyvinvoivan tai oikeudenmukaisen yhteiskunnan toteutumisen. Kilpailun merkityksen korostaminen ei myöskään vastaa siihen kysymykseen, mitkä yhteiselämän toiminnot voidaan tai tulee jättää markkinoiden itsensä hoidettavaksi ja mitkä edellyttävät julkista sääntelyä tai omistusta. Sitä vastoin näyttäisi siltä, että ilman toimivaa kilpailua mikään edellä mainituista tavoitteista ei pitkällä aikavälillä voisi toteutua.

[758a] Ks. s. 376.

7. Taloudellisen vallan käsitteestä

7.1 TALOUDELLINEN VALTA JA SEN SUHDE MARKKINAVOIMAAN

Laajemmassa yhteiskuntatieteellisessä kontekstissa markkinavoiman sijasta voidaan puhua taloudellisesta vallasta. Markkinavoima ilmenee ja sitä käytetään markkinoilla. Yrityksen korkea markkinaosuus yhdessä korkeiden alallepääsyn esteiden kanssa mahdollistaa hintojen korottamisen. Mikrotaloustieteessä markkinavoimaa tarkastellaan markkinoilla. Hintateoriassa keskitytään yhteen kilpailuparametriin, hinnoitteluun. Mikäli halutaan mallintaa realistisesti suurten yritysten toimintaa, esimerkiksi arvioida määräävän markkina-aseman säilymisen todennäköisyyttä, huomiota tulee kiinnittää edellä kuvatulla tavalla laajemmin kokonaisuudessaan niihin tekijöihin, joiden perusteella yrityksen asema markkinoilla muotoutuu. Taloudellisella vallalla on aktiivinen ja passiivinen puolensa. Valta voi ilmetä mahdollisuutena toteuttaa tietty asiantila tai vaihtoehtoisesti estää tietyn asiantilan toteutuminen. Vastaavasti markkinavoimaa koskevissa määritelmissä voidaan korostaa markkinavoiman aktiivista tai passiivista puolta, mahdollisuutta hinnoitella yli tuotantokustannusten tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle tai mahdollisuutta käyttäytyä kilpailun paineista riippumattomasti. Toisaalta voidaan tarkastella vallan lähteitä tai sen seurauksia, esimerkiksi keskittymisastetta tai hintatason korkeutta. Tässä tarkoituksena on lähinnä sen luotaaminen, mitä työvälineitä laajemmasta taloudellisen vallan käsitteestä voitaisiin saada suppeamman markkinavoiman käsitteen jatkotarkastelua varten. Jakson merkitys on metodinen, eikä tarkoituksena ole tämän hyvin laajatahoisen kysymyksen syvällisempi käsittely.

Taloudellisen vallan käsitteen pintapuolinen käsittely ei merkitse, että valtaa pidettäisiin sinänsä negatiivisena ilmiönä. Vallan käsite lienee perusluonteeltaan neutraali. Yhteiselämä muodostuisi suhteellisen hankalaksi ilman toisille annettua valtaa organisoida yhteisiä asioita toisten puolesta. Epäilemättä sama pätee tiettyyn rajaan asti myös taloudelliseen toimintaan. Olennaisempaa lienee, miten valta saavutetaan, miten sitä käytetään ja miten sitä kontrolloidaan tai tulisi säännellä. Tutkimuksessa muita yhteiskuntatieteitä hyödynnetään oman oikeustieteellisen tutkimusteeman hahmottamiseen. Samalla luodaan kehikkoa oikeudellista analyysia varten.

7.2 TALOUDELLISEN VALLAN KÄSITTEESTÄ

Valta kuuluu yhteiskuntatieteiden peruskäsitteistöön. *Bertrand Russell* on todennut, että valta merkitsee yhteiskuntatieteille suunnilleen samaa kuin energia fysiikalle.[759] Lähteiden löytäminen hakusanan valta avulla ei tosiaankaan ole vaikeaa. Sitä vastoin kun haku supistetaan koskemaan taloudellista valtaa, tulos jää vaatimattomammaksi.

Richard Swedbergin mukaan tähän on useita syitä. Poliittista valtaa tutkivan politologian ja yksilöiden toimimista joukossa tutkivan sosiologian piirissä on ollut tavanomaista tarkastella taloudellista valtaa yhtenä monien vallan muotojen joukosta. Yhteiskuntatieteellinen tutkimus näyttää keskittyneen enemmän julkisen vallan tutkimiseen. *Swedbergin* mukaan myös taloustieteen valtavirtaus on vältellyt valtaa tutkimuskohteena. Aihetta ei ole nähty erityisen mielekkäänä sen vuoksi, että neoklassisen taloustieteen perinteisen paradigman – täydellisen kilpailun teorian – mukaan vallan epätasainen jakautuminen ei muodostu ongelmaksi; täydellisen kilpailun vallitessa kukaan markkinatoimijoista ei voi vaikuttaa hintaan, jolloin määritelmän mukaisesti kenelläkään ei ole taloudellista valtaa markkinoilla.[760] Vallan käsite ei siten ole ollut neoklassisessa tarkastelussa keskeinen. Taloudellisen analyysin perusteena on vaihdannan (*exchange*) käsite, jonka lähtökohtana on sopimusparttien tasa-arvoisuus. Vaihdanta perustuu sopimukseen, ei valtasuhteeseen. Tällaisessa tarkastelussa valta poistuu ainakin pidemmällä aikavälillä markkinoiden löytäessä uuden tasapainon (*long term equilibrium*). Jos valta säilyy, kyseessä on markkinoiden pettäminen (market failure).[761]

Toinen selitys lienee se, että taloudellinen valta on aiheena poliittisesti latautunut. Taloudellisen vallan ovat valinneet tutkimuskohteeksi varsin yleisesti juuri ne tutkijat, joiden lähtökohtana on ollut kritisoida vallitsevia oloja ja jotka ovat nähneet taloudellisten resurssien epätasaisessa jakautumisessa suurimman yksittäisen syyn sosiaalisille ongelmille. Kolmas syy löytynee valtakäsitteen monimuotoisuudesta ja vaikeasta hahmotettavuudesta. Kehitetyt taloudellisen vallan määritelmät ja mittausvälineet joutuvat vaikeuksiin siinä vaiheessa, kun niiden avulla markkinavoimaa pyritään konkreettisesti mittaamaan kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa.[762] Riittävän kattava ja samalla epämääräinen määritelmä voisi suggeroida ratkaisua vaikkei todellisia vastauksia löydy-

---

[759] Ks. Russell, Power (1938, 1971) s. 9.

[760] Swedberg, Rickhard, Ekonomiskt makt (1987), kirjassa Pettersson, Olof (Red.), Maktbegreppet, s. 238–258, s. 238 ss.

[761] Ks. esim. Williamson, Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations (1972), jossa määräävää markkina-asemaa tarkastellaan nimenomaan markkinoiden pettämistä ilmentävänä tekijänä.

[762] Ks. esim. Dahl, R. A., Power, kirjassa International Encyclopedia of the Social Sciences (1968) s. 407.

kään.[763] Toisaalta tehtävän vaikeus ja outous juristille ei tee sitä tarpeettomaksi. Kilpailuoikeuden teoreettinen mallintaminen uhkaa jäädä tilkkutäkiksi, jos taustalta puuttuu johdonmukainen ja edes suuntaa-antavasti uskottava taloudellisen vallan konsepti.[764]

7.2.1 Joitakin taloudellisen vallan määritelmiä

Max Weberin klassisen määritelmän mukaan *valta* tarkoittaa *tietyn toimijan mahdollisuutta saada tahtonsa toteutetuksi, myös vastoin muiden mielipidettä tai vastarintaa, täysin siitä riippumatta, mihin valta perustuu.*[765] Weber korostaa, että valta on yhtäältä universaali ja toisaalta ajallisesti ja paikallisesti huomattavastikin vaihteleva ilmiö.

Weberin määritelmässä korostetaan vallan subjektin (sitä hallussaan pitävän) mahdollisuuksia ja valtarelaation osapuolten välistä interaktiota. Määritelmässä ei edellytetä objektin (vallan kohteen) alisteisuutta tai riippuvuutta. Ratkaisevaa on saada tietty haluttu asiantila toteutetuksi myös vastoin muiden mielipidettä. Vastarinnan murtaminen saattaa edellyttää suoraa tai epäsuoraa pakkoa mutta ei sitä välttämättä tee. Olennaista on, että konfliktin syntyessä vastarinta saadaan tavalla tai toisella murretuksi, tai vallan kohde niin ainakin uskoo. Usein riittää sanktioiden potentiaalinen olemassaolo. Valta voi ilmetä yhtä hyvin yhteistoiminnassa kuin käskysuhteessa. Se, mistä nimenomaisesta seikasta valta aiheutuu ja miten mahdollinen vastarinta murretaan, näyttäisi Weberin määritelmässä irrelevantilta. Pakon faktinen käyttäminen on pikemminkin ääritapaus kuin tyyppitilanne.[766] Juuri tästä syystä Weberin määritelmä soveltuu myös taloudellisten suhteiden analyysin lähtökohdaksi; liikeneuvotteluissa "pakko" ilmenee yleensä uhkana saada tai menettää ainoa realistinen tai selkeästi paras taloudellinen vaihtoehto, ei niinkään fyysisenä tai henkisenä painostuksena, väkivallasta puhumattakaan.[767]

Douglass F. Greer määrittelee taloudellisen vallan henkilöiden tai yritysten mahdollisuudeksi saada aikaiseksi tarkoittamiaan taloudellisia vaikutuksia

---

[763] Naschold, F. Systemsteuerung (1972) s. 153; Barry, Modern Political Theory (2000) s. 84–85.
[764] Gutowski, A., Theoretische Ansätze zu einem Konzept von Anbietermacht, Macht und ökonomisches Gesetz (1973) s. 531.
[765] Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft (1921) s. 28.
[766] Scheuch, Erwin K., Soziologie der Macht, s. 996; kirjassa Macht und ökonomisches Gesetz (1973) s. 989–1042.
[767] Weber erottaa toisistaan vallan (Macht) ja käskyvallan (Herrschaft). Vaikutusvalta tarkoittaa mahdollisuutta, että tietyt henkilöt noudattavat tietyn sisältöistä käskyä. Käskyvallan käsite näyttäisiin kehitetyn lähinnä erilaisten organisaatioiden sisäisten valtasuhteiden kuvaamista varten. Scheuchin mukaan saksalaisessa kirjallisuudessa valtaa ja käskyvaltaa ei yleensä ole erotettu toisistaan. Ks. Scheuch (1973) s. 997. Käskyvallan käsitteen problematisointi ei vaikuta tämän tutkimuksen suorittamisen kannalta tarkoituksenmukaiselta.

muiden taholla. Vaihtoehtoisesti valta voitaisiin määritellä vaikuttamisen mahdollisuudeksi.[768] Laadullisesti taloudellista valtaa voidaan mitata kolmella attribuutilla:

1) *laajuus (extensiveness)*: vaikutuspiirissä olevien ihmisten tai liiketoimintojen lukumäärä;
2) *kattavuus (comprehensiveness)*: vallankäyttäjän kontrollin alaisuudessa olevien asioiden, muuttujien tai käyttäytymisvaihtoehtojen määrä;
3) *intensiivisyys (intensiveness)*: vallankäyttäjän ja vallan kohteen vaikutusvallan voimakkuus tai harkintavallan laajuus.[769]

Valtaa voidaan käsitellä joko valtarelaationa tai valtapositiona. *Valtarelaatio* keskittyy vallan subjektin ja vallan objektin tai objektien keskinäisen vuorovaikutussuhteen analysointiin. *Valtapositiossa* kyse on tietystä asemasta, esimerkiksi yrityksen markkinaosuudesta tietyillä markkinoilla, joka taloudellisissa suhteissa voidaan kuvata myös omaisuuspositiona. Lisäksi voidaan tarkastella vallan *rakenteellisia* syitä ja vallan *seurauksia*.

Weberin määritelmä rakentuu valtarelaation, vallan subjektin ja objektin välisen vuorovaikutuksen varaan. Tämä selittyy sillä, että Weber loi määritelmänsä nimenomaan sosiaalisen käyttäytymisen analyysia varten.[770] Markkinoiden kautta tapahtuvissa taloudellisissa transaktioissa vallan käyttäjän ja sen kohteen välillä ei läheskään aina ole suoraa vuorovaikutussuhdetta. Oletetaan, että raaka-ainetta valmistava yritys nostaa hintaansa. Lopputuotteen valmistaja siirtää hinnankorotuksen hintoihinsa. Raaka-aineen valmistajan hinnankorotus heijastuu vähittäiskauppiaan asemaan ilman että nämä olisivat tekemisissä keskenään. Toisaalta hinnankorotus on kummallakin portaalla mahdollinen vain, jos ostaja sen hyväksyy tai ostajalla ei ole riittävän hyvää korvaavaa vaihtoehtoa. Taloudellinen valta voi aiheutua joko kauppakumppaneiden keskinäisistä suhteista (*valtarelaatio*) tai markkinoiden rakenteellisista tekijöistä, esimerkiksi erityisen korkeasta markkinaosuudesta, joka rajoittaa asiakkaiden lyhyen tai pitkän aikavälin mahdollisuuksia kilpaileviin ostoihin (*rakenteellinen valta*).

Weberin määritelmä vaikuttaa oikeustieteen kannalta sikäli käyttökelpoiselta, että se on konkreettinen.[771] Subjekti voi vaikuttaa määräävästi objektin

---

[768] Ks. Greer, Douglas F., Concentration and Economic Power, kirjassa Market Power and the Economy (1988) s. 53–81.

[769] Ibid. s. 54.

[770] Scheuch (1973) s. 997.

[771] Käyttökelpoinen ei olisi esimerkiksi määritelmä, jonka mukaan markkinatalous on taloudellista valtaa (die Macht ist die Marktwirtschaft an sich). Määritelmä on liian epämääräinen. Vogt rinnastaa talouden lain ja vallan. Ks. Vogt, Das ökonomische Gesetz als Macht (1973) s. 955: "Das ökonomische Gesetz, so konnte festgestellt werden, ist schon deshalb soziale Macht, weil es sich in seiner Abstraktion von den gesellschaftlichen Verhältnissen seinen Produzenten gegenüber entfremdet und verselbsständigt." Määritelmästä voidaan keskustella filosofiselta pohjalta, mutta yleisyydessään se ei sovellu kilpailuoikeudellisen analyysin pohjaksi. Ks. myös esim. Homburger (1993) s. 26–33.

toimintaan. Markkinoita tarkasteltaessa Weberin määritelmää on täydennettävä siten, ettei taloudellisen vallan käyttäminen edellytä nimenomaisesti vallan kohdetta vastaan suunnattua tietoista toimintaa (*dolus*) eikä myöskään vuorovaikutusta vallan käyttäjän ja sen kohteen välillä (*välitön interaktio*). Rationaalisuusolettaman[772] mukaan taloudellisen vallan käyttäjän tulee pystyä toteuttamaan toimenpide (esim. hinnankorotus, laadun heikentäminen tai myyntiehtojen huonontaminen) ilman, että siitä aiheutuva haitta (esim. asiakkaiden siirtyminen kilpailijoille) ylittää hyödyn. *Homburgerin*[773] esittämän luokittelun mukaan voidaan erottaa seuraavat taloudellisen vallan esiintymistilanteet:

a) taloudellisten tekijöiden tuoma mahdollisuus vaikuttaa ei-taloudellisiin tekijöihin;
b) taloudellisten tekijöiden tuoma mahdollisuus vaikuttaa taloudellisiin tekijöihin;
c) ei-taloudellisten tekijöiden tuoma mahdollisuus vaikuttaa ei-taloudellisiin tekijöihin;
d) ei-taloudellisten tekijöiden tuoma mahdollisuus vaikuttaa taloudellisiin tekijöihin.

Ainoastaan kohta c) voidaan kokonaisuudessaan rajata tutkimuskohteen ulkopuolelle. Kilpailuoikeudellisesti mielenkiinnon pääpaino kohdistuu kohtiin b) ja d). Taloudellinen valta tarkoittaa mahdollisuutta vaikuttaa määräävästi muiden talouden subjektien toimintaan. Valta ilmenee muiden käyttäytymisen ohjaamisena tai tietynsuuntaisen lopputuloksen aikaansaamisena.[774] Usein käyttäytymisen ohjaaminen menee lomittain lopputulosten kanssa, koska tietty käyttäytyminen johtaa tietynlaiseen lopputulokseen. Tietyn yrityksen markkinoilla käyttämästä vallasta voidaan käyttää termiä markkinavoima. Rajaus tarkoittaa sitä, että valtaa ja sitä käytetään markkinoilla, vaihdannassa ja suhteessa muihin markkinoilla toimiviin subjekteihin, kauppakumppaneihin tai kilpailijoihin.

Helmut Arndtin[775] mukaan taloudellinen valta on taloudellista ylivoimaa, jonka avulla valtaa pitävä voi rajoittaa muiden talouden yksiköiden toimintaa, käyttää hyväksi toimintavapauden rajoituksia ja ääritapauksessa vaikuttaa mui-

---

[772] Rationaalisuusolettama tulee ymmärtää ei-deterministisesti, sillä myös taloudellisen vallan käyttäjät voivat tehdä virheitä. Siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys korottaa liiallisesti hintojaan ja menettää enemmän asiakkaita kuin mitä kate kasvaa, ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että yritys ei olisi määräävässä asemassa. Toisaalta jos yrityksellä objektiivisesti ottaen ei ole mahdollisuutta korottaa hintojaan yli kilpailullisen hintatason (power over price), saatetaan sitä pitää indisiona tai osoituksena määräävän aseman tai markkinavoiman puuttumisesta.

[773] Homburger, Erich, Recht und private Wirtschaftsmacht (1993) s. 27.

[774] Helmut Arndtin taloudellisen vallan (wirtschaftliche Macht) määritelmä kuuluu alkukielellä seuraavasti: "Wer über die wirtschaftliche Macht verfügt, ist in der Lage, die Handlungsfähigkeit anderer wirtschafter auszunutzen und gegebenenfalls sogar die Willensentscheidung anderer Wirtschafter im eigenenen Interesse zu beeinflussen. Im Grenzfall entscheidet der Mächtige für den Schwachen". Arndt Helmut, Macht und Wettbewerb (1981) s. 51.

[775] Arndt, Helmut, Macht und Wettbewerb (1981) s. 51.

den päätöksiin itselleen hyödyllisellä tavalla. Arndtin määritelmässä korostetaan aktiivista vaikuttamismahdollisuutta. Toisaalta Arndt korostaa kilpailun dynamiikkaa. Ratkaisevaa on taloudellisen vallan pysyvyys. Kilpailu luo jatkuvasti epätasapainoa. Menestyksekkäät yrittäjät voivat tilapäisesti saavuttaa monopolia muistuttavan aseman, joka kuitenkin rapautuu kilpailijoiden vastareaktioiden seurauksena (*ns. Schumpeter-monopoli*). Markkinatalous, kilpailu ja tilapäinen valta kuuluvat erottomasti yhteen. Tilapäinen taloudellinen valta on kilpailun luonnollinen seuraus. Markkinavoima ja pioneerivoittojen mahdollisuus luo insentiivin tutkimus- ja kehitystoiminnalle. Ilman valtaa tekninen kehitys olisi olennaisesti hitaampaa. Sitä vastoin pysyvä vallan keskittyminen johtaa kilpailunrajoituksiin (Wettbewerbsbeschränkung) tai kilpailuvääristymiin (Wettbewerbsentartung). Toimiakseen kilpailu edellyttää markkinatoimijoille tasavertaisia mahdollisuuksia[776] (Chancengleichheit) ja kilpailuvapautta[777] (Wettbewerbsfreiheit). Jos yrityksiltä pysyvästi puuttuvat tasavertaiset mahdollisuudet, suorituskilpailu muuttuu valtakilpailuksi (Machtwettbewerb), mikä johtaa se ennen pitkää kilpailun rappeutumiseen (Wettbewerbsentartung) ja (yksipuoliseen) markkinoiden keskittymiseen. Jos yritykset tai julkinen valta rajoittavat kilpailua, kilpailuintensiteetti markkinoilla vähenee.

Kuten esimerkiksi *Mestmäcker* toteaa,[778] *Arndtin* määritelmää voidaan arvostella siitä, että tasa-arvoisten mahdollisuuksien luominen kaikille yrityksille on markkinataloudessa tuskin mahdollista toteuttaa. Mahdollisuuksien tasapuolistaminen edellyttäisi määräajoin toteutettavaa tuotantoresurssien uudelleenjakoa ja pitkälle menevää julkista sääntelyä.[779] Erottelu kilpailunrajoitusten ja kilpailun rappeutumisen välillä jää epäselväksi. Epäilemättä Arndt myös yksinkertaistaa todellisuudessa vallitsevia kausaalisuhteita. Ei liene osoitettavissa yleistä sääntöä sen ratkaisemiseksi, aiheutuuko kilpailunrajoitus markkinavoimasta vai paremminkin markkinavoima kilpailunrajoituksesta.[780] Riskinä laajassa punttien tasaamisessa on se, että kilpailua ryhdytään käymään viranomaisen välityksellä eikä markkinoilla tapahtuvalla suorituskilpailulla. Tällöin kilpailuoikeudellinen sääntely menettäisi alkuperäisen tarkoituksensa, ja siirryttäisiin hallinnoituun kilpailuun. Kuten esim. *Böhm* on todennut, kilpailuoikeuden

---

[776] Tasa-arvoisilla mahdollisuuksilla Arndt tarkoittaa sitä, että kaikilla markkinatoimijoilla on aikaa myöten eli kilpailuprosessin kuluessa yhdenmukaiset menestymisen mahdollisuudet.

[777] Arndt tarkoittaa kilpailuvapaudella sitä, ettei kilpailua rajoiteta sen enempää julkisen vallan kuin yritysten toimesta. Ks. myös Arndt, Wirtschaftliche Macht (1974) s. 130 ss.

[778] Ks. Mestmäcker, Der Verwaltete Wettbewerb (1984 b) s. 28–33.

[779] Mestmäcker (1984 b) s. 29–30.

[780] Kumpikin vastaus sisältää osatotuuden. Yleensä vasta markkinoiden tietty keskittymisaste mahdollistaa tietyn kilpailunrajoituksen, esimerkiksi kartellin, tehokkaan toteuttamisen. Mikäli markkinoilla toimivien yritysten määrä on liian suuri, yritykset eivät pysty hallinnoimaan kartellia tai niiltä puuttuu taloudellinen voima hintatason nostattamiseen. Toisaalta vasta kartellin toteuttaminen keskittää osapuolen jakaantuneen markkinavoiman yhteen käteen ja aikaansaa hinnan nousun.

tehtävänä on huolehtia siitä, että kilpailuprosessi purkaa valtakeskittymiä, ei itse ryhtyä sellaiseksi eikä sen tule myöskään ryhtyä simuloimaan kilpailun tuloksia.[781] Kilpailuviranomaisten tulee säilyttää neutraali tuomarin rooli, joka valvoo pelin sääntöjen noudattamista, mutta ei pyri itse ratkaisemaan otteluita. Asia voidaan ilmaista myös siten, että tehtävänä on suojella kilpailua, ei kilpailijoita. Taloudellisen vallan laajojen vuorovaikutussuhteiden kuvaamisen tarkoituksena ei tässä olekaan perustella näkemystä, jonka mukaan kilpailuoikeudellinen interventio tulisi ulottaa kaikkiin valtarelaatioihin, vaan ainoastaan sitä, että taloudellisella vallalla on merkitystä markkinoiden toimivuuden kannalta. Seuraavaksi sivutaan lähemmin vallan eräitä ilmentymismuotoja ja luokitteluyrityksiä.

7.2.2 Aktiivinen ja passiivinen valta

Valtaa koskevassa kirjallisuudessa on kiistanalaista, edellyttääkö valta mahdollisuutta aktiiviseen toimintaan vai onko myös passiivinen vallankäyttö mahdollista. Keskustelu tieteellisen määritelmän oikeudellisuudesta ei vaikuta erityisen mielekkäältä. Tässä tutkimuksessa edustetaan kantaa, jonka mukaan *määritelmien tarkoituksena on luoda ajatuksellisia apuvälineitä tutkimuskohteena olevien ilmiöiden hahmottamiseen ja luokitteluun.*

Sovellettuna kilpailuoikeudelliseen tutkimukseen aktiivinen valta voi tarkoittaa esimerkiksi mahdollisuutta nostaa asiakkailta perittäviä hintoja ilman että nämä voivat siirtää ostonsa kilpailijalle. Passiivinen valta voi ilmetä esimerkiksi mahdollisuutena kieltäytyä sopimuksesta[782] ja tällä keinolla estää kilpailijan markkinoilletulo. Passiivisen vallankäytön muoto voi liittyä ensiksi mainittuun sikäli, että juuri potentiaalisen kilpailijan poissulkeminen mahdollistaa asiakkailta perittävien hintojen korottamisen. Nähdään, että aktiivinen ja passiivinen vallankäyttö ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Tutkimuskohteen kannalta ei ole tarkoituksenmukaista rajata passiivista vallankäyttöä valtakäsitteen ulkopuolelle.

7.2.3 Vallan pysyvyys

Olennaista valtamääritelmissä on kannanotto siihen, onko valta luonteeltaan pysyvää vaiko ohimenevää. Valtarelaatioon osallisten yritysten toimenpiteet eivät välttämättä ilmene samanaikaisesti. Valtaa voidaan tarkastella staattisesti,

---

[781] Ks. Böhm, Demokratie und Ökonomische Macht (1961) s. 3, 22 ss. Ks. myös Mestmäcker (1984 b) s. 32–33.

[782] Nämä tilanteet ovat kilpailuoikeudessa suhteellisen yleisiä, esimerkiksi yksi yritys hallitsee tiettyä pullonkaulaa tai avainasemaa (essential facility). Tällöin yritys voi passiivisella toiminnallaan estää toisen markkinoillepääsyn.

ikään kuin valokuvan tavoin senhetkisen tilanteen perusteella. Dynaamisessa tarkastelussa tarkastellaan vallan markkinaolosuhteiden muutoksia. Esimerkiksi hintojen korottaminen luo asiakkaille vaikuttimen etsiä vaihtoehtoisia hankintalähteitä. Ongelmaksi muodostuu se, että dynaaminen markkinateoria on vasta kehitteillä.

Nicolini[783] on soveltanut tutkimuksessaan *Organskin*[784] valtateoriaa. Taloudellisen vallan tyypillinen kehityskulku voidaan kuvata neljänä toisiaan seuraavana vaiheena. Ensimmäisessä, "potentiaalisen vallan" vaiheessa valta on suhteellisen stabiili mutta alhaisella tasolla. Yrityksellä ei ole vielä mahdollisuutta vaikuttaa markkinahintaan tai kilpailijoiden toimintaan, mutta sillä on markkinavoiman kasvun mahdollistavat taloudelliset ja tuotannolliset resurssit käytössään. Toisessa, "vallankäyttöön siirtymisen" vaiheessa yrityksen markkinavoima lisääntyy erityisen nopeasti. Yritys voi ensimmäistä kertaa vaikuttaa muiden markkinatoimijoiden käyttäytymiseen. Kauppakumppanit ja kilpailijat havaitsevat omakohtaisesti yrityksen vaikutusvallan kasvun ja ottavat tämän toiminnassaan huomioon. Kolmannessa, "markkinoiden kyllästymisvaiheessa"[785] yritys ei enää kasva entisellä vauhdilla. Markkinat konsolidoituvat. Neljännessä vaiheessa markkinavoima alkaa "rapautua". Syyt vallan menetykselle voivat olla moninaisia, tekninen kehitys, yrityksen tuotteen tai konseptin vanhentuminen, huono yritysjohto, asiakkaiden tai kilpailijoiden aseman vahvistuminen, ulkoiset tekijät tai yksinkertaisesti huono onni.

Organskin teoriaa voidaan verrata yritysten käyttäytymispotentiaalin kannalta tyypiteltyyn markkinoiden rakenteelliseen tarkasteluun, jossa markkinavoimaa ei ole täydellisen kilpailun vallitessa. Epätäydellisen kilpailun vallitessa markkinavoima kasvaa asteittain markkinoiden keskittyessä ensin oligopoliksi tai vielä voimakkaammin määräääväksi asemaksi tai monopoliksi. Vallan rapautumista koskevaa teoriaa voidaan verrata taloustieteen dynaamisiin malleihin, jotka käsittelevät kilpailuedun tai määräävän markkina-aseman menettämistä. Näiden lähinnä *Schumpeterin* tuotannosta alkunsa saaneiden talouden evoluutiota korostavien teorioiden mukaan määräävä asema markkinoilla saavutetaan, sitä hyödynnetään, asemaa mahdollisesti puolustetaan, mutta lopulta se aina menetetään.[786] Schumpeterin mukaan yhden yrityksen monopoli on pikemminkin huipennuskohta taloudellisessa kehityksessä ja usein itsessään alkusoitto sen hetkisen hallitsijan pikaiselle syrjäytymiselle uusien haastajien tieltä. Schumpeterin teoriassa talous nähdään luovana tuhoamisprosessina (*creative*

---

[783] Nicolini, Hans J., Untersuchungen zur Erfassung unternehmerischer Marktmacht (1978) s. 36–41.
[784] Organski, A. F. K., Der Machtwandel, kirjassa: Krippendorf, E. (Hrsg.), Political Science (1966).
[785] Organski käsittelee kyllästymis- ja rapautumisvaihetta yhdessä, Nicolini sen sijaan erikseen. Jälkimmäinen vaihtoehto vaikuttaisi markkinavoiman tarkastelun kannalta hedelmällisemmältä.
[786] Ks. esim. Virtanen (1998) s. 101–125.

destruction), jossa uusi syrjäyttää vanhan. Schumpeterin ajatuksia on osittain tulkittu vastoin kirjoittajan alkuperäistä tarkoitusta deterministisesti, esimerkiksi että määräävä asema olisi aina rapautuva tai että sitä olisi käytännössä mahdotonta väärinkäyttää. Edellä esitetylle sukua ovat selitysmallit, joissa kaikki markkinoilla tapahtuva kehitys yritetään selittää taloudellisella tehokkuudella. Yritykset yhdistyvät, koska se lisää tehokkuutta. Yritykset eivät sulautuisi, jos se ei lisäisi tehokkuutta. Siispä fuusiot lisäävät tehokkuutta. Koska fuusiot lisäävät tehokkuutta, kilpailu- tai muiden viranomaisten ei tule niihin puuttua. Markkinoiden oma tehokkuuskontrolli on riittävää (*market for corporate control*). *Mantzavinos* on osuvasti todennut, että sanotun kaltainen yksioikoinen tehokkuusperustelu pitää sisällään naturalistisen virhepäätelmän.[787] Siitä mitä tapahtuu, johdetaan, miten asioiden pitäisi olla.

On huomattava, etteivät taloudellisen vallan ja markkinoiden kehitystä koskevat yleiset selitysmallit kerro paljoakaan siitä, miten jonkun *yksittäisen* yrityksen asema tietyillä hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla jatkossa tulee kehittymään. Kilpailun dynamiikkaa ei liene mahdollista pusertaa sen enempää selittävän tekijän kuin tulevaa kehitystä koskevan arvioinnin osalta mihinkään tiettyyn deterministiseen muottiin. Kilpailun olemukseen kuuluu, että lopputulos on harvoin etukäteen selvillä. Ilmeisesti ei ole mahdollista ottaa yleisesti kantaa siihen, onko määräävä markkina-asema perusluonteeltaan itsestään rapautuva (markkinoiden tendenssinomainen itsesäätely), itsensä säilyttävä tai peräti itseään ruokkiva ilmiö (markkinoiden tendenssinomainen monopolisoituminen). Tapauskohtaisen kilpailuoikeudellisen analyysin tarpeista tarkastellen kysymys vaikuttaisi liiallisessa yleisyydessään epämielekkäältä. Määräävä asema rapautuu tai ei rapaudu jollain aikavälillä. Markkinoiden kyky itsesäätelyyn näyttäisi vaihtelevan.[788] Historiallisen tarkastelun perustella voidaan todeta, että markkinat ovat pikemminkin monopolisoitumiseen suuntautuvia, jos tarkastelukulma on suhteellisen lyhyt. Tämän vuoksi nykyään vallitsee suhteellisen laaja yksimielisyys (jonkinasteisen) kilpailupolitiikan tarpeellisuudesta.

Kilpailupoliittisesti olennaista on se, minkä *asteista*, millaiset *seuraukset* omaavaa ja kuinka *pitkäaikaista* markkinavoimaa pidetään ongelmallisena. Jos tarkasteluaikaväliksi otetaan esimerkiksi sata vuotta, on selvää, että useimmat määräävät markkina-asemat rapautuvat tätä ennen. Yhteiskuntapolitiikan perspektiivi on edellä olevaa lyhyempi. Ongelmalliseksi koetun sosiaalisen käyttäytymisen sääntelyn tarpeen arviointia ei voida jättää näin pitkän, 50, 20 tai edes 5 vuoden kuluttua *mahdollisesti* tapahtuvan kehityksen varaan. Varsin yleisesti markkinoiden keskittymisestä ehtii aiheutua vahinkoa jo ennen kuin markki-

---

[787] Ks. Mantzavinos (1994) s. 49.

[788] Tämä johtopäätös tehtiin muun ohella Rosenbaumin toimittamassa kokoomateoksessa, jossa kysymystä tarkasteltiin tunnettujen amerikkalaisten monopolisoimistapausten perusteella. Ks. Rosenbaum (1998) s. 233, 242–244, 249–253.

noiden itse korjaavat voimat (*Selbstheilungskräfte*) purkavat valtakeskittymän. Allokatiivisten ja dynaamisten tehokkuusvaikutusten ohella tarvetta säännellä markkinavoimaa on arvioitava myös mahdollisen väärinkäytön tai tulonsiirron kohteeksi joutuvien oikeussubjektien taloudellisten vapauksien ja hyvinvoinnin kannalta. Suomessa ja EY:ssä määräävän aseman väärinkäyttöä pidetään oikeuspoliittisesti tuomittavana myös toiselle elinkeinonharjoittajalle aiheutetun vahingon vuoksi. Näin ollen sääntelyn tarvetta ei poista se, että määräävä asema ehkä rapautuu tulevaisuudessa tai että määräävän aseman syntyminen ehkä sinänsä on mittakaavaetujen vuoksi taloudellisesti perusteltu kehityskulku. Määräävän aseman taustalla mahdollisesti olevat mittakaava- ja muut tehokkuussyyt ovat samalla perussyy sille, miksi määräävä asema ja sen väärinkäyttö pyritään erottamaan toisistaan.[789]

Voidaan todeta, että taloudellisen vallan dynamiikkaan liittyvät teoriat eivät poista kilpailuoikeudellista tarvetta säännellä markkinavoimaa. Ne kuitenkin osaltaan monipuolistavat kuvaa ja antavat aiheen luopua yksipuolisesta taloudellisen vallan kritiikistä. Kilpailupoliittisesti arvioiden markkinavoimaa ei voida pitää vähämerkityksellisenä tai ohimenevänä ilmiönä, johon puuttuminen ei olisi perusteltua. Teesi markkinoiden täydellisestä itsesäätelystä (*laissez faire*) on jäänyt toteen näyttämättä. Realistisuutta tavoittelevan kilpailupolitiikan on välteltävä yhtä hyvin valtafobiaa kuin tehokkuuseuforiaa, ylipäätään helppojen selitysten etsimistä monimuotoisille ilmiöille.

Taloudellisen vallan kehitystä korostavien teorioiden arvo on ennen muuta sen havaitsemisessa, ettei markkinavoimaa ole mielekästä tarkastella yksiulotteisesti ottamatta huomioon markkinoiden kehitysvaihetta, muiden toimijoiden reaktioita ja ajan merkitystä. Olennaista on kiinnittää huomiota myös markkinavoiman syihin. Dynaamisesti kehittyvillä markkinoilla nautittu tietotaitoon perustuva kilpailuetu rapautuu todennäköisemmin ja nopeammin kuin markkinoiden rakenteelliseen hallintaan perustuva valta-asema. Ensiksi mainittu tilanne on myös helpommin perusteltavissa tehokkuussyin.

Taloudellisen vallan sääntelyssä voidaan kiinnittää huomiota myös *suuntaan*, johon valta on kehittymässä. Markkinavoimaa voidaan hyödyntää vallan lisäämiseksi, vallan huipulla monopolivoittojen saavuttamiseksi tai silloin, kun valta on uhattuna. Yhdysvaltain Sherman Actin 2 artiklan monopolisoimiskielto kieltää varsinaisen monopolisoinnin lisäksi yhden tai useamman yrityksen pyrkimyksen markkinoiden monopolisoimiseen (*attempt to monopolize*). Säännöksen soveltaminen edellyttää markkinavoimaa, menettelyn tuomittavuutta yleiseltä kannalta ja monopolisoimisen onnistumisen mahdollisuutta (*dangerous probability of success*). Eurooppalaisen, perustamissopimuksen 82 artiklan mallin mukainen määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltotunnusmerkistö täyttyy vasta siinä vaiheessa, kun yritys jo hallitseee markkinoita. Kiellet-

[789] Näin myös Amato (1997) s. 102–105; Virtanen (1998) s. 45; Kuoppamäki (2000) s. 131.

tyä ei siten ole määräävän markkina-aseman tavoittelu tai saavuttaminen vaan ainoastaan väärinkäyttö. Säännöksiä voidaan verrata toisiinsa rinnastamalla määräävä markkina-asema, monopoli ja taloudellinen valta toisiinsa. Tässä mielessä Sherman Act puuttuu taloudelliseen valtaan aikaisemmin eli jo sen saavuttamisvaiheessa (*Organskin* vallankäyttöön siirtymisvaihe), EY:n kilpailuoikeus vasta sitten, kun valta-asema on saavutettu (Organskin kyllästymisvaihe). Sääntelyinstrumentin rakenteeseen rajoittuva tarkastelu jättää kuitenkin olennaisimman huomiotta, eli sen, minkä asteista markkinavoimaa edellytetään ja millaisia rajoituksia markkinavoimaisten yritysten käyttäytymiselle käytännössä asetetaan. Vielä 1960-luvulla oltiin yleisesti sitä mieltä, että Yhdysvalloissa suhtaudutaan määräävään markkina-asemaan EY:n kilpailuoikeutta tiukemmin. EY:n oikeuskäytännön tiukentumisen ja Yhdysvaltain käytännön samanaikaisesti lievennyttyä Chicagon koulun vaikutuksesta säännösten keskinäisen ankaruuden on yleisesti arvioitu kääntyneen toisin päin.[790]

7.3 TALOUDELLISEN VALLAN DIMENSIOT

Taloudellisen vallan kuvaamisessa voidaan hyödyntää amerikkalaisten yhteiskuntatutkijoiden tuloksia. Yhtenäisen ja yleispätevän valtakäsitteen sijasta tarkastellaan vallan yksittäisiä syitä ja rakenne-elementtejä. Taloudelliselle vallalle on ominaista juuri se, että vallan syyt ja toteutumismuodot vaihtelevat tapauskohtaisesti. Analyyttisessä tarkastelussa voidaan erottaa toisistaan

1) vallan lähteet (Machtquellen),
2) vallan välineet (Machtmittel),
3) vallan rajoitteet (Einschränkungen),
4) vallan ilmenemisalueet (Machtbereiche),
5) mahdollisuudet vallan laajentamiseen (Machtausdehnung).

Seuraava esitys perustuu *Nicolinin* väitöskirjassaan tekemään luokitteluun. Tehty luokittelu on omaksuttu sellaisenaan. Esitystä on työstetty siten, että esimerkkeinä käytetään kilpailuoikeudellisesti relevantteja tilanteita. Tavoitteena on ainoastaan työstää edellisten ja tulevien kappaleiden tematiikkaa hieman toiseen järjestykseen, minkä toivotaan tuovan uuden näkökulman tutkimusaiheeseen.

7.3.1 Vallan lähteet

Vallan lähteillä tarkoitetaan niitä tekijöitä, joihin valta-asema perustuu. Vallan pitäjällä pitää olla kyseinen tekijä omistuksessaan tai hallinnassaan tai hänen

[790] Ks. esim. Kuoppamäki (1992) s. 50–51, 91–93; Jebsen/Stevens (1996) s. 443.

pitää muutoin pystyä hyödyntämään sitä toiminnassaan. Kaikkien sosiaalisissa suhteissa mahdollisten vallan lähteiden luokitteleminen ei liene mahdollista. Seuraavassa mainitaan vain joitakin tavanomaisia, jotka ovat tutkimuksen kannalta relevantteja:

1) identifikaatio;
2) palkitsemisen mahdollisuus;
3) sanktioiden mahdollisuus;
4) asia-auktoriteetti;
5) legitimiteetti;
6) oikeudellinen sitovuus/velvoittavuus.

Identifikaatiossa valta perustuu vallan kohteena olevan haluun samaistua vallanpitäjään. Yleensä identifikaatioon perustuva valta rajoittuu tietylle elämän alueelle. Identifikaatiossa toimenpiteen hyväksyvä taho uskoo toimivansa oman etunsa mukaisesti. Esimerkiksi yrityksen keskijohtoon kuuluva ilmoittaa kuuluvasti hyväksyvänsä ylimmän johdon linjaukset ja tukee niitä aktiivisesti, koska hänen tavoitteenaan on itsekin päästä ylimpään johtoportaaseen. Kilpailuoikeudelliseksi esimerkiksi voidaan ottaa niin sanottu hintajohtajuus. Yritys voi samaistua markkinajohtajan toimenpiteisiin ja seurata niitä, koska uskoo markkinajohtajan aseman perusteella siihen, että tämän hintanäkemys on oikea. Hintanäkemyksen seuraamisen uskotaan tuovan yritykselle itselleen itsenäistä hintanäkemystä paremman lopputuloksen ja mahdollisesti aikaa myöten johtavan siihen, että yritys itsekin kasvaa suuremmaksi. Vastaavasti hintoja seuraava yritys voi uskoa siihen, että suuremmalla yrityksellä on sitä itseään tarkempaa tietoa hintoihin vaikuttavista tekijöistä (asia-auktoriteetti). Hintojen seuraaminen voi perustua myös sanktioiden pelkoon. Pieni yritys voi joko perustellusti tai väärin oletuksin kuvitella, että aggressiivinen hintakilpailu johtaisi määräävässä asemassa olevan yrityksen taholta rankaisutoimenpiteisiin, esimerkiksi hintasotaan. Riski lienee realistinen niissä tilanteissa, joissa yritysten taloudelliset voimasuhteet poikkeavat olennaisesti toisistaan tai joissa määräävässä asemassa oleva yritys on vertikaalisesti integroitunut kilpailijoitaan useammalle tuotanto- tai jakeluportaalle, koska tällöin voidaan käyttää hintaruuvia. Strategisen kilpailututkimuksen mukaan esimerkiksi saalistushinnoittelun uhan todellisuus ei suinkaan aina edellytä, että siihen turvautuva, sillä uhkaava tai sitä signaloiva yritys voisi myöhemmin periä hintasodan kustannukset takaisin monopolisoimiltaan markkinoilta. Monialayritys voi käyttää saalistushinnoittelua punktuaalisesti tietyllä markkinasegmentillä ja räätälöidysti tiettyä yritystä vastaan. Pienemmän kilpailijan markkinoilta ajamista olennaisempaa voi olla uskottavan ennakkotapauksen luominen muita mahdollisia yrittäjiä silmälläpitäen. Selvästi yleisempää kuitenkin lienee se, että hintojen seuraaminen perustuu omakohtaiseen kustannuslaskentaan perustuvaan taloudelliseen kalkyyliin. Keskittyneillä markkinoilla hintajohtajan seuraaminen turvaa usein myös pie-

nemmille yrityksille paremman hintatason. Tällöin niiden omassa intressissä on pitäytyä aktiivisesta hintakilpailusta.[791]

Usein mainonta perustuu identifikaatioon. Mainostaja pyrkii mielleyhtymiä herättämällä rakentamaan markkinoimansa hyödykkeen ja asiakkaan välille positiivisen identifikaation, joka saa asiakkaan tuntemaan tuotteen omakseen ja ostamaan sen. Muiden yritysten kannalta mainonta voi luoda onnistuessaan alallepääsyn esteen (esim. suosi suomalaista -kampanjat).[792] Mainonta voi perustua myös asia-auktoriteetille. Tällöin korostetaan hyödykkeen tuottajan asiantuntemusta, teknistä osaamista, testituloksia tms. Legitimiteettiin perustuva valta riippuu traditioista, normeista ja sosiaalisesta rakenteesta. Valta on legitiimiä, kun sen kohteena olevat kokevat vallan oikeutetuksi ja toiminnassaan sisäistävät taustalla olevan moraalikoodeksin. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehokkuus edellyttää, että elinkeinonharjoittajat kokevat normit mielekkäiksi tai ainakin niiden noudattamisen tarkoituksenmukaiseksi. Kilpailuviranomaisten toiminnan legitiimisyys edellyttää päätöksiltä tasapuolisuutta, mahdollisimman suurta ennakoitavuutta ja ennen kaikkea riittävän selkeitä ja kattavia perusteluja.

Palkitseminen ja sanktioiden mahdollisuus perustuvat yksinomaan vallanpitäjän mahdollisuuksiin. Esimerkiksi kartelliin liittyvää uutta jäsentä voidaan palkita uusilla sopimuksilla tai siitä eroon pyrkivää rangaista boikotilla.[793] Palkitsemisen ja rankaisemisen mahdollisuus liittyy olennaisena elementtinä markkinavoiman väärinkäyttöä koskeviin tapauksiin. Ostonsa keskittävää asiakasta voidaan palkita uskollisuus- ja tavoitealennuksilla ja kilpailijoilta hankintoja suorittavia vastaavasti rangaista alennuksen poistamisella. Alennuksia koskeva esimerkki osoittaa, että raja palkkioiden ja sanktioiden välillä on liukuva. Se myös selittää, miksi kiellettyjä alennuksia koskeva oikeuskäytäntö ei rakennu sen varaan, onko määräävässä asemassa oleva yritys "pakottanut" asiakkaansa hyväksymään tietyn hinnoittelumallin vai ovatko asiakkaat hinnoittelun itse hyväksyneet.[794] Periaatteessa myös kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävä palkinto, esimerkiksi kustannusvastaavan määräalennuksen myöntäminen, ilmentää taloudellista valtaa, koska alennuksen seurauksena ostoja keskitetään ja osa pienemmistä kilpailijoista mahdollisesti joutuu poistumaan markkinoilta. Viimeksi mainitussa tapauksessa kyse ei kuitenkaan ole vallan väärinkäytöstä, koska alennus ei ole sitova tai syrjivä, vaan vastaa todellista kustannussäästöä.

---

[791] Tämä lienee selitys sille ilmiölle, miksi samalla alalla toimivat yritykset varsin yleisesti ilmoittavat kannattavansa yrityskauppaa, joka ei johda olennaiseen tehokkuuden lisääntymiseen mutta joka nostaa alan hintatasoa. Markkinoiden keskittyminen mahdollistaa niille korkeamman hintatason monopolin heittämän varjon suojassa.

[792] Yleisesti mainonnan vaikutuksesta yritysten alallepääsyn kannalta ks. esim. Comanor/Wilson (1979).

[793] Kartellista eroon pyrkivien rankaisemisesta ks. esim. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ns. lämpöputkikartellia koskevaa ratkaisua *T-9,15,16, 17, 21, 23, 28 ja T-31/99, Ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 20.3.2002.*

[794] Ks. esim. *Valio III, d:o 6/359/93*, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.

Määräalennuksella ei siten "keinotekoisesti" suljeta kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnassa keskeistä onkin tehdä ero valta-aseman ja hyväksyttävän/tuomittavan vallankäytön välillä. Jos valta-asema perustuu kauppakumppanin riippuvuuteen, vastaan hangoittelevaa sopimuskumppania voidaan uhata sopimuksen irtisanomisella esimerkiksi poikkeuksellisten taloudellisten etujen ulosmittaamiseksi. Voimakkaaseen riippuvuuteen perustuvissa tilanteissa taloudellisen vallan väärinkäyttäminen voi saada pakkoon rinnastettavia ilmenemismuotoja.

Valta voi perustua myös oikeudellisesti velvoittavaan sopimukseen. Alunperin ex ante riippumattomat osapuolet voivat solmia sopimuksen, jonka seurauksena toinen osapuoli (ex post) joutuu sopimuskumppanistaan riippuvaiseksi toisen saadessa yliotteen. Sopimus voi olla alun perin epätasapainoinen, tai sitten se on sellaiseksi muuttunut ajan kulumisen tai olosuhteiden muuttumisen seurauksena. Huomattavan investoinnin tehnyt sopimuskumppani voi tulla lukituksi sopimuskumppaniin, koska kauppakumppanin vaihtaminen aiheuttaisi huomattavia kustannuksia (*lock in effect*). Päätuotteen ostaja voi olla käytännössä sidottu toimittajan tarjoamiin huoltoon ja varaosiin (*jälkimarkkinat*). Näitä tilanteita on käsitelty edellä riippuvuussuhteen alla. Riippuvuussuhde voidaan purkaa joko sopimusoikeuden keinoin (pääasiallinen tilanne) tai kilpailuoikeuden keinoin (poikkeustilanne). Luonnollisesti myös kilpailuviranomaisen toiminnassa kyse on oikeudellisesta velvoittavuudesta. Kuten kaikkea valtaa, sitäkin tulee kontrolloida.

7.3.2 Vallan välineet

Vallan välineet ovat konkreettisia keinoja, joilla valtaa käytetään. Kun vallan lähteet kertovat vallan alkuperän, vallan välineet koostuvat kaikista niistä keinoista, joilla A voi vaikuttaa B:n toimintaan. Usein vallan lähteet ja välineet menevät päällekkäin. Esimerkiksi saalistushinnoittelussa määräävässä asemassa oleva yritys hyödyntää taloudellisia resursseja asiakkaiden voittamiseksi kilpailijalta. Toisaalta sanotut resurssit on voitu saada määräävän aseman avulla, esimerkiksi ristisubventoimalla julkisen monopolin toimialalta kertyneitä monopolivoittoja kilpailuun toisilla markkinoilla. Kaikkien kilpailuoikeudellisesti relevanttien vallan välineiden luetteleminen ei ole tässä yhteydessä mielekästä; ne voidaan yleisesti määritellä kielletyiksi tai sallituiksi kilpailukeinoiksi, joiden käyttäminen edellyttää kilpailukeinon hyödyntäjältä markkinavoimaa.[795]

---

[795] Laajemman määritelmän mukaan kilpailuoikeudellisesti relevantit vallan välineet käsittäisivät minkä tahansa kilpailukeinon käyttämisen, joka perustuu johonkin edellä kohdassa 7.3.1 käsiteltyyn vallan lähteeseen markkinatoimija A:n ja markkinatoimija B:n välillä. Määritelmä vaikuttaisi kuitenkin liian laajalta, sillä se voisi pitää sisällään käytännössä minkä tahansa täydellisen kilpailun teoreettisesta äärimmäisyystilanteesta poikkeavan relaation markkinoilla.

7.3.3 Vallan rajoitteet

Nicolini puhuu esityksessään vallan rajoituksista, mutta tarkastelee osapuolille aiheutuvia kustannuksia. Ajatuksena näyttäisi olevan, että vallankäyttäjälle aiheutuvat kustannukset rajoittavat mahdollisuuksia vallankäyttöön. Kuitenkin on huomattava, että aivan samalla tavalla vallan kohteelle aiheutuvat reaktiokustannukset (esim. hinnankorotustapauksessa vaihtoehtoisen jakelukanavan etsimiskustannukset) vaikuttavat analyysiin. Jos B:n reagointikustannukset ovat erityisen korkeita (esim. erikoistumisesta aiheutuva pakollisen kauppakumppanin tilanne), lisää se epäilemättä A:n valtaa, ja voi olla itse asiassa vallan perimmäinen syy. Tämän vuoksi Nicolinin käsite, vallan rajoite (Machtbeschränkung) on korvattu paremmin kuvaavalla termillä vallankäytön kustannukset.

Taloudellista valtaa analysoitaessa on kiinnitettävä huomiota vastapuolen reagointimahdollisuuksiin. A voi hyödyntää valtaansa ainoastaan, mikäli B ei voi tai B:n ei kannata vastustaa A:n toimenpidettä. Elinkeinotoiminnassa erityistä merkitystä on lyhyen ja pitkän aikavälin suorilla ja epäsuorilla taloudellisilla kustannuksilla. Sekä markkinavoiman käytöstä että sitä vastaan puolustautumisesta aiheutuu vaihtoehtoiskustannuksia. Rationaalisuusolettaman vallitessa osapuolten voidaan olettaa ryhtyvän yleensä vain sellaisiin toimenpiteisiin, jotka ne arvioivat itselleen edullisiksi. Tällöin A:n ja B:n välistä valtarelaatiota voidaan arvioida suuntaa-antavasti sen perusteella, mitä kustannuksia kummallekin osapuolelle aiheutuu. A:n voidaan olettaa ryhtyvän toimenpiteeseen vain, jos se arvioi menettelytavan kaikki asiaan vaikuttavat kustannustekijät huomioon ottaen itselleen kannattavaksi. Vastaavasti B:n voidaan olettaa joko alistuvan toimenpiteeseen, puolustautuvan sitä vastaan tai ryhtyvän vastahyökkäykseen siitä riippuen, miten se arvioi kumpaankin vaihtoehtoon liittyvät suoranaiset kustannukset ja taloudelliset riskitekijät.[796]

On huomattava, että molemminpuoliset kustannukset on ajatusmalli, jonka perusteella taloudellista vallankäyttöä voidaan pyrkiä mallintamaan. Kustannukset voidaan esittää matemaattisessa muodossa esimerkiksi peliteorian avulla. Kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa johtopäätöksiä ei voida rakentaa enemmän tai vähemmän todellista tilannetta simuloimaan pyrkivien matemaattisten funktioiden varaan. Ensinnäkin aineisto on yleensä puutteellista. Toisekseen, tekijöiden painottaminen vaatii yleistyksiä ja jopa arvauksia niiden merkityksestä. On myös muistettava, että yleensä osapuolet eivät tiedä tarkasti toimintansa seurauksia. Vaikka tietokonesimulaatio antaisikin "oikean" lopputuloksen, ei se silti välttämättä kuvaa todellista päätöksentekotilannetta tai ota huomioon esimerkiksi psykologisten tekijöiden vaikutusta yritysten päätöksentekoon.

---

[796] Kummallekin osaopuolelle aiheutuu vaihtoehtoiskustannuksia. Ks. esim. Harsany (1961) s. 193.

Valtaa pitävän toimintaan vaikuttavat taloudellisten seikkojen ohella myös vallankäytön sosiaaliset kustannukset. Monopolisti voi pitäytyä hinnankorotuksesta, koska se arvioi julkisen sanan, poliittisten päättäjien tai kilpailuviranomaisten reaktion itselleen niin epäedulliseksi, ettei operaatio kannata. Sosiaalisilla kustannuksilla on usein seurannaisvaikutuksia myös puhtaan taloudellisen kalkyylin kannalta.

A:lle vallankäytöstä aiheutuvat kustannukset[797] voidaan ryhmitellä seuraavasti:

1. toimenpiteellä uhkaamisesta aiheutuvat kustannukset;
2. uhan uskottavaksi tekemisestä aiheutuvat kustannukset;
3. B:n valvomisesta aiheutuvat kustannukset;
4. toimenpiteen toteuttamisesta aiheutuvat kustannukset.

Vastaavasti B:lle aiheutuvat kustannukset voidaan ryhmitellä

1. A:n toimenpiteen hyväksymisestä aiheutuvat kustannukset;
2. A:n toimenpiteen vastustamisesta aiheutuvat kustannukset.

Edellä olevan perusteella voidaan arvioida kahden osapuolen välistä valtarelaatiota esimerkiksi sopimusvoiman tai osittain myös vertikaalisen markkinavoiman tilanteessa. Yleensä kilpailukäyttäytymisen muuttaminen vaikuttaa suoraan tai ainakin epäsuoraan suureen joukkoon markkinatoimijoita. Kahden elinkeinonharjoittajan keskinäistä suhdetta laajemmilla markkinoilla "valtarelaation" osapuolten lukumäärä on periaatteessa rajaton. Markkinat itsessään harjoittavat sosiaalista kontrollia elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa. Jos toinen osapuoli pyytää ylihintaa, "loukattu" osapuoli kääntyy kilpailijoiden puoleen. Tässä mielessä kilpailun toimivuus on (horisontaalisen) markkinavoiman negaatio. Toimivat markkinat ovat epäilemättä merkittävin taloudellisen vallan kontrolloitavuuteen ja rajoittumiseen vaikuttava instituutio. Markkinavoima edellyttää sitä, että toimenpide pystytään toteuttamaan markkinoilla, asiakkaiden sekä aktuaalisten ja potentiaalisten kilpailijoiden reaktiosta huolimatta tai tällaiset reaktiot voidaan sulkea pois.

Vallankäytön molemminpuolisia kustannuksia on suhteellisen yksinkertaista operationalisoida kilpailuoikeuden tarpeisiin. Esim. edellä käsitellyn *Landesin ja Posnerin* määritelmän mukaan yrityksellä on markkinavoimaa, mikäli yritys voi nostaa hintojaan rajoittamalla tuotantoaan ja hinnankorotus on yritykselle pidemmällä aikavälillä kannattava. Kilpailuilla markkinoilla hintojen korottaminen ei ole mahdollista, koska asiakkaat yksinkertaisesti vaihtavat toimittajaa. Tilanne muuttuu toiseksi, jos vaihtoehtoisiin toimittajiin turvautuminen on

[797] Ks. Nicolini s. 54–58. Baldwin, David. A. (1989) The Costs of Power, kirjassa: Paradoxes of Power, s. 82–99.

syystä tai toisesta taloudellisesti epäedullista. Vallankäytön tulee siten olla kannattavaa tai sen torjumisen epäkannattavaa, kuten mallissa on edellä kuvattu.

Vertikaalinen integraatio voi lisätä yrityksen valtaa ja vähentää riippuvuutta. Hyödykkeen valmistaja voi integroitua ylöspäin ottamalla haltuunsa tuotantoprosessissa tarvittavaa raaka-ainetta valmistavan yrityksen. Yritys vähentää riippuvuuttaan raaka-ainetoimittajista ja mahdollisesti saa valtaa suhteessa kilpaileviin hyödykevalmistajiin. Vaihtoehtoisesti yritys voi integroitua alaspäin ostamalla hyödykettä myyvän kauppaketjun. Tällöin yritys vähentää riippuvuuttaan ostajista ja turvaa itselleen jakelukanavan. Samalla se saa valtaa kilpailijoihinsa nähden siksi, että mahdollisesti myös nämä myyvät hyödykettä samaan jakelukanavaan, tai siksi, että kaupan seurauksena kilpailijoilla on käytössään yksi jakelukanava vähemmän. Samalla on muistettava, että yleensä vertikaalisen integraation taustalla on valideja taloudellisia syitä.[798] Kuten yleensäkin, monokausaaliset selitykset antavat liian yksipuolisen kuvan yritysten käyttäytymisestä.

7.3.4 Taloudellisen vallan ilmenemisalueet

Yksi vallan analysoinnin vaikeuksista liittyy vallan ilmenemismuotojen moninaisuuteen. Taloudellista valtaa hyödynnetään markkinasubjektien välisissä suhteissa. Taloustieteen *markkinavoiman* käsite lähtee siitä olettamuksesta, että valtaa on ja sitä hyödynnetään nimenomaan *markkinoilla*. Markkinavoiman analysoinnissa kiinnitetään huomiota kauppakumppanien ja kilpailijoiden mahdollisuuksiin. Nykyään valtaosa suuremmista yrityksistä toimii lukuisilla toisiinsa enemmän tai vähemmän kytköksissä olevilla toimialoilla. Kilpailuoikeudellisesti relevantit hyödykemarkkinat ovat yleensä suppeammat kuin yritysten itsensä ilmoittamat *toimialat*. Kilpailuoikeudessa pyritään määrittele-

---

[798] Vertikaalisen integraation toteutumisessa ratkaiseva merkitys on epäilemättä sillä, onko yrityskauppa taloudellisesti kannattava vai ei. Muun ohella Ronald Coasen ja Oliver J. Williamsonin kehittelemän transaktiokustannusteorian mukaan tietty toiminto suoritetaan yrityksen sisällä tai markkinoilla siitä riippuen, kummalla tavalla kustannukset ovat alhaisempia. Vertikaalinen integraatio muun ohella sitoo yrityksen omia resursseja. Toisaalta yritys ei joudu maksamaan markkinoilla tehtävistä sopimuksista aiheutuvia etsimis-, neuvottelu-, täytäntöönpano-, ja valvomiskustannuksia (*transaktiokustannukset*). Valinta sopimuksen ja vertikaalisen integraation välillä tehdään sen perusteella, kumpi vaihtoehto on taloudellisesti kannattavampi. Vallan lisääminen ja riippuvuuden väheneminen riippuu siten siitä, onko se taloudellisesti kannattavaa vai ei. Erityisesti Williamsonin tutkimukset ovat johtaneet siihen, että aiemmasta harvardilaisesta oletuksesta, jonka mukaan vertikaalisten sopimusten keskeisin tarkoitus on lisätä markkinavoimaa, pitkälti on luovuttu. Vertikaaliset sopimukset nähdään määrähintoja ja absoluuttista aluesuojaa lukuun ottamatta ongelmallisina yleensä vasta siinä vaiheessa, kun markkinat ovat jo olennaisesti keskittyneet. Toisaalta olisi perustelematonta olettaa, että valinta sopimuksen ja rakenteellisen järjestelyn välillä tehtäisiin aina pelkästään kustannusperusteilla. Kustannuslaskennan ohella ratkaisuun voi vaikuttaa se, kumman vaihtoehdon yritykset uskovat olevan itselleen strategisesti edullista.

mään suhteellisen suppeat hyödykekohtaiset ja maantieteelliset markkinat, jotta luotettavien johtopäätösten tekeminen tutkimuksen kohteena olevan yrityksen markkinavoimasta helpottuisi. Tällaisten "mikro-mikro"-markkinoiden määrittely pitää kuitenkin sisällään riskin, että markkinavoimaa joko yli- tai aliarvioidaan sen vuoksi, että toimialakohtaisia selittäviä tekijöitä jää analyysin ulkopuolelle.

Markkinavoimaa laajempi taloudellisen vallan käsite pitää sisällään mahdollisuuden, että suuryritykset ja elinkeinoelämän etujärjestöt mahdollisesti saattavat vaikuttaa poliitikkojen tai viranomaisten toimintaan, samoin kuin poliitikot ja viranomaiset yritystoimintaan. Perinteisen mikrotaloustieteellisen analyysin mukaan yritys voi nostaa hintoja rajoittamalla tuotantoaan. Hinnoittelussaan yritys hakee optimia katteen ja määrän välillä. Hinnankorotus lisää katetta mutta vähentää asiakkaiden ostomääriä. Hyödynnettäessä taloudellista valtaa markkinoiden ulkopuolella, seurauksena voi olla, ettei hintojen korottaminen vaadikaan tuotannon rajoittamista, jos julkinen valta saadaan estämään kilpailijoiden markkinoillepääsy. Taloudellisen vallan ilmatiivis eristäminen poliittisesta tai poliittisen taloudellisesta ei lienekään realistisesti mahdollista tai edes mielekästä, koska sektorit näyttäisivät olevan varsin monimutkaisessa vuorovaikutussuhteessa keskenään.[799] Mikäli taloudellisen vallan kaikki mahdolliset dimensiot halutaan kuvata, tarkastelua on laajennettava *markkinoiden ulkopuolelle*. Tällöin analyysiä laajennetaan yksittäisestä taloudellisen toiminnan parametristä, esimerkiksi hinnoittelusta lähtökohtaisesti kaikkiin toiminnan muotoihin markkinoilla ja niiden ulkopuolella.

Käsite-erottelun selkiyttämiseksi voidaan viitata *Murnkinsin* erotteluun *mikromarkkinoilla* ja *makromarkkinoilla* ilmenevän markkinavoiman välillä. Yritys voi käyttää markkinavoimaa niillä mikromarkkinoilla joilla se toimii. Neoklassisessa taloustieteessä tarkastellaan juuri mahdollisuutta nostaa hintoja relevanteilla markkinoilla toteutettavien toimenpiteiden avulla. Toisaalta viranomaiset voivat kontrolloida tai rajoittaa valtaa mikromarkkinoilla (esim. kilpailupolitiikka) tai turvata sen säilymistä (esim. toimilupajärjestelmä). Mikromarkkinoiden ohella yritykset voivat kuitenkin vaikuttaa tai ainakin yrittää vaikuttaa myös makromarkkinoilla harjoitettuun talouspolitiikkaan. Kuvatakseen tätä vaikutusmahdollisuutta Murnkins käyttää termiä yrityksen makromarkkinavoima (corporate macro-market power).[800] Osuvampi termi lienee *extra-markkinavoima,*[801] joka kuvaa sitä, että kyse on markkinoiden ulkoisesta vaikutustavasta.

---

[799] Ks. esim. Murnkins, John, Economic Power: History and Institutions, kirjassa Market Power and the Economy (1988) s. 27–52, erityisesti kuvio sivulla 43.
[800] Murnkins (1988) s. 38.
[801] Bourdet (1992) s. 26.

7.3.5 Douglass F. Greerin luokittelu

Douglass F. Greerin luokittelussa taloudellista valtaa lähestytään edellä käsiteltyä tarkemmin ja yksilöidymmin siten, että suppeasta tietyn elinkeinonharjoittajan hinnoitteluvaltaa koskevasta relaatiosta (1) edetään asteittain laajimpaan mahdolliseen kategoriaan, taloudellisen vallan yleisiin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin (12). Täydennyksenä edelliselle Greerin luokittelu ansaitsee tulla tarkemmin esitellyksi:

Table 3-2. Sources of the "Capacity" and Targets of the "Influence" that Comprise Econonomic Power

	Source of Power is Size Concentration in ...		
Targets of the Influence	Single Market	Related Market	Macro Aggregates
Customers and Suppliers	1	5	9
Market Rivals (actual and potential)	2	6	10
Business at large	3	7	11
Society in General	4	8	12

1. *Single market power with the customers and suppliers of the firm as targets*
2. *Single market power with actual and potential rivals as targets*
3. *Single market power vis-a-vis business enterprises in general*
4. *Single market power ifluencing society in general*
5. *Power in related markets: customers and suppliers*
6. *Power in related markets: actual and potential rivals*
7. *Power in related markets: business at large*
8. *Power in related markets: society in general*
9. *Aggregate power with customers and suppliers of the firm as targets*
10. *Aggregate power with rivals as targets*
11. *Aggregate power vis-a-vis business in general*
12. *Aggregate power: society in general*

Greerin luokittelu perustuu luokitteluun vaikutusvallan kohteen (input) ja toisaalta vallan vaikutusten ilmenemisalueen välillä (output). Yritys voi hyödyntää taloudellista valtaansa suhteessa kauppakumppaneihin (customers and suppliers), kilpailijoihin (market rivals, actual or potential), liikemaailmaan yleensä (business at large), tai yhteiskuntaan yleensä (society in general). (Vaikutus)valta voi ilmentyä yksittäisillä markkinoilla (single markets), toisiinsa liittyvillä markkinoilla (related markets) ja talouden makrotasolla (macro aggre-

gates). Voitaneen todeta yleisellä tasolla, että mitä suurempi numero (1...12), sitä voimakkaampaa taloudellinen valta on. Greerin antamia esimerkkitapauksia[802] on mukautettu eurooppalaisiksi pyrkien kuitenkin säilyttämään luokittelun sisältö ennallaan.

Greerin mukaan luokittelussa taso 1 vastaa neoklassisen taloustieteen perinteistä lähestymistapaa. Yrityksellä on markkinavoimaa, jos se voi nostaa hintoja ilman että asiakas voi turvautua kilpailevaan hyödykkeeseen. Rajoitetumpi tason 1 valta ilmenee kauppakumppaneiden keskinäisissä suhteissa. Valtaa pitävä voi vaikuttaa tietyiltä kauppakumppaneiltaan perimiin hintoihin, ei sen sijaan markkinoiden hintatasoon yleisesti. Taso 1 kuvaa myös sitä, mitä Chicagon koulukunnan edustajat pitävät kilpailupoliittisesti relevanteimpana alueena. Varsin usein chicagolaiset kiistävät tasojen 2(3) –12 kilpailupoliittisen relevanssin. Sitä vastoin harvardilaisessa ajattelussa muillakin tasoilla on merkitystä.

Taso 2 kuvaa valtaa sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Keinona voi olla esimerkiksi saalistushinnoittelu tai kilpailijan avainasemaan pääsyn estäminen. Strategisen kilpailun teoria tutkii yritysten toisilleen asettamia markkinoille pääsyn esteitä. Myös neoklassisessa teoriassa tasot 1 ja 2 ovat vuorovaikutuksessa keskenään. Yleensä hintojen korottaminen nimittäin edellyttää, että kilpailijoiden alallepääsy on tavalla tai toisella rajoittunutta. Alallepääsyn esteiden arvioinnilla on yrityskauppavalvonnassa keskeinen merkitys. Sidonnassa myyjä sitoo monopolihyödykkeen kilpailtuun hyödykkeeseen. Saadakseen monopolituotteen asiakkaan on ostettava ylimääräinen hyödyke (taso 1). Samalla sidonta rajoittaa kilpaillun hyödykkeen toimittajien markkinoillepääsyä (taso 2).

Tasoa 3 voidaan kuvata esimerkillä, jossa yritys laajentaa toimintaansa uusille toimialoille (konglomeraatit yrityskaupat). Saksan liittotasavallassa energia-ala oli aivan viime vuosiin kilpailulainsäädännön soveltamisalan ulkopuolella. Julkisuudessa on arvosteltu sitä, että saksalaiset energia-alan konsernit perivät sähköntuotannossa ylihintaa ja investoivat monopolivoitot muille aloille. Tämän on väitetty johtaneen kilpailuvääristymiin rakennustuotannossa. *Greer* mainitsee esimerkkinä alat, joilla on strategista merkitystä muulle elinkeinotoiminnalle, erityisesti liikepankkitoiminnan.

Tasolla 4 taloudellista valtaa hyödynnetään poliittisluontoisten etujen saamiseksi samoilla hyödykemarkkinoilla. Greerin mukaan markkinaosuuden kasvun on näytetty korreloivan yrityksen poliittisen aktiviteetin lisääntymisen kanssa. Toisaalta on todettava, ettei poliittinen vaikutusvalta mitenkään välttämättä edellytä suurta yrityskokoa. Esimerkiksi pienyritysten järjestöllä voi olla huomattavaa vaikutusvaltaa siitä riippumatta, että jäsenyritysten keskimääräinen koko muuhun yritystoimintaan verrattuna olisi pieni. Talouden ja politiikan

[802] Greer (1988) s. 56–62.

vuorovaikutussuhteiden selvittäminen ei liene mielekästä ilman, että analyysiin integroidaan myös etujärjestöt.

Tasoilla 5-8 yritys hyödyntää yksillä markkinoilla omaavansa taloudellista valtaa hankkiakseen etuja toisilla markkinoilla. Kilpailuoikeudessa ilmiöstä käytetään nimityksiä vipuvarsi (*leveraging*) tai ristisubventointi *(cross-subsidising)*. EY:n tuomioistuimen tunnetussa *Tetra Pak* -ratkaisussa pidettiin 82 artiklan vastaisena väärinkäyttönä myös sitä, että yritys hyödyntää määräävää asemaansa aseptisten pahvipakkausten markkinoilla sitomalla asiakkaita ei-aseptisten pahvipakkausten markkinoilla, joilla yrityksen markkinavoima oli heikompaa. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ei edellyttänyt, että määräävän markkina-aseman ja väärinkäytön tulisi kaikilta osin ilmetä samoilla hyödykemarkkinoilla. Tapauksessa oli relevanttia, että Tetra Pak oli selkeästi pyrkinyt laajentamaan ei-aseptisten tuotteiden markkinoilla omaavaansa lähes monopoliasemaa muille markkinoille. Menettely sitoi asiakkaita ei-aseptisten pakkausten markkinoilla. Tetra Pakin toimenpiteiden nimenomaisena tarkoituksena katsottiin olleen pienemmän kilpailijan aseman vaikeuttaminen toisistaan erillisillä hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla, joilla yritykset kilpailivat keskenään.

Greerin tasoja 9–12 voitaisiin luonnehtia siten, että niille on ominaista, että suuret taloudelliset resurssit ja yhteiskunnallisesti tarkastellen erityisen merkittävän aseman omaava yritys pystyy vaikuttamaan talouden toimintaan. Kyse on erityisesti monialayrityksistä. Tasot 9 ja 10 kuvaavat sitä, että samat yritykset voivat olla tietyillä markkinoilla toistensa kilpailijoita mutta toisilla markkinoilla kauppakumppaneita. Seurauksena voi olla vastavuoroisuuden ja toistensa huomioon ottamisen lisääntyminen aktiivisen kilpailun kustannuksella. Tasolla 11 huomattavat resurssit voivat helpottaa esimerkiksi yritysvaltausten suorittamista tai niiltä suojautumista. Taso 12 kuvaa taloudellisen vallan huipentumaa, jossa taloudellista valtaa käytetään suoran poliittisen vallan hankkimiseen. Tunnetun amerikkalaisen esimerkin mukaan Sherman Actin säätämiseen kilpailukäyttäytymisellään osaltaan vaikuttaneen Standard Oil öljytrustin perustajan *John D. Rockefellerin* väitetään rahoittaneen poliitikkojen vaalikampanjoita.[803] Ääriesimerkkinä voidaan mainita Saksan kolmannen valtakunnan talouspolitiikka, jossa teollisuussyndikaatit ja kartellit valjastettiin palvelemaan osaltaan myös natsien tarkoitusperiä. Teollisuuskartellit muodostivat valmiin keskitetyn rakenteen, joka oli helposti valjastettavissa suunnitelmatalouden tarpeisiin.[804] Kolmannen valtakunnan aikaisille kokemuksille on perua saksalainen näkemys kilpailuprosessin turvaamisen monitavoitteisuudesta: kilpailuvapauden turvaamisen ja tehokkuuden edistämisen ohella kilpailupolitiikalla näh-

[803] Ks. esim. Thorelli (1954) s. 91–96; Chernov (2001) s. 209. Ks. myös yleisesti Millon (1988).
[804] Ks. esim. Nörr (1994) s. 127–139.

dään välillisempi ja toisaalta syvällisempi tehtävä demokratian turvaamisessa. Viime vuosina keskustelua on herättänyt median taloudellisen keskittymisen mahdolliset poliittiset heijastusvaikutukset.

7.4 POTENTIAALISIA TUTKIMUSKOHTEITA

Vallan vuorovaikutussuhteiden markkinoita laajemmalla analyysillä voisi potentiaalisesti olla ainakin seuraavia vaikutuksia kilpailuoikeudelliselle analyysille. Tutkimuskohteeksi voidaan ottaa se, miten yritykset vaikuttavat kilpailijoidensa tai asiakkaidensa kilpailuolosuhteisiin epäsuorien vaikutuskeinojen kautta.[805] Toisena tutkimuskohteena voidaan tarkastella yritysten hallituspaikkojen jakaantumista. Kilpailevat yritykset voinevat koordinoida toimintaansa istuttamalla samoja edustajia yhtiöiden hallituksiin (*ns. interlocking directories*). Yhdysvalloissa käytäntöön on puututtu kilpailuviranomaisten taholta, mutta eurooppalainen käytäntö vaikuttaa lievemmältä.

Lisäksi voidaan tarkastella niitä mekanismeja, joilla yritykset vaikuttavat julkisen sektorin päätöksentekijöihin hankkiakseen itselleen kilpailuetuja. Julkisen vallan kilpailua vääristävät toimenpiteet kuuluvat EY:n markkinaoikeuden ytimeen. Kilpailuvääristymiä aiheutuu muun ohella valtiontuista, kilpailijoiden markkinoillepääsyä estävistä tai rajoittavista tavaroiden, palveluiden ja liikkeenperustamisoikeuden rajoituksista, oman kunnan yritysten suosimisesta julkisissa hankinnoissa sekä syrjivästä verotuksesta. Kilpailuoikeudellinen sääntely ei kuitenkaan perustu yrityksen vaikuttamiseen, vaan valtion toimenpiteiden kilpailua vääristäviin vaikutuksiin. Mahdollisuus vaikuttaa julkisen vallan päätöksiin voidaan integroida nimenomaisena elementtinä taloustieteelliseen analyysiin määräävän markkina-aseman selvittämisessä.

Taloudellisen ja poliittisen vallan yhteenkietoutumista voidaan tarkastella hypoteettisesti selittävänä tekijänä sille, miksei määräävä asema vastoin hintateorian perusteella tehtyä johtopäätöstä rapaudu. Voidaan tutkia esimerkiksi, missä määrin polkumyyntisäännöksiä voidaan väärinkäyttää talousalueen ulkopuolisten yritysten markkinoillepääsyn estämiseksi sillä seurauksella, että viranomaisilta salatun kielletyn kilpailunrajoituksen ylläpitäminen helpottuu. Taloudellisen ja poliittisen vallan yhteenkietoutumista voidaan tarkastella demokratian toimivuutta tai "puhtautta" uhkaavana tekijänä. Tämä tarkastelukulma muodostuu relevantiksi, jos kilpailuoikeudella nähdään olevan taloudellisen tehokkuuden edistämisen ohella myös laajempaa yhteiskunnallista merkitystä.

---

[805] Eucken mainitsee esimerkkinä tapauksen, jossa markkinoita hallitseva kemian syndikaatti esti asiakastaan turvautumaan kilpailevaan toimittajaan aikaansaamalla uhan, että asiakkaan pankki katkaisee rahoituksen, mikäli toimittajaa vaihdetaan. Esimerkki on epäilemättä kilpailuoikeudellisesti relevantti mutta käytännössä vaikeasti toteen näytettävissä.

Ordoliberaali kilpailuajattelu perustuu talouden, yhteiskunnan ja valtion keskinäisten vuorovaikutussuhteiden analysoinnille (Interdependenz der Ordnungen). Taloudellisen kilpailun ja demokratian nähdään olevan systeemiyhteydessä keskenään; kummankin toimivuus edellyttää toisen olemassaoloa. Taloudellisen vallan kontrollilla näyttäisi olleen keskeinen asema myös Yhdysvaltain kilpailuoikeuden syntyhistoriassa.[806] Myös uudemmassa amerikkalaisessa kirjallisuudessa on tuotu osittain esille, ettei mikrotaloustieteellinen tarkastelu yksinään anna riittävän monipuolista kuvaa taloudellisesta vallasta, sillä yksityinen talous, julkinen talous ja viranomaistoiminta ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään.[807]

Erityisen tärkeäksi tutkimusaiheeksi on muodostumassa globalisaation vaikutus yritysten markkinavoimaan. Kansainvälistyminen purkaa aiempia valtakeskittymiä kaupan esteiden poistuessa ja markkinoiden laajentuessa. Toisaalta valtioiden kyky säännellä yritysten toimintaa on vähentymässä ja kansainvälisten suuryritysten valta kasvamassa. On esitetty, että tulevaisuudessa kilpailuoikeuden keskeisen ongelman muodostavat maailmanlaajuiset oligopolit. Voidaanko esim. yrityksen markkinavoiman kasvun katsoa lisäävän riskiä julkisen päätöksenteon riippuvuuden vaarantumisesta? Kuinka hyvin kilpailua voidaan säännellä tilanteessa, jossa sääntelyjärjestelmät ovat kansallisia tai alueellisia mutta yritysten toiminta globaalia? Ilmiön *olemassaolo* on havaittavissa ja dokumentoitavissa. Sitä vastoin suuria vaikeuksia tuottaa edes suuntaa-antavan arvion antaminen ilmiön yleisyydestä tai keskimääräisestä vaikuttavuudesta, vallitsevista kausaalisuhteista puhumattakaan.

Ongelmaksi muodostuu *selittäminen* ja ennen muuta taloudellisen vallan käsitteen *operationalisoiminen* kilpailuoikeudellista päätöksentekoa silmälläpitäen. Mitä laajemmalla alueella taloudellisen vallan ilmenemismuotoja halutaan selvittää, sitä monimutkaisemmaksi ja samalla epämääräisemmäksi analyysi muodostuu. Sitä todennäköisemmin se myös sisältää virheitä. Teoreettisten mallien sisäisten epävarmuustekijöiden ohella useimmissa malleissa on rajattu todellisuuden selittämisen kannalta relevantteja kysymyksiä tarkastelun ulkopuolelle. Kilpailuoikeudellinen tutkimus edellyttää pistekohtaisen tutkimuksen ohella systeemianalyyttistä lähestymistapaa, jossa kartoitetaan sääntelyn kannalta relevantteja kokonaisuuksia silläkin uhalla, että mallin selittävyys jää detaljikohtaista tarkastelua yleisemmälle tasolle. Taloudellisen vallan käsite vaikuttaa kilpailuoikeuden syvärakenteiden ymmärtämisen kannalta välttämättömältä, mutta päivittäisen päätöksenteon kannalta liian monimutkaiselta ja monitahoiselta. Tarkoituksena on ollutkin lähinnä oman tutkimuskohteen parempi ymmärtäminen. Jatkossa keskitytään lainopilliseen analyysiin suppeamman konseptin avulla.

---

[806] Ks. esim. Thorelli (1954) s. 160–163.
[807] Ks. esim. Peritz (1996) s. 303.

Nyt kuvatun asiayhteyden ymmärtäminen on keskeistä *kilpailun sosiaalisen tehtävän* hahmottamiselle. Kilpailu tarjoaa anonyymin ja muihin vaihtoehtoihin verrattuna rauhanomaisen konfliktien ratkaisumekanismin taloudellista vaurautta koskevien markkinaristiriitojen ratkaisemiselle. Kilpailuoikeudella turvataan sitä, että varallisuus jakautuu suorituskilpailun, ei taloudellisen voiman väärinkäytön perusteella. Lisäksi turvataan sitä, ettei markkinoita hallita pidempään kuin mihin oman suorituksen tehokkuus antaa aihetta. Kyse on markkinatalouden legitimiteetin suojaamisesta. *Markkinataloudessa kilpailuoikeudella on perustuslaillinen tehtävä.* Kun kilpailun sosiaaliset tehtävät otetaan huomioon, ajatus kilpailun vaihtamisesta tehokkuuteen toimii vain silloin, kun on kohtuullinen varmuus siitä, että markkinavoima jää väliaikaiseksi. Jos kilpailuoikeuden funktiot typistetään pelkästään siihen kysymykseen, onko saavutettu lopputulos allokatiivisesti tehokas, kilpailun ja sitä sääntelevän oikeudenalan yhteiskunnallinen merkitys jää hahmottumatta. Markkinoiden korjaantuminen itsestään tulevaisuudessa jää toivomuksen varaan. Kilpailun tulee jatkuvasti ja pysyvästi täyttää tehtävänsä valikoitumisprosessin mekanismina ja suorituskilpailuun perustuvan oikeudenmukaisen tulonjaon aikaansaajana. Kilpailuoikeuden tulee valvoa sitä, ettei valta keskity tavalla, joka estää näiden funktioiden toteutumisen.[808] Suojaamalla kilpailuprosessia suojataan samalla markkinataloutta ja kansalaisten vapautta päättää asioistaan. Kilpailun turvaaminen on metatasolla myös demokraattinen tehtävä.

[808] Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä tämä tavoite on todettu säätämällä, että lain tarkoituksena on turvata terve ja toimiva kilpailun säilyminen ja estää sellaisten toimenpiteet, joilla toisen elinkeinonharjoittamista perusteettomasti rajoitetaan.

B. OIKEUSDOGMAATTINEN OSA: KILPAILUOIKEUDELLISET MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELYKEINOT

I KOLLEKTIIVISEN MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELY KARTELLIKIELLON AVULLA

1. Kartellikiellon perusteet

1.1. TUTKITTAVAT KYSYMYKSET

Tämän jakson tarkoitus on tutkia kartellikiellon merkitystä markkinavoiman sääntelyssä.[1] Kilpailulainsäädännössä puuttumiskynnys voidaan asettaa *menettelytavan*, *olosuhteiden* tai *vaikutusten* perusteella.[2] Rooman sopimuksen 81 artikla ja kilpailunrajoituslain 6 § koskevat kilpailua rajoittavia sopimuksia.[3] Pääpaino kartellien sääntelyssä on perinteisesti ollut *menettelytavalla* (sopimuskriteeri). Kartellikielto näyttäisi eroavan rakenteellisesti määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ja yrityskauppavalvonnasta, joissa kilpailuviranomaisten intervention perusteena on olosuhde (markkinavoima). Pääpaino vaikutusten arvioinnissa näyttää olleen poikkeuslupaharkinnan puolella. Horisontaalisen yhteistyön vahingolliset vaikutukset on presumoitu lain tasolla. Kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy suhteellisen helposti. Näyttötaakka siirretään yrityksille, joiden on poikkeuslupamenettelyssä osoitettava yhteistyön tehokkuushyödyt. Vertikaalisten kilpailunrajoitusten osalta Suomessa sovelletaan väärinkäyttöperiaatetta, mutta perinteisesti EY:ssä 81 (1) artiklan tunnusmerkistön on nähty täyttyvän, mikäli sopimus rajoittaa sopimuspuolen toimintavapautta markkinoilla.[4]

Tarve luoda tehokkaat sanktiot kilpailua rajoittaville sopimuksille tuo mukanaan ongelman siitä, miten suhtautua sellaiseen yritysten väliseen yhteistyöhön, joka on joko neutraalia tai lisää kuluttajien hyvinvointia.[5] Mahdollista on

---

[1] Käsillä olevan kaltaisessa systeemitarkastelussa ei ole sen enempää mahdollista kuin tarkoituksenmukaista käydä läpi koko sopimuskenttää tai sitä koskevaa erityissääntelyä. Tarkoituksena ei ole kuvata yksittäisten sopimustyyppien yksityiskohtia, vaan muodostaa kokonaiskuva kollektiivisen markkinavoiman sääntelystä sikäli, kuin siihen pyritään kartellikiellon soveltamisen avulla.

[2] Ks. esim. Emmerich (2001) s. 13.

[3] Tarkalleen ottaen lähes kaikkien kilpailunrajoitusten osalta huomiota kiinnitetään ainakin jossakin määrin sekä menettelytapaan että olosuhteisiin, joskin niiden merkitys painottuu eri kilpailunrajoitustyyppien osalta eri tavoin. Ns. per se -kiellettyjen kilpailunrajoitusten osalta huomiota voidaan kiinnittää ainoastaan menettelytapaan. Useimpien menettelytapojen osalta ratkaisevat kilpailuolosuhteet, joissa menettelytapaa käytetään erityisesti sen arvioinnissa, kuinka paljon kilpailunrajoitukseen osallisilla yrityksillä on markkinavoimaa ennen kilpailunrajoituksen toimeenpanoa ja sen jälkeen.

[4] Ks. esim. Hawk (1995).

[5] Keskeisen ongelman muodostaa rajanveto hyödyllisen ja haitallisen yhteistyön välillä. Yhtäältä tarvitaan kattavaa lainsäädäntöä, tehokkaita tutkimusmenetelmiä ja ankaria sanktioita kartellien torjumiseksi. Toisaalta pyritään välttämään se, että kilpailulainsäädännöllä estettäisiin kuluttajia hyödyttävien sopimusten solmiminen. Kilpailuoikeudessa pyritään torjumaan haitalliset sopimukset ja jättämään vaikutuksiltaan neutraali tai hyödyllinen yhteistyö joko kokonaan sääntelyn ulkopuolelle tai ainakin sallimaan se yksittäis- tai ryhmäpoikkeuksilla.

jättää tietyn tyyppiset sopimukset kilpailunrajoituslain ulkopuolelle. Tässä tarkoituksessa on annettu de minimis -sääntöjä ja säädetty alakohtaisia poikkeuksia. Voidaan myös myöntää yleisiä poikkeuksia sopimusten sisällön ja järjestelyyn osallisten yritysten markkinavoiman perusteella. EY:ssä on otettu käyttöön nk. ryhmäpoikkeusasetuksia. Kolmannen vaihtoehdon muodostaa tapausten yksityiskohtainen analyysi. Kilpailunrajoitukselle myönnetään yksilöllinen poikkeuslupa, mikäli hyödyt ylittävät haitat. Yksittäisiä poikkeuslupia myönnetään toistaiseksi vielä sekä EY:ssä että Suomessa. Ainakin EY:ssä niistä tullaan luopumaan ns. modernisaatiopaketin yhteydessä toukokuun alusta 2004.[6] Tutkimuksen suorittamisaikana EY:n komissio on siirtänyt kilpailua rajoittavien sopimusten tutkinnassa painopistettä menettelytapojen sääntelystä kilpailunrajoitusten taloudellisten vaikutusten arviointiin. Aloitettaessa tutkimusta vaikutti siltä, ettei taloudellisella analyysilla olisi normitasolla suurtakaan merkitystä kartellikiellon soveltamisessa. Tilanne muuttui täysin komission hyväksyttyä vuosien 1999 ja 2000 aikana uudet ryhmäpoikkeusasetukset ja täydentävät suuntaviivat, joilla markkinavoima nostettiin keskeiseksi sääntelykriteeriksi.

Jakson lopuksi käsitellään paljaita kartelleja. Toisin kuin teknisluontoisen yhteistyön osalta, käsitys kartellien vahingollisuudesta näyttää viime vuosina vain vahvistuneen. Vaikka kartellien kiellettävyys on yleisesti tiedossa, silti vuosittain jää kiinni merkittäviä kartelleja. Tarkastelussa keskitytään vaaditun näytön luonteeseen ja tasoon. Kysymys kuuluu, miten kartellien torjumista voitaisiin tehostaa vaarantamatta epäiltyjen yritysten oikeusturvaa. Tärkeää on löytää tasapaino säännöstön tehokkuuden ja yritysten oikeusturvan välillä.

1.2 TEKNISET PROFIILIT

Rooman sopimuksen *81 artiklan 1 kohdassa* kielletään yhteismarkkinoille soveltumattomina "sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla". Artikla 81 (1) esimerkkiluettelon mukaan kiellettyjä ovat sopimukset, päätökset ja menettelytavat "a) joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja; b) joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka investointeja; c) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä; d) joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suori-

[6] Tutkimuksen esitarkastukseen jättämisen jälkeen asetuksen 17/62 uudistamista koskeva ns. modernisaatiopaketti hyväksyttiin EU:n ministerineuvostossa 26.11.2002. Uudistuksen keskeisiä piirteitä käsitellään tutkimuksen lainopillisen osan viimeisen pääjakson (IV) jaksossa 7.

tuksiin sovelletaan erilaisia ehtoja kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla; e) joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen".

Rooman sopimuksen *81 artiklan 2 kohdan* mukaan artiklassa 81 (1) kielletyt sopimukset, päätökset ja menettelytavat ovat "mitättömiä". Tällä tarkoitetaan kilpailua rajoittavien sopimusehtojen siviilioikeudellista tehottomuutta. Sopimuskriteeri tuo mukanaan tarpeen tehdä erottelu hyödyllisten ja haitallisten sopimusten välillä. Sopimusten siviilioikeudellinen tehottomuus[7] täydentää sanktioarsenaalia, sillä kilpailunrajoituksesta haittaa kärsivä sopimuspuoli voi vaatia sen julistamista pätemättömäksi yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesoikeudessa. Riskinä on myös vahingonkorvausvelvollisuus.[8] Kilpailulainsäädännön yksityisoikeudellinen soveltaminen täydentää sen julkisoikeudellista soveltamista. EY:n komissio on pyrkinyt lisäämään 81 ja 82 artiklojen soveltamista kansallisissa tuomioistuimissa, koska se tehostaisi kilpailusääntöjen tehokkuutta ja vähentäisi kilpailuviranomaisiin kohdistuvaa painetta.[9]

Jotta kilpailua rajoittavien sopimusten kielto ei muodostuisi liian jyrkäksi, *81 artiklan 3 kohdan* nojalla voidaan kuitenkin julistaa, että 1. kohdan määräykset eivät koske yritysten välistä sopimusta tai yritysten välistä sopimusten ryhmää, yritysten yhteenliittymän päätöstä taikka yritysten yhteenliittymien päätösten ryhmää tai yhdenmukaistettua menettelytapaa tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmää, joka osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä. Lisäedellytykseksi poikkeukselle kiellosta on asetettu se, ettei sopimus tai muu järjestely aseta asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi tai anna näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

Kilpailunrajoituslain 6 § vastaa pitkälti 81 artiklaa. Samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivat elinkeinonharjoittajat tai näiden yhteenliittymät eivät saa sopimuksella, päätöksellä tai niihin rinnastettavalla menettelyllä 1) määrätä tai suosittaa elinkeinotoiminnassa perittäviä tai maksettavia hintoja tai vastikkeita; tai 2) rajoittaa tuotantoa, jakaa markkinoita tai hankintalähteitä, elleivät ne ole välttämättömiä järjestelyille, jotka tehostavat tuotantoa tai jakelua taikka edistävät teknistä tai taloudellista kehitystä ja hyöty tulee pääosaltaan asiakkaille tai kuluttajille. Pelkkä markkinoiden jakaminen tai tuotannon rajoittaminen

---

[7] Ks. yleisesti Aine (1998); Kuoppamäki (2000) s. 55–59.

[8] Ks. yleisesti Wahl (2000); Kuoppamäki (2000) s. 59–60. Siviilioikeudelliset sanktiot jäävät tilasyistä tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

[9] Ks. esim. Ehlermann (1999); Schaub (1999); Wils (2001).

yksinään tarkasteltuna on aina kielletty. Kuitenkin tietyissä erityistapauksissa kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa kielletyt kilpailunrajoitukset voidaan katsoa välttämättömiksi keinoiksi kuluttajia muuten hyödyttävien järjestelyjen toteuttamiseksi.[10] Näitä tilanteita varten kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa on säädetty legaalipoikkeus, jonka perusteella selvästi hyödylliset sopimukset jäävät kartellikiellon ulkopuolelle ilman että järjestelylle tulisi hakea kilpailuvirastolta poikkeuslupaa. Rajoituksen hyödyllisyyden arviointi riippuu sopimusten sisällöstä ja markkinoilla vallitsevasta kilpailutilanteesta.

Siviilioikeudellisesta tehottomuudesta on säädetty kilpailunrajoituslain 18 §:ssä, jonka mukaan sopimukseen, sääntömääräykseen, päätökseen tai muuhun oikeustoimeen tai järjestelyyn sisältyvää ehtoa, joka on 4–7 §:n tai kilpailuneuvoston antaman määräyksen, kiellon tai velvoitteen taikka kilpailuviraston antaman väliaikaisen kiellon tai velvoitteen vastainen, ei saa soveltaa tai panna täytäntöön. Poikkeuslupasäännös sisältyy lain 19 §:ään. Kilpailuvirasto voi elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän hakemuksesta määrätä, ettei 4–6 §:n säännöksiä sovelleta kilpailunrajoitukseen, jos se osaltaan tehostaa tuotantoa tai hyödykkeiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä ja jos hyöty pääosaltaan tulee asiakkaille tai kuluttajille.[11]

Tutkittaessa säännöksiä ja niihin liittyvää muuta lainsäädäntöä voidaan säännösten eroina havaita, että 81 (1) artiklassa tarkoitettu järjestely voi olla horisontaalinen tai vertikaalinen, kun taas 6 §:ssä soveltamisala on rajattu horisontaalisiin sopimuksiin. Kummassakin järjestelmässä sanktiot on rakennettu kiellon, seuraamusmaksun ja siviilioikeudellisten seuraamusten yhteisvaikutuksen varaan. Artiklan 81 soveltaminen edellyttää, että sopimus voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kilpailunrajoituslain 6 §:n soveltamista samaan kilpailunrajoitukseen ei ole poissuljettu. RS 81 ja 82 artiklan soveltuminen tai soveltaminen ei pääsääntöisesti sulje pois kansallisen lain soveltamista samassa asiassa (rinnakkaisen soveltamisen periaate). Komissio esitti ns. modernisaatiopaketissa, että kauppavaikutuskriteerin täyttyminen merkitsisi kansallisten säännösten syrjäytymistä samassa asiassa (yhden normiston periaate). Ottaen huomioon, että kauppavaikutuskriteerin soveltamiskynnys on suhteellisen alhaalla, tämä merkitsisi käytännössä kilpailusääntöjen harmonisointia EU:ssa.[12] Kauppavaikutuskriteerin alapuolella voidaan soveltaa ainoastaan

---

[10] Esimerkiksi erikoistumissopimusten yhteydessä tuotannon uudelleen suuntaamisella ja päällekkäisyyksien karsimisella tähdätään yhteistoiminnan kautta edullisempiin hintoihin. Tällöin tuotannon rajoittamista koskeva välipuhe saattaa olla erikoistumissopimukseen nähden liitännäinen rajoitus, jota ilman erikoistumista – keskittymistä tiettyihin tuotteisiin – ei olisi mahdollista toteuttaa.

[11] Kilpailuvirasto voi asettaa poikkeusluvalle ehtoja. Poikkeuslupa voidaan myöntää toistaiseksi tai määräajaksi. Jos poikkeusluvan ehtoja rikotaan tai jos olosuhteet ovat luvan myöntämisen jälkeen olennaisesti muuttuneet, kilpailuneuvosto voi kilpailuviraston esityksestä peruuttaa luvan. Ennen tällaisen esityksen tekemistä kilpailuviraston on kuultava poikkeusluvan hakijaa.

[12] Ks. esim. Wahl (2001) s. 233.

6 §:ää. RS 81 artiklan nojalla on annettu sekä yksittäis- että ryhmäpoikkeuksia, kun taas 6 §:stä voidaan antaa vain yksittäispoikkeuksia. Toisaalta 6 §:n 2 kohdassa on säädetty erityinen 81 artiklan 3 kohtaa laajempi legaalipoikkeus.

1.3 KARTELLIKIELLON TUNNUSMERKISTÖSTÄ EY:SSÄ JA SUOMESSA

Seuraavassa käsitellään kartellikiellon yleistä tunnusmerkistöä 81 artiklan ja 6 §:n osalta. Tässä jaksossa käsiteltäviä kysymyksiä käsitellään yksityiskohtaisesti käsikirjoissa.[13] Näin ollen jakso voidaan pitää lyhyenä ja kuvailevana. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa edellytetään, että kyse on elinkeinonharjoittajien välisestä järjestelystä. Järjestelyn tulee rajoittaa merkittävästi kilpailua. EY:n kilpailuoikeudessa edellytetään lisäksi kauppavaikutuskriteerin täyttymistä.

1.3.1 Eräitä yleisiä kartellityyppejä; päätöskartta

Kartellit voivat vaihdella institutionaalisesta, tarkasti säännellystä yhteistyöstä löyhiin yhteenliittymiin, esim. tietojenvaihtoon oligopolimarkkinoilla. Useimmiten välipuhe koskee hintaa, muita toimitusehtoja, tuotantomääriä tai markkinointialueita. Yhteistyö voi perustua sopimukseen, yhdistyksen tai muun oikeushenkilön päätökseen tai yhdenmukaistettuun toimintaan. Kollektiiviselle markkinakäyttäytymiselle on ominaista se, että yritykset pitäytyvät keskinäisestä kilpailusta *yhteisellä välipuheella*. Tämä voi tapahtua sopimuksella tai muulla välipuheella, toimialayhdistyksen päätöksellä tai yhdenmukaistamalla käyttäytymistä.

1.3.1.1 Kartellityyppejä

Hintakartellit voivat koskea, paitsi tavaroista tai palveluista perittäviä hintoja (myyntikartelli) tai niistä maksettavia vastikkeita (ostokartelli), myös alennuksia tai erilaisia toimitusmaksuja sekä muita toimitusehtoja, laskentasääntöjä

---

[13] Luotettavia EY:n kilpailuoikeuteen keskittyviä kommentaariteoksia ovat esim. seuraavat: Bellamy/Child (2001); Van Bael Bellis (jatkuvatäydenteinen); Immenga/Mestmäcker (1997); Groeben/Thiesing/Ehlermann (1991 tai mielellään uudempi); Whish (2001); Faull/Nikpay (1999); Ritter/Braun/Rawlinson (1999); Waelbroeck/Frignani (1999) ja Leivo/Leivo (1997). Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa kommentaariteokset muodostavat olennaisen osan tutkimuksellistakin lähde-aineistoa. Tämä johtuu siitä, että pääosin kilpailuoikeudesta kirjoittavat käytännön tehtävissä toimivat juristit. Alan täydellinen ymmärtäminen ei liene mahdollista pelkästään teoreettisesta näkökulmasta. En rupea paisuttamaan tekstiä kommentaariteoksista ilmenevien pääosin pienehköjen näkemys- tai painotuserojen käsittelyllä.

tms. (ehtokartellit). Kartellikielto koskee siten, paitsi lopullisesta hinnasta, myös hinnoitteluperusteista sopimista. *Hinnoittelusuositusten* antaminen on niinikään kielletty. Tätä on perusteltu sillä, että hintoja koskevat suositukset ja ohjeet yhdenmukaistavat yritysten hinnoittelua ja markkinoiden itseohjautuvuutta. Suositusluonteisten hinnoitteluohjeiden antaminen ja niiden soveltaminen johtaa usein samaan lopputulokseen kuin nimenomainen hintoja koskeva sopimus.[14]

Hintakartelleja koskeva kielto on kilpailulainsäädännön keskeisimpiä säännöksiä. Markkinataloudessa hyödykkeen hinta on keskeinen tuotanto- ja kulutuspäätöksiä ohjaava tekijä. Mikäli hintakilpailu estyy, markkinoiden itseohjautuvuus häiriintyy ja kuluttajien valinnanmahdollisuudet rajoittuvat. Kartellin seurauksena kuluttaja joutuu todennäköisesti maksamaan hyödykkeestä korkeamman hinnan kuin hintakilpailun vallitessa. Koska elinkeinonharjoittajien kustannukset ovat erilaiset ja yhteistyön piirissä perittävät hinnat määräytyvät tavallisesti korkeimmin kustannuksin toimivan yrityksen mukaan, joillekin elinkeinonharjoittajille saattaa syntyä kohtuuttoman korkeita voittoja. Tällaisilla yrityksillä olisi mahdollisuus myydä halvemmalla, mutta hintakartellin johdosta ne eivät sitä tee. Samalla hintakilpailun puute vähentää tarvetta toiminnan tehostamiseen. Tämä heikentää myös kansantalouden tehokkuutta.[15] Muita keskeisiä kartellilajeja ovat markkinoidenjakokartellit, tuotannonrajoituskartellit, tarjouskartellit, tietojenvaihtokartellit ja kollektiivinen boikotti. Vähemmän selkeästi vahingollisia ovat niin kutsutut ehto- ja hallituskartellit. Niidenkin osalta RS 81 (1) ja kilpailunrajoituslain 6 §:n, kieltotunnusmerkistö täyttyy teknisesti suhteellisen helposti, mutta poikkeusluvan myöntäminen tulee todennäköisemmin kyseeseen kuin ensiksi mainittujen kartellityyppien osalta. Paljaille kilpailunrajoituksille poikkeuslupaa ei voida myöntää.

Markkinoiden jakoa koskevat järjestelyt voivat koskea markkinaosuuksia, markkina-alueita tai asiakkaita, joille hyödykettä myydään. Järjestelyjä on pidettävä haitallisina, koska markkinoiden jakaminen antaa yrityksille suojatun toiminta-alueen, jossa niillä on mahdollisuus harjoittaa kuluttajien kannalta epäedullista hinnoittelua. Kuluttajien valintamahdollisuudet ja tilaisuudet hinta- ja laatuvertailujen tekemiseen vaikeutuvat. Markkinoiden jakaminen on yksi tapa nostaa keinotekoisesti hintatasoa. Markkinaosuuksien määrittely ja jakaminen johtavat usein myös tuotannon rajoituksiin ainakin ylikapasiteettitilanteissa. Kilpailun puuttuminen ei yllytä yritystä tehostamaan toimintaansa. *Hankintalähteiden jakaminen* on samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien keskeinen järjestely, jolla

[14] HE 162/1991 vp, s. 11. Usein tuotannonrajoituksista sovitaan laskusuhdanteessa yritysten pyrkiessä turvaamaan kohtuullisen tuloskehityksen säilymisen. Ääritilanteissa kyse on ns. kriisikartelleista.

[15] Kuoppamäki (2000) s. 69; HE 162/1991 vp. s. 10; Kilpailulainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintö (1991) s. 129–130.

jaetaan tavarantoimituksia ja -toimittajia. Kyseessä on ostokartelli, jolla vaikeutetaan tavarantoimittajien toimintaedellytyksiä ja rajoitetaan tuotantoa. Mikäli ostajina toimivat yritykset ovat jakaneet toimittavat yritykset ja niiden osuudet, tavarantoimittajien edellytykset tuotannon harjoittamiseen heikkenevät ja kyseisen hyödykkeen käyttö on pienempää kuin kysynnän ja tarjonnan luontaiset edellytykset mahdollistaisivat.[16]

Tuotannonrajoitukset ovat tavallisimmin yritysten tuotantokiintiöitä koskevia sopimuksia tai näihin rinnastettavia järjestelyjä. Tuotannonrajoituksia tehdään usein oligopolistisilla markkinoilla, kun tuotteet ovat homogeenisia ja alalla on ylitarjontaa. Rajoitukset ovat haitallisia, koska niillä estetään tuotantorakenteen tarkoituksenmukainen sopeutuminen vallitsevaan kysyntätilanteeseen ja ylläpidetään tarpeetonta ylikapasiteettia. Tämän seurauksena elinkeinoelämän tehokkuus vähenee. Tuotannonrajoitukset tähtäävät tavallisesti myös tietyn hintatason ylläpitämiseen. Yrityksillä ei ole kannustinta alentaa tuotteiden hintoja, kun alennuksia ei voi korvata tuotannon ja myyntimäärien kasvattamisella. Tuotannonrajoituksista voidaan sopia myös osana myyntiyhteistyötä.[17]

Tarjouskartellissa kyse on asiakkaiden allokoinnista. Yritykset sopivat keskenään, että tietty yritys tekee halvimman tarjouksen tarjouskilpailussa ja vastaavasti muut joko pidättäytyvät kokonaan tarjoamasta hyödykkeitä tai vaihtoehtoisesti tekevät tarkoituksella korkean tarjouksen. Taustalla on rotaatiojärjestys, jossa kukin yrityksistä vuoron perään voittaa tarjouskilpailun. Pidättäytymällä keskinäisestä kilpailusta yritykset välttävät tarjouskilpailun perimmäisen tarkoituksen eli kilpailemisen asiakkaasta hinnalla ja laadulla. Hyvän käsityksen tarjouskartelleista saa kilpailunrajoituslain 5 §:stä, jonka mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa soveltaa sopimusta tai yhteisymmärryksessä toisen kanssa muuta järjestelyä, jonka mukaan tavaran myymistä, ostamista tai palveluksen suorittamista koskevassa tarjouskilpailussa: 1) jonkun on luovuttava tarjouksen tekemisestä; 2) jonkun on annettava korkeampi tai alempi tarjous kuin toisen; tai 3) tarjoushinta, ennakko tai luottoehto muutoin perustuu tarjoajien yhteistoimintaan tarjouskilpailussa. Tarjouskartelleja koskeva kielto ei koske sopimusta tai muuta järjestelyä, jonka mukaan tarjouksen antajat ovat liittyneet yhteen tehdäkseen yhteisen tarjouksen yhteisestä suorituksesta.[18]

Kollektiivinen boikotti on kyseessä silloin, kun samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivat elinkeinonharjoittajat kieltäytyvät liikesuhteesta kolmannen elinkeinonharjoittajan kanssa. Tavoitteena on usein estää uuden kilpailijan markkinoille tulo. Kyse voi olla myös painostuskeinosta tai sanktioista, jolla kartellin ulkopuolinen yritys pakotetaan liittymään kartelliin tai kartellisopimusta rikkonutta yritystä rangaistaan. Lievemmässä muodossa kyse voi olla esim. verkostotyyppisestä yhteisyrityksestä. Tällöin uusien jäsenten ottamisesta kieltäytymistä voidaan arvioida kollektiivisena boikottina.[19]

---

[16] Kuoppamäki (2000) s. 80; HE 162/1991 vp. s. 11; Kilpailulainsäädännön uudistamistyöryhmän mietintö (1991) s. 133.

[17] Kuoppamäki (2000) s. 78; HE 162/1991 vp. s. 11; KM 1991 s. 130–132.

[18] Kuoppamäki (2000) s. 74; HE 162/1991 vp. s. 9; KM 1987:4 s. 132–137.

[19] Kuoppamäki (2000) s. 82; KM 1991 s. 133–134.

Tietojenvaihtokartellit. Tietojenvaihtokartellissa kilpailevat yritykset vaihtavat keskenään luottamuksellista aineistoa esim. hinnoista, asiakassuhteista, markkinaosuuksista tms. Kartellitunnusmerkistön voidaan katsoa täyttyvän sellaisen luottamuksellisen tiedon vaihtamisella, jota yritykset normaalisti käsittelisivät liikesalaisuutenaan. Tietojenvaihtoa voidaan harjoittaa toimialayhdistyksen kautta, mikä ei tee siitä sallittua. Sallittuna voidaan pitää kuitenkin sellaisen historiallisen tiedon vaihtamista, josta ei ilmene yrityskohtaisia tietoja. Tiedot eivät saa koskea yksittäisten yritysten senhetkistä tai tulevaa toimintaa, koska tällöin mennään jo toiminnan yhdenmukaistamisen puolelle. Perinteisesti kilpailuoikeudellisessa doktriinissa kartellitunnusmerkistön on nähty täyttyvän yritysten välisellä sopimuksella, jolloin pelkän tietojenvaihdon on nähty jäävän kartellina ikään kuin vajaaksi. Toinen perinteinen syy suhtautua lievemmin tietojenvaihtoon on ollut se, että yritykset voivat hankkia kustannustehokkaalla tavalla informaatiota alan kehityksestä, jota ne tarvitsevat liiketoimiensa suunnittelussa. Voidaan kuitenkin kysyä, kuinka relevantti argumentti on vielä aikana, jolloin markkinatietoa on laajalti saatavilla. Toinen syy suhtautua tietojenvaihtoon ankarammin on se, että julkista tietojenvaihtoa voidaan käyttää salaisen kartelliyhteistyön kulissina tai keinona estää huijaaminen. Kiellettyä on kaiken sellaisen tiedon vaihtaminen, jonka avulla yritykset voivat yhdenmukaistaa tulevaa käyttäytymistään.

Ehtokartellit. Yksi kartellien perusongelmista on kilpailevien toimittajien valmistamien tuotteiden heterogeenisuus, mikä vaikeuttaa yhteisestä kartellihinnasta sopimista. Yksi tapa reagoida tähän on sopia standardisoinnista, jossa kaikki yritykset sitoutuvat valmistamaan hyödykkeitä tietyn kaavan mukaan tai soveltamaan asiakkaisiinsa samansisältöisiä sopimusehtoja. Ehtokartellit eivät kuitenkaan aina ole vahingollisia. Niillä saatetaan esim. vähentää hyödykkeiden etsintään ja sopimuksentekoon liittyviä transaktiokustannuksia. Teknisillä standardeilla voidaan välttää päällekkäistä kehitystyötä ja varmistaa eri valmistajien hyödykkeiden yhteensopivuus silloin, kun niitä käytetään yhdessä. Ehtokartellit voivat olla tarpeellisia esim. yhteisesti hyödynnettävän infrastruktuurin yhteydessä. Hyötyjä tulee verrata niihin haittoihin, joita elinkeinonharjoittajien palveluvalikoiman yhtenäistämisestä aiheutuu.

Hallituskartellit. Varsin usein yritysten teknisluonteinen, samalla tuotantoportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välinen, kuluttajien hyödyttävä yhteistyö edellyttää kestosopimussuhteeseen liitettyä keskitettyä päätäntä- ja seurantajärjestelmää. Tällöin kartellikiellon tunnusmerkistö usein täyttyy teknisesti, vaikkei sopimusten tarkoituksena ole tuotannon rajoittaminen ja hintojen nostaminen. Sopimus voidaan sallia, mikäli se kuuluu ns. sallittujen poikkeusten piiriin. Kyse voi olla joko niin kutsutusta ryhmäpoikkeuksesta tai yksilöllisen harkinnan perusteella myönnettävästä poikkeusluvasta. Hallituskartelli syntyy usein esim. jos yritykset perustavat yhteisyrityksen hyödykkeidensä jakelua varten. Hallituskartelli voi olla myös paljas kilpailunrajoitus. Se jos paljas kilpailunrajoitus, esim. hintakartelli, toteutetaan teknisesti yhteisen myyntiyhtiön avulla, ei luonnollisesti muuta järjestelyn kilpailuoikeudellista arviointia.

Kaikkeen horisontaaliseen yhteistyöhön ei kannata suhtautua kielteisesti, sillä sellaisella voidaan myös järkeistää liiketoimintaa.[20] Elinkeinonharjoittajat voivat vähentää tuotantoaan paitsi sopimalla yritysten samanaikaisista tuotannon rajoituksista myös tekemällä niin sanottuja rationalisoimis- tai erikoistumissopimuksia, joilla yritykset luopuvat vastavuoroisesti tietystä toiminnasta. Tällaiset sopimukset saattavat tehostaa tuotteiden valmistusta ja jakelua, koska yritykset voivat keskittyä tiettyyn tuotantoon. Tehokkuuden lisääntymisen seurauksena yritykset voivat myös tarjota ostajille edullisempia hyödykkeitä. Yritysten yhteinen tutkimustoiminta edistää osapuolten teknistä tietämystä ja estää päällekkäistä tutkimusta. Yhteistyöhön liittyvä tietojen vaihto kiihdyttää uusien keksintöjen syntymistä ja auttaa yhteistyön seurauksena syntyvien tuotteiden valmistuksen rationalisointia.

1.3.1.2 Esimerkki hyödyllisestä yhteistyöstä

Esimerkiksi jos yritys A tekee hyödykettä x halvemmalla ja yrityksen B:n kustannukset ovat alhaisemmat y:n osalta, yrityksien kannattaa sopia *erikoistumisesta*, jossa A tekee x:ää ja B y:tä. Tällaisessa tilanteessa A:n ja B:n välisestä kilpailun rajoittumisesta aiheutuvaa haittaa pitää verrata tuotannon järkeistämisestä saatavaan kustannushyötyyn. Kuluttajat voittavat tai häviävät sen perusteella, kuinka paljon kilpailua hyödykkeiden x ja y markkinoilla on vielä yhteistyön jälkeen. Mikäli kilpailu on voimakasta A ja B joutuvat siirtämään kustannussäästöt hintoihin, mikä hyödyttää kuluttajia. Vastaavasti A ja B voivat sopia *yhteisestä tutkimuksesta ja tuotekehittelystä* uuden hyödykkeen z saattamisesta markkinoille. Kyse voi myös olla jo olemassa olevaa hyödykettä koskevasta parannetusta versiosta. Ensimmäisenä patentin saanut yrittäjä korjaa hyödyn muiden tehdessä tappiota. Yhteistyöllä voidaan koota aineellisia ja aineettomia resursseja yhteen, välttää panosten hukkakäyttöä ja saattaa keksinnöt nopeammin markkinoille. Mahdollisesti ilman tutkimusyhteistyötä kilpailu pakottaisi panostamaan siihen enemmän. Periaatteessa sopimus rajoittaa kilpailua, sillä A ja B eivät panosta kilpailevaan tutkimustoimintaan. Mikäli A:n ja B:n resurssit eivät yksinään riittäisi tuotekehittelyyn, kilpailu ei rajoitu, sillä ilman yhteistyötä hyödykettä z ei saataisi lainkaan markkinoille. Lopputulos on käytännössä sama, jos A ja B toimivat kokonaan eri markkinoilla, sillä tällöin ne eivät ole toistensa kilpailijoita. Mikäli A ja B toimivat lähimarkkinoilla, ne

---

[20] Viime vuosisadan alun saksalaisessa kirjallisuudessa myönteistä suhtautumista kartelleihin perusteltiin tarpeella tasoittaa suhdannevaihtelujen syvyyttä. EY:ssä on hyväksytty muutamia niin sanottuja kriisikartelleja, joilla yritykset sopeuttavat tuotantoaan lama-ajan vaatimuksiin. Viimeksi mainitut ratkaisut ovat ehkä selvimmin edustaneet sellaista kilpailuoikeudellista lähestymistapaa, jossa päätösharkintaan vaikuttavat kilpailupoliittisten tekijöiden ohella laajemmat yhteiskuntapoliittiset, työllisyys-, suhdanne- ja elinkeinopolitiikkaan vaikuttavat näkökohdat.

voivat olla toistensa potentiaalisia kilpailijoita. Yleensä yhteistyö rajoittaa ainakin lopputuotteiden potentiaalista kilpailua. Vaikka erikoistuminen tai tutkimusyhteistyö sinänsä olisi tehokasta, täytyy ottaa huomioon, mitä ns. *spill over* -vaikutuksia sopimuksella on esim. hyödykkeiden markkinointiin tai yritysten toimintaan muilla aloilla. Yhteistyö voi luoda asetelman, jossa sopimuskumppanit välttelevät keskinäistä kilpailua muissakin kuin sopimuksen piiriin kuuluvissa toiminnoissaan. Hyödyllisen yhteistyön lisäksi tai jopa sen varjolla voidaan aikaansaada myös paljaita kilpailunrajoituksia. Tutkimusta koskeva yhteistyö voi tosiasiassa merkitä välipuhetta, jolla markkinajohtajat sitoutuvat pidättäytymään toisilleen vaarallisesta tutkimuksesta. Sallitun yhteistyön ehdot on pyrittävä rajoittamaan sellaisiin, joita voidaan pitää yhteistyön toteuttamisen kannalta välttämättöminä. Samalla on pyrittävä välttämään yksityiskohtaista ohjailua, joilla sopimukset pakotetaan tietyn muotin mukaisiksi. Tehokkuushyödyt on pystyttävä esittämään hyvin konkreettisesti. Kilpailun on säilyttävä myös yhteistyön toteuttamisen jälkeisessä tilanteessa niin voimakkaana, että hyödyt siirretään asiakkaille tai kuluttajille parempina hyödykkeinä tai edullisempien hintojen muodossa.

Kilpailulainsäädännöllä pyritään lisäämään, ei vähentämään kuluttajien hyvinvointia. Tämän vuoksi *muiden kuin paljaiden kilpailunrajoitusten osalta hyötyjä tulee verrata haittoihin.* Vertailu on kuitenkin pyrittävä toteuttamaan tavalla, jossa vältetään yritysten ja viranomaisten turhia kustannuksia. Siksi kovin laajoja tutkimuksia ei kannata suorittaa sellaisten kilpailunrajoitusten suhteen, jotka ylivoimaisessa valtaosassa tapauksista joka tapauksessa ovat vahingollisia. Paljaina voidaan pitää kilpailunrajoituksia, jotka rajoittavat tuotantoa ja nostavat hintatasoa ilman, että sopimuksesta on mitään tuntuvaa kompensoivaa hyötyä. Paras esimerkki ovat edellä käsitellyt hinta- ja markkinoidenjakokartellit. Paljaisiin kilpailunrajoituksiin puututaan niiden vahingollisuuden ohella tiukasti myös siksi, että halutaan luoda tehokas pelote haitallisten toimintatapojen yleistymisen estämiseksi. Toisaalta silloinkaan kun sopimus selvästi on kuluttajille hyödyllinen tai kilpailuvaikutuksiltaan neutraali, täysimittaista vertailua ei tarvita. Neuraalisuuskriteerin täyttää esim. puhtaasti teknisluontoinen yhteistyö, esim. sopimus yhteisten vuokratilojen käyttämisestä. EY:n komission horisontaalisia sopimuksia koskevien suuntaviivojen mukaan 81 (1) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle jää muiden kuin kilpailevien yritysten välinen yhteistyö, yhteistyö sellaisten kilpailevien yritysten välillä, jotka eivät yksinään pystyisi hoitamaan yhteistyön piiriin kuuluvaa hanketta tai toimintaa sekä yhteistyö, joka ei vaikuta merkityksellisiin kilpailuparametreihin.[21]

---

[21] Ks. komission horisontaalisia sopimuksia koskevat suuntaviivat, EYVL 2001 C 3/2, tiedonannon kohta 24. Yritykset eivät ole keskenään kilpailijoita, jos kuluttajat eivät pidä yritysten tarjoamia hyödykkeitä toistensa substituutteina, jolloin ne eivät kuulu samoille markkinoilla. Kyse saattaa olla myös tilanteesta, jossa yritykset toimivat alueellisesti eri markkinoilla. On

Toisen tapausryhmän muodostavat tilanteet, joissa sopimukseen osallisten yritysten yhteenlaskettu markkinavoima on niin vähäinen, ettei järjestelyllä voi olla sanottavaa vaikutusta kilpailun toimivuuteen.

1.3.1.3 Päätöskartta

Niiden sopimusten osalta, jotka edellyttävät yksityiskohtaista selvittämistä, tämä voi tapahtua alempana olevan *päätöskartan* mukaisesti neljässä toisiaan seuraavassa vaiheessa:

1. Varmistetaan, että sopimus kuuluu kilpailulainsäädännön alaan. Tutkitaan, ettei kysymys ole esim. de minimis- tai liitännäisenä sallitusta tai ryhmäpoikkeusasetuksella sallitusta rajoituksesta. Selvitetään sopimuksen kilpailua rajoittavat vaikutukset. Mikäli kilpailu ei tuntuvasti rajoitu, tutkimus lopetetaan tähän. Mikäli kilpailu rajoittuu tuntuvasti ja kieltotunnusmerkistö täyttyy, siirrytään vaiheeseen 2.
2. Kiinnitetään huomiota osapuolten esittämiin syihin yhteistyölle. Tutkitaan, mitä nimenomaan yhteistyöstä johtuvia tehokkuushyötyjä sopimuksella saavutetaan. Mikäli mitään aitoja hyötyjä ei saavuteta, kyse on paljaasta kilpailunrajoituksesta ja sopimus kielletään. Mikäli hyötyjä on osoitettavissa, siirrytään vaiheeseen 3.
3. Arvioidaan osapuolten markkinavoiman, sopimuksen oletettujen vaikutusten, asiakkaiden vaihtoehtojen ja neuvotteluvoiman, kilpailutilanteen, markkinoiden keskittymisasteen ja läpinäkyvyyden, alallepääsyn ja niiltä poistumisen esteiden, odotetun kehityksen ja muiden tapaukselle relevanttien seikkojen perusteella, mikä vaikutus sopimuksella todennäköisesti on markkinoiden toimintaan. Mikäli kilpailu on riittävän voimakasta vielä sopimuksen jälkeen, sopimus sallitaan. Mikäli tämänkin jälkeen olennaisia haittoja on osoitettavissa, siirrytään vaiheeseen 4.
4. Punnitaan sopimuksen hyötyjä ja haittoja keskenään. Mikäli hyödyt ovat haittoja suuremmat, sopimus sallitaan. Mikäli haitat ovat hyötyjä suuremmat, sopimus kielletään. Mikäli sopimus johtaa määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen, sopimus todennäköisesti kielletään.

---

kuitenkin otettava huomioon se mahdollisuus, että yritykset olisivat potentiaalisia kilpailijoita keskenään. Mikäli yritysten markkinavoima on ennestään huomattava, potentiaaliselle kilpailulle annetaan enemmän painoarvoa. On kuitenkin muistettava, että vaikka yritykset eivät olisikaan kilpailijoita keskenään, 81 (1) artikla saattaa soveltua eri tuotanto- ja jakeluportaalla toimivien yritysten väliseen sopimukseen. Tilannetta, jossa yritykset eivät yksinään pystyisi suorittamaan sopimuksen kattavaa tehtävää, on käsitelty edellä.

Malli on pyritty laatimaan työekonomisesti siten, että yksityiskohtaisesti selvitetään vain niitä seikkoja, jotka ovat tapaukselle ratkaisurelevantteja.[22] Kuitenkin hyödyllisenä tarkistussääntönä on hyvä käydä summaarisesti läpi kaikki listassa mainitut seikat, koska tällä tavoin mahdolliset ajatusvirheet toivon mukaan paljastuvat. Päätöskartasta lienee hyötyä ajattelun rakennemallina ja turhan selvitystyön välttämisessä. Listassa edetään yksinkertaisista suhteellisen yksinkertaisesti selvitettävistä olevista asioista monimutkaisempiin kokonaisuuksiin. Koska punninta edellyttää usein yhteismitattomien seikkojen vertaamista keskenään, useimmat kilpailunrajoitustapaukset tulisi pyrkiä ratkaisemaan vaiheissa 1–3.

1.3.2 Kilpailulainsäädännön yleinen soveltamisala

1.3.2.1 Elinkeinonharjoittajan käsite EY:ssä ja Suomessa

Artiklat 81 ja 82 koskevat yrityksiä. RS 81 artiklaa sovelletaan "yritysten" välisiin menettelytapoihin. Yrityksen käsitteen tulkinnasta siten riippuu, kuinka laajalti kilpailusääntöjä sovelletaan taloudelliseen toimintaan. Yrityksen käsite on EY:n kilpailuoikeudessa laaja.[23] Osuvampi termi olisi myös EY:n kilpailuoikeudessa elinkeinonharjoittaja, sillä kartellikielto koskee myös luonnollisia henkilöitä silloin kun nämä harjoittavat taloudellista toimintaa. Kilpailunrajoituslain 6 §:ssä puhutaankin "elinkeinonharjoittajien" tai niiden yhteenliittymien sopimusjärjestelyistä.[24]

---

[22] Sain ajatuksen päätöskarttaan Hovenkampin esityksestä. Ks. Hovenkamp (1999) s. 256–266. Ks. myös Beckner/Salop (1999). Esitys poikkeaa Hovenkampista muutoinkin, jonka kysymyssarja on taloustieteellisempi. Hovenkamp kysyy ensimmäiseksi, uhkaako sopimus rajoittaa tarjontaa tai nostaa hintoja muutoin kuin epäolennaisella tavalla. Tämän kysymyksen esittäminen ensiksi on ajatuksellisesti oikeaa, sillä tämä on suhteellisen hyvä potentiaalisesti haitallisen kilpailunrajoituksen määritelmä. Todellisen vastauksen antaminen siihen edellyttää kuitenkin jo suhteellisen kattavaa analyysia. Tämän vuoksi on hyvä lähteä liikkeelle juridisemmin ja karsia pois lain ulkopuolelle rajatut tilanteet. Kartta on pyritty rakentamaan siten, että se vastaisi EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden rakenteita. Malli on suunniteltu lähtökohtaisesti kilpailua rajoittavien sopimusten analysoimiseen kilpailunrajoituslain 6 ja 19 §:n sekä Rooman sopimuksen 81 artiklan 1 ja 3 kohtien perusteella. Samaa ajatusta lienee sovellettavissa myös määräävän aseman väärinkäytöksi epäiltyihin sopimusten arviointiin 82 artiklan ja 7 §:n perusteella, mutta tällöin päätöskartta on rakennettava toisin lähtien liikkeelle yritysten markkinavoimasta. Järkevää on tällöin karsia ensin pois kaikki ne tapaukset, joissa yrityksellä ei ole määräävää asemaa. Toisaalta mikäli määräävän aseman todentaminen on hankala ja työläs rajanvetokysymys, voidaan joskus lähteä epäortodoksisesti liikkeelle väärinkäytöstä, mikäli väärinkäytöksi väitetty menettely on selvästi hyödyllistä, tavanomaista eikä sulje kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.

[23] Ks. esim. Bellamy/Child (2001) s. 45–51.

[24] Ks. elinkeinonharjoittajan käsitteestä kilpailunrajoituslaissa esim. Kuoppamäki (2000) s. 41–42; Petäjäniemi-Björklund teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 30–36.

EY:ssä *yrityksinä* pidetään oikeudellisesta muodosta huolimatta taloudellisia kokonaisuuksia, jotka harjoittavat taloudellista toimintaa vastiketta vastaan. Yrityksellä tarkoitetaan *itsenäistä taloudellista toimintaa harjoittavaa yksikköä* riippumatta siitä, mikä on yksikön oikeudellinen muoto, tavoitellaanko toiminnalla taloudellista voittoa[25] tai miten toiminta rahoitetaan.[26] Ratkaiseva kriteeri on toiminnan taloudellinen luonne, millä tarkoitetaan erityisesti tavaroiden ja palveluiden tarjoamista markkinoilla.[27] Yrityksenä voidaan pitää myös luonnollista henkilöä, esim. ammatinharjoittajana toimivaa asianajajaa[28] tai esiintyvää taiteilijaa.[29]

1.3.2.1.1 Konsernisuhteet ja kauppaedustajat

Kartellin tunnusmerkistö edellyttää sopimuksen osapuolena olevalta oikeushenkilöltä siinä määrin itsenäistä päätäntävaltaa, että sitä voidaan pitää itse vastuullisena kilpailunrajoituksesta. Samaan konserniin kuuluvien tytäryhtiöiden keskinäiset sopimusjärjestelyt jäävät yleensä kilpailunrajoituslain soveltamisalan ulkopuolelle. Edellytyksenä on kuitenkin se, että emo- ja tytäryhtiö muodostavat taloudellisen yksikön, jossa tytäryhtiöllä ei ole todellista vapautta päättää itse käyttäytymisestään markkinoilla.[30] Jotta kyse on konserninsisäisestä järjestelystä, EY:n kilpailuoikeudessa on edellytetty, että tytäryhtiöt ovat emoyhtiön jatkuvan valvonnan ja ohjauksen alaisia.[31] Tällöin kilpailunrajoitukselta vaikuttavaa järjestelyä voidaan pitää konsernin sisäiseen työnjakoon kuuluvana kysymyksenä. Tytäryhtiön itsenäisyyden/epäitsenäisyyden todentaminen ei aina ole yksinkertaista. Jos emoyhtiö omistaa täysin tytäryhtiön, näiden

---

[25] Ks. jo *GVL v. komissio*, 7/82, Kok. 1983 s. 483.

[26] Ks. esim. *Bundesanstalt für Arbeit, Höffner ja Elsner v. Macroton Gmbh*, C-41/90, Kok. 1991 s. I-1979, tuomion kohta 49; *FFSA*, C-244/94, Kok. 1995 s. I-4013, tuomion kohta 14; *Job Centre Coop Arl*, C-55/96, Kok. 1997 s. I-7119, tuomion kohta 21.

[27] Ks. *komissio v. Italia*, 118/85, Kok. 1987 s. 2599, tuomion kohta 7.

[28] Ks. esim. *Arduino*, C-35/99, ennakkoratkaisu 19.2.2002. EY:n perustamissopimuksen 10 ja 81 artiklan kanssa ei ole ristiriidassa se, että jäsenvaltio antaa lain tai muun säädöksen, jolla hyväksytään asianajajien ammattikuntajärjestön laatiman esityksen perusteella maksuluettelo, jossa vahvistetaan kyseisen ammatin harjoittajien palkkioiden vähimmäis- ja enimmäismäärät. Asianajajien palkkioiden määräytymisperusteiden vahvistamista ei pidetty 81 artiklan vastaisina. Asian ydin oli siinä, että palkkioiden vahvistamisen katsottiin olevan siinä määrin Italian oikeusministeriön määriteltävissä, että kyseessä katsottiin olevan viranomaispäätös, jollaiseen 81 artikla ei sovellu. Todettakoon, että hieman toisenlaisessa kontekstissa Suomessa asianajajaliiton palkkio-suosituksista luovuttiin kilpailunrajoituslain 6 §:n perusteella ilman oikeudenkäyntiä.

[29] *RAI/Unitel*, EYVL 1978 L 157/39.

[30] Ks. *Centrafarm v. Sterling Drug*, 15/74, Kok. 1974 s. 614, tuomion kohta 1147.

[31] Tapauksessa *Viho Europe v. Komissio* ensimmäisen asteen tuomioistuin ei näytä viitanneen konsernin sisäiseen työnjakoon. T-102/92, Kok. 1995 II 17. Tosin kyseisessä tapauksessa oli varsin selvää, ettei tytäryhtiöillä ollut todellista autonomiaa emoyhtiöön nähden. EY:n tuomioistuin totesi samassa asiassa, että 81 artiklan 1 kohta ei sovellu, jos tytäryhtiö ei itsenäisesti päätä käyttäytymisestään, vaan panee täytäntöön määräyksiä, joita emoyhtiö on sille antanut suoraan tai epäsuoraan. Ks. *Viho Europe v. komissio*, Kok. 1996 s. I-5457.

kahden yrityksen välinen sopimus jää normaalisti määräysvallan perusteella 81 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.[32]

RS 81 (1) artikla ei koske päämiehen ja epäitsenäisen kauppaedustajan välistä suhdetta. Agenttia, joka vain hankkii tai välittää tavaroita tai palveluita toisen lukuun, pidetään ikään kuin päämiehen käden jatkeena.[33] Ratkaiseva kriteeri 81 (1) artiklan soveltuvuuden osalta on rahallinen tai kaupallinen riski niiden toimintojen osalta, joita päämies on kauppaedustajan nimittänyt.[34] Jos riski on päämiehellä, päämiehen ja agentin väliset suhteet jäävät 81 (1) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.[35] Sen sijaan jos edustaja vastaa hyödykkeiden myyntiin liittyvästä taloudellisesta riskistä, esim. ottaa vastatakseen asiakkaan maksukyvystä tai tekee investointeja myyntiin tarvittaviin koneisiin ja laitteisiin, 81 (1) artikla soveltuu ainakin periaatteessa.[36] Tavanomaisia ehtoja kauppaedustussopimuksissa ovat sopimusaluetta, asiakaspiiriä ja välitettävien hyödykkeiden hinnoittelua koskevat määräykset.[37] On huomattava, että 81 (1) artikla soveltuu jälleenmyyjien kanssa tehtäviin sopimuksiin, joskin ne ovat nykyisin pitkälti ryhmäpoikkeuksella sallittuja.[38]

1.3.2.1.2 Rajanveto viranomaistoimintaan

Julkista valtaa käyttäviä viranomaisia ei pidetä tässä roolissaan elinkeinonharjoittajina,[39] kuten ei myöskään yksityisiä kuluttajia.[40] "Yritys" määritellään EY:n kilpailuoikeudessa funktionaalisesti. Milloin julkisyhteisö rahoittaa osan

---

[32] Ks. esim. Castrén (1997) s. 148. Sama pätee yleensä myös enemmistöomistuksiin Faullin ja Nikpayn kommentaariteoksen mukaan huomiota voidaan kiinnittää myös yrityskauppavalvontaa koskevaan ratkaisukäytäntöön. Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 73–74. Sulautuma-asetuksen osalta on kuitenkin otettava huomioon, että se on luotu eri tarkoitusta varten kuin 81 artikla. Siitä, että määräysvalta syntyy, ei voida automaattisesti tehdä sitä johtopäätöstä, että osapuolten sopimusjärjestelyt kokonaisuudessaan jäisivät 81 artiklan ulkopuolelle.

[33] Ks. komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, EYVL 2000 C 291/1. Edustussopimuksia käsitellään tiedonannon kohdissa 12–20. Ks. myös esim. Whish (2001) s. 538–540.

[34] Ks. vertikaalisia sopimuksia koskevat suuntaviivat, kohta 13.

[35] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohdat 14–15. Epäitsenäinenkin agenttisopimus voi kuulua 81 (1) artiklan soveltamisalaan, mikäli kyse on kartellijärjestelyn ylläpitämiseen käytettävästä tukitoimesta. Tällaisesta voi olla kysymys, jos esimerkiksi useampi päämies käyttää samoja kauppaedustajia ja samalla yhdessä estää muita käyttämästä kyseisiä edustajia tai käyttää kauppaedustajia kilpailijoiden yhteisen markkinointistrategian tai hinnoittelua koskevien tietojen välittämiseen. Ks. suuntaviivojen kohta 20.

[36] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohdat 16–17. RS 81 (1) artiklan soveltuminen on harkittava tapauskohtaisesti.

[37] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohta 18.

[38] Kysymystä käsitellään jäljempänä tarkemmin.

[39] Ks. esim. *Benedetti v. Munari*, 52/76, Kok. 1977 s. 163.

[40] Ks. esim. vertikaalisia sopimuksia koskevat komission suuntaviivat, EYVL 2000 C 291/1, kohta 24.

toiminnastaan liiketoiminnalla, voidaan lähteä siitä, että kilpailusäännöt soveltuvat kyseiseen osaan julkisyhteisön toimintaa.[41]

> Viime vuosina rajanveto-ongelmia – myös suhteessa työmarkkinoihin – ovat aiheuttaneet mm. sosiaalivakuutuksen instituutiot. Mikäli sosiaalietuuksien täytäntöönpanoon osallistuvat viranomaisten ohella myös yritykset, 81 artiklan tunnusmerkistö saattaa täyttyä ainakin teknisesti. Ongelma aiheutuu myös siitä, että julkisella sektorilla pyritään toiminnan tehostamiseen ottamalla käyttöön yksityissektorin toimintatapoja ja pyrkimällä yhteistyöhön sen kanssa. Kilpailupoliittisena riskinä on se, että raja julkisen ja yksityisen toiminnan välillä hämärtyy liiaksi ja että julkisessa omistuksessa oleville yrityksille myönnetään erityisetuja, jotka vääristävät alan kilpailua. Tästä syystä kilpailuoikeuden soveltamisalaa ei voida leikata ainoastaan sillä perusteella, että kyse on hyvinvointipalveluiden tuottamisesta, joiden suunnittelussa ja toteutuksessa painottuvat muutkin kuin taloudelliset näkökohdat. EY:n tuomioistuimen käytännön mukaan sellaiset pakolliset sosiaalivakuutusjärjestelmät, jotka tarjoavat palveluita solidaarisesti samankaltaisin ehdoin suurelle joukolle kansalaisia, kuuluvat julkishallintoon ja jäävät yrityksen käsitteen ulkopuolelle.[42] Sen sijaan kansalaisille tarjottavat säästö- ja lisävakuutukset, joita tarjottaessa päällimmäisenä ovat taloudelliset näkökohdat, kuuluvat yritystoiminnan piiriin.[43]

EY:n kilpailuoikeudessa tehdään ero yksityisten ja julkisten yritysten välillä. Kilpailusäännöt koskevat siten myös *julkisia yrityksiä*, kuten esim. Postia tai julkisessa omistuksessa olevia energiayrityksiä. Rooman sopimuksen 86 artiklan (ent. 90 artikla) mukaan yleishyödyllistä julkista tehtävää hoitava yritys voi

---

[41] Tapauksessa *Höfner ja Elsner v. Macrotron* (C-41/90, Kok. 1991 s. I-1979) vastaaja ja Saksan valtio katsoivat, ettei *Bundesanstalt für Arbeit* julkisena laitoksena ole yritys, sillä sen työnvälitys on vastikkeetonta. Sen toiminta rahoitetaan pääasiallisesti työnantajien ja työntekijöiden sosiaaliturvamaksuilla, jotka ovat luonteeltaan julkisia maksuja ja joiden suuruus ei ole missään suhteessa riippuvainen yksittäistapauksissa annetuista palveluista. Tuomioistuimen mielestä 82 artiklan soveltamiselle riitti jo se, että työnvälitys luonteeltaan on toimintaa, jonka myös yksityiset yritykset voisivat hoitaa. Erityisesti johtavien työntekijöiden työnvälityksen voivat hoitaa muutkin kuin julkisoikeudelliset yhteisöt. Tuomioistuin ei edellyttänyt, että toiminta tuottaisi voittoa tai siihen edes tähtäisi. Bundesanstaltin toiminta 82 artiklan b-kohdan vastaisesti rajoitti tarjontaa ja markkinoiden kehitystä kuluttajien vahingoksi. Vaikkei se tuomiosta nimenomaisesti ilmene, lienee tuomioistuimen kantaan osaltaan vaikuttanut, että monissa muissa jäsenvaltioissa johtavien työntekijöiden työnvälitys oli sallittua. EY-oikeuden käsitteiden merkityssisältö ratkaistaan eurooppaoikeuden tasolla. Tällöin voidaan päätyä ratkaisuihin, jotka eroavat kansallisen lainsäädännön käsitemäärittelyistä. Ks. tapauksesta myös Kuoppamäki (1992) s. 116–119. Vrt. toisaalta esim. *Cali & Figli*, C-343/95, Kok. 1997 s. I-547, jossa osakeyhtiöksi organisoidun oikeushenkilön tehtäviä Genovan sataman alueen ympäristön tilan valvonnassa ei pidetty yritystoimintana siitä huolimatta, että yhtiö peri satamassa vierailevilta aluksilta maksun, sillä ympäristövahinkojen torjumista ja tähän liittyvää valvontaa pidettiin tyypillisenä viranomaistoimintana. Ks. tuomion kohdat 22–24. Myöskään *Eurocontrol* -nimisen yrityksen toimintaa yhteisön ilmatilan valvonnassa ei ole pidetty yritystoimintana. Ks. C-364/92, Kok. 1994 s. I-43, tuomion kohta 30.

[42] Ks. esim. C-159/91 ja C-160/91, Kok. 1993 s. I-637, tuomion kohdat 4, 11, 13, 18 ja 19.

[43] Ks. esim. C-244/94, Kok. 1995 s. I-4013.

kuitenkin poiketa kilpailusäännöistä, sikäli kuin tämä on välttämätöntä yleishyödyllisen tehtävän suorittamiseksi. Sopimuksen 86 artiklan 1 kohdan mukaan (ent. 90 artiklan 1 kohta) jäsenvaltiot ovat sitoutuneet pitäytymään toimenpiteistä, joiden seurauksena julkisille yrityksille myönnetyt yksinoikeudet rikkoisivat sopimuksen periaatteita, erityisesti 7 artiklan syrjimättömyysperiaatetta tai kilpailusääntöjä vastaan. RS 86 artiklan 2 kohdan mukaan julkisiin yrityksiin, joiden tehtävänä on tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tai jotka ovat fiskaalisia monopoleja, sovelletaan kilpailusääntöjä ja sopimuksen muita määräyksiä vain siltä osin kuin niiden soveltaminen ei oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä julkiselle yritykselle annetun tehtävän hoitamista. Vaikutukset kaupan kehitykseen eivät kuitenkaan saa olla niin merkittäviä, että ne olisivat vastoin yhteisön etua. Säännöksen perusteella voidaan kilpailusäännöistä poiketa siltä osin kuin julkiselle monopolille uskottujen tehtävien hoitaminen, vaikkapa julkisen liikenteen tai maan kattavien postipalvelujen järjestäminen sitä välttämättä vaatii. Poikkeusta tulkitaan suppeasti.

Kilpailunrajoituslakia sovelletaan *elinkeinonharjoittajien* välisiin suhteisiin. Kilpailunrajoituslain 3 §:n 1 momentin mukaan elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan luonnollista tai oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan, ostaa tai myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluksia[44] Kilpailunrajoituslain esitöiden[45] mukaan elinkeinonharjoittajan käsite on tarkoitettu laajaksi.[46] Myös aatteellista yhdistystä saatetaan pitää elinkeinonharjoittajana siltä osin kuin se harjoittaa elinkeinotoimintaa.[47] Viranomaisen toimilla voi olla sellaisia heijastusvaikutuksia yritysten toimintaan markkinoilla, että yritysten toiminta saa vahingollisen kilpailunrajoituksen piirteitä. Vahingollisia vaikutuksia voi liittyä esimerkiksi viranomaisten myöntämiin elinkeinotukiin.[48] Oikeuskäytännössä kilpailunrajoituslakia on sovellettu muun

---

[44] Kilpailunrajoituslain elinkeinonharjoittajan käsite ratkeaa kyseistä lakia koskevien tulkintaperiaatteiden mukaisesti, eikä välttämättä ole identtinen esim. työ- tai vero-oikeuden määritelmien kanssa.

[45] HE 162 /1991 vp. s. 9.

[46] Hallituksen esityksen mukaan elinkeinonharjoittajana pidetään luonnollista tai yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka harjoittaa ammattimaista, yleensä taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa. Säännöksen perusteluista käy ilmi, että vaikka pääsääntöisesti edellytetään, että toimintaan liittyy ansiotarkoitus, sääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton. Nykyisen kilpailunrajoituslain 3 §:n 1 momentti on sanamuodoltaan identtinen aikaisemman lain (709/1988) kanssa. Vuoden 1988 lain perusteluissa (HE 148/1987 vp. s. 16) on todettu, ettei elinkeinon harjoittaminen aina välttämättä edellytä, että toimintaa harjoitetaan taloudellisen voiton tavoittelemiseksi harjoittajalle itselleen tai toiselle. Elinkeinon harjoittaminen edellyttää kuitenkin yleensä, että toimintaan liittyy ansiotarkoitus. Tavallisesti tämä ilmenee siinä, että tavaroita tai palveluksia myydään vastiketta vastaan. Toiminta voi olla luonteeltaan vastikkeellista, vaikka jokaisesta suorituksesta ei vaaditakaan vastasuoritusta. Juridisella muodolla, jossa toimintaa harjoitetaan, ei ole ratkaisevaa merkitystä.

[47] Kilpailunrajoituslakia on sovellettu muun ohella urheilun ympärille rakennettuun liiketoimintaan Ks. *Suomen Koripalloliitto ry*, d:o 7/359/96, kilpailuneuvoston päätös 9.2.1998.

[48] Kilpailuneuvosto ei voi kieltää erityislainsäädännön perusteella myönnetyn kilpailua vääristävän tuen myöntämistä sinänsä. Sitä vastoin kilpailunrajoituslain 9 §:n nojalla voidaan puuttua

ohella kunnalliseen satamatoimintaan[49] sekä kunnan harjoittamaan tonttikauppaan silloin kun se on saavuttanut elinkeinotoiminnalta edellytetyn laajuuden ja suunnitelmallisuuden.[50] Sen sijaan kunnan lakisääteisen tehtävän täyttämistä liikuntapalvelujen tarjoamisessa kuntalaisille ei ole pidetty elinkeinonharjoittamisena.[51]

Kilpailunrajoituslakia ei sovelleta viranomaistoimintaan. Julkisen vallan käyttäminen ei ole elinkeinotoimintaa[52] Sikäli kuin yritysten toiminta tietyn seikan osalta on säännelty erityislainsäädännöllä, erityissääntely saattaa syrjäyttää kilpailunrajoituslain säännökset.[53] Lainsäädännöllä voidaan esimerkiksi säännellä yritysten alallepääsyä tai toimintaa markkinoilla. Julkinen sääntely eri aloilla voi koskea esimerkiksi toimilupia, ammattitaitovaatimuksia, lisenssejä, standardeja, hintoja tai niiden perusteita, sopimus- tai toimitusehtojen vahvistamista tai kaavamääräyksiä.[54] Toimialakohtainen erityissääntely syrjäyt-

---

tukea saavan yrityksen markkinahäiriön aikaansaavaan toimintaan. Lain 9 §:n vahingollisen kilpailunrajoituksen tunnusmerkistö saattaa täyttyä, mikäli yritykselle myönnetään julkista tukea, saadun tuen seurauksena yritys hinnoittelee tuotteensa tai palvelunsa merkittävästi alle vastaavassa asemassa olevien kaupalliselta pohjalta toimivien yritysten hintatason ja kyseinen alihinnoittelu vääristää merkittävästi kilpailuasetelmaa markkinoilla. Tällöin kyse ei kuitenkaan ole viranomaistoiminnan vaan elinkeinotoiminnan sääntelystä. Mikäli tukea nauttivalla julkisella tai yksityisellä yrityksellä on määräävä asema, asia tulee arvioitavaksi lain 7 §:n perusteella. *Kokkolan Valkopesu Oy/EKE-tuote*, d:o 6/359/98, kilpailuneuvoston päätös 2.11.1998.

[49] *Helsingin kaupungin satamalaitosta koskeva päätös*, d:o 3/359/92, kilpailuneuvoston päätös 8.3.1993, Kuoppamäki (1996) s. 22; KHO 30.8.1993 taltio 5053, 5205 ja 5249/1/1993.

[50] *Keravan Uurnahautausmaa Oy*, d:o 5/359/98, kilpailuneuvoston päätös 2.11.1998.

[51] Ks. *Rauman tenniskeskus Oy*, d:o 57/690/99 kilpailuneuvoston päätös 10.4.2000. Ks. myös KHO:n päätös 11.01.2002, 1468/1/00, taltio 54, vuosikirjanumero KHO:2002:4. KHO katsoi kilpailuneuvoston tavoin, ettei pelkästään se seikka, että vuokratessaan koulujen sisäliikuntatiloja yleisölle käytettäväksi liikuntatoimintaan kunta harjoitti liikuntalaissa tarkoitettua julkista tehtävää, sulkenut pois sitä, että kilpailunrajoituslaki voisi tulla sovellettavaksi kuntaan. Kun kuitenkin otettiin huomioon liikuntatilojen vuokraamiseen liittyvät piirteet kokonaisuutena, erityisesti koulujen liikuntatilojen hyötykäytön tehostaminen ja maksujen määräytyminen muiden kuin liiketaloudellisten periaatteiden mukaan, kunnan toimintaa ei ollut pidettävä kilpailunrajoituksista annetun lain 3 §:n 1 momentissa tarkoitettuna ammattimaisena hyödykkeiden luovuttamisena vastiketta vastaan eikä kunta siten ollut momentissa tarkoitettu elinkeinonharjoittaja.

[52] Kilpailuvirastolla on kuitenkin mahdollisuus tehdä aloitteita sellaisten markkinoiden toimintaa haittaavien julkisten rajoitusten poistamiseksi, jotka jäävät kilpailunrajoituslain soveltamisalan ja viraston suoran toimivallan ulkopuolelle (L kilpailuvirastosta, 2 §). Tulkintaongelmia voivat aiheuttaa tilanteet, joissa julkisyhteisö viranomaistehtäviensä ohella itse tarjoaa hyödykkeitä markkinoilla. Kilpailunrajoituslakia sovelletaan tällöin *siltä osin*, kuin kyse on elinkeinotoiminnasta. Julkisyhteisöä voidaan pitää elinkeinonharjoittajana, vaikka kyseistä toimintaa ei ole yhtiöitetty tai muodostettu liikelaitokseksi. Ratkaisevaa on, että tarkastelun kohteena oleva toiminta pääosin on liiketaloudellista toimintaa. Aikaisempaa lakia koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että jos julkisyhteisö voi uskoa määrätyn tehtävän yksityiselle elinkeinonharjoittajalle tai yksityiset elinkeinonharjoittajat muutoin harjoittavat kyseistä toimintaa, voidaan tätä yleensä pitää osoituksena siitä, että lakia voitaisiin soveltaa myös julkisyhteisön omaan vastaavaan toimintaan.

[53] Ks. KM 1991:15 s. 85 ja 82.

[54] Alakohtaisesta sääntelystä ks. esim. Castrén (1997) s. 73–108.

tää kilpailunrajoituslain vain sikäli, kuin erityislaissa on nimenomainen poikkeus, joka suoraan sääntelee tietyn asiantilan kilpailunrajoituslaista poikkeavalla tavalla. Poikkeuksia tulkitaan suppeasti. Näin ollen se seikka, että kyse on säännellystä toimialasta, ei luonnollisestikaan poista kilpailunrajoituslain soveltumista.[55] Nimenomaisten poikkeuksien osalta on otettava huomioon se, että alakohtainen sääntely voi rikkoa perustamissopimuksen 81 tai 82 artiklaa yhdessä 86 ja 10 artiklan lojaliteettiperiaatteen kanssa. EY-oikeutta loukataan, jos julkisen vallan toimenpiteillä tuetaan tai edesautetaan elinkeinonharjoittajien aikaansamaa kilpailunrajoitusta.[56] EY:n kilpailuoikeus toimii kansallisen lainsäädännön yläpuolella olevana korina, johon osa kansallisen lain ulkopuolelle kuuluvista tapauksista singahtaa.[57] Vastaavasti kotimainen kilpailuoikeus toimii EY:n kilpailuoikeuden alapuolella verkkona niille kilpailunrajoituksille, joiden osalta kauppavaikutuskriteeri ei täyty.

1.3.2.2 Työmarkkinat

EY:n kilpailuoikeudessa ei ole työehtosopimuksia koskevaa nimenomaista poikkeusta, joten periaatteessa työehtosopimukset kuuluisivat 81 ja 82 artiklan soveltamisalaan. Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että työehtoja koskevat sopimusmääräykset jäävät 81 ja 82 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.[58] Mikäli työehtosopimukseen perustuva määräys kuitenkin estää muista jäsenmaista olevien yritysten pääsyä tietyn jäsenmaan markkinoille, asia saattaa tulla arvioitavaksi myös esim. palvelujen tarjoamisen vapautta koskevana

---

[55] Ks. *Linja-autoliitto ry*, d:o 19/359/95, kilpailuneuvoston päätös 6.10.1997; KHO 27.4.1999, taltio 932, 3161 ja 3187/1/97.

[56] EY:n kilpailusääntöjen ohella syrjivät tai markkinoille pääsyä rajoittavat erityislainsäädännön säännökset voivat olla mm. tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan 28 artiklan, liikkeenperustamisoikeutta koskevan 43, palvelujen tarjoamisen vapautta koskevan 49 artiklan tai 90 artiklan verosyrjintäkiellon vastaisia. EY-oikeudellisesti mainitut säännökset palvelevat samaa integraatiotavoitetta ja voidaan lukea "kilpailuoikeuteen" termin laajimmassa merkityksessä. Ero on siinä, että 81 ja 82 artiklassa tarkoitetun rajoituksen aiheuttaa elinkeinonharjoittaja, kun taas 28, 43 49 ja 90 artikloilla puututaan julkisen vallan aikaansaamiin kilpailunrajoituksiin. Alakohtaisen sääntelyn lainmukaisuutta on siten syytä arvioida myös laajemmasta EY-oikeuden näkökulmasta. Kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten on otettavat mainitut, suoraan sovellettavat ja kansalaisille subjektiivisia oikeuksia luovat normit huomioon. Ristiriitatilanteessa EY-oikeuden vastainen kansallinen säännös on jätettävä soveltamatta.

[57] Esimerkiksi *TLO:n poikkeuslupa-asiassa* (d:o 9/359/97) kilpailuneuvosto sovelsi 81 ja 49 artikloja täydentävästi kilpailunrajoituslain rinnalla, koska yritysten ja julkisen vallan yhteistoimin aikaansaaman rajoituksen katsottiin vaikeuttavan muista EY-maista olevien yritysten markkinoillepääsyä.

[58] Ks. esim. tapauksia *Albany*, C-67/96, Kok. 1999 s. I-5751; *Bretjens*, C-115-117/97, Kok. 1999 s. I-5751; *Drijende Bokken*, C-219/97, Kok. 1999 s. I-6121. Em. tapausten analyysin osalta ks. Gyselen, CMLR (2000) s. 425–448; oikeustaloustieteellisen kritiikin osalta ks. Van den Bergh/ Camesasca, ELR (2000) s. 492 ss. EY:n käytännön kuvauksen osalta ks. myös esim. Saarinen (2002) s. 502–509.

rajoituksena.[59] Kilpailunrajoituslain 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta sopimuksiin tai järjestelyihin, jotka koskevat *työmarkkinoita*. Työmarkkinoiden sulkemista kilpailunrajoituslain ulkopuolelle on perusteltu sillä, että työsuhteen ehdot määräytyvät tulopoliittisessa mekanismissa, jossa taloudellisen kilpailun luonne on erilainen kuin elinkeinonharjoittajien välisessä kilpailussa.[60] Yleismaailmallisesti on katsottu, ettei inhimillisen työvoiman hinnanmuodostukseen voida soveltaa yleisen kilpailulainsäädännön periaatteita. Soveltamisalan ulkopuolelle jäävät esimerkiksi palkkaa ja muita keskeisiä työehtoja koskevat työehtosopimusmääräykset.[61] Poikkeuksena pääsäännöstä kilpailunrajoituslakia

---

[59] Tämä näkökohta lienee ollut taustalla pääkaupunkiseudun seutuliikenteen kilpailuttamista koskevassa tapauksessa C-172/99. Kysymys kuului, olisiko EY:n liikkeenluovutusdirektiivin 77/187/EY 1 artiklan 1 kohdan mukaisena liikkeenluovutuksena pidettävä tilannetta, jossa tietyn linjan liikennöinti siirtyy linja-autoyritykseltä toiselle julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin 92/50/ETY perusteella ratkaistuna tarjouskilpailuna. EY:n tuomioistuin totesi, että periaatteessa tilanne kuului liikkeenluovutusdirektiivin piiriin, mutta että käytännössä direktiiviä ei voitu soveltaa, ellei bussiyritysten välillä ollut tapahtunut omaisuuden siirtoa, jota voitaisiin pitää liikkeenluovutuksena. Vaikkei EY:n tuomioistuimen perusteluissa tätä näkökohtaa korostetakaan, käytännössä ratkaisuun lienee vaikuttanut se, että liikkeenluovutuskriteerin laaja tulkinta johtaisi käytännössä siihen, että ulkomaisten palveluntuottajien pääsy markkinoille ja tarjouskilpailujen järjestäminen vaikeutuisi, mikäli liikenteen siirtyminen yritykseltä toiselle hävityn tarjouskilpailun seurauksena ja ilman yritysten välistä oikeustointa tulkittaisiin liikkeen luovutukseksi. KKO oli ennakkoratkaisupyynnön perusteluissa viitannut myös palvelujen tarjoamisen vapautta koskevaan silloiseen 59 artiklaan. Nähdäkseni EY:n tuomioistuimen ja KKO:n asiassa antama lopullinen ratkaisu on oikea, sillä kyse oli aiemmin hoidetun liikesuhteen häviämisestä tarjouskilpailussa kilpailijalle, ei sen luovutuksesta voittaneelle yritykselle. Ks. liikeluovutuksia koskevasta oikeuskäytännöstä tarkemmin esim. Koskinen ym. (2002) ja Paasivirta (2002).

[60] HE 148/1987 vp. s. 14.

[61] Tämä pätee nykyisin myös esim. Yhdysvalloissa, jossa työehtosopimukset on rajattu erityislainsäädännöllä Sherman Actin ulkopuolelle. Asia ei ole ollut aina näin, sillä varhaisessa soveltamiskäytännössä ammattiyhdistysliikkeitä pidettiin kiellettyinä kartelleina. Hovenkamp katsoo, että Sherman Actin säätämisen jälkeen (1890) yksi suurimmista yllätyksistä oli normiston aggressiivinen soveltaminen työehtosopimuksia vastaan ja että alkuvuosina laki toimi tehokkaammin työväestöä kuin kartelleja vastaan. Vuosina 1890–1897 tuomioistuimissa käsitellyistä 13 kilpailunrajoitustapauksesta 12 koski lakkoja ja vain 1 tuottajien välistä sopimusta. Lakko rinnastettiin kollektiiviseen boikottiin. Ammattiyhdistysjohtajat luonnollisesti katsoivat, ettei Sherman Actin tarkoituksena ollut puuttua ammattiyhdistysten toimintaan. Edistyksellisten saatua enemmistön kongressissa Clayton Actissa todettiin 1914, että "the labor of human being is not a commodity or article of commerce" ja että Sherman Act ei kiellä työväestön legitiimiä järjestäytymistä. Yhdysvaltain korkein oikeus jatkoi kuitenkin linjaansa työriitaboikotteja vastaan, kunnes vuoden 1932 Norris-LaGuardia Actilla rajoitettiin liittovaltion tuomioistuinten oikeutta antaa kieltotuomioita työehtoriidoissa. Poikkeus kilpailusäännöistä edellyttää yleensä mm. sitä, että ammattiyhdistysliike toimii pelkästään omassa intressissään eikä tee yhteistyötä hyödykkeitä valmistavien tai tarjoavien yritysten kanssa. Käytäntö on tämän jälkeen ollut jonkin verran horjuvaa. Nyrkkisäännön mukaan jäädäkseen kilpailulainsäädännön ulkopuolelle sopimuksen tai menettelytavan tulee 1) koskea lähinnä osapuolten välisiä suhteita, 2) koskea työehtosopimuksen pakollista alaa kuten palkkaa, työehtoja tai työoloja ja 3) kuulua osapuolten välillä neuvoteltavien asioiden piiriin. Ammattiliitot eivät saa esim. sulkea markkinoiden ulkopuolelle liittoon kuulumattomia alihankkijoita, mutta kylläkin pitää huolen siitä, että esim. minimipalkkaa koskevia säännöksiä noudatetaan. Ks. Hovenkamp (1999) s. 712–716. Hovenkampin (s. 714) mukaan kantavana periaatteena on, että "unions should be not permitted to 'monopolize' a market any

voidaan soveltaa sellaisiin työehtosopimusten yhteydessä sovittuihin järjestelyihin, joiden osalta kyse ei ole työehtosopimusoikeuden ydinalueeseen kuuluvista määräyksistä ja jotka rajoittavat elinkeinonharjoittajien keskinäistä kilpailua, esimerkiksi estävät kolmansien osapuolten pääsyn markkinoille.[62] Voidaan todeta, ettei työmarkkinoita koskeva poikkeus ole sen enempää EY:ssä kuin Suomessa absoluuttinen,[63] vaan että tasapainoisessa tulkinnassa tarvitaan punnintaa kilpailulainsäädännön ja työmarkkinalainsäädännön tavoitteiden välillä.

1.3.2.3 Maatalous

EY:n maatalouspolitiikan toteuttamista varten luotujen ns. markkinaorganisaatioiden toiminta jää pääsääntöisesti kilpailusääntöjen ulkopuolelle. Poikkeus perustuu siihen, että EY:ssä maatalous ei rakennu niinkään markkinatalouden

---

more than capitalist. A union, of say, electrical subcontractors may have a legitimate interest in ensuring that employees of other subcontractors are paid the same wages than the union members are paid. Their motive is not so much to protect these other employees as to ensure that the other subcontractors do not have a cost advantage over their own employer. But the union is not entitled to insist that organization by that particular union be a prequisite for a particular subcontractor's right to be a market participant." Juuri tästä samasta rajanvedosta oli kyse nk. paperiteollisuuden siivouskiistassa, jossa kilpailuneuvosto ja KHO päätyivät pitämään ulkopuolisten palveluyritysten käyttöä koskevaa kieltoa kilpailunrajoituslain 9 §:n vastaisena.

[62] Ns. ulkopuolisten palveluyritysten käyttöä rajoittavien työehtosopimuksen määräysten on osittain katsottu kuuluvan kilpailunrajoituslain soveltamisalaan. Tapauksessa *Metsäteollisuus ry ja Paperiliitto ry* (d:o 9/359/93, Kuoppamäki 1996 s. 221) kilpailuneuvosto totesi, että vaikkakin työehtosopimusmääräykset kilpailunrajoituslain 2 §:n nojalla pääsääntöisesti jäävät kilpailunrajoituslain soveltamisalan ulkopuolelle, voidaan kilpailunrajoituslakia 2 §:n estämättä soveltaa niissä poikkeustilanteissa, joissa työehtosopimukseen on otettu määräyksiä, jotka eivät koske olennaisia työehtoja ja jotka samalla vahingollisella tavalla rajoittavat kilpailua. Kyse oli sellaisesta kilpailunrajoituslain esitöissä mainitusta asiakassuhderajoituksesta, johon kilpailunrajoituslaki soveltuu. Rajoituksella oli lain 9 §:ssä tarkoitettuja vahingollisia vaikutuksia. (Näin myös KHO 11.4.1995, taltio 1586 [3125/1/94 ja 3733/1/94]). Työntekijöiden ryhmähenkivakuutuspoolia koskevassa tapauksessa (d:o 9/359/95, Kuoppamäki 1996 s. 476) lakia ei sovellettu työehtosopimuksen määräyksiin, joilla sovittiin siitä, että työntekijöille turvataan kuolemantapauksen varalta sosiaalinen etuus, ryhmähenkivakuutus. Sitä vastoin lakia voitiin soveltaa vakuutusyhtiöiden poolin perustamista koskevaan sopimukseen, vaikkakin poolista oli maininta työehtosopimuksessa. Suomen Sähkö- ja teleurakoitsijaliitto ry:n esityksessä kyse oli työntekijöiden palkkaan ja sosiaaliseen turvallisuuteen liittyvien ehtojen soveltamisesta, joiden tutkiminen jäi kilpailuneuvoston toimivallan ulkopuolelle (d:o 9/359/98, kilpailuneuvoston päätös 27.8.1998; KHO 1.9.1999 (taltio 2222), 2709/1/98). Kirjallisuuden osalta ks. lyhyesti esim. Kuoppamäki (2000) s. 35–36 ja yksityiskohtaisesti esim. Bruun (2002); Saarinen (2002).

[63] Saarinen toteaa, että Suomessa työmarkkinapoikkeusta näytetään tulkitun suppeammin kuin EY:ssä, mutta että eroa lieventää se, että Suomessa työmarkkinoista aiheutuviin rajoituksiin on puututtu kartellikiellon sijasta lievemmän 9 §:n perusteella. Saarinen (2002) s. 511. Tietyssä mielessä lievempi tulkinta 9 §:n mukaan pitää sinänsä paikkaansa, mutta huomioon pitää ottaa myös se, että EY:ssä kilpailun rajoittumiseen voidaan puuttua myös esim. palvelujen tarjoamista koskevan 49 artiklan nojalla. Nähdäkseni on tässä vaiheessa liian aikaista ottaa kantaa siihen, kummassa järjestelmässä poikkeus on laajempi ja kummassa suppeampi. Tällaiseen kysymykseen vastaaminen edellyttäisi järjestelmien kokonaisvertailua.

varaan, vaan olennaisesti keskitettyyn suunnitteluun ja hintojen ja tuotantomäärien ohjailuun. Kilpailusääntöjä voidaan kuitenkin soveltaa sellaisiin menettelytapoihin, jotka merkittävässä määrin estävät terveen ja toimivan kilpailun maataloustuotteiden markkinoilla tai johtavat määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Asetuksella 26/62 Rooman sopimuksen 81 artiklan soveltuminen on poissuljettu ns. alkutuotannon osalta.[64] Kilpailusääntöjä sovelletaan jalosteiden valmistamiseen ja markkinointiin. Maatalouspolitiikka heijastuu alalla mm. siten, että tuotantokiintiöt voivat käytännössä rajoittaa mahdollisuuksia lisätä tuotantoa tai siirtää yritystoiminta uusille alueille.[65]

Kilpailunrajoituslain 2 §:n 2 momentin mukaan lakia ei sovelleta maataloustuottajien tai heidän yhteisöjensä tekemiin maataloustuotteiden alkutuotantoa eli perusmaataloutta koskeviin sopimuksiin sikäli kuin ne edistävät maatalouden tuottavuutta, markkinoiden toimivuutta, elintarvikkeiden saatavuutta ja kohtuullisten kuluttajahintojen saavuttamista sekä alentavat kustannustasoa. Säännöksen esikuvana on ollut EY:n kilpailuoikeuden maataloustuotteita koskeva asetus 26/62. Kartellikiellon ulkopuolelle on rajattu *ensimmäisen jalostusasteen* maataloustuotteet. Hallituksen esityksen (275/1993) mukaan perusmaataloustuotteista jalostettujen tuotteiden, kuten juuston, voin ja jauhojen valmistus ja kauppa kuuluvat kilpailunrajoituslain soveltamisalaan. Myös esimerkiksi puukauppa kuuluu kilpailunrajoituslain soveltamisalaan.

---

[64] Perustamissopimuksen 36 artiklan mukaan yhteiseen maatalouspolitiikkaan kuuluu siitä päättäminen, onko perustamissopimuksen kilpailusääntöjä sovellettava maataloustuotteiden tuotantoon ja kauppaan; jäljempänä annettuja säännöksiä on täydennettävä tämän politiikan kehityksen mukaisesti. Rooman sopimuksen 36 artiklan (ent. 42 artikla) kilpailua koskevat 81–89 artiklat soveltuvat maataloustuotteiden tuotantoon ja kauppaan vain sikäli, kuin asetuksella niin säädetään ja yhteisen maatalouspolitiikan tavoitteet antavat myöten. Kilpailusääntöjen soveltamista maataloussektorilla koskevassa asetuksessa 26/62 mahdollistetaan periaatteessa kilpailusääntöjen soveltaminen, mutta suljetaan käytännössä 81 artikla pois alkutuotannon osalta. Asetuksen 1 artiklassa todetaan, että artikloja 81–89 sekä niiden täytäntöönpanoa koskevia säännöksiä sovelletaan kaikkiin perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa ja 82 artiklassa tarkoitettuihin sopimuksiin, päätöksiin ja menettelyihin, jotka koskevat perustamissopimuksen liitteessä II lueteltujen tuotteiden tuotantoa tai kauppaa, jollei 2 artiklasta muuta johdu. 2 artiklassa todetaan, että 81 artiklan 1 kohtaa ei sovelleta sellaisiin edellisessä artiklassa tarkoitettuihin sopimuksiin, päätöksiin ja menettelyihin, jotka kuuluvat olennaisena osana kansallisiin markkinoihin tai jotka ovat tarpeen perustamissopimuksen 36 artiklassa esitettyjen tavoitteiden saavuttamiseksi. Sitä ei sovelleta sellaisiin yksittäisen jäsenvaltion maataloustuottajien, tuottajien yhteenliittymien tai tällaisten yhteenliittymien muodostamien yhteenliittymien sopimuksiin, päätöksiin ja menettelyihin, jotka koskevat maataloustuotteiden tuotantoa tai myyntiä taikka maataloustuotteiden yhteisten varastointi-, käsittely- tai jalostuslaitosten käyttöä sikäli kuin niihin ei sisälly velvoitetta noudattaa määrättyjä hintoja, jollei komissio totea, että kilpailu tällöin estyy tai että perustamissopimuksen 36 artiklassa mainittujen tavoitteiden saavuttaminen vaarantuu.

[65] Ks. lähemmin esim. Bellamy/Child (2001) s. 1200–1212.

1.3.3 Sopimus, yhteenliittymän päätös ja yhdenmukaistettu menettelytapa

Rooman sopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa kielletään yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla. Kartellikielto koskee paitsi hinnoittelusta, markkinoista ja tuotantomääristä sopimista, myös *luottamuksellisen hintatiedon luovuttamista* kilpailijoiden käyttöön, jos se on keino yritysten kilpailua rajoittavan yhteisymmärryksen saavuttamiseksi tai hintayhteistyön valvomiseksi tai helpottamiseksi. Sen sijaan yleistä tasoa kuvaavien hinta- ja kustannustietojen kokoaminen ja julkaiseminen ei ole kiellettyä. Tilastointi antaa sekä kuluttajille että yrittäjille mahdollisuuden arvioida hintojen kohtuullisuutta ja suunnitella toimintaansa. Kun tällaista aineistoa kootaan esimerkiksi toimialayhdistyksessä, annettavat tiedot eivät saa paljastaa yksittäisten yritysten kustannustietoja. Tietojen tulee perustua historialliseen aineistoon. Aineisto on toimitettava ja sitä tilastoitava sellaisessa muodossa, ettei kerättyjä tietoja voida väärinkäyttää yritysten tulevan hinnoittelun koordinoimiseen.

1.3.3.1. Sopimuskriteeri

EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä 81 artiklan 1 kohdan *sopimuskriteeriä* on tulkittu laajasti. Sopimuksen tunnusmerkistö täyttyy paitsi nimenomaisella, myös hiljaisella sopimuksella. Sopimuksen täyttymiselle on riittävää, että *yritykset ovat tavalla tai toisella ilmaisseet toisilleen yhteisen tarkoituksen käyttäytyä markkinoilla tietyllä tavalla; siten että yritysten taloudellinen toimintavapaus rajoittuu.*[66] Sopimukselle on tyypillistä 1) molemminpuolinen tahdonilmaisu, 2) yhteisymmärrys tulevasta toiminnasta ja 3) oman toimintavapauden tosiasiallinen rajoittuminen ja/tai muiden yritysten tulevaan toimintaan liittyvän epävarmuuden vähentyminen annettujen tahdonilmaisujen seurauksena.

Kyse ei tarvitse olla oikeudellisesti sitovasta sopimuksesta.[67] Riittävää on,

---

[66] Ks. esim. *Hercules Chemicals NV v. komissio*, T-7/89, Kok. 1991 II s. 1711, päätöksen kohta 2. Leivo ja Leivo viittaavat EY:n komission päätöksestä *Polypropylene* (86/398, kohta 81) kääntämäänsä määritelmään: "Jotta rajoitus muodostaisi [81] artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen, sopimuksen ei tarvitse olla tarkoitettu sen osapuolia oikeudellisesti sitovaksi. Sopimus on olemassa, jos osapuolet saavuttavat yksimielisyyden suunnitelmasta, joka rajoittaa tai on omiaan rajoittamaan niiden kaupallista vapautta määrittelemällä niiden molemminpuolisen toiminnan tai toiminnasta pidättäytymisen periaatteet markkinoilla. Sopimusta ei myöskään täydy tehdä kirjallisesti." Ks. Leivo/Leivo (1997) s. 28.

[67] Sitovan sopimuksen vaatiminen olisikin 81.2 artiklan pätemättömyysseuraus huomioon ottaen paradoksaalista.

että osapuolet kokevat välipuheen velvoittavaksi.[68] Sopimuksen muodollinen irtisanominen ei merkitse 81 artiklan mukaisen vastuun välttämistä irtisanomisen jälkeiseltä ajanjaksolta, jos osapuolet kuitenkin edelleen tosiasiallisesti käyttäytyvät sopimuksen mukaisesti.[69] Toisaalta kyse on sopimuksesta, vaikka joku osapuolista olisi jo alun perin liittynyt kartelliin vailla vakavaa tarkoitusta noudattaa yhteistä välipuhetta[70] esim. pelkästään sanktioiden pelosta tai voidakseen huijata muita salaisen alihinnoittelun avulla. Siviilioikeudellisen sopimuksen sijasta lienee osuvampaa puhua *pelkästä tahtojen yhtymisestä (meeting of the minds)*. Sopimuksen on katsottu syntyneen esim. toimialayhdistyksen lähetettyä jäsenilleen kirjeitse tulevaa käyttäytymistä koskevan toimenpidesuosituksen.[71]

Myöskään kilpailunrajoituslain 6 § ei edellytä kartellilta oikeudellista sitovuutta. Laissa ei edellytetä, että järjestely siviilioikeudellisesti olisi saavuttanut sopimuksen asteen. Laissa on todettu, että kiellon piiriin kuuluu "sopimus, päätös tai niihin rinnastettava menettelytapa". Kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy myös ns. herrasmiessopimuksella. Eri asteisesti, oikeudellisesti tai sosiaalisesti velvoittavien sopimusten ohella 6 §:n kielto ulottuu myös suosituksiin. Kilpailulainsäädännön käytännöllinen tehokkuus edellyttää, ettei toimenpiteen tuomittavuutta kytketä menettelylle annettuun juridiseen muotoon. Varsinaista ristiriitaa 81 artiklaan ei ole havaittavissa. Tosin kotimainen oikeuskäytäntö on vielä toistaiseksi olennaisesti 81 artiklaa suppeampaa.

1.3.3.2 Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän päätös

1.3.3.2.1 Yhteenliittymän määritelmä

Kartellikielto koskee yksittäisten elinkeinonharjoittajien ohella elinkeinonharjoittajien yhteenliittymiä. Rooman sopimuksen 81 artiklassa tarkoitettuja yritysten yhteenliittymiä ovat esimerkiksi kilpailevien yritysten perustamat yhteis-

---

[68] "Velvoittavuus" on yleensä taloudellista; yhteisymmärryksessä pysytään, koska sopimuksen arvellaan tuovan omalle yritykselle taloudellista etua tai poikkeavan ("illojaalin") käyttäytymisen johtavan epävirallisiin sanktioihin muiden taholta. Yhteisymmärrys voidaan yhtä hyvin saavuttaa suullisesti kuin kirjallisesti. Sopimuksen muoto on irrelevantti, samoin kuin se, onko säädettyä tai suunniteltua muotoa noudatettu, esim. sopimusasiakirja molemmin puolin allekirjoitettu.

[69] *Soda Ash/Solvay*, EYVL 1991 L 152/21, komission päätöksen kohta 54.

[70] Tämä todettiin mm. Hollannin kattohuopakartellia koskeneessa oikeustapauksessa; *SC Belasco ym. v. komissio*, 246/86, Kok. 1989 s. 2117.

[71] *Polypropyleeni-tapauksessa* näyttönä sopimuksen syntymisestä pidettiin sitä, että yritykset puolin ja toisin toimivat saamansa suosituksen mukaisesti. Sopimus täyttyy jo sillä, että yritykset saavuttavat väljän yhteisymmärryksen yhteisestä toimintalinjasta ilman, että kaikista yksityiskohdista olisi keskusteltu. Edellytyksenä ei myöskään ole se, että kaikki osapuolet olisivat joka kokouksessa läsnä tai osallistuisivat jokaisesta hinnankorotuksesta päättämiseen. Yritystä pidetään sopimuksen osapuolena, kunhan se on hyväksynyt omaa toimintavapauttaan rajoittavan yhteisen toimintalinjan ja toimii sanotulla tavalla.

yritykset ja elinkeinonharjoittajien perustamat yhdistykset.[72] Vaikka toimialayhdistysten toiminta pääsääntöisesti on legitiimiä toimintaa, kuten edunvalvontaa suhteessa viranomaisiin ja poliitikkoihin, yhteistä mainontaa ja julkisuustyötä tai yhteistyötä alan standardien laadinnassa, varsin yleisesti 81 artiklassa kiellettyä yhteistyötä on tehty toimialayhdistyksen[73] puitteissa. Tyypillisimmillään toimialayhdistyksissä tehtävä 81 artiklan soveltamisalaan kuuluva yhteistyö sisältää kiellettyä hintayhteistyötä, joko sitovien sopimusten tai oikeudellisesti sitomattomien hintasuositusten muodossa. Yhdistyksen päätökseksi on luokiteltu yhdistyksen säännöt.[74] Varsin usein kilpailurajoitukset ilmenevät suoraan yhdistyksen säännöistä.[75] Yritysten yhteenliittymän perustamiskirjaa pidetään yritysten välisenä sopimuksena.[76]

Kilpailunrajoituslain 6 §:ää koskevissa lain esitöissä todetaan, että kartellikielto koskee myös yritysten yhteiselinten ja yhteenliittymien päätöksiä tai vastaavia järjestelyjä, *joilla rajoitetaan ja ohjataan horisontaalisessa tasossa*

---

[72] Rooman sopimuksen 81 (1) artiklan "yritysten yhteenliittymien päätöksiä" koskeva maininta merkitsee sitä, että seuraamus voidaan kohdistaa elinkeinonharjoittajien yhteenliittymään itseensä. Tämä ei sulje pois kuitenkaan sitä, että varsinaisena vastuullisena pidetään yrityksiä, jotka yhteiset päätökset tekevät. Varsin usein vastuullisena pidetään sekä toimialayhdistystä että sen jäseniä. Seuraamusharkinnassa painotus määräytyy sen mukaan, onko toimialayhdistystä pidettävä varsinaisena kilpailunrajoitusten moottorina vaiko pikemminkin yritysten apuvälineenä keskinäisen kilpailunsa rajoittamiseen. Menettelyn kilpailuoikeudellisen kiellettävyyden kannalta erottelulla ei yleensä ole erityisen suurta merkitystä.

[73] Joissakin ilmi tulleissa tapauksissa toimialayhdistystä on käytetty paljaiden kartellien peittelyyn, jolloin toimialayhdistyksistä on saatu ulospäin legitiimiltä näyttävä peruste kokousten järjestämiselle. Lievemmissä tapauksissa kyse on ollut erilaisista suosituksista, joita toimialayhdistykset hyväksyvät keskuudessaan. Esimerkiksi tapauksessa *Belasco* Belgian kattohuopayhdistys pyrki laatimaan yhteisiä standardeja, torjumaan lahjontaa ja lisäämään kattohuovan menekkiä yhteismainonnan avulla. Lisäksi yhdistys pyrki rationalisoimaan tuotantoa. Mainittujen päällisin puolin vaarattomien toimenpiteiden lisäksi yhdistyksen puitteissa hyväksyttiin hintalista, jossa vahvistettiin minimihinnat kaikelle Belgiassa myytävälle kattohuovalle, allokoitiin kullekin jäsenelle markkinaosuus ja sovittiin sanktioista sopimusrikkomusten varalta.

[74] *BPICA*, komission päätös 80/917, EYVL 1980 L 260/24.

[75] Näin oli asian laita esim. kotimaisessa *Finnpap*-tapauksessa. EY:n komissio ei pitkään puuttunut yhdistyksen toimintaan sillä perusteella, että kun Suomi oli EU:n ulkopuolella, toiminnan painopisteen katsottiin olevan ikään kuin EU:n ulkopuolella. Ratkaisu on erikoinen siinä mielessä, että olennainen osa Finnpapin viennistä suuntautui EU:n alueelle. Päätös lienee kestävällä pohjalla ennemminkin diplomaattisesta kuin kilpailuoikeudellisesta lähtökohdasta. Soveltamalla joko vanhempaa vaikutusperiaatetta tai myöhemmin *Wood Pulp* -tapauksessa omaksuttua implementointiperiaatetta olisi ollut varsin yksinkertaista näyttää, että Finnpapin toiminta vaikutti EEC:n jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Sittemmin Suomen jo integroiduttua EU:hun komissio asetti Repolan ja Kymmenen välisen yrityskaupan hyväksymisen nimenomaiseksi ehdoksi sen, että mainitut yhtiöt eroavat Finnpapista määräajassa. Yhdistyksen toimintaa oli muuttuneessa tilanteessa pidettävä EY:n kilpailuoikeudenkin näkökulmasta ongelmallisena. Tämän jälkeen kilpailuvirasto teki kilpailuneuvostolle yhdistyksen toimintaa koskevan seuraamusmaksuesityksen. Esimerkki kuvaa EY:n ja kotimaisen kilpailuoikeuden välistä vuorovaikutusta, jota on havaittavissa jo ennen Suomen EU-jäsenyyttä.

[76] *Nuovo CEGAM*, komission päätös 84/191, EYVL 1984 L 99/29.

yritysten kilpailukeinojen käyttöä.[77] Aikaisempaa vuoden 1988 lakia koskevan hallituksen esityksen mukaan elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä tarkoitetaan markkinoilla toimivaa elinkeinonharjoittajien ryhmää, jonka yhteistoiminta on organisoitunut tavalla, jota ei voida pitää täysin väliaikaisena.[78] Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymänä on pidettävä esimerkiksi erilliseksi oikeushenkilöksi organisoitua kartellia tai toimialayhdistystä, epäitsenäistä yhteisyritystä, osapuolten sopimuksen toteuttamista varten perustamaa myyntikonttoria tai vastaavaa yhteisenä edustajana toimivaa elintä. *Rajanveto horisontaalisen ja vertikaalisen yhteistyön välillä* nousi usein esille vuoden 1992 kilpailunrajoituslain ensimmäisinä soveltamisvuosina.

Esimerkiksi tapauksessa *Valio I*[79] esikysymyksenä otettiin kantaa muun ohella juuri rajanvetoon horisontaalisen ja vertikaalisen kilpailunrajoituksen välillä. Valio katsoi, ettei kyse ollut kilpailunrajoituslain 6 §:ssä tarkoitetusta yhteistyöstä. Vaikka osakasmeijerit ovat juridisesti itsenäisiä yhteisöjä, Valion mielestä ryhmästä muodostui tiivis omistuskokonaisuus, jonka toiminta tulisi rinnastaa konsernin sisällä tapahtuvaan yhteistyöhön. Valio myös katsoi, että Valio ja sen jäsenmeijerit eivät toimi 6 §:n edellyttämällä tavalla samalla tuotanto- ja jakeluportaalla. Niiden välillä ei vaikuttaisi horisontaalinen vaan vertikaalinen suhde. Valion ja tavarantoimittajana olevan osakasmeijerin sopiessa hinnoista, ne eivät toimi samalla portaalla.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että huolimatta Valion osakkaiden yhteisistä toiminnoista, juridisesti itsenäisiä Valion osakasmeijereitä oli pidettävä laissa tarkoitettuina elinkeinonharjoittajina ja Valio Oy:tä niiden perustamana elinkeinonharjoittajien yhteenliittymänä, joiden välisiin sopimuksiin voitiin kilpailunrajoituslakia soveltaa. Kyse ei ollut emo-tytäryhtiösuhteeseen perustuvasta konserninsisäisestä rajoituksesta. Keskusosuusliike Valio oli muutettu syksyllä 1992 osakeyhtiöksi. Tätä edeltäneenä toimenpiteenä allekirjoitettiin silloisen Keskusosuusliike Valion ja Valion jäsenmeijereiden välillä jäsen- ja yhteistyösopimus. Sopimuksessa sovittiin mm., että Valio hoitaa maitovalmisteiden ja muiden elintarvikkeiden sekä raakamaidon markkinoinnin. Samalla oli sovittu, että tätä varten Valion jäsenmeijerit allekirjoittavat sopimuksessa määriteltyjen periaatteiden mukaisen markkinointisopimuksen.

Valion osakasmeijerit olivat sopineet, että kukin osakasmeijeri tekee Valion kanssa yhteistyösopimuksen liitteenä olevan mallin mukaisen markkinointisopimuksen. Kyseinen sopimus oli samalla tuotantoportaalla toimivien meijereiden välinen horisontaalinen sopimus, jonka tarkempaa täytäntöönpanoa ohjattiin yksittäisillä markkinointisopimuksilla ja Valion hallituksessa tehtävillä päätöksillä. Sopimusjärjestelyn keskeiset periaatteet oli osakeyhtiölain sallimissa rajoissa kirjattu myös Valion yhtiöjärjestykseen. Näin ollen Valiossa harjoitettava markkinointiyhteistyö perustui kilpailunrajoituksista

---

[77] HE 162/1991 vp s. 11.
[78] HE 148/1987 vp s. 16.
[79] D:o 6/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993, Kuoppamäki (1996) s. 140.

annetun lain 6 §:ssä tarkoitettuun samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien väliseen sopimukseen.

Kilpailuneuvosto totesi *obiter dictum*, että ilman nimenomaista osakasmeijerien välistä sopimustakin järjestelyä olisi pidettävä 6 §:ssä tarkoitettuna horisontaalisena kilpailunrajoituksena. Kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä[80] on todettu, että lain 6 §:n kielto tarkoittaa paitsi yritysten nimenomaisia sopimuksia tai tähän rinnastettavaa yhteisymmärrystä myös yritysten yhteiselinten ja yhteenliittymien päätöksiä tai vastaavia järjestelyjä, joilla rajoitetaan tai ohjataan horisontaalisessa tasossa yritysten kilpailukeinojen käyttöä. Kun osakasmeijerien välinen järjestely on luonteeltaan kilpailunrajoituslain 6 §:ssä tarkoitettua horisontaalista yhteistyötä, ei 6 §:n soveltamista estä se, että järjestely juridisesti toteutetaan yhteisen markkinointiyhtiön avulla.[81]

Sen sijaan *Teosto ry:n* asiassa[82] kilpailuneuvosto katsoi kilpailuvirastosta poiketen, ettei tekijänoikeusyhdistyksen sääntömääräistä toimintaa tekijänoikeuksien kollektiivisessa hallinnoinnissa ollut pidettävä kilpailunrajoituslain 6 §:ssä kiellettynä samalla tuotantoportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välisenä horisontaalisena yhteistyönä, eikä yhdistyksen toiminnan jatkaminen siten edellyttänyt 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa.

Teosto toimii välittäjänä yksittäisten oikeudenhaltijoiden ja musiikin käyttäjien välissä. Teosto kerää yhteen yksittäisten oikeudenhaltijoiden tekijänoikeudet, jalostaa niistä yhtenäisen kokonaisuuden niputtamalla oikeudet yhteen ja myy kokonaisuuden musiikin käyttäjille. Teosto perii myös korvaukset käyttäjiltä ja tilittää ne oikeudenhaltijoille. Teostoa oli pidettävä kilpailuneuvoston mukaan itsenäisenä elinkeinonharjoittajana, joka itse määrittelee perimiensä korvausten tason ja muut sopimusehdot. Tekijänoikeuksien täysimääräinen hyödyntäminen ei olisi ollut mahdollista ilman oikeudenhaltija- ja käyttäjämarkkinoiden välissä toimivaa välittäjäorganisaatiota. Teoston ja sille valtakirjan luovuttaneiden oikeudenhaltijoiden välillä vallitsi vertikaalinen asiakassuhde. Ratkaisuun vaikutti se, että oikeuksien niputtaminen yhteen loi yksittäisten oikeudenhaltijoiden tarjoamasta tuotteesta selvästi jalostetumman version. Teoston tarjoaman tuotteen jalostusarvo ilmeni käytön helppoutena ja tarjolla olevan ohjelmiston täydellisyytenä. Vaihdannan kohteena on avoin esityslupa, jonka hintaa sisältyy useiden tuhansien erillisten musiikkiteosten esittämisoikeus. Yksittäisellä musiikkiteoksella oli tällöin avoimen esitysluvan tarjonnassa vähäinen merkitys.

Toisin kuin jäsenmeijerit Valion tapauksessa, jossa osakasmeijerit pystyivät myös itse markkinoimaan tuotteitaan, yksittäiset oikeudenhaltijat eivät olisi voineet tarjota samaa tai edes verrannollista hyödykettä musiikin käyttäjille. Tämä johtui siitä, että yksittäisen oikeudenhaltijan oikeudet muodostavat vain hyvin pienen osan Teoston tarjoamasta kokonaisuudesta. Oikeuksien yhteen niputtaminen välittäjäorganisaation toimesta vasta mahdollisti massaoikeuksien laajamittaisen hyödyntämisen. Musiikkia esitetään tuhansissa paikoissa ja sitä tallennetaan lukuisille eri välineille, äänitteisiin, eloku-

---

[80] HE 162/1991 vp, s. 10.

[81] Vastaavan sisältöinen ratkaisu on tehty myös tapauksessa *Finnpap*, d:o 21/359/95, kilpailuneuvoston päätös 6.6.1997.

[82] D:o 5/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995, Kuoppamäki (1996) s. 442.

viin, mainoksiin ja radio- ja televisioyritysten käyttöön. Yksittäisillä oikeudenhaltijoilla ei ollut teknisiä mahdollisuuksia valvoa oikeuksiensa hyödyntämistä eikä taloudellisia edellytyksiä neuvotella kaikkien käyttäjien kanssa. Musiikin käyttäjät eivät pystyisi hankkimaan teosten käyttölupia suoraan kaikilta tekijöiltä itseltään. Laajamittainen tekijänoikeuskorvauksista sopiminen suoraan musiikin käyttäjien ja oikeudenhaltijoiden välillä edellyttäisi niin suurta määrää yksittäisiä sopimuksia, että sitä olisi syntyvien transaktiokustannusten korkeuden vuoksi pidettävä epärealistisena vaihtoehtona Teoston toiminnalle. Kun Teoston jäsenet eivät kukin tahollaan itse olisi voineet huolehtia jakelusta Teostoon rinnastettavalla tavalla, kyse ei ollut lain 6 §:ssä tarkoitetusta kilpailunrajoituksesta. Pikemminkin yhteistyö loi uudenlaisen hyödykkeen.

Lain 6 §:n sijasta Teoston sääntömääräinen perusliiketoiminta kuului lain 3 §:n 2 momentin piiriin. Teostolla on määräävä markkina-asema säveltaiteen tekijänoikeuksien kollektiivisessa hallinnoinnissa; aseman väärinkäyttö on kiellettyä niin käyttäjiin kuin oikeudenhaltijoihin nähden. Vastaava päätös on *tehty Gramex ry:n* osalta.[83] Rajanvetoa toiminnan horisontaalisen tai vertikaalisen luonteen välillä on käyty myös toimialaliittojen osalta. Tapauksessa *Vateva ry ja Tekstiilikauppiaiden Liitto ry*[84] yhdistykset olivat sopineet maksuehtosuosituksesta, jota noudatettaisiin myyjinä toimivien vaatteiden valmistajien ja vaatteita ostavien liikkeiden välisissä liikesuhteissa. Liitot katsoivat kyseessä olevan vertikaalisen suosituksen, koska sopijajärjestöt edustavat eri tuotantoportaalla toimivia elinkeinonharjoittajia, joiden välisissä vertikaalisissa suhteissa suositusta sovellettaisiin. Kilpailuvirasto ja kilpailuneuvosto katsoivat, että kyseessä on horisontaalinen hintasuositus, joka on erikseen vahvistettu kummassakin liitossa samalla portaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välillä. Kyse ei ollut vertikaalisesta rajoituksesta, vaan kahdesta erillisestä horisontaalisesta hintasuosituksesta.

Suomessa vertikaaliset kilpailunrajoitukset kuuluvat väärinkäyttöperiaatteen piiriin. EY:ssä niihin sovelletaan kieltoperiaatetta, joskin suhtautuminen on viime vuosina lieventynyt. Relevantteja ryhmäpoikkeuasetuksia on muutettu sallivampaan suuntaan. Voidaankin todeta, että myös EY:n kilpailuoikeudessa vertikaaliseen yhteistyöhön suhtaudutaan nykyisin horisontaalista yhteistyötä lievemmin. Taustalla on ajatus, että kilpailevien yritysten yhteistoimintaan tulee suhtautua ainakin lähtökohtaisesti epäilevästi, koska kilpailunrajoituspotentiaali on näissä tilanteissa suurin. Sen sijaan tavallisimmat vertikaaliset sopimukset liittyvät pikemminkin transaktiokustannusten minimoimiseen ja tarkoituksenmukaisen jakelutien valintaan. Niihin suhtaudutaan sallivasti edellyttäen, että osallisilla yrityksillä ei ole merkittävää markkinavoimaa ja sopimus ei sisällä selvästi kilpailua rajoittavia ehtoja (esim. tietyn tai alimman sallitun myyntihinnan vahvistaminen). Yhteistyön luonnehtiminen horisontaaliseksi tai vertikaaliseksi voi olla hyvinkin relevanttia tapauksen kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta.

---

[83] D:o 3/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995, Kuoppamäki (1996) s. 414.
[84] D:o 5/359/96, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1997.

Kartellikielto koskee kaikkia oikeudellisia yhteistyömuotoja. Kilpailuoikeudellisen yleisperiaatteen mukaan ratkaisevia ovat yhteistyön tavoitteet, sisältö ja vaikutukset markkinoilla, ei se, missä juridisessa muodossa yhteistyötä harjoitetaan. Kyseeseen tulevia yhteisömuotoja ovat eri yhtiömuodot, osuuskunta ja taloudellinen tai aatteellinen yhdistys.[85] Toisaalta kilpailunrajoituslaki ei edellytä elinkeinonharjoittajan yhteenliittymältä oikeushenkilöllisyyttä. Kyseessä voi olla myös tiettyä taloudellista tarkoitusta varten perustettu löyhempi yhteenliittymä. Jotta kyse on yhteenliittymästä, tulee toiminnan kuitenkin olla suunnitelmallista ja vakiintunutta. Myöskään EY-oikeudessa yritysten yhteenliittymän käsite ei riipu järjestelylle annetusta oikeudellisesta muodosta tai siitä, onko yhteenliittymällä oma oikeushenkilöllisyys vai ei.[86]

1.3.3.2.2 Toimialajärjestöjen hintasuositukset

Kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdassa kielletään nimenomaisesti hinnoista sopimisen ohella myös hintojen suosittaminen, vaikkei suosituksen noudattamista mitenkään valvottaisi tai sen rikkomisen varalta olisikaan sanktioita. Sama pätee esimerkiksi markkinoiden jakamista, tuotannon rajoittamista tai tietyn elinkeinonharjoittajan boikotoimista koskevien suositusten antamiseen.[87] Kartellikiellon käytännöllisen tehokkuuden turvaamiseksi on lähdetty siitä, ettei toimenpiteen tuomittavuutta kytketä menettelylle annettuun juridiseen muotoon. Tätä voidaankin pitää taloustieteellisesti perusteltuna. Kiellon ulottamista suosituksiin on perusteltu myös sillä, että käytännössä hintasuosituksella on usein sama vaikutus kuin nimenomaisella hintasopimuksella.[88]

Toimialaliittojen hintasuositukset kuuluvat myös 81 (1) artiklan soveltamisalaan. Käytännössä toimialajärjestöjen hintasuosituksiin ei näytetä puututun EY:ssä yhtä usein kuin Suomessa. Tämä voi selittyä sillä, että yksittäisten toimialajärjestöjen antamat hintasuositukset eivät välttämättä täytä kauppavaikutuskriteeriä, mikä estäisi 81 artiklan soveltamisen. Käytännössä merkittä-

---

[85] Kun elinkeinonharjoittajan ja niiden yhteenliittymän käsite on yhtenäinen vuosien 1992 ja 1988 laeissa, aiemman lain esitöitä voidaan hyödyntää myös määriteltäessä sanottujen termien merkityssisältöä myöhäisempää lakia sovellettaessa.

[86] Ks. esim. Leivo/Leivo (1997) s. 36 mainittuine oikeustapauksineen.

[87] Riittävää on sen todentaminen, että suositus koskee samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välistä, 6 §:ssä tarkoitettua toimintaa. Mikäli kyse on 6 §:n 2 kohdassa tarkoitetusta muusta kuin hintoja koskettavasta suosittamisesta, menettely saattaa jäädä kiellon ulkopuolelle. Sen sijaan aiemmin Suomessa maantapana olleet toimialajärjestöjen hintasuositukset on lievässäkin muodossa yksiselitteisesti kielletty. Hintasuositusten tehokkuutta lisäävät vaikutukset voidaan ottaa huomioon poikkeuslupaharkinnan yhteydessä.

[88] Hintasuosituksista elinkeinonharjoittajat saavat tiedon odotetusta tasosta ja ennusteen kilpailijoiden toiminnasta. Suosituksen alittaminen voidaan myös kokea moraalisesti arveluttavaksi epäreiluksi kilpailuksi. On havaittu, että suositusten seurauksena hinnoittelu yhtenäistyy ja hintakilpailu vähenee. On huomattava, että hintasuosituksen lainvastaisuus ei edellytä sen selvittämistä, kuinka laajalti hintasuositusta tosiasiallisesti noudatetaan tai jääkö se ehkä kuolleeksi kirjaimeksi.

vämpi syy lienee, ettei komissio ole katsonut mielekkääksi uhrata resursseja kaikkien vastaantulevien hintasuositusten alas ajamiseen, sillä niihin voidaan puuttua kansallisten viranomaisten toimesta.[89] Huomiota on kiinnitetty myös siihen, ovatko yritykset suosituksia noudattaneet. Mikäli suositukset ovat tosiasiallisesti ohjanneet yritysten toimintaa, kyse on yhdistyksen päätöksestä ja 81 artiklan soveltuminen on selvää.[90] Uudemmassa käytännössä kiinnitetään tosiasiallisten vaikutusten ohella huomiota myös siihen, että suositus luonteensa puolesta on omiaan vaikuttamaan ohjaavasti yritysten käyttäytymiseen.[91] Voidaan todeta, että päätöksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan käsitettä on EY-käytännössä laajennettu tavalla, joka käytännössä kaventaa 6 §:n ja 81 artiklan välisen juridisen eron pieneksi. Vaikka hintasuositus ei olisikaan sitova, ei se estä 81.1 artiklan soveltamista.[92] Käytännössä toimialajärjestöjen hintasuosituksiin on puututtu hanakammin kotimaassa, mikä selittyy nimenomaisen kieltosäännöksen ohella sillä, että suositukset usein rajoittuvat yhden jäsenmaan alueelle, mikä tekee niistä luontevan työkentän kansallisille viranomaisille.

1.3.3.3 Yhdenmukaistettu toiminta

Nimenomaisten sopimusten ja yhteenliittymien päätösten ohella kiellettyä on myös toiminnan *yhdenmukaistaminen*. RS 81 (1) artiklassa puhutaan "yhdenmukaistetuista toimenpiteistä", kilpailunrajoituslain 6 §:ssä "sopimuksiin tai päätöksiin rinnastettavasta menettelystä". Tällä tarkoitetaan menettelytapoja, joilla yritykset ilman nimenomaista sopimusta keskinäisin kontaktein tarkoituksellisesti vaikuttavat toistensa tulevaan kilpailukäyttäytymiseen.

---

[89] Kyse ei liene EY:n komission kannalta prioriteettikysymyksestä. EY-tasolla hintasuositukset näyttävät yleensä nousseen esille etupäässä vakavampien kartellien liitännäisenä tai EY-tuomioistuimen 234 artiklan perusteella ratkaisemina ennakkoratkaisukysymyksinä.

[90] Ks. esim. Emmerich kirjassa Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrechtskommentar (1997) s. 149. Emmerichin mukaan (saksalaisessa) kirjallisuudessa lähes yksimielinen kanta on se, että yritysten yhteenliittymien jäseniä sitomattomat päätökset rikkovat 81.1 artiklaa vain, mikäli suositus on tosiasiallisesti sitova. Toisaalta sitomaton suositus voi Emmerichin mukaan muodostaa kielletyn yhdenmukaistetun toimenpiteen. Vrt. Kalliomaa-Puha (1995) s. 44, jossa hieman yksioikoisesti todetaan, että "EY:n käytännössä suosituksia on pidetty RS [85] artiklan mukaisina päätöksinä, vaikka ne eivät ole sitovia". Vrt. myös Bellamyn ja Childin nimeä kantavan kommentaariteoksen uusinta painosta (2001, s. 60), jonka mukaan "[t]he concept of decision includes the rules of of the association in question, decisions binding upon members and recommendations, and in fact anything which accurately reflects the association's desire to co-ordinate it's members' conduct in accordance with its statutes. Agreements implemented within the framework of the association concerned may be analysed either as 'decisions' of that association or agreements between the members."

[91] Muussa tarkoituksessa suosituksia tuskin viitsittäisiinkään antaa. Suositukset lähentyvät oikeudellisesti yhdenmukaistettuja menettelytapoja.

[92] Ks. esim. *Verband der Sachversicherer*, EYVL 1985 L 35/20, 85/85, Kok. 1988 IV s. 264; *Fenex*, EYVL 1996 L 181/28.

Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa on pohdittu laajalti kysymystä sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan välisestä erosta. Taustalla oli ajatus, jonka mukaan sopimus (tahtojen yhtyminen) muodostaisi kartellikiellon varsinaisen pääkohteen ja yhdenmukaistettu menettelytapa koskisi poikkeustilanteita, joissa kartellia vakautettaisiin sitä tukevilla toimenpiteillä.[93] Vielä 1970-luvulla pohdittiin laajalti sitä, mistä alkaen voidaan puhua sopimuksesta 81 (1) artiklan merkityksessä ja milloin kyse on "vain" yhdenmukaistetusta menettelytavasta. Periaatteessa sopimusta voitaisiin pitää yhdenmukaistettua menettelytapaa raskaampana rikkomuksena, mutta tosiasiassa seuraamusharkinta tehdään kaikkien asiaan vaikuttavien seikkojen pohjalta suoritettavan kokonaisharkinnan perusteella.[94] Tarkan rajan tekeminen sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan välillä ei ole mahdollista, muttei myöskään välttämätöntä, koska kummassakin tapauksessa kartellikielto soveltuu.[95] Oikeuskehitys näyttäisi kaventaneen sopimuksen ja yhdenmukaistetun toimenpiteen välisen eron siinä määrin ohueksi, ettei kysymyksen laajempi pohtiminen vaikuta enää tarkoituksenmukaiselta.[96] Erottamalla *"yhdenmukaistetun menettelytavan"* käsite "yritysten välisten sopimusten" tai "yritysten yhteenliittymien päätösten" käsitteistä ilmeisenä tarkoituksena on *vetää kartellikiellon piiriin kattavasti kaikkinaiset yhteistoiminnan muodot siitä riippumatta, mihin kategoriaan yhteistyö ehkä siviilioikeudellisesti voitaisiin luokitella.* Tarkoituksena on se, että 81 artiklan kiellot kattaisivat kaikki yritysten yhteistyön eri muodot.[97]

Ratkaiseva kysymys kuuluu, täyttääkö menettely *jonkin* 81 (1) artiklassa kielletyn menettelytavan tunnusmerkistön. Kilpailunrajoituslain 6 § tai RS 81 artikla eivät kuitenkaan estä sitä, että yritykset seuraavat kilpailijoidensa toimintaa markkinoilla ja reagoivat siinä tapahtuneisiin muutoksiin. Kyse ei ole kartellikiellon alaisesta toiminnasta, jos yritys päättää toiminnastaan itsenäisesti ja ilman että kilpailijat olisivat esimerkiksi vaihtaneet luottamuksellista hintatietoja. *Kilpailijoiden seuraaminen* ja tästä aiheutuva käyttäytymisen yhdenmukaisuus ei ole kiellettyä. Jotta toiminta kuuluu kieltotunnusmerkistön piiriin,

---

[93] Julkisasiamies Reischl totesi jo 1980-luvun alussa, että on vähän syytä pohtia sitä, mihin sopimus päättyy ja mistä yhdenmukainen menettelytapa alkaa. Ks. julkisasiamies Reischelin ratkaisuehdotusta tapauksessa *Van Landewyck v. komissio*, Kok. 1980 s. 3125.

[94] Nykyään komissio ei yleensä erikseen täsmennä sitä, miltä osin kyse on sopimuksesta ja miltä osin yhdenmukaistusta toimenpiteestä.

[95] Pais Antunes toteaa, että sopimuksella tarkoitetaan yritysten toisilleen ilmaisemaa yhteistä tarkoitusta hinnoitella yhdenmukaisesti, kun taas yhdenmukaisen menettelytavan tunnusmerkistön täyttymiseen riittää osallistuminen kokouksiin, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua. Ks. Pais Antunes (1991) s. 74.

[96] Samaan lopputulokseen päätyy Antunes, jonka mukaan historiallisella erolla sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan välillä ei enää tulisi olla merkitystä, vaan kyseessä on "distinction without a difference". Ks. Pais Antunes, Yearbook of European Law (1991) s. 57.

[97] EY-tuomioistuimen päätös asiassa *ANIC* (1999), C-49/92/P kohta 112; ks. vastaavasti väriainejuttu, tuomion kohta 64.

edellytetään yhteistyötä tai vähintään hinnoittelua koskevien päätösten signalointia kilpailijoille. Omaehtoinen kilpailijoiden seuraaminen ja tästä aiheutuva *yhdenmukainen* käyttäytyminen ei ole kiellettyä.

> EY:n tuomioistuimen määritelmän mukaan *yhdenmukaistetulla menettelytavalla* tarkoitetaan "yritysten välisen yhteistoiminnan muotoa, jolla tietoisesti korvataan kilpailun riskit *käytännön yhteistyöllä* ilman, että asiasta olisi tehty sopimusta".[98] Toisin sanoen, yhdenmukaistettu menettelytapa on itsenäinen kieltotunnusmerkistö eikä vain tapa todistaa, että yhtiöiden välillä olisi syntynyt sopimus. Erona edellä käsiteltyyn sopimukseen yritykset eivät ole edes moraalisesti sitoutuneet yhteistoimintaan. Yhdenmukaistettu menettelytapa sijoittuu sopimuksen ja itsenäisen toiminnan välimaastoon. Jotta kyse on kielletystä toiminnasta, yritysten välillä täytyy olla *yhteydenottoja* ja niiden tulee *koordinioida* keskinäistä käyttäytymistään. EY:n tuomioistuimen mukaan yhteensovittamisen ja yhteistyön kriteerejä on tarkasteltava "sellaisesta perustamissopimuksen kilpailua koskeville määräyksille ominaisesta näkökulmasta, jonka mukaan jokaisen yrityksen on itsenäisesti määrättävä yhteismarkkinoilla noudatettavaksi aikomastaan toimintalinjasta".[99] Vaikka 81 artikla ei sulje pois yritysten oikeutta "sopeutua tehokkaasti kilpailijoidensa todettuun tai odotettuun käyttäytymiseen" – eli omaehtoista kilpailijoiden seuraamista – itsenäisyysvaatimuksen kanssa on kuitenkin "ehdottomasti ristiriidassa", että tällaiset yritykset olisivat minkäänlaisessa suorassa tai epäsuorassa yhteydessä keskenään. Kielletyssä yhteydenpidossa pyritään joko suoraan vaikuttamaan aktuaalisen tai potentiaalisen kilpailijan markkinakäyttäytymiseen tai paljastamaan kilpailijalle päätetty tai suunnitteilla oleva markkinakäyttäytyminen oletuksella, että tämä saamansa tiedon valossa sopeuttaa omaa toimintaansa. Tällaisten yhteydenottojen tarkoituksena tai vaikutuksena on sellaisten kilpailuolosuhteiden muodostuminen, jotka eivät vastaa "tavanomaisia" olosuhteita kyseisillä markkinoilla, kun otetaan huomioon tarjottujen tuotteiden tai palveluiden luonne, yritysten merkittävyys ja lukumäärä sekä kyseisten markkinoiden laajuus.[100] Yhdenmukaistetun menettelytavan käsite kattaa paitsi yritysten välisen yhteistoiminnan, myös tätä yhteistoimintaa seuraavan markkinakäyttäytymisen ja näiden kahden seikan välisen syy-yhteyden.[101]

Rooman sopimuksen 81 artiklan tavoin kilpailunrajoituslain 6 § ei estä sitä, että yritykset seuraavat kilpailijoidensa toimintaa markkinoilla ja reagoivat siinä tapahtuneisiin muutoksiin. Kyse ei ole kartellikiellon alaisesta toiminnasta, jos

---

[98] Alun perin määritelmä annettiin väriainetapauksessa *(Dyestuffs)*, 48/69, Kok. 1972 s. 619, tuomion kohta 2. Kursiivi kirjoittajan. Määritelmä on tämän jälkeen toistettu useammassa tuomioissa. Ks. esim. *Suiker Unie* ym. v. komissio, tuomion 26 kohta; *A. Ahlström Osakeyhtiö* ym. v. komissio C-89/85 *(Wood Pulp)*, Kok. 1993, s. I-1307, 63 kohta.

[99] *Suiker Unie ym. v. komissio*, tuomion 173 kohta; asia 172/80, *Züchner*, tuomio 14.7.1981, Kok. 1981, s. 2021, 13 kohta; *Ahlström Osakeyhtiö ym.* v. komissio, tuomion 63 kohta; *John Deere v. komissio*, C-7/95, tuomion 86 kohta.

[100] Ks. *Suiker Unie ym. v. komissio*, tuomion 174 kohta; *Zürchner*, tuomion 14 kohta; *John Deere*, tuomion 87 kohta.

[101] Ks. esim. *ACF Chemiefarma*, 41/69, tuomion 112 kohta.

yritys päättää toiminnastaan itsenäisesti ja ilman että kilpailijat olisivat esimerkiksi vaihtaneet luottamuksellista hintatietoja. Kilpailijoiden seuraaminen ja tästä aiheutuva käyttäytymisen yhdenmukaisuus ei ole kiellettyä. Jotta toiminta kuuluu kieltotunnusmerkistön piiriin, edellytetään yhteistyötä tai vähintään hinnoittelua koskevien päätösten signalointia kilpailijoille. Kilpailunrajoituslain 6 §:ää koskevassa hallituksen esityksessä[102] sopimuksia vastaavien järjestelyjen kieltämistä perustellaan toteamalla, että kartellikielto koskee

> "...sekä yritysten nimenomaisia sopimuksia tai tähän rinnastettavaa yritysten yhteisymmärrystä kuin myös yritysten yhteenliittymien päätöksiä tai vastaavia järjestelyjä, joilla rajoitetaan ja ohjataan horisontaalisessa tasossa yritysten kilpailukeinojen käyttöä. Siten yrittäjien yhteistoiminta voi perustua nimenomaiseen tai hiljaiseen sopimukseen, niin sanottuun herrasmiessopimukseen. Tällaisen yhteisymmärryksen merkkinä voi olla yhdenmukainen käyttäytyminen, jota toisaalta voi esiintyä myös oligopolistisilla markkinoilla, jossa harvat yrittäjät seuraavat ja myötäilevät kilpailijoidensa käyttäytymistä. Pelkkä kilpailijoiden käyttäytymisen seurailu ei ole säännöksessä kiellettyä toimintaa."

Rajanveto näyttäisi lähtökohtaisesti vastaavan EY:n tuomioistuimen määritelmää. Kiellettävyys edellyttää vähintäänkin suoria tai epäsuoria kontakteja tai ainakin hinnoittelua koskevien päätösten signalointia kilpailijoille.[103] Omaehtoinen kilpailijoiden toimintaan sopeutuminen ei ole kiellettyä.[104] Hiljaisen sopimuksen ja herrasmiessopimuksen rinnastaminen toisiinsa vaikuttaa hieman epätarkalta.[105] Sen sijaan hyvin merkittävänä on pidettävä rajanvetoa kielletyn

---

[102] HE 162/1991 vp s. 10.

[103] Kuoppamäki, Kilpailuoikeuden perusteet (2000) s. 62–63, 71–72.

[104] Määritelmässä viitataan sekä juridiseen rajanvetoon kielletyn ja sallitun kolluusion välillä (yhteistoiminta/itsenäisyys) että kielletyn yhteistoiminnan todistamiseen (suora tai epäsuora asiakirjanäyttö, todistajanlausunnot tms./markkinarakenteen ja yritysten käyttäytymisen perusteella saatu taloudellinen näyttö). Sitaatin perusteella todisteena kielletystä yhteistyöstä voidaan vedota myös taloudelliseen näyttöön. Kun pelkkä yhdenmukainen käyttäytyminen ei kuitenkaan ole kiellettyä, asettaa se tosiasiallisesti rajat pelkän taloudellisen näytön hyödyntämiselle. Lain esityöt ovat siinä määrin niukat, että sallitun ja kielletyn välisen eron määrittäminen ja näyttökynnyksen asettaminen jää käytännössä oikeuskäytännön varaan. Kilpailuoikeuden erityisongelmat huomioon ottaen tätä ei voida pitää puutteena. Todennäköisesti parempi lopputulos saadaan delegoimalla kysymys lainkäyttäjän ratkaistavaksi. Tämä taas asettaa lainkäytölle erityisiä harkinnan dynaamisuutta, perustelujen yksityiskohtaisuutta ja vaadittavaa taloudellista analyysia koskevia vaatimuksia. Rajojen vetäminen edellyttää punnintaa kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehokkuuden ja asianosaisten oikeusturvan välillä. Tulkintojen pitää olla yhtäältä joustavia ja toisaalta ennakoitavissa olevia.

[105] Oikeustoimilain mukaan sitova sopimus voi syntyä paitsi osapuolten yhtäpitävien tahdonilmaisujen perusteella, myös hiljaisesti esim. siten, että osapuoli toimii toisen esittämällä tavalla, jolloin sopimus johdetaan toisen tahdonilmaisusta ja toisen käyttäytymisestä. Herrasmiessopimus on tätä laajempi käsite. Herrasmiessopimuksena voidaan pitää esim. sosiaalista velvoitetta maksaa pelivelka, joskaan velvoitetta ei saada tuomioistuimessa vahvistetuksi. Viittaaminen herrasmiessopimukseen viittaa siihen, että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut EY-oikeuden ta-

yhdenmukaistetun ja sallitun yhdenmukaisen käyttäytymisen välillä. Itsenäinen kilpailijoiden seuraaminen ei ole kiellettyä. Määritelmässä todetaan, että merkkinä kielletystä yhteisymmärryksestä voidaan pitää yhdenmukaista käyttäytymistä, mutta samanlaisuus saattaa selittyä myös markkinoiden oligopolisuudella. Määritelmässä ei näytettäisi otetun kantaa siihen, voidaanko kartelli todentaa pelkän taloudellisen näytön perusteella. Kieliopillisesti määritelmä näyttäisi viittaavan siihen, että kyse olisi lähinnä indisiosta. Kysymykseen palataan jäljempänä.

1.3.4 Kilpailun rajoittumisen tuntuvuus

Usein kilpailuoikeudessa kartellikieltoa rajoitetaan pienten ja keskisuurten yritysten perusluonteeltaan teknisen yhteistyön edistämiseksi erityisellä de minimis -säännöllä. Vaikka 81 artiklan 1 kohdassa kielletään periaatteessa kaikki sopimukset, jotka voivat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla, EY:n tuomioistuin on kuitenkin täsmentänyt, että tätä määräystä ei sovelleta silloin, kun sopimuksella ei ole *tuntuvaa* vaikutusta yhteisön sisäiseen kauppaan tai kilpailuun.[106]

EY:n komissio antoi 1970 ensimmäisen tiedonantonsa vähämerkityksellisistä sopimuksista.[107] Viimeksi vuoden 2001 lopulla uusitussa tiedonannossa[108]

---

voin kattava sopimuksen määritelmä, joka kattaa myös oikeustoimilain perusteella sitomattomat järjestelyt. Kilpailuoikeudellisen sopimuksen käsitteen osalta voidaan viitata edellä annettuun kolmiosaiseen määritelmään. Kuten edellä on todettu, rajanveto "sopimuksen" ja "sopimukseen rinnastettavan menettelytavan" välillä ei ole kilpailuoikeudellisesti erityisen merkittävä. Kyse on vain kiellettävyyden eri asteista.

[106] EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Völk v. Vervaecke* (5/69, Kok. 1969 s. 295), että kilpailuvaikutuksiltaan mitättömät sopimukset jäävät 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle. Tapauksessa kyse oli pesukoneiden jälleenmyyntiä koskevasta absoluuttisesta aluesuojasta. Völkin valmistamien pesukoneiden markkinaosuus oli koko yhteisön alueella ainoastaan 0,2 prosenttia. Vervaecken osuus jälleenmyyntialueillaan Belgiassa ja Luxemburgissa oli noin 0,6 prosenttia. Ks. tuomion kohdat 5–7. Ks. toisaalta esim. *Javico v. Yves Saint Laurent*, C-306/96, Kok. 1998 s. I-1938, tuomion kohdat 16–17. Kirjallisuudessa on kiisteltyä, tuleeko sopimuksella olla tuntuvia vaikutuksia niissäkin tilanteissa, joissa sopimuksen nimenomaisena tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen. Tällä kannalla esim. Faull ja Nikpay (1999) s. 83–85. Toisen kannan mukaan 81 artiklan 1 kohdassa kielletään sopimukset, joiden tarkoituksena *tai* vaikutuksena on kilpailun rajoittuminen. Ks. esim. Bellamy/Child (2001) s. 98–102. Itse olen jälkimmäisellä kannalla. Jo 81 artiklan sanamuoto osoittaa, että kilpailun rajoittamistarkoitus ja vaikutukset ovat vaihtoehtoisia tunnusmerkistöjä. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tietyt hard core -kilpailunrajoitukset, esim. puhtaat kartellit ja vientikiellot, ovat kiellettyä niiden vaikutuksista huolimatta. Eri asia on, että käytännössä sopimuksella vain harvoin on yksi tarkoitus. EY:n komissio voi asettaa painopistealueita mm. ottaen huomioon kilpailunrajoitusten vakavuuden ja vahingon sekä mahdollisuudet puuttua samoihin rajoituksiin kansallisten viranomaisten toimesta.

[107] Ks. esim. Goyder (1998) s. 107–111.

[108] EYVL C 368/7, 22.12.2001.

määritellään tilanteet, joissa yritysten väliset sopimukset eivät ole perustamissopimuksen nojalla kiellettyjä. Komission ei tarvitse tutkia sopimuksia, joilla ei ole kilpailupolitiikan kannalta suurta merkitystä, vaan se voi keskittyä ongelmallisempiin sopimuksiin. Samalla vähennetään erityisesti pienille yrityksille aiheutuvia hallinnollisia rasitteita. Uudessa tiedonannossa määritellään markkinaosuusrajojen avulla tilanteet, joissa kilpailunrajoitus *ei* ole tuntuva eli joissa sopimus ei ole kielletty 81 artiklan 1 kohdan nojalla.[109] Kilpailuongelmia ei yleensä aiheudu, jos yrityksillä ei ole tiettyä vähimmäismarkkinavoimaa.

Komission käyttämä markkinaosuusraja on vuosien saatossa noussut. Raja oli pitkään 5 %. Tämä raja mainitaan myös kilpailunrajoituslain esitöissä.[110] Kilpailijoiden välisten horisontaalisten sopimusten markkinaosuusraja on nykyään 10 prosenttia; vertikaalisten sopimusten osalta noudatetaan 15 prosentin rajaa.[111] Tiedonannon mukaan pienten ja keskisuurten yritysten välisillä sopimuksilla on harvemmin tuntuvaa vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[112] Suomessa de minimis -sääntöä ei ole puettu aineellisoikeudelliseksi säännöksi vaan kilpailuviraston toimimisvelvollisuutta koskevaan muotoon. Kilpailunrajoituslain 12 §:n mukaan kilpailuvirasto voi olla ryhtymättä toimenpiteisiin, jos kilpailunrajoituksella on vain vähäinen vaikutus taloudelliseen kilpailuun.[113] Periaatteellisesta erosta huolimatta kummassakin järjestelmässä säännön tarkoituksena on karsia kilpailuoikeudellisen puuttumiskynnyksen ul-

---

[109] Komissio ei aloita pyynnöstä eikä omasta aloitteestaan menettelyä tämän tiedonannon soveltamisalaan kuuluvissa tapauksissa. Kun yritykset olettavat vilpittömässä mielessä sopimuksensa kuuluvan tämän tiedonannon soveltamisalaan, komissio ei määrää sakkoja. Tiedonannon tarkoituksena on myös antaa jäsenvaltioiden tuomioistuimille ja viranomaisille 81 artiklan soveltamista koskevia ohjeita, jotka eivät kuitenkaan velvoita niitä. On myös todettava, ettei tiedonanto sido EY:n tuomioistuinta.

[110] HE 243/1997 vp. Kilpailuviraston vähämerkityksellisiä kilpailunrajoituksia koskevassa tiedonannossa (ks. jäljempänä) todetaan, että monia vertikaalisen kilpailunrajoittamisen muotoja voidaan pitää vähämerkityksellisinä, vaikka osallisten yritysten markkinaosuus ylittäisi 5 %:n rajan. Lähtökohtaan voidaan sikäli yhtyä, että hallituksen esityksessä mainittua viittä prosenttia voidaan pitää vain karkeana nyrkkisääntönä, jonka tarkoituksena oli antaa konkreettista osviittaa sopimuksen ilmoittamista harkitseville yrityksille.

[111] Aikaisemmassa tiedonannossa sopimukset katsottiin vähämerkityksisiksi, jos sopimuspuolilla oli enintään 5 ja 10 prosentin markkinaosuudet. Uudessa tiedonannossa nämä ylärajat on korotettu 10 ja 15 prosenttiin. Asettamalla kaksi eri ylärajaa otetaan aikaisempaa vastaavalla tavalla huomioon, että kilpailijoiden väliset sopimukset johtavat yleensä helpommin kilpailun vastaisiin vaikutuksiin kuin sopimukset, joiden osapuolet eivät kilpaile keskenään.

[112] Aikaisempaa tiedonantoa ei sovellettu sopimuksiin, "jos kilpailua rajoittaa kyseisillä markkinoilla useiden valmistajien tai välittäjien keskenään tekemien samanlaisten sopimusten rinnakkaisen verkon kasautuva vaikutus" Käytännössä tämä tarkoitti, että panimo- ja öljyteollisuuden kaltaisilla aloilla toimivat yritykset eivät yleensä kuuluneet tiedonannon piiriin. Uudessa tiedonannossa vahvistetaan erityinen 5 prosentin markkinaosuusraja markkinoille, joilla on tällaisia samanlaisten sopimusten rinnakkaisia verkkoja.

[113] Säännös lisättiin lakiin 1.10.1998 voimaan tulleella lainmuutoksella (30.4.1998/303). Lainmuutoksen syynä oli se, että kilpailuvirasto koki epäselväksi, mitkä ovat sen valtuudet jättää käsittelemättä vähämerkityksellisiä kilpailunrajoituksia.

kopuolelle sellaiset tapaukset, joissa yritysten markkinavoima on niin pieni, ettei menettelyllä voi olla merkittäviä haittavaikutuksia ja joissa kyse ei ole paljaasta kilpailunrajoituksesta.[114]

Kilpailuviraston kilpailunrajoitusten vähämerkityksellisyyttä koskevassa tiedonannossa[115] korostetaan sitä, että vähämerkityksellisyyden arviointi edellyttää riittävän kattavaa tilanneanalyysia.[116] Tämä pitää sinänsä paikkaansa. Jos työekonomisista syistä halutaan siivilöidä etukäteen ajatellen vaarattomat tapaukset tutkimusten ulkopuolelle, tarvitaan suhteellisen karkeita sääntöjä, kuten markkinaosuus yhdistettynä tietyn menettelyn tyyppivaikutuksiin. Laajan analyysin tarvetta korostavasta lähestymistavasta ei ole tätä tarkoitusta silmällä

---

[114] Hallituksen esityksessä (HE 243/1997 vp.) 12 §:n 1 momentin viimeistä lausetta perustellaan seuraavasti: "Kilpailuviraston velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin ei koske sellaisia kilpailunrajoituksia, joilla on vain vähäinen vaikutus taloudelliseen kilpailuun. Toimenpiteisiin ryhtymättä jättäminen tulee kyseeseen silloin, kun kilpailunrajoituksesta huolimatta kilpailua kyseisillä markkinoilla voidaan kokonaisuudessaan pitää toimivana tai kun rajoituksella muutoin on kilpailun turvaamisen kannalta ainoastaan vähäinen merkitys. Kilpailuvirasto voi olla ryhtymättä toimenpiteisiin esimerkiksi tapauksissa, joissa kiellon vastaisesta toiminnasta on jo luovuttu ja joissa asian selvittämisellä ei olisi kilpailun turvaamisen kannalta tai rikkomuksen periaatteellisen hylättävyyden vuoksi merkitystä. Vähämerkityksellisyyttä arvioitaessa kiinnitetään erityistä huomiota epäillyn kilpailunrajoituksen vaikutukseen markkinoiden toimintaan, kuluttajien etuun ja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaamiseen. Lähtökohtaisesti kilpailunrajoituksella katsotaan olevan vähäinen merkitys taloudelliselle kilpailulle silloin, kun sopimuksen kohteena olevien tavaroiden ja palveluiden ja sopimuksen osapuolten muiden sellaisten tavaroiden ja palveluiden, joita käyttäjät pitävät ominaisuuksiltaan, hinnaltaan ja käyttötarkoitukseltaan vastaavina, markkinaosuus relevanteilla markkinoilla ei ylitä viittä prosenttia. Tällä on merkitystä erityisesti pk-yritysten yhteistyön kannalta. Kuitenkin paljaisiin kilpailunrajoituksiin, esimerkiksi kartelleihin puututaan myös silloin, kun mainittu markkinaosuusraja ei ylity. Kilpailunrajoituksen vähämerkityksellisyyden vuoksi, kilpailuvirasto voi myös jättää tekemättä lain 8 §:n 3 momentissa tarkoitetun seuraamusmaksuesityksen kilpailuneuvostolle. Arvioinnissa on otettava huomioon sekä rajoituksen vaikutukset kilpailun toimivuuteen että seuraamusmaksun määräämisen rangaistukselliset tavoitteet. Koska seuraamusmaksun määrääminen kielletyistä kilpailunrajoituksista on laissa omaksuttu pääsääntö, kilpailuvirasto voi jättää seuraamusmaksuesityksen tekemättä lähinnä tapauksissa, joissa lain aikaisemman soveltamiskäytännön perusteella on ilmeisen selvää, ettei kilpailuneuvosto tulisi seuraamusmaksua määräämään."

[115] Tiedonanto on painettu esim. teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 574–578.

[116] Kilpailuviraston tiedonannon kohdassa 3. vähämerkityksellisyyden arvioinnista todetaan kokoavasti seuraavaa: "Toimenpiteistä luopuminen rajoituksen vähämerkityksellisyyden vuoksi riippuu aina kunkin tapauksen ominaispiirteistä. Huomioon otetaan tekijöitä, jotka liittyvät esimerkiksi kilpailunrajoitustyyppiin, sen laajuuteen ja kestoaikaan, asianomaisten markkinoiden luonteeseen ja läpinäkyvyyteen, rajoitukseen osallistuvien asemaan markkinoilla, millaisin yksityisoikeudellisin oikeussuojakeinoin kilpailunrajoituksen kohteet voivat torjua rajoituksen vaikutuksia ja millaisia yleis- ja erityisestäviä näkökohtia yksittäiseen tapaukseen kuuluu. Luettelo ei ole tyhjentävä. Tapauksesta riippuen toimenpiteistä luopumiseen voi vaikuttaa ratkaisevasti myös esimerkiksi kilpailunrajoituksen soveltajan omat toimenpiteet rajoituksen lopettamiseksi ja haitallisten vaikutusten minimoimiseksi. Jos kilpailunrajoituksella tavoitellaan tai sen yksinomaisena seurauksena on kilpailun rajoittaminen, kynnys toimenpiteistä luopumiselle on korkeampi kuin niiden rajoitusten kohdalla, jotka voivat myös edistää kilpailua tai talouden tehokkuutta."

pitäen sanottavaa hyötyä.[117] Vähämerkityksellisiä kilpailunrajoituksia koskeva tiedonanto näyttää johtaneen kilpailuvirastossa uuden päätöstyypin syntymiseen, jossa suhteellisen yksityiskohtaisesti tutkitaan sitä, täytyisikö asiassa ryhtyä toimenpiteisiin. Työn järkeistämisen kannalta kilpailuviraston soveltamiskäytäntöä ei voida pitää erityisen onnistuneena. Nähdäkseni kilpailuviraston tulisi selvitystyössään keskittyä etupäässä sen selvittämiseen, että kilpailunrajoituksista epäiltyjen yritysten markkinaosuus on vaatimaton, että kyseessä ei ole paljas kilpailunrajoitus ja että puuttumiseen ei ole muuten erityistä syytä. Huomiota tulee kiinnittää myös muihin lain esitöissä mainittuihin näkökohtiin. Sen sijaan vähämerkityksellisyyttä koskeva päätös ei ole oikea paikka sen selvittämiselle, miten toimivaa kilpailu kokonaisuudessaan on tietyillä markkinoilla.

On huomattava, että paljaat kilpailunrajoitukset ovat sekä EY:n että Suomen kilpailuoikeudessa kiellettyjä markkinaosuuksista riippumatta.[118] Tällaisena pidetään erityisesti hinta- ja markkinoidenjakokartelleja, alhaisimman sallitun

---

[117] Stenborg toteaa, että "esityksen perustelujen mukaan eräänä päätöstyypin luomisen tärkeimmistä perusteista on viranomaisen resurssien käytön tehostaminen niin, että virasto voi keskittyä kilpailun toimivuuden tai yleisen edun kannalta merkittävien tapausten käsittelyyn. Virasto voisi siis todeta jo heti tutkimuspyynnön saatuaan ja ennen tarkemman selvitystyön aloittamista, että kyseessä on merkitykseltään vähäinen kilpailunrajoitus, jonka suhteen ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä mihinkään toimenpiteisiin. Tällaisessa tapauksessa päätös toimenpiteisiin ryhtymättä jättämisestä ja kilpailunrajoituksen vähäisestä merkityksestä perustuu vain yleisesti saatavilla oleviin tietoihin sekä tutkimuspyynnön tekijän mahdollisesti esittämiin faktoihin ja on siis arvio siitä, että vaikka kyseessä olisikin kilpailunrajoitus, sillä on vain vähäinen merkitys taloudelliselle kilpailulle." Ks. Stenborg s. 281–282, Kirjassa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 280–289. Tämän jälkeen Stenborg käsittelee varsin laajasti "vähämerkityksellisyyden" taloudellisia perusteita todeten, että kilpailunrajoitus on vähämerkityksellinen, kun 1. kilpailu on toimivaa (s. 283–286), 2. kilpailunrajoitus parantaa taloudellista tehokkuutta (s. 287–288) 3. kilpailurajoitukseen liittyvät taloudelliset intressit ovat pienet (s. 288–289) ja 4. rajoituksen kohteen on helppo välttää kilpailunrajoitus (s. 289). Näkemykseen, jonka mukaan de minimis -säännöllä tavoitellaan resurssien käytön tehostamista, voidaan yhtyä. Sen sijaan voidaan kysyä, miten jäljempänä samassa artikkelissa annettu toimenpideohjelma vastaa säännöksen tavoitteita. Kilpailun toimivuuden ja markkinoiden tehokkaan toiminnan selvittäminen on kunnolla suoritettuna hyvin suuritöistä. Itse asiasta näin pitkälle vietynä kyse lienee lähes yhtä laajasta analyysista kuin niissä kilpailunrajoituksissa, joiden osalta toimenpiteisiin ryhdytään. Selvittääkseen velvollisuutensa ryhtyä toimenpiteisiin 12 §:n nojalla viraston tulisi tehdä lähes sama selvitystyö kuin esim. määräävän aseman väärinkäyttöä koskevassa esityksessä markkinaoikeudelle. Stenborg toteaa (s. 283), että "periaatteellisella tasolla ratkaisua kilpailunrajoituksen vähäisestä merkityksestä ei voida tehdä pelkästään yhden tai edes muutaman tekijän perusteella, vaan markkinoita ja kilpailutilannetta tulee tarkastella kokonaisuutena" ja että "rajoitukseen osallisen yrityksen markkinaosuus tai alhainen liikevaihto ei sinällään ole riittävä kriteeri kilpailunrajoituksen vähäisen merkityksen perustaksi". Periaatteessa Stenborg on oikeassa, mutta kyse on erosta teorian ja käytännön välillä: mikäli vähämerkityksellisyyden selvittäminen edellyttää täydellistä kilpailuanalyysia, de minimis -säännöstä ei ole sanottavasti hyötyä kilpailuviranomaisen resurssien optimaalisen allokoinnin kannalta.

[118] EY:n kilpailuoikeuden soveltaminen kuitenkin edellyttää tällöinkin kauppavaikutuskriteerin täyttymistä. Ks. esim. vertikaalisia sopimuksia koskevien suuntaviivojen kohta 10.

määrähinnan asettamista sekä EY:ssä rinnakkaistuonnin estämiseen tähtääviä rajoituksia.[119] Lähestymistapaa voidaan pitää perusteltuna, sillä tarkoituksena on jättää toimenpiteiden ulkopuolelle sellaiset kilpailunrajoitukset, joista taloudellisen tietämyksen ja kokemuksen perusteella todennäköisesti ei voi aiheutua olennaista haittaa markkinoiden toimivuudelle. Kartellien osalta tämä edellytys ei täyty.

1.3.5 Kauppavaikutuskriteeri

RS 81 (1) artiklan soveltaminen edellyttää, että sopimusjärjestely voi vaikuttaa EU:n jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kauppavaikutuskriteeri toimii vedenjakajana 81 ja 82 artiklan sekä kansallisen kilpailulainsäädännön välillä. Mikäli kauppavaikutuskriteeri ei täyty, menettelytapaan voidaan soveltaa ainoastaan kansallista lakia. EY:n komission aineellinen toimivalta asiassa riippuu siten kauppavaikutuskriteerin täyttymisestä. Vaikutusperiaatteen nojalla saatetaan puuttua sellaistenkin yritysten sopimuksiin, jotka toimivat yhteisön alueen ulkopuolella. Tällöin edellytyksenä kuitenkin on, että sopimus on toimeenpantu tai sillä on vaikutuksia yhteisön alueella.[120]

Kauppavaikutus täyttyy, jos riittävän suurella todennäköisyydellä voidaan ennakoida, että sopimuksella voi olla välitön tai välillinen, aktuaalinen tai potentiaalinen vaikutus jäsenvaltioiden välisen kaupan rakenteeseen. Sopimuksen kilpailua rajoittavien vaikutusten tulee olla yhteismarkkinoiden kannalta merkityksellisiä.[121] Kauppavaikutus täyttyy käytännössä, jos sopimus *vaikuttaa kauppavirtoihin*, toisin sanoen jos sopimuksen seurauksena jäsenvaltioiden välinen kauppa kehittyy toisella tavalla kuin se olisi kehittynyt ilman sopimusta.[122] Kauppavaikutus täyttyy esim. jos järjestely nostaa toiseen jäsenvaltioon vietävän hyödykkeen hintoja, vaikeuttaa toisesta jäsenvaltiosta olevan elinkeinonharjoittajan markkinoille pääsyä tai rajoittaa tavaroiden tai palveluiden siirtymistä yli kansallisten rajojen.[123] Mikäli sopimus jakaa yhteismarkkinat osiin, kauppavaikutus on ilmeisen selvä, sillä yhteisöoikeuden tavoitteena on estää tällainen jakautuminen.[124] On korostettava sitä, ettei kauppavaikutuksia

---

[119] Tiedonannossa vahvistettu luettelo muiden kuin kilpailijoiden välisten sopimusten sisältämistä vakavimmista rajoituksista on sama kuin vertikaalisista sopimuksista annetussa ryhmäpoikkeusasetuksessa 2790/1999. Kilpailijoiden välisiin sopimuksiin sisältyvien vakavimpien rajoitusten luettelo vastaa erikoistumissopimuksista annettua ryhmäpoikkeusasetusta 2658/2000.

[120] Ks. *Ahlstöm v. komissio*, 89/85, Kok. 1988 s. 5193; *Gencor v. komissio*, T-102/96, Kok. 1999 s. II-879.

[121] Ks. esim. *Remia v. komissio*, 42/84, Kok. 1985 s. 2545, tuomion kohta 22.

[122] Ks. esim. *Frubo v. komissio*, 71/74, Kok. 1975 s. 563, tuomion kohta 38. Ks. myös esim. Bellamy/Child (2001) s. 120.

[123] Ks. esim. *Gosmé/Martell-DMP*, EYVL 1991 L 185/23.

[124] Ks. *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*, 56/65, Kok. 1966 s. 235.

täydy konkreettisesti osoittaa, vaan riittävää on sen näyttäminen, että sopimuksella *voi* olla tällainen vaikutus.[125] Kauppavaikutuksen ei tarvitse olla negatiivinen eli vähentää yhteisökauppaa. Myös positiiviset eli kauppaa lisäävät järjestelyt täyttävät kauppavaikutuksen. Tämä johtuu siitä, ettei kauppavaikutus sano vielä mitään sopimuksen hyödyllisyydestä tai haitallisuudesta, vaan vastaa ainoastaan siihen, kuuluuko järjestely yhteisöoikeuden alle vai ei.[126]

Kauppavaikutus täyttyy erityisen helposti, mikäli sopimus tai muu järjestely koskee tuonti- tai vientikauppaa tai mikäli osapuolet ovat eri jäsenvaltioista tai toimivat useammassa jäsenvaltiossa.[127] Yksi esimerkki toimimisesta useammassa maassa on EY:n laajuinen jakeluverkosto. Kuitenkin kauppavaikutus voi täyttyä, vaikka kaikki sopijapuolet toimisivat yhdessä ja samassa jäsenvaltiossa. Esimerkiksi tapauksessa *Pronuptia*[128] EY:n tuomioistuin katsoi, että luvakesopimukseen sisältyvät päämiehen ja luvakkeensaajan markkinoiden jakamista koskevat lausekkeet voivat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, vaikka osapuolet toimisivatkin samassa valtioissa, jos sopimus rajoittaa luvakkeensaajien mahdollisuuksia perustaa liike toisessa jäsenvaltiossa. Hieman korkeammalla kauppavaikutuskriteeri näyttää olleen tapauksessa *Delemitis,*[129] jossa kyse oli yksittäisen baarinpitäjän ja olutfirman välisestä yksinostosopimuksesta. EY:n tuomioistuin totesi, että kauppavaikutuskriteeri voi täyttyä samanlaisten sopimusten kumulatiivisten vaikutusten perusteella, vaikka sopimus yksinään tarkasteltuna olisikin vähämerkityksellinen. Arvioitaessa tätä on erityistä huomiota kiinnitettävä siihen, estääkö yksinostosopimusten yhteisvaikutus uusien oluttoimittajien pääsyn kansallisille markkinoille. Periaatteessa tämä olisi mahdollista. Jos markkinat ovat keskittyneet, yksinomaisuussopimukset voivat rajoittaa markkinoille pääsyä, mikäli jakelukanavat ovat tukossa. Tällöin sopimus voisi täyttää kauppavaikutuskriteerin.[130] EY:n oikeuskäytännöstä löytyy lukuisia tapauksia, joissa kauppavaikutus on täyttynyt, vaikka osapuolet toimivat yhden maan alueella. Esimerkiksi tapauksessa *Cementhandlaren*[131] järjestelylle haettiin negatiivitodistusta sillä perusteella, että kartelli ulottui yksinomaan yhden jäsenvaltion alueelle eikä sillä ollut vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. EY:n tuomioistuin totesi, että koko jäsenvaltion markkinoita koskeva yhteistyöjärjestely oli jo luonteensa puolesta omiaan vahvistamaan erillisiä kansallisia markkinoita, ja siten haittaamaan EY-sopimuksen tavoittei-

---

[125] Ks. esim. *AEG-Telefunken v. komissio*, 107/82, Kok. 1983 s. 3151. Yritykset olivat vedonneet siihen, että sopimushyödykkeillä käytiin vain vähän yhteisökauppaa. EY:n tuomioistuin kuitenkin totesi, että mahdollista oli, että kauppa tulisi lisääntymään tulevaisuudessa. Ks. tuomion kohta 60. Ks. myös esim. *BPB Industries v. komissio*, T-65/89, Kok. 1993 s. II-389.

[126] Ks. esim. *Consten/Grundig*, 56 ja 58/64, Kok. 1966 s. 299.

[127] Ks. esim. *Eirpage*, EYVL 1991 L 306/22.

[128] *Pronuptia*, EYVL 1987 L13/39; 161/84, Kok. 1986 s. 353.

[129] *Stergios Delemitis v. Heninger Bräu*, C-234/89, Kok. 1991 s. I-935.

[130] Ks. *Delemitis*, tuomion kohdat 10–27.

[131] *Cementhandlaren v. komissio*, 8/72, Kok. 1972 s. 977.

den saavuttamista. Sopimuksen ulottuminen koko jäsenvaltion alueelle on viite kauppavaikutuskriteerin täyttymisestä, joskin myöhemmissä tapauksissa EY:n tuomioistuin näyttää hieman rajoittaneen tulkintojaan.[132] Yhden valtion alueelle ulottuva sopimus täyttää kauppavaikutuskriteerin, jos se esimerkiksi vaikuttaa tuontiin tai vientiin tai estää muista maista olevien yritysten pääsyn kyseisille markkinoille. Toisaalta, jos voidaan olettaa, että vaikutukset ulottuvat yksinomaan yhden jäsenvaltion alueelle, kauppavaikutus ei täyty.[133]

Käsityksen kauppavaikutuskriteerin potentiaalisesta alasta saa kotimaisesta *puukauppatapauksesta*. Tapauksessa EY:n komissio katsoi, että MTK:n metsäyhtiöiden kanssa käymät raakapuun hintaa koskevat hintaneuvottelut kuuluivat 81 artiklan alaan. Vaikkei puun yhteisökauppa ollutkaan millään lailla olennaista, kauppavaikutuksen katsottiin täyttyvän etupäässä jatkojalostuksen perusteella. Komissio katsoi, että puuraaka-aineesta maksettava hinta vaikutti puutuotteiden (esim. lankut) ja puusta valmistettujen tuotteiden (esim. huonekalut) hintoihin, joita vietiin huomattavasti Suomesta muihin jäsenmaihin.[134] Kuten myös komission julkaisemassa kertoelmassa[135] on todettu, raakapuun osalta merkitykselliset markkinat ovat Suomen markkinat. Yksittäisen puunmyyjän kannalta markkinat ovat luonteeltaan alueelliset tai jopa paikalliset. Ostajille puunhankinta-alue on yrityksen koosta ja sijainnista riippuen maanlaajuinen, alueellinen tai paikallinen. Raakapuun tuonti Suomeen tai vienti Suomesta muihin EY-maihin on suhteellisen vähäistä johtuen muun ohella laatujen saatavuudessa ja tarpeessa olevista eroista sekä korkeista kuljetuskustannuksista. Kilpailunrajoituksen painopiste oli selkeästi Suomen markkinoilla ja annettavan ratkaisun taloudelliset vaikutuksen Suomen ulkopuolella ovat vähäiset. Vähäisyys otettiin huomioon lupaharkinnassa; koska kyse oli rajatapauksesta, jolla ei ollut sanottavaa merkitystä yhteismarkkinoiden kannalta, komissio salli järjestelyn epävirallisella hallinnollisella kirjeellä. Kotimaisessa *TLO*-tapauksessa[136] kauppavaikutus täyttyi siksi, että Turun kaupungin ja paikallisten bussiyritysten välinen sopimus kilpailuttamisen ja markkinoiden avaamisen lykkäämisestä kartellin jäsenten kaupungille myöntämää alennusta vastaan esti muista jäsenvaltioista olevien bussiyritysten pääsyn sanotuille markkinoille. Ratkaisua voidaan pitää kauppavaikutuksen osalta rajatapauksena. Yhtäältä markkinoille pääsyn rajoittuminen oli selvää; toisaalta se alue, jota rajoitus koski, oli alueel-

---

[132] Ks. esim. tapausta *Dutch Banks*, EYVL 1999 L 271/8. Ks. myös seuraavassa alaviitteessä mainittuja tapauksia. Whish toteaa, että komissio hieman epätyypillisellä tavalla luopui toimivallasta, mikä selittyy pyrkimyksellä jakaa työt kansallisten kilpailuviranomaisten kesken. Ks. Whish (2001) s. 114–115.

[133] Ks. esim. *Bagnasco v. BNP ja Carige*, C-215, 216/96, Kok. 1999 s. I-135; *Hugin v. komissio*, 22/78, Kok. 1979 s. 1869.

[134] Raaka-ainetta ja lopputuotetta koskeva perustelu on sama kuin tapauksessa *BNIC v. Clair*, 123/83, Kok. 1985 s. 391.

[135] Ks. EYVL C 317/34, 26.10.1996, kohta 11.

[136] *TLO:n poikkeuslupahakemus*, d:o 9/359/97, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998.

lisesti rajallinen. Kilpailuneuvoston ratkaisuun soveltaa suoraan EY-oikeutta vaikutti se, että mikäli ratkaisu olisi tehty vain kansallisen lain nojalla, markkinat tuskin olisivat avautuneet, sillä erityislainsäädäntö näytti mahdollistavan kilpailunrajoituslain kiertämisen. Rajatapauksessa kilpailusääntöjen tavoitteet ja niiden toteutumisen turvaaminen vaikuttivat siihen, että kauppavaikutuskriteerin katsottiin täyttyvän. Perustelu ei rakenteeltaan poikkea EY:n komission ja tuomioistuinten todellisesta lähestymistavasta. Oikeuskäytännöstä saa etsiä suurennuslasin kanssa tapauksia, joissa kilpailuolosuhteisiin merkittävästi vaikuttava kilpailunrajoitus olisi jäänyt tutkimatta puuttuvan kauppavaikutuksen vuoksi.

1.3.6 EY:n kilpailuoikeuden ja kansallisen lain välisestä nykyisestä suhteesta

Käytännössä on varsin yleistä, että samaan sopimukseen tai menettelytapaan voidaan kilpailunrajoituslain ohella soveltaa myös Rooman sopimuksen 81 tai 82 artiklaa.[137] Tämä on mahdollista, jos Suomessa toteutetulla kilpailunrajoituksella voi olla vaikutusta EU-maiden väliseen kauppaan. EY:n kilpailuoikeuden soveltaminen edellyttää, että järjestely *voi* vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kauppavaikutuskriteerin täyttyminen ei merkitse kansallisen kilpailulainsäädännön syrjäytymistä. Kotimaista ja EY:n kilpailuoikeutta voidaan soveltaa *rinnakkain*. Suomen viranomaiset voivat myös ratkaista tapauksen kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella mutta ottaa EY:n kilpailuoikeuden tulkinnallisesti huomioon. Tällöin puhutaan suoran soveltamisen sijasta epäsuorasta soveltamisesta tai tulkintavaikutuksesta. Yleiset tuomioistuimet soveltavat 81 ja 82 artiklaa niiden suoran vaikutuksen *(direct effect)* perusteella.[138] Sen sijaan kilpailuasioiden erikoistuomioistuimet rinnastetaan kilpailuviranomaisiin asetuksen 17/62 merkityksessä.[139] EY:n komissio on tilanteen selkiyttämiseksi vaatinut, että jokaisen jäsenvaltion kansalliseen lakiin tulisi lisätä säännös, joka velvoittaa 81 ja 82 artiklan soveltamiseen tunnusmerkistön täyttyessä. Kilpailuvirasto näyttää soveltamiskäytännössään lähteneen

---

[137] EY:n kilpailuoikeuden soveltamisesta kansallisella tasolla ks. perustavasti Wahl, Konkurrensförhållanden (1994) s. 279 ss. Ks. myös esim. Temple Lang (1993); Kerse (1998) s. 358–388; Kuoppamäki (1998) ja (2000) s. 38 ss.; Kanninen (2002).

[138] Ks. *BRT v. SABAM*, 127/73, Kok. 1974 s. 51. Ks. myös *Courage*, C-453/99, EY-tuomioistuimen päätös 20.9.2001.

[139] Ks. *Asjes*, 209–213/84, Kok. 1984 s. 1425. Päätöksen perusteella perustamissopimuksen 88 artiklan ja asetuksen 17/62 9 artiklan 3 kohdan nojalla 81 ja 82 soveltavat kilpailuvirasto, markkinaoikeus ja mahdollisesti myös KHO. Se, että kilpailuviranomaiseksi asetuksen 17/62 merkityksessä voidaan luokitella myös tuomioistuin Rooman sopimuksen 234 artiklan merkityksessä, käy ilmi esim. tapauksesta *Banca Privada*, C-67/91, Kok. 1992 s. I-4785. Ks. myös Kanninen (2002) s. 388.

varovaisesti siitä, että oikeutta soveltaa 81 ja 82 artiklaa suoraan ei olisi ennen kuin 81 ja 82 artiklaa koskeva säännös on lisätty lakiin. Virasto on ottanut 81 ja 82 artiklat tulkinnallisesti huomioon päätöskäytännössään. Sen sijaan kilpailuneuvosto[140] ja KHO[141] ovat osin soveltaneet myös suoraan 81 ja 82 artiklaa. Kilpailusäännöstön tavoitteiden näkökulmasta hieman epäselvää on, mihin perustuu kansallisten kilpailuviranomaisten, kilpailuneuvoston ja KHO:n oikeus tai velvollisuus soveltaa 81 ja 82 artiklaa, milloin laissa ei ole nimenomaista tähän velvoittavaa/oikeuttavaa säännöstä. Vaikuttaa ilmeiseltä, ettei kansallinen kilpailuviranomainen voi määrätä seuraamusmaksua EY-oikeuden rikkomisen perusteella ilman että siitä olisi laissa erikseen säädetty (nulla poena sine lege). Sen sijaan 81 ja 82 artiklan suora soveltaminen aineellisoikeudellisen harkinnan yhteydessä ei näyttäisi välttämättä edellyttävän kansallista implementointia. Asetuksen 17/62 9 artiklan 3 kohdan mukaan "niin kauan kuin komissio ei ole aloittanut menettelyä [asetuksen] 2, 3 tai 6 artiklan nojalla, jäsenvaltion viranomaisilla säilyy perustamissopimuksen 83 artiklan mukainen toimivalta soveltaa 81 artiklan 1 kohtaa ja 82 artiklaa." Alun perin väliaikaiseksi tarkoitettu kansallisten viranomaisten oikeus soveltaa EY:n kilpailusääntöjä päätettiin säilyttää asetuksessa 17/62 siten, että kansallisten kilpailuviranomaisten toimivalta lakkaa, kun komissio avaa samassa asiassa virallisen menettelyn.[142] On huomattava, että kyse on asetuksesta, ei direktiivistä, joten kansallista voimaansaattamista (implementointia) ei tarvita. Asetus on suoraan sovellettavaa oikeutta. Toisaalta asetuksessa 17/62 ei sanota mitään erityistä kansallisten viranomaisten prosessuaalisista toimivaltuuksista. Perussopimuksen 84 artiklan nojalla mahdollisuudet soveltaa 81 artiklan 1 kohtaa ja 82 artiklaa riippuvat siitä, voidaanko tätä pitää kansallisen lainsäädännön perusteella sallittuna. Nähdäkseni Suomessa on omaksuttu se linja, että suoraan sovellettavat primaari- ja sekundaarioikeuden säännökset ovat astuneet maansisäisesti voimaan EU-jäsenyyden voimaansaattamislailla. Mitään erityistä implementaatiota ei edellytettäisi. Olen ottanut aikaisemmassa kirjoituksessa sen linjan, että kansallinen kilpailuviranomainen voi tutkia asiaa rinnakkain kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella, ja ottaa lopullisessa päätösharkinnassaan kantaa siihen, antaako 81 (1) tai 82 artikla joltakin osin aihetta toisenlaiseen ratkaisuun kuin kansallinen lainsäädäntö, ja positiivisessa tapauksessa soveltaa suoraan 81 (1) ja/tai 82 artiklaa.[143] Kilpailuneuvosto on ottanut – tulkintaongelmat tiedostaen – tämän saman kannan, jonka mukaan 81 artiklan 1 kohtaa ja 82 artiklaa voidaan

---

[140] Ks. *TLO*-tapaus.

[141] Ks. esimerkiksi määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä käsiteltävää ratkaisua *Neste Oy/SEO*.

[142] On siten olemassa kaksi perustetta, jolla kansalliset viranomaiset voivat soveltaa 81 (1) ja 82 artiklaa, yhtäältä suora sovellettavuus ja toisaalta välillinen tie asetuksen 17/62 9 (3) artiklan kautta. Samansuuntaisesti Kanninen (2002) s. 387.

[143] Ks. Kuoppamäki (1998).

soveltaa suoraan ilman, että siitä täytyisi olla nimenomainen normi lainsäädännössä. Ratkaisun taustalla on ollut ensinnäkin pyrkimys edistää EY:n kilpailuoikeuden läpilyöntiä Suomessa. Toisenlainen tulkinta johtaisi erikoiseen lopputulokseen, jossa 81 ja 82 artiklaa voitaisiin soveltaa täysimääräisesti esim. Kiimingin käräjäoikeudessa, jossa näiden normien soveltamisella ei oikeusrealistisessa tarkastelussa ole juuri mitään merkitystä,[144] mutta ei kansallisissa kilpailuviranomaisissa ja erikoistuomioistuimissa, joissa EY:n kilpailuoikeuden huomioon ottaminen ja sen yhdenmukaisuus kansallisen normiston perusteella useimmissa tapauksissa ratkaistaan. Voidaan perustella näkemystä, jonka mukaan suora sovellettavuus koskee paitsi kansallisia siviilituomioistuimia, myös muitakin tuomioistuimia ja hallintoviranomaisia.[145] Mikäli 81 ja 82 artiklaa ei voitaisi lainkaan suoraan soveltaa muualla kuin siviilituomioistuimissa, miten turvattaisiin EY-oikeuden yhdenmukaisuus ja etusija tilanteissa, joissa ristiriita kansallisiin kilpailusäännöksiin syntyy? Oikeudellisten argumenttien lisäksi siten myös järjestelmän toimivuuteen liittyvät näkökulmat puhuvat sen puolesta, että 81 ja 82 artiklaa voidaan soveltaa ilman nimenomaista implementaatiota. Myös oikeuskirjallisuudessa on päädytty siihen, että kilpailuviranomaiset voivat soveltaa suoraan 81 (1) ja 82 artiklaa.[146] Myös lainvalmisteluaineisto antaa tukea sille, että 81 ja 82 artiklaa voidaan soveltaa kotimaisten kilpailuviranomaisten toimesta. Torjuttaessa nimenomainen 81 ja 82 artiklaa

---

[144] Luonnollisesti periaatteellisesti merkittävänä on pidettävä kilpailuoikeuden yksityisoikeudellista soveltamista, joka täydentää kilpailuviranomaisten toimesta tapahtuvaa julkisoikeudellista soveltamista. Tärkeätä olisi, että kilpailuoikeuden soveltamista siviilituomioistuimissa saataisiin lisättyä. Tässä tarkoituksessa mm. Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys ry järjesti 2001 seminaarin Säätytalolla po. aihepiiristä. Euroopassa julkisoikeudellinen soveltaminen on kuitenkin selvästi yksityisoikeudellista soveltamista merkittävämpää. Kun USA:ssa yhtä kilpailuviranomaisen nostamaa tapausta vastaa kymmenen siviilikannetta, Euroopan maissa tilanne näyttää olevan päinvastainen, jos nyt edes kymmentä kilpailuviranomaisen nostamaa juttua vastaan löytyy yhtä siviilijuttua. Suomessa joissakin siviiliriidoissa on otettu kantaa 81/82 artiklan soveltamiseen. Tapausten määrä on pysynyt vähäisenä, eikä käsiteltäväksi ole päätynyt kilpailupoliittisesti merkittäviä kysymyksiä. Kuvaavaa Suomen tilanteen osalta on se, ettei Korkeimman oikeuden tiedostokannasta löydy yhtään tapausta, jossa kantaa olisi otettu siviilioikeudelliseen pätemättömyyteen tai vahingonkorvaukseen sen enempää kansallisen kuin EY-oikeudenkaan osalta. Tilanne on samantapainen, joskaan ei yhtä jyrkkä useimmissa jäsenmaissa. Tähän nähden laivan lasti on pahasti vikasijoitettu, jos EY-oikeuden tehokkuuden ja yhdenmukaisuuden turvaamisessa pääpaino annetaan kansallisille siviilituomioistuimille kilpailuviranomaisten ja niiden toimintaa valvovien tuomioistuinten sijasta.

[145] Tämä on yleisesti todettu hallintoviranomaisten osalta esim. EY:n tuomioistuimen ratkaisussa *Fratelli Constanzo v. Milano*, 103/88, Kok. 1989 s. 1839. Vaikkei kyseisessä tapauksessa kyse ollut kilpailuoikeudesta ja vaikka asetuksen 17/62 9 artiklaa voidaan pitää lex specialis -tyyppisenä sääntelynä, olennaista on havaita, ettei sekundaarioikeutta voida tulkita siten, että se olisi ristiriidassa primaarioikeuden kanssa. Edellä mainittua päätöstä voidaan käyttää yleisenä argumenttina sen puolesta, että myös hallinnollisten kilpailuviranomaisten tulee päätöksissään huolehtia siitä, että ne eivät ole ristiriidassa 81 tai 82 artiklan kanssa.

[146] Ks. Temple Lang (1993) s. 546–550; Wahl (1994) s. 333 ss., 341–345; Leivo/Leivo (1997) s. 388–390; Kuoppamäki (1998) ja (2000) 38 ss.

koskeva säännös vuoden 1998 kilpailunrajoituslain uudistusta valmistellut työryhmä perusteli tätä mm. juuri sillä, että 81 ja 82 artiklan soveltaminen on mahdollista myös ilman nimenomaista lain säännöstä.[147] On kuitenkin todettava, että kansallisilla viranomaisilla ei ole oikeutta soveltaa 81 artiklan 3 kohtaa sillä nykyisessä järjestelmässä komissiolla on poikkeuslupamonopoli.[148] Eri asia on se, että de lege ferenda on selkeämpää, että lakiin lisätään nimenomainen maininta 81 ja 82 artiklan soveltamisesta.

Nykyään kannanotto EY:n kilpailuoikeuden soveltamiseen on pakollinen niissä tilanteissa, joissa 81 ja 82 artiklaan vedotaan kansallisessa siviiliriidassa.[149] Mahdollista niihin on vedota myös kansallisissa kilpailuviranomaisissa ja tuomioistuimissa. Lähellä pakkosoveltamista ollaan silloin, kun hallintotuomioistuimissa jouduttaisiin ristiriitaan EY-oikeuden kanssa. Vaikka säännöksiä siis periaatteessa voidaan soveltaa suoraan, näin ei käytännössä läheskään aina menetellä, kun se olisi mahdollista. Kilpailuneuvoston käytännössä johtavana periaatteena oli, että EY-oikeutta sovelletaan suoraan vain silloin, kun juttu kaatuu EY-oikeuden mukaan, ts. asia ratkeaa toisin EY-oikeuden soveltamisen seurauksena, EY-oikeuden mainitsemisella voi olla jatkoa silmällä pitäen merkitystä tai asianosaisen vaatimus edellyttää kannan ottamista EY-oikeuden sisältöön. Nämä tilanteet ovat olleet kokonaisuutta silmällä pitäen toistaiseksi suhteellisen harvinaisia. Suoralla soveltamisella nykytilanteessa ei useinkaan ole ratkaisevaa merkitystä, mikä johtuu siitä, että kansalliset säännökset ovat varsin samansisältöisiä EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Oikeusriidan ratkeamisen näkökulmasta EY-oikeudella on itsenäistä merkitystä yleensä vain niissä tilanteissa, joissa kansallinen lainsäädäntö johtaisi selvästi toisenlaiseen ratkaisuun. Kansalliset kilpailuviranomaiset eivät näe erityistä lisäarvoa soveltaa erikseen EY-oikeutta, jos kansallinen lainsäädäntö turvaa yhtä tehokkaan lopputuloksen. On myös muistettava, että kansallisten viranomaisten toimivaltuudet ovat laajemmat ja selkeämmät sovellettaessa kansallisia sääntöjä. Suomen lainsäädännössä ei ole merkittäviä ns. valkoisia pisteitä, joissa tietty elinkeinonala olisi jätetty sääntelyn ulkopuolelle. Harkittaessa EY:n kilpailuoikeuden soveltamisen laajentamista on otettava huomioon tehokkuuden ja oikeusvarmuuden vaatimukset. EY-oikeuden soveltaminen ei saa johtaa siihen, että kansallisen kilpailusääntelyn teho heikkenee tai yrityskentässä syntyy suurta epävarmuutta sovellettavista säännöistä.[150] Potentiaalisesti merkittävämmän soveltamiskohteen muodostavat yhteisökauppaa rajoittavat vertikaaliset rajoitukset.

---

[147] Ks. Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppavalvonta ja toimivaltakysymykset (1998) s. 40–42.

[148] Ks. tämä ilmenee asetuksen 17/62 artiklan 9 kohdasta 1, jonka mukaan komissiolla on yksinomainen oikeus myöntää poikkeuslupia. Ks. myös esim. Kilpailulainsäädännön uudistaminen (1998) s. 41.

[149] Ks. Kanninen (2002) s. 383, 394.

[150] Ks. argumentaatioketjun osalta tarkemmin ks. Kuoppamäki (1998).

Voidaan toisaalta perustella näkemystä, jonka mukaan EY-oikeuden tuntemuksen ja tunnettuisuuden kannalta olisi eduksi, jos kansalliset viranomaiset soveltaisivat EY-oikeutta rutiininomaisesti kaikissa niissä tapauksissa, joissa säännöksen soveltamisedellytykset täyttyvät. Tämä edistäisi samalla yhdenmukaisuutta.

Suomen viranomaiset voivat myös ratkaista tapauksen kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella mutta ottaa EY:n kilpailuoikeuden tulkinnallisesti huomioon. Tällöin puhutaan suoran soveltamisen sijasta epäsuorasta soveltamisesta. Kilpailuvirasto ja -neuvosto ovat usein ratkaisuissaan viitanneet 81 ja 82 artiklaa koskeviin oikeustapauksiin. Osassa tapauksia kilpailuneuvosto ja KHO ovat myös suoraan soveltaneet EY:n kilpailuoikeutta. EU-maissa on voimassa *kansallisista ja ylikansallisista säännöistä koostuva kaksiportainen kilpailunormisto*. Yritysten on tunnettava ja otettava huomioon kumpikin taso. Toisen normiston soveltuminen ei poissulje toisen soveltamista. Mikäli EY:n komissio tai tuomioistuin on jo aiemmin ottanut kantaa samaan asiaan, kansallisen viranomaisen on huolehdittava siitä, ettei päätös vaaranna EY-oikeuden tehokasta ja yhdenmukaista soveltamista jäsenvaltioiden alueella. Tilanteesta riippuen kilpailunrajoitus voi kuulua kilpailunrajoituslain, Rooman sopimuksen tai kummankin normiston soveltamisalaan. Näistä viimeinen vaihtoehto on varsin tavallinen. Yrityskauppavalvonta muodostaa jälleen poikkeuksen, sillä keskittymien osalta on omaksuttu selväpiirteinen toimivallanjako. Niin sanotun *yhden luukun periaatteen* mukaan yrityskauppa kuuluu aina joko kansallisten kilpailuviranomaisten tai EY:n komission yksinomaiseen toimivaltaan. Kotimaisia yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä ei sovelleta, jos yrityskauppa kuuluu EY:n fuusiovalvonta-asetuksen (ETY 4064/89) soveltamisalaan. Säännöksestä on mahdollista poiketa, jos komissio siirtää toimivaltaansa kuuluvan yrityskaupan kilpailuviraston käsiteltäväksi mainitun asetuksen 9 artiklan nojalla. Asetuksen 22 artiklan nojalla jäsenvaltio voi siirtää EY:n fuusiovalvonta-asetuksen liikevaihtorajojen alapuolelle jäävän yrityskaupan EY:n komission käsiteltäväksi.

Muiden säännösten kuin yrityskauppavalvonnan osalta perusperiaatteena on, että sovellettavaksi tulee se normisto, joka johtaa tehokkaampaan lopputulokseen. Lähtökohtana on, että EY-oikeuden *soveltuminen* tai *soveltaminen* samassa asiassa ei estä kansallisen lain rinnakkaista soveltamista. Kansallisen lain soveltaminen ei saa kuitenkaan vaarantaa 81 ja 82 artiklan käytännöllistä tehokkuutta tai yhdenmukaista soveltamista jäsenvaltioissa.[151]

---

[151] Rajanvetoa kotimaisen ja EY:n kilpailuoikeuden välillä ja säännösten keskinäistä vuorovaikutussuhdetta on käsitelty yksityiskohtaisimmin kilpailuneuvoston *Ajasto Oy:tä* koskevassa ratkaisussa. Ks. *Ajasto Oy*, d:o 34/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 17.12.1998. Kyse oli määräävän aseman väärinkäytöstä. Ajasto Oy vaati kilpailuviraston esityksen jättämistä tutkimatta sillä perusteella, että kauppavaikutuskriteerin täyttyminen johtaisi siihen, ettei samassa asiassa voitaisi lainkaan soveltaa kansallista kilpailulainsäädäntöä. Vaatimusta perusteltiin samansisältöisellä professori Kari Joutsamon lausunnolla. Kilpailuneuvosto totesi, että vaatimus oli useamman EY:n tuomioistuimen ratkaisun vastainen. Korkein hallinto-oikeus päätyi samalle kannalle ja niinikään hylkäsi prosessiväitteen. Ks. KHO 22.8.2001, 3590/1/99, taltio 1909.

Tapauksessa *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt*[152] EY:n kilpailuoikeuden ja kansallisen kilpailunrajoituslainsäädännön välisestä suhteesta on todettu, ettei EY:n kilpailuoikeuden soveltuminen estä kansallisen kilpailuoikeuden soveltamista samaan asiaan. Sama kilpailunrajoitusasia voi siten olla kahden rinnakkaisen prosessin kohteena, yhtäältä Euroopan komission tutkittavana yhteisön kilpailuoikeuden perusteella ja toisaalta kansallisten viranomaisten tutkittavana kansallisen lain perusteella. EY:n tuomioistuimen mukaan tämä seuraa perustamissopimuksen 83 (2) artiklan alakohdasta e) (ent. 87 artikla), joka sallii asetuksella määriteltävän kansallisen oikeuden ja yhteisön kilpailuoikeuden keskinäisen suhteen. Näin ollen kansalliset viranomaiset voivat tehdä päätöksen myös tapauksissa, jotka todennäköisesti tulevat myöhemmin komission ratkaistaviksi. Kansallisen kilpailuoikeuden rinnakkainen soveltaminen ei saa kuitenkaan vaarantaa EY:n kilpailuoikeuden yhdenmukaista soveltamista jäsenvaltioissa tai poistaa komission päätöksen käytännöllistä tehokkuutta. Kansallista lakia soveltavan kilpailuviranomaisen on huolehdittava siitä, ettei sanotunlaista ristiriitaa synny.

Tarkasteltaessa Euroopan komission ja kansallisten kilpailuviranomaisten toimivallanjakoa asiassa on tehtävä distinktio sen mukaan, soveltavatko kansalliset kilpailuviranomaiset kansallista lakia vaiko EY:n kilpailuoikeutta. Niin sanotun perusasetuksen (17/62) 9 artiklan 3 kohdan perusteella kilpailuvirastolla ja nykyisellä markkinaoikeudella on perustamissopimuksen 84 artiklan mukainen ja kilpailunrajoituslaissa tarkemmin säännelty toimivalta itse soveltaa 81 artiklan 1 kohtaa ja 82 artiklaa aina siihen asti kunnes Euroopan komissio avaa virallisen tutkimusmenettelyn samassa asiassa. Kyseinen prosessioikeudellinen säännös koskee kansallisten kilpailuviranomaisten toimivaltaa soveltaa 81 (1) ja 82 artiklaa, eikä se rajoita niiden toimivaltaa kansallisen kilpailulainsäädännön soveltamiseen. Kansallisten kilpailuviranomaisten toimivalta soveltaa 81 (1) ja 82 artiklaa on siten sidoksissa komission menettelyn avaamiseen. Sitä vastoin kansallisen lain soveltamista koskevat Walt Wilhelm -päätöksen periaatteet. Olennaista on tällöin, ettei päätöksen lopputulos riko yhteisöoikeutta. Lojaliteettiperiaatteen mukaisesti saattaa lisäksi olla asianmukaista vaihtaa tietoja Euroopan komission kanssa ja mahdollisesti lykätä kansallisen asian ratkaisua, mikäli samassa asiassa on odotettavissa komission päätös.

Ristiriitatilanteessa EY:n kilpailusäännöt menevät kansallisen lainsäädännön edelle. Selvää on, että milloin EY:n komissio on tehnyt 81 ja 82 artiklan soveltamista koskevan virallisen päätöksen, kansalliset tuomioistuimet tai viranomaiset eivät voi päätyä toisenlaiseen ratkaisuun sen enempää 81/82 artiklan kuin kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella. EY:n komission ratkaisujen lainmukaisuuden arvioiminen kuuluu EY:n tuomioistuimen toimivaltaan.[153] Kansalliset kilpailuviranomaiset eivät voi esimerkiksi sallia sellaista kilpailunrajoitusta, jonka toimeenpanon EY:n komissio on kieltänyt. Perusläh-

[152] Asia 14/68, Kok. 1969 s. 1. Ks. erityisesti tuomion kohta 9.

[153] Ks. viimeksi *Masterfoods*, C-344/98, EY-tuomioistuimen päätös 14.12.2000, tuomion kohdat 51–57.

tökohtana on, että kilpailuviranomaiset soveltavat sitä normia, joka johtaa tehokkaampaan lopputulokseen. Näin ollen kansalliset viranomaiset voisivat lähtökohtaisesti soveltaa ankarampaa kansallista kilpailulainsäädäntöä EY:n kilpailuoikeuden sijasta. Tästä on kuitenkin pari poikkeusta, joista ensimmäinen on selvä ja toinen epäselvä. Ensinnäkin kansalliset viranomaiset eivät saa kieltää sellaista sopimusta, jolle EY:n komissio on myöntänyt virallisen poikkeusluvan. Sen sijaan hallinnollinen kirje (comfort letter) ei estä tiukemman kansallisen lain soveltamista. Toistaiseksi lopullisesti ratkaisematta on kysymys, missä määrin kansalliset viranomaiset voivat soveltaa tiukempia kansallisia lakeja sellaisiin sopimuksiin, jotka kuuluvat EY:n ryhmäpoikkeusasetuksen alle. Kysymys nousi esille tapauksissa *Audi* ja *Volkswagen*. Julkisasiamies *Tesauro* ehdotti sääntöä, jonka mukaan kansalliset kilpailuviranomaiset eivät voisi kieltää ryhmäpoikkeuksen alle kuuluvaa kilpailunrajoitusta kansallisen lain perusteella. EY:n tuomioistuin jätti kuitenkin ottamatta kantaa tähän kysymykseen. EY:n komissio esitti samaa sääntöä liitettäväksi vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevaan uuteen ryhmäpoikkeusasetukseen, mutta se poistettiin lopullisesta asetuksesta. Oikeustila vaikuttaa hieman epäselvältä. Mahdollisesti kyse on myös siitä, kuinka keskeisesti sopimus rinnastuu ryhmäpoikkeusasetuksella sallittuihin menettelytapoihin. Mikäli järjestely ei lainkaan täytä 81 (1) tai 82 artiklan soveltamisedellytyksiä, varsinaista ristiriitaa EY:n ja kansallisen oikeuden välillä ei synny. Näin ollen myöskään puuttumattomuustodistuksen myöntäminen ei estä kansallisen lainsäädännön soveltamista.

Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklaa tulkittaessa kilpailuneuvostossa on pyritty ottamaan huomioon suoraa sovellettavuutta, EY-oikeuden etusijaa ja 10 artiklasta ilmenevä lojaalia yhteistyötä koskevat periaatteet. Samanaikaisesti pyrittiin turvaamaan kansallisen päätöksenteon itsenäisyys ja se, että ratkaisuissa otetaan huomioon kansallisten markkinoiden ominaispiirteet. Viimeksi mainitusta syystä EY-oikeuden orjallinen seuraaminen ei johtaisi hyvään lopputulokseen. EY-oikeuteen ei ole tarvis viitata myöskään sen vuoksi, että lukijalle saataisiin viestitettyä perehtyneisyyttä tähänkin puoleen. Aikaisempien päätösten ohella on aina otettava huomioon tapauksen erityispiirteet ja joka tapauksessa suoritettava erikseen kilpailuanalyysi. Liika prejudikaattipainotteisuus luo riskin oman ajattelun puuttumisesta ja konservatiivisuudesta. Kilpailuneuvosto on oikeuskäytännössään soveltanut suoraan 81 artiklan 1 kohtaa ja 82 artiklaa. Kilpailuneuvosto on seurannut tässä suhteessa EY-tuomioistuimen tapauksessa *Walt Wilhelm* viitoittamaa ratkaisulinjaa, jonka mukaan EY:n kilpailuoikeus ja kansallinen kilpailulainsäädäntö ovat rinnakkain sovellettavissa, eikä toisen soveltaminen sulje automaattisesti pois toisen säännöstön soveltumista samassa asiassa. Yleisenä ratkaisuperiaatteena tältä osin on otettu huomioon, ettei kansallisen oikeuden soveltaminen vaaranna EY-oikeuden yhdenmukaista soveltamista jäsenvaltioissa tai sen käytännöllistä tehokkuutta. EY:n kilpailuoikeuden soveltuminen tai soveltaminen ei kuitenkaan ole automaatti-

sesti merkinnyt kansallisen lain ja painotusten syrjäytymistä. Voidaan esittää tilannekohtaisia eroja sen suhteen, mikä merkitys EY-oikeudella on suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön ja viranomaiskäytäntöön. Kuten edellä jo todettiin, vakiintuneesti on katsottu, etteivät komission antamat ns. hallinnolliset kirjeet merkitse ankaramman kansallisen lainsäädännön syrjäytymistä. Tämä on todettu kahdessa kotimaisessa ratkaisussa.

Kilpailuneuvosto on *Finnpap-markkinointiyhdistystä* ja sen jäsenyrityksiä koskevassa päätöksessä (d:o 21/359/95) käsitellyt komission antaman hallinnollisen kirjeen merkitystä. Kilpailuneuvosto päätyi siihen, ettei EY:n komission antamalla hallinnollisella kirjeellä voida supistaa Suomen kilpailunrajoituslain soveltamisalaa siitä, mikä se lain mukaan on. Tämä johtuu siitä, ettei hallinnollinen kirje (comfort letter) ole sellainen virallinen päätös, joka voisi mennä sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen päätöksen edelle. Hallinnollinen kirje ei estä saman menettelyn kieltämistä kansallisen lain perusteella (esim. *Guerlain*, 253/78 ja 1-3/79, 1980 Kok. 2327). Komission antama hallinnollinen kirje ei siten vapauta elinkeinonharjoittajaa hakemasta kilpailunrajoituslain 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa, jos tarkoituksena on soveltaa Suomen markkinoilla kilpailunrajoituslain 6 §:ssä tarkoitettua kilpailunrajoitusta.

Vastaavasti *MTK:n poikkeuslupahakemusta* koskevassa tapauksessa[154] EY:n komission 81 artiklaa koskeneen hallinnollisen kirjeen antamisen ei katsottu estävän poikkeusluvan hylkäämistä kilpailunrajoituslain 19 §:n perusteella, kun tehokkuushyötyjä ei oltu näytetty.

Kilpailuneuvosto totesi, etteivät hallinnollisen kirjeen antamisessa noudatetut menettelytavat ja asian tutkimisen intensiteetti vastaa sitä, mitä noudatetaan, kun komissio antaa ns. virallisen päätöksen. EY-tuomioistuin on todennut johdonmukaisesti oikeuskäytännössään, ettei komission antama hallinnollinen kirje estä tiukemman kansallisen kilpailulainsäädännön soveltamista samassa asiassa. Tämän oikeustilan saavuttaminen edellyttää komission kollegiona tekemää ns. virallista päätöstä. Asiantilaa ei muuttanut toiseksi se, että nyt kyse on ns. poikkeuslupatyyppisestä hallinnollisesta kirjeestä. Ratkaisevaa merkitystä ei myöskään ole jäsenvaltioiden kuulemisella tai sillä, että päätösluonnosta koskeva kertoelma on julkaistu EY:n virallisessa lehdessä. Viimeksi mainituilla seikoilla olisi keskeistä merkitystä harkittaessa 81 (1) ja 82 artiklan soveltamista kilpailuneuvostossa. Nyt kyse on kuitenkin pelkästään kilpailunrajoituslain 19 §:n nojalla suoritettavasta kansallisesta poikkeuslupaharkinnasta. Toisin kuin 81 artiklan 1 kohdan ja 82 artiklan osalta, kilpailuneuvostolla ei ole edes toimivaltaa soveltaa suoraan 81 artiklan 3 kohtaa. Tämä seuraa siitä, että nykyjärjestelmässä poikkeuslupien myöntäminen 81 artiklan 3 kohdan nojalla on säädetty komission yksinomaiseksi tehtäväksi.

Kilpailuneuvosto katsoi, että asiassa on kysymys ensisijaisesti Suomen sisäisiä raakapuumarkkinoita koskevasta kilpailuasetelmasta. Vaikka raakapuun kaupalla Suomessa on heijastusvaikutuksia lopputuotteiden viennin myötä myös jäsenmaiden väliseen kauppaan, asia koskee voittopuolisesti

[154] *MTK:n poikkeuslupahakemus*, d:o 99/690/99, kilpailuneuvoston päätös 29.11.2000.

suomalaisia osapuolia ja kansallisten viranomaisten toimivaltaan kuuluvia kotimarkkinoita. EY-oikeudellinen läheisyysperiaate puoltaa sitä, että kilpailuneuvosto ottaa 19 §:n nojalla suoraan itse kantaa MTK:n valitukseen. Annettavan ratkaisun sisältöön vaikuttavat selkeästi kansalliset olosuhteet, joita on selvitetty laajasti muun ohella kilpailuneuvoston valmisteluistunnossa ja pääkäsittelyssä. Mainituilla perusteilla ja viitaten myös *Finnpap-markkinointiyhdistystä* koskevassa päätöksessä esitettyyn kilpailuneuvosto katsoi, ettei hallinnollinen kirje ollut esteenä kilpailuneuvoston ratkaisulle ja ettei myöskään ole tarvetta pyytää ennakkolausuntoa EY-tuomioistuimelta. Hallinnollisten kirjeiden suhdetta kansalliseen kilpailulainsäädäntöön pidettiin siinä määrin selvänä, ettei asiassa katsottu olevan tarvetta pyytää Rooman sopimuksen 234 artiklassa tarkoitettua ennakkoratkaisua (*Cilfit*, 283/81, Kok. 1982 s. 3415).

Sovellettaessa 81 artiklaa päällimmäisinä lähtökohtina ovat kilpailun toimivuus EY:n yhteismarkkinoilla ja markkinoille pääsyn vapaus. Kansallisessa kilpailulainsäädännössä markkinoita tarkastellaan paikallisista olosuhteista lähtien. Kansallisen kilpailuviranomaisen interventiokynnys voi ylittyä, vaikkei EY:n komissio 81 (1) ja (3) artiklan tavoitteiden näkökulmasta olekaan katsonut sopimusjärjestelyn vaativan negatiivisia toimenpiteitä. Kyseessä voi myös olla EY-oikeuden näkökulmasta kieltokynnyksen kannalta rajatapaus, millaisena sitä ei välttämättä ole pidettävä, kun asiaa tarkastellaan kansallisen, alueellisen tai paikallisen kilpailun toimivuuden näkökulmasta. Niitä tilanteita varten, joissa komissio katsoo välttämättömäksi syrjäyttää kansallisen lain samansisältöisen asiantilan toteuttamiseksi kaikilla tiettyä hyödykettä koskevilla kansallisilla markkinoilla, komissiolle on varattu mahdollisuus virallisten poikkeuslupapäätösten tekemiseen.

Voidaan todeta, että kauppavaikutuskriteeri on nykyisellään varsin alhaalla. Yhtäältä tähän vaikuttaa se, että EY-oikeutta voidaan soveltaa merkittäviin koko valtion alueelle ulottuviin järjestelyihin. Toisaalta elinkeinoelämä on nykyisin niin kytköksissä jäsenvaltioiden yli, että ilmatiiviisti kansallisia markkinoita on vaikea löytää. Jonkinlainen kauppavaikutus löytyy yleensä, joten kysymys kuuluu, asetetaanko jonkinlainen kynnys EY-oikeuden piiriin tulevien tapausten rajaamiseksi. *Delemitis*-ratkaisua on pidetty osoituksena taloudellisen analyysin lisääntymisestä. Mikä tahansa potentiaalinen vaikutus ei riitä, vaan sopimuksella täytyy olla konkreettisempi yhteisöulottuvuus. Itse pitäisin päätöstä pikemminkin osoituksena EY-oikeuden rakenteellisesta ongelmasta. Sen toteamiseen, ettei tällainen yksittäinen pieni sopimus ylitä EY:n näkökulmasta puuttumiskynnystä, ei pitäisi tarvita useamman kymmenen sivun asiantuntija-analyysia. Kauppavaikutuskriteeri on kovin alhaalla, jos sitä tarvitsee tällaisten järjestelyjen osalta vakavasti miettiä. Jos tavoitteena on syrjäyttää kansallinen lainsäädäntö ja siirtyä yksinomaan EY:n sääntöjen noudattamiseen, sääntelyä voidaan pitää järkevänä. Jos sen sijaan tarkoituksena on keskittyä yhteismarkkinoiden toimivuuden kannalta merkittäviin tapauksiin, herää kysy-

mys, miksi perusluonteeltaan kansallisia tapauksia kuuluu yhteisösääntöjen alle. Yhtenä perusongelmana voidaan pitää sitä, ettei EY:ssä oltu otettu asetustasolla kantaa 81 ja 82 artiklan ja kansallisen kilpailuoikeuden väliseen suhteeseen, vaikka se olisikin perustamissopimuksen 83 artiklan kohdan 2 e) perusteella mahdollista. EY:n komissio pyrki lisäämään yhteisön kilpailuoikeuden soveltamista kansallisella tasolla 1990-luvulla julkaisemillaan tiedonannoilla yhteistyöstä yleisen tuomioistuinten[155] ja kansallisten kilpailuviranomaisten[156] kanssa. Nyttemmin komission strategiaksi on kiteytynyt pyrkimys saada EY:n säännöt yksinomaisiksi. Asiasta käytiin kädenvääntöä ns. modernisaatioehdotuksen eli perusasetuksen 17/62 uudistamisen yhteydessä. Komission alkuperäisen esityksen[157] 3 artiklan mukaan kansallinen lainsäädäntö syrjäytyisi kokonaan, mikäli kauppavaikutus täyttyy. Ministerineuvostossa keskusteltiin siitä, pitäisikö tästä periaatteesta tehdä jotain poikkeuksia tilanteissa, joissa kansallinen lainsäädäntö on rakenteellisesti erilaista. Erityisesti suuret jäsenvaltiot vastustivat komission esitystä. Asiassa saavutettiin sittemmin kompromissi, joka sallii kansallisen säännösten soveltamisen hieman laajemmassa määrin kuin mitä komissio alun perin suunnitteli. Uusi asetus tulee voimaan 1.5.2004. Tässä yhteydessä ei ole tarkoitus vielä ottaa kantaa normatiiviseen kysymykseen, onko kansallisten sääntöjen syrjäytymistä pidettävä suositeltavana kehityskulkuna, vaan ainoastaan viitata vireillä olevaan kehitykseen. Kysymykseen palataan tutkimuksen lopussa.

---

[155] EYVL 1993 C 39/1.
[156] EYVL 1996 C 262/1.
[157] COM (2000) 582 lopullinen.

2. Miten sallia hyödylliset sopimukset?

2.1 SOPIMUSKRITEERIN LAAJUUDEN ONGELMA JA SEN RATKAISEMINEN

Kilpailijoiden väliselle *sopimukselle* perustuva sääntelykriteeri pitää sisällään sen edun, että normi kattaa lähtökohtaisesti kaikki ne välipuheet, joissa kilpailijoiden välistä kilpailukäyttäytymistä pyritään koordinoimaan. Kieltotunnusmerkistölle riittävää on jo koordinoinnin yritys. Onnistumista tai hintatason nousua ei edellytetä. Riittävää on pyrkimys markkinavoiman kasvattamiseen.[158] Kieltotunnusmerkistön kytkemisellä sopimukseen on myös se etu puolellaan, ettei tunnusmerkistön täyttyminen edellytä tiettyä markkinavoiman astetta. Kartellikiellon soveltaminen lienee juridisesti kilpailuoikeuden normeista yksinkertaisinta. Kiellon tunnusmerkistö on sen kohteille selvähkö, mikä lisää yleisestävyyttä ja vähentää tiedon puutteeseen liittyviä oikeusturvaongelmia.[159] Kartellien haitat ovat yleisesti tunnustettuja.[160] Edellä mainitusta syistä paljaiden kartellien kieltäminen laissa on kilpailuoikeuden harrastajien piirissä yleisesti hyväksyttyä niidenkin taholta, jotka vastustavat markkinavoiman väärinkäytön kieltoa tai rakenteellista kilpailuvalvontaa.[161]

Kattavan tunnusmerkistön haittapuoli on se, että kieltotunnusmerkistön piiriin tulee sellaisiakin tapauksia, joissa kilpailijoiden yhteistyö on itse asiassa hyödyllistä. Kaikki kartellityypit eivät ole yleisesti vahingollisia. Kilpailunrajoituslaissa puhutaan neutraalisti hinta-, tuotannonrajoitus- ja markkinointiyhteistyöstä. Esimerkiksi normeja ja standardeja koskeva yhteistyö voi lisätä yhteistyöhön osallisten yritysten kilpailukykyä. Rationalisoinnin ja erikoistumisen avulla voidaan purkaa alalle kertynyttä ylikapasiteettia. Tällaiset sopimukset saattavat tehostaa tuotteiden valmistusta ja jakelua, koska yritykset voivat keskittyä tiettyyn tuotantoon. Tehokkuuden lisääntymisen seurauksena

---

[158] Markkinataloudessa kilpailijoiden oletetaan kilpailevan keskenään. Kilpailu ei ole ainoastaan kilpailuvapauden tuoma oikeus, vaan kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta ennen muuta velvollisuus pidättäytyä sellaisesta yhteistyöstä tai edes kontakteista kilpailijoiden edustajiin, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua tai joiden seurauksena kilpailu rajoittuu.

[159] Kartellin kiellettävyys on yrittäjän kannalta ymmärrettävää. Kartellitapauksessa relevanttien markkinoiden selvittämisellä ei ole samanlaista merkitystä kuin määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon tai yrityskauppavalvonnan soveltamisessa. Kieltotunnusmerkistön täyttymisen selvittäminen on täysimääräiseen vaikutusanalyysiin verrattuna yksinkertaista ja nopeaa, mikä alentaa viranomaiskäsittelyn ja oikeudenkäynnin kustannuksia.

[160] Kuten jäljempänä argumentoidaan, juridisen helppouden vastapainona kartelliasioissa painottuvat erityisesti näytön hankkimiseen liittyvät vaikeudet.

[161] Ks. esim. Bork (1978, 1993) s. 405–407.

yritykset voivat myös tarjota ostajille edullisempia hyödykkeitä. Yritysten yhteinen tutkimustoiminta edistää osapuolten teknistä tietämystä ja estää päällekkäistä tutkimusta. Yhteistyöhön liittyvä tietojen vaihto kiihdyttää uusien keksintöjen syntymistä ja auttaa yhteistyön seurauksena syntyvien tuotteiden valmistuksen rationalisointia. Oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta rajanvetoa hyödyllisten ja haitallisten sopimusten välillä voidaan pitää keskeisenä ongelmana. Mikäli sopimusta ei voida pitää vähämerkityksellisenä,[162] voidaan se sallia ns. *rule of reason* -periaatteen, yksittäispoikkeuksen tai ryhmäpoikkeuksen avulla.

2.2 RULE OF REASON

Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa on pitkään keskusteltu siitä, sisältääkö 81 artikla rule of reason -periaatteen. Rule of reason -säännön avulla voidaan lieventää muutoin liian tiukkaa kieltoperiaatetta. Rajoitus on kielletty vain, mikäli se yksityiskohtaisen tarkastelun jälkeen voidaan havaita kilpailun toimivuuden kannalta vahingolliseksi. EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohtaa sovelletaan sellaisiin sopimuksiin, joilla estetään, rajoitetaan tai vääristetään kilpailua. Monilla sopimuksilla ei kuitenkaan pyritä rajoittamaan kilpailua, eikä niillä ole myöskään tätä vaikutusta. Mikäli rule of reason -periaate hyväksytään merkitsee se sitä, että 81 (1) artiklaa sovellettaessa on verrattava sopimuksen kilpailua edistäviä ja kilpailua rajoittavia vaikutuksia keskenään.

Terminä *rule of reason* on peräisin Yhdysvaltain kilpailuoikeudesta. *Yhdysvalloissa* kartellikiellon tulkittiin aluksi kieliopillisen tulkinnan perusteella koskevan "kaikkia" kilpailunrajoituksia.[163] Varsin pian kuitenkin ryhdyttiin hyväksymään "järkeviä" rajoituksia. Sittemmin oikeuskäytännössä per se kieltoihin on siirrytty vasta pitkäaikaisen kokemuksen perusteella niiden kilpailunrajoitusten osalta, jotka tuomioistuinkäsittelyssä kerta toisensa jälkeen on voitu havaita vahingollisiksi. Rule of reason -periaatteen tärkeimpänä hyötynä per se -kieltoihin verrattuna voidaan pitää suurempaa joustavuutta. Kiellot ulotetaan vain niihin menettelytapoihin, jotka rajoittavat kohtuuttoman paljon kilpailua. Useimmilla sopimuksilla on sekä hyödyllisiä että haitallisia vaikutuksia. Rule of reason mahdollistaa hyötyjen ja haittojen punninnan keskenään. Kielletyiksi tulevat vain menettelytavat, joista aiheutuu kuluttajille selkeää vahinkoa. Haittana on per se -kieltoja heikompi ennakoitavuus.[164] *Per se* -lähestymistavan

---

[162] Vähämerkityksellisiä sopimuksia on käsitelty edellä.

[163] Per se- ja rule of reason periaatteiden kehittymisestä amerikkalaisessa oikeuskäytännössä ks. tarkemmin esim. Handler (1957, 1982) s. 3–29; Fejö (1990) s. 79–104; Gellhorn/Kovacic (1994) s. 170–173, 184–186, 190–204, 219–222, 288, 301–304, 292–294, 311–312.

[164] Richard A. Posnerin mukaan erottelu rule of reason/per se on epäselvä. Paremminkin kyse olisi erosta säännön ja standardin välillä. "A rule singles out one or a few facts and makes it or

hyötynä on suurempi pelotevaikutus. Yleisestävyys lienee heikompi, jos sanktiot pystytään varmuudella päättelemään vasta oikeudenkäynnin jälkeen. Oikeusvarmuus on per se -kielloissa suurempi. Yritystoiminnan kannalta ei aina ole ensiarvoista, että oikeussäännös on taloudellisesti optimaalinen. Usein tärkeämpää on se, että yritykset voivat helposti ja nopeasti selvittää kilpailuoikeudellisen asemansa ja arvioida sopimusten kilpailuoikeudelliset riskit.[165] Koska rule of reason edellyttää yksityiskohtaista taloudellista informaatiota kilpailunrajoituksen vaikutuksista markkinoilla, oikeudenkäynnistä aiheutuu enemmän kustannuksia.[166] Lain sisällön selvittäminen ja päätösten saaminen kestää pidempään.[167] Nähdäkseni per se sopii paremmin sovellettavaksi yleisissä siviili- ja hallintotuomioistuimissa, joilta yleensä puuttuu rule of reason -periaatteen

---

them legally determinative. A standard allows a more open-ended inquiry. Rules are generally simpler and cheaper to enforce than standards and provide clearer guidance both to the people subject to them and to the courts that administer them. But they are often either underinclusive or overinclusive, and sometimes they are both at the same time. They are especially apt to fail as a sensible method of lawmaking when the relation of the rule's purpose to the fact or facts that it makes determinative of legality is unclear. In such cases, the decision whether to characterize the case as falling within the domain of the rule may depend on the same factors that would determine legality under a standard. The question whether a particular practice should be characterized as price fixing will often be identical from a practical standpoint to the question whether the practice restricts competition unreasonably." Posnerin kiteytys lähestymistapojen eroista on nerokas. Sen sijaan mielestäni vaikuttaa kyseenalaiselta, mitä voitetaan erottelulla sääntö/standardi. Nähdäkseni myös sääntö voi olla joustava lauseke, jossa ratkaisijalle annetaan joukko tekijöitä, joiden perusteella valinta vaihtoehtojen a ja b välillä on suoritettava. Juuri tällaisiahan suurelta osin ovat kilpailulainsäädännölle tyypilliset avoimet (joustavat) lausekkeet.

[165] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 250–251, joka siteeraa J. Stevensin perustelua tapauksessa *Arizona v. Maricopa Cty. Med. Society* (457 US 332, 334–44, 102 S.Ct. 2466, 2473 [1982]): "The rationale for per se rules in part is to avoid a burdensome inquiry into actual market conditions in situations where the likelihood of anticompetitive conduct is so great as to render unjustified the costs of determining whether the particular case at bar involves anticompetitive conduct."

[166] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 274–275. Justice J. White totesi korkeimman oikeuden ratkaisussa *Broadcast Music Inc. v. CBS, Inc.* (441 US 1, 8–9 99 St. 1551, 1556–57 [1979] seuraavaa: "The costs of judging business practices under the rule of reason ... have been reduced by the recognition of *per se* rules. Once experience with a particular kind of restraint enables the Court to predict with confidence that the rule of reason will condemn it, it has applied a conclusive presumption that the restraint is unreasonable." Sitaatti teoksesta Hovenkamp (1999) s. 250.

[167] Ajatusta per se -kieltojen hyödyistä voidaan kiteyttää yksinkertaisella vertauksella urheilutapahtumaan. Jalkapallo-ottelussa säännöt ovat selvillä etukäteen, mistä syystä peli saadaan vietyä läpi noin 90 minuutissa. Säännöt eivät ole täydelliset ja tuomiovirheitä tapahtuu. Todennäköisesti toisilla säännöillä saataisiin esim. enemmän maaleja aikaiseksi, pelaajia loukkaantuisi vähemmän tms. Sääntöjä voitaisiin optimoida pelikohtaisesti esim. vastakkain pelaavien joukkueiden ominaisuuksien, yleisön mieltymysten, tapahtuman viihdearvon, urheilullisen tason, pelin tasaisuuden, järjestäjien taloudellisen voiton tai jonkun muun kriteerin perusteella. Yhdet ja samat säännöt edustavat jonkinlaista karkeaa keskiarvoa siitä, millainen ratkaisu olisi optimaalinen tiettyä yksittäistä peliä silmälläpitäen. Peli kestäisi kuitenkin paljon pidempään, jos sen kuluessa ryhdyttäisiin erikseen optimoimaan sääntöjen sisältöä, keskustelemaan esim. optimaalisesta paitsion määritelmästä tai parhaasta pallon koosta ja kimmoisuudesta. Valmentajat tuntevat säännöt etukäteen ja laativat taktiikkansa sen mukaiseksi. Samoin toimivat yritykset. Tämä edellyttää kuitenkin sitä, että säännöt ja tuomarin ratkaisu kunkin tyyppisessä tilanteessa tiedetään etukäteen. Vaikka liike-elämä onkin jalkapalloa huomattavasti monimutkaisempaa ja esimerkki siinä

soveltamisen edellyttämä kilpailuteoreettinen asiantuntemus sekä käytännön kokemus ja näkemys kilpailulainsäädännöstä.[168] Per se -sääntöjä on arvosteltu Chicagon koulun taholta, sillä niiden on nähty johtavan jäykkiin ratkaisuihin.[169] Joustavuutta on ryhdytty pitämään useimpien sopimustyyppien osalta ennakoitavuutta tärkeämpänä. Mikäli tietyn kilpailunrajoitustyypin vaikutukset vaihtelevat yksittäistapauksen olosuhteista riippuen, hyötyjen ja haittojen punnintaa ei voida välttää.[170] *Taloustieteen* kehittyminen on muuttanut käsityksiä siitä, mikä on vahingollista. Yhdysvalloissa rule of reason on viime vuosikymmeninä voittanut alaa, samalla kun erottelu "jyrkän kiellon" ja "järjen säännön" välillä on käymässä yhä epäselvemmäksi. Per se kiellettyjä kilpailunrajoituksia lienevät nykyään lähinnä alimpia sallittuja hintoja koskevat määrähinnat sekä hinta-, tuotannonrajoitus-, ja markkinoidenjakokartellit, paljaat boikotit ja osa sidontatapauksista.[171] Jaottelu perustuu empiiriseen aineistoon.[172]

EY:n kilpailuoikeudesta löytyy ratkaisuja, joiden voidaan katsoa edustavan rule of reason periaatteen rantautumista EY:n kilpailuoikeuteen.[173] Esimerkkinä voidaan mainita *liitännäisrajoitusten* käsite. Sopimusehtoja, jotka yksinään tarkasteltuina rajoittaisivat kilpailua, ei välttämättä pidetä kartellikiellon vastaisina, mikäli ne liittyvät kilpailuvaikutuksiltaan hyödylliseen tai neutraaliin järjestelyyn. Yrityskaupoissa kartellikiellon ulkopuolelle jäävät esim. kohtuulliset kilpailukiellot,[174] joilla suojataan ostajaa siltä, että yrityksen myyjä välittömästi ryhtyisi saalistamaan entisiä asiakkaitaan takaisin. Liitännäisrajoituksen käsite kattaa kaikki rajoitukset, jotka liittyvät suoraan pääjärjestelyn toteuttamiseen ja ovat sen kannalta välttämättömiä.[175] Pääjärjestelyn toteuttamiseen suo-

---

mielessä kaukaa haettu, myös yrityksille on olennaista haittaa siitä, jos markkinakilpailua koskevat säännöt ovat epäselviä, jolloin niiden selvittämiseen kuluu liiaksi aikaa ja kustannuksia. Optimaalisuus ehkä toteutuu ratkaistavassa yksittäistapauksessa mutta haitta näkyy muissa tilanteissa. Tarvitaan yksinkertaisia sääntöjä monimutkaista maailmaan varten. Aina kun mahdollista, säännöt tulee laatia yksinkertaisiksi. Joustavuutta ei saa liiaksi korostaa yksinkertaisuuden kustannuksella.

[168] Ks. per se ja rule of reason -periaatteiden hyötyjen ja haittojen vertailusta esim. Gellhorn/Kovacic (1994) s. 165–170.

[169] Gellhorn/Kovacic (1994) s. 167–168; Hovenkamp (1999) s. 259–266; Fejö (1990) s. 97–103.

[170] Gellhorn/Kovacic (1994) s. 166.

[171] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 251.

[172] Ks. Hovenkamp (1999) s. 252–253: "The *per se* rule is an empirical rule. To be sure, the legal jargon requires a judge to hold certain conduct illegal *per se* as a "matter of law" rather than fact. But the judge arrives at that conclusion only because courts have had sufficient experience with a certain kind of practice that they can comfortably pigeon-hole it into the "*per se* box.""

[173] Ks. esim. Fejö (1990) s. 105–119. Ks. myös Rissanen/Korah (1991) s. 137–141 ja 254–261, jossa kysymystä paljaiden ja hyödyllisinä sallittujen kilpailunrajoitusten välisestä erosta tosin käsitellään lähinnä vain liitännäisrajoituksia (ancillary restraints) koskevan doktriinin kannalta.

[174] *Remia ym. v. komissio*, 42/84, tuomion 20 kohta; ks. myös liitännäisrajoituksia koskevan tiedonannon II kohdan 5 ja 6 alakohta.

[175] Ks. esim. yrityskeskittymäjärjestelyiden liitännäisrajoituksista annettu komission tiedonanto, EYVL 1990 C 203/5; yhteistoiminnallisia yhteisyrityksiä koskeva tiedonanto; sulautuma-asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohta ja 8 artiklan 2 kohdan toinen kohta.

raan liittyvänä rajoituksena on pidettävä rajoitusta, jolla on pienempi merkitys kuin kyseisen järjestelyn toteuttamisella ja jolla on tähän selvä yhteys. Liitännäisrajoituksen on oltava objektiivisesti arvioiden välttämätön pääjärjestelyn toteuttamisen kannalta ja toisaalta päärajoitukseen nähden oikeassa suhteessa. Tapauksessa *Delemitis* todettiin, ettei oluttehtaan ja yksittäisen baarinomistajan välinen yksinostosopimus riko 81 (1) artiklaa, ellei vastaavien sopimusten kumulatiivisesta vaikutuksesta ja markkinoiden keskittymisasteesta johtuen yksinomaisuussopimus johda siihen, että uusien olutvalmistajien pääsy markkinoille estyy.[176] Toisaalta EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin asettui *Métropole*-tuomiossa[177] rule of reason -periaatetta vastaan.

> Tribunaali totesi käsityksenään, että aiemmassa oikeuskäytännössä ei ole vahvistettu tällaisen periaatteen olemassaoloa.[178] Perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdassa mahdollistetaan kilpailua rajoittaville sopimuksille poikkeuslupa silloin, kun ne täyttävät tietyt edellytykset, muun muassa kun ne ovat välttämättömiä tiettyjen tavoitteiden toteuttamiseksi ja kun ne eivät anna yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita. Ainoastaan tässä määräyksessä tarkoitetussa tapauksessa voidaan verrata rajoituksen kilpailua edistäviä ja kilpailua rajoittavia vaikutuksia.[179] Artikla 81 (3) menettäisi suuren osan tehokkaasta vaikutuksestaan, jos tällainen tutkimus pitäisi tehdä jo 81 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa. Vaikka EY:n tuomioistuimet ovatkin joissakin ratkaisuissaan kannattaneet 81 artiklan 1 kohdassa asetetun kiellon väljempää tulkintaa,[180] näitä tuomioita ei pidä kuitenkaan tulkita siten, että niissä vahvistettaisiin se, että rule of reason -periaate kuuluu yhteisön kilpailuoikeuteen.[181]

---

[176] *Sergio Delimitis v. Heninger Bräu*, C-234/89, Kok. 1991, s. I-935, tuomion kohta 31.

[177] *Métropole télévision*, T-112/99, ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 18.9.2001, tuomion kohdat 72–77.

[178] Tältä osin viitattiin seuraaviin tuomioihin: asia C-235/92 P, *Montecatini v. komissio*, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4539, 133 kohta (vaikka rule of reason -periaatteella oletettaisiin olevan asemansa perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisessa); asia T-14/89, *Montedipe v. komissio*, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-1155, 265 kohta ja asia T-148/89, *Tréfilunion v. komissio*, tuomio 6.4.1995, Kok. 1995, s. II-1063, 109 kohta.

[179] Tältä osin viitattiin ratkaisuihin 161/84, *Pronuptia*, tuomio 28.1.1986, Kok. 1986, s. 353, 24 kohta; Kok. Ep. VIII, s. 421; asia T-17/93, *Matra Hachette v. komissio*, tuomio 15.7.1994, Kok. 1994, s. II-595, 48 kohta ja edellä 34 kohdassa mainittu asia *European Night Services ym. v. komissio*, T-374 ym./94, tuomion 136 kohta.

[180] Tältä osin viitattiin ratkaisuihin *Société Technique Minière* 56/65 ja *Oude Luttikhuis ym.* C-399/93; edellä 68 kohdassa mainitut asiat *Nungesser* ja *Eisele v. komissio* ja *Coditel ym.*; edellä 74 kohdassa mainittu asia *Pronuptia*; edellä 34 kohdassa mainittu asia European Night Services ym. v. komissio ja asia C-250/92, *DLG*, tuomio 15.12.1994, Kok. 1994, s. I-5641, 31–35 kohta.

[181] Tribunaalin näkemyksen mukaan ne liittyvät pikemminkin laajempaan oikeuskäytännössä vallitsevaan näkemykseen, jonka mukaan ei ole syytä katsoa täysin abstraktisti ja erotuksella, että kaikki sopimuksen osapuolten tai osapuolen toimintavapautta rajoittavat sopimukset kuuluisivat perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa asetetun kiellon piiriin. Arvioitaessa sitä, voidaanko tätä määräystä soveltaa tiettyyn sopimukseen, on otettava huomioon se konkreettinen asiayhteys, johon sopimuksen vaikutukset kohdistuvat, etenkin kysymyksessä olevien yritysten taloudellinen ja oikeudellinen toimintaympäristö, tässä sopimuksessa tarkoitetut tuotteet ja/tai palve-

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen mielestä rule of reason olisi vastoin 81 artiklan normatiivista rakennetta. Sinänsä tulee välttää se, että 81 (1) artiklan kielto ulottuisi täysin abstraktisti ja erotuksetta kaikkiin sopimuksiin, jotka rajoittavat sopimuksen osapuolen toimintavapautta. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että rajoituksen kilpailua edistäviä ja kilpailua rajoittavia vaikutuksia pitäisi verrata arvioitaessa sitä, sovelletaanko sopimukseen perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa asetettua kieltoa. Voidaan todeta, että ensimmäisen asteen tuomioistuimen lausumat asettavat rule of reason -periaatteelle varsin kapean soveltamisalan. Viittaus normin rakenteeseen vastaa ajatuskulkuja kilpailuneuvoston *Finnpap-päätöksessä*. Tuossa päätöksessä kilpailuneuvosto katsoi, ettei sopimuksen kuuluminen kartellikiellon piiriin edellyttänyt näyttöä siitä, että sopimuksen seurauksena syntynyt hintataso oli muodostunut kohtuuttoman korkeaksi tai korkeammaksi kuin ilman sopimusta tai että haitat muutoin ylittävät hyödyt.[182] Tämä johtui siitä, että kartellikiellon osalta vahingollisuusarviointi on jo tehty lainsäätäjän toimesta. Hyödyllisten sopimusten osalta laissa on mahdollistettu poikkeusluvan hakeminen kilpailunrajoituslain 19 §:n nojalla. Eri asia on se, kuinka kantava perustelu on vielä siinä tilanteessa, joissa yksittäisistä poikkeusluvista ollaan luopumassa.

Jaottelusta per se/rule of reason ei näyttäisi olevan ratkaisevaa hyötyä EY:n tai Suomen kilpailuoikeudessa.[183] Ajatus, että kilpailunrajoitukset voidaan laittaa kahteen laatikkoon, vaikuttaa vanhentuneelta.[184] Ero on periaatteiden välillä on liukuva. Kyse on pikemminkin lähestymistavasta ja metodista kuin varsinaises-

---

lut sekä kyseisten markkinoiden toiminnan tosiasialliset edellytykset ja niiden rakenne. Ks. esim. *European Night Services ym. v. komissio*, tuomion 136 kohta; *Oude Luttikhuis ym.*, tuomion 10 kohta; *VGB ym. v. komissio*, tuomion 140 kohta ja asia C-234/89, *Delimitis*, tuomio 28.2.1991, Kok. 1991, s. I-935, 31 kohta; Kok. Eo. XI, s. 77.

[182] Kielto koskee sekä paljasta että liitännäistä kilpailijoiden välistä hintayhteistyötä. Lain 6 §:n 1 kohdassa ei myöskään ole kysymys todistustaakan kääntävästä, menettelyn vahingollisuutta koskevasta presumptiosta, vaan velvoittavasta lain kiellosta. Hintayhteistyön tunnusmerkistön täyttyessä 6 §:n 1 kohdan soveltamista ei estä myöskään markkinoilla toteutuneen hinnoittelun kohtuullisuus. Hintayhteistyön tarpeellisuuteen ja vaikutuksiin liittyvällä kokonaisarvioinnilla on kuitenkin merkitystä harkittaessa kilpailunrajoituslain19 §:ssä säädettyjen poikkeuslupaedellytysten käsilläoloa sekä toisaalta seuraamusten määräämistä kilpailunrajoituslain 8 §:n nojalla. Edellä oleva kävi lain esitöiden ohella ilmi kilpailuneuvoston kilpailunrajoituslain 6 §:ää koskevasta vakiintuneesta käytännöstä, muun ohella *Osuuspankkien Keskusliittoa* (d:o 3/359/93), *Valio Oy:tä* (7/359/93) ja *Työntekijäin ryhmähenkivakuutuspoolia* (9/359/95) koskevista päätöksistä. Lain 6 §:n 1 kohdan tunnusmerkistön täyttävän kilpailunrajoituksen sallittavuus edellyttää siten aina 19 §:n mukaisen poikkeusluvan myöntämistä.

[183] Kyse on myös määrittelykysymyksestä. Tapauksessa *Métropole* ensimmäisen asteen tuomioistuin tarkasteli sitä, sisältääkö 81 (1) artikla rule of reason -periaatteen. Sen sijaan esim. Fejö tarkastelee periaatetta sekä 81 (1) ja 81 (3) artiklan osalta. Tässä mielessä 81 artiklan voidaan katsoa sisältävän rule of reason -tyyppisen lievennyksen, sillä de minimis -sääntö, kauppavaikutuskriteeri, kilpailun rajoittumista koskevan kynnyksen nostaminen, viranomaisen keskittyminen olennaisiin päätöksiin ja poikkeuslupamahdollisuus merkitsevät sitä, että neutraaleina tai hyödyllisinä pidettyjä kilpailunrajoituksia ei kielletä.

[184] Ks. esim. Areeda (1986); Calvani (2000).

ta ratkaisustandardista.[185] Yhdysvalloissa käsite otettiin käyttöön sen vuoksi, ettei lainsäädäntö tunne 81 artiklan 3 kohdan ja kilpailunrajoituslain 19 §:n kaltaista poikkeuslupaa. Ylilyöntien välttämiseksi kieltoperiaatetta piti lieventää. Termin rule of reason torjuminen ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei periaatteeseen rinnastuvaa lähestymistapaa voitaisi hyödyntää myös Euroopassa. EY:n kilpailuoikeudessa ollaan luopumassa yksittäisten poikkeuslupien myöntämisestä, jolloin 81 (3) artiklan hyödyllisten vaikutusten arviointi jää yritysten itsensä tehtäväksi. EY:n komission horisontaalisia sopimuksia koskevissa suuntaviivoissa[186] sopimukset jaetaan karkeasti kolmeen luokkaan: selvästi kiellettyihin, selvästi sallittuihin sekä harmaan alueen sopimuksiin, jotka voivat rajoittaa kilpailua, mutta eivät aina sitä tee.[187] Suuntaviivojen mukaan viimeksi mainittujen sopimusten markkinavaikutuksia on tarpeen analysoida. Tällöin ei riitä, että analyysissa todetaan sopimuksen vähentävän sopimuspuolten välistä kilpailua. Sen on lisäksi todennäköisesti vaikutettava kilpailuun markkinoilla niin paljon, että tämän voidaan olettaa vaikuttavan kielteisesti hintoihin, tuotantomääriin, innovaatiotoimintaan taikka tavaroiden tai palvelujen valikoimaan tai laatuun. Riippuu taloudellisesta yhteydestä, voiko sopimus aiheuttaa kielteisiä markkinavaikutuksia. Tähän vaikuttavat sopimuksen luonne, sopimuspuolten yhteinen markkinavoima ja muut rakenteelliset tekijät.[188] Olennaista on se, että potentiaalisesti vaaralliset mutta vaikutuksiltaan epäselvät sopimukset alistetaan riittävän kattavalle kilpailuanalyysille. Voidaan hyvin puhua yksinkertaisesti taloudellis-juridisesta analyysista.

2.3 YKSITTÄISPOIKKEUKSET

EY:ssä katsottiin jo alun perin, että kieltoperiaatteen soveltaminen vaatii tuekseen poikkeuslupamahdollisuutta. Nyttemmin kaikissa jäsenmaissa on saatettu

---

[185] Hovenkamp toteaa, että erottelua per sen ja rule of reasonin välillä yleensä liioitellaan. Tietyssä mielessä kaikki kilpailunrajoitukset ovat kiellettyjä "per se", kyse on vain siitä, kuinka paljon informaatiota täytyy kerätä, ennen kuin kielto voidaan julistaa. Ks. Hovenkamp (1999) s. 251: "The per se rule says that once we know a certain amount about a practice we can pass judgment on its legality without further inquiry. The difference between a "per se" and a "rule of reason" standard lies in how much we need to know before we can make that decision. A rational decision maker will collect information, beginning with that which is most relevant and easiest to gather, until he reaches a point at which the marginal cost of acquiring more exceeds its expected marginal return. In this case the "marginal return" is the increased accuracy of the final decision. If the cost of obtaining certain information is very high, and chance is small that it will make the final decision more accurate, the rational decision maker will not seek the additional information." Alaviite poistettu.

[186] Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, EYVL 2001 C 3/2.

[187] Ks. horisontaalisten suuntaviivojen kohdat 17–20, 24–26.

[188] Ks. horisontaalisten suuntaviivojen kohdat 26–36.

voimaan perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan (entinen 85 artiklan 3 kohta) mallin mukainen kiellolle ja siitä myönnettävälle poikkeukselle perustuva sääntelyjärjestelmä. Poikkeuslupa voidaan myöntää kartellityypeistä ja kielletyistä vertikaalisista rajoituksista, ei sen sijaan määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä.[189]

Poikkeuksen myöntämisen edellytyksenä on asiakkaille tai kuluttajille tuleva hyöty. Instrumentin tarkoituksena on lisätä lain joustavuutta antamalla lain soveltajalle mahdollisuus myöntää poikkeuksia kielloista niissä yksittäistapauksissa, joissa kilpailunrajoitus vastoin lainsäätäjän yleistä premissiä menettelyn vahingollisuudesta osoittautuukin hyödylliseksi. Poikkeuslupaharkinta edellyttää kilpailuvaikutusten tutkimisen ohella tehokkuushyötyjen arvioimista.[190] Poikkeuslupamahdollisuus lisää lain joustavuutta. Lupamenettelyllä voidaan ratkaista yksittäistapauksia,[191] joiden yleistä luokittelemista vahingollisiksi tai hyödyllisiksi lain tasolla ei pidetä tarkoituksenmukaisena. Riskinä toisaalta on se, että kilpailuviranomaisen työkentässä korostuu liiaksi harmittomien tapausten hallinnointi, jolloin resurssit eivät riitä vakavimpien kilpailunrajoitusten selvittämiseen. Voidaan olettaa, etteivät yritykset tuo viranomaisten ratkaistaviksi selkeän vahingollisia tapauksia.

---

[189] Erottelu perustuu siihen, että määräävän aseman väärinkäyttöä pidetään itsessään vahingollisena, joten punnintaa väärinkäytön hyötyjen ja haittojen välillä ei pidetä tarpeellisena. Määräävässä asemassa oleva yritys voi hallita kilpailua markkinoilla, joten mahdollisia hyötyjä ei täytyisi siirtää myöskään kuluttajille. Periaatetason selitys ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tehokkuuteen kiinnitettäisi huomiota myös markkinavoiman väärinkäytön yhteydessä esim. harkittaessa sitä, milloin puuttuminen vaikkapa sidontaan tai saalistushinnoitteluun on perusteltua. Kysymykseen palataan määräävän aseman väärinkäyttöä koskevassa jaksossa.

[190] EY:n kilpailuoikeudessa poikkeusluvat myönnetään määräajaksi, joskaan asetuksessa 17/62 ei ole määritelty mitään enimmäisaikaa. Suomessa poikkeusluvat voidaan myöntää paitsi määräajaksi, myös toistaiseksi voimassa olevina. Käytännössä luvat on myönnetty määräaikaisina. Yleensä lupa on myönnetty 2–5 vuodeksi, poikkeustapauksissa enimmillään 10 vuodeksi. Kun kyse on lain kiellosta myönnetystä poikkeuksesta, on tarkoituksenmukaista, että poikkeusluvan edellytysten käsilläolo tulee määräajoin uudelleen harkittavaksi. Aiempi viranomaiskäytäntö kodifioitiin lakiin vuoden 1998 uudistuksen yhteydessä. Uuden kilpailunrajoituslain esitöiden mukaan poikkeusluvan myöntäminen muutoin kuin määräajaksi tulee kysymykseen ainoastaan poikkeuksellisesti. Poikkeuslupa voidaan myöntää toistaiseksi voimassaolevaksi esimerkiksi silloin, kun kyseessä on rakenteellinen järjestely, joka ei kuulu yrityskauppavalvonnan piiriin ja johon sisältyy 4–6 §:ssä kiellettyä yhteistyötä (HE 243/1997 vp, s. 33).

[191] Poikkeuslupa myönnetään asianosaisen elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän hakemuksesta. Elinkeinonharjoittajan yhteenliittymälle myönnetty poikkeuslupa sisältää samalla viranomaisen yleisen kannanoton siihen, että luvassa määritelty menettely, joka muutoin rikkoo kartellikieltoa, on sallittua. Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymälle myönnettävä poikkeuslupa on näin tavallaan lupa kiellosta poikkeavalle menettelylle, jossa yhteenliittymä on toimeenpanija.

2.3.1 Poikkeusluvan myöntämisen edellytykset

Poikkeuslupa edellyttää neljän kriteerin täyttymistä:
1. *tehokkuuskriteeri:* järjestely edistää taloudellista tehokkuutta tai teknologista kehitystä;
2. *hyötyjen siirtyminen:* pääosa hyödyistä siirtyy kuluttajille;
3. *suhteellisuuskriteeri:* järjestely ei sisällä lisärajoituksia, jotka objektiivisesti eivät ole tarpeellisia;
4. *kilpailun säilyminen:* järjestely ei estä kilpailun toimimista relevanteilla markkinoilla.[192]

2.3.1.1 Tehokkuuskriteeri

Poikkeusluvan myöntäminen edellyttää, että kilpailunrajoitus *osaltaan tehostaa tuotantoa tai jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä.* Järjestely voi tehostaa tuotantoa tai jakelua esimerkiksi parantamalla hyödykkeen laatua, lisäämällä tuotantoa, pidentämällä tuotantosarjoja, karsimalla päällekkäisiä toimintoja tai alentamalla hankinta-, jakelu-, työvoima-, raaka-aine- tai ympäristökustannuksia. Tekninen ja taloudellinen kehitys voi tarkoittaa esimerkiksi teknistä tai taloudellista innovaatiota, teknologian siirtoa taikka uuden tai parannetun hyödykkeen markkinoille saattamista. Perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohta ja kilpailunrajoituslain 19 § eivät rajaa viranomaisen harkintaa muutoin, kuin että kyse on *taloudellisista* hyödyistä. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten yleisestä vahingollisuudesta seuraa, että poikkeuslupaa hakevien elinkeinonharjoittajien on kyettävä konkreettisesti osoittamaan ne hyödyt, joita laissa muutoin kielletyn menettelytavan sallimisella saavutettaisiin.

Rooman sopimuksen 81 artiklan 3 kohdassa tai kilpailunrajoituslain 19 §:ssä ei tarkemmin määritellä, *mitä tehokkuudella*[193] *konkreettisesti tarkoite-*

---

[192] Kuoppamäki (2000) s. 88. Jäljempänä oleva perustuu kirjassani Kilpailuoikeuden perusteet esitettyyn. Ks. EY:n poikkeuslupakäytännön osalta esim. Bellamy/Child (2001) s. 152–199; Faull/Nikpay (1999) s. 103–115, 382–390, 396–397, 532–533. Kotimaisen oikeuden osalta voin viitata Kalliomaa-Puhan kattavaan selvitykseen (1995) sekä omaan esitykseeni Kuoppamäki (2000) s. 87–107. Ottaen huomioon, että poikkeuslupainstrumentista ollaan ainakin EY:n tasolla luopumassa, en ole katsonut tarkoituksenmukaiseksi ryhtyä yksityiskohtaiseen ja kattavaan analyysiin sen suhteen, missä tilanteissa poikkeuslupa on myönnetty tai miten EY:n ja Suomen käytäntö mahdollisesti eroavat toisistaan. Tämänkin asian käsittely on tarpeen kokonaiskuvan muodostamiseksi. Oman kysymyksensä tulee muodostamaan se, halutaanko kotimainen poikkeuslupajärjestelmä säilyttää sen jälkeen, kun EY:n modernisaatiopaketti tulee voimaan 1.5.2004 alkaen.

[193] Tehokkuusetuja tuotannossa tai hyödykkeiden jakelussa voidaan saavuttaa kustannustehokkuuden sekä resurssien tehokkaan ja oikean kohdentamisen kautta. Kustannustehokkuudella tarkoitetaan sitä, että sama tulos saavutetaan alemmilla kustannuksilla tai että saavutetaan samoilla kustannuksilla korkeampi kokonaistuotos. Resurssien tehokkaalla kohdentamisella tarkoitetaan sitä, että tavaroita ja palveluita tuotetaan tai niiden jakelu hoidetaan siellä, missä se on

taan.[194] Normi on joustava, jolloin harkinnassa voidaan ottaa huomioon kunkin alan erityispiirteet ja vallitsevat kilpailupoliittiset tavoitteet ja painotukset. Periaatteessa kysymys on kustannus-hyöty-analyysin tapaisesta arvioinnista. Tehokkuushyötyjä verrataan kilpailunrajoituksesta aiheutuviin haittoihin. Mikäli hyödyt ovat haittoja suuremmat, poikkeuslupa voidaan myöntää. Kilpailunrajoituksesta aiheutuva markkinavoiman kasvu vaihdetaan niihin taloudellisiin hyötyihin, joita kilpailunrajoituksesta arvellaan koituvan.[195] Kilpailuviranomaisen ratkaisu perustuu oletettujen kilpailuvaikutusten ja konkreettisen markkina-analyysin perusteella tehtävään todennäköisyysarvioon.

2.3.1.2 Hyötyjen siirtyminen

Luvan myöntäminen edellyttää myös sitä, *että tehokkuusedut siirtyvät pääosin asiakkaille tai kuluttajille.* Tämä tarkoittaa ensinnäkin sitä, että tehokkuushyötyjen tulee olla luonteeltaan yleisiä. Periaatteessa kyseeseen tulee mikä tahansa taloudellinen hyöty, joka on eteenpäin siirrettävissä. Toisekseen selvitetään, että kilpailun paineen voidaan jatkossakin olettaa johtavan siihen, etteivät tehokkuusedut jää ainoastaan yrityksille itselleen, vaan että ne joudutaan siirtämään kuluttajille. Kilpailuviranomaiset eivät pyri konkreettisesti mittaamaan yhteistyön yrityksille tuottamaa "voittoa" tai erityisesti valvomaan lisäarvon siirtymistä. *Oletetaan, että toimiva kilpailu itsessään turvaa hyötyjen siirtymisen eteenpäin.*

2.3.1.3 Suhteellisuuskriteeri

Poikkeuslupa voidaan myöntää vain sellaisille kilpailunrajoituksille, joita tehokkuushyötyjen saavuttaminen edellyttää. Edellytyksenä on, että *hyödyt ovat*

---

taloudellisen tehokkuuden kannalta tarkoituksenmukaisinta. Tehokkuusetujen tarkastelussa otetaan huomioon sekä välittömästi koituvat että pitkällä aikavälillä ilmenevät hyödyt ja haitat. Pitkän aikavälin tehokkuus ilmenee esimerkiksi teollisuuden ja kaupan tuotantoprosessien ja tuotteiden kehityksenä.

[194] Tulisiko huomiota kiinnittää etupäässä allokatiiviseen vai produktiiviseen tehokkuuteen tai kenties tulevaisuuden dynaamisiin vaikutuksiin? Tehokkuuden kannalta kyse on yleensä siitä, että järjestelyyn osallisten yritysten mahdollista produktiivisen tehokkuuden lisäystä verrataan siihen allokatiivisen tehokkuuden vähenemiseen, jota kilpailun rajoittumisesta ehkä aiheutuu. Järjestelyyn osallisten yritysten tuotantokustannuksia karsiva järjestely heikentää allokatiivista tehokkuutta, jos hinnat kilpailun vähenemisen seurauksena nousevat. Vaatimus hyötyjen siirtymisestä kuluttajille edellyttää, että näin ei tapahdu, tai ainakin, että asiakkaille tai kuluttajille muutoin tuleva hyöty selkeästi ylittää kilpailun vähenemisestä aiheutuvan haitan.

[195] Käytännössä tehokkuushyötyjä ja haittoja ei usein pystytä kvantifioimaan, eivätkä hyödyt ja haitat ole välttämättä vertailukelpoisia. Todelliset vaikutukset voivat olla nähtävissä vasta, kun järjestelyä on sovellettu markkinoilla. Toisaalta ratkaisu voidaan perustaa vastaavista järjestelyistä saatuihin kokemuksiin.

seurausta kilpailunrajoituksesta. Tehokkuushyödyn tulee siis olla *kausaalisuhteessa* siihen *kilpailunrajoitukseen*, jolle lupaa haetaan. Mikäli hyödyt eivät ole seurausta siitä yhteistyöstä, jolle lupaa haetaan, poikkeusluvan edellytykset eivät täyty. Esimerkiksi jos uuden hyödykkeen kehittäminen edellyttää kilpailijoiden välistä yhteistyötä tutkimuksessa ja tuotekehittelyssä mutta ei hinnoittelussa, poikkeuslupa voidaan myöntää T&K-yhteistyölle, mutta ei hintojen yhtenäistämiselle. Voidaan myös puhua *välttämättömyyskriteeristä.* Kirjallisuudessa on osin tulkittu, että 81 artikla olisi 19 §:ää tiukempi, koska 81 artiklan mukaan kilpailunrajoituksen tulee olla *välttämätön* tehokkuusedun saavuttamiseksi, kun taas 19 §:n mukaan riittävää on se, että kilpailunrajoitus *osaltaan tehostaa* tuotantoa tai jakelua. Lain 19 §:ssä ei edellytetä, että yhteistyö olisi *ainoa* kyseeseen tuleva tapa, jolla tehokkuushyötyjä ylipäätään voitaisiin saavuttaa, tai ainoa tehokkuuden lisäykseen vaikuttava tekijä. Riittävää on, että rajoitus osaltaan edistää tehokkuuden saavuttamista. Lain sanamuodon perusteella vaikuttaisi siltä, että poikkeuslupa voitaisiin myöntää Suomessa keveämmin perustein lain 19 §:n kuin 81 (3) artiklan perusteella. Toisaalta EY:ssä ja Suomessa suoritetaan samanlainen taloudellis-juridinen analyysi, jolloin pieni ero sanamuodossa ei nouse ratkaisevaan asemaan. Kummassakin järjestelmässä tavoitteena on sallia hyödyllinen yhteistyö. Kieliopillisella erolla ei näyttäisi olevan ratkaisevaa merkitystä. Merkittävämpiä kysymyksiä mahdollisten erojen osalta ovat aineelliset standardit, esim. miten kilpailuviranomaiset suhtautuvat kilpailijoiden väliseen hankintayhteistyöhön tai miten tuotemerkkien välistä ja niiden sisäistä kilpailua painotetaan keskenään tai mistä alkaen markkinoiden keskittymisasteen katsotaan muodostavan esteen poikkeusluvan myöntämiselle.[196]

2.3.1.4 Kilpailun säilyminen

Poikkeusluvan myöntäminen ei yleensä tule kyseeseen, mikäli markkinat ovat hyvin keskittyneet ja kilpailu niillä rajallista. Tällöin on nimittäin epätodennäköistä, että kilpailunrajoituksesta saatavat tehokkuushyödyt välittyisivät asiakkaille tai kuluttajille. Hyötyjen siirtyminen on erityisen epätodennäköistä silloin, kun lupaa hakevalla yrityksellä on määräävä markkina-asema.[197]

Poikkeusluvassa voidaan määritellä *ehtoja*, joiden tarkoituksena on täsmentää se toiminta ja ne menettelytavat, joille lupa myönnetään sekä toisaalta selventää ne menettelytavat, joita lupa ei koske. Esimerkiksi hintasuositusta

---

[196] Yksityiskohtaisen analyysin suorittaminen sen suhteen, missä määrin eri sopimustyyppien välinen kohtelu eroaa EY:ssä ja Suomessa, jää tilasyistä tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

[197] Ks. Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, EYVL 2000 C 291/1, kohta 135. Kotimaisen käytännön osalta ks. *Valio I*, d:o 7/359/93, kilpailuneuvoston päätös 1.12.1993, Kuoppamäki (1996) s. 152.

koskevan luvan ehtona on, että suositushinnan saa vapaasti ylittää tai alittaa ja ettei suosituksen noudattamiselle tai noudattamatta jättämiselle aseteta mitään sanktioita. Poikkeusluvassa voidaan asettaa myös luvan ehtojen noudattamisen kannalta relevantteja tiedonantovelvoitteita. Markkinaolosuhteita koskevien ehtojen tarkoituksena on rajata luvan voimassaolo koskemaan sitä markkinatilannetta, jonka vallitessa lupahakemus on tutkittu.

2.3.2 Kilpailuviranomaisen harkintaa ohjaavat periaatteet

Poikkeuslupaharkinnassa korostuvat tarveharkinta ja kilpailupoliittisten valintojen tekeminen. Kysymys ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaisuusharkinnasta vaan sidotusta ratkaisutoiminnasta, jossa luvan myöntämisen ja epäämisen perusteet on laissa säännelty. Poikkeuslupasäännöksen kilpailuviranomaisille antama liikkumavara on ennen muuta seurausta säännöksen avoimuudesta.

Kilpailuviranomaisen harkintavaltaa rajoittavat *tarkoitussidonnaisuuden periaate*[198] sekä *suhteellisuusperiaate*.[199] Poikkeusluvalle asetettujen ehtojen tulee olla asiallisessa yhteydessä myönnettävään lupaan ja sen tarkoitukseen, eivätkä ne saa olla laajempia kuin luvan myöntämisen kannalta on tarpeellista. Kaikessa hallintotoiminnassa on otettava huomioon *yhdenvertaisuusperiaate*.[200] Samalla toimialalla toimivia keskenään kilpailevia elinkeinonharjoittajia ei saa ilman riittäviä perusteita asettaa erilaiseen asemaan. Lupakäytännön tulee olla johdonmukaista ja ennakoitavissa olevaa. Kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävät perusteet, esimerkiksi poikkeusluvan hakijoiden erilainen asema markkinoilla tai yhteistyön erilaiset kilpailuvaikutukset, oikeuttavat erilaisen lopputuloksen.

---

[198] Kuoppamäki (2000) s. 91. Tarkoitussidonnaisuuden periaate voidaan nähdä myös osana suhteellisuusperiaatetta. Mäenpää toteaa, että suhteellisuusperiaate toimii käytännössä sekä julkisen vallan käytön että viranomaisen harkintavallan rajoittajana. Suhteellisuusperiaate pitää sisällään kolme elementtiä. Konkreettisen toimen tulee olla 1) asianmukainen, tehokas ja sopiva, 2) tarpeellinen ja 3) välttämätön erityisesti sen kohteen etujen ja oikeuksien kannalta. Ks. Mäenpää (2001) s. 214. Yhtä hyvin voitaisiin tässä yhteydessä omaksua Mäenpään luokittelu pohjaksi. Olennaista on se, että poikkeusluvalle asetetut ehdot ovat välttämättömiä niillä tavoitellun päämäärän käyttämiseksi, kilpailuviranomainen ei käytä harkintavaltaansa väärin joidenkin muiden tavoitteiden ajamiseksi, että poikkeuslupaa myönnettäessä otetaan asianmukaisesti huomioon hakijoiden intressit ja että sopimusvapautta ei rajoiteta ilman riittäviä perusteita. Viimein, samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavoin. Ottaen huomioon, että poikkeuslupaharkinnassa kilpailuviranomaisella on huomattavasti julkista valtaa, näiden periaatteiden noudattamiseen tulee kiinnittää erityistä huomiota. Poikkeuslupainstrumentin haittana oikeusturvan kannalta voidaan pitää sitä, että kilpailuviranomaisen päätösharkinnalle asetetaan vain väljät perusteet. Tästä syystä viranomaisen päätöksentekoa ohjaavia periaatteita olisi hyvä korostaa jatkossa nykyistä enemmän.

[199] Ks. tästä Mäenpää (2001) s. 213–220.

[200] Mäenpää käyttää tässä yhteydessä termejä tasa-arvoperiaate ja syrjintäkielto. Ks. Mäenpää (2001) s. 210–213.

Kilpailuviranomaisen hakijalle kielteisistä ratkaisuista on mahdollista valittaa lainkäyttöelimeen, EY:n ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen ja Suomessa markkinaoikeuteen.[201]

2.3.3 Kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan legaalipoikkeuksen suhde yksittäispoikkeuksiin

Kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan mukaan samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivat elinkeinonharjoittajat tai näiden yhteenliittymät eivät saa sopimuksella, päätöksellä tai niihin rinnastettavalla menettelyllä rajoittaa tuotantoa taikka jakaa markkinoita tai hankintalähteitä, elleivät ne ole välttämättömiä järjestelyille, jotka tehostavat tuotantoa tai jakelua taikka edistävät teknistä tai taloudellista kehitystä, ja hyöty järjestelystä tulee pääosaltaan asiakkaille tai kuluttajille.[202] Ruotsissa kilpailuoikeus on lähes täysin harmonisoitu EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Suomessa hallituksen esityksen kirjoittamisvaiheessa kilpailunrajoituslain 6 §:ää päätettiin lieventää ja siihen lisättiin 2 kohdan legaalipoikkeusta koskeva säännös. Samalla hallituksen esityksestä poistettiin

---

[201] EY:n tuomioistuimet eivät ole yleensä puuttuneet komission suorittamaan arviointiin, kun sen on katsottu tapahtuvan komissiolle annetun harkintavallan puitteissa. Tämän on nähty seuraavan 81 (3) artiklan komissiolle antamasta laajasta harkintavallasta. Ks. esim. Bellamy/Child (2001) s. 159–160. Esim. tapauksessa *SCK ja FNK v. komissio* (T-213/95 & T-18/96, Kok. 1997 s. II-1739) ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, ettei tuomioistuin tutki komission päätöksen sisältämää "monimutkaista" taloudellista analyysia, vaan että oikeudellinen kontrolli rajoittuu sen tutkimiseen, että muotosääntöjä on noudatettu, faktat on kuvattu oikein ja päätöksestä ei ilmene karkeaa virhettä tai harkintavallan väärinkäyttöä. Mielestäni poikkeusluvan edellytysten harkinta ei ole sen vaativampaa kuin esim. määräävän aseman väärinkäyttöä koskevan tapauksen ratkaiseminen. Perustelutapa synnyttää hieman vaarallisen tuntuisen diktonomian "kilpailuoikeus/kilpailupolitiikka", jossa asianosaisen oikeusturva ei ole erityisen vahva. On tunnettua, että EY:ssä poikkeuslupa-asia pitää tämän vuoksi yrittää voittaa 81 (1) artiklan nojalla, koska 81 (3) artiklan osalta kynnys on yleensä liian korkea. Modernisaatioasetuksen osalta yhtenä positiivisena piirteenä voidaan pitää sitä, että se tullee "juridisoimaan" 81 (3) artiklan soveltamisen, kun nimenomainen poikkeuslupainstrumentti jää pois. Suomessa on tutkittu tarkemmin myös poikkeusluvan myöntämisedellytysten täyttyminen, mikä selittyy historiallisilla seikoilla. Vuoden 1992 lain 19 §:n 2 momentin vanhan sanamuodon mukaan kilpailuviraston tuli siirtää kielteisen lopputuloksen saanut poikkeuslupa-asia kilpailuneuvoston ratkaistavaksi, mikäli hakija niin vaati. Vuoden 1998 lainmuutoksen yhteydessä siirtosäännös muutettiin KilpRajL 21 §:n valitussäännökseksi. Nähtäväksi jää, mitä tämä muutos yhdistettynä toteutettuihin institutionaalisiin muutoksiin tulee merkitsemään sen suhteen, kuinka tarkasti valitukset tullaan jatkossa markkinaoikeudessa tutkimaan.

[202] Mielenkiintoisesti vuonna 1991 mietintönsä antanut työryhmä oli esittänyt RS 81 artiklan tapaista järjestelyä, jossa kartellikielto ulottuu kattavasti hinnoista sopimisen ohella myös markkinoita ja asiakkaita koskeviin horisontaalisiin yhteistyöjärjestelyihin. Ks. Kilpailulainsäädännön uudistaminen (1991) s. 157. Tähän suuntaan mentiin Ruotsissa, jossa vuonna 1993 voimaan astunut uusi kilpailunrajoituslaki kirjoitettiin käytännössä täysin EY:n kilpailuoikeuden mukaiseksi. Ruotsissa on käytännössä omaksuttu EY:n ryhmäpoikkeusasetukset lähes sellaisinaan. Ks. lähemmin esim. Carlsson/Söderlind/Ulrikson (1999) s. 181 ss.

kilpailuviraston ryhmäpoikkeuksien antamisvaltuuksia koskeva maininta.[203]

Lain 6 §:n 2 kohdan mukaan pelkkä tuotannon rajoittaminen ja markkinoiden tai hankintalähteiden jakaminen on aina kiellettyä. Lain 6 §:n 1 kohdasta poiketen 2 kohta sisältää legaalipoikkeuksen niitä tilanteita varten, joissa tuotannon rajoittamisesta on sovittu osana selvästi hyödyllistä sopimusjärjestelyä. Tällaisissa järjestelyissä yritys joutuu siihen sisältyvän kilpailunrajoituksen sallittavuutta harkitessaan selvittämään järjestelyn hyödyt ja olemaan varautunut osoittamaan ne tarvittaessa kilpailuviranomaisille. Verrattaessa kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohtaa EY:n kilpailuoikeuteen ongelmaksi muodostuu säännöksen sanamuodon väljyys. EY:ssä hyödylliseksi arvioidun horisontaalisen yhteistyön osalta on annettu ryhmäpoikkeusasetuksia. Lisäksi on annettu suuntaviivat ja komission tiedonantoja mm. erinäisestä teknisestä yhteistyöstä. Horisontaaliset ryhmäpoikkeukset koskevat erikoistumista, tutkimus- ja kehitysyhteistyötä sekä tekniikansiirtosopimuksia. Ryhmäpoikkeusasetuksissa on annettu säännöksiä sallituista ja kielletyistä ehdoista, lisäksi niissä on määritelty markkinaolosuhteita koskevia edellytyksiä. Sitä vastoin kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa todetaan ainoastaan yleisluontoisesti, että sopimuksen pitää olla välttämätön tehokkuutta edistävän järjestelyn saavuttamiseksi. Välttämättömyyden harkitseminen jäi yksinomaan yritysten oman harkinnan varaan.

Kilpailuvirasto ryhtyi tulkitsemaan tilannetta siten, että 6 §:n 2 kohdan sanamuoto oli rinnastettava lain 19 §:ään sillä erolla, että 6 §:n 2 kohdan tulkinta oli yritysten oma asia. Virasto ilmoitti tutkivansa vasta jälkikäteen seuraamusharkinnan yhteydessä, ovatko yritykset ylittäneet 6 §:n 2 kohdassa niille annetun pelivaran. Virasto katsoi, ettei erillisen poikkeusluvan myöntäminen 6 §:n 2 kohdassa tarkoitetulle järjestelylle tule kysymykseen.[204] Kuten oikeuskirjallisuudessa varsin pian havaittiin, tulkinta oli 19 §:n sanamuodon vastainen. Lain 19 §:n nojalla poikkeuslupa voitiin myöntää 6 §:ssä kielletylle

---

[203] Ratkaisun hyötynä voidaan pitää sitä, että se vähensi kilpailunrajoitusten tutkimisesta viranomaisille ja ilmoittamisesta yrityksille aiheutuvia kustannuksia, kun merkittävä osa potentiaalisesti kilpailua rajoittavista sopimuksista jäi ilmoittamisjärjestelmän ulkopuolelle. Haittana on toisaalta pidettävä sitä, että potentiaalisesti hyvinkin paljon kilpailua rajoittavien sopimusten arviointi jäi käytännössä yritysten oman harkinnan varaan.

[204] Vaikuttaa mahdolliselta, että viraston 6 ja 19 §:ää koskevat tulkinnat eivät olleet pelkästään seurausta juridisesta analyysistä, vaan juridinen analyysi oli seurausta viraston omaksumasta linjasta, jossa kartellikieltoa koskevien normien avulla pyrittiin aikaansaamaan rakenteellisia muutoksia markkinoilla. Tämä näkyi kilpailunviraston alkutaipaleella kielteisissä kannoissa, joita virasto otti osittain teknisluontoiseenkin organisaatioyhteistyöhön, jota harjoitettiin Keskon kauppiaiden piirissä, Osuuspankki-ryhmässä, tekijänoikeusjärjestöissä, Työntekijöiden ryhmähenkivakuutuspoolissa ja vakuutusyhdistysten välillä. Kaikissa näissä tapauksissa kilpailuneuvosto kumosi viraston kielteisen ratkaisun myöntämällä poikkeusluvan tai toteamalla, ettei järjestely lainkaan kuulunut 6 §:n soveltamisalaan. Sitä vastoin kilpailuneuvosto hyväksyi restriktiivisen suhtautumisen toimialajärjestöjen hintasuosituksiin. Tapaukset, joissa hintasuositukselle on myönnetty poikkeuslupa kilpailuneuvostossa, voidaan laskea yhden käden sormilla. Kilpailuviraston 6 §:n 2 kohtaa ja 19 §:ää koskevaa tulkintaa voidaan arvostella paitsi juridiikan, myös kartellikiellon käytännön tehokkuuden näkökulmasta.

kilpailunrajoitukselle, eikä 6 §:n 2 kohtaa mitenkään suljeta 19 §:n soveltamisalan ulkopuolelle.[205] Eroa on myös tehokkuusetujen keskeisyydessä. Lain 19 §:n mukaisen poikkeusluvan myöntäminen edellyttää sitä, että järjestely "osaltaan tehostaa" tuotantoa tai jakelua tai edistää teknistä kehitystä, kun taas 6 §:n 2 kohdan mukaan sopimuksen tulee olla "välttämätön" tehokkuusetujen saavuttamiselle. Poikkeussäännösten soveltamisen jättäminen yksinomaan yritysten itsensä harkittavaksi on omiaan johtamaan siihen, että ne tulkitsevat 6 §:n 2 kohtaa olennaisesti laajemmin kuin kilpailuviranomaiset. Tätä on pidettävä yleisemminkin *exemption legale* -järjestelmän haittana.[206]

Kilpailuneuvosto sai tilaisuuden ottaa kantaa 6 §:n 2 tulkintaongelmiin *Finnpap-päätöksessä*. Kilpailuneuvosto totesi, että kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan mukaan tuotannon rajoittaminen ja markkinoiden jakaminen on lain nojalla suoraan sallittua ainoastaan niissä tapauksissa, joissa kilpailunrajoitus on välttämätön osa tuotantoa tai teknistä kehitystä koskevaa järjestelyä ja jossa hyöty tulee pääosin asiakkaille tai kuluttajille. Jotta kyse voisi olla sallitusta yhteistyöstä, rajoitukset eivät saa olla kokonaisuuteen nähden liiallisia. Kiellettyjä ovat aina järjestelyt, joihin sisältyy osana hintayhteistyötä. Kokonaisuuden kannalta hyödylliselle järjestelylle voidaan myöntää poikkeuslupa niissä tapauksissa, joissa järjestely ei ole kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla välttämätön, mutta kuitenkin kilpailunrajoituslain 19 §:n edellyttämällä tavalla osaltaan tehostaa tuotantoa tai jakelua, tai milloin tuotannon tai markkinoiden jakamiseen liittyy myös hintayhteistyötä. Päätöksen perustelujen mukaan tämä käy ilmi jo 19 §:n sanamuodosta, jossa ei ole tehty eroa 6 §:n 1 ja 2 kohdan välillä.[207] Kilpailuneuvosto viittasi kantansa tueksi myös lain esitöiden yleisluonteiseen lausumaan,[208] jonka mukaan lain esitöissä on todettu, että 6 §:n 2 kohdan legaalipoikkeuksen soveltamisalan tulkinnassa tulkinta-apua voidaan hakea em. EY:n ryhmäpoikkeusasetuksista. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon Suomen markkinoiden erityisolosuhteet. EY:n asetuksissa säädettyjen markkinaosuusrajojen ylittyminen ei automaattisesti merkinne sitä, etteikö sopimus voisi olla 6 §:n 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla välttämätön. Arviointi on EY:n kilpailuoikeuden tavoin kaksiportaista (lakisääteiset ja yksittäispoikkeukset). Milloin 6 §:n 2 momentin tulkinta on epävarmaa, elinkeinonharjoittajalla on mahdollisuus hakea kilpailuvirastolta ensisijaisesti puuttumattomuustodistusta ja toissijaisesti poikkeuslupaa.[209]

---

[205] Ks. Norio (1994) s. 118 ss.; Kalliomaa-Puha (1995) s. 114–116; s. 202–203.
[206] Ks. esim. Möschel (1999).
[207] Ks. *Finnpap*, d:o 21/259/95, päätöksen s. 59.
[208] HE 162/1991 vp. s. 11.
[209] Kilpailuneuvoston päätöksen tarkoituksena oli selkiyttää oikeuskirjallisuudessa keskustelua herättänyttä tulkintakysymystä. Myös kilpailupoliittiset syyt puhuivat kaksiportaisen järjestelmän puolesta, jossa legaalipoikkeukselle asetetaan kokonaisharkinnan perusteella myönnettävää yksittäispoikkeusta tiukemmat kriteerit. Sikäli kuin havaittavissa, kilpailuneuvoston *Finnpap-*

2.4 RAJANVETO HORISONTAALISTEN JA VERTIKAALISTEN SOPIMUSTEN VÄLILLÄ

Kartellikielto koskee samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten, esimerkiksi kahden tai useamman kilpailevan hyödykkeen valmistajan, ostajan tai jälleenmyyjän keskinäistä yhteistyötä. Rooman sopimuksen 81 artiklan 1 kohdan kielto on oikeuskäytännössä ulotettu koskemaan myös vertikaalisia "kartelleja". Sitä vastoin kilpailunrajoituslain 6 § ei koske eri tuotantoportaalla toimivien elinkeinoharjoittajien välisiä vertikaalisia sopimuksia, esimerkiksi tietyn hyödykkeen valmistajan ja jälleenmyyjän välisiä jakelusopimuksia. Rajanveto on Suomen kilpailuoikeudessa erityisen merkityksellinen sen vuoksi, että useimmat horisontaaliset kilpailunrajoitukset on kielletty lain 6 §:ssä, kun taas vertikaalisia kilpailunrajoituksia arvioidaan lievemmän, lain 9 §:n väärinkäyttöperiaatteen perusteella.

Rajanveto sen suhteen, onko kyse samalla tuotantoportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välisestä horisontaalisesta yhteistyöstä vaiko eri tuotantoportaalla toimivien yritysten välisestä vertikaalisesta suhteesta, ei aina ole itsestään selvää. Yhteistyö on luonteeltaan horisontaalista, jos sopimus tehdään tai yhdenmukaistetuista menettelytavoista sovitaan samassa markkinoiden vaiheessa toimivien yritysten välillä. Useimmiten horisontaalinen yhteistyö merkitsee kilpailijoiden välistä yhteistyötä. Se voi johtaa kilpailuongelmiin, jos yhteistyön avulla voidaan aiheuttaa kielteisiä vaikutuksia hintoihin, tuotantoon, innovaatioihin tai tuotevalikoimaan ja -laatuun. Toisaalta horisontaalisesta yhteistyöstä voi seurata merkittävää taloudellista hyötyä. Yhteistyön avulla voidaan jakaa riskit, säästää kustannuksissa, yhdistää taitotietoa ja saada innovaatiot nopeammin käyttöön. Kyse on horisontaalisesta kilpailunrajoituksesta, mikäli kilpailunrajoitus vaikuttaa horisontaalisessa suhteessa keskenään aktuaalisesti

---

päätös ei johtanut siihen, että kilpailuvirasto olisi muuttanut kantaansa 6 §:n 2 kohdan ja 19 §:n soveltamisedellytyksiin. Asia nousi esille vuonna 1996 istuneessa työryhmässä, joka pohti vuoden 1998 kilpailunrajoituslain uudistusta. Työryhmässä valmisteltiin yrityskauppavalvontaa ja toimivaltakysymyksiä koskevia uudistuksia. Kilpailuviraston edustajat esittivät 19 §:n sanamuotoon muutosta, jossa termi "osaltaan tehostaa" kirjoitettaisiin muotoon "välttämätön", jolloin säännös olisi yhdenpitävä 6 §:n 2 kohdan kanssa. Työryhmän enemmistö kuitenkin vastusti muutosta. Säännös päätettiin jättää ennalleen edellä käsitellyn kaksiportaisuutta koskevan argumentin perusteella. Sen sijaan lakiin lisättiin puuttumattomuustodistuksen hakemista koskeva uusi 19 b §. Uuden lain nojalla elinkeinonharjoittaja saattoi hakea ensisijaisesti puuttumattomuustodistusta ja toissijaisesti poikkeuslupaa. Lain 6 §:n 2 kohdan soveltaminen muuttui siten joka tapauksessa kaksivaiheiseksi. Mahdollisuus puuttumattomuustodistuksen hakemiseen toi elinkeinonharjoittajien käytettäväksi saman tapaisen oikeuden ennakkokannanoton saamiseksi kuin jos lain 6 §:n 2 ja 19 §:ää tulkittaisiin kilpailuvirastossa niiden sanamuodon mukaisesti. Kilpailuviraston päätöksestä on mahdollisuus valittaa. Havaitaan, että lain aineellisen sisällön esille saamiseksi huomiota on välillä kiinnitettävä myös ensi silmäyksellä prosessioikeudellisiin säännöksiin.

tai potentiaalisesti kilpailevien yritysten väliseen kilpailukäyttäytymiseen.[210]

Vertikaaliset rajoitukset voidaan määritellä kahden tai useamman yrityksen välisiksi sopimuksiksi, joissa yritykset toimivat sopimuksen kannalta eri tuotanto- tai jakeluportaalla toimitusten, jälleenmyyntiin tai jalostukseen tarkoitettujen tavaroiden tai palveluiden osalta. Vertikaalinen sopimus koskee tyypillisesti ehtoja, joiden mukaisesti sopimuspuolet ostavat, myyvät tai jälleenmyyvät tiettyjä tavaroita tai palveluita. Kyse on horisontaalisesta kilpailunrajoituksesta, mikäli kilpailunrajoitus vaikuttaa horisontaalisessa suhteessa keskenään aktuaalisesti tai potentiaalisesti kilpailevien yritysten väliseen kilpailukäyttäytymiseen. Hintayhteistyötä, tuotannon rajoittamista ja markkinoiden jakamista koskevat kiellot soveltuvat paitsi tilanteisiin, joissa yhteistyötahot toimivat kukin tahollaan omien osto- ja myyntikanaviensa kautta, myös tilanteisiin, joissa yhteistyö toteutetaan yhteisen myynti- tai osto-organisaation kautta. Kartelli voi siten olla "löyhä" tai "institutionaalinen". RS 81 artiklaa ja lain 6 §:ää on sovellettu muun ohella myynti- ja ostoyhteistyöhön, epäitsenäisiin yhteisyrityksiin, kauppaketjujen puitteissa harjoitettuun hintayhteistyöhön sekä eri elinkeinonalojen toimialajärjestöjen antamiin hintasuosituksiin. Näin ollen yhteistyön organisoiminen esimerkiksi yhteisen myyntiyhtiön tai toimialayhdistyksen yhteyteen ei tee muutoin kielletystä toiminnasta sallittua.

Vertikaaliset kilpailunrajoitukset voidaan jakaa hinnoittelua koskeviin ja muihin rajoituksiin (*price and non-price vertical restraints*). Määrähintojen asettamiseen suhtaudutaan kilpailulainsäädännössä yleensä torjuvasti. Sen sijaan suhtautuminen muihin kuin hinnoittelua koskeviin vertikaalisiin rajoituksiin on viime vuosina lieventynyt. Vertikaaliset sopimukset rajoittavat saman merkkituotteen myyjien keskinäistä kilpailua, mutta saattavat tehostaa kilpailua eri valmistajien välillä. Muiden kuin hinnoittelua koskevien vertikaalisten rajoitusten voidaan katsoa aiheuttavan kilpailuongelmia etupäässä silloin, kun tuotemerkkien välillä ei ole riittävästi kilpailua. Jos hyödykkeen jakelujärjestelmä on keskittynyt, yksinomaisuussopimukset voivat nostaa hintatasoa ja vaikeuttaa uusien yrittäjien pääsyä alalle. Määräävässä asemassa olevien yritysten osalta monet sellaisetkin vertikaaliset sopimusehdot ovat kiellettyjä, joihin ei puututtaisi dominanssikynnyksen alapuolella. Markkinavoiman lisääntyminen ankaroittaa suhtautumista vertikaalisiin rajoituksiin.

---

[210] Kielletyssä yhteistoiminnassa mukana olevien yritysten ei välttämättä tarvitse olla aktuaalisia kilpailijoita, vaikka käytännössä ne yleensä ovat sitä. Kiellon soveltaminen edellyttää kuitenkin, että kilpailutilanne yhteistyössä mukana olevien yritysten kesken voi kohtuullisella todennäköisyydellä syntyä. Vaikka yritykset toimisivat sillä hetkellä toisistaan erillisillä tuotemarkkinoilla tai maantieteellisesti eri alueilla, ne saattavat olla toistensa mahdollisia kilpailijoita, jos ne voivat suhteellisen helposti laajentaa toimintaansa kartellisopimuksen kohteena olevalle alalle tai alueelle. Kilpailunrajoituslaki suojaa aktuaalisen kilpailun ohella myös potentiaalista kilpailua. Selvästi 6 §:n soveltamisalaan kuuluu esimerkiksi välipuhe, jolla potentiaaliset kilpailijat sitoutuvat vastavuoroisesti olemaan kilpailematta toistensa kanssa.

Talousteoria ei ole ainoa tekijä muotoiltaessa kilpailupolitiikkaa. Ensinnäkin talousteoria on vain yksi EY:n kilpailupolitiikkaan vaikuttavista tekijöistä. Huomiota kiinnitetään kuluttajien etuun ja tarpeeseen kontrolloida taloudellista valtaa. Integraatiotavoite huomioon ottaen jatkossakin tulee turvata markkinoiden avoimuus, minkä vuoksi absoluuttiseen aluesuojaan on syytä suhtautua varauksellisesti.[211] Taloustieteen teoreettiset mallit eivät yleensä ole sellaisenaan sovellettavissa käytäntöön.[212] Taloustieteilijät yleensä korostavat tapauskohtaisen analyysin merkitystä. Kilpailupolitiikassa on kuitenkin pyrittävä suhteellisen yksinkertaisiin sääntöihin. Rutiinitapauksissa on tultava toimeen ilman kussakin yksittäistapauksessa erikseen suoritettavaa yksityiskohtaista taloudellista analyysiä.[213] Normien joustavuudesta ja osumatarkkuudesta joudutaan tinkimään paremman ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden saavuttamiseksi. Erityisesti usein solmittavien massasopimusten osalta soveltamisen helppous ja ennakoitavuus ovat keskeisiä kysymyksiä tavoiteltaessa lainsäädännön optimaalisuutta.

2.4.1 Määrähinnoittelu – vertikaalinen kartelli?

Määrähinnoittelulla tarkoitetaan menettelytapaa, jossa ylempi myyntiporras, esimerkiksi tuotteen valmistaja, edellyttää, että alempi porras, tuotteen tukkutai vähittäismyyjä, noudattaa tiettyä hinnoittelua tai hinnoitteluperustetta.[214] EY:n integraatiotavoitteen näkökulmasta määrähinnoittelua voidaan väärinkäyttää rinnakkaistuonnin estämiseksi. Valmistaja voi määrätä, että hyödykkeistä tulee periä korkeampaa hintaa silloin, kun ne ostetaan vientiin. Tällä

---

[211] EY:n kilpailuoikeuden talousteoreettisessa mallintamisessa absoluuttista aluesuojaa on arvosteltu sen vuoksi, ettei mallia ole nähty hintateoreettisesti perusteltuna. Ks. esim. van den Bergh (1996). Näkemys jättää EY:n kilpailupolitiikan tavoitteet kuitenkin liian vähäiselle huomiolle.

[212] Kyse on yhtäältä abstraktiosta, toisaalta yksinkertaistamisesta. Käytännön ratkaisutoiminnan kannalta relevantteja seikkoja on voitu rajata *ceteris paribus* -oletuksin tarkastelun ulkopuolelle

[213] Vihreä kirja, kohta 86.

[214] Määrähinnat on kielletty, koska niiden arvellaan nostavan tuotteiden hintatasoa. Määrähintakiellolla pyritään turvaamaan hintakilpailu kaikilla tuotanto- ja jakeluportailla. Elinkeinonharjoittajan tulee jokaisessa jakeluportaassa saada määrätä itsenäisesti omat hintansa omien kustannustensa ja kilpailutilanteensa pohjalta. Jos edellinen jakeluporras määrää seuraavan myyntiportaan alimman tai ylimmän myyntihinnan, jälleenmyyjän vapaus päättää omista myyntihinnoistaan ja -ehdoistaan estyy. Määrähinnoittelulla hyödykkeen valmistaja ulottaa markkinavoimansa sopimuksen avulla seuraavaan myyntiportaaseen. Normaalisti hyödykkeen myyjä voi päättää omasta, ei asiakkaansa hinnoittelusta. Omistusoikeuden siirryttyä hyödykkeen ostaja saa vapaasti disponoida ostamastaan hyödykkeestä. Määrähinnoittelussa hyödykkeen valmistaja asettaa oman hintanäkemyksensä jälleenmyyjän hintanäkemyksen sijaan. Kyse on vertikaalisesta hintasidonnasta. Minkään hyödykkeen myynnissä ei ole olemassa vain yhtä oikeaa hintaa suhteessa hyödykkeen laatuun tai sen myyntiin liittyviin palveluihin. Määrähinnoittelun seurauksena hintojen ohjausmerkitys heikkenee, kun jälleenmyyjä ei voi vapaasti sopeuttaa hintojaan kulloinkin kohtaamaansa kilpailutilanteeseen. Hinnat jäykistyvät.

tavoin määrähinnoittelulla voidaan suojata alueelliseen hintadiskriminaatioon perustuvaa jakelujärjestelmää. Kuitenkin kun määrähintaehtoa sovelletaan useiden samaan aikaan myytävien hyödykkeiden yhteydessä tai kun markkinoilla on muita riskitekijöitä, määrähintaehto aiheuttaa usein kilpailuhaittoja.[215] Määrähinnoittelun seurauksena hintakilpailu vähenee hintasidotulla myyntiportaalla.[216] Määrähinta voi olla myös tapa ylläpitää valmistajien tai jakelijoiden välillä sovittua kartellia.[217] Määrähinnat voisi olla yksi tapa estää kartellin jäsenten huijaaminen, joskin tämä edellyttää sitä, että kumpikin myyntiporras pitää järjestelyä kannaltaan hyödyllisenä tai joutuu siihen alistumaan kauppakumppanin neuvotteluvoiman johdosta.[218] Toisaalta määrähinnoittelu voi lisätä tehokkuutta. Alinta sallittua määrähintaa koskevan ehdon tarkoituksena voi olla turvata jakelijalle sellainen hintamarginaali, että tämän kannattaa panostaa hyödykkeiden kysynnän kannalta riittävä määrä markkinointiin ja lisäpalveluihin. Määrähinnoittelulla estetään vapaamatkustaminen, jossa halpatarjoaja hyödyntää myyntiverkoston rakentajan ja ylläpitäjän luomaa mainetta ja asiakaskuntaa osallistumatta verkoston luomisesta aiheutuviin kustannuksiin.[219] Ylintä sallittua hintaa koskevalla ehdolla voidaan estää valmistajan merkin imagon kannalta vahingollisen korkea monopolihinnoittelu tilanteissa, joissa jälleenmyyjällä on esim. yksinomaisen markkina-alueen, puuttuvan kilpailun, merkkikohtaisen riippuvuuden takia huomattavasti markkinavoimaa.[220]

EY:n kilpailuoikeudessa määrähintakieltoon on perinteisesti suhtauduttu kielteisesti. Tapauksessa *Hennessey/Henkell*[221] kyse oli ranskalaisen konjakinvalmistajan saksalaiselle jälleenmyyjälle asettamasta määrähintaehdosta. Kiellettyä oli sekä ylimmän että alimman myyntihinnan määrittäminen. Vastaavasti kiellettyä on myönnettävistä alennuksista sopiminen.[222] Määrähintakiellon tunnusmerkistö voi täyttyä paitsi *suoralla* hintaohjauksella, myös määräämällä *epäsuorasti* tietty hintataso, esimerkiksi vahvistamalla suurin hyväksytty alen-

---

[215] Ks. edellinen alaviite.

[216] Hintakilpailun vähentyminen on yleensä omiaan nostamaan hintatasoa. Määrähinnoittelun haittavaikutukset lienevät keskimäärin sitä voimakkaampia, mitä keskittyneempi markkinarakenne on. Hintojen noustessa yritysten voitot kasvavat. Varallisuutta siirtyy kuluttajilta hyödykkeen valmistajille ja jälleenmyyjille. Tuotantoportaalla määrähinnoittelu on omiaan lisäämään kartellisoitumisen riskiä. Markkinatransparenssin lisääntyessä hyödykkeen valmistajat saavat helposti informaatiota kilpailijoiden hinnoista. Eräs perinteisistä syistä vastustaa määrähinnoittelua on ollut oletus siitä, että määrähinnoittelu luo välineen valmistajien välisen kartellin ylläpitämiselle.

[217] Tosin voidaan kysyä, mikä on hyödykkeen valmistajan motiivi suosia tai edes sallia jälleenmyyjiensä välinen kartelli. Ks. Vickers/Hay (1987) s. 7.

[218] Ks. esim. Posner (2001) s. 88–89, 172.

[219] Ks. Mathewsson/Winter (1990), jotka korostavat tehokkuusselityksiä. Ks. myös Määttä (2001) s. 116–119. Ks. myös Posner (2001) s. 172–176. Posner toteaa, että määrähinnoittelu voi selittyä joko pyrkimyksellä parantaa palvelutasoa tai pyrkimyksellä rajoittaa kilpailua. Määrähinnoittelu voi siten lisätä tai vähentää taloudellista hyvinvointia.

[220] Ks. esim. Posner (2001) s. 181–183, 188–189.

[221] Komission päätös 80/1333, EYVL 1980 L 383/11.

[222] *Verening van Vllamse Reisebureaus v. Social Dienst*, 311/85, Kok. 1987 3801.

nusprosentti tai tietty hintamarginaali tai painamalla myyntipakkaukseen valmiiksi hinta, jolla sitä tulee edelleen myydä. Niinikään kiellettyä on painostaa jälleenmyyjää noudattamaan tiettyjä hintoja uhkaamalla sopimussuhteen irtisanomisella tai sopimusehtojen olennaisella heikentämisellä.[223] Kiellettyä on myös vaatia jälleenmyyjää sitoutumaan hintasyrjintään, esimerkiksi siihen, että sopimusalueen ulkopuolelta tulevilta asiakkailta peritään korkeampia hintoja. Ratkaisussa *Pronuptia*[224] EY:n tuomioistuin ei pitänyt kiellettynä luvakkeensaajalle annettua hintasuositusta, kun luvakkeenantaja ei edellyttänyt suosituksen noudattamista eikä luvakkeensaajien välillä ollut yhdenmukaistettua menettelytapaa suositushintojen yhdenmukaisesta soveltamisesta käytännössä. EY:n käytäntö on viime vuosina lieventynyt. Vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan asetuksen 4 artiklan mukaan kiellettyä ei ole enimmäishinnan, toisin kuin vähimmäishinnan, asettaminen.[225] Kilpailunrajoituslain (480/92) 4 §:n mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa vaatia seuraavalta myyntiportaalta, että kotimaassa tarjottavien hyödykkeiden myynnissä tai vuokrauksessa ei ylitetä tai aliteta tiettyä hintaa, vastiketta tai sen määräytymisperustetta. Säännöksessä kielletään paitsi alimman sallitun hinnan myös ylimmän hinnan asettaminen.[226] Ohjeellisten hinnoittelusuositusten (ovh) antaminen on sallittua.[227] Suositushin-

---

[223] Ks. EY:n komission suuntaviivat vertikaalisista kilpailunrajoituksista, KOM(2000/C 291/01), EYVL 2000 C 291/2, 13.10.2000, kohta 112.

[224] Asia 161/84, Kok. 1986 s. 353.

[225] EY:n käytännön kehittymisen osalta ks. esim. Goyder (1998) s. 246–256; nykyisestä sääntelystä esim. Bellamy/Child (2001) s. 514, 521–522.

[226] Ylimpien sallittujen hintojen asettamisen kieltoa on perusteltu sillä, että ne muodostuvat yleisesti käytössä oleviksi hinnoiksi (HE 162/1991 vp). Ylimpien sallittujen hintojen määrääminen voi myös vähentää jälleenmyyjien mahdollisuuksia kilpailla paremmalla palvelulla. Jotkut yrittäjät voivat tarjota hyödykkeen myynnissä siihen liittyviä oheispalveluja kuten käytön opastusta, huoltoa tai takuita, jos palvelujen kustannukset voidaan sisällyttää hyödykkeen hintaan. Vaikka hyödykkeen ostaja joutuisikin maksamaan korkeamman hinnan, voi tämä silti mieluummin valita hyödykkeen, jonka ostamiseen liittyy mainitunlaisia lisäsuoritteita. Hallituksen esityksen mukaan uusien liiketoimintamallien kehitys voi vaikeutua, mikäli edellinen jakeluporras on määrännyt myyjän ylimmät hinnat. Lain 4 §:n kieltosäännöksessä suhtaudutaan siten periaatteessa yhtä kielteisesti ylimpien ja alimpien hintojen asettamiseen. Ylimmän ja alimman hinnan rinnastaminen toisiinsa on johdonmukaista, mikäli tulonsiirtokysymykset rajataan kokonaan tarkastelun ulkopuolelle. Resurssien allokaation kannalta hintakatolla ja -lattialla on nimittäin periaatteessa yhdenmukaiset vaikutukset, sillä ne molemmat rajoittavat hintamekanismin toimintaa. Jos huomiota kiinnitetään kuluttajien etuun, ylimmän sallitun hinnan määrittäminen on helpommin perusteltavissa kuin alimman hinnan määrittäminen, sillä ensiksi mainittu saattaa olla tarpeen esimerkiksi de facto monopoliasemassa olevan jälleenmyyjän hintavallan rajoittamiseksi.

[227] Nykyisen kilpailunrajoituslain 4 § ei enää sisällä vuoden 1988 kilpailunrajoituslaissa ollutta mainintaa, ettei määrähintakielto estä ohjeellisen hinnan, vastikkeen tai sen määräytymisperusteen esittämistä. Maininta poistettiin laista, koska sen epäiltiin lisänneen seuraavalle myyntiportaalle tarkoitettujen ohjehintojen käyttöä määrähintakiellon kiertämiseksi. Nimenomaisen maininnan poisjättämisen tarkoituksena ei kuitenkaan ollut kieltää ohjeellisten hintojen antamista, sikäli kuin ne eivät käytännössäkään sido seuraavaa myyntiporrasta. Tällaisen hinnoitteluohjeen luonteeseen kuuluu, että seuraava myyntiporras saa sen vapaasti ylittää tai alittaa. Käytän-

toihin ei saa kuitenkaan liittyä toimenpiteitä, joilla käytännössä estetään suosituksista poikkeaminen.[228]

Määrähintakielto on kilpailupoliittisesti kiistanalainen. Erityisesti Chicagon koulun[229] piiristä on esitetty vaatimuksia kiellon kumoamisesta[230] tai lieventämisestä.[231] Post-Chicago-tutkijoiden taholla[232] ja harvardilaisessa ajattelussa määrähintakieltoa pidetään varsin yleisesti joko vahingollisena[233] tai siihen

---

nön tulkintatilanteet liittyvät tapauksiin, joissa muodollisesti suositusluonteista hinnoitteluohjetta pyritään tehostamaan erilaisin epäsuorin keinoin. Esimerkiksi jos toimittaja epäedullistaa alle ohjehinnan myyvän liikkeen ehtoja, saattaa tämä viitata siihen, ettei kyse tosiasiallisesti olekaan pelkästä ohjeellisesta hinnasta. Ohjeellisilla hinnoilla saattaa olla vahingollisia vaikutuksia, mikäli niiden yleisyydestä ja tosiasiallisesta noudatettavuudesta seuraa, että hinnat tietyllä toimialalla yhdenmukaistuvat ja nousevat.

[228] Ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 113–115.

[229] Chicagolaisen kritiikin mukaan määrähinnat lisäävät markkinoiden läpinäkyvyyttä ja vähentävät kuluttajien etsintäkustannuksia, mikä tehostaa hintojen ohjausvaikutusta. Hintojen ennustettavuus puolestaan helpottaa kuluttajien ostopäätöksiä ja hyödykkeen valmistajien investointipäätöksiä. Jälleenmyyjien välisen hintakilpailun vähentymistä olennaisempaa on eri valmistajien välisen laatukilpailun tehostuminen. Määrähinnoittelulla voidaan estää vapaamatkustaminen, jossa halpamyyjät käyttävät hyväkseen markkinointiin ja myynninjälkeisiin palveluihin panostaneiden yritysten investointeja. Ajatuksena on, että määrähinnoittelu luo edellytykset kattavan, laatuun panostavan myyntiverkoston rakentamiselle.

[230] Ks. esim. Bork (1978, 1993) s. 280–298, 436. Bork s. 297: "We have seen that vertical price fixing (resale price maintenance), vertical market division (closed dealer territories) and, indeed, all vertical restraints are beneficial to consumers and should for that reason be completely lawful." Kotimaisen määrähintakiellon kumoamista koskevan näkemyksen osalta ks. Puhakka (1996) s. 92–93. On todettava, että Yhdysvalloissa määrähintakiellon käytännöllistä tehokkuutta on jo pitkään "vesittänyt" se, että hyödykkeen valmistajalla on kilpailuoikeudellisesti suhteellisen laajat mahdollisuudet irtisanoa sellainen jälleenmyyjä, joka on alittanut annetun hintasuosituksen. Ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 377–379.

[231] Ks. esim. Posner (2001) s. 189, joka esittää määrähinnoittelua koskevan *per se* -kiellon kumoamista. On huomattava, että Yhdysvalloissa kilpailunrajoituksen julistaminen per se kielletyksi merkitsee sitä, ettei sitä voida sallia. Ylimpien sallittujen hintojen osalta Posnerin kanta hyväksyttiin tapauksessa *State Oil Company v. Khan* (118 S Ct 275 [1997]). Sen sijaan EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa kilpailunrajoituksen kuuluminen kieltoperiaatteen piiriin merkitsee aluksi vain sitä, että kilpailunrajoitukselle on haettava poikkeuslupaa. Määttä (2001) s. 113–121. Määttä esittää (s.121), että määrähinnoittelun osalta tulisi siirtyä 9 §:n mukaiseen vahingollisuusarviointiin. Määtän suositus perustuu amerikkalaisia markkinoita koskeviin empiirisiin tutkimuksiin, joissa määrähinnoittelun oltiin voitu todeta olevan pääosin kilpailullista. Mielestäni on kuitenkin varsin kyseenalaista, kuinka hyvin olosuhteet Yhdysvaltain laajoilla ja kilpailuilla markkinoilla edes suuntaa antavasti vastaavat Suomen pieniä, syrjäisiä ja keskittyneitä markkinoita. Nähdäkseni amerikkalaisilla empiirisillä tutkimuksilla ei voida luotettavasti perustella määrähinnoittelun sallimista Suomessa. Vaadittaisiin kotimaisia empiirisiä tutkimuksia.

[232] Ks. esim. Klein (1999), joka esittää, että määrähinnoittelutapaukset tulisi arvioida sillä perusteella, kuinka paljon hyödykkeen valmistajalla on markkinavoimaa. Samansuuntaisesti Sullivan/Grimes (2000) s. 327–338.

[233] Ks. esim. Shepherd (1997) s. 281: "New-Chicago writers mounted a campaign in the 1970s and 1980s to justify RPM, and Reagan officials sought to use the Spray-Rite Case in 1983 to justify RPM. However, most economists believe the strict policy line against vertical price fixing is still correct. The effort to rehabilitate RPM has receded, along with the fading of the new-Chicago school." Alaviite poistettu. Ks. myös s. 392–394.

suhtaudutaan tilannekohtaisesti erittelevämmin.[234] Kilpailuvirasto esitti vuosina 1996 ja 1997 istuneessa kilpailunrajoituslain uudistamista valmistelleessa komiteassa määrähintakiellon kumoamista. Kilpailuviraston mielestä määrähinnoittelun mahdollisiin haittavaikutuksiin voitaisiin puuttua riittävästi lain 9 §:n väärinkäyttöperiaatteella. Esitys ei kuitenkaan saanut työryhmässä yleisempää kannatusta.[235] Tehokkuushyötyjä korostava argumentointi lienee paremmin perusteltavissa suurehkoilla ja avoimilla markkinoilla, joilla yhden jälleenmyyntiverkoston merkitys hyödykekilpailun toimivuuden kannalta on suhteellisesti vähäisempi ja uusien kilpailijoiden markkinoille pääsy helpompaa. Suomen vähittäismyyntimarkkinoiden ominaispiirteitä sitä vastoin ovat keskittyneisyys ja alallepääsyn esteiden korkeus.[236] Voidaan arvioida, että näissä olosuhteissa määrähinnoittelua koskevan kiellon kumoamisen kokonaisvaikutukset olisivat todennäköisesti negatiiviset.[237] Määrähintakiellon kritiikkiin voidaan yhtyä siltä osin, että ylimpien sallittujen hintojen asettamiseen ei

---

[234] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) käsittelevät argumentteja puolesta ja vastaan päätyen varovaisesti sille kannalle, että alimman sallitun hinnan osalta pysyttäydyttäisiin kieltoperiaatteessa, kun taas maksimihintojen osalta suhtautumisen tulisi olla sallivampaa. Ks. Scherer/Ross (1990) s. 541–550. Välittävällä kannalla myös Schmidt (1999) s. 124–126, joka listaa määrähinnoittelun hyötyjä ja haittoja todeten, että määrähinnoittelun hyödyllisyys/haitallisuus on äärimmäisen kiisteltyä.

[235] Myös tämän tutkimuksen tekijä vastusti määrähintakiellon kumoamista. Kannatuksen puutteesta johtuen esitystä ei mainita työryhmän mietinnössä (Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppavalvonta ja menettelysäännökset, 1998).

[236] Jyrkän rajan tekeminen hinnoittelua ja muita kilpailukeinoja koskevien vertikaalisten rajoitusten välillä ei välttämättä ole perusteltua. Tiukka määrähintakielto yhdistettynä lievähköön muita kuin vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevaan soveltamiskäytäntöön voi käytännössä johtaa siihen, että hyödykkeen valmistajat korvaavat määrähinnoittelua koskevat rajoitukset muilla hintakilpailua rajoittavilla keinoilla, esimerkiksi alihinnoittelua rankaisevalla alennuskäytännöllä, rajoittamalla hyödykkeen jälleenmyyjien määrää selektiivisen jakelujärjestelmän avulla tai ottamalla käyttöön maan sisäisesti absoluuttisen aluesuojan. Hintakilpailua on mahdollista rajoittaa lukuisin keinoin koskematta jälleenmyyjän hinnoitteluvapauteen. Kilpailuviraston esityksessä vähemmälle huomiolle jäi Suomen vähittäismyyntimarkkinoiden keskittyneisyys.

[237] Vrt. Puhakka (1996) s. 92–93. Puhakka toteaa muun ohella, että kilpailunrajoituslain 4 §:n määrähintakielto on taloustieteen kannalta ongelmallinen, koska se vähentää tehokkuutta. Voidaan todeta, että Puhakan väittämä taloustieteen kielteisestä suhtautumisesta määrähintakieltoon on riidanalainen. Olennaista ei tässä yhteydessä ole se, kummalle puolelle asetutaan, vaan että määrähintakiellon kumoamista koskevan vaatimuksen esittäminen oikeustaloustieteellisessä julkaisussa edellyttäisi nähdäkseni a) oman aseman eksplikoimista kilpailevien näkökulmien markkinoilla, b) vaihtoehtoisen näkemyksen tuomista esille ainakin alaviitteessä, varsinkin jos kyse on riidanalaisesta teoriaväittämästä ja c) sen pohtimista, missä määrin lain kumoamista koskevaan oikeuspoliittiseen ratkaisuun mahdollisesti vaikuttavat muutkin tekijät kuin tietty koulukuntanäkemys. Vielä voidaan mainita se Puhakan käsittelemättä jättämä seikka, että kilpailunrajoituslain 19 §:n perusteella määrähintakiellosta voidaan myöntää poikkeuslupa, jos hakija osoittaa ylimmän tai alimman hinnan määräämisen seuraavaa myyntiporrasta sitovalla tavalla lisäävän tehokkuutta hakemuksen kohteena olevassa sopimuskokonaisuudessa. Suomen kilpailunrajoituslaki ei siten suhtaudu määrähintakieltoon yksiselitteisen kielteisesti. Käytännön kilpailupolitiikassa pyritään välttämään yksipuolisia ratkaisuja, joilla laissa ja soveltamiskäytännössä monopolisoitaisiin tietty näkökulma ainoaksi oikeaksi.

voitane suhtautua kaikissa tilanteissa yhtä kriittisesti kuin alimman hinnan määräämiseen.[238] Mikäli enimmäishinnoittelun hyödyt ovat osoitettavissa, järjestelylle voidaan hakea poikkeuslupa.[239] Sama koskee vähimmäishintoja, mutta hyötyjen osoittaminen lienee käytännössä vaikeaa.[240]

2.4.2 Muut kuin hinnoittelua koskevat vertikaaliset rajoitukset

Eri tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien väliset vertikaaliset kilpailunrajoitukset voivat perustua sopimuksiin tai yksipuolisiin toimenpiteisiin. Vertikaalisia rajoituksia liittyy usein erilaisiin jakelujärjestelmiin. Tuotteen valmistaja voi esimerkiksi asettaa jälleenmyyjälle tuotteen hinnoittelua, markkinointia tai myyntialuetta koskevia rajoituksia. Ostajana toimiva kauppaketju voi puolestaan asettaa tavarantoimittajilleen ehtoja ja rajoituksia. Yrityksen näkökulmasta tietty toiminta voidaan suorittaa yrityksen sisällä tai tekemällä markkinoilla sopimus jonkun kolmannen osapuolen kanssa. Esimerkiksi laajennettaessa toimintaa uusille markkinoille yritys voi joko perustaa tytäryhtiön tai haaraliikkeen tai antaa tuotteidensa myynnin kyseiset markkinat

---

[238] Esimerkiksi jos huoltopalveluja tarjoavalla jälleenmyyjällä on yksinoikeus hyödykkeen huoltamiseen ja korvaavia huoltopalveluja alueella ei ole saatavilla, voi olla perusteltua niin jälleenmyyjän tuotteiden menekin kuin kuluttajienkin kannalta, että tuotteen valmistaja määrittelee tietyn enimmäiskaton huoltopalveluista perittäville maksuille.

[239] Kilpailuvirasto myönsi 2001 poikkeusluvat *Keskon* ja *S-ryhmän* harjoittamalle määrähinnoittelulle. Ylimmän sallitun hinnan asettamisen katsottiin tehostavan kaupparyhmittymien välistä hintakilpailua, kun samalla poikkeusluvan ehdoilla pyrittiin varmistamaan se, että kauppias saa vapaasti alittaa ylimmät myyntihinnat, noudatettava hinnoitteluperiodi ei ole liian pitkä (yli 3–4 kk), sidottujen hyödykkeiden osuus kauppiaan vuosimyynnistä ei muodostu liian suureksi (ketjutyypistä riippuen yli 35, 40 % tai 60 %) ja kauppiaalla on oikeus ostaa hyödykkeitä muualtakin kuin keskusliikkeensä kautta. Ks. esim. *poikkeuslupa kilpailunrajoituslain 4 §:n määrähinnoittelukiellosta Keskon hinnoitellessa osan RIMI-ketjun kaupoissa myytävistä tuotteista*, 1196/67/2000, kilpailuviraston päätös 11.5.2001. Kilpailuvirasto totesi päätöksessä, että "enimmäishinnoittelulla on tietyissä markkinatilanteissa mahdollisuus asettaa hinnat kilpailulliselle tasolle silloin, jos hintakilpailu ei ole toimivaa. Ylemmän portaan enimmäishinnoittelusta saattavat hyötyä kuluttajien lisäksi sekä kaupan eri portaat että tavaroiden valmistaja. Yhden ryhmittymän antamilla ketjukohtaisilla enimmäishinnoilla ei ole samanlaista mahdollisuutta jäykistää hintoja kuin siinä tapauksessa, että enimmäishinnat antaisi tavaran valmistaja. Mikäli valmistaja antaisi enimmäishinnat, leviäisivät ne samoina jokaiseen Suomessa olevaan päivittäistavarakauppaan. Tällöin tuotteen sisäinen kilpailu ei todennäköisesti toimisi varsinkaan, jos kyseessä on tuote, jolla ei ole kilpailijoita. Kun enimmäishinnoittelijana toimii yksi tukkuporras tai sitä vastaava elin, pitävät muihin ryhmittymiin kuuluvat kilpailijat huolta siitä, että kuluttajahinnat ovat jatkuvan muutospaineen kohteena. Laaja määrähinnoittelu mahdollistaa kuitenkin myös sen, että tavaroiden valmistajat ryhtyvät seuraamaan kilpailijoittensa hintoja, jolloin toisiaan vastaavien tuotteiden keskinäinen kilpailu vähenee. Ulkomailta tuleva kilpailupaine kuitenkin vähentää tätä riskiä." Kilpailuvirasto pitää näitä 2001 antamiaan päätöksiä linjaratkaisuina. Ks. kilpailuviraston vuosikirja 2001 s. 25–26.

[240] Kilpailuviraston soveltamiskäytännön osalta ks. esim. Stenborg, kirjassa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 69–74.

tuntevan jälleenmyyjän tai myyntiagentin tehtäväksi. Etabloitumalla itse valmistaja säilyttää paremman kontrollin tuotteidensa markkinoinnissa. Toisaalta vaaditut investoinnit ovat suurempia. Sopimusvaihtoehdossa jälleenmyyjä investoi itse myynninedistämiseen, mutta vaatii usein vastapainoksi yksinomaista myyntialuetta. Päämies pyrkii vaikuttamaan sopimuslausekkeilla mm. tuotteiden markkinointiin, myyntitapaan, investointeihin ja kuluttajille tarjottaviin oheispalveluihin.

Yksinmyyntisopimuksella tarkoitetaan sopimuksia, joilla tuotteen valmistaja myöntää jälleenmyyjälle yksinoikeuden tuotteen jälleenmyyntiin tietyllä alueella. *Yksinostosopimuksella* tuotteen ostaja sitoutuu ostamaan tiettyä tuotetta ainoastaan tietyltä myyjältä. Yksinoikeuden tuovista sopimuksista voidaan käyttää yleisnimitystä *yksinomaisuussopimus*[241] (exclusive dealing). Suomessa yksinomaisuussopimuksiin suhtaudutaan yleensä sallivasti dominanssikynnyksen alapuolella. Kilpailunrajoituslaissa on kielletty määrähintojen asettaminen (4 §). Sen sijaan muihin vertikaalisiin rajoituksiin sovelletaan väärinkäyttöperiaatetta. Väärinkäyttöperiaatteen mukaan menettelytapa on lähtökohtaisesti sallittu, mutta se voidaan kieltää, mikäli sillä tietyssä tilanteessa voidaan osoittaa olevan vahingollisia vaikutuksia (9 §). Toisaalta lain 9 §:ää voidaan soveltaa vertikaalisten sopimusten ohella myös markkinavoimaisen yrityksen yksipuoliseen toimintaan, esimerkiksi sopimussuhteesta kieltäytymiseen niissä tilanteissa, joissa yrityksellä on markkinavoimaa, mutta sitä ei ole riittävästi määräävän aseman toteamiseksi. EY:ssä vertikaalisiin rajoituksiin puuttuminen edellyttää joko dominanssikynnyksen ylittymistä tai sitä, että rajoitus perustuu sopimussuhteeseen tai ainakin yhdenmukaistettuun menettelytapaan.

EY:n kilpailuoikeudessa myös muihin kuin hinnoittelua koskeviin vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin on perinteisesti suhtauduttu varauksellisesti, koska ne on nähty keinona jakaa markkinat ja estää yhteismarkkinoiden muodostuminen.[242] Taustalla on ollut yhtäältä ordoliberaali pyrkimys puuttua toimintavapauden rajoituksiin, toisaalta näkemys, jonka mukaan vertikaalisilla jakelutiejärjestelyihin liitetyllä aluesuojalla yhteismarkkinat voitaisiin pilkkoa erillisiksi saarekkeiksi. EY:n tuomioistuin vahvisti vuonna 1966 tapauksessa *Consten/ Grundig*[243], että Rooman sopimuksen 85 artiklan 1 kohta (nyk. 81 (1) artikla) kieltää horisontaalisten kartellien ohella myös eri tuotantoportaalla toimivien yritysten väliset jakelusopimukset, joissa tuotteen valmistaja on antanut jäl-

---

[241] Kuoppamäki (2000) s. 119; ks. 122 ss. myös Määttä (2001), joka käyttää termiä eksklusiivisopimus.

[242] EY:n komission mukaan vertikaalisten sopimusten keskeisimmät kilpailuriskit ovat 1) kilpailevien valmistajien markkinoille pääsyn vaikeutuminen, 2) samaa hyödykettä koskevan intra brand -kilpailun rajoittuminen, 3) kilpailevien hyödykkeiden valmistajien välisen inter brand -kilpailun rajoittuminen sekä 4) integraatiotavoitteen vaarantuminen. Ks. vertikaalisia sopimuksia koskevien suuntaviivojen kohta 107.

[243] Asia 56, 58/64, Kok. 1966 s. 299.

leenmyyjälle yksinomaisen toiminta-alueen. Grundig oli yrittänyt estää radioidensa rinnakkaistuontia halvemman hintatason maista kalliimpiin. Yhteismarkkinaoikeuden keskeisimpiin periaatteisiin kuuluu se, ettei rinnakkaistuontia saa estää tai rajoittaa. Tavaroiden vapaan liikkuvuuden myötä jäsenvaltioiden välisten hinnanerojen oletetaan tasoittuvan. Näin kuluttajat pääsevät nauttimaan halvemmista hyödykkeistä. EY:n tuomioistuimen päätös aiheutti poikkeuslupahakemusten tulvan EY:n komissiossa. Yksinmyyntisopimukset, yksinostosopimukset, franchising-sopimukset sekä moottoriajoneuvojen jälleenmyyntiä ja huoltopalveluita koskevat sopimukset saatettiin erityisen ryhmäpoikkeusasetusten piiriin. Näille sopimuksille ei tarvinnut erikseen hakea yksittäispoikkeusta, mikäli ne oli laadittu sisältämään ainoastaan asetuksissa sallittuja sopimusehtoja. Mikäli sopimus joltakin osin meni ryhmäpoikkeusasetuksen ulkopuolelle, komissio saattoi myöntää yksittäispoikkeuksen. Yksilöllisen poikkeusluvan saaminen edellyttää kuitenkin, että osapuolet ilmoittavat sopimuksen komissiolle, minkä jälkeen komissio arvioi sopimuksen sisällön ja alan kilpailutilanteen perusteella, voidaanko lupa myöntää. Käytännössä virallisia poikkeuslupia on myönnetty komission resurssipulan vuoksi vähän, noin 10–20 vuodessa.[244] Valtaosa tapauksista on ratkaistu hallinnollisilla kirjeillä.

Myös USA:n kilpailuoikeudessa yksinomaisuussopimuksiin suhtauduttiin *Grundig-päätöksen* aikoihin kielteisesti. USA:n korkein oikeus totesi tapauksessa *Schwinn,*[245] että yksinomaista myyntialuetta koskeviin vertikaalisiin rajoituksiin tuli suhtautua kielteisesti, koska valmistaja pyrkii säilyttämään määräämisvaltansa vielä senkin jälkeen, kun hyödykkeen omistus on siirtynyt. Erityisesti 1970-luvulta alkaen on käytäntö on kuitenkin lieventynyt ilmeisesti pitkälti Chicagon koulukunnan vaikutuksesta[246]. Ratkaisevana käännekohtana pidetään korkeimman oikeuden ratkaisua *Sylvania,*[247] jossa sallittuna pidettiin televisioiden valmistajan ja jälleenmyyjän väliseen sopimukseen liitettyä aluelauseketta, kun mainitun televisionvalmistajan markkinaosuus Yhdysvaltain markkinoilla oli vaatimaton. Yksinomaisuussopimuksia pidetään nykyään[248] *rule of reason* arviointia edellyttävänä kilpailunrajoituksena. Tuomioistuimet näyttäi-

---

[244] Suurin osa poikkeuslupahakemuksista ratkaistaan niin sanotuilla hallinnollisilla kirjeillä *(comfort letter)*, jollainen ei kuitenkaan turvaa hakijoiden oikeusasemaa virallista poikkeuslupapäätöstä vastaavalla tavalla. Erityisesti on huomattava, ettei hallinnollinen kirje estä mahdollisesti tiukemman kansallisen lain soveltamista kansallisten kilpailuviranomaisten toimesta.

[245] *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 US 365, 1856, 18 L.Ed. 2d 1249 (1967).

[246] Ks. oikeuskäytännön kehityksen kuvauksen osalta esim. Hovenkamp (1999) s. 476–489; Sullivan/Grimes (2000) s. 321–325.

[247] *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 97 St. 2459, 53 L.Ed.2d 568 (1977).

[248] Aikaisemmin yksinomaisuussopimukset olivat kehittyneet Yhdysvalloissa per se kielletyiksi kilpailunrajoituksiksi. Käytäntö muuttui 1977 ratkaistussa kuuluisassa *Sylvania*-tapauksessa (433 US 36, S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 [1977]). Ks. Yhdysvaltain vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan oikeuskehityksen osalta esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 316–366.

sivät soveltavan 20–40 %:n markkinaosuusrajaa.[249] Mikäli po. raja ylittyy, yksinomaisuussopimukset ovat poissuljentavaikutuksesta johtuen lähtökohtaisesti kiellettyjä.[250] EY:n ja USA:n kehityksessä on havaittavissa yhdenmukaisuutta, joskin EY:ssä suhtautuminen lieveni myöhemmin. Vielä muutama vuosi takaperin erilaista suhtautumista muuta kuin hinnoittelua koskeviin vertikaalisiin rajoituksiin voitiin pitää yhtenä merkittävimmistä aineellisoikeudellisista eroista EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden välillä. Taloudellisen analyysin lisääntyminen ja markkinavoiman korostaminen on loiventanut perinteistä eroa kielto- ja väärinkäyttöperiaatteen välillä.

2.5 EY:N UUDEN MALLIN MUKAISET RYHMÄPOIKKEUSASETUKSET

EY:ssä kieltoperiaatteen soveltaminen oli 1960-luvun puolestavälistä aina 1990-luvun lopulle saakka lain tasolla joustamatonta, joskin päivittäisessä so-

---

[249] Ks. Pitofsky (1998) s. 115–118; Hovenkamp (1999) s. 430–439. Hovenkampin mukaan yksinomaisuusehdon kilpailuvaikutuksia on arvioitava mm. sillä perusteella, kuinka suuri osa relevanteilla markkinoilla tuotettavista hyödykkeistä on sidottu yksinomaisuusehtoon. Tätä voidaan mitata sopimuksen osapuolten markkinaosuuksien perusteella. Vrt. Sullivan/Grimes (2000) s. 327–335, jotka käyttävät termiä "structured rule of reason". Sullivanin ja Grimesin lähestymistapa näyttäisi eroavan Hovenkampista sikäli, että markkinavoimaa ei selvitetä markkinaosuuden vaan "kauppakumppanien kysyntäkäyrän elastisuuden" (s. 328) perusteella. Laajempi määritelmä mahdollistaa puuttumisen myös Kodak-tapauksen kaltaisiin tilanteisiin, joissa markkinavoima ei perustu päätuotteen markkinoiden hallintaan vaan jälkimarkkinoilla ilmeneviin riippuvuussuhteisiin (s. 330: "Behavioral indicators may be more useful in dealing with intrabrand restraints".) Hovenkamp taas pitää *Kodak-päätöstä* vähintäänkin ongelmallisena. Vrt. Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust (2001), s. 283–299 ("The Failure of Kodak").

[250] Pitofsky toteaa, että tapauksen *Jefferson Parish* perusteella yksinomaista jakelua koskevat sopimukset, jotka sulkevat alle 20 % markkinoista, pääsevät turvasatamaan. Todennäköisesti sallittuja ovat aina 30 %:n poissuljentaan (foreclosure) johtavat sopimukset. Ks. Pitofsky (1998) s. 117–118. Vrt. Hovenkamp (1999) s. 435–439, joka soveltaa hieman korkeampia markkianosuusrajoja. Hovenkampin mukaan tuomioistuimet puuttuvat harvoin yksinomaisuussopimuksiin, jos markkinaosuus jää 30 tai 40 %:n alapuolelle. Selvää on, kuten kirjoittajat toteavatkin, että markkina-osuuden ohella on kiinnitettävä huomiota kilpailuvaikutuksiin kokonaisuudessaan. Salop (2001, s. 198) mainitsee 20–30 %:n markkinaosuusrajan. Vrt. Määttä (2001) s. 128, jonka mukaan "yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä tärkeäksi on muodostunut ns. 20 prosentin sääntö: jos eksklusiivijärjestely ei kata tätä suurempaa osuutta tuotannonalasta, se on laillinen, muutoin ei". Läpikäymäni aineiston pohjalta en voi yhtyä tulkintaan, jossa sopimus muuttuisi yleisesti kielletyksi jo näin alhaisella markkinaosuusrajalla. Pikemminkin kysymys näyttäisi olevan alarajasta, jonka ylittyessä poissulkemisvaikutukseen (foreclosure) on syytä kiinnittää vakavaa huomiota. Toisaalta on huomattava, että yksinomaisuussopimuksiin voidaan yrittää puuttua ns. relatiivisen markkinavoiman teorian perusteella esimerkiksi luvakkeenantajan luvakkeensaajiin nähden saaman sopimusvoiman perusteella. Ks. esim. Grimes (1999). "Relatiivista" markkinavoimaa koskeva teoria on kuitenkin varsin kiistanalainen. Vrt. kritiikin osalta esim. Klein (1999) ja Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust (2001) s. 304 ss. Nähdäkseni sitä vastaan voidaan esittää samat vastaväitteet kuin esim. EY:n tuomioistuimen *Hugin-päätöksen* osalta.

veltamiskäytännössä suhteellisen sallivaa.[251] Perusongelmana oli se, että komissiolle jouduttiin ilmoittamaan varsin suuri joukko jakelusopimuksia, joiden osalta jo etukäteen on varsin selvää, ettei komissio tule niihin puuttumaan.

Ryhmäpoikkeusasetuksissa säänneltiin yksityiskohtaisesti, millaisten ehtojen ottaminen sopimuksiin oli sallittua. Mikäli sopimus sisälsi yhdenkin ehdon, jota ei oltu asetuksella tuotu poikkeuksen alaan, sopimus piti ilmoittaa komissiolle. Vuosien kuluessa kuilu säännösten periaatteellisen tiukkuuden ja komission käytännön välillä kasvoi. EY:n komission kilpailuosastossa hankkimani kokemuksen perusteella[252] suhtautuminen ilmoitettuihin standardisopimuksiin oli varsin lievä. Kauppavaikutus- ja tuntuvuuskriteerin täyttyessä komissiossa tutkittiin käytännössä a) onko sopimuksessa määrähinnoittelua koskevia ehtoja, b) onko sopimuksessa absoluuttiseen aluesuojaan johtavia myyntirajoituksia ja c) onko jollakin osapuolella määräävä markkina-asema tai synnyttääkö sopimus sellaisen. Mikäli vastaus kaikkiin kolmeen kysymykseen oli kielteinen, juttu suljettiin ja asianosaisille lähetettiin hallinnollinen kirje, jolla käsittelyn lopettamisesta ilmoitettiin. Edellä olevasta voitiin poiketa, mikäli asia osoittautui kilpailuoikeudellisesti poikkeuksellisen mielenkiintoiseksi[253] tai asialla oli huomattavaa taloudellista tai poliittista merkitystä. Edellä oleva yleistäminen epäilemättä yksinkertaistaa vertikaalisia sopimuksia koskevaa käytäntöä. Säännöstö vei resursseja huomattavasti enemmän, kuin mikä puuttumiskynnyksen ylittävien tapausten lukumäärä ja vaikutus huomioon ottaen vaikutti perustellulta. Käsittely sitoi komission resursseja, joita olisi voitu tehokkaammin hyödyntää esimerkiksi kartellien tai määräävän aseman väärinkäytön torjunnassa. Sanomattakin selvää on se, että säännöstöstä aiheutui olennaisia kustannuksia sopimuksia ilmoittamaan joutuvalle elinkeinoelämälle.[254]

EY:n komissio on soveltanut vertikaalisin rajoituksiin kieltoperiaatetta, jota on pehmennetty de minimis -säännöllä sekä yksittäis- ja ryhmäpoikkeuksilla. Sitä vastoin monien jäsenmaiden kansallisessa kilpailulainsäädännössä vertikaalisia rajoituksia on arvioitu, määrähinnoittelua lukuun ottamatta, väärinkäyttöperiaatteen avulla. Erityisesti vertikaalisissa rajoituksissa EY-oikeuden *soveltamiskynnys* oli *liian alhaalla* tosiasialliseen *kieltokynnykseen* eli siihen

---

[251] Ks. esim. Rissanen/Korah (1991) s. 254–261. Valentine Korah lienee ollut ensimmäisiä, joka nosti kirjoituksillaan vertikaalisia sopimuksia koskevan ongelman EY:n kilpailuoikeudessa laajemman huomion kohteeksi.

[252] Tutkimuksen tekijä työskenteli komissiossa syksystä 1992 kevääseen 1993. Työtehtävät painottuivat komissiolle tehtyjen poikkeuslupahakemusten valmisteluun ja ratkaisuesitysten kirjoittamiseen.

[253] Juttu sisälsi esimerkiksi oikeuskysymyksen, johon aiemmassa käytännössä ei oltu otettu kantaa.

[254] Säännöstön hyötynä voidaan kuitenkin mainita kuluttajapoliittinen ulottuvuus. Jakelusopimusten ilmoittaminen ja niistä saatu palaute lienee lisännyt tietoisuutta rinnakkaistuontia koskevien rajoitusten vahingollisuudesta.

verrattuna, mitä käytännössä pidetään yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta vahingollisena.[255] Taloustieteessä on yleistynyt lähestymistapa, jonka mukaan *vertikaalisten sopimusten kilpailuvaikutukset riippuvat pitkälti osapuolten markkinavoimasta*. Useimmat muuta kuin hinnoittelua koskevat vertikaaliset rajoitukset ovat harmittomia, mikäli kilpailu relevanteilla hyödykemarkkinoilla on toimivaa. Sama pätee moniin kilpailijoiden välisiin horisontaalisiin sopimuksiin, esimerkiksi yritysten väliseen yhteistyöhön tutkimuksessa ja tuotekehityksessä. Kilpailuoikeudellisen analyysin tulisi keskittyä sopimusten muodon sijasta rajoitusten vaikutuksiin. Taloudellisia tekijöitä, joilla tulisi olla eritystä merkitystä muiden kuin paljaiden kilpailunrajoitusten arvioinnissa, ovat muun ohella yritysten markkinavoima, hyödykkeen luonne, tarve tarjota oheispalveluja ja investoida jakeluverkostoon sekä kuluttajien tarpeet.[256]

EY:n komissio julkaisi vuonna 1997 vihreän kirjan, jossa luodattiin vaihtoehtoja[257] vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevien säännösten uudistamiseksi.[258] Samana vuonna aloitettiin horisontaalisia yhteistyömuotoja koskeva uudistustyö. Vihreässä kirjassa analysoitiin taloustieteen suhtautumista vertikaalisiin rajoituksiin ja verrattiin jäsenmaiden kilpailulainsäädäntöä. Komissio esitti vaihtoehtoisia mahdollisuuksia säännellä jatkossa jakelusopimuksia yhteisötasolla. Komission mukaan uusien sääntelyvaihtoehtojen tarkastelu oli osoittautunut tarpeelliseksi, koska ryhmäpoikkeusasetusten voimassaolo oli päättymässä, sisämarkkinaohjelma oli suurelta osin saatu päätökseen ja jakelumenetelmissä oli vuosikymmenten saatossa tapahtunut suuria muutoksia.[259] Syihin muuttaa asetusta on syytä lisätä edellä käsitellyt komission soveltamiskäytännön ongelmat.[260] EY:n asetuksen vaikutuksena markkinavoiman merkitys järjestelyn kiellettävyyden tai sallittavuuden osalta lisääntyy. Perinteisesti jakelusopimusten haitallisuutta on luokiteltu niihin sisältyvien ehtojen perusteella, mikä on johtanut varsin muodollisjuridisiin ratkaisuihin. Näiden epäjohdonmukaisuuksien korjaaminen yksittäispoikkeuksilla on kaatunut resurssiekonomisiin ongelmiin.

---

[255] Ks. Hawk (1995), joka puhui tässä yhteydessä "systemaattisesta virheestä" EY:n kilpailuoikeudessa. Ks. myös Neven/Panpandropoulos/Seabright (1998) s. 41–43; Whish (2001) s. 565. Vrt. toisaalta Schröter, joka puolusti komission perinteistä lähestymistapaa.

[256] Vihreä kirja, kohta 85.

[257] Komissio esitti neljää vaihtoehtoista sääntelymahdollisuutta. Vaihtoehdoista ensimmäinen oli olemassa olevan järjestelmän säilyttäminen sellaisenaan. Toisena vaihtoehtona oli ryhmäpoikkeusasetusten soveltamisalan laajentaminen, kolmantena säännöstön uudelleen suuntaaminen. Viimeisenä vaihtoehtona mainittiin 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalan supistaminen. Kaikissa vaihtoehdoissa absoluuttinen aluesuoja ja alimpien sallittujen määrähintojen asettaminen säilyisivät kiellettyinä, eikä tällaisille lausekkeille voitaisi yleensä myöntää poikkeuslupaa.

[258] Vihreästä kirjasta ks. esim. Leivo/Leivo (1997) s. 214–217.

[259] Ks. vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan vihreä kirja, tiivistelmän kohta 3.

[260] Ks. esim. Whish (2001) s. 564–566.

Komission uudessa lähestymistavassa painotetaan taloudellisen analyysin merkitystä. Vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus[261] (mm. jälleenmyynti ja franchising) ja suuntaviivat[262] astuivat voimaan 1.6.2000. Horisontaalisia kilpailunrajoituksia (tutkimus- ja kehitysyhteistyö ja erikoistumissopimukset) koskevat uudet ryhmäpoikkeusasetukset ja niitä täydentävät suuntaviivat tulivat voimaan vuoden 2001 alusta lukien. Sopimusten arvioinnissa on siirrytty muodollisesta lähestymistavasta taloudelliset seikat paremmin huomioon ottavaan sääntelyyn. Uudistuksen tavoitteena on ollut pienentää sopimusten ilmoitusvelvollisuudesta yrityksille ja komissiolle aiheutuvaa työtaakkaa ja kustannuksia. Samalla on pyritty varmistamaan, että olennaista markkinavoimaa omaavien yritysten välisiä sopimuksia valvotaan tehokkaasti. Uudet asetukset sisältävät markkinavoimaa koskevan turvasataman *(market power screen)*. Perinteisiä mustan listan ehtoja lukuun ottamatta yritykset saavat vapaasti päättää sopimusten ehdoista ilman että niitä tarvitsisi ilmoittaa komissiolle.

Yksinomaisuussopimuksiin suhtaudutaan nykyään myönteisesti, mikäli yrityksillä ei ole markkinavoimaa. EY:ssä vertikaaliset sopimukset on nykyään sallittu ryhmäpoikkeusasetuksella, mikäli valmistajan markkinaosuus jää alle 30 %:n rajapyykin ja mikäli sopimukset eivät sisällä alimpia sallittuja hintoja tai jäsenvaltioiden välistä kauppaa rajoittavia ns. mustan listan ehtoja. Jos 30 %:n raja ylittyy, sopimuksen sallittavuus edellyttää yksilöllistä harkintaa. Horisontaalisten sopimusten osalta tutkimusta ja tuotekehittelyä koskevat sopimukset ovat yleisesti sallittuja markkinaosuuden jäädessä alle 25 %:n. Erikoistumissopimusten osalta noudatetaan 20 %:n markkinaosuusrajaa. Komission julkaisemissa suuntaviivoissa on käsitelty yksityiskohtaisesti sallittuja sopimustyyppejä. Tarkoituksena on siirtää painopiste hyödyllisten tai neutraalien sopimusten käsittelystä haitallisten sopimusten, erityisesti kartellien, torjuntaan. Lainsäädäntöä on pyritty muokkaamaan siten, että tarve hakea poikkeuslupaa komissiolta jäisi pois. Useimmat myös ns. harmaan alueen sopimusehdot on pyritty kattamaan suuntaviivoissa, jotta yritykset itse voisivat harkita sopimuksen lail-

---

[261] Komission asetus (EY) N:o 2790/1999 EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL L 336/21, 29.12.1999.

[262] Komissio hyväksyi ryhmäpoikkeusasetusta täydentävät suuntaviivat 24.5.2000. Suuntaviivojen tarkoituksena on auttaa yrityksiä arvioimaan vertikaalisten sopimustensa osalta, onko niitä mahdollisesti pidettävä perustamissopimuksen 81 artiklan vastaisina. Suuntaviivoissa selvitetään ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisedellytyksiä. Niissä on tulkintaohjeita siitä, miten on tulkittava markkinoiden määrittelyyn ja markkinaosuuksien laskemiseen liittyviä seikkoja. Suuntaviivoihin sisältyy myös määritelmiä siitä, minkälaiset sopimukset eivät yleensä vääristä kilpailua ja jäävät siten 81 artiklan 1 kohdan ulkopuolelle. Suuntaviivoissa käsitellään tyypillisimpien sopimusten yleisiä kilpailuoikeudellisia arviointiperusteita. Suuntaviivoja tarkistetaan neljän vuoden kuluttua ottaen huomioon markkinoilla tapahtunut kehitys ja kokemukset, joita komissio on saanut uuden politiikan soveltamisesta.

lisuutta ilman, että syntyisi tarve kääntyä komission puoleen. Käytännön neuvoja voisivat antaa kansalliset viranomaiset. Aikaisempaan järjestelmään verrattuna muutosta voidaan pitää suhteellisen radikaalina yrityksenä siirtyä sopimusehtojen sääntelystä yleisten normien antamiseen.

2.5.1 Vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus ja suuntaviivat

Vertikaalisia sopimuksia[263] koskeva ryhmäpoikkeusasetus (2790/1999) korvaa aikaisemman franchising-sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen sekä yksinmyynti- ja yksinostosopimuksia koskevat ryhmäpoikkeusasetukset. Aiemmasta poiketen se koskee myös selektiivistä jakelua. Suuntaviivoissa esitetään täydentäviä arviointiperusteita.[264] Niissä vahvistetaan myös periaatteet, joiden perusteella arvioidaan, vaikuttavatko vertikaaliset sopimukset jäsenvaltioiden väliseen kilpailuun.

Autokauppaa ja autojen huoltoa koskevista sopimuksista on annettu erillinen ryhmäpoikkeusasetus. EY:n komissio hyväksyi heinäkuussa 2002 uuden ryhmäpoikkeusasetuksen, jolla kilpailua autokaupassa pyritään lisäämään. Komissio on katsonut, etteivät kuluttajat hyödy riittävästi yhteismarkkinoista, koska jälleenmyyjien välinen kilpailu on liikaa rajoittunut ja koska jälleenmyyjät ovat liiaksi riippuvaisia autonvalmistajista. Komission pyrkimyksenä on lisätä rajat ylittävää myyntiä ja kilpailua. Uusi asetus korvaa aiemman ryhmäpoikkeusasetuksen (1475/95). Lokakuun alussa 2002 voimaan tulleessa uudessa asetuksessa kielletään aiemmin sallitut yksinomaiset myyntialueet. Uudessa asetuksessa mm. kielletään henkilöautojen osalta ns. sijaintiehto, joka estää selektiivistä jälleenmyyjää perustamasta toissijaisia myyntipisteitä varsinaisen myyntialueensa ulkopuolelle missä tahansa EU:n alueella. Autokauppa on muodostanut aikaisemmin poikkeuksen, kun sille on sallittu samanaikaisesti sekä yksinomaiset myyntialueet että selektiivinen jakelu. Jatkossa autonvalmistajien tulee valita joko yksinomainen tai selektii-

---

[263] Vertikaalisella sopimuksella tarkoitetaan eri tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten välistä sopimusta, joka koskee osapuolille asetettuja tiettyjen tavaroiden tai palveluiden ostoon, myyntiin tai jälleenmyyntiin liittyviä ehtoja. Määritelmä edellyttää, että 1) kyse on vähintään kahden itsenäisen yrityksen välillä tehdystä sopimuksesta, 2) sopimuspuolet toimivat eri tuotanto- tai jakeluportaalla ja 3) sopimukset koskevat ehtoja, joilla hyödykkeitä ostetaan. Ks. vertikaalisia sopimuksia koskevien suuntaviivojen kohdat 23–24.

[264] Suuntaviivoissa käsitellään seuraavia säädöksiä: Asetus (EY) N:o 2790/1999, joka liittyy tiettyjen vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin. Tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista. Sopimukset ovat vähämerkityksisiä, jos osapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus ei ylitä 15 prosenttia. Suuntaviivoissa puhutaan vielä 10 %:sta. Suositus 96/280/EY liittyy pk-yritysten välisiin sopimuksiin. Direktiiviä 86/653/EY sovelletaan edustussopimuksiin. Edustussopimuksilla annetaan luonnollisille tai oikeushenkilöille valtuudet neuvotella ja/tai tehdä sopimuksia päämiehen nimissä ja lukuun.

vinen jakelu. Selektio voi olla määrällistä, jolloin vain tietty määrä jälleenmyyjiä hyväksytään samalla alueella, tai pelkästään laadullista, jolloin kaikki henkilökunnan osaamista, tiloja tms. täyttävät ehdokkaat tulee hyväksyä myyntiverkostoon.[265]

Asetuksen 2790/1999 mukaan vertikaaliset sopimukset ovat yleisesti sallittuja, mikäli hyödykkeen valmistajan markkinaosuus relevanteilla hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla ei ylitä *30 prosentin* rajaa.[266] Kyseisen markkinaosuusrajan alapuolelle jäävät vertikaaliset sopimukset nauttivat erityisestä tur-

---

[265] Lienee odotettavissa, että Suomessa useimmat autonvalmistajat valitsevat selektiivisen jakelun, sillä ns. multidealer-järjestelmä on jo nykyään suhteellisen yleinen. Toissijaisella myyntialueella täytyy noudattaa valmistajan sille vahvistamia pelisääntöjä. Asetuksessa myös kielletään ehto, jossa takuu sidotaan siihen, että auto huolletaan myyjän omistamassa merkkikorjaamossa. Itsenäisten huoltokorjaamoiden asemaa pyritään vahvistamaan parantamalla varaosien ja teknisen informaation saatavuutta. Jälleenmyyjä voi suorittaa huoltopalvelut itse tai vaihtoehtoisesti erikoistua itse myyntiin ja ostaa huoltopalvelut alihankintana itsenäiseltä huoltokorjaamolta. Itsenäiset huoltokorjaamot voivat hankkia huoltokorjaamon statuksen täyttämällä asetetut laadulliset vaatimukset. Uudistuksen taustalla on komission tyytymättömyys kilpailun toimivuuteen autokaupassa, joskin käytännössä vaaditut laiteinvestoinnit tulevat rajoittamaan halukkaiden määrää. Autoala on suhtautunut uuteen asetukseen kriittisesti, sillä sen on väitetty nostavan uusien autojen hintatasoa ja keskittävän autokaupan rakenteita. Jäsenvaltioiden välisten hinnanerojen on väitetty selittyvän erilaisella autoveron tasolla eikä yhteisökilpailun kilpailun rajallisuudella. Toisaalta markkinoilla on havaittavissa jo nyt kustannussyistä tapahtuvaa keskittymistä ja autoverotus on vain yksi – joskin esim. Suomessa keskeisen tärkeä – autojen hintaan vaikuttava tekijä. Nähtäväksi jää myös se, lisääkö uudistus paineita autoveron tason alentamiseen korkean verotason maissa, joita ovat ainakin Suomi, Tanska, Kreikka ja Irlanti. Nyt uusien autojen veroton hinta on ollut Suomessa alhainen, mikä ei kylläkään koske uusien autojen kuluttajahintoja suhteutettuna ostokoripariteetteihin tai käytettyjen autojen hintoja, joiden hintatasoa on nostanut Suomen valtion vuosia jatkunut verosyrjintä, jolla autojen maahantuonti ohi virallisten jakelukanavien on käytännössä saatu lähes tyrehtymään ja autokanta EU-maiden vanhimmaksi. Lisääntyvän kilpailun voisi olettaa vaikuttavan hintoja laskevasti sekä uusien että käytettyjen autojen osalta. Asetuksen vaikutukset muodostavat mielenkiintoisen tutkimuskohteen tulevaisuudessa. Useimpien uusien sääntöjen osalta asetus sisältää vuoden siirtymäajan. Sijaintiehtoa koskevana kompromissiratkaisuna komissio myönsi kahden vuoden siirtymäajan keskeisille kilpailua lisääville uudistuksille, jotta autokaupalle jäisi aikaa sopeutua muutokseen. Asetus tulee siten kokonaisuudessaan voimaan lokakuussa 2005. Se on voimassa vuoden 2010 loppuun, jolloin myös vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen voimassaolo päättyy. Komission kannanottojen osalta ks. esim. The Commission Regulation for a new motor vehicle Block Exemption – Questions and Answers – Background information on press release IP/02/1073, 17.7.2002.

[266] Jos kyseessä on vertikaalinen sopimus, johon sisältyy yksinomainen toimitusvelvoite, ryhmäpoikkeusasetusta sovelletaan ainoastaan edellyttäen, ettei ostajan markkinaosuus asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla, joilla se ostaa sopimuksessa tarkoitettuja tavaroita ja palveluja, ylitä 30 prosentin rajaa. Mikäli yrityksen markkinaosuus ylittää 30 prosenttia, sen vertikaaliset sopimukset eivät kuulu uuden ryhmäpoikkeusasetuksen piiriin. Niitä ei kuitenkaan automaattisesti oleteta sääntöjen vastaisiksi, vaan tällaisten yrityksen vertikaalisia sopimuksia tarkastellaan yksittäin. Tällöin on lähtökohdaksi otettava EU:n perustamissopimuksen 81 artikla, jossa asetetaan edellytykset, joiden vallitessa yritysten välisille sopimuksille voidaan myöntää poikkeus EY:n kilpailusäännöistä. Yli 30 prosentin markkinaosuuden omaavan yrityksen on siten itse arvioitava vertikaalisten sopimustensa mahdolliset vaikutukset.

vasatamasta (*safe harbour)* edellyttäen, ettei sopimus sisällä mustan listan ehtoja. Asetuksen merkittävin vaikutus lienee siinä, että valtaosa komissiolle tehtävistä ilmoituksista putoaa pois 30 prosentin rajan ylittymättömyyden perusteella. Suomessa monet markkinat ovat siinä määrin keskittyneitä, että asetusmuutoksen vaikutukset jäänevät meillä osittain vähäisemmiksi kuin suurissa jäsenvaltioissa.

Asetuksen sisältämän ryhmäpoikkeuksen ulkopuolelle jää alimpia sallittuja hintoja koskevien määrähintojen asettaminen sekä jäsenvaltioiden välistä kauppaa suoraan tai epäsuoraan vaikeuttavien määräysten, esimerkiksi absoluuttisen aluesuojan, liittäminen sopimuksiin. Perusperiaatteen mukaan päämies voi kieltää jälleenmyyjältään aktiiviset markkinointiponnistelut oman sopimusalueensa ulkopuolella, ei sen sijaan passiivisia myyntejä silloin, kun sopimusalueen ulkopuolelta oleva asiakas omasta aloitteestaan kääntyy jälleenmyyjän puoleen viedäkseen ostamansa tuotteen mukanaan toiseen jäsenvaltioon. Jos sopimus sisältää yhdenkin asetuksen 4 artiklassa mainitun *mustan listan* ehdon, sopimus ei saa automaattista poikkeusta ja tulee erikseen ilmoittaa komissiolle. Yksittäispoikkeuksen myöntäminen mustan listan ehdoille on epätodennäköistä.[267] Kiellettyjä ehtoja ovat seuraavat:

1) Alinta sallittua hintaa koskevien määrähintojen asettaminen suoraan tai epäsuoraan on kiellettyä. Enimmäishinnat ja ohjevähittäishinnat ovat kuitenkin sallittuja edellyttäen, että ne eivät johda kiinteään tai vähittäismyyntihintaan.

2) Tuonti- tai vientirajoitukset ym. absoluuttiseen aluesuojaan johtavat määräykset ovat kiellettyjä.

3) Asiakkaita tai alueita, joille hyödykettä saa myydä, ei saa rajoittaa. Kielto ei kuitenkaan koske aktiivisen myynnin rajoittamista toimittajan itselleen varaamille asiakkaille tai tukkuportaalla toimiville loppukäyttäjille. *Yksinmyyntisopimuksissa* saadaan rajoittaa jälleenmyyjän aktiivisia myyntiponnisteluja oman sopimusalueen ulkopuolella. Jokaisen jälleenmyyjän on voitava vastata yhteisön alueella toimivien asiakkaiden omasta aloitteestaan esittämään pyyntöön ostaa tavara tai palvelu.

---

[267] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohta 46. Kohdassa jää sanamuodon perusteella hieman epäselväksi, tarkoitetaanko siinä, että poikkeuksen myöntäminen on tuontia tai vientiä koskeville rajoituksille epätodennäköistä, vai ulottuuko viittaus mustan listan ehtoihin yleensä. Ks. lähemmin suuntaviivojen kohdat 46–56. Tältä osin on huomattava, että mustassa listassa mainitut menettelytavat ovat pitkälti samoja, joista EY:n oikeuskäytännössä on määrätty sakkoja. Vaikuttaisi siltä, että 4 artiklaan on koottu vakavimmat rajoitukset, joiden osalta poikkeusluvan saaminen ei käytännössä tulle kysymykseen. Sen sijaan poikkeuksen myöntäminen voi tulla kyseeseen esim. 5 artiklassa sallitun kilpailukiellon enimmäispituuden osalta silloin kun asianosaiset voivat osoittaa, että pidempi kilpailukielto on osapuolten suorittamien poikkeuksellisten suurten investointien vuoksi perusteltu. On kuitenkin huomattava, että komission pyrkimyksenä on nyttemmin luopua yksittäispoikkeuksista kokonaan. Tämä ei voine olla viemättä tulkintaa siihen suuntaan, että sallitun ja kielletyn raja määritellään asetuksissa ja suuntaviivoissa ja että tämän rajan ylitys tapahtuu yritysten omalla riskillä.

4) *Selektiivisessä* eli valikoivassa jakelussa ei saa rajoittaa valtuutettujen jälleenmyyjien aktiivista tai passiivista myyntiä loppukäyttäjille tai muille valtuutetuille jälleenmyyjille. Tavoitteena on turvata ristikkäisillä toimituksilla tehokas kilpailu verkoston sisällä. Valikoivan jakelujärjestelmän jäsenille ei tule asettaa välittömiä tai välillisiä velvoitteita, jotka johtavat siihen, että nämä eivät myy tiettyjen kilpailevien toimittajien merkkejä.
5) *Välituotteiden* (komponenttien) toimittajaa, joka myy hyödykkeitään valmistajalle, ei saa kieltää myymästä kyseisiä osia varaosina loppukäyttäjille, korjaamoliikkeille tai muille palveluntarjoajille, joita ostaja ei ole valtuuttanut korjaamaan tai huoltamaan hyödykkeitään. Säännöksen tarkoituksena on turvata jälkimarkkinoilla toimivien itsenäisten huolto- ja korjausliikkeiden varaosien saanti.
6) *Kilpailukiellot*[268] eivät saa olla voimassa määräämättömän ajan tai pidempään kuin viisi vuotta.[269] Pääperiaatteen mukaan kilpailukiellon tulee päättyä samaan aikaan sopimuksen kanssa. Uuden merkin myyminen voidaan aloittaa heti, kun vanha sopimus on päättynyt. Poikkeustilanteissakin kilpailukielto voi jatkua korkeintaan vuoden ajan sopimuksen päättymisen jälkeen.[270]

Edellä mainitut rajoitukset ovat kiellettyjä, jotta kuluttajia hyödyttävä vapaa hintakilpailu jakelijoiden välillä säilyisi ja jotta kuluttajat voisivat ostaa tavaroita ja palveluita mistä osasta yhteisöä haluavat. Näitä kieltoja tullaan soveltamaan tiukasti. Kieltoja soveltavat myös kansalliset kilpailuviranomaiset. Suuntaviivoissa kuvataan lähemmin tilanteita, joissa pitkäaikaiset investoinnit voivat oikeuttaa pitkän kilpailukiellon. Ryhmäpoikkeuksen soveltamisalan ulkopuolelle jääminen ei merkitse automaattisesti sitä, että vertikaaliset sopimukset olisivat lainvastaisia. Suuntaviivoissaan komissio rohkaisee yrityksiä tekemään arvioinnin itse ilman ilmoitusta komissiolle. Joka tapauksessa komission vel-

---

[268] Kilpailukieltovelvoitteella tarkoitetaan välitöntä tai välillistä velvoitetta, jonka perusteella ostaja ei voi valmistaa, myydä tai jaella sopimuksessa tarkoitettujen tavaroiden tai palvelujen kanssa kilpailevia tavaroita tai palveluja, tai ostajaa koskevaa mitä tahansa välitöntä tai välillistä velvoitetta, jonka mukaan tämän on ostettava toimittajalta tai toimittajan osoittamalta kolmannelta yli 80 prosenttia sopimuksessa tarkoitettujen tavaroiden tai palvelujen tai niitä korvaavien hyödykkeiden ostojensa kokonaismäärästä, joka lasketaan ostajan edellisen vuoden ostojen perusteella.

[269] Viiden vuoden enimmäisaikaa ei kuitenkaan sovelleta, jos ostaja myy hyödykkeitä myyjän omistamista tai kolmannelta vuokraamista tiloista ja maa-alasta käsin ja kilpailukielto ei jatku pidempään kuin mitä tilat ja maa-ala ovat ostajan käytössä.

[270] Sopimuksen päättymisen jälkeiset kilpailukieltosopimukset voivat olla enintään vuoden mittaisia ja koskea ainoastaan kilpailevia tuotteita. Tällöin edellytetään lisäksi, että kilpailukieltovelvoite on rajoitettu tilaan ja maa-alaan, jossa myyjä on toiminut sopimuksen voimassaoloaikana ja kilpailukielto on välttämätön toimittajan ostajalle luovuttaman taitotiedon suojaamiseksi. Muun kuin yleisesti tunnetun taitotiedon paljastamista ja käyttämistä voidaan rajoittaa aikarajoista riippumatta.

vollisuutena on todistaa yksittäistapauksessa, että sopimus rajoittaa tuntuvasti kilpailua 81 (1) artiklassa tarkoitetulla tavalla. Vastaavasti yritysten asiana on esittää näyttö tehokkuushyödyistä, joiden perusteella sopimus täyttää 81 (3) artiklan poikkeuksen edellytykset.[271] Asetukseen on otettu säännöksiä ryhmäpoikkeuksen peruuttamisesta kokonaan tai osittain, mikäli kilpailu ei toimi.[272]

Komission vertikaalisia rajoituksia koskevien suuntaviivojen[273] tavoite on auttaa yrityksiä itse arvioimaan vertikaalisia rajoituksia koskevien sääntöjen perusteella, ovatko niiden tekemät sopimukset kilpailusääntöjen mukaisia. Suuntaviivoissa asetusta analysoidaan yksityiskohtaisesti; erityistä huomiota kiinnitetään poikkeusten myöntämiseen ja peruuttamiseen. Suuntaviivoissa kuvaillaan myös yleisiä arviointipuitteita ja toimintalinjoja, joita komissio aikoo noudattaa.

Suuntaviivoissa vertikaalisten sopimusten keskeisimmät kilpailuriskit, joita EY:n kilpailusäännöillä pyritään estämään, on tiivistetty neljään kohtaan.

1) *Toimittajat tai ostajat suljetaan pois markkinoilta* luomalla esteitä markkinoille pääsylle. Tämä on todennäköistä, jos jakelukanavat tietyssä maassa ovat erityisen keskittyneet. Tällöin esim. yksinomainen jakelusopimus voi estää kilpailijoiden pääsyn jakelukanaviin.
2) *Tuotemerkkien välinen* (*inter-brand*) kilpailu vähenee markkinoilla toimivien yritysten välillä.
3) *Tuotemerkin sisäinen* (*intra-brand*) kilpailu vähenee saman tuotemerkin jakelijoiden välillä, mikäli saman hyödykkeen jakelijoiden välinen kilpailu estetään.
4) *Kuluttajien vapautta ostaa tavara tai palvelu haluamastaan jäsenvaltiosta* rajoitetaan, mikä olisi ristiriidassa yhteismarkkinoiden perusperiaatteiden kanssa.[274]

Uutta aikaisempaan verrattuna on se, että suuntaviivoissa tunnustetaan laajalti, että vertikaalisilla rajoituksilla on usein myös myönteisiä vaikutuksia. Ne kan-

---

[271] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohta 62.

[272] *Komissio* voi peruuttaa ryhmäpoikkeusasetuksen "... jos kilpailevien toimittajien tai ostajien solmimien samankaltaisten vertikaalisten sopimusten rinnakkaisten verkostojen kumulatiivinen vaikutus rajoittaa olennaisesti pääsyä asian kannalta merkityksellisille markkinoille tai kilpailua kyseisillä markkinoilla". Verkostojen kattaessa yli 50 prosenttia asian kannalta merkityksellisistä markkinoista komissio voi säätää asetuksella, ettei ryhmäpoikkeusasetusta sovelleta vertikaalisiin sopimuksiin, jotka sisältävät erityisiä kyseisiin markkinoihin liittyviä rajoituksia. *Jäsenvaltio* voi peruuttaa ryhmäpoikkeusasetuksen jos sopimuksella on kilpailua rajoittavia vaikutuksia (art. 81.3 kanssa ristiriidassa olevia vaikutuksia), em. vaikutukset kyseisen jäsenvaltion alueella tai tietyllä osalla jäsenvaltiota ja jäsenvaltio tai sen osa täyttää kaikki erillisten maantieteellisten markkinoiden tunnuspiirteet. Voitaneen olettaa, että asetuksen peruuttaminen jää poikkeukselliseksi toimenpiteeksi.

[273] Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, KOM(2000/C 291/01), EYVL 2000 C 291/2, 13.10.2000.

[274] Ks. vertikaalisten suuntaviivojen kohta 103.

nustavat kilpailemaan muilla tekijöillä kuin hinnalla ja parantamaan palvelujen laatua. Niillä ei kuitenkaan saa pyrkiä kahlitsemaan kilpailua pitkäaikaisesti. Tiedonannon mukaan vertikaalisten rajoitusten *määräaikainen* soveltaminen voi olla perusteltua seuraavista syistä:

1) Jakelija voi perusteetta saada ilmaista hyötyä toisen jakelijan myynninedistämisponnisteluista. Vapaamatkustamisen (free riding) estäminen on legitiimi tavoite.
2) Valmistaja haluaa päästä uusille maantieteellisille markkinoille esimerkiksi aloittamalla viennin toiseen maahan; tämä voi edellyttää jakelijalta erityisiä "alkuinvestointeja" tuotemerkin vakiinnuttamiseksi markkinoilla.
3) Joillakin aloilla tietyt vähittäiskauppiaat tunnetaan siitä, että ne pitävät myytävänä vain "laadukkaita" hyödykkeitä. Selektiivisyys voidaan sallia tuotemerkin imagon suojelemiseksi.
4) Toimittajan tai ostajan on tehtävä asiakaskohtaisia investointeja muun muassa erikoislaitteisiin tai koulutukseen. Kyse on investointien suojaamisesta.
5) Tarve suojata yrityksen aineetonta omaisuutta voi oikeuttaa vertikaalisen rajoituksen. Sen jälkeen kun taitotieto on siirretty, sitä ei voida ottaa takaisin eikä sen luovuttaja ehkä halua, että taitotietoa käytetään sen kilpailijoiden hyväksi tai niiden toimesta.
6) Hyödyntääkseen mittakaavaetuja ja alentaakseen niiden avulla hyödykkeensä vähittäishintaa valmistaja ehkä haluaa keskittää hyödykkeensä jälleenmyynnin muutamalle jakelijalle.
7) Tavanomaiset rahoittajat (pankit, osakemarkkinat) eivät ehkä myönnä pääomaa parhain mahdollisin markkinaehdoin, jos niiden tiedot lainaajasta ovat puutteelliset tai lainalle ei ole riittäviä takuita.
8) Valmistaja lisää myyntiä jakelijoihin kohdistettavan yhdenmukaisuusvaatimuksen ja laatuvaatimusten kautta. Näin hyödykkeelle luodaan myönteinen tuotekuva ja sen houkuttelevuus lisääntyy loppukuluttajien kannalta. Tätä esiintyy esimerkiksi valikoivassa jakelussa ja luvaketoiminnassa.

Vertikaalisten rajoitusten vaikutusten arviointi sisältää yleensä seuraavat neljä vaihetta: 1) Mukana olevien yritysten on määriteltävä merkitykselliset markkinat, jotta saataisiin selville sopimuksesta riippuen joko toimittajan tai ostajan markkinaosuus. Markkinaosuus lasketaan ottamalla huomioon merkitykselliset tuotemarkkinat (jotka kattavat kaikki kuluttajan samantyyppisinä pitämät tuotteet tai palvelut) ja merkitykselliset maantieteelliset markkinat (jotka kattavat alueen, jolla kyseiset yritykset tarjoavat ja kysyvät merkityksellisiä tuotteita ja palveluja). 2) Jos merkityksellinen markkinaosuus ei ylitä 30 prosentin enimmäistasoa, vertikaalinen sopimus kuuluu ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisalaan, mikäli se täyttää asetuksessa 2790/1999 säädetyt edellytykset. 3) Jos merkityksellinen markkinaosuus ylittää 30 prosentin enimmäisrajan, on arvioitava, vääristääkö vertikaalinen sopimus kilpailua. Tällöin on otettava huomioon

toimittajan, kilpailijoiden ja ostajan asema markkinoilla, alallepääsyn esteet, hyödykkeen ominaisuudet, markkinoiden kehitysvaihe, jne. 4) Mikäli vertikaalinen sopimus kuuluu 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, on tutkittava, täyttääkö se poikkeuksen myöntämiselle määrätyt edellytykset. Tällöin vertikaalisen sopimuksen on parannettava tuotantoa ja tuotteiden jakelua, edistettävä teknistä tai taloudellista kehitystä ja osoitettava käyttäjille kohtuullinen osuus näin syntyvistä voitoista. Vertikaalinen sopimus ei kuitenkaan saa asettaa mukana oleville yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi, eikä poistaa kilpailua. Samaa nelivaiheista lähestymistapaa voidaan soveltaa myös horisontaalisten kilpailunrajoitusten arviointiin.

2.5.2 Horisontaaliset ryhmäpoikkeukset ja suuntaviivat

Horisontaalisia ryhmäpoikkeusasetuksia koskeva uusi lähestymistapa muistuttaa vertikaalisia sopimuksia koskevaa ryhmäpoikkeusasetusta. Aiempien erikoistumista[275] ja tutkimus- ja kehityssopimuksia[276] koskevien ryhmäpoikkeusasetusten sallittujen sopimusehtojen luetteloon perustuva lähestymistapa on korvattu myöntämällä yleinen poikkeus kaikille ehdoille, joita yritysten tekemiin T&K- ja erikoistumissopimuksiin sisältyy. Sopimusjärjestelyn kuuluminen ryhmäpoikkeuksen piiriin edellyttää, että sopimuspuolina olevien yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus ei erikoistumissopimuksien osalta ylitä 20 prosenttia ja T&K-sopimusten osalta 25 prosenttia. Näiden markkinaosuuksien ylittyessä T&K- tai erikoistumissopimukset eivät automaattisesti ole kiellettyjä, vaan ne on arvioitava erikseen. Vakavimmat kilpailunrajoitukset – kuten hintojen vahvistaminen, tuotannon rajoittaminen ja markkinoiden tai asiakkaiden jakaminen – ovat kuitenkin kiellettyjä osapuolten markkinavoimasta riippumatta.

2.5.2.1 Tutkimus- ja kehityssopimukset

T&K-sopimuksia koskevan asetuksen (2659/2000) 1 artiklan mukaan sallittuja ovat kahden tai useamman yrityksen väliset sopimukset, joiden tarkoituksena on:

a) tuotteita tai menetelmiä koskeva yhteinen tutkimus- ja kehitystyö sekä tämän tutkimus- ja kehitystyön tulosten yhteinen hyödyntäminen; tai
b) samojen osapuolten välisen aikaisemman sopimuksen perusteella harjoitetun, tuotteita tai menetelmiä koskeneen yhteisen tutkimus- ja kehitystyön tulosten yhteinen hyödyntäminen; taikka

[275] Asetus 417/85.
[276] Asetus 418/85.

c) tuotteita tai menetelmiä koskeva yhteinen tutkimus- ja kehitystyö, johon ei liity tulosten yhteistä hyödyntämistä.

Poikkeus koskee myös tutkimus- ja kehityssopimusten määräyksiä, jotka eivät sisällä kyseisten sopimusten pääasiallista tavoitetta mutta liittyvät suoraan niiden soveltamiseen ja ovat sen kannalta välttämättömiä liitännäisrajoituksia, kuten velvoite olla harjoittamatta tutkimus- ja kehitystyötä itsenäisesti tai yhdessä kolmansien kanssa alalla, jota sopimus koskee, tai tähän läheisesti liittyvällä alalla sopimuksen täytäntöönpanon aikana.

Asetuksen 3 artiklan mukaan poikkeus myönnetään vain sillä ehdolla, että tutkimuksen ja kehityksen tulokset ovat kaikkien osapuolten saatavissa jatkotutkimusta tai hyödyntämistä varten.[277] Lukuun ottamatta tilanteita, joissa T&K-sopimus tehdään tutkimuslaitoksen, akateemisen laitoksen tai tutkimuksia kaupallisina palveluita tarjoavan yhtiön kanssa,[278] jokaisen osapuolen on oltava vapaa hyödyntämään yhteisen tutkimus- ja kehitystyön tuloksia sekä hyödyntämään tarvittavaa aikaisempaa taitotietoa. Hyödyntämistä koskeva oikeus voidaan rajoittaa yhteen tai useampaan tekniseen sovellusalaan, jos osapuolet eivät ole tutkimus- ja kehityssopimuksen tekohetkellä kilpailevia yrityksiä. Yhteisen hyödyntämisen on koskettava niitä tuloksia, joilla on immateriaalioikeudellinen suoja tai joka muodostaa taitotiedon, joka vaikuttaa merkittävästi tekniseen tai taloudelliseen edistykseen. Tulosten on oltava ratkaisevia sopimustuotteiden valmistuksen tai sopimusmenetelmien soveltamisen kannalta. Yritysten, joiden tehtäväksi on annettu valmistus tuotantoon erikoistumisen perusteella, on täytettävä kaikkien osapuolten tilaukset, paitsi jos tutkimus- ja kehityssopimuksessa määrätään myös yhteisestä jakelusta. Ajatuksena on edesauttaa teknologian leviämistä, estää tutkimuksessa käytävän kilpailun rajoittuminen yli sen, mitä T&K-yhteistyö asiallisesti edellyttää. Samalla tarvetta turvata kumppaneiden lojaalisuus on arvioitava realistisesti, jotta hyödyllisten tutkimushankkeiden käynnistyminen ei kaadu tähän.

Asetuksen 4 artikla sisältää sopimuksen kestoa ja markkinaosuuksia koskevia määräyksiä. Kohtelu on lievempi tilanteissa, joissa osallistuvat yritykset eivät ole keskenään kilpailevia yrityksiä. Tällöin 1 artiklan poikkeus on voimassa niin kauan kuin tutkimus- ja kehitystyö jatkuu. Jos tuloksia hyödynnetään yhteisesti, poikkeusta sovelletaan seitsemän vuoden ajan siitä päivästä alkaen, jona sopimustuotteet tuodaan ensimmäistä kertaa markkinoille yhteismarkkinoilla. Mikäli vähintään kaksi osallistuvista yrityksistä on kilpailevia yrityksiä,

---

[277] Tutkimuslaitokset, akateemiset laitokset tai yritykset, jotka tarjoavat tutkimus- ja kehitystyötä kaupallisena palveluna eivätkä tavallisesti osallistu tulosten hyödyntämiseen, voivat kuitenkin suostua käyttämään tuloksia ainoastaan jatkotutkimusta varten.

[278] Tutkimuslaitokset, akateemiset laitokset ja tutkimuspalveluita tarjoavat yritykset voivat suostua käyttämään tuloksia ainoastaan jatkotutkimusta varten.

1 artiklassa säädettyä poikkeusta voidaan soveltaa edellä mainittu aika ainoastaan siinä tapauksessa, että tutkimus- ja kehityssopimuksen tekohetkellä osallistuvien yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus ei ylitä 25 prosenttia sellaisten tuotteiden merkityksellisistä markkinoista, joita voidaan parantaa sopimustuotteilla tai jotka voidaan korvata niillä. Edellä mainitun ajan päättymisen jälkeen poikkeuksen soveltaminen jatkuu niin kauan kuin osallistuvien yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus sopimustuotteiden merkityksellisillä markkinoilla ei ylitä 25 prosenttia.

Asetuksen 5 artikla sisältää pitkähkön mustan listan. Edellä 1 artiklassa myönnettyä poikkeusta ei sovelleta T&K-sopimuksiin, joiden tavoitteena on välittömästi tai välillisesti, yksinään tai yhdistettyinä osapuolten määräysvallassa oleviin muihin tekijöihin:

a) rajoittaa osallistuvien yritysten vapautta harjoittaa tutkimus- ja kehitystyötä itsenäisesti tai yhteistoiminnassa kolmansien kanssa tutkimus- ja kehitystyöhön liittymättömällä alalla tai tutkimus- ja kehitystyön päättymisen jälkeen alalla, jota se koskee, tai siihen liittyvällä alalla;
b) asettaa kielto kiistää tutkimus- ja kehitystyön päättymisen jälkeen sellaisten immateriaalioikeuksien pätevyys, joita osapuolilla on yhteismarkkinoilla ja jotka ovat tutkimus- ja kehitystyön kannalta merkityksellisiä, tai tutkimus- ja kehityssopimuksen voimassaolon lakattua asettaa kielto kiistää sellaisten immateriaalioikeuksien pätevyys, joita osapuolilla on yhteismarkkinoilla ja jotka suojaavat tutkimus- ja kehitystyön tuloksia, tämän rajoittamatta mahdollisuutta määrätä tutkimus- ja kehityssopimuksen irtisanomisesta, jos yksi osapuolista kiistää tällaisten immateriaalioikeuksien pätevyyden;
c) rajoittaa tuotantoa tai myyntiä;
d) vahvistaa hintoja myytäessä sopimustuotetta kolmansille;
e) rajoittaa osallistuvien yritysten vapautta valita toimituksia saavat asiakkaansa sopimustuotteiden laskemisesta ensimmäistä kertaa liikkeelle yhteismarkkinoilla alkavan seitsemän vuoden määräajan päättymisen jälkeen;
f) kieltää sopimustuotteiden passiivinen myynti muille osapuolille varatuilla alueilla;
g) kieltää sopimustuotteiden liikkeellelasku markkinoilla tai niiden aktiivinen myynti muille osapuolille varatuilla yhteismarkkinoiden alueilla sopimustuotteiden laskemisesta ensimmäistä kertaa liikkeelle yhteismarkkinoilla alkavan seitsemän vuoden määräajan päättymisen jälkeen;
h) kieltää toimilupien myöntäminen kolmansille sopimustuotteiden valmistamiseksi tai sopimusmenetelmien soveltamiseksi, jos osapuolet itse eivät aio hyödyntää tai eivät hyödynnä yhteisen tutkimus- ja kehitystyön tuloksia;
i) asettaa vaatimus olla vastaamatta sellaisten osapuolen omalle alueelle sijoittautuneiden käyttäjien tai jälleenmyyjien tilauksiin, jotka laskisivat sopimustuotteita liikkeelle yhteismarkkinoiden muilla alueilla; tai
j) vaikeuttaa käyttäjien tai jälleenmyyjien mahdollisuuksia hankkia sopimus-

tuotteita yhteismarkkinoilla toimivalta muilta jälleenmyyjiltä ja erityisesti käyttää immateriaalioikeuksia tai toteuttaa muita toimenpiteitä estääkseen käyttäjiä tai jälleenmyyjiä hankkimasta tai laskemasta liikkeelle yhteismarkkinoilla tuotteita, jotka muu osapuoli on laskenut liikkeelle tai jotka on tämän suostumuksella laskettu laillisesti liikkeelle yhteisön markkinoilla.

Mikäli sopimus sisältää yhdenkin mustan listan ehdon, koko sopimus jää asetuksen ulkopuolelle. Kiellot eivät kuitenkaan koske tuotantotavoitteiden asettamista, jos tulosten hyödyntäminen käsittää sopimustuotteiden yhteisen tuotannon eikä myyntitavoitteiden asettamiseen ja välittömiin asiakkaisiin sovellettavien hintojen vahvistamista, jos tulosten hyödyntäminen käsittää sopimustuotteiden yhteisen jakelun. Mustan listan tarkoituksena on tasapainottaa sopimusten hyötyjä ja haittoja sulkemalla poikkeuksien ulkopuolelle tyypillisimpiä kilpailunrajoituksia. Riskinä nimittäin on, että viattomasti alkanut yhteistyö myöhemmin laajenee täysimittaiseksi kartelliksi. Listaa voidaan pitää edustavana luettelona sopimusehdoista, joihin 81 artiklan soveltamisessa suhtaudutaan yleisemminkin torjuvasti.

2.5.2.2 Erikoistumissopimukset

Erikoistumissopimuksia[279] koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (2658/2000) mukaan Rooman sopimuksen 81 (1) artiklaa ei sovelleta erikoistumissopimuksiin, joiden mukaisesti kyseiset yritykset erikoistuvat tuotteiden tuotantoon. Asetuksen 1 artiklan mukaan sallittuja ovat a) toisen osapuolen erikoistumista koskevat sopimukset, joiden perusteella osapuoli sitoutuu lopettamaan tiettyjen tuotteiden tuotannon tai pidättymään niiden tuotannosta ja ostamaan kyseiset tuotteet kilpailevalta yritykseltä, joka puolestaan sitoutuu tuottamaan ja toimittamaan ne; b) vastavuoroiset erikoistumissopimukset, joiden perusteella kaksi tai useampi osapuoli sitoutuu vastavuoroisesti lopettamaan tiettyjen eri tuotteiden tuotannon tai pidättymään niiden tuotannosta ja ostamaan kyseiset tuotteet toisilta osapuolilta, jotka puolestaan sitoutuvat toimittamaan ne; ja c) yhteistä tuotantoa koskevat sopimukset, joiden perusteella kaksi tai useampi osapuoli sitoutuu tuottamaan yhdessä tiettyjä tuotteita. Poikkeusta sovelletaan myös erikoistumissopimusten liitännäisrajoituksen omaisiin määräyksiin, jotka eivät koske kyseisten sopimusten pääasiallista tavoitetta, mutta liittyvät suoraan niiden soveltamiseen ja ovat sen kannalta välttämättömiä, kuten ehtoihin, jotka koskevat immateriaalioikeuksien luovuttamista tai käyttöä. Sallittuja ovat myös sopimukset, joissa: a) osapuolet hyväksyvät toisen osapuolen erikoistumista

[279] Komission asetus (EY) N:o 2658/2000, perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta erikoistumissopimusten ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti) annettu 29 päivänä marraskuuta 2000, EYVL 2000 L 304/3, 05/12/2000.

koskevan sopimuksen ja/tai vastavuoroista erikoistumista koskevan sopimuksen taikka yhteistä tuotantoa koskevan sopimuksen yhteydessä yksinomaisen osto- ja/tai toimitusvelvoitteen; tai b) osapuolet eivät myy itsenäisesti erikoistumissopimuksen kohteena olevia tuotteita vaan sopivat yhteistä tuotantoa koskevan sopimuksen yhteydessä yhteisestä jakelusta tai sitoutuvat nimittämään kolmannen jakelijan hoitamaan joko yksinomaisen tai muunlaisen jakelun, edellyttäen, ettei kolmas ole kilpaileva yritys.

Asetuksen 4 artiklan mukaan ryhmäpoikkeusta sovelletaan, jos osallistuvien yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla ei ylitä 20 prosenttia.[280] Asetuksen 5 artiklan mustan listan mukaan poikkeusta ei sovelleta sopimuksiin, joiden tavoitteena on välittömästi tai välillisesti, yksinään tai yhdistettyinä osapuolten määräysvallassa oleviin muihin tekijöihin:
a) vahvistaa hintoja myytäessä tuotteita kolmansille;
b) rajoittaa tuotantoa tai myyntiä; tai
c) jakaa markkinoita tai asiakkaita.

Sallittuja ovat kuitenkin a) tuotteiden määrää koskevat sopimusmääräykset toisen osapuolen erikoistumista koskevien sopimusten tai vastavuoroista erikoistumista koskevien sopimusten yhteydessä sekä tuotannollisen yhteisyrityksen kapasiteetin ja tuotantomäärien asettaminen yhteistä tuotantoa koskevien sopimusten yhteydessä; b) myyntitavoitteiden asettaminen ja tuotannollisen yhteisyrityksen välittömiin asiakkaisiin sovellettavien hintojen vahvistaminen 3 artiklan b alakohdan mukaisissa tapauksissa. Erikoistumissopimuksia koskevan mustan listan osalta huomio kiinnittyy siihen, että se on huomattavasti T&K-sopimusten listaa lyhyempi. Lista vastaa klassista kartellin määritelmää. Voidaan kysyä, onko tämä perusteltua, kun otetaan huomioon se, että erikoistumissopimuksia voidaan käyttää varsin samalla tavalla kilpailun rajoittamiseen kuin tutkimusta ja tuotekehittelyä koskeva sopimuksia. Itse asiassa niihin liittyvä kilpailunrajoituspotentiaali vaikuttaa suuremmalta.

2.5.2.3 Horisontaalisia sopimuksia koskevat suuntaviivat

Suuntaviivat täydentävät ryhmäpoikkeusasetuksia. Suuntaviivoissa käsitellään vain sellaisia yhteistyömuotoja, jotka voivat edistää tehokkuutta. Tällaisia ovat esimerkiksi tutkimusta ja kehitystä, tuotantoa, ostoja, markkinoille saattamista, standardointia ja ympäristöasioita koskevat sopimukset. Suuntaviivoissa ei käsitellä tietojenvaihtoa eikä vähemmistöosakkuuksia ja muita vastaavantyyppisiä horisontaalisia sopimuksia kilpailijoiden välillä. Suuntaviivoissa kuvaillaan

[280] Asetuksen 6 artiklassa ja horisontaalisissa suuntaviivoissa on yksityiskohtaiset ohjeet markkinaosuuden laskemisesta.

yleistä lähestymistapaa, jota on noudatettava arvioitaessa horisontaalista yhteistyötä koskevia sopimuksia, ja luodaan yhteiset arviointiperusteet.

Kuvailemalla yleisimpiä horisontaalisen yhteistyön muotoja yrityksiä yritetään auttaa arvioimaan, ovatko niiden horisontaalisen yhteistyön sopimukset kilpailusääntöjen mukaisia. Komissio jakaa yhteistyösopimukset kolmeen luokkaan:

1) sopimukset, jotka eivät ole kilpailusääntöjen vastaisia
2) sopimukset jotka ovat aina kilpailusääntöjen vastaisia, ja
3) sopimukset, jotka voivat olla kilpailusääntöjen vastaisia.

Sopimukset, jotka eivät riko 81 artiklan 1 kohtaa, koskevat tavallisesti yhteistyötä, johon ei liity osapuolten kilpailukäyttäytymisen yhteensovittamista markkinoilla. Kyse voi olla esimerkiksi muiden kuin kilpailevien yritysten välisestä yhteistyöstä, yhteistyöstä sellaisten kilpailevien yritysten välillä, jotka eivät yksinään pystyisi hoitamaan yhteistyön piiriin kuuluvaa hanketta tai toimintaa tai yhteistyöstä, joka ei vaikuta merkityksellisiin kilpailuparametreihin. Tällaiset yhteistyömuodot voivat rajoittaa kilpailua vain silloin, kun niihin osallistuu yrityksiä, joilla on merkittävää markkinavoimaa, tai kun ne voivat sulkea markkinat muilta yrityksiltä.[281] Selvästi kiellettyjä ovat yhteistyösopimukset, joiden tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen hintojen vahvistamisen, tuotannon rajoittamisen taikka markkinoiden tai asiakkaiden jakaminen.[282]

Suuntaviivojen varsinaisen kohteen muodostavat sopimukset, jotka voivat olla kilpailusääntöjen vastaisia. Kilpailuoikeudessa tämän harmaan alueen merkitys on hyvin suuri, sillä se muodostaa tärkeimmän osan kilpailujuristin työkentästä.

> Suuntaviivoissa kuvaillaan tyypillisiä yhteistyösopimuksia ja niihin liittyviä sallittuja ja kiellettyjä ehtoja. Tulkintaohjeita on annettu tutkimus- ja tuotekehittelysopimusten, tuotantosopimusten (mukaan lukien erikoistuminen), yhteisten ostosopimusten, markkinoille saattamista koskevien sopimusten, standardointisopimusten ja ympäristösopimusten osalta. *T&K-sopimukset* voivat liittyä esim. tutkimuksen osittaiseen ulkoistamiseen, teknologian yhteiseen kehittämiseen tai kokonaan uusien tuotteiden tutkimukseen, kehitykseen ja markkinointiin. Tiedonannossa arvellaan, että useimmat T&K-sopimukset eivät kuulu edes 81 (1) artiklan piiriin, koska sopimukset koskevat suhteellisen teoreettista aluetta kaukana käytännön hyödyntämisestä[283] tai osapuolten resurssit yksinään eivät riittäisi itsenäiseen panostukseen.[284] *Ostosopimuksia* tekevät usein pienet ja keskisuuret yritykset päästäkseen samanlaisiin määriin ja alennuksiin kuin suuremmat kilpailijansa. Yhteistyöllä

[281] Suuntaviivojen kohta 24.
[282] Suuntaviivojen kohta 25.
[283] Suuntaviivojen kohta 55.
[284] Suuntaviivojen kohta 56.

saavutettavilla mittakaavaeduilla on usein kilpailua piristävä vaikutus. Yhteisistä ostoista voi huolehtia yhteisessä määräysvallassa oleva yhtiö tai yhtiö, jossa useilla yrityksillä on pieni osuus, taikka ne voidaan hoitaa sopimuksin tai löysemmän yhteistyön avulla. *Markkinoille saattamista koskevat sopimukset* sisältävät kilpailijoiden välistä yhteistyötä hyödykkeiden myynnin, jakelun tai myynninedistämisen alalla. Sopimukset voivat koskea vain tiettyä markkinoinnin osa-aluetta, kuten jakelua, huoltoa tai mainontaa. Sopimusten laajuus voi vaihdella paljonkin riippuen siitä, mitä markkinoille saattamisen edellyttämiä tehtäviä yhteistyön piiriin kuuluu. *Yhteistä myyntiä* koskevissa sopimuksissa sovitaan myyntiin liittyvistä seikoista, kuten hinnasta; sopimukset voivat rajoittaa kilpailua. Yhteistä myyntiä koskeviin sopimuksiin suhtaudutaan negatiivisemmin kuin yhteisiä ostoja koskeviin sopimuksiin. Tätä voidaan pitää perusteltuna, sillä ne ovat suhteellisen lähellä kartelleja. Jakelusopimukset kuuluvat vertikaalisia sopimuksia koskevien suuntaviivojen soveltamisalaan, paitsi milloin osapuolet ovat toistensa aktuaalisia tai potentiaalisia kilpailijoita. *Standardointisopimusten* ensisijaisena tarkoituksena on määritellä tekniset tai laadulliset vaatimukset, joita nykyisten tai tulevien tuotteiden, tuotantoprosessien tai -menetelmien on mahdollisesti vastattava. Kilpailun kannalta on tarpeen varmistaa, että tällaisia sopimuksia ei käytetä kilpailun rajoittamiseen markkinoilla. *Ympäristösopimuksilla* osapuolet pyrkivät vähentämään saasteita ympäristölainsäädännössä määritellyllä tavalla tai saavuttamaan ympäristötavoitteet. Komissio suhtautuu niihin yleensä myönteisesti. Luonnollisesti kaikkien sopimusten osalta kiellettyjä ovat kartellityyppiset ehdot, joilla nostetaan hintoja, rajoitetaan tuotantoa tai jaetaan markkinoita.

Sopimuksia, jotka eivät ole selvästi sallittuja tai kiellettyjä, on tutkittava sopimuksen tavoitteet ja oletetut vaikutukset, markkina-asema ja -rakenne huomioon ottaen. Analyysin lähtökohta on *osapuolten markkinavoima.*[285] Yhteistyön hyötyjen ohella markkinavoima on yksi ratkaiseva tekijä myös harkittaessa 81 (3) artiklan poikkeusluvan täyttymisedellytyksiä.[286] Osapuolten kilpailuasemasta riippuu, auttaako yhteistyö osapuolia pitämään markkinavoiman ennallaan, saavuttamaan sen tai kasvattamaan sitä, eli voiko sopimuksella olla kielteisiä vaikutuksia hintojen, tuotantomäärien taikka tavaroiden tai palvelujen valikoiman tai laadun osalta. Osapuolten markkina-aseman arvioimiseksi on määriteltävä yhdet tai useammat relevantit markkinat ja osapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus. Markkinaosuuden jäädessä pieneksi yhteistyöllä ei todennäköisesti ole rajoittavaa vaikutusta.[287] Koska yhteistyömuotoja on monia ja niiden vaikutukset ovat eri markkinatilanteissa erilaiset, komission mielestä on mahdotonta antaa yleistä markkinaosuusrajaa, jonka yläpuolella markkinavoi-

[285] Ks. erityisesti suuntaviivojen kohdat 27–30.

[286] Suuntaviivojen kohta 36.

[287] Suuntaviivojen kohta 28. Huomiota voidaan kiinnittää myös Herfindahl-Hirschman -indeksiin. USA:n tapaan jos HHI on alle 1000, markkinoiden keskittyneisyys on alhainen, jos HHI on 1000–1800, keskittymisaste on kohtalainen, ja 1800 yläpuolella se on korkea. Voidaan käyttää myös keskittymisindeksejä (esim. CR 3). Ks. suuntaviivojen kohta 29.

man voidaan olettaa olevan riittävä aiheuttamaan rajoittavia vaikutuksia.[288] Arvioitaessa sopimuksen vaikutuksia, huomioon on otettava kilpailijoiden asema ja määrä, markkinaosuuksien pysyvyys ajan kuluessa, markkinoille pääsyn esteet, markkinoille tulon todennäköisyys, ostajien ja tavarantoimittajien vastavoima sekä ominaispiirteet, joita hyödykkeisiin (esim. homogeenisuus) ja markkinoihin (esim. kypsyys) liittyy. Sopimuksella on vaikutusta yritysten innovointiin eikä tätä voida arvioida riittävästi nykyisten markkinoiden perusteella, voidaan joutua kiinnittämään huomiota erityisiin innovaatiomarkkinoihin.

2.5.3 Arviointia

2.5.3.1 Ryhmäpoikkeusasetusten alaa koskevia huomioita

Uusien ryhmäpoikkeusasetusten parhaana piirteenä voidaan pitää sitä, että aikaisemmasta muodollisesta, sallittujen sopimusehtojen luettelointiin perustuneesta lähestymistavasta on luovuttu. Aiempi järjestelmä kahlitsi yritysten sopimuskäytäntöjä. Uusi joustavampi lähestymistapa lisää yritysten sopimusvapautta. On myös lakiteknisesti luontevampaa määritellä lain tasolla ne sopimuslausekkeet ja menettelytavat, jotka ovat kiellettyä kuin pyrkiä luettelemaan sallitut sopimusehdot.[289] Uudistusta voidaan pitää erityisen tarpeellisena vertikaalisten kilpailunrajoitusten osalta. Aikaisemmista muodollisista asetuksista aiheutui huomattavia kustannuksia. Samalla merkittävä osa komission resursseista ohjautui harmittomien jakelusopimusten käsittelyyn.

Voidaan katsoa, että aiempaa sallivampi suhtautuminen tutkimus- ja kehitysopimuksiin on perusteltu. Markkinoiden kasvun kannalta on ensiarvoisen tärkeää, ettei kilpailulainsäädännöllä aseteta kohtuuttomia esteitä potentiaalisesti dynaamista tehokkuutta edistävälle tutkimukselle ja tuotekehittelylle. Kuluttajien voidaan odottaa hyötyvän tutkimus- ja kehitystoiminnan laajenemisesta ja tehostumisesta siten, että markkinoille tulee uusia tai parannettuja tavaroita tai palveluja taikka uusien tai parannettujen menetelmien johdosta hinnat alenevat.[290] Kilpailu ei rajoitu vaan lisääntyy, mikäli ilman yhteistyötä yrityksiltä puuttuvat yhteistyön edellyttämät tekniset tiedot tai taloudelliset resurssit tulevat käyttöön. Yhdistämällä resursseja voidaan myös välttää kaksinkertainen

---

[288] Suuntaviivojen kohta 28.

[289] Erikoistumissopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen 5. perustelulauseessa asia todetaan seuraavasti: "On tarkoituksenmukaista luopua poikkeukseen oikeuttavien ehtojen luettelemisesta ja korostaa enemmän sellaisten sopimusten ryhmien määrittelemistä, joille myönnetään poikkeus tiettyyn markkinavoimaan asti, ja sellaisten rajoitusten tai ehtojen erittelemistä, joita tällaisiin sopimuksiin ei saa sisältyä. Tämä vastaa taloudellisiin näkökohtiin perustuvaa lähestymistapaa, jossa arvioidaan sopimuksen vaikutusta merkityksellisiin markkinoihin."

[290] T&K-sopimuksia koskevan sopimuksen 12. perustelulausuma.

panostaminen. Tämä vähentää kustannuksia, mutta sisältää samalla riskin siitä, ettei innovaatiokilpailu ole riittävän tehokasta. T&K-sopimukset voivat kuitenkin johtaa kilpailuongelmiin kuten hintoja, tuotantoa, innovointia tai tuotevalikoimaa tai -laatua rajoittaviin vaikutuksiin. Riski on olennainen, jos sopimukseen sidottujen osapuolten asema markkinoilla on vahva jo ennen sopimusta. Riittävien kiihokkeiden aikaansaamiseksi on sallittava se, että onnistuneen tuotekehittelyn seurauksena markkinaosuus nousee hetkelliseksi korkeaksi. Hetkellisen monopoliaseman torjumista tärkeämpää on turvata se, että markkinoilla säilyy kaiken aikaa kasvun edellytyksenä oleva tuotekehityspotentiaali. T&K-sopimusten aiheuttama riski hintojen noususta on yleensä pieni, mikäli yhteistyö ei ulotu uusien hyödykkeiden myyntiin. Myös myyntiä koskeva yhteistyö joudutaan kuitenkin usein sallimaan, sillä ilman selkeitä pelisääntöjä osapuolten halu panostaa yhteistyöhön jää pienemmäksi. Dynaamiset hyödyt ovat keskeisiä, sillä kansantalouden kasvu perustuu pitkälti niihin.

Enemmän kysymyksiä herättää se, missä määrin perusteltu on nykyisen laajuinen ryhmäpoikkeus erikoistumissopimuksille. Erikoistumissopimuksilla sallitaan järjestelyjä, joissa jokin osapuoli tai molemmat osapuolet rajoittavat tarjontaansa. Tällaisilla sopimuksilla epäilemättä voidaan saavuttaa rationalisointia, mutta ongelmana on, että sopimustyyppi on varsin lähellä perinteistä tuotannonrajoituskartellia. Mikään ei estä sitä, että sallitun sopimuksen varjolla tehdään myös hintayhteistyötä. Mahdollista on, että erikoistumisen yhteydessä osapuolet saavat tietoonsa myös kilpailijan hintoihin liittyvää tietoutta. Riskiä saattaa lisätä se, että komissio on luopumassa sopimusten ilmoittamista koskevasta järjestelmästä, mikä heikentää viranomaisten mahdollisuuksia jälkikontrolliin. Erikoistumissopimuksiin ei liity samanlaista panostusta uusiin hyödykkeisiin kuin tutkimus- ja tuotekehittelysopimuksissa.[291] Lievästi kriittisempää suhtautumista erikoistumissopimuksiin osoittaa se, että markkinaosuusrajaksi on asetettu 20 %, kun T&K-sopimusten osalta sama raja on 25 %. Erikoistumissopimuksille myönnetyn ryhmäpoikkeusasetuksen kilpailuvaikutuksia on syytä seurata tarkasti.

2.5.3.2 Markkinavoiman huomioon ottaminen asetuksissa

EY:n uusissa asetuksissa sopimusehtojen sääntelystä on siirrytty lähestymistapaan, jossa sopimusehtojen sääntelyä lievennetään ja käyttöön otetaan markkinaosuusrajoihin perustuvia turvasatamia. Sääntelyn voidaan katsoa vastaavan aikaisempaa paremmin taloudellista lähestymistapaa. Sopimuksilla voi olla todennäköisemmin kilpailuhaittoja silloin, kun markkinat ovat keskittyneet. Sinänsä markkinaosuusraja ei kerro yksittäistapauksessa paljoakaan markkina-

[291] Esitin edellä olevat kriittiset huomautukset jo asetuksen valmisteluvaiheessa. Suomen valtio esitti samat näkökohdat asetuksen valmisteluvaiheessa. Komissio esitti alun perin 25 %:n rajaa, mutta päätti laskea rajan 20 %:iin.

voimasta. Markkinavoima ei määräydy yksinomaan sen mukaan, onko markkinaosuus 25, 35 vai 38 prosenttia, vaan huomioon on otettava mm. se, millainen on asiakkaan kysyntäjousto ja millaiset ovat alallepääsyn esteet. Toisaalta lainsäädännössä markkinavoimaa koskeva kysymys joudutaan ratkaisemaan yleisten sääntöjen mukaan. Markkinavoiman sääntelyn näkökulmasta keskeinen kritiikki voidaan tiivistää kolmeen perusväittämään:

1) markkinaosuuskriteeri on liian karkea mittari kertomaan, milloin yrityksellä on haitallista markkinavoimaa;
2) markkinaosuuskriteeri on liian joustamaton;
3) markkinaosuuskriteerin käyttöönotto lisää oikeudellista epävarmuutta.

Voidaan kysyä, kuinka perusteltua on jakaa tietyn tyyppiset sopimukset hyödyllisiin ja haitallisiin sillä perusteella, ylittyykö tietty markkinaosuusraja vai ei. Vertikaalisia sopimuksia koskevan asetuksen perustelulausuma on tässä suhteessa mielenkiintoinen. Komission mukaan on oletettavissa, että jos toimittajan osuus merkityksellisistä markkinoista ei ylitä 30 prosenttia, vertikaaliset sopimukset johtavat yleensä parannuksiin tuotannossa tai jakelussa, jotka hyödyttävät myös kuluttajia.[292] Sitä vastoin ylitettäessä 30 prosentin kynnysosuus, ei yleensä voida katsoa, että 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvista sopimuksista aiheutuisi sen laatuisia ja niin suuria etuja, että hyödyt ylittäisivät haitat.[293] Erikoistumissopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen perusteluissa todetaan, että "[m]arkkinavoiman jäädessä tietyn rajan alle 81 artiklan 3 kohdan soveltamisen kannalta voidaan yleensä olettaa, että erikoistumissopimusten myönteiset vaikutukset ylittävät kilpailuun kohdistuvat kielteiset vaikutukset ... Kun osallistuvien yritysten markkinaosuus merkityksellisistä markkinoista ei ylitä 20 prosenttia, voidaan olettaa, että tässä asetuksessa määritellyt erikoistumissopimukset yleensä johtavat taloudelliseen hyötyyn mittakaavaetujen tai laajuuden taikka parempien tuotantotekniikoiden muodossa ja antavat kuluttajille kohtuullisen osan saavutettavasta hyödystä."[294] Myös T&K-sopimuksia koskevissa perusteluissa korostetaan markkinaosuuden merkitystä,[295] vaikka markkinaosuuden mittaaminen on näiden sopimusten osalta erityisen

[292] Asetuksen 8. perustelulausuma.

[293] Asetuksen 9. perustelulausuma.

[294] Ks. erikoistumissopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen 3. ja 13. perustelulauseet.

[295] Ks. asetuksen 2659/2000 5. ja 18. perustelulausumat. T&K-sopimuksia koskevan asetuksen perusteluissa todetaan, että "uuden asetuksen olisi täytettävä kaksi vaatimusta, kilpailun tehokkaan suojelun varmistaminen ja riittävän oikeusvarmuuden tarjoaminen yrityksille. Näihin tavoitteisiin pyrittäessä olisi otettava huomioon tarve yksinkertaistaa mahdollisimman paljon hallinnollista valvontaa ja oikeudellisia puitteita. ... Markkinavoiman jäädessä tietyn rajan alle voidaan yleensä olettaa perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisen kannalta, että tutkimus- ja kehityssopimusten myönteiset vaikutukset ylittävät kilpailuun kohdistuvat kielteiset vaikutukset. Markkinaosuuden rajoittaminen, tiettyjen sopimusten rajaaminen poikkeuksen ulkopuolelle ja tämän asetuksen mukaiset edellytykset riittävät yleensä varmistamaan sen, että järjestelyyn osallistuvat yritykset eivät voi poistaa kilpailua kyseisten tavaroiden tai palvelujen merkittävältä osalta sellaisten sopimusten avulla, joihin ryhmäpoikkeusta sovelletaan".

vaikeaa. Sitä vastoin horisontaalisissa[296] suuntaviivoissa katsotaan, että markkinaosuus on liian karkea mittari erottamaan toisistaan hyödylliset ja haitalliset yhteistyötilanteet. Miten tämä ristiriita on ymmärrettävissä?

Lienee selvää, ettei 20, 25 tai 30 %:n markkinaosuus yksinään todista, että yrityksellä olisi merkittävää markkinavoimaa. Kuten edellä on pyritty osoittamaan, markkinaosuus on vain yksi markkinavoiman mittareista ja ilmentymistä. On vaikea keksiä perustetta sille, miksi sisällöltään identtiseen sopimukseen tulisi suhtautua lievemmin silloin, kun osapuolten markkinaosuus on 24,9 prosenttia, ja ankarammin osuuden noustessa 25,1 prosenttiin. Luotettavien johtopäätösten tekeminen edellyttäisi huomattavasti yksityiskohtaisempaa analyysia, jossa huomiota kiinnitetään asiakkaiden vaihtoehtoihin ja alallepääsyn esteisiin.[297] Sanottujen tekijöiden merkitys ei rajoitu markkinoiden määrittämisvaiheeseen. Jyrkkyyteen liittyvä ongelma on havaittu säätämällä asetuksessa, ettei tilapäinen rajan ylittäminen vielä tuo ilmoitusvelvollisuutta.[298]

Nähdäkseni vastausta on haettava lähestymistavasta, jossa pyritään sovittamaan yhteen lainsäädännön asettamat summaarisuusvaatimukset ja yksittäistapauksessa tehtävän kilpailunanalyysin osumatarkkuus. Sellainen ajatus, että sopimusten kilpailuvaikutukset riippuvat siitä, kuinka paljon markkinavoimaa järjestelyyn osallisilla yrityksillä on, on oikeansuuntainen.[299] Markkinaosuusra-

---

[296] Ks. horisontaalisten suuntaviivojen kohta 28.

[297] Tämä myös todetaan komission julkaisemissa suuntaviivoissa. Esim. vertikaalisia sopimuksia koskevissa suuntaviivoissa todetaan, että sopimusten arvioinnissa 81 (1) artiklan osalta huomiota tulee kiinnittää erityisesti kahdeksaan tekijään: hyödykkeen valmistajan markkina-asemaan, kilpailijoiden markkina-asemaan, ostajien asemaan, alallepääsyn esteisiin, markkinoiden kypsyyteen, sopimuksen kattaman kaupan laajuuteen, sopimushyödykkeiden erityispiirteisiin ja "muihin tekijöihin". Ks. suuntaviivojen kohdat 121–133.

[298] Yrityksen markkinaosuus voi kahden vuoden ajan ylittää 30 %:n rajan enintään viidellä prosentilla. Muutoin yrityksen sopimukset voisivat kuulua yhtenä vuonna asetuksen soveltamisalaan, mutta jäädä toisena vuonna sen ulkopuolelle, jos yritys on onnistunut lisäämään myyntejään. On myös muistettava, ettei rajan ylittyminen merkitse vielä sopimuksen kieltämistä, vaan vasta tarvetta ilmoittaa sen komissiolle. Viiden prosentin vaihtelusäännös loiventaa kriteerin jyrkkyyttä, mutta ei sitä kokonaan poista.

[299] Vrt. kuitenkin Posner (2001) s. 265, jonka mukaan 30 %:n osuus markkinoista ei voi osoittaa mitään todellista markkinavoimaa. Posnerin mukaan ylipäätään pitäisi luopua markkinavoiman käsitteen käyttämisestä kilpailuoikeudessa. Nähdäkseni vaatimus on ristiriidassa Posnerin muuten edustaman taloudellisen lähestymistavan kanssa. Yllättävä johtopäätös lienee selitettävissä Posnerin oikeuspoliittisesti minimalistisella ohjelmalla. Posner suosittelee, että markkinakäyttäytymisen valvonta pitäisi rajoittaa lähinnä kartellien valvontaan. Markkinavoiman väärinkäytön sääntelystä voitaisiin luopua. Tarvetta puuttua markkinavoimaa omaavien yritysten yksipuoliseen toimintaan ei olisi. Perusteluna tälle Posner esittää, että monopolisoimistapauksissakin kilpailunrajoitus toteutetaan tavalla tai toisella sopimuksella, joten yleinen kilpailua rajoittavien sopimusten kielto riittäisi kattamaan koko kentän. Ks. Posner (2001) s. 259–261. On sanomattakin selvää, että vaatimus on vastakkainen kilpailuoikeudessa yleisesti edustetun kannan ja myös tämän tutkimuksen lähtökohtien kanssa. Määräävän aseman väärinkäyttönormin alle kuuluu tilanteita, joissa sopimuksella operoiminen ei riitä (esim. sopimuksesta kieltäytyminen ilman perusteltua syytä) ja tilanteita, joihin puuttuminen sopimuksen perusteella olisi teennäistä (esim. saalistushinnoittelu).

jojen tarkoituksena on rajata automaattisen poikkeuksen ulkopuolelle sellaisessa markkinatilanteessa solmitut sopimukset, joiden osalta on todennäköistä tai ainakin mahdollista, että sopimuksen kokonaisvaikutukset ovat negatiivisia. Komission käyttöön ottamia markkinaosuuskriteerejä ei kuitenkaan voida pitää täysin ongelmattomina. Kyse on varsin karkeasta ratkaisuperusteesta. Markkinaosuusrajojen vaikutukset poikkeavat alakohtaisesti. Lainsäädännössä joudutaan pakostakin turvautumaan yleisiin sääntöihin, jotka toimivat paremmin yhdessä ja huonommin toisessa tilanteessa. Vaikkei 20, 25 tai 30 %:n markkinaosuusraja kerrokaan riittävästi yrityksen markkinavoimasta yksittäistapauksessa, voidaan silti argumentoida, että kyseinen raja kertookin siitä, missä menee yleinen keskittymisraja tietyn tyyppisissä sopimuksissa. Ei voida kirjoittaa sääntöä, jonka mukaan sopimuksen *ex ante* sallittavuuden tutkiminen edellyttäisi jokaisessa tapauksessa erikseen suoritettavaa täysimääräistä kilpailuanalyysia. Tämä lisäisi kyllä markkinavoiman sääntelyn osumatarkkuutta, mutta se kasvattaisi liiaksi transaktiokustannuksia. Ryhmäpoikkeuksen kaltaisessa lainsäädännössä tarvitaan yleisiin kokemussääntöihin perustuvia yksinkertaistuksia, joiden perusteella rajataan puuttumiskynnyksen ulkopuolelle *prima facie* suhteellisen vaarattomilta vaikuttavia tilanteita. Mitä markkinaosuudet ylittäviin sopimuksiin tulee, asetuksissa valitun lähestymistavan mielekkyyttä lisää se, etteivät markkinaosuusrajan ylittävät sopimukset ole automaattisesti kiellettyjä, vaan että tällöin tulee suuntaviivojen perusteella suorittaa yksityiskohtaisempi kilpailuanalyysi. Uudet asetukset lisäävät yritysten liikkumavaraa. Samalla ne kuitenkin lisäävät arvioinnin vaativuutta, sillä kilpailuoikeudellisen aseman määrittäminen edellyttää relevanttien markkinoiden määrittelyä. Tältä osin voidaan alustavassa tarkastelussa ammentaa esim. komission yrityskauppatapauksissa käyttämistä määrittelyistä, joskin sääntelyn tavoitteissa olevat erot voivat vaikuttaa markkinamäärittelyyn. Uutta lähestymistapaa voidaan pitää edistysaskeleena, ei vähiten siksi, että uudistuksen toteuttamisen voidaan olettaa vapauttavan resursseja kartellien torjuntaan.

3. Miten saada kiinni paljaat kartellit?

3.1 KARTELLIEN RENESSANSSI?

Yhtenä viime vuosien merkittävimpänä piirteenä voidaan pitää paljastuneiden kartellitapausten suurehkoa määrää. Yksistään vuonna 2001 komissio teki 10 merkittävää kartellipäätöstä.[300] Kartellisakko määrättiin yhteensä 56 yritykselle. Komission määräämien sakkojen yhteenlaskettu määrä on 1 836 miljoonaa euroa. Komission laskelmien mukaan tämä oli enemmän kuin yhtenäkään edeltävänä vuonna ja jopa enemmän kuin ajanjaksolla EY:n perustamisen ja vuoden 2000 välisenä aikana yhteensä. Sakkoja on tähän mennessä määrätty noin 50 kartellipäätöksessä.[301] Ensimmäiset kaksi kartellipäätöstä tehtiin vuonna 1969 ja ne koskivat kiniiniä ja väriaineita. 1990-luvulla tehtiin 21 päätöstä (41 %). Vuosina 2000 ja 2001 tehtiin 11 päätöstä (22 %). Sakkojen määrän kasvaminen tosin selittyy myös arvioinnin kiristymisellä. Tälläkin tilastoaineistolla uskaltaa kuitenkin sanoa, että käyrä on nouseva. Markkinoiden avautuminen ei näytä johtaneen kartellien häviämiseen, vaan pikemminkin niiden toiminta-alueen laajentumiseen. On syntynyt globaaleja kartelleja. Tämänhetkisen tietämyksen valossa näyttää selvältä, että kartellit eivät "hajoa itsestään", ainakaan jos mittatikuksi otetaan se, ehtiikö menettelystä aiheutua vahinkoa. Tarve panostaa kilpailuviranomaisten resursseja kartellien torjuntaan tunnustetaan tällä hetkellä yleisesti.[302]

Voidaan kysyä, onko kartelliaktiivisuus lisääntynyt vai kiinnijäämisen riski kasvanut? Selitys tuskin löytyy muutoksista taloudellisissa olosuhteissa, sillä kiinnijääneet kartellit toimivat eri aloilla.[303] Yhtenä syynä voidaan esittää, että EY:n komissio on panostanut aikaisempaa enemmän kartellitutkimuksiin.[304] Komissiolla on mahdollisuus hyödyntää amerikkalaisten viranomaisten[305]

---

[300] Ks. komission lehdistötiedote 20.12.2001 (IP/01/1892). Vuoden 2001 aikana kartellisakkoja määrättiin seuraavissa tapauksissa: 1. *SAS:n ja Maersk Air-lentoyhtiön kartelli Kööpenhaminan ja Tukholman välisellä lentoreitillä* (IP/01/1009); 2. *grafiittielektrodit* (IP/01/1010), 3. *sodiumglukonaatti* (IP/01/1355); 4. *vitamiinit* (IP/01/1625); 5. *belgialaiset panimot* (IP/01/1739); 6. *luxemburgilaiset panimot* (IP/01/1740); 7. *sitruunahappo* (IP/01/1743); 8. *saksalaispankkien perimät vaihtopalkkiot* (IP/01/1796); 9. *sinkkifosfaatti* (IP/01/1797); 10. *itsejäljentävän paperin kartelli* (IP/01/1892).

[301] Ks. komission muistio MEMO 02/23, 13.2.2002.

[302] Ks. esim. M. Monti (2001 a) s. 14; Griffin (2001) s. 29.

[303] Perinteisesti erityisesti homogeeniset hyödykkeet ovat tyypillisiä kartellihyödykkeitä.

[304] Ks. esim. Wessely (2001) s. 739. Wessely toteaa, että komissio perusti 1998 uuden 20 virkailijan erikoisyksikön kartellien torjumista varten.

[305] Yhdysvalloissa kilpailuviranomaisia ovat Department of Justice (antitrust division) ja Federal Trade Commission. Suurissa kartellitutkimuksissa saattaa olla mukana liittovaltion poliisi FBI. Kartellien selvittämisestä Yhdysvalloissa ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 885–906, erit. s. 892–895; Griffin (2001).

hankkimaa materiaalia sen julkiseksi tulon jälkeen. Yhdysvalloissa kartellit on kriminalisoitu. Uhkana on kolmen vuoden vankeusrangaistus, mikä mahdollistaa teknisten rikostutkintamenetelmien käytön.[306]

Kartellin jäsenten intressissä on pyrkiä pitämään kielletty yhteistyö salassa. Mahdollisesti merkitystä on ollut myös käyttöön otetulla leniency-tiedonannolla, jolla voidaan myöntää alennuksia tai jopa antaa seuraamus kokonaan anteeksi sille taholle, joka ensimmäisenä paljastaa kielletyn kartellin. Kartellien selvittämisen tehokkuutta on pyritty lisäämään mm. tehostamalla asetuksen 17/62 14 artiklan nojalla tehtäviä yllätystarkastuksia, tiivistämällä yhteistyötä muiden maiden kilpailuviranomaisten kanssa ja hyväksymällä erityinen sakkojen alentamista koskeva leniency-tiedonanto.[307] Vuonna 1996 hyväksytyn tiedonannon mukaan kartellin paljastava yritys saattaa saada alennuksen seuraamusmaksusta, jos se paljastaa kartellia koskevia olennaisia tietoja kilpailuviranomaiselle.[308] Alennus jaetaan tiedonannossa kolmeen luokkaan: 1) sakon poistaminen tai erittäin huomattava alentaminen (75–100 %), 2) huomattava alennus (50–75 %) ja 3) merkittävä alennus (10–50 %). Suurimman luokan alennus voitiin myöntää ensimmäiselle yritykselle, joka antaa komissiolle kartellin selvittämisen kannalta ratkaisevia, täydellisiä tietoja ja lopettaa kartellin viimeistään ilmoittaessaan sen komissiolle. Täysimääräinen seuraamusmaksun anteeksianto ei tulisi kysymykseen kartellin johtoyrityksen *(ring leader)* osalta.[309] Keskimmäisen luokan alennuksen voisi saada esim. yritys, joka toimittaa tärkeitä uusia tietoja ennen virallisen vastalauseen lähettämistä epäillyille yrityksille. Pienimmän luokan alennuksen voivat saada yritykset, jotka eivät kiistä komission jo ennestään tuntemia tosiseikkoja. Tiedonannossa seuraamusmaksut porrastetaan. Korottavina seikkoina otetaan huomioon kilpailunrajoituksen vakavuus ja kesto ja lieventävänä myötävaikuttaminen kilpailunrajoituksen selvittämiseen.

---

[306] Esimerkiksi 1990-lopun lysiinikartellissa Yhdysvaltain viranomaiset saivat ratkaisevan näytön kartellia vastaan ns. plea bargaining -sopimuksella käännytetyn "kaksoisagentin" avulla sekä teknisillä salakatselu- ja kuunteluvälineillä, jotka oli asetettu hotellihuoneeseen, jossa kartellikokoukset pidettiin. Ks. nauhoitusten osalta Griffin (2001) 44–54. EY:n komissio antoi sakot samalle kartellille vuonna 2000.

[307] EYVL 1996 C 207/04.

Tiedonannon yksityiskohdista ja soveltamiskäytännöstä ks. esim. Brokx (2001) s. 35. Suomessa tiedonanto on leikkisästi ristitty "Juudas-direktiiviksi". Englannin kielellä käytetään neutraalin termin leniency notice ohella termiä Whistle-blowing notice.

[308] Ensimmäisenä tapauksena voidaan mainita ennen tiedonannon hyväksymistä ratkaistu kartonkikartelli, jossa silloiselle Stora Koppenbergille annettiin ilmeisesti noin 50 %:n alennus kartellin paljastumiseen johtavien tietojen antamisesta.

[309] Vuosina 1996–2000 komissio myönsi täyden vapautuksen sakoista kolmessa tapauksessa: Rhône-Poulenc vapautettiin sakoista kahdessa vitamiinikartellissa (se oli osallistunut kolmeen); Interbrew'n tytäryhtiö vapautettiin sakoista Luxemburgin panimoita koskevassa asiassa. Lisäksi eteläafrikkalainen Sappi sai vapautuksen, koska se oli toimittanut arvokkaita tietoja ja tehnyt yhteistyötä itsejäljentävää kopiopaperia koskevassa kartellijutussa Ks. IP/01/1625, 21.11.2001; IP/01/1740, 5.12.2001 ja IP/01/1892, 20.12.2001.

Kilpailuviranomainen tarvitsee uusia keinoja, joilla voidaan lisätä lain ennakkoestävyyttä ja kartellien kiinnijäämisen riskiä. Voidaan ajatella kahta vaihtoehtoista tietä, joita voidaan nimittää ekonomistin ja poliisin lähestymistavaksi. *Ekonomistin* lähestymistavassa taloustiedettä pyritään hyödyntämään maksimaalisesti. Vaikkei näyttöä kartellisopimuksesta saataisi, sellaisen olemassaolo voidaan todistaa osoittamalla, että taloustieteellisesti yritysten käyttäytymiselle ja hintojen nousulle ei ole osoitettavissa muuta selitystä kuin kartelli. Taloustiedettä voidaan hyödyntää myös todennäköisten kartellialojen siivilöimisessä esille. Kolmanneksi voidaan analysoida todisteita taloustieteen metodein ja rakentaa uskottava kuva todistusaineistosta. *Poliisin* lähestymistavassa korostetaan tutkintamenetelmiä ja rangaistuksia. Kartelleja selvitetään yllätysratsioiden avulla. Luodaan kannustimia tunnustamiselle. Harkitaan luonnollisiin henkilöihin kohdistuvien rikosoikeudellisten sanktioiden käyttöön ottoa yrityksiin kohdistuvien maksuseuraamusten rinnalla. Tutkimukset pyritään saamaan mahdollisimman tehokkaiksi hyödyntäen modernia tekniikkaa.

Yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä kartellit on rinnastettu salaliittoon *(conspiracy)*. Lähestymistapa korostaa kartellien moraalista paheksuttavuutta. Viranomaisten on näytettävä, että kilpailevat yritykset ovat laatineet yhdessä suunnitelman kilpailun rajoittamiseksi ja päässeet tästä yhteisymmärrykseen *(meeting of the minds)*. Myös Euroopassa on korostettu tarvetta saada konkreettista näyttöä yhteistoiminnasta. Lähestymistavan vahvuutena on se, että tuomituksi tulevat vain selvät tapaukset, joissa kilpailun rajoittamisesta on sovittu. Heikkoutena on se, että tuomio jää saamatta, mikäli kilpailuviranomaiset eivät pysty hankkimaan riittävää asiakirjanäyttöä. *Richard A. Posner* on esittänyt vaatimuksen nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion rinnastamista keskenään, koska jo pelkkä kilpailijoiden toiminnan seurailu voi tiukassa oligopolissa johtaa kartellia muistuttavaan lopputulokseen.[310] Markkinaolosuhteista, esim. yhdenmukaisista hinnankorotuksista, voitaisiin päätellä, ovatko yritykset tehneet keskenään kiellettyä yhteistyötä.[311] Toisin sanoen kartellituomio ei edellyttäisi välttämättä asiakirjanäyttöä kielletyistä kontakteista yritysten välillä. Näyttö voitaisiin rakentaa puhtaasti välillisen taloudellisen näytön varaan, josta voitaisiin päätellä, että yritysten välillä täytyy olla kartelli.[312] Entä mikä paino tulisi antaa markkinavoimalle ja vahingollisille vaikutuksille?

Pelkkä nimenomaisten kartellisopimusten torjuminen ei ole riittävää. Mielenkiinto kohdistuu yhdenmukaistettujen toimenpiteiden kentässä erityisesti tietojenvaihtoon ja muihin kartellin ylläpitämistä helpottaviin kollektiivisiin

---

[310] Ks. Posner (1976) s. 39–77; Posner (2001) s. 69–100.

[311] Posner (2001) s. 69–93.

[312] Posner toteaa itsekin, ettei ehdotus vastaa vallitsevaa käytäntöä USA:ssa, mutta että se olisi paitsi taloudellisesti sopimuksen näyttämiseen perustuvaa lähestymistapaa tehokkaampi, myös Yhdysvaltain korkeimman oikeuden oikeuskäytännön valossa mahdollinen. Ks. Posner (2001) 93–100. Esitykseen palataan tämän jakson lopussa.

järjestelyihin. Kysymys kuuluu, tuleeko kilpailuviranomaisten näyttää toteen jonkinasteinen välipuhe hintojen korottamisesta, vai voidaanko näyttö rakentaa yritysten välisten kontaktien varaan.

Kartellikiellon tehokkuus edellyttää, ettei tunnusmerkistöä rajata mihinkään tiettyyn helposti kierrettävään määritelmään. Määritelmän joustavuuden varjopuolena on tunnusmerkistön selkeyden hämärtyminen. Kilpailuviranomaisten tavoitteena on yleensä laajentaa käsitettä mahdollisimman pitkälle, jolloin sillä tarkoitettaisiin "kaikkia muita kuin sopimukseen perustuvia menettelytapoja, jotka vaikutukseltaan johtavat samaan lopputulokseen". Laajan määritelmän puolesta puhuu markkinoiden tehokkuuden edistäminen. Puolustuksen näkökannalta tarkastellen kieltotunnusmerkistön tulee olla riittävän selkeä, miksei myös "suppea". Oikeusturva, legaliteettiperiaate ja preventiiviset näkökohdat edellyttäisivät määritelmää, jonka nojalla yritykset voivat jo ennakolta välttää oikeudellisesti vaarallisia toimenpiteitä. EY:n termin "concerted practices" ja Suomen "sopimukseen rinnastettava menettely" lähisukulaisia ovat Yhdysvalloissa rikosoikeudellinen termi "conspiracy", termin tarkin vastine "concerted action" ja sitä laajempi taloudellisväritteinen "tacit collusion", Saksassa 1970-luvun alussa väriainepäätöksen jälkimainingeissa käyttöön otettu "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen", Ranskassa "practiques concertees", Ruotsissa EY:stä omaksuttu "samordnad förfarande" ja Australiassa "understanding".[313] Käytännössä kaikissa kilpailuoikeudellisissa järjestelmissä on tuottanut vaikeuksia määritellä, mitä yhdenmukaistetulla menettelyllä tai sen paikallisella juridisella vastineella tarkalleen ottaen tarkoitetaan. Kilpailuoikeudellisesti ratkaisevana on pidettävä rajanvetoa yhdenmukaistetun toiminnan ja sellaisen yhdenmukaisen käyttäytymisen (*"parallel behaviour"*) välillä, joka jää kartellikiellon soveltamisalan ulkopuolelle.

3.2 KILPAILUPOLIITTINEN DILEMMA: NIMENOMAINEN JA HILJAINEN KOLLUUSIO

Perinteiset kartellisopimukset, johon siihen osalliset yritykset juhlallisesti kirjaavat järjestelyn tavoitteet ja ehdot, ovat käyneet harvinaiseksi. Kartellikiellon seurauksena kaikkein vahingollisimmista kartelleista luovutaan tai ne menevät maan alle. Kartellien osalta lainkäyttöviranomaisen tehtäväksi jää näytön arviointi. Kilpailuviranomaisen tehtävänä on löytää riittävä näyttö ja esittää se tuomioistuimessa. Jos näyttö ei riitä tuomioon, on annettava vapauttava tuomio. *Kilpailuoikeudellisesti* kartellien sääntelyn ongelmat liittyvät ennen muuta *kielletyn ja sallitun toiminnan välisen rajalinjan vetämiseen* ja *sen määrittämiseen, mitä on pidettävä riittävänä näyttönä.* Perinteinen lähestymistapa on korosta-

[313] Ks. kokoavasti esim. OECD, Oligopoly (1999).

nut yritysten nimenomaisten välipuheiden[314] merkitystä (ns. sopimuskriteeri). Painopiste on siirtynyt sopimuksista yhdenmukaistettuihin toimenpiteisiin. Käytännössä mielenkiintoisempi ja tärkeämpi kysymys kuuluu, mitä pidetään yhdenmukaistettuna toimintana. Kartellikiellon tehokkuuden kannalta keskeinen rajalinja kulkee kielletyn yhdenmukaistetun ja sallitun yhdenmukaisen menettelyn välillä. Kuinka laajasti on syytä puuttua esim. tulevien hinnoitteluratkaisujen signalointiin kilpailijoille?

Oligopolihinnoittelu synnyttää kilpailupoliittisen ongelman. Hyvinvointitappio viittaa tarpeeseen puuttua oligopoleihin keinolla tai toisella. Käytännössä päätöksentekoa vaikeuttavat huomattavat informaatio-ongelmat. Viranomainen voi *erehtyä pitämään sallittua kilpailijoiden seuraamista kiellettynä kartellina (virhe I).* Toisaalta viranomainen voi *erehtyä pitämään salaista kartellia normaalina oligopolistien toimintana (virhe II).*[315] Todennäköisesti vain osa keinoista kiertää kartellikieltoa on viranomaisten tiedossa. Kilpailuoikeudellisen tehokkuusperiaatteen mukaista olisi löytää ratkaisu, joka a) kattaa mahdollisimman suuren osan vahingollisista tilanteista, b) joka on kilpailuoikeudellisesti operationaalinen ja c) jossa virheratkaisujen määrä saadaan minimoitua. Vastaus on saatava ensinnäkin *lain tulkintaa* koskevaan kysymykseen: *kuinka laajalti kartellikiellolla tulee puuttua suoran hinnoista sopimisen ohella epäsuoriin keinoihin, joilla edesautetaan nimenomaisen tai hiljaisen kolluusion syntymistä tai säilymistä?* Toinen kysymys koskee *kartellin toteen näyttämiseksi tuomioistuimessa edellytettävän näytön tasoa: edellytetäänkö aina suoraa näyttöä, kuten hintayhteistyön osoittavia asiakirjatodisteita, vai voidaanko kartellituomio rakentaa esim. kontakteja koskevien epäsuorien aihetodisteiden tai peräti rationaalisen käyttäytymisen oletukselle perustuvan puhtaan taloustieteellisen näytön varaan?*

3.3 EY:N TUOMIOISTUIMEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Seuraavassa käsitellään EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä kartellitapausten osalta. Tutkimuksen jaksossa keskitytään erityisesti kielletyn nimenomaisen ja sallitun hiljaisen kolluusion välillä. Pidän rajausta perusteltuna, sillä mahdollisuudet torjua vahingollista markkinavoimaa kartellikiellon avulla määräytyvät viime kädessä sillä perusteella, kuinka suuri osa haitallisesta kolluusiosta kuuluu kiellon piiriin. Kysymys on kaksiosainen. Ensimmäinen kysymys koskee kielletyn kolluusion määritelmää, jota on jo edellä sivuttu. Toinen kysymys koskee sitä, kuinka hyvin kartellikiellon tunnusmerkistö vastaa ta-

[314] Kilpailuoikeuden arkaistisessa vaiheessa esim. Saksassa ja Suomessa on jopa edellytetty nimenomaisen kartellisopimuksen solmimista, mikä vei uskottavuuden kartellien torjumiselta.
[315] Ks. Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 45.

loustieteen oletuksia haitallisesta kolluusiosta. Tämän jälkeen EY:n käytäntöä verrataan kotimaiseen oikeuskäytäntöön. Käytettävissä olevan sivumäärän rajallisuuden vuoksi jäljempänä keskitytään muutamaan edustavaan tapaukseen. Tarkoituksena on saada esille olennaisia kehityslinjoja ja pääpiirteitä. Oikeuskäytännön runsaudesta johtuen tarkastelussa ei voida mennä kovin syvälle yksityiskohtiin. Tämä ei ole sikäli tarpeen, että markkinoilla on saatavilla korkealaatuisia kommentaariteoksia, joissa käytännön juristin tarvitsemia yksityiskohtia käsitellään laajemmin.

3.3.1 Väriainejuttu

3.3.1.1 Päätöksen keskeinen sisältö

Ensimmäinen merkittävä EY:n tuomioistuimen ratkaisema nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välistä rajanvetoa koskeva tapaus on vuonna 1972 ratkaistu väriainejuttu[316] (*Dyestuffs*). Tapauksessa kyse on sarjasta peräkkäisiä hinnankorotuksia, jotka väriainevalmistajat toteuttivat yhteismarkkinoiden eri osissa. Yrityksiä oli yhteensä kahdeksan. Yritykset toteuttivat vuosina 1964, 1965 ja 1967 lähes identtiset hinnankorotukset. Hinnankorotukset ilmoitettiin ja pantiin täytäntöön lähes samana päivänä huolimatta siitä, että yritykset toimivat eri jäsenvaltioissa.

> Komissio katsoi päätöksessään, että vain yhdenmukaistettu menettelytapa selitti sen, että hinnat nousivat aivan identtisellä tavalla eri tuoteryhmissä eri puolilla yhteisöä. Menettelyn kiellettävyys ei riippunut siitä, että yritysten täytyisi käyttäytyä yhteisen suunnitelman mukaisesti. Kiellettyä oli jo se, että yritykset ilmoittivat toisilleen etukäteen hinnankorotuksista. Jos yritykset vaihtavat keskenään sellaisia tietoja, joiden perusteella yritys voi sopeuttaa oman toimintansa kilpailijoidensa käyttäytymiseen, kyse on kielletystä kolluusiosta. Komission määrättyä yrityksille seuraamusmaksun 81 artiklan vastaisesta yhdenmukaistetusta menettelystä asia tuli vireille EY:n tuomioistuimessa. Valittajat kiistivät syyllistyneensä kiellettyyn hintayhteistyöhön. Yritykset esittivät muun ohella, että yhdenmukainen käyttäytyminen on tyypillistä oligopolissa ja vastaa ei-kooperatiivisen oligopoliteorian perusväittämiä. Se, että hinnat nousivat lyhyen ajan sisällä useissa maissa, johtui hintajohtajuudesta. Kantaja katsoi, että ottaen huomioon markkinoiden edellä esitetty luonne ja hintojen jatkuva ja yleinen aleneminen, on ollut kohtuudella odotettavissa, että kilpailijat, joilla on ollut samoja kannattavuusongelmia, seuraisivat oligopolin jäsenten päätöstä nostaa hintoja.

---

[316] *Imperial Chemical Industries Limited (ICI) v. komissio*, 48/69, Kok. 1972 s. 619.

EY:n tuomioistuin hyväksyi komission kannan. RS 81 artiklassa erotetaan käsite "yhdenmukaistettu menettelytapa" käsitteistä "yritysten välinen sopimus" tai "yritysten yhteenliittymien päätös". Tarkoituksena on kieltää sellaiset yhteistoiminnan muodot, joissa tietoisesti korvataan kilpailun riskit yritysten välisellä käytännön yhteistyöllä ilman, että jouduttaisiin tekemään varsinaista sopimusta.[317] Tuomioistuin totesi, että vaikka käyttäytymisen samanlaisuutta ei voida sellaisenaan samaistaa yhdenmukaistettuun menettelytapaan, se voi kuitenkin olla siitä vahva indisio johtaessaan kilpailutilanteeseen, joka ei vastaa "tavanomaisia markkinaolosuhteita".[318] Tämä pätee erityisesti, jos samanlainen toiminta antaa asianomaisille yrityksille mahdollisuuden pyrkiä hintatasapainoon eri tasolla kuin mihin kilpailutilanne olisi johtanut.

Väriainetuomiossa näytettiin avattavan mahdollisuus rakentaa kartellijutun näyttö *puhtaan taloudellisen näytön* varaan.[319] Väriainemarkkinat jakaantuivat viiteen erilliseen alueeseen,[320] joilla hintataso vaihteli toisistaan.[321] Tuomioistuin vertasi markkinoiden rakennetta yritysten käyttäytymiseen ja päätyi siihen, ettei kyse *voinut* olla spontaanista yhdenmukaisesta käyttäytymisestä. Vaikka kilpailutilanne ja hintataso markkinoilla vaihteli alueellisesti, yritysten ilmoittamat hinnankorotukset olivat samanaikaisia ja samansuuruisia.[322] Markkinat eivät voisi toimia näin ilman kilpailijoiden välistä yhteistyötä. *Yleiset ja yhtäläiset hinnankorotukset selittyivät yhdenmukaistetulla käyttäytymisellä.*[323]

---

[317] Tuomion kohta 64.

[318] Tuomion kohta 66.

[319] Tuomion kohta 67.

[320] Tuomioistuin totesi, että noin 80 prosenttia väriaineista tuli noin kymmeneltä yleensä suurehkolta tuottajalta, jotka liittivät kyseiseen valmistamiseen muiden kemiantuotteiden tai lääketeollisuuden erikoistuotteiden valmistamisen. Valmistajilla on toisistaan poikkeavat tuotantorakenteet ja näin ollen suuresti toisistaan poikkeavat kustannusrakenteet, minkä vuoksi on vaikea tietää kilpailevien tuottajien kustannukset. Väriaineiden kokonaismäärä on hyvin suuri. Kukin yritys tuotti yli tuhatta eri väriainetta. Kyseisten tuotteiden korvattavuutta toisilla pidetään suhteellisen hyvänä vakioväriaineiden osalta, mutta erikoisväriaineiden osalta korvattavuus voi olla hyvin huono, jopa olematon. Erikoistuotteiden markkinoilla on pyrkimys tietyissä tapauksissa oligopolistisen markkinoiden kaltaiseen tilanteeseen. Koska väriaineiden hinnalla on suhteellisen heikko vaikutus niitä käyttävän yrityksen lopullisen tuotteen hintaan, väriaineiden kysyntä ei juuri jousta kokonaismarkkinoilla, ja tämä pyrkii lyhyellä aikavälillä nostamaan hintoja. Toisaalta väriaineiden kokonaiskysyntä nousi jatkuvasti ja houkutteli tuottajia toteuttamaan politiikkaa, jonka avulla ne voisivat saada osansa kysynnän noususta.Tuomion kohdat 68–75.

[321] Useimmilla kansallisilla markkinoilla hintataso muodostui hintajohtajan vaikutuksesta. Eri alueiden hintatasot poikkesivat toisistaan tavalla, joita ei voitu selittää tuottajia näissä maissa rasittavien kustannusten ja maksujen eroilla. Väriainetoimitukset edellyttivät asiakkaille paikan päällä annettavaa teknistä apua, minkä vuoksi toimitukset hoidettiin yleensä paikallisen edustajan välityksellä. Niissäkin tapauksissa, joissa väriainevalmistaja oli suorassa yhteydessä toisen jäsenvaltion merkittävään käyttäjään, hinnat muodostuivat tavallisesti käyttäjien sijainnin mukaan ja seurasivat kansallisten markkinoiden hintatasoa. Vaikka tuottajat olivat lähinnä mukautuneet väriainemarkkinoiden erikoispiirteisiin ja asiakkaidensa tarpeisiin, toimintatapa jakoi yhteisön väriainemarkkinat viideksi toisistaan erilliseksi saarekkeeksi.

[322] Tuomion kohdat 101 ja 102.

[323] Tuomion kohdat 111–114.

3.3.1.2 Tuomion lopputuloksen arviointia

Tuomion lopputulos vaikuttaa perustellulta. Samansuuruiset ja -aikaiset korotukset huolimatta erilaisesta kustannus- ja hintatasosta yhdistettynä viittaavat yhdenmukaistettuun toimintaan.[324] Mielenkiintoista ei ole päätöksen lopputulos vaan taloudellista näyttöä koskevat perustelut. Kartelli katsottiin todistetuksi hintojen epänormaaleja liikkeitä koskevalla epäsuoralla näytöllä. Tuomiota ei olisi tarvinnut rakentaa pelkän taloudellisen näytön varaan, sillä komission löytämät asiakirjat osoittivat selkeästi yritysten välisen kielletyn yhteydenpidon ja tietojenvaihdon. Tästä huolimatta lähes ainoana perusteena esitetään hintojen nousu tasolle, joka ei vastaa sitä, mitä markkinarakenteen perusteella olisi odotettavissa. *Kun markkinoilla todettu yhtäaikainen hintojen nousu ei selittynyt normaalilla kilpailulla, yritysten oli täytynyt sopia korotuksista.* Ei ole täysin selvää, tarkoittiko tuomioistuin antaa näin radikaalin ratkaisun. Esimerkiksi *Korah* on ollut sitä mieltä, ettei näyttökynnyksen osalta voida tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä, koska tuomiossa viitattiin epäsuorasti komission päätöksestä ilmeneviin suoriin todisteisiin.[325] Ilmeisestä on, että komission päätöksestä ilmenevä "vahva" näyttö on ollut tuomioistuimen tiedossa. Kuitenkin tuomioistuin valitsi päätöksen kirjoitustavaksi taloudellisen lähestymistavan. Mielestäni ei voida välttyä ajatukselta, että nimenomaisena tarkoituksena on ollut alentaa kartelleja koskevaa näyttötaakkaa.

3.3.1.3 Tuomion perustelujen kritiikkiä

Väriainetuomion kaltaisten perustelujen kirjoittamisen hyötynä voidaan pitää sitä, että se vähentää kartellien toteen näyttämiseen liittyviä ongelmia ja tehostaa kilpailulainsäädäntöä. Kartellitapauksissa informaatio jakautuu epäsymmetrisesti kilpailuviranomaisen ja yritysten välillä. Kilpailuviranomainen joutuu päättelemään asioita hajanaisten indisioiden perusteella. Lakia rikkovilla on luontainen pyrkimys hävittää todistusaineistoa. Päätöksen kirjoitustavan osalta väriainetuomiota voidaan pitää lähes vallankumouksellisena, sillä se näyttäisi avaavan tien yhdenmukaistetun menettelyn toteen näyttämiselle yksistään yritysten käyttäytymisestä ja hintatasosta tehtävien havaintojen perusteella.

---

[324] Yritykset olivat kokoontuneet yhteen keskustellakseen hinnoista. Hinnankorotuksista oli ilmoitettu asiakkaille lähes identtisillä sanamuodoilla. Epäilemättä hinnoista oli sovittu.

[325] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 43. Korah viittaa kantansa tueksi tuomion kohtaan 68. Tuomioistuin perusteli, että näyttö ratkaistaan kokonaisharkinnan perusteella. Tuomio on kuitenkin kirjoitettu tältäkin osin varsin pyöreästi: *"Kysymystä siitä, onko tässä tapauksessa kysymyksessä yhdenmukaistettu menettelytapa, voidaan arvioida oikein ainoastaan, jos kanteen kohteena olevan päätöksen perusteluja tarkastellaan kokonaisuutena eikä erikseen ottaen huomioon kyseisten tuotemarkkinoiden ominaisuudet."*

EY:n tuomioistuin ei itse asiassa kerro, miten taloudellinen näyttö arvioidaan vähänkään monimutkaisemmissa tapauksissa. Pelkkä hinnoittelun symmetrisyys ei ratkaise ongelmaa. Yritettäessä todistaa kartellin olemassaolo tai kumota sitä koskeva hypoteesi pelkän taloudellisen näytön perusteella joudutaan helposti varsin monimutkaiseen taloudelliseen analyysiin. Markkinoilla vaikuttavien tekijöiden suuri määrä vaikeuttaa kausaalisuhteiden osoittamista.[326] *Väriainetapauksessa* tuomio voitiin kirjoittaa ulos pelkän taloudellisen näytön perusteella, sillä yhdenmukaistettua menettelyä koskeva näyttö saatiin kuin tarjottimella.[327] Yleensä kartellin jäsenillä on keinoja saada kartellihinnoittelu näyttämään kilpailulliselta.[328] Käänteisesti hinnoittelun symmetrisyys ei aina kerro kartellista.[329] Hintakilpailun kiivaudesta voidaan tehdä virheellisesti se johtopäätös, ettei markkinoilla ole kartellia.[330] EY:n tuomioistuimen viittaukset "tavanomaiseen markkinatilanteeseen" ja "normaalia korkeampaan tasapainohintaan" edellyttävät, että lakia soveltava viranomainen pystyy havaitsemaan nämä suureet ja erottamaan eri tilanteet toisistaan. Mistä lainkäyttäjä voi tietää, mille tasolle hinnat olisivat asettuneet ilman kartellia? Mikäli edellä esitettyihin

---

[326] Esimerkiksi hintavertailujen tekemistä vaikeuttavat ulkoiset tekijät kuten suhdannevaihtelut tai valuuttakurssien heilahtelut, uuden kilpailijan tulo markkinoille tai asiakkaan kysynnän elastisuuden lisääntyminen.

[327] Väriainekartellia on pidettävä kömpelönä, sillä hinnankorotusten ajoittaminen lähes identtisiin ajankohtiin ei voinut olla herättämättä huomiota.

[328] Esimerkiksi kartonkikartellissa yritykset eivät nostaneet hintojaan samanaikaisesti vaan sopivat korotusten ajallisesta porrastamisesta siten, että tilanne näyttäisi ulospäin samalta, kuin jos yritykset seuraavat toisensa hinnoittelua oligopolissa. Ilmeisesti tarkoituksena oli luoda perusta puolustukselle, ettei hinnoista ollut sovittu, vaan että kyse on "oligopolipakosta". Ks. EYVL 1994 L 243/1; T-295 ym./94, Kok. 1998 s. II-813; C-248/98P, Kok. 2000 s. I-9641.

[329] Toisaalta oligopolistien käyttäytyminen ei aina näytä ulospäin harmonisen symmetriseltä edes silloin, kun nimenomaisesta kartellista on sovittu. Miten käytännössä selvitetään, mikä vastaa tavanomaista markkinatilannetta? Dynaamisen oligopoliteorian näkökulmasta hinnat voivat välillä olla (nimenomaisella tai hiljaisella) kollusiivisella tasapainotasolla, välillä kilpailullisella tasapainotasolla. Toisin ilmaisten, korkeamman hinnan aikoja seuraavat aktiivisemman kilpailun periodit tai peräti hintasodat. Sitä, mihin suuntaan markkinat seuraavaksi kehittyvät, on vaikeaa ennalta ennustaa. Ks. esim. Alese (1999) s. 380–381, joka kritisoi väriainepäätöstä dynaamisen oligopoliteorian näkökulmasta.

[330] Oletetaan, että kartellista on sovittu, mutta että joku yrityksistä huijaa. Tämän jälkeen muut rankaisevat alentamalla hintansa kilpailulliselle tasolle. Ulospäin tilanne näyttää kiivaalta hintakilpailulta, vaikka kyseessä on kartellin sisäinen kurinpalautus. Voidaan tarkastella esim. sitä, missä määrin hintojen muutokset selittyvät ulkoisilla shokeilla ja yrittää päätellä tästä ja muista seikoista kartellin olemassaoloa. Taloustieteellinen analyysi perustuu yleensä erilaisille premisseille ja approksimaatioille mm. siksi, että yleensä täydellinen empiirinen aineisto ei ole käytettävissä. Vastapuoli voi lähes aina kyseenalaistaa analyysin todistusarvon kiistämällä käytetyt premissit. Tällöin prosessi luisuu helposti kiistelyksi hyödykkeiden ja hintojen vertailtavuudesta, markkinaosuuksien määrittelystä, "oikeasta" kustannusten laskutavasta ja niiden jakamisesta eri toimintojen kesken, sovellettavasta korkokannasta, "normaalista" voittotasosta ja muista vastaavista seikoista. Yleisesti ottaen kontradiktorinen prosessi, jossa kantajan ja vastaajan tavoitteet ovat diametrisesti vastakkaiset, ei ole otollisin foorumi vaativien taloudellisten analyysimetodien soveltamiselle.

kysymyksiin ei pystytä vastaamaan, taloudellinen näyttö lepää savijaloilla.[331]

Kirjallisuudessa väriainepäätöstä on arvosteltu myös siksi, että seuraamusmaksu uhkaa rationaalia käyttäytymistä, jossa yritykset vain seuraavat toistensa käyttäytymistä ja jossa niiden ei voida katsoa toimineen moitittavasti.[332] Ongelma näyttäytyy sitä todellisempana, mitä enemmän markkinarakenteen uskotaan vaikuttavan markkinakäyttäytymiseen.[333] Päätös ei tosin kiellä kilpailijoiden seuraamista, milloin käyttäytyminen markkinoiden rakenne ja muut olosuhteet huomioon ottaen selittyy kilpailijoiden seuraamisella. Kilpailijoiden seuraaminen ei tosin edelleenkään olisi kiellettyä, mutta yritykset eivät voisi vapaasti käyttäytyä yhdenmukaisesti, koska yhdenmukaista käyttäytymistä voitaisiin pitää näyttönä siitä, että yritykset ovat yhdenmukaistaneet toimintaansa.[334] Riskinä on myös se, että näyttönä kartellisopimuksesta pidetään sellaisiakin olosuhteita, jotka tarkemmassa katsannossa voisivat aivan hyvin selittyä myös kilpailullisella käyttäytymisellä.[335] Yhdenmukaistettua käyttäytymistä koskevan näyttötaakan lieventämisestä seuraa paradoksaalisesti, että de facto, jos-

---

[331] Vain pari vuotta väriainejutun jälkeen ratkaistussa sokeritapauksessa (*Suiker Unie v. komissio*, 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73, Kok. 1975 s. 1663) tuomioistuin suuntasi päähuomion kirjalliseen todistusaineistoon. Komission löytämät asiakirjat (teleksit, kirjeenvaihto, kokouspöytäkirjat) osoittivat sokerinvalmistajien yhdenmukaistaneen toimintaansa. EY:n tuomioistuin vahvisti komission langettavan päätöksen muilta osin mutta totesi, ettei komission asiakirjanäyttö riittänyt osoittamaan väitettyä yhden saksalaisen ja kahden hollantilaisen yrityksen yhdenmukaistettua toimintaa Hollannin markkinoilla. Tuomioistuimen mukaan asiakirjanäyttö oli tältä osin liian epämääräinen. Se, ettei saksalainen yritys myynyt Hollantiin hinnan siellä noustessa, saattoi selittyä yhdenmukaistetun menettelyn sijasta sillä, että saksalainen yritys antoi etusijan pitkäaikaisille sopimussuhteille lyhyen tähtäimen suurempien voittojen sijasta Ks. tuomion kohdat 199–120.

[332] Ks. jo Turner (1962).

[333] Esim. Joliet (1974) totesi päätöstään koskevassa kritiikissä, että "normaalin tilanteen" päätteleminen (ex ante) on käytännössä mahdotonta ilman yksityiskohtaista tietoa (ex post) siitä kilpailunrajoituksesta, jonka seurauksena hintataso nousee kilpailullisen tasapainotilan yläpuolelle. Tähän nähden on luonnollista, että EY:n tuomioistuin kiinnitti väriainepäätöksessä huomionsa yritysten käyttäytymisen yhdenmukaisuuteen eikä laajemmalti lähtenyt analysoimaan sitä, missä määrin toteutuneet hinnat ylittivät "normaalin" hintatason. Ks. Joliet (1974). Ks. myös Guerrin ja Kyriazes (1992) s. 13–16.

[334] Cournotin staattisessa mallissa lähdetään siitä, että homogeenisilla markkinoilla yritysten lukumäärä determinoi hintatasoa. Strukturalistisesta näkökulmasta hinta seuraa markkinarakenteesta. Äärimmillään puhutaan oligopolipakosta, mikä kuitenkin mielestäni selvästi aliarvioi yritysten kykyä halutessaan vaikuttaa markkinaolosuhteisiin.

[335] Korahin mielestä "komissio tulkitsee liian kevein perustein yritysten toiminnan niiden väliseksi yhteistoiminnaksi ottamatta riittävästi huomioon käyttäytymisen selitykseksi esitettyjä kaupallisia syitä". Ks. Rissanen/Korah s. 46. Samansuuntaista kritiikkiä esittävät Neven, Papandropoulos ja Seabright (1998) s. 77: "Third, the analysis of the firm's behaviour which has been undertaken by the Commission in recent cases often appears unconvincing or even misguided. What the Commission has to show is that firms' behaviour cannot be explained by some process of coordination. The commission often overlooks alternative and plausible explanations behind firms' behaviour which do not involve a process of explicit coordination. In particular, the Commission sometimes overlooks implicit coordination (which is arguably not unlawful) as an alternative explanation behind firms' behaviour."

kaan ei juridisesti, seuraamusmaksun uhkaamaksi tulee myös yhdenmukainen käyttäytyminen. Yritysten on paras pidättäytyä kilpailijoiden seuraamisesta, ettei sitä käytetä todisteena kartellista!

Väriainejutussa yritysten käyttäytyminen oli siinä määrin poikkeuksellista, ettei riskiä laillisen käyttäytymisen tulkitsemisesta kielletyksi (virhe I) voida pitää kovin olennaisena. Oikeusvaltioperiaatteiden näkökulmasta syyttömän tuomitsemista (virhe I) on pidettävä suurempana riskinä kuin sitä, että syyllinen välttää tuomion (virhe II). Kilpailuviranomaisella tulee olla näyttötaakka rikkomuksesta. Yritysten on näytettävä toteen perusteet, joilla kilpailuviranomaisen esittämät tosiseikat kyseenalaistetaan. Rajatapauksissa noudatetaan periaatetta *in dubio pro reo* ja asia ratkaistaan kilpailunrajoituksesta epäillyn yrityksen eduksi. Voidaan todeta, että nojautuminen taloudelliseen näyttöön on asian selvittämistä koskeva *metodi,* eikä vaikuta käyttäytymisen luokittelemiseen sallituksi tai kielletyksi. Oikeudenkäymiskaaren mukaan päätös on perustettava tosiseikkoihin ja lainkohtiin. Oletukset on rajattava yleisen elämänkokemuksen perusteella selviin asioihin ja niidenkin osalta on noudatettava erityistä varovaisuutta. Epäselvät asiat voidaan ratkaista näyttötaakan perusteella.

3.3.2 Sellutapaus

3.3.2.1 Komission päätös

Sellutapauksessa komissio yritti ulottaa yhdenmukaistun toimenpiteen käsitteen kaikkein pisimmälle. Komissio totesi vuonna 1984 antamassaan päätöksessä[336] suomalaisten, amerikkalaisten, kanadalaisten, ruotsalaisten ja norjalaisten sellunvalmistajien yhdenmukaistaneen toimintaansa. Komission päätös nojautui osin kirjallisiin todisteisiin, osin yritysten käyttäytymisen perusteella tehtyihin johtopäätöksiin. Viimeksi mainitut ovat tässä yhteydessä kiinnostavia. Komissio pyrki soveltamaan EY:n tuomioistuimen väriainetapauksessa hyväksyttyä näyttöstandardia. Komission päätöksen mukaan julkistamalla puolin ja toisin uudet hintansa hyvissä ajoin etukäteen sellunvalmistajat "poistivat väliltänsä kilpailijan tulevaan käyttäytymiseen liittyvän epävarmuuden ja siten yhdenmukaistivat toimintansa". Yritykset puolustautuivat toteamalla, että hintojen etukäteisilmoittamista koskeva järjestelmä johtui selluloosan markkinoille ominaisista kaupallisista tarpeista.

> Väitetty yhdenmukainen käyttäytyminen koostui pääosin järjestelmästä, jossa hinnat on ilmoitettu neljännesvuosittain, ilmoitusten täydellisestä tai lähes täydellisestä samanaikaisuudesta sekä ilmoitettujen hintojen samanlaisuu-

[336] *'Wood pulp'*, EYVL 1985 L 85/1.

desta. Sellunvalmistajat ilmoittivat julkisesti uusista hintalistoistaan kolme kuukautta ennen niiden voimaantuloa. Komissio vetosi erityisesti siihen, että listojen julkaisu tapahtui kaikkien yhtiöiden osalta samoihin aikoihin ja että korotukset näyttivät samansuuruisilta. Komissio katsoi, että tuottajat olivat "vapaaehtoisesti luoneet järjestelmän saadakseen tietoonsa kilpailijoidensa seuraavina kolmen kuukauden jaksoina käyttämät hinnat. Sillä, että hinnat on paljastettu kolmansille, erityisesti lehdistölle ja kauppaedustajille, jotka työskentelevät useille tuottajille, hyvissä ajoin ennen kuin niitä on alettu soveltaa, taattiin muille tuottajille riittävän pitkä aika, jotta ne saattoivat ilmoittaa uudet ja samanlaiset hintansa ennen kyseisen jakson alkamista ja jotta ne saattoivat soveltaa niitä jakson alusta alkaen".[337] Lisäksi komissio katsoi, että hintojen kehitys viittasi kartelliin. Viimein komissio katsoi eräistä telekseistä ja asiakirjoista ilmenevän, että tietyt tuottajat ovat pitäneet kokouksia ja olleet toisiinsa yhteydessä hintojaan koskevien tietojen vaihtamiseksi.[338]

3.3.2.2 EY:n tuomioistuimen päätös

EY:n tuomioistuin[339] hyväksyi sinänsä, että yhdenmukaista käyttäytymistä voidaan käyttää indisiona yhdenmukaistetusta menettelystä. Väriainetapaukseen verrattuna näyttökynnystä nostettiin olennaisesti ylemmäksi. EY:n tuomioistuimen mukaan yhdenmukaistettu menettelytapa tarkoittaa yritysten välistä yhteistoiminnan muotoa, jolla *tietoisesti* korvataan kilpailun riskit käytännön yhteistyöllä ilman, että asiasta olisi tehty varsinaista sopimusta. Yhteistoiminnan ja yhteistyön kriteerit on ymmärrettävä sellaisen perustamissopimuksen kilpailusääntöjä koskeviin määräyksiin sisältyvän käsitteen valossa, jonka mukaan jokaisen taloudellisen toimijan on *itsenäisesti* määritettävä yhteismarkkinoilla harjoittamansa politiikka. Näin ollen *pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä ei voida pitää kiellettynä, jos sille on osoitettavissa muitakin selityksiä.*[340] Näitä kriteerejä eivät täytä tuottajien käyttäjille antamat hintailmoitukset, jotka ovat sinänsä markkinakäyttäytymistä, mikä ei ole omiaan vähentämään kunkin yrityksen epävarmuutta kilpailijoiden tulevista toimista, koska aloittaessaan tällaisen markkinakäyttäytymisen yrityksellä ei ole mitään takeita siitä, miten muut tähän reagoivat.

Toisin kuin väriainetapauksessa, hinnoittelu oli selitettävissä markkinoiden rakenteella ja yritysten pyrkimyksellä varautua ennakolta kysynnässä tapahtuviin muutoksiin ja vähentää liiketoiminnallista riskiään. Oligopolille on tyypillistä, että hinnat tulevat vasta viiveellä alas olosuhteiden muuttuessa.

---

[337] Tuomion kohta 60.
[338] Tuomion kohta 67.
[339] *A. Ahlström Oy et al v. komissio*, tapaukset C-89, 104, 114, 116–117 ja C-125–129/85, Kok. 1993 I-1307.
[340] Tuomion kohta 76.

Sellun kokonaiskysyntä määräytyi paperin kysynnän mukaan. Jos joku yrittäisi nostaa hintojaan, muut pyrkisivät ottamaan asiakkaat pois. Hinnan alentaminen ei toisaalta kannattanut, koska kysyntä oli suhteellisen epäelastista.[341] Näin ollen komission toteamaa yhdenmukaista käyttäytymistä ei voitu pitää todisteena kielletystä yhteistoiminnasta.[342] Hintojen ilmoittaminen kolme kuukautta etukäteen vastasi lähinnä asiakkaiden tarpeita. Markkinakehityksestä raportoiva ammattilehdistö lisäsi edelleen markkinoiden läpinäkyvyyttä. EY:n tuomioistuin kumosi komission päätöksen olennaisilta osiltaan. Päätös pysytettiin voimassa siltä osin kuin komissio pystyi kirjallisin todistein osoittamaan, että yritykset olivat tehneet kiellettyä hintayhteistyötä perustamissaan yhteenliittymissä. Komission määräämiä seuraamusmaksuja alennettiin tuntuvasti.

EY:n tuomioistuin totesi, että taloudellinen näyttö voi osoittaa kartellin olemassaolon, mikäli kartellista epäiltyjen yritysten markkinakäyttäytymiselle ei ole osoitettavissa muuta järkevää selitystä kuin kartellin olemassaolo.[343] Yhdenmukaisen käyttäytymisen ei voida katsoa olevan todisteena yhteistoiminnasta, ellei yhteistoiminta ole *ainoa todennäköinen selitys*. Tuomioistuin perusteli uutta näyttökynnystään sillä, että vaikka perustamissopimuksen 81 artiklassa kielletään kaikenlaiset sopimukset, jotka ovat omiaan vääristämään kilpailua, siinä ei poisteta taloudellisten toimijoiden oikeutta mukauttaa käyttäytymistään järkevästi kilpailijoiden todettuun tai ennakoitavaan käyttäytymiseen.[344]

3.3.2.3 Arviointia

Komission pyrkimys laajentaa – tai pikemminkin vakauttaa – väriainepäätöksellä luotua taloudellista näyttöä koskevaa standardia on ymmärrettävä, mutta testitapaus oli huonosti valittu. Aivan kuten väriainetapausta, tätäkin ratkaisua voidaan pitää näytön arvioinnin kannalta oikeaan osuneena. Tuomioistuin asetti kuitenkin tulevia tapauksia silmälläpitäen varsin korkean näyttökynnyksen. Tuomioistuimen päätös näyttäisi edellyttävän, että taloudellinen näyttö osoittaa lähes varmasti kiellettyjen menettelytapojen olemassaolon. Komission on kyettävä sulkemaan pois muut selitysmallit, erityisesti se, että käyttäytyminen selittyy oligopolistien välisellä reaktioyhteydellä. EY:n tuomioistuin edellytti *"vakavia,*

---

[341] G. Montin mukaan ilmiö näyttäisi vastaavan oligopoliteoriasta tuttua vinoa kysyntäkäyrää (kinked demand curve). Ks. Monti (1996) s. 81–82. Vinolla kysyntäkäyrällä (Hicks 1933) selitetään oligopoleille tyypillistä hinnan jäykkyyttä. Yritysten ei kannata nostaa hintojaan, koska muut veisivät siltä asiakkaat. Toisaalta hintakilpailukaan ei ole erityisen houkuttelevaa. Itse korostaisin sellutapauksen analyysissa talousteoriassa hieman kiistanalaisen vinon kysyntäkäyrän sijasta yksinkertaisesti sitä tosiseikkaa, että kyse oli raaka-aineesta, jonka kysyntä määräytyy hyvin voimallisesti lopputuotteen eli paperin kysynnän perusteella.

[342] Tuomion kohta 126.

[343] Tuomion kohta 77.

[344] Tuomion kohdat 76–78.

täsmällisiä ja yhtäpitäviä todisteita" hintoihin liittyvästä yhteistoiminnasta.[345]

Kirjallisuudessa sellutapauksen on nähty heikentävän olennaisesti mahdollisuuksia vedota pelkkään taloudelliseen näyttöön.[346] Vaikkei EY:n tuomioistuimen päätöksessä selvästi tehdä pesäeroa väriainetapaukseen, mielestäni ero tuomioistuimen perustelutavassa on silmiinpistävä. Päätöksen jälkeen mahdollisuudet kartellin todistamiseen pelkän yhdenmukaisen käyttäytymisen nojalla vaikuttavat EY:n kilpailuoikeuden osalta varsin rajallisilta. Taloudellista näyttöä voidaan pitää *indisiona yhdenmukaistusta menettelystä*, mutta yleisesti ottaen kartellituomio vaatii *suoria tai epäsuoria todisteita* osapuolten välisistä kontakteista ja yhteistoiminnasta. Asiaa tutkivan kilpailuviranomaisen on löydettävä "savuava ase" (*smoking gun*); muussa tapauksessa näyttö ei riitä tuomioistuimessa. Ottaen huomioon 81 artiklan luonne sanktionormina ja uhkana olevan seuraamusmaksun suuruus, kehityssuuntaa ei voida pitää virheellisenä.[347] EY:n tuomioistuimen linjaus on perusteltu yritysten oikeusturvan kannalta, mutta se antaa samalla aiheen pohtia uudelleen kartellikiellon tehokkuutta.

Lienee varsin hankalaa näyttää pelkästään käyttäytymisen havainnoinnin perusteella tuomioistuimessa vakuuttavasti toteen esim. sitä, missä määrin kyse on "vain" markkinoiden yleisen läpinäkyvyyden aikaansaamasta reaktioyhteydestä ja missä määrin reaktiot kilpailijoiden toimenpiteisiin ovat liian tarkkoja tai nopeita selittyäkseen omaehtoisella seuraamisella.[348] Samanlaisia ongelmia liittyy argumentointiin siitä, ovatko hinnat liikkuneet markkinoiden mukaan vai markkinoita vastaan. Myöskään Yhdysvalloissa käytetyt indisiot hintojen reaktiojäykkyydestä ja kilpailijoiden markkinaosuuksien vakaudesta eivät todista kartellia, sillä ilmiön on havaittu esiintyvän yleisemminkin oligopolissa.

---

[345] Tuomion kohta 127. Kursivointi kirjoittajan oma.

[346] Näin esim. Weatherill kirjassa Weatherill/Beaumont (1995) s. 681: "One may surmise that in future the deduction of concertation from evidence based solely on parallel conduct will occur in only the most blatant cases."

[347] Yksittäistapauksessa voi olla vaikea ratkaista, onko kysymys yhdenmukaisesta vai yhdenmukaistetusta toiminnasta. Kartelliasioissa ratkaisu joudutaan usein tekemään näytön perusteella. Asiakirjanäytön ohella voidaan nojautua taloudelliseen näyttöön. Esimerkiksi jos yritykset nostavat hintojaan yhdenmukaisesti, vaikka alalla vallitsisi laskusuhdanne, voi tämä viitata kartelliin. Sellutapauksen perusteella taloudellinen näyttö voi osoittaa kartellin olemassaolon, mikäli kartellista epäiltyjen yritysten markkinakäyttäytymiselle ei ole osoitettavissa mitään muuta järkevää selitystä kuin kartellin olemassaolo. Kyseisessä tapauksessa markkinoiden läpinäkyvyys ja sellun ostajien vaatimukset selittivät hinnoittelun yhdenmukaisuutta. EY:n käytännössä tuomio on edellyttänyt vähintään epäsuoraa asiakirjanäyttöä, joka osoittaa asianosaisten väliset kielletyt kontaktit. Näyttö on yleensä rakentunut suorien ja epäsuorien todisteiden muodostamasta kokonaisuudesta.

[348] Todennäköisesti kumpikin osapuoli voi jokseenkin vakuuttavasti argumentoida kantansa puolesta ja toimittaa sitä tukevia asiantuntijalausuntoja. Ilmiselviä tilanteita lukuun ottamatta yhdenmukaiselle käyttäytymiselle on yleensä esitettävissä *muitakin mahdollisia selityksiä* kuin yhdenmukaistettu menettely. Tämä johtuu yhtäältä oligopolia koskevien mallien moninaisuudesta, toisaalta käyttäytymiseen vaikuttavien kausaalitekijöiden suuresta lukumäärästä.

3.3.3 Ratkaisuja 1990-luvulla

3.3.3.1 Valkoisten pisteiden ongelma

EY:n 1990-luvun käytännössä tuomio on edellyttänyt vähintään epäsuoraa asiakirjanäyttöä, joka osoittaa asianosaisten väliset kielletyt kontaktit. Näyttö on yleensä rakentunut suorien ja epäsuorien todisteiden muodostamasta kokonaisuudesta. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu *Italian Flatt Glass*[349] näytti nostavan näyttökynnyksen varsin korkealle. Tuomioistuimen määritelmän mukaan yhdenmukaistettu toimenpide koostuu yritysten välisistä yhteyksistä, yhteistyöstä ja niiden seurauksena olevasta yhdenmukaisesta käyttäytymisestä. Yhdenmukaista käyttäytymistä koskevien havaintojen puuttumisesta johdettiin yhdenmukaistetun käyttäytymisen puuttuminen. Useamman vuoden kestäneessä kartellissa tiettyä yritystä koskevassa näytössä havaitut valkoiset pisteet, joiden osalta riittävää asiakirjanäyttöä ei ollut, johtivat päätösten kumoamiseen kyseiseltä ajanjaksolta, vaikka näyttö kartellista muutoin olisi ollut riittävää.[350] Yksittäinen valkoinen piste yhteistyötä koskevissa asiakirjoissa saattoi johtaa siihen, että yritys vapautettiin kokonaan seuraamuksista kyseisellä aikavälillä.[351]

EY:n komission virkamiesten *Guerrinin* ja *Kyriazisin* kritiikissä katsottiin, että tuomioistuin jätti huomiotta väitettyä kiellettyä yhteistyötä koskevan informaation epätasaisen jakautumisen komission ja kilpailunrajoituksesta epäillyn yrityksen välillä. Yritykset tietävät itse tarkalleen, mihin ne ovat tai eivät ole syyllistyneet, kun taas komissio pyrkii päättelemään yritysten kannalta negatiivisia tosiasioita hajanaisen todistusaineiston perusteella.[352] Nähdäkseni tämä ei

---

[349] Kilpailuviranomaisten kritiikin kohteena ovat olleet erityisesti tapaukset *Italian Flatt Glass* ja *Polypropelene*.

[350] Niinikään ensimmäisen asteen tuomioistuimen polypropeenikartelleja koskeviin ratkaisuihin sisältyi varsin muodollisia näyttöratkaisuja. Esimerkiksi tapauksessa *ANIC* ensimmäisen asteen tuomioistuin yhtäältä hyväksyi ajatuksen siitä, että yritys voi eri aikoina osallistua erilaisella innolla kartelliin. Tästä huolimatta komission päätös kumottiin 1991 annetussa ratkaisussa niiden ajanjaksojen osalta, joina ANICin into osallistua yhteistoimintaan oli ollut vähäisempää, mutta joina se kuitenkin voitiin lukea vähintäänkin kartellin ulkorinkiin. EY:n tuomioistuin kumosi 1999 ensimmäisen asteen tuomioistuimen näyttöratkaisun ja tuomitsi yhtiön komission päätöksessä arvioidun mukaisesti.

[351] Tämä saattoi tulla kyseeseen, vaikka kaikkien yritysten oli todistettavasti voitu asiakirjoin osoittaa osallistuneen kiellettyyn yhteistoimintaan ennen valkoista pistettä ja sen jälkeen, vaikka yritysten käyttäytymisessä sanotulla aikavälillä ei ollut havaittavissa muutosta ja vaikka muut kartellin jäsenet olivat todistettavasti olleet yhteistyössä myös sanotulla aikavälillä.

[352] Ks. Guerrin ja Kyriazis (1992) s. 3, 11–13. Kirjoittajien näkökohta on relevantti, mutta myös komissiolla on informaatioetuja puolellaan. Sillä on esimerkiksi mahdollisuus hankkia yritysten liikesalaisuuksia. Liikesalaisuuksien oikeussuojasta johtuen yritys saa muiden toimittamista tiedoista sellaiset versiot, joista liikesalaisuudet on poistettu. Komissiolla on käytössään kaikkien epäiltyjen osapuolten, asiakasyritysten tms. toimittama aineisto, kun taas yksittäinen epäilty yritys ei voi vangin ongelman tavoin tietää varmuudella asian tutkimisvaiheessa sitä, mitä muut ovat esittäneet. Informaatiokysymystä tulee siten tarkastella laaja-alaisemmin.

ole keskeinen argumentti, sillä viranomaisen täytyy todistaa lainvastainen menettely sekä teonkuvauksen että aikavälin osalta. Asiakirjoihin perustuvaa näyttövaatimusta ei saa kuitenkaan asettaa niin korkealle, että joudutaan yleisen elämänkokemuksen vastaisiin lopputuloksiin.

Mainittuja 1990-luvun alun ratkaisuja on syytä arvostella kartellikiellon tehokkuuden näkökulmasta. Etsittäessä hankalasti löydettävää tasapainoa kartellikiellon tehokkuuden ja yritysten oikeusturvatakeiden välillä oltiin hetkittäisesti kallistumassa liiaksi muodollisten oikeusturvatakeiden suuntaan. Kiellettyjä kartelleja koskeva näyttö on yleensä aina hajanaista. Kuitenkin kyse voi olla siitä, että yritykset ovat tehneet kiellettyä yhteistyötä, mutta joku osapuolista huijaa muita kartellin jäseniä. Vaikutti siltä, että jokainen piste olisi siten todistettava jokaisen yrityksen osalta erikseen. Äärimmilleen vietynä yritysten kannattaisi ajoittain huijata, koska sillä voisi saada vapautuksen kartellisakoista.[353] Kartellin sisäisestä dynamiikasta seuraa, ettei näyttö aina voi olla kovin johdonmukaista. Se, että yritykset toimivat yhteisen suunnitelman mukaan, ei tarkoita sitä, että kaikkien täytyisi noudattaa sopimuksia. Kun tämä yhdistetään taloudelliselle näytölle asetettuun korkeaan kynnykseen, viranomaisen näyttötaakka saattaa muodostua ylivoimaiseksi.

3.3.3.2 Ratkaisu valkoisten pisteiden ongelmaan: kartellin tarkasteleminen jatkumona

Väriaine- ja sellutapauksessa kartelli pyrittiin selvittämään yhdenmukaisen hinnoittelun ja muiden "plus-tekijöiden" avulla, joiden olemassaolosta pääteltiin taaksepäin kartellin olemassaolo. Uudemmassa ratkaisukäytännössä komissio on pyrkinyt täyttämään aukon Yhdysvalloista lainatulla salaliittoa *(conspiracy)* koskevalla opilla.[354] Kartellia tarkastellaan samaan tapaan kuin yhtiökumppanuutta *("partnership in crime")*. Kumppanuuden taustalta löytyy usein sopimus, mutta vuosia jatkuneessa suhteessa alkuperäistä välipuhetta olennaisempaa on tarkastella sitä, miten osapuolet toimivat kuukausien tai vuosien saatossa.[355] Ajan kuluessa kumppanuus muuttaa muotoaan. Kartelleihin sovellettuna tämä tarkoittaa sitä, että tuomio ei edellytä ajallista näyttöä siitä, että tiettyä

---

[353] Guerrin ja Kyriazis (1992, s. 14) kärjistävät kritiikkinsä seuraavasti: "However, as things stand, one is tempted to conclude that to avoid being fined, it is enough for cartel members to vary the external appearance and the timing of their concerted actions or simply to 'cheat' from time to time by not following cartel instructions."

[354] EYVL 1986 L 230/1. Ks. myös *PVC I* (1988); *PVC II* (1994); *Cartonboard* (1994); *Cement* (1994); *Pre-Insulated Pipes* (1999).

[355] Joshua viittaa määrittelyn osalta oikeustapaukseen *US v. Kissel* (1910) 218 US 601: "A conspiracy is constituted by an agreement, it is true; but it is the result of the agreement itself, just as a partnership, although constituted by a contract, is not the contract, but the result of it. The contract is instantaneous; the parnership may endure as one and the same parnership for years. A conspiracy is a parnership in criminal purposes."

menettelytapaa on jatkettu keskeytyksettä. Alku ja loppu todistavat myös välivaiheen, ellei vastanäyttöllä muuta osoiteta.[356] Kartellia tarkastellaan jatkettuna, yhtenäisenä tekona, jonka alun muodostaa ensimmäinen toimenpide kielletyn yhteistyön aikaansaamiseksi ja joka päättyy vasta silloin, kun yritykset lopullisesti luopuvat kielletystä menettelystä.[357] Vertailukohtana amerikkalaiseen salaliittoa koskevaan oppiin[358] riittävää on osoittaa kartellin tarkoitus ja jäsenten osallisuus lain vastaiseen salaliittoon.[359] Kartelli nähdään dynaamisena, monimutkaisena ja muuttuvana järjestelynä, jossa yritysten edut usein ovat ristiriidassa keskenään. Yritysten intressissä on pitää järjestely salassa ja välttää kirjallisia todisteita. Tämän vuoksi ei voida olettaa, että näyttö olisi aukoton. Aukottomuuden vaatimus merkitsisi käytännössä lähes samaa kuin salaisten kartellien sallimista. Toisaalta kartellien tehokasta torjumista koskeva tavoite on sovitettava yhteen yritysten oikeusturvan kanssa. Tarkoituksenmukaisuuden nimissä ei voida joustaa perusvaatimuksesta, jonka mukaan kilpailuviranomaisen asiana on näyttää toteen kielletyn kartellin olemassaolo. Komission kanta on saanut vahvistuksensa oikeuskäytännössä.[360]

---

[356] Ks. Joshua, Proving Cartels and Concerted practices, Pohjoismaisille kilpailuviranomaisille kesällä 1999 pidetty esitelmä.

[357] Staattinen ja yksityiskohtainen sopimusta tai yhdenmukaistettua menettelyä koskeva tarkastelu korvataan dynaamisella ja kokonaisvaltaisella tarkastelulla. Lähestymistavan toinen puoli koskee yritysten kollektiivista vastuuta. Tietyn yrityksen saattaminen vastuuseen kartellista ei edellytä, että se olisi osallistunut jokaiseen yksittäiseen toimenpiteeseen. Luonnollisesti yrityksen täytyy olla mukana kartellissa, tuntea yhteistoiminnan pelisäännöt ja hyödyntää niitä. Usein kartellia johtaa aktiivisempi ja vaikutusvaltaisempi sisärengas. Osa yrityksistä voi olla pääpiirteissään mukana järjestelyssä ja osa voi osallistua siihen vain satunnaisesti. Myös viimeksi mainitut yritykset rikkovat kartellikieltoa, vaikka niiden rooli kollektiivisen markkinavoiman saavuttamisessa ei olisikaan ratkaiseva.

[358] Joshuan mukaan EY:n tuomioistuin olisi hiljattain hyväksynyt doktriinin. Mielestäni kartellien tarkasteleminen jatkumona ei edellytä sanotun rikosoikeudellisen doktriinin soveltamista. Oikeampi ja yksinkertaisempi johtopäätös lienee se, että EY:n tuomioistuin on omaksunut vastaavantyyppisen kartellin tarkastelutavan kuin Yhdysvalloissa. Tämä johtuu ennemminkin kartellien dynaamisen luonteen aikaansaamasta samanlaisesta lähestymistavasta Atlantin molemmin puolin kuin varsinaisesti siitä, että amerikkalainen salaliittoteoria olisi tullut hyväksytyksi Euroopassa. Toinen johtopäätös on se, että EY:n komissiolla nimenomaisena esikuvana on ollut amerikkalainen teoria.

[359] Joshuan mukaan komission työskentely todisteiden hankkimisessa ja analysoinnissa etenee metodisesti kahdessa vaiheessa. Ensimmäisessä vaiheessa pyritään selvittämään kartellin olemassaolo ja sen pääpiirteittäiset toimintatavat. Toisessa vaiheessa huomio kiinnitetään yksittäisten yritysten rooliin ja niitä koskevaa näyttöä verrataan kartellista saatuun kokonaiskuvaan.

[360] EY:n tuomioistuin totesi tämän vuonna 1999 antamassaan *ANIC*-päätöksessä. EY:n tuomioistuimen mukaan tribunaalin kannan hyväksymisestä ei kuitenkaan seuraa, etteikö useita menettelytapoja, joilla on sama kilpailua rajoittava tarkoitus ja joista jokainen kuuluu erikseen arvioituna "sopimuksen", "yhdenmukaistetun menettelytavan" tai "yritysten yhteenliittymien päätösten" käsitteeseen, voitaisi pitää eri ilmauksina yhdestä 81 artiklan 1 kohdan rikkomisesta. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli voinut perustellusti katsoa, että usean yrityksen eri menettelytavat ovat ilmaus yhdestä kilpailusääntöjen rikkomisesta, joka kuuluu osittain sopimuksen ja osittain yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteeseen. Komission on kuitenkin jatkossakin näytettävä, että kukin todettu menettelytapa kuuluu 81 artiklan 1 kohdassa asetetun kiellon soveltamisalaan *joko* sopimuksena, yhdenmukaistettuna menettelytapana *tai* yritysten yhteenliittymien päätöksenä.

3.3.3.3 Polypropyleenikartelli

Toistaiseksi ratkaisevaksi komission uuden lähestymistavan testitapaukseksi muodostui polypropyleenia koskenut kartelli. Komissio totesi polypropyleenin tuottajien menetelleen 81 artiklan vastaisesti kilpailua rajoittavalla sopimuksella ja/tai syyllistyneen yhdenmukaistettuun menettelyyn. Komissio katsoi, että sarja kokouksia, keskusteluja, hinnankorotuksia ja muita kilpailua rajoittavia toimenpiteitä muodosti yhden rikkomuksen, eikä komission siten tarvinnut pilkkoa osiin yksittäisiä menettelytapoja. Koska menettelytavat osittain olivat saavuttaneet sopimuksen asteen, mutta osittain kyse oli vain yhdenmukaistetusta menettelystä, komissio katsoi, että jatkettu rikkomus voitiin luokitella "sopimukseksi ja yhdenmukaistetuksi toimenpiteeksi". Koska jokaisen yrityksen osalta oli todistettu, että ne olivat osallistuneet ainakin osaan yhdenmukaistettua käyttäytymistä, jokaisen yrityksen katsottiin olevan vastuussa koko rikkomuksesta. Muun ohella *Anic*-niminen yritys valitti komission päätöksestä[361] sillä perusteella, että yritys oli *osallistunut* vain kokouksiin, muttei ollut *sitoutunut* yhteiseen hinnoitteluun eikä *pannut* kokouksessa esillä olleita hintatavoitteita *täytäntöön*.[362] Yritys ei ollut myöskään osallistunut kaikkiin kokouksiin ja menettelytapoihin.

Sellutapauksessa kysymys oli siitä, millainen näyttö riittää yhdenmukaistetun toiminnan toteen näyttämiseen. Kyse oli tarkemmin siitä, voidaanko yhdenmukaisesta käyttäytymisestä markkinoilla tehdä se johtopäätös, että yritykset ovat yhdenmukaistaneet toimintaansa. *Anic-tapauksessa* oli kiistatonta, että yritykset olivat yhdenmukaistaneet toimintaansa. Kysymys kuului, edellyttääkö 81 (1) artikla sitä, että hinnoista ei ole ainoastaan keskusteltu, vaan että yritykset ovat lisäksi panneet toimeen keskustelut eli hinnoittelemalla hyödykkeensä yhdenmukaisesti. Mikäli kysymykseen vastataan myönteisesti, komission näyttö ei riittäisi tuomioon. Tapaus on mielenkiintoinen, sillä ensimmäisen asteen tuomioistuin, julkisasiamies ja EY:n tuomioistuin päätyivät kaikki hieman eri kannalle.[363]

> Tapaus sisältää pähkinän purtavaksi. Valittajien mukaan jo termi "yhdenmukaistettu toiminta" pitää sisällään sen, että yritysten markkinakäyttäytymisen on täytynyt yhdenmukaistua kielletyksi väitetyn yhteistyön seurauksena. Tämän vuoksi komissio ei voi käyttää yhdenmukaistettua menettelyä kaatoluokkana, jonka alle erittelemättä lastataan tilanteet, joissa varsinainen kartellinäyttö puuttuu. Mikäli komission kanta hyväksyttäisiin, rajanveto sopi-

---

[361] *Enichem Anic/ICI*, EYVL 1988 L 50/18.

[362] *Enichem Anic v. komissio*, T-6/89, Kok. 1991 s. II-1623; *Komissio v. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Kok. 1999 s. I-4125.

[363] Ks. tapauskommentaarin osalta Wessely (2001). Jäljempänä oleva tapauksen esittely, vaan eivät johtopäätökset, perustuvat pitkälti Wesselyn tekemään yhteenvetoon osapuolten ja tuomioistuinten keskeisistä argumenteista.

muksen ja yhdenmukaistetun käyttäytymisen välillä kävisi tarpeettomaksi. Kilpailunrajoitus ei voi olla pelkästään mentaalinen, vaan sen täytyy näkyä markkinoilla kilpailua rajoittavana toimintana. Yrityksen oikeusturva edellyttää, ettei sitä voida saattaa vastuuseen sellaisesta menettelystä, johon se ei itse ole osallistunut.[364]

EY:n komissio tarkasteli kysymystä kartellikiellon käytännöllisen tehokkuuden näkökulmasta. Rooman sopimuksen 81 (1) artiklassa kielletään, paitsi sopimukset, myös muut tätä väljemmät menettelytavat, joilla yritykset rajoittavat keskinäistä kilpailuaan. Yhdenmukaista käyttäytymistä koskevan kiellon tarkoituksena on estää kartellikiellon kiertäminen. Komissio viittasi myös siihen, että 81 artiklan mukaan vaihtoehtoisia tunnusmerkistöjä ovat kilpailun rajoittumisen tarkoitus ja vaikutus. Vaikutuksiin täytyy kiinnittää huomiota vain silloin, kun kilpailua rajoittavaa tarkoitusta ei ole osoitettu. Valittajien kannan hyväksyminen johtaisi paradoksaaliseen lopputulokseen, jossa yhdenmukaistetun käyttäytymisen toteen näyttämiseltä edellytettäisiin enemmän kuin sopimuksilta.[365]

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[366] katsoi, että tapauksissa, joissa kyse on vuosia jatkuneesta monimutkaisesta yhteistyöjärjestelystä, komission ei voida olettaa luokittelevan jokaisen yrityksen osalta erikseen, milloin kyse on sopimuksesta ja milloin yhdenmukaistetusta menettelytavasta, sillä joka tapauksessa kumpikin toimintatapa on kielletty 81 artiklassa.[367] Tribunaali hylkäsi valituksen toteamalla riittävää olevan sen, että yritykset poistavat tulevaa käyttäytymistä koskevan epävarmuuden väliltään. Sopimus ja yhdenmukaistettu menettelytapa kattavat subjektiiviselta kannalta samankaltaisia yhteistyön muotoja, jotka eroavat toisistaan ainoastaan voimakkuutensa ja ilmenemismuotojensa osalta. RS 81 (1) artiklassa tarkoitetun sopimuksen käsite perustuu siihen, että kyseiset yritykset ovat ilmaisseet yhteisen tahtonsa käyttäytyä markkinoilla määrätyllä tavalla. Vaikka sopimuksen ja yhdenmukaistetun me-

---

[364] Ks. *ANIC*, tuomion kohta 103; Wessely s. 743–744.

[365] *ANIC*, tuomion kohta 107; Wessely s. 744.

[366] *Enichem Anic v. komissio*, T-6/89, tuomion kohdat 695–699.

[367] Tuomioistuimen mukaan yhteisluokittelu on sallittu, milloin kilpailusääntöjen rikkominen koostuu sekä sopimuksista ja yhdenmukaistetuista toimenpiteistä, jolloin komission ei tarvitse erikseen näyttää toteen, että yritykset ovat rikkoneet kumpaakin kategoriaa koko komission päätöksen kattaman ajanjakson. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan komissiolla oli oikeus määritellä yksi, pitkään jatkunut kilpailusääntöjen rikkominen "sopimukseksi ja yhdenmukaistetuksi menettelytavaksi", koska rikkomiseen sisältyi osatekijöitä, jotka oli määriteltävä "sopimukseksi" sekä tekijöitä, jotka oli määriteltävä "yhdenmukaistetuksi menettelytavaksi" 81 EY artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Koska rikkomiseen sisältyi monenlaisia tekijöitä, komission polypropeenipäätöksen 1 artiklassa esittämä kaksiosainen määrittely oli ymmärrettävä siten, ettei se edellyttänyt samanaikaisesti ja kumulatiivisesti näyttöä siitä, että kullakin näistä tosiseikoista olisi sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan tunnusmerkit, vaan sillä oli pikemminkin ymmärrettävä tarkoitettavan monitahoista kokonaisuutta, johon sisältyi tosiseikkoja, joista joitakin oli pidettävä sopimuksina ja toisia yhdenmukaistettuina menettelytapoina 81 EY artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, kun kyseisessä määräyksessä ei ole erityistä määritelmää tällaiselle monitahoiselle kilpailusääntöjen rikkomiselle.

nettelytavan käsitteillä on osittain erilaiset tunnusmerkit, ne eivät ole keskenään yhteensopimattomia. Vastoin valittajan kantaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ei siten tarvinnut edellyttää, että komissio luonnehtisi kunkin todetun menettelytavan erikseen sopimukseksi tai yhdenmukaistetuksi menettelytavaksi, vaan se saattoi perustellusti katsoa, että komissio oli aivan oikein luonnehtinut toiset näistä menettelytavoista ensisijaisesti sopimuksiksi ja toiset toissijaisesti yhdenmukaistetuiksi menettelytavoiksi. Tuomion antamiseen riitti se, että yrityksellä oli mahdollisuus hyödyntää omassa hinnoittelussaan kilpailijoiden toimenpiteistä saamaansa etukäteisinformaatiota.[368] Vaikka yhdenmukaistetun toimenpiteen käsite periaatteessa edellyttää sekä yritysten välistä yhteistoimintaa että sitä seuraavaa markkinakäyttäytymistä, markkinakäyttäytyminen sisältyy yhteistoimintaa koskevaan elementtiin, mikäli yhteistoiminta menee tarpeeksi pitkälle. Kyseisessä tapauksessa yritykset olivat järjestäneet yhteisiä kokouksia, joissa oli keskusteltu yksityiskohtaisesti yritysten tulevasta markkinakäyttäytymisestä. Näin ollen oli käytännössä selvää, että yritykset hyödynsivät saamaansa informaatiota myöhemmässä markkinakäyttäytymisessään. Siksi ei ollut ratkaisevaa, voitiinko käytännössä osoittaa selvää yhteyttä yhteistyön ja sitä seuranneen käyttäytymisen välillä.[369]

Julkisasiamies Cosmas meni vielä ensimmäisen asteen tuomioistuinta pidemmälle. Julkisasiamiehen mukaan jos yritysten voidaan katsoa yhdenmukaistaneen toimintaansa, tämän jälkeen ei enää tarvita erillistä näyttöä siitä, että yritykset ovat toteuttaneet markkinoilla erillisiä toimenpiteitä, joilla kilpailunrajoitus pannaan täytäntöön.[370] Cosmasin kanta merkitsee käytännössä sitä, että kilpailijoiden väliset konspiratiiviset keskustelut kilpailun rajoittamiseksi täyttävät yhdenmukaistetun menettelyn tunnusmerkistön. Jos tämä juridinen standardi hyväksytään, yhdenmukaistetun menettelytavan käsite lähenee kielletyn tietojenvaihdon käsitettä. Cosmasin kanta perustuu kahteen seikkaan. Ensinnäkin 81 artiklan 1 kohdassa kielletään menettelytavat, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittuminen. Toiseksi, aikaisemmassa oikeuskäytännössä on todettu, että kilpailevien yritysten tulee päättää kilpailukäyttäytymisestään itsenäisesti. Itsenäisyyden vaatimus kieltää yritysten väliltä kaikki suorat ja epäsuorat kontaktit, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena on vaikuttaa kilpailevan yrityksen markkinakäyttäytymiseen.[371]

Nähdäkseni kanta on taloudellisesti perusteltu. Yhdenmukaistettu käyttäytyminen täytyy kieltää siitä riippumatta, mitä nimenomaista metodia käyttäen kilpailun rajoittaminen saadaan aikaiseksi. Johtopäätös, että konspiratiivisten keskustelujen käyminen täyttää 81 (1) tunnusmerkistön, on mitä perustelluin,

---

[368] Ks. *Hercules Chemicals v. komissio*, T-7/89, Kok. 1991 II s. 1711, tuomion kohdat 259–260.
[369] Ks. *Enichem Anic*, T-6/89, Kok. 1991 s. II-1623, tuomion kohta 201.
[370] Ks. *ANIC*, julkisasiamies Cosmasin lausunto, kohta 27.
[371] Ks. julkisasiamiehen lausunnon kohdat 24 ja 25.

koska tällaisten keskustelujen luonteesta seuraa liki varmasti se, että kilpailu rajoittuu, jollei muuten niin sikäli, että yritys tietää, miten sen kilpailijat aikovat käyttäytyä. Sitä, osallistuuko yritys itse toimeenpanoon, vai huijaako se ehkä kartellikumppaneitaan, ei voi olla menettelyn kiellettävyyden kannalta ratkaisevaa. Rajatapauksia ovat sellaiset tilanteet, joissa käyttäytymiselle on osoitettavissa sekä kilpailua rajoittavia että sitä lisääviä selitysmalleja, toisin sanoen, joissa vallitsee epätietoisuus sen suhteen, onko menettelyn tarkoituksena tai vaikutuksena ollut kilpailun rajoittuminen. Tällaisessa tapauksessa ei ole epäselvyyttä siitä, että käyttäytyminen sekä tarkoitukseltaan että vaikutuksiltaan johtaa kilpailun rajoittumiseen. Hard-core kontaktien kieltäminen on perusteltua. Muussa tapauksessa syntyy riski siitä, että yritykset välttyvät paljasta kilpailunrajoitusta koskevilta seuraamuksilta, jos ne onnistuvat hävittämään osan todisteista. Ei ole todellista riskiä siitä, että liian tiukan kieltostandardin seurauksena estettäisiin hyödyllistä yhteistyötä.[372]

Kieltostandardia on myös pidettävä tarkoituksenmukaisena, sillä se on selkeä ja helppo ymmärtää. Asianajajien yrityksille laatimissa compliance-ohjelmissa on jo vuosia todettu, että on kiellettyä keskustella kilpailijoiden kanssa hinnoittelusta tai muusta tulevasta käyttäytymisestä. Tämän yksinkertaisen asian sanomiselle julki olisi ollut paitsi tilaisuus, myös sosiaalinen tilaus. EY:n tuomioistuin oli kuitenkin toista mieltä:

> "... [O]n huomattava, että 81 EY artiklan 1 kohdan mukaisella yhdenmukaistetulla menettelytavalla tarkoitetaan yritysten välisen yhteistoiminnan muotoa, jolla tietoisesti korvataan kilpailun riskit käytännön yhteistyöllä ilman, että asiasta olisi tehty varsinaista sopimusta.[373] Yhteisöjen tuomioistuin totesi lisäksi, että yhteensovittamisen ja yhteistyön kriteerejä on tarkasteltava sellaisesta perustamissopimuksen kilpailua koskeville määräyksille ominaisesta näkökulmasta, jonka mukaan jokaisen yrityksen on itsenäisesti määrättävä yhteismarkkinoilla noudatettavaksi aikomastaan toimintalinjasta.[374] Tämän saman oikeuskäytännön mukaan, vaikka itsenäisyysvaatimus ei

---

[372] Ks. myös Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 54, jotka toteavat, että tiukka puuttuminen kilpailijoiden väliseen nimenomaiseen koordinaatioon on perusteltua, sillä riski virhetyypistä I (hyödyllisen menettelyn kieltäminen) on näiden kilpailunrajoitusten osalta varsin pieni. Asettamalla turhan korkea kynnys koordinaation lainvastaisuudelle luodaan samalla tilanne, jossa virhetyyppi II (haitallisen menettelyn salliminen) yleistyy. Nevenin ym. mukaan lievempää suhtautumista voidaan perustella markkinoilla, joilla yritysten kapasiteetti suhteessa kysyntään on suuri tai kysyntä laskee voimakkaasti. Kriisikartellien salliminen saattaa yksittäistapauksissa olla perusteltua, jos uhkana on omaisuusarvojen häviäminen konkurssin seurauksena. Nähdäkseni tällöinkin kyse on absoluuttisesta poikkeustilanteesta, jonka arviointi tapahtuu paremmin poikkeuslupaharkinnan kuin kieltostandardin yhteydessä.

[373] Ks. em. yhdistetyt asiat *Suiker Unie ym. v. komissio*, 172/80, tuomion 26 kohta ja yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85-C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio*, tuomio 31.3.1993, Kok. 1993, s. I-1307, 63 kohta.

[374] Ks. em. yhdistetyt asiat *Suiker Unie ym. v. komissio*, tuomion 173 kohta; asia 172/80, *Züchner*, tuomio 14.7.1981, Kok. 1981, s. 2021, 13 kohta; em. yhdistetyt *asiat Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio*, tuomion 63 kohta ja em. asia *John Deere v. komissio*, tuomion 86 kohta.

> suljekaan pois yritysten oikeutta sopeutua tehokkaasti kilpailijoidensa todettuun tai odotettuun käyttäytymiseen, sen kanssa on kuitenkin ehdottomasti ristiriidassa, että tällaiset yritykset olisivat keskenään minkäänlaisessa suorassa tai epäsuorassa yhteydessä joko pyrkimällä vaikuttamaan todellisen tai mahdollisen kilpailijan markkinakäyttäytymiseen tai paljastamalla tällaiselle kilpailijalle päätetty tai suunnitteilla oleva markkinakäyttäytyminen, kun näiden yhteydenottojen tarkoituksena tai vaikutuksena on sellaisten kilpailuolosuhteiden muodostuminen, jotka eivät vastaa tavanomaisia olosuhteita kyseisillä markkinoilla, kun otetaan huomioon tarjottujen tuotteiden tai palveluiden luonne, yritysten merkittävyys ja lukumäärä sekä kyseisten markkinoiden laajuus.[375] Tästä seuraa, että yhdenmukaistetun menettelytavan käsite, sellaisena kuin se ilmenee 81 EY artiklan 1 kohdan sanamuodosta, kattaa paitsi yritysten välisen yhteistoiminnan, myös tätä yhteistoimintaa seuraavan markkinakäyttäytymisen ja näiden kahden seikan välisen syy-yhteyden. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siten tehnyt yhdenmukaistetun menettelytavan tulkintaa koskevan oikeudellisen virheen katsoessaan, että yhteistoiminnalla oli väistämättä ollut vaikutuksia siihen osallistuneiden yritysten käyttäytymiseen."[376]

EY:n tuomioistuimen päätöksen perustelujen valossa jää hieman hämäräksi, minkä oikeudellisen virheen ensimmäisen asteen tuomioistuin oli tehnyt. Siteeratuista aikaisemmista ratkaisuista ei nimittäin ilmene sitä, että kartellikokoukset olisivat kiellettyjä vain ja ainoastaan, jos kiellettyä tietojenvaihtoa seuraa implementoiva käyttäytyminen. Päinvastoin aiemmat ratkaisut näyttäisivät tukevan julkisasiamiehen esittämää linjaa. Nahkapäätöksenä voidaan pitää sitä, ettei päätöstä kumottu, jos standardi on tämä. Tuomioistuin pelastui käännetyn todistustaakan taakse:

> "On kuitenkin syytä olettaa, elleivät asianomaiset toimijat esitä vastakkaista näyttöä, että yhteistoimintaan osallistuvat ja edelleen markkinoilla toimivat yritykset ottavat markkinakäyttäytymisessään huomioon kilpailijoidensa kanssa vaihdetut tiedot. Näin on etenkin siinä tapauksessa, että yhteistoiminta jatkuu pitkän ajanjakson kuluessa säännöllisenä, kuten nyt käsiteltävänä olevassa asiassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemien toteamusten mukaan."[377]

Toisin sanoen, yhdenmukaistettu käyttäytyminen edellyttää yhdenmukaistamista ja tämän jälkeistä markkinakäyttäytymistä, mutta yhdenmukaistamisen oletetaan vaikuttavan käyttäytymiseen, ellei yritys pysty muuta osoittamaan.[378]

---

[375] Ks. vastaavasti em. yhdistetyt asiat *Suiker Unie ym. v. komissio*, tuomion 174 kohta, em. asia *Züchner*, tuomion 14 kohta ja em. asia *John Deere v. komissio*, tuomion 87 kohta.

[376] *ANIC*, tuomion kohdat 115–118. Edelliset alaviitteet ovat samat viittaukset, jotka tuomioistuimen päätöksessä olivat sulkumerkkien sisällä.

[377] Tuomion kohta 121.

[378] EY:n tuomioistuin vielä lisäsi, että yhdenmukaistettu menettelytapa voi kuulua 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, vaikka markkinoilla ei olisikaan kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Kuten

Tämän jälkeen EY:n tuomioistuin hylkäsi valittajan väitteen siitä, ettei se ollut pannut täytäntöön kokouksessa sovittuja hintatavoitteita. Anic oli toiminut markkinoilla myös kyseisten neuvottelujen jälkeen. Anic ei toisaalta ollut väittänyt, että sen myöhempi markkinakäyttäytyminen olisi määräytynyt kyseisiin neuvotteluihin osallistumiseen nähden itsenäisesti. Tästä seurasi, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemällä oikeudellisella virheellä ollut vaikutusta valituksenalaisen tuomion tuomiolauselmaan, joka on perusteltu muiden oikeudellisten perusteiden vuoksi.[379] Välttyäkseen sakoilta Anicin ja muiden vastaajien olisi täytynyt osoittaa, että ne ovat kartellikokousten jälkeen määrittäneet käyttäytymisensä markkinoilla itsenäisesti.[380] Voidaan yhtyä *Wesselyn* arvioon, että vaikutuksen puuttumisen osoittaminen tulee olemaan käytännössä hyvin vaikeaa.[381]

EY:n tuomioistuin totesi niin ikään polypropyleenia koskeneessa tapauksessa *Hüls,*[382] ettei yhdenmukaistun menettelyn tunnusmerkistö aina edellytä näyttöä siitä, että menettelyllä on haitallisia vaikutuksia markkinoilla. EY:n tuomioistuin perusteli päätöstään 81 artiklan sanamuodolla, jonka mukaan riittävää on, että menettelyn *tarkoituksena tai vaikutuksena* on kilpailun rajoittuminen yh-

---

81 artiklan sanamuodosta ilmenee, yritysten väliset sopimukset ja yritysten yhteenliittymien päätökset ja myös yhdenmukaistetut menettelytavat ovat vaikutuksistaan riippumatta kiellettyjä, jos niillä on kilpailua rajoittava *tarkoitus*. Vaikka yhdenmukaistetun menettelytavan käsite sinänsä edellyttää markkinoilla toimivien yritysten tietynlaista käyttäytymistä, se ei välttämättä merkitse sitä, että tämän käyttäytymisen konkreettisena vaikutuksena olisi kilpailun rajoittuminen, estyminen tai vääristyminen. Tämän huomion merkitys jää epäselväksi, sillä päätöksestä ilmenevien olosuhteiden perusteella kokousten tarkoituksena oli kilpailun rajoittaminen.

[379] Ks. *ANIC*, tuomion kohdat 128–129.

[380] *ANIC*, tuomion kohta 128.

[381] Ks. Wessely (2001) s. 764. Päätöksen käytännön vaikutuksena tulee pitkälti olemaan, että yhdenmukaisesta menettelytavasta tulee yksi kiellettyjen kartellimuotojen ryhmä. Kontakteja seuraavaa yhdenmukaista käyttäytymistä ei jatkossa pidetä enää välttämättömänä elementtinä, vaan pikemminkin yhtenä tapana näyttää toteen, että yritykset ovat yhdenmukaistaneet käyttäytymistään. Sen sijaan ei voida yhtyä Wesselyn näkemykseen, jonka mukaan kilpailun rajoittamistarkoituksessa tapahtuneiden kontaktien ei de lege ferenda tulisi olla riittäviä. Wessely haluaisi säilyttää hengissä perinteisen sopimuskriteerin, koska oikeuskäytännön rakentuminen yritysten välisten kontaktien varaan vaarantaisi oikeusturvan. Yritykset eivät tietäisi, mihin asti ne voivat keskustella esim. hinnoista kilpailijoiden kanssa. Wessely esittää, että oikeuskäytännössä kartellituomiolta tulisi vaatia 1) yhdenmukaisen ja kilpailua rajoittavan käyttäytymisen esiintymistä, 2) jota edelsivät relevantin informaation vaihtaminen yritysten välillä ja 3) kausaalisuhteen osoittamista yritysten välillä. Ks. Wessely (2001) s. 758–760. Mielestäni Wesselyn ehdotus heikentäisi kartellikiellon tehokkuutta, mikä ehkä on ehdotuksessa tarkoituskin. Erityisesti kausaalisuhteen esittäminen olisi vaikeaa. Standardi ei myöskään lisäisi vaan vähentäisi oikeudellista varmuutta, sillä kilpailua rajoittavien kontaktien sallittavuus/kiellettävyys jäisi riippumaan siitä, noudattavatko yritykset yhdenmukaistettua käyttäytymiskaavaa vai huijaako ehkä joku, ja toisaalta siitä, millainen kausaalisuhde yksittäistapauksessa onnistuttaisiin osoittamaan. Paljon parempi ja selkeämpi standardi on seuraava: kilpailijoiden ei tule keskustella keskenään senhetkisistä tai tulevista hinnoistaan tai mistään muistakaan sellaisista seikoista, jotka normaalisti kuuluvat liikesalaisuuksien piiriin.

[382] *Hüls AG v. komissio*, C-199/92P, Kok. 1999 s. I-4287.

teismarkkinoilla tai niiden olennaisella osalla.[383] Kartellinomaisessa tietojenvaihdossa oletuksena voidaan pitää sitä, että tietojen vaihto johtaa kilpailun rajoittumiseen. *Whish* arvelee tuomioistuimen tarkoittavan sitä, ettei komission tarvitse erikseen todistaa, että yritysten käyttäytyminen yhdenmukaistuu tietojenvaihdon seurauksena.[384] Jos tietojenvaihdon tarkoitus on kielletty, muuta ei tarvita.[385] Nähdäkseni tuomioistuimen kanta selittyy sillä, että yritysten välinen tietojenvaihto oli selkeän konspiratiivista. Kun homogeenista bulkkituotetta myyvät oligopoliyritykset vaihtavat keskenään tulevaa käyttäytymistään koskevia liikesalaisuuksia, yleisen elämänkokemuksen mukaan kyse ei ole sen enempää harmittomasta toiminnasta kuin pyrkimyksestä edistää kilpailua. Vallitsevissa olosuhteissa tuomion ei pidäkään edellyttää muuta kuin näyttöä kokouksista ja tietojenvaihdosta.[386] Toivottavaa olisi, että oikeuskäytäntö kehittyisi vielä enemmän samaan suuntaan. EY:n käytännössä on tältä osin terästämisen varaa. Vaikeaselkoinen teoretisointi yhdenmukaistetun menettelyn vaikutuksista yritysten käyttäytymiseen ja markkinaolosuhteisiin ei vaikuta välttämättömältä.

3.3.3.4 Yhteenvetoa yhdenmukaistetun toimenpiteen käsitteestä

Bellamyn ja Childin kommentaariteoksessa yhdenmukaistetun toimenpiteen käsite määritellään EY-tuomioistuinten oikeuskäytännön perusteella seuraavasti:

1) yritysten välillä on havaittavissa suullista tai kirjallista *yhteydenpitoa*, usein kontaktit muodostuvat kokouksista, keskusteluista, tietojen vaihtamisesta tai tunnusteluista ("soundings out");
2) yhteydenpito *sisältää yhteistoimintaa, joka luonteeltaan poikkeaa normaalista kilpailukäyttäytymisestä*, esim. poistaa yrityksen tulevaa käyttäytymistä koskevan epävarmuuden;
3) yhteydenpito *vaikuttaa yritysten markkinakäyttäytymiseen*, joko säilyttämällä sen ennallaan tai muuttamalla käyttäytymistä.[387]

---

[383] *Hüls*, tuomion kohta 163.

[384] Ks. Whish (2001 a) s. 109–110.

[385] Whish viittaa oikeuskäytännön muuttumista koskevan havaintonsa tueksi komission päätökseen tapauksessa *British Sugar*. Komissio totesi tuossa päätöksessä, ettei yhdenmukaistettu menettely edellytä näyttöä vaikutuksista markkinoilla. *British Sugar plc ym.*, EYVL 1999 L 76/1.

[386] Myös Whish toteaa tämän, joskin hän näyttää hieman epäröivän lopputuloksen järkevyyttä (Whish 2001 a, s. 110): "Even if one has semantic, or indeed philosophical, problems with the proposition that a concerted practice need not have produced effects on the market, the law is clearly stated in this judgment". Ks. myös Whish (2000) s. 226. "The cumulative effect of these judgements must be beneficial to the Commission in its cartel policy, since the courts seem to have deliberately refrained from construing the expressions agreement and concerted practice in a legalistic or formalistic manner: what emerges, essentially, is that any contact between competitors that touches upon business behaviour such as pricing, markets, customers and volume of output is risky to the extreme."

[387] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 67: "In the light of the above cases it is submitted that a concerted practice will be held to exist where: a) there is some positive contact between the parties, which

Yhdenmukaistetun menettelytavan tunnusmerkistön täyttymisen katsotaan siten edellyttävän kolmen tunnusmerkistön täyttymistä: 1) kontakti, 2) yhteistoiminta ja 3) vaikutus käyttäytymiseen.[388] Määritelmä näyttäisi vastaavan varsin yksityiskohtaisesti EY-kilpailuoikeuden tämänhetkistä kehitysastetta. Kartellikiellon tehokkuuden ja taloudellisen mielekkyyden näkökulmasta eräät täsmennykset ovat kuitenkin tarpeen. Kartellikieltoa tulee kilpailuoikeudellisen yleisperiaatteen mukaan tulkita siten, että huomiota kiinnitetään juridisen muodon sijasta menettelyn tarkoitukseen ja vaikutuksiin.

Yritysten välinen yhteydenpito. On selvää, ettei yhteydenpidon muoto ole olennaista. Näin ollen yritysten ei välttämättä tarvitse suoranaisesti pyrkiä sopimaan käyttäytymisestä keskenään. Riittävää on esim. se, että yritys luovuttaa kilpailijoilleen tietoa tulevasta käyttäytymisestään sillä oletuksella, että muut tekevät siitä johtopäätöksiä ja parhaassa tapauksessa mukauttavat käyttäytymistään saamansa informaation perusteella. Kontaktien ei tarvitse olla suoria, vaan ne voivat olla myös *epäsuoria*. Välikäsien, esim. toimialayhdistyksien käyttäminen koordinaation hallinnassa ei poista lainvastaisuutta.[389] Jos menettelystä saadaan riittävä näyttö, kiellettynä voidaan pitää esimerkiksi sitä, että yritykset luovuttavat puolin ja toisin yhteiselle agentille, esim. toimialayhdistykselle, sellaisia tietoja liiketoiminnastaan, joiden perusteella yritysten käyttäytymistä on mahdollista koordinoida ilman todisteita yritysten välisestä suorasta kanssakäymisestä. Yhdenmukaistetusta toiminnasta on kyse myös, jos kilpailijat ilmoittavat toisilleen etukäteen suunnittelemistaan hinnankorotuksista.[390] Rajatapauksen muodostaa tulevan käyttäytymisen ilmoittaminen kilpailijoille julkisesti esim. tiedotusvälineitten kautta (ns. signalointi). Sen sijaan kiellettynä ei ole pidetty hintojen julkista etukäteisilmoittamista, kun kyse oli asiakkaille suunnatuista ilmoituksista ja markkinoiden läpinäkyvyys perustui asiakkaiden tarpeeseen saada etukäteisinformaatiota.[391] Ongelmaksi muodostuu se, että keskittyneillä markkinoilla yritykset voivat varsin tehokkaasti viestittää toisilleen tulevasta toiminnastaan Rajanveto kielletyn ja sallitun hintojen ilmoittamisen välillä ei liene vielä lopullisesti muotoutunut.

Yritysten välisen yhteydenpidon normaaliutta/epänormaaliutta on arvioitava objektiivisten kriteerien perusteella. Esim. se, että alalla on perinteisesti vaihdettu luottamuksellisia tietoja, ei vielä osoita, että toiminta olisi "normaalia".

---

will often consist of meetings, exchanges of information, or "soundings out", whether oral or written; and b) such contact involves cooperation that is contrary to the normal competitive processes, for example by removing uncertainty as to the future competitive conduct of an undertaking, c) that contact has the effect of maintaining or altering the commercial conduct of the undertakings concerned."

[388] Ks. myös esim. Van Bael/Bellis, kohta 10–430; Raffaeli (1996) s. 2.

[389] Samalla kannalla myös Van Bael/Bellis, kohta 10–430; Leivo/Leivo, s. 32.

[390] *ICI v. komissio*, C-286/95P, tuomion kohdat 100–101.

[391] Ks. *Woodpulp*, tuomion kohdat 126 ja 127.

Siitä, miten on, ei voi johtaa, miten pitää olla. Keskittyneillä markkinoilla samaa homogeenista hyödykettä valmistavilla yrityksillä on luontaisesti suuri kiusaus rajoittaa keskinäistä kilpailuaan lisäämällä keinotekoisesti markkinoiden transparenssia. *Bellamyn ja Childin* termi normaali kilpailu voidaan korvata *suorituskilpailun* käsitteellä. Suorituskilpailussa yritykset pyrkivät parantamaan asemaansa markkinoilla parantamalla oman suorituksensa hinta-laatusuhdetta suhteessa kilpailijoihin. Kyse ei ole siitä, mitä nimenomaisia kilpailukeinoja käytetään, vaan siitä, että ylioptimaaliset voitot haetaan tehokkuudesta. Käytettäessä suorituskilpailusta poikkeavia kilpailukeinoja haittaa kärsii asiakas.[392] Normaalia ei ole esim. luottamuksellisen tarjouksen sisältöä, hintoja, kustannuksia, asiakassuhteita tai kilpailijoita koskevien tietojen luovuttaminen tai näiden asioiden käsitteleminen yhteisissä kokouksissa. Sen sijaan dynaamisesti kehittyvillä markkinoilla yhteisten standardien luomisen edellyttämien tietojen vaihtaminen saattaa nopeuttaa teknistä kehitystä ja itse asiassa tehostaa yritysten välistä kilpailua.

Bellamyn ja Childin viimeinen kriteeri, jonka mukaan yhteistoiminnan tulee *vaikuttaa yritysten toimintaan*, perustuu EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. *Anic-tapauksessa* ensimmäisen asteen tuomioistuin oli pitänyt riittävänä, että tietojen vaihtaminen on *omiaan vaikuttamaan* yritysten toimintaan. Yhteydenpidon räikeä luonne huomioon ottaen, ensimmäisen asteen tuomioistuin yksinkertaisesti oletti vahingolliset vaikutukset. EY:n tuomioistuin pitäytyi kuitenkin konservatiivisessa määritelmässään, jonka mukaan yhdenmukaistetun toiminnan vaikutukset tulee *konkreettisesti* todentaa. Kanta on ongelmallinen, koska varman kausaalisuhteen osoittaminen on käytännössä vaikeaa, ellei mahdotonta. Kun markkinakäyttäytymiseen vaikuttavia tekijöitä on kymmeniä tai satoja, voidaan yleensä aina väittää, että yhdenmukaistaminen on tai ei ole vaikuttanut yritysten käyttäytymiseen. Kartellikieltoa ei voi myöskään sitoa siihen, kuinka hyvin yhdenmukaistettu toiminta käytännössä onnistuu. Lain tulisi tuomita tasapuolisesti nerokkaat ja kömpelöt kartellit. Kartellikielto ei perustu koordinoinnin onnistumiseen yksittäistapauksessa, vaan menettelytavan yleiseen vahingollisuuteen. Ei ole osoitettavissa mitään syytä, miksi kilpailevien yritysten pitäisi antaa järjestää kartellikokouksia ja jättää menettelyn tuomittavuus riippumaan edes ohuen langan varassa siitä, miten kukin yritys on saamaansa informaatiota hyödyntänyt. EY:n tuomioistuimen päätös on valitettava esimerkki skolastiikasta, jolla yksinkertainen asia saadaan tehtyä monimutkaiseksi elämälle vieraalla ja käytännön tarpeita silmällä pitäen vahingollisella saivar-

[392] Suorituskilpailussa oman aseman parantaminen yli markkinoiden kasvulisän merkitsee väistämättä kilpailijan aseman suhteellista heikentämistä. Voidaan olettaa, että samasta asiakkaasta kilpailevat yritykset pyrkivät normaalisti pitämään toisensa pimeässä tulevan käyttäytymisensä suhteen. Ottaen huomioon, ettei yhdenmukaistettu toiminta kokonaan poista yritysten välistä rivaliteettia, lienee todennäköistä, etteivät yritykset luovuta kilpailijoilleen kaikkea relevanttia tietoa ainakaan korrektissa muodossa.

telulla. Anic-tapauksessa ei ollut seikkoja, joiden perusteella kartellikokouksille voitaisiin osoittaa legitiimi tarkoitus. Kilpailunrajoitusta ei tosiasiassa edes kiistetty. Miksi laatia prejudikaatti, joka suosi kartelleja? Eikö EY:n tuomioistuin pidä niitä vahingollisina? Täytyykö vahingolliset vaikutukset erikseen osoittaa, vaikka menettelyn tarkoitus ja vaikutukset ovat ilmeiset?

Kartellikiellon *juridisen* tunnusmerkistön näkökulmasta riittävänä olisi pidettävä sitä, että yhdenmukaistettu toiminta on luonteeltaan sellaista, että se luo merkittävän riskin kilpailun rajoittumisesta. Tämä taas tulee arvioida kokousten, tietojenvaihdon tms. sisällön perusteella. Sen sijaan *näytön arvioinnin* kannalta konkreettisten vaikutusten vaatimus on perusteltu silloin, kun yhdenmukaistettua toimintaa perustellaan taloudellisella näytöllä. Tällöin väitetyn yhteistoiminnan konkreettiset vaikutukset yrityksen käyttäytymiselle muodostavat välttämättömän osan päättelyketjua. Mielestäni EY:n tuomioistuimen päätöksessä sekoitetaan juridinen tunnusmerkistö ja näyttökynnys keskenään. Ensimmäisen asteen päätös ja julkisasiamiehen lausunto ovat paremmin linjassa tässä tutkimuksessa edustetun kannan kanssa. Selvänä trendinä voidaan pitää sitä, että suhtautuminen kartelleihin on kiristymässä.[393]

3.3.4 Tietojenvaihtokartellit

Kilpailuoikeudellinen rajanveto kilpailijoiden välisen horisontaalisen tietojenvaihdon perusteella suoritetaan *1) vaihdettavan tiedon luonteen* ja *2) markkinaolosuhteiden perusteella*, joissa tietoa vaihdetaan. Rajatapauksissa huomiota kiinnitetään lisäksi siihen, *3) mille tahoille* tietoja toimitetaan. Julkisista lähteistä saatavan, yleisessä muodossa kootun historiallisen tiedon vaihtaminen jää yleensä kartellikiellon ulkopuolelle. Vuoden 1968 yritysten yhteistyösopimuksia koskeneessa tiedonannossa[394] todettiin, ettei kartellikielto koske yleisluonteista kokemusten ja tietojen vaihtamista eikä yhteisten markkinatutkimusten tai tilastojen laatimista yhteisissä toimialajärjestöissä. Vuoden 2000 horisontaalista yhteistyötä koskeva tiedonanto[395] ei käsittele tietojen vaihtamista. On kuitenkin arveltu, ettei tiedonannon vaikeneminen tältä osin merkitse yleisluonteisen tiedon tasolla pysyvän teknisluonteisen yhteistyön kiellettävyyttä.[396]

Erityisesti oligopolisilla markkinoilla kilpailijat eivät saa vaihtaa luottamuksellista, ajankohtaista markkinatietoa, jonka perusteella on pääteltävissä tietyn yrityksen solmimien liikesuhteiden sisältö. Kiellon piiriin kuuluu erityisesti sellaisen tiedon vaihtaminen, jonka perusteella yritykset voivat päätellä kilpai-

---

[393] Ks. myös esim. Temple Lang (2002) s. 274–275.
[394] EYVL 1968 C 75/3.
[395] EYVL 2001 C 3/2.
[396] Bellamy/Child (2001) s. 257.

lijoidensa tulevaa käyttäytymistä markkinoilla. Mitä keskittyneempi markkinarakenne on, sitä helpommin kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy. Jälkimmäinen rajanveto selittyy luontevasti markkinavoiman käsitteellä: mitä enemmän osapuolilla on markkinavoimaa, sitä helpommin ei-julkisia tietoja on mahdollista hyödyntää kauppakumppaneiden vahingoksi. Jos markkinoilla toimii vain muutama yritys, yrityksillä on mahdollisuus toimenpiteillään vaikuttaa kilpailijoidensa käyttäytymiseen. Tällöin erityisesti kilpailijoiden tulevaa käyttäytymistä koskeva informaatio on omiaan heikentämään entisestään markkinoiden toimivuutta. RS 81 (1) artikla ei koske pelkästään hintatiedon vaihtamista, vaan mitä tahansa sellaista informaatiota, jota ei ole saatavissa julkisista lähteistä ja jolla on merkitystä yritysten kilpailukäyttäytymisen kannalta. Itse asiassa hintatiedon saaminen esim. asiakashaastatteluin on yleensä markkinaosuuksia ja yritysten tulevaa toimintaa koskevia tietoja helpommin saatavilla. Näin ollen markkinaosuuksia ja asiakassuhteita koskevan tiedon vaihtamisesta on hintojen vaihtamista enemmän vahinkoa, ainakin silloin, kun kyse on jälkikäteisestä tiedon vaihtamisesta. Markkinaosuuksia ja asiakkaiden siirtymiä koskeva informaatio kertoo muille suhteellisen suurella luotettavuudella sen, kuinka kilpailullisesti tai kooperatiivisesti mainittu yritys on käyttäytynyt.

3.3.4.1 UK Agricultural Tractor Registration Exchange

EY:ssä johtavana prejudikaattina voidaan pitää tapausta *UK Agricultural Tractor Registration Exchange,* jossa neljä suurinta maataloustraktorien toimittajaa hallitsi yhdessä noin 88 %:n osuutta relevanteille markkinoille toimitetuista traktoreista. EY:n komissio oli hyväksynyt vuonna 1975 tietojenvaihtojärjestelmän, jolla kilpailevat traktorien valmistajat vaihtoivat mm. traktoreiden rekisteröintiin kuuluvia tietoja. Toisin kuin edellä käsitellyissä tapauksissa, asiassa ei oltu edes väitetty, että tietojenvaihto liittyisi osana laajempaan kartellijärjestelyyn. Kyse oli siten tietojenvaihtojärjestelmän arvioinnista erillisenä kilpailunrajoituksena. Komissio hylkäsi poikkeusluvan uudistamista koskevan hakemuksen,[397] koska se katsoi, että rekisteröintitietojen vaihtaminen oli voimakkaan oligopolistisilla markkinoilla omiaan rajoittamaan kilpailua.

> EY:n komissio tarkasteli ensiksi tietojenvaihtojärjestelmän sitä osaa, jonka avulla on mahdollista saada tietoon kunkin kilpailijan myynti. Komissio otti huomioon markkinoiden rakenteen, järjestelmään hankittujen tietojen luonteen, vaihdettujen tietojen yksityiskohtaisuuden ja sopimusosapuolten säännöllisen kokoontumisen AEA:n johtokunnassa. Komissio katsoi sopimuksen rajoittavan kilpailua, koska se lisäsi voimakkaasti keskittyneiden markkinoiden läpinäkyvyyttä ja vahvisti muiden kuin jäsenten markkinoillepääsyn

[397] Komission päätöksen osalta ks. EYVL 1992 L 68/19.

esteitä.[398] Komissio arvioi toiseksi tietojenvaihtojärjestelmää niiden tietojen jakelun suhteen, jotka koskivat jokaisen jäsenen jälleenmyyjien myyntiä. Tältä osin komissio painotti sitä, että tietojen avulla oli mahdollista saada selville eri kilpailijoiden myynnin määrä jokaisen maantieteellisen alueen osalta silloin, kun tietyn tuotteen toteutuneiden myyntien kokonaismäärä on tiettynä aikana tällä alueella kymmentä yksikköä pienempi. Komissio lisäksi totesi, että mahdollisuus jälleenmyyjien tai rinnakkaistuonnin harjoittajien liiketoiminnan estämiseen oli olemassa.[399]

EY:n komission päätöksestä valitettiin EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimeen. Pääasiallisena perusteena valittajat katsoivat, ettei järjestely rajoittanut kilpailua. Päinvastoin, turvaamalla tietojenvaihtosopimuksen avulla yrityksille ajankohtaiset markkinatiedot järjestely lisäsi kilpailua. Ratkaisussa EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[400] asettui ratkaisussaan komission kannalle kiinnittäen huomiota erityisesti markkinoiden rakenteeseen:

"Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin painottaa, että kuten kantaja tuo esiin, komissio kieltää päätöksellään ensimmäistä kertaa sellaisen riittävän samankaltaisia tuotteita koskevan tietojenvaihtojärjestelmän, joka kohdistumatta välittömästi näiden tuotteiden hintatietoihin ei muillakaan tavoin vaikuta kilpailua rajoittavia rakenteita tukevasti. Tältä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kuten kantaja perustellusti väittääkin, todella kilpailluilla markkinoilla yritysten välinen läpinäkyvyys on periaatteessa osaltaan omiaan vaikuttamaan tarjoajien välistä kilpailua tehostavasti, koska tällaisessa tilanteessa se seikka, että yritys ottaa huomioon markkinoiden toiminnasta tietojenvaihtojärjestelmän ansiosta käytettävissään olevat tiedot muuttaakseen markkinakäyttäytymistään, ei ole tarjonnan hajautuneisuuden tähden omiaan vähentämään tai poistamaan muiden yritysten epävarmuutta niiden kilpailijoiden käyttäytymisen ennakoitavuuden suhteen. Toisaalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuitenkin katsoo, että kuten tällä kertaa komissio väittää, kun rekisteröityjä ajoneuvoja ja niiden rekisteröintipaikkoja koskevia täsmällisiä tietoja vaihdetaan lyhyin väliajoin yleisesti merkittävimpien tarjoajien kesken ja kantajan väitteestä poiketen yksinomaan niiden hyödyksi sekä tämän johdosta muut tarjoajat ja kuluttajat sivuuttaen, tällainen tietojenvaihto on nyt kyseessä olevien kaltaisilla voimakkaasti keskittyneillä oligopolistisilla markkinoilla, joilla tämän vuoksi kilpailu on jo voimakkaasti heikentynyt ja tietojen vaihto helpottunut, omiaan tuntuvasti vääristämään vielä jäljellä olevaa kilpailua yritysten kesken [...]. Tällaisessa tilanteessa markkinoiden toimintaa koskevien tietojen säännöllisen ja lyhyin väliajoin tapahtuvan yhdistämisen vaikutuksesta kaikille kilpailijoille nimittäin paljastuvat määräajoin jokaisen muun kilpailijan markkina-asemat ja toimintastrategiat."[401]

---

[398] Komission päätöksen kohdat 35–52.

[399] Komission päätöksen kohdat 53–56.

[400] *Fiatagri ja New Holland Ford v. komissio*, T-34/92, Kok. 1994 s. II-905 ja *John Deere v. komissio*, T-35/92, Kok. 1994 s. II-957.

[401] *John Deere v. komissio*, tuomion kohta 51.

Täydellisesti kilpailluilla markkinoilla yritysten välinen läpinäkyvyys olisi periaatteessa omiaan tehostamaan kilpailua. Sen sijaan keskittyneillä markkinoilla markkinatietojen vaihto antaa yrityksille mahdollisuuden saada tietoonsa kilpailijoidensa markkina-asemat ja markkinastrategiat sekä siten on omiaan tuntuvasti vääristämään vielä jäljellä olevaa kilpailua yritysten kesken. Huomioon otettiin myös välitettyjen tietojen luottamuksellisuus sekä tietojenvaihdon säännöllisen toistuminen lyhyillä aikaväleillä. Tietojenvaihdon avulla sopimukseen liittyneet yritykset saivat mahdollisuuden saada tietoonsa paitsi omat tietonsa, myös sopimukseen liittyneiden kilpailijoiden ja niiden jälleenmyyjien myynnit. Tietoja jaettiin "merkittävimpien tarjoajien kesken yksinomaan niiden hyödyksi sekä muut tarjoajat ja kuluttajat sivuuttaen".

3.3.4.2 Tapauksen arviointia

EY:n tuomioistuin[402] asettui samalle kannalle. Tietojenvaihtojärjestelmä alensi markkinoiden toimintaan liittyvän epävarmuuden astetta tai poistaa tämän epävarmuuden kokonaan ja että se on näin ollen ollut omiaan vääristämään valmistajien välistä kilpailua. EY:n tuomioistuin viittasi sellutapaukseen. Sellupäätöksessä oli todettu, ettei järjestelmä, jossa selluloosamarkkinoilla noudatettavat myyntihinnat ilmoitetaan vuosineljänneksittäin, ole itsessään ristiriidassa perustamissopimuksen 81 (1) artiklan kanssa. Erona tähän tapaukseen oli se, että tuottajien käyttöön ottama järjestelmä, jossa paperimassan myyntihinnat ilmoitetaan vuosineljänneksittäin, merkitsee ostajille hyödyllisen tiedon välittämistä, kun taas nyt esillä oleva tietojenvaihtojärjestelmä sallii tietojen jakamisen ainoastaan sopimukseen liittyneille yrityksille. Viimeinen toteamus viittaa siihen, että tietojenvaihtosopimuksiin saatetaan rajatapauksissa suhtautua lievemmin, jos järjestely hyödyttää myös asiakkaita.

Leivo ja Leivo ovat tehneet ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen perusteella sen johtopäätöksen, että "tietojenvaihtosopimusten solminen muilla kuin oligopolimarkkinoilla voisi olla sallittua". Kirjoittajat jatkavat, että "näin voisi olla ainakin, jos sopimuksen osoitettaisiin tosiasiassa lisäävän kilpailua".[403] Johtopäätös on mielenkiintoinen, joskin ensimmäinen lause vaikuttaa rohkealta yleistykseltä. Mielestäni huomiota on kiinnitettävä ensisijaisesti vaihdettavien tietojen luonteeseen ja osapuolten tarkoitukseen. RS 81 (1) artiklan tunnusmerkistö täyttyy, jos kilpailua rajoittavan sopimuksen *tarkoituksena tai vaikutuksena* on kilpailun rajoittuminen. Mikäli yritykset vaihtavat tulevaa kilpailukäyttäytymistään koskevaa salaista tietoa – *ns. kovaa aineistoa* – sopimuksen nimenomaisena tarkoituksena voidaan olettaa olevan kilpailun rajoitta-

---

[402] *John Deere v. komissio*, C-7/95, Kok. 1998 s. I-3111; *New Holland Ford v. komissio*, C-8/95P, Kok. 1998 s. I-3175.

[403] Leivo/Leivo (1997) s. 106.

minen. Tällöin näyttöä vaikutuksista ei pitäisi edellyttää. Kirjoittajat toteavat itsekin toisaalla, että tietojenvaihto voi täyttää yhdenmukaistetun menettelytavan tunnusmerkistön. Traktorimarkkinoita koskevassa tapauksessa markkinarakenteen ja yritysten markkinavoiman tarkastelu oli tarpeen, koska tietojenvaihto yksinään tarkasteltuna näytti suhteellisen harmittomalta. Markkinavoima ratkaisi pelin hakijoita vastaan. Tiukassa oligopolissa läpinäkyvyyden arveltiin olevan enemmän haitallista kuin hyödyllistä. Markkinoiden ollessa kilpailullisemmat hyödyt voisivat ennemminkin painottua. Kyseessä oli rajatapaus. Tätä osoittaa se, että komissio antoi osapuolille myöhemmin hallinnollisen kirjeen, kun vaihdettavien tietojen sihtiä hieman väljennettiin.[404]

Vaikka päätöksessä viitattiin menettelyn vaikutuksiin markkinoilla, näytettäisiin tällä tarkoitettavan paremminkin tietojenvaihdon tyypillisiä vaikutuksia kuin tosiasiaselvityksin todennettuja tosiseikkoja konkreettisista vaikutuksista markkinoilla. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan komissio ei ollut pystynyt osoittamaan sopimuksen olevan omiaan tukemaan korkeampaa hintatasoa. Päätöstä ei kuitenkaan kumottu tällä perusteella, sillä EY:n tuomioistuimen mielestä valituksenalaisen tuomion[405] perusteella voitiin pitää "riittävän todennäköisenä", että sopimus saattaa tosiasiallisesti tai mahdollisesti vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen traktorien kauppaan suoraan tai välillisesti siten, että on olemassa vaara siitä, että yhteismarkkinoiden syntyminen jäsenvaltioiden välillä saattaa estyä.[406] Toisin sanoen oligopolimarkkinoilla kilpailijoiden välistä yksityiskohtaista tietojen vaihtoa pidetään 81 artiklan 1 kohdan vastaisena siitä riippumatta, onko nimenomaisena tavoitteena ollut kilpailun rajoittaminen tai onko näyttöä kilpailua rajoittavista vaikutuksista.

Tapauksessa *Wirtschaftsvereinigung Stahl* kyse oli Saksan terästuottajien välisestä tietojenvaihdosta. Komissio erotti toisistaan arkaluontoisen, tuoreen yrityskohtaisen tiedon vaihtamisen homogeenisilla markkinoilla ja toisaalta vastaavan informaation vaihtamisen heterogeenisilla markkinoilla. Komissio katsoi, että arkaluontoisten tietojen vaihtamista oli pidettävä kiellettynä, jos markkinat ovat keskittyneet, sillä tällöin kilpailijoiden toimenpiteiden nopea havainnointi vähentää yritysten kiihokkeita kilpailulliseen käyttäytymiseen.[407] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[408] kumosi komis-

---

[404] Uuden sopimuksen mukaan tietojenvaihto sai paljastaa myydyt traktorit ja muut maatalouskoneet korkeintaan kymmenen yksikön tarkkuudella. Ks. XXIX kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1999), kohta 156.

[405] Ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen kohta 101.

[406] Vaikka komissio ei olekaan pystynyt osoittamaan tietojenvaihtojärjestelmän johtaneen korkeampaan hintatasoon kansallisilla markkinoilla, valittaja ei myöskään ollut osoittanut maataloustraktorien hintatason olleen Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoilla alhaisempi kuin mannermaan markkinoilla.

[407] Ks. EYVL 1998 L 1/10. Päätös koskee hiili- ja terässopimuksen 65 artiklan soveltamista.

[408] *Wirtschfatsvereinigung Stahl v. komissio*, T-16/98, ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 5.4.2001.

sion päätöksen. *Bellamyn ja Childin* mukaan päätös kumottiin, koska tilanne erosi traktoritapauksesta, jossa "tietojenvaihto oli äärimmäisen yksityiskohtaista ja salli jokaisen yksittäisen kaupan identifioimisen, jonka osapuoli oli tehnyt". Sen sijaan terästapauksessa tietojenvaihto ei mahdollistanut yrityksille "muuta kuin suhteellisten markkinaosuuksien arvioinnin".[409] Johtopäätös on sikäli ongelmallinen, että terästeollisuuden kaltaisella säännellyllä, suhdanneherkällä ja ylituotannon rasittamalla alalla kolluusion ylläpitämisen kannalta yksittäisiä kauppoja tärkeämpiä lienevät juuri tuotantomääriä ja markkinaosuuksia koskevat tiedot. Kartellinomainen järjestely voi koskea tilanteesta riippuen hintoja, määriä tai asiakkaita. Haitallinen tietojenvaihto voi kohdistua johonkin tai useampaan kilpailuparametriin. Hintatiedot ovat yleensä helpommin hankittavissa julkisista lähteistä tai omilta asiakkailta. Sitä vastoin kilpailijoiden tuotantomääriä ja markkinaosuuksia koskevat tiedot saadaan säännönmukaisesti vain yritysten myötävaikutuksella. Tarkasteltaessa tuomioistuimen päätöstä terästapauksessa havaitaan kuitenkin, että päätös näytetään perustelujen valossa kumotun siksi, että komissio oli yksinkertaisesti ymmärtänyt tietojenvaihtoa koskevan poikkeuslupahakemuksen väärin ja tehnyt virheellisiä johtopäätöksiä tietojenvaihdon laajuudesta.[410] Kumoaminen näyttää perustuneen enemmän prosessuaalisiin seikkoihin kuin tietojenvaihdon haitallisuutta koskevaan analyysiin. Tuomiossa annetuilla tosiseikoilla päätöksen kumoamiseen ei ole huomautettavaa.

Vaikka traktoritapausta voidaankin pitää suhteellisen selkeänä prejudikaattina, tietojenvaihdon sallittavuuden ja kiellettävyyden välisten rajojen määrittäminen näyttää tuottavan yhteisön toimielimille edelleen vaikeuksia. *Kartonkikartellin*[411] yhteydessä komissio oli määrännyt kartellin jäsenet luopumaan, ei vain yrityskohtaisen tiedon, vaan myös eräistä tilastotiedon keräämistä koskevista järjestelyistä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[412] kumosi komission päätöksen tilastotiedon osalta, koska komissio ei ollut riittävästi täsmentänyt, miltä osin kaikkia yrityksiä koskevan erittelemättömän tiedon vaihtaminen oli helpottanut kartellin ylläpitoa. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen mielestä pelkästään se seikka, että tilastotietoa voidaan käyttää kilpailun rajoittamiseen, ei tuo järjestelyä 81 (1) artiklan piiriin, sillä tässä tapauksessa tulisi näyttää toteen kilpailua rajoittava vaikutus.[413]

3.3.4.3 Johtopäätöksiä

Kielletyn ja sallitun tietojenvaihdon välistä rajaa koskeva EY:n oikeuskäytäntö voidaan tiivistää seuraavasti. Kiellettyä on yrityksen liiketoimintaa koskevan luottamuksellisen tiedon vaihtaminen tai välittäminen kilpailijoille, erityisesti

---

[409] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 259.
[410] Ks. *Wirtschfatsvereinigung Stahl v. komissio,* tuomion kohdat 38–51.
[411] *Cartonboard*, EYVL 1994 L 243/1.
[412] Ks. *Sarrio v. komissio*, T-334/94, Kok. 1998 s. II-1439. Ks. myös C-291/98P, Kok. 2000 s. I-9991.
[413] Ks. T-334/94, tuomion kohdat 264–281.

jos tiedot sisältävät hintoja, kustannuksia, alennuksia, tuotantomääriä, markkinaosuuksia tai muuta yrityksen toimintastrategiaa koskevaa informaatiota. Yhteisten tietojenvaihtojärjestelmien tulee rajoittua yleisten ja historiallisten tietojen vaihtamiseen, joiden perusteella yksittäisten yritysten toimia markkinoilla ei ole mahdollista ennakoida tai valvoa. RS 81 artiklan 1 kohta täyttyy varsin helposti, joten tietojenvaihtojärjestelmän käyttöön ottaminen edellyttää yleensä poikkeuslupaa. Tietojenvaihtojärjestelmää pidetään haitallisena erityisesti silloin, kun yritykset toimivat tiukassa oligopolissa ja valmistettava hyödyke on homogeeninen. Näissä tilanteissa mahdollisuudet saada poikkeuslupa ovat rajalliset. Tietojenvaihdon lyhyt aikaväli lisää riskiä. Tietojenvaihtojärjestelmään liitetyt nimenomaiset tai hiljaiset suositukset tulevasta toimintalinjasta täyttävät yhdenmukaistetun menettelytavan tunnusmerkistön.[414]

Kilpailuoikeuden suhtautuminen markkinoiden läpinäkyvyyttä lisääviin toimenpiteisiin on ambivalentti. Tietojenvaihtoa koskevat tapaukset EY:ssä voidaan pistää janalle, jonka sallitussa päässä on teknisluonteinen yhteistyö ja alan markkinaolosuhteiden yleinen seuranta. Toisen ääripään muodostavat kartellille ominaiset tietojenvaihtojärjestelmät. Janan päiden väliin jää suurehko alue, jolla menettelyn sallittavuus/kiellettävyys riippuu pitkälti vaihdettavien tietojen luonteesta ja yksittäistapauksessa vallitsevista markkinaolosuhteissa. Joustavaa suhtautumista on perusteltu sillä, että olosuhteista riippuen tietojen vaihtaminen voi lisätä tai vähentää kilpailun toimivuutta. Täydellisen kilpailun teoriassa markkinoiden läpinäkyvyys on keskeisimpiä kilpailullisuuden perusedellytyksiä. Kuluttajien mahdollisuus valita ja yritysten mahdollisuudet nopeasti reagoida muuttuviin tarpeisiin ja kilpailijoiden toimenpiteisiin edellyttävät yksityiskohtaista ja ajan tasalla olevaa markkinainformaatiota. Näissä oloissa tietojen vaihtaminen voi lisätä kilpailua. Oligopoliteorian näkökulmasta kilpailun pitkäaikainen rajoittuminen edellyttää, että kilpailijat saavat nopeasti tietoonsa huijauksen. Toimivan kilpailun teoriassa vastamyrkyksi esitetään markkinoiden läpinäkyvyyden vähentämistä. Tietojenvaihto on yksi kartellin elinehdoista. Sitä paitsi, erityisen keskittyneillä markkinoilla kartellivälipuhe voidaan mahdollisesti korvata väljemmällä tietojenvaihdolla, jonka perusteella osapuolet ymmärtävät oman intressinsä. Herää kysymys, tulisiko käytäntöä kiristää.

3.4 KILPAILUNRAJOITUSLAIN 6 §:ÄÄ KOSKEVAN OIKEUSKÄYTÄNNÖN KEHITTYMINEN

Kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdan kielto on varsin laaja. Paitsi paljaita kilpailunrajoituksia, joissa sopimuksen ainoana tai pääasiallisena tarkoituksena

[414] Ks. esim. Boulter/Bendell (1999). Artikkeli sisältää (s. 438) havainnollisen taulukon tyypillisistä rajanvedoista sallitun ja kielletyn tietojenvaihdon välillä.

on hintakilpailun rajoittaminen, kielto koskee myös muita samalla alalla toimivien yritysten välisiä järjestelyjä, joissa laajempaan sopimuskokonaisuuteen on liitetty hinnoittelua koskevia määräyksiä. Kilpailunrajoituslain hintayhteistyön kiellon piiriin kuuluvat myös erilaisten ketjujen tai muiden kauppiasryhmien tarjouskampanjat samoin kuin ns. pysyvästi halvemmiksi tarkoitettujen tuotteiden horisontaalinen yhteishinnoittelu. Lakia on sovellettu myös Valion osakasmeijereiden markkinointisopimuksiin samoin kuin osuuspankkien antolainauskorkoa koskevaan suositukseen. Kieltoperiaatteelle on tunnusomaista, että säädetyt tunnusmerkit täyttävä menettely on lailla kielletty. Kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdassa ei kuitenkaan edellytetä nimenomaista näyttöä siitä, että hintayhteistyöstä olisi aiheutunut vahingollisia vaikutuksia. Yhteistyön vahingollisuus on oletettu lain tasolla. Kilpailijoiden hintayhteistyö on 6 §:n 1 kohdan vastaista siitä riippumatta, onko sovittu hintataso ehkä kuluttajan kannalta kohtuullinen tai liittyykö hintasuosituksen noudattamiseen sanktioita. Mikäli hintayhteistyö poikkeuksellisesti on hyödyllistä, kilpailuvirastolta on mahdollista hakea kilpailunrajoituslain 19 §:n mukaista poikkeuslupaa. Ilman poikkeuslupaa laissa kiellettyä hintayhteistyötä ei saa harjoittaa.

3.4.1 Varhaisia poikkeusluparatkaisuja

Kilpailunrajoituslain voimaantulon jälkeen vuosina 1992–1993 valtaosa kilpailuviraston ja kilpailuneuvoston käsittelemistä kilpailunrajoitustapauksista oli poikkeuslupa-asioita. Tämä selittyy sillä, ensimmäisinä vuosina suoritettiin rajankäyntiä sallitun ja kielletyn horisontaalisen yhteistyön välillä. Viime vuosina ratkaistavaksi on tullut suhteellisen vähän poikkeuslupa-asioita. Suunnilleen vuodesta 1996 alkaen oikeuskäytäntö on painottunut kiellettyihin kilpailunrajoituksiin, erityisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Myös viraston käsittelemien poikkeuslupien määrä on selvästi laskenut, mikä osaltaan selittynee juuri 19 §:ää koskevan oikeuskäytännön vakiintumisella. Valitusinstanssiin tulevien tapausten määrä riippuu luonnollisesti myös siitä, kuinka suuri osa elinkeinonharjoittajien poikkeuslupahakemuksista hylätään virastossa. Olen käsitellyt poikkeusluparatkaisuja toisaalla,[415] joten esityksessä voidaan rajoittua joihinkin kartellikiellon yleisen soveltamisalan kannalta merkityksellisiin huomioihin.

Valtaosa kilpailuneuvoston 1990-luvun puolivälin molemmin puolin käsittelemistä poikkeuslupatapauksista liittyi toimialajärjestöjen hintasuosituksiin. Suomessa vallitsi sotien jälkeen aina 1990-luvun alkuun perinne, jossa keskeisten

[415] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 92–107. Kilpailuviraston vanhemman tapauskäytännön osalta ks. Kalliomaa-Puha (1995) s. 114–161 ja uudemman käytännön osalta Stenborg kirjassa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 250–274.

tuotannontekijöiden hinnoista sovittiin keskitetysti myyjä- ja ostajapuolen järjestöjen yhteisissä neuvotteluissa. Suositusluonteisten hinnoitteluohjeiden antaminen ja niiden soveltaminen johtaa usein samaan lopputulokseen kuin nimenomainen hintoja koskeva sopimus.[416] Kilpailuvirasto ryhtyi jo vuoden 1988 lain aikana ns. horkkaprojektilla purkamaan toimialajärjestöjen hintasuosituksia, vaikkakin kartellikielto tuli voimaan vasta vuoden 1992 lailla.[417] Kartellikiellon tultua voimaan kilpailuvirasto ratkaisi suuren joukon poikkeuslupahakemuksia. Viraston kielteiset päätökset saatettiin yleensä kilpailuneuvoston ratkaistaviksi.

Kilpailuneuvoston varhaiset poikkeusluparatkaisut voidaan kiteyttää seuraavasti. Ensinnäkin kilpailuneuvosto asettui yleensä tukemaan kilpailuviraston toimialayhdistysten hintasuosituksiin ottamaa kielteistä linjaa, joskin neuvoston ratkaisulinja oli lievempi kuin virastolla. Toiseksi poikkeusluparatkaisut tarjosivat mahdollisuuden kehittää lain 6 §:n tunnusmerkistöä koskevaa oikeuskäytäntöä. Varhaisille poikkeusluparatkaisuille on tyypillistä, että hakija yleensä kiisti kilpailunrajoituslain 6 §:n soveltumisen. Yleensä päädyttiin sille kannalle, että 6 § soveltuu, jolloin päästiin ottamaan kantaa 19 §:n soveltamisedellytyksiin. Hintasuosituksiin suhtauduttiin voittopuolisen kielteisesti. Poikkeuslupaa ei myönnetty esim. *Hammaslääkäriliiton* yksityisvastaanottoa pitäviä jäseniä koskevalle ohjepalkkiosuositukselle.[418] Päätösharkinnassa otettiin huomioon suosituksen yksityiskohtainen rakenne ja markkamääräisyys. Palveluista perittävien maksujen nähtävillä pitämisestä on muutoin säädetty, eikä asiakkaiden tai kuluttajien etu sinänsä vaadi yhteisten hintasuositusten antamista. Pääosa poikkeuslupahakemuksista hylättiin.[419] Poikkeuslupa saatettiin myön-

---

[416] HE 162/1991 vp, s. 11.

[417] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 339.

[418] *Hammaslääkäriliitto*, d:o 6/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993, Kuoppamäki (1996) s. 140.

[419] Poikkeuslupaa ei myönnetty esim. *Sai-Lab ry:n* näyttelyjen järjestämisestä annetussa suosituksessa (d:o 11/359/93, kilpailuneuvoston päätös 20.4.1994, Kuoppamäki 1996, s. 213) määritellylle näytteillepanijan maksettavaksi tulevan näyttelyvuokran enimmäismäärä. Enimmäisvuokraa koskevalle suositukselle ei ollut kilpailunrajoituslain 19 §:n 1 momentissa säädettyjä edellytyksiä. Poikkeuslupaa ei myönnetty *laivanselvitykseen ja linja-agentin toimintaan* (d:o 19/359/93, kilpailuneuvoston päätös 24.8.1994, Kuoppamäki 1996 s. 310) liittyvälle hintasuositukselle. Päätösharkinnassa otettiin huomioon saatu selvitys palkkiosuosituksen yksityiskohtaisesta rakenteesta ja markkamääräisyydestä. Vaikka yhteisten hintalistojen julkaiseminen sinänsä voi vähentää neuvottelu- ja tiedonetsintäkustannuksia, kilpailuneuvosto piti merkittävämpänä sitä, että kuvatunlaisten yksityiskohtaisten hinnoitteluohjeiden soveltaminen on omiaan yhdenmukaistamaan laivanselvitys- ja linja-agentin toimintaa harjoittavien laivameklarien hinnoittelua ja siten vähentämään alalla käytävää hintakilpailua. Poikkeuslupaa ei myönnetty *Tekstiilikauppiaiden Liitto ry:n ja Vaatetusteollisuuden Keskusliitto VATEVA ry:n* (d:o 5/359/96, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1997) keskenään neuvottelemalle maksuehtosuositukselle, jossa suositeltiin alalle tietyn prosentin suuruista maksualennuskäytäntöä (10 päivää – 4 %, 30 päivää. – 2 %, 45 päivää netto) . Huomiota kiinnitettiin maksuehtosuosituksen yksityiskohtaisuuteen ja siihen, ettei se lisännyt tehokkuutta alalla. Kilpailuneuvosto totesi, ettei estettä olisi sen kaltaisen suosituksen antamiselle, että kassa- ja muut alennukset selkeästi ilmenevät maksuehdoista. Sen sijaan yksityiskohtaisten maksuaikojen ja prosenttimäärien suosittamiselle ei esitetty perusteita.

tää, jos hintayhteistyön haittavaikutuksia pidettiin vähäisinä, ja yhteistyön katsottiin esim. alentavan transaktiokustannuksia[420] tai jos kyse on tilanteesta, jossa pieni ryhmittymä tekee yhteistyötä pystyäkseen kilpailemaan suurten konsernien kanssa.[421] Kilpailuviraston ja kilpailuneuvoston linjassa oli poikkeamaa myös suhtautumisessa verkostotyyppiseen yhteistyöhön. Vastoin viraston kantaa poikkeuslupa myönnettiin *Keskon* kaupparyhmittymään kuuluvien kauppiaiden määräaikaiselle yhteistyölle.[422] *Osuuspankeille* myönnettiin oikeus antaa jäsenpankeilleen lainoitusta koskevia ohjeita.[423] Kahdessa viimeksi mainitussa ratkaisussa keskeinen oli erottelu *inter brand* ja *intra brand* -kilpailun välillä. Kilpailua käytiin pääosin ketjujen välillä ja vähemmän niiden sisällä. Kun ryhmittymien välinen kilpailu oli toimivaa, ei nähty riittäviä perusteita puuttua ryhmittymän sisäiseen työnjakoon.

---

[420] Poikkeuslupa myönnettiin *yksityisten päivähoitajien hoitomaksuja koskevalle hintasuositukselle* (d:o 20/359/93, kilpailu-neuvoston päätös 20.10.1994, Kuoppamäki 1996, s. 317) kolmeksi vuodeksi. Hintasuositus oli omiaan helpottamaan päivähoitajien ja lasten vanhempien välistä neuvottelua lisäämällä tietoa hintatasosta. Maksusuosituksella arvioitiin olevan palvelutarjontaa lisäävä sekä tuotantoa tehostava ja markkinoiden toimintaa joustavoittava vaikutus. Vaikka hintasuositus voikin vähentää erityisesti samalla paikkakunnalla toimivien yksityisten päivähoitajien välistä hintakilpailua, ei se poista muiden hoitopaikan valintaan vaikuttavien tekijöiden merkitystä kilpailukeinoina. Vanhempien valitsemaan hoitomuotoon ja paikkaan vaikuttavat suuresti muut kuin hintatekijät. Kun otetaan huomioon erityisesti yksityisten päivähoitajien pienet markkinaosuuden muihin päivähoitomuotoihin verrattuna, vaihtoehtoiset palvelumuodot ja hintayhteistyön tehokkuusvaikutukset, poikkeusluvalle oli kilpailunrajoituslain 19 §:n 1 kohdassa tarkoitetut perusteet.

[421] Poikkeuslupa myönnettiin *Suomen Vakuutusyhdistysten Keskusliitto ry:n* (d:o 2/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993, Kuoppamäki 1996 s. 122) suositusluonteiselle vakuutus- ja tariffiyhteistyölle viideksi vuodeksi. Kilpailuvirasto oli evännyt poikkeuslupahakemuksen. Kilpailuneuvosto sitä vastoin katsoi, että vakuutusyhdistysten toiminta pikemminkin lisäsi kilpailua vakuutusmarkkinoilla, kun ne tarjoavat vaihtoehtoja suurille vakuutusyhtiöille. Vakuutusyhdistyslain yhteisvastuusäännösten johdosta ilman hintayhteistyötä vakuutusyhdistysten toiminta vaikeutuisi huomattavasti. Kun otettiin lisäksi huomioon vakuutusyhdistysten pieni markkinaosuus (yhteensä noin 5 %), vakuutusmaksutulojen vakuutusyhdistyskohtaisen jakautuminen ja vakuutusyhdistysten toimintamahdollisuudet muutoin, asiassa oli esitetty laissa säädetyt perusteet poikkeusluvan myöntämiselle. Yhteistyöllä oli saavutettavissa tehokkuusetuja vakuutusriskin laskemisessa. Vakuutusyhdistyksen jäsenyritykset olivat tyypillisesti ns. yhdenmiehenyhtiöitä, joilla ei olisi ollut resursseja yksinään suoriutua liiton niiden puolesta suorittamasta riskinmäärittelystä. Kilpailun paine piti huolen siitä, että hyödyt siirretään asiakkaille.

[422] *Suomen vähittäiskauppiasliiton* poikkeuslupahakemus (d:o 4/359/93, kilpailuneuvoston päätös 26.11.1993, Kuoppamäki 1996 s. 145) koski K-kauppiaiden kampanjahinnoittelua. K-kauppiaat hakivat lupaa sopimusjärjestelylle, jossa kauppiaat lyhytaikaisesti yhdenmukaistivat hinnoitteluaan ja muita toimitusehtoja tarjouskampanjoiden ajaksi. Ks. lähemmin Kuoppamäki (2000) s. 95–97.

[423] Poikkeuslupa myönnettiin myös *Osuuspankkien Keskusliiton* osuuspankeille antaman palveluhinnastoa koskevan suosituksen osalta (d:o 3/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993 Kuoppamäki 1996, s. 133). Pankkipalveluhinnasto kattoi pankkitoiminnan eri osa-alueet, kuten luotonannon, talletukset, kotimaan maksuvälityksen, pankkitakaukset, ulkomaanpalvelut ja omaisuudenhoitopalvelut. Ks. lähemmin Kuoppamäki (2000) s. 97.

3.4.2 Valio I

Ensimmäisenä varsinaisena uuden lain nojalla ratkaistuna kartelliasiana voidaan pitää tapausta *Valio I*, vaikka se tulikin vireille poikkeuslupahakemuksena.[424] Kyse oli Valion jäsenmeijereiden harjoittamasta markkinointiyhteistyöstä. Valio markkinoi osakkaidensa maitovalmisteita, jalostukseen käyttämätöntä maitoa ja muita elintarvikkeita Valion ja jäsenen välillä erikseen tehtävän sopimuksen perusteella. Osakas suoritti yhtiölle saamistaan palveluksista korvauksen, jonka perusteet Valion hallitus vuosittain vahvisti. Markkinointiyhteistyö toteutettiin siten, että Valio maksoi osakasmeijereille ennakkohinnan, joka on kaikille meijereille samansuuruinen. Lopullinen siirtohinta määräytyi Valion tuottojen ja muun tilityskyvyn perusteella. Eri alueiden meijereille määrättäviin siirtohintoihin vaikuttivat alueelliset kustannukset.

Valio Oy osti keskitetysti osakkaiden tuotteet yhteisesti sovituilla hinnoitteluperiaatteilla ja myi ne edelleen asiakkaille. Yhteistyö ulottui koko valtakunnan alueelle ja kattoi kaikki merkittävät maitotuotteet. Valio ei ollut osoittanut, että meijereiden väliseen markkinointiyhteistyöhön liittyvällä hintayhteistyöllä ja tuotannonohjauksella saavutettaisiin tehokkuusetuja, jotka ylittäisivät yhteistyöstä aiheutuvat kilpailun rajoittumisen haitat. Valio ei myöskään ollut osoittanut, että hyöty pääosiltaan tulisi asiakkaille tai kuluttajille. Viimeksi mainitun perusteen osalta kilpailuneuvosto kiinnitti erityistä huomiota siihen, että Valio-ryhmällä oli määräävä markkina-asema tärkeimpien maitotuotteiden markkinoilla. Vaikka tehokkuushyötyjä syntyisikin, tehokkaan kilpailun puuttuminen on omiaan aikaansaamaan sen, ettei etujen välittyminen asiakkaille tai kuluttajille ollut todennäköistä. Yhteistyö käsitti myös sopimisen tuotannon määrästä, raaka-aineen käytöstä sekä meijerikohtaisten tuotantokiintiöiden jakamisesta. Yhteistyö loi keskitetyn rakenteen ja valvontajärjestelmän, jolla koordinoidusti ohjattiin samalla tuotantoportaalla toimivien osakasmeijereiden hinnoittelua, tuotannon suuntausta sekä raaka-aineen hankintaa ja käyttöä. Kilpailunrajoitusten laajuus ja Valio-ryhmän määräävä markkina-asema huomioon ottaen perusteita luvan myöntämiselle ei ollut.

Kilpailuneuvosto myönsi kuitenkin noin vuoden pituisen siirtymäajan, jonka kuluessa kielletystä yhteistyöstä tuli luopua. Kyse ei tältä osin ole poikkeusluvasta vaan kilpailunrajoituslain 16 §:n nojalla asetetusta määräajasta, jonka kuluessa kilpailunrajoituksesta tuli luopua. Siirtymäaika myönnettiin, jotta yhteistyötä harjoittavat jäsenmeijerit ehtisivät fuusioitua Valioon.[425]

---

[424] D:o 7/359/1993, kilpailuneuvoston päätös 1.12.1993, Kuoppamäki (1996) s. 152.

[425] Siirtymäajan myöntämistä voidaan arvostella, sillä tarkoituksena oli korvata kilpailua rajoittava yhteistyö kilpailua rajoittavalla yrityskaupalla. On kuitenkin muistettava, että lainsäätäjän kanta tuohon aikaan oli, ettei yrityskauppavalvontaa tarvita. Näin ollen ei ollut kilpailuneuvoston asia ottaa kielteistä kantaa sellaiseen kehitykseen, jota lainsäädännössä oltiin katsottu läpi sor-

Tapaus kuvaa kausaalisuhdetta kartellien ja horisontaalisten yrityskauppojen välillä. Kielletty horisontaalinen yhteistyö korvattiin yrityskaupalla, joka todennäköisesti rajoitti kilpailua vähintään yhtä paljon kuin 6 §:n nojalla kielletty toiminta. Ainakin periaatteessa irtautuminen horisontaalisesta yhteistyöstä on helpompaa kuin omistusjärjestelyn purkaminen. Toisaalta yrityskaupalla voidaan saavuttaa tehokkuushyötyjä kartellia enemmän, koska itsenäisyyden menettäminen mahdollistaa tuotannon rationalisoimisen. Kartellissa tämä ei yleensä ole mahdollista, sillä kartellin jäsenet säilyttävät ylikapasiteettinsa sen varalta, että kartelli hajoaa. Mikäli lainsäädännössä puututaan pelkästään kilpailua rajoittavaan yhteistyöhön mutta ei kilpailua rajoittaviin yrityskauppoihin, yritykset voivat ryhtyä käyttämään fuusioita *second best* -ratkaisuna. On kiisteltyä, kuinka laajalti yrityskauppoja voidaan pitää kartellien vaihtoehtona, mutta ainakin tässä tapauksessa niin meneteltiin. Tapaus *Valio I* olikin yksi argumentti yrityskauppavalvonnan säätämiselle vuonna 1998.[426]

Valio I -tapaus eroaa K-kauppiaita ja Osuuspankkeja koskevasta tapauksesta kahdessa keskeisessä suhteessa. Valiossa yhteistyö ulottui käytännössä kaikkiin kilpailuparametreihin. Hinnoittelun ohella sovittiin markkina-alueista ja tuotantomääristä. Valio-ryhmän markkinaosuus oli nestemaitotuotteissa yli 90 %. Valiolla oli määräävä markkina-asema muidenkin keskeisten maitotuotteiden valmistuksessa. Kahdessa ensimmäisessä tapauksessa hintayhteistyö rajoitti ryhmittymän sisäistä *(intra brand)* kilpailua, mutta sen arveltiin tehostavan ryhmittymien välistä *(inter brand)* kilpailua. Jälkimmäisessä tapauksessa yhteistyö poisti kilpailun. Järjestelyn tehokkuushyötyjä pidettiin kyseenalaisina. Vaikka produktiivisia tehokkuushyötyjä syntyisikin, keskittyneillä markkinoilla kilpailun paine ei pakottaisi siirtämään niitä kuluttajille. Markkinavoiman keskittyminen vähentää hyötyjen siirtymistä asiakkaille. Mitä keskittyneemmät markkinat, sitä painavampaa tehokkuusnäyttöä edellytetään. Määräävän aseman vallitessa poikkeusluvan myöntäminen ei tule kysymykseen. Yhteistyön

---

mien. Määräaika myönnettiin, jotta ei aiheutettaisi tarpeettomia sopimushäiriöitä, joita olisi syntynyt, jos meijereiden toimitussopimukset olisivat muuttuneet laittomiksi ennen kuin uusia oli ehditty saada tilalle. Mainittakoon, että fuusiot aloitettiin jo ennen kilpailuneuvoston päätöstä, mikä kuvannee sitä, että hakijakaan ei uskonut lupaa saavansa. Osa osakasmeijereistä jättäytyi kuitenkin fuusion ulkopuolelle ja ryhtyi kilpailemaan Valio-ryhmittymän kanssa.

[426] Ks. Kilpailulainsäädännön uudistaminen - yrityskauppojen valvonta ja toimivaltakysymykset (1997) s. 134: "Nykyisellään kilpailunrajoituslaki antaa viranomaisille hyvät mahdollisuudet puuttua kilpailun toimivuuden kannalta haitalliseen käyttäytymiseen markkinoilla. Omistuksen keskittyminen on sen sijaan valvonnan ulkopuolella. Yritysostoa tai fuusiota ei voida kieltää sillä perusteella, että se vähentää kilpailua taikka synnyttää määräävän markkina-aseman taikka monopolin. Viime vuosien käytännöstä löytyy myös tapaus, jossa kilpailua rajoittava sopimusjärjestely korvattiin yrityskaupalla sen jälkeen, kun kilpailuviranomaiset olivat puuttuneet sopimusjärjestelyyn. Tietyissä tapauksissa kartelli voidaan siten korvata yrityskaupalla, joka nykylainsäädännössä jää valvonnan ulkopuolelle. Vaikkei yrityskauppa yleisellä tasolla olekaan kartellin korvike, yksittäistapauksissa se voi sitä olla." Sitaatissa viitattiin Valio-tapaukseen.

laajuudesta ja luonteesta johtuen lupaa tuskin oltaisiin myönnetty, vaikka Valio-ryhmällä ei olisikaan ollut määräävää asemaa.

Edellä käsiteltyjä Keskon, Osuuspankkien ja Valion tapauksia voidaan luonnehtia myös yritysyhteenliittymän sisällä harjoitetuksi yhteistyöksi. Verkoston jäsenyritykset voivat tehdä yhteistyötä vain tietyissä toiminnoissa mutta varsin laajasti kilpailla keskenään muilla markkinoilla. Kilpailuviraston käytännöstä esimerkkinä voidaan mainita *Nordean (silloinen Merita), Osuuspankki-ryhmän ja Leonian ns. rahakorttien osalta harjoittamaa yhteistyötä* koskeva poikkeuslupapäätös.[427]

> Poikkeuslupa myönnettiin pankkien ns. ladattavien rahakorttien osalta tekemälle yhteistyölle. Kilpailuvirasto edellytti päätöksessään, että toimintaa ylläpitävä yhteisyritys Automatia tarjoaa kaikille Suomessa toimiville luottolaitoksille pääsyn mukaan korttiyhteistyöhön julkisin, kohtuullisin ja tasapuolisin ehdoin itsenäisinä kortinantajina. Kilpailuvirasto edellytti myös osapuolten neuvotteleman kilpailukieltolausekkeen poistamista, joka olisi rajoittanut osapuolten oikeutta osallistua mahdollisiin kilpaileviin elektronisiin rahakorttijärjestelmiin.[428]

Verkostotyyppinen yhteistyö asettaa omat haasteensa kilpailuoikeudelle, koska itsenäisten yritysten väliset rajat madaltuvat ja menettävät selväpiirteisyyttään. Yhteistyön verkostotyyppisyys on otettava huomioon 19 §:n tulkinnassa. Luvan myöntäminen edellyttää selkeää näyttöä kuluttajille tai asiakkaille siirtyvästä tehokkuuden lisäyksestä. Verkoston ulkopuolisen kilpailun on säilyttävä riittävän voimakkaana. Verkoston sisällä kilpailua ei saa rajoittaa laajemmalti kuin mitä yhteistyö edellyttää. Asiakasyrityksiä ei saa syrjiä tai kilpailijoita poissulkea.[429]

3.4.3 Kartellikiellon sisällön vakiintuminen Finnpap-päätöksessä

Kilpailuvirasto ei uuden kilpailunrajoituslain alkuvuosina tuonut kilpailuneuvostoon kartelleja koskevia esityksiä, mistä johtuen kotimainen oikeuskäytäntö oli pitkään suhteellisen kehittymätöntä. Ensimmäinen kotimainen esimerkki näytön arvioinnista on *Finnpap*-päätös. Varsinaisia näyttökysymyksiä tapauksessa ei kuitenkaan noussut esille, sillä Finnpapissa harjoitetun yhteistyön kilpailuoikeudellinen luonne ilmeni yhdistyksen julkisista säännöistä.

---

[427] Kilpailuviraston päätös 29.5.1997, d:o 504/67/97.

[428] Ks. lähemmin kilpailuviraston vuosikirja 1998 s. 13–18.

[429] Verkostoyhteistyö voi tulla arvioitavaksi myös kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella. Kilpailuneuvoston kukkavälitysketjuja koskevassa päätöksessä (*Runebergin Kukka Oy*, d:o 14/359/95) verkostoyhteisyrityksen sisäisen kilpailukieltolausekkeen soveltaminen kiellettiin kilpailunrajoituslain 9 §:ssä tarkoitettuna vahingollisena kilpailunrajoituksena.

Hinta- ja markkinoidenjakoyhteistyön laajuutta ja ulottumista kotimaan markkinoille arvioitiin yhdistyksen kokouspöytäkirjojen, asiakaskirjeiden ja muiden liikedokumenttien perusteella. Näyttö arvioitiin kokonaisharkinnan perusteella.

3.4.3.1 Kartellikiellon oikeudellinen luonne; näyttö vahingollisista vaikutuksista

Finnpap-tapauksessa[430] kyse oli hieno- ja aikakauslehtipaperia koskeneesta vientikartellista, jonka toiminta oli sittemmin ulotettu myös Suomeen.[431] Yhtiöt myönsivät hinnoista keskustellun, mutta kiistivät, että niistä olisi sovittu. Markkinoiden oligopolistisesta luonteesta ja kilpailijoiden toimittamasta hintainformaatiosta johtuen hinnat olisivat joka tapauksessa asettuneet samalle tasolle. Asiakkaiden reaktioista jäi viime kädessä riippumaan se, saatiinko suunniteltu hinnankorotus vietyä markkinoilla läpi. Yhteistyöstä huolimatta hinnat olivat joka tapauksessa määräytyneet markkinaehtoisesti.

Kilpailuneuvosto totesi, ettei kilpailunrajoituslain 6 §:n soveltaminen edellytä hintapäätösten oikeudellista sitovuutta kartellin jäsenten kesken. Jo tuolloin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan 6 §:n 1 kohta soveltuu myös sellaisiin hintasuosituksiin, joiden noudattamiseen tai noudattamatta jättämiseen ei ole kytketty mitään sanktioita.[432] Lain 6 §:n 1 kohdan soveltaminen ei myöskään edellytä varsinaista sopimista eli sitä, että asianosaiset olisivat päässeet yhteisymmärrykseen noudatettavasta hintatasosta tai hinnoitteluperiaatteista. Riittävänä on pidettävä sitä, että elinkeinonharjoittaja etukäteen saattaa kilpailijansa tietoon sellaista tulevaan hinnoitteluunsa liittyvää informaatiota, joka normaalisti olisi luottamuksellista, ja että hän tällä menettelyllä poistaa sen epätietoisuuden, joka elinkeinonharjoittajalla normaalisti on kilpailijoidensa tulevista reaktioista.

> Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että "...hintainformaation yleisestä saatavuudesta huolimatta jäsenyritysten johtajien jatkuva kokoontuminen

---

[430] D:o 21/359/95, kilpailuneuvoston päätös 6.6.1997.

[431] Kyse oli varsin vanhasta vientiyhdistyksestä. Yhdistys oli perustettu vuonna 1918 ja merkitty kaupparekisteriin 1924. Kilpailuneuvosto totesi päätöksessä 6 §:n 2 kohtaan liittyen, että harjoitettuun yhteistyöhön vientimarkkinoilla oli liittynyt tehokkuusetuja. Yhteistyön ulottamiselle Suomen markkinoille, mistä kilpailuneuvoston käsittelemässä asiassa oli kyse, ei ollut esitetty samanlaisia syitä. Sen jälkeen kun kartellit kiellettiin syksyllä 1992 voimaantulleessa uudessa kilpailunrajoituslaissa, asianosaisten olisi tullut joko lopettaa kielletyksi tullut yhteistyö laissa annetun 6 kuukauden siirtymäajan puitteissa tai hakea toiminnalle poikkeuslupa.

[432] Ks. tältä osin esim. *Hammalääkäriliiton* poikkeuslupahakemus, d:o 6/359/93, kilpailuneuvoston päätös 29.10.1993, Kuoppamäki (1996) s. 140. Kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdan ulottuminen suosituksiin ilmenee jo lain sanamuodosta, jonka mukaan samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivat elinkeinonharjoittajat eivät saa määrätä tai *suosittaa* elinkeinotoiminnassa maksettavia hintoja tai vastikkeita.

yhdessä keskustelemaan hinnoista ei olisi mielekkäästi selitettävissä, jos yhteistyöllä ei olisi ollut mitään merkitystä. Jäsenyritysten markkinaosuudet huomioon ottaen on ilmeistä, että vaikutuksia on ollut siihen tilanteeseen verrattuna, että yhteistyötä ei olisi tehty. Vaikutukset ovat kohdistuneet erityisesti paperin yleiseen hintatasoon ja eri paperilaatujen välisiin hintasuhteisiin. Toisekseen, kun tavoitellusta hintatasosta on yhteisesti sovittu kilpailevien elinkeinonharjoittajien kesken, kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdan soveltumista ei estä se, etteivät hinnankorotukset suurten asiakkaiden osalta ole täysimääräisesti toteutuneet.

Lain 6 §:n soveltamista ei estä myöskään se, että Finnpapin jäsenyhtiöt ovat korotusilmoitusten jälkeen neuvotelleet yrityskohtaisista hinnoista asiakkaiden kesken ja tällöin kilpailleet osittain samoista asiakkaista. Olennaista on se, että jäsenyritykset ovat yhdessä sopineet tavoiteltavan korotuksen yleisestä tasosta. Merkityksellistä on myös se, että yhteistyö on ulottunut myös yrityskohtaisten hintaneuvottelujen seurantaan ja osittain myös niitä koskevan ohjeistuksen antamiseen. Käytännössä yksittäisten asiakkaiden neuvottelumahdollisuudet ovat suuresti vaihdelleet sen mukaan, mikä on ollut kunkin ostovoima ja todelliset vaihtoehdot.

Finnpapissa harjoitettu hintayhteistyö on ollut lain vastaista kahdella eri perusteella. Lain vastaisena on ensinnäkin pidettävä hintatason korotusta koskevien kirjeiden lähettämistä. Jäsenyhtiöt ovat tällä menettelyllä 6 §:n 1 kohdassa kielletyllä tavalla yhdessä päättäneet siitä, minkälaisia tasokorotuksia tavoitellaan. Toisekseen 6 §:n 1 kohdan vastaista on ollut myös yrityskohtaisia hintaneuvotteluja koskeva tiedonvaihto sekä hintaneuvottelun jälkeen laadittujen vahvistuskirjeiden lähettäminen koordinoidusti Suomen Paperin kautta."

Kilpailunrajoituslain uutta kartellikieltoa koskevassa ensimmäisessä oikeuskirjallisuudessa oltiin tuotu lähelle tarkastelutapa, jossa kartellikiellon sisälle ikään kuin leivottaisiin lain 9 §:n vanha vahingollisuuslauseke.[433] Lain 9 §:n mukaan kilpailunrajoitukset eivät ole kiellettyjä, mutta niihin voidaan yksittäistapauksissa puuttua, jos ne vähentävät tehokkuutta elinkeinoelämässä tai haittaavat kohtuuttomasti toisen elinkeinon harjoittamista. Ajatuksena oli, että lain 9 §, vaikuttaa paitsi lain 19 §:n, myös 6 §:n tulkintaan. Kun lain 9 §:ää ei oltu kumottu uudistuksen yhteydessä, siitä pääteltiin, että lainsäätäjän tarkoituksena oli ollut kieltää erityisesti selvästi vahingolliset kartellit.[434] Paljaat kartellit ovat aina kiellettyjä, eikä niille voi saada poikkeuslupaa.[435] Muunlaisen horisontaalisen yhteistyön osalta edellytetään kokonaisvaltaisempaa arviointia,[436] jossa huomiota kiinnitetään mm. horisontaalista yhteistyötä tekevien yritysten mark-

[433] Ks. Kalliomaa-Puha (1995) s. 198–210.

[434] Ks. Kalliomaa-Puha (1995), taulukko sivulla 33 ja sivulla 204.

[435] Kalliomaa-Puha (1995) s. 200.

[436] Horisontaalinen yhteistyö voidaan laittaa ikään kuin janalle, jonka toisessa päässä ovat kokonaan kilpailunrajoituslain ulkopuolelle jäävä ja sellainen yhteistyö, joka ei rajoita kilpailua, ja toisessa päässä aina kielletyt paljaat kartellitapaukset. Välimaastossa ovat ehdollisesti sallitut ja poikkeusluvalla sallitut kilpailunrajoitukset. Ks. Kalliomaa-Puha (1995), taulukko sivulla 204.

kinavoimaan ja asemaan markkinoilla, yhteistyön seurauksena syntyvän hintatason kohtuullisuuteen ja tehokkuushyötyihin.[437]

Vastaajayhtiöt esittivät, että kiellettyjä olisivat lähinnä vain paljaat kartellit ja että muunlaisen hintayhteistyön osalta kyse olisi todistustaakan kääntävästä presumptiosta, joka voitaisiin kumota vastanäytöllä. Kilpailuneuvosto hylkäsi väitteen todeten, että kielletyn hintayhteistyön tunnusmerkistö on tarkoitettu laajaksi. Sen enempää kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdan sanamuoto kuin lain esityötkään eivät anna tukea tulkinnalle, jonka mukaan kiellettyjä olisivat ainoastaan ns. paljaat kartellit, joiden ainoana tai pääasiallisena tarkoituksena on hintatason nostaminen ja joihin ei liity sanottavia tehokkuusetuja. Hintayhteistyön tunnusmerkistön täyttyessä 6 §:n 1 kohdan soveltamista ei estä myöskään markkinoilla toteutuneen hinnoittelun kohtuullisuus. Kartellikiellon tunnusmerkistön täyttyessä menettely on laiton ja seuraamusmaksun uhkaama, ellei kilpailuvirasto kilpailunrajoitukseen osallisten yritysten hakemuksesta myönnä järjestelylle poikkeuslupaa. Ratkaisun perusteella voidaan todeta, että lain 9 §:n vahingollisuusarvio on pidettävä erillään 6 §:n soveltamisesta. Lain 6 §:ssä kiellettyjen menettelyjen vahingollisuus on ollut lainsäätäjän lähtökohtana, mistä syystä ne on saatettu kieltoperiaatteen alaisuuteen. Kilpailunrajoituslain kiellot ovat ensisijaisia normeja lain 9 §:ään nähden, joita sovelletaan niihin kilpailunrajoituksiin, joita ei ole kielletty lain 4–7 §:ssä. Lain 9 §:n pääasiallisen soveltamiskohteen muodostavat vertikaaliset kilpailunrajoitukset.

3.4.3.2 Kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan tulkinta

Finnpap-tapauksessa yhtiöiden näytettiin harjoittaneen kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa kiellettyä tuotannon rajoittamista. Finnpapin sääntöjen mukaan kunkin paperilaadun tuotejaos päätti muun ohella tilaustenjaon perusteet ottaen huomioon kunkin jäsenen tuotantokapasiteetin. Sääntöjen 15 §:n mukaan yhtiöt olivat sitoutuneet tuotteiden yhteismarkkinointiin, uutta kapasiteettia koskeviin rajoituksiin sekä siihen, että tuotejaokset määräävät tilausten jaon perusteet "oikeudenmukaisesti ja tasapuolisesti ottaen huomioon kunkin tuotantokyvyn".

> Vuoden 1993 loppupuolelle asti yhdistyksessä oli ollut sääntönä, että saman tuoteryhmän sisällä jäsenyhtiöiden käyntiasteiden on pitänyt olla yhteneväiset. Tämä oli tarkoittanut sitä, että huonossa kysyntätilanteessa kaikkien yhtiöiden oli tullut vähentää tuotantoaan samassa suhteessa. Ns. uuden tuotannon sanktiosäännön mukaan uusi kapasiteetti oli pitänyt ulkomailla myydä ensisijaisesti muille kuin Finnpapin myyntiverkoston perinteisille asiakkaille. Vuonna 1993 Finnpapin hallituksessa päätettiin äänestyksen jälkeen, että sanotuista rajoituksista luovutaan. Tämän jälkeen Yhtyneet Paperitehtaat ja Metsä-Serla etsivät kompromissia ns. yhdistysryhmän kokouksessa. Ko-

[437] Ks. Kalliomaa-Puha (1995) s. 204–207.

kouspöytäkirjan liitteiden mukaan tuotannonrajoitusten toteutuksessa olisi voitu sallia korkeintaan 5 %:n käyntiaste-eroja saman tuoteryhmän sisällä. Käyntiaste-eron olisi silloin tullut perustua yhteisesti hyväksyttävään ja tilauskannan avulla perusteltavaan eroon tuotteen kysynnässä tai laadussa, minkä vuoksi sen korvaaminen muulla tuotteella samassa tuoteryhmässä olisi tullut asiakkaan kannalta mahdottomaksi tai vaikeaksi. Hinnoittelussa olisi tullut noudattaa yhteisesti sovittuja periaatteita.

Yhtyneet Paperitehtaat ja Metsä-Serla totesivat vastineissaan yhtiöissä havaitun, että saavutettu yhteisymmärrys oli kilpailulainsäädännön vastainen, minkä vuoksi asiakirjaa ei hyväksytty tai allekirjoitettu ja asian valmistelu pysäytettiin välittömästi.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että jo sanotunlaisten *keskustelujen* käymistä kilpailijoiden välillä on pidettävä kilpailunrajoituslain 6 §:n vastaisena. Yhteisen asiakirjan valmistamisella asian oli katsottava edenneen sille asteelle, että yhtiöille oli täytynyt muodostua tarkka käsitys siitä, millaista käyntiasteiden eroa toinen osapuoli pitää hyväksyttävänä ja miten toinen osapuoli jatkossa toimii. Näin ollen oli sinänsä irrelevanttia, ettei pöytäkirjaa ollut erikseen hyväksytty tai ettei asiasta ollut laadittu osapuolten välistä sopimusta. Jo sellaisenaan yhdistysryhmän pöytäkirjan hyväksymisen ja siihen pakosta liittyneen tietojen vaihdon katsottiin täyttäneen 6 §:n 2 kohdan kiellettyä tuotannon rajoittamista koskevan tunnusmerkistön.

Yhtiöiden vetoamista kielletyn menettelyn välittömään lopettamiseen voitaisiin sinänsä tarkastella lieventävänä asianhaarana. Tämä edellyttäisi kuitenkin pitävää näyttöä siitä, että menettelystä todellakin on luovuttu ja ettei kielletty tietojenvaihto ole myöskään käytännössä vaikuttanut yhtiöiden toimintaan. Lisäksi edellytettäisiin todisteita siitä, että yhtiöt ovat myös käytännössä toimineet välipuheen vastaisesti ja toisistaan riippumattomasti. Mitään tällaista näyttöä ei kuitenkaan oltu esitetty.

Finnpap-päätöksen voidaan katsoa vakiinnuttaneen periaatteen, että kilpailua rajoittavalle yhteistyölle on haettava poikkeuslupaa. Kilpailuneuvoston päätöksessä otettiin ankara kanta 6 §:n 1 kohdan soveltamiseen ja suhtauduttiin varauksellisesti *rule of reason* -periaatteeseen. Tähän oli syynä se, että lain 19 §:n mahdollistaa hintayhteistyön hyötyjen arvioimisen poikkeuslupamenettelyssä. Lain normatiivinen rakenne lähtee siitä, että hintayhteistyö on kiellettyä ja että hyödylliset vaikutukset arvioidaan erillisessä menettelyssä. Lain 19 §:ää voidaan kuitenkin soveltaa vain, mikäli poikkeuslupaa on haettu. Poikkeuslupien suhdetta lain 6 §:n 2 kohtaan on käsitelty edellä poikkeuslupia koskevassa kappaleessa.

3.4.4 Puukauppaa koskeneet ratkaisut

Jäljempänä käsitellään kilpailuneuvoston raakapuun markkinoita koskevia ratkaisuja. Päätösten yksityiskohtaisempi käsittely on perusteltua, koska kyseessä epäilemättä ovat toistaiseksi tärkeimmät kiellettyä horisontaalista yhteistyötä koskevat kilpailunrajoituslain voimassaoloaikana annetut ratkaisut. Tapausten perusteella 6 §:ää on myös mahdollista verrata RS 81 artiklaan.

3.4.4.1 Taustaa

Puumarkkinoille ovat ominaisia voimakkaat suhdannevaihtelut ja epäsymmetrinen markkinarakenne. Viime vuosien keskittymiskehityksen seurauksena markkinoilla on jäljellä vain muutama puun suurostaja, kun vastaavasti puun myyjiä on tuhansia. Monilla sopimusalueilla myyjällä on käytännössä vain yksi ostajataho. Ostajien ja myyjien välistä markkinavoimaa on toisaalta omiaan tasoittamaan metsäteollisuusyritysten kova puun kysyntä ja tarve varmistaa keskeytymättömät toimitukset tehtaille. Ottaen huomioon, ettei puunmyynti pääsääntöisesti ole metsänomistajien pääasiallinen elinkeino, myyjällä on pääsääntöisesti mahdollisuus odottaa otollisia myyntisuhdanteita. Suomessa kantohinnoista on sovittu sotien jälkeen alan liittojen välisillä sopimuksilla. Keskitetystä sopimisesta kuitenkin luovuttiin 1990-luvun alussa. Syinä tähän olivat mm. aiempien neuvottelujen kariutuminen ja vuoden 1992 kilpailunrajoituslain torjuva suhtautuminen keskitettyihin hintaneuvotteluihin. Puukauppa säilyi kuitenkin keskustelun kohteena yhtenä sellaisena elinkeinonalana, joilla kilpailulainsäädännön soveltamista on arvosteltu.[438]

Vuonna 1990 Suomessa oli voimassa viimeinen valtakunnallinen puun hintasuositussopimus. Vuosina 1991–1993 myyjät ja ostajat eivät laskusuhdanteessa päässeet sopimukseen hintasuosituksista. Toisaalta syyskuun alussa 1992 voimaantullut kilpailunrajoituslaki, jonka kartellikieltoa sovellettiin 1.3.1993 alkaen, esti kilpailuviraston kannan mukaan aiemman keskitetyn hintasopimusjärjestelmän soveltamisen. Vuonna 1995 metsänhoitoyhdistysten liitot ja metsäteollisuusyritykset sopivat keskenään alueellisissa neuvotteluissa yhteisestä näkemyksestä puutavaralajien markkinahintatason muutoksista ajaksi 2.3.1995–31.3.1996. Kilpailuviraston vuonna 1995 jätetyn poikkeuslupahakemuksen käsittely lykättiin komission käsittelyn ajaksi. Koska neuvottelujärjestelmä oli muutettu yrityskohtaiseksi menettelyksi, osapuolet hakivat 1996 uutta poikkeuslupaa.

Suomen liityttyä EY:n jäseneksi komissio ilmoitti vastustavansa alueellista neuvottelumallia. Sittemmin komissio hyväksyi neuvottelujen jälkeen ns. yrityskohtaisen neuvottelumenettelyn käyttöön ottamiseen. Komissio antoi

---

[438] Eräiden maiden kilpailulainsäädännössä on alakohtaisia poikkeuksia esim. pankkien, vakuutuslaitosten, liikenteen, energiantuotannon, tiedotusvälineiden tai raaka-ainemarkkinoiden suhteen. Yleisenä kehityssuuntana voidaan todeta, että alakohtaiset poikkeukset ovat väistymässä. Uudemmassa kilpailulainsäädännössä soveltamisala on määritelty yleiseksi ja vanhempien lakien, esim. Saksan GWB:n, soveltamisalaa on laajennettu. Hiljattain Saksassa urheilu rajattiin kilpailulainsäädännön ulkopuolelle. Alan erityispiirteet on mahdollista ottaa huomioon lain soveltamiskäytännössä. Ruotsissa toteutettiin kuitenkin 1990-luvulla keskustelua herättänyt lainmuutos, jossa metsänhoitoyhdistysten yhteistoiminta puun myynnissä rajattiin *konkurrenslagenin* soveltamisalan ulkopuolelle. Suomessa ei ole nähty syytä vastaavalle muutokselle. Lainsäätäjän lähtökohtana on ollut se, että mitään elinkeinonalaa ei ryhdytä kohtelemaan muista poikkeavalla tavalla eikä alakohtaisia poikkeuksia myönnetä. Kilpailulainsäädännön tulisi koskea yhtäläisesti kaikkia elinkeinonaloja.

16.12.1996 järjestelyä koskevan ns. hallinnollisen kirjeen. Keskeisenä erona aikaisempaan oli se, ettei yhtiöiden välistä yhteistyötä hintaodotuksia koskevissa neuvotteluissa enää sallittu. Sopimusjärjestelyyn osallistuivat Enso ja UPM-Kymmene. MTK:n metsävaltuuskunta nimitti metsänmyyjiä edustavat erilliset neuvottelukunnat. Kilpailuvirasto myönsi 15.1.1997 järjestelylle poikkeusluvan 30.4.1999 saakka. Poikkeuslupa koski EY:n komission hallinnollisen kirjeen tavoin tilapäisissä neuvottelukunnissa harjoitettavaa metsänomistajien välistä yhteistyötä neuvotteluissa, joissa pyritään saavuttamaan yhteisymmärrys markkinoilla vallitsevasta tilanteesta ja hintaodotuksista yksittäisten metsäyritysten kanssa. Metsäyhtiöiden yhteisesiintyminen neuvotteluissa lopetettiin ja alueellinen neuvottelumalli muutettiin valtakunnalliseksi menettelyksi, jossa metsäyhtiöt esiintyvät kukin erikseen neuvotteluosapuolena. Hintaodotuksilla tarkoitetaan poikkeusluvassa ei-sitovaa hintatasokuvausta, jonka perusteella puun myyntiä suunnitteleva metsänomistaja pystyy hahmottamaan odotettavissa olevan käyvän markkinahintatason.

3.4.4.2 MTK:n poikkeuslupahakemus

Kilpailuviraston hylättyä MTK:n metsänomistajien yhteistyötä ja yrityskohtaista neuvottelumenettelyä puukaupassa koskevan poikkeuslupahakemuksen MTK valitti kilpailuneuvostoon ja vaati poikkeusluvan myöntämistä yhteistyölle, jolla parannettaisiin puun myyjien neuvotteluasemaa suhteessa metsäteollisuusyrityksiin.[439] Hakija vetosi vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevaan hallituksen esitykseen, jossa todettiin, että poikkeuslupa voitaisiin myöntää sellaisille järjestelyille, "joilla pienyrittäjät parantavat poikkeuksellisissa olosuhteissa kilpailukykyään suuriin yrityksiin nähden".[440] Eduskunnan talousvaliokunta puolestaan totesi, että "...yrittäjien mahdollisuus yhteistoiminnan harjoittamiseen tulee turvata kilpailuviraston myöntämillä poikkeusluvilla. Lupia myöntäessään kilpailuvirasto voi tutkia lupien seurausvaikutukset. Lupa pienyrittäjien tarkoituksenmukaiseen yhteistoimintaan tulee myöntää erityisesti silloin, kun toisena sopimuspuolena on määräävässä markkina-asemassa oleva elinkeinonharjoittaja". Kilpailuvirasto ja kuullut metsäteollisuusyritykset vastustivat luvan myöntämistä.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään 23.11.2000 puun myyjien ja ostajien välisen neuvottelujärjestelmän etuna olevan, että se voi tasapainottaa neuvotteluasemia markkinoilla, joilla toimii erittäin vahvassa roolissa kolme isoa ostajatahoa ja myyjinä kymmeniätuhansia yksittäisiä metsänomistajia Raakapuumarkkinoiden toimivuuteen liittyy Suomessa ongelmia. Keskeiseltä osaltaan ne

---

[439] Ks. *Maa- ja metsätaloustuottajain Keskusliitto MTK ry:n* valitus koskien kilpailuviraston päätöstä 27.8.1999 (d:o 94/67/99), joka koskee poikkeuslupahakemusta metsänomistajien yhteistyölle raakapuun kaupassa, d:o 99/690/1999, kilpailuneuvoston päätös 23.11.2000.
[440] HE 162/1991 vp. s. 16.

johtuvat ostajapuolen vahvasti keskittyneestä rakenteesta ja osittain myös raakapuun kauppatavoista. Vaikka markkinarakenne on voimakkaan epäsymmetrinen, myyjäpuolen asemaa parantaa kuitenkin olennaisesti se seikka, että metsäteollisuuden nykyisen mittavilla investoinneilla aikaansaadun tuotantokyvyn hyödyntäminen on riippuvainen tasaisesta puuraaka-aineen saannista. Korkean kapasiteetin ylläpitäminen edellyttää määrällisesti yksityismetsien hakkuumahdollisuuksien täyttä hyväksikäyttöä. Valtion ja yhtiöiden omien metsien suhteellisen vähäisen määrän ja tuontiin liittyvän epävarmuuden vuoksi yksityismetsien omistajat ovat tosiasiallisesti avainasemassa puumarkkinoilla, kun otetaan huomioon myös se, että monet metsänomistajat voivat ajoittaa metsänmyyntinsä suotuisiin suhdannevaiheisiin. Lisäksi metsänomistajakunnan profiilin muutos on voinut vaikuttaa siihen suuntaan, että myyjäpuolella metsätaloudellisen asiantuntemuksen ja markkinainformaation tarve on lisääntynyt. Ratkaisussa tuli verrata markkinoiden toimivuutta ja vastavoiman tarvetta koskevia argumentteja kartellista tyypillisesti aiheutuviin hintatasoon ja markkinoiden jäykkyyteen liittyviin haittoihin.

Kilpailuneuvosto päätyi hylkäämään MTK:n valituksen, koska neuvottelujärjestelmien ei voitu todeta edistäneen puumarkkinoiden tehokasta toimintaa.[441] Päinvastoin, joinakin vuosina neuvottelujen pitkittyminen on hidastanut puukauppojen käynnistymistä ja aiheuttanut kauppojen keskittymisen loppusyksyyn.[442] Lisäksi neuvottelujärjestelmä oli ollut omiaan vääristämään puulajien ja eri alueiden välisiä hintasuhteita. Kilpailuneuvoston päätöksessä todettiin, että puumarkkinoiden ongelmana on epäsymmetrinen markkinarakenne. Myyjien asemaa parantaa teollisuuden suuri puuntarve, joka vastaa yksityis-

---

[441] Teollisuuden puuntarve parantaa siten myyjäpuolen asemaa. Yksittäisen puunmyyjän kohdalla voi kuitenkin ilmetä ongelmia, joiden perussyy on markkinoiden keskittymisessä. Kilpailuoikeuden näkökulmasta ensisijaisena keinona tulevat kysymykseen kilpailunrajoituslain kieltojen tehokas soveltaminen, markkinoiden kilpailullisten piirteiden vahvistaminen ja informaation lisääminen siellä, missä tiedon epäsymmetrisyydestä aiheutuu ongelmia. Kollektiivisella neuvottelujärjestelmällä tavoitellun vastavoiman luominen poikkeuslupaa edellyttävin yhteistyöjärjestelyin voi tulla periaatteessa harkittavaksi vasta viimesijaisena keinona. Siihen turvautuminen edellyttäisi lisäksi näyttöä siitä, että sopimusjärjestelmä edistäisi tehokkuutta markkinoilla kilpailunrajoituslain 19 §:ssä tarkoitetulla tavalla.

[442] Kaikki raakapuukaupan osapuolet eivät olleet edustettuina neuvottelujärjestelmässä. Neuvottelujärjestelmällä ei voitu taata konkreettista lopputulosta. Mikäli sopimukseen ei päästä, kuten oli tapahtunut, markkinoille oli aiheutunut viivytystä ja häiriöitä. MTK on esittänyt yhtenä keskeisenä perusteena poikkeusluvan myöntämiselle sen, että neuvottelujärjestelmä takaisi puukauppojen ajoittumisen tasaisesti koko vuodelle, eivätkä puukaupat siis keskittyisi syksyyn. Neuvottelujärjestelmistä saadut käytännön kokemukset eivät kuitenkaan tue tätä näkemystä. Neuvotteluilla on ollut pikemminkin päinvastaisia vaikutuksia. Neuvottelujärjestelmä saattoi johtaa myös keinotekoiseen markkinaolosuhteista riippumattomaan hintojen tasaamiseen eri alueiden kesken. Tämä vääristää raakapuumarkkinoiden toimintaa, koska markkinaolosuhteet eri osissa maata vaihtelevat, jolloin myös puusta maksettavien hintojen tulisi olettaa eriytyvän markkinamekanismin toimiessa. Neuvottelujärjestelmä näytti toimivan paremmin noususuhdanteessa kuin laskusuhdanteessa.

metsien hakkuumahdollisuuksia. Ensisijaisesti puumarkkinoiden toimintaa ja metsänomistajien asemaa voidaan parantaa kilpailunrajoituslain tehokkaalla soveltamisella, edistämällä markkinoiden kilpailullisia piirteitä sekä lisäämällä puun myyjille tarjolla olevaa puukaupallista informaatiota.

Päätös on sikäli mielenkiintoinen, että kilpailunrajoitukseen suhtauduttiin kotimaisen lainsäädännön nojalla tiukemmin kuin EY-oikeudessa. Kilpailuviraston päätöksessä todettiin, että EY:n komissio on soveltanut hallinnollisessa kirjeessään EY:n kilpailusääntöjä, kun taas kilpailuvirasto on tarkastellut järjestelmää yksinomaan kansallisen kilpailulain nojalla.[443] Hakijat katsoivat, että lupa tulisi myöntää myös sillä perusteella, että EY:n komissio oli sallinut yhteistyön hallinnollisella kirjeellä.[444] Kilpailuneuvosto noudatti aikaisempaa kantaansa,[445] jonka mukaan EY:n komission antama hallinnollinen kirje ei estä tiukemman kansallisen lainsäädännön soveltamista samassa asiassa.

Kilpailuneuvoston päätöksessä olennaista on se, että ratkaisun katsottiin kuuluvan kotimaisen kilpailuoikeuden alaan. Komission myöntämän poikkeusluvan taustalla oli ollut se, ettei reuna-alueen puunhankintaa koskevia menettelytapoja oltu pidetty yhteisön kilpailupolitiikan kannalta keskeisenä asiana. Tämä heijastui suhteellisen lievänä suhtautumisena. Kyse oli rajatapauksesta. Ratkaisu kuvaa sitä, että vaikka kilpailunrajoituksen kieltämisen edellytykset eivät täyttyisi EY:n kilpailunoikeuden näkövinkkelistä, kilpailunrajoitukseen puuttuminen voi olla kansallisesta näkökulmasta tärkeää. Nykytilanteessa Walt Wilhelm -periaate ei edellytä kilpailulainsäädännön identtistä soveltamista,

---

[443] Kilpailuviraston päätöksessä 6.8.1999 on käsitelty EY:n komission hallinnollisen kirjeen ja kilpailuviraston poikkeuslupamenettelyn suhdetta. Metsänomistajien yhteistyön toimivuudesta ja vaikutuksesta markkinoilla ei ollut tietoja siinä vaiheessa, kun komissio teki ratkaisunsa. Virasto katsoi, että sen esittämä arvio perustuu siten merkittäviltä osin eri tietoihin kuin komission vuonna 1996 antama hallinnollinen kirje.

[444] Valittaja katsoi, että kilpailuvirasto on kokonaan sivuuttanut EY:n kilpailuoikeuden etusijaperiaatteen ja ylittänyt harkintavaltansa rajat kieltämällä järjestelyn, jonka komissio on päättänyt sallia EY-kilpailusääntöjen nojalla. Suomen puumarkkinoiden erityinen rakenne ja kilpailuolosuhteet ovat olleet rakenteellisena perusteena poikkeusluvan saamiselle. Näissä olosuhteissa ei ole tapahtunut sellaisia muutoksia, jotka oikeuttaisivat asian käsittelyn avaamiseen komissiossa. Komission päätöksellä suomalaisille metsänomistajille oli vahvistettu mahdollisuus välttämättömään yhteistyöhön, millä turvataan yhdenvertaista kilpailuasemaa yhteismarkkinoilla. Hallinnollisia kirjeitä on erityyppisiä. Hakijan mukaan kirjeen statuksen tulisi heijastua sen oikeusvaikutuksiin.

[445] Kilpailuneuvosto oli *Finnpap-markkinointiyhdistystä ja sen jäsenyrityksiä* koskevassa päätöksessä (d:o 21/359/95) käsitellyt komission antaman hallinnollisen kirjeen merkitystä. Kilpailuneuvosto päätyi siihen, ettei EY:n komission antamalla hallinnollisella kirjeellä voida supistaa Suomen kilpailunrajoituslain soveltamisalaa siitä mikä se lain mukaan on. Tämä johtuu siitä, ettei hallinnollinen kirje (comfort letter) ole sellainen virallinen päätös, joka voisi mennä sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen päätöksen edelle. Hallinnollinen kirje ei estä saman menettelyn kieltämistä kansallisen lain perusteella (esim. "*Guerlain*", 253/78 ja 1–3/79, 1980 Kok. 2327). Komission antama hallinnollinen kirje ei siten vapauta elinkeinonharjoittajaa hakemasta kilpailunrajoituslain 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa, jos tarkoituksena on soveltaa Suomen markkinoilla kilpailunrajoituslain 6 §:ssä tarkoitettua kilpailunrajoitusta.

vaan sallii kansalliset variaatiot markkinoiden paikallisten olosuhteiden perusteella. Kahden normiston hyötynä on lainsäädännön suurempi joustavuus ja mahdollisuus tehdä kansallisia ratkaisuja. Haittana on oikeudellinen epävarmuus, joka yrityksille aiheutuu siitä, että luvan saaminen yhdeltä kilpailuviranomaiselta ei merkitse automaattisesti sitä, kilpailunrajoitus olisi sallittu. EY:n komissiolla on mahdollisuus antaa virallisia päätöksiä niissä tapauksissa, joissa se kokee kansallisen lainsäädännön syrjäyttämisen tarpeelliseksi. Eri asia on, että näin harvoin menetellään – yksistään jo päätöksentekojärjestelmän ylirasituksesta ja hallinnollisesta jäykkyydestä johtuen. Virallisia poikkeusluparatkaisuja on annettu harvoin. Ylivoimainen valtaosa tapauksista on ratkaistu hallinnollisilla kirjeillä.

3.4.4.3 Puun ostajien kielletty tietojenvaihto

Kilpailuneuvosto ratkaisi samana päivänä MTK:n poikkeuslupahakemuksen kanssa puumarkkinoiden kartellia koskevan asian, joka koski metsäyhtiöiden *kiellettyä tietojenvaihtoa ja ostoyhteistyötä Mikkelin seudulla.*[446] Päätöstä on luettava yhdessä MTK:n poikkeuluparatkaisun kanssa, sillä lähtökohtana oli, että samanaikaisesti otetaan kantaa puukaupan kilpailuongelmiin sekä myyjä- että ostajapuolella.

Kilpailuviraston esitykseen liitetystä aineistosta oli havaittavissa, että Mikkelin seudulla vuosina 1993–1997 pidetyissä seurantakokouksissa ovat olleet paikallisten metsänhoitoyhdistysten kokoon kutsumina yhtäaikaisesti läsnä alueen merkittävimmät raakapuun ostajat. Mikkelin seudulla Metsäliiton, Enson ja UPM-Kymmenen yhteinen osuus raakapuun hankinnoista on noin 80 prosenttia. Yhtiöt ovat toistensa kilpailijoita raakapuun ostajina. Ne kilpailevat keskenään samoista leimikoista. Käytännössä leimikkokohtaiset raakapuun hankintahinnat ovat määräytyneet alueella kyseisten suurten ostajien antamien tarjousten perusteella. Seurantakokouksissa on vaihdettu yhtiökohtaisia, kunnittain eriteltyjä tietoja raakapuun suunnitelluista ja toteutuneista hankintamääristä, varastotilanteesta sekä puulajikohtaisesta hankintatarpeesta. Vielä on keskusteltu tulevista hintanäkymistä ja toteutuneista hinnoista. Lisäksi metsäyhtiöt ovat järjestäneet keskinäisiä kokouksia ilman metsänhoitoyhdistysten edustusta.

> Kokouksissa metsänhoitoyhdistykset olivat osaltaan ilmoittaneet, kuinka paljon ja mitä puuta on myynnissä tai tulossa myyntiin. Metsänhoitoyhdistykset ovat toimittaneet selvityksen sen hetkisestä leimaustilanteesta yhdistyksen alueella. Tämän jälkeen tai sitä ennen kokouksessa metsäyhtiöt ovat

[446] *Kilpailuviraston esitys kilpailunrajoituslain 6 §:ssä säädettyjen kieltojen vastaisen kilpailunrajoituksen toteamisesta ja kilpailunrajoitusmaksun määräämisestä Metsäliitto Osuuskunnalle, Stora Enso Oyj:lle ja UPM-Kymmene Oyj:lle*, d:o 46/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 23.11.2000.

kukin ilmoittaneet läsnäolijoille alueelta ostamansa senhetkisen puumäärän kuutiometreissä kunnittain eriteltynä, yhtiön koko vuotta koskevan hankintatavoitteen sekä sen, kuinka suurta prosentuaalista osuutta ostettu määrä vastasi kussakin kunnassa yhtiön koko vuotta koskevasta hankintatavoitteesta.

Puukaupan seurantakokouksissa on käsitelty myös hinnoittelua, eli toisin sanoen kilpailijoiden kesken on keskusteltu raakapuun hintatasosta alueella. Metsäyhtiöt ovat seurantakokouksissa saattaneet kilpailijoidensa tietoon muun ohella yhtiön raakapuusta maksamat keskimääräiset alueelliset hankintahinnat. Hintoja koskevat tiedot on ilmoitettu eräin paikoin myös puulajikohtaisesti. Yhtiö on toimittanut myös oman arvionsa siitä, miten se uskoi raakapuun hinnan jatkossa kehittyvän ja mitä yhtiö itse arvioi voivansa maksaa raakapuusta. Yhtiöt ovat ilmaisseet myös tiedot siitä, minkälaista puuta (puulajia) yhtiö tulee lähiaikoina alueelta hankkimaan ja tiedon tavoitelluista hankintamääristä (m3) sekä tiedot siitä, minkälaisesta puusta yhtiö ei ole kiinnostunut. Välillä on ilmoitettu myös varastotilanne puulajikohtaisesti. Seurantakokouksissa saaduista kilpailijoita koskevista tiedoista on raportoitu eteenpäin oman hankintaorganisaation sisällä. Kokouksissa on keskusteltu myös tulevista hintanäkymistä ja toteutuneista hinnoista. Kilpailuneuvosto toteaa, ettei se seikka, että ostajan edustaja on ollut paikalla, poista sitä tosiasiaa, että hankintatavoitteita ja hinnoittelua koskevia tietoja on vaihdettu samalla portaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välillä.

Kilpailunrajoituslain soveltamisessa on *kartellikiellon käytännöllisen tehokkuuden turvaamiseksi* lain 6 §:ssä on lähdetty siitä, ettei toimenpiteen tuomittavuutta kytketä menettelylle annettuun juridiseen muotoon. Kilpailunrajoituslain 6 §:n soveltaminen ei edellytä hintapäätösten oikeudellista sitovuutta kartellin jäsenten kesken. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan 6 §:n 1 kohta soveltuu myös sellaisiin hintasuosituksiin, joiden noudattamiseen tai noudattamatta jättämiseen ei ole kytketty mitään sanktioita. Myyjien läsnäolo ei yksinään poistanut menettelyn lainvastaisuutta. Seurantakokouksilla voitiin epäilemättä edistää puunhuoltoa, mutta hyödyt oltaisiin voitu saavuttaa myös ilman ostajien keskinäistä tietojenvaihtoa. Seurantakokouksia oli pidettävä yritysten kanavana keskinäiselle tietojenvaihdolle. Markkinoiden keskittymisasteesta johtuen haittojen arvioitiin ylittävän hyödyt. Kilpailuneuvosto otti arvioinnissaan huomioon myös sen, että menettely oli kilpailuviraston myöntämien poikkeuslupien vastaista, joissa yritysten keskinäinen tietojenvaihto selkeästi oli kielletty. Tutkimusaiheen kannalta merkittävä on yhdenmukaistetun menettelytavan määrittely ja rajanveto sallittuun tietojenvaihtoon:

> "Lain 6 §:n soveltaminen ei myöskään edellytä varsinaista sopimista eli sitä, että asianosaiset olisivat päässeet yhteisymmärrykseen noudatettavasta hintatasosta tai hinnoitteluperiaatteista. Riittävänä on pidettävä sitä, että *elinkeinonharjoittaja etukäteen saattaa kilpailijansa tietoon sellaista tulevaan hinnoitteluunsa liittyvää informaatiota, joka normaalisti olisi luottamuksellista, ja että hän tällä menettelyllä poistaa sen epätietoisuuden, joka elinkeinonharjoittajalla normaalisti on kilpailijoidensa tulevista reaktioista.*

Kiellettyä on myös toiminnan yhdenmukaistaminen. Tällä tarkoitetaan menettelytapoja, joilla yritykset ilman nimenomaista sopimusta keskinäisin kontaktein tarkoituksellisesti vaikuttavat toistensa tulevaan kilpailukäyttäytymiseen poistamalla yhteisymmärryksessä yhdenmukaisen käyttäytymisen esteitä. Kiellettyä on paitsi nimenomainen kolluusio, myös *yhdessä sovitut ja sovelletut toimenpiteet kolluusion edistämiseksi.* Käytännössä yhdenmukaisen hinnoittelun ylläpitäminen edellyttää tietoisuutta kilpailijoiden hinnoittelusta, toimintatavoitteista ja sopimustilanteesta. Yhtenä yhdenmukaistettujen toimenpiteiden muotona pidetään sellaisen luottamuksellisen tiedon luovuttamista samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimiville elinkeinonharjoittajille, jollaisen välittymistä kilpailijoille yritykset normaalisti pyrkisivät välttämään. Kiellettyä on luovuttaa kilpailijoiden haltuun sellaista nykyistä tai tulevaa hinnoittelua tai hintojen laskemisperusteita koskevaa aineistoa, jollaista kilpailijat voivat osaltaan käyttää kilpailukäyttäytymisen yhdenmukaistamiseen. Hintatiedon ohella yritykset eivät saa luovuttaa kilpailijoilleen muuta sellaista luottamuksellista tietoa, esimerkiksi asiakassuhteita, toimintatavoitteita tai sopimustilannetta koskevaa informaatiota, jollaista yhtiöt eivät normaalisti luovuttaisi kilpailijoilleen ja jonka perusteella yhtiöiden on mahdollista koordinoida kilpailukäyttäytymistään markkinoilla.

Sen sijaan yleistä tasoa kuvaavien hinta- ja kustannustietojen kokoaminen ja yleisluontoisten markkina-analyysien julkaiseminen ei ole kiellettyä. Tilastointi antaa sekä kuluttajille että yrittäjille mahdollisuuden arvioida hintojen kohtuullisuutta ja suunnitella toimintaansa. Kun tällaista aineistoa kootaan esimerkiksi toimialayhdistyksessä, annettavat tiedot eivät saa paljastaa yksittäisten yritysten kustannustietoja. Tietojen tulee perustua historialliseen aineistoon. Aineisto on toimitettava ja sitä on tilastoitava sellaisessa muodossa, ettei kerättyjä tietoja ole mahdollista väärinkäyttää yritysten tulevan kilpailukäyttäytymisen koordinoimiseen.

Kielletyn tietojenvaihdon tunnusmerkistön täyttyminen ei edellytä näyttöä siitä, että yritykset olisivat tosiasiallisesti toimineet yhdenmukaisesti tietojenvaihdon seurauksena. Kilpailijoiden välisen tietojenvaihdon sanktioimisella laissa pyritään siihen, etteivät erityisesti keskittyneillä markkinoilla toimivat saman alan yritykset vaihda keskenään sellaista informaatiota, jonka perusteella epävarmuus kilpailijoiden tulevista reaktioista poistuu tai vähenee, ja jota osaltaan voidaan hyväksikäyttää keskinäisestä kilpailusta pidättäytymiseen. Kielletyn tietojenvaihdon ei siten tarvitse pitää sisällään sellaista sopimuselementtiä kuin mikä vastaajien kirjelmissä on ollut lähtökohtana. Kielletty tietojenvaihto ei edellytä sitä, että yhtiöiden olisi näytettävä hiljaisesti päätyneen sopimukseen tulevan kilpailukäyttäytymisensä suhteen tai toimineen yhdenmukaisesti tietojenvaihdon jälkeen. Riittävää on se, että vaihdettuja tietoja luonteensa mukaan on mahdollista käyttää hyväksi kilpailukäyttäytymisessä edellä kuvatuin tavoin. Ratkaiseva kriteeri on luovutettujen tietojen luottamuksellisuus. Tieto on luottamuksellista silloin, kun sitä ei ole saatavissa yleisistä lähteistä ja kun tehokkaaseen kilpailuun pyrkivällä yrityksellä on intressi olla luovuttamatta sitä muille elinkeinonharjoittajille".[447]

[447] Kursivoinnit tämän tutkimuksen kirjoittajan.

Vastaajayhtiöt olivat katsoneet, että seurantakokoukset ovat olleet välttämätön osa puukaupan sopimusjärjestelmää, jonka tarkoituksena on ollut turvata puukaupan toimivuus ja metsäteollisuuden puuhuolto. Kyse olisi sellaisesta liitännäisestä kilpailunrajoituksesta, joka ilmeisten hyötyjensä perusteella jäisi 6 §:n 2 kohdan kiellon ulkopuolelle. Kilpailuneuvosto kuitenkin katsoi, että kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdan mukaan tuotannon rajoittaminen ja markkinoiden jakaminen on lain nojalla suoraan sallittua ainoastaan niissä tapauksissa, joissa kilpailunrajoitus on välttämätön osa tuotantoa tai teknistä kehitystä koskevaa järjestelyä ja jossa hyöty tulee pääosin asiakkaille tai kuluttajille. Rajoitukset eivät kuitenkaan saa olla kokonaisuuteen nähden liiallisia. Kiellettyjä ovat aina järjestelyt, joihin sisältyy osana hintayhteistyötä.[448] Informaation toimittaminen raakapuun myyjiltä ostajille ja ostajilta myyjille ei ollut edellyttänyt ostajina toimivien suurten metsäteollisuusyhtiöiden keskinäistä tietojenvaihtoa. Tiedon välittäminen markkinaosapuolelle olisi ollut toteutettavissa myös *yhtiökohtaisella tietojenvaihdolla* yksittäisten metsäteollisuusyritysten ja metsäyhdistysten välillä.

Tietojenvaihdon kiellettävyys perustuu vaihdettujen tietojen *luottamuksellisuuteen* ja muihin *yhteistyötä koskeneisiin olosuhteisiin*. Tietojenvaihdon sallittavuus edellyttää joka tapauksessa myös tiedoilta historiallisuutta. Historiallisuudella tarkoitetaan sitä, että vaihdetut tiedot perustuvat sellaiseen menneeseen aineistoon, jonka perusteella ei ole johdettavissa kilpailevien yritysten tämänhetkisiä hintoja tai arvioitavissa niiden tulevaa käyttäytymistä markkinoilla. Metsätapauksessa vaihdettu aineisto ei ollut luonteeltaan historiallista, vaan aktuaalista. Yritykset ovat vaihtaneet keskenään ajankohtaisia, senhetkistä ostotilannetta koskevia tietoja.[449] Lisäksi yritykset ovat informoineet toisiaan

---

[448] Järjestely ei siten ollut kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla välttämätön. Se ei ole myöskään kilpailua vähiten rajoittava tapa informaation välittämisessä. Järjestelyyn on myös liittynyt 6 §:n 1 kohdassa kiellettyä hintayhteistyötä, mikä lain esitöiden perusteella vie sen automaattisesti 6 §:n 2 kohdan legaalipoikkeuksen soveltamisalan ulkopuolelle. Viimein kyseenalaista on se, onko tietojenvaihdon ulottamisesta myös suurten ostajien keskinäisiin suhteisiin osoitettavissa ylipäätään mitään sellaisia tehokkuushyötyjä, jotka voitaisiin ottaa huomioon kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Tältä osin kyse oli varsin paljaasta kilpailunrajoituksesta, jollaisen haittavaikutukset kuvatun kaltaisilla keskittyneillä oligopsoni-markkinoilla pidettiin ilmeisinä.

[449] Asiakirja-aineistosta kävi ilmi, että yritysten kesken on vaihdettu myös sellaista yritysten hinnoitteluun, hankintatavoitteisiin ja niiden toteutumiseen liittyvää tietoa, jota ei ole ollut saatavilla yleisistä lähteistä. Erityisesti tämä on koskenut kunkin yrityksen eriteltyjä, kuntakohtaisia ostomääriä ja ostotavoitteita täyttymisasteineen sekä kunta- ja puulajikohtaisia hintatietoja. Yksityiskohtaiset hintatiedot, hankintatavoitteet ja niiden täyttyminen ovat perusluonteeltaan sellaista informaatiota, jonka yrityksen luulisi pyrkivän pitämään salassa kilpailijoiltaan, jos yritykset kilpailevat täysimääräisesti ja ilman rajoituksia samoista hankintalähteistä. Suullisessa pääkäsittelyssä saadun selvityksen mukaan Metsäteollisuus ry:n jäsenyrityksilleen toimittamat tiedot eivät ole olleet yhtä yksityiskohtaisia kuin ne tiedot, joita yritykset ovat vaihtaneet keskenään. Vielä vähemmän sama informaatio on ollut johdettavissa Metsäntutkimuskeskuksen Metsäteollisuus ry:ltä saamien vähemmän yksityiskohtaisten tietojen perusteella laatimista markkinatilastoista. Yhtiöt olivat informoineet myös julkisuudessa keskeisistä päätöksistään. Tiedot eivät kuitenkaan ole läheskään olleet samalla detaljitasolla kuin ne tiedot mitä yritykset ovat seurantakokouksissa ja keskinäisissä tapaamisissaan toisilleen välittäneet.

tulevista toimenpiteistään, kuten esim. hinnoittelua koskevista muutoksista enimmillään jopa kuukausien päähän etukäteen.[450] EY:n kilpailuoikeuden tavoin kartellikiellon vastaisuus *ei edellyttänyt näyttöä siitä*, että tietojenvaihtoa hyödynnettäisiin *laajemman kartellijärjestelyn apukeinona* tai että yritykset olisivat muuttaneet käyttäytymistään tietojenvaihdon seurauksena. Vallinneessa markkinarakenteessa yhteisten kokousten osoittaminen riitti 6 §:n vastaisuuteen. Tältä osin päätöksen ydinkohta kuuluu seuraavasti:

> "Kilpailuneuvosto toteaa edellä kohdassa 1 oleviin yleisperusteluihin viitaten, ettei kielletyn tietojenvaihdon tunnusmerkistön täyttyminen edellytä näyttöä laajemmasta kartellisopimuksesta. Kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdassa on kielletty hintayhteistyö, joka käsitteenä on olennaisesti hintakartellia laajempi. Kilpailuviraston ei siten ole tarvinnut osoittaa laajempaa hintakartellia. Kuten hintasuositustenkaan osalta, kielletyn hintatiedon vaihtamisen ei myöskään tarvitse millään tavoin velvoittaa tiedon saajia yhdenmukaiseen käyttäytymiseen. Ratkaiseva kriteeri, jonka perusteella tietojenvaihto kuuluu 6 §:n tunnusmerkistön alle, on vaihdettavan tiedon luonne. Kuten edellä on todettu, kiellettyä ei ole yleisen, historiallisen tiedon vaihtaminen, sen sijaan kiellettyä on aktuaalisen, luonteeltaan luottamuksellisen tiedon vaihtaminen. Kielletyssä tietojen vaihdossa yritykset nimenomaisesta tai hiljaisesta yhteisymmärryksestä puolin ja toisin vaihtavat sellaista liiketoimintaansa kuuluvaa informaatiota, jonka salaamiseen kilpailijoilta yrityksellä normaalisti on intressi ja jota osaltaan on *mahdollista* hyödyntää kilpailijoiden keskinäisen käyttäytymisen yhdenmukaistamisessa. Sitä vastoin 6 §:n tunnusmerkistö, kuten ei myöskään Rooman sopimuksen 81 artiklan 1 kohta (ks. esim. "*John Deere*"; T-35/92, Kok. 1994, s. II-957; C-7/95 P, 28.5.1998) ei edellytä sitä, että yritysten olisi täytynyt sopia hinnoista.
>
> Tietojenvaihdon kieltämisen *rationa* kilpailulainsäädännössä on se, että *erityisesti keskittyneillä markkinoilla ajankohtaista markkinatietoa on mahdollista käyttää hintakilpailun minimoimiseen*. Tietojenvaihto lisää tietoisuutta kilpailijoiden hinnoista ja muista keskeisistä kaupan ehdoista. Vähentämällä kilpailijoiden toimintaan luontaisesti liittyvää epätietoisuutta voidaan puolin ja toisin varmistaa se, että yhden yrityksen sopijakumppanilleen tarjoamat edullisemmat hinnat tulevat kilpailijoiden tietoon. Erityisen keskittyneillä markkinoilla kilpailijoiden lisääntyvä tietoisuus on itsessään omiaan vähentämään hintakilpailua, sillä hintakilpailuun turvautuva yritys joutuu ottamaan huomioon kilpailijoidensa reaktiot. Tietojenvaihto on tällöin omiaan luomaan asetelman, jossa hintakilpailun lisäämisestä tulee kaikille osapuolille kannattamatonta.
>
> Edellä mainituin perustein kilpailuviraston ei ole tarvinnut näyttää, että tietojenvaihto olisi ollut osa laajempaa kartellijärjestelyä. Kuten edellä on todettu, asiakirjat Mikkeli 5 ja Mikkeli 10 viittaavat siihen, että yritysten välillä on ainakin ajoittain ollut myös nimenomaisia hintasopimuksia. Kuvatun kaltaisilla oligopsonisilla markkinoilla hintatasoon vaikuttaminen ei aina

[450] Ks. *Finnpap*, päätöksen s. 71.

edes edellytä pidemmälle meneviä toimenpiteitä kuin yksityiskohtaista tietojenvaihtoa. Toisaalta kartellinomaisille järjestelyille on ominaista, että niihin ryhdytään ja kukin osapuoli niissä pitäytyy vain siihen asti, kun sen arvioidaan olevan asianomaisen yrityksen omassa intressissä. Epätavallista ei siten ole se, että kolluusiossa yhtäällä sovitaan ja samanaikaisesti toisaalla kilpaillaan kaikkien tämä tietäen tai ilman kaikkien osapuolten tietoisuutta."

Kilpailuneuvosto viittasi päätöksessään EY:n tuomioistuimen ratkaisuun *John Deere*. Nähdäkseni kilpailuneuvoston kanta eroaa kuitenkin EY:n päätöksistä yhden hienouden osalta. EY:n oikeuskäytännössä perinteisen sopimusajattelun vaikutus näkyy horjuvuudessa sen suhteen, edellytetäänkö näyttöä siitä, että saatuja luottamuksellisia tietoja on hyödynnetty. Päätös perustuu ajatukselle, jossa nimenomaisen sopimisen ohella sama lopputulos voidaan saavuttaa tietojenvaihdolla. Kilpailuneuvoston päätös ei ole ristiriidassa EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Se pikemminkin kuvaa sitä suuntaa, mihin EY:n kilpailuoikeus parhaillaan on kehittymässä. Markkinoiden keskittyessä entisestään ja tiedonvaihdon menettelyjen kehittyessä kartellikiellon tehokkuus edellyttää sitä, että tietojenvaihtoon ryhdytään suhtautumaan nykyistä ankarammin. Tämänhetkisessä kehitysvaiheessa vaikuttaisi siltä, että Suomessa tietojenvaihtoon on otettu jonkin verran tiukempi kanta kuin EY:ssä.

3.4.5 Tarjouskartelleja koskevia ratkaisuja

Kilpailunrajoituslain 5 §:n 1 momentin mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa soveltaa sopimusta tai yhteisymmärryksessä toisen kanssa muuta järjestelyä, jonka mukaan tavaran myymistä, ostamista tai palveluksen suorittamista koskevassa tarjouskilpailussa: 1) jonkun on luovuttava tarjouksen tekemisestä; 2) jonkun on annettava korkeampi tai alempi tarjous kuin toisen; tai 3) tarjoushinta, ennakko tai luottoehto muutoin perustuu tarjoajien yhteistoimintaan tarjouskilpailussa. Lain 5 §:n 2 momentin mukaan 1 momentin kielto ei koske sopimusta tai muuta järjestelyä, jonka mukaan tarjouksen antajat ovat liittyneet yhteen tehdäkseen yhteisen tarjouksen yhteisestä suorituksesta.

Tarjouskartellikielto on Suomen kilpailuoikeuden vanhin kielto, sillä se sisältyi jo vuoden 1957 lakiin. Säännöksen tarkoituksena on suojata tarjouksen pyytäjiä siltä, että tarjouksen tekijät sopivat keskenään tarjouksistaan. Tarjouskartellin seurauksena on säännönmukaisesti, että tarjousten pyytäjä saa kalliimpia tarjouksia siihen verrattuna, että tarjousten antajat kilpailisivat aidosti keskenään. Säännöksellä on suuri merkitys julkisen talouden kannalta. Julkisista hankinnoista annetun lain myötä julkisyhteisön tulee käyttää hyväksi olemassa olevat kilpailumahdollisuudet ja pääsääntöisesti kilpailuttaa hankintansa. Säännöstöllä pyritään lisäämään kilpailua avaamalla julkisen sektorin markkinoita, turvaamaan tarjoajien syrjimätön ja tasapuolinen menettely, saavuttamaan kus-

tannussäästöjä hankintatoimessa sekä torjumaan korruptiota.[451] Ainakin tavoitellut kustannussäästöt jäisivät saavuttamatta, jos saadut tarjoukset perustuvat kartelliin.

Tarjouskartelli on yksi kartellien alaryhmä. Kilpailunrajoituslain 6 §:n säätämisen jälkeen säännös olisi voitu poistaa laista, jolloin 6 § olisi automaattisesti kattanut myös tarjouskartellit. Säännöksen pitkän tradition ja havainnollisuuden vuoksi se kuitenkin haluttiin säilyttää laissa. Lain 5 § on siten erityissäännöksen asemassa 6 §:ään nähden. Tarjouskartellin tunnusmerkistö täyttyy vastaavin edellytyksin kuin 6 §:ssä. Laissa ei siten edellytetä esimerkiksi sitovaa sopimusta.

> Tapauksessa *Vihannin kunnan taksiautoilijat*[452] kunnan pyydettyä tarjouksia koululaiskuljetuksista se oli vastaanottanut kahdeksan samansisältöistä tarjousta. Kunnan tarjouspyyntöä oli käsitelty taksiautoilijoiden kokouksessa ilman että yksittäisiä autoilijoita olisi painostettu yhdenmukaisten tarjousten jättämiseen. Ensimmäisenä tarjoustekstin laatinut yrittäjä oli jättänyt tarjouksensa taksikopin pöydälle, minkä jälkeen muut autoilijat olivat laatineet tarjouksensa kyseisen mallin mukaisesti. Vastaajat korostivat sitä, ettei yhdenmukaisesta menettelystä oltu sovittu tai ketään painostettu yhteistarjouksen jättämiseen. Kilpailuneuvosto totesi, että menettelyn ilmeisenä tarkoituksena oli ollut poistaa tarjouskilpailuille ominainen luottamuksellisuus, jolloin todellinen kilpailu tarjouskilpailuun osallisten elinkeinonharjoittajien väliltä poistuu. Taksiautoilijat olivat yhdenmukaistaneet tarjouksensa. Menettelyn oli katsottava täyttävän kilpailunrajoituslain 5 §:n 3 kohdassa kielletyn yhteistoiminnan tunnusmerkistön tarjoushintojen määrittämisessä.

Kilpailunrajoituslain 5 §:n 2 momentin mukaan tarjouskartellien kielto ei koske sopimusta tai muuta järjestelyä, jonka mukaan tarjouksen antajat ovat liittyneet yhteen tehdäkseen yhteisen tarjouksen yhteisestä suorituksesta *(konsortio)*. Sallitulla konsortiolla tarkoitetaan järjestelyä, jossa yritykset sitoutuvat sellaiseen yhteiseen työsuoritukseen, jota yksittäinen konsortion jäsen ei pystyisi suorittamaan. Konsortiot ovat varsin yleisiä esimerkiksi rakennusurakoissa. Jotta kyse olisi 5 §:n 2 momentissa tarkoitetusta sallitusta yhteistarjouksesta, jokaisen yhteistarjouksessa mukana olevan elinkeinonharjoittajan tulee osallistua työn suorittamiseen. Rajanveto-ongelmia syntyy, kun konsortion jäsenet ovat saman alan yrityksiä ja periaatteessa toistensa kilpailijoita. Yhteistarjous on omiaan rajoittamaan siihen osallisten välistä kilpailua. Toisaalta konsortion muodostaminen voi vasta mahdollistaa siihen osallistuvien yritysten osallistumisen kilpailuun, jos tarjouskohde edellyttää laajoja resursseja, erityisosaamista tai suurehkoja investointeja.

---

[451] Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tavoitteista ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 222–228; Kärkkäinen teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 431–436.

[452] D:o 6/359/94, kilpailuneuvoston päätös 31.5.1995; Kuoppamäki (1996) s. 366.

Erityisesti 1990-luvun jälkimmäisellä puoliskolla kantaa on jouduttu ottamaan kuntien ja lääninhallitusten kilpailuttaman taksi- ja bussiliikenteen sopimusjärjestelyihin. Liikennöitsijöiden yhteistyöllä on mahdollista saavuttaa synergiaetuja. Kunnalla on julkisista hankinnoista annetun lain asettamissa puitteissa tiettyä harkintavaltaa sen suhteen, kuinka laajoissa kokonaisuuksissa liikennettä kilpailutetaan. Toisaalta, jos kaikki kunnan liikennöitsijät ovat järjestelyssä mukana, kilpailu voi kokonaan estyä. Jotta kyseessä olisi 5 §:n 2 momentissa sallittu yhteistarjous, kilpailuneuvosto on yleensä edellyttänyt, että jokaisen konsortion jäsenen panos on todellinen ja merkityksellinen työsuorituksen taloudelliselle toteutukselle. Lisäksi on edellytetty, ettei yhteistarjous estä kilpailua tarjouskilpailun kohteena olevassa hankinnassa, vaan että konsortio kilpailee hankinnasta muiden tarjoajien ja yhteenliittymien kanssa. Yhteistarjouksen seurauksena siihen osallisten yritysten kilpailukyky lisääntyy siihen vaihtoehtoon verrattuna, että yhteistyötä ei tehtäisi.

Merkittävä osa tarjouskartelleja koskevista oikeustapauksista on ratkaistu julkisia hankintoja koskevan oikeuskäytännön yhteydessä kilpailunrajoituslain 18 §:n nojalla. Hankintalainsäädännön ja usein myös julkisyhteisön omien hankintaohjeiden mukaan hankintayksikön on hylättävä lain vastaiset – esimerkiksi kilpailulainsäädännön – vastaiset tarjoukset. Erityisesti julkisen liikenteen yhteydessä on tämän tästä jouduttu ottamaan kantaa kielletyn kartellin ja sallitun konsortion väliseen rajanvetoon.

Tapauksessa *Matka-Autot Oy/TLO*[453] oli kyse julkisesta hankinnasta, jolla eräs linjakokonaisuus oli kilpailutettu. Turun kaupunki oli hyväksynyt "Tarjousyhteenliittymä TLO:n" tarjouksen. Tarjousyhteenliittymään kuuluivat Turun Linja-autoilijain Osakeyhtiön (TLO) 22 osakasyritystä, jotka hallitsivat noin 60 % Turun yhteistariffiliikenteestä. Kun kyse oli ollut tietystä kohteesta järjestetystä tarjouskilpailusta, TLO:n jäsenyritysten harjoittamaa yhteistyötä oli pidettävä kilpailunrajoituslain 5 §:n 1 kohdan vastaisena tarjouskartellina. Kyse ei ollut 5 §:n 2 momentissa sallitusta yhteistarjouksesta. Yhteenliittymässä oli mukana selvästi enemmän liikenteenharjoittajia kuin yhteinen työsuoritus edellyttäisi. Järjestelyn todellisena tavoitteena ja seurauksena ei ollut liikennöinnin edellyttämien resurssien kokoaminen, vaan TLO:n jäsenten välisen kilpailun estäminen. Hankintayksikön olisi tullut hylätä tarjous kilpailunrajoituslain vastaisena. Kilpailuneuvosto kumosi hankintayksikön päätöksen.[454] Samana päivänä annetulla päätöksellä kilpailuneuvosto hylkäsi TLO:n kilpailunrajoituslain 19 §:n mukaisen poikkeuslupahakemuksen.

Kielletystä yhteistyöstä ks. myös *Kuhmon taksipalvelu Oy*.[455] Sallitusta

---

[453] D:o 1/359/98, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998.

[454] Jatkovalituksen osalta ks. KHO 30.3.1999, taltio 629, 1312/1/98. KHO ei muuttanut kilpailuneuvoston päätöstä.

[455] D:o 22/359/97, kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998.

tarjousyhteenliittymästä ks. *Kemijärven Taksikeskus Oy*:[456] Kemijärven kaupunki oli pyytänyt autoilijoilta kokonaistarjousta koululais- ja vammaiskuljetusten järjestämisestä. Kuljetusten yhdistämisellä voitiin saavuttaa kustannussäästöjä. Työsuorituksen laajuus edellytti autoilijoiden yhteistyötä. Autoilijoilla oli oikeus vastata saamaansa tarjouspyyntöön ja antaa kokonaistarjous, eikä menettelyä pidetty tältä osin tarjouskartellina.

Korkein hallinto-oikeus on hiljattain antamassaan vuosikirjaratkaisussa[457] saattanut edellä olevan oikeuskäytännön kyseenalaiseksi. Kaupungin järjestämän joukkoliikenteen tarjouskilpailun tarjouspyynnössä oli todettu muun ohessa, että tarjoaja voidaan sulkea pois, jos tarjoajana on tarjousyhteenliittymä, joka ei täytä tarjouspyynnön yleisissä ehdoissa määriteltyjä vaatimuksia. Näiden ehtojen mukaan liikennöitsijät voivat Suomea sitovien sopimusten ja voimassa olevan kilpailulainsäädännön puitteissa muodostaa tarjousyhteenliittymiä, jotka jättävät yhteisiä tarjouksia kilpailtavana olevasta liikenteestä.

Hankintayksikkö ei ollut sulkenut pois tarjouksen tehnyttä yhteenliittymää sillä perusteella, että tämän tarjous muodostaisi kilpailunrajoituksista annetun lain 5 §:ssä kielletyn tarjouskartellin. Tarjouskilpailuun osallistunut elinkeinonharjoittaja sen sijaan vaati päätöksen kumoamista kilpailuneuvostossa sillä perusteella, että valittua yhteenliittymää oli pidettävä laissa kiellettynä tarjouskartellina, mistä syystä kyseinen tarjous olisi pitänyt sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle. Kilpailuneuvosto asettui samalle kannalle hakijan kanssa. Ottaen huomioon, että yhteenliittymässä oli selvästi enemmän osakkaita kuin mitä yhteisen tarjouksen antaminen edellytti ja että sallitun konsortion edellytykset eivät muutenkaan täyttyneet, hankintayksikön olisi tullut hylätä tarjous lainvastaisena. Tästä syystä hankintayksikön päätös kumottiin.

KHO kumosi kilpailuneuvoston päätöksen ilmeisesti sillä perusteella, ettei kilpailuneuvosto voi määrätä tällaista seuraamusta ilman edellä käyvää kilpailuviraston esitystä: "Kilpailuneuvostolla ei ollut käsitellessään julkisista hankinnoista annetun lain 9 §:n mukaisen seuraamuksen määräämistä koskevaa asiaa lain 9 a §:n mukaisesti tehdyn hakemuksen johdosta toimivaltaa määrätä seuraamusta pelkästään sillä perusteella, että hankintayksikön valitseman tarjouksen tehnyt tarjoaja olisi tarjousta tehdessään menetellyt kilpailunrajoituksista annetun lain 5 §:n vastaisesti." Päätös on ongelmallinen, sillä kilpailuneuvoston päätöksessä kyse ei ollut seuraamuksen määräämisestä kilpailunrajoituslain 8 ja/tai 16 §:n perusteella, vaan kilpailunrajoituslain 18 §:n tehottomuusnormin soveltamisesta. Lain esitöiden mukaan 18 §:ssä lausutaan julki oikeusjärjestyksessä muutoinkin noudatettu periaate, jonka mukaan lain vastaiseen sopimusehtoon ei voida vedota eikä sellaiseen perustuvaa sopimusehtoa voida vahvistaa noudatettavaksi. Kilpailunrajoituslain 18 §:ää on sovellettava

[456] D:o 28/359/97, kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998.
[457] Ks. KHO 20.04.2001 T 911 ja 912, dnro 1914/1/99, taltionumero 917.

viran puolesta.[458] Epäilemättä tätä periaatetta on noudatettava myös silloin, kun ostaja on julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitettu hankintayksikkö. Kilpailunrajoituslaissa tai muuallakaan ei ole säädetty, että sopimusten lainvastaisuuteen tulisi suhtautua lievemmin kuin yleensä. Se, että kyseessä on viranomaistaho, joka käyttää hankkeeseen julkisia varoja, ei vähennä vaan lisää tarvetta ottaa huomioon kilpailulainsäädännön asettamat pakottavat vaatimukset.

KHO:n perustelut ovat 18 §:n osalta äärimmäisen niukkasanaiset. KHO toteaa yhdellä lauseella, ettei "kilpailunrajoituslain 18 § anna aihetta toisenlaiseen ratkaisuun". Päätöksen tekee entistä mielenkiintoisemmaksi se, että po. tapauksessa tarjouskilpailun ratkaisuperiaatteina olleiden hankintayksikön omien hankintaohjeiden mukaan kilpailulainsäädännön vastaiset tarjoukset tuli hylätä. KHO:n mukaan tähän hankintaehtojen kohtaan voitaisiin vedota kilpailuneuvostossa vain siinä tapauksessa, että hankintayksikkö olisi siihen itse vedonnut. Toisin sanoen, jos hankintayksikkö olisi hylännyt tarjouksen kilpailulainsäädännön vastaisena, kilpailuneuvosto olisi voinut tutkia, onko hylkääminen ollut kilpailulainsäädännön perusteella oikeutettua vai ei. Sen sijaan kilpailuneuvosto ei KHO:n mielestä voinut tutkia tarjouskilpailuun osallistuneen valittajan vaatimusta, jonka mukaan valittu tarjous olisi tullut hylätä kilpailulainsäädännön ja/tai hankintaohjeiden vastaisena. Kanta vaikuttaa virheelliseltä, sillä indispositiivisten eli pakottavien normien soveltaminen ei voi riippua siitä, minkä oikeudellisen kannan joku asianosaisista on ottanut. Normin pakottavuus pitää sisällään juuri sen, ettei siitä voida asianosaisten toimin disponoida. Näin ollen lainkäyttöelimen toimivallan ja kilpailunrajoituslain 18 §:n soveltamismahdollisuuden kannalta ei voi olla ratkaisevaa, onko hankintayksikkö itse vedonnut kilpailulainsäädännön vastaisuuteen vai ei. Myös hankintalainsäädännön nojalla vaikuttaa siltä, ettei hakijan väitteen tutkiminen koskien ennalta ilmoitettujen hankintaohjeiden vastaista hankintapäätöstä voi riippua yksinomaan siitä, katsooko hankintayksikkö itse menetelleensä lainvastaisesti. Hankintaohjeiden soveltamista koskevan hakijan väitteen käsittely olisi edellyttänyt lainkäyttäjän kannanottoa.

Mihin KHO:n kannan logiikka perustuu? Ajatus, jonka mukaan tapauksessa olisi ollut kyse lain 16 §:n soveltamisesta, ei vastaisi kilpailuneuvoston päätöksen perusteluja eikä KHO:n omaa käytäntöä[459] vastaavissa aikaisemmissa asiois-

---

[458] Ks. esim. Aine (1998) s. 204–211. Ks. myös Kuoppamäki (2000) s. 55–59. Aine toteaa, että kilpailunrajoituksiin liittyvästä yhteiskunnallisesta intressistä johtuen kilpailunrajoituksiin liittyvää tehottomuusseurausta ei voida jättää riippuvaiseksi pelkästään asianosaisten kannanotoista, mistä syystä pätemättömyys on otettava viran puolesta huomioon.

[459] Ks. esim. KHO 1995 A 48, 11.4.1995, taltio 1586, 3125/1/94 ja 3733/1/94. Kyseisessä ns. paperiteollisuuden siivouskiistaa koskeneessa asiassa KHO otti kantaa työtuomioistuimen velvollisuuteen ottaa kilpailunrajoituslain 18 §:ää koskeva pätemättömyysseuraus huomioon päätöksessään. Mainitussa ratkaisussa sanottua velvollisuutta ei ollut, sillä työtuomioistuimen ratkaisu oli annettu ennen kilpailuneuvoston päätöstä, jossa ulkopuolisen työvoiman käyttöä koske-

sa. KHO:n päätöksen mielenkiinto rajoittuu siten kilpailunrajoituslain 18 §:n soveltamisedellytyksien puuttumista koskevaan argumentaatioon. Voitaisiin ajatella, että KHO tulkitsisi kartellikiellon turvaavan vain asiakasta, tässä tapauksessa kaupunkia. Ajatuksena olisi, ettei kyse voi olla lainvastaisesta teosta, ellei "uhri" koe sitä sellaiseksi. Pinnallisesti tarkastellen argumentti vaikuttaa järkevältä, sillä haitallinen kartelli aiheuttaa yleensä haittaa asiakkaalle. Asiakkaan voidaan pääsääntöisesti kuvitella reagoivan, jos kyse on "aidosta" kartellista. Tällainen kanta olisi kuitenkin selvässä ristiriidassa kilpailunrajoituslain 1 §:n kanssa, jossa kilpailulainsäädännön suojeluobjekteina mainitaan kuluttajat ja elinkeinonharjoittajat sekä kilpailun toimivuus markkinoilla.[460] Individuaalisuojan ohella suojellaan kilpailua instituutiona.[461] Kilpailulainsäädäntöä voidaan pitää eräänlaisena markkinatalouden henkivartijana. Tästä johtuen yksittäisen kilpailunrajoitustapauksen merkitys ulottuu yleensä asianosaispiirin ulkopuolelle. Samasta syystä olisi suotavaa, että kilpailulainsäädännön vaatimuksiin kiinnitetään huomiota myös viranomaistoiminnassa, esim. hankintatoimessa. Ajatus, että markkinavastapuoli aina reagoisi, ei myöskään toimi käytännössä, mitä osoittaa esim. jäljempänä käsiteltävä TLO:n tapaus.[462] Keskeisin tai ainakaan ainoa syy puuttua kartelleihin ei ole kilpailunrajoituksen kohteen etu, vaan yleinen etu siitä, ettei markkinoiden toimintaa rajoiteta kilpailunrajoituksilla.[463] Kartellikiellon käytännöllisen tehokkuuden kannalta olisi toivottavaa, että KHO:n ratkaisu ei kuvaisi laajemmalti ylimmän oikeusasteen

---

van rajoituksen oli todettu olevan kilpailunrajoituslain 9 §:n yleislausekkeen vastainen. Perusteluista käy ilmi, että velvollisuus soveltaa 18 §:ää olisi ollut olemassa jo ennen kilpailuneuvoston päätöstä, mikäli kyse olisi ollut kilpailunrajoituslain 4–7 §:ssä kielletystä kilpailunrajoituksesta.

[460] Kilpailulainsäädännön soveltamiseen liittyy aina voimakas julkinen intressi markkinoiden toimivuudesta. Kilpailuoikeudellinen pätemättömyysseuraamus perustuu virallisperiaatteelle juuri sen vuoksi, ettei lainvastaisen sopimusehdon soveltuminen tai soveltaminen riippuisi asianosaisten ottamista kannoista. Samasta syystä pätemättömyysseuraus ei edellytä kilpailuviranomaisen edellä käyvää päätöstä siitä, että menettely rikkoo kilpailulainsäädännön kieltonormia vastaan.

[461] Ks. myös Aine (1998) 202–204, joka johtaa saman johtopäätöksen kilpailuoikeudellisen sääntelyn luonteesta. Aine toteaa (s. 204): "Kun otetaan huomioon kilpailulainsäädännölle ja sen rikkomisen sanktiona olevalle pätemättömyysseuraukselle asetetut tavoitteet, on selvää, että yksittäiset toimijat eivät voi sopia pätemättömyysseuraukseen soveltumisesta keskinäiseen sopimussuhteeseensa. Muussa tapauksessa pätemättömyysseuraus menettäisi merkityksensä." Verrannollinen tilanne on lähellä, jos toinen sopijapuoli voi julkista hankintaa koskevassa asiassa yksinään disponoida siitä, voiko tuomioistuin ottaa kantaa pätemättömyysseuraukseen vai ei.

[462] Palveluja ostava kunta voi hyväksyä tai jopa edesauttaa tarjouskartellin säilymistä, esim. jotta palvelusta saatavat verotulot säilyvät oman kunnan alueella.

[463] Pätemättömyysseuraus ei siten liity siihen, onko kilpailunrajoituksen kohde menettelyn mahdollisesti hyväksynyt vai ei. KHO:n kanta on ristiriidassa virallisperiaatteen kanssa. KHO:n kannasta poiketen lain esitöiden mukaan 18 §:ssä ei edellytetä, että pätemättömyyteen olisi vedottu. Nykymuodossaan KHO:n linja lienee ristiriidassa myös RS 81 artiklan 2 kohdan pätemättömyysseuraamuksen kanssa. Myöskään EY:n kilpailuoikeudessa ei edellytetä sitä, että pätemättömyyteen olisi täytynyt vedota tai että asiassa olisi lainvastaisuutta koskeva viranomaisen päätös.

kannan muuttumista kartellisoitumista suosivaan suuntaan. KHO:n nimenomaisena tarkoituksena tuskin on ollut heikentää kartellikieltoa, mutta valitettavasti päätös näyttäisi siihen johtavan. Voidaan myös kysyä, miten hyvin ratkaisussa on otettu huomioon yleinen pyrkimys lisätä siviilioikeudellisten pätemättömyys- ja vahingonkorvaussäännösten tehoa.

3.4.6 TLO-tapaus

Vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevan hallituksen esityksen mukaan kustannuksia voivat säästää myös yhteiset myyntiorganisaatiot, joiden läpi tuotteet voivat mennä vapaasti ilman hintayhteistyötä tai markkinoidenjakoa, varsinkin, jos yrityksillä on mahdollisuus myös ottaa suoria tilauksia asiakkailta. Käytännössä yhteinen myyntiyhtiö täyttää varsin helposti 6 §:n kieltotunnusmerkistön. Lain 6 §:n tunnusmerkistö on täyttynyt muun ohella edellä selostetuissa tapauksissa *Valio I* (d:o 7/359/93) *Finnpap* (d:o 21/359/93) sekä jäljempänä selostettavassa *TLO*-tapauksessa (d:o 9/359/97).

Turun linja-autoilijain osakeyhtiö (TLO) oli hakenut kilpailuvirastolta poikkeuslupaa TLO:ssa harjoitetulle liikennöitsijöiden yhteistyölle. Kilpailuviraston evättyä poikkeusluvan keväällä 1997 TLO saattoi asian kilpailuneuvostoon. TLO vaati vahvistettavaksi, ettei sen jäsenten, 22 Turun seudun linja-autoyhtiön harjoittama yhteistyö ole kilpailunrajoituslain vastaista. Toissijaisesti TLO vaati poikkeusluvan myöntämistä. Kilpailuvirasto vaati hakemuksen hylkäämistä.

TLO oli solminut Turun kaupungin kanssa vuonna 1993 ns. yhteistariffisopimuksen, jonka nojalla kaupunki osti TLO:lta liikennöintipalveluja. Sopimuksen mukaan vuoden 1999 loppuun mennessä voitiin kilpailuttaa yhteensä 40 % sopimuksen kattamasta liikenteestä. TLO ja Turun kaupunki sopivat kuitenkin vuonna 1995, että kilpailuttamisesta luovutaan TLO:n myöntämää 3,5 %:n lisäalennusta vastaan. Toisin sanoen TLO:n jäsenet myönsivät kaupungille lisäalennuksen sitä vastaan, että linjat säilyvät TLO:n jäsenyritysten hallussa eikä niitä avata muualta olevien liikennöitsijöiden taholta tulevalle kilpailulle.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään,[464] että TLO:n jäsenet olivat keskenään sopineet kaupungille tarjottavista hinnoista sekä kilpailuttamisen välttämiseksi tarjottavasta lisäalennuksesta, mitä on pidettävä kilpailunrajoituslain 6 §:n 1 kohdassa kiellettynä hintayhteistyönä. TLO:n jäsenet olivat myös sopineet reittien jakamisesta osakkaiden kesken sekä (neljän desimaalin tarkkuudella) kunkin liikennöitsijän liikenteen määrästä. TLO:ssa harjoitettu yhteistyö sisälsi siten myös 6 §:n 2 kohdassa kiellettyä markkinoiden jakamista ja tuotannon rajoittamista.

Kilpailuneuvosto katsoi, ettei TLO ole osoittanut poikkeusluvan myöntämisen edellytyksiä. Vuoden 1995 lisäsopimuksella, jolla kilpailuttamisesta

[464] *TLO:n poikkeuslupahakemus*, d:o 9/359/97, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998.

luovuttiin, sovittiin 3,5 %:n alennuksesta. Turun kaupungin hankkiman konsulttiselvityksen mukaan kartellin purkaminen ja liikenteen kilpailuttaminen olisi tuonut kaupungille noin 15 %:n kustannushyödyn. Tämä olisi vastannut Helsingin kokemuksia, jossa vastaava siirtyminen keskinäisestä sopimisesta kilpailuttamismenettelyyn johti ensimmäisellä kierroksella keskimäärin 17,5 % aikaisempaa alhaisempiin suoritehintoihin. Hakija ei ollut osoittanut 19 §:ssä tarkoitettuja tehokkuushyötyjä. Näitä olisi ollut saavutettavissa hankintojen avaamisella kilpailulle.

Turun kaupungin ja TLO-liikennöitsijöiden välinen sopimus oli myös julkisista hankinnoista annetun lain vastainen. Laki edellyttää tarjouskilpailun järjestämistä, kun julkisyhteisö hankkii liikennettä vastiketta vastaan. Muista EU-maista olevat yritykset olivat lisänneet osuuttaan Suomen markkinoilla. Myös kilpailu kotimaisten bussiyritysten välillä on lisääntynyt. Sopimusjärjestely esti ulkopuolisia yrityksiä tarjoamasta liikennepalveluja Turun kaupungille.

Kilpailuneuvosto kiinnitti päätöksessään huomiota myös EY-oikeuden pakottaviin määräyksiin. Yksituumainen kartellin ylläpito ja hankintasäännösten noudattamisen laiminlyönti oli tavoitteiltaan ja vaikutuksiltaan EY:n hankintadirektiivien sekä perustamissopimuksen 49 (ent. 59) ja 81 (ent. 85) artiklan vastaista. Luvan myöntäminen tällaiselle, muista EU-maista tulevan kilpailun estävälle ja markkinat sulkevalle järjestelylle ei ollut mahdollista. Perustamissopimuksen 10 (ent. 5) artiklan lojaliteettiperiaatteesta seuraa, ettei kansallinen lainkäyttöelin voi tehdä kansallisen lain nojalla päätöstä, joka olisi selkeässä ristiriidassa Suomea sitovien jäsenyysvelvoitteiden kanssa.

Kilpailunrajoituslailla on usein yhtymäkohtia julkisista hankinnoista annetun lain soveltamiseen, kuten *Turun Linja-autoilijain Osakeyhtiön (TLO)* poikkeuslupahakemusta koskeva ratkaisu osoittaa. Tapauksessa on mielenkiintoista, että se on keskeisen tosiseikaston osalta identtinen vain pari vuotta aikaisemmin ratkaistun *Helsingin sopimusliikennöintiä* koskeneen tapauksen[465] kanssa, joka oli ratkaistu julkisia hankintoja koskevan lain perusteella. Kilpailuneuvosto oli ruotsalaisen *Linjebus*-konsernin hakemuksesta kumonnut Helsingin kaupungin alennusta vastaan luvatun kilpailuttamisen lykkäämistä koskevan päätöksen. Sopimusten jatkamista oli pidettävä sellaisena uutena hankintana, joka hankintalain 5 §:n nojalla on kilpailutettava. Päätös kumottiin myös hankintalain 7 § vastaisena, sillä kilpailuttamalla oli saavutettavissa olennaisesti suurempi säästö. Ilman saavutettavissa olevia säästöjäkin kilpailuttamisen lykkääminen kohteli yrityksiä hankintalain 1 §:ssä kielletyllä tavalla eriarvoisesti estäessään uusien yrittäjien pääsyn markkinoille. Kartellitapauksen perusteluissa päällimmäiseksi nousi kilpailijoiden yhteistyö vallitsevan markkinatilanteen sementoimiseksi. Päätöspari kuvaa mielestäni oivallisesti kilpailunrajoitus- ja hankintalainsäädännön välisiä yhtymäkohtia. Avainsana kummassakin ratkaisussa on *markkinoille pääsyn* turvaaminen.

---

[465] *Linjebus Oy Ab ja Sirolan Liikenne Oy*, d:o 26/359/96, kilpailuneuvoston päätös 21.4.1997; KHO 27.10.1997 T 2703.

Voidaan kysyä, miksi *kilpailuneuvosto sovelsi suoraan 81 artiklaa ja 49 artiklaa* TLO:n tapauksessa. Ratkaisu löytyy tapauksen taustasta. Asiassa oli selviä viitteitä siitä, ettei pelkkä kilpailunrajoituslain nojalla annettu ratkaisu toisi muutosta, sillä suunnitteilla oli julkista liikennettä koskevan erityislainsäädännön soveltaminen kartellikiellon syrjäyttävällä tavalla. Asia selvisi Turun kaupunginhallituksen silloisen varajäsenen kilpailuneuvostolle toimittamasta kirjeestä, jota käsiteltiin asiassa järjestetyssä suullisessa käsittelyssä ja joka liitettiin jutun asiakirjoihin. Saamansa uuden informaation perusteella kilpailuneuvosto harkitsi EY-oikeuden suoraan ratkaisurelevantiksi ja toi päätöksessään esille, että suunniteltu järjestely rikkoi kotimaisen kartellikiellon ohella myös RS 81 artiklaa, hankintadirektiivejä sekä palvelujen tarjoamisen vapautta koskevaa primäärioikeuden normia. Kilpailunrajoituslain 6 §:n syrjäyttäminen ei siten poistaisi menettelyn lainvastaisuutta. Seurauksena oli hankintayksikön päätös liikenteen kilpailuttamisesta.[466]

TLO:n tapauksessa annettu ratkaisu kuvaa kotimaisen kilpailulainsäädännön liittymäkohtia yhteismarkkinaoikeuteen. EY:n kilpailulainsäädäntö on nähty ikään kuin viimeisenä reservinä: sitä sovellettiin, koska pitäytyminen pelkästään 6 ja 19 §:ssä olisi johtanut säännösten syrjäytymiseen kilpailua rajoittavalla erityislainsäädännöllä. *Yleensä* kilpailuneuvosto on soveltanut EY-oikeutta *epäsuorasti* eli on ottanut sen sisällön tulkinnallisesti huomioon antaessaan konkreettista merkityssisältöä kotimaisille säännöksille. Tämäkin menettely täyttää *Walt Wilhelm* -periaatteen vaatimukset, joissa ratkaisevaa on lopputulos. Kansallisen kilpailulainsäädännön soveltaminen EY-kilpailuoikeuden rinnalla ei saa johtaa lopputulokseen, joka olisi ristiriidassa EY:n kilpailuoikeuden perusperiaatteiden ja käytännöllisen tehokkuuden kanssa. Yhteisöoikeuden näkökulmasta tarkasteltuna EY-kilpailuoikeuden suoran soveltamisen lisääminen vaikuttaisi perustellulta. Kyse ei ole ainoastaan kilpailunrajoitusten poistamisesta ja tehokkaamman normiston soveltamisesta, vaan yleisestä EY-oikeuden soveltamisen ja 81 ja 82 artiklojen läpilyönnin edistämisestä.

3.5. VERTAILUA YHDYSVALTAIN OIKEUSKÄYTÄNTÖÖN

Yhdysvalloissa kartelleja koskeva ydinsäännös vuonna 1890 hyväksytyn *Sherman Actin* 1 artikla, joka kuuluu seuraavasti: *"Every Contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce*

[466] Mainittakoon, että sekä Helsingin että Turun osalta kilpailuttaminen alensi hintoja kartellin jäsenten tarjoaman 3–4 %:n sijasta 15–20 % heti ensimmäisellä kilpailutuskierroksella. Pelkästään pääkaupunkiseudun linja-autoliikenteen kilpailuttamisen arvioitiin tuottavan julkisessa varainkäytössä vuosittain noin 100 miljoonan markan säästöt.

among several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal." Seurauksena kartellikiellon rikkomisesta voi olla enimmillään kahden vuoden vankeusrangaistus, sakko ja kolminkertainen vahingonkorvaus *(triple damages)*. Sherman Actin 1 artikla ei sisällä Rooman sopimuksen 81 artiklan 3 kohdan ja kilpailunrajoituslain 19 §:n kaltaista poikkeusmahdollisuutta. Kielto vaikuttaa sanamuotonsa puolesta varsin laajalta ja näyttäisi ulottuvan tyypillisimpiin kaupallisiin sopimuksiin. Ongelma on pyritty ratkaisemaan oikeuskäytännössä muodostamalla erottelu *per se* eli aina kiellettyihin ja *rule of reason* -periaatteen mukaan arvioitaviin kilpailunrajoituksiin. Jaottelu vahvistettiin lopullisesti 1911 tapauksessa *Standard Oil*.[467] Paljaiksi kilpailunrajoituksiksi tulkitut menettelytavat on kielletty per se. Muita kilpailunrajoituksia – tähän kategoriaan kuuluvat useimmat kaupallisiin sopimuksiin sisältyvät toimintavapauden rajoitukset – arvioidaan rule of reason -periaatteen mukaan. Kilpailunrajoitus kielletään vain, jos se kohtuuttomasti *(unreasonably)* rajoittaa kilpailua. Huomiota kiinnitetään mm. sopimuksen tarkoitukseen, toimialan erityispiirteisiin, osapuolten markkinavoimaan ja sopimuksen vaikutuksiin kolmansille osapuolille ja kuluttajille. Rule of reason on joustava periaate ja mahdollistaa kilpailunrajoituksen taloudellisten vaikutusten yksityiskohtaisen tarkastelun. Toisaalta se on prosessiekonomisesti kallis ja aikaavievä. Lopputuloksen kannalta per se on selkeämpi. Yhdysvalloissa on havaittavissa kehitys, jossa per se kiellettyjen menettelytapojen ala on vuosien saatossa kaventunut ja rule of reason -periaatteen asiallinen soveltamisala vastaavasti laventunut.[468] Samalla on kuitenkin enenevässä määrin ryhdytty kyseenalaistamaan sitä, missä määrin karkea jaottelu per se/rule of reason ylipäätään on käytännössä antoisa pyrittäessä vetämään rajaa haitallisen ja hyödyllisen käyttäytymisen välillä.[469] Per se kiellettyinä ovat säilyneet menettelytavat, joiden oletetaan lähes aina heikentävän taloudellista tehokkuutta. Tarkastelun kohteena olevat hinta-, markkinoidenjako- ja tuotannonrajoituskartellit ovat Yhdysvalloissa per se kiellettyjä.[470] *Areedan* mukaan kielletyn kartellin todistaminen edellyttää vähimmillään kolmea seikkaa: näyttöä mahdollisuudesta nostaa hintoja, selvitystä yritysten motiivista ja markkinoilla havaittavia toimenpiteitä, jotka selittyvät paremmin kielletyllä yhteistoiminnalla kuin itsenäisellä päätöksenteolla.[471] Mikäli yhden-

---

[467] Doktriinin kehittymisestä Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa ks. esim. Handler (1982) s. 3 ss.
[468] Ks. esim. Amato (1997) s. 100–105.
[469] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 480, 487–489. Ks. myös edellä tämän pääluvun jaksoa 2.2 (Rule of Reason).
[470] Rule of reason -periaatteen nykyisestä soveltamisesta ks. tarkemmin esim. Hovenkamp (1999) s. 274; vertailusta 81 artiklaan ks. esim. Frazer (1992) s. 174–181 ja Amato (1997) s. 98–100.
[471] Ks. Areeda (1986) s. 95: "Speaking broadly, proof that challenged parallel action resulted from a traditional conspiracy requires proof of at least three factors: some easily shown opportunity to arrange the common action, some motive for the defendants to act in concert, and overt act more consistent with some pre-arrangement for common action than with independently arrived-at decisions."

mukainen käyttäytyminen vaikuttaa markkinaolosuhteisiin nähden epäluonnolliselta, viittaa se kartellin olemassaoloon.[472] Kartelleja koskevan näyttötaakan osalta voidaan viitata seuraaviin ratkaisuihin.

3.5.1 Kartellin toteen näyttäminen

Tapauksessa *Interstate Circuit*[473] kyse oli elokuvien levitysyhtiöiden ja elokuvateattereiden välisistä sopimusehdoista. Kahdeksan levitysyhtiötä hallitsi noin 75 %:n osuutta ns. ensimmäisen luokan filmien levitysoikeuksista. Teattereita oli huomattavasti enemmän, joten markkinarakenne oli epäsymmetrinen. Yksi suurimmista teattereista lähetti levitysyhtiöille kirjeen, jossa se kehotti näitä muuttamaan sopimusehtonsa tietyn sisältöisiksi. Tämän jälkeen levitysyhtiöiden ja suuren joukon teattereita välillä tehtiin ehdotuksen mukaiset sopimukset. Varsinaista näyttöä horisontaalisista neuvotteluista kummallakaan portaalla ei ollut. Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi kuitenkin olosuhteista voitavan päätellä, että menettelyn täytyi perustua yhteiseen sopimukseen. Tapauksessa *American Tobacco* korkein oikeus[474] piti riittävänä näyttönä kielletystä kartellista sitä, että kolme johtavaa tupakanvalmistajaa nosti hintojaan yhtäkkisesti ja yhdenmukaisesti. Yhtiöt hallitsivat yhdessä noin 90 %:n osuutta markkinoista. Hinnanmuutosten symmetrisyyden perusteella tapauksen valamiehistö katsoi näytön riittävän kielletyn hintoja koskevan salaliiton *(conspiracy)* toteen näyttämiseen. Myös korkein oikeus piti aihetodisteita riittävinä. Yritysten identtinen käyttäytyminen ei ollut rationaalisti muutoin selitettävissä. Tuomioistuin totesi, ettei kartellikiellon tunnusmerkistön täyttyminen edellytä muodollista sopimusta, vaan kartellista voidaan sopia myös suullisesti. Yhtä hyvin kuin muidenkin rikosten osalta osapuolten lain vastainen tarkoitus voidaan näyttää toteen suoritettujen toimenpiteiden perusteella. Yritysten yhdenmukaisesta käyttäytymisestä voitiin johtaa yhteinen tarkoitus kilpailun rajoittamiseksi.

Hovenkampin mukaan tupakkatapauksessa korkein oikeus irtautui pisimmälle perinteisestä sopimuskriteeristä.[475] Näyttäisi siltä, että tuomioistuin pääsi lähelle hiljaisen kolluusion kieltämistä. Päätöksen ymmärtäminen edellyttää, että näyttökysymystä ja tunnusmerkistöä tarkastellaan erillisinä elementteinä, joskin käytännön tilanteissa elementit usein sekoittuvat keskenään. Kielletty kartelli voidaan päätellä ns. lisätekijöiden (*"plus factors"*) perusteella. Kartellinäyttöä muodostavina lisätekijöinä on otettava huomioon mm. epäillyn yrityk-

---

[472] Areeda toteaa, että epäluonnollinen parallellikäyttäytyminen "would probably not result from chance, coincidence, independent responses to common stimuli, or mere interdependence unaided by an advance understanding among the parties". Ks. Areeda (1986) s. 143–144.
[473] 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467 (1939).
[474] 328 U.S. 781, 66 S.Ct. (1946).
[475] Hovenkamp (1999) s. 177.

sen toimenpiteet, jotka itsenäisesti päätettyinä olisivat vastoin sen intressiä, tietojenvaihtokokoukset juuri ennen hinnankorotuksia ja samanaikaisia hinnankorotuksia. Käyttäytymisen ohella johtopäätöksiä voidaan tehdä myös markkinarakenteen ja -tulosten perusteella. Kartellin olemassaoloon viittaa se, jos 1) markkinaosuudet säilyvät vuodesta toiseen vakaina, 2) yritysten hinnoittelu on jäykkää eikä näytä vastaavan kysynnässä tapahtuviin muutoksiin ja 3) toimialan laajuisesti käytetään kolluusiota edistäviä tukitoimenpiteitä ("facilitating practices"), kuten esim. että kaikki myyvät standardisoituja hyödykkeitä tai käyttävät samanlaisia myyntiehtoja, vaihtavat tietoja keskenään tai ohjaavat jälleenmyyjiensä toimintaa tai eriyttävät hintojaan saman kaavan mukaisesti.[476] Monet tukitoimenpiteet, esimerkiksi luottamuksellisen aineiston vaihtaminen kilpailijoiden kesken ja alimpien sallittujen hintojen määrääminen jälleenmyyjille, voivat olla itsessään kiellettyjä kilpailunrajoituksia. Ollakseen juridisesti kielletty, Sherman Actin 1 artikla edellyttää kuitenkin tahtojen yhtymistä. Mikäli kolluusiota tukevat toimenpiteet perustuvat sopimukseen, voivat ne itsessään muodostaa kielletyn horisontaalisen kilpailunrajoituksen.

Voidaan todeta, että Yhdysvalloissa kilpailijoiden johdonmukainen seuraaminen *("conscious parallelism")* esim. samanlaisten hintojen perimisessä ei ole itsessään kiellettyä, mutta sitä voidaan käyttää aihetodisteena selvitettäessä epäilyä kielletystä kartellista (Section 1, "joint action") tai yrityksestä monopolisoida yhdessä markkinat (Section 2, "combination or conspiracy") edellyttäen, että lisätekijät tukevat johtopäätöstä kilpailunrajoituksen olemassaolosta. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että yksinään tarkasteltuna pelkkä yhdenmukainen toiminta ei riitä näytöksi.[477] Yhdysvalloissa voidaan käyttää paitsi asiakirjanäyttöä, myös henkilötodistajia ja ääritapauksessa teknisillä välineillä saatua näyttöä. Viime vuosina modernin rikostutkinnan tekniset menetelmät näyttävät tuottaneen hyviä tuloksia.[478]

3.5.2 Tietojenvaihto

Yhdysvalloissa tietojenvaihtoa arvioidaan rule of reason -periaatteen mukaisesti.[479] Hyödyllinen ja haitallinen tietojenvaihto pyrittiin aluksi erottamaan toisistaan selvittämällä osapuolten tarkoitusta *(intent)*. Vanhemmissa tapauksissa

---

[476] Jos kilpailevien yritysten markkinaosuudet säilyvät vuodesta toiseen samoina ja hinnoittelu on jäykkää, viittaa se yritysten välisiin kartellijärjestelyihin. Tiukassakin oligopolissa voisi olettaa muutoksia ainakin markkinaosuuksissa. Tilanteen jäykkyys voi selittyä hintasopimuksilla ja huijaamisen estävillä tuotantokiintiöillä.

[477] Tämä on todettu esim. tapauksessa *Reserve Supply Corp. V. Owens-Corning Fiberglas*, 971 F.2d 37 (7th Cir. 1992).

[478] Ks. esim. Griffin (2001).

[479] EY:n ja Yhdysvaltain kilpailuoikeuden vertailun osalta ks. Bissocoli, World Competition (2000) s. 79–106.

kiellettävyys on edellyttänyt näyttöä siitä, että tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen. Myöhemmässä käytännössä on kiinnitetty huomiota myös markkinoiden keskittymisasteeseen *(structure)* ja vaikutuksiin tuotannon määrään ja hintoihin.[480] *Posner*[481] toteaa, että pienyritysten tietojenvaihto voi edistää kilpailua, kun yrityksillä on paremmat tiedot markkinoilla vallitsevista olosuhteista. Kartellin yhteydessä sitä tukeva tietojenvaihto on tuomittava erillisenä kilpailunrajoituksena. Tietojenvaihtoa voidaan pitää myös todisteena kartellista. Vaikka kolluusiota (*"explicit"* tai *"tacit"*) ei voitaisi todistaa, tietojenvaihtoon tulee silti puuttua, mikäli erityisen keskittynyt markkinarakenne viittaa kolluusioon ja tietojenvaihdolle ei ole osoitettu legitiimiä perustetta. Huomiota on kiinnitettävä myös vaihdetun tiedon luonteeseen ja tietojenvaihdon toteuttamistapaan.[482] Vaikka peruslähtökohtana on rule of reason, tietojenvaihto saattaa tulla arvioitavaksi myös per se kilpailunrajoituksena, jos kyse on kartellin apuvälineestä tai tietojenvaihto tulkitaan osoitukseksi kartellista.

Tietojenvaihdon osalta erityisesti Suomen oikeuskäytäntö näyttää olevan jonkin verran Yhdysvaltain kilpailuoikeutta tiukempaa. RS:n 81 artiklan 1 kohdasta poiketen sen enempää yleisen kuin yksityiskohtaisen hintatiedon vaihtaminen tiukassa oligopolissa ei ole per se kiellettyä ilman näyttöä muusta kilpailun rajoittamisesta.[483] Nähdäkseni tiukka suhtautuminen tietojenvaihtoon on perusteltua. Jo *Adam Smith* tiesi kertoa, että kilpailijat harvoin kokoontuvat yhteen, ilman että keskustelu pian kääntyy hintoihin ja siihen, miten hintoja saataisiin nostetuksi ylöspäin. Smithin näkemys sisältää kyynisyyden ohella annoksen realismia. On myös muistettava, että oligopolistien tietojenvaihtojärjestelmät luovat laillisista päämääristä riippumatta säännönmukaisesti ainakin tilaisuuden ja välineet tulevaa käyttäytymistä koskevan luottamuksellisen informaation välittämiseksi kilpailijoille. Käytännössä on tullut ilmi tapauksia, joissa kartellikieltoa on tulkittu siten, että se estää kokousten yksityiskohtaista tietojenvaihtoa koskevien osuuksien pöytäkirjaamisen.[484] Yrityskoon kasvaessa ja saatavilla olevan informaation muutenkin lisääntyessä oligopolistien pitäminen ajan tasalla edellyttää harvemmin hinta- tai muun yksityiskohtaisen tiedon vaihtamista kilpailijoiden välillä. Uudemmassa taloustieteellisessä kirjallisuu-

---

[480] Ks. Bissocoli s. 84–91; Sullivan/Grimes (2000) s. 233–241; kriittisesti Hovenkamp (1999) s. 217.

[481] Ks. Posner (2001) s. 158–171. Ks. myös Posner (1976) s. 136–146.

[482] Ks. Posner (2001) s. 169–170.

[483] Tietojenvaihtosopimukset eivät kuitenkaan ole vaarattomia Yhdysvalloissakaan, sillä muiden seikkojen "täsmätessä" sellaista saatetaan pitää näyttönä kielletystä kartellista. Ainakin periaatteessa mahdollista myös on, että näitä epäsuoria keinoja pidetään sinänsä kilpailua rajoittavina, jolloin viranomainen voi etsiä keinon puuttua niihin. Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 171–186.

[484] Ks. esim. kotimaisia seuraamusmaksun määräämiseen johtaneita ratkaisuja *Finnpap*, d:o 21/359/95, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1997 sekä *Metsäliitto Osuuskunta, Stora Enso Oyj ja UPM-Kymmene Oyj*, d:o 46/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 23.11.2000.

dessa haitat näyttävät korostuvan hyötyjä enemmän.[485] Mielestäni on syytä yhtyä *Schererin ja Rossin* kantaan, jonka mukaan oligopolistien väliseen yksityiskohtaiseen tietojenvaihtoon tulee suhtautua torjuvasti.[486] Yleisen tilastollisen aineiston kerääminen on useimmissa tapauksissa täysin riittävää. Epäilemättä on osoitettavissa tilanteita, joissa tietojenvaihdosta on hyötyä. Keskittyneillä markkinoilla haitalliset tilanteet näyttäisivät dominoivan, mistä syystä kielteisen suhtautumisen tulisi olla selkeä pääsääntö.

Sherman Actin 1 artiklan sijasta *Federal Trade Commission* on pyrkinyt puuttumaan oligopolistien väliseen hiljaiseen kolluusioon Federal Trade Commission Actin 5 artiklan avulla, joka ei edellytä todisteita sopimuksen olemassaolosta. FTC Actin 5 artiklan perusteella voidaan puuttua myös yksipuoliseen toimintaan, joka jää kartellikiellon ulkopuolelle. Verrattuna kotimaiseen kilpailuoikeuteen se vastaa lähinnä lain 9 §:n yleislauseketta, jonka nojalla voidaan puuttua yksittäistapauksissa vahingollisiin, ts. tehokkuutta vähentäviin tai toisen elinkeinotoimintaa haittaaviin menettelytapoihin. FTC 5 artiklan perusteella on kielletty yhdenmukaisen basing point pricing -järjestelmän soveltaminen. Tapauksessa *Ethyl Corp*[487] FTC pyrki laajentamaan artiklan soveltamisalan koskemaan yhdenmukaista oligopolihinnoittelua ja toimenpiteitä, jolla etyylinvalmistajat lisäsivät markkinoiden läpinäkyvyyttä välillään. Vastaajina olleet neljä yritystä kaikki tahollaan yhdenmukaisesti mutta ilmeisesti ilman keskinäistä välipuhetta 1) ilmoittivat hinnanmuutoksista julkisesti 30 päivää etuajassa, 2) sovelsivat kukin asiakkaisiinsa nähden ns. suosituimmuuslauseketta, jonka mukaan toimittaja korvaa asiakkaille myöhemmät hinnanalennukset ja 3) sovelsivat samanlaisia maksuehtoja. FTC vaati menettelytapojen kieltämistä sillä perusteella, että menettelytavat johtivat kartellinomaiseen hinnoitteluun. FTC korosti sitä, että 5 artiklan nojalla kieltotuomio voitaisiin antaa ilman näyttöä sopimuksesta, jos yritysten menettely on keinotekoista ja johtaa kilpailun merkittävään vähenemiseen. Tuomioistuin *(Second Circuit)* ei kuitenkaan hyväksynyt FTC:n esitystä. Ollakseen kiellettyä 1) yritysten menettelyn tarkoituksena tuli olla kilpailun rajoittaminen tai 2) menettelyltä täytyi puuttua kaupallisesti hyväksyttävä syy. Tuomioistuin totesi, että oligopoli on "olosuhde", ei "kilpailunrajoitus". Yritysten käyttäytyminen seurasi luontaisesti markkinoiden

---

[485] Ks. esim. Shapiro (1989); Evans (1989); Neven/Papandropoulos/Seabright (1998) s. 46 ss.

[486] Ks. Scherer ja Ross (1990) s. 347–352. Mielestäni oligopolistien väliseen tietojenvaihtoon tulisi soveltaa yksiselitteistä per se -standardia. Näin pitkälle ei tarvitse mennä, sillä 81 (3) artikla ja 19 § mahdollistavat poikkeusluvan myöntämisen niissä tapauksissa, joissa tietojenvaihdon hyödyt voidaan osoittaa. Yhdysvalloissa tilannetta hankaloittaa 81 (3) artiklan ja 19 §:n kaltaisen poikkeuslupanormin puuttuminen. Hayn mukaan Yhdysvalloissa on ollut esillä kompromissi, jossa tietojenvaihtoa käsiteltäisiin per se rajoituksena keskittyneillä ja homogeenisilla markkinoilla, mutta muutoin rule of reason -periaatteen mukaisesti. Ks. Hay (1982).

[487] *Du Pont (Ethyl)*; 101 FTC 425 (1983); *du Pont de Nemours & Co v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

olosuhteista ja oli rationaalia.[488] Tuomioistuimen perustelut ovat perinteisen oligopoliteorian mukaiset. Vaikkei päätös suoranaisesti estä puuttumista kolluusiota tukeviin toimenpiteisiin, nostaa se käytännössä näyttökynnyksen lähelle Sherman Actin 1 artiklan kartellikieltoa. *Hovenkamp* arvostelee päätöstä, koska se johtaa huonoihin markkinatuloksiin. Puuttumalla alennusten myöntämistä estäviin järjestelyihin tuomioistuin olisi voinut edistää hintakilpailua.[489] Mielestäni Hovenkamp on oikeassa päätöksen vaikutusten suhteen, mutta ehkä sittenkin yritysten oikeusturvanäkökohdat ovat tärkeämpiä. Ilmeisesti tuomioistuin on halunnut estää sellaisen oikotien syntymisen, jolla kilpailuviranomaiset voisivat suoraan puuttua yhdenmukaiseen käyttäytymiseen, ilman että niiden tarvitsisi ryhtyä "vaivalloiseen" kartellinäytön kokoamiseen.

3.5.3 Turnerin ja Posnerin ratkaisuehdotukset

Raja yhdenmukaisen ja yhdenmukaistetun toiminnan välillä on häilyvä. Yhdenmukaistetussa toiminnassa yritykset toimivat yhteisestä välipuheesta siten, että riski kilpailullisen käyttäytymisen mukanaan tuomista katteen menetyksistä vähenee. Yhteistyö voi ilmentyä esimerkiksi tietojenvaihtona tulevasta toiminnasta tai tulevien ratkaisujen signaloinnista kilpailijoille esim. lehdistön kautta. Yhteistyö voi koskea myös esim. markkinoiden rakenteellisten olosuhteiden muuttamista kolluusiolle edulliseksi. Yritykset voivat esim. lisätä tietämystään kilpailijoiden hinnoista ja tuotantomääristä toimialaliiton yhteyteen perustetun hintaseurantajärjestelmän avulla, jonne yritykset puolin ja toisin toimittavat tietonsa analysoitaviksi ja edelleen välitettäviksi. Yritykset voivat lisätä keskinäistä riippuvuuttaan ja vähentää kilpailuhalukkuutta esim. raaka-aineen hankintaa koskevien yhteistyöjärjestelyjen avulla, jotka päällisin puolin vaikuttavat vain teknisluonteiselta, selviä kustannussäästöjä tuovalta yhteistoiminnalta. Ero yhdenmukaisen ja yhdenmukaistetun toiminnan välillä vaikuttaa pääosin selvältä: yhdenmukaistettu toiminta on laissa kiellettyä, yhdenmukainen yleensä ei. Ongelmaksi nousee se, että taloudellisilta vaikutuksiltaan yhdenmukaistettu ja yhdenmukainen toiminta voivat olla yhtä haitallista.

Taloustieteellisesti oikeudellista lähestymistapaa, kartellin kieltotunnusmerkistön kytkemistä sopimuksen tai siihen rinnastettavan tosiasiallisen yhteisymmärryksen saavuttamiseen voidaan arvostella liian muodollisena. Sanktioiden

---

[488] Tuomioistuin perusti päätöksen myös näyttöön. Alennuskäytännön katsottiin perustuvan lähinnä asiakkaiden vaatimuksiin. Myös ostopuoli markkinoilla oli keskittynyt. Asiakkaat halusivat tietää hinnat etukäteen ja varmistua raaka-ainehankintojensa hinnan kilpailukyvystä verrattuna kilpailijoihinsa lopputuotteen markkinoilla. Päätöksen lopputuloksella ja perusteluilla on mielestäni selviä yhtymäkohtia jäljempänä käsiteltävään EY:n tuomioistuimen *Wood Pulp* -päätökseen C-89/85.

[489] Ks. Hovenkamp (1999) s. 184–185.

ja yritysten käyttäytymisen ohjaamisen optimaalisuuden näkökulmasta olisi suotavaa, että yleisen edun kannalta yhtä vahingolliset vaikutukset omaavaa käyttäytymistä kohdeltaisiin yhdenmukaisesti. Jos kartellin sanktioiminen kytketään muodollisiin kriteereihin, on sitä paitsi vaarana, että yritykset panostavat kartellikäyttäytymisen salaamiseen ja varautuvat ennalta kilpailuviranomaisten tutkimuksiin. Seurauksena voi olla se, että kartellituomion todennäköisyys riippuu lakia rikkovien yritysten "ammattitaidosta". Tuomituksi tulevat vain tapaukset, joissa yhteistyötä ei osata tai kyetä pitämään pienen piirin sisällä, vaikka yritys hinnan vedättämiseen ylöspäin itsessään epäonnistuisi. Samanaikaisesti sanktioiden ulkopuolelle jäävät vakavammat tapaukset, joissa yhteisen hintanäkemyksen muodostaminen ei edellytä kilpailijoiden välistä avointa kommunikaatiota.

Kantzenbachin ja Krusen mukaan taloustieteessä on liiaksi keskitytty hintayhteistyön mallintamiseen. Kapasiteetin rajoittamista ja markkina-alueiden jakoa koskeva yhdenmukainen käyttäytymisen jää usein vähemmälle huomiolle. Kuitenkin usein markkinaolosuhteet ovat sellaiset, että viimeksi mainitut kolluusion muodot ovat vahingollisempia.[490] Vastaava ilmiö näyttää olevan havaittavissa kilpailuviranomaisten ratkaisukäytännössä. Taustalla on perinteinen mielikuva savuisesta huoneesta, jossa salaa sovitaan seuraavan kuukauden hinnoista. Kuitenkin hinnoista sopiminen on vaikeaa, jos yritysten kustannukset tai hyödykkeet poikkeavat toisistaan. Tehokas markkina-alueiden allokoiminen puolestaan edellyttää, että kartellin jäsenillä on määräävä tai muutoin erityisen vahva asema omilla toimialueillaan. Muussa tapauksessa yrityksillä ei ole riittäviä takeita omien osuuksien pysyvyydestä. Markkinoiden jakaminen lienee yleisempää tilanteissa, joissa yritykset toimivat samanaikaisesti useilla markkinoilla. Tuotannonrajoituskartelleissa sopiminen ja huijauksen sanktioiminen on helpompaa. Toisaalta jälkikäteiset tuotannon tasausjärjestelmät edellyttävät erityisen tehokasta tietojenvaihtoa. Edellä todettu koskee soveltuvin osin myös hiljaista kolluusiota tukevaa tietojenvaihtoa. Havaitaan, että kilpailijoiden välinen tuotantomääriä ja markkinaosuuksia koskevien tietojen välittäminen on mitä suurimmassa määrin relevanttia. Tietojenvaihtojärjestelmiin tulisikin kiinnittää jatkossa nykyistä enemmän huomiota.

3.5.3.1 Turnerin ehdotus oligopolien pilkkomisesta

Donald F. Turner käsitteli vuonna 1962 julkaistussa klassiseksi muodostuneessa artikkelissaan[491] mahdollisuuksia puuttua hiljaiseen kolluusioon kilpailuoi-

---

[490] Ks. Kanzenbach/Kruse (1987) s. 26–39; ks. myös Kantzenbach/Kottmann/Krüger (1995) s. 11–15.

[491] Turner, The Definiton of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harv. L. Rev. (1962) s. 665.

keuden keinoin. Turner katsoi, että periaatteessa nimenomaisiin kartellisopimuksiin ja oligopolistien yhdenmukaiseen käyttäytymiseen tulisi suhtautua samanarvoisesti. Ensinnäkin hiljainen kolluusio voi nostaa hintoja samaan tapaan kuin nimenomainen sopimus. Usein teot ovat sanoja tehokkaampia.[492] Turnerin mukaan hiljainen kolluusio johtuu markkinoiden liiallisesta keskittymisestä. Tiukassa oligopolissa on luonnollista ja rationaalia, että yritykset seuraavat toistensa hintoja. Turner katsoi, että Sherman Actin 1 kohdan kartellikiellon soveltaminen edellyttää joko kilpailijoiden välistä sopimusta tai ainakin kontakteja yritysten välillä, joilla vaihdetaan luottamuksellista tietoa ja vaikutetaan kilpailijoiden tulevaan käyttäytymiseen. Se, onko kyse kartellista vai laillisesta kilpailijoiden seuraamisesta, määräytyy näytön perusteella. Sen sijaan passiivista kilpailijoiden seuraamista ei voida sanktioida kartellikiellon perusteella, sillä yritykset vain käyttäytyvät markkinarakenteen edellyttämällä tavalla ilman syyksi luettavaa menettelyä.

Turnerin mukaan oligopolin jäsenet pyrkivät seuraamaan kilpailijoitaan tilanteessa, jossa yhden markkinatoimijan toimenpiteillä on välitön vaikutus muiden samoilla markkinoilla toimivien yritysten asemaan. Kilpailuprosessi nähdään sarjana reaktioita ja vastareaktioita. Mikäli olosuhteet ovat sellaiset, että edullisin toimintamalli on kilpailijan hinnankorotukseen vastaaminen samansuuruisella korotuksella, menettelytapa ei ole kiellettävissä. Kilpailijan hintojen seuraaminen merkitsisi vaatimusta, että yritysten on käyttäydyttävä irrationaalisesti. Irrationaalisuuden edellyttäminen lainsäädännössä ei voi olla hyväksyttävää. Kun syy on markkinoiden rakenteessa, ratkaisu ei voi löytyä yrityksen markkinakäyttäytymisen ylimitoitetusta sanktioinnista.[493] Turner esitti, että ongelmaan tulisi puuttua ensisijaisesti rakenteellisin keinoin, purkamalla hintatasoa nostavat tiukat oligopolit pilkkomalla alan suurimpia yrityksiä. Preventiivisesti markkinarakennetta tulisi suojella oligopolin tiukentumisen estävällä yrityskauppavalvonnalla.[494]

Richard A. Posner[495] on esittänyt *George Stigleriin*[496] nojautuen ratkaisuksi oligopolimarkkinoiden taloudellista mallintamista sen selvittämiseksi, johtuuko hintojen yhdenmukaisuus kartellista vai markkinoiden ominaispiirteistä. Turnerista poiketen Posner lähti siitä, ettei markkinarakenne determinoi käyttäytymistä. Yritykset eivät voi yhdenmukaistaa käyttäytymistään pelkän rakenteen perusteella, vaan käytännössä niiden tulee joko suoraan sopia hinnoista tai ainakin poistaa kolluusion tiellä olevia informaation epätäydellisyyteen ja rivaliteettiin liittyviä esteitä väliltään. Lähtökohta on omaksuttu Stigleriltä, joka

---

[492] Turner (1962) s. 665.
[493] Turner (1962) s. 699 ss.
[494] Ks. Turner Donald F., The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies, 82 Harvard Law Review (1969) 1207, s. 1217–31.
[495] Ks. jäljempänä alaviite 499.
[496] Stigler, A Theory of Oligopoly, kirjassa The Organization of Industry (1968) s. 39–66.

kiinnitti huomion markkinarakenteesta yritysten kolluusiota edistäviin toimenpiteisiin (*"find, detect, punish"*). Kartellikiellon tavoitteena tulisi olla puuttua kaikkiin kollektiivisiin menettelytapoihin, joissa yritykset nostavat hintatasoa ylöspäin rajoittamalla tuotantoa. Kiellon ulottaminen myös perinteisessä tarkastelussa kartellikiellon ulkopuolelle jääviin toimenpiteisiin on perusteltua koska a) kummatkin toimenpiteet voivat olla lopputuloksiltaan yhtä vahingollisia ja b) markkinarakenne ei determinoi käyttäytymistä; joten mistään "oligopolipakosta" ei voida puhua. Posner suhtautuu kielteisesti yritysten pilkkomiseen niistä aiheutuvien tehokkuustappioiden vuoksi. Posner saa taustatukea *Borkilta*, jonka mukaan oligopolien pilkkominen saisi aikaan enemmän taloudellista vahinkoa kuin kuusi talouselämän keskuksiin suunnattua ydinlatausta. Sen sijaan Bork näyttää suhtautuvan epäilevästi mahdollisuuksiin todistaa kartelli pelkän taloudellisen näytön avulla.

3.5.3.2 Posnerin ehdotus pelkän taloudellisen näytön hyväksymisestä

Richard A. Posner on pyrkinyt loiventamaan eroa nimenomaisen kartellin ja kilpailijoiden keskinäisen seuraamisen välillä.[497] Posnerin mukaan Yhdysvalloissa on liiaksi keskitytty kilpailua rajoittavien sopimusten etsimiseen.[498] Samalla kritiikin kohteena on edellä mainittu *Donald F. Turnerin* artikkeli,[499] jonka mukaan pelkkään kilpailijoiden seuraamiseen ei voida puuttua kartellikiellon avulla. Vaikka tämä olisikin kiellettyä, tuomioistuimilta puuttuvat keinot puuttua yhdenmukaiseen hinnoitteluun ilman sopimusta. Myöhemmin Turner suositteli tiukkojen oligopolien pilkkomista.[500] Posner vastustaa rakenteellisia toimenpiteitä ja suosittaa kartelleja koskevien todistussääntöjen uutta tulkintaa. Posner ei varsinaisesti esitä, että pelkkään kilpailijoiden seuraamiseen tulisi puuttua kartellikiellon avulla. Asian ydin on siinä, että Posner ei usko, että yritykset voivat yhdenmukaistaa käyttäytymistään pelkän markkinoiden keskittymisen, läpinäkyvyyden tms. rakenteellisten seikkojen perusteella. Yhdenmukainen käyttäytyminen ei synny itsestään, vaan kyse on yritysten valinnasta. Näin ollen jos hinnat nousevat pitkäaikaisesti kilpailullisen tason yläpuolelle, täytyisi tämän osoittaa, että yritykset ovat tehneet ainakin jollakin tavalla yhteistyötä keskenään. Kartellisopimusten ohella kiellettyä täytyisi olla myös ns.

---

[497] Posner esitti ajatuksensa ensimmäisen kerran Stanford Law Review -lehdessä vuonna 1969 julkaisemassaan artikkelissa Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach. Ks. myös Posner (1976) s. 47–77. Posner on hiljattain täydentänyt ajatuksiaan kirjansa Antitrust Law toisessa painoksessa. Jäljempänä oleva esitys perustuu Posnerin uusimpaan teokseen. Ks. Posner (2001) s. 51–100.

[498] Ks. Posner (2001) s. 53–54.

[499] Turner, Donald F., The definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and refusals to Deal, 75 Harvard Law Review (1962) 655.

[500] Turner (1969).

tacit collusion.[501] Menetelmää voidaan pitää myös tarkoituksenmukaisena, sillä sen avulla kartellikielto voitaisiin ulottaa kaikkiin niihin tilanteisiin, joissa hintoja nostatetaan rajoittamalla tuotantoa.[502]

Posnerin testi kartelleja koskevan taloudellisen näytön hankkimiseksi on kaksivaiheinen. Ensimmäisessä vaiheessa tarkastellaan sitä, ovatko markkinat kartellisoitumiselle otolliset. Mikäli vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myönteinen, tutkitaan toisessa vaiheessa, viittaako yritysten käyttäytyminen markkinoilla ja tilastollinen aineisto siihen, että kartellista on sovittu. *Kartelloitumista edistäviä tekijöitä* ovat:

1) Markkinoilla myyjäpuoli on keskittynyt.[503]
2) Markkinoilla ei toimi hintahäirikköjä (fringe firms).[504]
3) Kysyntä on epäelastista kilpailullisella hintatasolla.[505]
4) Uusien yritysten alalletulo kestää pitkään.[506]
5) Markkinoiden ostajapuoli ei ole keskittynyt.
6) Kyseessä on standardisoitu hyödyke.[507]
7) Hyödykettä ei käytetä pitkään.[508]
8) Markkinoiden suurimmat yritykset toimivat samalla jakeluportaalla.[509]

---

[501] Posner käyttää termiä *tacit collusion* käsitteen *conscious parallelism* sijasta. Tällä halutaan korostaa sitä, että kyse on yrityksen yhdessä kilpailijoiden kanssa suorittamista toimenpiteistä, joiden seurauksena kilpailu rajoittuu. Conscious parallelism onkin käsitteenä hieman omituinen, sillä psykologien termi tietoisuus on hankalasti sovellettavissa kilpailuoikeuden yhteydessä. Se on kuitenkin hyödyllinen siinä mielessä, että yhdenmukainen käyttäytyminen edellyttää a) otollisia olosuhteita, b) kokemukseen perustuvaa tietoa siitä, miten kilpailijat todennäköisesti reagoivat tiettyyn kilpailukeinoon ja c) saman strategian valitsemista kunkin yrityksen toimesta.

[502] Posnerin ennen vuoden 2001 julkaisua esittämän taloudellisen lähestymistavan kuvauksen osalta ks. myös Määttä (2001) s. 97–104.

[503] Mitä vähemmän yrityksiä on, sitä todennäköisempää kartellisoituminen on. Mitään yksittäistä lukua, josta alkaen kartellit ovat todennäköisiä, ei voida esittää. Ks. Posner (2001) s. 69–70. Markkinoiden keskittymisastetta voidaan mitata esim. neljän tai kahdeksan suurimman yrityksen keskittymisratiolla tai Hischman-Herfindahl-indeksillä. Posner viittaa yhtäältä Stiglerin ja Willimsonin kantaan, jossa kartellia on syytä pelätä vasta neljän yrityksen keskittymisration noustessa 70–80 prosenttiin ja mainitsee toisaalta Schererin ja Rossin (1990) viittauksen, jonka mukaan ongelmia saattaa syntyä jo 45 prosentissa. Posner s. 70, alaviitteet 28 ja 29.

[504] Fringe firms voisivat estää tehokkaasti suurempien yritysten mahdollisuudet saavuttaa kollusiivinen hintataso. Jos esim. 20 prosentin osuuden omaava yritys voi lisätä tuotantoaan 25 % hinnan noustessa, kartellin pystyssä pitäminen on vaikeaa. Posner (2001) s. 70–71.

[505] Mitä elastisempaa kysyntä on, sitä vaikeampaa hinnankorostusten läpisaaminen asiakkaiden parissa on. Posner (2001) s. 71–72.

[506] Mitä enemmän markkinoilla on alallepääsyn esteitä, sitä stabiilimpi kartelli periaatteessa on. Posner pitää alallepääsyn esteinä esikuvansa Stiglerin tapaan vain tekijöitä, jotka rasittavat uusien yritysten alalletuloa ja joita alalle jo investoineet eivät ole joutuneet kantamaan. Posner (2001) s. 72–75.

[507] Samanlainen hyödyke helpottaa kartellihinnasta sopimista. Posner (2001) s. 75.

[508] Kestokulutushyödykkeiden myyjien kannattaa usein myydä päätuote halvalla, sillä varsinainen voitto tulee jälkimarkkinoilta. Ks. Posner s. 76.

[509] Toimiminen eri portailla vaikeuttaa kartellihinnan valvomista. Posner (2001) s. 76.

9) Hintakilpailu on muita kilpailun muotoja tärkeämpää.[510]
10) Kiinteiden kulujen osuus suhteessa muuttuviin kustannuksiin on korkea.[511]
11) Yritysten kustannusrakenne ja tuotantomenetelmät ovat samanlaisia.[512]
12) Kysyntä on staattista ja vähentyy ajan myötä.[513]
13) Hintoja voidaan muuttaa nopeasti.[514]
14) Kilpailijoiden tarjoukset saadaan tietoon.[515]
15) Markkinat ovat paikalliset.[516]
16) Yritysten välinen muu yhteistyö helpottaa kartellia.[517]
17) Yrityksillä on aikaisempi kartellihistoria.[518]

Edellä mainittujen tekijöiden avulla kilpailuviranomaiset voivat tunnistaa ne markkinat, joilta näyttöä hintakartelleista kannattaa lähteä etsimään. Mainittujen olosuhteiden vallitessa kartellin haitat ovat suurimmat. Optimaalisessa tapauksessa viranomainen löytää pitävän näytön kartellista.[519] Posner kuitenkin katsoo, että osassa tapauksia kartelli voidaan näyttää toteen myös puhtaan taloudellisen näytön perusteella. Relevanttia näyttöä kielletystä kartellista on seuraava:

1) Pysyvät markkinaosuudet.[520]

---

[510] Tällöin hintakilpailun eliminoiminen turvaa korkeat voitot. Mikäli laatukilpailu korostuu, kartelli ei ole yhtä kannattava. Posner (2001) s. 76–77.

[511] Tällöin markkinat ovat epävakaita, ja suhdannevaihtelut uhkaavat ajaa yrityksiä konkurssiin. Kun yritys ei voi alentaa kustannuksiaan putoavan kysynnän tahdissa, kiusaus sopia kartellista lisääntyy. Posner (2001) s. 77.

[512] Posner (2001) s. 77.

[513] Kolluusion ylläpito kasvavilla markkinoilla on vaikeampaa, sillä huijauksesta rankaiseminen on vaikeampaa. Laskeva kysyntä lisää konkurssin riskiä, jos kiinteitä kuluja ei saada katetuiksi. Posner (2001) s. 77–78. Toisaalta kolluusion hyödyt kasvavilla markkinoilla voivat olla suuremmat, koska jaettava pottikin on suurempi.

[514] Tämä vähentää huijauksen hyötyä ja parantaa rankaisumahdollisuuksia. Posner (2001) s. 78.

[515] Julkisissa hankinnoissa kilpailijoiden tekemien tarjousten saaminen tietoon helpottaa kartellin valvomista.

[516] Yleensä paikalliset markkinat ovat suhteellisesti keskittyneempiä, minkä lisäksi yritysten välinen kommunikaatio on helpompaa.

[517] Esim. yhteisen toimialaliiton puitteissa harjoitettu yhteistyö tarjoaa luontevan foorumin/peitemekanismin hintakeskusteluille. Ks. Posner (2001) s. 78–79.

[518] Jos yritykset ovat aikaisemmin toimineet kartellissa, viittaa se siihen, että yrityksillä on taipumus pyrkiä uudistamaan yhteistyö etenkin, jos kokemukset olivat hyviä. Ks. Posner (2001) s. 79.

[519] Ks. Posner (2001) s. 79.

[520] Kuten tutkimuksen teoreettisessa osassa todettiin, yksi tapa estää huijaaminen on lyödä markkinaosuudet lukkoon jo etukäteen. Tällöin markkinaosuuttaan kasvattanut yritys joutuu maksamaan kompensaatiota muille kartellin jäsenille. Normaalisti yritysten markkinaosuudet vaihtelevat hintatason, menestyksellisyyden tms. tekijöiden perusteella. Aikaa myöten tehokkaammat yritykset lisäävät markkinaosuuttaan ja tehottomat yritykset menettävät asemaansa markkinoilla. Jos kuitenkin yritysten markkinaosuudet pysyvät vuodesta toiseen samoina, viittaa tämä kartelliin yritysten välillä. Kyse on suhteellisesta, ei absoluuttisesta muutoksesta. Vastaavasti kartellin yhteinen markkinaosuus normaalisti laskee ajan myötä, sillä kartellin ulkopuoliset yritykset myyvät halvemmalla ja valtaavat siksi osuuksia. Ks. Posner (2001) s. 79.

2) *Markkinoiden laajuinen hintadiskriminointi.*[521]
3) *Hintatiedon vaihtaminen.*[522]
4) *Paikalliset hintamuutokset.*[523]
5) *Identtiset tarjoukset tarjouskilpailussa.*[524]
6) *Hintaa, tuotantomäärää ja kapasiteettia koskevat muutokset kartellia perustettaessa.*[525]
7) *Toimialan laajuinen määrähinnoittelu.*[526]
8) *Markkinajohtajien osuuksien väheneminen.*[527]
9) *Hinnanmuutosten vähäisyys.*[528]
10) *Kysyntä joustaa markkinahinnan tasolla.*[529]

---

[521] Kartelliin voi viitata se, että yritykset perivät samaa hintaa, vaikka asiakkaiden aiheuttamat kustannukset olisivat erilaisia. Esimerkiksi ns. basing point -hinnoittelussa asiakas joutuu maksamaan saman kuljetusmaksun, vaikka etäisyys tehtaiden välillä vaihtelee. Suosituimmuuslausekkeilla turvataan asiakkaalle paras hinta, joka jollekulle on maksettu, mikä saattaa olla osoitus kielletystä kolluusiosta. Ks. Posner s. 80–82. Käänteisesti hintojen eriyttämisellä monopoliyritys pyrkii perimään kultakin asiakkaalta maksimaalisen hinnan, jonka tämä suostuu maksamaan. Kartelliin viittaava diskriminointi on kuitenkin erotettava tilanteista, joissa yhdellä yrityksellä on markkinavoimaa esim. immateriaalioikeudesta johtuen tai muusta syystä. Ks. Posner (2001) s. 81–86.

[522] Erityisesti markkinoilla, joilla toimii vain muutama myyjä, yritykset voivat koordinoida käyttäytymistään välittämällä toisilleen hintatietoja koskevaa aineistoa. Tämän vuoksi tietojenvaihto on hyvä todiste kielletystä kartellista. Sitä vastoin jos myyjiä on suurilukuinen määrä, tietojenvaihto voi edistää kilpailua. Viitteen kartellista voi antaa myös kilpailevien yritysten julkisuudessa käymä keskustelu "oikeasta" hintatasosta ennen korotusten toteuttamista, mikä ei kuitenkaan merkitse vielä sitä, että signalointi sinänsä pitäisi kieltää. Toisaalta hinnanmuutosten julkaiseminen etukäteen parantaa ostajien mahdollisuuksia suunnitella toimintaansa. Ks. Posner (2001) s. 86–87.

[523] Jos hyödykettä, esim. sementtiä, myydään alueittain, ja hinnat poikkeavat tietyllä alueella, syynä saattaa olla kartelli. Toisaalta hinnanero saattaa selittyä esim. kustannuseroilla. Ks. Posner (2001) s. 87.

[524] Ks. Posner (2001) s. 87.

[525] Jos hinnat nousevat yllättäen ja tuotantoa rajoitetaan, viittaa se kartelliin. Posner toteaa, että tämäntapaisen todistusaineiston hyötynä on se, ettei tuomioistuimen tarvitse kiinnittää huomiota yritysten rajakustannuksiin. Selittämättömältä vaikuttava ylikapasiteetti viittaa sekin kartelliin. Selitys nimittäin on, että yritykset säilyttävät kapasiteettinsa sen varalta, että kartelli hajoaa tai joku huijaa. Koska kartellin jäsenet säilyvät toistensa kilpailijoina, ne eivät täysin voi luottaa siihen, että sopimuksissa pitäydytään. Ks. Posner s. 88.

[526] Jos kaikki kartellin jäsenet käyttävät määrähinnoittelua, huijaaminen käy vaikeaksi. Tällöin nimittäin valmistaja, joka myöntää jälleenmyyjälleen salaisen alennuksen, ei hyödy alennuksesta suurempina myynteinä, vaan kyseessä on puhdas tulonsiirto valmistajalta jälleenmyyjälle. Posnerin mukaan määrähinnoittelu on todisteena kuitenkin epäselvä, koska siihen voidaan päätyä myös yrityskohtaisista syistä johtuen, esim. jotta vapaamatkustus saataisiin estetyksi. Ks. Posner (2001) s. 88–89.

[527] Posner (2001) s. 89.

[528] Tyypillisesti kartelli reagoi kustannuksissa ja kysynnässä tapahtuviin muutoksiin hitaammin kuin kilpailullisilla markkinoilla toimiva yritys. Tämä johtuu vaikeudesta sopia kartellihinnasta. Ks. Posner (2001) s. 89–90.

[529] Monopoli tai kartelli pyrkii nostamaan hinnan tasolle, jossa kysyntä muuttuu elastiseksi. Mikäli hinta on kipupisteen alapuolella, yritys ei maksimoi voittoaan. Ks. Posner (2001) s. 90. Toisaalta on otettava huomioon vertailu lyhyen aikavälin ja pitkän aikavälin voittojen välillä. Hinnoittelu, joka maksimoi lyhyen aikavälin voitot, voi johtaa pitkällä aikavälillä uusien yritysten tuloon markkinoille.

11) Voittojen taso ja muodostumistapa.[530]
12) Markkinahinta korreloi käänteisesti yritysten lukumäärän ja kysyntäjouston kanssa.[531]
13) Basing-point pricing.[532]
14) Kilpailijoiden poissulkeminen.[533]

Kirjallisuudessa *Posnerin* esitykseen on suhtauduttu melko varauksellisesti. *Hovenkampin* mukaan Posner on siinä oikeassa, ettei oligopolissa aina päädytä korkeaan Cournotin tasapainohintaan. Markkinat saattavat hyvinkin johtaa kilpailulliseen lopputulokseen, jolloin hintaa maksimoivaan pyrkivien yritysten on turvauduttava keskinäiseen yhteistyöhön. Tämä ei kuitenkaan aina ole tilanne, sillä samojen pelitilanteiden toistumisen myötä yritykset oppivat hakemaan

---

[530] Ks. Posner (2001) s. 90–91. Ylikorkeat voitot voivat viitata kartelliin, joskin Posner myöntää voittojen kohtuullisuuden arvioinnin äärimmäisen hankalaksi. Kaikki kartellit eivät kuitenkaan tee voittoa. Mikäli on asetettu hintakatto, yrityksillä on taipumus kilpailla laadulla, ellei tätä saada estettyä esim. standardisoinnin avulla. Usein kartelleja tehdään hiipuvilla aloilla konkurssien välttämiseksi. Kriisikartellien osalta on epätodennäköistä, että yritykset tekisivät olennaisia voittoja. On myös muistettava, että osa voitoista menee kartellin hallinnointikustannuksiin. Ottaen huomioon, ettei kartelli pysty rationalisoimaan tuotantoaan yhtä hyvin kuin monopoli. Posnerin mukaan kartelli voidaan osoittaa tapahtumaseurannalla ("event studies"). Mikäli tietyn yrityksen osakekurssi nousee epänormaalilla tavalla, viittaa se kartelliin. Posner arvelee, että yleensä kartellin perustamisvaiheessa pienten yritysten voitot nousevat suuria yrityksiä enemmän. Tämä johtuu siitä, että kartellin perustamisvaiheessa pienet yritykset ovat yleensä kartellin ulkopuolella ja lisäävät tuotantoaan hinnan noustessa. Aikaa myöden eron pitäisi tasoittua, koska pienet yritykset saadaan houkuteltua tai pakotetuksi mukaan kartelliin. Samaan aikaan voitot vähenevät, kun resursseja siirretään laatukilpailuun. Toisin sanoen, vaikka monopolihintaa koskevan näytön saaminen on vaikeaa, voittojen tasossa tapahtuvat muutokset ja kehittyminen viittaavat kartellin olemassaoloon.

[531] Posner katsoo hieman yllättäen, että kilpailluilla markkinoilla hinta ei vaihtele yritysten lukumäärän, vaan kilpailullisen hinnan kysyntäjouston perusteella. Siitä riippumatta, montako yritystä markkinoilla toimii, hinnat painuvat lähelle rajakustannuksia. Jos sen sijaan hinnat näyttävät nousevan samassa suhteessa kuin markkinat keskittyvät, viittaa tämä kartelliin. Näyttö ei ole kuitenkaan pakottava, sillä hintojen nousu saattaa selittyä kustannustason nousulla, joka on pakottanut tehottomimmat yritykset pois markkinoilta, mikä puolestaan on lisännyt keskittymistä. Ks. Posner (2001) s. 91. Tämä lienee Posnerin taloudellisista todisteista se, joka tulee herättämään eniten kritiikkiä. Posnerin tarkoituksena näyttäisi olevan argumentoida, että Cournotin teoria keskittymisen hintoja nostavasta vaikutuksesta ei pidä ylipäätään paikkaansa, ja että mikäli tätä esiintyisi, täytyisi kyse olla kartellista! Nähdäkseni Posnerin kantaan ei voida yhtyä. Voidaan yhtyä siihen, ettei yritysten määrän väheneminen markkinoilla automaattisesti nosta hintoja, koska esim. suurempi yrityskoko voi mahdollistaa edullisemman tuotannon. Ei voida myöskään osoittaa yksiselitteistä pistettä, josta alkaen yrityksiä on liian vähän markkinoilla. Kuitenkaan asian kääntäminen päälaelleen ei vaikuta perustellulta.

[532] Basing point pricing voi viitata kartelliin, joskin selityksenä saattaa olla esim. pyrkimys yksinkertaistaa laskutusta. Ks. Posner (2001) s. 91–93.

[533] Posnerin mukaan todellista kilpailijoiden poissulkemista voi esiintyä vain silloin, kun poissulkevalla taholla on monopolivoimaa. Mikäli markkinoilla, joilla poissuljentaa esiintyy, toimii useampi kuin yksi merkittävä yritys, viittaa se siihen, että kartellista on sovittu. Ks. Posner (2001) s. 93.

itselleen parhaan ratkaisun.[534] *Sullivan ja Grimes* toteavat, että jos kyse on vain kilpailijoiden seuraamisesta, yritykset voitaisiin saattaa rikosoikeudelliseen vastuuseen pelkästään siitä, että ne eivät kilpaile keskenään riittävän aggressiivisesti, mikä saattaisi olla poliittisesti mahdotonta. Vaikka rajoittauduttaisiin siviilioikeudellisiin sanktioihin, ongelmaksi muodostuu lähestymistavan käytännöllisyys. Tuomioistuimet joutuisivat vaikean paikan eteen yrittäessään päätellä syitä oligopoliyritysten käyttäytymiselle.[535] *Hay* suosittelee, että yhdenmukaisen käyttäytymisen sijasta puututtaisiin kolluusiota tukeviin toimenpiteisiin.[536] Posner itsekin toteaa olevansa vähemmistössä. Oikeuskäytännön osalta Posner vetoaa siihen, ettei hänen mallinsa ole ainakaan suoranaisessa ristiriidassa Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön kanssa.[537] Posnerin ohjelma näytettäisiin torjutun USA:n oikeuskäytännössä ainakin toistaiseksi, joskin tie oikeuskäytännön kehittämiseen näyttäisi olevan avoinna. Tapauksessa *Matsushita*[538] USA:n korkein oikeus totesi, että taloudellisen näytön tulee tukea sen mahdollisuuden poissulkemista ("tend to exclude the possibility"), että kyse voisi olla itsenäisestä käyttäytymisestä.[539] Standardi vaikuttaa hieman lievemmältä kuin EY:n tuomioistuimen sellupäätös.[540]

3.5.3.3 Oma kannanotto

Voidaan todeta, että Posnerin esittämät kartellisoitumista edistävät seikat ovat toimialan taloustieteestä tuttuja. Myös seikat, joiden perusteella kartelli halutaan todistaa, ovat nähdäkseni tekijää 12 lukuun ottamatta sellaisia, että niitä koskeva riittävän vahva selvitys epäilemättä voidaan hyväksyä osaksi kartellinäyttöä. Ongelma ei olekaan tässä vaan siinä, kuinka vakuuttavana *yksistään* taloudellista näyttöä voidaan pitää. Monien kohtien osalta Posner itsekin toteaa, että olosuhteista johtuen muukin kuin kartelliselitys on mahdollinen. Esimerkiksi markkinaosuuksien pysyvyys voi selittyä pitkillä asiakassuhteilla, määrä-

---

[534] Ks. Hovenkamp (1999) s. 166–167. Peliteoriaa ja iteraation merkitystä on käsitelty tutkimuksen teoreettisessa osassa.

[535] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 177. "But if, in fact, all that was involved was succesful independent pricing, such an approach could subject defendants to criminal prosecution for not competing aggressively, a result that may be politically unacceptable. Even if criminal prosecution were ruled out, civil suits would require courts to confront difficult remedial problems. A court may enjoin further collusion, but how does a court enjoin tepid competition by oligopolists? Were it to try, the court would likely find itself second-guessing a firm's pricing decisions, a task courts are ill-equipped to take on." Ks. myös Gellhorn/Kovacic (1994) s. 272–277 ja G. Monti (1996) s. 70.

[536] Ks. Hay (1982) s. 439.

[537] Ks. Posner (2001) s. 93–100.

[538] *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed. 2d 538 (1986).

[539] Ks. Sullivan/Grimes (2000) s. 233–243; Hovenkamp (1999) s. 171–178.

[540] Samansuuntaisesti G. Monti (1996) s. 82.

hinnoittelu pyrkimyksellä torjua vapaamatkustamista ja markkinajohtajien osuuksien laskeminen innovatiivisten uusien yritysten tulolla markkinoille. Nähdäkseni yhdenmukainen hinnoittelu voi varsin hyvin selittyä markkinoiden keskittymisasteella, läpinäkyvyydellä, yritysten hyödykkeiden ja kustannusrakenteiden samanlaisuudella, epäelastisella kysynnällä, iteraatiolla ja alallepääsyn esteillä. Ongelmana on vielä se, että olosuhteet, joissa nimenomainen ja hiljainen kolluusio voivat menestyä, ovat samantapaisia, joskin hiljainen kolluusio edellyttää markkinoilta enemmän keskittyneisyyttä ja läpinäkyvyyttä. Näin ollen kartellituomion antamiseen pelkällä taloudellisella näytöllä ilman näyttöä yritysten välisistä kontakteista on suhtauduttava oikeusturvan nimissä varovaisesti. Mitä tulee prosessin kustannustehokkuuteen, voidaan arvella, että mainittujen taloudellisten seikkojen todistaminen oikeudenkäynnissä on vaaditun asiantuntijatodistelun vuoksi suhteellisen kallista ja aikaa vievää verrattuna mahdollisuuteen esittää kartellikokouksia koskeviin muistiinpanoihin ja henkilötodistajiin perustuvaa näyttöä. Katson, että *Posnerin listasta* on kilpailuviranomaisille suurta hyötyä kartoitettaessa potentiaalisia kartellialoja ja tuettaessa ns. kovaa näyttöä taloudellisin aihetodistein. Yksinään riittävänä sitä voitaneen pitää vain poikkeustilanteissa.

Turnerin kannassa ongelmana on se helppous, jolla oligopolien pilkkominen hyväksytään. Se on johdonmukainen, jos uskotaan Cournotin mallin yleiseen paikkaansa pitävyyteen. Vaatimus tiukkojen oligopolien jälkikäteisestä pilkkomisesta oli ajan hengen mukaista. Turnerin artikkeli perustuu perinteiselle 1960-luvun alun SCP-hypoteesille, jossa markkinarakenteen oletettiin determinoivan käyttäytymistä. Saksassa samansuuntaisen vaatimuksen esitti hieman myöhemmin *Kantzenbach*. Kantzenbachin mukaan kilpailupolitiikalla tuli pyrkiä laajoihin oligopoleihin mm. pilkkomalla tiukkoja oligopoleja. Keskeiseksi ongelmaksi muodostuu se, ettei nykytietämyksen perusteella pelkän markkinarakenteen perusteella voida tehdä näin pitkälle meneviä johtopäätöksiä.

Pilkkominen on sikäli ongelmallinen ratkaisukeino, että markkinat ovat voineet keskittyä suuremman yrityskoon mukanaan tuoman suuremman tehokkuuden vuoksi. Jokaisella alalla on optimaalinen yrityskokonsa, jonka alla tuotanto ei ole mielekästä. Jos pilkkomisen seurauksena joudutaan alle optimaalisen yrityskoon, seurauksena on tuotannollisen tehokkuuden alentuminen. Esimerkiksi Suomen kaltaisessa pienessä kansantaloudessa optimaalinen yrityskoko voi edellyttää suhteellisen keskittynyttä rakennetta. Voidaankin kysyä, miten oligopolien pilkkominen toteutettaisiin Suomen kaltaisessa pienessä kansantaloudessa, jossa merkittävät elinkeinonalat näyttävät olevan varsin oligopolistisia. Toisaalta liian vähäinen kilpailu aiheuttaa X-tehottomuutta. Taloudellisesti pilkkominen *voi* olla järkevä vaihtoehto, jos puutteellisesta informaatiosta aiheutuva ongelma saadaan hallintaan ja jos hintakilpailun lisääntymisen hyöty voidaan arvioida suuremmaksi kuin pilkkomisen aiheuttamat tehokkuushaitat yhdistettynä hallinnollisiin kuluihin ja oikeudenkäyntikustannuksiin. Yhtälö on

helppo osoittaa, mutta käytännössä lähes mahdoton ratkaista. Kilpailuviranomaisilta ja tuomioistuimilta puuttuu sellainen relevantti informaatio, jolla pilkkomisen vaikutus hintatasoon, tuotannollinen tehokkuustappio, X-tehokkuuden lisäys, lyhyen ja pitkän aikavälin vaikutukset jne. voitaisiin määritellä. *Turner* myöntää ongelman, ja esittää ratkaisuksi, että kilpailuviranomaisten sijasta pilkkominen tulisi antaa lainsäätäjän tehtäväksi. Lainsäätäjän tulisi määrittää ne elinkeinoalat, joilla pilkkomiseen ryhdytään, pilkkomisen ehdot ja toteuttamistapa. Ongelman sysääminen lainsäätäjälle ei poista, vaan lisää ongelmia. Jos informaatiota ei ole alan erityisviranomaisilla, varsin epätodennäköisesti kilpailulainsäädännön kaltaisella erikoisalalla viisasten kiveä löytyy myöskään parlamentista. Informaatio-ongelman lisäksi odotettavissa olisi varsin mittava lobbausongelma. Mikäli lainsäädäntö onnistuttaisiin saamaan aikaiseksi, todennäköisesti sen sisältö määräytyisi lähinnä vaikuttamiskanavien tehokkuuden perusteella. Mitä informaatio-ongelmaan tulee, ongelma ei ole niinkään viranomaisten tiedon puutteessa kuin yleisessä tiedon puutteessa. Voidaan yleisemminkin kyseenalaistaa, onko valmista oligopoliteoriaa toistaiseksi edes olemassa. Voitaisiin katsoa, että pikemminkin kyse olisi kilpailevista malleista ja teorian fragmenteista, joiden mukaan käyttäytyminen oligopolissa voi muodostua joko kooperatiiviseksi tai antagonistiseksi. Mahdollisesti oligopolien jälkikäteisen pilkkomisen tarkkojen vaikutusten mallintaminen edellyttää sellaista tietoa, jota kenelläkään ei edes voi olla etukäteen hallussaan. Patenttilääke, jonka mukaan hiljaisen kolluusion ongelma olisi ratkaistavissa pilkkomisella, osoittautuu terapeuttisilta vaikutuksiltaan – jos nyt ei vaaralliseksi – niin ainakin ennalta arvaamattomaksi ja vaikeasti sulatettavaksi. Oligopolien pilkkomista ei voida puoltaa.

3.6 KARTELLIEN SELVITTÄMINEN – VERTAILUA EKONOMISTIN JA POLIISIN LÄHESTYMISTAVAN VÄLILLÄ

Kilpailua edistävän yhteistyön osalta ongelmana on ollut hyödyllisten sopimusten salliminen mahdollisimman kevyellä menettelytavalla, joka samalla olisi kohtuullisen osumatarkka. Ilmoitustulvasta aiheutuva ongelma ratkaistiin nostamalla puuttumiskynnystä ottamalla käyttöön markkinaosuusrajat ja sallimalla rajojen alapuolella muut paitsi vahingollisina pidetyt sopimusehdot. Kartellien osalta tilanne on päinvastainen. Ottaen huomioon menettelyn lainvastaisuus ja uhkana olevat seuraamukset, kartellin jäsenet tekevät parhaansa yhteistyönsä salaamiseksi viranomaisilta.[541] Yksi tapa vähentää paljastumisen riskiä on luo-

[541] Kartellikiellosta näyttäisi seuraavan, että yritykset etsivät ja toimeenpanevat aktiivisesti keinoja, joilla kartellista jää mahdollisimman vähän kirjallisia todisteita. Tämä ei tietenkään koske

pua kirjallisista kartellisopimuksista. Hintasäännöstelyn perua oleva ilmoitusjärjestelmä ei tuota toivottuja tuloksia.[542] Tarvitaan uusia keinoja kartellien selvittämiseen. EY:n oikeuskäytännössä tähän on pyritty kahta eri reittiä. Yhtäältä on pyritty päättelemään yhdenmukaisen menettelytavan olemassaolo taloudellisen näytön perusteella. Epäselviin kartelleihin pyrittiin aluksi pääsemään kiinni päättelemällä kartellin olemassaolo epäsuorasti taloudellisten tosiseikkojen avulla. Toisaalta on pyritty keksimään keinoja, joilla ns. kovaa näyttöä voitaisiin tehostaa.

Pyrkimys kartellin osoittamiseen taloudellisen näytön perusteella – näytti toimivan väriainetapauksessa sangen hyvin. Myöhemmin on käynyt ilmi, että kyse oli poikkeustilanteesta. Yritysten toiminta oli siinä määrin poikkeuksellista, että juuri muuta vaihtoehtoa kuin kartelli ei ollut osoitettavissa. *Ekonomistin lähestymistapa* törmäsi ongelmiin sellutapauksessa. Kartellin olemassaoloa ei voida osoittaa pelkällä hinnoittelun liikkeitä ja hintatasoa koskevalla tarkastelulla. Ottaen huomioon oligopoliteorian ristiriitaisuus ja ei-deterministisyys, yleensä voidaan esittää useampi kuin yksi mahdollinen selitysmalli. Ekonomistin lähestymistapaa voidaan parantaa kiinnittämällä huomiota *Posnerin* mainitsemiin tekijöihin. Teoreettisesti ajatellen, jos saadaan pitävä näyttö kaikista Posnerin mainitsemista 17 kartelliolosuhteita parantavasta ja 14 kartellikäyttäytymistä indisoivasta olosuhteesta vaikuttaisi äärimmäisen epätodennäköiseltä, ettei kyse olisi ainakin joltakin osin kartellista. Lähestymistavan perimmäisenä tavoitteena on häivyttää ero nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion väliltä. Posnerin lähestymistapa perustuu näkemykseen, jonka mukaan a) perinteinen oligopoliteoria on väärässä olettaessaan, että kolluusio voisi syntyä pelkän markkinarakenteen perusteella ilman yritysten yhteistoimintaa, ja b) kummastakin kolluusion lajista voi aiheutua samanlaisia haittavaikutuksia. On todettava, että Posnerin ensimmäinen johtopäätös on taloustieteellisesti riidanalainen. Jälkimmäiseen johtopäätökseen voidaan yhtyä. Kun kuitenkin Rooman sopimuksen 81 (1) artiklan ja kilpailunrajoituslain pelkkä kilpailijoiden seuraaminen ei ole kiellettyä, asettaa tämä rajansa sille, kuinka pitkälle yhdenmukaistettu käyttäytyminen voidaan näyttää toteen pelkän taloudellisen näytön perusteella.

---

lainkuuliaisia yrittäjiä. Paljastuneissa kartelleissa on esim. noudatettu sääntöä, jonka mukaan kokouksista ei saa tehdä muistioita tai että ainakaan niitä ei kierrätetä. Moni kartelli on paljastunut yksinkertaisesti siksi, että kartellin turvallisuussääntöjä on rikottu. EY:n komissio on havainnut käytännössään raskauttavien papereiden säilyttämisestä kotiarkistossa, sillä voimassa olevan asetuksen 7/62 mukaan komission etsintävaltuudet koskevat vain yritysten liiketiloja. EY:n kilpailuoikeuden ns. modernisaatiopaketin yhteydessä toteutettiin 1.5.2004 voimaan astuva EY:n komission tutkimusvaltuuksien laajennus, jolla tarkastusoikeus ulotettaan koskemaan myös kotia ja vapaa-ajan asuntoja. Suomessa säännös on perustuslain näkökulmasta sikäli ongelmallinen, että kotietsintä on mahdollinen vain rikoksesta, josta saattaa seurata vankeusrangaistus. Ks. PeVL 12/2001 vp. U71. EY:n kilpailuoikeus ei ole rikosoikeutta, joskin tuomittavaa seuraamusmaksua on pidetty Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen merkityksessä "rikosoikeudellisena" seuraamuksena.

[542] Olisi naiivia kuvitella, että kartellijärjestelylle haettaisiin poikkeuslupaa.

EY:n komission mielenkiinto on viime vuosina keskittynyt tutkimusmenetelmien parantamiseen. Ottaen huomioon, että oikeuskäytännössä edellytetään vähintään epäsuoraa asiakirjanäyttöä, komissio on pyrkinyt lisäämään todennäköisyyttä, että sellaista löydetään. Myös kilpailuviraston taholta on todettu, että tutkimuksessa painopiste siirtyy selvittämismenetelmien puolelle. Taloudellinen analyysi on edelleen tärkeätä, mutta sitä käytetään asiakirjanäytön perusteella tehtyjen johtopäätösten tukemiseen, ei niinkään johtopäätösten löytämiseen. Keskeiselle sijalle nousevat menestykselliset yllätystarkastukset yritysten liiketiloissa, seuraamusmaksujen pelotevaikutus ja sakkojen anteeksianto tilanteissa, joissa joku kartellin jäsenistä ilmiantaa kumppaninsa ja näin edesauttaa ratkaisevasti kartellin paljastumista. Myös kilpailuviraston taholta on todettu, että keskeisenä pidetään kartellin olemassaoloa koskevan asiakirjanäytön hankkimista.[543]

Poliisin lähestymistavassa[544] olennaista on kartelliyritysten motiivin, kartellin toimintamekanismin ja pääasiallisten piirteiden kuvaaminen. Kun vanhemmassa käytännössä tarkasteltiin markkinoilla syntyvää *lopputulosta*; uudessa tarkastelussa päähuomio kiinnitetään *prosessiin*, jolla käyttäytymistä koordinoidaan.[545] Tämä näyttäisi samalla merkitsevän siirtymää taloudellisesta analyysistä takaisin perinteisempään juridiseen tarkasteluun. Nähdäkseni kartellien selvittämisessä taloudellisen analyysin merkitys on lähinnä yritysten käyttäytymistä koskevissa väljissä olettamissa. Yritysten oletetaan esim. toimivan pääsääntöisesti rationaalisesti ja hyödyntävän niille aukeavia mahdollisuuksia tuloksen parantamiseen. Kartellin olemassaoloa ei pyritä todistamaan suoraan talousteorian avulla. Ratkaisevia ovat kirjalliset todisteet. Toisaalta niiden saaminen edellyttää tehokkaita selvitysmenetelmiä. Lähestymistavan toimivuuden kannalta ratkaisevaa on se, että kilpailuviranomainen onnistuu hankkimaan raskauttavaa todistusaineistoa.[546]

Yksittäistapauksessa voi olla vaikea ratkaista, onko kysymys yhdenmukaisesta vai yhdenmukaistetusta toiminnasta. Kartelliasioissa ratkaisu joudutaan usein tekemään näytön perusteella. Asiakirjanäytön ohella nojaudutaan taloudelliseen näyttöön. Esimerkiksi jos yritykset nostavat hintojaan yhdenmukaisesti, vaikka alalla vallitsisi laskusuhdanne, voi tämä viitata kartelliin. EY:n tuomioistuin totesi ns. sellutapauksessa, että taloudellinen näyttö voi osoittaa kartellin olemassaolon, mikäli kartellista epäiltyjen yritysten markkinakäyttäy-

---

[543] Ks. Ola, Perusasiaa kartelleista, Kilpailuviraston vuosikirja (2002) s. 55–56.

[544] Langettavien todisteiden hankimista korostavaa lähestymistapaa voidaan kutsua nimellä ("cop and robber approach"). Ks. esim. Posner (2001) s. 54. Posner suhtautuu metodiin kriittisesti ja katsoo, että taloudellisella mallintamisella saavutetaan parempia lopputuloksia. Ks. Posner (2001) s. 53–60.

[545] Joshua s. 11.

[546] Keinoja tähän ovat yllätystarkastusten lisääminen ja sakkojen anteeksiantamista koskeva tiedonanto *(leniency notice)*, jolla yrityksille pyritään luomaan kiihoke paljastaa ensimmäisenä kartelli.

tymiselle ei ole osoitettavissa mitään muuta järkevää selitystä kuin kartellin olemassaolo. Kyseisessä tapauksessa markkinoiden läpinäkyvyys ja sellun ostajien vaatimukset selittivät hinnoittelun yhdenmukaisuutta. EY:n ja Suomen käytännössä tuomio on edellyttänyt vähintään epäsuoraa asiakirjanäyttöä, joka osoittaa asianosaisten väliset kielletyt kontaktit. Näyttö on yleensä rakentunut suorien ja epäsuorien todisteiden muodostamasta kokonaisuudesta.

Nähdäkseni Posnerin suositusten täysimääräinen omaksuminen edellyttäisi laajempaa taloustieteellistä konsensusta oligopolien toiminnasta kuin mikä on tilanne tällä hetkellä. Sovellettaessa kartellikiellon kaltaista ankariin seuraamuksiin johtavaa normia on kiinnitettävä erityistä huomiota yritysten oikeusturvaan. Ottaen huomioon kartellikiellon juridinen kattavuus, näytön rakentaminen pelkästään taloudellisten seikkojen varaan lisää epävarmuustekijöitä, mikä kasvattaa riskin syyttömien tuomitsemisesta eli virhetyypin II päätöksistä liian suureksi.[547] Taloudellisen näyttöä voidaan ja kannattaa käyttää suoran näytön ohella, mutta yksistään näiden indisioiden varaan ei kannata jättäytyä.

3.7. KILPAILUNRAJOITUSLAIN 9 §:N SOVELTAMINEN

Mahdollisesti kotimaisen kilpailunrajoituslain perusteella olisi mahdollista harkita lain 9 §:n vahingollisuuslausekkeen soveltamista. Olisiko 9 § sovellettavissa yksipuolisiin kolluusiota edistäviin toimenpiteisiin? Ajatus on uusi, eikä sitä tietääkseni ole aiemmin esitetty kotimaisessa kirjallisuudessa. Lain 9 §:n soveltamista vastaan voisi puhua se, että kyse on tavallaan kartellikiellon laajentamisesta ohi sille varatun roolin. Kun yksipuolinen kartellin edistäminen ei ole kiellettyä 6 §:n nojalla, vaikuttaisi siltä, ettei lain soveltamisalaa voida keinotekoisesti laajentaa. Argumentti ei ole kestävällä pohjalla. Ensinnäkin lain 9 §:ää sovelletaan oikeuskäytännön perusteella jo nyt yksipuoliseen markkinavoiman väärinkäyttöön tapauksissa, joissa yrityksellä on markkinavoimaa, mutta sitä ei ole riittävästi määräävän aseman todentamiseksi. Samalla logiikalla 9 §:ää voidaan soveltaa tilanteissa, joissa menettelytavalla on kartellinomaisia vaikutuksia, mutta joissa sopimukseen rinnastettavaa menettelyä ei ole.

Mielestäni oikea tulkinta lain 9 §:n soveltamisalan suhteen on se, että mainittua yleislauseketta voidaan soveltaa kaikkiin niihin kilpailunrajoituksiin, joita ei ole kielletty lain 4–7 §:ssä. Lain 9 §:n soveltamisalaa ei ole itsessään mitenkään rajoitettu vuoden 1992 lailla. Sen on siten katsottava soveltuvan siltä osin kuin siihen *lex specialis* -suhteessa olevat kiellot eivät sitä syrjäytä. Lakiin vuonna 1992 lisätyt kiellot voivat siten poistaa lain 9 §:n soveltuvuuden vain siltä osin, kuin menettelytapa itsessään kuuluu lain 4–7 §:n soveltamisalan

[547] Näin myös esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 177. Ks. myös esim. Whish (2000) s. 113. Vrt. toisaalta Neven/Papandropoulos/Seabright, Trawling for Minnows (1998) s. 76–78.

piiriin. Lain 9 § muodostaa ikään kuin lain 4–7 §:n kieltonormien alapuolelle sijoittuvan haavin tai turvaverkon, johon putoavat ne kilpailunrajoitukset, joita ei ole laissa kielletty mutta joista aiheutuu yksittäistapauksessa vahingollisia vaikutuksia.

Kun yksipuolista kolluusion edistämistä ei ole kielletty 6 §:ssä, yksipuolinen kolluusion edistäminen kuuluu lain 9 §:n piiriin, sikäli kuin menettelystä on osoitettavissa konkreettisia vahingollisia vaikutuksia ja menettely ei ole 9 §:ssä säädetyllä tavalla hyväksyttävää. Vahingollisuusarvioinnilla säilyvä itsenäinen rooli on tullut uudelleen vahvistetuksi vuonna 1997 toteutetulla lainuudistuksella, jossa normin soveltamisalaa täsmennettiin jättämällä siitä turha tautologia pois. Se, että vuoden 1998 uudistuksella poistettiin kilpailunrajoituksen hintatasoa nostavaa vaikutusta koskeva maininta selittyy sillä, että maininnan katsottiin olevan jäänne vuotta 1988 edeltäneestä hintavalvonnasta ja että nykyisen 9 §:n 1 kohdan tehokkuuskriteerin katsottiin ajavan saman asian. Jos kilpailunrajoitus nostaa keinotekoisesti hintatasoa, heikentää se allokatiivista tehokkuutta.

Lain 9 § näyttäisi tarjoavan kartellikieltoa ja yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökieltoa järkevämmän instrumentin puuttua hiljaiseen kolluusioon. Kieltonormin soveltaminen edellyttää vahingollisuuslauseketta suurempaa ennakoitavuutta. Kuten edellä on todettu, määräävän aseman väärinkäyttöseuraamuksen soveltaminen siitä lankeavine sanktioineen on ongelmallista nimenomaan siitä syystä, että yritysten oikeusturva voi vaarantua. Lain 9 §:ää voidaan soveltaa vain takautuvasti asianosaisen yrityksen kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen. Lain 9 §:n soveltamiseen ei liity myöskään välitöntä vahingonkorvausseuraamusta.

Lain 9 §:n soveltaminen kolluusiota edistäviin yksipuolisiin toimenpiteisiin edellyttänee vastausten löytämistä samoihin kysymyksiin, jotka nousivat esille Yhdysvalloissa edellä käsitellyssä etyylitapauksessa. Lain 9 §:n soveltaminen edellyttää selvän eron tekemistä kartelleihin, sillä näyttötaakan kiertäminen 9 §:n avulla olisi lain 6 §:n hengen vastaista. Toisekseen 9 §:n soveltaminen edellyttää pidättyväisyyttä ja tervettä liiketaloudellista harkintaa. Vahingolliset toimenpiteet on pystyttävä riittävän selkeästi erottamaan niistä, jotka ovat kaikille oligopoleille tyypillisiä kauppatapoja. Kuten amerikkalainen tuomioistuin osuvasti määritteli, oligopoli on olosuhde, ei kilpailunrajoitus. Pyrkimykset oligopolien "lakkauttamiseen" tai niille tyypillisen reaktioyhteyden yleiseen kieltämiseen ovat tuhoon tuomittuja yrityksiä. Jos viranomainen ei ole kohtuullisen varma toimenpiteidensä seuraamuksista, usein parempi vaihtoehto on antaa ajan kulua ja katsoa, josko markkinat itsessään luovat lisää kilpailua. Mahdollisuus soveltaa lain 9 §:ää tuo yhden lisäkeinon lähestyä oligopolille tyypillisiä kilpailunrajoituksia, jotka monimutkaisuudessaan ylittävät kaikki muut tässä teoksessa käsitellyt markkinarakenteet.

3.8 KARTELLIKIELLON OSUMATARKKUUDESTA

Kilpailuoikeuden kaltaisella dynaamisella, alati muuttuvalla ja kansainvälisessä vuoropuhelussa kehittyvällä oikeudenalalla on suorastaan välttämätöntä, ettei lainkäytössä pysähdytä vanhoihin, aikanaan hyväksi katsottuihin ratkaisumalleihin. Jokaisen prejudikaattipainotteisen oikeusjärjestelmän vaarana on jääminen vanhan käytännön vangiksi. Omaksuttuja ratkaisuja tulee peilata elinkeinoelämän muutosta ja kilpailuteorian kehitystä vastaan. Aidon vuoropuhelun aikaansaamiseksi on EY:n kilpailuoikeudessa omaksuttuja ratkaisuja voitava arvioida kriittisesti. Ideaalitapauksessa kilpailuoikeustieteessä löydetyistä parannusehdotuksista osa heijastuu aikaa myöten tuomioistuinten käytäntöön.

Arvioitaessa kartellikiellon toimivuutta taloustieteellisestä näkökulmasta keskeistä on se, miten hyvin kartellikielto torjuu sopimuksia, joiden voidaan olettaa vähentävän taloudellista hyvinvointia. Kartelleja pidetään nykyisin kuluttajille vahingollisina, mikä mahdollistaa ankaran suhtautumisen. *Neven, Papandropoulos ja Seabright* tiivistävät taloustieteellisessä tutkimuksessa (1998) EY:n kartelleja koskevasta oikeuskäytännöstä tekemänsä johtopäätökset seuraaviin teeseihin:[548] Menettelyn pitäminen kiellettynä ei edellytä näyttöä siitä, että yrityksillä on kollektiivista markkinavoimaa; päätöksissä ei kiinnitetä huomiota siihen, missä määrin esim. potentiaalinen kilpailu estää hintojen korottamisen; tekijät pitävät ratkaisua korrektina.

1) Yhdenmukaistettuja menettelytapoja koskeva oikeuskäytäntö on kehittynyt suuntaan, jossa eron tekeminen sopimuksiin ei vaikuta enää mielekkäältä; tästä syystä EY:n tuomioistuimen tulisi lausua nykyistä selvemmin julki, ettei konseptien välillä ole eroa.
2) EY:n komission yritysten käyttäytymistä koskeva taloustieteellinen analyysi on usein puutteellista tai jopa harhaanjohtavaa.
3) EY:n tuomioistuimen kielletyn yhteistoiminnan tunnusmerkistö ja etenkin näyttökynnys on asetettu liian korkealle. Tilanne näyttää olevan pahenemassa. Tämän vuoksi virheratkaisut, joissa kielletty kartelli jää tuomitsematta, ovat kasvamaan päin. Tuomitsemiskynnystä tulisi alentaa.

Kartelleihin puututaan niiden mahdollistaman kollektiivisen markkinavoiman ulosmittaamisen vuoksi. Kartellin kyky heikentää pitkäaikaisesti hyödykkeiden hinta-laatusuhdetta riippuu markkinoiden keskittymisasteesta, kysynnän elastisuudesta, potentiaalisesta kilpailusta ja kartellin jäsenten pitäytymisessä tehdyissä sopimuksissa. Mielestäni on kuitenkin korrektia tuomita kartellit ilman näyttöä siitä, että markkinavoimaa todella saavutettaisiin.[549] Nähdäkseni hinta-

[548] Neven/Papandropoulos/Seabribght (1998) s. 45–78, s. 76 ss.

[549] Fejö päätyy samalla kannalle korostamalla taloudellisen analyysin vaikeutta, mistä syystä hintakartellit on parempi tuomita oikeuskäytännössä selväpiirteisin kielloin. Mielestäni Fejön kantaan voidaan yhtyä lopputuloksen, mutta ei perustelun osalta. Ks. Fejö (1990) s. 140, 149.

kartellien ohella kaikkien paljaiden kartellityyppien kieltäminen perustellaan oikeuspoliittisesti selkeämmin kartellien *yleisellä vahingollisuudella* toimintatapana. Todennäköisyys, että kieltämällä kartelli aiheutettaisiin yleistä taloudellista vahinkoa, on varsin pieni ja rajoittunee korkeintaan kriisikartelleihin.[550] Vaikka yksittäisissä tilanteissa kartellista voisi olla yleistä hyötyä, näiden tilanteiden vähälukuisuus verrattuna selvästi haitallisiin tapauksiin puoltaa lainsäätäjän ankaraa suhtautumista. Virhetyypin II haitat ovat tyypin I virhekustannuksia selvästi pienempiä, mikä puoltaa suoraviivaista kieltoa.[551] Vaikkei EY:n ja Suomen kilpailuoikeus suoranaisesti tunnekaan per se -kieltoja, hintoja, asiakkaita ja markkina-alueita koskevat kartellijärjestelyt pääsevät varsin lähelle tätä kategoriaa. Markkinavoimaa koskeva filtteri on syytä rajata tutkimus- ja kehityssopimuksiin, standardisointiin ja vertikaalisiin rajoituksiin, joiden osalta vahingollisia vaikutuksia tyypillisesti joudutaan vertaamaan yhteistyön tehokkuushyötyihin.

Viimeisen kymmenen vuoden oikeuskäytännön perusteella voidaan pitää jokseenkin selvänä, ettei erolla sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan välillä ole olennaista juridista merkitystä, koska kumpikin menettelytapa muodostaa itsenäisen kieltotunnusmerkistön. Johtopäätös on oikeustieteellisessä kirjallisuudessa varsin hyvin dokumentoitu. Eroa on entisestään loiventanut oikeuskäytäntö, jossa hyväksytään kartellien tarkasteleminen jatkumona. Teki-

---

Fejö viittaa kantansa tueksi amerikkalaiseen tapaukseen *Trenton Potteries* (273, US 391, 396 [1927]): "The power to fix prices, whether reasonably excercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow. Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed." Fejön tulkinnan mukaan Yhdysvaltain korkein oikeus hylkäsi hintojen kohtuullisuutta koskevan puolustuksen, koska se ei katsonut viranomaisten pystyvän määrittämään oikeaa hintatasoa. Itse tulkitsisin tuomioistuimen pikemminkin lausuvan, ettei "oikeaa" hintaa voida määritellä *ex ante*, vaan markkinataloudessa se määräytyy *ex post* hintamekanismin perusteella. Kartellin vahingollisuus liittyy olennaisesti juuri siihen, että yritykset korvaavat markkinamekanismin toiminnan omilla enemmän tai vähemmän mielivaltaisilla näkemyksillään kohtuullisesta hintatasosta. Yhteinen hintanäkemysnäkemys voi osua hetkittäisesti mutta ei koskaan pysyvästi oikeaan. Ostajan ja myyjän hintaa koskevista vastakkaisista intresseistä voidaan päätellä, mihin suuntaan "laskuvirhe" kilpailun vähentyessä todennäköisesti tehdään.

[550] Ks. näitä koskevasta argumentaatiosta Neven ym. (1998) s. 77; Fejö (1990) s. 141–148.

[551] Neven ym. s. 53 toteavat, että markkinavoimafiltterin käyttöönotto kartellien osalta johtaisi todennäköisesti virhetyypin II ratkaisuihin, koska yksiselitteistä tapaa mitata markkinavoimaa ei ole kehitetty. Tähän voidaan yhtyä etenkin, kuin hyödylliset sopimustyypit on sallittu varsin suopeilla markkinaosuusrajoilla. Kun vielä otetaan huomioon de minimis -kynnys, ei nähdäkseni ole suurta riskiä siitä, että kartellikiellolla sallittaisiin merkittävässä määrin hyödyllistä yhteistyötä. Vielä on huomattava, että laki mahdollistaa poikkeusluvan myöntämisen niissä tapauksissa, joissa poikkeuksellisesti hyödyt ylittävät haitat. Samalla voidaan tarkistaa se, ettei poikkeuslupainstrumenttia väärinkäytetä kartellin aikaansaamiseksi. Tämä edellyttää valppautta kilpailuviranomaisilta. Ks. myös s. 60–62, 76.

jät toteavat toisaalta, ettei puuttuminen yhdenmukaiseen käyttäytymiseen kartellikiellon perusteella vaikuta perustellulta.[552] Ongelma ei ole niinkään siinä, että rationaali oman edun tavoittelu kielletään, vaan siinä, että puuttumalla yhdenmukaiseen käyttäytymiseen ilman näyttöä yhdenmukaistetusta toiminnasta kielletään samalla todennäköisesti kuluttajien kannalta hyödyllisiä menettelytapoja.[553] Valitettavasti pyrittäessä välttämään virhetyyppiä I (hyödyllisen menettelyn kieltäminen) aikaansaadaan samalla todennäköisesti tilanteita, joissa haitallinen koordinaatio jää kartellikiellon ulkopuolelle (virhetyyppi II). Nähdäkseni tämä ei kuitenkaan ole keskeistä, mikäli haitallista koordinaatiota on mahdollista torjua muilla keinoilla kuin kartellikiellon avulla.

Taloustieteellisesti ongelmana on oligopoleja koskevien selitysmallien runsaus ja niiden keskinäinen kilpailuasetelma. Nevenin ym. esimerkit puutteellisesta taloudellisesta analyysistä[554] näyttäisivät kohdistuvan etupäässä tapauksiin, joissa komissiolla on ollut riittävä asiakirjanäyttö kielletystä yhteistyöstä. Tällöin sen tarkasteleminen, missä määrin yritysten markkinakäyttäytyminen selittyisi myös muilla syillä kuin kartellilla tai kielletyllä tietojenvaihdolla, menettää merkityksensä. Taloudellisen näytön asema rajoittuu kertomuksen uskottavuuden (motiivi ja vaikutukset) osoittamiseen ja asiakirjanäytön tukemiseen (kirjallisen näytön ja markkinaolosuhteiden vastaavuus). EY:n käytännössä on havaittavissa siirtymä, jossa kielletty yhteistyö pyritään enenevässä määrin selvittämään yllätysratsioilla hankitulla asiakirjanäytöllä, jolloin tarve nojautua taloudelliseen näyttöön käy vähäisemmäksi. Kehityssuuntaan on epäilemättä vaikuttanut EY:n tuomioistuimen sellutapauksessa asettama korkea näyttökynnys.

Kartellin taustalla oleva vanha sopimuksen mielikuva heijastuu EY:n tuomioistuimen käytännössä myös näytön arviointiin. Erityisesti tämä on koskenut kielletyn tietojenvaihdon arviointia, joskin EY:n tuomioistuimen uusimpien ratkaisujen valossa näyttökysymykset näyttäisivät olevan selkiintymässä. Näyttökysymystä voidaan kuvata *Bellamyn ja Childin* kommentaarissa esitetyllä listalla,[555] jonka mukaan yhdenmukaistetun menettelytavan näyttäminen edel-

---

[552] Neven ym. (1998) s. 51–52, 60.

[553] Ks. keskustelua Neven ym. (1998) s. 52.

[554] Ks. Neven ym. s. 71 ss.

[555] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 67. Tekijät lieventävät listaa tämän jälkeen toteamalla, että tiukin kynnys on asetettu silloin, kun näyttö perustuu taloudelliseen analyysiin. Tekijät toteavat mm. että komission näytettyä kielletyn tietojenvaihdon esim. kokouspöytäkirjojen avulla yrityksen asiana on esittää vapauttava näyttö siitä, ettei se ole hyödyntänyt saamiansa kilpailijoiden liikesalaisuuksia. Käytännössä tällaisen "vapauttavan" näytön esittäminen lienee erinomaisen vaikeaa. Bellamy/Child s. 67–71. Mielestäni tulevaa käyttäytymistä koskevien liikesalaisuuksien vaihto on itsessään 81 artiklan vastaista, eikä sitä voida kumota jälkikäteistä käyttäytymistä koskevalla vastanäytöllä. Näytön esittäminen voi sen sijaan johtaa menettelyn lievempään arvioimiseen ja seuraamusmaksun alentamiseen.

lyttää näyttöä 1) yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaolosta, 2) monenvälisten keskustelujen osalta sitä, että yritys on ottanut keskusteluihin osaa, 3) näyttöä siitä, että keskustelut vaikuttivat yrityksen käyttäytymiseen ja 4) näyttöä yrityksen osallistumisen kestosta. Kuvatun kaltaista päättelyketjua on syytä edellyttää siltä osin, kuin kilpailuviranomaisen näyttö perustuu taloudelliseen näyttöön tai aihetodisteisiin. Sen sijaan mikäli kirjallinen näyttö osoittaa suoraan, että hinnoittelusta, markkinaosuuksista tai asiakassuhteista on keskusteltu tai sovittu kilpailijoiden välillä, näyttöä kokouksen jälkeisestä käyttäytymisestä tai vaikutuksista hintatasoon ei aina tarvita. Vaikutukset voivat jäädä syntymättä esim. siksi, että tehtyä kartellisopimusta rikotaan, mikä ei kuitenkaan poista menettelyn kiellettävyyttä. Kielletyn kilpailunrajoituksen tunnusmerkistö täyttyy sellaisen luottamuksellisen aineiston vaihtamisella, jonka perusteella yritysten on mahdollista koordinoida tulevaa käyttäytymistään, esim. pidättäytyä kilpailemasta aktiivisesti toistensa senhetkisistä kauppakumppaneista tai nostaa yhdenmukaisesti hintojaan. Mitä selvempää näyttö yhteisistä kokouksista ja tietojenvaihdosta, sitä vähemmän näyttöä myöhemmästä käyttäytymisestä tarvitaan. Selvissä tapauksissa jo yksittäinen dokumentti voi riittää näytöksi kielletystä menettelytavasta.[556] Taloudellisen analyysin monimutkaistuminen ja peliteorian soveltaminen eivät lisää, vaan pikemminkin vähentävät taloudellisen analyysin ennustettavuutta. Todennäköisiä vastareaktiota koskevat olettamat selittävät ehkä enemmän mutta ennustavat vähemmän kuin perinteiset markkinoiden rakenteellisia olosuhteita korostavat lähestymistavat.[557] Kilpailuoikeudellisesti johtopäätöksenä on, että kartellisopimuksen ja/tai yhdenmukaistetun menettelytavan toteen näyttäminen edellyttää käytännössä aina "savuavaa asetta", joka osoittaa kielletyt kontaktit kilpailijoiden välillä.

---

[556] Bellamy/Child s. 68. Tekijät viittaavat tältä osin *sementtitapaukseen* (T-25/95 ym.).

[557] Neven ym. (1998) mainitsevat esimerkkinä peliteorian ongelmista Bakerin (1993) humoristisen ennusteen, jonka mukaan tulevaisuudessa kartellia koskevien kokouspöytäkirjojen löytymistä olisi pidettävä indisiona siitä, ettei hinnoista ole keskusteltu niiden nostattamiseksi ylöspäin. Baker toteaa, että kartellista kiinni jääneet voisivat väittää, ettei raskauttava näyttö voi osoittaa syyllisyyttä, koska toimiessaan rationaalisesti yritykset eivät jättäisi raskauttavaa näyttöä, mikäli kyse on kielletystä toiminnasta. Näin ollen raskauttavien näköisten todisteiden löytymisen täytyy viitata siihen, että yhteistyö on paljon viattomampaa kuin miltä se ensi silmäyksellä näyttää. Jos kyse nimittäin olisi kartellista, yritykset eivät toimisi rationaalisesti tehdessään kokouspöytäkirjoja. Ks. Baker (1993) s. 143. Päättelyketjua voidaan jatkaa toteamalla, että juuri kokouspöytäkirjojen tekeminen on kartellissa rationaalia, koska se saa menettelyn näyttämään harmittomalta ja mahdollistaa edellä kuvatun puolustuksen käyttämisen. Ketjua voitaisiin jatkaa loputtomiin. Toisaalta mikä on rationaalista yhdeltä kannalta, voi olla irrationaalia toiselta kannalta. Kartellipäätösten ylös kirjaaminen voi olla rationaalia esim. mahdollisten myöhempien tulkintariitojen välttämiseksi kartellin jäsenten välillä. Mielekkäämpää lienee paluu oletuksista tosiseikkoihin. Voidaan todeta, että Bakerin kärjistys osoittaa peliteoreettisten päättelyketjujen käytännön rajat kilpailuoikeudessa. Peliteoria kuvaa päätösten taustoja ja todennäköisiä lopputuloksia, mikäli kaikki käyttäytyvät rationaalisesti, ei välttämättä sitä, mitä todellisuudessa on tapahtunut tai tulee tapahtumaan. Peliteoriasta ja kartelleja koskevan näytön arvioimisesta ks. myös esim. Baker (1996) ja Tom (1997).

Toisaalta sen jälkeen, kun ase on löytynyt, näytön kumoaminen taloudellisella vasta-argumentaatiolla on erittäin vaikeaa. EY:n tuomioistuinten oikeuskäytännön arviointia vaikeuttaa olennaisesti se, että tunnusmerkistön kannalta tärkeät lausumat tahtovat välillä hukkua aivan turhan laajojen, pääosin selostavien päätösten tuhansien yksityiskohtien ja pikkuseikkojen joukkoon.[558] Käytännön ymmärrettävyyttä parantaisi nykyistä suurempi panostus selkeään ilmaisuun.

Mielestäni *Nevenin ym.* mielenkiintoisin huomio liittyy EY:n komission yllättävän lievään suhtautumiseen tietojenvaihtojärjestelmiin. Kirjoittajat mainitsevat tapaukset *Wood Pulp, Polypropylene, LEDP, PVC ja Welded Steel Mesh*, joissa kaikissa kilpailijat olivat perustaneet yleensä yhteisiä informaatiokeskuksia, jotka tuottivat yrityksille yleistä tilastointia yksityiskohtaisempaa informaatiota kilpailijoiden toiminnasta. Osittain kartellikokouksia järjestettiin toimialayhdistysten tiloissa. Listaa voitaisiin jatkaa esim. kartonki-, lämpöputki-, ja sementtikartellia koskevilla komission päätöksillä. Myös kotimaisessa raakapuun ostokartellissa metsäteollisuusyrityksillä oli yhteinen tietojenkeruujärjestelmä, joka vielä vuosia jälkikäteen pystyi toimittamaan kilpailuneuvostolle hyvin yksityiskohtaisia tietoja kunkin jäsenyrityksen tekemistä leimikkokaupoista. Kirjoittajien mukaan EY:n tuomioistuin voisi ottaa tiukemman kannan yhteisiin informaatiojärjestelmiin ja tehdä niiden olemassaolosta yhdenmukaistettua menettelyä koskevia johtopäätöksiä.[559] Tähän voidaan yhtyä. Liian korkean näyttökynnyksen seurauksena haitallisia menettelytapoja jää sanktioimatta (virhetyyppi II). Tietojenvaihtojärjestelmän sallittavuus perustuu sille lähtökohdalle, ettei kilpailijakohtaisia tietoja toimiteta yhteisestä tietojenkeruupisteestä eteenpäin muutoin kuin siistityssä muodossa. Järjestelmä on kuitenkin häiriöherkkä ja väärinkäytöksille altis.[560] Tarkasteltaessa EY:n kartelleja koskevaa oikeuskäytäntöä kokonaisuudessaan ei voida välttyä ajatukselta, että EY:n viranomaisten suhtautuminen horisontaalisiin tietojenvaihtojärjestelmiin on ollut varsin hyväuskoista.

Nähdäkseni järkevin tapa säilyttää kartellikiellon tehokkuus on kiristää kiel-

---

[558] EY:n tuomioistuimissa näytettäisiin viime vuosina keskitytyn siihen, että päätöksessä varmasti otetaan kantaa jokaiseen valittajan keksimään argumenttiin. Ulkopuoliselle on hyvin vaikeaa löytää olennaiset kohdat esim. yli 1000 sivua laajasta sementtipäätöksestä. Sinänsä laajojen päätösten aikaansaaminen on nykyisellä tekstinkäsittelyllä helposti toteutettavissa. EY:n tuomioistuimen päätöskäytännössä sanamuodoltaan identtiset lausumat toistuvat sivu toisensa perään muodollisesti eri päätöksissä. Nähdäkseni yrityksen oikeusturva ei hyödy jokaisen yksittäisen argumentin täysimääräisestä puimisesta, vaan lähestymistavasta, jossa keskeiset kohdat kartoitetaan jo alkuvaiheessa ja päätöksen kirjoittamisessa keskitytään niihin. Samalla painopistettä olisi siirrettävä prosessuaalisista kysymyksistä komission esittämien uusien kilpailuoikeudellisten konseptien tyyppitestaukseen ja komission päätösten premissien arviointiin.

[559] Neven ym. (1998) s. 77–78.

[560] Kilpailuneuvoston päätöksessä ei tähän puoleen puututtu, koska kilpailuvirasto ei ollut esittänyt tietojenvaihtojärjestelmää koskevia vaatimuksia. Myös aiemmassa *Finnpap-päätöksessä* käsitellään välikäden kautta järjestetyn luottamuksellisen kilpailijatiedon vaihtamisen kilpailuoikeudellista kiellettävyyttä.

lettyä tietojenvaihtoa koskevia standardeja. Tätä ajatusta toteutettiin kilpailuneuvoston puun ostokartellia koskevassa päätöksessä. Kilpailijoiden *suoran* tietojenvaihdon ohella huomiota tulisi kiinnittää nykyistä enemmän *epäsuoraan* tietojenvaihtoon eli lähinnä toimialajärjestöjen puitteissa harjoitettuun tietojen keruuseen. Kiellettynä on pidettävä jo sitä, että yritykset suoraan tai epäsuoraan vaihtavat keskenään luottamuksellista tietoa tulevasta käyttäytymisestään tai antavat toisilleen ajankohtaista tietoa, jota on *mahdollista* väärinkäyttää keskinäisen kilpailukäyttäytymisen koordinoimiseen. Se, mitä tiedolla tehdään, ei voi olla ratkaisevaa, jos tiedot ovat luottamuksellisia. Kilpailijoiden välillä *jo hinnoista keskustelemista* on pidettävä kiellettynä, mikä myös todetaan kaikissa huolella laadituissa compliance-ohjelmissa.

Nevenin ym. mukaan lievempää suhtautumista kartelleihin voidaan perustella markkinoilla, joilla yritysten kapasiteetti suhteessa kysyntään on suuri tai kysyntä laskee voimakkaasti.[561] Tähän voidaan periaatteessa yhtyä, sillä ns. kriisikartellien salliminen saattaa yksittäistapauksissa olla perusteltua, jos uhkana on omaisuusarvojen häviäminen konkurssin seurauksena. Voimakkaista kysynnän vaihteluista kärsivillä aloilla ongelmana on ylikapasiteetti, jota syntyy uusien yritysten tullessa alalle noususuhdanteen aikana. Korkeat kiinteät kustannukset yhdistettyinä suhdanteiden vuoristorataan voisivat estää tehokkaan toiminnan *(ns. core theory).*[562] Tällöinkin kyse on absoluuttisesta poikkeustilanteesta, jonka arviointi tapahtuu paremmin poikkeuslupaharkinnan kuin kieltostandardin yhteydessä. Kriisikartellien osalta on muistettava, että ne voivat estää alan sopeutumista muuttuneisiin olosuhteisiin ja ylläpitää liikakapasiteettia markkinoilla.[563] Mahdollisesti resurssit olisivat tehokkaammassa käytössä toisaalla.[564] Kartellin sallimisen haittoja onkin verrattava siihen hyötyyn, joka mahdollisesti olisi saavutettavissa tuotantopanosten tehokkaammalla allokaatiolla.

---

[561] Ks. Neven ym. (1998) s. 77.

[562] Ks. "tyhjän kuoren teoriasta" esim. Pirrong (1992), erit. s. 90–100. Ks. myös Määttä (2001) s. 110–111. Kotimaisessa lainsäädäntöaineistossa tyhjän kuoren teoriaan on suhtauduttu kielteisesti. Olennaisempana on pidetty kartellin negatiivisia vaikutuksia allokatiiviselle ja produktiiviselle tehokkuudelle. Ks. KM 1991:15 s. 11–12.

[563] Ilman kartellia yritykset todennäköisesti purkaisivat ylimääräistä kapasiteettia. Kartelli estää tuotantokoneiston sopeuttamista vallitsevalle tasolle, sillä kartellin jäsenet eivät täysin voi luottaa siihen, että muut pitäytyvät sovituissa tuotantomäärissä. Ongelma näkyy esim. OPEC:in toiminnassa. Toisaalta mikäli ylikapasiteetti ei johdu hyödykkeen valmistajista itsestään vaan yksinkertaisesti ostajien voimakkaasti vaihtelevista tarpeista, ongelma on ulkosyntyinen ja siten todellisempi. Tällöinkin on syytä kysyä, onko kartelli paras tapa ratkaista ongelma. Mitä todennäköisimmin ei.

[564] Tosin ongelmana ovat usein uponneet investoinnit. Voitaisiin kuvitella, että esim. terästehtaalle on vaikea keksiä muuta käyttöä, kun taas kemikaalitehtaan tuotannon uudelleen suuntaaminen lienee yksinkertaisempaa.

Viimeiseksi johtopäätökseksi jää havainto, että mahdollisuudet torjua haitallista kolluusiota yksinomaan kartellikiellon perusteella ovat rajalliset. Kartellisopimus on mahdollista korvata yrityskaupalla, jonka jälkeen kyse on sallitusta konserninsisäisestä järjestelystä. Toisaalta markkinoiden keskittyessä riittävästi nimenomaiset välipuheet käyvät tarpeettomiksi. Kartellikiellon yksityiskohtainen tarkastelu on ollut tarpeen myös sen osoittamiseksi, miltä osin oligopolin ongelma edellyttää muiden kilpailuoikeudellisten instrumenttien soveltamista.

II MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ

1. Määräävän aseman väärinkäyttönormin asema kilpailuoikeudellisessa järjestelmässä

1.1 MIKSI MÄÄRÄÄVÄSSÄ ASEMASSA OLEVIEN YRITYSTEN KÄYTTÄYTYMISTÄ HALUTAAN VALVOA?

Määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan epäsymmetristä markkinatilannetta, jossa tietty yritys tai yritysryhmä hallitsee markkinoita. Määräävässä asemassa olevan yrityksen kauppakumppanien kannalta tämä ilmenee riippuvuutena määräävässä asemassa olevasta yrityksestä. Kilpailijoiden näkökulmasta dominanssi ilmenee mahdollisuutena sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle tai ainakin olennaisesti vaikeuttaa niiden toimintaa. Määräävää asemaa voidaan väärinkäyttää suhteessa asiakkaisiin tai kilpailijoihin. Asiakkailta voidaan periä kohtuuttomia hintoja tai edellyttää rajoittavien sopimusehtojen hyväksymistä. Kilpailijoihin kohdistuva väärinkäyttö tähtää kilpailijoiden sulkemiseen markkinoiden ulkopuolelle tai toiminnan vaikeuttamiseen. Käytännössä väärinkäyttötilanteet menevät usein limittäin, esimerkiksi diskriminoiva hinnoittelu voi samanaikaisesti syrjiä joitakin asiakkaita ja estää kilpailijoiden toimintaa.

Määräävä asema voi perustua oikeudelliseen monopoliin tai tosiasialliseen markkinoiden hallintaan. Kaikkein yksinkertaisinta määräävän aseman selvittäminen on silloin, kun yhdellä yrityksellä on laillinen yksinoikeus tietyn toiminnan harjoittamiseen. Luonnollisesta monopolista puhutaan silloin, kun hyödykkeen tuottamisesta aiheutuvat yksikkökustannukset alenevat lineaarisesti sitä mukaa, mitä suuremman osuuden markkinoilla tuotettavista hyödykkeistä yksi yritys valmistaa. Tällöin edullisin tapa tuottaa hyödykettä on antaa se yhden ainoan yrityksen tehtäväksi.[1] Monopolitilanteet ovat kuitenkin harvinaisia. Yleensä joudutaan tarkastelemaan yksityiskohtaisesti, onko markkinajohtajalla niin paljon muita voimakkaampi asema, että määräävästä asemasta voidaan puhua. Määräävän markkina-aseman todentaminen edellyttää asianomaisten markkinoiden rakenteen ja toiminnan analysointia. Markkinoiden keskittymis-

[1] Hyödykkeen ominaisuudet ja mittakaavaedut johtavat siihen, että ainoastaan yksi elinkeinonharjoittaja voi toimia kannattavasti koko valtakunnassa tai tietyllä alueella. Rinnakkaisen verkoston rakentaminen ei yleensä ole taloudellisesti kannattavaa. Luonnollisia monopoleja ovat esimerkiksi kunnalliset vesijohtolaitokset, kaukolämpö, sähkön siirto kantaverkoissa tai rautatiet. Tekninen kehitys voi muuttaa markkinoiden luonnetta. Esimerkiksi puhelinliikennettä pidettiin vielä 1980-luvulla luonnollisena monopolina, mutta kuparikaapelin korvautuminen mm. valokaapelilla on nyttemmin mahdollistanut kilpailun lisäämisen alalla.

asteen ohella huomiota kiinnitetään mm. asiakkaiden riippuvuuteen, kilpailijoiden haavoittuvuuteen, alallepääsyn esteisiin, kilpailuetuihin ja markkinakäyttäytymiseen. Markkinajohtajan kilpailuasemaa voivat vahvistaa esimerkiksi immateriaali- ja muut yksinoikeudet, rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus sekä vertikaalinen integraatio. Markkinaselvitys edellyttää alalla käytävän kilpailun sisäisen logiikan ja sen kehitykseen vaikuttavien tekijöiden selvittämistä.

Määräävässä asemassa olevat yritykset voivat periä hyödykkeistään korkeampia hintoja kuin olisi mahdollista toimivan kilpailun vallitessa. Monopolisti voi vähentää myytävän tuotteen määrää, jolloin hinnat nousevat. Menettely on monopolistille kannattavaa aina siihen asti, kun hyödykkeen myynti vähenee suhteellisesti enemmän kuin kate nousee hinnankorotuksen seurauksena. Ylikorkeat hinnat johtavat ylisuuriin voittoihin. Seurauksena on yhteiskunnallinen tulonsiirto määräävässä asemassa olevalle yritykselle. Neoklassisissa monopoliselityksissä korostetaan tulonsiirron sijasta resurssien epäoptimaalista allokoitumista. Hyödykettä tuotetaan vähemmän ja korkeampaan hintaan kuin kilpailun toimiessa. Jos kilpailu toimisi paremmin, hyödykettä tuotettaisiin enemmän ja halvemmalla. Yhteiskunnalle aiheutuu hyvinvointitappio (ns. dead-weight loss).[2] Kansantalouden kannalta turhia resursseja sitoutuu ja ylimääräisiä kustannuksia aiheutuu myös määräävän aseman puolustamisesta.[3]

Jos määräävä asema on suhteellisen vakaa, eivätkä markkinoiden sisäiset kontrollimekanismit ole keskimääräistä tehokkaampia, pitkällä aikavälillä seurauksena voi olla myös yleinen yrityksen toiminnan tehokkuuden väheneminen, esimerkiksi hallintokustannusten paisuminen tai tuotekehityksen hiipuminen. Monopoliyritys viettää hiljaista elämää ja putoaa kehityksen eturintamasta.[4] Tehottomuutta aiheutuu myös siitä, että määräävä asema vähentää yrityksen riippuvuutta kuluttajien toivomuksista. Laadullinen tehottomuus voi koskea joko yksittäisiä tuotteen laadullisia ominaisuuksia tai vaihtoehtojen määrää. Jos määräävässä asemassa oleva yritys onnistuu estämään potentiaalisen kilpailijan markkinoille pääsyn, menetys aiheutuu siitä, ettei kuluttaja pääse valitsemaan kyseistä vaihtoehtoa. Taloustieteen keskeisiä tutkimustuloksia lienee se, ettei määräävä markkina-asema ole ylläpidettävissä tai ainakaan hyödynnettävissä ilman, että alallepääsyn esteet rajoittaisivat muiden yritysten markkinoille tuloa.

Määräävän aseman valvonnan tarpeellisuutta kritisoivat chicagolaiset havaitsivat, että viranomainen helposti yliarvioi markkinavoiman vahingollisuutta ja aliarvioi markkinoiden itsesäätöisyyttä. Määräävä asema voi sitä paitsi olla

---

[2] Ks. edellä teoreettisen osan pääjaksoa III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua, 6.2.1 Allokatiivinen tehokkuustappio.

[3] Ks. esim. Posner (1998) s. 301–305; Bork (1978) s. 107–115.

[4] Niin kutsuttua X-tehottomuutta on käsitelty edellä pääjakson III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua alajaksossa 6.2.2.1.

tehokkuuden hedelmä.[5] Suurtuotannon mittakaavaedut, tutkimuksen edellyttämät taloudelliset resurssit ja kansainvälisen kilpailun vaatimukset voivat edellyttää suurta yrityskokoa. Suuri koko pienillä markkinoilla johtaa korkeaan markkinaosuuteen, ilman että pyrkimyksenä olisi monopolivoittojen tavoittelu.

Perinteinen harvardilainen näkemys, jonka mukaan markkinavoima on sinänsä haitallista ja estettävä,[6] on menettänyt merkitystään. Markkinoiden keskittyminen voi olla kehityksen luonnollinen seuraus ja/tai ohimenevä ilmiö. Viime vuosina harvardilaisten mielenkiinto on kohdistunut etupäässä strategisen kilpailun tutkimukseen, toimintatapoihin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys vahvistaa sillanpääasemaansa, luo todellisia tai todentuntuisia uhkia tai nostaa alalletuloa suunnittelevien kilpailijoiden kustannuksia.[7] Määräävä asema voi hyvinkin säilyä, vaikkei deduktiivinen hintateoria tätä osaisikaan selittää. Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta on olennaista todeta, ettei helppoja totuuksia ole olemassa suuntaan eikä toiseen.

Kilpailumekanismin yhteiskunnallista merkitystä korostavat kirjoittajat korostavat sitä, että taloudellisten resurssien ja markkinavoiman keskittyminen yksittäisten suuryritysten käsiin voi johtaa epäterveeseen vallan tavoitteluun.[8] Yrityksen johto voi pyrkiä kasvattamaan vaikutusvaltaansa puuttumalla poliittiseen päätöksentekoon, ääritapauksessa säädättämällä itselleen edullista lainsäädäntöä, mikä puolestaan entisestään vahvistaa yrityksen asemaa markkinoilla. Tämän koulukunnan ajattelun mukaan markkinoiden keskittymisen olennaisin haitta ei liity suinkaan mikrotaloustieteen keinoin mitattavissa olevaan resurssien optimitilannetta epäedullisempaan allokoitumiseen, vaan siihen, että taloudellisen ja poliittisen vallan yhteen kietoutuminen uhkaa viime kädessä demokratian toimivuutta. Eri asia on, missä määrin ilmiöön voidaan puuttua kilpailuoikeuden keinoin.

---

[5] Ks. Bork (1978) s. 310, joka päätyy siihen, että ainoa tehokas tapa, jolla yritys voi sulkea toisen markkinoiden ulkopuolelle, on toimia sitä tehokkaammin. Koska kilpailulainsäädännön ainoana tehtävänä on edistää tehokkuutta, Bork johtaa tästä, ettei markkinavoiman väärinkäyttöön tarvitse puuttua. Samansuuntaisesti tehokkuusselityksiä korostaen, joskin lievemmin Posner (2001) s. 193 ss.

[6] Ks. esim. Shepherd (1997) s. 1–2, 50–54.

[7] Ks. tältä osin tutkimuksen teoreettista osaa, pääjakso III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua, alajakso 3.3 Mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.

[8] Ks. esim. Böhm (1950) ja Böhm (1961); Mestmäcker (1975). Ks. myös tämän tutkimuksen teoreettista osaa, pääjakso III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua, alajaksoja 6.3.2 Markkinoiden ulkoiset tavat tavoitella ja puolustaa määräävää asemaa (rent seeking) ja 6.5 Systeemiset haittavaikutukset.

1.2 VAIHTOEHTOISIA TAPOJA SÄÄNNELLÄ MÄÄRÄÄVÄÄ ASEMAA

On luonnollista, että markkinavoiman käsitteellä on ratkaiseva merkitys niiden kilpailuoikeudellisten normien soveltamisessa, joilla puututaan yksittäisten huomattavaa taloudellista valtaa omaavien yritysten pyrkimyksiin väärinkäyttää markkinavoimaa, hyötymällä kohtuuttomasti asiakkaidensa kustannuksella tai sulkemalla kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Markkinavoiman väärinkäyttöön voidaan puuttua neljällä tavalla. *Teollistuneen* aikakauden ensimmäisessä kilpailulaissa, vuonna 1890 Yhdysvalloissa säädetyssä *Sherman Actin* 2 artiklassa kiellettiin markkinoiden monopolisoiminen tai sellaisen yrittäminen. Oikeuskäytännössä on erityisesti keskitytty siihen, onko monopoliasema saavutettu suorituskilpailulla vaiko kilpailua rajoittavilla sopimuksilla tai kilpailijoiden poissuljennalla.[9] Eurooppalaiselle kilpailuoikeuskielelle käännettynä normilla estetään "keinotekoinen sellaisen määräävän markkina-aseman tavoittelu, joka merkittävästi estäisi kilpailua".[10] Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa pyritään siten estämään huomattavan markkinavoiman saavuttaminen monopolisoimisen kautta. Mikäli markkinoiden hallinta on saavutettu suorituskilpailun keinoin, asiakkaita tai kilpailijoita ei juurikaan suojella. Toisaalta laki mahdollistaa markkinavoimaansa väärinkäyttäneen yrityksen pilkkomisen, milloin kansantaloudelliset haittavaikutukset ovat olleet huomattavia.

EY:n kilpailuoikeuden perusfilosofia on vastakkainen. Määräävän markkina-aseman saavuttaminen sallitaan, mutta aseman väärinkäyttö pyritään estämään. Määräävän aseman väärinkäyttö on kielletty EY:n perustamissopimuksen 82 artiklassa[11]

---

[9] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 267–287; Sullivan/Grimes (2000) s. 72–80.

[10] Tapauksessa *Grinnell Corp.* (384 US 563, 570–571,86 S.Ct. 1698, 1704 [1966])Yhdysvaltain korkein oikeus totesi, että laissa kielletty monopolisointi koostuu kahdesta elementistä, joiden tulee olla kumulatiivisesti käsillä: "The *possession of monopoly in the relevant market* and the *wilful acquisition or maintenance of that power* as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historia accident." Kursiivi tämän tutkimuksen kirjoittajan. Sherman Actin 2 artiklan "monopoly" vastaa lähinnä eurooppalaista termiä määräävä markkina-asema, joskin monopolikäsitteen soveltamiskynnys näyttäisi olevan ainakin jonkin verran Rooman sopimuksen 82 artiklan soveltamiskynnystä ylempänä. Olennaista tässä yhteydessä on, että kummankaan normin osalta kyse ei tarvitse olla täydellisestä monopolista, vaan markkinoilla toimii myös pienempiä kilpailijoita. Väärinkäytössä tai monopolisoinnissa kyse on siitä, että tuota valta-asemaa väärinkäytetään pienempien kilpailijoiden uloslyömiseksi tai uusien markkinoiden valtaamiseksi keinoilla, jotka eivät ole suorituskilpailun mukaisia tai muulla perusteella hyväksyttäviä.

[11] Perustamissopimuksen 82 artiklan esimerkkiluettelossa kielletään kohtuuttomien hintojen tai muiden kauppaehtojen määrääminen (kohta a), tuotannon, tarjonnan tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi (kohta b), kauppakumppaneiden asettaminen eriarvoiseen asemaan eli diskriminointi (kohta c) sekä sopimuksen tekemiseksi asetettujen ehtojen käyttäminen, joilla vastapuolet suostuvat lisävelvoitteisiin, jotka eivät luonteensa tai kauppatavan perusteella ole yhteydessä sopimuksen kohteeseen (ns. sidonta, kohta d). Esimerkkiluettelo ei ole tyhjentävä.

ja kilpailunrajoituslain 7 §:ssä.[12] Eroa on pyritty selittämään eurooppalaisten amerikkalaisia suuremmalla uskolla viranomaissääntelyn tehoon ja mahdollisuuksiin. Euroopassa määräävä asema nähdään usein välttämättömänä kehityskulkuna. Pyrkimykset estää määräävien aseminen syntyminen kokonaan voisivat heikentää taloudellista tehokkuutta. Eurooppalainen kilpailuoikeus ei vielä toistaiseksi tunne mahdollisuutta markkinavoimaansa väärinkäyttäneen yrityksen pilkkomiseen, mutta mahdollisuus rakenteellisiin toimenpiteisiin avautuu uuden perusasetuksen astuessa voimaan 1.4.2004 alkaen.[13] Nähtäväksi jää, mikä tulee olemaan uudistuksen merkitys. Yhdysvalloissa pilkkomisvaltuuksia on sovellettu viime vuosikymmeninä hyvin säästeliäästi. Viimeinen merkittävä pilkkomistapaus on ratkaisu *AT&T* vuodelta 1982. *Microsoftin* tapauksessa pilkkominen oli esillä, mutta alemman asteen päätös, jossa tällainen velvoite asetettiin, kumottiin muutoksenhakuasteessa.[14] Voidaan perustella näkemystä, jonka mukaan eurooppalainen suhtautuminen määräävän aseman sääntelyyn on amerikkalaista järjestelmää regulatiivisempi. Ainakin periaatteessa ero näkyy pienempänä huolena määräävän aseman haitoista ja toisaalta voimakkaampana interventiona pyrittäessä korjaamaan markkinavoimasta aiheutuvia haittoja.[15]

Kolmannen vaihtoehdon tarjoaa väärinkäyttöperiaate, jota Suomessa noudatettiin aina vuoden 1992 lainmuutokseen asti. Noudatettaessa väärinkäyttöperiaatetta markkinavoiman väärinkäyttö ei ole kielletty, mutta kilpailuviranomainen voi puuttua tilanteeseen neuvottelujen jälkeen, mikäli kilpailunrajoituksesta on aiheutunut konkreettisia vahingollisia vaikutuksia. Suomessa väärinkäyttöperiaatetta perusteltiin sääntelyn joustavuudella ja sillä, että markkinavoiman ja sen väärinkäytön sääntely lain kieltojen avulla on vaikeaa.[16] Toisaalta väärinkäyttöperiaatteen haittana oli heikko yleisestävyys, josta johtuen sääntely todennäköisesti ei myöskään ollut omiaan ohjaamaan yritysten käyttäytymistä

---

[12] Väärinkäyttönä pidetään 7 §:n mukaan muun ohella: 1) liikesuhteesta pidättäytymistä ilman asiallista syytä; 2) hyvään kauppatapaan perustumattomien asiakkaan toimintavapautta rajoittavien ehtojen käyttämistä; 3) yksinmyynti- tai yksinostosopimusten käyttämistä ilman asiallista syytä; 4) kohtuuttoman tai kilpailun rajoittamista ilmeisesti tarkoittavan hinnoittelun soveltamista; tai 5) määräävän markkina-aseman hyväksi käyttämistä muiden hyödykkeiden tuotantoa tai markkinointia koskevan kilpailun rajoittamiseksi.

[13] Ks. tarkemmin tarkemmin tämän tutkimuksen lainopillisen osan viimeisen pääjakson (IV) jaksoa 7. Perusasetusta 17/62 koskeva uudistus.

[14] Ks. esim. Kovacic (1989). Ks. myös Comanor (2001). Virtanen (2001) on esittänyt, että pilkkomisvaltuuksia voitaisiin käyttää jatkossa mm. uuden talouden yritysjärjestelyjen arvioinnin yhteydessä ns. ehdollisten päätösten muodossa tilainteissa, joissa ei ole varmaa, mitkä tulevat olemaan järjestelyn tehokkuushyödyt ja kilpailuvaikutukset. Ks. näiden ns. vaihtoehtoisten päätöspolkujen osalta myös esim. Purasjoki ja Jokinen (2001). Kysymykseen palataan myöhemmin yrityskauppavalvonnan yhteydessä.

[15] Amaton mukaan regulaation painottuminen selittyy sillä, että Euroopassa uskottaisiin amerikkalaisia enemmän viranomaisten kykyyn säännellä markkinoita ja erityisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa. Ks. Amato (1997) s. 52–53, 68–77.

[16] Väärinkäyttöperiaatteen puolustuksen osalta ks. vielä M. Virtanen (1992).

toivottuun suuntaan.[17] Eduskunta päätti hallituksen esityksestä poiketen, kieltää määräävän aseman väärinkäytön samassa yhteydessä vuonna 1992, kun kartellit kiellettiin.

Neljättä vaihtoehtoa, alakohtaista hintojen tai voittojen tason sääntelyä sovelletaan lähinnä silloin, kun yleistä kilpailuoikeutta ei pidetä riittävänä tai sääntelyllä halutaan tavoitella päämääriä, jotka poikkeavat kilpailuoikeuden tavoitteista.[18] Alakohtaista sääntelyä on perinteisesti annettu erityisesti luonnollisen monopolin piirteitä omaavilla markkinoilla. Tunnettuja esimerkkejä ovat veden, energian (sähkö, kaukolämpö) ja kommunikaation (posti, sähköiset viestimet) tuottamiseen liittyvien palvelujen sääntely. Alakohtainen sääntely jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Määräävä asema itsessään tai sen tavoittelu ei ole kiellettyä sen enempää 82 artiklan kuin 7 §:n nojalla. Tästä johtuen ne syyt, jotka dominanssiin ovat johtaneet, eivät ole yleensä välittömästi ratkaisevia väärinkäyttönormia sovellettaessa. Lailla ei kielletä määräävän aseman hankkimista sisäisen kasvun avulla, mutta dominanssikynnyksen ylittymisen jälkeen yritys tulee erityisen väärinkäyttövalvonnan alaiseksi. Yrityskauppavalvonnalla voidaan kieltää määräävän aseman synnyttäminen tai vahvistaminen yrityskaupalla. Lisäedellytyksenä on, että kaupan seurauksena syntyvä määräävä asema estää merkittävästi kilpailua Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla. Väärinkäyttövalvonnan tavoitteena on estää haitallinen markkinakäyttäytyminen, joka ennestään heikentää kilpailuprosessin toimivuutta.

1.3 JATKOTARKASTELUN TARKOITUS

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa pääjaksossa käsitellään rinnakkain määräävän aseman väärinkäyttönormia EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa.[19] Säädettäessä kotimaista väärinkäyttökieltoa eduskunta perusteli

---

[17] Ks. esim. Rissanen kirjassa Rissanen/Korah (1991) s. 360–361.

[18] Alakohtaisesta sääntelystä ks. esim. Viscusi/Vernon/Harrison (1995) s. 307 ss.

[19] Määräävää asemaa ja sen väärinkäyttöä koskeva kotimainen kirjallisuus on laajahko. Määräävän aseman väärinkäyttöä koskevia erillisiä monografioita ovat Mononen (1995), Mentula/Pokela/Saraste (1998) ja P. Virtanen (2001). Viimeksi mainitun väitöskirjan oikeusdogmaattinen osa käsittelee laajemmasta otsikostaan huolimatta käytännössä ainoastaan määräävän aseman väärinkäyttöä. Lisäksi määräävän aseman väärinkäyttöä käsitellään omana lukunaan jokaisessa kilpailuoikeudellisessa yleisesityksessä, ks. esim. Leivo/Leivo (1997), Aalto-Setälä ym. (1999) ja Kuoppamäki (2000). Kotimaisista taloustieteellisistä esityksistä parhaiten hyödynnettäviä ovat M. Virtanen (1993) ja M. Virtanen (1998). Oikeustaloustieteellisestä lähestymistavasta kilpailuoikeuteen mainittakoon Kanniaisen ja Määtän toimittama artikkelikokoelma (2001). Saatavilla olevan runsaan ulkomaisen kirjallisuuden osalta tyydyn viittaamaan tämän tutkimuksen lähdeaineistoon.

kieltoa tarpeella lähentää kotimaista kilpailuoikeutta EY:n kilpailuoikeuteen. Jatkotarkastelussa kiinnitetään huomiota siihen, missä määrin määräävän markkina-aseman käsite käytännössä on samanlainen tai erilainen EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa.[20] Kysymys on oikeuspoliittisesti ajankohtainen ottaen huomioon EY:n komission pyrkimykset korvata kansallinen sääntely pitkälti EY:n kilpailuoikeuden soveltamisella kansallisten viranomaisten toimesta. Systemaattisella tasolla tarkoituksena on valottaa markkinavoiman sääntelyn yhteyksiä kartellikieltoon ja yrityskauppavalvontaan.

Aluksi tarkastellaan määräävän aseman käsitettä Suomessa ja EY:ssä. Tämän jälkeen käsitellään markkinoiden määrittelyä. Tutkimus perustuu osin aikaisempiin julkaisuihin,[21] joskin tekstiä on pyritty syventämään ja ajankohtaistamaan. Tämän jälkeen käsitellään yksityiskohtaisemmin väärinkäyttönormia. Määräävää asemaa voidaan väärinkäyttää suhteessa asiakkaisiin heikentämällä hyödykkeiden hinta-laatusuhdetta tai suhteessa kilpailijoihin estämällä näiden alalletuloa tai nostamalla näiden kustannuksia. Kysymys kuuluu, mikä on asiakkaisiin kohdistuvan väärinkäytön ja kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön keskinäinen suhde ottaen huomioon käytettävissä olevat muut keinot säännellä markkinavoimaa.

---

[20] Käytettävissä oleva sivumäärä ei mahdollista jokaisen väärinkäyttötyypin yksityiskohtaista käsittelyä. Yksityiskohtaisen informaation osalta voidaan viitata markkinoilla oleviin laadukkaisiin tutkimuksiin ja kommentaariteoksiin. Tässä tutkimuksessa kiinnitetään huomiota uusiin kehityspiirteisiin, joita laajassa kommentaarikirjallisuudessa ei vielä riittävästi ole käsitelty.

[21] Kuoppamäki (1992); Kuoppamäki (2000).

2. Määräävä markkina-asema

2.1 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN MÄÄRITELMÄ ROOMAN SOPIMUKSEN 82 ARTIKLAN MUKAAN

Perustamissopimuksen 82 artiklalla kontrolloidaan markkinavoiman väärinkäyttöä. Sopimuksen 82 artiklan ensimmäinen lause kieltää määräävän markkina-aseman väärinkäytön yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla yhden tai useamman yrityksen toimesta, jos menettely on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Määräävä markkina-asema on EY:n tuomioistuimen käytännössä määritelty yleensä *taloudellisen voiman yritykselle antamaksi asemaksi, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana.*

Rooman sopimuksen 82 artikla ei sisällä määräävän aseman määritelmää. Käsitteen konkreettinen sisältö jätettiin Rooman sopimusta valmisteltaessa avoimeksi, jotta yhteisön elimet voisivat suhteuttaa monopolivoiman valvonnan yhteismarkkinoiden kulloiseenkin kehitysvaiheeseen.[22] Komission ja tuomioistuimen tehtäväksi jätettiin määritellä yksittäispäätöksillä määräävän aseman ja sen väärinkäytön sisältö.[23] Useimmissa kansallisissa laeissa, kuten esimerkiksi kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa, määräävä markkina-asema on jollakin tavoin määritelty. Määräävän aseman tunnusmerkistön puuttumista on pidettävä yritysten oikeusturvaa ajatellen puutteena, sillä kieltonormin soveltuvuus on riippuvainen määräävän aseman merkityssisällöstä. Tutkimuksen teoreettisesta osasta edellä käy ilmi, että määräävälle asemalle voidaan antaa toisistaan poikkeavia määritelmiä. Mikäli Rooman sopimus laadittaisiin tänään, voitaisiin argumentoida, ettei 82 artikla täytä modernin lainsäädäntötekniikan vaatimuksia. Toisaalta myös kansallisten lakien yleiset määritelmät jäävät yleiselle tasolle.[24] Rooman sopimuksen 82 artiklassa omaksuttua ratkai-

---

[22] Kuoppamäki (1992) s. 259–260. Hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimuksen 66 artiklan 7 kohdan mukaan yritys on määräävässä asemassa, jos se on yhteismarkkinoiden oleellisella osalla todellisesta kilpailusta riippumaton. RS 82 artikla ei sisällä vastaavanlaista määräävän aseman määritelmää. RS 82 artikla sisältää toisen lauseen a–d kohdissa esimerkkejä väärinkäytöstä, mutta tätä listaa ei artiklan sanamuodon "erityisesti" ja vakiintuneen käytännön mukaan pidetä tyhjentävänä.

[23] Ks. Rooman sopimuksen 82 artiklan taustasta esim. Gerber (1998) s. 342–346, 345.

[24] Vaikka kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentti sisältääkin 82 artiklaa enemmän informaatiota, pelkästään pykälää lukemalla ei vielä saa riittävää käsitystä määräävästä asemasta. Määräävän aseman konkreettisen merkityssisällön määrittäminen jää käytännössä kaikissa kilpailuoikeusjärjestelmissä viime kädessä oikeuskäytännön varaan.

sua on mahdollista perustella sillä, ettei taloustiede anna riidatonta vastausta siihen, miten markkinavoimaa tulisi mitata tai ainakaan, minkä asteista markkinavoimaa voidaan pitää hyväksyttävänä.[25] Määräävän aseman merkityssisältö voi myös vaihdella soveltamistilanteen mukaan.[26]

Määräävää aseman olemassaolon selvittämiseksi tulee selvittää väärinkäytöstä epäillyn yrityksen asema markkinoilla. Määräävä asema voidaan määrittää *markkinarakenteen* tai yrityksen *markkinakäyttäytymisen* perusteella. Ensimmäisessä lähestymistavassa verrataan väärinkäytöstä epäillyn yrityksen markkina-asemaa sen kilpailijoiden asemaan.[27] Jälkimmäisessä lähestymistavassa tutkitaan sitä, voiko yritys määritellä toimintapolitiikkansa kilpailun paineista vapaana.[28] Voitaisiin ajatella myös määräävän aseman määrittelyä syntyvien *markkinatulosten* avulla.[29] Tarkkaa rajanvetoa lähestymistapojen välillä ei voitane tehdä, sillä ne ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään.[30] EY:n komissio näyttää aluksi painottaneen markkinakäyttäytymistä, mutta EY:n tuomioistuimen käytännössä on korostettu rakenteellista tarkastelua. EY:n komissio on pyrkinyt sopeutumaan oikeuskäytännön vaatimuksiin.

---

[25] Yrityksen markkinavoimaa voidaan pyrkiä mittaamaan empiirisesti tutkimalla mm. yrityksen kysyntäjoustoa ja kustannuskäyriä, ylisuurten tai voittoa maksimoivien hintojen olemassaoloa verrattuna lyhyen aikavälin marginaalikustannuksiin (Lernerin indeksi), monopoli- tai ylisuurten voittojen olemassaoloa tai hintadiskriminointia. Lainkäyttäjän kannalta tilastollisiin markkinavoiman mittausmetodeihin liittyy kuitenkin sekä teoreettisia että käytännöllisiä vaikeuksia. Tämän vuoksi tuomioistuimilla on taipumus korostaa markkinaosuuden merkitystä markkinavoiman mittaamisessa. Ks. Hawk (1990) s. 788–796 ja Fishwick (1993) s. 14–45.

[26] Esimerkiksi ei ole selvää, että määräävän aseman merkityssisällön tulee olla sama arvioitaessa jälkikäteen, onko yritys käyttänyt väärin määräävää asemaa kieltäytymällä jonkin välttämättömän raaka-aineen toimituksista niistä riippuvaiselle kilpailijalle tai arvioitaessa tulevaisuutta silmälläpitäen yrityskaupan vaikutuksia toimivalle kilpailulle.

[27] Markkinarakenteella tarkoitetaan rakenteellisia tekijöitä, jotka vaikuttavat yritysten kilpailukäyttäytymiseen ja niiden hinnoitteluun. Näitä ovat erityisesti markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä ja niiden markkinaosuudet, tuotteiden homogeenisuus, informaation saatavuus ja muutoksiin sopeutumisen aikataulu, alallepääsyn esteet, tuotannon joustavuus, suhdannetilanne ja kapasiteetin käyttöaste, markkinoiden kehitysvaihe ja yritystyyppi sekä yritysten omistus- ja johtorakenne.

[28] Erona markkinarakenteesta, markkinakäyttäytymisellä tarkoitetaan tekijöitä, joihin yritykset itse voivat lyhyellä tähtäimellä vaikuttaa. Näitä ovat esimerkiksi hinnoittelu, alennukset ja muut sopimusehdot, tuotannon määrä ja sen laatu (innovatiivisuus), asiakaspalvelu tai mainonta. Lisäksi voidaan tutkia, käyttävätkö yritykset tiettyjä kilpailuparametrejä eriaikaisesti vaiko kollektiivisesti siten, että muut seuraavat perässä (yrityksen hintajohtajuus tai oligopolistinen interdependenssi).

[29] Markkinatuloksia voidaan analysoida eri tasoilla. Voidaan selvittää esimerkiksi alan hintatasoa tai yrityksen voittojen suuruutta, tuotannon laatua, tuotanto- ja myyntikustannuksia, teknistä kehitystä tai tuotteiden alueellista ja ajallista saatavuutta.

[30] Ks. esim. Schmidt (1999) s. 55 ss. ja s. 75 ss.

2.1.1 Komission alkuperäinen lähestymistapa

Vuoden 1966 keskittymistä koskevassa muistiossa komissio katsoi, ettei määräävää markkina-asemaa voida määritellä yksistään markkinoiden rakenteen mukaan. Ratkaisevia olisivat ennen kaikkea yrityksen taloudelliset mahdollisuudet vaikuttaa olennaisesti markkinoiden kehitykseen. Vaikka yrityksen markkinaosuus olisikin vaatimaton, tulisi erityisesti selvittää, voiko se ajaa kilpailijat markkinoilta. Yrityksellä olisi määräävä asema, jos se yksin tai yhdessä muiden yritysten kanssa voisi noudattamallaan riippumattomalla strategialla vaikuttaa merkittävästi muiden yritysten toimintaan siten, ettei markkinoilla ole tai voida ylläpitää toimivaa ja riittävän tehokasta kilpailua.[31] Taloudelliseen asemaan liittyviä mahdollisuuksia korostavaa määritelmää seurattiin *Continental Can* –päätöksessä.[32] Komissio kielsi yrityskauppasopimuksen täytäntöönpanon, jolla Continental Can hankki määräämisvallan Belgiassa toimivasta kilpailijastaan Schmallbach-Lubeccasta:

> "Yritykset ovat määräävässä asemassa silloin, kun niiden vallassa on käyttäytyä itsenäisesti, mikä antaa niille aseman, jossa ne voivat toimia ottamatta huomioon kilpailijoita, ostajia tai tuotteiden toimittajia. Tämä on asema, jossa yrityksen markkinaosuus yhdessä teknisen tiedon, raaka-aineiden ja pääoman saatavuuden kanssa tekee mahdolliseksi määrätä hinnan tai valvoa tuotteiden tuotantoa tai jakelua. Tämä valta ei välttämättä seuraa markkinoiden täydellisestä hallitsemisesta, joka antaisi määräävässä asemassa olevalle yritykselle mahdollisuuden eliminoida muiden kaiken tahdon taloudellisessa kanssakäymisessä, vaan siihen riittää, että nuo tekijät ovat kokonaisuutena ottaen kyllin voimakkaita varmistaakseen yrityksille yleisen toiminnallisen itsenäisyyden siitä huolimatta, että niiden vaikutukset eroavat toisistaan eri osamarkkinoilla."

Ratkaisevia olivat määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuudet määrätä itse hintansa tai toimia muuten kilpailun paineista vapaasti. Komissio kiinnitti siten huomiota etupäässä yrityksen markkinakäyttäytymiseen. Myöhemmissä tapauksissa komissio on tuomioistuimen käytäntöön nojautuen kiinnittänyt huomiota kilpailun puuttumiseen[33] ja asiakkaiden riippuvuussuhteeseen väärinkäyttöön syyllistyneestä yrityksestä.[34] Määräävässä asemassa olevan yrityksen riippumattomuuden komissio on määritellyt mahdollisuudeksi estää toimiva kilpailu.[35]

---

[31] Kilpailu on riittävän tehokasta, jos yritykset eivät keinotekoisesti tai liioitellusti rajoita tuotantoaan, jos ne ottavat tyydyttävässä määrin huomioon kysynnän tarpeet ja jos ne siirtävät tuotteen ostajille kohtuullisen osuuden tekniseen ja taloudelliseen kehitykseen liittyvistä eduista. Keskittymistä koskeva muistio, osa III, kohdat 22–25.

[32] Komission päätös *Continental Can*, EYVL 1972 L 7/25, 35.

[33] Tapauksessa *GVL* (7/82, Kok. 1983 s. 483) kilpailun puuttuminen aiheutui siitä, että GVL:llä oli lainsäädännöllä turvattu monopoliasema tekijänoikeuskorvauksien perimiseen Saksan liittotasavallassa.

[34] *Hugin Kassenregister,* EYVL 1978 L 22/23, *British Leyland* EYVL 1984 L 207/11.

[35] *United Brands, Hoffmann-La Roche, Michelin* EYVL 1981 L 353/33..

2.1.2 EY:n tuomioistuimen määritelmä

Tuomioistuimen alkuperäisen määritelmän mukaan yrityksellä on määräävä asema yhteismarkkinoiden oleellisella osalla, "jos sillä on asema, jonka johdosta se voi estää tehokkaan kilpailun merkittävällä osalla kyseisiä markkinoita".[36] *United Brands* -tapauksesta[37] lähtien tuomioistuin on yleensä määritellyt määräävän aseman siten, että se on

> "taloudellisen voiman yritykselle antama asema, jonka johdosta se voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla, ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana".

Määräävän aseman tunnusmerkkejä ovat siten

1. *valta estää tehokas kilpailu,* ja
2. *valta käyttäytyä merkittävässä määrin riippumattomasti kilpailun paineista.*

Tuomioistuin ei määrittele, kumpi näistä tekijöistä on ratkaiseva tai kumpi seuraa kummasta. Sekä rakenteellisilla että markkinakäyttäytymiseen liittyvillä tekijöillä näyttäisi olevan merkitystä. Kirjallisuudessa on esitetty, että valta estää tehokas kilpailu viittaa yrityksen taloudelliseen voimaan ja kilpailukykyyn. Se kuvaisi mahdollisuutta käyttää määräävää asemaa väärin suhteessa kilpailijoihin. Valta toimia kilpailun paineista riippumattomana tarkoittaisi yrityksen markkinavoimaa suhteessa kauppakumppaneihin.[38] Ensimmäisessä tapauksessa voitaisiin puhua määräävän aseman horisontaalisista ja toisessa tapauksessa vertikaalisista vaikutuksista.

United Brands -tapauksessa tuomioistuin katsoi, ettei hintakilpailun olemassaolo estänyt määräävää asemaa. Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* tuomioistuin tarkensi kantaansa. Määräävä asema ei edellytä monopolin tai kvasi-monopolin olemassaoloa. Yritys voi olla määräävässä asemassa vaikka markkinoilla vielä olisikin kilpailua, jos se voi merkittävässä määrin vaikuttaa kilpailun edellytyksiin, ja samalla sen ei tarvitse suuremmin ottaa huomioon kilpailijoita. Määräävä asema voi syntyä eri syiden yhteisvaikutuksesta, mutta huomattava markkinaosuus on erityisen merkittävä tekijä. Vaikka yritys tilapäisesti tuottaisikin tappiota joillakin markkinoilla, ei se vielä poissulje määräävän aseman mahdollisuutta. Toisaalta jos yritys on kilpailijoiden alentaessa hintojaan pakotettu seuraamaan, ei yritys yleensä voi toimia niin riippumattomasti, että sillä olisi määräävä asema. Riippumattomuus määritellä toimintastrategia ei tarkoi-

---

[36] Ks. *Sirena v. Eda*, 40/70, Kok. 1971 s. 69.
[37] *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 425.
[38] Tätä mieltä esim. Koch (1990), Grabitz-Koch, Art. 86 Rdnr. 13–16.

ta, etteikö raja voisi tulla vastaan, jossa yrityksen markkinakäyttäytymisestä alkaa olla sille itselleen vahinkoa.[39]

Tuomioistuimen määritelmä näyttäisi olevan laajempi kuin USA:n korkeimman oikeuden määritelmä. USA:n tuomioistuimet määrittelevät määräävän aseman yleensä kyvyksi määrätä hinnat tai sulkea pois kilpailijoita.[40] Tämä johtunee ainakin osittain siitä, että 82 artiklan soveltamiskäytännössä on puututtu paitsi monopolisointiin, myös epäreiluihin kilpailukeinoihin. Jälkimmäisiin voidaan usein turvautua, vaikkei yrityksellä olisikaan ylivertaista asemaa suhteessa kilpailijoihinsa.

2.2 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA KILPAILUNRAJOITUSLAIN 3 §:N 2 MOMENTIN MUKAAN

Määräävän markkina-aseman tunnusmerkistöstä säädetään kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa. Määräävä markkina-asema katsotaan olevan elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä markkina-asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.

Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa mainitaan siten kaksi tilannetta 1) oikeudellinen monopoli ja 2) tosiasiallinen markkinoiden hallinta. Oikeudellinen monopoli voi perustua joko siihen, että tietty taloudellinen toiminta on lainsäädännössä myönnetty tietyn elinkeinonharjoittajan yksinoikeudeksi tai siihen, että toimilupa tietyn toiminnan harjoittamiseen koko valtakunnassa tai tietyllä alueella on myönnetty vain tietylle elinkeinonharjoittajalle. Rajallisemman yksinoikeuden, esimerkiksi immateriaalioikeuden, hallinta ei yksinään luo määräävää asemaa, mikäli markkinoilla on tarjolla korvaavia vaihtoehtoja.[41]

---

[39] Ks. *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 38.

[40] Ks. esim. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571, 1966. EY:n tuomioistuin näyttäisi kiinnittävän USA:n käytäntöä enemmän huomiota riippuvuussuhteen merkitykseen. (Ks. Hawk 1990 s. 798, 825 ss.) On myös osittain katsottu, että EY:n tuomioistuimen määritelmä samalla eroaisi "taloustieteen määritelmästä", jonka mukaan määräävällä asemalla tarkoitettaisiin mahdollisuutta määrätä tai ohjata hintoja (Rissanen/Korah 1991 s. 72, Hawk [1991] s. 798). Toisaalta yleisesti hyväksyttyä taloustieteen määritelmää on vaikea antaa. Niinpä on katsottu, että USA:ssa määräävä asema perustuu uusklassisen taloustieteen tradition mukaisesti "täydellisen kilpailun fiktiolle", mikä rajoittaa USA:n käytännön käyttökelpoisuutta arvioitaessa EY:n kilpailupolitiikkaa. Fishwick (1993) s. 14–17.

[41] Ks. *Kustannusosakeyhtiö Otava*, d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 25.6.1998. Vrt. kuitenkin KHO:n tuomiota samassa asiassa d:o 2270/1/99, 2221/1/99, taltio 2540. KHO:n päätöksessä dominanssikynnys asetettiin yllättäen olennaisesti alemmaksi. Tapausta käsitellään yksityiskohtaisemmin jäljempänä merkkikohtaisen markkinamäärittelyn yhteydessä.

Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin määräävän markkina-aseman tunnusmerkistössä edellytetään joko mahdollisuutta vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon tai mahdollisuutta muulla tavalla vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin. Riittävää on siten hinnoittelun vapaus tai muu vastaava mahdollisuus vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin. Mahdollisuus vaikuttaa hintatasoon tarkoittaa sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys ohjaa hintojen tai niihin vaikuttavien tekijöiden kehitystä muiden yritysten joutuessa seuraamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen päätöksiä. Yritys voi kannattavasti nostaa hintoja, jos hinnankorotus pidemmällä aikavälillä tarkasteltuna nostaa yrityksen katetta enemmän kuin yritys hinnankorotuksen seurauksena menettää asiakkaita kilpailijoilleen. Hinnoittelun ohella vaikutusmahdollisuus voi koskea muitakin keskeisiä toimitusehtoja, esimerkiksi laatutekijöitä tai eri hyödykkeiden niputtamista yhteen. Edes monopolisti ei voi hinnoitella tuotteitaan täysin vapaasti. Hinnoitteluvapaus on venyvä käsite. Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentti ei edellytä, että yritys voisi yksinään määrätä hinnoista, vaan riittävää on mahdollisuus olennaisesti vaikuttaa niiden määräytymiseen. Riittävänä on pidettävä *suhteellista* hinnoitteluvapautta.

Mahdollisuus muulla tavoin vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla tarkoittaa ennen muuta sitä, että yritys voi sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Tunnusmerkistö ei rajoitu mahdollisuuteen ajaa kilpailija kokonaan markkinoilta. Nähdäkseni riittävänä on pidettävä sitä, että yrityksellä on mahdollisuus merkittävästi vaikuttaa kilpailijoiden toimintaedellytyksiin, esimerkiksi olennaisesti vaikeuttaa näiden markkinoillepääsyä tai toiminnan laajentamista.

Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa mainittu mahdollisuus vaikuttaa hintoihin tai muihin toimitusehtoihin ja mahdollisuus estää kilpailua täydentävät toisiaan. Mahdollisuus estää kilpailu vaikuttaa ennen pitkää myös hintatasoon, jos tehokas vaihtoehto ei pääse markkinoille. Paitsi suhteessa kilpailijoihin, vaikutusvalta voi ilmetä myös suhteessa määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaisiin. Määräävälle asemalle on tunnusomaista asiakkaiden riippuvuus. Asiakkaat voivat olla pakotettuja hankkimaan hyödykkeen määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, koska sen tarjoamalle hyödykkeelle ei ole riittävässä määrin saatavilla korvaavaa vaihtoehtoa kilpailukykyisin ehdoin. Tällöin määräävässä asemassa oleva yritys voi alennuspolitiikallaan vaikuttaa asiakkaidensa keskinäiseen kilpailuasetelmaan.

2.3 ALUSTAVAA VERTAILUA EY:N JA SUOMEN MÄÄRITELMIEN VÄLILLÄ

Lain 3 §:n 2 momentin määritelmässä korostuu määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa aktiivisesti alan kilpailuolosuhteisiin.

EY:n tuomioistuin on 82 artiklan osalta määritellyt määräävän markkina-aseman siten, että se on taloudellisen vallan yritykselle tuoma asema, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana (*United Brands*, 1978).

Verrattaessa määritelmää Suomen kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttiin havaitaan, että kilpailunrajoituslain määritelmässä korostetaan mahdollisuutta aktiivisesti vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin, kun taas EY:n tuomioistuimen määritelmässä korostetaan riippumattomuutta. Käytännössä mahdollisuus aktiivisesti vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin ja mahdollisuus toimia kilpailun paineista riippumattomasti ovat saman kolikon kaksi puolta. Sekä kilpailunrajoituslain 7 §:ssä että 82 artiklassa edellytetään rakenteellista markkinatarkastelua. Kummankin säännöksen soveltaminen edellyttää relevanttien hyödykemarkkinoiden ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä.

EY:n tapaan määräävän markkina-asema ei edellytä monopoliasemaa tai täydellistä kilpailun puuttumista. Määräävä markkina-asema on olemassa, mikäli yrityksellä on taloudellisesti merkittävä joukko asiakkaita, joille kilpailijat eivät pysty tarjoamaan kilpailukykyistä vaihtoehtoa riittävän nopeasti. Vuoden 1987 esitöissä todetaan, että määräävän markkina-aseman todentaminen on taloudellinen tosiasiakysymys, jonka selvittäminen edellyttää kyseessä olevien markkinoiden rakenteen ja toiminnan analysointia. Arvioitavia seikkoja ovat muun muassa markkinoille pääsyn esteet, erityisesti yksinoikeudet, kilpailijoiden lukumäärä ja markkinaosuudet, kysynnän rakenne sekä hyödykkeiden erityisominaisuudet.[42]

2.4 MARKKINARAKENNE, MARKKINAKÄYTTÄYTYMINEN JA MARKKINATULOKSET

Arvioitaessa tapauskohtaisesti määräävän markkina-aseman olemassaoloa kiinnitetään huomiota siihen, onko asiakkaiden mahdollista solmia taloudellisesti realistisia vaihtoehtoisia liikesuhteita muiden toimittajien kanssa. Huomiota kiinnitetään yrityksen asemaa vahvistaviin kilpailuetuihin, asiakkaiden vaihtoehtoihin ja mahdolliseen riippuvuuteen, kilpailijoiden heikkouksiin ja alallepääsyn esteisiin.

Määräävää asemaa voidaan lähestyä rakenteellisen markkinatarkastelun, markkinakäyttäytymisen tai markkinatulosten perusteella. Pääpaino on *raken-*

[42] HE 148/1987 vp. s. 17–18.

teellisella tarkastelulla. Markkinarakenteena määräävä markkina-asema sijoittuu monopolin (monopsonin) ja oligopolin (oligopsonin) välimaastoon. Jo kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 kohdan sanamuodosta käy ilmi, että määräävän aseman toteaminen edellyttää relevanttien markkinoiden määrittelyä. Myös EY:n tuomioistuin edellyttää relevanttien hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä määräävän aseman todentamiseen liittyvänä esikysymyksenä.

Määräävään asemaan voi viitata myös *yrityksen käyttäytyminen*, esimerkiksi mahdollisuus diskriminoida joitakin asiakkaita. Ilman määräävää asemaa syrjintä ei olisi mahdollista, sillä muutoin asiakkaat voisivat vaihtaa toimittajaa. Lain 3 §:n 2 momentin tunnusmerkistössä korostetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuutta vaikuttaa käyttäytymisellään alan kilpailuolosuhteisiin. Käyttäytymiseen viitataan erityisesti strategisen kilpailun teoriassa, jossa tarkastellaan määräävässä asemassa olevan yrityksen toimenpiteitä, joilla se pyrkii vaikeuttamaan pienempien kilpailijoiden toimintaa ja sitomaan asiakkaita itseensä. Asiakkaita vahingoittava käyttäytyminen viittaa siihen, että yrityksellä on markkinavoimaa. Toisaalta, jos yrityksen markkinakäyttäytymisellä perusteellaan määräävän aseman olemassaoloa ja tätä samaa käyttäytymistä pidetään analyysin myöhemmässä vaiheessa väärinkäyttönä, kehäpäätelmän riski on ilmeinen.

Määräävää asemaa voidaan pyrkiä selvittämään myös *markkinatuloksilla*, esimerkiksi voittojen suuruudella. Ongelmaksi muodostuu vaikutuksellisten tekijöiden rajattomuudesta aiheutuva kausaalisuhteen hataruus. Huomattavatkaan voitot eivät todista dominanssia. Yritys on voinut toimia kilpailijoitaan tehokkaammin. Toisaalta määräävässä asemassa oleva yritys voi ainakin jonkin aikaa tehdä tappioita. Edellä mainituista syistä kilpailuneuvoston oikeuskäytännössä on korostettu rakenteellista tarkastelua, jota on mahdollista täydentää muulla indisionäytöllä.

Rooman sopimuksen 82 artiklan ja kilpailunrajoituslain 7 §:n mukainen määräävän aseman selvittämismetodiikka on varsin samanlainen, ei välttämättä kuitenkaan identtinen. Määräävän markkina-aseman syntyminen, väärinkäyttö ja mahdollinen menettäminen nähdään dynaamisena prosessina.[43] Määräävä asema saavutetaan, säilytetään ja yleensä jossain vaiheessa myös menetetään. Yleensä väärinkäyttöön näytetään syyllistyttävän siinä vaiheessa, kun määräävässä asemassa oleva yritys saa varteenotettavan haastajan. Tästä näkökulmasta keskeistä on se, ettei kilpailuasemaa ja ylioptimaalisia voittoja ylläpidetä keinotekoisesti pidempään kuin mihin yrityksen oma tehokkuus antaa mahdollisuuden. Näkökulma ei ole EY:ssäkään vieras, mutta se näyttäisi toistaiseksi korostuneen enemmänkin yrityskauppavalvonnan puolella kuin määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa.

---

[43] Kotimaisessa oikeuskäytännössä näytettäisiin kiinnitettävän EY:tä hieman enemmän huomiota määräävän aseman dynaamiseen tarkasteluun.

Niin Suomessa kuin EY:n kilpailuoikeudessa laki edellyttää markkinavoiman mittaamista epäsuorasti eli määrittelemällä tapauksen *relevantit hyödykeja aluekohtaiset markkinat*. Puhtaan oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa muut tavat määritellä markkinavoima voitaisiin jättää tarkastelun ulkopuolelle. Relevanttien markkinoiden määrittelystä ei kuitenkaan seuraa, että muut tavat määritellä markkinat olisivat merkityksettömiä. Rakenteellisen tarkastelun avulla saatuja johtopäätöksiä on mahdollista täydentää ja kontrolloida yrityksen hinnoittelua tai markkinatuloksia koskevalla tarkastelulla. Omaksutusta eklektisestä lähestymistavasta seuraa, ettei mitään potentiaalisesti hyödyllistä tapaa todentaa määräävä markkina-asema voida jo etukäteen rajata tarkastelun ulkopuolelle.

3. Markkinoiden määrittely

EY:n tuomioistuin edellyttää, että määräävän aseman väärinkäyttö selvitetään *konkreettisesti määritellyillä markkinoilla*. Määräävää asemaa ei voida määritellä abstraktisti, vaan komission tulee konkreettisesti rajata tuotekohtaisesti ja maantieteellisesti ne markkinat, joilla yrityksen väitetään syyllistyneen väärinkäyttöön. Tuomioistuin on määritellyt[44] viisi kysymystä, joihin tulee kiinnittää huomiota 82 artiklan soveltamisessa:

1) Mitä markkinoita tulee tarkastella
2) Onko yrityksellä määräävä markkina-asema
3) Onko yritys käyttänyt väärin määräävää asemaa
4) Onko väärinkäytöllä vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan
5) Onko väärinkäyttöön syyllistynyt taloudellisesti yhtenäinen kokonaisuus

Jäljempänä pääpaino on EY:n kilpailuoikeutta koskevan oikeuskäytännön tarkastelussa. EY-painotteisuutta perustellaan oikeuskäytännön pitkäaikaisuudella ja laajuudella ja sillä, että kotimaisessa viranomaiskäytännössä EY:n tapauksiin viitataan esikuvina. Kotimaisessa oikeuskäytännössä mahdollisuuksia tarjoaa toisaalta se, etteivät kotimaiset tuomioistuimet ole sidottuja sellaisiin EY-prejudikaatteihin, joissa käytettyä argumentaatiota ei voida pitää ajanmukaisena. Tämän vuoksi EY:n käytäntöä tarkastellaan tietoisesti kriittisten linssien läpi.[45] Kotimaisen oikeuskäytännön osalta keskeinen kysymys kuuluu, mitä eroja markkinoiden määrittelyssä voidaan havaita EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden välillä.

3.1 MARKKINAMÄÄRITTELYN FUNKTIOT KILPAILUOIKEUDESSA

Kilpailuoikeudessa markkinoiden määrittelyllä on funktionaalinen tehtävä. Sen selvittämiseksi, voiko yritys sanottavassa määrin vaikuttaa alansa kilpailuolosuhteisiin ja toimia riippumattomasti kilpailijoistaan ja asiakkaistaan, on tut-

---

[44] *Commercial Solvents v. komissio*, 6 & 7/73R, Kok. 1974 s. 223.

[45] Kilpailuoikeudelliset näkemykseni näkyvät kilpailuneuvoston päätöksissä ja kilpailuneuvoston päätökset muussa kirjallisessa tuotannossani. Tieteen pelisääntöjä noudattaen yksittäisten kilpailuneuvoston ratkaisujen oikeellisuuden arviointi luonnistuu paremmin tahoilta, jotka eivät ole päätöksen tekoon osallistuneet. Nähdäkseni huomio ei diskvalifioi allekirjoittanutta päätösten kommentoinnista. Tutkittavan kohteen läheisyydestä on se konkreettinen hyöty, että allekirjoittanut tietää yksityiskohtaisesti jokaisen ratkaisun osalta, mitä päätöksellä on ollut tarkoitus sanoa.

kittava, mitkä muiden yritysten tuotteet tai palvelut kilpailevat väärinkäytöstä epäillyn yritysten tuotteiden tai palvelujen kanssa. Relevanteilla markkinoilla on tuotekohtainen, alueellinen ja ajallinen ulottuvuus. Markkinoiden määrittely on väline, jonka avulla tunnistetaan ja määritellään yritysten välisen kilpailun rajat.[46]

Markkinamäärittely ei ole itsetarkoitus, vaan kyse on tavasta selvittää yrityksen markkinoilla kohtaaman kilpailun paine.[47] Markkinamäärittely on ensimmäinen työvaihe SCP-analyysissa. Markkinoiden rakenteen tarkastelulla voidaan selvittää onko yhdellä yrityksellä määräävä asema tai pystyykö yhdenmukaisesti käyttäytyvä yritysryhmä kontrolloimaan markkinoita. Vaikka yksistään markkinaosuuden perusteella tehtäviä johtopäätöksiä voidaankin pitää kyseenalaisina, markkinamäärittelylle ei näyttäisi olevan käytännön vaihtoehtoja.[48] Tutkimuksen teoreettisessa osassa pyrittiin osoittamaan, ettei markkinavoiman mittaaminen esimerkiksi Lernerin indeksin tai kysyntäjouston avulla yleensä ole käyttökelpoinen vaihtoehto, koska suorien markkinavoiman mittaamistapojen osalta yleensä puuttuu tarvittava tilastollinen aineisto. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa edellytetään relevanttien markkinoiden määrittelyä. Konseptin soveltaminen on tavallaan kanonisoitu lain esitöissä ja oikeuskäytännössä. Esimerkiksi ryhmäpoikkeusasetusten markkinaosuusrajojen laskeminen edellyttää markkinamäärittelyä. Markkinamäärittelyn välttämättömyys on todettu myös 82 artiklaa koskevassa EY:n tuomioistuimen käytännössä[49] ja kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttia koskevissa lain esitöissä.[50] Tämä ei kuiten-

---

[46] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määrittelemisestä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta; EYVL 9.12.1997 C 372/5, kohta 2. Jäljempänä käytetään lyhennettä relevanttien markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto.

[47] Tiedonannon suomennoksessa (2. kohta) todetaan, että markkinamäärittelyn päätavoitteena olisi "selvittää järjestelmällisesti asianosaisten yritysten kohtaamat kilpailunrajoitukset". Kyse on tältä osin käännösvirheestä, mikä ilmenee verrattaessa suomalaista käännöstä esim. englanninkieliseen versioon, jossa sama lause on käännetty seuraavasti: "The main purpose of market definition is to identify in an systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face." Kilpailunrajoitus on varsin onneton käännös termille competitive constraints. Yleisesti ottaen EY-oikeuteen perehtyvien kannattaa perehtyä suomalaisen käännöksen ohella jollakin kolmesta suuresta kielestä (saksa, ranska, englanti) tehtyyn versioon ja verrata kieliversioita keskenään.

[48] Ks. esim. Areeda/Solow/Hovenkamp (1995) s. 156–157; Kuoppamäki (2002 a) s. 59–60.

[49] Ks. esim. *Europemballage ja Continental Can v. komissio*, 6/72, Kok. 1973 s. 215, tuomion kohta 11.

[50] Ks. HE 148/1987 vp. s. 17–18: "Määräävän markkina-aseman aineelliset edellytykset on säännöksessä ilmaistu sanoilla "ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla". Näiden edellytysten soveltaminen on taloudelliseen tietoon perustuva tosiasiakysymys, jonka selvittäminen edellyttää asianomaisten markkinoiden rakenteen ja toiminnan analysointia... Olennaisin määräävän markkina-aseman toteamiseen liittyvä kysymys koskee hyödykemarkkinaa, jonka suhteen määräävä asema on olemassa... Tietyn hyödykemarkkinan määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, joka on selvitettävä markkina- tai vastaavalla tutkimuksella ja jonka selvittäminen on markkinaosuuksien määrittelyn edellytys. Alueelliset ja asialliset hyödykemarkkinat eriytyvät taloudellisten kilpailusuhteiden perusteella."

kaan tarkoita sitä, etteikö myös suoria markkinavoiman mittaamistapoja voitaisi käyttää kilpailuanalyysin täydentämiseksi niissä tapauksissa, joissa riittävä ja luotettava aineisto on saatavissa.

Rakenteellisessa tarkastelussa ei voida liiaksi korostaa markkinoiden määrittelyn merkitystä. Ilman riittävän tarkkaa markkinoiden määrittelyä ei voida selvittää yrityksen "suhteellista vahvuutta" verrattuna sen kilpailijoihin, jolloin päätös kärsii jo lähtökohtaisesti epävarmuudesta, joka aiheutuu siitä, että muut väärinkäyttönormin soveltamisedellytykset edellyttävät todellisen tai potentiaalisen kilpailun puuttumista kyseisillä markkinoilla. Toisaalta relevanttien markkinoiden määrittely on ajatusmalli, jossa taloudelliset syy- ja seuraussuhteet ovat hyvin monimutkaisia. Markkinoiden rajat ovat vain harvoin tarkasti määriteltävissä. Mitä suppeammin relevantit markkinat määritellään, sitä todennäköisempää on, että yritys on määräävässä asemassa. Vastaavasti laaja markkinoiden määrittely johtaa yleensä siihen, että yhä harvemmat yritykset täyttävät määräävän aseman kriteerit. Korkeaa markkinaosuutta ei tule rinnastaa määräävään asemaan, vaan kyse on pikemminkin indisiosta.

3.2 HYÖDYKEMARKKINAT

3.2.1 Tarkastelun lähtökohtia

Hyödykemarkkinoiden määrittelyssä EY:n tuomioistuin ja komissio kiinnittävät huomiota ensisijassa kysyntään *(Bedarfsmarktkonzept)*. Samaan tuoteryhmään luetaan tuotteet, joita kuluttajat[51] pitävät samankaltaisina tuotteiden ominaisuuksien, hinnan ja käyttötarkoituksen suhteen. Näitä ovat siten valmisteet, jotka tuotteen ostajien kannalta katsoen ominaisuuksiensa puolesta tyydyttävät saman tarpeen.

Määriteltäessä relevantteja hyödykemarkkinoita tulee selvittää, mitkä tavarat tai palvelut ovat asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Määrittelyssä huomiota kiinnitetään ennen muuta kysynnän korvaavuuteen. Relevantit hyödykemarkkinat muodostuvat sellaisista toisiaan kohtuullisesti korvaavista tuotteista, joita käytetään samaan tarkoitukseen. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, missä määrin asiakas tai kuluttaja voi korvata tietyn valmistajan hyödykkeen jonkun toisen valmistajan hyödykkeellä.[52]

---

[51] Puhuttaessa "kuluttajista" ei ohessa tarkoiteta kuluttajia sanan suppeassa, kuluttajansuojalain mukaisessa merkityksessä, vaan kuluttajalla tarkoitetaan kaikkia tietyn tuotteen tai palvelun ostajia. Yleensä ne ovat nimenomaan yrityksiä.

[52] Relevantit markkinat on määritelty oikein, jos kuvitteellinen monopolisti pystyisi toteuttamaan pienen hinnankorotuksen ilman, että yritys menettää hinnankorotuksen tuomaa katteen lisäystä enemmän asiakkaita toiselle yritykselle. Mikäli asiakassiirtymä tekisi hinnankorotuksesta kan-

Kysynnän korvaavuuden ohella voidaan kiinnittää huomiota myös tarjonnan korvaavuuteen, ts. missä määrin muut yritykset voisivat lyhyehköllä aikavälillä ryhtyä valmistamaan kyseistä hyödykettä. Tarjonnan korvaavuuden huomioon ottaminen relevanttien markkinoiden määrittelyssä edellyttää, että tuotannon nopeahko uudelleen suuntaaminen on mahdollista kohtuullisin kustannuksin ja riskein, jos määräävästä asemasta epäilty yritys esim. korottaa hintojaan. Ratkaisevaa ei ole uuden tarjonnan periaatteellinen mahdollisuus vaan selkeä ja riittävän voimakas käytännön vaikutus yritysten kilpailukäyttäytymiseen. Todennäköisyyteen, että muut yritykset ryhtyisivät valmistamaan tarkastelun alaista hyödykettä, kiinnitetään huomiota myös kilpailuanalyysin myöhemmässä vaiheessa arvioitaessa potentiaalisen kilpailun voimakkuutta. Tulevien vaikutusten arviointi painottuu erityisesti yrityskauppavalvonnassa.

Hyödykkeiden korvaavuus voidaan määritellä vaihdettavuuden asteeksi, jolla asiakkaat voivat vaihtaa tietyn tuotteen toiseen tuotteeseen määrätyn ajan kuluessa.[53] Keskeinen kysymys on, ovatko tuotteet keskenään kohtuullisesti vaihdettavia. *Fishwickin*[54] mukaan voidaan käyttää seuraavaa kysymyssarjaa selvitettäessä sitä, voitaisiinko tuotteella y korvata tuote x:

a) funktionaalinen vaihdettavuus: onko y:llä sellaiset fysikaaliset ja tekniset ominaisuudet, että se voi korvata x:n ?
b) reaktiivinen vaihdettavuus: onko tuotteiden vaihdettavuus myös kuluttajien tiedossa siten, että he reagoivat vähäisiin hinnanmuutoksiin?
c) vaihdettavuuden esteet:
   (i) onko tuotteella x parempi jakelu kuin y:llä, mikä vaikeuttaisi siirtymistä tuotteeseen y?
   (ii) myydäänkö x:ää tai y:tä yhdessä muiden tuotteiden kanssa, mikä aiheuttaisi siirtymiselle lisäkustannuksia?
   (iii) vaatiiko x tai y investointeja erityiseen systeemiin (esim. siirtyminen sähkölämmityksestä öljylämmitykseen)?

Jos vastaus kysymyksiin a) ja b) on myönteinen ja kysymykseen c) kielteinen, ovat tuotteet x ja y yleensä keskenään vaihdettavia.[55]

---

nattamattoman, relevantit markkinat on laajennettava koskemaan kyseisen yrityksen valmistamia korvaavia hyödykkeitä. Samaa menetelmää noudattaen markkinat laajennetaan koskemaan muita korvaavia tuotteita ja alueita aina siihen asti, kunnes tuotevalikoima ja maantieteellinen alue ovat sellaisia, että pieni mutta pidempiaikainen suhteellinen hinnankorostus on kannattava. Vastaavaa analyysiä voidaan soveltaa käänteisesti selvitettäessä mahdollista ostajan määräävää asemaa, jossa lähtökohtana on toimittaja ja hintatestin avulla tunnistetaan tavarantoimittajan tuotteiden kannalta vaihtoehtoiset jakelukanavat ja myyntipisteet.

[53] Fishwick (1987) s. 28.

[54] Fishwick (1987) s. 50 ss.

[55] Annetun esimerkin osalta mainittakoon, että komission yrityskauppatapauksessa *Neste/IVO* (IV M.931, 2.6.1998) relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittely koski muun ohella sitä, kuuluvatko sähkö- ja öljylämmitys samoille vai eri markkinoille. Komissio totesi, että asiakkaan

Ratkaisevia tekijöitä ovat tuotteen ominaisuudet, hinta ja käyttötarkoitus. Huomiota kiinnitetään myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijoustoon ja markkinoiden erityispiirteisiin. Vaihtoehtoisesti huomiota kiinnitetään siihen, miten "valistuneen kuluttajan"[56] oletettaisiin käyttäytyvän.[57] Kyse ei ole siitä, ovatko hyödykkeet keskenään ylipäätään korvaavia, vaan siitä, kuinka suurta korvaavuuden astetta pidetään *riittävänä* hyödykkeiden lukemiselle samoille markkinoille. Merkittävä hinnanero kahden tuotteen välillä viittaa siihen, että hyödykkeet kuuluvat eri markkinoille. Muussa tapauksessa kuluttajat nimittäin korvaisivat kalliimman tuotteen halvemmalla. Kysynnän ja tarjonnan rakenteessa olevat erot voivat johtaa erillisten hyödykemarkkinoiden määrittelyyn. Yksittäisten kriteerien painoarvo vaihtelee tapauskohtaisesti, sillä myös asiakkaan ostopäätökseen vaikuttavat tekijät vaihtelevat sen mukaan, minkä tyyppisestä hyödykkeestä on kysymys.

3.2.1.1 Vaihdettavuuden aste

Tutkittaessa sitä, onko yrityksellä 82 artiklassa tarkoitettu määräävä markkina-asema, on kiinnitettävä erityistä huomiota relevanttien markkinoiden määrittelyyn ja sen yhteismarkkinoiden merkittävän osan rajaamiseen, jolla yritys voi mahdollisesti turvautua tehokasta kilpailua estäviin väärinkäytöksiin.[58] Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan 82 artiklaa sovellettaessa relevantit tuote- tai palvelumarkkinat kattavat kaikki ne tuotteet tai palvelut, jotka ominaisuuksiensa osalta ovat erityisen soveltuvia tyydyttämään muuttumattomat tarpeet ja jotka ovat ainoastaan vähäisessä määrin vaihdettavissa muiden tuotteiden tai palvelujen kanssa.[59]

> *United Brands* -tapauksessa komissio oli sakottanut yritystä 82 artiklan vastaisesta hinnoittelu- ja jakelupolitiikasta. Esikysymyksenä oli selvitettävä, muodostavatko banaanit omat tuotemarkkinansa vai ovatko ne osa laajempia tuorehedelmämarkkinoita. Tuomioistuimen mielestä banaaneilla oli tiettyjä erityisominaisuuksia, joiden johdosta ne voitiin vain rajoitetusti korvata muilla hedelmillä. Banaaneja oli saatavilla läpi vuoden. Niiden kulutta-

---

näkökulmasta lämmitysmenetelmät eivät ole toisiaan korvaavia, koska lämmityksen korvaaminen toisella menetelmällä edellyttää asiakkaan kannalta huomattavia investointeja ja koska kullakin lämmitysmenetelmällä on toisistaan eroavia teknisiä vaatimuksia. Vaihtoehdot ovat toisiaan korvaavia vain pitkällä aikavälillä. Samaan lopputulokseen päästään Fishwickin testiä soveltamalla.

[56] Satunnaiset tai irrationaalit kuluttajien reaktiot eivät anna riittävää pohjaa. Ks. esim. Koch, Grabitz, Art. 86, Rdnr. 35.

[57] Ks. Schröter, G/T/E, Art. 86, Rdnr. 104.

[58] Ks. *GT-Link*, C-242/95, Kok. 1997, s. I-4449, tuomion kohta 36.

[59] Ks. esim., *L'Oréal*, 31/80, Kok. 1980, s. 3775, 25 kohta ja asia, *AKZO v. komissio*, C-62/82, Kok. 1991, s. I-3359, tuomion kohta 51.

jina oli paljon ns. sidottuja käyttäjiä, jotka eivät voi vaihtaa banaaneja esim. appelsiineihin tai omenoihin. Sidottuja käyttäjiä ovat vauvat, vanhat ja sairaat, joiden tarpeita muut hedelmät eivät pystyneet täyttämään. Banaanien katsottiin mm. ominaisuuksiltaan[60] soveltuvan juuri näiden käyttäjäryhmien tarpeisiin. Näistä syistä tuomioistuin määritteli markkinat suppeasti siten, että banaanit muodostivat omat markkinansa.[61] Tuomioistuin totesi, ettei tuotteiden lukeminen samoihin markkinoihin edellytä, että tietty tuote voitaisiin kaikissa suhteissa korvata toisella tuotteella. Täydellistä korvaavuutta ei edellytetä, mutta korvaavuuden tulee olla "vähäistä suurempi".[62] Tapausta on kritisoitu sillä perusteella, että markkinamäärittely tehtiin tietyn käyttäjäryhmän perusteella kiinnittämättä riittävästi huomiota siihen, mikä on "vauvojen, vanhusten ja sairaiden" prosentuaalinen osuus banaanien ostajista ja näiden merkitys kokonaiskysynnälle tai siihen, voisiko United Brands periä näiltä käyttäjiltä muita korkeampaa hintaa.[63] Vertailukohtana on esitetty, että amerikkalaisessa käytännössä erillisten alamarkkinoiden vahvistaminen edellyttäisi hintadiskriminaation mahdollisuutta.[64] Toisaalta on katsottu, että appelsiinit ja omenat jätettiin liian nopeasti markkinoiden ulkopuolelle ja että oikeampaa olisi ollut markkinoiden määritteleminen sesonkikohtaisesti erilailla. Banaanit muodostaisivat omat markkinansa niinä vuodenaikoina, joina muita hedelmiä ei ole saatavilla.[65]

Vaikuttaa siltä, ettei erillisten markkinoiden määritteleminen vauvojen ja vanhusten erityistarpeiden perusteella voi olla kestävä peruste. Todennäköisesti "hampaattomien" käyttäjien osuus banaanien kokonaiskysynnästä on vähäinen, eikä United Brandsilla liene mahdollisuuksia diskriminoida tätä asiakasryhmää.[66] Näin ollen "hampaallisten" käyttäjien suuri enemmistö suojelee vähemmistönä olevaa sidottua asiakasryhmää hinnankorotuksilta. Sen sijaan perustellummalta kriteeriltä vaikuttaa se tuomioistuimen korostama seikka, että banaanien kysyntä väheni tuorehedelmän sesonkiaikana,

---

[60] Esim. banaanien pehmeys ei aseta hammaskalustolle samanlaisia vaatimuksia kuin monet muut tuorehedelmät. Kansanlääketieteessä banaaneja pidetään hyvänä ravintona esim. vatsasairaille. Ironisoimatta liiaksi tuomioistuimen perusteluja voidaan todeta, että muiden tuorehedelmien soseuttamiseen on saatavilla erilaisia kodinkoneita ja laitteita. Tapauksen markkinamäärittely on hyvä esimerkki siitä, ettei markkinoita voida määritellä pelkän intuition ja mielikuvien varassa.

[61] Tuomioistuimen suppeaa markkinoiden rajausta on arvosteltu kirjallisuudessa. Tuomioistuin on rajannut markkinat suppeammin kuin taloustieteessä olisi tehty. Ks. esim. Rissanen/Korah s. 75 ja 102–104; Fishwick (1987) s. 139–141.

[62] *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 425.

[63] Rissanen/Korah s. 75.

[64] Kauper (1997) s. 249–250.

[65] Ks. Baden-Fuller, C., European Law Review, 1979, s. 423, 425–426.

[66] Sovellettaessa SSNIP-testiä komission tulisi näyttää, että United Brands voi nostaa vanhusten, vauvojen ja sairaiden banaanien hintoja 5–10 % ilman että kyseiset käyttäjät voivat siirtyä korvaaviin tuotteisiin. Ongelma ei ole tässä vaan siinä, ettei yhtiöllä ole keinoa, jolla se voisi menetyksellisesti periä sidottujen käyttäjien banaaneista erilaista hintaa. Tehokas hintadiskriminaatio edellyttää 1) kykyä havaita sidottujen käyttäjien muita alhaisempi kysynnän joustavuus, 2) kykyä määritä eri käyttäjäryhmille erilainen hinta ja 3) kykyä estää arbitraasi käyttäjäryhmien välillä. United Brands -tapauksessa esteenä ovat kohdat 2) ja 3). Esimerkkinä tehokkaasta hintojen eriyttämisestä mainittakoon esim. lentoyhtiöiden soveltama erottelu- liikematkustajien ja turistiluokan välillä.

mikä osoittaa vain rajoitettua korvaavuutta. Tuomioistuin kiinnitti huomiota kysynnän ristijoustoon katsoen, että muiden hedelmien saatavuus tiettyinä vuodenaikoina vaikutti vain rajoitetusti banaanien hintaan. Epäilemättä tuorehedelmien sesonkiaikana banaanien hinta on lisääntyvän kilpailun vuoksi alempi. RS 82 artiklan osalta riittävää on suhteellinen hinnoitteluvapaus, eikä kilpailun täydy puuttua kokonaan. Hampaattomuus-erehdyksestä huolimatta markkinamäärittelyä ei mielestäni voida pitää virheellisenä.[67] *Kauperin* ehdotus, jonka mukaan yritys voisi olla vain osan vuodesta määräävässä asemassa – eräänlainen osa-aikamonopolisti – vaikuttaa keinotekoiselta. Rajatapauksissa ratkaisu on tehtävä jompaan kumpaan suuntaan. Tuomioistuimen argumentti viittaa siihen, ettei muiden hedelmien saatavuus kokonaisuutena tarkastellen riittävästi rajoittanut mahdollisuutta nostaa banaanien hintoja.

Myös tapauksissa *Michelin*, *Hilti* ja *Tetra Pak II* tuomioistuin on korostanut sitä, ettei rajoitettu korvaavuus ("limited interchangeability") ole riittävää. Sekä komissio että tuomioistuin ovat taipuvaisia suhteellisen suppeisiin markkinamäärittelyihin. Tätä voidaan pitää periaatteessa oikeana linjana. Kuitenkaan erillisten markkinoiden määrittely sidotulle käyttäjäryhmälle ei ole perusteltua, jos muut käyttäjäryhmät suojaavat sidottua käyttäjäryhmää, eikä hyödykkeen valmistajalla ole mahdollisuutta diskriminoida eri käyttäjäryhmien välillä. Vanhemmalle oikeuskäytännölle on luonteenomaista, että markkinamäärittelyjä on suoritettu suhteellisten rohkeiden yleistysten perusteella. Uudemmassa käytännössä yksityiskohtaisen taloudellisen selvityksen osuus näyttäisi lisääntyvän.

3.2.1.2 Käyttötarkoitus

Jos tuotteella on eri käyttötarkoituksia, näyttäisivät tuomioistuin ja komissio jakavan tuotemarkkinat alamarkkinoihin käyttötarkoituksen mukaan.

Tapauksessa *Hoffmann-La Roche*[68] vitamiinimarkkinat jaettiin 13 alaryhmään. Osapuolet olivat yksimielisiä siitä, että eri vitamiineilla on erilaisia vaikutuksia. Tämän vuoksi ne eivät olleet keskenään vaihdettavia. Yksittäiset vitamiinit jaettiin kuitenkin vielä alamarkkinoihin sen mukaan, käytettiinkö niitä elintarviketeollisuudessa, rehun valmistuksessa vai lääkeaineteollisuudessa.[69] Tuomioistuin lausui yleisenä periaatteena, että sama tuote voi kuulua eri tuotemarkkinoihin, jos sitä käytetään tarkoituksiin, jotka edustavat erilaisia tarpeita. Uudemman oikeuskäytännön valossa käyttötarkoituksen täytynee kuitenkin olla hinnoittelun tai jonkin muun kaupan ehdon kannalta relevantti, jotta se johtaa erillisten markkinoiden määrittelyyn.

---

[67] Vrt. Rissanen/Korah (1991) s. 75.

[68] *Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio*, 85/76, Kok.1979 s. 461.

[69] Päätöstä on arvosteltu sikäli, ettei ratkaisusta ilmene, että eri käyttötarkoituksiin myytävien vitamiinien hinnat olisivat eri tasoilla. Ks. Kauper (1997) s. 250.

Esimerkiksi tapauksessa *Tetra Pak II* ensimmäisen asteen tuomioistuin hylkäsi Tetra Pakin vaatimuksen pakkauskoneiden jakamisesta erillisiin markkinoihin sillä perusteella, käytetäänkö niitä maidon vai appelsiinimehun pakkaamiseen. Tuomioistuimen mukaan pakkauskoneiden ostajina oli osittain samoja yrityksiä, eikä asiassa oltu näytetty, että pakkauskoneita ostavilta eri asiakasryhmiltä voitaisiin periä erilaisia hintoja.[70] Amerikkalaisessa oikeuskäytännössä erilainen käyttötarkoitus vaikuttaa markkinamäärittelyyn, jos myyjä voi menestyksellisesti eriyttää hintojaan erilaisten asiakasryhmien välillä.[71]

3.2.1.3 Kysynnän ja tarjonnan rakenne

Michelin -tapauksessa[72] komissio määräsi sakot Michelin -konsernin hollantilaiselle tytäryhtiölle, joka toimi emoyhtiön tuotteiden maahantuojana. Tytäryhtiö oli käyttänyt väärin määräävää asemaa Hollannissa myöntämällä jälleenmyyjilleen uskollisuusalennuksia. Komissio määritteli relevantit tuotemarkkinat kuorma- ja linja-autojen vaihtorenkaiksi. Markkinat rajattiin raskaiden ajoneuvojen renkaisiin niiden "teknisten ominaisuuksien, käyttötarkoituksen ja hinnan perusteella".[73] Tuomioistuin[74] vahvisti komission tuotemarkkinoiden määrittelyn. Samalla se totesi yleisemmin, ettei tuotteiden luokittelu niiden yleisten ominaisuuksien perusteella ole riittävää. Huomiota tulee kiinnittää myös kilpailuolosuhteisiin ja kysynnän ja tarjonnan rakenteeseen relevanteilla markkinoilla.[75]

Käyttötarkoitus ja kysynnän ja tarjonnan rakenteessa olevat erot voivat johtaa suppeisiin markkinamäärittelyihin. Erimerkiksi jäätelömarkkinat jakaantuvat yhtäältä "teollisuusjäätelöön", jota myydään kauppaketjuille, ravintoloille

---

[70] Vrt. kuitenkin *Tetra Pak II*, T-83/91, Kok. 1994 II s. 755.

[71] Ks. Kauper (1997) s. 260.

[72] *Bandengroothandel Frieschebrug BV v. Nederlandsche Bandenindustrie Michelin NV* (81/969/EEC), komission päätös 7.10.1981, EYVL 1981 L 353/33.

[73] Markkinoiden ulkopuolelle rajattiin uusien ajoneuvojen alkuperäisrenkaat, kulutuspintakorjatut renkaat sekä henkilö- ja pakettiautojen renkaat. Raskaiden ja kevyiden ajoneuvojen renkaiden välillä oli teknisiä ja fyysisiä eroavaisuuksia. Niiden hinta oli viisinkertainen kevyiden renkaiden hintaan verrattuna. Uusien ajoneuvojen alkuperäisrenkaat erotettiin relevanteista markkinoista sillä perusteella, että ne myytiin suoraan autonvalmistajille. Pintakorjatut renkaat eivät kuuluneet hintaerojen, kulutustottumusten ja tarjontapuolen eroavaisuuksien vuoksi samoihin markkinoihin vaihtorenkaiden kanssa. Pintakorjattuja renkaita myytiin 40 % vaihtorenkaita halvemmalla, kuluttajat pitivät vaihtorenkaita pintakorjattuja luotettavimpina. Pintakorjattuja renkaita myivät korjaustyöhön erikoistuneet liikkeet, kun taas uusia renkaita myivät rengasliikkeet. Komissio ei hyväksynyt Michelinin hollantilaisen tytäryhtiön väitettä siitä, että raskaiden ajoneuvojen markkinat pitäisi jakaa vielä alamarkkinoihin. Komission mielestä markkinoita tuli tarkastella väärinkäytön kohteena olevien rengasliikkeiden kannalta. Alamarkkinat olivat relevantteja vain loppukäyttäjien kannalta.

[74] *Nederlandche Banden-Industrie Michelin v. komissio*, 322/81, Kok.1983 s. 3461.

[75] Ks. myös *Hilti*, EYVL 1988 L 65/19 sekä *Delemitis v. Henninger Bräu*, C-234/89, Kok. 1991 I s. 935.

ja muille elinkeinonharjoittajille, sekä toisaalta "kulutusjäätelöön", jota kuluttajat ostavat vähittäisportaan jakelukanavista. Kuluttajaportaan markkinat jakaantuvat edelleen "ravintolajäätelöön", jota saa ravintoloista, "pakkausjäätelöön", jota kuluttaja ostaa pakkauksittain kotiin kuljetettavaksi, sekä "impulssijäätelöön". Impulssijäätelöllä tarkoitetaan jäätelöä, jota kuluttaja ostaa hetken mielijohteesta esimerkiksi kioskeista. Teollisuusmarkkinoilla impulssijäätelöön ei lueta "käsityönä" valmistettua jäätelöä, jota erikoistuneet jäätelöbaarit valmistavat omaa tarjontaansa varten. Sen sijaan niin sanottu "kauhajäätelö" tulee lukea samoihin markkinoihin ilmeisesti siksi, että kuluttaja voinee korvata valmiin tötterön sellaisella, jossa jäätelö liitetään vohveliin vasta myyntitapahtuman yhteydessä.[76] Päätös vaikuttaa perustellulta kysynnän korvaavuuden näkökulmasta. Sen sijaan voidaan kysyä, kuinka hyvin kuluttajamarkkinoiden pilkkominen alamarkkinoihin ottaa huomioon tarjonnan korvaavuuden. Päätös selittynee jäätelömarkkinoiden erikoisella jakelurakenteella, jossa kioskeissa jäätelöä on myyty käytännössä yksinomaisuussopimuksin.

3.2.1.4 Erilliset markkinat raaka-aineille

Tapaukset, joissa vertikaalisesti integroitunutta yritystä syytetään määräävän aseman väärinkäytöstä, voivat aiheuttaa tulkintavaikeuksia. Jos esim. yrityksellä on määräävä asema tietyn raaka-aineen valmistuksessa, voi se käyttää hintaruuvia jakelutasolla toimivaa kilpailijaa kohtaan.

Commercial Solvents -tapauksessa[77] vertikaalisesti integroitunut yritys CSC valmisti ethambutol -nimistä lääkeainetta. CSC:llä oli monopoliasema erääseen sen valmistuksessa tarvittavaan raaka-aineeseen. CSC kieltäytyi toimittamasta sitä Zoja -nimiselle yritykselle, joka kilpaili sen kanssa ethambutolin valmistuksessa. Zoja valitti komissiolle väittäen, että lopettamalla raaka-aineen toimitukset CSC pyrki karkottamaan Zojan ethambutol-markkinoilta saadakseen itselleen sen asiakkaat. Komissio ja tuomioistuin molemmat määrittelivät relevanteiksi markkinoiksi ethambutolin valmistuksessa tarvittavat raaka-aineet, mutta väärinkäytöllä oli vaikutuksia ethambutolin valmistuksessa. Vastaavasti tapauksessa *AKZO Chemie* markkinat määriteltiin koskemaan välituot-

---

[76] Tapauksessa *Langnese–Iglo GmbH*, jossa kyse oli yksinomaisen jakelusopimuksen yhteensopivuudesta 81 artiklan kanssa, EY:n komissio määritteli markkinat siten, että niille kuului teollinen impulssijäätelö, jota myydään kaikkien jakelukanavien kautta, ei kuitenkaan ovelta ovelle. Määritelmän sisään näyttäisi mahtuvan yksittäisissä annospakkauksissa myytävä jäätelö. Ensimmäisen asteen tuomioistuin vahvisti komission määritelmän sen olennaisilta osilta. *Langnese–Iglo Gmbh v. komissio*, T-7/93, Kok. 1995 II s. 1533.

[77] *Instituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercical Solvents v. komissio*, 6 & 7/73, Kok. s. 223.

teen valmistusta.[78] Kyseistä raaka-ainetta käytettiin sekä jauhon lisäaineena että muovin valmistuksessa. Sen jälkeen, kun ECS-niminen pienempi kilpailija pyrki laajentamaan toimintaansa myös muovin valmistajien suuntaan, AKZO aloitti saalistushinnoittelun. Kuten Commercial Solvents- tapauksessa, markkinat määriteltiin koskemaan raaka-ainetta.

3.2.1.5 Määräävän aseman väärinkäyttö läheisillä tuotemarkkinoilla

Tuomioistuimen päätös *Commercial Solvents* -tapauksessa vahvisti periaatteen, jonka mukaan määräävä asema voi olla yksillä markkinoilla, mutta väärinkäytön vaikutukset voivat ilmetä toisilla markkinoilla. 82 artiklaa voidaan soveltaa, jos määräävä asema yksillä markkinoilla mahdollistaa väärinkäytön toisilla markkinoilla. Periaatetta sovelletaan erityisesti silloin, kun yrityksen markkinavoima yksillä markkinoilla antaa sille mahdollisuuden estää kilpailijoiden toimintaa toisilla markkinoilla.[79]

> Edellä olevaa periaatetta näytettäisiin laajennetun jonkin verran tapauksessa *Tetra Pak II*. Tapauksessa Tetra Pakilla oli lähes monopoliasema aseptisten pahvipakkausten markkinoilla. Komissio ei katsonut, että yrityksellä olisi ollut määräävä asema ei-aseptisten pakkausten markkinoilla, joskin se oli niilläkin markkinajohtaja.[80] Komissio kuitenkin katsoi, että Tetra Pak oli syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön myös ei-aseptisten pakkausten markkinoilla Ensimmäisen asteen tuomioistuin hylkäsi komission päätöstä koskevan valituksen.[81] EY:n tuomioistuin vahvisti ensimmäisen asteen tuomioistuimen kannan.[82]

Määräävän aseman väärinkäyttövalvonnan ulottaminen lähimarkkinoille edellyttää erityisiä syitä. Tetra Pak -tapauksessa ei-aseptisten ja aseptisten pakkaus-

---

[78] Ks. *AKZO Chemie v. komissio*, C-62/86, Kok. 1991 s. I-3359, tuomion kohdat 35–45. Tapauksessa erästä tiettyä orgaanista ainetta ("benzyol peroxid") käytettiin sekä muovin valmistuksessa että jauhon lisäaineena. Muovin osalta oli olemassa muitakin vaihtoehtoja, joita ei voitaisi käyttää jauhon lisäaineena. EY:n tuomioistuin katsoi, että markkinat koskivat orgaanisia peroksideja, mukaan lukien edellä mainittu, jota käytettiin myös muovinvalmistuksessa, sillä AKZO pyrki suojaamaan asemaansa muovin raaka-aineissa saalistamalla jauhon lisäaineiden markkinoilla. Saalistushinnoittelulla pyrittiin estämään pienempää kilpailijaa (ECS) laajentamasta asiakaskuntaansa jauhon valmistajista muovin tuottajiin.

[79] Tuomioistuimen myöhemmästä käytännöstä ks. *Centre Belge d'Etudes de Marche-Telemarketing SA (CBEM) v. Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion et al.*, 311/84, Kok. 1985 s. 3261; *AKZO Chemie BV v. komissio*, C-62/86, Kok. 1991 s. I-3359. Ks. myös *Tetra Pak II*, T-83/91 ja C-333/94.

[80] Nähdäkseni komissio olisi voinut perustella, että Tetra Pakilla oli määräävä asema myös ei-aseptisten pakkausten markkinoilla. Komissio jätti ilmeisesti vetoamatta tähän seikkaan saadakseen aikaiseksi väärinkäyttöä lähimarkkinoilla koskevan prejudikaatin.

[81] T-83/1991, Kok. 1994 II-755.

[82] C-333/94 P, Kok. 1996 I-5951.

ten ja pakkauskoneiden markkinat olivat siinä määrin läheisessä yhteydessä keskenään, että väärinkäyttövalvonnan ulottaminen myös ei-aseptisille markkinoille oli perusteltua.[83] RS 82 artiklan soveltaminen edellyttää läheistä yhteyttä määräävän aseman ja sen väärinkäytön välillä. Tällaista yhteyttä ei tavallisesti ole olemassa, jos kyseessä on yrityksen käyttäytyminen muilla kuin niillä markkinoilla, joilla määräävä asema on, ja myös vaikutukset ilmenevät muilla markkinoilla.

3.2.1.6 Merkkikohtainen markkinoiden määrittely

Eräänä 82 artiklan ominaispiirteistä on pidetty sitä, että yrityksellä voi olla määräävä asema myös suhteessa omiin tuotteisiinsa. Tapauksessa *Hugin Kassenregister*[84] olivat Hugin-merkkisten kassakoneiden alkuperäisvaraosat huoltoa, korjausta ja käytettyjen kassakoneiden myyntiä silmälläpitäen omat tuotemarkkinansa. Tämä johtui siitä, ettei Hugin-varaosia voitu korvata muiden valmistajien varaosilla. Tapauksessa kassakoneiden huoltoa koskevat jälkimarkkinat muodostivat päätuotteesta erilliset markkinansa.

Tapauksessa *British Leyland*[85] Metro-merkkisten henkilöautojen tyyppihyväksymistodistusten antaminen olivat omat markkinansa autoliikkeisiin ja kuluttajiin nähden eikä vain laajempien henkilöautomarkkinoiden osa-alue. Suppea markkinamäärittely oli tässä tapauksessa paikallaan sikäli, että tyyppihyväksymistodistuksen antoi nimenomaan merkkimaahantuoja. Kuluttajan toisesta jäsenvaltiosta tuoman henkilöauton rekisteröintikatsastuksessa edellytettiin todistuksen esittämistä. Kyse on oikeudellisesta monopolista, jossa merkkimaahantuojalle on uskottu viranomaistehtävään rinnastettavan toimenpiteen suorittaminen. British Leyland -tapauksen markkinamäärittely vaikuttaa ongelmattomalta. Sitä vastoin Hugin -tapaus lienee yksi voimakkaimmin arvostelluista ratkaisuista EY:n kilpailuoikeudessa. Tapausta on käsitelty edellä.

Hilti-tapauksessa yhtiö oli pyrkinyt sitomaan toisiinsa valmistamiensa naulapistoolien ja siihen sopivien naulojen myynnin. Hilti edellytti, että naulapistoolin kartussien ostajan tuli käyttää sen valmistamia nauloja muiden naulan valmistajien naulojen sijasta. Komissio määritteli tapauksessa kolmet erilliset hyödykemarkkinat: a) tiettyä teknistä toimintaperiaatetta noudattavat naulapistoolit, b) Hilti-naulapistooliin sopivat kartussit ja c) Hilti-naulapistooliin sopivat naulat. EY:n tuomioistuimissa tapaus ratkesi käytännössä markkinamäärittelyn perusteella. Ensinnäkin naulapistoolilla suoritettavan kiinnityksen katsottiin eroavan siinä määrin muista kiinnitysmetodeista, erityisesti porauksesta ja ruuvauksesta, että kyse oli erillisistä markkinoista. Toisekseen, naulapistoolien ja naulojen katsottiin muodosta-

---

[83] Ks. tapausselostusta Leivo/Leivo (1997) s. 305–307.

[84] *Hugin Kassenregister AB v. komissio*, 22/78, Kok. 1979 s. 1869.

[85] *British Leyland plc v. komissio*, 226/84, Kok. 1986 s. 3263.

van toisistaan erilliset hyödykemarkkinat, mitä sidonnan osoittaminen tapauksessa edellytti.[86] Naulojen osalta relevantit hyödykemarkkinat määriteltiin siten, että niihin kuuluivat ainoastaan Hilti-naulapistooleihin soveltuvat naulat, eivät esimerkiksi naulapistoolien naulat yleensä.[87] EY:n tuomioistuin[88] vahvisti sittemmin ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisun.

Markkinamäärittely ei ole yhtä suppea kuin Hugin-tapauksessa, sillä dominanssin pohjana oli yhtiön vahva asema naulapistoolien markkinoilla. Hilti-merkkisten vaihto-osien osalta tehdyn markkinamäärittelyn päämerkitys näyttäisi olevan etupäässä sidonnan tunnusmerkistön täyttymisessä, ei niinkään dominanssin syntymisessä. Toisin kuin Hilti, Hugin ei ollut määräävässä asemassa itse päätuotteen osalta.[89]

Vuodesta 1993 alkaen itsenäistä merkitystä ovat saaneet niin sanotun avainaseman hallintaan liittyvät markkina-määrittelyt. Avainasemalla (essential facility) tarkoitetaan infrastruktuuria, jonka luominen uudestaan samoilla markkinoilla ei ole mahdollista tai taloudellisesti järkevää mutta johon pääsy on välttämätöntä markkinoille pääsemiseksi ja asiakkaiden palvelemiseksi. EY:n kilpailuoikeudessa avainasemana on voitu pitää satamaa, johon pääsyä kilpailevien varustamojen markkinoillepääsy välttämättä edellyttää, tietokoneistettuja paikkavaraus- sekä interlining-järjestelmiä lentoliikenteessä sekä sähkön tai teleliikenteen siirtoverkkoja.

EY:n kilpailuoikeudessa voidaan erottaa seuraavat tilanteet, joissa markkinat on voitu määritellä siten, että ne rajoittuvat *yhden ainoan yrityksen* tarjoamiin hyödykkeisiin:

1) yrityskohtaisen riippuvuuden aiheuttama vaihtoehtojen puute;[90]
2) jälkimarkkinatapaukset;[91]
3) laillinen yksinoikeus tietyn tuotteen tai palvelun tarjoamiseen;[92]

---

[86] Mikäli naulapistoolien, kartussien ja naulojen olisi katsottu muodostavan yhden tuotteen, kyse ei olisi ollut sidonnasta. EY:n kilpailuoikeudessa sidonta määritellään siten, että eri hyödykemarkkinoille kuuluvia tuotteita myydään vain yhdessä ilman taloudellisesti hyväksyttävää syytä.

[87] *Hilti AG v. komissio*, T-30/89, Kok. 1991 II s. 1439.

[88] *Hilti AG v. komissio*, C-53/92P, Kok. 1994 I s. 667.

[89] Kauper on tulkinnut Hilti-tapausta siten, että siinä olisi vahvistettu, että yhtiö voi olla määräävässä asemassa valmistamiensa vaihto-osien osalta: "Hilti expands upon Hugin, where the Commission emphasized that the parties seekings spare parts were not owners of the cash registers, but third parties. The Court of Justice concluded that its judgment in Hugin did not preclude a finding that equipment and consumables might also be separate markets. A branded market has now been found in the consumables as well." (Kauper 1997 s. 263). Kuten todettu, Hilti eroaa Huginista ennen muuta siinä, että Hiltillä oli merkittävästi markkinavoimaa päätuotteen markkinoilla, jota Huginilla ei ollut. Hiltin markkinaosuus oli 40 %, kun Huginin osuus päätuotteen markkinoilla jäi 12 prosenttiin. Itse asiassa Hilti vaikuttaa varsin klassiselta sidontatapaukselta.

[90] *Hugin.*

[91] *Digital; Hilti.*

[92] *British Leyland; Ford.*

4) yksinoikeus informaatioon;[93]
5) avainaseman (essential facility) hallinta;[94]
6) immateriaalioikeudet.[95]

Edellä oleva luokittelu on siinä mielessä päällekkäinen, että varsin usein yritys- tai merkkikohtaisen markkinamäärittelyn taustalla on useampi edellä mainituista tekijöistä. Esimerkiksi *Hugin*-ratkaisussa kyse oli Liptonin erikoistumisesta aiheutuneesta yrityskohtaisesta riippuvuudesta ja toisaalta jälkimarkkinoista, jotka oikeuttivat varaosatoimitusten tarkastelemisen itse päätuotteesta erillään. Erottelu ja alaviitteissä mainitut esimerkkitapaukset kuitenkin osoittavat, missä tekijässä kunkin jutun painopiste on ollut.

Komission relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevan tiedonannon mukaan erillisten markkinoiden olemassaolo varaosille arvioidaan SSNIP-testin perusteella. Jos hypoteettinen monopolisti voisi korottaa hintoja 5–10 % ilman että asiakkaat vaihtavat toimittajaa, varaosat muodostavat omat markkinansa. SSNIP-testi ei kuitenkaan yksinään ratkaise markkina-määrittelyn mielekkyyttä, sillä kyse on myös siitä, miten korvaavuutta koskeva kysymys asetetaan. Jos kysytään, voisiko asiakas varaosahintojen noustessa 5–10 % hankkia jostain muualta *Hugin*-merkkiseen kassakoneeseen sopivia varaosia,[96] vastaus on yleensä aina kielteinen, ellei Hugin ole esim. lisensoinut varasosien valmistusta tai arbitraasi ole mahdollista.[97] Tämä ei kuitenkaan ole keskeistä, sillä korvaavuutta koskevan kysymyksen rajoittaminen Hugin-merkkisen kassakoneen varaosiin merkitsee käytännössä merkkikohtaisia markkinoita ja määräävää asemaa. Vastaavasti tapauksessa *Volvo/Veng*[98] tuomioistuin katsoi, että Volvolla oli määräävä asema Volvo-merkkisten autojen paneelien valmistuksessa. Hugin-tapauksessa merkkikohtaista markkinamäärittelyä perusteltiin yksittäi-

---

[93] *IBM-undertaking; Decca; Magill.*

[94] *Sealink/Holyhead; Rodbyn satama; London European/Sabena; Oscar Bronner.*

[95] *Volvo/Veng.*

[96] Tapauksessa *Lukiolaisten kirjakauppa/Kustannusosakeyhtiö Otava* kilpailuvirasto esitti, että hyödykemarkkinat koskisivat Otavan itsensä kustantamia lukion koulukirjoja. Virasto viittasi kantansa tueksi mm. SSNIP-testiin: 5–10 %:n hinnankorotus ei johtaisi siihen, että joku muu kuin Otava tai sen valtuuttama kirjakauppa voisi toimittaa Otavan kustantaman kirjan. Kysymys ei ole mielekkäästi asetettu, sillä hinnankorotuksen suuruudesta huolimatta immateriaalioikeudet suojaavat jokaista kustantajaa. Relevantti kysymys kuului, missä määrin hinnankorotus johtaa siihen, että Otavan kirjojen sijasta hankitaan muiden kustantajien lukion koulukirjoja. Jos kysymys rajataan pelkästään Otavan itsensä kustantamiin kirjoihin, korvaavuutta ei voi olla. Kilpailuneuvosto hylkäsi viraston esityksen katsoen, että relevantit markkinat muodostuivat lukion koulukirjoista Suomessa. Ks. d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998. Vrt. toisaalta KHO:n ratkaisua samassa asiassa, jossa 3–2 äänestyksellä päädyttiin siihen, että Otavalla on määräävä asema. KHO päätös 19.10.2001, 2221/1/99, 2270/1/99, taltio 2540. Tapausta käsitellään tarkemmin jäljempänä.

[97] Vrt. Bellamy/Child (2001) s. 696.

[98] *Volvo v. Veng*, 238/87, Kok. 1988 s. 6211.

sen kassakoneiden huoltoyrityksen oletetulla riippuvuudella kyseisestä toimittajasta. Volvo-tapauksessa määräävä asema perusteltiin immateriaalioikeudella, joka estää ulkopuolisia valmistamasta Volvo-merkkisiä paneeleja. Tuomioistuin ei kuitenkaan riittävän analyyttisesti tarkastellut sitä, mitkä ovat asiakkaiden vaihtoehdot pitkällä tähtäimellä, eikä sitä, uhkaako väärinkäytöksi väitetystä menettelystä aiheutua haittaa kilpailun toimivuudelle. Vaikka mainitut kysymykset liittyvätkin pääosin väärinkäytön eikä markkinoiden tarkasteluun, niihin olisi ollut hyvä kiinnittää huomiota jo markkinamäärittelyn yhteydessä sen selvittämiseksi, voiko kyse ylipäätään olla huomattavan markkinavoiman tilanteesta. Markkinamäärittely on oikea vain silloin, kun lopputulos mallintaa realistisesti markkinavoimaa ja sen potentiaalisia haittavaikutuksia.

Kilpailupoliittisesti relevantti kysymys olisi kuulunut, *voisiko* Hugin tai Volvo *monopolisoida kannattavalla tavalla varaosiensa markkinat.* Mikäli ylihinnan periminen heikentää Volvo-merkkisten autojen tai Hugin-merkkisten varaosien kysyntää rahassa mitattuna suhteellisesti enemmän kuin mitä varaosien hintojen korottaminen tuo valmistajalle lisätuloja, monopolisoiminen ei olisi kannattavaa ja markkinat tulisi määritellä EY:n tuomioistuimen päätöksiä laajemmin. Tämän vuoksi olisi tullut selvittää, missä määrin päätuotteen markkinoilla käytävä kilpailu rajoittaa mahdollisuuksia hinnankorotukseen liitännäisillä markkinoilla. Lukittautumisella (*lock in*) tarkoitetaan sitä, että asiakas on tekemänsä huomattavan investoinnin vuoksi sidottu tiettyyn toimittajaan, esimerkiksi taloonsa öljylämmityksen valinnut on sidottu polttoöljyyn lämmityksen energialähteenä tai uuden auton ostaja merkkikorjaamoon. Vaikka kilpailu autonvalmistajien välillä oli kiivasta ja vaikka osa autonostajista kiinnittää huomiota varaosien hintaan, mahdollisesti päätuotteessa käytävä kilpailu ei riittävästi rajoittanut markkinavoimaa jälkimarkkinoilla. Päätuotteen elinkaari voi olla pitkä, jolloin jälkimarkkinoilla tarvitaan varaosia ja palveluita vielä pitkään päätuotetta koskevan kaupan jälkeen. Asiakkaan mahdollisuuksia vaihtaa toimittajaa voivat rajoittaa informaation epätäydellisyys, suhdespesifit investoinnit, transaktiokustannukset, ajan kuluminen tai immateriaalioikeudet.

Kilpailuviranomaisen tarvetta puuttua tilanteeseen on arvioitava myös siltä kannalta, *miten tehokkaita ovat markkinoiden omat korjausmekanismit* ja *mitä muita vaihtoehtoja tilanteeseen puuttumiselle oikeusjärjestys mahdollisesti tarjoaa.* Kilpailuoikeudellisen soveltamiskäytännön johdonmukaisuuden ja ennakoitavuuden kannalta merkkikohtainen markkinamäärittely on ongelmallinen konsepti, sillä yritysten on vaikea ennakoida, milloin markkinat määritellään valmistajien välisen kilpailutilanteen ja milloin yrityksen ja asiakkaan riippuvuussuhteen perusteella. Asiaan on kiinnitettävä huomiota jo markkinoiden määrittelyvaiheessa, sillä muutoin uhkana ovat liian suppeat markkinamäärittelyt.

3.2.1.7 Tarjonnan korvaavuus

Kysynnän korvaavuudessa tarkastellaan korvaavien tuotteiden olemassaoloa tuotteen ostajan näkökulmasta. Selvitetään sitä, millä muilla markkinoilla olevilla tuotteilla kuluttajat voisivat tyydyttää saman tarpeen. Sen sijaan *tarjonnan korvaavuudessa* kiinnitetään huomiota siihen, missä määrin muut valmistajat voisivat muuttaa tuotantoaan kysynnän tyydyttämiseksi. Tarjonnan korvaavuus on erityisen käyttökelpoinen selvitettäessä sitä, onko suppea markkinoiden määrittely perusteltua.[99] Komission antamassa esimerkissä yksittäiset moottoripolttoneste- tai paperilaadut eivät ole ominaisuuksiltaan korvaavia vaihtoehtoja.[100] Jos kilpailevat öljy-yhtiöt tai paperinvalmistajat voivat riskittä ja viivytyksettä ryhtyä valmistamaan kyseisiä laatuja, tarjonnan korvaavuus rajoittaa tietyn laadun valmistajan mahdollisuuksia korottaa hintoja.

> Tapauksessa *Continental Can* komissio[101] oli rajoittanut tuotemarkkinat koskemaan pyöreiden kevytmetallisten säilykepurkkien ja korkkien, paitsi kruunukorkkien, valmistamista. Tuomioistuin[102] kumosi komission päätöksen. Komissio oli tosin jossain määrin kiinnittänyt huomiota siihen, mitä mahdollisuuksia säilykkeiden valmistajilla olisi ollut käyttää muovisia tai lasisia pakkauksia (*kysynnän korvaavuus*). Sen sijaan se ei ollut tutkinut sitä, missä määrin muut kevytmetallipakkausten valmistajat olisivat voineet ryhtyä tuottamaan eri muotoisia säilykepakkauksia (*tarjonnan korvaavuus*), jolloin Continental Canin toimintaan olisi kohdistunut merkittävä potentiaalisen kilpailun paine. Lisäksi komission olisi tullut tutkia tarkemmin sitä, että elintarviketeollisuus ryhtyisi laajemmassa määrin itse valmistamaan tarvitsemansa pakkaukset, jos Continental Can ryhtyisi perimään kohtuuttomia hintoja.

Määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa markkinamäärittelyssä näytettäisiin kiinnitettävän vain vähän huomiota tarjonnan korvaavuuteen. Useimmissa tapauksissa komissio ja tuomioistuin rajaavat markkinat tuotteiden kysynnän

---

[99] Baldwinin antaman havainnollisen esimerkin mukaan puiset hyllyt ja sängynpäädyt eivät ole kuluttajien kannalta toisiaan korvaavia hyödykkeitä. Kuitenkin kumpiakin valmistetaan samoissa tehtaissa, joissa tuotanto voidaan hintojen muuttuessa nopeasti ja vähin kustannuksin suunnata uudelleen. Kumpikin tuote voi siten kuulua samoille puisten huonekalujen markkinoille. Ks. Baldwin (1987) s. 125. Se, onko näin, riippuu tapauksen olosuhteista ja selvityksen alla olevasta epäillystä väärinkäyttötilanteesta.

[100] Esimerkiksi 98 oktaanisella bensiinillä käyvän auton omistaja ei voi siirtyä käyttämään 95 oktaanista bensiiniä tai ainakaan diesel-polttoainetta, jos oikean laadun hinta nousee. Periaatteessa dieselin voisi korvata polttoöljyllä, mutta oikeudelliset syyt estävät substituution. Sanomalehtipaperin hinnan noustessa 5–10 % sanomalehden kustantaja ei siirry kiiltävään aikakauslehtipaperiin.

[101] *Re Continental Can Company Inc. and Europemballage Inc.*, EYVL 1972 L7/25.

[102] *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. komissio*, 6/72, Kok. 1973 s. 215.

kannalta. Tämä näyttäisi perustuvan siihen, että tarjonnan korvaavuutta ei pidetä yhtä tehokkaana monopolihinnoittelun rajoitteena kuin kysynnän korvaavuutta. EY:n komission relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevan tiedonannon mukaan tarjonnan korvaavuus otetaan huomioon vain niissä tapauksissa, joissa sen vaikutukset vastaavat tehokkuudeltaan ja välittömyydeltään kysynnän korvaavuutta. Tavarantoimittajien tulee voida "lyhyellä aikavälillä ja ilman merkittäviä lisäkustannuksia tai riskiä vaihtaa tuotantonsa merkityksellisten tuotteiden tuotantoon ja saattaa uudet hyödykkeet nopeasti markkinoille". Näiden edellytysten toteutuessa tarjonnan korvaavuus hillitsee asianosaisten yritysten kilpailukäyttäytymistä.[103]

> Tarjonnan korvaavuuteen kiinnitetään enemmän huomiota yrityskauppavalvonnassa. On huomattava, että *Continental Can* -tapauksessa kyse oli nimenomaan yrityskaupasta. Asiaa käsiteltiin 82 artiklan nojalla siitä yksinkertaisesta syystä, ettei yrityskauppavalvontaa koskevaa asetusta ollut vielä voimassa. Tarjonnan korvaavuutta koskeva ero selittyy tarkastelunäkökulman erolla. RS 82 artiklan perusteella tarkastellaan jälkikäteen, onko yritys väärinkäyttänyt markkinavoimaansa tietyllä ajanjaksolla. Yrityskauppavalvonnassa tarkastellaan etukäteen sitä, johtaako yrityskauppa toteutuessaan sellaiseen markkinavoiman kumuloitumiseen, että seurauksena voidaan olettaa olevan hintojen nousua tai muita haitallisia seuraamuksia. Vaikuttaa luontevalta, että tarjonnan korvaavuudella on enemmän merkitystä markkinavoiman ex ante kuin ex post tarkastelussa. Tämän lähtökohdan hyväksyminen edellyttää sitä, että määräävän aseman todentavat kriteerit on selvitetty riittävän pitkältä ajalta taaksepäin. Määräävän aseman tulee olla vakaa, eikä analyysi saa perustua tilapäisiin vaihteluihin yritysten asemassa markkinoilla.

Mikäli toinen yritys ei jo valmista tiettyä hyödykettä, lienee vaikea todistaa, että korvaavaa tuotantoa syntyy riittävän nopeasti. Tästä syystä tarjonnan korvaavuus on otettu markkinakäyttäytymisen valvonnassa yleensä huomioon vasta yrityksen markkinavoiman arviointivaiheessa.[104] Kuluttajan etua korostavassa kilpailupolitiikassa linjausta ei voida pitää virheellisenä edellyttäen, että potentiaaliseen kilpailuun kiinnitetään analyysin myöhemmässä vaiheessa riittävästi huomiota. Mikäli kyse on markkinarakenteen pysyvästä muutoksesta, analyysi ulottuu pidemmälle, jolloin myös tarjonnan korvaavuuteen kiinnitetään enemmän huomiota.

---

[103] Ks. merkityksellisten markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto, kohta 20. Ks. myös kohdat 21–23.

[104] Sillä, missä vaiheessa tarjonnan korvaavuuteen kiinnitetään huomiota, ei välttämättä ole vaikutusta lopputulokseen, kunhan se otetaan huomioon jossain vaiheessa. Ongelmallista on kuitenkin sen arviointi, minkä vahvuisten indisioiden perusteella potentiaalinen kilpailu otetaan huomioon.

3.2.2 EY:n komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto

EY:n komissio julkaisi vuoden 1997 lopulla relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevan tiedonannon.[105] Tiedonannossa käsitellään komission noudattamia metodeja markkinoiden määrittelyssä. Tiedonanto koskee sekä 81 ja 82 artiklaa että sulautuma-asetusta (4064/89). Tiedonannon mukaan markkinamäärittelyn tarkoituksena on selvittää systemaattisella metodiikalla yritysten markkinoilla kohtaama kilpailu ja siten niiden mahdollisuudet.[106] Tiedonantoa voidaan pitää yhtenä osoituksena taloudellisen analyysin aseman korostumisessa EY:n kilpailuoikeudessa.

Kysynnän ristijoustolla tarkoitetaan tuotteen x ja y keskinäistä hintajoustoa. Kysynnän ristijousto voidaan määritellä prosentuaaliseksi muutokseksi, jonka tuotteen y hinnassa tapahtuva muutos vaikuttaa tuotteen x kysyntään. Kysynnän ristijousto ilmaisee, kuinka läheisiä substituutteja kaksi tuotetta ovat ja kuinka merkittävästi ne kilpailevat keskenään. Jos x:n pienellä hinnanmuutoksella on huomattava vaikutus y:n kysyntään, tuotteet kuuluvat samoille markkinoille. Mikäli suurellakaan x:n hinnan muutoksella ei ole havaittavaa muutosta y:n kysyntään, hyödykkeet eivät kilpaile samoista asiakkaista. Yrityksellä on markkinavoimaa vain, mikäli se voi kannattavasti korottaa hintojaan. Mikäli tuotteen x valmistaja menettää rahassa mitattuna enemmän asiakkaita kuin mitä se hyötyy suuremmasta katteesta, tuotteet x ja y kuuluvat samoille markkinoille.

Tiedonannossaan komissio omaksui nimenomaisesti käyttöön niin kutsutun *SSNIP-testin.*[107] Kyseinen aritmeettinen testi on omaksuttu USA:n kilpailuoikeudesta.[108] SSNIP-testin mukaan hyödykkeet kuuluvat samoille markkinoille, jos 5–10 %:n hinnankorotus tuotteessa x aiheuttaisi sen, että merkittävä osa tuotteen ostajista siirtyisi tuotteeseen y. Tausta-ajatuksena on, että yrityksellä on markkinavoimaa vain, mikäli se voi kannattavasti korottaa hinto-

---

[105] EYVL 1997 C 372/5, 9.12.1997.

[106] Ks. tiedonannon kohta 1.

[107] Lyhenne *SSNIP* tulee amerikkalaisesta termistä "*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*". Termi kuvaa ensinnäkin sitä, että hinnanmuutoksen tulee olla pienehkö mutta samalla merkittävä, ts. voida vaikuttaa hyödykkeiden ostajien käyttäytymiseen. Toisekseen muutos ei saa olla ainoastaan väliaikainen, jottei sitä pidetä sellaisena tilapäisluonteisena vaihteluna, joka ei vaikuta ostokäyttäytymiseen.

[108] Yhdysvalloissa testi omaksuttiin viranomaiskäyttöön vuoden 1982 horisontaalisia yrityskauppoja koskevassa tiedonannossa. Testi on nykyisin virallisesti tai epävirallisesti käytössä lukuisissa suurissa kilpailuoikeusvaltioissa, esim. Kanadassa, Australiassa ja Saksassa. Siihen on myös vedottu kotimaisessa ratkaisukäytännössä. Ks. esim. kilpailuneuvoston päätöstä asiassa *Päijät-Hämeen Puhelinyhdistys*, d:o 69/690/99, kilpailuneuvoston markkinoiden määrittelyä ja määräävää asemaa koskeva osapäätös 28.2.2000.

jaan.[109] Mikäli tuotteen x valmistaja menettää rahassa mitattuna enemmän asiakkaita kuin mitä se hyötyy suuremmasta katteesta, tuotteet x ja y kuuluvat samoille markkinoille. Markkinoiden täytyy olla *kannattava monopolisoinnin kohde* sillä muussa tapauksessa yrityksen ei kannattaisi panostaa markkinoiden valtaamiseen eikä kilpailuviranomaisilla olisi intressiä yrittää estää tätä.

SSNIP-testi ei ole perinteistä hyödykkeen ominaisuuksiin ja kuluttajan vaihtoehtoihin perustuvaa testiä "tieteellisempi" siinä mielessä, että vertailuun otettavien tuotteiden määrittäminen edellyttää valintoja. Huomiota on kiinnitettävä myös hintatason kilpailullisuuteen ennen hinnankorotusta. Mikäli hinnat ovat korkealla jo ennen 5 %:n testikorotusta, kuluttajan kipukynnys ylittyy herkemmin ja tuotetta vaihdetaan. Tällöin asiakkaiden siirtyminen ei osoitakaan tuotteiden keskinäistä korvaavuutta, vaan lähinnä sitä, että yritys on jo aikaisemmin hyödyntänyt markkinavoimaansa nostamalla hintojaan yli kilpailullisen tason. Ristijouston selvittäminen edellyttää varsin laajaa, yksityiskohtaista ja riidantonta tilastoaineistoa, jollaista useinkaan ei ole saatavilla. Ei liene myöskään ratkaistu, kuinka suuri ristijousto osoittaa, että kaksi hyödykettä kilpailee riittävästi keskenään. Elastisuus on sinänsä tarkan tuntuinen mittari mutta ei sisällä informaatiota kriittisistä vaihteluväleistä tai siitä, miten elastisuutta tulisi tulkita.[110]

Vaikeuksia testin käyttämisessä liittyy myös siihen, ettei markkinoita voi sulkea koeputkeen. Testi on hypoteettinen ja käytännön kausaalisuhteiden osoittaminen monimutkaista. SSNIP-testiä voidaan täydentää muulla ekonometrisella aineistolla, kuten esimerkiksi kysynnän hintajoustoa ja ristijoustoa koskevilla tarkemmilla tutkimuksilla, eriaikaisten hintamuutosten samanlaisuuteen perustuvalla arvioinnilla (hintojen korrelointi), hintasarjojen kausaliteettien ja/tai hintatasojen ja niiden yhteneväisyyden analysoinnilla.[111] Mikäli läheisiä tuotteita valmistavien yritysten myynnissä on havaittavissa asiakassiirtymiä yrityksiltä toisille, viittaa se siihen, että hyödykkeet kilpailevat keskenään ja kuuluvat samoille markkinoille. Hyödyllistä informaatiota voidaan saada tuotaessa uusia hyödykkeitä markkinoille.[112] Huomiota voidaan kiinnit-

---

[109] Yrityskauppavalvonnassa tarkoituksena on selvittää yrityskaupan tulevat kilpailuvaikutukset. Näin ollen markkinoita määriteltäessä voidaan lähteä liikkeelle senhetkisestä hintatasosta ja arvioida, nouseeko hintataso yrityskaupan seurauksena. Sen sijaan väärinkäyttövalvonnassa markkinamäärittelyssä liikkeelle tulisi lähteä kilpailullisesta hintatasosta. Määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii normaalisti hinnoittelemaan hyödykkeensä kysyntäkäyrän epäelastisen osan yläpäähän eli perimään hintoja, jotka asiakkaat ovat valmiit maksamaan, ennen kuin turvaudutaan epätäydellisiin substituutteihin. Ks. markkinamäärittelyä koskeva tiedonanto, kohta 19.

[110] Ks. esim. Utton (1995) s. 11: "Although the concept may help to clarify thinking about the scope of the markets, there are practical reasons why it is of limited policy use. Estimates of cross elasticities are not easily made. An antitrust case does not provide the ideal environment for making such estimates. Furthermore it is not clear where the cut-off points should be, even if estimates are available. In the context of an antitrust case, what constitutes a "relatively large"cross-elasticity, 2,5, 25 per cent or higher?"

[111] Ks. markkinamäärittelyä koskeva tiedonanto, kohta 19.

[112] Ks. markkinamäärittelyä koskeva tiedonanto, kohta 38.

tää myös ulkoisia shokkeja koskeviin tilastoihin. Poikkeusoloja koskevista muutoksista ei pidä kuitenkaan tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä.[113]

Toinen tapa tutkia kahden hyödykkeen kuulumista samoille hyödykemarkkinoille on *hintakorrelaation* selvittäminen. Jos kaksi tuotetta kuuluu samoille markkinoille, yleensä niiden hinnat liikkuvat ajallisesti yhdessä. Tuotteen hinnan noustessa myös toisen hinta nousee, kummatkin laskevat yhtä matkaa. Mikäli korrelaatio on erityisen voimakasta, tämä viittaa yhteisiin markkinoihin. Sitä vastoin alhaisemmalla korrelaatiolla johtopäätösten teko vaikeutuu. Korvaavuuden selvittämisessä voidaan edetä asteittain. Ensin määritellään kahden kiistatta samoille markkinoille kuuluvan hyödykkeen keskinäinen korrelaatio. Tämän jälkeen saavutettua tulosta verrataan kiistanalaisempiin tarkastelun alla oleviin hyödykkeisiin. Jos korrelaatio on samalla tasolla, puhuu tämä keskinäisen korvaavuuden puolesta.

Markkinamäärittelyn osalta ratkaisevaa on korvaavuus normaalitilanteessa. Kysyntäjousto lienee ristijoustoa parempi selvittämistapa, sillä se vastaa oikeaan kysymykseen eli siihen, missä määrin tietyn hyödykkeen valmistaja voi nostaa hintojaan menettämättä asiakkaitaan.[114] Kysyntäjouston ja ristijouston selvittäminen edellyttää riittävän yksityiskohtaista ja riidatonta tilastoaineistoa, jollaista useinkaan ei ole saatavilla.[115] Tämän vuoksi markkinamäärittely perustuu käytännössä usein hyödykkeiden toiminnalliseen arviointiin, asiakkailta saatuun palautteeseen, aikaisempaan samaa alaa koskevaan oikeuskäytäntöön, asiakas- ja kilpailijatiedusteluihin jne.[116] Useimmissa tapauksissa

---

[113] Jos esimerkiksi panimolakon aikana ulkomaisten oluiden ja kivennäisvesien kulutus kasvaa merkittävästi, ei tästä voi tehdä sitä johtopäätöstä, että kaljanjuojat yleisesti suostuvat korvaamaan kotimaisen oluen ulkomaisilla merkeillä tai alkoholittomilla vaihtoehdoilla. Johtopäätös on oikeutettu vasta siinä vaiheessa, jos lakon aikaansaama muutos ei jää hetkelliseksi, vaan jatkuu vielä silloinkin, kun kotimaisia oluita on normaalisti saatavilla.

[114] Petri Lehto (1999) toteaa, että ristijouston yksinomaiseen käyttöön liittyy merkittäviä tulkinnallisia ongelmia. Vielä tärkeämpänä kirjoittaja pitää sitä, ettei ristijousto ole paras markkinoiden laajuuden mittari. Tarkempi mittari on kysynnän hintajousto, joka kuvaa sitä, kuinka hyödykkeen A kysyntä muuttuu suhteessa A:n oman hinnan muutokseen. Ks. Aalto-Setälä ym. (1999) s. 96–97. Näkökohtaan voidaan pitkälti yhtyä. Ks. myös Werden (1998) joka suosittelee kysyntäjouston mittaamisen lisäystä kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa. Näin laajan johtopäätöksen osalta olisin toistaiseksi skeptinen, ainakin siihen asti, kunnes osoitetaan mittausmenetelmien luotettavuus ja ratkaistaan aineiston saatavuuteen liittyvät ongelmat. Periaatteessa relevanttien markkinoiden määrittely voitaisiin korvata suoralla markkinavoiman mittaamisella kysyntäjouston perusteella. Perusongelma on kuitenkin siinä, ettei mittaamistapa kerro sitä, mistä kysyntäjousto johtuu. Tässä mielessä rakenteellinen markkinoiden hallinta kertoo enemmän.

[115] Testiä on voitu hyödyntää esimerkiksi EY:n komission yrityskauppapäätöksessä *Nestlé/ Perrier* (M. 92/553, 1993).

[116] Tiedonannon kolmannessa pääjaksossa (kohdat 25–52) käsitellään relevanttien markkinoiden määrittelyä käytännössä. Komissio ei rajaa selvitystyötä tiedot toimittaneen yrityksen ja omien virkamiesten analyyseihin, vaan suorittaa usein markkinatestauksen, jossa tietojen luotettavuutta testataan asiakasyrityksille ja kilpailijoille lähetettyjen tiedonsaantipyyntöjen avulla. Perusase-

markkinamäärittely perustuu useiden erilaisten todisteiden huomioon ottamiseen.[117]

3.2.3 Yhteenveto

EY:n tuomioistuin ja komissio määrittelevät hyödykemarkkinat suhteellisen *suppeasti*. Omat tuotemarkkinansa ovat mm. erilaisten tuotteiden raaka-aineet, eri vitamiiniryhmät, merkittävän kassakoneiden valmistajan varaosat, uudet autonrenkaat, raskaiden ajoneuvojen vaihtorenkaat erotuksena kevyiden ajoneuvojen vaihtorenkaista ja tyyppihyväksymistodistusten antaminen maahantuoduille ajoneuvoille. Uudemmassa käytännössä on erillisinä markkinoina pidetty automaattiseen tietojenkäsittelyyn perustuvia paikanvaraussysteemejä lentoliikenteessä,[118] televisioyhtiöiden ohjelmatietojen julkaisemista,[119] kidesokeria kotitalouskäyttöön ja kidesokeria teollisuuskäyttöön,[120] kolan makuisia hiilihappojuomia erotuksena muista virvoitusjuomista[121] sekä eri kokoisia ja erilaisen kapasiteetin omaavia moottoreita[122] ja tietokoneita.[123] Toisaalta lentoliikennereittejä tulee verrata korvaaviin mahdollisuuksiin tehdä sama matka muilla kulkuvälineillä kuten junalla tai laivalla.[124] Yleensä liikemarkkinat on määritelty siten, että yksittäiset laiva- ja lentoliikenteen reitit muodostavat omat markkinansa, jolloin aikataulun mukaiset reittilennot voidaan erottaa charterlennoista ja liikematkustusmarkkinat vapaa-ajan matkustamisesta.[125] Omat tuotemarkkinansa ovat myös sterilisoidun maidon purkituskoneet ja tähän käyttöön soveltuva kartonki erotuksena muista koneista ja maitopakkauksista[126] sekä naulat ja kartussit tietylle naulapistoolille erotuksena muista kiinnitysmetodeista,[127] kipsilevy erotuksena kosteasta kipsausmenetelmästä,[128] teollisuuskaasujen toimittaminen verkossa erotuksena saman kaasun toimittamisesta

---

tuksen 17/62 11 artikla antaa komissiolle varsin laajat toimivaltuudet ja velvoittaa yritykset vastaamaan totuudenmukaisesti tiedonsaantipyyntöihin niissäkin tapauksissa, joissa yritystä itseään ei epäillä kielletystä kilpailunrajoituksesta.

[117] EY:n kilpailuoikeuden osalta ks. markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto, kohta 25.

[118] *Sabena*, komission päätös, EYVL 1988 L 317/47 ss.

[119] *Magil TV Guide et al.*, komission päätös 21.12.1988, EYVL 1988 L78/43 ss.

[120] *NB/BS*, komission päätös 18.7.1988, EYVL 1988 n:o L 284/41 ss.

[121] *Coca Cola I*, komission lehdistötiedote IP(88)615; *Coca Cola/Carlsberg*, 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1997), kohta 193.

[122] *UTC/MTU*, 22. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 415.

[123] *IBM*, 14. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 94.

[124] *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V.*, 66/86, Kok. 1989 s. 803.

[125] *Air Alliances*, 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 92; *European Night Services*, T-375, 384, 388/94, Kok. 1998 II s. 3141.

[126] *Tetra Pak Rausing v. komissio*, T-51/89, Kok. 1991 s. II–309.

[127] *Hilti AG v. komissio*, T-30/89, Kok. 1991 s. II–1439.

[128] *British Plasterboard*, EYVL 1989 L 10/50, päätöksen kohdat 51–52 ja 64–65.

pulloissa,[129] matkapuhelut erotuksena lankapuheluista,[130] navigointia varten suunniteltujen impulssien lähettäminen aavalla merellä,[131] impulssijäätelö[132] sekä tietyn merkkisen kassakoneen varaosia koskevat jälkimarkkinat erotuksena päätuotetta koskevista markkinoista.[133]

Komissio on käsitellyt hyödykkeiden vaihdettavuutta tosiasia- ja todistelukysymyksenä. Ratkaisevia tekijöitä ovat tuotteen ominaisuudet, hinta ja käyttötarkoitus. Merkittävää on myös se, käytetäänkö tuotetta itsenäisesti (esim. henkilöauto) vai osana muuta tuotetta (esim. auton renkaat). Huomiota kiinnitetään myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijoustoon ja markkinoiden erityspiirteisiin. Yksittäisten kriteerien painoarvo vaihtelee tapauskohtaisesti, sillä myös asiakkaan ostopäätökseen vaikuttavat tekijät vaihtelevat sen mukaan, minkä tyyppisestä tuotteesta on kysymys. Myös komission relevantteja markkinoita koskevassa tiedonannossa on todettu, että markkinamäärittely vaihtelee tapauskohtaisesti.

Komission suppeimpia tuotemarkkinoiden määrittelyjä on kirjallisuudessa arvosteltu epäjohdonmukaisena. Hyödykemarkkinat määriteltäisiin tarpeen vaatiessa niin suppeasti, että määräävä asema voitaisiin aina näyttää toteen.[134] Tässä tutkimuksessa ei näin pitkälle menevään johtopäätökseen voida yhtyä. Pääsääntöisesti EY:ssä tarkastelu perustuu SCP-lähestymistavan mukaiseen markkinoiden rakenteelliseen tarkasteluun. Tuomioistuin on nimenomaan edellyttänyt rakenteellista tarkastelua, ja on kumonnut komission päätöksiä, jos tarkastelua on pidetty selvästi virheellisenä. Tapausten arviointi edellyttää hienovaraisempaa tarkastelua eri väärinkäyttötilanteiden välillä. Näyttäisi nimittäin siltä, että suppeimmin markkinat määritellään silloin, kun asiakas on täysin riippuvainen väärinkäyttöön syyllistyneen yrityksen tuotteista tai palveluista. Riippuvuussuhteesta seuraa, ettei väärinkäytön kohteeksi joutunut yritys voi turvautua muiden yritysten tuotteisiin. Tällöin väärinkäyttöön syyllistyneen yrityksen kilpailijoiden tuotteet eivät *sen* kannalta olekaan korvaavia.

3.3 RELEVANTIT HYÖDYKEMARKKINAT SUOMALAISESSA RATKAISUKÄYTÄNNÖSSÄ

Kilpailunrajoituslaista ei ilmene, millä perusteella hyödykemarkkinat rajataan lain 3 §:n 2 momentissa tarkoitettua määräävää markkina-asemaa arvioitaessa. Vastaavan säännöksen sisältäneen edellisen kilpailunrajoituslain (709/1988)

---

[129] *Industrial Gases*, 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 62.
[130] *Omnitel Pronto Italia*, EYVL 1995 L 280/49, päätöksen kohta 16.
[131] *Decca*, komission päätös 21.12.1988, EYVL 1989 n:o L 43/27 ss.
[132] *Van den Bergh Foods*, EYVL 1998 L 246/1; *Langnese–Iglo v. komissio*, T-7/93, Kok. 1995 II–1553.
[133] *Hugin v. komissio*, 22/78, Kok. 1979 s. 1869.
[134] Ks. Fox Eleanor, Abuse of a Dominant Position under the Treaty of Rome – a Comparision with U.S. Law, Fordham Corporate Law Institute 1983; Kauper (1997).

esitöissä[135] todetaan, että hyödykemarkkinoiden määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, joka on selvitettävä markkinatutkimuksella. Perustelujen mukaan alueelliset ja asialliset hyödykemarkkinat eriytyvät taloudellisten kilpailuolosuhteiden perusteella. Lähtökohtana arvioinnissa on kysynnän korvaavuus. Toissijaisesti voidaan huomiota kiinnittää tarjonnan korvaavuuteen.

3.3.1 Tarkastelun lähtökohdat

Määriteltäessä relevantteja hyödykemarkkinoita tulee selvittää, mitkä tavarat tai palvelut ovat asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Määrittelyssä huomiota kiinnitetään ennen muuta kysynnän korvaavuuteen. Kilpailuneuvoston käytännön mukaan relevantit tuotemarkkinat muodostuvat sellaisista toisiaan kohtuullisesti korvaavista tuotteista, joita käytetään samaan tarkoitukseen. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, missä määrin asiakas tai kuluttaja voi korvata tietyn valmistajan hyödykkeen jonkun toisen valmistajan hyödykkeellä.[136] Ratkaisevia tekijöitä ovat tuotteen ominaisuudet, hinta ja käyttötarkoitus. Huomiota kiinnitetään myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijoustoon ja markkinoiden erityispiirteisiin. Merkittävä hinnanero kahden tuotteen välillä viittaa siihen, että hyödykkeet kuuluvat eri markkinoille. Muussa tapauksessa kuluttajat nimittäin korvaisivat kalliimman tuotteen halvemmalla. Kysynnän ja tarjonnan rakenteessa olevat erot voivat johtaa erillisten hyödykemarkkinoiden määrittelyyn. Yksittäisten kriteerien painoarvo vaihtelee tapauskohtaisesti, sillä myös asiakkaan ostopäätökseen vaikuttavat tekijät vaihtelevat sen mukaan, minkä tyyppisestä hyödykkeestä on kysymys.[137] Vaihdettavuutta voidaan tarkastella myös käyttäen hyväksi kysynnän ristijouston tarkastelua. Jos pienestä hinnankorotuksesta tai tuotteen muutoksesta aiheutuu se, että olennainen osa ostajista siirtyy toiseen tuotteeseen, kuuluvat tuotteet samoille markkinoille.

Kysynnän korvaavuuden ohella voidaan toissijaisesti kiinnittää huomiota myös tarjonnan korvaavuuteen, ts. missä määrin muut yritykset voisivat lyhyehköllä aikavälillä ryhtyä valmistamaan kyseistä hyödykettä.[138] Tarjonnan korvaavuuden huomioon ottaminen relevanttien markkinoiden määrittelyssä edellyttää, että tuotannon nopeahko uudelleen suuntaaminen on mahdollista koh-

---

[135] HE n:o 148, 1987 vp. s. 18.
[136] Ks. esim. *Valio III*, d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997; *Neste Oy*, d:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1994.
[137] Tekijän merkityksestä yleisemmin ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki (1992) s. 53 ss.
[138] Ks. esim. *Lukiolaisten Kirjakauppa*, d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998.

tuullisin kustannuksin ja riskein, jos määräävästä asemasta epäilty yritys esim. korottaa hintojaan. Ratkaisevaa ei ole uuden tarjonnan periaatteellinen mahdollisuus, vaan selkeä ja riittävän voimakas käytännön vaikutus yritysten kilpailukäyttäytymiseen. Todennäköisyyteen, että muut yritykset ryhtyisivät valmistamaan tarkastelun alaista hyödykettä, kiinnitetään huomiota myös kilpailuanalyysin myöhemmässä vaiheessa arvioitaessa potentiaalisen kilpailun voimakkuutta.

3.3.2 Puhelumarkkinoita koskeva esimerkki

Mielenkiintoisen hyödykemarkkinoita koskevan kysymyksen tarjoaa *Päijät-Hämeen puhelinyhdistystä* koskeva ratkaisu.[139] Tapauksessa jouduttiin esikysymyksenä ottamaan kantaa siihen, kuuluvatko perinteiset kiinteää liittymää pitkin kulkevat ns. lankapuhelut samoille vai eri markkinoille matkapuheluiden kanssa. Kilpailuneuvosto päätyi siihen, että markkinoiden lähentymisestä huolimatta lanka- ja matkapuhelimia oli pidettävä edelleen toisistaan erillisinä hyödykemarkkinoina. Asiakkaan tarpeista ja teknisistä eroista johtuen matkapuhelut ovat epätäydellinen substituutti lankaliittymälle.

> Tapauksessa relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittelyä koskevat kiistakysymykset kulminoituvat erityisesti *kiinteän verkon ja matkaviestinverkon kautta* tarjottavien *palvelujen eroihin*. Matkaviestinliittymien lukumäärä on 1990-luvun puolivälistä lukien lähtenyt erittäin voimakkaaseen kasvuun, kun taas kiinteiden liittymien lukumäärässä ei ole tapahtunut olennaisia muutoksia. Matkapuhelinliittymien määrä ylitti kiinteiden liittymien määrän vuonna 1998, jolloin matkapuhelinliittymien lukumäärä oli 2.946.948 kappaletta ja kiinteiden liittymien lukumäärä 2.855.000 kappaletta.
>
> *Matkaviestinliittymien lukumäärän voimakkaasta kasvusta huolimatta kiinteiden liittymien lukumäärä ei ole kuitenkaan laskenut*, vaan on pysynyt suurin piirtein vakiona. Vaikka ISDN-liittymään sisältyy kaksi puhelinliittymää, on niiden osuus kaikista kiinteistä liittymistä vielä suhteellisen pieni, joten sillä ei ole olennaista merkitystä. Matkaviestinliittymien lukumäärän ja niistä soitettujen puhelumäärien kasvusta huolimatta paikallispuhelinverkosta lähtevien puheluiden lukumäärä ei ollut kuitenkaan laskenut, vaan on päin vastoin lukumäärältään jopa hieman noussut ja on edelleen yli kaksinkertainen matkaviestinliittymistä soitettuihin puhelumääriin nähden. Vaikka osalla talouksista matkaviestin on ainoa puhelinliittymä, suurimmalla osalla

---

[139] *Kilpailuviraston esitys Päijät-Hämeen puhelinyhdistyksen käyttämän omistaja-alennuksen kieltämiseksi*, d:o 69/690/99, kilpailuneuvoston markkinamäärittelyä ja määräävää asemaa koskeva osapäätös 28.2.2000. Ks. myös määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaa ratkaisua samassa asiassa 28.12.2000. Yritys muutti käsittelyn aikana nimensä Päijät-Hämeen puhelinyhdistyksestä Päijät-Hämeen puhelinosuuskunnaksi.

talouksista on edelleen kuitenkin kiinteä puhelinliittymä.[140] Markkinatilanteen kokonaistarkastelun perusteella ei ainakaan vielä kehityksen tässä vaiheessa voida päätellä, että asiakkaat kokisivat matkapuhelinliittymän kiinteän liittymän korvaavaksi tuotteeksi. Kyseessä näytti edelleen olevan enemmänkin kiinteää liittymää täydentävä tuote, joka mahdollistaa osin samaa tarkoitusta palvelevien telepalvelujen käytön myös paikasta riippumatta.

Paikallispuheluiden ja matkapuheluiden hintataso erosi selvästi toisistaan. Liikenneministeriön teettämän "Suomen telemaksujen hintataso 1998" -tutkimuksen mukaan, keskimääräinen teleyritysten tilaajamäärällä painotettu ja erilaiset soittoajat huomioiva neljän minuutin paikallispuhelun hinta oli vain 18,22 penniä minuutissa. Kalleimmallakin teleyrityksellä paikallispuhelun hinta oli vain 30,30 penniä minuutissa. Vastaava puheluhinta matkapuhelimella oli yleisimmällä eli Sonera Business-liittymällä 174 penniä minuutissa arkisin ja muuna aikana 99 penniä minuutissa. Nämä hinnat vastaavat yleistä hintatasoa matkapuhelinmarkkinoilla.

Matkaviestinverkon liittymistä soitetut puhelut ovat siten *olennaisesti kalliimpia* kuin paikallispuhelut. Samoin on päätelaitteiden osalta. Merkittävää hinnaneroa osoittaa myös se, että vaikka kiinteän verkon liittymistä soitettujen puheluiden lukumäärä on yli kaksinkertainen verrattuna matkapuheluiden lukumäärään ja selvityksen mukaan keskimääräinen paikallispuhelu kestää 4,2 minuuttia kun taas keskimääräinen matkapuhelu kestää 2,1 minuuttia, niin matkapuheluiden liikevaihto on kuitenkin olennaisesti suurempi.

Puheluhintojen välisistä suurista eroista johtuen ei voitu olettaa, että pieni, esimerkiksi 5–10 prosentin hinnankorotus kiinteän verkon paikallispuhelumaksuihin juurikaan vaikuttaisi käyttäjien siirtymiseen matkapuhelinpalveluihin. Tämän hintatestin käyttö ei puoltanut matkaviestinverkko- ja paikallisverkkopalvelujen tai loppuasiakkaille tarjottavien matkaviestinverkon ja kiinteän verkon palveluiden kuulumista samoille tuotemarkkinoille. Käytännössä eri yhtiöiden toteuttamat paikallispuhelujen hinnankorotukset olivat saattaneet olla useita kymmeniä jopa satoja prosentteja, mutta siirtymää ei silti ollut ilmennyt, mikä osoitti, että kiinteän verkon operaattoreilla oli mahdollisuus nostaa palvelujensa hintoja merkittävästi yli hypoteettisen hintatestin määrittelemän korotustason. Matkapuhelinliittymien ja kiinteiden puhelinliittymien käytöstä perittävissä maksuissa ei ollut nähtävissä sellaista yhdensuuntaista kehitystä, joka puoltaisi kyseisten tuotteiden kuulumista samoille relevanteille markkinoille.

Kiinteä televerkko ja matkaviestinverkko eroavat merkittävästi myös *teknisiltä ominaisuuksiltaan.* Verkkojen tiedonsiirtonopeus on tällä hetkellä hyvin eritasoinen ja kiinteän verkon nopeuden kehitys on saadun selvityksen mukaan vuosia matkaviestinverkon kehitystä edellä. Täten vaikka matkaviestinverkkojen tiedonsiirtokyky kehittyykin koko ajan, sen tiedonsiirto-

---

[140] Kilpailuneuvoston päätöksen mukaan oli "ilmeistä", että kilpailuviraston arvio siitä, että useimmat asiakkaat eivät näe matkaviestinliittymän hankintapäätöksellä olevan mitään yhteyttä siihen, mitä asiakas aikoo tehdä omistamallaan kiinteällä puhelinliittymällä, pitää paikkansa. Pääkäsittelyssä saatu näyttö viittasi siihen, että liittymät ovat luonteeltaan erilaiset: kiinteän verkon liittymä on talouskohtainen kun taas matkaviestinliittymä on henkilökohtainen viestintäväline, ja samassa taloudessa saattaa olla useita matkaviestinliittymiä.

nopeus ei todennäköisesti ainakaan lähitulevaisuudessa yllä kiinteän verkon tasolle, joka myös kehittyy koko ajan. Kiinteän verkon palveluissa tarjotaan jo nyt suurempia tiedonsiirtonopeuksia kuin matkaviestinnässä tullaan näillä näkymin tarjoamaan kahden – kolmen vuoden päästä.

Tarjonnan korvattavuuden tarkastelu vahvistaa kysynnän korvattavuuden perusteella saatavia johtopäätöksiä relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittelystä. Verkkojen tarjonnan rakenteessa on olennaisia eroja ja palvelut tuotetaan erillisissä verkoissa, joiden teknisissä ominaisuuksissa ja kustannuksissa on merkittäviä eroja. Kiinteän verkon ja matkaviestinverkon operaattorit eivät voi siirtyä toistensa markkinoille nopeasti ja ilman olennaisia investointikustannuksia. Vaikka tietyn palvelun tarjonta voitaisiin aloittaa liittymällä edullisesti kilpailijan verkkoon, kiinteän verkon ja matkaviestinverkon tuotteiden ominaisuudet ja jakelutiet ovat niin erilaiset, että markkinoilta toiselle siirtyminen on vaikeaa. Kilpailuvirasto oli lausunnoissaan tuonut esiin *myös EY:n kilpailuoikeudellisia* aspekteja. Komissio on yksittäisiä tapauksia koskevissa päätöksissään säännönmukaisesti tarkastellut erillisinä markkinoina matkaviestinverkossa ja kiinteässä verkossa harjoitettavaa liiketoimintaa.[141]

Telealan relevantteja markkinoita määritettäessä kilpailuneuvosto on ottanut ratkaisukäytännössään huomioon yleisten kilpailuoikeudellisten periaatteiden lisäksi myös telealan erityispiirteet. Telealalle on ominaista nopea tekninen kehitys, joka mahdollistaa uusien tuotteiden, palvelujen ja niiden tarjoamisessa käytettävien uusien tai aiempaa selvästi parempien tekniikoiden jatkuvan markkinoille tulon. Nopeasta teknisestä kehityksestä johtuen, relevanttien markkinoiden määrittelyä saattoi siten olla tarpeen muuttaa telealalla monia muita toimialoja useammin.

Kilpailuneuvoston analyysissä kiinnitettiin huomiota kulutustottumuksiin, kysynnän ja tarjonnan rakenteeseen, matka- ja lankapuheluiden välillä vallitseviin huomattaviin hinnaneroihin, tarjonnan korvaavuuteen ja EY:n kilpailuoikeutta koskeviin ratkaisuihin, joissa matka- ja lankapuhelut oli luettu eri hyödykemarkkinoille.[142] Intuitiivisesti selkeänä lähtökohtana ovat huomattavat hinnanerot. Matkapuheluveloitukset ovat moninkertaisia lankapuhelimen minuuttihintoihin verrattuna. Kuukausimaksujen huomioon ottaminen ei muuttanut hintavertailua olennaisesti. Mikäli matka- ja lankapuhelut kuuluisivat samoille markkinoille, hintojen tulisi olla suunnilleen verrannollisella tasolla. Toisen hyödykkeen hinnan nostaminen 5–10 prosenttia toista korkeammalle tasolle johtaisi siihen, että merkittävä osa asiakkaista vaihtaisi puhelutyypistä toiseen. Huomattavat hinnanerot viittaavat siihen, etteivät hyödykkeet kuulu samoille markkinoille.

Päijät-Hämeen puhelinosuuskunta valitti päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen mm. sillä perusteella, ettei kilpailuneuvosto ottanut markkinamäärit-

---

[141] Ks. kilpailuneuvoston markkinamäärittelyä ja määräävää asemaa koskeva osapäätös, s. 19–31.
[142] Ks. esim. *Omnitel Pronto Italia*, komission päätös 5.10.1995, EYVL 1995 L 280/49, päätöksen kohta 16.

telyssä riittävällä tavalla huomioon telemarkkinoiden kehitystä ja odotettavissa olevia muutoksia.[143] KHO:n päätöksessä korostetaan[144] määräävän aseman tarkastelun ajallista horisonttia. KHO:n mukaan kilpailuneuvoston oli asiassa, jossa oli kysymys omistaja-alennuksen käyttämisen kieltämisestä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, tullut perustaa päätöksensä päätöksentekoajankohdan markkinatilanteeseen. Merkitystä ei ollut sillä, että telealalla tapahtuvan kehityksen sekä yhteisölainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön kilpailun edistämiseen tähtäävien säännösten vaikutus saattoi edellyttää markkinoiden erilaista määrittelyä tulevaisuudessa. Relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittelyssä asiakkaiden näkökulma oli olennaisin kriteeri. Tästä syystä määriteltäessä markkinoita, joilla osuuskunnan markkinakäyttäytymistä tarkasteltiin, oli perusteltua kiinnittää huomiota matkaviestinverkon ja kiinteän verkon välisiin tarkasteluajankohtana ilmenneisiin eroihin asiakkaan kannalta. Näistä kilpailuneuvoston päätöksestä ilmenevistä syistä relevanteiksi hyödykemarkkinoiksi oli määriteltävä kiinteässä verkossa harjoitettava paikallisteletoiminta. Maantieteelliset markkinat olivat kilpailuneuvoston mainitsemista syistä johtuen paikalliset.[145] Yleensä kyse on sen jälkikäteisestä tarkastelemisesta, onko yritys käyttänyt väärin määräävää asemaansa tietyllä menneisyyteen kohdistuvalla ajanjaksolla. Tällöin merkitystä ei ole sillä, että yritys mahdollisesti menettää määräävän asemansa tulevaisuudessa.[146] Väärinkäyttövalvonnassa ratkaisevaa on määräävän aseman tunnusmerkistön täyttyminen tekohetkellä. KHO totesi, että kilpailuneuvoston päätöksen lainmukaisuutta arvioitaessa ratkaisevia ovat sen antohetkellä vallinneet olosuhteet.[147] Tulevien vaikutusten arviointi painottuu yrityskauppavalvonnassa.

---

[143] Ks. KHO:n päätös, s. 22–25.

[144] *Päijät-Hämeen Puhelinosuuskunta*, Dnro 240/2/01, KHO:n päätös 15.8.2001, taltio 1851.

[145] Ks. KHO:n päätöksen sivut 29–30.

[146] Määräävän aseman säilyminen voi riippua myös siitä, kuinka hyvin väärinkäyttö "onnistuu". Määräävän aseman väärinkäytön tarkastelussa kyse on kilpailua rajoittavan menettelytavan arvioinnista, ei viime kädessä siitä, kuinka hyvin yritys onnistuu säilyttämään määräävän asemansa tulevaisuudessa. Usein väärinkäyttöön syyllistytään siinä vaiheessa, kun markkinoita hallinnut yritys saa varteenotettavan haastajan, joka voi uhata sen asemaa. Tästä syystä on tärkeätä periaatetasolla tehdä ero määräävän aseman, väärinkäytön ja tulevaisuudessa mahdollisesti syntyvien kilpailuvaikutusten välillä.

[147] KHO:n väärinkäyttövalvonnan aikahorisonttia koskeva kanta on oikea, joskin tässä nimenomaisessa tapauksessa kyse oli korostetusti tulevaisuuteen kohdistuvasta arvioinnista. Osuuskunta velvoitettiin poistamaan alennusjärjestelmä, joka lainsäädännön ja toimintaympäristön muutosten seurauksena oli muuttunut sallitusta kielletyksi. Asiallisesti omistaja-alennuksen kieltämisessä uusine laskutusjärjestelyineen ei olisi mieltä, jos määräävän aseman voitaisiin todeta poistuvan esim. vuoden sisällä päätöksestä. Pitäisin perusteltuna, että tulevaisuuteen kohdistuvia toimintavelvoitteita asetettaessa huomiota kiinnitetään myös tulevaisuutta koskevaan kehitysennusteeseen välttäen kuitenkin spekulatiivisia johtopäätöksiä. Ottaen huomioon, että mm. internet todennäköisesti ylläpitää erillistä lankaverkkoa, nähtävissä ei ollut kehitystä, joka olisi merkinnyt muutosta markkinamäärittelyyn.

3.3.3 Suppeita markkinamäärittelyjä

Kilpailuneuvoston tähänastisessa käytännössä suppeimmin markkinat on määritelty tapauksessa *Lapin Kansa Oy.*[148] Kilpailuneuvosto vahvisti kilpailuviraston markkinamäärittelyn, jonka mukaan relevantit markkinat muodostuivat lehti-ilmoittelun markkinoista Lapin Kansan ilmestymisalueella. Sanomalehden katsottiin syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön vuosina 1992–1997 soveltamalla sitovaa ja syrjivää hinnoittelukäytäntöä. Lapin Kansan asemasta johtavana paikallislehtenä seurasi, että sillä katsottiin olevan määräävä markkina-asema alueellaan. Kilpailuneuvoston päätös perustui siihen, että Rovaniemellä ja sen ympäristössä ei ollut riittävästi muita merkittäviä lehti-ilmoittelua korvaavia mediavaihtoehtoja. Mainostajan näkökulmasta suoramarkkinointi ja ilmoittelu alueen sähköisissä viestimissä olivat vain epätäydellisiä substituutteja lehti-ilmoittelulle alueen johtavassa lehdessä.

Kyse on rajatapauksesta. Suurten mainostajien ostovoima olisi voinut johtaa tapauksen käsittelemiseen 7 §:n sijasta myös lain 9 §:n perusteella. Kilpailuviraston käytännössä mm. Kameralehden on katsottu syyllistyneen 7 §:ssä kiellettyyn määräävän aseman väärinkäyttöön tai ainakin lain 9 §:ssä tarkoitettuun vahingolliseen kilpailunrajoitukseen kieltäytyessään ilman asiallista syytä julkaisemasta erään kamera-alan postimyyntiyrityksen ilmoitusta.[149] Määräävän aseman konstruoiminen tällaisessa tapauksessa johtaa melko helposti siihen, että johtavien paikallislehtien katsotaan olevan määräävässä asemassa omilla ilmoitusmarkkinoillaan. Lehdellä ei voine olla määräävää asemaa esim. suhteessa valtakunnallisiin ilmoittajiin. Riippuvaisia ovat lähinnä pienet kuluttaja- ja yritysasiakkaat, joille on toiminnan paikallisuudesta johtuen tärkeätä saada ilmoitus juuri tiettyyn lehteen. Lehtien talous lepää pitkälti ilmoitustuottojen varassa. Suurten ilmoittajien osalta käytettävissä on muitakin ilmoituskanavia. Toisaalla lehdellä on mahdollisuus eriyttää hinnat suurten ja pienten ilmoittajien välillä, joten suurten ilmoittajien ostovoima ei suojaa pieniä ilmoittajia väärinkäytöltä.[150]

Kilpailuvirasto on tuonut kilpailuneuvostoon joitakin yhden yrityksen markkinoita koskevia esityksiä. *Digital*-tapauksessa kilpailuvirasto esitti, että relevantit hyödykemarkkinat koskisivat Digitalin omien ohjelmien huolto- ja päivityspalveluita. Kyse oli jälkimarkkinoista. Merkkikohtaista markkinamääritte-

---

[148] *Lapin Kansa Oy*, d:o 2/359/98,välipäätös 26.3.1999, päätös 20.1.2000.

[149] Ks. kilpailuviraston vuosikirja 2001, s. 21–22. Tapauksella on yhtymäkohtia tunnettuun amerikkalaiseen ratkaisuun *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, L.Ed. 162 (1951).

[150] Tässä mielessä tapaus on erilainen kuin edellä käsitelty EY:n *United Brands* -tuomio, jossa asiakkaiden pääjoukko suojaa sidottuja käyttäjiä ilman, että banaanien myyjällä olisi todellisia mahdollisuuksia hintojen eriyttämiseen.

lyä perusteltiin sillä, että ostettuaan Digitan ohjelmiston asiakas tuli sidotuksi saman toimittajan huolto- ja ylläpitopalveluihin. Markkinamäärittely jäi tapauksessa viime kädessä auki asian käsittelyn rauettua kilpailuneuvostossa.

Otava-tapauksessa kilpailuvirasto esitti, että relevantit hyödykemarkkinat koskevat Otavan itsensä kustantamia lukion koulukirjoja. EY:n *Hugin*-päätöksestä poiketen kilpailuneuvosto ei kuitenkaan hyväksynyt näin suppeaa markkinamäärittelyä. Kilpailuneuvosto rajasi markkinat lukion koulukirjoihin, jolloin Otavan kanssa samoille markkinoille kuuluivat myös kilpailevien kustantajien koulukirjat. Kilpailuneuvoston perustelujen mukaan markkinoiden rajaaminen yrityksen omiin kustanteisiin merkitsisi käytännössä sitä, että jokaisen yrityksen olisi katsottava olevan määräävässä asemassa omien kustanteidensa markkinoilla. Ottaen huomioon, että relevanttien markkinoiden määrittelyn tarkoituksena on selvittää yrityksen kilpailuasema suhteessa lähimpiin kilpailijoihin ja asiakkaisiin, lopputulos ei olisi lain yleisen systematiikan mukainen. KHO päätyi kuitenkin siihen, että relevantit markkinat muodostuvat Otavan itse kustantamien lukion oppikirjojen markkinoista. Otavalla oli määräävä asema omien kustanteidensa markkinoilla. Perustana tälle oli se, että oppikirjojen välitykseen erikoistunut yritys pystyi hankkimaan juuri Otavan kirjoja kilpailukykyiseen hintaan vain Otavalta. Vaikka Otavan markkinaosuus koulukirjamarkkinoista oli noin 35 %, muiden kustantajien kilpailevia lukion koulukirjoja ei tullut lukea samoille markkinoille.

Kyse lienee ensimmäisestä kotimaisesta tuomioistuinratkaisusta, jossa määräävä markkina-asema on todennettu rajaamalla markkinat koskemaan vain yhden valmistajan hyödykkeitä. Kuten yleensäkin, relevanttien hyödykemarkkinoiden rajaaminen yrityksen omiin tuotteisiin merkitsee lähes automaattisesti sitä, että yrityksellä todetaan olevan määräävä asema. Kuitenkin markkinamäärittelyn tulisi olla vasta kilpailuanalyysin ensimmäinen vaihe. Ratkaisu herättää samoja kilpailupoliittisia kysymyksiä kuin edellä käsitellyt EY:n tuomioistuimen ratkaisut *Hugin* ja *Volvo/Veng*. Merkkikohtaista markkinavoimaa käsitellään jäljempänä yksityiskohtaisemmin määräävän markkina-aseman yhteydessä.

3.4 MAANTIETEELLISET MARKKINAT

Relevanttien maantieteellisten markkinoiden selvittäminen on *taloudellinen tosiasiakysymys*. Tiettyjä hyödykkeitä voidaan ilman sen suurempia vaikeuksia myydä hyvinkin laajalla alueella, jopa maailmanlaajuisesti. Toisten tuotteiden myyntialue rajoittuu kustannuksellisista, teknisistä tai oikeudellisista syistä suppeammalle alueelle. Esimerkiksi kuljetuskustannukset voivat rajata sitä aluetta, jolle tiettyä hyödykettä kannattaa markkinoida. Myös erilaiset kulutustottumukset samoin kuin kuluttajien mahdollisuudet hankkia tuotetta pitkien

etäisyyksien päästä, voivat olla merkityksellisiä tekijöitä. Talouden integroituminen ja globalisoituminen laajentavat monia markkinoita. Toisaalta markkinoiden omasta logiikasta seuraa, että markkinat ovat ja säilyvät alueellisesti rajallisina. Esimerkiksi hyödykkeen arvoon nähden korkeiden kuljetuskustannusten vuoksi tiettyä hyödykettä ei yksinkertaisesti kannata ostaa tai myydä kovin laajalla säteellä, vaikkei tälle oikeudellisesti olisikaan estettä.

Huomiota on kiinnitettävä sekä ostajien että myyjien mahdollisuuksiin. Relevantti kysymys ei kuulu, kuinka laajalla alueella kyseisen hyödykkeen markkinointi on periaatteessa mahdollista, vaan mikä on käytännössä ja keskimäärin se yhtenäinen alue, jolla kilpailu toimii samalla logiikalla, ts. kilpailijoiden samoilla markkinoilla toimivien yritysten toimenpiteet ovat suoraan sidoksissa ja vaikuttavat täysimääräisesti toisiinsa. Huomiota kiinnitetään tosiasiallisen vaihdannan laajuuteen ja kauppavirtoihin. Maantieteelliset markkinat voivat koskea koko valtakuntaa, tätä pienempää tai suurempaa aluetta. Esimerkiksi tietyn kunnan vesihuollon markkinat rajautuvat sekä myyjänä toimivan vesilaitoksen että asiakkaiden kannalta kunnan alueelle. Tiettyjä tuotteita markkinoidaan ilman sen suurempia esteitä kansainvälisesti, jopa maailmanlaajuisesti. Esimerkiksi suurten matkustajalentokoneiden markkinat lienevät sekä markkinoilla toimivan muutaman lentokonevalmistajan että niitä ostavien kansallisten lentoyhtiöiden näkökulmasta lähes maailmanlaajuiset.

Maantieteellisten markkinoiden ulottuvuutta voidaan tutkia empiirisesti vaihdannan laajuudella. Jos tietyn tuotteen tuonti on huomattavaa, voidaan yleensä lähteä siitä, että kyseisen maan markkinat ovat osa suurempaa kokonaisuutta. Tämä pätee erityisesti silloin, kun tuonti- ja vientituotteiden hinnat ovat samalla tasolla tai samanlaisilla tuotteilla käydään sekä tuonti- että vientikauppaa.

3.4.1 Ratkaisukäytäntöä

EY:n kilpailuoikeudessa *maantieteelliset markkinat* on määritelty *alueeksi*, jolla *yritykset kilpailevat keskenään ja jolla kilpailuolosuhteet kyseessä olevan tuotteen osalta ovat objektiivisesti samanlaiset kaikille myyjille.*[151]

Tuomioistuimen käytännössä relevantteja hyödykemarkkinoita koskevat tapaukset ovat viime vuosina korostuneet. Viime vuosina yritykset ovat ryhtyneet

[151] Määritelmän osalta ks. *United Brands v. komissio*, 26/76, Kok. 1978 s. 425, tuomion kohta 44. Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklojen soveltamista koskevassa ilmoituskaavakkeessa (A/B-lomakkeen 6. jakso) relevantit maantieteelliset markkinat määritellään seuraavasti: "Kyseiset maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluita, jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhteneväiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisestä maantieteellisistä markkinoista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella."

riitauttamaan myös maantieteellisiä markkinoita koskevia ratkaisuja. Jos yrityksellä on monopoliasema, maantieteellisten markkinoiden määrittely on yksinkertaista. Tapauksessa *British Telecommunications*[152] yritystä syytettiin määräävän aseman väärinkäytöstä suhteessa eräisiin viestintäpalveluyrityksiin. Yrityksellä oli määräävä asema Ison-Britannian alueella ja Pohjois-Irlannissa, jossa sillä oli lakiin perustuva monopoliasema telekommunikaatiopalveluissa.

United Brands -tapauksessa komissio määritteli markkinat käsittäväksi EY:n alueen, kuitenkin pois lukien Ranska, Italia ja Englanti. Ranskassa oli tuonti- ja hintarajoituksia, jotka rajoittivat UBC:n markkinoillepääsyä ja tekivät siitä vähemmän attraktiivisen alueen UBC:lle. Englannissa kilpailua vääristi Commonwealth-maiden tuotannon suosiminen. Italiassa tuontikiintiöt rajoittivat hedelmien tuontia EY-maiden ulkopuolelta. Muissa EY-maissa tuonnille ei asetettu rajoituksia, joten niitä voitiin pitää yhtenä markkinana EY:n ulkopuolisen tuottajan kannalta. UBC:n mielestä komissio oli määritellyt markkinat epätarkasti, kun se ei ollut ottanut huomioon erilaisia tullitariffeja eikä huomattavia eroja markkinoiden koossa ja kulutustottumuksissa. Tuomioistuin kuitenkin vahvisti komission määrittelyn.

Tapauksessa *Napier Brown v. British Sugar*[153] kuljetuskustannukset olivat merkittävä tekijä. Komission päätöksen mukaan Englannin kanaali muodosti luonnollisen rajan, joka mahdollisti englantilaisille sokerintuottajille Manner-Euroopan tuottajia korkeamman hinnan. Vähittäiskaupan pienemmät pakkaukset lisäsivät kustannustekijän vaikutusta. Tekniset kaupan esteet, kuten englanninkieliset pakkaukset, vaikuttivat samaan suuntaan. Valuuttakurssien muutokset ja asiakkaiden tarpeet edellyttivät nopeita toimituksia. Näiden tekijöiden yhteisvaikutus riitti erottamaan Englannin markkinat Irlannin ja Manner-Euroopan markkinoista.

Kuljetuskustannukset olivat merkittävä tekijä myös *Italian Flatt Glass* -tapauksessa.[154] Litteän lasin hinnat menettivät kilpailukykyään sitä mukaa kuin etäisyys toimitusosoitteen ja lasitehtaan välillä kasvoi. Vaikka Italian ja muiden jäsenvaltioiden välillä oli vientiä ja tuontia, vastasivat näistä toimituksista suurimmalta osin yritykset, jotka kuuluivat samaan yritysryhmään italialaisten lasinvalmistajien kanssa. Komissio piti Italiaa relevantteina markkinoina, kun italialainen tuotanto vastasi vähintään 80 % italialaisesta kulutuksesta. *Michelin I* -tapauksessa[155] alueelliset markkinat rajattiin Hollannin alueelle seuraavista syistä. Komission päätös oli kohdistettu Michelinin hollantilaiselle tytäryhtiölle, ei emoyhtiölle. Väärinkäyttö myös kohdistui juuri Hollannin markkinoille: se liittyi Hollannissa toimiville ja sieltä kaikki hankintansa tekeville jälleenmyyjille annettuihin uskollisuusalennuk-

[152] EYVL 1982 L 360/36.
[153] EYVL 1988 L 284/41.
[154] EYVL 1988 L 33/44.
[155] *Michelin NV v. komissio*, 322/81, Kok. 1983 s. 3461.

siin. Myös Michelinin pääkilpailijat toimivat Hollannissa olevan tytäryhtiön kautta. Näistä syistä Michelinin hollantilaisen tytäryhtiön kanssa kilpailivat vain Hollannissa toimivat yritykset.

Komissio ja tuomioistuin ovat usein rajanneet alueelliset markkinat yhden jäsenvaltion alueelle, vaikka tapauksessa olisi ollut näyttöä viennistä ja tuonnista tai potentiaalisesta kilpailusta. Toisaalta eräissä uudemmissa tapauksissa komissio on määritellyt alueelliset markkinat aikaisempaa laajemmin. Tapauksessa *Hilti*[156] piti komissio EY:n aluetta relevantteina markkinoina, kun naulapistooleja ja nauloja voitiin myydä pienillä kuljetuskustannuksilla koko EY:n alueella. Tapauksissa *Tetra Pak I ja II*[157] markkinat määriteltiin yhtä laajasti, vaikka komissio oli havainnut tiettyjä eroja kysynnän rakenteessa eri jäsenmaiden välillä. Jälkimmäisessä tapauksessa kyse oli nestepakkausten ja koneiden myymisestä teollisuusasiakkaille. Markkinamäärittelyn kannalta ratkaisevaa merkitystä ei ollut sillä, että Luoteis-Euroopassa suosittiin lasipulloja pahvipakkausten sijasta. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen mukaan erot kulutustottumuksissa liittyivät pahvipakkausmarkkinoiden kokoon, eivät sen sijaan kauppavirtoihin ja kilpailuedellytyksiin pahvipakkausten valmistajien välillä.[158] Yleensä kulutushyödykkeiden markkinat ovat teollisuushyödykkeitä suppeammat, sillä kuluttajien makutottumukset vaihtelevat eri kulttuureissa.[159] Teollisuusasiakkailla on kuluttajia paremmat mahdollisuudet kilpailuttaa eri maista olevia toimittajia keskenään, mikä voi laajentaa markkinat yli kansallisten rajojen.

Huomattavat hinnanerot eri alueiden välillä viittaavat siihen, etteivät markkinat ole yhtenäiset; muussa tapauksessa rajat ylittävä vaihdanta tasaisi hinnaneroja.[160] Toisaalta *Hilti*-tapauksessa hinnaneroja käytettiin perusteena laajemmille markkinoille, sillä hinnaneron katsottiin lisäävän arbitraasin kannattavuutta. Kunkin yrityksen erityisen korkea markkinaosuus perinteisellä toimi-

---

[156] Komission päätös 22.12.1987, L 1988 65/19.

[157] EYVL 1988 L 272/27 ja EYVL 1992 L 72/1.

[158] *Tetra Pak v. komissio*, T-83/91, Kok. 1994 II–755. Tosin Tetra Pakilla oli koko EY:n alueella niin vahva asema, ettei laajemmalla alueellisten markkinoiden määrittelyllä ollut asiallista vaikutusta yrityksen määräävään asemaan.

[159] Ks. esim. *AAMS*, EYVL 1998 L252/47. Vrt. Lehto, jonka mukaan tarkastelussa tulisi ennemminkin kiinnittää huomiota hintojen kehitykseen eri alueilla kuin absoluuttisiin hintaeroihin; Aalto-Setälä ym. (1999) s. 110. Lehto viitannee hintojen keskinäistä korrelaatiota koskeviin tutkimusmenetelmiin. Lainkäytön näkökulmasta kovin tarkkoja sääntöjä tai preferenssijärjestyksiä ei voida antaa. Metodit on valittava tapauskohtaisesti ja saatavissa olevan informaation ja sen luotettavuuden perusteella.

[160] Kuvaavana esimerkkinä mainittakoon tapaus *AAMS*, EYVL 1998 L252/47. Komissio piti myyntiä ja siihen liittyviä palveluja Italiassa kansallisina markkinoina. Komissio perusteli maantieteellisten markkinoiden määrittelyä italialaisten erilaisilla kulutustottumuksilla, havaituilla eroilla tupakan vähittäishinnoissa Italiassa ja muissa jäsenmaissa, tuotteiden merkitsemistä koskevilla seikoilla sekä sillä, ettei merkittävää rinnakkaistuontia ollut havaittavissa. Komission päätöstä koskeva valitus oli tätä kirjoitettaessa vireillä tuomioistuimessa (T-139/98).

alueellaan, puhuu suppeampien markkinoiden puolesta.[161] Samaan suuntaan vaikuttaa kauppavirtojen epäsymmetrisyys.[162]

Tuotemarkkinoita koskevan käytännön tavoin 82 artiklaa voidaan soveltaa myös tapauksissa, joissa yrityksellä on määräävä asema yhdellä alueella mutta sitä käytetään väärin toisella alueella. *Continental Can* -tapauksessa yrityksellä oli määräävä asema Saksan liittotasavallassa. Väärinkäyttönä pidettiin sitä, että määräävä asema laajennettiin yrityskaupan turvin Benelux-maihin. Tapauksessa *Tetra Pak II* väärinkäyttö ulottui lukuisiin yhteisön jäsenmaihin. Määräävän aseman väärinkäyttö voi itsessään vaikuttaa markkinamäärittelyyn. Jos väärinkäytön tarkoituksena on kilpailijan markkinoille tulon estäminen, väärinkäyttö vaikuttaa onnistuessaan siihen, että markkinat säilyvät kansallisina.[163]

Komission relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevassa tiedonannossa täsmennetään komission ratkaisuperusteita. Ensimmäisessä vaiheessa komissio muodostaa oman alustavan käsityksensä maantieteellisten markkinoiden ulottuvuudesta hinnanerojen ja kilpailijoiden markkinaosuuksien jakautumisen perusteella. Toisessa vaiheessa tarkastellaan sitä, johtaisiko pienehkö, pysyvähkö hinnankorotus alueellisten markkinoiden laajentumiseen. Tämä on todennäköistä vain, mikäli asiakkaat voivat nopeasti ja vähäisin kustannuksin siirtää tilauksensa muilla alueilla toimiville yrityksille. Kolmanneksi kiinnitetään huomiota alalletulon esteisiin, jotka voivat eristää eri alueet toisistaan.[164]

Avainasemaa koskevat tapaukset on mahdollista luokitella alaryhmäksi, jossa poikkeuksellisen suppeakin alue voi täyttää oleellisuuden tunnusmerkistön. Yleisempi selitysmalli lähtee siitä, että markkinoiden oleellisen osan funktio on periaatteessa sama kuin kauppavaikutuskriteerillä: suodattaa tarkastelun ulkopuolelle sellaiset tapaukset, joilla ei voi olla merkitystä yhteismarkkinoiden

---

[161] Vrt. Lehto, jonka mukaan markkinaosuudet eivät kerro mitään siitä kuuluvatko tietyt alueet eri maantieteellisiin markkinoihin. Lehdon mukaan tärkeintä olisi selvittää, ovatko erot eri alueilla seurausta eroista asiakkaiden käyttäytymisessä, jolloin kyseessä on luonnollinen eroavuus alueiden välillä, tai julkisen vallan aiheuttama eroavuus, joka viittaa keinotekoiseen eroavuuteen; Aalto-Setälä ym. (1999) s. 110. Sitaatin toinen virke osoittaa, että Lehdon ensimmäinen virke on liian jyrkkä. Epäsymmetriset markkinaosuudet muodostavat indision suppeammista markkinoista. Luonnollisesti ratkaisevia ovat aina numerotietojen taustalla olevat syyt. Erot markkinaosuuksissa voivat selittyä luontevasti esim. aluekohtaisilla kapasiteettieroilla. Jos hinnat ovat samalla tasolla ja muuttuvat samalla tavoin, markkinat voivat hyvinkin olla laajemmat. Toisaalta jos korkeampi markkinaosuus johtuu esim. siitä, että kuluttajat systemaattisesti suosivat kotimaisia tuotemerkkejä (esim. olutta) ulkomaisten merkkien sijaan, erilaiset kulutustottumukset johtavat kansallisten markkinoiden määrittelyyn.

[162] Ks. komission relevanttien markkinoiden määrittämistä koskeva tiedonanto, kohdat 29 ja 31.

[163] Ks. esim. *Irish Sugar*, EYVL 1997 L 258/1. Tapauksessa Irish Sugar vaikeutti yhdessä toisen yrityksen kilpailijoiden markkinoillepääsyä myöntämällä mm. sitovia alennuksia. Tuomioistuimet vahvistivat komission päätöksen; ks. *Irish Sugar v. komissio*, T-228/97, Kok. 1999 II–2969; C-479/99P, ei vielä raportoitu. Tapausta käsitellään lähemmin jaetun määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä.

[164] Ks. komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohdat 28–31.

toimivuuden kannalta ja ulottaa toimivalta niihin tapauksiin, joita pidetään relevantteina. Satamien ja lentokenttien hallinta vaikuttaa elimellisesti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja niihin pääsy on elinehto muista jäsenmaista olevien varustamojen ja lentoyhtiöiden markkinoillepääsylle. Integraatiotavoitteen täyttyminen edellyttää tämän vuoksi sitä, että satamia ja lentokenttiä voidaan niiden alueellisesta suppeudesta huolimatta pitää yhteismarkkinoiden oleellisena osana.[165] EY:n kilpailuoikeudessa essential facilities -doktriini onkin palvellut nimenomaan integraatiotavoitteen toteutumista.

3.4.2 Yhteismarkkinoiden oleellinen osa

Artiklan 82 soveltaminen edellyttää, että väärinkäyttö on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Jos kilpailunrajoituksilla on vain kansallista merkitystä, kuuluu niihin puuttuminen kansallisten viranomaisten toimivaltaan. Tämän vuoksi 82 artiklassa säädetään, että väärinkäytön tulee tapahtua yhteismarkkinoilla tai niiden *oleellisella* osalla. Tuomioistuimen mukaan se, onko tietty alue tarpeeksi suuri ollakseen yhteismarkkinoiden "oleellinen osa", riippuu kyseisen tuotteen tuotannon ja kulutuksen rakenteesta ja yhteismäärästä sekä tuotteen ostajien ja myyjien tottumuksista ja taloudellisista mahdollisuuksista. Oleellisuuden määrittäminen on tapauskohtaisesti ratkaistava tosiasiakysymys.[166]

> Tapauksessa *Suiker Unie*[167] Belgian ja Luxemburgin markkinoita pidettiin oleellisena osana yhteisön sokerimarkkinoista. Belgian sokerintuotanto kasvoi 530.000 tonnista 770.000 tonniin vuodesta 1969 vuoteen 1972. Maan sokerinkulutus oli 350.000 tonnia vuodessa sanotulla aikavälillä. Belgian tuotanto oli 8–9,5 % yhteisön kokonaistuotannosta ja kulutus noin 5 % kokonaiskulutuksesta.

Hugin-tapauksessa toimituskiellolla oli merkitystä Suur-Lontoon alueella. Tuomioistuin katsoi, ettei po. aluetta voitu pitää yhteismarkkinoiden oleellisena osana. Menettelyllä ei myöskään ollut vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tästä syystä komission ratkaisu kumottiin. Kuitenkin Suur-Lontoon alue on niin pinta-alaltaan kuin taloudelliselta merkitykseltään yksittäistä satamaa erinomaisesti merkittävämpi. Hugin tapauksessa taloudellisen toiminnan

---

[165] P. Virtanen (s. 201) kritisoi 82 artiklan soveltamista satamiin sillä perusteella, että EY:n kilpailuoikeuden soveltamisalan vieminen näin alas kaventaa kansallisen lainsäädännön soveltamisalaa. Näkökohta on kansallisen lainsäädännön näkökulmasta perusteltu. Toisaalta on muistettava, että olennaisuutta arvioidaan nykyään kvalitatiivisesti, ei niinkään kvantitatiivisesti.

[166] Bellamy/Child (2001) s. 702.

[167] *Suiker Unie v. komissio*, 40 /73 ym., Kok. 1975 s. 1663.

alueellisesta rajoittuneisuudesta seurasi, ettei kyseessä ollut yhteisötason kilpailuongelma.

Sitä vastoin pääsy ulkomaankaupan ja markkinoille etabloitumisen kannalta keskeiseen satamaan on perusluonteeltaan sellainen kysymys, ettei *avainaseman* alueellinen rajoittuneisuus estä 82 artiklan soveltamista. *Satamat ja lentokentät* muodostavat strategisen kiintopisteen, joihin pääsystä käytävä kilpailu säteilee laajalti yhteismarkkinoille.[168] Esimerkiksi Genovan satamaa pidettiin markkinoiden oleellisena osana, kun otettiin huomioon laivaliikenteen määrä ja sen merkitys kansainvälisen kaupan solmukohtana.[169] Vastaavasti yksittäisen lentokentän on katsottu voivan muodostaa tapauksen relevantit maantieteelliset markkinat ja yhteismarkkinoiden olennaisen osan.[170] Yhteismarkkinoiden oleellisena osana on pidetty mm. Helsinki-Vantaan lentokenttää.[171] Uudemman oikeuskäytännön valossa vaikuttaa siltä, että *kvantitatiivisia rajoja tärkeämpi on kvalitatiivinen aspekti.* Väärinkäyttö pienessä solmukohdassa riittää.

3.4.3 Kauppavaikutuskriteeri

Jotta menettely kuuluu 82 artiklan soveltamisalaan, väärinkäytön täytyy voida vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kauppavaikutuskriteerin soveltamisedellytykset vastaavat 81 artiklaa. Kauppavaikutuskriteeri toimii eräänlaisena vedenjakajana EY:n ja kansallisen kilpailulainsäädännön välillä. *Hugin*-tapauksessa EY:n tuomioistuin totesi, että 81 ja 82 artiklan soveltamisalaan kuuluvat ne menettelytavat, jotka voivat uhata vapaan vaihdannan periaatetta yhteismarkkinoilla ja haitata yhteismarkkinoiden luomista koskevan tavoitteen saavuttamista. Haitta voi ilmetä erityisesti toisistaan eristettyjen saarekkeiden syntymisenä yhteismarkkinoilla tai markkinarakenteen heikentymisenä. Menettelytavat, joiden vaikutukset rajoittuvat vain yhden jäsenvaltion alueelle, ratkaistaan yksinomaan kansallisen oikeusjärjestelmän sisällä.[172]

---

[168] EY:n komissio totesi tapauksessa *B & I/Sealink (Holyhead I)* ettei Holyheadin satamaa sinänsä voida pitää yhteismarkkinoiden oleellisena osana. Asiassa tuli kuitenkin ottaa huomioon satamaan pääsyn laajempi strateginen merkitys: "It is important to stress, that a port, an airport or any other facility, even if it is not itself a substantial part of the common market, may be considered as such in so far as reasonable access to the facility is indespensible for the exploitation of a transport route which is substantial". Komissio toteaa, että sama periaate saattaa koskea muitakin avainasemia eikä ainoastaan liikennereittejä. Laajentavaa tulkintaa perustellaan tarpeella liberalisoida markkinoita: "This consequence of Article (82) is of essential importance in the context of deregulation".

[169] *Porto di Genova*, C-179/90, Kok. 1991 I–5889. Ks. myös *Corsica Ferries*, C-18/93, Kok. 1994 I–1783; *Port of Roedby*, EYVL 1994 L 55/52; *B&I Lines/Sealink.*

[170] Ks. esim. *Brussels Airport*, EYVL 1995 L 216/8; *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, EYVL 1998 L 230/10; *Flughafen Franfurt am Main*, EYVL 1998 L 72/30.

[171] *Ilmailulaitos*, EYVL 1999 L 69/24. Ilmailulaitoksen katsottiin syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön vahvistaessaan lentokenttämaksuja Finnairia suosivalla ja muita lentoyhtiöitä syrjivällä tavalla.

[172] Ks. *Hugin v. komissio*, 12/78, tuomion kohta 17.

Kauppavaikutuskriteerin täyttyminen ei edellytä näyttöä siitä, että menettely on konkreettisesti vaikuttanut jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Riittävänä pidetään *potentiaalista* vaikutusta eli sitä, että menettelytapa *voi* vaikuttaa kauppaan.[173] RS 81 artiklaa koskeva de minimis -raja ei koske 82 artiklaa.[174] Tyypillisimmillään kauppavaikutuskriteeri täyttyy sitovien ja syrjivien alennusten yhteydessä, joita myönnetään vain niille asiakkaille, joilla on mahdollisuus siirtää ostonsa uudelle tulokkaalle.[175] Toimenpide hankaloittaa toisesta jäsenvaltioista olevan yrityksen etabloitumista markkinoille. Kauppavaikutuksen näyttäminen on helppoa myös niissä tapauksissa, joissa menettelytapoja sovelletaan laajalti tai niiden vaikutuspiirissä on useammasta jäsenvaltiosta olevia yrityksiä.[176] Toisaalta kilpailunrajoituksen rajoittuminen yhden jäsenvaltion alueelle ei suinkaan merkitse sitä, etteikö kauppavaikutus voisi täyttyä.[177] Kauppavaikutus voi syntyä myös markkinarakenteen heikentymisen kautta. Toimituskiellon kohteeksi joutuneen yrityksen joutuessa lopettamaan toimintansa markkinarakenne keskittyy.[178] Suuren yrityksen pyrkimys eliminoida pienempi kilpailija lähes varmasti voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[179] Samalla menettelytapa vaikuttaa haitallisesti kilpailuun 82 artiklan edellyttämällä tavalla. Kokonaisuutena tarkastellen kauppavaikutuskriteeri on täyttynyt EY:n oikeuskäytännössä varsin helposti. Kriteeri on joustavasti ulotettu koskemaan kaikkia niitä tilanteita, joihin puuttumista pidetään yhteismarkkinoiden toimivuuden näkökulmasta perusteltuna. On kuitenkin muistettava, ettei komissio tee virallista päätöstä kuin murto-osassa sille tehdyistä toimenpidepyynnöistä. Joustavuuden hintana on se, ettei kriteeri ole erityisen selkeä. EY:n komission päätöskäytännön läpinäkyvyydessä olisi parantamisen varaa. Komissiolla on mahdollisuus, vaan ei ehdotonta velvollisuutta puuttua kauppavaikutuskriteerin ylittäviin kilpailunrajoituksiin (ns. hallinnon opportuniteettiperi-

---

[173] EY:n tuomioistuin totesi asiassa *Société Technique Minière vastaan Maschinenbau Ulm*, että jäsenvaltioiden kauppa joutuu kilpailua rajoittavan toiminnan kohteeksi aina, kun on "oikeudellisten seikkojen ja tosiseikkojen perusteella riittävästi aihetta epäillä, että se voi vaikuttaa suoraan tai välillisesti taikka tosiasiallisesti tai mahdollisesti, jäsenvaltioiden väliseen kauppaan siten, että yhtenäismarkkinoiden toteutuminen jäsenvaltioiden välillä estyy". Asia 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*, Kok. 1966, s. 249.

[174] Ks. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 400. Vrt. P. Virtanen (2001) s. 456–457, joka hieman harjaanjohtavasti käsittelee de minimis -tiedonantoa ikään kuin se koskisi sekä 81 että 82 artiklaa. Tiedonannon markkinaosuusraja ei myöskään ole enää vuosiin ollut Virtasen mainitsema 5 %, vaan se on nykyisellään vertikaalisten sopimusten osalta 10 % ja horisontaalisten sopimusten osalta 15 %. De minimis -rajan soveltumattomuus 82 artiklan tilanteissa selittyy yksinkertaisesti sillä, ettei yrityksellä, jonka markkinaosuus alittaa tiedonannossa asetetut rajat, voi olla määräävää asemaa.

[175] Ks. esim. *Irish Sugar*, komission päätöksen kohdat 155–159.

[176] Ks. esim. *Tetra Pak II*, EYVL 1992 L 71/1; T-83/91; C-333/94.

[177] Ks. esim. *Michelin I*, Kok. 1983 s. 3461, tuomion kohdat 100–105.

[178] Ks. esim. *Commercial Solvents*, Kok. 1974 s.223, tuomion kohdat 30–33.

[179] *United Brands*, tuomion kohdat 197–202.

aate).[180] Kauppavaikutuskriteerin täyttyminen ei merkitse kansallisen lainsäädännön syrjäytymistä. RS 82 artiklaa ja kilpailunrajoituslain 7 §:ää voidaan soveltaa samassa asiassa rinnakkain.[181]

Useimmissa 82 artiklan alaisissa tapauksissa väärinkäyttö on ulottanut vaikutuksensa useamman jäsenvaltion alueelle, jolloin kauppavaikutus on täyttynyt lähes automaattisesti.[182] Uudemmat tapaukset viittaavat siihen, että yhtä jäsenvaltiota tai suuremman jäsenvaltion osaakin voidaan pitää yhteismarkkinoiden oleellisena osana.[183] Artiklan 82 soveltamisedellytysten täyttymisen kannalta alueellisten markkinoiden määrittely on kahdessa suhteessa kriittinen työvaihe. Markkinoiden tulee olla riittävän laajat, jotta kyse voi olla yhteismarkkinoiden oleellisesta osasta. Se, että kyseessä on pikemminkin kvalitatiivinen kuin kvantitatiivinen kriteeri, käy ilmi uudemmista avainasemaa koskevista tapauksista. Esimerkiksi tiettyä satamaa tai lentokenttää on voitu pitää oleellisena osana.

3.4.4 Relevantit maantieteelliset markkinat suomalaisessa oikeuskäytännössä

Kilpailunrajoituslain mukaisissa tapauksissa kyse on yleensä siitä, ovatko markkinat paikalliset, alueelliset vai valtakunnan laajuiset. Huomiota on kiinnitettävä sekä ostajien että myyjien mahdollisuuksiin. Relevantti kysymys ei

---

[180] Kauppavaikutuskriteerin tarkastelu pelkästään julkistettujen päätösten perusteella sisältää valitettavasti näköharhan. Komissio ryhtyy toimenpiteisiin vain pienessä osassa sille tehtyjä toimenpidepyyntöjä. Tämä havaitaan selvästi vertaamalla keskenään komission vuosittain käsittelemiä asiamääriä tehtyihin päätöksiin. Työskennellessäni EY:n komission kilpailun pääosastossa vuosina 1992–1993 tein havainnon, jonka mukaan suuri osa 81 ja 82 artiklaa koskevista toimenpidepyynnöistä hylätään puuttuvan kauppavaikutuksen perusteella. Mikäli kauppavaikutus ei näytä täyttyvän, määräävän aseman olemassaoloa ei yleensä lähdetä edes selvittämään. Kauppavaikutuskriteeriä täydentää oikeuskäytäntö, joka antaa komissiolle oikeuden priorisoida yhteismarkkinoiden toimivuuden kannalta keskeisinä pitämänsä toimenpidepyynnöt ja jättää muut vähemmälle huomiolle (mm. *Automec II*, T-24/90, Kok. 1992 II–2223). Samanaikaisesti kauppavaikutuksen kriteerit on virallisessa oikeuskäytännössä vedetty varsin alas. Mahdollisesti kauppavaikutuksen tosiasiallinen merkitys EY:n komission puuttumista rajoittavana tekijänä on suurempi kuin mitä yksistään julkaistujen päätösten nojalla voisi päätellä. Osasta julkistamattomia päätöksiä otetaan lyhyt selostus vuosittain julkaistavaan kilpailupoliittiseen kertomukseen. EY:n käytäntöä on syytä kritisoida siitä, ettei kauppavaikutuskriteerin soveltaminen nykyisellään ole erityisen läpinäkyvää. Yleisemminkin EY:n komissio näyttäytyy julkistettujen päätösten perusteella aggressiivisempana kilpailuviranomaisena kuin jos tarkastelu ulotetaan julkistamattomien ratkaisujen suureen massaan.

[181] Kauppavaikutuskriteerin ongelmallisuus lisääntyy, mikäli nykyisestä rinnakkaisen toimivallan tilanteesta siirryttäisiin komission yksinomaiseen toimivaltaan. Tällöin on nimittäin syytä tietää varsin tarkasti, milloin kansallinen laki ei sovellu.

[182] Van Bael/Bellis s. 66.

[183] Ks. *Alsatel v. Novasam*, 247/88, Kok. 1988 s. 5987; *Bodson*, 30/87, Kok. 1988 s. 2479.

kuulu, kuinka laajalla alueella kyseisen hyödykkeen markkinointi on periaatteessa mahdollista, vaan mikä on käytännössä ja keskimäärin se yhtenäinen alue, jolla kilpailu toimii samalla logiikalla, ts. kilpailijoiden samoilla markkinoilla toimivien yritysten toimenpiteet ovat suoraan sidoksissa ja vaikuttavat täysimääräisesti toisiinsa. Huomiota kiinnitetään tosiasiallisen vaihdannan laajuuteen ja kauppavirtoihin.

EY:n tavoin maantieteellisiä markkinoita määritettäessä kiinnitetään huomiota kysynnän rakenteeseen, kulutustottumuksiin, kuljetuskustannuksiin ja muihin esteisiin, joita liittyy hyödykkeiden siirtymiseen alueelta toisille, tarjolla oleviin jakelukanaviin, markkinaosuuksiin ja hintatasoon eri alueilla, kauppavirtoihin tms. seikkoihin. Tuotannon ja kysynnän paikallinen keskittyminen ei kuitenkaan automaattisesti merkitse markkinoiden paikallisuutta. Esimerkiksi kuljetuskustannukset voivat rajata toimitukset tiettyyn alueeseen kunkin tehtaan ympärillä. Maantieteellisten markkinoiden linkittyminen voi johtaa laajempaan markkinamäärittelyyn. Jos tehtaiden toimitusalueet ovat huomattavassa määrin päällekkäiset, tehdas joutuu ottamaan huomioon lähimmän kilpailijansa hinnat, mainittu kilpailija vastaavasti omat lähitehtaansa jne. Lopputuloksena voi olla ketjureaktio, jonka seurauksena markkinat linkittyvät yhteen.[184] Suomessa konseptia sovellettiin tapauksessa *Valio III*. Valio katsoi, että relevantit alueelliset markkinat olivat paikalliset, sillä kullakin meijerillä oli erittäin korkea markkinaosuus lähiympäristössään noin sadan kilometrin säteellä. Kilpailuneuvosto katsoi, että markkinoiden yhteen linkittymisestä johtuen maitomarkkinat ulottuivat koko Suomeen. Päätöstä perusteltiin sillä, että koko maassa vallitsi yhtenäinen hintataso ja maitoa kuljetettiin pitkienkin matkojen (esim. 500 km) päähän.[185] Sen sijaan tapauksessa *Lapin Kansa* maakuntalehtien mainosmarkkinoita pidettiin alueellisina.[186] Hintataso määräytyi kullakin alueella vallitsevan kilpailutilanteen perusteella. Markkinoiden linkittyminen, kuten muutkin markkinamäärittelyssä sovellettavat konseptit, on hypoteesi, joka vahvistuu tai kumoutuu empiirisen näytön perusteella.

Selvitettäessä alalletulon esteitä huomiota kiinnitetään niihin tekijöihin, jotka alalletuloa harkitsevan potentiaalisen kilpailijan näkökulmasta vähentävät markkinoille tulon houkuttelevuutta. Jotta alalletulo on kannattavaa, tulee tuotto-odotusten ylittää riskit. Potentiaalisen kilpailijan täytyy ottaa huomioon, että markkinoita hallitseva yritys voi ryhtyä strategisiin vastatoimiin, esimerkiksi alentaa hintojaan tasolle, jolla alalletulon vaatimia investointeja ei saataisi kuoletetuiksi, tai nostaa haastajan kustannuksia. Harkittaessa maantieteellisten markkinoiden laajuutta relevantti kilpailuoikeudellinen kysymys ei kuulu niin-

---

[184] EY:n kilpailuoikeuden osalta ks. komission markkinamäärittelyä koskeva tiedonanto, kohta 57.

[185] *Valio III*, d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.

[186] *Lapin Kansa*, d:o 2/359/98, kilpailuneuvoston päätös 20.1.2000.

kään, onko alalletulo oikeudellisesti ja teknisesti mahdollinen, vaan oikeammin, onko se saatavilla olevan todistusaineiston perusteella muihin tarjolla oleviin vaihtoehtoihin verrattuna liiketaloudellisesti kannattava ja siten todennäköinen vaihtoehto. Markkinoiden historia tarjoaa usein pohjaa arvioinnille. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan osalta selvitettävänä on se markkinatilanne, jossa väitetty väärinkäyttö on tapahtunut. Sitä vastoin yrityskauppavalvonnassa keskeisellä sijalla on tulevan markkinakehityksen ennustaminen.

Neste/SEO -tapauksessa[187] Neste vaati vahvistettavaksi, että markkinat eivät rajoittuneet Suomen moottoripolttonesteiden tukkumarkkinoille, vaan että maantieteelliset markkinat ulottuivat Suomen aluetta olennaisesti laajemmalle. Nesteen mukaan relevanttina markkina-alueena oli pidettävä Itämeren aluetta (Suomi, Ruotsi, Tanska, Norja, Pohjois-Saksa, Puola, Baltian maat ja Länsi-Venäjä), jossa toimi 23 jalostamoa ja jossa Nesteen markkinaosuus oli vain noin 9 %. Nesteen mukaan tuontisuojan poistamisen jälkeen relevanttina markkina-alueena voitiin pitää myös Pohjois-Euroopan aluetta, jolla yhtiön osuus oli noin 5 %. Nesteen osuus kilpailuviraston relevantteina pitämillä Suomen markkinoilla oli ollut tarkasteltavalla aikavälillä useimpien laatujen osalta yli 90 %.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että tuontilisenssijärjestelmän poistamisen jälkeen öljy-yhtiöillä oli ollut mahdollisuus polttonesteiden tuontiin ulkomailta. Suomessa toimivien öljy-yhtiöiden tuontivalmius vaihteli. Tuontilisenssijärjestelmän poistamisen jälkeen Nesteen markkinaosuus Suomen markkinoilla oli pysynyt edelleen korkeana. Tuonnin osuus oli ollut enimmillään 15 %. Myös Esso ja Shell, joilla kummallakin oli tukenaan kansainvälinen öljynjalostus, varastointi ja kuljetukset, olivat Nesteen jalostamomyynnin asiakkaita. Nesteen jalostamista moottoripolttonesteistä valtaosa meni vientiin. Yhtiön tuotanto ylitti selkeästi kotimaisen kysynnän. Nesteen asemaa oli ollut omiaan vahvistamaan myös veroedullisten moottoripolttonesteiden valmistaminen.

Kun otettiin huomioon Suomen markkinoiden syrjäinen sijainti, tuosta sijainnista johtuvat korkeat kuljetuskustannukset, velvoitevarastoinnin aiheuttamat lisäkustannukset, veroedullisten bensiinilaatujen maakohtaisesti poikkeavat tuotespesifikaatiot ja eräiden laatujen osalta saatavuusongelmat (joita oli ilmennyt muilla toimittajilla paitsi Nesteellä), väestöpohjasta johtuva moottoripoltto-nesteiden suhteellisen pieni kulutus ja toisaalta suuret maansisäiset kuljetuskustannukset, kauppavirtojen epäsymmetrisyys, tuotannon ylikapasiteetista johtuvat kyllästetyt markkinat sekä muut Nesteen vahvasta asemasta seuranneet alallepääsyn esteet, kilpailuneuvosto katsoi relevanttien markkinoiden muodostuvan Suomen kansallisista markkinoista. KHO oli samaa mieltä markkinamäärittelystä ja vahvisti tältä osin päätöksen lopputuloksen.[188]

---

[187] *Neste/SEO*, d:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1994, Kuoppamäki (1996) s. 246.
[188] D:o 3501/1/1993, KHO:n päätös 30.11.1995, taltio 4993.

Alueellisten markkinoiden rajaus oli erityisen kriittinen *Neste*-tapauksessa, jossa määräävä asema riippui siitä, rajoittuvatko moottoripolttonesteiden tukkumarkkinat Suomen alueelle.[189] Tapauksessa riskinä oli se, että sekoitettaisiin keskenään tuonnin mahdollisuus (markkinoiden koeteltavuus) ja markkinamäärittely. Tuontimonopolin poistaminen ei mitenkään automaattisesti johda markkinoiden laajenemiseen, vaan markkinat säilyvät usein mm. tehtyjen investointien ja erityispiirteidensä vuoksi kansallisina.[190]

Uudemmassa käytännössä kilpailuviranomaiset näyttäisivät olevan valmiita harkitsemaan myös omaa toimialuettaan laajempia maantieteellisiä markkinoita. Myös EY:n kilpailuoikeudessa markkinat voivat olla EU:n aluetta laajemmat.[191] Sopivissa tapauksissa tämä on perusteltua – onhan kyse taloudellisesta

---

[189] Käänteisesti tapauksessa *Valio III* yhtiö katsoi markkinoiden olevan alueelliset, jolloin Valiolla ei voisi olla määräävää asemaa kilpailijoidensa ydinalueilla. Kilpailuneuvosto katsoi kuitenkin päätöksiin *Valio I* ja *Valio II* viitaten, että markkinat olivat valtakunnalliset.

[190] Neste Oy:n markkinamäärittelyä koskevan kysymyksen tultua ratkaistuksi kilpailuneuvostossa ja KHO:ssa, yhtiö teki pari vuotta myöhemmin KHO:lle purkuhakemuksen. Purkuhakemuksen mukaan KHO oli arvioinut alueellisia markkinoita väärin. Kantansa tueksi yhtiö vetosi mm. siihen, että SEO oli KHO:n päätöksen jälkeen aloittanut oman polttonesteiden tuonnin. Kilpailuneuvoston päätöksessä oli todettu, että em. seikat rajoittivat SEO:n mahdollisuuksia aloittaa oma tuonti. KHO kuitenkin oli todennut hieman yliampuvasti ettei oma tuonti olisi lainkaan mahdollista. Neste vetosi myös siihen, että se oli saanut eräässä toisessa asiassa EY:n komissiolta mukavuuskirjeen, jossa ilmoitettiin, ettei komissiolla "ollut huomautettavaa" Nesteen markkinoista esittämien näkemysten suhteen. KHO:n päätöksestä ei käy lähemmin ilmi, mitä kirjeellä haluttiin osoittaa. Neste vaati KHO:n päätöksen kumoamista myös sillä perusteella, että KHO oli virheellisesti soveltanut Rooman sopimuksen silloista 86 artiklaa sellaiseen ajanjaksoon, jolloin Suomi ei vielä ollut EU:n jäsen. KHO:n soveltamisratkaisua on arvioitu Kilpailuneuvoston päätöksessä *Neste II* (d:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1996) Kilpailuoikeudellisesti korrekti ratkaisu olisi ollut soveltaa ETA-ajalta ETA-sopimuksen 54 artiklaa, joka on sanamuodoltaan identtinen nyk. 82 artiklan kanssa. KHO totesi purkuhakemukseen antamassaan ratkaisussa, että KHO oli tosin soveltanut virheellisesti silloista 86 artiklaa, mutta että ETA:n 54 artikla huomioon ottaen asialla ei ollut ratkaisevaa merkitystä. KHO:n tuomiovirhe ei siten ollut sitä luokkaa, että aiempi päätös olisi kumottava. KHO hylkäsi purkuhakemuksen. Ks. KHO 6.7.2000, d:o 1969/1/1998, taltio 2017. Purkuhakemuksen jättäminen kuvaa nähdäkseni lähinnä sitä, kuinka keskeinen strateginen kysymys markkinamäärittely voi yrityksen kannalta olla. Jo ennakkoon arvioiden purkuhakemuksen menestymismahdollisuudet olivat heikot.

[191] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisua tapauksessa *Tetra Pak II* on tosin mahdollista lukea siten, että maantieteelliset markkinat voisivat olla korkeintaan EY:n laajuiset. Ks. tämän tulkinnan osalta Leivo/Leivo (1997) s. 308–309 ja P. Virtanen (2001) s. 476–479. Itse en pitäisi EY:n tuomioistuimen lausumaa Tetra Pakissa näin periaatteellisena. Eri asia on, että määräävän markkina-aseman tulee olla ja väitetyn väärinkäytön tapahtua nimenomaan yhteismarkkinoilla. Perustelen kantaa, jonka mukaan EU:ta laajemmat markkinat ovat mahdollisia, kolmella seikalla. Ensinnäkin relevanttien markkinoiden määrittäminen on tosiasiakysymys. Jos kyseessä selvästi ovat maailmanmarkkinat, ei ole mielekästä väittää muuta. Toiseksi, EY:n komissio on hyväksynyt maailmanmarkkinoita yrityskauppavalvonnan puolella esim. matkustajalentokoneiden valmistuksessa (*De Havilland*, EYVL 1991 L 334/42). Ks. myös EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisua asiassa *Gencor/Lonrho* (T-102/96, Kok.1999 II–879), jossa platinan markkinat olivat maailmanlaajuiset. Kolmanneksi, 82 artiklaa koskeva tapauskäytäntö on Leivon ja Leivon teoksen jälkeen kehittynyt, mitä P. Virtanen ei näytä ottavan huomioon. Tapaus *P&I Clubs/IGA* (EYVL 1999 L 125/12) koski merivahinko- ja jälleenvakuutusta. EY:n

tosiasiakysymyksestä. Samasta syystä ei voida yhtyä elinkeinoelämän taholta osittain esitettyyn vaatimukseen, että relevantit markkinat tulisi aina määritellä vähintään Euroopan-laajuisiksi.[192] Eri asia on, että kilpailunrajoituksen vaikutuksia ar-vioidaan omalla toimialueella (EY:n kilpailuoikeus – EU:n alue; kilpailunrajoituslaki – Suomen alue). Käsitteellisesti on pidettävä toisistaan erillään maantieteellisten markkinoiden laajuus taloudellisena tosiasiakysymyksenä ja viranomaisen toimivaltaa aineellisoikeudellisesti rajaava maantieteellinen alue, jolla syntyvät kilpailuvaikutukset otetaan kilpailunrajoituksen arvioinnissa huomioon. Yhteismarkkinoiden ottaminen lähtökohdaksi edellyttää että niiden luomista koskeva tavoite on po. hyödykkeiden osalta toteutunut tai on toteutumassa aivan lähiaikoina.

3.5 MARKKINOIDEN AJALLINEN ULOTTUVUUS

Markkinoiden ajallisessa ulottuvuudessa voidaan erottaa toisistaan *tilanne ennen väärinkäyttöä* ja *tulevaisuuteen kohdistuva arvio* määräävän aseman pysyvyydestä. Jotta 82 artiklaa voidaan soveltaa, tulee yrityksellä olla määräävä asema viimeistään väärinkäytön alkaessa. Tuomioistuin on kiinnittänyt huomiota aseman vakauteen, mutta ei ole täsmentänyt, kuinka pitkäaikainen markkinavoima on osoitus määräävästä asemasta. *Hoffmann-La Roche* -tapauksessa huomattavia markkinaosuuksia kolmen vuoden ajanjaksolla pidettiin riittävänä näyttönä.

ABG-tapauksessa komissio[193] katsoi hollantilaisten öljy-yhtiöiden olleen määräävässä asemassa öljypulan vallitessa. Alankomaiden hallitus oli asettanut hintasulun, jolloin öljyn toimittajat eivät kyenneet kattamaan omia jakelukus-

---

komissio sovelsi 81 ja 82 artiklaa. Relevantit maantieteelliset markkinat määriteltiin maailmanmarkkinoiksi. Komissiolle ilmoitetun alkuperäisen poolisopimuksen katsottiin sisältävän mm. määräävän aseman väärinkäyttöön johtavia ehtoja. Ehtoja muutettiin, ja komissio myönsi lopulta järjestelylle poikkeusluvan. Kuten Leivo ja Leivo toteavat, käytännössä markkinat on yleensä määritelty korkeintaan EY:n laajuiseksi. EU muodostaa talousblokin, joten usein määrittelylle on vahvat taloudelliset perusteet. Yleensä maantieteellisiä markkinoita koskeva kysymys kiteytyy sen ratkaisun tekemiseen, rajoittuvatko markkinat yhden jäsenvaltion alueelle vai ovatko ne sitä laajemmat.

[192] Vaatimuksen hyväksymisessä ei olisi järkeä, sillä kun kyse on taloudellisesta tosiasiakysymyksestä, markkinat voivat olla kuluttajien mieltymyksistä, kuljetuskustannuksista, hinnaneroista, kauppavirroista tms. tekijöistä johtuen laajemmat tai suppeammat. Esimerkiksi mämmin markkinoiden katsominen Suomen aluetta laajemmiksi ei vaikuttaisi mielekkäältä, sillä hyödykettä eivät osta muut kuin suomalaiset. Yhtä vähän mielekästä olisi katsoa, että esim. matkustajalentokoneiden valmistuksen markkinat rajoittuisivat Suomen alueelle. Markkinat eivät muutu toiseksi lainsäädännöllä tai julistuksella. Esimerkin epäonnistuneesta lähestymistavasta tarjoaa Ruotsin 1990-luvun alkupuolen lainsäädäntö, jossa todettiin, että maantieteelliset markkinat voivat olla korkeintaan Ruotsin laajuiset. Tämän vuoksi ruotsalaiset viranomaiset totesivat, että esim. lentokoneen valmistusta koskevat markkinat rajoittuivat Ruotsiin, vaikka kyseessä on tosiasiallisesti maailmanmarkkinat. Laki tavallaan edellytti faktoiltaan väärän johtopäätöksen tekemistä.

[193] *ABG/Oil Companies*, EYVL 1977 L 117/1.

tannuksiaan. Komissio katsoi, että asiakkaat saattoivat joutua täysin riippuvaisiksi puutteenalaisen tuotteen toimittajista. Täten öljyn toimittajat päätyivät öljypulan jatkuessa määräävään asemaan normaaleihin asiakkaisiinsa nähden. Määräävä asema ei syntynyt niinkään öljyn toimittajien markkina-asemasta, vaan poikkeuksellisesta tilanteesta, jossa kysyntä ylitti tarjonnan. Komissio katsoi BP:n käyttäneen väärin määräävää asemaansa, koska se oli vähentänyt toimituksia ABG:lle muita asiakkaitaan enemmän.

BP:n valitettua tuomioistuimelle[194] julkisasiamies katsoi ratkaisuehdotuksessaan, ettei BP ollut määräävässä asemassa, sillä öljypulan loputtua öljyn toimittajat olisivat jälleen riippuvaisia asiakkaistaan. Jos öljyn toimittaja pyrkisi pulan aikana käyttämään väärin asemaansa, voisi olettaa, että pulan loputtua asiakkaat siirtäisivät tilauksensa toisille yrityksille. BP:llä ei virka-asianajajan mielestä ollut määräävää asemaa, koska pulan väliaikaisuus esti sitä toimimasta asiakkaista riippumattomasti. Asiakkaiden myöhemmät reaktiomahdollisuudet estäisivät moral hazard -tilanteen syntymisen ja väärinkäytön. Lausunnon ydinajatuksena on, että määräävä markkina-asema edellyttää markkinavoiman pysyvyyttä ja todellista mahdollisuutta käyttää sitä väärin. Tuomioistuin kumosi komission päätöksen sillä perusteella, ettei se katsonut BP:n käyttäneen väärin määräävää asemaansa. Koska ABG oli vähentänyt tilauksiaan BP:ltä jo ennen pulan alkamista, BP:llä oli oikeus antaa etusija niille asiakkaille, jotka sillä oli ollut pulan alkaessa. Sen sijaan tuomioistuin ei puuttunut siihen kysymykseen, oliko BP määräävässä asemassa.

Tuoreemman esimerkin tarjoaa vuoden 1998 jalkapallon MM-turnauksen lipunmyyntiä koskenut tapaus.[195] Komissio katsoi, että kisojen järjestelykomitea oli syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön suosimalla ranskalaisia lipun ostajia muista jäsenmaista olevien jalkapallon ystävien kustannuksella. Tässä yhteydessä jutun kiinnostava aspekti liittyi hyödykemarkkinoiden määrittelyyn. Ranskassa kyseisenä vuonna järjestetyt jalkapallon maailmanmestaruuskisojen kisalippujen myynnin katsottiin muodostavan omat relevantit markkinansa. Markkinamäärittely perustuu oletukselle, että jalkapalloa seuraamaan tulevat katsojat haluavat ostaa lipun juuri kyseisiin kilpailuihin, eivät johonkin muuhun tapahtumaan.[196] Tämä vaikuttaa luonnolliselta, kun otetaan huomioon muista maista olevien katsojien valmius hankkiutua huomattavin matka- ja majoituskustannuksin kyseiseen maahan seuraamaan juuri sanottuja otteluita.[197] Erillisten markkinoiden puolesta puhuu myös lippujen huo-

---

[194] *BP v. komissio*, 77/77, Kok. 1978 s. 1513.

[195] *Football World Cup 1998*, EYVL 2000 L 5/55.

[196] Teoriassa kyseiset jalkapallo-ottelut voitaisiin korvata toisella jalkapallo-ottelulla tai urheilukilpailulla tai mahdollisesti peräti jollain muulla viihdetapahtumalla. Käytännössä juuri kyseisen tapahtuman ainutlaatuisuudesta seurasi, ettei näin ollut asianlaita.

[197] Vastaavaa valmiutta ei ilmeisesti olisi odotettavissa esimerkiksi Ranskan kansallisen pääsarjan jalkapallo-otteluiden tai jonkun muun viihdetapahtuman seuraamiseen.

mattava hinnanero maailmanmestaruuskisojen otteluiden ja muiden, yleisesti tai ainakin vuosittain järjestettäviin urheilukilpailuihin nähden.

Markkinamäärittelyn erikoisuuteen kuuluu sen ajallinen rajoittuneisuus. Maailmanmestaruuslippujen markkinat ovat olemassa vain sen aikaa, kun sanottuja lippuja on myynnissä. Toisin kuin ABG-tapauksessa, markkinatilanteen aikasidonnaisuudesta ei seuraa sitä, että lipun myyjien tulisi ottaa huomioon lipun ostajien mahdolliset vastatoimenpiteet. Ei nimittäin ole oletettavaa, että samat kilpailut järjestetään uudestaan samassa maassa lyhyen aikavälin sisällä. Kun *ABG*-tapauksessa riippuvuus oli tilapäistä, käsillä olevassa tapauksessa myytävä hyödyke itsessään oli tilapäinen. ABG-tapauksessa riippuvuuden väliaikaisuus kyseenalaistaa määräävän aseman olemassaolon. Lipunmyyntiä koskevassa tapauksessa juuri väliaikaisuus ja ainutlaatuisuus loivat määräävän markkina-aseman.

EY:n komissio on usein rajoittanut ajallisen tarkastelun siihen aikaan, jolloin väärinkäyttöön on syyllistytty. Esimerkiksi *Michelin* -tapauksessa tuomioistuin ei ottanut huomioon Hollantiin rakennettavan tehtaan vaikutusta Michelinin hollantilaisen tytäryhtiön markkina-asemaan, koska tehtaan rakentaminen ja asiakaskunnan hankkiminen olisi vienyt pitkän ajan. Tätä voidaan pitää perusteltuna, jos väärinkäyttöä arvioidaan jälkikäteen. Komissio on perustellut kantaansa valvonnan luonteella ja tavoitteilla. Jos yrityksen markkinavoima vaikuttaa lyhyen ajan, tulee sen hyväksyttävyys arvioida samalla aikavälillä.[198]

3.6 RELEVANTTIEN MARKKINOIDEN MÄÄRITTELYÄ KOSKEVIA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Yrityksen hallussaan pitämää markkinavoimaa voidaan pyrkiä mittaamaan suoraan tai epäsuoraan. Yrityksen hinnoitteluun ja muuhun käyttäytymiseen perustuvia suoria mittaamistapoja ei voida pitää yksinään riittävän luotettavina. Lernerin indeksissä ongelmaksi muodostuu marginaalikustannusten määrittämisen vaikeus ja se, ettei toteutunut hintamarginaali johdu välttämättä markkinavoimasta. EY:n tuomioistuin on nimenomaisesti hylännyt yritykset todentaa määräävä asema voittojen suuruuden tai sellaisten puuttumisen perusteella. Tuomioistuimen mukaan pienentynyt voittomarginaali tai jonkin aikaa jatkuneet tappiot eivät osoita, etteikö yrityksellä voisi olla määräävää asemaa. Vastaavasti huomattavatkaan voitot eivät todista määräävän aseman olemassaoloa.[199] Kilpailuoikeudellisessa käytännössä on lyönyt itsensä läpi rakenteelli-

---

[198] Ks. tältä osin *Tetra Pak II*, EYVL 1992 L 72/1; ks. erityisesti komission päätöksen kohdat 92–97.

[199] *Hoffmann La Roche v. komissio*, 27/76, Kok. 1979 s. 461, tuomion kohta 126. Ks. myös *Michelin v. komissio*, 322/81, Kok. 1983 s. 3461, tuomion kohta 59, s. 3511.

seen tarkasteluun perustuva markkinavoiman epäsuora mittaaminen, jossa määritellään kussakin tapauksessa relevantit markkinat. Relevanteilla markkinoilla on tuotekohtainen, alueellinen ja ajallinen ulottuvuus.[200]

Tapauksen ratkaiseminen alkaa konkreettisesta soveltamistilanteesta. Viranomainen lähtee liikkeelle relevanteista hyödyke- ja maantieteellisistä markkinoista. Tässä vaiheessa selvitetään, mitkä yritykset kilpailevat keskenään tai toisesta näkökulmasta tarkastellen, mitkä ovat asiakkaiden konkreettiset vaihtoehdot. Saadun informaation perusteella verrataan väärinkäytöstä epäillyn yrityksen markkinavoimaa suhteessa kilpaileviin yrityksiin ja tarkastellaan asiakkaiden riippuvuutta määräävässä asemassa olevasta yrityksestä. Tarkastelun perusteella yrityksen markkinavoimaa koskeva hypoteesi tulee joko vahvistetuksi tai kumotuksi. Rakenteellisessa tarkastelussa ratkaisevia tekijöitä ovat edellä käsitellyillä tavoin yritysten markkinaosuudet, korvaavien hyödykevaihtoehtojen saatavuus ja alallepääsyn esteet.

Rakenteellisessa tarkastelussa saatava johtavan yrityksen markkinaosuus riippuu ratkaisevasti markkinamäärittelystä. Tämän vuoksi markkinaosuuksien perusteella tehtävää johtopäätöstä on täydennettävä markkinoiden koeteltavuutta koskevalla tarkastelulla. Jotta voidaan puhua määräävästä markkina-asemasta, yrityksen hallussaan pitämän markkinavoiman asteen on oltava huomattava ja suhteellisen pysyväisluonteinen.[201] Markkinavoiman sijasta voidaan halutessa käyttää käsitettä monopolivoima, joka kuvastaa sitä, että markkinavoimaa on selvästi normaalia enemmän, huomattavasti, merkittävästi tai olennaisen paljon. Ilman alallepääsyn esteitä korkeatakaan markkinaosuutta ei liene mahdollista hyödyntää kuluttajia vahingoittavalla tavalla.

---

[200] Epäsuorien mittaustapojen suosio näyttäisi perustuvan kausaalisuhteen hataruuteen, joka voittojen suuruuden ja markkinavoiman välillä vallitsee tehtäessä johtopäätöksiä yhden yrityksen markkinavoimasta. Ylioptimaaliset voitot voivat johtua määräävästä markkina-asemasta, kustannustehokkaasta tai innovatiivisesta toiminnasta tai kaikista edellä mainitusta syistä. Monokausaaliset selitysmallit vaikuttavat liian yksinkertaisilta. Toimivan kilpailun vallitessa keskimääräistä suuremmat voitot ovat mahdollisia. Ne voivat ilmentää yrityksen kilpailijoitaan tehokkaampaa toimintaa tai markkinoilla syntynyttä väliaikaista epätasapainoa, jonka kilpailumekanismi itsestään korjaa. Toisaalta määräävässä asemassa oleva yritys voi kasvattaa kustannuksiaan, jolloin toteutuneen voiton pienuus ei kerrokaan kilpailun paineesta vaan siitä, että markkina-aseman vahvuus mahdollistaa monopolistille hiljaisen elämän, jossa tehokkuutta ei tarvitse optimoida. Kilpailuoikeuden tarpeista liikkeelle lähdettäessä tarkoituksenmukaiselta vaikuttaa lähestymistapa, jossa määräävä markkina-asema pyritään todentamaan tavalla, joka ainakin lähtökohtaisesti mahdollistaa erottelun tehokkuusperusteisten ja markkinoiden hallintaan liittyvien selitysten välillä. Kaikkine puutteineenkin rakenteellinen tarkastelu vaikuttaa suoria mittaamistapoja luotettavammalta vaihtoehdolta.

[201] Näin myös esim. Gyselen/Kyriazis (1986).

3.6.1 Hyödykemarkkinat

Kilpailuoikeudellisesti ongelmallisia ovat tapaukset, joissa markkinat rajataan riippuvuussuhteen perusteella yhden yrityksen tuotteisiin. Hugin-tapauksen osalta voidaan perustellusti kysyä, mitä tekemistä päätöksellä on rakenteellisen tarkastelun kanssa. Markkinoiden horisontaalisen tarkastelun perusteella ainoa mahdollinen johtopäätös olisi ollut, ettei Huginilla ole määräävää markkina-asemaa. Yhden yksittäisen asiakkaan, Liptonin, voidaan katsoa olleen riippuvainen Huginista, mutta yhden oikeussubjektin riippuvainen asema toisesta on eri asia kuin markkinoiden rakenteellinen hallinta. *Fox* on kritisoinut EY:n komissiota tunnetussa artikkelissa siitä,[202] että pyrittäessä suojelemaan heikompaa osapuolta markkinat määritellään tarkoitushakuisesti lähtien liikkeelle riippuvuustilanteesta. Jos riippuvuus havaitaan, markkinat määritellään siten, että rakenteellinen tarkastelu oikeuttaa kilpailuviranomaisen intervention.[203] Samansuuntaista kritiikkiä esittivät kymmenkunta vuotta myöhemmin *Jebsen ja Stevens*, jotka katsovat, että markkinoiden rakenteellinen tarkastelu käännetään ikään kuin päälaelleen: lopputuloksesta edetään markkinoiden määrittelyyn.[204] *Whish* toteaa, että koska dominanssikynnyksen alapuolelle jäävän yrityksen yksipuolinen toiminta jää kilpailusääntöjen ulkopuolelle, joissakin tapauksissa markkinat on määritelty oudon suppeasti.[205] *Bellamyn ja Childin* mukaan erityi-

---

[202] Fox, Elenaor M., Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness (1986).

[203] Fox kritisoi erityisesti *Hugin*-tapausta, koska Hugin ei ollut määräävässä asemassa ja koska Liptoniin kohdistuvasta toimituskiellosta ei aiheutuisi haittaa kuluttajille. Ks. Fox (1986) s. 1005–1006. Ks. myös Fox (1994).

[204] Ks. Jebsen/Stevens (1996) s. 475: "As these cases illustrate, not surprisingly, the Commission and the courts generally opt for the line of reasoning that produces a narrover definition of the relevant procuct market than the undertaking asserts and, thus, the definition more likely to establish the existence of a dominant position." Ks. myös Jebsen/Stevens s. 478: "It remains extremely difficult for a business rationally to anticipate what is premissible for it to do in markets that have some relationship with a market in which it may be considered to be dominant. These new developments to take literally Humpty Dupmty's warning to Alice in *Through the Looking Glass* that 'a word... means just what I choose it to mean – neither more nor less.'" Jebsenin ja Stevensin kantavana ajatuksena näyttää olevan, että EY:ssä markkinat määritellään tarkoitushakuisesti, kun taas Yhdysvalloissa "sovelletaan taloudellisia periaatteita" ja "kaikki on paremmin". Jebsenin ja Stevensin vertailutapaa ei voida pitää erityisen analyyttisenä, eikä se näyttäisi vastaavan Yhdysvaltain käytännön koko todellisuutta. Myös Yhdysvalloissa kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet määrittelevät markkinat ajoittain hyvinkin suppeasti ja määritelmiä kritisoidaan kirjallisuudessa. Amerikkalaisen oikeuskäytännön kritiikin osalta ks. esim. Rowe (1984) ja Fisher, Market Definition: A User's Guide (2002). Franklin M. Fisherin kilpailuviraston järjestämässä konferenssissa pitämän esitelmän mukaan Yhdysvalloissa markkinat on rajattu (tai haluttu rajata) koskemaan mm. "korkeahintaisia ei-etnisiä pakastettuja alkuruokia", "NBA:n väreillä ja logolla varustettuja nallekarhuja" sekä "tiettyä jalkapallojoukkuetta stadionpalvelujen ostajana". Syntyvät rajanvetotapaukset ja tulkintaerimielisyydet näyttävät olevan samantapaisia Atlantin molemmin puolin.

[205] Whish (1993) s. 200: "... in some cases fairly outlandish claims of dominance have been made". Ks. myös Whish (2001) s. 165–167.

sesti vanhemmissa tapauksissa relevanttien markkinoiden on katsottu olevan siellä, missä väärinkäyttö on tapahtunut, ilman että markkinamäärittelyn perusteita olisi yksityiskohtaisesti analysoitu.[206]. Taloustieteellisesti johtopäätöksenä on esitetty, että määräävän aseman todentaminen 82 artiklan nojalla perustuu enemmänkin markkinakäyttäytymiseen kuin markkinarakenteen tarkasteluun. Suomessa tätä kritiikkiä on esittänyt etupäässä amerikkalaisten lähteisiin nojautuen *M. Virtanen* vuonna 1998 julkaistussa väitöskirjassaan.[207] Sen sijaan esimerkiksi *Kauperin* johtopäätös on hienojakoisempi. Kauperin mukaan EY:n komission ja tuomioistuinten väitetään räätälöineen markkinamäärittelyjä päästäkseen aineellisiin lopputuloksiin, jotka perustuvat muuhun kuin markkinavoiman arviointiin. Kauperin mielestä väittämä pitää sisällään totuuden siemenen ainakin eräiden avainasemaa, toimituskieltoja ja vertikaalisia rajoituksia koskevien tapausten osalta. Taloustieteellisesti ongelmallisten tapausten lukumäärä on kuitenkin suhteellisen rajallinen.[208] Kauperin mielestä räätälöintiväite ei pidä paikkaansa yleisesti 81 ja 82 artiklan eikä varsinkaan yrityskauppavalvonnan osalta.[209]

Nähdäkseni merkkikohtaisen markkinamäärittelyn osalta kritiikkiin voidaan yhtyä, mutta kokonaisuutena tarkastellen hyödykemarkkinoiden määrittelyjä EY:ssä ei voida pitää liian suppeina. Markkinamäärittelyllä on funktionaalinen tehtävä. Kilpailuoikeudellisen markkina-analyysin tarkoituksena on sen selvittäminen, voiko tarkastelun kohteena oleva yritys nostaa hyödykkeidensä hintaa.[210] Markkinamäärittely on *kilpailuviranomaisen heuristinen apuväline*, eikä sen tarkoituksena ole toimia moniulotteisena karttana markkinoiden kaikista

---

[206] Bellamy/Child (2001) s. 698.

[207] Ks. M. Virtanen (1998) s. 212: "The reason to stress independence of action by the dominant firm, or dependence experienced by the trading partners, is the traditional way the Commission appears to infer the existence of, i.e measure market dominance. The Commission is disposed to stress market conduct." M. Virtanen s. 224: "The definition and measurement of market dominance under article [82] has been markedly conduct-oriented, a reasoning certainly with a logical foundation. But as with any manner of gauging market dominance, this approach runs the risk of serious biases if applied in isolation of structural aspects and if the dynamic aspects are consirered in a lopsided manner." Nähdäkseni Virtasen johtopäätös pitää sisällään totuuden siemenen, mutta korostaa liian paljon markkinakäyttäytymisen merkitystä rakenteellisen tarkastelun kustannuksella. Rakenteellisella tarkastelulla on vakiintunut asema oikeuskäytännössä ja tuomioistuimet edellyttävät sitä. Eri asia on se, että EY:n tuomioistuimet ovat noudattaneet (liian) suurta pidättyväisyyttä tarkistaa ja muuttaa komission markkina-analyysia, mikä tarjoaa komissiolle mahdollisuuden jopa eksoottisen suppeisiin markkinamäärittelyihin.

[208] Ks. Kauper (1997) s. 303.

[209] Itse esitin 1992 julkaistussa lisensiaattityössäni, että riippuvuustilanteita koskeva havainto on oikeaan osunut, mutta että *Hugin*-tapauksesta ja muista vastaavista tapauksista ei voida tehdä laajempia, koko väärinkäyttövalvontaa koskevia johtopäätöksiä. Riippuvuustilanteet tulee erottaa omaksi tapausluokakseen. Kantani on edelleen sama ja suhteellisen lähellä Kauperin johtopäätöstä.

[210] Ibid s. 9.

ominaispiirteistä ja dynaamisista tulevaisuuden kehityskuluista. Markkinoiden määrittelyä käytetään markkinavoiman suorien mittaamistapojen surrogaattina. Tästä syystä markkinamäärittelyä on kilpailuoikeudessa arvioitava sillä perusteella, kuinka hyvin se paljastaa markkinavoiman.[211] Mihin raja asetetaan, riippuu viime kädessä siitä, kuinka huomattavan markkinavoiman katsotaan ylittävän puuttumiskynnyksen. Sama valintatilanne säilyy käytettäessä apuna ekonometrisiä mittausvälineitä. Esimerkiksi SSNIP-testin tulos muodostuu erilaiseksi sen mukaan, käytetäänkö hypoteettisen monopolistin testissä raja-arvona 1, 5 vai 10 prosentin hinnankorotusta ja kuinka pitkäksi tarkasteluajankohta ulotetaan. Mitä alhaisempaa hinnankorotusprosenttia käytetään ja mitä lyhyempi tarkastelujakso valitaan, sitä useammat yritykset ylittävät dominanssikynnyksen. Hyödykkeiden korvattavuutta koskeva kysymys on asetettava siten, että substituuttihyödykkeet ainakin periaatteessa ovat mahdollisia, jos esim. kysytään, kuka voi toimittaa *Hugin-merkkisiä* varaosia tai *Otavan kustantamia* koulukirjoja mikäli hintoja nostetaan, vastaus on aina sama – immateriaalioikeuden nojalla yksinoikeuden omistava yritys. Vastaus ei muutu, käytetään "testissä" sitten 1, 5, 10, 100 tai 500 %:n hinnankorotusta. Relatiivisen markkinavoiman tarkasteleminen rakenteellisen markkinamäärittelyn perusteella ei vaikuta tyydyttävältä. Mikäli tarkastelu rajataan vain yhteen merkkiin, yleensä lopputulos on selvillä jo ennen testin suorittamista.

3.6.2 Maantieteelliset markkinat

Relevanttien markkinoiden määrittäminen on taloudellinen tosiasiakysymys. Markkinamäärittelyn tarkoituksena on selvittää, onko yrityksillä markkinavoimaa eli voiko yritys nostaa hintoja ilman, että asiakas kääntyy toisen yrityksen puoleen. Mikäli jollakin toisella alueella toimivan yrityksen tarjonta estää hintojen nostamisen, po. yrityksen tuotteet on luettava mukaan markkinamäärittelyyn. Relevantit kilpailuoikeudelliset markkinat ovat yleensä suppeammat kuin mitä yritys itse (täysin legitiimisti) pitää toiminta-alueenaan. Tästä syystä johtuen yritysten ja komission määritelmät poikkeavat usein toisistaan. Toki taustalla on muitakin, myös taktisia syitä. Yksittäistä markkinamäärittelytapausta on tarkasteltava aina sitä taustaa vasten, miten hyvin tai huonosti se sopii edellä mainitun kysymyksen hahmottamiseen eli määräävän aseman todentamiseen/poissulkemiseen.

P. Virtanen kritisoi 82 artiklan soveltamista yhden jäsenvaltion alueella. Virtasen mukaan EU-oikeudella pyritään yhteismarkkinoiden luomiseen, ja olennaisella yhteismarkkinoiden osalla tulee olla merkitystä yhteisön toimivuuden kannalta. Merkittävänä osana yhteismarkkinoita voidaan pitää mitä tahansa

[211] Werden (1981) s. 721.

markkinaa, jonka toiminnalla voi olla merkitystä tämän kokonaisuuden kannalta. Virtasen mukaan yhteismarkkinoiden oleellisuutta koskeva normi ei saa riittävästi merkitystä komission työtaakan vähentäjänä ja komissio saa liikaa valtaa (niin vuoden 1957 kuin nykyistenkin päättäjien näkökulmasta), jos liikevaihdolla, asukkaiden määrällä ja muilla vastaavilla seikoilla mitattuna varsin pieniä markkinoita pidetään merkittävinä. Alueella on siten oltava taloudellista merkitystä yhteismarkkinoiden kannalta.[212] P. Virtanen pitää puutteena sitä, että EY:n käytännössä jokaista jäsenmaata pidetään automaattisesti yhteismarkkinoiden oleellisena osana, sillä esim. Suomen markkinat eivät ole läheskään yhtä merkittävät kuin esim. Ranskan tai Saksan markkinat.[213]

Näkökohtaan voidaan pitkälti yhtyä sikäli, että nykyistä enemmän tulisi pohtia EY:n ja kansallisen kilpailulainsäädännön keskinäistä työnjakoa. Jos kansallisella lainsäädännöllä pystytään tietty asiantila sääntelemään tyydyttävästi, läheisyysperiaatteen mukaan EY-oikeuden olisi väistyttävä. Sen sijaan yleisenä toimenpidesuosituksena mihinkään yleiseen markkinoiden laajentamisvaatimukseen ei voida yhtyä. Kuten *P. Virtanen* itsekin toteaa, mitään selvää alarajaa 82 artikla ei sisällä. Yksittäisen sataman, lentokentän tai liikennelinjan pitämistä yhteismarkkinoiden olennaisena osana voidaan pitää ongelmallisena. Nykyisessä käytännössä yhteismarkkinadimension olemassaoloa tarkastellaan kvalitatiivisten kriteerien perusteella. Tällaisessa tarkastelussa erityistä merkitystä ei ole sillä, kuinka laajalla alueella väärinkäyttö esiintyy. Mahdollisena olisi pidettävä kvantitatiivisten, esim. liikevaihtoon perustuvien kriteerien käyttöön ottamista, samaan tapaan kuin nykyään yrityskauppavalvonnassa. EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä 82 artiklan soveltamisedellytykset on laskettu varsin alas. Kyse on tahdonvaltaisesta asiasta ja säännöstöä olisi mahdollista täsmentää lainsäädännöllisesti.[214] Poissuljettua ei olisi myöskään oikeuskäytännön kehittäminen. Vertailukohtana tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan 28 artiklan ekstensiivinen oikeuskäytäntö ulottui mitä monimuotoisempaan kansalliseen lainsäädäntöön, kunnes suunta kääntyi 1990-luvun alussa kuuluisassa *Keck*-ratkaisussa.[215] Keck nosti 28 artiklan soveltamiskynnystä niissä tapauksissa, joissa kyse ei ole syrjinnästä, vaan joissa kaupan rajoittuminen on korkeintaan välillistä.[216] Tähän nähden vaikuttaisi ainakin tässä vaiheessa epätodennäköiseltä, että kauppavaikutuskriteerin täyttymistä ryhdyttäisiin tulkitsemaan olennaisesti nykyistä suppeammin, joskin esim. *Wesseling* on

---

[212] P. Virtanen (2001) s. 481. Virtanen viittaa tältä osin myös Leivon ja Leivon esitykseen (1997, s. 309–310).

[213] P. Virtanen (2001) s. 482.

[214] Yrityskauppavalvonnasta poiketen pelkkä primäärilainsäädäntö ei välttämättä riitä, vaan mahdollisesti muutos edellyttäisi täsmennyksiä primaarilainsäädäntöön.

[215] *Keck ja Mithouard*, C-267,268/91, Kok. 1993 I–6079.

[216] Tapauksesta on kirjoitettu erittäin paljon. Tässä yhteydessä mainittakoon tapauksen raportoivan tuomarin René Jolietin artikkeli. Ks. Joliet (1994).

nähnyt kehityksen olevan menossa tähän suuntaan.[217] EY:n komission ja tuomioistuinten pyrkimyksenä ei kuitenkaan näytä olevan supistaa, vaan laajentaa EY-kilpailuoikeuden läpilyöntiä jäsenvaltioissa.

3.6.3 Lainkäytön kontrolloiva rooli ja merkitys oikeussuojan antajana

EY:n tuomioistuimet ovat vain harvoin puuttuneet komission suorittamaan hyödyke- tai alueellisten markkinoiden määrittelyyn. Käsitellessään valituksia komission päätöksistä tuomioistuin tekee eron *tosiasia-* ja *oikeus*kysymysten välillä. EY-tuomioistuimet tulkitsevat itse kilpailunrajoitusten ja kauppavaikutusten olemassaoloa sekä muita oikeuskysymyksiä, mutta tutkivat komission suorittaman taloudellisen analyysin vain siltä osin, ettei komission päätös sisällä ilmeisiä asiavirheitä tai ilmennä harkintavallan väärinkäyttöä.[218] Ei ole aivan selvää, miten tosiasiakysymykset erotetaan oikeuskysymyksistä. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen perustamisen jälkeen 1990-luvun alussa oli aluksi viitteitä siitä, että ensimmäisen asteen tuomioistuin olisi halukkaampi arvioimaan myös tosiasiakysymyksiä. Ensimmäiset päätökset viittasivat siihen, että komission kilpailuasioissa antamien päätösten perustana olevia tosiasioita koskeva oikeudellinen kontrolli olisi tiukentumassa.[219] Sittemmin ensimmäisen asteen tuomioistuimessa näytettäisiin omaksutun perinteinen jaottelu, jonka mukaan tosiasiakysymysten osalta rajoitutaan ilmeisten virheiden kontrollointiin.[220]

EY:n kilpailuoikeudessa markkinamäärittelyn nähdään kuuluvan komission tehtäviin. Komissiolla on suuri harkintavalta. Tuomioistuimet näyttävät puuttuvan vain selviin ylilyöntitapauksiin.[221] EY-tuomioistuimet eivät puutu myös-

---

[217] Ks. Wesseling (2001).

[218] Ks. *Remia v. komissio*, 42/84, Kok.1985 s. 2545, tuomion kohta 34. Ks. myös Everling (1989) s. 998.

[219] Tällä sittemmin ennenaikaiseksi osoittautuneella kannalla esim. Kuoppamäki (1992) s. 67.

[220] EY:n varsinaisen tuomioistuimen rooli on rajattu muutoksenhakurajoituksin laintulkintakysymyksiä koskeviin valituksiin ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksistä.

[221] Kirjallisuudessa on myös arvioitu, että EY:n tuomioistuin on pidättyvämpi komission päätösten kontrolloimisessa kuin esim. Saksan Kammergericht sen tutkiessa Bundeskartellamtin päätöksistä tehtyjä valituksia. Ks. Everling (1989) s. 877. Vaikuttaa siltä, että kilpailuneuvosto tutkii tapaukset EY:n tuomioistuimia tarkemmin. Varsinaisia eroja päätöksen eri osien arvioinnissa ei tehdä. Kilpailuneuvosto ei myöskään tuntenut sanottavia pidäkkeitä kumota virheellisenä pitämäänsä markkinamäärittelyä. Suomessa ei tunneta doktriinia, jonka mukaan järjestelyn tehokkuuden lisäystä koskevaan oikeuskysymykseen ei "käytännössä" voisi menestyksellisesti hakea muutosta. Päinvastoin, kilpailunrajoituslain 19 §:n aikaisemman sanamuodon mukaan kilpailuviraston tuli siirtää poikkeuslupa-asia kilpailuneuvoston ratkaistavaksi, mikäli se katsoi, ettei poikkeuslupaa voida myöntää. Lakia muutettaessa vuoden 1998 uudistuksen yhteydessä asian siirtäminen viraston toimesta asianosaisen 21 §:n perusteella tekemäksi valitukseksi tarkoitukse-

kään 81 artiklan 3 kohdan soveltamiseen, koska normin edellyttämän taloudellisen harkinnan katsotaan kuuluvan komissiolle. Perinteisen doktriinin mukaan 81 artiklan 1 kohdan soveltaminen on "oikeutta" ja 81 artiklan 3 kohta "politiikkaa". Vastaavasti argumentoiden 82 artiklan osalta markkinoiden määrittäminen on "taloutta" ja sanktioiden määrääminen "juridiikkaa". Hallinnollisen ja oikeudellisen ratkaisijan roolien eriyttäminen perustuu kuvatun kaltaisille käsite-erotteluille. Nähdäkseni analyysin erilaisuutta koskeva näkemys ei ole perusteltu; 81 ja 82 artiklan eri osien soveltaminen edellyttää varsin samanlaista juridistaloudellista analyysia.[222] Tämän vuoksi toisistaan poikkeavia standardeja ja mittapuita ei tulisi soveltaa sen enempää poikkeusluvissa kuin markkinamäärittelyn, määräävän aseman ja väärinkäytön arvioinnin osalta. Vaikka markkinat, markkinavoima ja väärinkäyttö oikeudellisesti ja heuristisesti erotetaan toisistaan, väärinkäyttötapauksen analyysi edellyttää vaiheittaisesti etenevää, koherenttia analyysiä. Asianosaisen oikeusturva ei toteudu, elleivät ratkaisun keskeiset osat ole oikeudellisen kontrollin alaisia. Suuri osa määräävän aseman väärinkäyttöä koskevista tapauksista ratkeaa asiallisesti markkinoiden määrittelyvaiheessa.

---

na ei ollut muuttaa niitä edellytyksiä, joilla kilpailuneuvosto, tai nykyisin markkinaoikeus, saattoi asian tutkia. Nähdäkseni kilpailuneuvoston aktiivisempi rooli selittyy pitkälti sillä, että kilpailuneuvosto tutkii valtaosan tapauksista ensimmäisenä asteena. Suomessa asian tutkiminen ja syyttäminen ja toisaalta tuomion antaminen on erotettu toisistaan. Kilpailuneuvoston ja sitä seuranneen markkinaoikeuden tehtävänä on arvioida itsenäisesti, onko kilpailunrajoituslakia rikottu sekä määrätä seuraamukset. Vaikka kyse aineellisoikeudellisesti olisi samanlaisesta asiasta, käsittelyyn tuomioistuimessa tosiasiallisesti vaikuttaa se, tutkitaanko asiaa valitusasiana vai ensimmäisenä asteena. Valitusasiassa viranomaisen päätös on jo tehty valmiiksi, ja kyse on siitä, onko vai eikö ole riittäviä perusteita päätöksen kumoamiseksi. Erilainen institutionaalinen järjestely vaikuttaa aineellisoikeudellisiin tulkintoihin.

[222] Markkinamäärittelyn katsotaan edellyttävän taloudellista harkintaa, joka kuuluu ennemminkin komissiolle kuin tuomioistuimelle. Sama ajatustapa näkyy myös esim. Rooman sopimuksen 81 artiklan 1 kohtaa ja 3 kohtaa koskevassa erilaisessa standardissa. Käytännössä hakijalla on paremmat mahdollisuudet voittaa poikkeuslupa-asia osoittamalla, ettei menettely lainkaan ole ollut 81 artiklan 1 kohdan kieltämää tai että komissio on syyllistynyt asian käsittelyssä menettelyvirheeseen. Ajatuksena on, että 81 artiklan 1 kohta on kilpailujuridiikkaa ja 81 artiklan 3 kohta kilpailupolitiikkaa. Tässä tutkimuksessa jakoa pidetään aikansa eläneenä, sillä 81 artiklan 1 ja 3 kohta edellyttävät käytännössä aivan samanlaista taloudellis-juridista analyysiä. Mielekkäänä ei voida pitää myöskään ajatusta, jonka mukaan 81 artiklan 3 kohta edellyttää taloustieteellistä analyysiä, mutta siltä voitaisiin välttyä sovellettaessa "yksiselitteisempää" 81 artiklan 1 kohtaa. Kun EY:n kilpailusääntöjen soveltamista koskevan kokonaisuudistuksen myötä siirrytään kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohtaa vastaavaan lain nojalla tapahtuvaan harkintaan (exemption legale) 81 artiklan 1 ja 3 kohtien välinen kuilu tulee ilmeisesti kaventumaan. Lakiin kirjattujen poikkeusluvan edellytysten arviointi poistaa säännöksestä nykymuotoisen väljän harkinnan. Oletettavaa on, että vastaavasti 81 artiklan 1 kohdan soveltaminen perustuu nykyistä laajemmin taloudellisten seikkojen huomioon ottamiseen. Oletus muutoksesta perustuu siihen, että nykyisen jaottelun poistuminen pudottaa pohjan pois erilaiselta konseptuaaliselta suhtautumiselta kartellikieltoa koskevan normin eri osiin. Kyse on sopimukseen perustuvan markkinavoiman sääntelystä. Sitä koskeva kilpailuoikeudellinen harkinta saadaan johdonmukaisesti ainoastaan siten, että normin eri osia tulkitaan yhdenmukaisten tulkintaperiaatteiden avulla.

EY:ssä markkinamäärittelyä koskevaa valitusoikeutta on rajoitettu tuomioistuimen omalla oikeuskäytännöllä. Tapauksessa *Coca Cola Company v. komissio*[223] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin katsoi, ettei yhtiöllä ollut oikeutta saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi komission markkinamäärittelyä, jossa relevanttien markkinoiden oli katsottu muodostuvan kolauutteella maustetuista hiilihappojuomista erotuksena kaikista muista limonadeista, joita markkinoilta löytyy. Yhtiö katsoi, että kolajuomat kilpailevat muiden virvoitusjuomien kanssa ja vaati komission päätöstä kumottavaksi. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin jätti kuitenkin valituksen tutkimatta ja perusteli päätöstä sillä, että kyse oli "deklaratorisesta" päätöksestä, jossa vain "todettiin" määräävä asema, mutta ei määrätty yhtiölle rangaistusta tai asetettu yhtiön toimintaa rajoittavia ehtoja. *Markkinaoikeus* on seurannut tätä samaa jaottelua jättäessään tutkimatta *Suomen Arvopaperikeskuksen*[224] ja *Helsingin Arvopaperipörssin*[225] kilpailuoikeudellista asemaa koskevat asiat. Kilpailuvirasto oli päätöksessään katsonut, että valittajilla on määräävä markkina-asema toiminta-alueellaan. Valitukset jätettiin kuitenkin tutkimatta puuttuvan oikeudellisen intressin perusteella. Valitusoikeutta koskeva restriktiivinen tulkinta tehtiin äänestyspäätöksillä 3–3 puheenjohtajana toimineen markkinaoikeuden ylituomarin äänen ratkastessa asian tutkimatta jättämisen puolesta. Markkinaoikeuden vähemmistö olisi tutkinut valitukset sillä perusteella, että kilpailuviraston päätös vaikuttaa käytännössä asianosaisen oikeusasemaan sitä huonontavasti. Kilpailuneuvoston aikana asiassa oltaisiin mitä ilmeisimmin painotettu muodollisia argumentteja enemmän asianosaisen oikeussuojan tarvetta.[226]

Mielestäni erottelu deklaratorisen ja konstitutiivisen päätöksen välillä on kilpailuoikeudessa teennäinen.[227] Yleensä yrityksen kannalta kilpailuoikeudellista merkitystä on juuri markkinamäärittelyllä, sillä se vaikuttaa määräävään asemaan ja tulevaan käyttäytymiseen.[228] *Coca Cola* -tapauksessa markkinamäärittely ratkaisi määräävän aseman olemassaoloa koskevan kysymyksen.

---

[223] T-125 & 127/97, Kok. 2000 s. II–1733.

[224] *Suomen Arvopaperikeskus Oy*, d:o 39/690/2001, markkinaoikeuden päätös 16.10.2002.

[225] *Helsingin Arvopaperi- ja johdannaispörssi, selvitysyhtiö Oy*, d:o 35/690/2001, markkinaoikeuden päätös 16.10.2002.

[226] Ks. myös ratkaisua *Biowatti Oy*, d:o 97/690/2001, markkinaoikeuden päätös 26.9.2002. Tässä tapauksessa jätettiin tutkimatta valitus siitä, oliko asianosaisella velvollisuus tehdä kilpailuvirastolle yrityskauppailmoitus. Nähdäkseni oikeussuojen tarve on tässä tapauksessa edellä mainittuja pörssiä koskevia ratkaisuja tulkinnallisempi, sillä tilanne oli kaupan ilmoittamisen jälkeen tavallaan ohi, ts. viranomaisen päätös ei vaikuta rajoittavasti yrityksen päivittäiseen liiketoimintaan, kuten tapauksessa, jossa yrityksellä on todettu olevan toimintakentällään määräävä markkina-asema. Tässäkin tapauksessa vähemmistö olisi tutkinut valituksen.

[227] Erottelu vaikuttaa "käsitelainopilliselta" ja jättää hakijan oikeussuojan tarpeen todellisuuden liian vähälle huomiolle.

[228] Virheellisen markkinamäärittelyn "hinta" rahassa voi olla seuraamusmaksuun verrattuna moninkertainen.

Yrityksen kilpailuoikeudellinen asema on täysin erilainen siitä riippuen, onko sen todettu olevan määräävässä asemassa vai ei. Jos yrityksellä ei ole määräävää asemaa, yritys saa yleisesti esim. hinnoitella hyödykkeensä haluamallaan tavalla, kunhan se ei keskustele hinnoista kilpailijoiden kanssa tai edellytä jälleenmyyjiltä määrähintojen käyttämistä. Sen sijaan, jos määräävä asema on olemassa, yritys ei saa ylihinnoitella eikä alihinnoitella, alennukset eivät saa olla sitovia tai syrjiviä, eikä yritys saa käyttää yksinomaisuussopimuksia. Yritys voi toki teoriassa jättää komission päätöksen huomiotta ja jatkaa toimiaan siitä olettamasta käsin, ettei sillä vastoin viranomaisen kantaa olisikaan määräävää asemaa. Käytännössä pörssiyhtiöllä ei ole muuta vaihtoehtoa kuin sopeutua viranomaisen päätökseen. Toimiessaan kilpailuviranomaisen kannan vastaisesti yritys joutuisi mm. ottamaan merkittävän sakkoriskin.[229] Vaikka määräävän asemaa koskevaa ratkaisua voidaankin luonnehtia deklaratoriseksi, on kilpailuviranomaisen päätös yrityksen kannalta tosiasiallisesti konstitutiivinen. Määräävän aseman toteamiseen johtava päätös vaikuttaa haitallisesti yrityksen oikeusasemaan. Oikeusturva, legaliteettiperiaate ja tuomioistuinten rooli kilpailuviranomaisten valvojina ja prejudikaattien antajina puhuvat sen puolesta, että valitukset tutkitaan, mikäli järkeviä perusteita on olemassa. Yhtenä elementtinä tehokkaaseen oikeussuojaan *(access to justice)* kuuluu se, että asianosaisten oikeutta saattaa asiansa ainakin kerran lainkäyttöelimen tutkittavaksi ei rajoiteta muutoin kuin erityisen painavista syistä.[230]

---

[229] Äärimmilleen vietynä määräävässä asemassa väitetyksi oleva yritys joutuisi "rötöstelemään" provosoidakseen kilpailuviranomaista valituskelpoisen sanktiopäätöksen tekemiseen. Jos "deklaratorisista" ja "myönteisistä" päätöksistä ei muutoin ole valitusoikeutta, voisi se osoittautua ainoaksi keinoksi kilpailuviranomaisen tosiseikkojen arviointia koskevan monopolin murtamiseksi. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen valitusoikeuden rajausta koskeva ratkaisu on myös järjestelmänsisäisesti ristiriitainen, sillä voimassaolevan järjestelmän mukaan yrityksellä on oikeus hakea komissiolta puuttumattomuustodistusta 82 artiklasta ja ilmeisesti puuttumattomuustodistuksen epäämistä koskevasta ratkaisusta täytyy olla valitusoikeus. Prosessioikeudellista kikkailua luontevampaa olisi se, että valitusoikeuden katsotaan olevan esillä, jos yritys esittää järkevän oikeudellisen perusteen, jonka nojalla komission tekemän päätöksen voidaan katsoa vaikuttavan haitallisesti yrityksen oikeusasemaan. Oikeudellista intressiä ei tule arvioida muodollisjuridisesti, vaan todellisen oikeussuojan tarpeen perusteella.

[230] Nähdäkseni valituskiellolle ei voida esittää juuri muuta perustetta kuin tuomioistuimen halu rajoittaa omaa työmäärää nsä. Toivottavaa olisi, että EY:n tuomioistuin kumoaisi ensimmäisen asteen tuomioistuimen tulkinnan ja avaisi valitusoikeuden. Mikäli näin ei tehdä, mahdollista on, että asia nousee myöhemmin esille Euroopan neuvoston ihmisoikeustuomioistuimessa EN-sopimuksen 6 artiklaa koskevana kysymyksenä (oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin). Kilpailuneuvosto mainitsi omalta osaltaan *Coca Cola* -päätöksen Digita-kauppaa koskevassa osaratkaisussa esimerkkinä sellaisesta päätöksestä, jossa omaksuttua ratkaisulinjaa Suomessa ei ainakaan kilpailuneuvoston taholta tulla noudattamaan. Edellä mainittujen reaalisten syiden ohella valituskieltoa vastaan puhuvat Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat normit. Nähdäkseni valitusoikeuden rajallisuus EY-järjestelmässä käy käytännön esimerkistä niistä haitoista, joita aiheutuu siitä, ettei Euroopan unioni ole Euroopan neuvoston jäsen. EU on sidottu sopimukseen vain EY:n tuomioistuimen *a la carte* tekemien soveltamisratkaisujen ja välillisesti jäsenvaltioiden sidottuisuuden kautta.

4. Määräävään asemaan vaikuttavia tekijöitä

4.1 MARKKINAOSUUDEN MERKITYKSESTÄ

4.1.1 Markkinaosuuden merkitys EY:n kilpailuoikeudessa

EY:n käytännössä markkinaosuus on merkittävin indisio määräävästä asemasta, koska se osoittaa, missä määrin markkinajohtaja kontrolloi tuotantoa ja myyntiä relevanteilla markkinoilla.[231] Toisaalta todistusvoima riippuu toimialan erityispiirteistä sekä kysynnän ja tarjonnan rakenteesta. Huomiota kiinnitetään myös markkinoiden kehitystrendeihin. Jos johtava yritys menettää osuuksia kilpailijoilleen, voi se olla osoitus juuri kilpailun toimivuudesta. Jos osuus sitä vastoin on kasvanut tai ainakin pysynyt ennallaan, voi se indisoida määräävää asemaa.

Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* tuomioistuin totesi markkinaosuuden merkityksestä:

> "Vaikka markkinaosuuksien tärkeys voi vaihdella eri markkinoilla, voidaan oikeutetusti lähteä siitä, että poikkeuksellisia tilanteita lukuun ottamatta hyvin isot markkinaosuudet ovat jo sellaisenaan näyttö määräävästä markkina-asemasta."

Tuomioistuin katsoi, että jos yrityksellä pidemmällä aikavälillä on iso markkinaosuus, ei pienemmillä yrityksillä ole resursseja nopeasti tyydyttää niiden määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaiden kysyntää, jotka haluaisivat kääntyä jonkun muun yrityksen puoleen. Tällöin määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on asiakkaisiinsa nähden vahva asema, koska sitä ei voida syrjäyttää kauppakumppanina. Asiakkaiden riippuvuussuhde turvaa sille suhteellisen pitkäksi aikaa määräävälle asemalle tyypillisen toimintavapauden.

Hoffmann-La Rochella oli ollut kolmen vuoden ajanjaksolla seuraavat markkinaosuudet:

---

[231] Schröter, G/T/E, Art. 86 Rdnr. 73. Myös USA:ssa tuomioistuimilla on taipumus korostaa markkinaosuuden merkitystä. *Alcoa*-tapauksessa tuomioistuin piti 90 %:n osuutta osoituksena monopolista ja 33 %:n osuutta todisteena ettei näin ole. Ks. *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416, 424 (2d Cir. 1945). Useimmat tuomioistuimet ovat pitäneet alle 50 %:n osuutta riittämättömänä monopolivoimaan. Yli 70 %:n osuus on yleensä riittävä. Ratkaisut vaihtelevat osuuden ollessa 50–70 %:n välillä. Ks. Hawk (1991) s. 825–827. Saksassa kynnys näyttäisi olevan alempana. GWB:n 22 §:n 3 momentin 1 kohdan mukaan indisiona yksittäisen yrityksen määräävästä asemasta pidetään sitä, jos sillä on vähintään 33 1/3 %:n markkinaosuus, ei kuitenkaan jos sen liikevaihto on alle 250 miljoonaa D-markkaa. Indision kantavuus yksittäistapauksissa riippuu kokonaisarvioinnista. Ks. esim. Emmerich (2001) s. 183–185.

A-vitamiini	47 %
B2-vitamiini	86 %
B3-vitamiini	64 %
B6-vitamiini	95 %
C-vitamiini	68 %
E-vitamiini	70 %
H-vitamiini	95 %

Tapauksessa 85 ja 90–95 %:n markkinaosuuksia pidettiin täytenä näyttönä määräävästä asemasta, jota ei voitu kumota näytöllä hinnanalennuksista. Yli 70 %:n osuutta pidettiin riittävänä näyttönä lähimpien kilpailijoiden osuuksien ollessa 15 ja 6 %. Sen sijaan 30–50 %:n markkinaosuus vaati muutakin näyttöä.

Tuomioistuin kuitenkin rajoitti pelkän markkinaosuuden todistusvoimaa. "Poikkeuksellisten tekijöiden" vallitessa huomattavakaan markkinaosuus ei ole osoitus määräävästä asemasta. Lisäksi suuri markkinaosuus täytyy säilyttää "tietyn ajanjakson". Huomiota tulee kiinnittää alalle pääsyn esteisiin ja markkinoiden kehitysvaiheeseen. Jos kyseessä on uusi tuote, voivat markkinaosuudet vaihdella huomattavasti. Kypsillä markkinoilla markkinaosuudet ovat pysyvämpiä. *Michelin* -tapauksessa tuomioistuin piti 57–65 %:n markkinaosuutta riittävänä osoituksena määräävästä asemasta, kun lähimpien kilpailijoiden osuudet olivat 4 ja 8 % ja yrityksellä oli teknologinen etumatka, laaja tuotevalikoima ja tehokas jakeluverkosto.[232]

United Brands -tapauksessa yhtiön markkinaosuus Benelux-maissa, Irlannissa ja Saksan liittotasavallassa oli 40–45 %. UBC oli onnistunut kehittämään banaanilajin, joka oli aikaisempaa satoisampi ja kesti myös paremmin kasvitauteja. Yhtiö omisti banaaniviljelyksiä eri puolilla tropiikkia. Näin se pystyi huolehtimaan tasaisesta tarjonnasta silloinkin, kun jotain aluetta kohtasi kasvitauti tai luonnonkatastrofi. Lisäksi yhtiö omisti kylmäkuljetusaluksia, joilla se pystyi hoitamaan noin puolet tarvitsemistaan kuljetuksista. Yhtiön laaduntarkkailu oli tehokasta ja Chiquita -tuotemerkki oli kuluttajien keskuudessa hyvin tunnettu.

Tuomioistuin katsoi, ettei 40–45 %:n markkinaosuus vielä ole riittävä osoitus UBC:n määräävästä asemasta, vaan sen asemaa pitää verrata kilpailijoiden

---

[232] Päätöstä on kritisoitu, koska suppeasta alueellisten markkinoiden määrittelystä olisi pitänyt seurata, että potentiaaliselle kilpailulle Hollannin ulkopuolelta annetaan enemmän merkitystä. Ks. esim. Whish (1993) s. 294. EY:n komissio teki vuonna 2001 varsin samanlaisen ratkaisun Ranskan markkinoilla. Tapauksessa *Michelin II* (IP/01/873, 20. kesäkuuta 2001) komissio määräsi 19,76 miljoonan euron sakon Michelinille. Ranskalaisen rengasvalmistajan katsottiin käyttäneen väärin määräävää asemaansa kuorma-auton vaihtorenkaiden markkinoilla Ranskassa melkein koko 90-luvun ajan. Komissio totesi, että Michelinin monimutkainen paljousalennus- ja bonusjärjestelmä sitoi rengasliikkeitä sääntöjenvastaisesti ja sulki Ranskan markkinat muilta rengasvalmistajilta. Seuraamusta korottavana tekijänä otettiin huomioon, että kyseessä oli jo toinen kerta, kun Michelin harjoittaa samantyyppistä kilpailunvastaista toimintaa Euroopassa.

lukumäärään ja vahvuuteen. Kun UBC:n markkinaosuus oli yli kaksi kertaa suurempi kuin sen lähimmän kilpailijan, se riitti yhdessä muiden tekijöiden kanssa osoittamaan UBC:n määräävän markkina-aseman.

Tapauksessa *Metro/SABA II* Metro oli nostanut tuomioistuimessa kanteen, jolla se vaati kumottavaksi komission SABA:n selektiiviselle jälleenmyyntiverkostolle 81 (3) artiklan nojalla myöntämän poikkeusluvan. Yksi kantajan argumenteista oli, että SABA muodostaisi yhdessä emoyhtiönsä Thomson-Brandtin kanssa taloudellisen kokonaisuuden, jolla olisi määräävä asema eräissä viihde-elektroniikan tuotteissa. SABA:n kieltäytyminen toimittamasta väritelevisioita Metrolle oli kantajan mielestä 82 artiklan vastaista määräävän aseman väärinkäyttöä.

Tuomioistuin katsoi jääneen näyttämättä, että SABA seuraisi koordinoitua markkinastrategiaa emoyhtiön määräysten mukaisesti tai että samaan konserniin kuuluvat yritykset noudattaisivat yhtenäistä suunnitelmaa, jolloin markkinaosuus voitaisiin laskea koko konsernin mukaan. Alle 10 % osuudella Saksassa SABA oli yksin aivan liian heikko ollakseen määräävässä asemassa, varsinkin kun väritelevisiot voitiin helposti vaihtaa toisen merkkisiin tuotteisiin ja markkinoilla toimi yhteensä 18 televisionvalmistajaa.

Kirjallisuudessa tapauksia on tulkittu siten, että 70–80 %:n markkinaosuus jo sinänsä on riittävä näyttö määräävästä asemasta; 40–45 %:n osuus riittää, jos yrityksellä on muutenkin etulyöntiasema kilpailijoihinsa. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon markkinaosuuden kehitys pidemmällä aikavälillä, sen relatiiviseen suuruus verrattuna suurimpien kilpailijoiden osuuksiin sekä muut tekijät, jotka voivat vahvistaa tai heikentää markkinaosuuteen perustuvaa oletamusta.[233]

Komissio on tulkinnut oikeuskäytäntöä siten, että 40–45 %:n markkinaosuus yleensä riittää määräävään asemaan, eikä se ole poissuljettu 20–40 %:n osuudella.[234] Yhdessä tapauksessa komissio on katsonut yrityksen olevan määräävässä asemassa 39, 7 %::n markkinaosuudella.[235] Vaikkei 40–45 %:n osuudesta voida tehdä suoria johtopäätöksiä yrityksen markkinavoimasta, se riittää määräävään asemaan, jos etäisyys kilpailijoihin on huomattavan suuri ja muut

---

[233] Bellamy/Child (2001) s. 707.

[234] Tuomioistuimen ennakkotapaukset tai komission käytäntö eivät oikeuta johtopäätöstä, että määräävä asema olisi poissuljettu markkinaosuuden ollessa 25–40 %. Tällöin kuitenkin edellytetään useamman tekijän yhteisvaikutusta. Vrt. sulautuma-asetuksen perustelujen kohdan 15. presumptio, jonka mukaan keskittyminen ei johda määräävään asemaan, jos siihen osallisten yritysten markkinaosuus ei ylitä 25 prosenttia.

[235] Tapauksessa *Virgin/British Airways* EY:n komissio katsoi, että British Airways -yhtiöllä oli määräävä asema Yhdistyneiden kuningaskuntien matkatoimistomarkkinoilla(EYVL 2000 L 30/1.) Päätöstä koskeva valitus oli tätä kirjoitettaessa vireillä ensimmäisen asteen tuomioistuimessa (*British Airways v. komissio*, T-219/99, EYVL 2000 C 20/21). Whishin mukaan kyse on ensimmäisestä päätöksestä, jossa komissio on vahvistanut yhden yrityksen olevan määräävässä asemassa alle 40 %:n markkinaosuudella RS 82 artiklan perusteella. Ks. Whish (2001) s. 155.

tekijät antavat yritykselle kilpailuetuja.[236] Toisaalta, jos johtavan yrityksen markkinaosuus on 45 % ja lähimmän kilpailijan osuus on 35 %, asiaa on mahdollista tarkastella jaetun määräävän aseman perusteella, mikäli markkinoiden rakenteelliset olosuhteet ja oligopolistien välisen kilpailun vähäisyys antavat siihen perusteita.

EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännössä toistaiseksi alhaisin markkinaosuusraja näytettäisiin hyväksytyn tapauksessa *Gottrup-Klim.*[237] Yrityksen markkinaosuus oli 36 % lannoitusaineissa ja 32 % kasvinsuojeluaineissa. EY:n tuomioistuin totesi, että mainitun suuruiset markkina-osuudet saattavat kilpailijoiden vahvuudesta ja lukumäärästä riippuen riittää, vaikkei niitä yksinään voida pitää riittävänä todisteena määräävästä asemasta.

Markkinaosuuspresumption osalta vedenjakajaksi on osoittautunut tapaus *AKZO-Chemie.*[238] Tuomioistuin vahvisti komission päätöksen, jolla se oli sakottanut AKZO:a saalistushinnoittelusta, jonka tarkoituksena oli ajaa sen kilpailija ECS markkinoilta. Päätös sisältää merkittävän lausuman markkinaosuuden merkityksestä:

> "60. Markkinaosuuksien osalta tuomioistuin on päätöksessään 13.2.1979, Hoffmann-La Roche..., päättänyt, että erityisen korkeat markkinaosuudet – poikkeuksellisia tilanteita lukuunottamatta – ovat jo sellaisenaan todiste määräävästä markkina-asemasta. Tällainen tilanne on käsillä markkinaosuuden ollessa 50 %, siten kuten se osoitettiin käsiteltävänä olevassa tapauksessa".

Tapauksessa AKZO:n markkinaosuus oli 52 %, ECS:n osuus 35 % ja erään kolmannen yrityksen osuus 13 %. Tuomioistuimen päätöksestä näyttäisi seuraavan, että 50 %:n markkinaosuus on jo sinänsä riittävä todiste määräävästä asemasta, paitsi jos poikkeuksellisista olosuhteista muuta johtuu.[239] Päätös on laskenut määräävän aseman kynnystä sikäli alemmas, että jo markkinoiden puolikkaan hallinta luo kumottavissa olevan presumption, joskin kilpailuviranomaiset säännönmukaisesti esittävät muutakin näyttöä. Kommentaariteoksissa viidenkymmenen prosentin raja mainitaan nykyisin varsin yleisesti nyrkkisääntönä, joskin sitä rajana voidaan pitää suhteellisen alhaisena.[240] Kun käytännössä

---

[236] Bellamyn ja Childin mukaan alle 30 %:n markkinaosuus ei viittaa dominanssiin. Myös markkinaosuus 30–40 %:n välillä jää yleensä dominanssikynnyksen alapuolelle. Määräävä asema voisi tulla kyseeseen vain poikkeuksellisesti ja edellyttäisi esim. poikkeuksellisen suurta eroa kilpailijoihin ja erityisen korkeita alallepääsyn esteitä. Ks. Bellamy/Child (2001) s. 706. Nyrkkisääntöön voidaan yhtyä muistuttaen kuitenkin muun analyysin tärkeydestä.

[237] *Gottgrup-Klim v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA*,C-250/92, Kok. 1994 I-5641.

[238] *AKZO Chemie BV v. komissio*, C-62/86, Kok 1991 s. I-3359.

[239] *AKZO-tapauksessa* muut tekijät lisäsivät yrityksen markkinavoimaa. Tuomioistuimen päätös osoittaa, että vahvalla vastanäytöllä voidaan 50 %:n markkinaosuuden todistusvoima kumota.

[240] Ks. esim. Leivo/Leivo (1997) s. 322, jossa pidetään hieman yllättävänä, että tuomioistuin piti näinkin alhaista osuutta osoituksena määräävästä asemasta. Ks. myös esim. Waelbroeck/Frignani s. 227. Vrt. Immenga/Mestmäcker s. 708–709, jotka eivät mainitse AKZO-tapausta.

yhden yrityksen määräävä asema alkaa yleensä 40 %:n paremmalta puolelta, tulee markkinaosuuspresumptio suhteellisen pian vastaan.[241] AKZO-päätöksessä tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että yhtiön markkinaosuus oli säilynyt vakaasti yli 50 %:ssa vähintään kolmen vuoden ajan.

4.1.2 Kotimaista oikeuskäytäntöä

Markkinaosuuden ollessa korkea muiden samoilla markkinoilla toimivien yritysten kapasiteetti ei riitä korvaamaan kysyntää, mikäli asiakkaat haluaisivat vaihtaa kauppakumppania. Tämän vuoksi myös kotimaisessa oikeuskäytännössä erityisen korkea markkinaosuus luo epäilyksen määräävästä markkina-asemasta. Määräävän aseman arvioinnissa ei ole olemassa mitään yksittäistä vahvistettua markkinaosuuskriteeriä, jonka perusteella määräävä asema voitaisiin automaattisesti todeta.[242] Kotimaisessa oikeuskäytännössä määräävää asemaa on yleensä pidetty mahdollisena, jos markkinaosuus ylittää 40 % ja myös muut seikat vahvistavat määräävää asemaa. Sen sijaan jaetun määräävän aseman osalta ratkaisevaa on yhteenlaskettu markkinaosuus, jolloin yksittäisen jaetussa määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinaosuus voi olla esim. 25 %. Hallituksen esityksessä mainittu alhaisin markkinaosuusraja tullee sovellettavaksi yhden yrityksen osalta nimenomaan elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän (jaetun määräävän aseman) tilanteissa.

Tapauksessa *Valio III* yhtiöllä oli määräävä asema nestemaitotuotteiden markkinoilla. Maantieteellisten markkinoiden katsottiin ulottuvan koko valtakunnan alueelle. Meijerin lähiympäristö (noin 100 km) muodosti luonnollisen toimintaympäristön, jonka sisällä sen markkinaosuus oli erityisen korkea. Valion hajautettu tuotantojärjestelmä ja tehokas, kaikille Suomen paikkakunnille ulottuva jakelujärjestelmä mahdollistivat kilpailun ohjaamisen valtakunnan tasolla ja tehokkaan reagoinnin kilpailijoiden aloitteisiin tavalla, joka muille maitonesteiden toimittajille ei ollut läheskään samassa laajuudessa mahdollista. Valiolla oli erityistä kilpailuetua myös siitä, että nestemaitomarkkinoilla olevista kilpailijoistaan poiketen yhtiöllä oli vahva asema myös jogurttien, juustojen ja jäätelöiden valmistuksessa. Valion kilpailijoitaan täydellisempi tuotevalikoima piti yllä Valion valta-asemaa, vaikka yhtiön kohtaama kilpailu olikin lisään-

---

[241] Jäljempänä todetaan, että yrityskauppavalvonnan osalta raja näyttäisi olevan hieman ylempänä.

[242] Vuoden 1987 lain esitöiden mukaan "hallintokäytännössä on eräissä tapauksissa pidetty 25–50 %:n markkinaosuutta osoituksena määräävästä asemasta". Ks. HE 148/1987 vp. s. 18. Hallituksen esityksen lausuman alempi raja vaikuttaa yhden yrityksen määräävää asemaa silmällä pitäen alhaiselta. Nähdäkseni mainitulle lausumalle ei voida nykykäytännössä antaa sanottavaa merkitystä. Lausumaa ei ole myöskään kirjoitettu velvoittavaan muotoon (lain säännöksen perusteella on katsottava, että...), vaan kyse on johtopäätöksestä, joka on pyritty tekemään ennen vuoden 1988 kilpailunrajoituslain antamista edentäneestä ratkaisukäytännöstä.

tynyt. Verrattaessa Valion asemaa kilpailijoihin yhtiön asemaa vahvisti se, että kun valtaosalla kilpailijoista oli meijerinsä ympäristössä paikallisesti vahva asema, Valiolla oli vastaava asema valtakunnallisesti. Raakamaidon saatavuus vaikutti kilpailevien maitonestetoimittajien tuotannon laajentamismahdollisuuksiin. Valion 70 %:n markkinaosuutta pidettiin vahvana presumptiona määräävästä asemasta. Markkinaosuutta olennaisempaa oli kuitenkin yrityksen hallitsema osuus raakamaidosta. Käytännössä raakamaitoa koskevien EY:n maatalouspolitiikan tuotantorajoitteilla säännellyt rajalliset raakamaitoresurssit määrittivät yritysten markkinaosuuden nestemaitotuotteissa. Kalliimpien kiinteiden tuotteiden, kuten jogurttien ja juustojen osalta oli enemmän tuontia. Tämä ei kuitenkaan ollut niin voimakasta, että se olisi riittänyt poistamaan Valion määräävän aseman.

Tapauksessa *Karjalan Kirjapaino Oy*[243] Postin markkinaosuus lehtien päiväjakelun markkinoilla oli 97 %, mikä loi erittäin vahvan presumption määräävästä asemasta. Tätä alhaisempi markkinaosuus riittää määräävään asemaan, mikäli muut tekijät vahvistavat yhtiön asemaa. Kotimaisessa käytännössä 50–60 %:n osuus on yleensä riittänyt. EY:n kilpailuoikeuden tavoin määräävä asema lienee todettavissa yli 40 %:n markkinaosuudella, mikäli myös muut seikat vahvistavat yrityksen asemaa ja tukevat määräävän aseman määrittämistä. Alle 25 %:n osuudella dominanssi lienee poissuljettua, ellei elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän (jaettu) määräävä asema tule harkittavaksi.

4.1.3 Yhteenvetoa markkinaosuuden merkityksestä

EY:n käytännössä yli 50 %:n markkinaosuuden on todettu luovan kumottavissa olevan presumption määräävästä asemasta (*AKZO Chemie*). Noin 40–45 %:n osuutta on pidetty riittävänä yhdessä muiden tekijöiden kanssa (*United Brands*). Yli 70 %:n osuus luo vahvan presumption määräävästä asemasta ja yli 90 %:n osuus käytännössä todistaa määräävän aseman, paitsi milloin olosuhteet ovat hyvin poikkeukselliset. Myös Suomessa markkina-osuuskriteeri on keskeinen, joskin siihen on toistaiseksi vedottu EY:n käytäntöä varovaisemmin. Myös Suomessa voidaan soveltaa presumptiota, jonka mukaan *yli 50 %:n osuus luo presumption määräävästä asemasta.*

Yleistys ei luonnollisestikaan ole ongelmaton. Huomiota on aina kiinnitettävä kilpailijoiden läheisyyteen ja markkinoiden pirstaleisuuteen. Jos esim. yrityksen A osuus on 50 % ja B:n osuus 40 %, lähin kilpailija on lähes yhtä vahva eikä A markkinaosuuden valossa ole määräävässä asemassa. Mahdollista kuitenkin on, että tehokas kilpailu A:n ja B:n väliltä puuttuu ja että markkinaolo-

[243] D:o 2/359/94, kilpailuneuvoston päätös 20.6.1993, Kuoppamäki (1996) s. 378.

suhteet tekevät A:n ja B:n kilpailukäyttäytymisen koordinoinnin mahdolliseksi, jolloin A:n ja B:n muodostamalla duopolilla voi olla yhteinen eli jaettu määräävä asema.

Kilpailuoikeudessa on varottava liian yksinkertaisia numeropelejä. Mikäli markkinaosuudet vaihtelevat voimakkaasti vuodesta toiseen ja erityisesti milloin markkinajohtajan paikka vaihtuu yritykseltä toiselle, kyse todennäköisesti ei ole määräävästä asemasta. Toisaalta useamman vuoden vakaa markkinaosuus kertoo markkinavoimasta. Saman yrityksen osuuden säilyminen korkeana vuodesta toiseen perustunee vain harvoin sattumanvaraisiin tekijöihin. Lähes aina taustalta löytyy kilpailuetuja, joiden turvin yritys pystyy pitkäaikaisesti säilyttämään osuutensa kilpailijoitaan korkeampana. Numerotiedot antavat perusteen tarkastella lähemmin taustalla olevia syitä. Markkinaosuuden todistusvoima lepää markkinamäärittelyn varassa. Korkea markkinaosuus voi siten perustua liian suppeaan markkinamäärittelyyn, jolloin se on todisteena arvoton. Määräävän markkina-aseman todentaminen edellyttää, että markkinamäärittely pyritään tekemään mahdollisimman huolellisesti ja että huomiota lisäksi kiinnitetään yrityksen asemaa vahvistaviin kilpailuetuihin ja toisaalta kilpailijoiden asemaan ja mahdollisuuksiin.

Taloustieteessä huomattavaa markkinaosuutta pidetään merkittävänä indisiona, mutta ei yksinään riittävänä näyttönä määräävästä asemasta. On mahdollista, että yritys myy tuotteitaan marginaalikustannuksin eli erityisen kilpailukykyisin hinnoin. Jos se nostaisi hintojaan, tulisi alalle uusia yrittäjiä. Yrityksen markkinavoimaan vaikuttavat markkinaosuuden ohella esim. kysyntäjousto, alallepääsyn esteet ja yrityskohtaiset kilpailutekijät. Suuri markkinaosuus voi johtua suppeasta markkinoiden määrittelystä. Viidenkymmenen prosentin rajaa on ainakin osittain käytetty myös taloustieteellisessä kirjallisuudessa eräänlaisena nyrkkisääntönä.[244]

Kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet eivät kuitenkaan perusteettomasti ole korostaneet markkinaosuuden merkitystä. Jos esimerkiksi yrityksen markkinaosuus kypsillä markkinoilla on useamman vuoden ajan ollut 90 %, voidaan olettaa, ettei näin korkea osuus selity sattumalla, vaan että taustalla on rakenteellisia tekijöitä ja kilpailuetuja.[245] Markkinaosuudella on myös merkitystä edellä käsitellyn kysynnän ja tarjonnan elastisuuden kannalta. Mitä suurempi määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinaosuus, sitä epäelastisempaa sen kohtaama kysyntä yleensä on. Tällöin suhteellisesti pienemmällä tuotanto-

---

[244] Ks. tämän tutkimuksen teoreettista osaa, erityisesti pääjaksoa III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua ja sen alajaksoa 3.2.1 Kuinka korkea markkinaosuus viittaa määräävään asemaan?

[245] Yksinään tarkasteltuna erityisen korkea markkinaosuus on todennäköisesti parempi määräävän aseman indikaattori kuin esimerkiksi hinnoittelun ja imaginääristen marginaalikustannusten välisen eron selvittely. Tämä johtuu muun ohella siitä, että markkinaosuus (sikäli kuin relevanttien markkinoiden määrittelyä voidaan pitää luotettavana) kertonee yleensä enemmän yrityksen asemasta markkinoilla kuin tutkinnan kohteena olevan yrityksen hintojen ja kustannusten vertailu.

määrän rajoituksella voidaan saada aikaan suurempi hinnankorotus.[246] Markkinoille tulon ollessa rajoitettua kilpailijat eivät pystyisi ainakaan lyhyellä aikavälillä lisäämään tuotantoaan riittävästi, jos enemmistö hinnankorotuksen kohteeksi joutuneista asiakkaista haluaisi vaihtaa toimittajaa. Huomattava markkinaosuus antaa määräävässä asemassa olevalle yrityksille myös strategisen kilpailun vaatimat taloudelliset resurssit. Näitä resursseja ei tarvitse välttämättä hyödyntää, vaan niiden tekeminen tiettäväksi kilpailijoille saattaa olla riittävää. Mikäli markkinaosuus on säilynyt useamman vuoden ajan korkeana, kelpaa se indisioksi määräävästä asemasta. Tällöin todistustaakka korkean osuuden selittymisestä kilpailijoita halvemmalla hinnoittelulla, sattumalla tai muulla vastaavalla seikalla on asetettava tällaisiin selityksiin vetoavalle.

Kolme keskeistä kysymystä määräävän aseman *mittaamisessa* ovat markkinaosuus, potentiaalinen kilpailu ja kysyntäjousto.[247] Kolme määräävää asemaa *selittävää* tekijää ovat yrityksen nauttimat kilpailuedut, markkinoille pääsyn esteet ja asiakkaiden riippuvuus. Kilpailuedut tuovat yritykselle korkean markkinaosuuden, alalle pääsyn esteet rajoittavat potentiaalista kilpailua ja asiakkaiden riippuvuus ilmenee alhaisena kysyntäjoustona. Jos kysyntä on joustavaa, hinnankorotukseen tyytymätön asiakas voi siirtyä korvaaviin tuotteisiin tai vähentää ostojaan. Kysyntäjousto kuvaa juuri hyödykkeen suhteellista merkittävyyttä ja kilpailevien vaihtoehtojen korvaavuutta. Kysyntäjouston kannalta merkitystä lienee usein sillä, kuinka tärkeä kyseinen hyödyke on asiakkaan kannalta. Asiakas voinee helpommin luopua ylihinnoitellusta ylellisyys- tai harrastetavarasta kuin välttämättömyyshyödykkeestä.[248] Talouden toimivuuden kannalta keskeisten tuotannontekijöiden hallinta tuo yritykselle olennaisesti enemmän markkinavoimaa kuin sinänsä mielenkiintoisen mutta toisarvoisen hyödykkeen hallinta. Mitä välttämättömämpi hyödyke on ja mitä vaikeampi se on korvata substituutilla, sitä enemmän markkinaosuuskriteeri kertoo.

Franklin M. Fisher on kritisoinut tuomioistuimia siitä, että ne kiinnittävät liikaa huomiota markkinaosuuksiin. Tämä on johtanut kilpailuanalyysin liialliseen yksinkertaistamiseen, virheratkaisuihin ja siihen, että kilpailuasian osapuolet pelaavat oikeudenkäynneissä strategisia pelejä, joiden tarkoituksena on

---

[246] *Landesin ja Posnerin* kuuluisassa esimerkissä oletetaan, että pienemmän kilpailijan tarjonnan elastisuus on (esimerkin selkeyden vuoksi) nolla, jolloin määräävässä asemassa olevan yrityksen kysynnän elastisuus muodostuu markkinoiden elastisuudesta jaettuna yrityksen markkinaosuudella. Jos yrityksen markkinaosuus on 90 prosenttia, yhden prosentin hinnankorotus saadaan aikaiseksi vähentämällä tuotantoa sama yksi prosenttia. Sen sijaan jos markkinaosuus on 45 prosenttia, yhden prosentin hintojen nousun aikaansaaminen edellyttää kahden prosentin suuruista tuotannon alentamista.

[247] Ks. Utton (1995) s. 71.

[248] Eroa kuvaa tunnettu esimerkki juomaleilin ja timantin suhteellisesta arvonmuutoksesta eksyttäessä autiomaassa. Vaikka yrityksellä voi teknisesti olla korkea markkinaosuus jollain eksoottisella markkinasegmentillä, asemaa ei voida väärinkäyttää, jos hyödyke on kuluttajan kannalta vähämerkityksellinen tai jos kilpailijat voivat ryhtyä helposti valmistamaan sitä.

osoittaa, että vastapuolella on tuomitsemisen/vapauttamisen edellyttämä korkea/matala markkinaosuus.[249] Parempana vaihtoehtona Fisher on suositellut sitä, että markkinavoima määritellään suoraan hintavallan perusteella.[250] Voidaanko kritiikkiin yhtyä? Ääritapauksissa kyllä, mutta asia ei ole näin yksinkertainen eikä rakenteelliselle analyysille useinkaan ole riittäviä vaihtoehtoja. Tuomioistuimet viittaavat markkinaosuuteen muiden tekijöiden surrogaattina, koska markkinaosuus on helpommin selvitettävissä kuin suorat tavat mitata yrityksen markkinavoimaa.[251] Myös yritysten tulee pystyä ennakoimaan lain soveltamista voidakseen jo etukäteen sopeuttaa toimintansa kilpailulainsäädännön vaatimuksiin. Joustavuuden ja osumatarkkuuden kannalta voitaisiin puoltaa tulkintaa, jossa korkeakaan markkinaosuus ei itsessään todistaisi yhtään mitään, vaan että jokaisessa tapauksessa on tehtävä täydellinen kilpailuanalyysi. Monet ekonomistit kannattavat tätä lähestymistapaa. Täydellisen kilpailuanalyysin haittana on hitaus, kalleus ja yksinkertaisia sääntöjä heikompi ennustettavuus. Yrityksen kilpailuoikeudellisen aseman määrittäminen edellyttäisi siten aina erikoistuneiden konsulttien käyttämistä. Sovellettaessa markkinaosuuspresumptiota yritysten ja viranomaisten on helpompi sopeuttaa toimintansa lain vaatimuksiin. Yritys tietää olla varuillaan markkinaosuuden noustessa yli 40 %:n. Osuuden noustessa yli 50 %:n yritys tietää todennäköisesti olevansa määräävässä asemassa. Lain ominaispiirteisiin kuuluu, että selvien sääntöjen ja ennustettavuuden nimissä yrityksistä kattaa todellisuus täydellisesti luovutaan. Normit ovat aina yksinkertaistuksia, myös kilpailuoikeudessa.[252]

---

[249] Ks. Fisher (2002) s. 38–42, 50–53. Antitrusti-oikeudenkäynneissä esitettyjen tarkoitushakuisten markkinamäärittelyjen osalta ks. Fisherin valaisevia esimerkkejä sivuilla 43–49.

[250] Ks. Fisher (2002) s. 41–42.

[251] Ks. Kuoppamäki (2002) s. 58–60.

[252] Olen pyrkinyt täsmentämään kantani Fisherin kritiikkiin ja markkinaosuuksiin seuraavasti: "I agree that the importance of market shares is sometimes overplayed by courts but I do not think that the approach is flawed as such. First, as the European Court of Justice stated in the Hoffmann–La Roche case, very high market shares give the dominant firm often a cost advantage and make customers dependable because at least in the short term much smaller competitors lack the production capacity to substitute for the price rising dominant firm. Secondly, if the same firm holds a substantial market share on a reasonably well defined market for several years, normally this is not a mere coincidence but there is a reason for it. Not invariably but normally competitive advantages of the market leader explain why the same outcome is reached again and again. Of course, in the antitrust analysis decisive factors are (or at least should be) facts behind the numbers. For instance, a persistently high market share in an operating systems market – as professor Fisher elaborates – may be explained by network effects, relatively low price elasticity of customers caused by high switching costs, intellectual property rights, bundling, various kinds of entry barriers etc. The persistently high market share confirms us that our hypothesis regarding the network effects is correct, or conversely, the facts behind the numbers tells us that in the present case we can rely on high market shares. Thirdly, we need simple rules for a complex world. Most economists (and lawyers) would nowadays agree that market shares alone are not a reliable proof of market dominance and that one needs to make a fully fledged economic analysis in order to get it right. But in the incomplete world you necessarily do not have the time

Markkinaosuuspresumption mielekkyys lepää markkinamäärittelyn mielekkyyden varassa. Ennen sanktioiden määräämistä on suoritettava yksityiskohtainen kilpailuanalyysi.

Markkinaosuuden laskemiseksi määritellään relevanttien markkinoiden kokonaisvolyymi, joka koostuu kaikista myydyistä tai ostetuista tuotteista tai palveluksista kyseisellä alueella. Markkinavolyymiin tulee lisätä tuonti alueelle, ja siitä tulee vähentää vienti relevanttien markkinoiden ulkopuolelle. Markkinavolyymia voidaan mitata kokonaismäärinä tai -liikevaihtona. Yksittäisten yritysten markkinaosuudet määritellään saman mittaustavan mukaan kuin markkinoiden kokonaisvolyymi. Laskeminen liikevaihdon perusteella mahdollistaa differentoitujen hyödykkeiden vertaamisen keskenään. Haittana toisaalta on riski siitä, että myönnetyt alennukset vääristävät saatavia markkinaosuuksia. Homogeenisten tuotteiden osalta määrien mukaan laskeminen johtaa usein parempiin lopputuloksiin. Jos laskeminen määrien tai arvon mukaan johtaa erilaisiin lopputuloksiin, tulee etusija antaa sille laskemistavalle, joka luotettavammin mittaa yrityksen markkinavoimaa. Rajatapauksissa tulee molempia mittaustapoja käyttää rinnakkain.[253]

4.2 ALALLE PÄÄSYN ESTEET JA POTENTIAALINEN KILPAILU

Määräävässä asemassa oleva yritys voi helpommin kerätä monopolivoittoja, jos se tietää, etteivät korkeat hinnat houkuttele alalle uusia yrittäjiä. Alalle pääsyn

---

(or resources) to consult antitrust specialists on a daily basis. At the same time companies want to have a quick look at their legal position and antitrust authorities need to sieve out potential problems. My point is that optimal accuracy normally runs counter to legal certainty. An economically "perfect" antitrust standard may decrease costs that are caused by false incentives but at the same time it might greatly increase both transaction and enforcement costs. Rules like "a 50 % market share constitutes a refutable presumption of market dominance in the meaning of Article 82 of the Rome Treaty" are there to make our life easier and more predictable. The point is not whether a market share rule is self-sufficient (of course it is not) but whether it works reasonably well in the majority of the cases and so serves its purpose. It is the very essence of law that legal rules are (sometimes even artificially) general and conservative. I think that the reliance on market shares is in fact a very useful proxy as long as we look both at facts and numbers and search also for other evidence. In Finland the Competition Council has stated that a very high market share (from 70 to 90 %) in most cases strongly points to the conclusion of market dominance but even in those cases a fully fledged analysis has been performed and also dynamic factors have been taken into account. On the other hand, we can make intelligent conclusions on the basis of the market structure only if the structural analysis is correctry performed. In that sense, market definition can be seen as the Achilles heel of competition law." Kuoppamäki (2002) s. 57–58. Alaviitteitä poistettu.

[253] Oikeuskäytännön osalta ks. erityisesti *Hoffmann–La Roche*, 461, 503 ja 526 ss. Markkinaosuuksien laskemisen osalta ks. myös komission merkityksellisiä markkinoita koskeva tiedonanto, kohdat 53–55.

esteet voidaan määritellä vaikeuksiksi, joita yritys kohtaa tullessaan markkinoille. Alallepääsyn esteet muodostuvat
1) legaalisista alalletulon esteistä,
2) absoluuttisista kustannuseduista,
3) suhteellisista kustannuseduista,
4) strategisesta käyttäytymisestä, joka estää alalletuloa.

Jos monopoli on lailla suojattu, on selvää, etteivät muut yritykset pääse markkinoille. Kiistanalaisempi kysymys on, missä määrin erilaiset taloudelliset tekijät estävät toiminnan aloittamisen. Alallepääsyn esteinä voidaan pitää esimerkiksi markkinoille tulon vaatimia korkeita alkuinvestointeja, jos niiden kuolettaminen myyntituotoilla on epävarmaa. Tällöin investoinnista voi aiheutua ns. uponneita kustannuksia. Uponneet kustannukset ovat kustannuksia, joita ei saada takaisin myymällä hankittu omaisuus relevanttien markkinoiden ulkopuolelle ja jotka siten kohdistuvat juuri toiminnan aloittamiseen kyseisillä markkinoilla.[254] Tietyn toiminnan vaatima vähimmäislaajuus (minimum efficient scale) voi olla este, jos markkinoilla ei ole tilaa uusille yrityksille. Tosiasiallisia esteitä voi syntyä, jos esim. jalosteiden valmistaja hallitsee raaka-aineita tai uudelta tulokkaalta puuttuvat jakelukanavat. Kustannuksia aiheutuu myös alalta poistumisen esteistä. Esimerkiksi terästehdasta ei kannata perustaa tilapäistä tarvetta varten, sillä tehtyä investointia ei voida hyödyntää muuhun tarkoitukseen. Mikäli alalletulo epäonnistuu, tehtaan perustamismenot aiheuttavat lähes täyden arvon suuruisen alalta poistumisen kustannuksen. Sen sijaan esimerkiksi lentokoneita voidaan siirtää pienemmin kustannuksin reitiltä toiselle.

Edellä mainitut tekijät ovat absoluuttisia kustannusetuja, jotka markkinoille ensimmäiseksi etabloitunut yritys saavuttaa. Suhteellisilla kustannuseduilla tarkoitetaan tekijöitä, jotka sinänsä ovat kaikkien markkinoilla toimivien yritysten hankittavissa, mutta joiden osalta markkinoilla ennestään toimivilla yrityksillä on kilpailuetu puolellaan. Suhteellisen kustannusedun tuovat esimerkiksi kotimaista tuotantoa suosivat kulutustottumukset. Tulokkaan on myytävä halvemmalla tai investoitava kotimaisia yrityksiä enemmän mainontaan vahvan tuotemerkin luomiseksi. Mitä laajemmin alallepääsyn esteitä tulkitaan, sitä todennäköisempää yleensä on, että yritys on määräävässä asemassa.

Harvardilaisen tulkinnan mukaan alallepääsyn esteinä pidetään kaikenlaisia tekijöitä, jotka tekevät sen erityisen vaikeaksi.[255] Chicagon koulun tulkinnan mukaan alallepääsyn estävien lain säännösten puuttuessa ja raaka-aineiden

---

[254] Uponneita kustannuksia voi aiheutua esimerkiksi investoinneista kyseisille markkinoille spesifisiin tuotantolaitoksiin, markkinoinnista, tutkimuksesta ja tuotekehittelystä, viranomaislupien hankinnasta tai tuotteen testauksesta.

[255] Päävirtaukset ovat jakautuneet lukuisiksi alakoulukunniksi. Ks. lähemmin Jickeli (1992) s. 101, 114.

ollessa saatavilla alalle pääsyn esteistä voidaan puhua vain silloin, kun uuden yrityksen olisi kannettava suuremmat kustannukset kuin jo alalla toimivien yritysten.[256] Katsotaan, että korkea markkinaosuus osoittaa pikemminkin tehokkuutta kuin markkinavoimaa. Jos markkinat ovat koeteltavat, hintojen korottaminen johtaisi uusien yritysten tuloon markkinoille. Pidentämällä riittävästi aikaperspektiiviä markkinat korjaavat itse häiriötilat.[257] Harvardilainen "vastamyrkky" on ollut strategisen kilpailun koulukunta, jossa painopiste siirretään markkinarakenteesta markkinakäyttäytymiseen. Määräävässä asemassa oleva yritys voi strategisella käyttäytymisellä vaikeuttaa kilpailijoiden alalletuloa. Esim. yli-investoimalla tuotantokapasiteettiin yritys voi viestittää kilpailijoille, ettei alalletulo kannata, koska seurauksena vain olisi hintasota. Yritys voi nostaa alalle tulijan kustannuksia integroitumalla ylä- tai alamarkkinoilla vertikaalisesti tai sitomalla jälleenmyyjät yksinomaissopimuksin, jolloin kilpailijalle aiheutuu ylimääräisiä kustannuksia uuden jakeluverkoston luomisesta. Mikäli yritys hallitsee kilpailijan tarvitsemaa hyödykettä, esim. tele- tai sähkön siirtoverkkoa, alalletulo voidaan estää syrjivän siirtohinnoittelun avulla.

EY:n käytännössä alallepääsyn esteiden käsitettä on tulkittu *laajasti*. *United Brands* -tapauksessa tuomioistuin kiinnitti huomiota vaikeuksiin, joita uusilla yrityksillä olisi aloittaa vastaavanlaajuista toimintaa. Banaaniplantaasien perustaminen ja hoitaminen vaatisi erityisen suuria pääomainvestointeja, koska tuotanto pitäisi levittää laajalle alueelle satovahinkojen varalta. Mittakaavaedut toivat UBC:lle kilpailuedun. UBC:n vertikaalinen integraatio – laajat plantaasit, oma laivasto, tehokas jakeluketju ja oma markkinointi – antoivat sille mahdollisuuden kontrolloida banaanimarkkinoita istutuksesta kaupan hyllylle asti. "Chiquita" oli käsite kuluttajien keskuudessa. Nämä olivat kaikki tekijöitä, joita tulokkailla ei olisi käytettävinään.

Toisaalta kussakin tapauksessa tulee erikseen arvioida, onko tuotannon laajuudesta todellista hyötyä, vai voitaisiinko samat toiminnot hoitaa pienemmin kiintein kustannuksin. Kirjallisuudessa on arveltu esimerkiksi, ettei UBC:lla ollut mitään konkreettista hyötyä banaanilaivastostaan, koska vastaavat laivat olisi voinut vuokrata edullisesti.[258] EY:n käytännössä on kiinnitetty huomiota myös mm. mainontaan,[259] kilpailijoiden alalletuloa vaikeuttaviin yk-

---

[256] Ks. tästä kannasta esim. Stigler, The Organization of Industry (1968) s. 67: "A barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry."

[257] Ks. esim. Posner (1976) s. 163–197. Toisaalta olennaista ei ole se, rapautuuko määräävä asema jollain aikavälillä, vaan se, ehtiikö markkinavoimasta aiheutua vahinkoa kuluttajille ennen kuin markkinat korjaavat tilanteen. Epäselvää on myös se, mitä pitkällä aikavälillä tarkoitetaan. "In the long run, we are all dead" (John Maynard Keynes). Chicagon kiistaton anti on sen osoittamisessa, ettei markkinavoimaa voida tarkastella pelkästään valokuvanomaisesti kiinnittämättä lainkaan huomiota aikaperspektiiviin.

[258] *United Brands* ja *Hoffmann-La Roche* tapausten kritiikin osalta ks. Korah (1980) s. 395.

[259] *Philip Morris*, 142&156/84, Kok. 1987 s. 4487.

sinoikeussopimuksiin,[260] alalletulon kannattavuutta vähentävään ylikapasiteettiin[261] ja teknisiin markkinoille tulon esteisiin.[262]

Alallepääsyn esteiden korkeus vaikuttaa potentiaalisen kilpailun voimakkuuteen. Potentiaaliset kilpailijat ovat yrityksiä, joilla on edellytykset tulla markkinoille ja joiden tuoma "potentiaalinen uhka" vaikuttaa disiplinoivasti relevanteilla markkinoilla toimiviin yrityksiin. Potentiaalisen kilpailun vaikutus on sitä suurempi, mitä helpompaa markkinoille tulo on ja mitä pikemmin se tapahtuu.[263] Potentiaaliset kilpailijat ovat yleensä yrityksiä, jotka valmistavat samankaltaisia tuotteita tai toimivat alueellisesti naapurimarkkinoilla.

Vaikka naapurialueilla toimisi vahvoja yrityksiä, joilla periaatteessa olisi mahdollisuudet alalle tuloon, voivat ne olla haluttomia ottamaan investointiin liittyvää taloudellista riskiä. EY:n käytännössä potentiaalinen kilpailu huomioidaan määräävään asemaan vaikuttavana tekijänä vain silloin, kun erityiset syyt osoittavat, että uuden yrityksen tulo markkinoille todellakin on konkreettisesti havaittavissa.[264] Potentiaalisen kilpailun merkitys korostuu rajatapauksissa, jolloin ei ole varmuutta määräävästä asemasta. Jos yrityksen erityisen korkeaa markkinaosuutta on pidetty osoituksena määräävästä asemasta, ei periaatteellinen potentiaalisen kilpailun olemassaolo estä 82 artiklan soveltamista. Jos yrityksen markkinavoima vaikuttaa lyhyen ajan, arvioi komissio sen hyväksyttävyyden samalla aikavälillä.[265]

Vertailukohtana saman tyyppisestä määräävän aseman selvittämiseen liittyvästä kokonaisharkinnasta voidaan tarkastella kotimaista tapausta *Neste/SEO*.[266] Neste Oy valmisti noin 90 % Suomessa myytävistä moottoripolttonesteistä. Kotimaassa korvaavia hankintalähteitä ei ollut. Toisaalta Neste Oy:n lisenssiin perustuva yksinoikeus oli poistettu ja tuonti ulkomailta tullut mahdolliseksi. Suomessa toimivat kansainväliset yhtiöt olivat ajoittain käyttäneet tätä mahdollisuutta. Kilpailuneuvoston ratkaistavana oli kysymys siitä, rajoittuvatko moottorinestepolttoaineiden markkinat Suomen alueelle, vai olivatko ne tätä laajemmat. Kilpailuneuvosto harkitsi markkinamäärittelyyn vaikuttavia kysymyksiä kokonaisuutena ja päätyi siihen, että tukkumarkkinat rajoittuivat edelleen Suomen alueelle.

---

[260] *Schöller v. komissio*, T-9/93, Kok. 1995 II-1611.

[261] *Matra Hachette v. komissio*, T-17/93, Kok. 1994 II-595.

[262] Ks.esim.*Hoffmann-La Roche, Tetra Pak I ja II.*

[263] Ks. yleisesti esim. Utton (1995) s. 122–130; Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 101–111; Fishwick (1993) s. 77, 78–83, 89–90.

[264] Potentiaalisen kilpailijan päätöstä, ryhtyykö se kilpailemaan uusilla markkinoilla niiden markkinajohtajan kanssa, sääntelevät paitsi kustannustekijöihin myös riskin kannattavuuteen liittyvät näkökohdat. EY:n komission Chigagon koulusta eroavan näkemyksen mukaan alalletulon todennäköisyyden arvioimiseksi tulee ottaa huomioon suuri joukko keskenään ristiriitaisia tekijöitä, jolloin luotettavien arvioiden antaminen on vaikeaa. Markkinavoimaa omaava yritys myös omalta osaltaan ottaa potentiaalisen kilpailun laskelmissaan huomioon vain silloin, kun uuden yrityksen tulo markkinoille on erityisistä syistä odotettavissa. Ks. jo Schröter, G/T/E, Art. 86 Rdnr. 83 ss.

[265] Ks. tältä osin *Tetra Pak II*, EYVL 1992 L 72/1, komission päätöksen kohdat 92–97.

[266] D:o 12/359/93, Kuoppamäki (1996) s. 246.

Tosiasiallisen tuontimonopolin poistumisen jälkeen muut Suomessa toimivat suuret öljy-yhtiöt olivat investoineet vanhoihin 1950-luvun varastoihinsa saavuttaakseen moottoripolttonesteiden suoran tuonnin edellyttämän tuontivalmiuden. Tuontimahdollisuuden syntyminen 1990-luvun alussa heijastui lähes välittömästi moottoripolttonesteiden tukkuhintoihin. Nesteen mukaan mahdollisuudesta vapaasti tuoda bensiiniä ulkomailta seurasi, että maantieteelliset markkinat ulottuivat aina Rotterdamiin asti tai käsittivät ainakin Pohjois-Euroopan alueen. Nesteen väitteen hyväksyminen olisi käytännössä merkinnyt sitä, että yhtiön markkinaosuus jäisi määräävältä asemalta edellytettävän kynnyksen alapuolelle. Nesteen argumentointi seurasi contestability-teoriaa. Tuonnin vapaudesta johtuen yhtiöllä ei olisi muuta vaihtoehtoa kuin hinnoitella kansainvälisten markkinoiden mukaan.

Nesteellä oli Suomen tukkumarkkinoilla noin 90 %:n markkinaosuus bensiinilaatujen osalta ja noin 70 %:n osuus diesel-polttonesteestä. Suomen syrjäinen sijainti, Nesteen vahva asema ja alallepääsyn esteet rajoittivat tuonnin kannattavuutta. Öljynjalostuksen pääomavaltaisuus, Nesteen tuotannon suuri volyymi ja siitä aiheutuva yksikkökustannusten alhaisuus vaikuttivat samaan suuntaan. Nesteen asemaa vahvisti myös integroituminen vähittäismyynti-markkinoille. Yhtiöllä oli noin 40 % vähittäismyynnistä ja joka tapauksessa siten vähintään vastaava osuus myös tukkumarkkinoista. Suomalaiset bensiinin laatuvaatimukset poikkesivat osittain eurooppalaisista standardeista. Kansainväliselle öljy-yhtiölle aiheutuisi ylimääräisiä kustannuksia erillisten erien valmistamisesta Suomea varten. Tuonnin aloittaminen edellytti sitä, että yritys täyttää lainsäädännössä asetetut varmuusvarastointia koskevat velvoitteet. Täysin satunnainen tuonti ei siten olisi mahdollista, vaan yrityksen täytyisi joko rakentaa öljyvarastot itse tai vuokrata muilta varastokapasiteettia. Öljyn tuonnin aloittaminen ei siten määräytynyt yksinomaan kotimaisten ja kansainvälisten tukkuhintojen välisen eron perusteella, vaan tuonnin aloittamiseen liittyi investointikynnys. Erillisten markkinoiden puolesta puhui myös kauppavirtojen epäsymmetrisyys. Suomesta vietiin selvästi enemmän polttonesteitä kuin mitä maahan tuontiin; Nesteen tuotanto ylitti selvästi kotimaisen tarpeen.[267]

Nesteen toimintaa voidaan tarkastella strategisen kilpailun teorian näkökulmasta. Yritys tuotti selvästi yli maan polttonestetarpeen ja vei ylijäämän ulkomaille. Strategisen kilpailun näkökulmasta kuvatunlainen käyttäytyminen tuo kustannusedun ja viestittää muille yrityksen sitoutumista pitää kiinni hallitsevasta asemastaan markkinoilla. Teorian mukaan tämänkaltaisen suojavarustuksen rakentaminen on omiaan vähentämään muiden halukkuutta investoida samoille markkinoille. Potentiaaliset kilpailijat voivat luottaa siihen, että määräävässä asemassa oleva yritys tulee uponneista kustannuksista aiheutuvien alalta poistumisen esteiden vuoksi puolustamaan kärkevästi asemiaan.

---

[267] Neste valitti markkinamäärittelystä KHO:een mm. sillä perusteella, ettei kauppavirtojen epäsymmetrisyyttä voitaisi käyttää markkinamäärittelyn kriteerinä. KHO kuitenkin hylkäsi Nesteen valituksen. Kauppavirtojen epäsymmetrisyyttä voidaankin pitää varsin tavanomaisena argumenttina markkinamäärittelyn yhteydessä.

Tuonnin vapauttaminen oli rajoittanut Nesteen hinnoitteluvapautta. Hinnoitteluvapaus ei kuitenkaan poistunut täydellisesti, vaan oli ainoastaan rajoittunut. Syntyi limit-pricing-mallin kaltainen tilanne, jossa Neste asetti hintansa juuri sille tasolle, jolla kilpailijoiden oma tuonti ei kannattanut. Muiden tuontivalmiuden omaavien yhtiöiden kannatti hyväksyä Nesteen tarjoama hinta, koska ostosopimus oli niille omaa tuontia edullisempi. Muut tuontivalmiuden omaavat yhtiöt tiesivät Nesteen tilanteen ja osasivat käyttää sitä neuvotteluvalttina hintaneuvotteluissa. Kilpailuneuvoston päätös kuvastaa sitä, ettei kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin viittaus mahdollisuuteen vaikuttaa hintatasoon suinkaan tarkoita sitä, että yrityksellä täytyisi olla samanlainen hinnoitteluvapaus kuin monopolistilla taloustieteellisissä malleissa. Kilpailuneuvosto totesi nimenomaisesti, että riittävää on *suhteellinen hinnoitteluvapaus*, strateginen pelivara, jonka nojalla yrityksellä on marginaalia ja harkintavaltaa sen suhteen, mille tasolle yhtiö asettaa hintansa osana muuta toimintastrategiaansa.

Nesteellä oli vahvan markkina-asemansa perusteella mahdollisuus asettaa hintansa tasolle, jolla kilpailevat öljy-yhtiöt eivät pidä tuontia liiketaloudellisesti perusteltuna vaihtoehtona. Yhtiöllä oli määräävälle markkina-asemalle tyypillinen suhteellinen hinnoitteluvapaus, jonka turvin se voi ohjata tukkuhintoja ja sitä kautta vaikuttaa myös vähittäishintoihin siinä määrin, että yhtiön asemaa uhkaava kilpailu tulee estetyksi tai torjutuksi. Edellä mainituin perustein kilpailuneuvosto katsoi, että Nesteellä on lain 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu määräävä markkina-asema moottoripolttonesteiden tukkumarkkinoilla Suomessa suhteessa kaikkiin Suomessa toimiviin polttonesteiden tukkumyyjiin.

Kilpailuneuvoston päätöksessä otettiin torjuva kanta *Baumolin ym.* edustamaan markkinoiden koeteltavuutta koskevaan teoriaan.[268] Nesteen ydinargumentti oli, että tuonnin vapauttaminen poisti Nesteen hintavallan. Kuitenkin laillisten markkinoille pääsyä koskevien esteiden poistaminen johtaa vain harvoin pitkään ylläpidetyn määräävän aseman välittömään rapautumiseen. Monopolivoittojen turvin rakennettu tuotantokapasiteetti sekä vuosien saatossa saavutetut paikalliset mittakaava- ja muut kustannusedut luovat yleensä määräävässä asemassa olevalle yritykselle pitkäaikaisen kilpailuedun. Alallepääsyn ja niiltä poistumisen esteet vähentävät markkinoiden koeteltavuutta. Epäilemättä Nesteen asema oli tuonnin vapautumisen jälkeen radikaalisti erilainen kuin aikoina, jolloin tuontilisenssejä myönnettiin vain valtionyhtiölle, joka vastasi näkyvästi Neuvostoliiton kanssa käytävästä bilateraalikaupasta. Tästä oli kuitenkin vielä pitkä matka määräävän markkina-aseman poistumiseen.

Nähdäkseni kilpailuneuvoston tarkastelutapa eroaa perinteisestä staattisesta, yksin markkinarakenteeseen tuijottavasta tarkastelukulmasta. Nesteen markki-

---

[268] Tätä on käsitelty tutkimuksen teoreettisessa osassa. Ks. III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua, alajakso 3.2.3.2 Markkinoiden koeteltavuus.

naosuus oli hyvin korkea, yli 90 %, mitä suoraviivaisemmalla tulkinnalla voitaisiin pitää suorana osoituksena määräävästä asemasta. Ottaen huomioon maantieteellisten markkinoiden määrittelyn kriittisyys tapauksessa, staattinen lähestymistapa pitäisi sisällään liian suuren virhepäätelmän riskin. Korkeaan markkinaosuuteen johtava analyysi onkin syytä varmistaa asiakkaiden vaihtoehtoja ja kilpailijoiden reaktiomahdollisuuksia koskevalla dynaamisella tarkastelulla.

Johtopäätöksenä on se, että *markkinoiden rakenteesta* aiheutuvia alallepääsyn esteitä tulee tarkastella *arvoneutraalisti*. Huomiota ei lähtökohtaisesti tule kiinnittää siihen, johtuvatko alallepääsyn esteet kuluttajia hyödyttävästä tai haittaavasta toiminnasta. *Strategisen käyttäytymisen* arvioinnin yhteydessä joudutaan kiinnittämään huomiota toiminnan *vaikuttimiin* ja *vaikutuksiin*. Kilpailijoiden kustannusten nostattaminen (raising rivals' costs) voi täyttää määräävän aseman tunnusmerkistön.[269] Alalletulon estäminen ei tarjoa kuitenkaan mitään patenttilääkettä tai yleistä viitekehystä. Jokaisen yrityksen liiketoiminnallisena tavoitteena on oman aseman parantaminen ja kilpailijoiden laudalta lyöminen. Tämän vuoksi huomio joudutaan suuntaamaan siihen, millä keinoilla poissulkeminen tapahtuu.

4.3 TEKNISET RESURSSIT

Hoffmann-La Roche -tapauksessa kiinnitettiin huomiota yrityksen tekniseen etumatkaan kilpailijoihin nähden. Yrityksen asemaa vahvistivat huomattavat tutkimus- ja tuotekehitysresurssit. Tapauksessa *Tetra Pak I* katsottiin, että Tetra Pakin kehittämä menetelmä sterilisoidun maidon purkittamisessa antoi sille merkittävän etulyöntiaseman kilpailijoihin nähden. Perustelu teknisten innovaatioiden huomioon ottamiselle on se, että tekninen innovatiivisuus ja etumatka kilpailijoihin nähden lisäävät yrityksen markkinavoimaa.

EY:n tuomioistuin on pitänyt teknistä etumatkaa merkittävänä tekijänä mm. tapauksissa *United Brands*, Hoffmann-La Roche, *Michelin* ja Tetra Pak I. Ratkaisevaa lienee, onko tekninen tietämys vain yhden yrityksen käytettävissä, vai voivatko muutkin sitä vapaasti hyödyntää.[270] Tekijä on merkittävämpi kor-

---

[269] Ks. tästä edellä tutkimuksen teoreettisessa osassa III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua, alajakso 3.3.3 Määräävässä asemassa olevan yrityksen keinot vaikeuttaa kilpailijoiden markkinoillepääsyä.

[270] Whish pitää kiistattomana sitä, että teknologinen etumatka voi antaa markkinoilla jo toimivalle yritykselle ylilyöntiaseman potentiaalisiin kilpailijoihin verrattuna. Ks. Whish (2001) s. 158. Tämä pitänee paikkaansa, joskin varmuuden vuoksi on korostettava *voi*-sanaa. Esimerkiksi UMTS-teknologiaan investoiminen takaa markkinoilla toimivalle ja asianomaiset luvat hankkineelle yritykselle etumatkan siinä tapauksessa, että valittu teknologia ja siihen tehdyt investoinnit osoittautuvat myöhemmin järkeviksi. Tällöin asemaa voidaan vahvistaa sitomalla asiakkaat omaan teknologiaan. Mikäli investointi osoittautuu virheeksi, myöhemmin markkinoille tulevat yritykset, joilla ei ole rasitteenaan virheinvestoinnin aiheuttamia kustannuksia, voivat mahdollisesti tarjota palveluja alhaisemmin kattein.

kean teknologian aloilla kuin sellaisilla, joilla ei ole odotettavissa merkittävää teknistä kehitystä. Dynaamisessa kehitysvaiheessa olevilla markkinoilla odotettavissa oleva tekninen kehitys luo merkittävän uhan määräävässä asemassa oleville yrityksille. Kypsillä markkinoilla saavutetut asemat ovat yleensä pysyvämpiä.[271] Tätä ei pidä ymmärtää niin, etteikö määräävää asemaa voitaisi saavuttaa ja ylläpitää uuden teknologian markkinoilla. Esimerkiksi tietokoneiden käyttöjärjestelmissä niin kutsuttu verkostoefekti voi vahvistaa merkittävästi markkinajohtajan asemaa ja johtaa jopa monopolinluonteiseen tilanteeseen.[272]

Kirjallisuudessa EY:n käytäntöä on arvosteltu. On huomautettu, että tekninen tietämys ja know how saavutetaan menestyksellisen tuotekehittelyn tuloksena, eikä yritystä siitä pitäisi rankaista. Kritiikki on usein amerikkalaisperäistä.[273] Mahdollisuus saavuttaa määräävä asema lienee yksi kiihokkeista panostaa tutkimukseen ja tuotekehittelyyn.[274] Kiistanalaisempaa on se, missä määrin teknisten innovaatioiden luominen edellyttää määräävää asemaa.[275] Teorian kannattajat vetoavat yleensä *Schumpeterin* tuotantoon, jossa monopolit nähdään väliaikaisena ilmiönä.[276] Yrityskoon ja innovatiivisuuden välillä nähdään positiivinen yhteys. Vaatimuksena on kilpailupolitiikan lieventäminen korkean teknologian aloilla.[277] Vastustajat vetoavat esim. *Leibensteinin* X-tehottomuutta koskevaan argumenttiin. Markkinoiden keskittymisen ja innovatiivisuuden välillä ei ole havaittu positiivista korrelaatiota. Yrityksellä ei ole tarvetta parantaa suoritustaan, ellei se toimi kilpailun paineen alaisena.[278] Tässä edustetun *välittävän* kannan mukaan panostus tutkimukseen ja tuotekehittelyyn voi edellyttää yrityskoon kasvattamista erityisesti korkean teknologian aloilla. Tämä ei kuitenkaan saa tapahtua kohtuuttomasti kilpailun kustannuksella. Kasvun on oltava sisäistä tai rakennejärjestelyt on tehtävä rajat ylittäen siten, ettei kansallisia määrääviä asemia synny. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä voi olla kannustin pantata tutkimustuloksiaan. Kilpailu pakottaa innovaatioiden tuomiseen markkinoille aikaisemmassa vaiheessa.[279] Nähdäkseni korkean teknologian aloilla kilpailupolitiikan luonne muuttuu, mutta sen tarve ei vähene.

---

[271] Ks. esim. Whish (2001) s. 158; Bellamy/Child (2001) s. 709–710.
[272] Ks. esim. Rubinfeld/Hoven (2001) s. 79–81.
[273] Ks. esim. Jebsen/Stevens (1996).
[274] Ks. esim. Barney (2001) s. 59–61.
[275] Ks. esim. Rubinfeld/Hoven (2001) s. 74–76.
[276] Ks. Schumpeter (1942, 1947).
[277] Ks. esim. Ahlborn/Evans/Padilla (2001); Liebowitz/Margolis (2001); Porter (2001) ja (2001 b).
[278] Ks. esim. Geroski (1998). Ks. erityisesti yhteenvetojaksoa s. 147–161, s. 160 ss.: "The notion that size is a determinant of competitive strenght is a myth which is widely – and somewhat inexplicably – believed and it reveals itself in a number of practices. The interest in national champions is one practical manifestation of this type of thinking; the concentration of procurement contracts in the of few leading firms is another." Ks. myös esim. Baker/Salop (2001) ja Stenbacka (2001).
[279] Yli sata vuotta jatkuneen keskustelun yhteenvedon osalta esim. Jenny (1998); Ellig/Lin (2001) s. 16–44.

Kirjallisuudessa viitataan usein amerikkalaiseen *Alcoa*-tapaukseen.[280] Alcoa oli saavuttanut määräävän aseman Yhdysvalloissa kehittämällä aikaisempaa tehokkaamman alumiinin valmistusmenetelmän. Päätös on ongelmallinen, sillä yhtäältä Alcoan todettiin olevan monopoliasemassa ja monopoliasemaa pidettiin lähes itsessään kiellettynä. Toisaalta päätöksen kirjoittanut tuomari *Learned Hand* totesi, ettei yritystä saisi rankaista tehokkaasta toiminnasta. Sherman Actin 2 artiklassa kiellettynä monopolisointina: "...the succesful competitor, having been urged to compete, is not to be turned upon when he wins".[281]

Euroopassa EY:n komissiota on kritisoitu siitä, että tehokkuuspuolustuksen *("efficiency defence")* sijasta komissio tarkastelisi tehokkuutta kielteisenä ilmiönä *("efficiency offence")*.[282] Väärinkäyttövalvonnan osalta on kuitenkin huomattava, että Yhdysvalloissa kiellettyä on monopolisoiminen tai sen yrittäminen.[283] Eurooppalaisen kilpailuoikeuden kielelle käännettynä asia voitaisiin yksinkertaistaa siten, että kiellettyä on voimakkaan määräävän aseman tavoittelu tai vahvistaminen tuomittavina pidettävin keinoin. Euroopassa kiellettyä ei ole määräävä asema vaan ainoastaan väärinkäyttö. Euroopassa painopiste on monopolien torjumisen sijasta niiden sääntelemisessä.[284] Tällaisessa tarkastelussa on ymmärrettävää, ettei esimerkiksi teknistä innovointia voida tai tarvitse pitää tuomittavana. Muutoin kuin kilpailua rajoittavalla yrityskaupalla saavutettu määräävä markkina-asema hyväksytään annettuna tosiasiana. Rakenteellisesti lievemmän lähestymistavan kääntöpuolena on se, ettei yritys voi puolustella määräävän aseman väärinkäyttöä sillä, että yritys on aikoinaan saavuttanut määräävän aseman muita tehokkaammalla toiminnalla. Kysymyksen painopiste siirtyy sen tarkasteluun, missä kulkee aggressiivisen mutta hyväksyttävän kilpailun ja kilpailijan keinotekoisen poissulkemisen välinen raja. Aseman säilyttämistä muita tehokkaamman toiminnan avulla ei voida tai ainakaan tulisi pitää väärinkäyttönä.

---

[280] *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F2d. 416, 413 (2. Cir. 1945). Tapauksesta lienee kirjoitettu hyllymetreittäin.

[281] Ibid. s. 430. Epäselvästä kirjoitustavasta johtuen päätös tarjoaa runsaasti tilaa erilaisille tulkinnoille. Päätöksessä suositettiin Alcoan monopolin murtamista käyttämällä pilkkomisvaltuuksia. Myöhemmin pilkkomisesta kuitenkin luovuttiin, koska yritys oli sillä välin jo ehtinyt menettää monopoliasemansa.

[282] Ks. Jebsen/Stevens (1996) s. 486–487; yrityskauppavalvonnan osalta Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 116.

[283] Tehokkuusargumentilla on enemmän pelitilaa yrityskauppavalvonnan puolella. Yrityskaupan kilpailua vähentävien vaikutusten vastapainoksi voidaan vedota tehokkuuspuolustukseen. Kysymystä käsitellään lähemmin yrityskauppavalvonnan yhteydessä.

[284] Ks. esim. Amato (1997) s. 65–77; Jebsen/Stevens (1996); Fox (1986). Tämä on perinteinen lähtökohta, joskin voidaan nähdä, että käynnissä oleva globalisoituminen ja sen myötä kiihtyvä konvergoitumiskehitys tulee lähentämään järjestelmiä toisiinsa. Voikin hyvin olla, että jo nykyisellään edellä mainituissa lähteissä ylikorostetaan eroja amerikkalaisen ja eurooppalaisen määräävän aseman sääntelyn välillä. Toisekseen, yleistarkastelun lisäksi tarvittaisiin enemmän väärinkäyttötyypille spesifiä tarkastelua, jossa pistekohtaisesti luodataan yhtäläisyyksiä ja eroja.

Määräävän markkina-aseman olemassaolo on pyrittävä määrittelemään objektiivisesti, jolloin myös markkinoiden toimivuuden ja yhteiskunnan kokonaishyödyn kannalta neutraalit ja positiiviset toimenpiteet ja asiantilat otetaan huomioon määriteltäessä yrityksen markkinavoimaa. Määräävän markkina-aseman ja sen väärinkäytön erottaminen toisistaan mahdollistaa määräävän aseman määrittämisvaiheessa neutraalin tarkastelutavan, jossa kaikki yrityksen asemaa vahvistavat kilpailuedut otetaan huomioon, olivatpa ne sitten kokonaisvaikutuksiltaan positiivisia tai negatiivisia. Ongelmana säilyy se, että monia menettelytapoja, esimerkiksi yksinomaisuussopimuksia, pidetään lähtökohtaisesti kiellettyinä silloin kun kyse on määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, mutta lähtökohtaisesti sallittuina silloin, kun yrityksellä ei ole määräävää asemaa. Tätä voidaan pitää ongelmana silloin, kun määräävä asema on saavutettu kilpailijoita tehokkaamman toiminnan avulla. Toisaalta voidaan argumentoida, että yrityksellä on täysi oikeus hyödyntää innovaatiotaan esim. hakemalla patentteja, estämällä kilpailijoiden lainvastainen jäljittely, perimällä lisenssimaksuja tms. Määräävän aseman väärinkäyttökiellolla ei puututa toimenpiteisiin, jotka vahvistavat markkinavoimaa suorituskilpailun keinoilla. Näin ollen tehokkuussyiden huomioon ottaminen määräävän aseman määrittelyssä ei ole perusteetonta. Päinvastoin, neutraali suhtautuminen markkinavoimaan edellyttää sitä. Eri asia on se, että mahdollisen väärinkäytön arvioinnin yhteydessä on pystyttävä erottamaan toisistaan valituilla mittareilla tehokkuutta lisäävät ja sitä vähentävät menettelytavat ja keskitettävä kontrolli jälkimmäiseen tapausryhmään. Tämä ei vaikuta yksinkertaiselta tehtävältä. Kysymykseen palataan myöhemmin väärinkäytön yhteydessä.

4.4 YRITYKSEN KOKO JA TALOUDELLISET RESURSSIT

Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* tuomioistuin ei pitänyt merkityksellisenä sitä, että yritys oli maailman suurin vitamiinien ja lääkeaineiden valmistaja tai että sillä oli kilpailijoita laajempi tuotevalikoima. Pelkkä yrityksen koko ei vielä merkitse, että sillä olisi määräävä asema jonkin tuotteen osalta. Sen sijaan *Michelin* -tapauksessa tuomioistuin otti huomioon mittakaava- ja muut edut, jota Michelin NV:llä oli "osana suurta kansainvälistä konsernia, joka toimii eri puolilla Eurooppaa ja jopa maailmanlaajuisesti". *United Brands* ja *Continental Can* -tapauksissa tuomioistuin otti huomioon yrityksen mahdollisuudet saada edullista lainaa kansainvälisiltä pääomamarkkinoilta. Yrityksen koko ja taloudelliset resurssit ovat merkityksellisiä, jos ne antavat yritykselle konkreettisesti hyödynnettävissä olevan kilpailuedun.

Määräävän aseman syntymistä voi hillitä kauppakumppaneiden *vastavoima*. Esimerkiksi merkittävän toimittajan asemaa voi hillitä se, että vastapuolella on kauppaketjuja, joilla on ostovoimaa. Tapauksessa *Italian Flatt Glass* komissio oli

katsonut, että kolmella italialaisella tasolasin valmistajalla oli yhdessä jaettu määräävä markkina-asema. Tasolasia myydään mm. autotehtaille, jotka valmistavat siitä auton ikkunoita. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi komission päätöksen mm. sillä perusteella, ettei komissio ollut lainkaan kiinnittänyt huomiota siihen, että Fiat-konserni voisi vaihtaa toimittajia, jos hintoja pyrittäisiin korottamaan.[285] Pyrkimys hankkia vastavoimaa markkinavoimaisiin ostajiin nähden on ollut historiallisesti yksi keskeinen syy tuotannollisten osuuskuntien perustamiselle.[286]

Määräävä asema voi olla paitsi hyödykkeen myyjällä, myös *hyödykkeen ostajalla.* Ostajan määräävä asema voidaan määritellä taloudellisen voiman yritykselle tuomaksi asemaksi, jonka perusteella yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja voi käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan ja tavarantoimittajistaan riippumattomasti. Monopsonilla tarkoitetaan tilannetta, jossa markkinoilla toimii vain yksi ostaja.[287] *Monopsoni*-asemassa oleva yritys voi riistää tavarantoimittajiaan tarjoamalla näille kohtuuttoman heikkoja ehtoja. Perinteisesti monopsonivoima on saanut monopolivoimaan verrattuna lähes mitättömän vähän huomiota osakseen. Myös kilpailuoikeudellinen käytäntö on vähäistä monopolitapauksiin verrattuna.[288] *Blair ja Harrison* selittävät lievää suhtautumista sillä, että monopsoniin liittyy oletus halvoista hinnoista. Monopolin seurauksena hinnat nousevat, mutta monopsonin seurauksena ne laskevat.[289] Väite monopsonivoiman edullisuudesta kuluttajien kannalta pitää kuitenkin paikkaansa ainoastaan sillä edellytyksellä, että monopsoniasemassa oleva ostaja toimii itse myyjänä (täydellisesti) kilpailluilla markkinoilla, jolloin yrityksen täytyy siirtää tavarantoimittajilta puristamansa hinnanalennukset (täysimääräisesti) kuluttajahintoihin.[290] Aina tai edes kovin yleisesti tilanne ei ole tämä, vaan myyjämarkkinat ovat oligopolistiset tai monopolistiset. Monopsoni voi pitää ainakin osan ylijäämästä itsellään.[291] Toisena monopsonin haittana pidetään sitä, että ostajan riistohinnoittelu voi karkottaa alihankkijoita alalta ja hidastaa teknistä kehitystä, kun alihankkijat eivät tuota innovaatioiden edellyttämää voittoa.[292] Pahimmassa tapauksessa

---

[285] *Italian Flatt Glass*, T-68 ym./89, Kok. 1992 II-1403.

[286] Ks. EY:n osalta *Gottrup–Klimm*, C-250-92, Kok. 1994 I-5461.

[287] Monopsonien ja/tai ostovoiman osalta yleisesti ks. esim. Blair/Harrison (1993); OECD (1996); Vogel (1998); Rey (2001); Collins (2001); Lücking (2001). Monopolivoiman tapaan monopsonivoima voi perustua yhden yrityksen rakenteelliseen markkinoiden hallintaan tai sitä voidaan luoda ostokartellin tai monopsoniin johtavan yrityskaupan avulla.

[288] EY:n käytännön osalta ks. *EUROFIMA*, 3. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 68–69; *Filtrona/Tabacalera*, 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 61.

[289] Ks. Blair/Harrison (1993) s. 25–35, s. 33 ss..

[290] Blair/Harrison (1993) s. 39–42.

[291] Toisaalta hintateorian kannalta valta painaa hintoja alas edellyttää mahdollisuutta rajoittaa kysyntää. Jos monopolivoimaa saavutetaan rajoittamalla kysyntää, heijastuu tämä myös kuluttajamarkkinoille vähäisempänä tarjontana ja korkeampina hintoina.

[292] Ks. esim. Vogel (1998) s. 4–7.

molemmat haitat yhtyvät. Monopsoni rahastaa molemmilla markkinoilla. Monopsoni voi lisätä sekä vähittäisportaan että markkinoiden yleistä keskittymisastetta.[293] Monopsonin kustannusedut eivät ole kuitenkaan suoralta kädeltä torjuttavissa.[294] Määräävää asemaa koskeva analyysi suoritetaan periaatteessa samalla tavalla osto- ja myyntimarkkinoilla. Yleisesti ostovoimaa koskevissa tilanteissa kyse on relatiivisesta markkina- tai sopimusvoimasta, jossa kauppakumppanin riippuvuus johtuu suhdespesifeistä innovaatioista tai jakeluvaihtoehtojen puutteista. Esimerkkeinä mainittakoon teollisuuden erikoistuneet alihankinnat ja huomattavia määriä päivittäistavaroita ostavat kauppaketjut.[295]

Vastavoima on ollut esillä Suomessa *Metsäkoneyrittäjien liiton*[296] ja *MTK:n*[297] *poikkeuslupahakemusten* yhteydessä. Kummassakin tapauksessa argumentti hylättiin, ensimmäisessä tapauksessa siksi, ettei liitto ollut toimittanut kilpailunrajoituksen arvioimiseksi tarvittavaa selvitystä kilpailuneuvostolle ja MTK:n tapauksessa siksi, ettei metsänomistajien myyntiyhteistyön voitu katsoa edistävän puukaupan toimivuutta.[298] Myös tapauksessa *Valio III* sivuttiin vastavoimakysymystä.[299] Valio esitti, että määräävän aseman väärinkäyttönä pidetty alennustaulukko oli otettu käyttöön mm. kauppaketjujen palvelemiseksi, joilla oli merkittävää ostovoimaa ja mahdollisuus kilpailuttaa meijereitä keskenään. Osoituksena ostovoimasta oli mm. kaupan alalla yleinen käytäntö, jossa hyödykkeen kauppaan saamisesta joudutaan maksamaan ns. hyllymaksua. Kilpailuneuvosto totesi, että alennustaulukko oli asiakkaita sitova ja syrjivä, minkä vuoksi sitä oli pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä. Kilpailuneuvosto totesi samalla, että hyllymaksut ovat kilpailun toimivuuden kannalta ongelmallisia, ja niitä on mahdollista tarkastella kilpailunrajoituslain 9 §:ssä tarkoitettuna vahingollisena kilpailunrajoituksena.

Tähänastisen käytännön valossa näyttää siltä, että vastavoima-argumentti on sekä EY:ssä että Suomessa saanut enemmän merkitystä yrityskauppavalvonnan puolella.

---

[293] Ks. Vogel (1998) s. 5–6. Vogel päätyy esittämään ostovoiman kontrolloimisen lisäämistä EY:n kilpailuoikeudessa. Ks. Vogel s. 9–11.

[294] Ks. Blair/Harrison (1993) s. 93–96.

[295] Yrityskohtaista riippuvuutta käsitellään jäljempänä erikseen, ostovoima on yksi yrityskohtaisen riippuvuuden alalajeja.

[296] *Koneyrittäjien Liitto ry:n poikkeuslupahakemus*, d:o 12/359/93, kilpailuneuvoston päätös 3.2.1994; Kuoppamäki (1996) s. 178–189.

[297] *Maa- ja metsätaloustuottajain Keskusliitto MTK ry:n valitus* koskien kilpailuviraston päätöstä 27.8.1999 (d:o 94/67/99), joka koskee poikkeuslupahakemusta metsänomistajien yhteistyölle raakapuun kaupassa, d:o 99/690/1999, kilpailuneuvoston päätös 23.11.2000.

[298] Vastavoiman luominen voi johtaa ns. bilateraaliseen monopoliin, monopolin ja monopsonin kohtaamiseen. Taloustieteessä on kiistanalaista, johtaako bilateraalinen monopoli tasapainohinnan löytymiseen vai instabiiliin tilaan, jossa tasapainon löytyminen voi riippua sattumanvaraisista seikoista. Ks. esim. Blair/Harrison (1993) s. 109–126.

[299] Kilpailuviraston esitys seuraamusmaksun määräämiseksi *Valio Oy:lle* määräävän markkina-aseman väärinkäytön johdosta (*Valio III*), d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997. Ks. myös KHO 11.11.1998, taltio 2498, 3482/1/97.

4.5 IMMATERIAALIOIKEUDET

Immateriaalioikeuksien omistaminen ei vielä sinänsä perusta määräävää asemaa. Markkinoilla voi olla tuotteita, jotka kilpailevat oikeuksien suojaamien tuotteiden kanssa ja joita voidaan niistä riippumatta valmistaa. Vaikka yritys olisi määräävässä asemassa, ei immateriaalioikeuksiin vetoaminen vielä ole 82 artiklan vastaista. Yksinoikeuden hankkiminen tai sen käyttäminen valmistuksen, maahantuonnin tai jakelun estämiseksi ei sinänsä ole 82 artiklan vastaista, ei yleensä myöskään kieltäytyminen lisenssin myöntämisestä.[300] Tuomioistuin on oikeuskäytännössään pyrkinyt erottamaan immateriaalioikeuden omistuksen ja sen käytön toisistaan. Käyttö voi olla 82 artiklan vastaista, jos oikeuden haltija ylittää *objektiivisen suojantarpeensa* kilpailun estämistarkoituksessa.[301]

Immateriaalioikeus ei yleensä luo yksinään määräävää asemaa, joskin se saattaa olla yksi keskeinen dominanssin luova tekijä. *Hilti*-tapauksessa määräävä asema perustui pitkälti naulapistoolia koskeviin patentteihin. Kilpailuneuvosto on todennut tapauksessa *Teosto II*, ettei immateriaalioikeus itsessään luo määräävää asemaa, vaan keskeistä on se, kuinka suuren osuuden immateriaalioikeuden kattamat hyödykkeet muodostavat kokonaismarkkinoista. Sekä EY:ssä että Suomessa tekijänoikeuksia hallinnoivien järjestöjen on katsottu olevan määräävässä asemassa sekä suhteessa lisenssimaksuja maksaviin musiikin käyttäjiin että yksittäisiin oikeuksien haltijoihin, jotka ovat riippuvaisia yhdistysten niputuspalveluista.

4.6 YRITYSKOHTAISEN RIIPPUVUUDEN MERKITYS

4.6.1 Ongelman kuvaus

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kauppakumppaneiden kannalta määräävä markkina-asema ilmenee vaihtoehtojen puutteena. Asiakkaalla ei ole riittävän hyviä taloudellisia vaihtoehtoja määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamalle hyödykkeelle. Määräävän aseman ollessa tietyn hyödyk-

---

[300] Koch, Grabiz/Art. 86, Rdnr. 23.

[301] Ks. esim. *Volvo/Veng, 238/87*, Kok. 1988 6211. Tapauksessa kyse oli mm. siitä, onko auton paneelia koskevan teollisuusmallin omistajalla määräävä markkina-asema kyseisen paneelin toimittajana. EY:n tuomioistuin ei vastannut kysymykseen, sillä se katsoi, ettei kyse ollut määräävän aseman väärinkäytöstä. Julkisasiamies *Mischo* totesi vastauksen riippuvan siitä, onko kyseiselle auton paneelille olemassa substituutteja eli voitaisiinko auton paneelista valmistaa kopioita loukkaamatta Volvon immateriaalioikeuksia. Nähdäkseni julkisasiamiehen kysymys on liian suppeasti asetettu. Ensimmäisenä kysymyksenä tulee vastata siihen, onko tapauksessa ylipäätään perusteita tarkastella Volvo-merkkisten autojen paneeleita omina jälkimarkkinoinaan, vai muodostavatko ne kenties osan jostain suuremmasta kokonaisuudesta.

keen ostajalla, tavaran tai palvelun tuottajalla ei ole muita vaihtoehtoja kuin myydä hyödykkeensä määräävässä asemassa olevalle ostajalle tämän tarjoamaan hintaan.[302] Kilpailutilanteessa tarjoajat sopeuttavat toimintansa asiakkaiden tarpeisiin. Määräävän aseman tilanteessa asiakkaat sopeutuvat.

Kysymys kuuluu, millä edellytyksillä määräävä asema voidaan perustaa kauppakumppanin riippuvuuteen ja mille tasolle puuttumiskynnys asetetaan. Hyötynä väärinkäyttökiellon soveltamisessa olisi sääntelyn kattavuus ja joustavuus; mahdollisuus puuttua kaikkiin tapauksiin, joissa epäkohtia havaitaan. Haittana voi olla dominanssikynnyksen rapautuminen, lain kieltojen ennakoitavuuden ja oikeusturvan heikentyminen. Soveltaminen vaikuttaa perustellummalta, jos paino asetetaan elinkeinonharjoittajien toimintavapauden turvaamiselle. Kiinnitettäessä päähuomio kilpailulainsäädännön tehokkuusvaikutuksiin riippuvuus-tilanteisiin puuttumiseen on syytä suhtautua varauksellisemmin.

Kirjallisuudessa on käsitelty autonvalmistajien suhteita piirimyyjiinsä[303] ja alihankkijoihinsa[304] sekä suurten vähittäiskauppaketjujen ja tavarantoimittajien välisiä suhteita.[305] Alihankkijoiden ongelmat aiheutuvat erikoistumisesta tietyn valmistajan hyödykkeisiin. Esimerkiksi tietyn automerkin osien valmistamiseen keskittyneen alihankkijan mahdollisuudet myydä valmistamansa hyödykkeet minnekään muulle taholle kuin kyseiselle autonvalmistajalle voivat olla erinomaisen rajoittuneet. Tämä seuraa yhtäältä tuotannon voimakkaasta erikoistumisesta ja sidotuista investoinneista (ns. asset specifity), toisaalta usein päämiesten edellyttämistä yksinomaisista valmistussopimuksista. Tällaisissa tilanteissa päämiehellä on tilaisuus kiristää valmistushintoja alaspäin. Sopimusvalmistajan saattaa kannattaa hyväksyä itselleen epäedullinen sopimus aina siihen asti, kun sopimus joten kuten pitää yrityksen markkinoilla. Suurten kauppaketjujen sopimuskumppanit kohtaavat vastaavan ongelman siinä, että kauppaketju voi tarjota käytännössä ainoan varteenotettavan, tai ainakin hyödykkeen menestyksen kannalta ensiarvoisen tärkeän jakelukanavan. Kauppaketjulla on neuvotteluvoimaa, jonka avulla tavarantoimittajilta voidaan periä esim. hyllymaksuja hyödykkeiden hyväksymisestä kaupan valikoimiin. Monopsonin omaisessa asemassa[306] oleva teollisuusyritys voi painaa komponenttitoimittajille maksettavia valmistushintoja alaspäin.

---

[302] Monopolitilanteessa riittävän läheisiä substituutteja ei ole laisinkaan. Asiakas voi valita vain hyödykkeen ostamisen tai sen ostamatta jättämisen välillä.

[303] Ks. esim. Arndt (1981) s. 57. Ks. myös Report on the evaluation of Regulation (EC) No 1475/95 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements. COM (2000) 743(01).

[304] Ks. esim. Arndt (1981) s. 58.

[305] Ks. esim. Fordham Corporate Law Institute 2000 (2001) s. 395–545; erityisesti Bloom s. 395–415; Lücking s. 467–486 ja Rey s. 487–512. Ks. myös Vogel (1998).

[306] Ks. monopsoneista ja ostovoimasta yleisesti Blair/Harrison (1993); Scherer/Ross (1990) s. 517–536 ja OECD (1999 b).

Pitkäkestoisissa sopimuksissa riippuvuus selittyy tehdyillä investoinneilla, jotka tekevät sopimuskumppanin vaihtamisesta taloudellisesti kallista tai kannattamatonta *Oliver J. Williamson* selittää riippuvuussuhteen syntymistä juuri sopimuskohtaisilla investoinneilla, jotka sitovat osapuolet toisiinsa.[307] Tämä seuraa yhtäältä tuotannon voimakkaasta erikoistumisesta ja investoinneista vain tiettyyn käyttötarkoitukseen soveltuviin tuotannontekijöihin (ns. asset specifity), toisaalta usein päämiesten edellyttämistä yksinomaisista valmistussopimuksista. Vahvemmalle päässyt osapuoli voi käyttäytyä opportunistisesti ja pyrkiä hyötymään toisen heikkoudesta (ns. moral hazard -ongelma).[308]

Williamsonin mukaan osapuolten välillä ei kuitenkaan välttämättä tarvitse vallita yleisesti sopimusepätasapainoa, sillä kummankin osapuolen intressissä on järjestää sopimuksen varmistus- ja hallintamekanismit siten, että opportunismilta vältytään.[309] Vaikka mekanismit pettäisivät, liian opportunistinen käyttäytyminen voi tuoda hyötyjälle alalla huonon maineen, joka vaikeuttaa hyvien sopimuskumppanien löytymistä jatkossa. Harvardilaisessa ja Post-Chicago-kirjallisuudessa sopimusvoimaa pidetään yleisemmin ongelmana, joka vaatii kilpailuviranomaisen huolenpitoa[310]. Kyse on moniulotteisesta ilmiöstä, joka ei helpolla puristu ennalta hallinnoitavaan muottiin.

Riippuvuussuhde voidaan välttää varautumalla siihen ennakollisesti sopimusteitse. Ei liene aivan selvää, kuinka hyvin riippuvuus tosiasiallisesti on vältettävissä sopimuksin. Tärkein riippuvuuden syy ei näyttäisi olevan "hyvissä" tai "huonoissa" sopimuksissa,[311] vaan osapuolten keskinäiseen työnjakoon liittyvissä taloudellisissa olosuhteissa, joista johtuen toisen osapuolen on helpompi irtautua sopimuksesta kuin toisen. Sopimus on toiselle osapuolelle elintärkeä. Tästä syystä taloudellista valtaa voidaan sopivassa katkopaikassa käyttää ehtojen epäedullistamiseen.

Tässä yhteydessä on syytä palauttaa mieleen tutkimuksen teoreettisen osan jaottelu monopolivoiman, markkinavoiman ja sopimusvoiman välillä. *Monopolivoimalla* tarkoitetaan määräävän markkina-aseman tilanteita, joissa yritys hallitsee markkinoita. *Markkinavoimasta* voidaan puhua, kun yrityksellä on markkinavoimaa, mutta sitä ei ole riittävästi määräävän aseman todentamiseksi. *Sopimusvoima* on kyseessä silloin, kun yhdellä sopimusosapuolella on merkit-

---

[307] Ks. esim. Williamson (1983) s. 116–123.

[308] Ks. tästä esim. Schmidt (1999) s. 40.

[309] Ks. Williamson (1985) s. 203–205. Kotimaisen kirjallisuuden osalta ks. esim. Timonen (1997) s. 215–216; Schulze–Steinen (1998) s. 64 ss.

[310] Ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 450–509.

[311] Tämä ei tarkoita sitä, etteikö huonolla sopimuksella voitaisi aiheuttaa riippuvuutta tai hyvällä sopimuksella sellaisen syntymiseen liittyviä riskejä vähentää. Vahvemmalla osapuolella on tosiasiallinen mahdollisuus vaatia sopimusta muutettavaksi. Argumentti tarkoittaa toisaalta myös sitä, ettei kilpailuviranomaisten tule ryhtyä "sopimuskontrollööreiksi", joiden avulla alun perin huonosti laaditut ja siksi kaupallisesti epäedullisiksi osoittautuneet sopimukset saadaan neuvoteltua uudelleen.

tävää neuvotteluvoimaa suhteessa yhteen tai useampaan kauppakumppaniin, mutta yrityksellä ei sinänsä voida katsoa olevan markkinavoimaa omien hyödykkeidensä myynnissä. Puhtaat sopimusvoimatilanteet jäävät yleensä kilpailuoikeudellisen intervention ulkopuolelle, joskin kilpailuviranomaisille tehdään varsin paljon sopimusvoimatilanteita koskevia tutkintapyyntöjä.

Kauppakumppanien riippuvuutta liittyy enemmän tai vähemmän kiinteästi kaikkiin asiakkaisiin kohdistuviin määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteisiin. Ei voitane ajatella aitoa määräävän aseman tilannetta, jossa asiakkaan valintavaihtoehdot eivät olisi rajoittuneet. Määräävän aseman ja kauppakumppanin mahdin erona on kuitenkin se, että määräävä asema perustuu markkinoiden hallintaan, kun taas kauppakumppanin mahdin taustalla välttämättä ei ole muuta kuin ostajan ja myyjän keskinäisiin suhteisiin liittyviä tekijöitä. Ei ole aina yksinkertaista erottaa markkinavoiman tilanteita sopimusvoiman tilanteista.

Kilpailuviranomaiset pyrkivät priorisoimaan tapauksia, joilla

a) voidaan olettaa olevan yleisempää merkitystä markkinoiden toimivuuden kannalta;
b) joissa ilmitulleisiin menettelytapoihin on syytä puuttua suorituskilpailun ylläpitämisen tai yleisen lainkuuliaisuuden näkökulmasta; tai
c) joihin liittyy ennen ratkaisemattomia, relevantteina pidettyjä kilpailuoikeudellisia kysymyksiä.

Yksittäisille elinkeinonharjoittajille annetaan kilpailuoikeudellista oikeussuojaa niissä tapauksissa, joissa haittavaikutukset eivät rajoitu yksinomaan osapuolten välisiin suhteisiin. Lähtökohtaisesti kilpailuoikeuden tehtävänä ei ole tasoittaa sopimusoikeudellisia puntteja osapuolten välillä. Tämä tapahtuu paremmin esim. siviilioikeudellisilla kohtuullisuusnormeilla. Kilpailuoikeudessa fokusoidutaan niihin tilanteisiin, joissa parttien välinen epätasapaino johtuu kilpailuolosuhteista tai joissa menettelytapa joko yksin tai kumulatiivisesti yhdessä muiden yritysten noudattamien vastaavien menettelytapojen kanssa vaikuttaa haitallisesti markkinoiden toimintaan. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa kiinnitetään yleisen edun ohella huomiota siihen, ettei toisen elinkeinonharjoittamista haitata kohtuuttomalla tavalla. Toisaalta puuttuminen kaikkiin sopimusepätasapainoa koskeviin tapauksiin veisi kilpailuviranomaisten rajalliset resurssit pois markkinoiden toimivuuden kannalta merkityksellisimmistä tapauksista. Ratkaistaessa riippuvuussuhteita koskevia toimenpidepyyntöjä on tärkeätä löytää tasapaino yhtäältä *kilpailun suojelemisessa instituutiona* ja toisaalta *individuaalisen suojan* välillä.

Yksi tapa erottaa sopimus- ja markkinavoima toisistaan on tarkastella sitä, aiheutuuko riippuvuus sopimussuhteesta vai onko toinen osapuoli ollut riippuvainen jo ennen sopimuksen solmimista. Nyrkkisäännön mukaan kilpailuoikeudellisesti relevantista riippuvuudesta ei voine olla kysymys, jos asiakas on

vapaasti valinnut markkinoilla tarjolla olevista vaihtoehdoista itselleen edullisimman vaihtoehdon ja on tätä kautta tullut sidotuksi kauppakumppaniinsa.[312] Kilpailuoikeudellisen riippuvuuden tulee säännönmukaisesti ilmetä jo *ex ante eli ennen sopimuksen tekemistä*. Tällöin asiakas on jo ennalta enemmän tai vähemmän rajoittunut suhteessaan määräävässä asemassa olevaan yritykseen. Toisaalta esimerkiksi informaation puutteellisuus saattaa johtaa siihen, että suuri joukko asiakkaita sitoutuu itselleen epäedullisella tavalla lisäsuorituksiin. Toistaiseksi ei ole vielä täysin selkiintynyt, missä määrin niin sanotut *jälkimarkkinatapaukset* kuuluvat kilpailuoikeudellisen sääntelyn piiriin. Tapausten arvioinnin ongelmallisuutta lisää se, että asiakkaiden todelliset mahdollisuudet voivat poiketa huomattavasti toisistaan.

4.6.2 Pakollinen kauppakumppani

Tapauksissa *Hugin Kassenregister, General Motors, British Leyland, Hilti, Decca Navigator System ja Magill TV Guide v. ITP, BBC and RTE* määräävää asemaa perusteltiin sillä, ettei väärinkäytön kohteena olleella yrityksellä de facto ollut muuta mahdollisuutta kuin asioida väärinkäyttöön syyllistyneen yrityksen kanssa. EY:n komission ratkaisukäytännössä riippuvuussuhteesta aiheutuva määräävä asema näytetään perustettavan ns. pakollisen kauppakumppanin[313] (*partenaire obligatoire,*[314] *obligatory trading parter*) käsitteeseen.[315]

Glaissin ja *Laurentin* nimissä kulkeva pakollista kauppakumppania koskeva oppi näyttäisi olevan läheistä sukua tutkimuksen teoreettisessa osassa käsitellylle suhdespesifille markkinavoimalle. Kuten *Arndtin* konseptissa, keskeistä on tietyssä liikesuhteessa ilmenevän valta- ja riippuvuussuhteen analysointi. OTP-opin on katsottu ilmentävän samalla määräävää markkina-asemaa. Oppia on pidetty joko vaihtoehtoisena tai täydentävänä tapana määritellä yrityksen markkinavoima turvautumatta relevanttien markkinoiden määrittelyyn.[316] Kun relevanttien markkinoiden määrittelyä ei edellytetä, oppi mahdollistaa kilpailu-

---

[312] Vapaaehtoinen sitoutuminen pitkällä sopimuksella tiettyyn kauppakumppaniin ja tästä aiheutunut riippuvuus ei merkitse sitä, että kauppakumppanilla olisi markkina- tai monopolivoimaa. Tällöin kyse on edellä käsitellystä sopimusvoimasta.

[313] Schröter/GTE 82 artikla (1992), kohta 63; Fishwick (1993) s. 108; Ks. myös 16. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 40.

[314] Ranskankielinen termi on peräisin ranskalaisten ekonomistien Glaisin ja Laurentin (1983) ja Glaisin (1989) töistä. Riippuvuussuhdetta koskeva määritelmä lisättiin Ranskan lakiin vuonna 1986. Tuolloin esikuvana käytettiin myös Saksan GWB:n relatiivisen markkinavoiman käsitettä.

[315] Ks. Fishwick (1987) s. 76 ss. ja s. 115 ss; Fishwick (1993) s. 108 ss. Komissio teetti 1980-luvulla erillisen selvityksen pakollisen kauppakumppanin käsitteestä.

[316] Partenaire obligatoire -konseptin osalta ks. esim. Glaiss/Laurent (1983); Glaiss (1989); Fishwick (1987) s. 76–78 ja (1993) s. 107–122; Kuoppamäki (1992) s. 85–93; Schulze–Steinen (1998) s. 29–32; Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 340–342.

viranomaisen puuttumisen vallan väärinkäyttöön myös dominanssitilanteiden alapuolella.[317] Liikesuhdetta hallitsevan yrityksen katsotaan olevan siitä riippuvaisen yrityksen pakollinen kauppakumppani, jos

1) riippuvuussuhteessa olevat yritykset eivät voi turvautua korvaaviin tuotteisiin;
2) väärinkäyttö ei johda uusien (potentiaalisten) kilpailijoiden tuloon markkinoille;
3) hallitsevan yrityksen markkinavoima ei ole rajoitettu laajemmilla horisontaalisilla tai vertikaalisilla alamarkkinoilla.[318]

Pakollisen kauppakumppanin käsitteessä tarkastellaan siten ensiksi kauppakumppanin todellisia vaihtoehtoja eli kysynnän korvaavuutta kauppakumppanin kannalta.[319] Ymmärtäisin asian niin, että kilpailuoikeudellinen interventio ei ole perusteltu, jos markkinavoiman hyödyntäminen johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille. Tällöin nimittäin relaation ulkopuolelta tulevan kilpailun voidaan katsoa suojaavan riittävästi riippuvaista osapuolta tai ainakaan väärinkäytöstä ei aiheudu markkinoiden toimivuuden kannalta olennaisia haittavaikutuksia. Kolmas elementti liittynee siihen, että pakollinen kauppakumppani joutuu ottamaan huomioon menettelynsä vaikutukset kyseisen merkin kysynnälle, hyödykkeen maineelle ja imagolle, valmistamiensa muiden hyödykkeiden kysynnälle ja vaikutukset yrityksen muissa sopimussuhteissa.

---

[317] Schulze-Steinen toteaa, että käytännössä riippuvuuteen voidaan puuttua pakollista kauppakumppania koskevan opin perusteella, vaikka yrityksen markkinaosuus olisi esim. vain 1 %. Ks. Schulze-Steinen (1998) s. 31.

[318] Kuoppamäki (1992) s. 85–93.

[319] Schulze-Steinen mainitsee Glaissin perusteella seuraavat valintakriteerit, joiden avulla harmittomat vertikaaliset sopimussuhteet voitaisiin erotella sellaisista, joihin on aihetta puuttua: 1) yritysten välillä vallitsee pitkäaikainen liikesuhde, jossa toinen osapuoli on täysin mukauttanut toimintansa toisen ehdoille sopivaksi; 2) koneiden, laitteiden, tuotantotapojen jne. ominaisuudet estävät mukautumisen uusiin liikesuhteisiin; 3) riippuvaiselle yritykselle on vaikeaa löytää heti uutta kauppakumppania; yrityksen nettotuloksesta merkittävä osa kertyy hyödykkeistä, jotka hankitaan yritykseltä, johon ollaan riippuvuussuhteessa. Elintärkeyden määrittämiseen yritys edellyttää raja-arvoa, jonka jälkeen yrityksen tulos muodostuu tappiolliseksi. Jos tietyn yrityksen liikesuhteen lopettamisen seurauksena riippuvaisen yrityksen tulos lähestyy raja-arvoa siten, että tulos ei ole tehokas, tai alittaa sen, riippuvuussuhdetta voidaan pitää olennaisena. Ks. Schulze-Steinen (1998) s. 31–32. Tällä määrittelytavalla partenaire obligatoire -konsepti vastaisi edellä käsiteltyä suhdespesifiä riippuvuutta. Kriteerit näyttävät varsin samantapaisilta, joita EY:n tuomioistuin tosiasiallisesti sovelsi *Hugin*-tapauksessa, vaikkei EY:n tuomioistuin nimenomaisesti viitannut pakollisen kauppakumppanin käsitteeseen. "Määräävä markkina-asema" konstruoitiin markkinamäärittelyn avulla siten, että "relevantteina" hyödykemarkkinoina tarkasteltiin "Hugin-merkkisiin kassakoneisiin sopivia varaosia".

4.6.3 Hugin-tapaus

Hugin Kassenregister -tapauksessa komissio kiinnitti nimenomaisesti huomiota *Liptonin* riippuvuuteen Huginin varaosista. Lipton oli 1950-luvun lopulta lähtien ostanut Huginin varaosia kassakoneiden korjausta varten. Se oli toiminut vuodesta 1969 Huginin jälleenmyyjänä Englannissa. Vuoden 1972 alussa Hugin irtisanoi jälleenmyyntisopimuksen ja lopetti varaosien toimitukset Liptonille.[320] Kassakoneiden myynti oli vähentynyt, ja Huginin tarkoituksena oli ottaa huoltopalvelut itse hoitaakseen. Komission mielestä Lipton oli pitkäaikaisena Huginin jälleenmyyjänä niin sidottu Huginin tuotteisiin, että sen oli vaikea vaihtaa toisen merkkisiin kassakoneisiin joutumatta pois markkinoilta.

Ero *Hoffmann-La Roche* -tapaukseen käy ilmeiseksi verrattaessa Huginin markkinaosuutta sen kilpailijoihin. Komissio arvioi markkinaosuuksien olleen relevantteina pidetyillä Ison-Britannian markkinoilla 1970 -luvun puolivälissä seuraavat:

National Cash Register (USA)	40 %
Sweda (USA)	18 %
Gross (GB)	16 %
Hugin (SE)	13 %
Anker (D)	4 %
muut	9 %
	100 %

Hoffmann-La Roche -tapauksessa tuomioistuin kiinnitti huomiota *markkinarakenteeseen:* huomattavat markkinaosuudet olivat riittävä näyttö määräävästä asemasta. *United Brands-* tapauksessa ratkaisevaa oli markkinaosuuden[321] lisäksi *yritysrakenne.*[322] Huginin markkinaosuus oli vain 13 %. Markkinoilla oli kolme suurempaa kilpailijaa, joista suurimman markkinaosuus oli yli kolme kertaa sitä suurempi. Markkinarakennetta silmälläpitäen Huginin pieni markkinaosuus olisi ollut lähes kumoamaton indisio määräävää asemaa vastaan.

Edellä on painotettu relevanttien tuote- ja alueellisten markkinoiden keskeistä merkitystä. Kun tuotemarkkinat rajattiin "Huginin varaosiin, joita itsenäiset yritykset tarvitsevat", oli Huginilla 100 %:n markkinaosuus. Esimerkki valaisee myös sitä, että määräävän aseman määritelmä voi vaihdella väärinkäyttö-

---

[320] Hugin ei myöskään toimittanut varaosia muille Yhdistyneen kuningaskunnan alueella toimiville yrityksille. Hugin perusteli päätöstään tarpeella säilyttää laatu ja tarjota omasta takaa kattava korjaus- ja huoltopalvelu, josta huolehtisi Englantiin perustettu 100 % omistettu tytäryhtiö.

[321] UBC:llä oli 40–45 % markkinaosuus, joka oli yli kaksi kertaa suurempi kuin lähimmän kilpailijan osuus markkinoista.

[322] UBC:n vertikaalinen integraatio, rahoituksellinen vahvuus jne.

tyypin suhteen. Jos Hugin vaikkapa ostaisi Grossin, ei yrityskauppaan voitane puuttua 82 artiklan (tai sulautuma-asetuksen nojalla), koskei Hugin olisi määräävässä asemassa suhteessa kilpailijoihinsa laajemmin määritellyillä uusien kassakoneiden markkinoilla,[323] eikä yrityksen vaatimaton markkinaosuus mahdollistane hintojen nostamista kilpailullisen tason yläpuolelle.

Jos määräävää asemaa tarkastellaan vain yrityksen omien tuotteiden kannalta, on lähes varmaa, että se on määräävässä asemassa. Olisi perustellumpaa katsoa Huginin olleen määräävässä asemassa *vertikaalisen markkinavoiman* vuoksi. Tutkimuksen teoreettisessa osassa vertikaalisella markkinavoimalla tarkoitetaan edellä tilanteita, joissa ratkaisevaa ei ole yrityksen asema relevanteilla markkinoilla vaan markkinaosapuolien väliset riippuvuussuhteet. Yrityksellä voi sitä olla, vaikka sen markkinaosuus olisikin vaatimaton. Ratkaisevaa on toisen osapuolen valinnanvapaus silmälläpitäen kohtuullisia ja riittäviä vaihtoehtoja.[324] Rakenteellisella markkinoiden tarkastelulla kiinnitetään huomiota yritysten välisiin horisontaalisiin suhteisiin. Tämän vuoksi se on epätarkoituksenmukainen menetelmä vertikaalisesta riippuvuussuhteesta aiheutuvien ilmiöiden hahmottamiseen.

Edellä käsitellyssä *ABG*-tapauksessa tilanne oli hieman toinen. Määräävä asema perustui ennen kaikkea siihen, että öljypula ja Hollannin valtion määräämä hintavalvonta saattoivat öljyn ostajat *tilapäiseen riippuvuusasemaan* aikaisemmista toimittajistaan. Tuomioistuin kumosi komission päätöksen, koska se ei pitänyt ABG:n menettelyä väärinkäyttönä. Edellä on todettu, ettei ABG välttämättä ollut määräävässä asemassa, koska ostajien riippuvuussuhde oli vain tilapäinen.

---

[323] RS 82 artiklan periaatteellinenkin soveltaminen edellyttäisi näyttöä Huginin määräävästä asemasta ennen yrityskauppaa. Teoreettisesti voitaisiin kuvitella poikkeusolosuhteita, joissa Huginilla olisi määräävä asema markkinaosuuden pienuudesta huolimatta kilpailijoihin nähden, esim. jos kilpailijat olisivat riippuvaisia Huginin myöntämistä lisensseistä tai sen know howsta. Tältä osin ks. *IBM-tapaus*, jossa komissio katsoi muiden tietokonevalmistajien olleen riippuvaisia IBM:n toimittamasta informaatiosta koskien 370 systeemin "interfacea", jonka avulla se voi kommunikoida muiden merkkisten tietokoneiden kanssa. RS 82 artiklan vastaisena pidettiin IBM:n kieltäytymistä toimittamasta kilpailijoille teknistä informaatiota, joka oli tarpeen systeemin 370 kanssa kommunikoivien kilpailevien tuotteiden kehittämistä varten. Komissio rajoitti tuotemarkkinat koskemaan IBM:n systeemiä 370 ja muita sen kanssa yhteensopivia systeemejä. Komission kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen IBM suostui toimittamaan kilpailijoille laitteiden yhteiskäytön suunnitteluun vaaditun informaation, jolloin komissio ei tehnyt muodollista päätöstä. (14. kilpailuraportti, kohdat 94–95. Ks. myös 17. kilpailuraportti, kohta 75.) Tapauksessa *Telex v. IBM* USA:n Court of Appeal hylkäsi vastaavanlaisen perustelun, koska se piti markkinoiden määrittelyä liian suppeana ja tarjonnan korvaavuutta koskevien periaatteiden vastaisena. (510 F.2d 894, 10th Circuit 1975.) Ks. myös Bellamy/Child s. 427–429 ja 21 kilpailuraportti, kohdat 108–109.

[324] Voitaisiin käyttää myös termiä relatiivinen markkinavoima. Toisaalta vertikaalisen markkinavoiman väärinkäyttö on mahdollista vain jos kilpailu horisontaalisella tasolla on rajoittunut, ts. syystä tai toisesta riippuvuusasemassa olevat yritykset eivät voi turvautua kilpailevien toimittajien tuotteisiin. Tältä kannalta vertikaalinen markkinavoima ei ole itsenäinen määräävän aseman erikoistapaus vaan tapa tarkastella samaa ilmiötä vertikaaliselta kannalta. Se on siten markkinavoiman käsitettä täydentävä alatapaus. Ks. Schmidt (1999) s. 76–78.

Komissio on myös joissakin myöhemmissä päätöksissä nojautunut välttämättömän kauppakumppanin käsitteeseen. Tapauksessa *Decca Navigator System*[325] Decca oli kehittänyt navigaatiosysteemin, joka perustui yrityksen kehittämiä radiosignaaleja käyttäviin lähettimiin ja vastaanottimiin. Maalla olevista lähettimistä lähetettävien signaalien avulla veneet ja laivat pystyivät vastaanottimillaan paikallistamaan sijaintinsa. Komissio katsoi, että Decca-vastaanottajien käyttäjät olivat riippuvaisia Deccan signaaleista, koskei niitä voinut vaihtaa muunlaisiin palveluihin tai tuotteisiin. Kun Deccan signaalit olivat ainoita käytössä olevia tietyillä merialueilla, olivat kilpailevia vastaanottimia valmistavat yritykset riippuvaisia Deccan antamasta signaaleja koskevasta informaatiosta. Tämä oli riittävää, jotta Deccalla oli määräävä asema sekä asiakkaisiinsa että kilpailijoihinsa nähden.[326]

Komissio perusti päätöksensä siihen, että Hugin oli Liptonin näkökulmasta pakollinen kauppakumppani, jota ei käynyt vaihtaminen ja jota ilman Lipton joutuisi ulos markkinoilta. Toisaalta jos relevantit hyödykemarkkinat rajataan yrityksen omiin tuotteisiin, on lähes varmaa, että yrityksellä on määräävä asema. Huginin markkinaosuus laajemmin määritellyillä kassakoneiden markkinoilla Iso-Britanniassa oli vain noin 13 %. Markkinoilla toimi kolme suurempaa valmistajaa.[327] Tapauksessa *ABG* komissio näyttää lähteneen siitä oletuksesta, että öljypulasta aiheutunut asiakkaiden tilapäinen riippuvuus voisi johtaa määräävään asemaan. EY:n tuomioistuin kumosi komission päätökset kummassakin tapauksessa puuttumatta kuitenkaan nimenomaisesti määräävän aseman määrittelyyn. Määräävän aseman määrittäminen asiakaskohtaisen riippuvuuden perusteella on alan kirjallisuudessa varsin kiistanalaista.

Mielestäni on kyseenalaista puhua Huginin tapauksessa määräävästä markkina-asemasta, tuskin edes markkinavoimasta. Tapauksesta ei käy ilmi, että Huginin menettely olisi vaikuttanut haitallisesti laajemmalla asiakas- tai kauppakumppanien segmentillä. Kyse näyttäisi olevan tilanteesta, jossa yhdellä sopimuskumppanilla on *sopimusvoimaa* toisen tekemien investointien ja erikoistumisen seurauksena. Kuitenkin puuttuminen pelkkään sopimusvoimaan

---

[325] Komission päätös 21.12.1988, L 43/27.

[326] Tuomioistuin ei ole eräissä myöhemmissä tapauksissa viitannut *Hugin*-tapaukseen. Tämän vuoksi kirjallisuudessa on osin arveltu, ettei tuomioistuin enää olisi yksimielinen siitä, että yrityksellä voisi olla määräävä asema suhteessa omiin tuotteisiinsa. Ks. tältä osin Rissanen/Korah (1991) s. 78–80. Toisaalta jos riippuvuussuhde seuraa immateriaalioikeuksista tai muusta lain suojaamasta yksinoikeudesta, ei de facto riippuvuuteen Hugin-tapauksen merkityksessä tarvitse vedota, koska määräävä asema voidaan tällöin perustella teollisoikeuden luomalla yksinoikeudella. Tässä tutkimuksessa tarkoitetaan pakollisen kauppakumppanin käsitteellä tilanteita, joissa riippuvuussuhde syntyy tosiasiallisista olosuhteista myyjän ja ostajan välillä. Tosin tarkkaa rajanvetoa lakiin perustuvan ja tosiasiallisen riippuvuussuhteen välillä ei ole mahdollista tehdä. Esim. Hugin -tapauksessa Huginin teollisoikeudet todennäköisesti estivät sen, että Lipton olisi voinut itse valmistaa tai teettää kolmannella osapuolella kopioita Huginin varaosista.

[327] Ks. Kuoppamäki 1992, s. 83–95.

on kilpailupoliittisesti kyseenalaista.[328] Ratkaisu on ongelmallinen, koska se näyttäisi laajentavan määräävän aseman käsitteen varsin laajalle. Lähtökohtana näyttää olleen pienyrityksen markkinoilla säilymisen suojaaminen itsenäisenä tavoitteena. Kilpailijoiden suojeluaspekti tulee ottaa huomioon edellyttäen, että kyse on samalla yleisesti tuomittavasta tai käytännössä vahingollisesta menettelytavasta. Ongelma liittyy siihen, että oikeussuojaa annetaan laskemalla dominanssikynnystä laskeutumalla pelkän yritysrelaation tarkastelun tasolle.[329] Mielestäni järkevämpää olisi ollut perustella päätöstä relatiivisen tai vertikaalisen markkinavoiman käsitteellä ja tehdä selvä ero niihin tapauksiin, joissa kyse on määräävästä asemasta. Todennäköisesti parempaan ratkaisuun päästäisiin, jos ratkaisua haettaisiin kansallisen lainsäädännön, vähemmän kilpailu- ja enemmän yleisen sopimusoikeuden perusteella.

Arvioitaessa lopputulosta on toisaalta muistettava, että tuomioistuin vahvisti puuttumismahdollisuuden olemassaolon periaatetasolla mutta kumosi komission ratkaisun, jolla toimitusvelvoite oli asetettu. Huginin valitus rajattiin puuttumiskynnyksen ulkopuolelle sillä perusteella, ettei menettelyllä voinut olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tästä näkökulmasta kritiikkiä voidaan pitää ylimitoitettuna. Päätös on aiheuttanut erinomaisen paljon sekaannusta määräävän markkina-aseman tunnusmerkistössä.

4.6.4 EY:n uudempaa oikeuskäytäntöä

Digital-tapauksessa[330] kyse oli väitetystä sidonnasta tietokoneohjelmien huoltomarkkinoilla. Riippumattomat huoltopalveluiden tarjoajat olivat tehneet komissiolle vuonna 1995 toimenpidepyynnön, jossa ne olivat katsoneet Digital-yhtiön estäneen kilpailua Digitalin tietokoneille tarkoitettujen huoltopalveluiden markkinoilla. Komissio katsoi vuoden 1997 lopulla yhtiölle toimittamassaan vastaväitetiedoksiannossa (statement of objections) Digitalin käyttäneen väärin määräävää markkina-asemaa Digitalin tietokoneille tarkoitettujen ohjel-

---

[328] Historian valossa myös sopimusvoima-argumentti vaikuttaa hieman ongelmalliselta. Tapauksen jääminen puuttuvan kauppavaikutuksen perusteella 82 artiklan ulkopuolelle ei nimittäin johtanut siihen, että Lipton olisi joutunut poistumaan markkinoilta. Vastoin EY:n komission ja tuomioistuimen perusteluja Lipton pystyi siirtymään toisen kassakonevalmistajan huoltopalveluyritykseksi.

[329] Vetoaminen SCP-paradigmaan saa farssinomaisia piirteitä. Jos markkinat määritellään "yrityksen X valmistamiksi varaosiksi", markkinamäärittely pitää itsessään sisällään määräävää asemaa koskevan johtopäätöksen. Aidossa tutkimuksessa markkinamäärittelyn jälkeen pitäisi seuraavana työvaiheena tarkastella sitä, mitkä hyödykkeet kilpailevat X:n hyödykkeiden kanssa. Hugin tapauksessa asiallisempi olisi ollut määritelmä, jossa avoimesti tuodaan ilmi, että itse asiassa kyse oli relatiivisesta yritysten intressien tarkastelusta, jossa markkinoiden hallintaan liittyvät kysymykset ovat sivuseikka.

[330] *Digital*, XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1997), kohdat 69 ja 152–153.

mistohuoltopalveluiden ja muiden materiaalisten palvelujen markkinoilla 1) ottamalla käyttöön syrjiviä käytäntöjä erityisesti tarjoamalla yhtäältä hyvin erilaisia ohjelmistotukipalveluita samoilla hinnoilla ja toisaalta samanlaisia palveluita toisistaan huomattavasti poikkeavilla hinnoilla ja 2) kytkemällä laitehuoltopalveluiden ja ohjelmistopalveluiden tarjoamisen toisiinsa erityisesti tarjoamalla ohjelmistopalveluita huomattavasti edullisimmilla hinnoilla sekä ohjelmisto- ja aineellisia palveluita koskevien tarjousten yhteydessä silloin, kun palvelut myydään erikseen. Tiivistäen Digital oli pyrkinyt sitomaan kolmansien yritysten tavoittelemat Digital-tietokoneiden laitehuoltosopimukset muihin palveluihinsa sillä seurauksella, että se saisi laitehuoltosopimukset itsellensä ja että kilpailijoiden toiminta vaikeutuisi. Tapaus poistettiin sittemmin käsittelystä Digitalin annettua sitoumuksen, jolla väitetyt kilpailunrajoitukset poistettiin.

EY:n komissio katsoi, että Digitalilla voisi olla määräävä markkina-asema omien tietokoneohjelmiensa jälkimarkkinoilla (ohjelmien tukipalvelut ja päivitys). Näkemys perustettiin siihen, ettei tietyn merkkisen ohjelmiston jälkimarkkinapalveluita voitaisi korvata jonkin muun, kilpailevan ohjelman vastaavilla palveluilla. Toisaalta asiakkaat eivät voisi vaihtaa ohjelmistoa kesken sopimuskauden, jos huoltopalveluiden hintaa korotetaan, koska ne olivat tulleet alkuinvestoinnilla sidotuiksi juuri Digitalin ohjelmistoon. Digitalin mielestä päätuotteen eli ohjelmistojen markkinoilla käytävä kova kilpailu estäisi sitä ylihinnoittelemasta ohjelmisto- palveluitaan, koska seurauksena olisi päätuotteen kysynnän laskeminen.

Digital-tapausta voidaan verrata komission hieman aiemmin ratkaisemaan tapaukseen *Pelikan/Kyocera,*[331] jonka katsottiin osoittavan komission halukkuutta ottaa huomioon päätuotteessa käytävä kilpailu, joka ollessaan riittävän voimakasta estäisi markkinavoiman väärinkäytön jälkimarkkinoilla.[332] Komissio oli vuonna 1995 hylännyt valituksen, jossa Kyoceran oli väitetty syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön tietokoneiden tulostimiin toissijaisilla värikasettimarkkinoilla. Komissio katsoi, että tulostimien ostajat ottivat värikasetin hinnan huomioon jo ostaessaan tulostimen. Ostajat olivat hyvin perillä kasettien hinnoista ja näyttivät ottavan tämän huomioon harkitessaan päätuotteen ostoa. Kokonaiskustannukset sivua kohden olivat yksi keskeisimmistä asiakkaiden käyttämistä valintaperusteista. Jos Kyocera nostaisi värikasettien hintoja, merkittävä osa asiakkaista siirtyisi toisen merkkisiin tulostimiin.[333]

Pintapuolisesti tarkastellen *Pelikan/Kyocera* ja *Digital* näyttäisivät olevan ristiriidassa keskenään, vaikka ratkaisut on annettu vain parin vuoden sisällä toisistaan. Selitys lienee se, ettei komissio halua ottaa yksiselitteisesti kantaa

---

[331] *Pelikan/Kyocera*, XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1995), kohta 87.

[332] Andrews ECLR 1998 s. 176–181. Digital-tapauksesta ks. myös Dolmans ja Pickering, ECLR 1998 s. 115.

[333] Ks. XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus ja Leivo/Leivo s. 304–305.

sen enempää jälkimarkkinoilla olevan määräävän markkina-aseman puolesta kuin sitä vastaan. *Hugin*-tapaus huomioon ottaen merkkikohtaista markkinamäärittelyä pidetään *mahdollisena*, mutta se vaatinee tuekseen *erityisen selkeää näyttöä*. Komission mielestä niin näkemys, jonka mukaan määräävä asema jälkimarkkinoilla ei olisi mahdollinen, kuin tämän lähtökohdan aina hyväksyvä vastakkainen kanta, ovat molemmat liian jyrkkiä. Kyse on aina *tapauskohtaisesta arvioinnista*. Arvioidessaan mahdollista määräävää asemaa komissio ottaa huomioon "kaikki tärkeät tekijät, kuten päätuotteen hinnan ja eliniän, sivutuotteiden hintojen avoimuuden, sivutuotteiden hinnat suhteessa päätuotteen arvoon, tiedotuskustannuksetja muut relevantit seikat".[334] Komission mukaan EY:n nykyinen käytäntö vastaa Yhdysvaltain korkeimman oikeuden *Kodak*-päätöksessä omaksuttua linjaa.[335]

Todettakoon, että verrannollinen tapaus Digital on ollut muun ohella Yhdysvaltain, Kanadan ja Suomen kilpailuviranomaisten tutkittavana. Muiden kilpailuviranomaisten ratkaisut ja niissä esitetyt perustelut lienevät helpottaneet niin tosiseikkojen kuin kilpailuoikeudellisen doktriininkin osalta komission taakkaa määräävän aseman todentamisessa. Digital on esimerkki ilmiöstä, jossa sama tapaus "matkustaa" ympäri maailman ja tulee ratkaistuksi useamman maan kilpailuviranomaisissa.[336] Tällaiset tapaukset tarjoavat oivan vertailukohdan kilpailu-oikeudellisten järjestelmien erojen ja yhtäläisyyksien havainnollistamiselle. Sama tapaus voidaan ratkaista kansainvälisistä esikuvista poiketen lain sisällössä, oikeuskäytännössä ja -kulttuurissa olevien erojen perusteella. Toisaalta yhteiset tapaukset ovat omiaan lähentämään kilpailuoikeudellista ajattelua eri maiden kilpailuviranomaisten välillä. Samaan suuntaan vaikuttaa epäilemättä alati lisääntyvä kilpailuviranomaisten yhteistyö ja tietojenvaihto, jonka yhteisenä keskeisenä tavoitteena onkin käytäntöjen lähentäminen ja ongelmallisten kollisiotilanteiden välttäminen.

4.6.5 Vertailua eräiden EU-maiden kilpailuoikeuteen

Mielenkiintoisen vertailukohdan EY:n komission riippuvuussuhdetta koskeville päätöksille tarjoaa *Saksan* GWB:n 20 §:n II kohdan syrjintäkielto (ent. 26 artiklan 2 kohta), joka kieltää määräävässä asemassa olevia yrityksiä estämästä tai diskriminoimasta muita yrityksiä. GWB:n 20.II §:n toinen lause laajentaa säännöksen soveltamisalan koskemaan kaikkia yrityksiä, joista pienet tai keskisuuret yritykset ovat riippuvaisia. Riippuvuussuhde on käsillä yrityksen ollessa

---

[334] XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 86.

[335] Ks. edellinen alaviite. Ks. myös Whish (2001) s. 33–34.

[336] Toisena vastaavana ratkaisuna voidaan mainita yrityskauppapäätös *Gillette/Wilkingson Sword*, joka kuuluu niihin globaaleihin tapauksiin, joka on ratkaistu useamman kilpailuviranomaisen toimesta eri puolilla maailmaa.

riippuvainen tiettyjen merkkituotteiden saatavuudesta tai vertikaalisesti integroituneen yrityksen raaka-aineista,[337] alihankkijan ollessa riippuvainen suuresta ostajasta tai *Hugin*-tapauksen kaltaisessa tilanteessa, jossa yritys pitkäaikaisen sopimussuhteen seurauksena on niin sitoutunut tiettyyn yritykseen, että tuotannon tai jakelun uudelleen suuntaaminen on vain suurin vaikeuksin mahdollista. Saksassa puhutaan näissä tilanteissa määräävän aseman (Marktbeherrschung) sijasta *relatiivisesta markkinavoimasta* (*relativer Marktmacht* tai *Marktstärke*).[338] Säännöksen nojalla voidaan puuttua seuraaviin tilanteisiin: 1) valikoimaan liittyvä riippuvuus tapauksissa, joissa ostajan kilpailukyky edellyttää tietyn merkkituotteen saamista liikkeen valikoimiin; 2) riippuvuus tilanteissa, joissa vertikaalisesti integroitunut yritys pyrkii sulkemaan muita markkinoiden ulkopuolelle rajoittamalla rajallisen raaka-aineen tarjontaa; 3) pitkäaikaiseen sopimussuhteeseen perustuva riippuvuus ja 4) myyjien riippuvuus tietystä ostajaryhmästä.[339] Suhteellista markkinavoimaa koskeva säännös täydentää määräävän aseman väärinkäyttökieltoa ja on sovellettavissa myös dominanssikynnyksen alapuolella. Pienten ja keskisuurten yritysten suhteen kontrahoimisvelvollisuus koskee myös yrityksiä, joilla GWB:n mukaan ei ole määräävää asemaa, mutta joilla yksittäisissä tapauksissa on kauppakumppaneihinsa nähden niin vahva asema, että jälkimmäiset ovat riippuvaisia sopimussuhteista sen kanssa. Riippuvuussuhde aiheutuu riittävien ja kohtuullisten vaihtoehtojen puuttumisesta, minkä vuoksi riippuvuussuhteessa oleva yritys ei voi – ilman merkittäviä tappioita ja kilpailukyvyn huononemista – turvautua muiden yritysten tuotteisiin. *Emmerich* toteaa, että säännöksen soveltamisen pääpaino on ollut siviilituomioistuimissa.

Taloudellisen riippuvuussuhteen hyväksikäyttö on kiellettyä myös Ranskassa, jos tavarantoimittajilta tai asiakkailta puuttuvat vaihtoehtoiset myynti- tai ostokanavat. Edellytyksenä on, että menettelyn tarkoituksena tai seurauksena on kilpailun estyminen, rajoittuminen tai vääristyminen.[340] Relatiiviseen markkinavoimaan puuttumisen mahdollistavia säännöksiä on myös esim. Belgian ja Kreikan kilpailulainsäädännössä.[341]

---

[337] Vrt. edellä käsiteltyä *ABG*-tapausta.

[338] Ks. esim. Emmerich (2001) s. 214 ss. Saksan kilpailuoikeutta koskevan kotimaisen kirjallisuuden osalta ks. erityisesti P. Virtanen (2001) ja Schulze-Steinen (1998).

[339] Ks. Luokittelusta ja soveltamiskäytännöstä lähemmin P. Virtanen s. 313–337; Schulze-Steinen s. 201–225.

[340] Ordonnance N:o 86–1243, 1.12.1986. Lain 8 artiklan 1 momentin 2 kohta kieltää "taloudellisen riippuvuussuhteen" hyväksikäytön, joka aiheutuu siitä, että ostajalta tai myyjältä puuttuvat riittävät vaihtoehdot suhteessa tiettyyn yritykseen tai yritysryhmään. Säännöstä voitaneen soveltaa paitsi markkinavoimaisen yrityksen menettelyyn puhtaan vertikaalisessa ostaja-myyjä-tilanteessa, myös tapauksiin, joissa vertikaalisesti integroitunut yritys pyrkii vaikeuttamaan kilpailijoiden toimintaa. Ks. esim. Bach (1987) s. 420; Schmidt/Binder (1996) s. 75–83.

[341] Ks. komparatiivisesta esityksestä edellä mainittua Schulze-Steinenin lisensiaattitutkimusta, jossa relatiivisen markkinavoiman suhde yleisempään määräävän aseman väärinkäyttökieltoon tuodaan esille. Ks. esim. Yhteenvetoa Saksan osalta s. 225.

4.6.6 Vertailua Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen

Kirjallisuudessa on perinteisesti katsottu, että erilainen suhtautuminen riippuvuustilanteisiin on merkittävä ero EY:n ja USA:n kilpailuoikeuden välillä.[342] Sherman Actin 2 artiklan monopolisoimiskielto näyttäisi jo lähtökohtaisesti kiinnittävän päähuomion kilpailijoiden väliseen horisontaaliseen suhteeseen ja menettelyn vaikutuksiin tältä kannalta.[343] EY:ssä voidaan puuttua riippuvuuden hyväksikäyttöön, vaikkei se uhkaisikaan johtaa kansantaloudellisesti merkittävään monopolisoitumiseen.[344] RS 82 artikla ulottuu paitsi kilpailun varjelemiseen instituutiona myös yksittäisten yritysten individuaalisuojaan. RS 82 artiklan soveltaminen kuitenkin edellyttää, että väärinkäytöllä on merkitystä EY-maiden kaupalle.[345] EY-oikeudessa tasapuolisen kohtelun periaate ja diskriminoinnin tuomitseminen on perusoikeuden tasoinen normi, joka yhdistää punaisena lankana tuomioistuimen päätöksiä eri politiikanlohkoilla. Markkinoille pääsyn ja niillä säilymisen sekä kuluttajien intressien turvaaminen ovat saaneet EY:n kilpailuoikeudessa keskeisen aseman.

EY:n ja Yhdysvaltain oikeuskulttuurissa on merkittäviä eroja. USA:ssa hoituu EY-maita merkittävämpi osuus kilpailupolitiikasta yksityisten yritysten nostamien kanteiden avulla.[346] Näissä oloissa USA:n kilpailuviranomaisten "laissez faire" -asenne tiettyihin väärinkäyttötyyppeihin on perustellumpaa kuin Euroopassa. Chicagon koulun vaikutuksesta käytäntö USA:ssa on yleisesti lieventynyt. Sherman Actin 2 artiklaa on ruvettu tulkitsemaan siten, että kiellettynä pidetään lähinnä menettelyä, joka "heikentää kilpailua tarpeettoman paljon" tai "johtaa kilpailijoiden poissulkemiseen muilla kuin tehokkuussyillä".[347] Kilpailuviranomaisen tulisi puuttua vain sellaiseen menette-

---

[342] Hawk (1990) s. 828.

[343] Ks. jo *United States v. Colgate & Co*, 250 U.S. 300 (1919), 307: "In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the (Sherman Act) does not restrict the long recognised right of a trader or manufacturer engaged in a entirely private business, to freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal." Vrt. toisaalta *Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

[344] Amerikkalaisessa kirjallisuudessa EY:n käytäntö on herättänyt voimakasta kritiikkiä. Esimerkiksi *Hugin*-tapaukseen puuttumista pidettiin epäjohdonmukaisena. Ks. Fox s. 403: "When one asks whether Hugin's termination of Liptons was an effort to monopolize, the incongruity of the monopoly framework becomes plain. Hugin was not a dominant cash register firm. It surely could not get a monopoly by charging a supracompetitive price for spare parts, and it would undercut its competitive attractiviness by doing so." Kritiikki ei riittävästi huomioi, että EY:ssä sekä määräävän aseman merkityssisältö että väärinkäyttövalvonnan tavoitteet ovat USA:ta kattavampia.

[345] Juuri tästä syystä tuomioistuin kumosi komission päätöksen *Hugin*-tapauksessa. Kun toimitusten lopettamisella oli vaikutusta vain Suur-Lontoon alueella, ei se ollut omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

[346] Eräs kiihoke siviilikanteiden nostamiseen on mahdollisuus kolminkertaisen vahingonkorvauksen saamiseen kanteen menestyessä.

[347] *Aspen Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

lyyn, joka estää kilpailumekanismia itse korjaamasta markkinavoiman väärinkäyttöä. Lähdetään oletuksesta, että määräävä asema johtuu yleensä yrityksen suuremmasta tehokkuudesta ja ettei sitä julkisten alalle pääsyn esteiden puuttuessa yleensä voi väärinkäyttää ilman, että yritys kilpailijoiden reaktioiden seurauksena sen menettäisi. Seurauksena on ollut, että yhä harvemmin määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa on pidetty Sherman Actin 2 artiklan vastaisena laittomana monopolisointina.[348]

Chicagon koulun piirissä EY:n oikeudenmukaisuustavoitetta voitaisiin pitää "populistisena".[349] Usein toistetun lausuman mukaan kilpailuoikeus suojaa "kilpailua eikä kilpailijoita".[350] Erityisesti chicagolaisten mielestä kilpailulainsäädännön ainoa hyväksyttävä tavoite on taloudellisen tehokkuuden edistäminen. Riippuvuussuhteiden sääntely sopii huonosti yhteen tämän konseptin kanssa, sillä toimitusten lopettaminen riippuvaiselle jälleenmyyjälle johtaa harvoin ainakaan välittömästi tuotannon rajoittumiseen ja hintojen nousuun.[351] Kuitenkaan *Hugin*-tapausta koskeva kritiikki ei rajoitu chicagolaisiin kirjoittajiin, vaan varsin yleisesti markkinamäärittelyä on pidetty liian suppeana. Esimerkiksi *Fox* on katsonut, että vertailukohtana Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa olisi lähes mahdotonta, että relevantit hyödykemarkkinat voisivat rajoittua yrityksen omiin tuotteisiin. Jos markkinat rajataan yhden yrityksen tuotteisiin, on nimittäin käytännössä selvää, että yrityksellä on määräävä markkina-asema. Voidaan kysyä, mikä on markkinamäärittelyn todellinen funktio, jos markkinavoimaa lähdetään selvittämään näin suppeasta lähtökohdasta käsin. Foxin mielestä relevantit markkinat muodostuivat kassakoneista, joilla markkinoilla Huginilla ei ollut määräävää markkina-asemaa.[352] Ratkaisun on katsottu perustuvan enemmän oikeudenmukaisen lopputuloksen (fairness) ja kilpailijan markkinoilla säilymisen tavoittelulla kuin pyrkimyksellä suojella itse kilpailuprosessia häiriöiltä.

---

[348] Ks. Hawk (1990) s. 739–747 ja s. 827–832.

[349] Ks. esim. Faull (1992) s. 220 ss.

[350] Toisaalta USA:n kirjallisuudessa on myös kritisoitu (väitetyn tai todellisen) tehokkuuden korostamista. On myös arveltu, että USA:n korkein oikeus olisi ainakin määräävän aseman väärinkäytön osalta alempia asteita haluttomampi hyväksymään tehokkuuden ainoaksi kriteeriksi. Ks. Hawk (1990) s. 828.

[351] Tätä voidaan perustella sillä, että todennäköisemmin hyödykkeen valmistaja ryhtyy itse huolehtimaan syrjäyttämänsä pienyrittäjän tehtävistä tai solmii sopimuksen uuden yrityksen kanssa. Päämiehen ja edustajan välisissä sopimussuhteissa tapahtuvat muutokset eivät vaikuta kuluttajien hyvinvointiin. Päämiehen vertikaalinen integroituminen huoltopalveluihin selittyy kustannussäästöillä ja lisää siten tehokkuutta. Huoltopalvelujen heikentäminen ei ole päämiehen intressissä.

[352] Fox, Eleanor, Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness. Notre Dame Law Review 981–1003. Artikkelia on siteerattu varsin usein kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa. Yleisenä johtopäätöksenä on ollut se, että EY:n kilpailuoikeudessa huomiota kiinnitetään liiaksi reiluuteen tehokkuuden kustannuksella ja että markkinat määritellään tarkoitushakuisen suppeasti. Näihin väittämiin otetaan kantaa johtopäätösosassa.

Viimeksi mainittu näkökohta pitää sisällään oletuksen, että kilpailun ja oikeudenmukaisuuden turvaaminen olisivat ristiriidassa keskenään. Edellä kilpailupolitiikan tavoitteita koskevassa osiossa on katsottu, ettei näin tarvitse olla. Neoklassisessa tehokkuusanalyysissä tarkastellaan markkinoilla syntyvän lopputuloksen tehokkuutta. Suorituskilpailussa tarkastellaan kilpailukeinon tehokkuutta. Väite, että yrityskohtaisiin riippuvuustilanteisiin puuttuminen olisi yleisesti ristiriidassa tehokkuustavoitteen kanssa, vaikuttaa liian yksioikoiselta johtopäätökseltä. Puuttumalla esim. kauppakumppanin keinotekoiseen poissulkemiseen voidaan systemaattisesti torjua sellaista markkinakäyttäytymistä, jonka arveltaisiin yleistyessään johtavan tehokkuuden vähenemiseen elinkeinoelämässä. Käyttäytymistavan ja syntyvän lopputuloksen tarkastelu ovat siten toisiaan täydentäviä, eivät toisensa poissulkevia ikkunoita markkinavoiman väärinkäytön tarkasteluun. Voidaan kuitenkin todeta, että EY:ssä puuttuminen riippuvuustilanteisiin ilmentää pääasiallisesti EY:n kilpailuoikeuden reiluustavoitetta, joka voidaan myös muotoilla yleiseksi käytettyjen kilpailukeinojen legitiimisyyttä koskevaksi vaatimukseksi. Lähestymistavan juuret ovat ordoliberaalissa perimässä, joka korostaa taloudellisen vallan kontrollointia ja heikommassa asemassa olevien yritysten toimintavapauden suojaamista. *Amato* on todennut vertailevassa teoksessaan, että EY:ssä luotetaan Yhdysvaltoja vähemmän markkinamekanismin itsesäätöisyyteen. Chicagon koulu näyttää kuitenkin jättäneen pysyviä jälkiä amerikkalaiseen lähestymistapaan.

Yhdysvalloissa oikeuskäytäntö näyttäisi kuitenkin jonkin verran kiristyneen. Tutkimuksen teoreettisessa osassa USA:ssa tällä hetkellä vallitsevaa lähestymistapaa on luonnehdittu termillä Post-Chicago, jossa yhdistellään elementtejä chicagolaisesta tehokkuusanalyysistä ja harvardilaissävytteisestä strategisen kilpailun koulukunnasta. Yhtenä keskeisenä erona vanhempaan suuntaukseen voidaan pitää sitä, että markkinavoimaan on osittain suhtauduttu aiempaa ankarammin. Tämä on näkynyt mm. jälkimarkkinoilla.

Tapauksessa *Eastman Kodak*[353] katsottiin, että kopiokoneiden huoltomarkkinat muodostuivat päätuotteesta ja niistä erillisistä jälkimarkkinoista (huolto ja varaosat). Kodak oli pyrkinyt monopolisoimaan jälkimarkkinat itselleen ja syrjäyttämään ns. itsenäiset huoltoliikkeet mm. sitomalla päätuotteen ostajia itseensä ja hinnoittelemalla hyödykkeitään epäedullisemmin siinä tapauksessa, että asiakkaat käyttivät hyväkseen itsenäisten huoltoliikkeiden palveluksia. Korkein oikeus hylkäsi väitteen markkinavoiman väärinkäytön mahdottomuudesta keskeisesti kahdella perusteella. Ensinnäkin informaation epätäydellisyydestä seurasi, ettei jälkimarkkinoilla tapahtuva väärinkäyttö välittynyt kaikille päätuotteen ostajille. Kopiokoneen ostajat eivät nimittäin välttämättä tienneet sidonnasta tai siitä, että se hyödykkeen elinkaarikustannukset huomioon ottaen mahdollisesti oli asiakkaille epäedullista. Etsintäkustannusten ollessa korkeita

[353] *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*; 199 L.Ed.2d265 (1992).

kopiokoneen ostajien ei välttämättä kannata panostaa yksityiskohtaisiin kustannuslaskelmiin tai muihinkaan vastaaviin arvioihin.[354] Toisekseen, tietyn kopiokoneen ostaneet asiakkaat olivat tulleet sidotuiksi kyseiseen valmistajaan. Päätuotteeseen tehdystä investoinnista seurasi sidottuisuus kyseiselle kopiokoneelle sopivien huoltopalvelujen käyttämiseen (ns. lock in -vaikutus). Kodak pystyi määrittelemään omien huoltopalveluidensa hinnan ja toisaalta sen, missä määrin se salli itsenäisten huoltopalveluyritysten huoltaa kopiokoneitaan. Kuten *Hugin* -tapauksessa, Kodakin menettelyn tarkoituksena oli ollut saada myymänsä päätuotteen huoltopalvelut itselleen.[355]

Riippuvuustapauksia voidaan hahmottaa myös interbrand- ja intrabrand-kilpailun avulla. Vastaaja esitti, että valmistajien välinen *(interbrand)* kilpailu olisi yksinään riittävä estämään tietyn hyödykkeen sisällä käytävän *(intrabrand)* kilpailun rajoitukset silloin kun niistä aiheutuisi vahinkoa kuluttajille.[356] Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi, ettei interbrand-kilpailu yksinään ollut riittävää, koska informaation rajallisuus ja päätuotteen ostajien lukittautuminen mahdollistivat monopolisoinnin. EY:n kilpailuoikeudessa markkinat on poikkeuksellisesti voitu määritellä tuotemerkkikohtaisesti, mikäli interbrand-kilpailu muodostaa markkinoiden toimivuuden kannalta selkeästi erillisen, mielekkään ja suojelemisen arvoisen kokonaisuuden ja mikäli kilpailevien valmistajien taholta tuleva intrabrand-kilpailun paine ei yksinään riitä estämään vahingollisten vaikutusten syntymistä.

Kauperin mukaan Hugin on vain pintapuolisesti verrannollinen *Kodak*-tapaukseen, koska analyysi jälkimmäisessä tapauksessa oli monimutkaisempi ja koska markkinamäärittely jäi Kodak-tapauksessa lopullisesti ratkaisematta.[357] Mielestäni Hugin ja Kodak ovat keskenään varsin hyvin verrannollisia. Olennaista on, että kummassakin tapauksessa vahvistettiin *periaate*, jonka mukaan jälkimarkkinoita voidaan tarkastella päätuotteesta erillään ja että hyödykemarkkinat *de lega lata* on mahdollista määritellä ainakin tietyissä tilanteissa

---

[354] Etsintäkustannusten minimoiminen voi siten olla rationaalia. Vaikkei näin kaikkien asiakkaiden osalta ole asianlaita, on muistettava, etteivät kaikki asiakkaat toimi rationaalisesti.

[355] Tapauksessa Yhdysvaltain oikeusministeriön antitrusti-osasto oli antanut amicus curiae tuomioistuimelle lausunnon, jossa se katsoi, ettei tapauksessa voinut olla kyse Sherman Actin 2 artiklassa kielletystä monopolisoinnista. Tätä perusteltiin Chicagon koulukunnan teorialla, jonka mukaan markkinavoiman väärinkäyttäminen jälkimarkkinoilla ei ole mahdollista ilman, että väärinkäyttö vaikuttaa haitallisesti yrityksen asemaan päätuotteen markkinoilla, ellei sitten päätuotteen markkinoilla ole monopolivoimaa. Kun Kodak ei hallinnut kopiokoneen markkinoita vaan oli vain yksi johtavista valmistajista, markkinavoiman väärinkäytöstä ei voisi olla kysymys. Korkein oikeus totesi, ettei talousteoreettista näkemystä voida ottaa ratkaisun pohjaksi silloin, kun teoria ei vastaa käytäntöä. Todistusaineisto viittasi siihen, että markkinavoimaa oli väärinkäytetty. Mikäli ristiriitaa ilmenee, teorian on sopeuduttava markkinoilla vallitsevaan todellisuuteen eikä päinvastoin.

[356] Ks. esim. Joutsamo/Aalto/Kaila/Maunu (1996) s. 643–644.

[357] Kauper (1997) s. 251–252.

merkkikohtaisesti.[358] Eri asia on, että Yhdysvaltain korkeimman oikeuden Kodak-ratkaisu on huomattavasti paremmin ja yksityiskohtaisemmin perusteltu kuin EY:n tuomioistuimen *Hugin*-päätös. Perustelujen syvyydessä olevat erot eivät kuitenkaan poista sitä seikkaa, että kummassakin tapauksessa lähtökohtaasetelma on verrannollinen, joskaan ei identtinen.

Kummassakin tapauksessa kyse oli lähtökohtaisesti samasta ilmiöstä. Kummankin kestokulutushyödykkeen osalta päätuotteen valmistaja päätti ryhtyä itse korjaamaan ja huoltamaan tuotteitaan, jolloin jälkimarkkinoilla toimivien itsenäisten huoltoyritysten asema vaikeutuu. Päätuotteen valmistajan motiivina on yleensä se, että katetta saadaan paremmin jälkimarkkinoilta kuin itse päätuotteesta. Valmistajan kannattaa myydä päätuotetta halvemmalla, jos se voi periä jälkimarkkinoilla sidotuilta asiakkailta korkeita huolto- ja korjausmaksuja. Faktojen osalta olennaisena erona on se, että Yhdysvaltain Kodak-tapauksessa monopolisoimiskanne perustui useaan kymmeneen esimerkkitapaukseen, joiden yhdessä katsottiin ilmentävän Kodakin pyrkimystä jälkimarkkinoiden monopolisoimiseen. EY:n tapauksessa kyse on yksittäisestä oikeusriidasta. Tapausselosteesta ei ilmene, että EY:n tuomioistuin olisi kiinnittänyt huomiota siihen, missä määrin Hugin on ollut irtisanomassa asiakassuhteita päätuotteen osalta tai jälkimarkkinoilla. Perusteluista ei käy ilmi, että Huginilla olisi ollut horisontaalisessa suhteessa monopolivoimaa tai edes olennaista markkinavoimaa. Kyse on *yrityskohtaisesta riippuvuudesta*. EY:n tuomioistuin lähti liikkeelle Liptonin tilanteesta. Tuomioistuimen mukaan Hugin oli määräävässä asemassa, "koska olisi epätodennäköistä, että mikään muu kassakoneenvalmistaja ryhtyisi valmistamaan juuri Liptonin tarvitsemia Hugin-kassakoneeseen sopivia varaosia". Tuomioistuin ei tutkinut sitä, kuinka laajalti markkinoilla oli havaittavissa riippuvuutta nimenomaan Huginin varaosista tai oliko merkkejä siitä, että kyseiset varaosat ylihinnoiteltaisiin. Tuomioistuimen perustelujen valossa jo pelkkä punktuaalinen yhden yrityksen riippuvuus toisesta näyttäisi riittävän määräävän aseman konstruoimiseen. Vielä ongelmallisemmaksi tapauksen tekee se, ettei komission tai tuomioistuimen analyysistä käy ilmi, millä tavoin toimitusten lopettaminen Huginille haittaa kuluttajia. Liptonin tavoitteena oli vertikaalinen integraatio, eikä tapauksesta käy ilmi, että kassakoneenvalmistajan omat huoltopalvelut olisivat nostaneet hintoja tai heikentäneet laatua. Pakollisen kauppakumppanin käsitteen soveltamisen täytyisi edellyttää näyttöä vahingollisista vaikutuksista. Kilpailuviranomaisen interventiota pelkästään yrityskohtaisessa riitatapauksessa voidaan pitää ongelmallisena, ellei menettelytavalla ole yleisempää merkitystä kilpailun toimivuuden kannalta.[359]

---

[358] Whish (2001) s. 33–34 katsoo, että *Hugin*-tapauksessa kyse oli lukittautumistilanteesta. Se, muodostavatko varaosat omat hyödykemarkkinansa, on empiirinen tosiasiakysymys.

[359] Samalla kannalla esim. Fishwick (1993) s. 108–111. Fishwick laajentaa kritiikin koskemaan *Hugin*-tapauksen ohella myös tapauksia *Commercial Solvents* ja *Hilti*. Itse suhtaudun kahteen jälkimmäiseen tapaukseen myönteisemmin. Commercial Solvents -tapauksessa toimitukset lope-

4.6.7 EY:ssä vallitsevan oikeustilan arviointia

Pakollista kauppakumppania koskevan opin merkitys ja asema EY:n kilpailuoikeudessa on kiistanalainen. Oikeuskäytännössä[360] pakollisen kauppakumppanin käsitteen alla näytettäisiin tarkasteltavan varsin samoja tilanteita, joita edellä tutkimuksen teoreettisessa osassa on käsitelty relatiivisen markkinavoiman yhteydessä.[361] Oppiin on vedottu erityisesti ranskalaisessa ja saksalaisessa kirjallisuudessa ja sen on nähty muodostavan tärkeän osan EY:n käytännöstä.[362] Anglosaksisessa kirjallisuudessa oppiin näytettäisiin suhtauduttavan varauksellisemmin. *Bellamyn ja Childin* laajassa kommentaariteoksessa (2001) mainitaan suppean markkinamäärittelyn mahdollisuus,[363] mutta pakollista kauppakumppania koskevaa oppia ei käsitellä.[364] *Faull ja Nikpay* toteavat, että määräävä asema voi olla jälkimarkkinoilla.[365] *Whish* kritisoi suppeata markkinamäärittelyä todeten, että taloudelliselta potentiaaliltaan hyvinkin vaatimattomat yritykset voivat kuulua väärinkäyttövalvonnan piiriin.[366] Kolmantena vaihtoehtona

---

tettiin kilpailua rajoittavassa monopolisoimistarkoituksessa. Hilti-tapauksessa markkinat on määritelty rakenteellisesti tarkastellen järkevästi. Toisin kuin Huginilla, Hiltillä oli määräävä asema valmistamisensa laitteiden markkinoilla.

[360] Ks. EY:n komission käytännön osalta Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 340–342.

[361] Ks. tutkimuksen teoreettisen osan pääjaksoa III Markkinavoiman teoreettista tarkastelua ja sen alajaksoa 3.4.2 Relatiivisen markkinavoiman tilanteita.

[362] Ks. esim. Glais/Laurent (1983) s. 264, 284 ss.; Glais (1987); Hoet (1989). Schröter, G/T/E (1992) toteaa kysymyksen olevan oikeuskäytännössä lopullisesti ratkaisematta, mutta toteaa, että 82 artikla tulisi yleisesti laajentaa koskemaan pakollisen kauppakumppanin tilanteita. Tähän tarkoitukseen EY:n tuomioistuimen metodi Hugin-tapauksessa – äärimmäisen suppea markkinoiden määrittely – ei ole erityisen onnistunut ratkaisu. Kirjoittaja kannattaa konseptin soveltamista relatiivisen markkinavoiman tilanteisiin Ranskan ja Saksan lainsäädännön tapaan. Ks. Schröter, Art. 82, Groeben/Thiesing/Ehlermann (1992) s. 1823–1824. Schröterin mukaan 82 artikla ei kuitenkaan sovellu saksalaisen ns. sortimenttiriippuvuuden tilanteissa. Oikeuskäytännön avoimuuden osalta tilanne ei liene ratkaisevasti muuttunut 10 vuodessa. Konseptin soveltamisedellytyksistä de jure ja de lege ferenda voidaan esittää pitkälti samanlaisia mielipiteitä kuin 10 vuotta sitten. Tuoreemman kirjallisuuden osalta ks. esim. Möschel, jonka mukaan 82 artiklaa voidaan soveltaa relatiivisen markkinavoiman tilanteissa silloin, kun kyse on vertikaalisesta riippuvuudesta, joka aiheutuu hyödykkeen rajallisesta saatavuudesta tai yrityskohtaisista tekijöistä. Ks. Möschel, Art. 86, Immenga/Mestmäcker (1997) s. 704–705.

[363] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 695–697.

[364] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 685–713.

[365] Tekijät mainitsevat jälkimarkkinatapauksina ratkaisut *Hugin* ja *General Motors*. Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 137–138.

[366] Ks. Whish (2001) s. 165–166. Whish mainitsee esimerkkinä tapauksen *Boosey & Hawkes;* EYVL 1987 L 286/36. Boosey & Hawkes oli kieltäytynyt toimittamasta vaskipuhaltimia eräälle toiselle musiikkiliikkeelle, joka oli aikeissa ryhtyä kilpailemaan sen kanssa. Whish toteaa tapauksesta seuraavaa: "It was found by the Commission, in an interim decision, to have abused its dominant position when it refused to supply musical instruments to customers who were threathening to enter into competition with it. Boosey and Hawkes' world-wide sales in all products were worth £ 38 million in 1985, and the market it was accused of dominating was defined as instruments for British-style brass bands, in which its market share was 80–90 %." Whish (2001) s. 166.

kirjallisuudessa todetaan, että EY:n komissio ja tuomioistuin kylläkin ovat ottaneet käytäntöönsä elementtejä pakollista kauppakumppania koskevasta opista, mutta että määräävää asemaa ei voida perustaa pelkkään riippuvuuteen.[367] *Ritter, Braun ja Rawlinson* toteavat, että komissio on tutkinut mahdollisuutta soveltaa pakollisen kauppakumppanin käsitettä, mutta ei ole jalostanut sitä käytännössään täysimääräiseksi doktriiniksi. Tekijät mainitsevat kuitenkin liudan suppeita markkinamäärittelyjä sisältäneitä ratkaisuja, joissa riippuvuudella on ollut ratkaiseva merkitys.[368] Tämän kannan mukaan riippuvuuteen on vedottu, mutta EY:n tapauksissa riippuvuus on aiheutunut markkinoiden hallinnasta. Tekijät näyttävät tarkoittavan että riippuvuus muodostaa vain osatekijän määräävän aseman käsitteestä, eikä ole yksinään riittävää. Tulkintasuosituksena tähän voidaan yhtyä. *Ritterin ym.* kanta tukisi myös tutkimuksen teoreettisessa osassa rakennettua määräävän aseman mallia. Voidaan kuitenkin kysyä, miten hyvin tulkinta vastaa esim. *Hugin*-tapausta, jossa dominanssi johdettiin yrityskohtaisesta riippuvuudesta ja jossa on vaikea perustella, että yritys olisi rakenteellisesti hallinnut markkinoita.[369] Neljännen ja samalla kriittisimmän

---

[367] Periaatteessa tietysti "pakollisesta kauppakumppanista" voidaan puhua jopa monopolitilanteessa, mutta tällöin irrottaudutaan täysin termin partenaire obligatoire syntytaustasta, sellaisena kuin se ilmenee Ranskan kilpailuoikeudessa. Ritter, Braun ja Rawlinson (1999) mainitsevat EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisun asiassa *Deutsche Bahn* (Kok. 1997 s. II-1689). Tuomioistuin totesi mm. että "oikeuskäytännöstä ilmenee, että jos käsiteltävän asian tavoin osamarkkinoilla palveluja tarjotaan laillisella yksinoikeudella eli palveluiden ostajat ovat taloudellisesti riippuvaisia niiden tarjoajasta, kyse on määräävästä asemasta erillisillä markkinoilla, vaikka yksinoikeudella tarjotut palvelut liittyvät tuotteeseen, joka kilpailee itse muiden tuotteiden kanssa (asia 26/75, General Motors Continental v. komissio, tuomio 13.11.1975, Kok. 1975, s. 1367, 5–10 kohta ja asia 226/84, *British Leyland v. komissio*, tuomio 11.11.1986, Kok. 1986, s. 3263, 3–10 kohta)". Tekijät katsovat mainitun viittauksen perusteella, että partenaire obligatoire on vain tapa määritellä määräävä asema vertikaalisessa tai konglomeraatissa kontekstissa. Ks. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 340–341. Tekijöiden kantaan voidaan yhtyä sikäli kuin siinä suositellaan, että määräävän aseman tulisi perustua markkinoiden hallintaan. Nähdäkseni siteerattu tuomioistuimen päätös ei kuitenkaan todista mitään tässä suhteessa. Kuten tämän tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty osoittamaan, riippuvuus voi johtua monesta eri syystä. On selvä, että jos kyseessä on legaalinen monopoli, tuon yrityksen hyödykkeitä tarvitsevat ovat siitä riippuvaisia, koska kilpailu on lailla estetty. Laillinen monopoli on selvin kuviteltavissa oleva määräävän aseman tilanne. Tilanne on täysin toinen esim. Hugin-tapauksessa, jossa yrityskohtaiseen sopimussuhteeseen perustuvan riippuvuuden on katsottu jo muodostavan perusteen määräävän aseman konstruoimiselle.

[368] Ks. Ritter/Braun/Rawlinson s. 342.

[369] Ritter, Braun ja Rawlinson (s. 340 ss.) toteavat, että komissio on tutkinut mahdollisuutta hyödyntää pakollisen kauppakumppanin käsitettä täydentävänä työkaluna, mutta että komissio ei ole nimenomaisesti vedonnut konseptiin päätöksissään. Kirjoittajat toteavat, että konseptia ei ole tarkoitettu laajentamaan 82 artiklan soveltamisalaa, vaan ainoastaan kuvaamaan tilannetta, jossa riippuvuus aiheutuu riittävien vaihtoehtojen puutteesta. Mielestäni kirjoittajien selitys on tautologinen eikä tekstissä riittävästi eritellä riippuvuuden syitä eli perustuuko kauppakumppanin markkinoiden hallintaan vaiko yrityskohtaisiin tekijöihin. Kirjoittajat mainitsevat Hugin-tapauksen problematisoimatta lainkaan sitä, onko tapauksessa kyse aidosta määräävästä asemasta vai ei. Vastaavasti esim. Dirksen (Langen ym. 2001) toteaa, että EY:n tapauskäytännössä on hyödynnet-

kannan mukaan EY:n käytännössä 82 artiklaa on sovellettu riippuvuuden perusteella tilanteissa, joissa sopimus- tai markkinavoima on perustunut yritysten keskinäisiin suhteisiin, mutta yrityksen ei voida katsoa hallinneen markkinoita.[370] Tässä vaihtoehdossa pakollisen kauppakumppanin käsitteen nähdään laskevan dominanssikynnystä joko tietoisesti tai tahtomatta alaspäin.

Oma kantani on kolmannen ja neljännen vaihtoehdon välillä. Kriittinen kysymys kuuluu, missä tilanteissa pakollista kauppakumppania koskeviin tilanteisiin on syytä puuttua jonkun yksilöidymmän opin, esimerkiksi jälkimarkkinoita koskevan lähestymistavan (dominance in aftermarkets) tai lukittautumistilanteen (lock in) perusteella.[371] Tällöin markkinavoiman kynnystä lasketaan selvästi alaspäin siitä, mitä rakenteellisessa arvioinnissa edellytetään.[372] Virallinen oppi, jonka mukaan määräävän aseman merkityssisältö on sama kaikissa tilanteissa, ei näyttäisi pitävän yhtä oikeuskäytännön kanssa.[373] Nähdäkseni selkeimmän esimerkin tästä tarjoaa edellä käsitelty *Hugin*-tapaus. Ei voitaisi kuvitella esim. tilannetta, että sulautuma-asetuksen perusteella kiellettäisiin yrityskauppa, jossa saavutetaan sama markkina-asema kuin Huginilla oli. Kehitys näyttäisi olevan menossa suuntaan, jossa pakollisen kauppakumppanin käsitteen sijasta hyödynnetään eritellymmin tutkimuksen teoreettisessa osassa käsiteltyjä relatiivisen markkinavoiman variaatioita. Ratkaisusta *Pelikan/Kyo-*

---

ty pakollisen kauppakumppanin käsitettä, mutta että tähän mennessä ratkaistuissa tapauksissa pelkkä riippuvuussuhde ei ole johtanut määräävän aseman todentamiseen, vaan että riippuvuussuhde on ollut seurausta monopoliasemasta. Ks. Langen (2001) s. 2133. Tälle kannalle, joskin hieman epäröiden, näyttäisi päätyvän myös Petra Schulze-Steinen, joka on käsitellyt kauppakumppanin riippuvuutta laajimmin kotimaisessa kirjallisuudessa. Ks. Schulze-Steinen (1998) s. 131–171; ks.
erityisesti johtopäätöksiä s. 170–171.

[370] Ks. esim. Fox (1986) ja (1994); Fishwick (1987) s. 76 ja (1993) s. 108; Utton (1995) s. 76; Jebsen/Stevens (1996).

[371] Samansuuntaisesti Faull/Nikpay (1999) s. 137–138. RS 82 artiklaa koskevan jakson kirjoittajat Carles Esteva Mosso ja Stephen Ryan toteavat, ettei tapauksista *Hugin* ja *General Motors* voi tehdä sitä johtopäätöstä, että hyödykkeen valmistaja olisi aina määräävässä asemassa tuotteidensa jälkimarkkinoilla. Lausumaa on pidettävä itsestäänselvyytenä. Tähän nähden onnettomana lapsuksena on pidettävä sitä, että jälkimarkkinatilanteita käsitellään teoksessa lihavoidun yleisotsikon "Undertakings always Found to be in a Dominant Position" alla. Faull/Nikpay on komission kilpailun pääosaston virkamiesten kirjoittama kommentaariteos, jonka voidaan katsoa tällä hetkellä ehkä parhaiten edustavan komission näkemystä. Samalla on todettava, että komission sisällä on kilpailuteorian "ideaalimarkkinoilla" keskenään kiivaastikin kilpailevia fraktioita, joiden välillä on huomattaviakin näkemyseroja eri konseptien soveltamisesta. Ryhdyttäessä suuntaamaan uudelleen komission työn painopisteitä 1990-luvun lopulla julkistettuja valkoisia kirjoja edelsivät sisäiset keskustelut, joista käytettiin leikkisää työnimeä "meaning of life".

[372] Vaikuttaa siltä, että käsitteiden pakollinen kauppakumppani, jälkimarkkinat, ja lukittautuminen soveltamisalat leikkaavat vahvasti toisiaan. Kyse on ennemminkin riippuvuustilanteen hahmottamisesta eri suunnista käsin kuin aidosti toisilleen vaihtoehtoisista konsepteista.

[373] Toisaalta asiakkaiden kysyntäjousto voi olla olennaisesti alempi jälkimarkkinoilla kuin päätuotteen markkinoilla. Jos esimerkiksi jälkimarkkinat ovat arvoltaan lähes yhtä suuret tai suuremmat kuin päätuotteen markkinat, voidaan kysyä, kumpi markkinamäärittely, keskittyminen jälkimarkkinoihin vai päätuotteeseen, itse asiassa on rakenteellisesti tarkastellen perustellumpaa.

cera alkaen EY:n komissio on pyrkinyt parantamaan taloudellista analyysiaan ja soveltamaan samanlaisia näkökohtia, jotka ovat olleet esillä amerikkalaisessa oikeuskäytännössä. Eri asia on, kuinka paljon amerikkalainen oikeuskäytäntö auttaa tämän suhteellisen alhaisella kynnyksellä sovellettavaksi tulevan ja perusperiaatteiltaan edelleen varsin epämääräisen tapausjoukon selkeyttämisessä.[374]

Viime vuosina EY:n komission mielenkiinto on siirtynyt ns. *essential facilities* -opin soveltamiseen. Opin laajentaminen ns. infrastruktuurimarkkinoiden pullonkaulojen ohi riippuvuustilanteisiin tai immateriaalioikeuksiin herättäisi samoja kysymyksiä kuin Hugin-tapaus.[375] Perusongelmana EY:ssä on se, että dominanssikynnyksen alapuolelta puuttuu selkeästi intervention oikeuttava normi.

4.6.8 Yrityskohtaisen riippuvuussuhteen merkitys kilpailunrajoituslain kannalta

Kilpailunrajoituslaissa markkinavoiman yksipuoliseen väärinkäyttöön on mahdollista puuttua lain 9 §:n nojalla. Säännöstä voidaan soveltaa, kun yrityksellä on markkinavoimaa, mutta sitä ei ole riittävästi määräävän markkina-aseman toteamiseksi. Määräävä asema edellyttää, että yritys hallitsee tiettyä tuotanto- tai jakeluporrasta (KilpRajL 3.2 §). Tämän todentamiseksi relevantit markkinat on määriteltävä ja rakenteellisessa tarkastelussa selvitettävä, mitkä hyödykkeet kilpailevat selvityksen kohteena olevan yrityksen hyödykkeiden kanssa. Kauppakumppaneille tarjolla olevia vaihtoehtoja tulee yleensä tarkastella ennen sopimuksen solmimista vallitsevan tilanteen mukaan (ex ante) eikä vasta sitä vaiheessa, kun asiakas on sitoutunut tietyn valmistajan tuotteeseen (ex post).

4.6.8.1 Digital

Digital -tapauksessa[376] Digital oli kilpailuviraston esityksen mukaan sitonut varusohjelmien päivityspalvelut laitehuoltopalveluihin sulkeakseen pois muut huoltoyritykset Digital-tietokoneiden huoltomarkkinoilta. Digitalilla oli immateriaalioikeuksiin perustuva yksinoikeus käyttöjärjestelmäänsä ja sen päivityksiin. Digital peri päivityksestä alhaisempia hintoja, mikäli asiakas käytti myös Digitalin ylläpitopalveluja. Kilpailuviraston mukaan yhtiö menetteli muun

[374] Ks. esim. Hovenkamp (2001), joka on katsonut, ettei Yhdysvalloissa ole saatu noin 10 vuoden aikana selkeyttä *Kodak*-tapauksen soveltamiskriteereihin.
[375] Avainaseman käsitettä ja sitä koskevaa EY:n tuomioistuimen *Bronner*-päätöstä käsitellään jäljempänä.
[376] *Digital*, d:o 4/359/92, kilpailuneuvoston päätös 13.10.1993; Kuoppamäki (1996) s. 92.

ohella 7 §:n 2 kohdan vastaisesti rajoittaessaan keinotekoisesti asiakkaiden mahdollisuuksia valita vaihtoehtoinen laitehuoltoyritys. Menettelyä pidettiin myös 7 §:n 4 ja 5 kohdan vastaisena. Kilpailuneuvosto ei ottanut asiaan lopullista kantaa, koska kilpailuneuvostokäsittelyn kuluessa Digitalin ja kilpailuviraston välillä päästiin yhteisymmärrykseen tulevista toimintalinjoista Digitalin annettua sitoumuksen menettelyn muuttamisesta viraston vaatimalla tavalla. Asiassa oli myös kyse siitä, voiko Digitalilla olla 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu määräävä markkina-asema omien ohjelmistojensa markkinoilla. EY:n komissio oli soveltanut käsittelemässään vastaavassa tapauksessa 82 artiklaa. Kilpailuneuvosto poisti asian käsittelystä. Olosuhteista voidaan päätellä, että kilpailuneuvosto oli ollut taipuvainen hylkäämään 7 §:ää koskevan esityksen ja ratkaisemaan asian 9 §:n perusteella.[377]

4.6.8.2 Lukiolaisten Kirjakauppa

Merkkikohtaisen markkinamäärittelyn osalta keskeisenä kotimaisena prejudikaattina voidaan pitää *Lukiolaisten Kirjakauppa Oy:tä (LK)* koskevaa tapausta.[378] Kyse oli siitä, millä ehdoilla Kustannusosakeyhtiö Otava (Otava) myy kirjoja lukion koulukirjojen välittämiseen erikoistuneelle LK:lle. LK:n toimintaideana oli ottaa koulu- tai luokkakohtaisesti vastaan tilauksia ja välittää kirjat suoraan oppilaille. Tällä tavoin kirjojen välityskustannukset muodostuvat pienemmiksi. Otava myönsi täydellisen palveluvalikoiman (so. muutakin kuin koulukirjoja myyville perinteisille kirjakaupoille) paremmat alennusehdot. Kilpailuvirasto ja LK pitivät alennusehtoja syrjivinä. Otava katsoi, että kyse on normaalista alennuskäytännöstä, jolla palkitaan kirjakauppoja kokonaisen palveluvalikoiman välittämisestä asiakkaille kiinteistä tähän tarkoitukseen soveltuvista myyntitiloista käsin. Nyt käsiteltävänä olevan merkkikohtaisen markkinamäärittelyn osalta mielenkiintoinen on kilpailuviraston Otavan markkina-asemaa koskeva analyysi. Kilpailuvirasto esitti vahvistettavaksi, että Otava on määräävässä markkina-asemassa *itse kustantamiensa* lukion koulukirjojen markkinoilla Suomessa. Mikäli vaatimusta määräävästä asemasta ei hyväksyttäisi, virasto vaati toissijaisesti tapauksen käsittelyä lain 9 §:n nojalla.

---

[377] Muussa tapauksessa kilpailuviraston väärinkäytön lopettamista koskeva ilmoitus olisi tuskin johtanut esityksen poistamiseen käsittelystä. Kun väitetyn väärinkäytön lopettamisesta oli päästy sopimukseen, lain 9 §:ää koskevien prosessioikeudellisten periaatteiden nojalla oli luontevaa poistaa asia käsittelystä. Sen sijaan määräävän aseman väärinkäyttötilanteissa menettelyn lopettaminen kilpailuviraston esityksen saapumisen jälkeen ei yleensä merkitse esityksen raukeamista, sillä kieltonormin osalta tutkitaan, onko määräävää asemaa väärinkäytetty menetellyn lopettamiseen asti. Tarkempi kannanotto jäi joka tapauksessa saamatta jutun raukeamisen vuoksi.

[378] *Lukiolaisten kirjakauppa*, d:o 7/359/97, kilpailuneuvoston osapäätös 25.6.1998.

Kilpailuvirasto perusteli tuotemarkkinoiden rajaamista Otavan omiin lukion koulukirjoihin ostoprosessin monivaiheisuudella. Ensimmäisessä vaiheessa koulut valitsevat seuraavana lukuvuotena käytettävät kirjat. Toisessa vaiheessa kirjakaupat tilaavat varastoon sanottuja kirjoja ja kolmannessa vaiheessa oppilaat ostavat opettajan ilmoittaman kirjan. Opettajan valittua tietyn kirjan oppilaat ja kirjakaupat ovat siihen sidottuja. Viraston mukaan Otava oli määräävässä asemassa, koska oppilaan ainoa vaihtoehto oli ostaa koulussa sinä vuonna käytettäväksi hyväksytty oppikirja. Vastaavasti lukiokirjojen välitykseen erikoistunut hakijayritys oli riippuvainen Otavasta. Kilpailuvirasto viittasi kantansa tueksi vastaavina ratkaisuina pitämiinsä EY:n *Hugin*-päätökseen ja amerikkalaiseen *Kodak*-ratkaisuun.

Kilpailuneuvosto totesi, että kyse on kaikissa kolmessa vaiheessa täysin identtisestä hyödykkeestä, samasta lukion oppikirjasta. Tämän vuoksi opettajan valintaa ja oppilaan hankintaa ei voida kokonaan erottaa toisistaan, vaan niitä tulee tarkastella saman transaktion toisiaan seuraavina vaiheina, joista ensimmäinen koostuu opettajan tietyn kustantajan tiettyä kirjaa koskevasta valintapäätöksestä ja toinen kyseisen kirjan hankinnasta. Kaikkien lukion oppiaineiden osalta on olemassa vähintään kaksi tai kolme kilpailevaa vaihtoehtoa. Kilpailu kustantajien välillä käydään vuosittain koulujen päättäessä seuraavan vuoden kirjavalinnoistaan. Tämä tosiasiallinen kilpailutilanne tuli ottaa tarkastelun lähtökohdaksi tarkasteltaessa sitä, hallitsiko Otava tiettyä tuotanto- tai jakeluporrasta lain 3 §:n 2 momentissa edellytetyllä tavalla.

Oppilaan tai kirjan jälleenmyyjän riippuvuus ei johtunut Otavasta, vaan opettajan valinnasta, joka yhtä hyvin olisi voinut kohdistua kilpailevan kustantajan oppikirjaan. Vaihtoehtojen puute ei johtunut markkinoista vaan siitä, että sillä kertaa Otavan kirja on päätetty valita. Kilpailuneuvosto totesi, että markkinat on määriteltävä siinä vaiheessa, kun valinta vaihtoehtoisten hyödykkeiden välillä suoritetaan, ei vasta sitten, kun tietyn valmistajan hyödyke on jo valittu. Suppea markkinamäärittely edellyttäisi joka tapauksessa, että riippuvuutta ja vaihtoehtojen puutetta ilmenisi jo ennen valintaa (ex ante) eikä vasta sen jälkeen (ex post). Myöskään nk. merkkikohtaista markkinamäärittelyä koskevat kansainväliset ennakkotapaukset eivät tukeneet hyödykemarkkinoiden rajaamista yksinomaan Otavan tuotteisiin. Viraston esittämillä perusteilla ilmeisesti myös muiden lukion oppikirjojen kustantajien olisi katsottava olevan määräävässä asemassa.

Kilpailuneuvosto katsoi, että relevantit tuotemarkkinat on määriteltävä siten, että tarkastelussa otetaan huomioon myös muiden kustantajien lukion oppikirjat. Se seikka, että Otavalla muiden kustantajien tavoin on tekijänoikeus kustantamiinsa kirjoihin, ei yksinään luo määräävää markkina-asemaa. Markkinat olivat tiukan oligopolistiset. Lukion koulukirjojen markkinoista WSOY:n osuus oli 49,6 %, Otavan 30,3 % ja Kirjayhtymän 9,4 %. Otavan markkinaosuus oli lähes puolet pienempi kuin alan markkinajohtajan. Vallitsevissa olosuhteissa Otavalla ei ollut määräävää asemaa laajemmin määritellyillä lukion oppikirjojen markkinoilla. Viraston vaatimus määräävän markkina-aseman vahvistamisesta hylättiin.[379]

[379] Äänestys 7–1. Yksi kilpailuneuvoston jäsenistä olisi hyväksynyt kilpailuviraston määräävää asemaa koskevan esityksen.

KHO:n enemmistö[380] (äänestys 3–2) kumosi kilpailuneuvoston päätöksen ja katsoi oppikirjojen kustantajalle syntyvän määräävän aseman sillä perusteella, että opettaja on päättänyt valita kyseisen kustantajan kirjan, minkä jälkeen oppilaalla ei ole muuta mahdollisuutta kuin ostaa kyseinen kirja. KHO:n päätös ei näytä sisältävän analyysia sen suhteen, olivatko Otavan hinnat olleet kilpailullisen tason yläpuolella tai miten laatuargumenttien merkitystä tulisi arvioida.[381] KHO argumentoi, että opettajat kiinnittävät huomiota ensisijaisesti muihin tekijöihin kuin hintaan.[382] Valintaprosessi perustuu siihen, että on tarkoituksenmukaista käyttää samalla tunnilla tiettyä kirjaa.[383] KHO:n ratkaisua on syytä arvostella, sillä opettajan valinnasta ei voida johtaa määräävää asemaa.[384] "Määräävä asema" on asiantuntijalla, ei senhetkiseksi tavarantoimittajaksi valitulla yrityksellä.[385]

Olisiko Otavalla ollut määräävä asema 82 artiklan perusteella? Kiistanalaisessa *Hugin*-tapauksessa ratkaisu oli perustunut pitkäaikaiseen riippuvuuteen. Amerikkalaisessa *Kodak*-tapauksessa kyse oli laajemmista jälkimarkkinoista ja monopolisoimiskiellon soveltamisesta. Tässä tapauksessa kyse oli asiakkaan omasta ratkaisusta. Realistisesti tarkastellen kilpailu käytiin siinä vaiheessa, kun kouluissa päätetään seuraavan kauden kirjahankinnoista. KHO:n päätöksen ongelmallisuutta osoitaa se, että viraston kannan hyväksyminen merkitsee käytännössä, että myös muilla koulukirjojen kustantajilla olisi katsottava olevan

---

[380] *LK-Lukiolaisten kirjakauppa Oy*, KHO päätös 19.10.2001, 2221/1/99, 2270/1/99, taltio 2540.

[381] KHO:n sivun mittaisen päätöksen perustelut ovat siinä määrin yleisellä tasolla, ettei siitä voi päätellä, millainen taloudellinen analyysi KHO:n enemmistön kannan takana on, tai onko mitään taloudellista analyysia suoritettu.

[382] Tähän voidaan yhtyä, sillä koulukirjamarkkinoilla ratkaisevia valintaperusteita ovat laadulliset seikat, kuten pedagogisuus, sopivuus lukusuunnitelmaan, aiemmat käyttökokemukset tms. Laadun korostuminen hinnan kustannuksella ei johdu määräävästä asemasta, vaan hyödykkeen luonteesta. Kilpailu käydään pääosin laatukilpailuna.

[383] Opettajien voidaan yleensä olettaa opettajankoulutuksen, asiantuntemuksen ja aiemman käyttökokemuksensa perusteella pystyvän valitsemaan kirjan oppilaitaan paremmin, jotka eivät ehkä kirjaa tunne ja joilta puuttuu valinnan tekemisen edellyttämä perspektiivi. Vastaavasti yliopistoissa professorit valitsevat aineidensa tenttikirjallisuuden. Valintaprosessi lienee yleinen oppilaitoksissa. Opettaja tarjoaa oppilailleen ikään kuin "pakollisen konsulttipalvelun" valitsemalla käytettävän kirjan heidän puolestaan. Toisaalta lukion oppikirjoja koskeva selvitys osoitti, että opettajat kiinnittävät huomiota myös oppilaiden esittämiin toivomuksiin.

[384] Yhtä vähän siitä, että potilaan lonkkaan asennettavan tekonivelen valitsee leikkauksen suorittava kirurgi, voidaan johtaa tekonivelen valmistajan määräävää asemaa, vaikka tekonivelen maksava potilas ei itse pääsisi valitsemaan asennettavaa apuvälinettä. Oppikirjalle ja tekonivelelle on yhteistä se, että maksava asiakas jättäytyy asiantuntijan päätöksen varaan.

[385] Ratkaisua voitaisiin perustella lukittautumisella, jos opettajan valinnasta seuraisi monivuotinen riippuvuus. Tässä tapauksessa kirjasarjoja käytettiin vuosia, mutta toimitukset olivat joka vuosi katkolla, ts. joka vuosi kirjasarjojen käytöstä päätettiin uudelleen. Mikäli valittu toimittaja korottaisi valinnan jälkeen hintojaan monopolinomaisesti, tehty päätös voitaisiin peruuttaa seuraavana vuonna. Menettely todennäköisesti haittaisi myös saman kustantajien muiden koulukirjojen menekkiä. Nähdäkseni rationaali tapa tarkastella kilpailutilannetta on kiinnittää päähuomio siihen transaktion vaiheeseen, jossa valintapäätös tehdään. Koulukirjojen osalta ratkaiseva vaihe on kevät, jolloin seuraavan lukuvuoden koulukirjat valitaan.

määräävä markkina-asema. Määräävän markkina-aseman käsite pitää sisällään sen, että vain yhdellä – tai jaetun määräävän aseman tilanteessa korkeintaan muutaman suurimman yrityksen muodostamalla kollektiivilla – voi olla määräävä markkina-asema samoilla markkinoilla. Määräävän markkina-aseman perusolemuksen vastaisena on pidettävä ratkaisulinjaa, jossa kaikkien tiettyä hyödykettä valmistavien yritysten voitaisiin katsoa olevan määräävässä asemassa omien hyödykkeidensä osalta. Taloudellinen intuitio ja 3 §:n 2 momentin systemaattinen asema kilpailulainsäädännössä puhuvat määräävää asemaa vastaan.

EY:ssä suppeita markkinamäärittelyjä voidaan perustella dilemmalla, jossa yksipuolinen vahingollinen menettely jää kokonaan sanktioimatta, mikäli määräävän aseman käsitettä ei venytetä. Kotimaisen lain perusteella väärinkäyttökiellon ulottaminen pistekohtaisiin oikeussuojatilanteisiin, joissa kyse ei ole rakenteellisesta markkinoiden hallinnasta, ei ole tarpeen. EY:n kilpailuoikeudesta poiketen kilpailunrajoituslaki sisältää lain 9 §:ssä vahingollisia kilpailunrajoituksia koskevan yleislausekkeen. Lain 9 §:ää voidaan soveltaa niissä tilanteissa, joissa yrityksellä on markkinavoimaa, mutta markkinavoimaa ei ole riittävästi määräävän aseman todentamiseksi. Säännös soveltuu myös markkinavoimaisen yrityksen yksipuoliseen toimintaan. Lain 9 §:ää voidaan soveltaa markkinavoimaisiin yrityksiin dominanssikynnyksen alapuolella. Kilpailuvirasto on sittemmin tarttunut kilpailuneuvoston avaamaan mahdollisuuteen ja on ryhtynyt soveltamaan 9 §:ää niissä tilanteissa, joissa näyttö määräävästä asemasta ei ole ollut riittävä, mutta yrityksellä on kuitenkin todettu olevan markkinavoimaa. Nähdäkseni kilpailuneuvoston oikeuskäytännöllä liikkeelle laitettu kehitys ratkaisee markkinavoimaisten yritysten kohtelun huomattavasti joustavammin kuin EY:n kilpailuoikeudessa.

Merkkikohtainen markkinamäärittely on mahdollista tapauksissa, joissa yksi merkki aidosti hallitsee markkinoita. Tällöin kyse on kuitenkin normaalista SCP-analyysin nojalla todennettavasta rakenteellisesta markkinoiden hallinnasta. Yhden merkin tilanteet voinevat aidosti tulla kyseeseen esim. lock in -tilanteissa. *Lock in* -tilanteissa asiakas on tekemänsä huomattavan investoinnin seurauksena tullut lukituksi tiettyyn toimittajaan. Esimerkiksi öljylämmityksen hankkineet omakotitalon omistajat voivat olla sidottuja öljyn toimittajiin. Luonnollisesti kilpailutilanne on alun perin ollut olemassa. Rakentaja on voinut valita esim. sähkö- ja öljylämmityksen välillä. Kilpailutilanne voi kuitenkin olla jo kaukainen, vuosien takainen, jolloin se ei enää välttämättä vaikuta lukitun hyödykkeen toimittajan hinnoitteluun. Öljy- ja sähkölämmityksen lukeminen eri hyödykkeisiin on niihin liittyvien erojen nojalla perusteltua, eikä esimerkki siten kuvaa aitoa lock in -tilannetta. Se, ettei öljy- ja sähkölämmitys kuulu kuluttajan samoille markkinoille, voidaan perustella yleisillä markkinamäärittelyä koskevilla periaatteilla, kuten hyödykkeen ominaisuuksilla, kysynnän ja tarjonnan korvaavuudella ja SSNIP-testillä. Asiakkaan lukittautuminen muodostaa vain osaperusteen hyödykkeiden lukemiselle omiksi markkinoikseen.

Kiistellystä ja samalla aidosta lukittautumistilanteesta oli kyse Yhdysvaltain korkeimman oikeuden käsittelemässä *Kodak*-tapauksessa. Lock in -tilanteiden vieminen määräävän aseman väärinkäyttönormiston alle edellyttää joka tapauksessa sitä, että 1) lukituksi tulleiden tahojen määrä on riittävän suuri ja että asialla on siten yleisempää merkitystä, 2) olosuhteista on pääteltävissä, että ylihinnoittelu tai muu asiakkaiden edun vastainen toiminta on mahdollista, 3) lukittujen asiakkaiden kärsimä haitta ei johda siihen, että yritys häviää päätuotteen myynnissä enemmän kuin mitä se voittaa sidottujen asiakkaiden suhteen, mikä tekisi väärinkäytöstä de facto kannattamatonta ja 4) lukitsemisesta hyötyvän yrityksen toiminta on vahingollista. Kilpailuoikeudellisen normiston tehokkuuden näkökulmasta tulee lisäksi perustella, miksei 9 §:n soveltaminen ole riittävää mahdollisten kilpailuvääristymien poistamiseksi. Edellä kuvatut ratkaisuperusteet ovat vain suuntaa-antavia. Edellä mainittu kilpailuneuvoston *Digital*-päätös viittaa siihen, että jälkimarkkinatapaukset ratkaistaisiin lähtökohtaisesti 9 §:n väärinkäyttönormia soveltaen. Kotimaisen kilpailulainsäädännön perusteella merkkikohtaiseen markkinamäärittelyyn on syytä suhtautua varauksellisesti. Merkkikohtaiset 7 §:n soveltamistilanteet, sikäli kuin niitä esiintyy, lienevät suhteellisen harvinaisia poikkeustapauksia. Näyttäisi siltä, että lain 7 §:ää venyttämällä on vähän saavutettavissa tehokkuuden suhteen ja paljon hävittävissä säännöstön selkeydessä.

4.6.8.3 Yhteenvetoa

EY:n kilpailuoikeudessa markkinavoiman yksipuoliseen väärinkäyttöön on mahdollista puuttua vain yhden instrumentin eli määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan 82 artiklan perusteella. Toinen vaihtoehto olisi, että vahingollisia vaikutuksia omaavaan yksipuoliseen menettelyyn ei puututa lainkaan. Suomessa markkinavoiman väärinkäyttöön voidaan puuttua joko kilpailunrajoituslain 7 §:n nojalla, mikäli määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamisen edellytyksenä oleva 3 §:n 2 momentin dominanssikynnys ylittyy, tai lain 9 §:n yleislausekkeen nojalla niissä tapauksissa, joissa yrityksillä on markkinavoimaa, mutta sitä ei ole riittävästi määräävän aseman todentamiseksi.

Rooman sopimuksen 82 artiklalla on puututtu määräävän markkina-aseman tilanteiden ohella osin myös riippuvuustilanteisiin, joissa oikeampaa on markkinavoimasta tai vain sopimusvoimasta. Selkeimmän esimerkin tarjoaa *Hugin*-tapaus[386]. Tuotemarkkinoiden rajaaminen merkkikohtaisesti ainostaan Huginin

---

[386] Voidaan kysyä, mikä on *Hugin*-päätöksen merkitys nykyään. Vaikka päätös ehkä vaikuttaa hieman antiikkiselta, siihen viitataan usein kirjallisuudessa. Ks. esim. Faull/Nikpay (1999) s. 137–138; Bellamy/Child (2001) s. 694–695; Whish (2001) s. 165–167. Se, että markkinat voidaan komission mielestä rajata suppeasti jälkimarkkinoille koskemaan esim. vain varaosia, käy ilmi mm. komission julkaisemista revanttien markkinoiden määrittelyä koskevista ohjeista (EYVL 1997 C 371/5), jotka löytyvät komission kotisivuilta. Ks. mainittujen ohjeiden kohtaa 56.

omiin varaosiin täytti saman tavoitteen, mihin esim. Saksassa pyritään erityissäännöksellä. GWB:n 20.II §:n mukaan markkinavoimaiset yritykset eivät saa syrjiä niistä riippuvaisia pieniä ja keskisuuria yrityksiä. Laki kieltää myös tilaus- tai toimitussulut, jotka kohtuuttomasti vaikeuttaisivat tällaisten kauppakumppanien liiketoimintaa. Erona EY-oikeuteen on kuitenkin se, että Saksan lain mukaan ei puhutakaan määräävästä asemasta, vaan *relatiivisesta markkinavoimasta*. Mikäli EY:n kilpailuoikeutta ylipäätään halutaan soveltaa riippuvuustilanteisiin, edellyttää se 82 (tai 81) artiklan laajentavaa tulkintaa.

Nyrkkisääntönä kilpailunrajoituslain osalta voidaan todeta, että tilanteet, joissa tietty ryhmä yrityksiä on riippuvainen tietystä kauppakumppanista ilman että kauppakumppanin mahtia omaava markkinavoimainen yritys kuitenkaan rakenteellisesti hallitsee sanotun hyödykkeen markkinoita suhteessa kilpailijoihinsa, kuuluvat väärinkäyttöperiaatteen, eli kilpailunrajoituslain 9 §:n, eivät määräävän aseman väärinkäyttöä koskevan 7 §:n piiriin. Suomessa suhtautuminen merkkikohtaiseen markkinamäärittelyyn on ollut toistaiseksi varauksellista, joskaan ei täysin torjuvaa. Oikeuskäytäntö on vasta kehittymässä. KHO:n Otava-ratkaisu poikkeaa päälinjasta. EY:n kilpailuoikeus ei tunne kilpailunrajoituslain 9 §:n kaltaista yleislauseketta. Suomessa Hugin-tapaus tulisi ilmeisesti arvioitavaksi kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella, ei lain 7 §:ssä tarkoitettuna määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, joskin KHO:n *Otava*-päätös mahdollistaa kaikki tulkinnat.

Kilpailunrajoituslain soveltaminen edellyttää vähintään markkinavoimaa. Pelkkään sopimusvoimaan liittyvät tilanteet jäävät pääsääntöisesti kilpailunrajoituslain soveltamisalan ulkopuolelle. Osapuolten sopimusoikeudellisten punttien tasaaminen ei lähtökohtaisesti ole kilpailuoikeuden tehtävä. Jotta kyse on kilpailuoikeudellisesta kysymyksestä, riippuvuusongelman tulee olla relevanteilla markkinoilla yleisempi ilmiö. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa etusijalla ei ole menettelyn kohtuullisuus vaan sen kilpailuvaikutukset. Kauppakumppanien välistä sopimuksellista epätasapainoa voidaan pyrkiä lieventämään soveltamalla oikeustoimilain kohtuullistamissäännöksiä (esim. OikTL 36 §). Sopimuksen heikompi osapuoli voi vaatia sopimuksen kohtuullistamista. Mikäli samaa sopimusehtoa sovelletaan sopimussuhdetta hallitsevan ja useamman siitä riippuvaisen elinkeinonharjoittajan välisissä suhteissa, kuuluu menettelytapa myös elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä annetun lain (1062/1993) piiriin. Tämän toistaiseksi vain vähän sovelletun lain tarkoituksena on erityisesti pienten yritysten suojaaminen kohtuuttomilta sopimusehdoilta. Markkinaoikeus voi kieltää elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa noudatettavan kohtuuttoman ehdon soveltamisen. Laki ei sovellu yksittäistapauksiin, vaan kysymys on ns. sopimusehtovalvonnasta.

EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa sovellettavien *normien erilaisen lukumäärän vuoksi niiden keskinäinen työjärjestys muodostuu erilaiseksi.* EY:ssä 82 artikla joutuu selviytymään markkinavoiman yksipuolista väärinkäyttöä koskevasta valvontatehtävästään yksinään; tämän vuoksi oikeuskäytännössä

määräävän aseman kynnys on pudonnut alemmaksi. Riippuvuussuhteen osalta 82 artiklan soveltamisala on muodostunut kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 kohtaa laajemmaksi. EY:ssä laajentavan tulkinnan haittapuolina on pidetty määräävän markkina-aseman tunnusmerkistön hämärtymistä. Samalla dominanssikynnys on kärsinyt inflaatiosta. Suomessa vastaavaa tarvetta määräävän aseman käsitteen laajentavaan tulkintaan 3 §:n 2 momentin soveltamiskynnystä alentamalla ei ole, koska määräävän aseman väärinkäyttökieltoa joka tapauksessa täydentää 9 §:n yleislauseke. Normeja on siis kaksi. Tilanne vastaa tältä osin monien muiden EU-maiden kansallista kilpailulainsäädäntöä, joissa laki sisältää mahdollisuuden puuttua unilateraaliseen toimintaan myös dominanssikynnyksen alapuolella. Lain 7 §:n soveltamiskynnys on korkeammalla, mutta väärinkäyttötunnusmerkistö täyttyy helpommin. Lain 9 §:ää voidaan soveltaa alemmalla markkinavoiman asteella kuin 7 §:ää, mutta 9 §:n osalta kieltokynnys on korkeammalla.

Kilpailunrajoituslain 9 §:n säilyttäminen on osoittautunut oikeaksi ratkaisuksi, sillä se tuo joustavuutta lakiin. Ruotsissa lain yleislauseke aikanaan kumottiin, mitä mm. *Bernitz* on kritisoinut. Lain 9 §:n soveltaminen kuitenkin edellyttää vahingollisuusarvioinnilta erityisen huomion kiinnittämistä konkreettisiin taloudellisiin vaikutuksiin. On luontevaa, että yrityksen toiminnalle asetettavat kilpailuoikeudelliset vaatimukset ovat sitä tiukempia, mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa. Mitä enemmän markkinavoimaa on, sitä riippuvaisempia asiakkaat ovat ja sitä paremmat mahdollisuudet on sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Toisin sanoen, kontrolli tiukkenee markkinavoiman lisääntyessä. Lain tasolla erilainen suhtautuminen johtuu myös eroista kielto- ja väärinkäyttöperiaatteen välillä. Huomattava ero on sanktioarsenaalissa.

Dominanssikynnyksen alapuolella sovellettavat unilateraalista markkinavoimaa koskevat säännökset (mm. Suomi, Saksa, Ranska, Belgia, Kreikka) voidaan säilyttää myös ns. modernisaatiouudistuksen voimaantulon jälkeen toukokuussa 2004. Uuden asetuksen mukaan Rooman sopimuksen 82 artiklan rinnalla saadaan soveltaa niitä tiukempia kansallisia säännöksiä, jotka mahdollistavat puuttumisen yksipuoliseen (unilateraaliseen) toimintaan dominanssikynnyksen alapuolella.

4.7 MARKKINAKÄYTTÄYTYMISEN YLEINEN MERKITYS

United Brands -tapauksessa komissio piti yhtiön harjoittamaa alueellista hintasyrjintää indisiona määräävästä asemasta. Vihreiden banaanien myyntikielto oli omiaan ylläpitämään erilaista hintatasoa jäsenmaiden alueilla.[387] Komission mielestä UBC:n menettelyn ainoa kaupallinen selitys oli se, että yhtiöllä oli

[387] Tämä seurasi siitä, että valmiiksi kypsytettyjä banaaneja ei nopeamman pilaantumisen vuoksi voisi myydä kovin pitkän etäisyyden päähän.

markkinavoimaa. Tuomioistuin hyväksyi UBC:n käyttäytymisen indisioksi määräävästä asemasta.

United Brands -päätöksestä[388] sekä pakollista kauppakumppania koskevista tapauksista on kirjallisuudessa osittain päätelty, että EY:ssä määräävä asema määriteltäisiin lähtien liikkeelle yrityksen markkinakäyttäytymisestä. On jopa väitetty, että kun yrityksen on havaittu käyttäneen kilpailua rajoittavaa menettelytapaa, komissio ja EY:n tuomioistuin pitäisivät sitä todisteena määräävästä asemasta ja samalla myös aseman väärinkäyttönä. Markkinakäyttäytymiseen vetoamiselle voidaan esittää myös taloustieteellisiä perusteita. Taloustieteellisessä kirjallisuudessa näyttäisi yleistyvän näkemys, jonka mukaan markkinavoimaiset yritykset voivat toimenpiteillään estää tai vaikeuttaa kilpailijoiden pääsyä markkinoille.[389] Jos yritys voi asettaa asiakkailleen epäedullisia ehtoja tai estää kilpailijoiden markkinoille pääsyä, viittaa toimenpiteiden mahdollisuus ja onnistuminen määräävän aseman olemassaoloon.

Kun sopimuspuolien väliseen riippuvuussuhteeseen liittyvät tapaukset (partenaire obligatoire ja essential facilities) erotetaan omiksi alaryhmikseen, havaitaan, että tuomioistuimen käytäntö painottaa selkeästi markkinarakenteeseen liittyviä tekijöitä. Oikeuskäytäntö korostaa luotettavan markkinoiden määrittelyn merkitystä. Jos tuomioistuin on kumonnut komission 82 artiklan nojalla antaman päätöksen, se on usein johtunut juuri puutteista markkinoiden määrittelyssä.[390].

Tuomioistuin on kuitenkin ottanut huomioon yrityksen markkinakäyttäytymisen määräävään asemaan viittaavana *lisätekijänä*, esim. jos yritys voi periä kohtuuttomia hintoja tai asettaa vientikieltoja. Tällöin mahdollisuutta käyttää kilpailua rajoittavia ehtoja voidaan pitää indisiona määräävälle asemalle ominaisesta riippumattomuudesta.[391] Kun myös muut yritykset voisivat satunnaisesti menetellä samalla tavoin,[392] väärinkäytöllä on indisioarvoa vain silloin, kun menettely on ollut osa systemaattista toimintapolitiikkaa ja sitä on sovellettu intensiivisesti pidemmän aikaa.[393] Komission käytännössä on yrityksen

---

[388] Komissio on vedonnut markkinakäyttäytymiseen myös esim. tapauksissa *Michelin I*, *Hilti* ja *AKZO*.

[389] Ks. esim. Ordover/Saloner (1989).

[390] Ks. jo esim. *Continental Can*, 6/72, Kok. 1973 s. 215.

[391] Toisaalta yrityksen markkinakäyttäytyminen voi myös indisoida markkinavoiman puuttumista. *Hoffmann-La Roche* -tapauksessa tuomioistuin katsoi, että jos yritys kilpailun paineista johtuen joutuu alentamaan hintojaan, ei sillä yleensä voi olla määräävää asemaa. Se ei kuitenkaan pitänyt Hoffmann-La Rochen esittämää näyttöä hinnanalennusten syistä riittävänä.

[392] Jos yrityksellä ei ole määräävää asemaa, ei se voi systemaattisesti esim. periä kohtuuttomia hintoja tai asettaa vientikieltoja, koska sen asiakkaiden ja kilpailijoiden reaktiot tekisivät menettelystä nopeasti kannattamatonta.

[393] EY:n käytäntöä kuvastaa hyvin ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös "Hilti"-tapauksessa. Tuomioistuin aikaisempaan käytäntöön viitaten totesi, että määräävä asema voidaan todistaa vain konkreettisesti määritellyillä markkinoilla: "It should be observed at the outset that in order to assess Hilti's market position it is first necessary to define the relevant market, since the

hintajohtajuutta[394] ja mahdollisuutta itsenäiseen hinnoittelupolitiikkaan[395] pidetty indisioina määräävästä asemasta.

Myös kirjallisuudessa on markkinakäyttäytymiseen markkinavoiman indikaattorina suhtauduttu yleensä varovaisesti. Ensinnäkin hintojen tai muiden ehtojen "kohtuuttomuutta" on usein vaikea näyttää toteen, koska vertailukelpoisia "kohtuullisia" hintoja tai ehtoja voi olla vaikea määritellä. Toiseksi, jos yrityksen markkinakäyttäytymisellä perustellaan markkinavoiman olemassaoloa ja samaa käyttäytymistä analyysin myöhemmässä vaiheessa pidetään väärinkäyttönä, on *kehäpäätelmän* vaara lähellä.[396]

4.8 MARKKINATULOKSET

Myös markkinajohtajan saavuttamilla markkinatuloksilla on korkeintaan indisioarvoa. EY:n käytännössä yrityksellä on voinut olla määräävä asema, vaikka sen tekemä tulos olisi huonontunut tai vaikka se väliaikaisesti olisi tehnyt tappiotakin. Esimerkiksi *United Brands* -tapauksessa UBC:n tappioita viimeisen viiden vuoden aikana ei pidetty indisioina määräävää asemaa vastaan, kun ne voitiin selittää satovahingoilla, öljyn hinnan nousulla ja banaaninkasvatusmaiden määräämillä vientitulleilla.[397] Tuomioistuin totesi, että "[y]rityksen taloudellista valtaa ei voi mitata sen kannattavuuden perusteella. Vähäinen voittomarginaali tai jopa ajoittaiset tappiot eivät ole ristiriidassa määräävän aseman kanssa. Huomattavia voittojakin voidaan saada tilanteessa, jossa kysymyksessä on tosiasiallinen kilpailu. Yrityksen väliaikaisesti keskinkertaista tai olematonta kannattavuutta on tarkasteltava kyseisen yrityksen kaikkien toi-

---

possibilities of competition can only be judged in relation to those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products." (kohta 64). Tuomioistuin tutki yksityiskohtaisesti markkinoiden määrittelyn oikeellisuuden (kohdat 64–94). Merkittävimpänä osoituksena määräävästä asemasta pidettiin Hiltin markkinaosuutta (kohdat 89–92). Määräävää asemaa vahvistivat yrityksen patentit. Tämän *ohella* tuomioistuin piti Hiltin käyttämää sidontaa sallittuna *lisäindisiona* määräävästä asemasta (kohta 93). Tuomioistuimen mielestä olisi nimittäin hyvin epätodennäköistä, että yritys, joka ei ole määräävässä asemassa, voisi menestyksellisesti Hiltin tavoin asettaa toimitusten edellytykseksi muiden hyödykkeiden ostamisen, koska yleensä menettelystä aiheutuvat negatiiviset seuraukset (asiakkaiden menettäminen tms.) ylittäisivät hyödyt. *Hilti AG v. komissio*, T-30/89, tuomioistuimen päätös 12.12.1991.

[394] *BS*, komission päätös 18.7.1988, EYVL 1988 L 284/41, 52. ss.

[395] *Hilti*, komission päätös 22.12.1987, EYVL 1988 L 65/19, s. 34 ss.

[396] Ks. esim. Koch Art. 86 Rdnr. 32, Rissanen/Korah (1991)s. 82–83, Kuoppamäki (1992) s. 93–96, 259–262.

[397] Jos yritys toimii useilla markkinoilla, voivat tappiot tietyillä markkinoilla myös selittyä strategialla, jossa kilpailluilla markkinoilla tyydytään pienempiin voittoihin. Syynä voi olla saalistushinnoittelu määräävän aseman vahvistamiseksi muilla markkinoilla. Ks. *Tetra Pak II*, EYVL 1992 L 72/1, kohdat 105 ja 147 ss.

mintojen perusteella".[398] Toisaalta suuret voitot kilpailluilla markkinoilla eivät myöskään osoita markkinavoimaa.[399] Komissio on kuitenkin lähtenyt siitä, että voittojen kasvaminen laman aikana voisi olla indisio määräävästä asemasta.[400]

Selvitettäessä määräävän aseman olemassaoloa kiinnitetään EY:n käytännössä huomiota markkinarakenteeseen, markkinakäyttäytymiseen ja markkinatulokseen. Näiden tekijöiden keskinäisestä painoarvosta ollaan taloustieteessä erimielisiä. Komissio ja tuomioistuin ovat tämän vuoksi välttäneet sitoutumasta tietyn koulukunnan näkemykseen. Määräävän aseman olemassaolo ratkaistaan taloudellisena kokonaisarviointina, jolloin yksittäisten kriteerien merkitys vaihtelee tapauskohtaisesti. Komissio ja tuomioistuin painottavat yleensä markkinarakenteeseen liittyviä tekijöitä. Erityistä huomiota kiinnitetään johtavan yrityksen markkinaosuuteen. Tämän ohella tutkitaan muita yrityksen ominaisuuksia, jotka antavat sille markkinavoimaa ja etumatkaa kilpailijoihin nähden.

Markkinatuloksilla on vähäinen merkitys. Niitä käytetään korkeintaan lisäindisioina sen jälkeen, kun määräävä asema on ensin määritelty rakenteellisten tekijöiden perusteella. EY:n tuomioistuimet eivät ole seuranneet monien ekonomistien neuvoa, jonka mukaan itse asiassa huono käyttäytyminen kertoo dominanssista enemmän kuin rakenteellinen tarkastelu. Vaikka näkökohtaan taloustieteellisesti voitaisiinkiin yhtyä, se olisi oikeudellisesti ongelmallinen. Määräävän aseman määritteleminen käyttäytymisen perusteella ja saman seikan pitäminen väärinkäyttönä analyysin myöhemmässä vaiheessa sisältäisi ilmeisen kehäpäätelmän riskin.

4.9 RIIPPUVUUSSUHTEEN KILPAILU OIKEUDELLISEEN SÄÄNTELYYN LIITTYVÄ ONGELMA

Määräävä markkina-asema tulee käsitteellisesti pitää erillään niin sanotuista *relatiivisesti markkinavoimaisista yrityksistä*, joilla on paljon valtaa suhteessa tiettyihin asiakasryhmiin mutta jotka eivät yleisemmin tarkasteltuna hallitse relevantteja markkinoita eivätkä voi käyttäytyä kilpailijoistaan riippumattomasti. Relatiivisen markkinavoiman käsitettä lähellä on niin sanottu kauppakumppanin mahdin käsite. Kauppakumppanin mahtia on yleisesti myös dominanssikynnyksen alapuolella.

---

[398] Ks. *United Brands*, tuomion 7. johtolause.

[399] Ks. United Brands, *Hoffmann-La Roche; Michelin*, kohta 59.

[400] Ks. *AKZO-Chemie*, EYVL 1985 L 374/1, komission päätöksen kohta 69, alakohta iv. Samassa päätöksessä indisioina pidettiin myös sitä, että AKZO oli aikaisemmin menestyksellä onnistunut ajamaan pienempiä kilpailijoita markkinoilta ja heti perään nostamaan hintoja (alakohdat vi ja vii). Tuomioistuin ei nimenomaisesti ottanut kantaa indisioiden hyväksyttävyyteen, mutta näyttää implisiittisesti pitäneen niitä sallittuina (ks. tuomioistuimen päätöksen kohdat 56. ja 61.).

Tarpeesta suojata markkinarakennetta ja määräävässä asemassa olevasta yrityksestä riippuvaisia yrityksiä näyttää seuraavan, että relatiivisen markkinavoiman tilanteissa markkinat voidaan määritellä suppeasti siten, että tuotemarkkinat rajoittuvat väärinkäyttöön syyllistyneen yrityksen omiin tuotteisiin. Vastaavaa konstruktiota on käytetty myös silloin, jos yritys on integraatiotavoitteen vastaisesti pyrkinyt jakamaan markkinat osiin. Selvempää olisi ns. pakollisen kauppakumppanin käsitteen hyödyntäminen. Ratkaisevaa on myyjän ja ostajan välinen vertikaalinen suhde eikä määräävässä asemassa olevan yrityksen markkina-asema verrattuna sen kilpailijoihin. Kilpailupoliittisesti olennainen kysymys kuuluu, onko järkevää ulottaa määräävän aseman väärinkäyttökielto koskemaan pistekohtaisia tilanteita, joissa väärinkäytöstä epäillyllä yrityksellä on markkinavoimaa tai sopimusvoimaa suhteessa tiettyyn kauppakumpaniin, mutta se ei hallitse markkinoita horisontaalisesti, esim. se ei voi nostaa markkinahintoja tai sulkea kilpailevia valmistajia markkinoiden ulkopuolelle.

Yksittäisille elinkeinonharjoittajille annetaan kilpailuoikeudellista oikeussuojaa niissä tapauksissa, joissa haittavaikutukset eivät rajoitu yksinomaan osapuolten välisiin suhteisiin. Jos yksi yritys tai yritysryhmä kontrolloi merkittävää osaa markkinoilla tuotettavista hyödykkeistä, asiakkaan vaihtoehdot ovat vähäisiä. Tällöin riippuvuus on *yleistä*. Milloin riippuvuus ilmenee vain tietyn tyyppisten tai peräti vain tietyn kauppakumppanin suhteen, riippuvuus on *relatiivista*. Jotta kyse on kilpailuoikeudellisesta kysymyksestä, riippuvuusongelman tulee olla relevanteilla markkinoilla yleisempi ilmiö. Osapuolten sopimusoikeudellisten punttien tasaaminen ei lähtökohtaisesti ole kilpailuoikeuden tehtävä.[401] Lienee perusteltua, että "pelkkä" sopimusvoima jää yleensä kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle. Tätä voidaan perustella sillä, ettei pelkästään kahden yrityksen välisessä relaatiossa ilmenevä valtasuhde vielä heijastu haitallisesti markkinoiden toimintaan.[402] Poikkeuksena voidaan mainita tilanne, jossa kyse on erityisen merkittävistä yrityksistä, tai valtaongelma on erityisen laaja. Toisen tapausryhmän muodostavat relatiivisen markkinavoiman tilanteet. Tällöin on kiistatonta, että hallitsevalla osapuolella on markkinavoimaa, mutta kyseenalaisempaa on se, onko kyse määräävästä markkina-asemasta. Milloin hallinta perustuu horisontaaliseen markkinavoimaan, markkinoiden hallintaan, ollaan tekemisissä tyypillisten määräävää asemaa koskevien tilanteiden kanssa.

---

[401] Kauppakumppanien välistä sopimuksellista epätasapainoa voidaan pyrkiä lieventämään soveltamalla oikeustoimilain kohtuullistamissäännöksiä (esim. OikTL 36 §:ää) tai toistaiseksi varsin vähän käytettyä lakia elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sovittelusta. Kuluttajasopimuksissa ilmenevää epätasapainoa säännellään muun ohella kuluttajansuojalailla.

[402] Riippuvuusargumentin korostamista ovat vastustaneet chicagolaisesti suuntautuneet tutkijat. Ks. esim. Klein (1993), jonka mukaan jälkimarkkinoilla yleisiä riippuvuusongelmia tulisi yleensä tarkastella sopimusoikeudellisena, ei kilpailuoikeudellisena kysymyksenä.

Mikäli yritys kontrolloi markkinoita, löytyy kauppakumppaneita, jotka ovat siitä voimakkaan riippuvaisia. Toisaalta tietyt kauppakumppanit voivat olla riippuvaisia sellaisestakin yrityksestä, joka ei hallitse markkinoita. Määräävästä asemasta voidaan puhua vain ensimmäisessä tilanteessa. Jälkimmäisissä tilanteissa kyse on markkinavoimasta tai pelkästä sopimusvoimasta. Kilpailuoikeudellinen interventio tulee toteuttaa relatiivisen markkinavoiman tilanteissa muilla instrumenteilla kuin määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla, jos määräävän aseman käsite halutaan säilyttää taloudellisesti johdonmukaisena. Riippuvuustilanteita voitaisiin ryhtyä ratkomaan esimerkiksi yleisissä alioikeuksissa siviilioikeudellisten pätemättömyys- ja sovittelunormien avulla.

Käytännön kilpailupolitiikan kannalta on merkityksellistä, pyritäänkö kilpailupolitiikalla estämään tiettyä hyödykettä koskevien kokonaisten markkinoiden haitallinen keskittyminen vai pyritäänkö tämän ohella sääntelemään yksittäisten elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa esiintyviä riippuvuussuhteita korjaamalla perusluonteeltaan punktuaalisia oikeussuojaongelmia.[403] Relatiivisen markkinavoiman käsitteen etu on siinä, että riippuvuussuhdetta korostava määritelmä mahdollistaa osumatarkan puuttumisen tilanteisiin, joissa kauppakumppaneiden keskinäinen tasapaino on merkittävästi vääristynyt. Riskeinä ovat oikeusvarmuuden vaarantuminen ja määräävän aseman inflatoituminen. Voidaan myös kysyä, missä määrin kilpailuoikeudellista sääntelyä tulee ulottaa siviilioikeuden alueelle.

[403] Näin myös Tolksdorf (1994) s. 15.

5. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

5.1 YLEISTÄ VÄÄRINKÄYTTÖKIELLON SISÄLLÖSTÄ

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto koskee yrityksen yksipuolista markkinavoiman väärinkäyttöä. Kysymys on tilanteista, joissa taloudellista voimaa hyödynnetään kilpailun toimivuutta vaarantavalla tavalla. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla pyritään suojaamaan kilpailuprosessia. Kilpailuasetelman kannalta otollisempaa olisi, ettei millään yrityksellä olisi määräävää asemaa. Toisaalta määräävä asema voi olla markkinoiden kehityksen luonteva seuraus ja johtua suuremmasta tehokkuudesta, tai sitten se voi olla ohimenevä ilmiö. Kun määräävän aseman syntymistä ei näissä tilanteissa voida tai kannata estää, lainsäätäjän ratkaisu on ollut saattaa poikkeuksellisen suurta markkinavoimaa omaavat yritykset erityisen väärinkäyttövalvonnan alaisiksi.

5.1.1 Väärinkäyttövalvonnan keskeinen sisältö

Rooman sopimuksen 82 artikla ei määrittele väärinkäytön käsitettä, mutta sisältää neljä tyyppiesimerkkiä. Kiellettyjä ovat "erityisesti" a) kohtuuttomien osto- ja myyntihintojen tai muiden sopimusehtojen määrääminen, b) tuotannon, tarjonnan tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajan vahingoksi, c) kauppakumppanien syrjiminen sillä seurauksella, että niille aiheutuu tästä haittaa kilpailussa, sekä d) sidonta. Esimerkit koskevat lähinnä tilanteita, joissa yritys näyttää kohtuuttomasti hyödyntävän markkinavoimaansa liikesuhteissaan.

Määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä säädetään kilpailunrajoituslain 7 §:ssä, jonka mukaan elinkeinonharjoittajan tai näiden yhteenliittymän määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty. Väärinkäyttönä pidetään muun ohella: 1) liikesuhteesta pidättäytymistä ilman asiallista syytä; 2) hyvään kauppatapaan perustumattomien asiakkaan toimintavapautta rajoittavien ehtojen käyttämistä; 3) yksinmyynti- tai yksinostosopimusten käyttämistä ilman asiallista syytä; 4) kohtuuttoman tai kilpailun rajoittamista ilmeisesti tarkoittavan hinnoittelun soveltamista; tai 5) määräävän markkina-aseman hyväksi käyttämistä muiden hyödykkeiden tuotantoa tai markkinointia koskevan kilpailun rajoittamiseksi.

Väärinkäyttövalvonnan tavoitteena on estää haitallinen markkinakäyttäytyminen, joka ennestään heikentää kilpailuprosessin toimivuutta. Saksalaisessa kirjallisuudessa kauppakumppaneihin kohdistuvasta väärinkäytöstä käytetään termiä *Ausbeutungsmissbrauch* ja kilpailijoihin kohdistuvasta väärinkäytöstä

termiä *Behinderungsmissbrauch.*[1] Käytännössä väärinkäytöllä on usein haitallisia seurauksia sekä kauppakumppaneille että kilpailijoille. Määräävässä asemassa oleva yritys voi toimenpiteillään estää tai vaikeuttaa kilpailijan pääsyä markkinoille tai ryhtyä toimenpiteisiin tämän häätämiseksi. Jaottelu menee limittäin, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakas on samaan aikaan sen kilpailija toisilla markkinoilla. Usein väärinkäyttö kohdistuu samanaikaisesti sekä asiakkaisiin että kilpailijoihin, jolloin selkeän erottelun tekeminen väärinkäyttötyyppien välillä on vaikeaa.[2] Väärinkäytön motiivina voi olla monopolivoittojen kerääminen mutta myös asiakkaiden pakottaminen toimintaan joka horisontaalisella tasolla häiritsee kilpailijoita. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee yleensä joko

1) kohtuuttomien tai syrjivien ehtojen asettamisena kauppakumppaneille,
2) pyrkimyksenä sulkea kilpailija markkinoiden ulkopuolelle tai vaikeuttaa tämän toimintaa, tai
3) pyrkimyksenä laajentaa määräävä asema ennestään hallituilta alueilta uusille markkinoille.

Kauppakumppaneihin kohdistuva väärinkäyttö voidaan määritellä epäreiluksi tai perusteettomaksi menettelyksi niitä kohtaan, jotka ovat riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä. Hallitsevalla yrityksellä on mahdollisuus vaikuttaa niiden asiakkaidensa kohtaloihin, jotka riippuvuudesta johtuen eivät voi turvautua korvaaviin hyödykkeisiin. Mahdollisesti riippuvuus aiheutuu juuri siitä, ettei riittävän korvaavia vaihtoehtoja ole. Tarkastelussa keskeisellä sijalla on kauppaehtojen kohtuuttomuuden arviointi. Kysymys on tilanteista, joissa yritys käyttää asemaansa hyväksi vertikaalisesti jakeluketjussa alaspäin tai ylöspäin.

Kilpailijoihin kohdistuva väärinkäyttö on menettelyä, jonka tarkoituksena tai seurauksena määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinoilla kohtaama kilpailu vähenee. Määräävässä asemassa oleva yritys sulkee pienemmän kilpailijan markkinoiden ulkopuolelle tai vaikeuttaa muutoin tämän toimintaa. Kilpailijoihin kohdistuvana väärinkäyttönä on pidetty mm. saalistushinnoittelua, kilpailijoiden toiminnan kohtuutonta rajoittamista immateriaalioikeuksilla, kieltäytymistä toimittamasta ajoneuvojen tyyppihyväksymistodistuksia tai kohtuuttomien hintojen perimistä tästä palvelusta rinnakkaistuonnin estämiseksi, sekä toimituskieltoja.

---

[1] Ks. esim. Möschel, kirjassa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 131 ss. P. Virtanen (2001) käyttää kauppakumppaneihin kohdistuvasta väärinkäytöstä suoraa käännöstä "riistäminen" ja kilpailijoihin kohdistuvasta väärinkäytöstä termiä "haittaaminen". Nähdäkseni käännöksiä ei voida pitää onnistuneina. Esimerkiksi liikesuhteesta pidättäytymistä ilman asiallista syytä ei voitane luonnehtia riistämiseksi, vaikka kyse on kauppakumppaniin kohdistuvasta väärinkäytöstä.

[2] Ks. esim. Waelbroeck/Frignani (1999) s. 261.

Kolmantena päätyyppinä voidaan mainita toimenpiteet, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii *laajentamaan markkinavoimaansa uusille alueille.* Kolmannen ryhmän muodostavat tapaukset, joissa yritys pyrkii ulottamaan markkinavoimansa toisille markkinoille. Esimerkiksi sitomista voidaan pitää asiakkaan kannalta kohtuuttomana menettelynä, jolla määräävässä asemassa oleva yritys suostuu myymään monopolihyödykettä vain mikäli asiakas ostaa samalla vähemmän halutun ja kilpaillun hyödykkeen. Kilpailijan näkökulmasta kyse on poissuljennasta, jossa monopolihyödykkeen avulla rajoitetaan kilpailua kilpaillun hyödykkeen markkinoilla. Määräävässä asemassa olevan yrityksen itsensä kannalta sitominen on toimenpide, jonka tarkoituksena on laajentaa määräävä asema uusille hyödykemarkkinoille. Chicagolaisessa kirjallisuudessa vipuvarteen (leveraging) suhtaudutaan varauksellisesti. Yrityksen ei katsota voivan hyödyntää markkinavoimaansa kuin kerran. Mikäli asiakas pakotetaan ostamaan sidottu hyödyke, tämä vähentää pakostakin monopolihyödykkeen arvoa. Yritys saa vain yhden monopolivoiton. Toisin sanoen määräävässä asemassa oleva yritys voisi periä vielä korkeamman monopolihinnan monopolihyödykkeestä.[3] Hintateoreettinen päättely ei kuitenkaan vaikuta yksinään riittävältä. Ensinnäkin laki voi rajoittaa monopolihinnoittelua. Toisekseen markkinoiden epätäydellisyydet saattavat estää hintainformaation välittymisen markkinoilta toiselle, jolloin yritys saa enemmän kuin "yhden" monopolivoiton. Kolmanneksi kilpailuviranomaiset voivat pyrkiä estämään markkinavoiman laajentamisen uusille alueille.[4] Väärinkäyttövalvonnan yhteydessä heijastuvatkin varsin selkeästi kilpailupoliittisissa positioissa olevat erot.

5.1.2 Väärinkäyttövalvonnan tavoitteista EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa

Rooman sopimuksen 82 artikla (ent. 86 artikla) on säilynyt muuttumattomassa muodossa vuodesta 1958 alkaen. Vaikka sanamuoto on pysynyt samana, säännöksen tulkinta on muuttunut vuosien saatossa EY:n komission ja tuomioistuinten linjausten tahdittamaa vauhtia. Artikla 82 asettaa poikkeuksellisen suuren taloudellisen voiman omaaville yrityksille velvollisuuden pidättäytyä aseman kohtuuttomasta hyväksikäytöstä. Alunperin 82 artiklan tulkittiin kirjallisuudessa suojelevan juuri kauppakumppaneita väärinkäytöltä.[5] EY:n tuomioistuin on kuitenkin ryhtynyt tulkitsemaan 82 artiklaa siten, että väärinkäyttönä pidetään

---

[3] Ks. esim. Bowman (1957); Posner (2001) s. 198–200.

[4] Ks. esim. Kaplow (1985).

[5] Ks. Joliet (1970) s. 247–252. Joliet näki keskeisen eron Sherman Actin 2 ja Rooman sopimuksen 82 artiklan välillä siinä, että kun amerikkalaisessa kilpailuoikeudessa pyritään estämään markkinoiden monopolisoiminen, eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa puututaan määräävän aseman väärinkäyttöön suhteessa kuluttajiin. Näkemystä on pidettävä nykyisin vanhentuneena.

myös kilpailijoiden poissulkemista tai muuta niiden toiminnan kohtuutonta estämistä. Väärinkäyttökäsitteen laajentamista perustellaan markkinarakenteen toimivuuden säilyttämisellä.[6] Kilpailun suojeleminen instituutiona palvelee myös kauppakumppaneita, sillä määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden markkinoille pääsyn estäminen tai eliminoiminen kilpailijoina heikentäisi kuluttajien valinnanmahdollisuuksia.

Verrattaessa 82 artiklaa 81 artiklaan havaitaan, että säännösten sisältämät esimerkkiluettelot selvästi kielletyistä menettelytavoista ovat ajatukseltaan pääosin samoja. 81 artiklan nojalla puututaan yritysten välisiin sopimuksiin ja yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, joilla ne rajoittavat kilpailumekanismin toimintaa välillään. RS 82 artiklaa voidaan soveltaa, kun yhdellä yrityksellä on niin paljon markkinavoimaa, että se voi yksinkin menetellä vastaavalla tavalla, ilman että sen täytyisi koordinoida käyttäytymistään kilpailijoidensa kanssa. Tästä syystä 82 artikla ei sisällä 81 artiklan 3 kohdan kaltaista poikkeusmahdollisuutta. Kun kilpailu määräävän aseman seurauksena on jo sinänsä heikentynyt, ei menettelyn sallimista edes poikkeuksellisesti pidetä perusteltuna.[7]

EY:n tuomioistuin on tulkinnut 81 ja 82 artikloja perustamissopimuksen 2 ja 3 artiklojen yleisten tavoitteiden perusteella. Artiklan 3 g mukaan yhteisön toiminta käsittää kilpailun vinoutumisen estävän järjestelmän käyttöönoton yhteismarkkinoilla. Toisaalta 81 ja 82 artiklat palvelevat myös yhteismarkkinoiden luomista. Pyritään estämään se, ettei jäsenvaltioiden välisten teknisten ja oikeudellisten kaupan esteiden poistumista korvata yritystoiminnasta aiheutuvalla markkinoiden jakamisella. Yksityisyritysten toiminnan valvonnan ohella komissio ja tuomioistuin ovat viime vuosina kiinnittäneet erityistä huomiota jäsenvaltioiden säätelemien markkinoiden dereguloimiseen. Jäsenvaltioiden turvaamiin monopoleihin on ruvettu puuttumaan 82 (ja 86) artiklan avulla.[8] Tältä kannalta 82 artiklaa on tulkittava osana suurempaa kokonaisuutta, johon kuuluvat ainakin artiklat 2, 3, 4, 10, 28–34, 49, 81–88 ja 90. EY:n kilpailuoikeudella on siten *kilpailutavoite ja integraatiotavoite*. Jälkimmäisestä tavoitteesta saattaa aiheutua eroavaisuuksia verrattaessa 82 artiklaa talousteorian malleihin tai kansallisiin järjestelmiin markkinavoiman valvomiseksi.[9]

---

[6] Tapauksessa *Continental Can* valittajat katsoivat, että RS 82 artiklalla voitaisiin puuttua vain sellaisiin määräävässä asemassa olevan yrityksen toimenpiteisiin, jotka suoraan haittaavat kuluttajia tai muita kauppakumppaneita. EY:n tuomioistuin hylkäsi väitteen todeten, että RS 82 artiklalla voidaan puuttua paitsi kuluttajia suoraan haittaaviin, myös välillisesti haittaaviin menettelytapoihin, joissa haittavaikutus syntyy kilpailurakenteen vääristymisen kautta. Ks. *Continental Can*, 6/72, Kok. 1973 s. 215, tuomion kohta 26. Continental Can päätös voidaan nähdä Jolietin teorian hylkäämisenä. Ks. tältä osin esim. Waelbroeck/Frignani (1999) s. 260–261.

[7] Ks. Goyder s. 296 ss.

[8] Ks. tältä osin esim. tapausta *Bundesanstalt für Arbeit*, C-41/90, Kok. 1991 s. I-1979.

[9] Ks. tältä osin Everling Ulrich, Zur Wettbewerbskonzeption des Gerichthofs der Europäischen Gemeinschaften, WuW 1990 s. 995–1009, 1008.

Perustamissopimuksen 82 artiklan määräävän aseman väärinkäytön kielto on lain perusteella yrityksiin nähden *välittömästi sovellettava normi*. Kansalliset tuomioistuimet ja viranomaiset voivat välittömästi puuttua 82 artiklan vastaiseen toimintaan ilman että komission edellä käyvä päätös olisi tarpeellinen.[10] RS 82 artikla perustuu kieltoperiaatteelle. Tunnusmerkistön täyttyessä voidaan sitä soveltaa ilman, että yksittäistapauksessa tulisi näyttää toteen määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelystä aiheutuneen konkreettista taloudellista vahinkoa. Komission kieltopäätökset[11] ovat siten luonteeltaan deklaratorisia, vaikkakin 82 artiklan sisältämän kiellon sisältö ja ulottuvuus konkretisoituu vasta yksittäisten päätösten kautta.[12] Sopimuksen 81 artiklasta poiketen 82 artiklan vastaiset sopimukset eivät ole automaattisesti mitättömiä, vaan menettelyn siviilioikeudellinen arviointi on jätetty kansallisen lainsäädännön varaan. Siviilioikeudellisesti ero 81 ja 82 artiklan välillä on olennaisesti vähäisempi kuin mitä pelkkä artiklojen sanamuodon mukainen tarkastelu osoittaisi. EY:n jäsenvaltioiden lakien mukaan 82 artiklan vastaiset oikeustoimet ovat yleensä pätemättömiä. Nimenomaisen tehottomuussäännöksen puuttumisesta huolimatta 82 artiklan suora sovellettavuus ja etusija, samoin kuin kansallisille tuomioistuimille asetettu vaatimus EY-oikeuden käytännöllisen tehokkuuden turvaamisesta estävät sen, että 82 artiklan vastainen sopimus voisi tulla vahvistetuksi kansallisessa tuomioistuimessa. Kilpailunrajoituslain 18 §:ssä ei tehdä nimenomaista eroa kartellien ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön välillä.[13]

RS 82 artikla *ei* sisällä *yleistä monopolisoimiskieltoa*.[14] Määräävän aseman lisäksi vaaditaan aina yrityksen menettelyä, joka ilmentää markkina-aseman väärinkäyttöä. Sopimuksen 82 artikla ei siten kiellä määräävän aseman hankkimista tai sen ylläpitämistä vaan ainoastaan sen väärinkäytön. Väärinkäyttö voi ilmentyä suorituskilpailuista poikkeavina toimenpiteinä, joilla määräävää asemaa puolustetaan tai pyritään keinotekoisesti vahvistamaan. Väärinkäyttökiellolla puututaan tilanteisiin, joissa kilpailu määräävästä asemasta aiheutuvan

---

[10] Ks. ns. perusasetuksen 17/62 artikla. Toisaalta komission avatessa menettelyn tietyn kilpailunrajoitusten tutkimiseksi siirtyy jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten toimivalta komissiolle.

[11] Ks. asetuksen 17/62 artiklan 3.

[12] Tältä kannalta komission tietyn menettelyn kieltävillä tai yrityksille sakon maksuvelvollisuuden asettavilla päätöksillä on konstitutiivinen vaikutus.

[13] Kansallisen lainsäädännön soveltaminen jättää kansallisille tuomioistuimille ja viranomaisille harkintavaraa. Tulkinta ei kuitenkaan saa vaarantaa väärinkäyttökiellon tehokkuutta (*effet utile*), jonka jäsenvaltiot ovat Rooman sopimuksen 10 artiklan mukaan sitoutuneet turvaamaan. Ks. Schröter, Art. 86 Rdnr. 47–50.

[14] Vrt. tältä osin USA:n Sherman Actin 2 artikla, jonka aikaisempina vuosikymmeninä tulkittiin sisältävän yleisen monopolisoimiskiellon. Chicago-koulun vaikutuksesta tulkinta on kuitenkin lieventynyt. Vielä 1960-luvulla Sherman Actin 2 artiklaa pidettiin tältä osin tiukempana kuin 82 artiklaa. USA:n käytännön lievennyttyä ja EY:n käytännön tiukennuttua voidaan säännösten keskinäistä suhdetta tällä hetkellä pitää päinvastaisena 60-luvulla vallinneeseen käsitykseen. Ks. tältä osin Hawk (1990) s. 739–748.

epätasapainon seurauksena on heikentynyt, jolloin markkinamekanismin itsesäätöisyys ei riitä korjaamaan väärinkäytön seurauksia.[15]

Määräävään asemaan johtaneet syyt eivät yleensä ole relevantteja 82 artiklan soveltamiselle. Vaikka se olisikin saavutettu innovatiivisuuden tuomien patenttien tai yksinkertaisesti kilpailijoita tehokkaamman toiminnan seurauksena, ei se estä 82 artiklan soveltamista. Määräävän aseman väärinkäyttökielto rakentuu markkinavoiman ja sen väärinkäytön erottamiselle toisistaan. Kun määräävä asema itsessään ei ole kielletty, voidaan torjua puuttuminen positiivisiin, yleisen edun kannalta hyödyllisiin tosiseikkoihin, joihin määräävä asema voi perustua. Määräävä asema voi olla seurausta esimerkiksi kustannus- tai muista tehokkuuseduista, patenteista tai muista immateriaalioikeuksista, investoinneista infrastruktuuriin tai pienillä markkinoilla yksinkertaisesti siitä, ettei niille mahdu kuin pari yritystä. Määräävän aseman ja väärinkäytön erottaminen toisistaan mahdollistaa argumentoinnin, jossa määräävän aseman syyt eivät yleensä ole ratkaisevia väärinkäyttönormin soveltamiselle. Kilpailuviranomaiset voivat rajoittaa toimenpiteensä niihin markkinakäyttäytymisen muotoihin, joiden voidaan riittävän suurella todennäköisyydellä arvella vähentävän tehokkuutta elinkeinoelämässä tai haittaavan muiden laissa asetettujen tavoitteiden toteutumista. Laki muodostuu koherentimmaksi kuin Yhdysvalloissa, jossa markkinavoiman väärinkäyttökielto on rakennettu monopolisoimiskiellon varaan. Yhdysvaltalaisessa järjestelmässä määräävä asema ja sen vahvistaminen limittyvät tiukemmin yhteen kuin eurooppalaisessa järjestelmässä. Oikeuskäytännössä on tämän johdosta ollut vaikeuksia pitää erillään toisistaan markkinavoima ja sen vahvistaminen epäasiallisin keinoin.

Suomessa määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kiellettiin vuoden 1992 lainuudistuksen yhteydessä. On merkille pantavaa, että hallitus ei edes vielä vuoden 1991 hallituksen esityksessä esittänyt väärinkäytön kieltämistä vaan olisi jatkanut vuoden 1988 lain väärinkäyttöperiaatteen varassa. Myös kirjallisuudessa oli osin katsottu, ettei määräävän aseman väärinkäytön kieltäminen olisi hyödyllistä.[16] Toisaalta määräävän aseman väärinkäyttöä vaadittiin myös kiellettäväksi.[17] Hallituksen esitystä perusteltiin mm. määräävän aseman ja sen

[15] Schröter, G/T/E, Art. 86, Rdnr. 20.

[16] Ks. M. Virtanen (1992). Virtanen perusteli väärinkäyttöperiaatteessa pitäytymistä määräävän aseman ja väärinkäytön käsitteiden taloudellisella vaikeaselkoisuudella. Vrt. Niskanen (1989), joka suhteellisen yksioikoisesti samaisti määräävän aseman ja vahingolliset vaikutukset. M. Virtanen on sittemmin muuttanut tuolloin vielä chicagolaiseen talousteoriaan perustunutta kantaansa kieltoperiaatteelle suopeaksi. Kannanmuutos käy ilmi M. Virtasen väitöskirjan esipuheesta. Ks. Virtanen (1998).

[17] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 360–361. Rissasen mukaan oli kilpailupoliittisesti epäjohdonmukaista kieltää haitallisena pidetty kilpailijoiden välinen yhteistyö mutta vain neuvotella kilpailun kannalta haitallisemmasta ja myös selkeämmin määriteltävissä olevasta sopimattomasta käyttäytymisestä asiakkaita kohtaan. Rissasen huomioon kieltoperiaatteen soveltamisen tarpeellisuudesta voidaan yhtyä. Sen sijaan johtopäätökseen, jonka mukaan määräävän aseman väärinkäyttö olisi yleisesti kartelleja vahingollisempaa tai määräävän aseman väärinkäyttökielto kartel-

väärinkäytön tunnusmerkistön vaikeaselkoisuudella. Eduskunta päätti kuitenkin tiukentaa lakiesitystä ja kielsi väärinkäytön. Muutosta perusteltiin mm. sillä, että myös Euroopan yhteisössä, jonka jäsenyyttä Suomi oli hakenut, määräävän aseman väärinkäyttö on kielletty.[18] Kyseessä lienee Suomen kilpailuoikeuden historiassa tähän mennessä ainut kerta, jossa eduskunta on keskeisen säännöksen osalta ratkaisevasti muuttanut hallituksen esitystä. Nähdäkseni historia on osoittanut eduskunnan ratkaisun oikeaksi. Määräävän aseman väärinkäyttökielto on kilpailulainsäädäntömme selvästi eniten sovellettu kieltonormi. Useimmat seuraamusmaksun määräämiseen johtaneet päätökset ovat koskeneet määräävän aseman väärinkäyttöä.

5.1.3 Väärinkäytön määrittämiseen liittyviä ongelmia

Määräävän aseman väärinkäyttövalvonta perustuu sen kohteena olevan yrityksen huomattavaan markkinavoimaan. Niillä yrityksillä, jotka eivät ole määräävässä asemassa, ei ole vastaavia mahdollisuuksia asettaa asiakkaille kohtuuttomia ehtoja tai vaikeuttaa kilpailijoiden toimintaa. Jollei yrityksellä ole huomattavasti markkinavoimaa, markkinat itse estävät väärinkäytön. Määräävä asema ei myöskään ole itsessään kielletty, vaan ainoastaan väärinkäyttö. Määräävän aseman väärinkäyttönä ei pidetä, tai ainakaan sellaisina ei tulisi pitää menettelytapoja, jotka perustuvat määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoita tehokkaampaan toimintaan. Oman aseman parantaminen suorituskilpailun keinoin on aina sallittua. Väärinkäyttövalvonnalla ei pyritä kilpailijoiden suojaamiseen tehokkaampien yritysten taholta tulevalta kilpailulta, vaan kilpailuprosessin ylläpitämiseen. Väärinkäyttövalvonnan avulla ei yleensäkään pyritä vaikuttamaan kilpailun lopputulokseen, vaan siihen, että kilpailu käydään ennalta vahvistettuja pelisääntöjä noudattaen.

Määräävässä asemassa oleva yritys joutuu toimimaan olennaisesti tiukempien sääntöjen alaisena kuin sen kilpailijat, joilla määräävää asemaa ei ole. Asiantilaa voidaan kritisoida, sillä määräävä asema on voitu saavuttaa muita tehokkaamman toiminnan seurauksena. Määräävän aseman tavoittelu on liiketoiminnassa yleistä. On esitetty, että väärinkäyttövalvonta jo sinällään vähentäisi tehokkaan toiminnan mielekkyyttä aina silloin, kun seurauksena on markkinoiden valtaaminen ja dominanssin saavuttaminen. Yhdysvalloissa *Robert Bork* on katsonut, ettei yritysten kannata toimia tehokkaasti, jos kilpailun voittanutta

---

likieltoa yksinkertaisempi sovellettava, ei voida yhtyä. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamiseen liittyy varsin vaikeita soveltamis- ja rajanvetokysymyksiä. Rissasen jyrkähkö kannanotto lienee tarkoitettu myös retoriseksi argumentiksi lain uudistamisen ollessa vireillä eduskunnassa. Mahdollisesti kannanotto vaikutti osaltaan lain terävöittämiseen eduskunnassa.

[18] TaVM 14/1992 vp. s. 3.

rankaistaan.[19] Myös Euroopassa väärinkäyttövalvontaa on arvosteltu tehottomuudesta, kilpailijoiden suojelemisesta kilpailun kustannuksella ja markkinavoimaisten yritysten sopimusvapauden kohtuuttomasta rajoittamisesta.[20] Esille tuotuja ongelmia tarkastellaan kahdessa osassa. Ensimmäiseksi huomiota kiinnitetään tarpeeseen ylipäätään säännellä määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinakäyttäytymistä.

5.1.3.1 Väärinkäyttökiellon suhteesta sopimusvapauteen

On selvää, että väärinkäyttökielto rajoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintavapautta. Kilpailulainsäädäntöä voidaan tarkastella ulkoa tulevana rajoitteena, joka estää muutoin yleisesti käytössä olevien sopimusten käyttämisen.[21] Toisaalta voidaan kysyä, kuinka aidosti määräävän aseman vää-

---

[19] Ks. Bork (1978) s. 192–195.

[20] Friedrich A. Hayekin oppituolin Freiburgissa perinyt Erich Hoppmann katsoo, että kilpailuviranomaisen puuttuminen määräävässä asemassa olevan yrityksen harjoittamaan pienemmän yrityksen poissulkemiseen tulisi selkeiden ja taloudellisesti rationaalien ratkaisukriteerien puuttuessa rajata lähinnä ääritapauksiin. Ks. esim. Hoppmann, Behinderungsmissbrauch (1980) s. 50–54. Ernst-Joachim Mestmäcker on ollut huolissaan siitä, että liian yksityiskohtainen sallitun ja kielletyn käyttäytymisen sääntely rajoittaa itse asiassa kilpailuvapautta ja johtaa eräänlaiseen "hallinnoituun kilpailuun". Ks. Mestmäcker, Der Verwaltete Wettbewerb (1984b) s. 3–10, 31–33. Kotimaisen kritiikin osalta ks. esim. Vihanto (2000) ja P. Virtanen (2001) s. 544, 570–573. P. Virtanen toteaa uusitävaltalaisia standardiargumentteja seuraten, että määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymiseen tulee puuttua vain poikkeuksellisesti. Lisäksi tulee edellyttää, että kilpailuviranomaisen intervention myönteiset seuraukset verrattuna puuttumattomuuteen ovat etukäteen selvillä. Viranomaistoimenpiteiden tavoitteena tulee olla markkinaolosuhteiden parantaminen siihen verrattuna, ettei viranomainen puutu tilanteeseen. P. Virtanen päätyy korostamaan markkinoille pääsyn esteiden merkitystä, koska markkinoiden korjatessa itse vääristymiä viranomaisen tarve ennustaa tulevaa kehitystä on pienempi. Edellä olevaan voidaan sinänsä yhtyä, vaikka kyse selvästikin on vain osaongelmasta ja siihen esitetystä osaratkaisusta. On selvää, ettei määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen saa johtaa yritysten saattamiseen jatkuvan käyttäytymiskontrollin alaisiksi. Saksalaisessa ja amerikkalaisessa kirjallisuudessa on hyvin tuotu esille liiallisen sääntelyn riskit. Huomattavasti epäselvempää onkin sitten jo se, miten käytännössä erotetaan tarpeellinen ja hyödyllinen valvonta tarpeettomasta ja hyödyttömästä. Vain osa markkinoille pääsyn esteistä aiheutuu määräävässä asemassa olevan yrityksen omista toimenpiteistä, eikä kaikkia tällaisia toimenpiteitä voida pitää sellaisena kokonaisedun kannalta haitallisena käyttäytymisenä, johon kilpailuviranomaisilla olisi syytä puuttua. Vaikka alallepääsyn esteet sinänsä ovat relevantti näkökulma, tämä ei ole yksistään riittävää mm. siksi, että vain pieneen osaan alallepääsyn esteistä voidaan puuttua määräävän aseman väärinkäyttövalvonnan avulla. Toisin sanoen, alallepääsyn esteiden madaltaminen ei yksistään riitä sen enempää keinona kuin tavoitteena. Tarvitaan kokonaisvaltaisempaa väärinkäyttövalvonnan tavoitteiden ja keinojen tarkastelua sekä instrumentin itsensä kannalta että suhteessa kilpailuoikeuden kokonaiskenttään.

[21] Hemmo käsittelee kirjassaan Sopimusoikeus I (1997) s. 68–69, määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaa kieltoa sopimuspakon lähi-ilmiönä. Hemmo toteaa, että kilpailunrajoituslain 7 §:n mukaan väärinkäyttönä pidetään muun ohella liikesuhteesta pidättäytymistä ilman asiallista syytä. Kun toinen osapuoli ei kuitenkaan saa yksipuolisella tahdonilmaisullaan sopimusta aikaan, kyse ei ole varsinaisesta sopimuspakosta. Hemmon kantaan voidaan yhtyä.

rinkäyttökielto rajoittaa sopimusvapautta. Asia ei ole yksinkertainen, kun tarkastelua täydennetään väärinkäytön kohteeksi joutuneen yrityksen näkökulmalla ja lisäksi huomiota kiinnitetään sopimusvapauden funktioihin vaihdantataloudessa. Sopimusvapaus kuuluu yhtä lailla määräävässä asemassa olevalle yritykselle, asiakkaille ja kilpailijoille. Esimerkiksi monopolihinnoittelussa tai toimituskiellossa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimenpide ei muodollisesti loukkaa sopimusvapautta, mutta käytännössä se on ilmentymä tilanteesta, jossa määräävässä asemassa olevan yrityksen vastapuolten, asiakkaiden ja kilpailijoiden, sopimusvapaus tosiasiallisesti on rajoittunut. Vaikka osapuolet muodollisesti ovat yhdenvertaisia, käytännössä määräävässä asemassa oleva yritys voi sanella ehdot. Nähdäkseni ajatus, jonka mukaan määräävän aseman väärinkäytön sääntely rajoittaa sopimusvapautta, tarkastelee kysymystä puhtaan muodollisjuridisesti ja kiinnittää liian vähän huomiota asiakkaiden ja kilpailijoiden sopimusvapauteen ja yleiseen etuun markkinoiden toimivuudesta.

Tavallisesti sopimusvapauteen liittyviä kysymyksiä tarkastellaan yleisesityksissä sen yrityksen näkökulmasta, johon kilpailulainsäädännön kieltonormia sovelletaan. Monipuolisempi kuva kilpailulainsäädännön ja sopimusvapauden välisestä suhteesta esim. määräävän aseman väärinkäyttönormin kannalta saadaan, kun kysymystä tarkastellaan *nelikentässä* a) väärinkäyttökiellosta aiheutuvat toimintarajoitukset määräävässä asemassa olevan yrityksen kannalta, b) väärinkäyttönormin merkitys kilpailijoiden elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaamisen kannalta, c) väärinkäyttökiellon merkitys asiakkaan valinnanvapauden kannalta ja d) kilpailulainsäädännön yleinen merkitys sopimusvapautta koskevien oikeushyvien käyttöedellytysten turvaajana markkinoiden toimivuuden näkökulmasta tarkasteltuna.

Sopimusvapauden periaate perustuu taloudellisen päätöksenteon hajauttamiselle. Lähtökohtana on, että sopimusosapuolet ovat suhteellisen vapaita ja tasaarvoisia. Toimivan kilpailun vallitessa markkinoilla tehtävät sopimukset allokoivat resurssit tarkoituksenmukaiseen käyttöön. Jos markkinat ovat vinoutuneet määräävän aseman johdosta, sopimusvapauden taustaoletukset eivät päde samassa määrin. Sopimusvapautta voidaan väärinkäyttää tehokkuutta ja toisen elinkeinotoimintaa vahingoittavalla tavalla. Kilpailulainsäädäntö ei varsinaisesti rajoita sopimusvapautta, vaan määräävän aseman väärinkäyttönä kielletyt menettelytavat (kuten myös muut kielletyt kilpailunrajoitukset) jäävät ennemminkin sopimusvapauden suoja-alan ulkopuolelle.[22]

---

[22] Ks. myös Kuoppamäki (2000) s. 158–159. P. Virtanen siteeraa em. kohtaa ja toteaa seuraavaa (s. 432): "Näkökulma on sikäli harhaanjohtava, ettei sopimuspakkokaan tarkoita velvollisuutta hyväksyä aivan kaikkia sopimuksia (esim. väkivaltaisesti tms. käyttäytyvää henkilöä ei tarvitse ottaa linja-autoon). Kilpailuoikeudellisesti reaktio ei tosin ole niinkään suunnattu jonkin asiakkaan suojaamiseen, vaan kilpailuprosessin turvaamiseen. Tällöin tarkoituksena on estää monopo-

Vaikkei määräävän aseman väärinkäyttökieltoa sinänsä pidettäisi "markkinatalouden pelisääntöjen vastaisena" tai edes "tehottomuutta edistävänä sääntelynä", kriitikot ovat nähdäkseni oikeassa kiinnittäessään huomiota siihen, että väärinkäyttövalvonnalta puuttuu usein teoria, näkemys ja konsepti, jonka perusteella yksittäisiin tilanteisiin puututaan tai ei puututa. Väärinkäyttövalvonnan ongelmat liittyvät yhtäältä kielletyn menettelyn tunnusmerkistön määrittelyyn ja toisaalta väärinkäyttövalvonnan yleisten oppien puutteelliseen työstämiseen.

5.1.3.2 Kauppakumppaneihin kohdistuva väärinkäyttö

Kauppakumppaneihin kohdistuvan väärinkäytön osalta ongelmalliseksi on muodostunut kohtuullisuuden ja kohtuuttomuuden välisen rajan määrittäminen. Erityisen ongelmalliseksi ovat osoittautuneet kohtuuttoman korkeaa hinnoittelua koskevat tapaukset, koska viranomaisilta näyttäisivät puuttuvan objektiiviset mittapuut kohtuuttomuuden mittaamiseksi ja koska vaarana on ajautuminen hintasäännöstelyn kaltaiseen tilanteeseen. Mainitusta syystä sekä EY:n että Suomen kilpailuoikeudessa painopiste on siirretty kauppakumppanien välisten sopimusehtojen suorasta sääntelystä kilpailijoihin kohdistuvaan väärinkäyttöön. Suoran hintojen sääntelyn sijasta kuluttajien etua ajatellaan palveltavan paremmin pitämällä huoli siitä, että asiakkaita ei estetä vaihtamasta toimittajaa ja että kilpailijoiden toiminnalle tai markkinoille pääsylle ei aseta keinotekoisia esteitä. Tämän odotetaan epäsuorasti kohtuullistavan asiakasehtoja kilpailun paineen lisääntyessä. On kuitenkin tilanteita, esim. luonnollinen monopoli ja julkiset markkinoille pääsyn esteet, joissa kilpailupolitiikassa ei voida ylläpitää kilpailuprosessia täysimääräisesti. Mitä voimakkaammin määräävä asema on suojeltu, sitä suuremmaksi kasvaa kilpailuviranomaisen paine puuttua määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakasehtoihin.

Kauppakumppaneihin kohdistuvana väärinkäyttönä pidetään mm. kohtuuttoman korkeita hintoja, maksimaaliseen ulosmittaukseen tähtääviä syrjiviä hin-

---

liyritystä rajoittamasta tuotantoaan ja siten ylläpitämästä monopolihintaa. Tässä mielessä liikesuhteesta pidättäytyminen ei ole rinnastettavissa sopimuspakkoon, jolla pyritään turvaamaan asiakkaan oikeudet." Virtasen sitaatin alkuosa jää hämäräksi, sillä en ole kirjassani väittänyt, että sopimuspakko olisi jotenkin absoluuttinen käsite. Sitaatin jälkiosassa Virtanen katsoo, että kilpailulainsäädännöllä suojataan ainoastaan kilpailua instituutiona, ei määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaita. Se, ettei kantaa voida pitää oikeana, ilmenee kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitelausumasta, jossa lain tavoitteiksi asetetaan mm. kuluttajien edun ja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta rajoituksilta, lain 21 §:stä, jossa väärinkäytöstä haittaa kärsineille annetaan itsenäinen valitusoikeus kilpailuviraston päätöksistä ja sekä erityisesti lain 19 b §:stä, jonka perusteella määräävän aseman väärinkäyttöön syyllistynyt yritys on velvollinen korvaamaan toiselle elinkeinonharjoittajalle, oli tämä asiakas tai kilpailija, aiheuttamansa vahingon.

noittelumalleja sekä asiakkaan sitomista pitkiin tai muuten kohtuuttomiin sopimuksiin. Kilpailuoikeudessa alun perin keskeisellä sijalla oli määräävän aseman kohtuuttoman hyväksikäytön estäminen. Saksan ja EY:n kilpailuoikeuden kehitykseen niiden varhaisvaiheessa ratkaisevasti vaikuttaneessa saksalaisessa ajattelussa alun perin keskeisellä sijalla oli als ob -kilpailun ajatus. Taloustieteilijä *Leonhard Mikschin* kehittämässä lähestymistavassa keskeisenä ajatuksena oli sen selvittäminen, miten määräävässä asemassa oleva yritys käyttäytyisi, jos se toimisi täydellisesti kilpailluilla markkinoilla. Ideaalitilannetta verrataan määräävässä asemassa olevan yrityksen todelliseen käyttäytymiseen, jolloin saadaan selvitettyä määräävästä asemasta aiheutuva haitta. Ensisijaisesti kilpailupolitiikalla tulisi pyrkiä estämään määräävän aseman syntyminen. Mikäli tämä ei ole mahdollista, toiseksi parhaana vaihtoehtona jäljelle jää määräävän aseman väärinkäytön estäminen.[23] Optimistisesti lähdettiin siitä, että soveltamalla taloustiedettä voitaisiin määritellä, kuinka paljon markkinakäyttäytyminen poikkeaa kilpailutilanteesta, jonka jälkeen määräävässä asemassa olevalle yritykselle voidaan asettaa velvoite toimia ikään kuin (*als ob*) yritys toimisi kilpailuilla markkinoilla.[24] *Walter Eucken* ja *Franz Böhm* suhtautuivat selvästi epäilevämmin mahdollisuuksiin johtaa monopolihinnoittelun oikaisumenetelmä suoraan talousteoriasta.[25] Ajatus sai kuitenkin kannatusta saksalaisten kilpailuviranomaisten piirissä. *Als ob* -kilpailu rinnastuu perusajatukseltaan *Abba Lernerin* marginaalikustannusajatteluun. *Lernerin indeksissä* monopolivoimaa mitataan asteikolla, joka kertoo, kuinka paljon hinta ylittää rajakustannukset. Saksassa als ob -ajattelun ilmentymänä voidaan pitää pyrkimystä selvittää monopolihinnoittelutapausta vertailumarkkinoiden avulla. Monopolihintoja verrataan saman alan hinnoitteluun kilpailullisilla markkinoilla tarkoituksena päätellä, kuinka paljon hinnat monopolimarkkinoilla ylittävät kilpailullisten markkinoiden hintatason. Asiakkaiden osalta ongelmaksi muodostuu sen konkretisoiminen, mitä pidetään kohtuuttomana menettelynä.

---

[23] Ks. Miksch, Wettbewerb als Aufgabe (1947) s. 98–100.

[24] Ks. Miksch (1947) s. 101–102. Miksch ei näytä tarkoittaneen sinänsä täydellistä viranomaiskontrollia, vaan pikemminkin yleisempää ohjausta. Ks. Miksch (1947) s. 102–103. Mikschin tavoitteena ei ole markkinoiden korvaaminen valtiolla, vaan määräävässä asemassa olevien yritysten sellainen kontrollointi, joka pakottaa ne hinnoittelemaan hyödykkeensä ikään kuin *(als ob)* markkinoilla vallitsisi täydellinen kilpailu. Ks. Miksch s. 103–104: "In der Praxis wird meist eine starre Preispolitik getrieben, die am wenigsten Mühe bereitet und das *geringste Aufsehen* erregt. Das staatlich gelenkte Monopol wird dagegen den Preis bis zu dem Punkte senken müssen, wo Preis-(Nachfragekurve) und Grenzkostenkurve sich schneiden. Der Verlust, den das private Monopol sonst auf andere, in vollständiger konkurrenz stehende Gewerbzweige überwälzt, tritt dann bei ihm selbst in Erscheinung; das ist alles." Kursiivi alkuperäistekstissä. Näin kunnianhimoisen tavoitteen saavuttaminen edellyttäisi kuitenkin käytännössä – ainakin tämän tutkimuksen kirjoittajan mielestä – varsin dirigististä kilpailupolitiikkaa.

[25] Ks. esim. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952) s. 291–301; Böhm, Demokratie und ökonomische Macht (1961) s. 3, 22; Mestmäcker (1984b) s. 32–33.

5.1.3.3 Kilpailijoihin kohdistuva väärinkäyttö

Kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön osalta ongelmaksi muodostuu sen määrittäminen, milloin määräävässä asemassa olevan yrityksen soveltamaa kilpailukeinoa on pidettävä kohtuuttoman kovana, suoritusnormista poikkeavana tai tavoitteiltaan tahi vaikutuksiltaan kilpailua rajoittavana käyttäytymisenä. Ongelmana on määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinakäyttäytymisen dualistinen luonne. Samaa menettelyä voidaan pitää normaalioloissa tehokkaana kilpailuna mutta olosuhteiden muuttuessa kiellettynä poissulkemisena. *Möschelin* mielestä kilpailuoikeuden vaikeimpana kysymyksenä on pidettävä sitä, milloin kyse on kilpailunrajoituksesta ja milloin suurempaan suorituskykyyn perustuvasta voittamisesta.[26] *Rittnerin* mukaan väärinkäyttökiellon juridinen epätarkkuus tuo mukanaan riskin siitä, että tehoton yritys käyttää kilpailuoikeutta kilpenä suojautuakseen tehokkaampien yritysten aikeilta vallata markkinaosuuksia.[27] Kilpailuoikeuden tehtävänä ei ole suojella yksittäisiä kilpailijoita, vaan kilpailua prosessina.[28] Yksittäinen kilpailija on oikeutettu saamaan suojelua osakseen vain, mikäli pienemmälle yritykselle aiheutuvan haitan lisäksi määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytapaa on pidettävä kilpailun toimivuuden näkökulmasta vahingollisena. Hyvä tarkoitusperä suojata "pelkästään kilpailua" ei vastaa siihen, milloin konkreettisesti puuttumiskynnyksen tulee ylittyä. Yritysten yleisenä pyrkimyksenä on lyödä kilpailijat laudalta. Toisaalta väärinkäytön estäminen voi edellyttää voimakkaitakin toimenpiteitä kilpailun turvaamiseksi, esimerkiksi väliaikaisen kiellon antamista käsittelyn ajaksi. Kilpailuoikeudella suojataan kilpailua, ei kilpailijoita, mutta toisaalta myös kilpailu loppuu ilman kilpailijoita. Palkintokysymys kuuluu, milloin menettelytapaa on pidettävä tuomittavana poissulkemisena ja milloin vielä hyväksyttävänä, joskin ehkä aggressiivisena kilpailuna.

5.2 VÄÄRINKÄYTÖN YLEISET OPIT – VAIHTOEHTOISIA LÄHESTYMISTAPOJA

Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti määräävän aseman väärinkäyttökiellon taustalla olevaa sääntelyideologiaa EY:ssä ja Suomessa. Kysymystä on käsitelty vähän kirjallisuudessa, ainakin jos lukumäärää verrataan esim. yksittäisiä väärinkäyttötyyppejä koskeviin esityksiin. Tarkastelun tarkoituksena on toimia johdantona yksittäisten väärinkäyttötyyppien käsittelylle.

---

[26] Ks. Möschel (1983) s. 34.

[27] Ks. Rittner (1995) s. 299.

[28] Tahko Pihkalan väitetään ironisoineen kävelyä urheilulajina, jossa kilpaillaan siitä, kuka kuiskaa kovimmalla äänellä. Samantyyppinen ongelma voi ilmetä kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön osalta. Se, että pienempi kilpailija häviää markkinoilta, ei itsessään indisoi väärinkäyttöä, sillä kilpailija voidaan ajaa konkurssiin myös suorituskilpailun avulla. Kuluttajan etu edellyttää, ettei väärinkäyttövalvonnalla suojella tehottomia yrityksiä.

5.2.1 EY:n integraatio ja markkinoiden avaaminen

Yhteismarkkinoiden luominen ja niiden auki pitäminen muodostaa EY:n kilpailuoikeuden keskeisen tavoitteen. Yhteismarkkinat eivät avaudu, jos markkinoita perinteisesti hallitsevat kansalliset markkinajohtajat estävät muista maista olevien yritysten pääsyn niiden kansallisille markkinoille. Tähän nähden ei ole yllättävää, että merkittävä osa RS 82 artiklan soveltamistilanteista on liittynyt tapauksiin, joissa määräävässä asemassa oleva yritys on pyrkinyt estämään toisesta jäsenvaltiosta olevan kilpailijan pääsyn kotimarkkinoilleen tai on rajoittanut tavaroiden ja palvelujen liikkumista yli jäsenvaltioiden rajojen. Uudempana kehityskulkuna 82 artiklaa on ryhdytty käyttämään kansallisten monopolien purkuinstrumenttina usein yhdistettynä 86 (ent. 90) artiklaan. Toisaalta yhteismarkkinatavoitteen perusteella komission ratkaisukäytännössä voidaan suhtautua lievemmin yrityskauppaan, jos sen arvellaan edistävän yritysten pureutumista toistensa perusalueille ja edistävän markkinoiden yhteen kasvamista. Integraatiotavoite voi siten johtaa yksittäistapauksessa tiukempaan tai lievempään suhtautumiseen kuin mihin pelkät kilpailuoikeudelliset argumentit yksinään antaisivat aihetta. Mitään perusristiriitaa kilpailun ja integraation välillä ei voida nähdä. Päinvastoin, yleensä integraation edistäminen on siihen liittyvän markkinoiden avautumisen vuoksi tehokkain tapa edistää kilpailua. Pääsääntöisesti kilpailutavoite ja integraatiotavoite johtavat samaan lopputulokseen. Integraatiotavoitetta onkin kritisoitu etupäässä sillä perusteella, että se johtaa esim. rinnakkaistuonnin osalta tiukempaan tulkintaan kuin mihin pelkkä taloustieteellinen analyysi antaisi aihetta. Väittämä on kuitenkin koulukuntasidonnainen eikä siihen voida tässä tutkimuksessa yhtyä.

Kirjallisuudessa on osin esitetty, että yhteismarkkinat olisi jo luotu ja tämän vuoksi integraatiotavoitteen merkitys EY:n kilpailuoikeudessa olisi vähenemässä. Integraatiotavoitteen sijaan tulisi korostaa määräävän aseman väärinkäyttökiellon taloustieteellistä arviointia. Näkemykseen voidaan yhtyä siltä osin, että yhteismarkkinat ovat olennaisesti pidemmällä kuin 1970- ja 1980-luvuilla. Yhteismarkkinoiden saavuttaminen ei kuitenkaan poista tarvetta puuttua toimenpiteisiin, joilla markkinat suljetaan, eikä todellisista yhteismarkkinoista kaikilta osin voida puhua. Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa yhteismarkkinatavoite nähdään usein häiriötekijänä, joka hankaloittaa "puhtaan" taloustieteellisen analyysin läpiviemistä. Tehokkuustarkasteluun perustuva lakien ja tuomioistuinten päätösten arviointi on yksinkertaisempaa, jos tehokkuus nostetaan ainoaksi päämääräksi ja muista tavoitteista luovutaan. Kysymys väärinkäyttökiellolle asetettavista tavoitteista on kuitenkin luonteeltaan normatiivinen ja ratkeaa lainsäätäjän antaman tavoitekehikon perusteella.

Integraatiotavoitteen päämerkitys on liittymässä yhteismarkkinaoikeuteen. Samaan kilpailunrajoitukseen voidaan ajatella puututtavan määräävän aseman väärinkäyttökiellon tai tilanteesta riippuen esim. tavaroiden vapaata liikkuvuut-

ta koskevan 28 artiklan tai palvelujen tarjoamisen vapautta koskevan 49 artiklan perusteella. EY:n kilpailuoikeudessa julkisen vallan aikaansaamiin kilpailunrajoituksiin suhtaudutaan olennaisesti tiukemmin kuin Yhdysvalloissa, joissa nk. *State Action doctrine* johtaa useimpien julkisen vallan aikaansaamien kilpailunrajoitusten jäämiseen kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle.[29] EY:ssä kilpailunrajoituksen toteaminen viranomaistoiminnaksi johtaa sovellettavan normin ja vastuullisen komission pääosaston vaihtumiseen, ei kilpailuongelman poistumiseen esityslistalta. EY:n komissio voi vaatia julkisen kilpailunrajoituksen poistamista ja tarpeen vaatiessa nostaa RS 226 artiklan mukaisen sopimusrikkomuskanteen EY:n tuomioistuimessa. Julkinen kilpailunrajoitus voidaan riitauttaa kansallisessa tuomioistuimessa, jolloin asia voi tulla EY:n tuomioistuimen ratkaistavaksi RS 234 artiklassa tarkoitetun ennakkoratkaisupyynnön kautta. Markkinoille pääsyä koskeviin rajoituksiin voidaan puuttua myös RS 86 artiklan avulla, joka antaa komissiolle rajoitettuja päätöksentekovaltuuksia. Public choice -suuntauksen mukaan yritykset kilpailevat keskenään hinnalla, laadulla ja lobbauksella. Viimeksi mainittu kilpailukeino ilmenee poliitikkoihin ja viranomaisiin vaikuttamisena, jonka tavoitteena on esim. itselle edullisen alakohtaisen sääntelyn tai viranomaisratkaisun aikaansaaminen.[30] *Richard A. Posner* toteaa niinikään, että monopolin hyvinvointitappio aiheutuu hintojen nousun aiheuttaman allokatiivisen tehottomuuden ohella *rent seeking* -ilmiöstä yritysten uhratessa liikaa resursseja määräävän aseman tavoitteluun ja puolustamiseen.[31] EY:ssä mahdollisuudet puuttua julkisiin kilpailunrajoituksiin ovat amerikkalaista kilpailuoikeutta olennaisesti monipuolisemmat. Amerikkalainen arsenaali vaikuttaa lähes rammalta yhteismarkkinaoikeuden tykistöön verrattuna. EY:ssä kilpailuoikeuteen laajassa merkityksessä on luettava antitrusti-lainsäädäntöä laajempi välineistö, jonka avulla voidaan poistaa jäsenvaltion viranomaisten ja/tai yritysten ja viranomaisten yhdessä luomia markkinoille pääsyn esteitä.[32] EY:n kilpailuoikeuden todellisen merkityksen oivaltaminen ei liene mahdollista, ellei huomiota kiinnitetä kilpailulainsäädännön rooliin osana laajempaa yhteismarkkinaoikeutta.

---

[29] Doktriinin osalta ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 721–741.

[30] Ks. esim. Tollison, Rent Seeking, kirjassa Mueller, Perspectives on Public Choice (1997) s. 506–525.

[31] Ks. esim. Posner, Economic Analysis of Law (1998) s. 302–305.

[32] Oivallisen esimerkin tarjoaa EY:n tuomioistuimen langettava päätös Suomen autoveroa koskevassa asiassa. Autoverolainsäädännöllä käytännössä estetään täysin niin uusien kuin käytettyjen henkilöautojen rinnakkaistuonti. Kilpailuoikeudellisesti rinnakkaistuonnin vapaus on EY:n kilpailuoikeuden tärkeimpiä periaatteita. Kuitenkaan Suomen osalta tällä periaatteella ei ollut merkitystä niin kauan kun autojen rinnakkaistuonti oli taloudellisesti mahdotonta kotimaisia merkkimaahantuojia suosivan syrjivän verolainsäädännön vuoksi. Rinnakkaistuonnin vapautta koskeva kilpailuoikeudellinen periaate alkoi saada suurempaa merkitystä Suomessa vasta sitten, kun julkisen vallan aikaansaama kilpailunrajoitus oli poistunut. Mainittu esimerkki kuvaa antitrusti-lainsäädännön ja laajemman yhteismarkkinaoikeuden välistä yhteispeliä.

Integraation edistäminen kuuluu EY:n kilpailupolitiikan perustavoitteisiin. EY:n kilpailuoikeudessa väärinkäyttökielto on nähtävä osana yhteismarkkinaoikeuden muodostamaa suurempaa kokonaisuutta. Integraatiotavoite ei kuitenkaan yksinään tarjoa riittävää lähtökohtaa kilpailunormiston soveltamiselle. Päähuomio on kiinnitettävä kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalla olevaan tavoitekehikkoon ja kilpailuteorian tuottamiin tutkimustuloksiin määräävän aseman ja yksittäisten väärinkäyttötyyppien tyypillisistä vaikutuksista.

5.2.2 Määräävässä asemassa olevan yrityksen "erityinen vastuu" ja suhteellisuusperiaate

EY:n tuomioistuimen mukaan väärinkäyttö on *objektiivinen*, menettelyn moraalisesta tuomittavuudesta riippumaton käsite. Kiellettyä on paitsi sinänsä tuomittava markkinakäyttäytyminen, myös muu markkinarakenteeseen haitallisesti vaikuttava menettely. RS 82 artiklaa on tulkittava erityisesti RS artiklan 3 g taustaa vasten, jossa tavoitteeksi asetetaan "järjestelmä, jolla taataan, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy". Menettelyn sallittavuus riippuu sen vaikutuksista yhteisön tavoitteille ja toimivalle kilpailulle. Tähän liittyen väärinkäyttöä kuvataan RS 82 artiklassa "yhteismarkkinoille soveltumattomana" toimintana.[33] EY:n tuomioistuimen mukaan määräävä asema jo sinänsä merkitsee kilpailun heikkenemistä. Määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on siksi "erityinen vastuu jäljellä olevan kilpailun säilymisestä ja elävöittämisestä". Myös kotimaisessa käytännössä määräävän aseman väärinkäyttöä on luonnehdittu objektiiviseksi käsitteeksi. Väärinkäytön toteaminen ei edellytä myöskään menettelyn moraalista tuomittavuutta. Lain 7 §:n kieltojen perustana on kyseisten menettelytapojen toteaminen tai olettaminen vahingollisiksi kilpailun toimivuuden kannalta, silloin kun niitä noudattavalla yrityksellä on poikkeuksellisen paljon markkinavoimaa.

Arvioitaessa sitä, onko kyseessä väärinkäyttö, huomion kohteeksi nousee se, mitä tällä "erityisellä vastuulla" konkreettisesti tarkoitetaan. Onhan jokaisen yrityksen perimmäisenä tavoitteena oman asemansa vahvistaminen. Periaatteessa arvioinnissa voivat korostua kilpailukäyttäytymisen motiivit, markkinavoimaisen yrityksen toimintatavat tai menettelyn vaikutukset markkinoilla. Päähuomio kiinnitetään menettelyn objektiiviseen laatuun ja vaikutuksiin. Menettelyn tuomittavuus ei edellytä sitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen nimenomaisena tarkoituksena olisi ollut kilpailun rajoittuminen. Yrityksen perimmäisiin tarkoitusperiin kiinnitetään yleensä vähemmän huomiota jo siitä syystä, ettei konsernin perimmäisistä tarkoitusperistä yleensä ole saatavissa

[33] Ks. esim. Waelbroeck/Frignani (1999) s. 261–262.

riittävää varmuutta. Väärinkäyttövalvonta rakennetaan sellaisten elementtien varaan, jotka ovat viranomaisten selvitettävissä. Käytännössä tietyllä toimintatavalla voi olla useita tarkoitusperiä.[34] Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että menettelyn tarkoitusperät olisivat merkityksettömiä. Esimerkiksi liikesuhteesta pidättäytymistä ei pidetä väärinkäyttönä, jos toimitusten lopettaminen johtuu siitä, että asiakas on jättänyt laskun maksamatta. Tällöin toimituskiellon tarkoituksena ei ole kauppakumppanin poissulkeminen, vaan yrityksen saatavien turvaaminen. Toisaalta EY:n käytännössä keskimääräiset kokonaiskustannukset alittavaa, mutta keskimääräiset muuttuvat kustannukset ylittävää hinnoittelua voidaan pitää saalistamisena vain, mikäli hinnoittelun näytetään olevan osa laajempaa suunnitelmaa markkinoiden valtaamiseksi.[35] Näytöllä yrityksen tarkoitusperistä on merkitystä myös väärinkäytön arvioinnin lieventämis- tai ankaroittamisperusteena.

Erityistä vastuuta koskevalla argumentilla perustellaan kilpailuviranomaisen puuttumista yksipuoliseen käyttäytymiseen. Jotta kilpailu toimisi tyydyttävästi, julkisen vallan tulee huolehtia kilpailun rakenteellisten edellytysten säilymisestä ja annettujen pelisääntöjen noudattamisesta. Mitä enemmän valtaa, sitä enemmän oikeudellista vastuuta. Kenellä valta on, ei voi olla vapaa, koska valta tuo mahdollisuuden rajoittaa kohtuuttomasti muiden toimintavapauksia. Esimerkiksi toimituskiellosta on laajempaa haittaa kilpailun toimivuudelle vasta, kun siihen osallistuu riittävän suuri määrä yrityksiä. Kartellikiellon avulla puututaan boikottisopimukseen, koska markkinavoimaa hankitaan sopimalla yhteisestä menettelytavasta. Ilman boikottisopimusta yksittäisen yrityksen toimitusten lopettamisella ei olisi samaa vaikutusta, mistä syystä muun kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen yksipuolista sopimuksesta kieltäytymistä ei yleensä pidetä kiellettynä.[36] Ankarampi suhtautuminen määräävässä asemassa olevan yrityksen liikesuhteesta pidättäytymiseen perustuu erityisen suureen määrään markkinavoimaa eli monopolivoimaan. Määräävässä asemassa olevan yrityksen toimituskiellosta on konkreettista haittaa, koska asiakkaat ovat riippuvaisia hankintalähteestä ja kilpailijat haavoittuvia. Samasta syystä

---

[34] Esim. tapauksessa *Valio III* sitovan alennuksen tarkoituksena oli yhtäältä suurentaa toimitusten kokoa ja toisaalta sitoa asiakkaita määräävässä asemassa olevaan yritykseen. Ensimmäistä tavoitetta voidaan pitää kilpailulainsäädännön mukaisena, jälkimmäistä sen vastaisena. Tarkoitusperän pitäminen osittainkin kilpailunrajoituslain vastaisena riittänee menettelyn kieltämiseen. Yleensä kilpailuviranomaiset yksinkertaisesti olettavat, että vaikutuksiltaan sitovan sopimuslausekkeen tarkoituksena on ollut asiakkaiden sitominen. Toisaalta sidontavaikutuksesta seuraa, että menettelyä on pidettävä kiellettynä, vaikkei yritys olisi tiedostanut tätä vaikutusta. Väärinkäytön ollessa objektiivinen konsepti määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on selvittämisvastuu menettelynsä kilpailuvaikutusten suhteen.

[35] Samansuuntaisesti Waelbroeck/Frignani (1999) s. 262–263.

[36] Edellä on todettu, että monien maiden kilpailuoikeudessa, mukaan lukien EY, Suomi, Saksa ja Ranska, toimituskieltoon voidaan puuttua erityistapauksissa jo määräävän aseman kynnyksen alapuolella jos yrityksellä on relatiivista markkinavoimaa eli siis tilanteissa, joissa yrityksellä ei ole monopolivoimaa mutta sillä on riittävästi markkinavoimaa yleisemmän kilpailuhaitan aikaansaamiseksi.

määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei ole yhtäläistä vapautta määrätä sopimusehdoistaan kuin heikommilla yrityksillä. Ilman monopolivoimaa esim. hintoja ei saada nostetuksi kilpailullisen tason yläpuolelle tai asiakkaita sidotuksi kohtuuttoman pitkäksi ajaksi muutoin kuin kartellin avulla. Määräävässä asemassa oleva yritys voi toimia kilpailun paineesta riippumattomasti, mistä syystä se voi tiettyyn rajaan asti yksipuolisesti, jos nyt ei sanella niin ainakin ratkaisevasti vaikuttaa kaupan ehtoihin.

Termi "erityinen vastuu" kuvaa sitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta on markkinoiden hallinnasta johtuen muita yrityksiä tiukemman kontrollin alaista. Tämän asiantilan toteaminen ei kuitenkaan vielä vastaa siihen, missä tilanteissa erityisen vastuun rikkominen johtaa määräävässä asemassa oleva yrityksen kannalta kielteisiin oikeudellisiin seuraamuksiin. EY:n tuomioistuin on viitannut *objektiiviseen puolustukseen* ja *suhteellisuusperiaatteeseen*. Toimenpidettä ei pidetä väärinkäyttönä, jos yritys voi esittää objektiivisesti hyväksyttävän syyn menettelylleen. Esimerkiksi toimitusten lopettamista asiakkaalle voidaan perustella maksuvaikeuksilla. Vaikka yrityksen oikeutena onkin puolustaa kaupallisia intressejään, käytettävien toimenpiteiden pitää olla kohtuullisia tavoiteltavaan päämäärään nähden. Määräävässä asemassa oleva yritys ei saa käyttää suhteettoman kovia vastakeinoja.[37] *Hilti*-tapauksessa ensimmäisen asteen tuomioistuin tarkasteli sitä, voidaanko naulojen sidontaa naulapistooleihin perustella tarpeella suojata asiakkaita huonolaatuisten naulojen käyttämiseltä, mikä voisi vaarantaa asiakasturvallisuuden. Tuomioistuin hylkäsi perusteen mm. sillä perusteella, että tuoteturvallisuudesta on oma lainsäädäntönsä jonka soveltamisesta vastaavat erityiset viranomaiset. Hiltin asia ei ollut ryhtyä toimenpiteisiin sellaisten hyödykkeiden eliminoimiseksi markkinoilta, joita yhtiö perustellusti tai perusteetta piti riskinä kuluttajille.[38] Vastaa-

---

[37] Suhteellisuusperiaatteeseen on viitattu esim. tapauksessa *BRT/SABAM*, 127/73, Kok. 1974 s. 51. Päätöksessä todettiin, että tekijänoikeusjärjestön sopimusehtoja voitiin pitää väärinkäyttönä siltä osin, kuin ne rajoittivat jäsenten toimintavapautta enemmän kuin mikä on tarpeen tekijänoikeuksien tehokkaan kollektiivisen hallinnan näkökulmasta. Tapauksessa *United Brands* (27/76, Kok. 1978 s. 207) EY:n tuomioistuin totesi, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus valita jälleenmyyjänsä selektiivisten kriteerien perusteella niin kauan kuin toimintatapa ei luo sellaisia markkinoille pääsyn esteitä, joita ei voida perustella tavoiteltavalla päämäärällä (ks. tuomion kohta 158). Samassa päätöksessä todettiin, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus kohtuullisessa määrin puolustaa liiketaloudellisia intressejään. Yritys ei saa kuitenkaan ryhtyä vastatoimenpiteisiin, jotka ovat kohtuuttoman kovia torjuttavaan uhkaan nähden (tuomion kohdat 189–190).

[38] *Hilti AG v. komissio*, T-30/89, Kok. 1991 s. II-1439, tuomion kohdat 102–119. Tuomioistuimen perusteluista paistaa läpi, ettei se pitänyt Hiltin tuoteturvallisuutta koskevia argumentteja uskottavina. Nähdäkseni tuomiosta ei voida tehdä sellaista johtopäätöstä, ettei määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi oikeutta huolehtia omien tuotteidensa ja niiden kanssa yhdessä käytettävien tuotteiden yleisestä turvallisuudesta, milloin tämän voidaan arvioida vaikuttavan oman tuotteen menekkiin. Tämän on kuitenkin tapahduttava kohtuullisin ja tarkoituksenmukaisin keinoin, jotka rajoittavat kilpailua mahdollisimman vähän. Sidontaa lievempi keino olisi esim. laatuvaatimuksia koskevien ohjeiden julkaiseminen varaosia ja liitännäistuotteita varten.

van tapainen tilanne tuli esille kotimaisessa tapauksessa *Alfons Håkans*. Määräävässä asemassa oleva yritys oli kieltäytynyt alalla tavanomaisesta yhteistyöstä pienemmän kilpailijansa kanssa mm. sen vuoksi, että yhtiötä oltiin epäilty työsuojelurikkomuksesta. Kilpailuneuvosto totesi, etteivät mainitut, sittemmin aiheettomiksi osoittautuneet epäilykset oikeuttaneet poissulkemista.[39] Kilpailijan työsuojelumääräysten noudattamisen valvonta on lähtökohtaisesti työsuojeluviranomaisten, ei määräävässä asemassa olevan yrityksen tehtävä.

Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen vastuu siitä, ettei se omilla toimenpiteillään entisestään heikennä kilpailun toimivuutta markkinoilla. Vastuu on kuitenkin toimenpide- ei seurauskohtaista. Määräävässä asemassa oleva yritys ei voi olla esim. vastuussa siitä, että pienempi mutta tehottomampi yritys säilyy markkinoilla. Näin pitkälle ulotettu vastuu rajoittaisi kohtuuttomasti määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintavapautta ja koituisi kuluttajien vahingoksi luodessaan vaikuttimen toimia tehottomasti.[40]

Erityistä vastuuta koskevan perustelutavan riskinä on se, että johtopäätöksiä tehdään yksinomaan tai liian herkästi toimenpiteen vaikutusten perusteella. Pienemmän kilpailijan poistumisesta markkinoilta ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että erityistä vastuuta olisi rikottu, mikäli menettely perustuu määräävässä asemassa olevan yrityksen suurempaan tehokkuuteen. Määräävä asema voi perustua yrityksen suurempaan tehokkuuteen, joka jatkuessaan johtaa määräävän aseman vahvistumiseen entisestään. Ei myöskään voitaisi käytännössä valvoa säännöstä, jonka perusteella oma asema saisi vahvistua vain "kohtuullisessa määrin". Esimerkiksi uuden talouden verkostomarkkinoilla voittaneen standardin luonut yritys voi korjata koko potin ("winner takes it all"[41]). Erityisestä vastuusta ei voida johtaa velvoitetta "auttaa" kilpailijoita, vaan toimimis- tai pidättäytymisvelvoite on aina perusteltava konkreettisemman oikeusperusteen, esim. kilpailijan markkinoille pääsyn kannalta välttämättömän avainaseman hallinnan, nojalla. Määräävän aseman väärinkäyttönormin tarkoituksena ei saa olla tehottomien yritysten markkinoilla säilymisen suojaaminen.

Waelbroeck ja Frignani katsovat – nähdäkseni perustellusti – että suhteellisuusperiaate soveltuu määräävässä asemassa olevan yrityksen ja *kauppakumppanin vertikaalisen suhteen* määrittelyyn.[42] Määräävässä asemassa oleva yritys ei saa esimerkiksi periä hintoja, jotka ovat ilmeisessä epäsuhteessa suoritukseen, asettaa asiakkaan toimintavapautta kohtuuttomasti rajoittavia ehtoja tai lopettaa toimituksia ilman hyväksyttävää syytä. Sen sijaan määräävässä ase-

---

[39] Ks. *Alfons Håkans*, d:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 20.6.2000.

[40] Jos esim. määräävässä asemassa oleva yritys voi kustannusetujensa turvin säännönmukaisia hinnoitteluperiaatteita soveltaen ja voittoa tuottavasti hinnoitella pienemmän yrityksen ulos markkinoilta, kyse on normaalista kilpailutilanteesta. Saalistushinnoittelun tunnusmerkistö edellyttää alikustannushinnoittelua ja/tai muuta näyttöä nimenomaisesta poissulkemistarkoituksesta.

[41] Ks. esim. Ahlborn/Evans/Padilla (2001) s. 158–161.

[42] Ks. Waelbroeck/Frignani (1999) s. 266.

massa olevan yrityksen ja sen *kilpailijoiden* välisen *horisontaalisen suhteen* määrittelyssä suhteellisuusperiaatteesta on vähemmän hyötyä. RS 82 artikla ei kiellä määräävässä asemassa olevaa yritystä vahvistamasta asemaansa sisäisen kasvun avulla. Waelbroeck ja Frignani katsovat, että asiakkaisiin kohdistuvan menettelyn arvioinnissa keskeistä on tavoiteltu päämäärä ja suhteellisuusperiaate; väärinkäyttönä pidetään "kohtuuttomia" menettelytapoja. Sen sijaan kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön osalta huomio on kiinnitettävä määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymisen luonteeseen. Kun asiakkaisiin kohdistuvan väärinkäytön osalta tarkastellaan vastikkeen ja suorituksen keskinäistä suhdetta, kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön osalta korostuu kilpailuprosessin turvaaminen keinotekoisilta rajoituksilta. Oman aseman tehokkuusperusteisen vahvistamisen täytyy olla sallittua. Tällöin apua tarjoaa suorituskilpailua koskeva normi.

5.2.3 Suorituskilpailu

Niin EY:n kuin Suomen kilpailuoikeudessa määräävän aseman väärinkäyttökiellon alan rajaamisessa apuna on käytetty saksalaisperäistä suorituskilpailun käsitettä. Suorituskilpailun käsitteellä on erityistä merkitystä määriteltäessä *kilpailijaan kohdistuvaa väärinkäyttöä*. Suoritusperusteisen aseman vahvistamisen täytyy olla sallittua myös määräävässä asemassa olevalle yritykselle. Kun liiketoiminnan tavoitteisiin kuuluu myynnin lisääminen, täytyy sen olla sallittua myös määräävässä asemassa olevalle yritykselle. *Rissanen ja Korah* toteavat, että sallittuna on pidetty hinta- ja laatukilpailua sekä kilpailua asiakaspalvelussa.[43] *Faull ja Nikpay* toteavat, että merkittävin kysymys määriteltäessä poissuljentana pidettävää väärinkäyttöä onkin juuri rajanveto *suorituskilpailuun (competition on the merits)*. Mikäli kilpailuetu saavutetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen tehokkaamman suorituksen avulla, kyse ei ole väärinkäytöstä.[44] *Hoffmann-La Roche* -tapauksessa tuomioistuin määritteli kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön seuraavasti:

---

[43] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 84.

[44] Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 148: "The key element in defining exclusionary abuses by firms in a dominant position is the need to distinquish anti-competitive behaviour from the pro-competitive behaviour which the competition rules are intended to foster. The primary question to be considered in determining whether a practice that excludes competitors from the market is abusive or not is whether the practice has been the result of competition on the merits. Any firm will try to exclude its competitors from the market by performing more effectively than them. A firm only abuses its position when the exclusion of competititors is not the consequence of better performance." Ks. myös Waelbroeck/Frignani (1999) s. 266: "When it comes to defining abuses committed in horizontal relations (monopolization), the idea of "competition on the merits" (in German: *Leistungswettbewerb*; in French: *concurrence fondée sur les prestations*) seems the most fruitful. Better than the notion "normal competition", it indicates the specific

> "Väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite ja tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa, joka voi vaikuttaa sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja jotka käyttämällä erilaisia keinoja kuin ne, joita taloudellisten toimijoiden suorituksiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään, estävät markkinoilla jo olemassa olevan kilpailuasteen säilyttämisen ja mainitun kilpailun kehittymisen."[45]

Tapauksessa *Michelin I* todettiin, että määräävässä asemassa oleva yritys ei saa vahvistaa asemaansa markkinoilla keinotekoisin menettelytavoin. Sitä vastoin yritys saa vahvistaa asemaansa suorituskilpailun avulla. *Whish* johtaa päätöksestä periaatteen, jonka mukaan oman määräävän aseman vahvistaminen suorituskilpailun keinoin on aina sallittua.[46] Näkökohtaan voidaan yhtyä. Määräävän aseman väärinkäytössä riittävää ei ole huomion kiinnittäminen menettelyn seuraamuksiin. Huomiota on kiinnitettävä myös siihen, millaisesta menettelystä seuraamus aiheutuu. Mikäli pienemmän kilpailijan häviäminen markkinoilta johtuu esim. mittakaavaetujen hyödyntämisestä tasaisin ja syrjimättömin määräalennuksin, kyse ei ole kielletystä poissuljennasta vaan normaalista suorituskilpailusta.[47]

Suorituskilpailun käsitteen syntytaustaa ja merkitystä on käsitelty tutkimuksen teoreettisessa osassa.[48] Ordoliberaalien vaikutuksesta käsite omaksuttiin EY:n kilpailuoikeuteen. Suorituskilpailun ideaa hyödynnetään myös anglosaksisessa kirjallisuudessa, jolloin käytetään käsitettä "competition on the merits" tai suoraa käännöstä "performance competition".[49] Suomalaisessa kirjallisuudessa käytetään myös ilmaisua toimintakilpailu. Käsitteen merkityssisältö on hyvin yleinen. Ajatuksena on, että taloudellisessa kilpailussa yritykset pyrkivät voittoihin *parantamalla omaa suoritustaan* verrattuna kilpailijoihin, ja että

---

limits imposed on undertakings in a dominant position. Thus, competitive behavior which is legitimate when adopted by an undertaking without market power can nevertheless fall under article [82] if it emanates from a dominant undertaking and does not consist in taking advantage of a superiority based on objective factors such as better quality or greater efficiency."

[45] *Hoffman-La Roche*, tuomion 7. johtolause.

[46] Ks. Whish (2001) s. 171–172.

[47] Välillä suorituskilpailun käsite yhdistetään pienten ja keskisuurten yritysten suojeluun. Tätä ei kuitenkaan voida pitää oikeana lähestymistapana. Suorituskilpailunormi ei ota kantaa yritysten kokoon vaan lähtee siitä, että markkina-asemaa pyritään parantamaan tehokkuusperusteisesti.

[48] Käsite on kehitetty vuosisadan alussa vilpillistä kilpailua koskevan lainsäädännön hahmottamiseksi oikeustutkimuksen keinoin. *Franz Böhm* omaksui käsitteen kilpailunrajoitusoikeuteen vuonna 1933 julkaistussa väitöskirjassaan *Wettbewerb und Monopolkampf*. Väitöskirjan ajatuksena oli paitsi osoittaa kilpailulainsäädännön tarve ja sen suhde elinkeinovapauteen, määrittää ero hyödyllisen suorituskilpailun (*Leistungswettwerb*) ja haitallisen monopolikamppailun (*Monopolkampf*) välillä. *David Gerberin* kirjoittaman eurooppalaisen kilpailuoikeuden historian mukaan ordoliberaalit korottivat suorituskilpailun käsitteen kilpailulainsäädännön johtotähdeksi. Ks. Gerber (1998) s. 232–265, 252, 253, 312–315.

[49] Castrénin mukaan suorituskilpailun käsitteellä on sijansa myös ranskalaisessa oikeuskulttuurissa. Ks. Castrén (1997) s. 134–137.

menestys ei perustu asiakkaiden sitomiseen tai harhaanjohtamiseen eikä kilpailijoiden toiminnan vaikeuttamiseen. Oman suorituksen parantaminen johtaa automaattisesti kilpailijoiden aseman heikentymiseen suhteellisesti ja myös absoluuttisesti, ellei kokonaiskysyntä kasva. Kilpailun yhtenä tehtävänä on karsia tehottomat yritykset markkinoilta. Suorituskilpailun käsitteessä huomio kiinnitetään yrityksen käyttämiin kilpailukeinoihin.

Suorituskilpailulla tarkoitetaan yleisesti kaikkia niitä kilpailukeinoja, joissa yrityksen tulosta tai asemaa markkinoilla pyritään vahvistamaan parantamalla omaa suoritusta verrattuna kilpailijoiden suoritukseen. Suorituskilpailua voidaan käydä yhtä hyvin alentamalla hyödykkeen hintoja, parantamalla hyödykkeiden laatua tai asiakaspalvelua, panostamalla tutkimukseen ja tuotekehittelyyn tai investoimalla hyödykkeiden jakeluverkostoon ja mainontaan. Itse asiassa suorituskilpailua voidaan käydä ja käydään kaikilla lakien ja hyvien tapojen mukaisilla kilpailukeinoilla. Tässä mielessä määrittely ei anna erityisen paljon ja on jopa kehämäinen.[50] Positiivisessa määrittelyssä pyritään täsmentämään sallitut kilpailun muodot ja negatiivisessa se, mitkä kilpailumuodot eivät ole suoritusperiaatteen mukaisia. Positiivinen määrittely näyttäisi jättävän termin yleiselle tasolle. Vielä suurempiin ongelmiin joudutaan, jos sallitut kilpailukeinot pyritään määrittelemään etukäteen. Kilpailu on luova prosessi, jonka pakottaminen johonkin ennakolta suunniteltuun muotiin ei onnistu. Negatiivisella määrittelyllä voidaan luetella niitä toimintatapoja, jotka poikkeavat suorituskilpailusta.[51] Ei-suorituskilpailun määrittelemisessä lähestytään määräävän aseman väärinkäytön juridisia tunnusmerkistöjä.[52]

---

[50] P. Virtanen (2001, s. 235) korostaa voimakkaasti tätä puutetta.

[51] Suoritusnormin perusteella voidaan lähtökohtaisesti perustella sekä suppeaa että laajaa interventiota määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan. Suorituskilpailun käsitteen joustavuus ja laajuus on samanaikaisesti etu ja haitta ja on osin aiheuttanut kirjallisuudessa vakaviakin väärinkäsityksiä. P. Virtanen (s. 393) on ymmärtänyt suorituskilpailun käsitteen siten, että se jotenkin rajoittaisi määräävässä asemassa olevan yrityksen oikeutta mainostaa tuotteitaan. P. Virtasen tulkintaan ei voida yhtyä, sillä se ei vastaa sen enempää suorituskilpailua koskevan normien syntyhistoriaa tai merkityssisältöä. Jos yritys parantaa asemaansa markkinoilla muita tehokkaamman mainonnan avulla, kyse luonnollisestikin on oman suorituksen tehokkuuteen perustuvasta kilpailuedusta. Mainontaa on pidettävä täysin hyväksyttävänä kilpailukeinona. Mainontaa voitaisiin pitää suorituskilpailun vastaisena silloin, jos se on harhaanjohtavaa tai muulla tavoin voimassa olevan vilpillistä kilpailua ja kuluttajansuojaa koskevan lainsäädännön vastaista. Toisin kuin Virtanen väittää, suorituskilpailunormista ei seuraa määräävän aseman väärinkäyttökiellon osalta rajoituksia yrityksen mainontaan.

[52] P. Virtanen (s. 233–238) päätyy suorituskilpailun konkreettisten määrittelypyrkimysten perusteella johtopäätökseen, ettei suorituskilpailun käsitteestä lainkaan olisi hyötyä. En voi yhtyä Virtasen johtopäätökseen, sillä nähdäkseni Virtanen ymmärtää heuristisen mallin konkreettiseksi ratkaisuohjeeksi. Voi todeta käytännön päätöksenteon kokemuksella, että kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa heuristisista malleista ei saa vedetyksi suoria päätelmiä. Tämä ei kuitenkaan tee niistä tarpeettomia tai hyödyttömiä. Mikäli suorituskilpailua ei ymmärretä konkreettiseksi soveltamisohjeeksi, vaan heuristiseksi malliksi, siitä on hyötyä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Käytännön hyötyjä kuvaa se, että tuomioistuimet EY:ssä, Saksassa ja Suomessa ovat suhtautuneet suorituskilpailun käsitteeseen teoreetikkoja suopeammin. Selvää on samalla se, että kyse on suhteellisen karkeasta mittapuusta.

Nähdäkseni tarkemmat määrittely-yritykset johtavat harhaan, sillä suorituskilpailu on käsitteenä liian yleinen, jotta se voitaisiin vangita tiettyyn määrittelyyn. Suorituskilpailussa kyse on heuristisesta mallista, ei varsinaisesta oikeudellisesta standardista, joka tarjoaisi konkreettiset mittapuut hyväksyttävän ja tuomittavan käyttäytymisen erottamiselle toisistaan. Tämän vuoksi ei ole mielekästä rajata suorituskilpailun käsitettä positiivisesti tai negatiivisesti. Suorituskilpailun ideaa käsitellään vuoden 1988 lain esitöissä, joissa erotetaan suorituskilpailu valta- ja suggestiokilpailusta. Suorituskilpailussa yritys hakee menestystä markkinoilta parantamalla omaa suoritustaan. Valtakilpailussa tavoitteena on kilpailijan aseman heikentäminen. Suggestiokilpailussa yritys pyrkii vaikuttamaan kuluttajan ostopäätökseen epäasiallisin keinoin. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamistilanteissa kyse on valtakilpailusta.[53] Suggestiokilpailu viittaa kuluttajansuojalain ja sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annettuihin lakeihin. Nähdäkseni tämän tarkempaa suorituskilpailun käsitteen rajaamista ei tarvitakaan.

Saksassa suorituskilpailun käsite on riidanalainen. Oikeuskäytännössä määräävän aseman väärinkäyttönä on pidetty menettelytapoja, jotka eivät perustu suorituskilpailuun ja jotka estävät uuden kilpailun syntymistä.[54] Yhtäältä suorituskilpailun käsitettä on pyritty konkretisoimaan määrittelemällä tarkempia kriteerejä. *Ulmerin* 1970-luvulla kehittämän lähestymistavan mukaan menettelyä on pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä, jos kyse on ei-suorituskilpailusta eli menettely ei perustu oman suorituksen parantamiseen ja menettely rajoittaa vielä jäljellä olevaa kilpailua markkinoilla.[55] Ulmerin mukaan väärinkäyttökielto asettaa määräävässä asemassa olevalle yritykselle muita korkeampia vaatimuksia. Tämän vuoksi menettelyä voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, vaikkei se olisikaan kiellettyä vilpillistä kilpailua koskevan lainsäädännön perusteella. Myös tämä lähestymistapa on saanut vastakaikua oikeuskäytännössä.[56] Hintalistoja koskevassa tapauksessa tuomioistuin edellytti lisäksi, että väärinkäyttönä pidettävän menettelyn täytyy johtaa kilpailun merkittävään estymiseen relevanteilla markkinoilla. Näyttönä kilpailuhaitan syntymisestä voidaan pitää sitä, että väärinkäyttö heikentää markkinarakennetta.[57] Tuomioistuin asetti lisävaatimuksen, koska muutoin määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei lainkaan olisi mahdollisuutta hyödyntää markkinavoimaansa.[58] Päätöstä on kritisoitu, koska perustelujen nojalla ei katsota voitavan

---

[53] Ks. HE 148/1987 vp. s. 13.

[54] Ks. esim. *Handpreisauszeichner*, 1969, WuW/E OLG 995–1000.

[55] Ks. Ulmer (1977). Ks. myös Hahn (1984) ja Wuttke (1995).

[56] Ks. esim. tapausta *Kombinationstarif*, 1977, Wuw/E OLG 1767–1773.

[57] Mestmäckerin mukaan tuomioistuin on sittemmin lieventänyt markkinoiden keskittymistä koskevaa vaatimusta. Ks. Immenga/Mestmäcker (1992) s. 806.

[58] *Preislisten*, 1977, WuW/E OLG 1767. Uudempaa käytäntöä käsitellään yksityiskohtaisesti mm. teoksissa Immenga/Mestmäcker (1992) ja Langen ym. (2001).

riittävän selvästi erottaa hyödyllistä ja haitallista käyttäytymistä toisistaan.[59] Toisaalta markkinarakenteen heikentymistä koskeva vaatimus on ongelmallinen, jos väärinkäytön tuomittavuus ikään kuin edellyttää sen onnistumista eli kilpailijan markkinoilta poistumista.[60] Tuoreemman idean mukaan suorituskilpailu on määriteltävä funktionaalisesti.[61]

Kotimaisessa kirjallisuudessa *Martti Castrén* toteaa, että esimerkiksi urheilukilpailussa kilpailu tarkoittaa pyrkimystä muiden voittamiseen paremmilla suorituksilla ja että näin on myös taloudellisessa kilpailussa silloin, kun kilpailussa hyödynnetään elinkeinoelämän ja koko yhteiskunnan kannalta hyödyllisiä keksintöjä ym. uutta teknologiaa. Asiakkaista käytävä kilpailu ei kuitenkaan aina ilmene parempina ja laadukkaampina tuotteina ilmenevänä suorituskilpailuna, vaan kilpailussa voidaan käyttää erinäisiä hyvän tavan vastaisia tai muusta syystä epäoikeudenmukaiseksi koettuja kilpailukeinoja, joiden avulla kyseinen elinkeinonharjoittaja saa oikeudettomasti kilpailuetua muiden kustannuksella.[62] "Tehokasta, innovatiivista ja kustannustason alentamiseen kuluttajia hyödyttäen pyrkivää kilpailua voidaan nimittää suorituskilpailuksi siitä riippumatta, arvioidaanko sitä kilpailunrajoituslain tai vilpillistä kilpailua tahi sopimatonta menettelyä sääntelevän lain näkökulmasta. Näin koko kilpailuoikeutta on mahdollista arvioida samalla mittapuulla".[63] Itse olen todennut, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee voida toimia markkinoilla ja vahvistaa asemaansa suorituskilpailun keinoin. Suorituskilpailulla olen tarkoittanut kaikkia niitä kilpailukeinoja, jotka perustuvat yhtiön tarjoaman hyödykkeen paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin.[64] Sen sijaan *P. Virtanen* vastustaa suorituskilpailun käsitteen käyttämistä, koska siihen ei ole lainsäätäjän toimesta "selvästi sitouduttu" ja koska suorituskilpailua on pidettävä "tyhjänä

---

[59] Ks. esim. Hahn (1984) s. 33–38.

[60] Ks. esim. Hoppmann (1980); Möschel (1983) s. 328–331; Mestmäcker (1984 b) s. 148 ss.; Immenga/Mestmäcker (1992) s. 806–808, 1238–1240.

[61] Tällöin kyse on siitä, kuinka hyvin markkinoilla käytävä kilpailuprosessi täyttää sille asetetun "erotuomarifunktion" eli valikoi voittajiksi ne suoritukset, jotka vastaavat parhaiten kuluttajien odotuksia. Kun tarkastellaan suoritustuskilpailua, tämä tarkoittaa kilpailuprosessin laadullista tarkastelua sen suhteen, millaisia kilpailukeinoja erityisesti markkinavoimaiset yritykset käyttävät menestyäkseen. Suorituskilpailusta poiketaan, jos esim. johdetaan kuluttajia harhaan tai estetään keinotekoisesti muita tarjoajia tarjoamasta parasta suoritustaan kuluttajille. Ks. Wuttke (1995) s. 46–56, 189–192. Tässäkään työssä ei päästä kovin konkreettisiin lopputuloksiin johtuen siitä, että kyse on yleisestä heuristisesta periaatteesta.

[62] Ks. Castrén (1997) s. 134.

[63] Castrén (1997) s. 137. Castrén toteaa kuitenkin, ettei arviointi ole täysin yhdenmukaista: "Tosin kilpailunrajoitusten oikeudellinen arviointi kilpailunrajoituslain mukaan painottuu selvästi enemmän tehokkuus- ja elinkeinopoliittisiin näkökohtiin verrattuna siihen, että kilpailua arvioitaisiin pääosin eettis-moraalisesta näkökulmasta, kuten sopimattomasta menettelystä annetun lain mukaan menetellään."

[64] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 158. Ks. myös Aine (2000) s. 22.

määritelmänä".[65] P. Virtasen suorituskilpailun määrittelyä koskevat perustelut myötäilevät uskollisesti käsitelainopin perinteelle rakentuvan saksalaisen kommentaarikirjallisuuden valtavirtaa.[66] P. Virtasen näkemykseen voidaan yhtyä siltä osin, ettei suorituskilpailun käsite tarjoa erityisen konkreettisia sääntöjä kilpailutapausten ratkaisemiseen. Samaa on tosin sanottava Saksassa nykyään suositusta ja myös P. Virtasen kannattamasta intressivertailusta, joka niin ikään on eräänlainen "tyhjä laatikko".[67] Virtasen esityksestä poiketen[68] suorituskilpailua ei käsitelty vuoden 1992 hallituksen esityksessä, vaan vuoden 1988 lain esitöissä. Tämä selittyy yksinkertaisesti sillä, että lain tavoitteita koskevaa 1 §:ää ei muutettu vuoden 1991 esityksessä.

5.2.4 Intressivertailu

Suorituskilpailun käsitettä on kritisoitu liiallisesta suppeudesta ja/tai liiallisesta yleisyydestä. Muun ohella *Wernhard Möschel*[69] sekä *Ulrich Immenga* ja *Ernst-Joachim Mestmäcker*[70] tarjoavat tilalle intressivertailuun perustuvaa lähestymistapaa.[71] Intressivertailussa kussakin tapauksessa pyritään määrittelemään käsillä olevat intressit. Tarkastelussa lähtökohtana on määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimusvapaus, jota voidaan rajoittaa ainoastaan sopimusvapautta painavamman perusteen niin vaatiessa. Määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyä pidetään väärinkäyttönä, jos se estää toisia yrityksiä hyödyntämästä niille muutoin avautuvia kilpailumahdollisuuksia eikä määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä voida puolustaa toimenpiteen kuluttajille tuottamalla hyödyllä tai kilpailun tehostumisella markkinoilla. Tuomioistuinten tulee punnita kilpailijoille aiheutuvaa haittaa menettelyn yhteiskunnalle tuottamia hyötyjä vastaan. Lähestymistavan kannattajat katsovat, että määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinakäyttäytymisen vaikutukset

---

[65] P. Virtanen (s. 393–394) pitää yleistä viittaustani suorituskilpailuun "harhaanjohtavana", koska "esitöissä olevat viittaukset eivät johdonmukaisesti osoita tällaisen linjan valitsemista". Ensinnäkään en ole väittänyt, että suorituskilpailu olisi lainsäädännössä paalutettu jotenkin ainoaksi oikeaksi lähestymistavaksi. Tämä lataisikin aivan liian paljon odotuksia suorituskilpailun käsitteen kaltaiselle heuristiselle apuvälineelle. Toisaalta P. Virtanen ei itse näytä kiinnittävän riittävästi huomiota vuoden 1988 lain esitöihin.

[66] Ks. P. Virtanen (2001) s. 233–238 siinä mainittuine kirjallisuusviitteineen.

[67] Se, että kilpailujutun osapuolilla on toisistaan poikkeavia intressejä asiassa, on tiedossa ilman intressivertailun käsitettäkin. Viittaaminen erilaisiin intresseihin ei kerro vielä mitään siitä, miten niitä tulisi painottaa keskenään. Yhtä tyhjä on lisäys siitä, jonka mukaan puuttumisen hyötyjen tulisi olla haittoja suuremmat. Tämä on kaiken viranomaispuuttumisen lähtökohta, ei konkreettinen soveltamisohje tai tutkimustulos.

[68] Vrt. P. Virtanen s. 393–394.

[69] Ks. Möschel (1983) s. 407 ss.

[70] Ks. Immenga/Mestmäcker (1992) s. 803–813.

[71] Ks. myös Langen ym. (2001) s. 620 ss.; Emmerich (2001) s. 188–189.

voidaan arvioida vain tapauskohtaisen analyysin perusteella. Lisäksi katsotaan, että määräävän aseman väärinkäyttöön tulisi puuttua vain, mikäli kilpailijoille aiheutuvat haitat selvästi ylittävät yhteiskunnalle aiheutuvat hyödyt.[72]

Intressivertailu jäntevöittää kilpailupoliittista keskustelua tuoden markkinavoiman sääntelyn taustalla olevat arvot ja tavoitteet esille. Ongelmana on toisaalta se, että intressivertailu edellyttää hintalapun antamista punnittaville, keskenään ehkä yhteismitattomille tekijöille, jotta vertailu ylipäätään käy mahdolliseksi.[73] Nähdäkseni intressivertailussa helposti yksinkertaistetaan lainkäyttäjän tehtävää. Kuka päättää sen, mitä tekijää painotetaan muita enemmän? Usein hyödyt ja haitat toteutuvat eri suuruisina paloina kunkin osapuolen kannalta erikseen. Voidaan myös kysyä, mihin asti intressivertailun tekeminen on lainkäyttäjän tehtävä ja mistä alkaen se kuuluu pikemminkin lainsäätäjälle.[74] Intressivertailun toinen puute on se, että intressivertailu on ainoastaan tapa punnita asiassa esille tulleita seikkoja ilman että menetelmä tarjoaisi konkreettisia ratkaisuohjeita, joihin päätöksenteossa voidaan nojautua.[75]

---

[72] Ks. esim. Möschel (1983) s. 332. Tässä mielessä lähestymistapa lähestyy jäljempänä käsiteltävää tehokkuusanalyysia. Kuitenkin intressivertailun edustajat ovat yleensä sillä kannalla, ettei kilpailulainsäädännön soveltamisessa voida pitäytyä pelkkien taloudellisten tehokkuuskriteerien soveltamiseen. Tässä mielessä esim. Möschelin ja Mestmäckerin tuotannossa tehdään irtiotto oikeustaloustieteelliseen lähestymistapaan, joskin kumpikin kirjoittaja hyödyntää runsaasti taloustiedettä.

[73] Toteamusta, jonka mukaan kiperän ratkaisun tekeminen vaatii punnintaa, voidaan pitää truismina. Tämä on tuomioistuinjuristille yhtä selvä toteamus, kuin että yleensä keiton syömisessä lusikasta on hyötyä. Viittaaminen määräävässä asemassa olevan yrityksen ja väärinkäytön kohteeksi joutuneiden tahojen välisten intressien vertailuun ei ratkaise mitään, ellemme kykene määrittämään sitä, mitä tekijöitä vertailussa otetaan huomioon. Saksalaisessa kilpailuoikeudellisessa intressivertailussa ongelma pyritään kiertämään viittaamalla liikkuviin rajoihin (Bewegliche Schranken). Nähdäkseni kilpailuteorian yrityksissä määrittää ex ante määräävän aseman väärinkäytön puuttumiskriteerit käsiteanalyysien avulla paljastuvat saksalaiselle käsitelainopilliselle perinteelle perustuvan lähestymistavan heikkoudet. Kriteerien määrittämisen jälkeen seuraavaksi ongelmaksi muodostuu se, miten määritetään painoarvot eri suuntiin vieville tekijöille. Ongelma on yhteinen vaikutusten tai hyödyn arviointiin perustuville lähestymistavoille alkaen Jeremy Benthamin varhaisesta utilitarismista ja päätyen moderneihin kustannus-hyöty-analyysin sovellutuksiin. Anglosaksisessa kirjallisuudessa yhteismitattomuudesta käytetään ilmaisua non-consummerability. Ks. esim. Sen/Williams (1982) ja Eidenmüller (1995) s. 169 ss., 393 ss. Samoihin ongelmiin päädytään intressivertailussa. Ylittävätkö väärinkäyttöön puuttumisen hyödyt siitä aiheutuvat haitat riippuu olennaisesti siitä, millaiset painoarvot vertailtaville tekijöille annetaan. Havaitaan, että intressivertailu voi olla parhaimmillaan suorituskilpailun kaltainen heuristinen apuväline, ei konkreettinen soveltamisohje.

[74] Informaatio-ongelmien ohella voidaan kiinnittää huomiota siihen, että yleensä tuomioistuimet ovat parempia normien soveltajina kuin varallisuuspositioiden jakajina. Eidenmüller (1995) s. 393 ss. kiinnittää huomiota siihen, etteivät tuomioistuimet yleensä kykene taloudellisten vaikutusanalyysien tekemiseen. Tähän yleiseen huomioon voidaan yhtyä, mutta se ei muodostu ongelmaksi erikoistuomioistuimeksi organisoidun kilpailulainkäyttäjän kannalta. Toisaalta väärinkäyttönormien soveltamisen kannalta huomiota on kiinnitettävä sekä menettelyn luonteeseen että sen vaikutuksiin. Tämä viittaa siihen, että tarkastelukulman on oltava riittävän laaja.

[75] Ks. Möschel, 22 §, teoksessa Immenga/Mestämäcker, GWB (1992) s. 808.

Suorituskilpailu ja intressivertailu ovat molemmat *heuristisia apuvälineitä*. Suorituskilpailussa huomio kiinnitetään tutkimuksen kohteena olevaan menettelytapaan, siihen pyritäänkö markkina-asemaa parantamaan oman suorituksen parantamisen vaiko kilpailijoiden vahingoittamisen avulla. Intressivertailussa tarkastellaan menettelyn vaikutuksia yksittäistapauksessa. Päähuomion saavat kilpailunrajoitusasian osapuolten intressit. Nähdäkseni suorituskilpailunormi sopii paremmin kieltoperiaatteelle perustuvan väärinkäyttönormiston arviointiin.[76] Intressivertailu näyttäisi sopivan paremmin väärinkäyttöperiaatteeseen. Jälkimmäisessä tarkasteltavat kysymykset vaikuttavat samoilta, kuin joihin kiinnitetään huomiota kilpailunrajoituslain 9 §:n mukaisessa arvioinnissa.[77] RS 82 artikla ja kilpailunrajoituslain 7 § perustuvat kieltoperiaatteelle, joten lainkäyttäjän näkökulmasta suorituskilpailun käsitteestä näyttäisi olevan enemmän konkreettista hyötyä määräävän aseman väärinkäyttöä koskevan tapauksen ratkaisemisessa. Toisaalta intressivertailun avulla voidaan suodattaa esille ratkaisun kannalta merkittävää tausta-aineistoa. Lähestymistapaa, jossa suorituskilpailu ja intressivertailu asetetaan vastakkain, on hyvien kilpailuoikeudellisten ratkaisujen tuottamisen näkökulmasta liian teoreettinen ja liian suppea. Oikeudelliset sääntely- ja tulkintaongelmat eivät poistu käsitemäärittelyjen avulla. Korkeintaan ratkaisutilannetta voidaan selkiyttää.

5.2.5 Tehokkuustarkastelu

Kilpailuoikeudellista päätöksentekoa voidaan pyrkiä myös selkiyttämään nojautumalla mahdollisimman paljon kilpailuteorian tutkimustuloksiin. Taloustieteellisessä tarkastelussa päällimmäisiä ovat menettelyn tehokkuusvaikutukset. Metodi vaikuttaa lupaavalta, sillä yleensä tehokkuuden voidaan olettaa käyvän yksiin kuluttajien edun kanssa. Kuluttajien etu vaikuttaa poliittisesti attraktiiviselta referenssinormilta ainakin niissä tilanteessa, joissa väitetyn tehokkuuden voidaan toteutuessaan arvioida siirtyvän kuluttajille. Menettely voi edistää allokatiivista tehokkuutta lisäämällä hyödykkeiden myyntiä, parantaa dynaamista tehokkuutta tai tuottaa produktiivisia säästöjä. Chicagon koulukunnan mukaan määräävään asemaan tulee puuttua ainoastaan silloin, kun määräävän aseman väärinkäyttö vähentää tuotantoa ja nostaa hintatasoa. Tällä tarkoitetaan tilanteita, joissa määräävässä asemassa oleva yritys voi rajoittaa tuotantoa ja nostaa hyödykkeiden hintoja. Kaikissa muissa tilanteissa yksipuolisen käyt-

---

[76] On mielenkiintoista havaita, että vuoden 1992 lakia koskevassa hallituksen esityksessä ehdotettua pitäytymistä väärinkäyttöperiaatteessa perusteltiin samantapaisilla seikoilla, jotka esitetään intressivertailun tueksi.

[77] Tämä ei liene yllättävää sikäli, että intressivertailua koskevan doktriinin syntymisaikana Saksassa määräävän aseman väärinkäytön sääntely perustui väärinkäyttöperiaatteelle. Kieltoperiaatteeseen siirryttiin vasta vuonna 1999.

täytymisen katsotaan olevan joko hyödyllistä tai neutraalia. *Borkin* tulkintasäännön mukaan kilpailulainsäädännön tehtävänä on maksimoida allokatiivista tehokkuutta heikentämättä kuitenkaan samalla liiaksi dynaamista tehokkuutta.

Positiivisesti tehokkuusvaikutukset voidaan ottaa huomioon jättämällä puuttumatta muutoin kiellettyyn käytäntöön, jos määräävässä asemassa oleva yritys voi osoittaa, että väärinkäytöksi epäilty menettely selittyy itse asiassa normaaleilla liiketaloudellisilla periaatteilla ja menettelyn voidaan olettaa lisäävän kuluttajien hyvinvointia. On järkevää, että ennen menettelyn tuomitsemista väärinkäytöstä epäillylle yritykselle annetaan tilaisuus osoittaa, ettei kyse ole kilpailun rajoittamisesta, vaan tehokkuuden edistämisestä. Esimerkiksi sidontaa voidaan mahdollisesti puolustella kytkykaupan tuomilla kustannussäästöillä (economies of scope), asiakkaan paremmalla palvelemisella ja laatukontrollilla. Väärinkäyttötilanteet eroavat kuitenkin ratkaisevasti yritysten yhteistyölle myönnettävistä poikkeusluvista, koska määräävässä asemassa olevan yrityksen jo määritelmän mukaan ei tarvitse siirtää kustannushyötyjä eteenpäin kuluttajille. Vaikka kustannussäästöjä syntyisikin, monopolivoimainen yritys voi pitää ne itsellään ja olla ainoa hyötyjä järjestelyssä. Jos huomiota kiinnitetään vain Harbergerin kolmioon ja tarkastelu rajataan yksille markkinoille, yleistä merkitystä ei liene sillä, kenen hyväksi tehokkuuden lisäys kertyy.

Neoklassisessa taloustieteessä tulonjakovaikutukset rajataan tarkastelun ulkopuolelle sillä perusteella, ettei tutkimussuuntaus katso itsellään olevan mitään varsinaista sanottavaa siitä, miten varallisuus jaetaan markkinatoimijoiden kesken. Näin ollen merkitystä ei ole sillä, miten varallisuus jakautuu kuluttajien ja määräävässä asemassa olevan yrityksen välillä tai mitä muutoksia tuossa suhteessa tapahtuu väärinkäytön seurauksena. Nähdään, ettei monopolin haitta liity kuluttajien kärsimään tappioon vaan siihen, että hyödykkeitä tuotetaan epäoptimaalisen vähän ja kansantaloudellisesti turhan korkeaan hintaan. Esimerkiksi hintasyrjintä lisää tehokkuutta, jos monopoliyritys saa syrjinnän avulla perittyä voimakkaimmin riippuvaisilta asiakkailta maksimaalisen hinnan.[78] Samalla suositaan niitä asiakkaita, joiden kysyntä on joustavampaa eli joilla on enemmän vaihtoehtoja. Hintaeriytys lisää hyödykkeen kysyntää. Yksittäisiä markkinoita koskevassa partiaalisessa tarkastelussa hintasyrjintä voi näyttää hyödylliseltä, joskin yksillä markkinoilla maksettu ylihinta on pois muiden hyödykkeiden kulutuskysynnästä.[79]

Määräävän aseman väärinkäyttökiellon keskeisenä tehtävänä on suojella kuluttajia suoralta väärinkäytöltä ja potentiaalisten tarjoajien poissulkemisesta

---

[78] Ks. esim. Utton (1995) s. 87–103.

[79] Väittämä perustuu oletukselle, että riippuvaisten asiakkaiden osalta toteutettu hinnankorotus ei johda mainittujen asiakkaiden tulojen kasvamiseen, mikä pitänee yleensä paikkaansa. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on perusteltu sitä, miksei yksiin markkinoihin rajoittuva partiaalinen tarkastelu kerro koko totuutta, joskin lähestymistapaa voidaan perustella tutkimusstrategisesti parempien tulosten saamisella.

aiheutuvilta epäsuorilta haitoilta. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudelle ominainen kuluttajan edun ja kilpailun legitimiteetin korostaminen vie pohjan pelkistetyltä tehokkuustarkastelulta. Kuluttajan etu on kilpailuoikeuden *raison d'être*. Kyse ei ole tulonsiirrosta monopoliyritykseltä kuluttajille, vaan negatiivisesta utilitarismista, jolla estetään kuluttajien aseman heikennys monopolivoiman avulla.[80] Hintasyrjintään tulee puuttua, jos se on selvästi asiakkaan edun vastaista ja ilmentää asiakkaisiin kohdistuvaa määräävän aseman väärinkäyttöä. Vaikka monopoliyritys hyötyisi suhteellisesti enemmän kuin mitä kuluttajat kärsivät, ei se tee syrjinnästä laillista. Taloustieteen hyödyntäminen on välttämätöntä väärinkäyttökiellon rationaalisessa rajaamisessa. Tietyn koulukunnan tutkimusohjelman taustalla olevia normatiivisia lähtökohtia ei kuitenkaan voida kierrättää tieteen varjolla kilpailuoikeudellisia tunnusmerkistöjä koskeviksi normatiivisiksi johtopäätöksiksi. Esimerkki kuvaa tehokkuustarkastelun oikeudellisia ja poliittisia rajoja eikä suinkaan näkökulman tarpeettomuutta.

Vaikkei RS 82 artikla tai kilpailunrajoituslain 7 § sisällä varsinaista tehokkuuspuolustusta, tämä ei tarkoita sitä, etteikö tehokkuudelle voitaisi antaa merkitystä väärinkäyttövalvonnassa. *Luc Gyselen* on ehdottanut nyrkkisääntöä, jonka mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta on 82 artiklan vastaista, jos vastaavalle useamman yrityksen väliselle sopimukselle ei voitaisi myöntää poikkeuslupaa 81 artiklan 3 kohdan mukaan.[81] Jos yritys käyttää suhteettoman kovia kilpailukeinoja verrattuna sen legitiimeihin tavoitteisiin (81,3 a-kohta) tai saa mahdollisuuden poistaa kilpailun markkinoilta (81,3 b-kohta), syyllistyy se väärinkäyttöön. Nyrkkisääntö on järkevä sikäli, että 81 artiklan 3 kohdan tavoin 82 artiklan soveltamisessa pyrkimyksenä tulisi lähtökohtaisesti olla estää tehokkuutta vähentävät toimenpiteet ja jättää tehokkuutta lisäävät toimintatavat väärinkäyttökiellon ulkopuolelle. Tulkintasääntö on ongelmallinen sikäli, ettei siinä kiinnitetä riittävästi huomiota monopolivoiman merkitykseen.[82]

Ratkaistaessa kilpailuoikeudellisia tapauksia kyse on samalla markkinoiden regulaatiosta, jossa annetaan ennakkopäätöksiä kielletyn ja sallitun käyttäyty-

---

[80] Sama pätee yleisemminkin delikteihin. Ennalta estävän sääntelyn tarkoituksena ei ole aikaansaada tulonsiirtoa esim. petollisen viettelyn uhrin hyväksi, vaan yksinkertaisesti suojata heikompaa osapuolta menettelyltä, jota a) pidetään ei-toivottavana ja b) jonka aikaansaamaa tulonsiirtoa ei menettelytavan yleisen luonnehdinnan ja vaikutusten vuoksi pidetä suotavana. Sama pätee määräävän aseman väärinkäyttöön. Heikomman osapuolen varallisuusaseman suojaaminen ei merkitse tulonsiirtoa, vaan yksinkertaisesti oikeussuojan antamista.

[81] Ks. Gyselen (1989) s. 597–650, s. 635 ss.

[82] Esimerkiksi useimmat yksinomaisuussopimukset on nykyään sallittu ryhmäpoikkeusasetuksilla edellyttäen, että markkinaosuus jää alle 30 %:n. Ellei päämiehellä ole markkinavoimaa tai sitä on korkeintaan kohtuullisesti, ei yksinomaisuussopimuksista yleensä aiheudu olennaista kilpailuhaittaa, vaan pikemminkin sopimukset lisäävät jälleenmyyjien motiivia panostaa markkinointiin. Sitä vastoin jos yrityksellä on määräävä asema, saman sopimuksen arvellaan yleensä sitovan kohtuuttomasti asiakkaita ja sulkevan jakelukanavat pienemmiltä kilpailijoilta.

misen välisestä rajasta. Arvioitaessa vaikutuksia huomiota voidaan kiinnittää joko menettelytavan yleisiin vaikutuksiin (viranomaisen toimenpiteen todennäköiset vaikutukset markkinoilla) tai yksittäistapauksessa havaittaviin poikkeamiin pääsäännöstä (viranomaisen toimenpiteen todennäköiset vaikutukset ratkaistavassa asiassa tai po. alalla). Erityisesti uuden talouden aloilla tehokkuustarkastelussa ei ole mieltä, ellei huomiota kiinnitetä sekä allokatiiviseen että dynaamiseen tehokkuuteen. Pitäytyminen vain jompaankumpaan lienee piirtopöydän ääressä tutkimusstrategisesti perusteltavissa, mutta se olisi käytännön ratkaisijan näkökulmasta mielivaltaista ja perusteetonta. Tehokkuustarkastelusta ei ole päätöksentekijälle sanottavaa hyötyä, ellei siinä kiinnitetä huomiota kaikkiin todennäköisiin tehokkuusvaikutuksiin. Kilpailuviranomaisen puuttumisen taustalla on aina ajatus siitä, että kilpailijalle aiheutuvan haitan ohella keskeisenä vahingonkärsijänä ovat kuluttajat, jotka eivät saa valittavakseen potentiaalisesti hyödyllistä tuotetta. Kilpailijan poissulkemisesta aiheutuu kuluttajille menetetty mahdollisuus, jonka suuruutta voi olla käytännössä lähes mahdoton määrittää.[83] Syntyviä informaatio-ongelmia voidaan kuvata seuraavalla esimerkillä.

Tutkittaessa esim. immateriaalioikeuden hyödyntämiseen liittyvää toimituskieltoa huomiota kiinnitetään 1) määräävässä asemassa olevan yrityksen oikeuteen hyödyntää varallisuusoikeuksiaan haluamallaan tavalla, 2) yhteiskunnan tarpeeseen turvata tutkimukseen liittyvien kiihokkeiden (mahdollisuus taloudellisesti arvokkaan yksinoikeuden saavuttamiseen) säilyminen riittävinä, 3) toimituskiellon kohteeksi joutuneen yrityksen tarpeeseen päästä markkinoille ja tuon yrityksen käytettävissä oleviin vaihtoehtoihin sekä 4) kuluttajien etuun.

Kuluttajat voivat hyötyä a) toimituskiellon sallimisesta kiihokkeiden säilymisen ja sitä kautta teknisesti parempien hyödykkeiden muodossa tai b) toimituskieltoon puuttumisen aikaansaaman lisääntyvän kilpailun tuottamien alhaisempien yksikköhintojen muodossa. Kuluttajat voivat kärsiä haittaa a) tutkimuksen vähentymisen ja laadun putoamisen tai b) toimituskiellon aikaansaaman hinnannousun kautta. Vaikka punnittavat arvot voitaisiinkin painottaa keskenään, ongelmaksi jää viime kädessä vaikutusten arvioiminen. Esimerkiksi tutkimustoimintaa koskevien vaikutusten arviointi edellyttää pitkän aikavälin tarkastelua. Dynaamisten tehokkuusvaikutusten ennustaminen suuntaan tahi toiseen on hyvin epävarmaa. Periaatteessa mikä tahansa edellä mainitusta neljästä skenaariosta on mahdollinen. Arviointi käy vielä monimutkaisemmaksi, kun testiin lisätään määräävässä asemassa olevan yrityksen ja pienemmän kilpailijan intressien toteutumista koskevat skenaariot eri vaihtoehdoissa. Esimerkin tarkoituksena on osoittaa se, ettei myöskään tehokkuustarkastelu yksinään anna ratkaisijalle riittäviä välineitä.

---

[83] Ks. erityisesti Hovenkamp (1999) s. 20.

5.3 LAINKÄYTTÄJÄN NÄKÖKULMA

Kilpailuoikeuden teoreettisesta luonteesta seuraa, että myös lainkäytössä huomiota tulee kiinnittää kilpailuteoriassa kehitettyihin tulkintamenetelmiin. Oikeustieteen perinteisen tehtävänkuvauksen mukaan akateemisen kirjoittamisen keskeisenä tehtävänä on työvälineiden tuottaminen käytännön lakimiehille. Kilpailuoikeudessa oikeus- ja taloustieteelliset argumentit sekoittuvat voimakkaammin kuin useimmilla muilla oikeudenaloilla. Tuomioistuimet varovat yleensä sitoutumasta liian voimallisesti tiettyyn lähestymistapaan tai koulukuntaan. Kilpailuoikeudellisen lainkäytön ideaalitilanteena pidän lähestymistapaa, jossa kaikista edellä mainituista suodatetaan hyödynnettävissä olevia ratkaisuperiaatteita, joiden avulla tuomioistuimen päätösten perustelujen tasoa saadaan nostetuksi. Vaikka näkökulmaa voidaan arvostella liiasta kattavuuden tavoittelusta, kaikki edellä mainitut lähestymistavat sanovat jotain olennaista siitä, miten väärinkäyttökieltoa tulee lainkäytössä soveltaa.

Mielenkiintoisen esimerkin eklektisestä lähestymistavasta tarjoaa Yhdysvaltain *Court of Appeals'in* lainvoiman saanut ratkaisu asiassa *USA vs. Microsoft.*[84] Tuomioistuin totesi, että Microsoft oli syyllistynyt Sherman Actin 2 artiklassa kiellettyyn monopolisointiin mm. sitomalla Internet Explorer -ohjelmansa Windows-käyttöjärjestelmään ja pyrkimällä muutoinkin vaikeuttamaan pienten ohjelmistoyhtiöiden toimintaa markkinoilla. Microsoftin puolustuksen mukaan kyse ei ollut monopolivoiman väärinkäytöstä, vaan menettely ilmensi yhtiön kilpailijoitaan suurempaa tehokkuutta. Tuomioistuin totesi, ettei legitiimin kilpailun ja kielletyn poissulkemisen välinen ero ole selvä. Yleisesti legitiimi kilpailu lisää sosiaalista hyvinvointia ja kilpailun rajoittaminen vähentää sitä. Tuomioistuin hylkäsi tehokkuuspuolustuksen viisivaiheisen tarkastelun jälkeen:[85]

1) Jotta kyse voi olla kielletystä mopolisoinnista, monopolivoimaisen yrityksen käyttäytymisen täytyy rajoittaa kilpailua markkinoilla (*"anticompetitive effect"*). Menettelyn täytyy vahingoittaa kilpailuprosessia ja kuluttajia; pelkästään kilpailijalle aiheutettu haitta ei riitä.[86]
2) Kantajan täytyy osoittaa, että menettely on konkreettisesti johtanut kilpailun rajoittumiseen.[87]
3) Jos kantaja näyttää toteen kilpailuhaitan aiheutumisen, monopolivoimaiselle yritykselle annetaan mahdollisuus osoittaa, että menettely johtuu hyväk-

---

[84] *USA v. Microsoft Corp*, U.S. DC Circuit Court of Appeals, No. 00–5212, decided June 28, 2001.

[85] Ks. DC Circuit Court of Appeals, s. 14–16.

[86] "From a century of case law on monopolization under § 2, however, several principles emerge. First, to be condemned as exclusionary, a monopolist's act must have an "anticompetitive effect". That is, it must harm the competitive *process* and thereby harm consumers. In contrast, harm to one or more *competitors* will not suffice."

[87] "Second, the plaintiff, on whom the burden of proof of course rests... must demonstrate that the monopolist's conduct indeed has the requisite anticompetitive effect."

syttävästä syystä (*"pro-competitive justification"*). Jos määräävässä asemassa oleva yritys saattaa todennäköiseksi, että kyse on suorituskilpailusta (*competition on the merits*), koska toimintatapa esim. lisää tehokkuutta tai miellyttää kuluttajia, todistustaakka siirtyy takaisin kantajalle.[88]

4) Jos monopolivoimaisen yrityksen liiketoimintapuolustus kestää kriittisen tarkastelun, kantajan täytyy osoittaa, että menettelystä aiheutuva haitta (*anticompetitive harm*) kilpailun toimivuudelle on suurempi kuin siitä aiheutuva hyöty kilpailun toimivuudelle (*pro-competitive benefit*).[89]
5) Harkittaessa lopuksi, vahingoittaako monopolivoimaisen yrityksen käyttäytyminen kilpailua, huomiota kiinnitetään menettelyn vaikutuksiin (*effect*), ei taustalla oleviin vaikuttimiin (*intent*). Käyttäytymisen taustalla olevilla vaikuttimilla on merkitystä vain, mikäli niiden tarkastelu auttaa ymmärtämään monopoliyrityksen käyttäytymisen todennäköisiä seurauksia.[90]

Yhdysvaltalaisen tuomioistuimen tarkastelutapa on erityisen valaiseva, koska siinä hyödynnetään samanaikaisesti suorituskilpailun käsitettä, suoritetaan intressivertailu ja tarkastellaan käyttäytymisen tehokkuusvaikutuksia. Erityisesti saksalaisessa akateemisessa kirjallisuudessa osaratkaisut esitetään usein toistensa vastakohtina,[91] vaikka niistä jokaisella on oma roolinsa tasapainoisessa kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa. Nähdäkseni edellä kuvatulla amerikkalaisella ratkaisutavalla voidaan edistää myös eurooppalaista määräävän markkina-aseman väärinkäytön tarkastelua. Väärinkäyttö on objektiivinen konsepti, jossa lähtökohtaisesti korostuvat ulospäin ilmenevät kilpailuvaikutukset.[92] Noudatettaessa virallisperiaatetta hallintolainkäytössä näyttötaakalla ei

---

[88] "Third, if a plaintiff successfully establishes a prima facie case under § 2 by demonstrating anticompetitive effect, then the monopolist may proffer a "pro-competitive justification" for it's conduct... If the monopolist asserts a procompetitive justification – a nonpretextual claim that its conduct is indeed a form of competition on the merits because it involves, for example, greater efficiency or enhanced consumer appeal – then the burden of proof shifts back to the plaintiff to rebut that claim."

[89] "Fourth, if the monopolist's procompetitive justification stands unbutted, then the plaintiff must demonstrate that the anticompetitive harm of the conduct outweighs the procompetitive benefit."

[90] "Finally, in considering whether the monopolist's conduct on balance harms competition and is therefore condemned as exclusionary for purposes of § 2, our focus is upon the effect of that conduct, not upon the intent behind it. Evidence of the intent behind the conduct is relevant only to the extent it helps us understand the likely effect of the monopolist's conduct."

[91] Mahdollisesti taustalla on saksalaisen oikeuskulttuurin käsitelainopillinen perinne ja yleensä voimakkaan teoretisoiva lähestymistapa kilpailuoikeuteen. Toisiaan täydentävät tarkastelutavat rupeavat elämään omaa elämäänsä, ikään kuin kilpailuoikeudelliset kysymykset ratkeaisivat valitsemalla "oikea" luokittelu. Vrt. myös P. Virtanen s. 233–238, joka asettaa vastakkain suorituskilpailun ja intressivertailun päätyen hylkäämään ensimmäisen ja kannattamaan jälkimmäistä.

[92] EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kuitenkin esim. saalistushinnoittelun yhteydessä menettelyn tavoitteilla on enemmän merkitystä kuin Court of Appealsin kysymyslistan viidennessä kohdassa.

ole yhtä suurta merkitystä kuin siviili- ja rikosprosessissa.[93] Tuomioistuimella itsellään on suurempi vastuu näytön hankkimisesta. Kilpailuoikeudellisessa lainkäytössä näyttökysymyksillä on kuitenkin prosessilajista riippumatta olennaista merkitystä.[94] Edellä olevaa ryhmittelyä voidaan käyttää suuntaa-antavasti myös kotimaisissa kilpailuprosesseissa. Kantajan, yleensä kilpailuviraston, on näytettävä toteen kilpailunrajoituksen olemassaolo ja siitä aiheutuva haitta. Vastaavasti määräävässä asemassa olevan yrityksen on osoitettava ne käyttäytymistä koskevat liiketoiminnalliset perusteet, joihin se vetoaa. Näyttötaakka seuraa pääsääntöä, jonka mukaan näyttövelvollisuus on sillä osapuolella, joka vetoaa tiettyyn seikkaan tai jolla on mahdollisuus esittää sitä koskeva selvitys. Näytön arvioinnin ja eri suuntiin vievien seikkoja koskevan punninnan suorittaa asian ratkaiseva lainkäyttöelin.

5.4 MÄÄRÄÄVÄ ASEMA JA VÄÄRINKÄYTTÖ, KAUSALITEETTI JA LÄHIMARKKINAT

Määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinakäyttäytymisen dualistinen luonne merkitsee sitä, että määräävän aseman väärinkäytön oikeudellinen määrittäminen on samanaikaisesti erityisen tärkeätä ja vaikeata. Väärinkäyttökiellon ennakoitavuus ja laillisuusperiaate puoltavat kieltojen mahdollisimman tarkkaa ennakollista määrittelyä. Välttyäkseen sakoilta määräävässä asemassa olevan yrityksen on tunnettava ennakolta kiellettyinä pidetyt menettelytavat. Toisaalta jotta väärinkäyttökiellolla ei tuomittaisi tehokasta ja kuluttajia hyödyttävää käyttäytymistä huomiota on kiinnitettävä alan erityispiirteisiin ja yrityksen käyttäytymisensä perusteeksi esittämiin seikkoihin. Sovellettaessa kieltoperiaatetta riittävänä ohjeena ei voida pitää jokaisen tapauksen käsittelemistä erikseen. Lähestymistapa soveltuu väärinkäyttöperiaatteelle, jonka mukaan

---

[93] Tuomioistuimella on itsellään aktiivinen selvittämisvelvollisuus eikä se ole sidottu pelkästään asianosaisten esittämään näyttöön. Tuomioistuimella on mahdollisuus ryhtyä itsekin toimenpiteisiin selvityksen saamiseksi avoimeksi jääneistä kohdista ja ohjata prosessia siihen suuntaan, että asianosaiset osaavat tuoda esille tapauksen ratkaisemisen kannalta relevanttina pidetyn aineiston.

[94] Esimerkiksi kartellijuttu ratkeaa yleensä sillä perusteella, voiko kilpailuviranomainen näyttää toteen kartellin olemassaoloa koskevan väitteensä vai ei. Kiellettyä kilpailunrajoitusta koskevan asian luonteesta ja sanktiona olevasta huomattavasta seuraamusmaksusta seuraa, että tuomioistuimen on omaksuttava ratkaisijan rooli ja on pitäydyttävä kilpailuviranomaisen esittämän teonkuvauksen selvittämiseen. Väitetty kilpailunrajoitus on rubrisoitava, kuvattava ja määriteltävä myös ajallisesti. On myös huomattava, että seuraamusmaksun tuomitsemisessa kyse on rangaistuksen luonteisen sanktion määräämisestä, jolla tavoitellaan yleisestävyyttä. Vaikkei EY:n tai Suomen kilpailuoikeudessa kyse olekaan rikosoikeudesta, asiassa on otettava huomioon Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen vaatimukset. Ks. esim. Ehlermann (1994). Monopolivoiman väärinkäyttöä koskevan asian luonteesta seuraa, että prosessilajien välisistä eroista huolimatta kilpailuoikeudellisen asian käsittelemisessä joudutaan kiinnittämään huomiota varsin samanlaisiin kysymyksiin. Substanssi on prosessilajia tärkeämpää.

menettelytapaan voidaan puuttua ainoastaan, jos tapauskohtaisen analyysin perusteella on osoitettavissa, että vahingolliset vaikutukset ovat hyötyjä merkittävämmät. Kieltotunnusmerkistön on oltava pääpiirteissään etukäteen tiedossa. Määräävän aseman väärinkäyttökieltoa sovellettaessa joudutaan siten hakemaan kompromissia kieltotunnusmerkistön ennakoitavuuden ja joustavuuden välillä.

Kirjallisuudessa on esitetty eri kantoja siitä, edellytetäänkö määräävän markkina-aseman ja väärinkäytön väliltä kausaalisuhdetta. *Mestmäckerin* mukaan koska vain väärinkäyttö on kiellettyä, menettelyn pitäminen väärinkäyttönä edellyttää kausaalisuhdetta monopolivoiman ja markkinakäyttäytymisen välillä.[95] EY:n tuomioistuimen tai Suomen oikeuskäytännössä tiukkaa kausaalisuhdetta ei ole edellytetty. Menettelyn pitäminen väärinkäyttönä ei edellytä sitä, että ainoastaan määräävässä asemassa oleva yritys voisi siihen ryhtyä. Esimerkiksi yksinomaiset jakelusopimukset ovat hyvin tavanomaisia kaikissa liikesuhteissa. Määräävässä asemassa olevan yritysten osalta samanlaisten sopimusten pitäminen väärinkäyttönä ei yleensä perustu määräävässä asemassa olevan yrityksen ainutlaatuiseen mahdollisuuteen asettaa kauppakumppaneilleen rajoittavia ehtoja, vaan siihen, että markkinarakenteen ollessa keskittynyt tietyistä muutoin ehkä yleisistä sopimusehdoista aiheutuu suurempaa kilpailuhaittaa kuin silloin, kun markkinoilla on runsaammin vaihtoehtoja tarjolla. Jakeluteiden keskittyminen ja siitä seuraava valinnanvapauden kaventuminen ja markkinoille pääsyn kynnyksen nouseminen on ehtoon pakottamista keskeisempi puuttumisperuste. Toisen ääripään muodostavat monopolihinnoittelutapaukset, joissa kilpailullisen tason ylittävä hinta on luonnollinen seuraus määräävästä asemasta ja kohtuutonta hintaa voidaan periä juuri määräävän aseman vuoksi. Jos määräävää asemaa ei olisi, asiakkaat vaihtaisivat toimittajaa hinnan noustessa kohtuuttoman korkealle tasolle. Ääripäiden välille sijoittuvan esimerkin tarjoaa saalistushinnoittelu. Ilman monopolivoimaa alle tuotantokustannusten-

---

[95] Ks. Mestmäcker (1995) s. 455. Möschel toteaa, että käytännön kannalta määräävän aseman ja sen väärinkäytön välisen kausaalisuhteen pohdinta ei ole erityisen merkittävää, sillä oikeuskäytännön perusteella on nykyään selvää, että RS 82 artiklaa voidaan soveltaa väärinkäyttöön siitä riippumatta, millaisin keinoin dominanssi alun perin on saavutettu. *Continental Can* -tuomiossa EY:n tuomioistuin totesi nimenomaan, ettei kausaalisuhdetta määräävän aseman ja väärinkäytön välillä edellytetä (Asia 6/72, Kok 1973 s. 215, tuomion kohta 25). Tästä täytyy erottaa kysymys määräävän aseman väärinkäytön ja markkinoilla ilmenevien haittojen välillä, jolla on käytännön merkitystä. Ks. Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 721–722. Asiassa täytyy siten pitää erillään yhtäältä kausaalisuhde määräävän aseman ja sen väärinkäytön (onko väärinkäyttö sellaista, että siihen voi syyllistyä vain jos yrityksellä on määräävä asema) ja toisaalta kausaalisuhde väärinkäytön ja markkinoilla aiheutuvien seurausten (väärinkäytön vaikutukset kilpailuprosessin toimivuudelle) välillä. Väärinkäyttövalvonnassa vastuuperusteena on taloudellinen valta, sen tuomat mahdollisuudet vahingoittaa muita ja yhteiskunnan tarve torjua vallan väärinkäyttöä. Asia voidaan ilmaista siten, että määräävässä asemassa olevia yrityksiä koskevat erityisesti unilateraalisen käyttäytymisen osalta tiukemmat säännöt kuin sellaisia yrityksiä, joilla ei ole tällaista huomattavaa markkinavoimaa.

sa myyvä yritys ampuu itseään jalkaan; markkinoiden hallinta ja alallepääsyn esteet *voivat* tehdä alihinnoittelusta kilpailun toimivuuden kannalta vaarallisen menettelytavan. *Nyrkkisääntönä menettelyn pitäminen väärinkäyttönä ei edellytä sitä, että määräävän aseman ja väärinkäytön välillä täytyisi olla kausaalisuhde. Väärinkäytön ei tarvitse olla mahdollista ainoastaan määräävässä asemassa olevalle yritykselle.* Väärinkäytöllä täytyy kuitenkin olla *asiallinen suhde monopolivoimaan* sikäli, että juuri määräävä asema tekee menettelystä vahingollista ja oikeuttaa kilpailuviranomaisen reaktion.

Edellä olevaa tulkintasääntöä voidaan suosittaa kaikissa niissä tapauksissa, joissa määräävä asema on ja väärinkäyttö tapahtuu samoilla hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla. EY:n käytännössä väärinkäyttökieltoa on kuitenkin ulotettu laajemmalle. Voidaan erottaa neljä tilannetta:[96] 1) Määräävä asema, väärinkäyttö ja määräävässä asemassa olevalle yritykselle koituva kilpailuhyöty ilmentyvät samoilla markkinoilla (esim. *Michelin I*); 2) Määräävää asemaa hyödynnetään samoilla markkinoilla kilpailuedun saamiseksi toisilla markkinoilla (esim. *Hilti*); 3) Määräävää asemaa väärinkäytetään eri markkinoilla kuin joilla yrityksellä on määräävä asema ja hyöty saavutetaan määräävä aseman markkinoilla (esim. *British Gypsum*); 4) Määräävää asemaa väärinkäytetään eri markkinoilla kuin joilla yrityksellä on määräävä asema ja hyötykin saavutetaan eri markkinoilla (esim. *Tetra Pak II*). Michelin-tapauksessa yritys antoi uskollisuusalennuksia dominoimillaan Hollannin markkinoilla lisätäkseen siellä asiakasuskollisuutta. Hilti-tapauksessa yritys sitoi kilpaillut naulat ym. tarvikkeet monopolihyödykkeeseen eli naulapistooliin lisätäkseen myyntiään kilpailtujen oheistuotteiden markkinoilla. British Gypsum syyllistyi väärinkäyttöön kipsilevyn markkinoilla vahvistaakseen määräävää asemaansa kipsin lähimarkkinoilla. Tetra Pak syyllistyi määräävän aseman väärinkäyttöön ei-aseptisten pakkauskoneiden markkinoilla käyttäen hyväksi yli 90 %:n markkinaosuuttaan aseptisten pakkausten markkinoilla. Yritys oli markkinajohtaja, vaan ei määräävässä asemassa ei-aseptisilla markkinoilla. Väärinkäyttö ja aseman vahvistaminen ei-aseptisilla markkinoilla oli mahdollista, koska yrityksellä oli erittäin vahva asema aseptisilla markkinoilla.[97] Ensimmäisessä ja toisessa tilanteessa voidaan

---

[96] Jaottelun inspiraationa on Whishin tuore esitys. Whish mainitsee tilanteet 1, 3 ja 4. Ks. Whish (2001) 173–175. Olen täydentänyt esitystä esim. sidontatilanteissa yleisellä luokalla 2.

[97] EY:n tuomioistuin totesi *Tetra Pak II* -tuomioissa, että 82 artiklan soveltaminen edellyttää, että määräävän markkina-aseman ja sen väitetyn väärinkäytön välillä on oltava yhteys, jota puolestaan yleensä ei ole, jos yrityksen menettely muilla kuin niillä markkinoilla, joilla sillä on määräävä asema, saa aikaan vaikutuksensa näillä muilla markkinoilla. Erillisten mutta liitännäisten markkinoiden osalta 82 artiklaa voidaan soveltaa ainoastaan erityisten olosuhteiden perusteella sellaisilla liitännäisillä markkinoilla todettuun menettelytapaan, joilla yritys ei ole määräävässä asemassa, kun menettelytavan vaikutukset ilmenevät näillä liitännäisillä markkinoilla. Erityiset olosuhteet ovat seurausta kyseisten kaksien markkinoiden läheisestä yhteydestä, joka johtaa siihen, että palvelut ovat ainakin osittain vaihdettavissa toisiinsa.

soveltaa pääsääntöä, jonka mukaan määräävän aseman ei tarvitse olla kausaalisuhteessa väärinkäyttöön. Sen sijaan kolmannessa ja neljännessä tilanteessa menettelyn pitäminen väärinkäyttönä edellyttää kausaalisuhdetta määräävän aseman ja väärinkäytön välillä. Väärinkäyttökiellon ulottaminen markkinoille, joilla yrityksellä ei ole määräävää asemaa, edellyttää kausaalisuhdetta toisilla markkinoilla olevan määräävän aseman ja niistä erillisillä markkinoilla tapahtuvan väärinkäytön välillä. Määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa kilpailuilla lähimarkkinoilla ei voida pitää väärinkäyttönä, ellei väärinkäyttö ole kiinteässä suhteessa monopolivoimaan. Voidaan myös perustella näkemystä, jonka mukaan kuljetettaessa väärinkäyttökielto dominoidun alueen ulkopuolisille lähimarkkinoille määräävän aseman alkuperäisillä markkinoilla täytyy olla erityisen voimakas.[98] Muussa tapauksessa kiellon ulottaminen muille markkinoille laajentaa väärinkäyttökiellon alaa liian laajalle alueelle.

[98] Samalla kannalla Richard Whish, jonka mukaan väärinkäyttökiellon soveltaminen lähimarkkinoilla edellyttää "superdominanssia" (super dominance). Ks. Whish (2001) s. 162–163. Esim. tapauksessa *Tetra Pak II* yrityksen markkinaosuus dominoiduilla markkinoilla oli pitkälti yli 90 %. Lähimarkkinakysymys on aktualisoitunut myös amerikkalaisessa *Microsoft*-tapauksessa. Monopolisyytöksen läpimenoa helpotti aluksi se, että Microsoftin määräävä asema tietokoneiden käyttöjärjestelmien markkinoilla on verkostoefektin johdosta erityisen selkeä.

6. Väärinkäyttötyypit kilpailuoikeudessa

6.1 LIIKESUHTEESTA KIELTÄYTYMINEN ILMAN ASIALLISTA SYYTÄ

Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on rajoitettu sopimuksentekovelvollisuus suhteessa asiakkaisiinsa. Määräävässä asemassa oleva yritys ei saa kieltäytyä sopimuksesta ilman hyväksyttävää syytä. EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan kohdassa b) kielletään tuotannon rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Kilpailunrajoituslain 7 §:n 1) kohdassa kielletään liikesuhteesta pidättäytyminen ilman asiallista syytä. Tunnusmerkistö voi täyttyä, kun määräävässä asemassa oleva yritys lopettaa toimitukset asiakkaalle tai kieltäytyy sopimuksesta sellaista haluavan kanssa. Toimituskielto voi ilmetä paitsi suorana kieltäytymisenä myös epäsuorasti asettamalla sopimuksen syntymiselle hinnoittelun tai muiden ehtojen osalta sellaisia vaatimuksia, joiden osalta tiedetään, ettei vastapuoli voi niihin suostua. Rajanveto konstruktiivisen toimituskiellon ja kohtuuttoman korkean hinnoittelun ja muiden kohtuuttomien ehtojen osalta on liukuva.

Toimituskieltotapauksissa joudutaan asettamaan vastakkain sopimusvapauden periaate ja tarve suojella kilpailua ja määräävässä asemassa olevasta yrityksestä riippuvaista asiakasta. Huomiota joudutaan kiinnittämään ensinnäkin riippuvuuden asteeseen ja asiakkaalle tarjolla oleviin vaihtoehtoihin. Toiseksi huomiota kiinnitetään määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämiin perusteisiin sopimuksesta kieltäytymiselle, osapuolten intresseihin ja toimituskiellon vaikutuksiin markkinoilla. Määräävässä asemassa olevan yrityksen näkökulmasta sopimusvapautta on rajoitettu sekä päätäntävapauden että sisältövapauden osalta.

Richard A. Posner katsoo, ettei liikesuhteesta pidättäytymistä tulisi pitää lainkaan itsenäisenä kilpailunrajoituksena.[99] Posner perustelee kantaansa sopimusvapaudella, joka pitää myös sisällään oikeuden valita sopimuskumppaninsa, ellei määräävässä asemassa olevan yrityksen nimenomaisena tarkoituksena ole kilpailun rajoittaminen. Posner myöntää, että liikesuhteesta pidättäytymistä voidaan käyttää keinona kilpailun rajoittamiseen. Esimerkiksi kartellin jäsenet voivat pyrkiä boikotin avulla saamaan kartellin jäsenen tai ulkopuolisen yrityksen noudattamaan sovittua hintaa. Tällöin toimituskielto on kuitenkin kilpailunrajoituksen ilmentymä, ei varsinaisesti syy. Toimituskieltoa oikeampaa olisi puuttua alkuperäiseen syyhyn eli kartelliin. Posnerin kantaan voidaan yhtyä

[99] Ks. Posner, Antitrust Law (2001) s. 242–244.

kartelliin puuttumisen ensisijaisuuden osalta. Välttämättä tuomioistuimessa ei saada pitävää näyttöä taustalla olevan salaisen kartellin olemassaolosta, jolloin second best -ratkaisuna voidaan puuttua toimituskieltoon, mikäli sille ei ole osoitettu hyväksyttäviä liiketaloudellisia syitä.[100] Määräävässä asemassa olevien yritysten osalta perusteetonta liikesuhteesta kieltäytymistä voidaan pitää myös itsessään vahingollisena kilpailunrajoituksena.

Ennen eurooppalaisen käytännön tarkastelua huomiota on syytä kiinnittää Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen, jossa toimituskieltotapausten käsittelystä on yli sadan vuoden kokemus. Yhdysvalloissa noudatetun perusperiaatteen mukaan jokaisella yrityksellä on vapaus itse valita sopimuskumppaninsa. Tästä sopimusvapauden päätäntävapauteen liittyvästä pääsäännöstä käytetään nimitystä *Colgate*-dokriini.[101] Vaikka yrityksellä olisikin monopolivoimaa, kieltäytymistä liikesuhteista kilpailijan kanssa pidetään kiellettynä ainoastaan, mikäli tarkoituksena tai seurauksena on kilpailijan toiminnan kohtuuton haittaaminen. Yhdysvalloissa markkinavoimaisilla yrityksillä on EY:n ja Suomen kilpailuoikeutta laajempi oikeus kieltäytyä liikesuhteista. Yhdysvaltain kilpailuoikeus ei tunne liikesuhteesta kieltäytymistä tai monopolihinnoittelua itsenäisinä vastuuperusteina. Nämä markkinavoiman väärinkäyttöperusteet ovat kiellettyjä vain silloin, kun ne liittyvät laajempaan markkinoiden monopolisoimispyrkimykseen.

---

[100] Määttä muotoilee saman asian toteamalla, että käytännössä tulee vastaan epäsymmetrisen informaation ongelma: kun viranomaisilla ei ole tarvittavaa tietoa primäärirajoitukseen puuttumiseksi, jäljelle jää tavallaan "oireisiin" puuttuminen. "Tässä tapauksessa siis toimituskielto saattaa olla huomattavasti helpommin verifioitavissa oleva kilpailunrajoitus kuin hintakartelli, minkä vuoksi sekundaarirajoitukseen puuttuminen on perusteltua. Toimituskiellon kilpailuoikeudellinen kohtelu on tässä tapauksessa legitimoitavissa pitkälti samalla tavalla kuin määrähinnoittelun kohtelu." Ks. Määttä (2001) s. 141. Voin yhtyä Määtän sitaattiin muilta osin kuin määrähinnoittelua koskevan esimerkin osalta. Yksi määrähinnoittelua koskeva ongelma liittyy siihen, että sen avulla voidaan ylläpitää tuottajien kartellia. Määtästä poiketen katson kuitenkin, että erityisesti alimman sallitun hinnan asettamista voidaan pitää yleisemminkin haitallisena, koska sellainen on erityisesti Suomen kaltaisilla keskittyneillä markkinoilla omiaan nostamaan hintatasoa. Mielestäni Määttä hyväksyy liian helposti mm. Puhakan Suomessa edustaman chicagolaisen näkemyksen, jonka mukaan määrähinnoittelun sanktioimisesta tulisi luopua. Nähdäkseni etenkin alimpia sallittuja hintoja koskeva kielto on perusteltu edellyttäen, että siitä voidaan myöntää poikkeuslupa. Kilpailuvirasto on hiljattain myöntänyt Keskolle alimpia sallittuja hintoja koskevan poikkeusluvan. Määrähinnoittelusta ks. tarkemmin Kuoppamäki (2000) s. 113–115; Scherer (1983), Comanor (1985), Scherer/Ross (1990) s. 547–548 ja Utton (1995) s. 238–244. Ks. myös EY:n komission vihreää kirjaa vertikaalisista rajoituksista, josta käyvät ilmi komission syyt suhtautua negatiivisesti määrähinnoitteluun, jos yrityksellä on markkinavoimaa tai jos kyse on alimpien sallittujen hintojen asettamisesta. Vrt. Määttä (2001) s. 113–121.

[101] Nimitys pohjautuu korkeimman oikeuden tapauksessa *United States v. Colgate & Co* (250 U.S. 300, 307 [1919]) julki lausumaan periaatteeseen: "In the absence of any purpose to create a or maintain a monopoly the (Sherman Act) does not restrict the long-recognized right of a trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to excercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal". Dokriini on sittemmin kokenut muodonmuutoksia. Ks. esim. Fejö, Monopoly Law and Market (1990) s. 252–255.

6.1.1 Liikesuhteesta pidättäytyminen Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa

Yhdysvaltalainen monopolisoimiskielto näyttäisi eroavan eurooppalaisesta väärinkäyttövalvonnasta. EY:ssä määräävän markkina-aseman saavuttaminen sallitaan, mutta väärinkäyttö pyritään estämään. Sherman Actin 2 artiklalla säännellään niitä tapoja, joilla määräävä asema ("monopoly") saavutetaan tai säilytetään.[102] Sääntely rakentuu erotteluun sallitun liiketoiminnan ja tarkoituksellisen, keinotekoisen monopolisoimisen välillä. Kiellettyä on monopolisointi itsessään, ei markkinavoiman hyödyntäminen aggressiivisellakaan kilpailulla. Perittävät hinnat nähdään perinteisesti sopimusvapauden piiriin kuuluvana asiana. Toteutuneen monopolisoinnin ohella kiellettyä on myös sellaisen yrittäminen *(attempt to monopolize)*. EY:ssä valvonta aktualisoituu myöhemmin mutta voimakkaammin. EY:ssä valvonta painottuu markkinavoimaisen yrityksen käyttäytymisen yksityiskohtaiseen sääntelyyn; Yhdysvalloissa keskeistä on keinotekoisen monopolisoimisen estäminen. Sherman Actin nojalla periaatteessa mahdollista on myös markkinavoimaa väärinkäyttäneen yrityksen pilkkominen, joskin pilkkominen on käynyt varsin harvinaiseksi toimenpiteeksi.

Sherman Actin 2 artiklassa kielletyn monopolisoinnin tunnusmerkistö edellyttää kahden kriteerin täyttymistä: "1) the possession of monopoly power in the relevant market and 2) the wilful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident".[103] Näitä korkeimman oikeuden yleisellä tasolla lausumia kriteerejä on sittemmin täsmennetty oikeuskäytännössä. Essential facilities -dokriini liittyy sen määrittämiseen, mitä toimintatapoja pidetään kiellettynä kilpailijoiden poissulkemisena ("exclusionary conduct"). Avainasemaan pääsemisen estäminen on yksipuolisten toimituskieltotapausten ("unilateral refusal to deal") alaryhmä.

Se, millä edellytyksillä monopolivoimaa omaavan yrityksen toimituksesta kieltäytymistä pidetään 2 artiklan vastaisena, on edelleen riidanalaista. Oikeuskäytännön perusteella kieltotunnusmerkistö voi täyttyä kolmella toisiaan täydentävällä ja ilmeisesti ainakin osittain päällekkäisellä oikeusperusteella:

1) intent (tarkoitus);
2) monopoly leveraging (vipuvarsi);
3) essential facilities (avainasema) [104].

---

[102] Erosta EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaan ks. esim. Fox (1984) ja (1986); Hawk (1990); Jebsen/Stevens (1996).

[103] *United States v. Grinnell Corporation*, 384 U.S. 663, 570–571 (1966).

[104] Tutkimuksessa on hyödynnetty erityisesti Schindlerin väitöskirjaa Wettbewerb in Netzen als Problem der Kartellrecht-lichen Missbrauchsaufsicht, Bern 1998. Teoksessa selvitetään avainaseman käsitettä silmälläpitäen erityisesti Yhdysvaltain ja EY:n kilpailuoikeutta. Ks. myös erityisesti Temple Lang, Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors,

Vanhempi oikeuskäytäntö rakentuu toimituksista kieltäytyvän yrityksen tarkoitusperien selvittämiseen ("intent test"). Päätäntävapauden periaatteesta voidaan poiketa, mikäli sopimuksesta kieltäytymisen tarkoituksena osoitetaan olleen pyrkimys monopoliaseman luomiseen tai vahvistamiseen. Eräs varhaisimmista toimituskieltotapauksista oli *Eastman Kodak v. Southern Photo Materials Co.* vuodelta 1927.[105] Eastman Kodakin tarkoituksena oli integroitua vertikaalisesti markkinoilla alaspäin ryhtymällä itse jakelemaan valokuvaustarvikkeita. Yritys oli kieltäytynyt jatkamasta toimituksia jälleenmyyjälle, joka oli kieltäytynyt Kodakin ostotarjouksesta. Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi yksimielisesti, että kyse oli kielletystä monopolisoinnista, koska Kodakin tarkoituksena oli vallata markkinat itselleen. Vastoin nimeään "intent test" ei kuitenkaan enää nykyään merkitse sitä, että tuomioistuin pyrkisi selvittämään toimituskiellosta vastaavien subjektiivisia motiiveja tai että asiassa tulisi konkreettisesti todistaa monopolisoimisen tarkoitus. Pikemminkin huomiota kiinnitetään toimituskiellon objektiivisiin kilpailuvaikutuksiin, olosuhteisiin ja toimituskiellolle esitettyihin perusteisiin.[106] Komparatiivisessa kirjallisuudessa on arvioitu, että yhdysvaltalaiset tuomioistuimet hyväksyvät liikesyihin perustuvia puolustuksia ("legitimate business justifications") helpommin kuin Euroopassa on tapana. Monopolisoimisen tarkoitusta koskeva oletus on mahdollista kumota osoittamalla, että sopimuksesta kieltäytyminen itse asiassa lisää yrityksen omaa tehokkuutta.[107]

Termin *monopoly leveraging* alla käsitellään tilanteita, joissa menettelytavan tarkoituksena on monopoliaseman laajentaminen markkinoilta toisille. Kyse on monopoliaseman laajentamiskiellosta. Yritys käyttää monopolivoimaansa vipuvartena kilpailuasemansa vahvistamiseksi toisilla markkinoilla. Tapauksessa *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.* lausutun periaatteen mukaan yritys rikkoo Sherman Actin 2 artiklaa, jos se väärinkäyttää yksillä markkinoilla hallussaan pitämäänsä monopolivoimaa hankkiakseen kilpailuedun toisilla markkinoilla, vaikka tarkoituksena ei olisikaan jälkimmäisten markkinoiden monopolisoiminen.[108] Leveraging-testi eroaa intent-testistä erilaisten kilpailu-

---

and Access to Essential Facilities, 1994; Venit/Kallaugher (1995), Essential Facilities: A Comparative Law Approach; Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law (1993 Supplement); Areeda, Essential Facilities, An Ephitet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust Law Journal (1989) s. 841. Kotimaisesta kirjallisuudesta ks. Schulze-Steinen (1998) s. 113–115, joka ei kuitenkaan näytä tekevän riittävästi eroa avainaseman ja vipuvarren välillä. Ks. nyttemmin myös Mylly (2002), joka käsittelee kysymystä immateriaalioikeuksien kannalta.

[105] 273 U.S. 359, 47 S.Ct. 400, 71 L.Ed. 684 (1927).

[106] Ks. esim. Areeda (1990) s. 845 ss.; Venit/Kallaugher (1995) s. 317.

[107] Venit/Kallaugher, Essential Facilities: A Comparative Law Approach (1995), s. 317.

[108] Ks. *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co*, 603 F.2d 263, 284 (2 nd. Cir. 1979): "We accept the proposition that it is improper, in the absence of a valid business policy, for a firm with monopoly power in one market to gain a competitive advantage in another market by refusing to sell a rival the monopolized goods or services he needs to compete effectively in the second market". Vrt. toisaalta tapausta *Alaska Airlines vs. United Airlines*, Inc., 948 F.2d 536, 547–549 (9th Cir. 1991) jossa leveraging-väite tuli hylätyksi.

vaikutustensa perusteella. Intent-testissä vahingolliset vaikutukset ilmenevät siten, että samoilla markkinoilla toimiva kilpailija sulkeutuu markkinoiden ulkopuolelle. Leveraging-tilanteessa määräävässä asemassa oleva yritys saavuttaa itse kilpailuedun toisilla markkinoilla.[109]

Kolmannen perusteen toimituskieltoon puuttumiselle muodostaa *essential facilities* -doktriini, jonka nojalla avainasemaa hallitseva yritys voidaan velvoittaa päästämään kilpailijansa verkkoon tai infrastruktuuriin tai muuhun hallitsemaansa resurssiin, jota ilman kilpailijat eivät voi mielekkäästi toimia markkinoilla. Klassisen tapauksen muodostaa *Terminal Railroad*[110] vuodelta 1912. Tapauksessa, joka käsiteltiin Sherman Actin 1 artiklan kartellikiellon nojalla, 38 yhtiötä harjoitti junaliikennettä muodostamansa yhteisyrityksen puitteissa. Yhteisyritys pystyi kontrolloimaan St. Louisiin suuntautuvaa liikennettä, joka muodosti merkittävän solmukohdan. Yritykset kieltäytyivät ottamasta uusia jäseniä. Toisaalta uusien ratakiskojen vetäminen ei olisi ollut mielekästä. Yhtiöiden oli sallittava ulkopuolisten rautatieyhtiöiden liittyminen sopimusjärjestelyyn tai ainakin turvattava näille palvelut syrjimättömin ehdoin. Yhdysvaltain korkein oikeus ei perustellut ratkaisua avainasemalla, mutta johtopäätös on tehty oikeuskirjallisuudessa.

Tapauksessa *Associated Press* kyse oli 1200 lehtiagentuurin muodostamasta yhdistyksestä. Yhdistyksen jäsenillä oli oikeus käyttää muiden jäsenten uutisia ja kirjeenvaihtopalveluita. AP:n sääntöjen mukaan jäsenet saattoivat veto-oikeudellaan estää uusien jäsenten liittymisen. Uutisten välittäminen ei-jäsenille oli kielletty. Korkeimman oikeuden päätöksen mukaan kilpailijoiden poissulkemista oli pidettävä kiellettynä kartellina. Yhdistyksen tuli hyväksyä uusia jäseniä syrjimättömin ehdoin. Uutisten välittämistä varten luotu sopimusverkosto muodosti välttämättömän jakelukanavan, jota ilman ulkopuoliset lehtikustantajat eivät kykenisi kilpailemaan AP:n jäsenten kanssa.[111] Avainasema perustui sopimusverkoston laajuuden ja mittakaavahyötyjen tuomalla liittymisen välttämättömyydellä, mikäli uutisointia haluttiin järjestää.[112] Myöhemmässä oikeuskäytännössä avainaseman hallintaan liittyviä toimituskieltotapauksia on tarkas-

---

[109] Leveraging-teoria on Yhdysvalloissa varsin riidanalainen. Korkeimman oikeuden ratkaisu vielä puuttuu, ja alemman asteisten tuomioistuinten päätökset ovat eri suuntaisia. Kiisteltyä on erityisesti se, voiko jo yksillä markkinoilla saavutetun monopoliaseman oikeudeton hyödyntäminen toisilla markkinoilla rikkoa Sherman Actin 2 artiklaa vai edellytetäänkö pyrkimystä monopolisoida myös jälkimmäiset markkinat. Ks. esim. Holmes, Antitrust Law Handbook (1998) s. 463–471.

[110] *United States v. Terminal Railroad Association*, 244 U.S. 383 (1912).

[111] *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945). Tapauksesta tarkemmin ks. esim. Hovenkamp, Antitrust Policy (1994) s. 208 ss.

[112] Tapauksella näyttäisi olevan yhtymäkohtia kotimaiseen tapaukseen *Mediatarkastus* d:o 13/359/97, kilpailuneuvoston päätös 1.6.1998.

teltu lähinnä Sherman Actin 2 artiklassa tarkoitettuna kiellettynä monopolisointina.[113]

Tapauksessa *Aspen Skiing*[114] kaksi kilpailevaa yhtiötä tarjosi lasketteluun liittyviä palveluja Aspen-vuoren rinteillä. Yhtiöt olivat vuosia harjoittaneet yhteistyötä markkinoinnissa ja rinteiden yhteiskäytössä. Suurempi yhtiö, joka omisti neljä rinteistä, kieltäytyi jatkamasta sopimusta rinteiden yhteiskäytöstä kilpailijansa kanssa. Tuomioistuin totesi kolminkertaisen vahingonkorvauksen määräämistä koskevaan kanteeseen antamassaan päätöksessä, ettei yrityksellä ole kaikissa olosuhteissa oikeutta kieltäytyä jatkamasta yhteistyötä kilpailijansa kanssa, etenkään jos kieltäytyminen ei perustu hyväksyttäviin liikesyihin vaan pikemminkin pyrkimykseen vaikeuttaa kilpailijan toimintaa. Kieltäytyminen vähensi lyhyellä aikavälillä suuremman yhtiön liiketuloja mutta loi pidemmällä aikavälillä monopolivoittoja, jos pienempi yhtiö joutuisi poistumaan markkinoilta. Myöskään tässä tapauksessa ei nimenomaisesti viitattu avainasemaan.[115]

6.1.2 Varhainen liikesuhteesta pidättäytymistä koskeva EY:n käytäntö

Ensimmäisenä merkittävänä tapauksena voidaan pitää 1970-luvulla ratkaistua asiaa *Commercial Solvents*. EY:n tuomioistuin totesi, ettei yritys, jolla oli määräävä asema raaka-aineen tuotannossa, voinut kieltäytyä toimittamasta raaka-ainetta vakiintuneelle asiakkaalleen, joka valmisti raaka-aineen johdannaistuotetta, *pelkästään*[116] sillä perusteella, että se oli itse päättänyt aloittaa johdannaistuotteiden valmistamisen ja halusi sulkea vanhan asiakkaansa markkinoiden ulkopuolelle. Kyseisessä tapauksessa toimituskieltoon puuttumisen asiallisena perusteena oli vertikaalisesti integroituneen yrityksen pyrkimys markkinoiden valtaamiseen toimituskiellon avulla. Yrityskauppaneuvottelujen kariuduttua Commercial Solvents lopetti erään lääkeaineen valmistuksessa tarvittavan välttämättömän raaka-aineen, jonka osalta sillä oli monopoli, toimitukset Zoja-nimiselle yritykselle.

EY:n tuomioistuin totesi, että määräävän aseman väärinkäytöstä raaka-ainemarkkinoilla voi olla kilpailua rajoittavia seurauksia johdannaistuotteiden myyntimarkkinoilla, jotka on otettava huomioon kilpailusääntöjen rikkomisen

---

[113] Kartellikiellon soveltamisalaan liittyvänä kysymyksenä avainaseman käsite aktualisoituu kuitenkin esimerkiksi ehdoilla, joilla pyritään turvaamaan kolmansien osapuolten syrjimätön pääsy verkostotyyppisiin yhteisyrityksiin. Ks. Hovenkamp, Exclusive Joint Ventures, Columbia Business Law Review 1995.

[114] *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 105 S.Ct. 2847 (1985).

[115] Myöskään tässä tapauksessa ei nimenomaisesti viitattu avainasemaan.

[116] Kursivointi tutkimuksen tekijän.

vaikutuksia arvioitaessa, vaikka johdannaistuotteiden markkinat eivät muodostakaan omia itsenäisiä markkinoitaan. Raaka-ainemarkkinoilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, joka varatakseen raaka-aineet itselleen omien johdannaistuotteidensa valmistamista varten kieltäytyy toimittamasta kyseisiä raaka-aineita johdannaistuotteiden markkinoilla toimivalle asiakkaalle silläkin uhalla, että kilpailu kyseisen asiakkaan osalta päättyy kokonaan, käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa 82 artiklassa tarkoitetulla tavalla. Määräävässä asemassa olevan yrityksen erityisestä vastuusta seuraa siten, että yrityksen on otettava huomioon menettelynsä seuraukset ja pidättäydyttävä kilpailua entisestään rajoittavista toimenpiteistä.

Toimitukset lopettaneen yrityksen menettelyn taustalla oli tarkoitus laajentaa omaa liiketoimintaa. Menettely ei heikentäisi kuluttajien asemaa. EY:n tuomioistuin totesi, että määräävän aseman väärinkäytöllä tarkoitetaan paitsi menettelytapaa, jolla voidaan aiheuttaa välitöntä vahinkoa kuluttajille, myös toimintaa, joka aiheuttaa kuluttajille välillisesti vahinkoa vahingoittaessaan perustamissopimuksen 3 artiklan g alakohdassa tarkoitettua tehokkaan kilpailun rakennetta. Yhteisön viranomaisten on näin ollen otettava huomioon kaikki moititusta toiminnasta kilpailurakenteille yhteismarkkinoilla aiheutuvat seuraukset erottelematta yhteismarkkinoille tarkoitettua tuotantoa ja vientiin tarkoitettua tuotantoa. EY:n tuomioistuin perustelee siten asiallisesti, että pienemmän yrityksen poistuminen markkinoilta heikentää kilpailua ja siten myös kuluttajien asemaa. Verrattuna amerikkalaiseen käytäntöön toimituskiellossa on kyse *monopolisoimistarkoituksesta (intent-teoria)*.

United Brands -päätöksen mukaan yritys, joka on määräävässä asemassa jonkin tuotteen jälleenmyynnissä ja joka hyötyy tunnetun ja kuluttajien arvostaman tavaramerkin suomasta etuudesta, ei voi keskeyttää toimituksiaan tavanomaista kauppatapaa noudattavalle asiakkaalle silloin, kun tämän asiakkaan tilaukset eivät mitenkään ole epätavanomaisia. Tuomioistuimen mukaan tällainen käyttäytyminen olisi vastoin perustamissopimuksen 3 artiklan g kohdassa esitettyjä tavoitteita, joita on täsmennetty 82 artiklassa ja erityisesti sen toisen kohdan b ja c alakohdassa. Kieltäytyminen myymästä rajoittaisi markkinoita kuluttajien vahingoksi ja aiheuttaisi syrjintää, joka saattaisi johtaa jopa kauppakumppanin syrjäyttämiseen relevanteilta markkinoilta. Määräävässä asemassa olevan yrityksen pyrkiessä syrjäyttämään yhteismarkkinoilla toimivan kilpailijansa, ei ole tarvetta tietää, koskeeko kyseisen yrityksen toiminta jäsenvaltioiden välistä kauppaa, jos on kiistatonta, että tämä syrjäyttäminen heijastuisi yhteismarkkinoiden kilpailun rakenteeseen. Tapauksessa toimitukset oli lopetettu Olesen -nimiselle yritykselle, joka oli ryhtynyt yhteistyöhön kilpailevan banaanintuojan kanssa. Toimituskielto liittyi pyrkimykseen ylläpitää alueellista hintadiskriminaatiota. Olesenin harjoittama rinnakkaistuonti uhkasi tätä toimintaa.

EY:n tuomioistuimen varhaisemmasta oikeuskäytännöstä lähellä avain-

aseman käsitettä näytettäisiin olleen tapauksissa *CEBM/Telemarketing*[117] ja *GB-Inno-BM*[118], joissa vahvistetun periaatteen mukaan määräävän aseman väärinkäyttönä voidaan pitää liitännäisten alamarkkinoiden monopolisointia. Tunnusmerkistö täyttyy määräävässä asemassa olevan yrityksen varatessa ilman objektiivista perustetta tietyt, omaan toimintaansa kytköksissä olevat lähimarkkinat itselleen. Telemarketing-tapauksessa mainoksia myyvä, lähetysalueellaan määräävän aseman omaava televisioyhtiö edellytti, että mikäli mainoksessa näytettiin puhelinnumeroa, josta kuluttaja voi tiedustella lisätietoja, numeron tuli kuulua televisioyhtiön kanssa samaan konserniin kuuluvalle suoramarkkinointiyhtiölle. Vaatimus sulki markkinoiden ulkopuolelle muut suoramarkkinointiyhtiöt, joiden kannalta tarkastellen kyseisen yhtiön televisiomainokset muodostivat välttämättömän jakelukanavan. EY:n tuomioistuin ei kuitenkaan perustellut ratkaisuaan avainaseman käsitteellä vaan sillä, että yhtiöllä oli määräävä asema televisiomainosten markkinoilla Belgiassa. Tuomioistuin totesi väärinkäyttöä olevan sen, että yritys pyrkii monopolisoimaan itselleen liitännäiset alamarkkinat, joilla muutkin yritykset voisivat toimia. Tilanne oli verrannollinen GB-Inno-tapaukseen. Yritys, jolla oli monopoliasema televerkon perustamista ja ylläpitoa koskevilla markkinoilla, oli pyrkinyt varaamaan itselleen myös verkkoon liitettävien laitteiden maahantuonnin, kaupan, käyttöönoton ja huollon. Kummassakin tapauksessa EY:n tuomioistuin näyttäisi asiallisesti perustelleen ratkaisuaan ennemminkin *vipuvarrella*, markkinavoiman ulottamisella hallituilta markkinoilta toisille, vaikkei tätä perustetta olekaan päätöksessä näin tarkasti artikuloitu.[119]

Temple Lang esitti 1994 julkaistussa artikkelissaan, ettei määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ole yleistä sopimuksentekovelvollisuutta. Erityisesti artikkelissa pohdittiin mahdollisuutta amerikkalaisen käsitteen *essential facility* laajemmalle soveltamiselle EY:n kilpailuoikeudessa. Temple Langin artikkeli voidaan nähdä vastauksena 1990-luvun taitteen komission käytäntöä koskevalle kritiikille. Komissio asetti *Aer Lingus* -tapauksessa[120] määräävässä ase-

---

[117] Asia 311/84, Kok. 1985 s. 3621.

[118] Asia 18/88, Kok. 1991 I s. 5941.

[119] Tapauksia on toisaalta kommentoitu jo 1980-luvun lopun oikeuskirjallisuudessa avainasemaa koskevan doktriinin avulla Ks. Gyselen, Abuse of Monopoly Power within the Meaning of Article 86: Recent Developments, Fordham 1989 s. 597–658, s. 629 ss. Nähdäkseni tähän ei ole perusteita ensinnäkin siksi, ettei tuomioistuin ole viitannut avainaseman käsitteeseen. Toisekseen avainasema on vain yksi mahdollisista perusteista, joilla toimituskieltoon voidaan puuttua. Avainaseman käsitteen tultua muotiin osittain jopa kaikki toimituskieltotapaukset on haluttu nähdä ilmaisuna välttämätöntä toimintaedellytystä koskevasta opista. Nähdäkseni se tuo paremminkin lisän muihin perusteisiin eikä tee muita perusteita tarpeettomiksi.

[120] *British Midland/Aer Lingus*, EYVL 1992 L 96/34. Tapausta on mielenkiintoista verrata edellä mainittuun amerikkalaiseen tapaukseen *Alaska Airlines* (948 2d 536; 9th Cir. 1991). Yhdysvaltalainen tuomioistuin totesi, että kyse on avainasemasta vain, jos sopimuksesta kieltäytyminen estää kilpailun alamarkkinoilla.

massa olevalle lentoliikenneyritykselle velvollisuuden ryhtyä interlining-sopimukseen kilpailevan lentoyhtiön kanssa. Interling tarkoittaa järjestelyä, jossa kukin lentoyhtiö hyväksyy kilpailijoidensa liput. Käytäntö on alalla varsin yleinen. EY:n komissio ei vielä tuolloin perustellut kantaansa avainasemaa koskevalla opilla vaan totesi yleisemmin, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on tietyissä tilanteissa velvollisuus *auttaa kilpailijaansa*. Komission päätöksen mukaan interlining-sopimus oli tehtävä kahdeksi vuodeksi, mikä arveltiin riittävän pitkäksi ajaksi sille, että pienempi kilpailija vakiinnuttaa asemansa markkinoilla. Ilmeisesti tämän jälkeen yrityksen olisi kyettävä pärjäämään omillaan.[121]

Toimitusvelvollisuuden asettamista koskevaa lopputulosta voidaan pitää perusteltuna. Sen sijaan päätöksen perustelut herättävät hämmennystä. Useimmille yrityksille lienee ominaista pyrkimys vahvistaa omaa asemaa samoista asiakkaista kilpailevien yritysten kustannuksella.[122] Karitatiivinen suhtautuminen kilpailijoihin ei liene kovin yleistä, eikä sellaisen yleistyminen välttämättä edesauttaisi kilpailumekanismilta odotettujen hyödyllisten vaikutusten toteutumista. Oikeuskirjallisuudessa komission perustelut nähtiin toimituskieltoa koskevan oikeuskäytännön vaarallisena laajennuksena.[123] On nimittäin eri asia lausua, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saa *keinotekoisesti* estää kilpailijoidensa toimintaa suorituskilpailusta poikkeavin metodein, joiden tarkoituksena on näiden poissulkeminen markkinoilta *("exclusionary conduct")*, kuin edellyttää, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tulisi *edistää* kilpailijoidensa markkinoille pääsyä. Perustelu jättää kilpailun perusolemuksen, rivaliteetin, liian vähäiselle huomiolle. Komission perusteluja on pidettävä laajuudessaan varsin ongelmallisina.

Eräissä tapausta koskevissa kommenteissa vaihtoehtona "kilpailijan auttamiselle" on tarjottu amerikkalaisen avainaseman käsitteen omaksumista.[124] Komission tietoista pyrkimystä etabloida avainasemaa koskeva oppi EY:n kilpailuoikeuteen voidaankin osaltaan selittää tarpeella löytää adekvaatimpi peruste toimitusvelvollisuudelle, jollaista tarve avata EY:n laajuiset markkinat usein edellyttää. EY:n komissio on omaksunut avainaseman käsitteen käyttöön vasta 1990-luvulla. Tämä on jossain määrin yllättävää siihen nähden, että 82 artiklan

---

[121] EY:n komissio perusteli, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saa kieltäytyä liikesuhteista kilpailijansa kanssa, silloin kun määräävässä asemassa olevan yrityksen suostumisella interlining-yhteistyöhön on merkittävä vaikutus toiminnan aloittamisen kannalta. Komissio vetosi myös suorituskilpailuun todeten, ettei sopimuksesta kieltäytymistä voida pitää suorituskilpailun mukaisena normaalina kilpailukeinona.

[122] Ks. esim. Subbiotto, The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate, ECLR (1992) s. 234–244.

[123] Kuvaava on Subbiotton edellisessä alaviitteessä mainittu artikkeli. Ongelmallisena pidettiin myös edellä käsiteltyä *Magill*-tapausta.

[124] Subiotto (1992) s. 242–244.

nojalla käsitellyistä tapauksista varsin suuri osa on liittynyt toimituksista kieltäytymiseen. *Temple Langin* mukaan doktriinin myöhäinen omaksuminen on johtunut siitä, että määräävässä asemassa olevalle yritykselle varsin pitkälle meneviä toimitus- ja syrjimättömyysvelvoitteita asettava oikeuskäytäntö ei ole edellyttänyt hienojakoisempaa analyysiä.[124a]

6.1.3 Avainaseman hallinta

EY:n kilpailuoikeudessa yhtenä merkittävimpänä 1990-luvun määräävän aseman sääntelyä koskevana kehityssuuntauksena on pidettävä niin sanotun essential facilities -doktriinin käyttöönottoa. *Joutsamo* on kääntänyt termin essential facilities suomeksi avainasemaksi.[125]

> EY:n tuomioistuimen *Oscar Bronner* -päätöstä[126] koskevassa suomennoksessa käytetään termiä "olennaiset toimintaedellytykset". Käännös vaikuttaa liian epätäsmälliseltä. Kilpailuoikeudellisesti edellytetään, että toimintaedellytys on välttämätön, pelkkä olennaisuus ei riitä. *Leivo* ja *Leivo* kääntävät termin essential facilities "välttämätön fasiliteetti". Välttämätön toimintaedellytys on olennaista toimintaedellytystä parempi käännös, mutta ei yhtä iskevä kuin Joutsamon käännös "avainasema". Termin kilpailuoikeudellinen sisältö huomioon ottaen käännöstä on pidettävä onnistuneena, joten sitä käytetään jäljempänä, joskin kielenhuollollisesti sitä voidaan pitää svetisismiä. Omaan korvaani termi ei kuitenkaan liiaksi särähdä.

Avainasemalla tarkoitetaan infrastruktuuria tai muuta välttämätöntä hyödykettä, jonka uudelleen tuottaminen samoilla markkinoilla ei ole kannattavaa, mutta johon pääsy on kilpailijan toiminnan kannalta välttämätöntä. Tällöin avainasemaa hallussaan pitävälle yritykselle voidaan asettaa velvollisuus ryhtyä sopimussuhteeseen kilpailijoidensa kanssa eli myöntää muille yrityksille avainaseman käyttöoikeus kohtuullisin tai syrjimättömin ehdoin. Avainaseman käsite edellyttää kaksia markkinoita, ylämarkkinoita, joilla avainasema on, ja alamarkkinoita, joilla kilpailijan toiminta estyy. Mikäli pääsyn estyminen ei estä kilpailijan toimintaa alamarkkinoilla, kyse ei ole avainasemasta.

Avainasemana voidaan pitää esimerkiksi kiinteää verkkoa (esim. sähkön tai lämmön siirtoverkko, puhelinkaapeli), kuljetusverkostoa (esim. rautatiekiskot) tai muuta infrastruktuuria (esim. satama tai lentokenttä). Avainasemaa pitää hallussaan yksi yritys tai yritysryhmä. Avainasema eroaa yrityksen muusta käyttöomaisuudesta siinä, ettei se käytännössä ole kilpailijoiden monistettavissa. Jotta kilpailija voi tehokkaasti palvella asiakkaita, tulee sen päästä kyseiseen

---

[124a] Ks. Temple Lang (1994) s. 250.
[125] Ks. Joutsamo ym. (2000) s. 549.
[126] C-7/97, Kok. 1998 I s. 7791 ss.

verkkoon. Avainasemaa hallussaan pitävän yrityksen kilpailijat ovat riippuvaisia siitä, että avainasemaa hallinnoiva yritys myöntää käyttöoikeuden kilpailijoilleen. Avainasema voi johtua oikeudellisista rajoituksista tai taloudellisista seikoista. Usein syynä on luonnollinen monopoli.[127] Avainasema saattaa syntyä myös markkinoilla laajalle levinneellä yhteiskäyttöä koskevalla sopimuksella tai verkostotyyppisen yhteisyrityksen perustamisella.[128]

Avainaseman käsitteen omaksuminen kilpailuoikeudelliseen käsitteistöön ei ole ongelmatonta. Infrastruktuuriin ensimmäisenä investoinut yritys joutuu jakamaan sen kilpailijoidensa kanssa. Voidaan kysyä, kumpi on olennaisempaa, vapaus tehdä investointeja vai velvollisuus jakaa niitä tilanteissa, joissa infrastruktuurin yhteiskäyttö on tehokasta. Sopimusvapautta ja omaisuudensuojaa joudutaan vertaamaan tarpeeseen avata markkinoita ja edistää markkinoille pääsyä. Yritykset etsivät markkinoilta investointikohteita ja hakevat ensimmäisen investoijan kilpailuetua. Ennalta ei ole varmuutta hankeen kannattavuudesta. Markkinavoima on palkinto onnistuneesta riskinotosta. Riskinä on, että kilpailijat vapaamatkustavat ensimmäisenä riskin ottaneen investoinnilla. Ehkäpä investointia ei olisi tehty, jos jakamisvelvollisuus olisi ollut etukäteen tiedossa.

Avainaseman käsitteen kiistanalaisuus koskee:

1) konseptin kilpailupoliittista mielekkyyttä;
2) vaadittua markkinavoiman kynnystä, josta alkaen avainasemaan voidaan vedota;
3) realistisesti kilpailuviranomaisen käytettävissä olevia oikaisukeinoja.

Avainasema on kilpailupoliittisena sääntelykeinona *suhteellisen* riidaton kyseisten luonnollisen monopolin piirteitä omaavien, investointivaltaisten markkinoiden kilpailulle avaamiseen liittyvänä täydentävänä toimenpiteenä. Avainasema on yksi keskeisistä instrumenteista, jonka avulla aiemmin luonnollisina monopoleina pidettyjä aloja on kyetty avaamaan kilpailulle. Sääntelyllä erotetaan verkon omistus ja sen käyttö toisistaan. Tämän jälkeen verkon omistajalle asetetaan velvollisuus myöntää kolmansille pääsy verkkoon kohtuullisin tai syrjimättömin ehdoin (*ns. third party access*). Menetelmää on noudatettu monissa EY:n direktiiveissä. Esimerkkeinä voidaan mainita puhelinliikenne sekä sähkön, kaasun ja lämmön jakelu. EY:ssä kilpailua on pyritty lisäämään viime aikoina myös rautateillä. EY:n direktiivejä on implementoitu kansalliseen lainsäädäntöön.[129]

---

[127] Edellä mainittuja energian siirtämiseen tai rautatiekuljetuksiin käytettävää perusverkkoja ei nimittäin yleensä kannata rakentaa kuin kerran samalle alueelle.

[128] Esimerkiksi yhteisiä maksujärjestelmiä koskevat pankkien yhteistyösopimukset saattavat alentaa yksikkökustannuksia tasolle, jossa kolmansien osapuolten pääsy samoille palvelumarkkinoille voi käytännössä edellyttää mukaanpääsyä syrjimättömin ehdoin.

[129] Suomessa verkkoja on ryhdytty avaamaan jo ennen EY:stä tullutta velvoitetta mm. puhelin- ja sähkömarkkinoilla. Nykyisistä säännöksistä, joilla on turvattu kilpailijan pääsy luonnollisen

Sen sijaan on hyvin kiistanalaista, voidaanko *aineettomia hyödykkeitä*, esimerkiksi tietokoneohjelmia tai teknisten laitteiden standardeihin tai yhteensopivuutta koskevaa informaatiota pitää avainasemana.[130] Perusteena ei tällöin nimittäin ole infrastruktuurin hallinta vaan markkinajohtajan markkinaosuus ja teknologinen etumatka (kilpailuetu) siitä aiheutuvine seurannaisvaikutuksineen. Voidaan myös kysyä, voiko tietty *raaka-aine* muodostaa avainaseman. Yrityksellä voi olla oikeudellinen (esim. patentti) tai tosiasiallinen monopoli (esim. kaikkien tiedossa olevien hankintalähteiden omistus) tiettyyn raaka-aineeseen, jota ei ole mahdollista korvata millään muulla raaka-aineella. Tällöin kilpailijoiden markkinoillepääsy edellyttää raaka-ainetoimituksia. Raaka-ainetta voitaisiin pitää avainasemana; kilpailijan toiminta estyy kokonaan, ellei hyödykettä jaeta. Avainasemaan pääsyn turvaaminen voi joutua ristiriitaan neutraliteettiperiaatteen, sopimusvapauden ja tehtyjen investointien suojaamisen kanssa. Jotta yrityksen kannattaa panostaa tutkimukseen ja tuotekehitykseen, tulee sille turvata kohtuullinen hyöty otetuista riskeistä. Konfliktien vaara kasvaa sitä mukaa, mitä laajemmalle avainaseman käsitteen soveltamisala ulotetaan. Immateriaalioikeuden julistaminen "avainasemaksi" voi heikentää dynaamista tehokkuutta, jos kiihokkeet kehitystyöhön vähenevät. Toisaalta yhteiskäytön epääminen voi vähentää dynaamista tehokkuutta, mikäli markkinajohtaja epää kilpailijoilta tulevia standardeja koskevan normaalin, kauppatavan edellyttämän informaation. Avainasemaa voidaan nimittäin käyttää strategisena kilpailukeinona, jolla kilpailijoiden markkinoille pääsy estetään.

Toisaalta avainaseman käsitteen hyödyntäminen ei vaikuttaisi välttämättömältä, jos määräävä asema voidaan perustaa raaka-ainetta koskevien markkinoiden hallintaan.[131] Tarkasteltaessa määräävän aseman väärinkäyttöä, kilpailuoikeudellinen interventio voidaan perustaa avainasemaan, immateriaalioikeuden väärinkäyttöön, pyrkimykseen monopolisoida liitännäiset markkinat, hintaruuviin tai mahdollisesti syrjintäkiellon rikkomiseen. Yksi keskeisistä ongelmista on siinä, että avainaseman käsitteen rajaaminen suhteessa vanhempiin kilpailuoikeudellisiin konsepteihin on ongelmallista. Missä on avainaseman käsitteen ydin ja mikä oikeastaan erottaa sen vaihtoehtoisista kilpailuoikeudel-

---

monopolistin hallitsemaan verkkoon, voidaan mainita Telemarkkinalain 15 § ja Sähkömarkkinalain 9 §:n 2 momentti. Periaatteellisella tasolla voidaan mainita myös Postitoimintalain 4 §:n 2 momentti, jonka merkitystä on toistaiseksi ollut omiaan vähentämään se, ettei rinnakkaisia postilupia ole myönnetty.

[130] Ks. esim. Cotter, Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine, The Antitrust Bulletin, Spring 1999, s. 211–250. Artikkelissa katsotaan, ettei immateriaalioikeuksia tule yleensä pitää avainasemana.

[131] Kuten yleensäkin, ratkaisevaksi kysymykseksi muodostuu markkinoiden määrittely, muodostaako kyseinen raaka-aine kilpailuoikeudellisesti omat markkinansa vaiko ainoastaan epäitsenäisen tuotesegmentin? Mikäli kyse on omista markkinoista, voidaan kysyä, miksi raaka-ainetta tulisi pitää avainasemana, kun kerran samaan lopputulokseen kuitenkin päästään perinteisen rakenteellisen tarkastelun avulla.

lisen intervention perusteista? Jos määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on esimerkiksi velvollisuus myöntää lisenssi omistamaansa immateriaalioikeuteen olosuhteissa, joissa kieltäytymistä voitaisiin pitää oikeuden väärinkäyttönä, vetoaminen vielä erikseen avainaseman käsitteeseen ei näyttäisi perustellulta. Ongelmana on, että toimituskieltotapaukset näyttäisivät menevän keskenään päällekkäin. EY:n oikeuskäytännössä peruste toimitusvelvollisuudelle on voitu hakea samoista tekijöistä, jotka ovat mahdollistaneet merkkikohtaisen hyödykemarkkinoiden määrittelyn. Tässä mielessä avainaseman käsite näyttäisi muodostavan vaihtoehdon sanotuille konsepteille. Kysymys kuuluu, missä tilanteissa avainasema on käsitteenä tarpeellinen, välttämätön tai hyödyllinen ja mitä uutta se tuo toimituskieltotapausten kilpailuoikeudelliseen arviointiin.

Kilpailuasiaa ratkaisevan lainkäyttöelimen kannalta tarkasteltuna ongelmista vaikein liittyy sen määrittämiseen, *millä ehdoin* markkinoille pääsyn tulee voida tapahtua. Avainaseman jakamisen tulee olla kohtuudella mahdollista, eikä se saane merkittävästi vaikeuttaa avainaseman haltijan omaa toimintaa. Avainasemaan päästämisen tarkoituksena ei voine olla se, että yritys vain korvataan toisella.[132] Avainaseman haltijan haittaamattomuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että muiden päästäminen avainasemaan on teknisesti mahdollista ja että siitä aiheutuvat kustannukset saadaan perityksi avainaseman hyödyntäjiltä hyödyntämisen aiheuttamassa suhteessa. Avainasema on käsitteenä hyödyllinen, jos sen seurauksena tarjonta markkinoilla lisääntyy ja kuluttajahinnat alenevat. Samalla avainaseman haltijan tulee saada aseman vuokrauksesta kohtuullinen korvaus.

Korvaus voidaan perustaa joko *syrjimättömyyden* tai *kohtuullisuuden* periaatteelle. Syrjimättömyysperiaatetta noudatettaessa pääsy avainasemaan sallitaan samoin kustannuksin, joita avainaseman haltijalle itselleen aiheutuu. Kohtuullisuusperiaatetta noudattaen vuokra on korkeampi. Avainaseman haltijalle sallitaan kohtuulliseksi arvioitu liikevoitto. Kilpailuviranomainen joutuu yleensä vaikeuksiin joutuessaan ottamaan kantaa "oikeaan" hintaan. Vaikkei kohtuullisuutta tarvitsisikaan määritellä, ongelmia aiheutuu teknisellä tasolla kustannusten laskennasta muun ohella rajanvedosta kiinteiden ja muuttuvien kustannusten välillä ja vajaakäytössä olevan kapasiteetin jyvittämisestä. Avainaseman hinnan määrittäminen on yksinkertaisempaa niissä tilanteissa, joissa pääsy on sallittu toisille mutta evätty joiltakin yrityksiltä. Tällöin muilta infrastruktuurin hyödyntäjiltä perityt vastikkeet antavat vertailukohdan hinnan määrittämiselle. Kilpailuviranomaisen ei tällöin tarvitse ottaa kantaa oikeaan hintaan, vaan riittävää on syrjintätunnusmerkistön selvittäminen.

---

[132] Eri asia on, että avainasemaan päästäminen voi heikentää tehottomasti toimivan monopoliyrityksen kilpailuasemaa. Yksinoikeuden purkaminen tai lieventäminen on harvoin siitä nauttivan intressissä.

6.1.3.1 Yhdysvaltain kilpailuoikeus esikuvana

Essential facilities -doktriini näytetään omaksutun Yhdysvaltain kilpailuoikeudesta. EY:n käytännön ymmärtämiseksi on syytä aluksi käsitellä amerikkalaista käytäntöä. Huomiota on kuitenkin kiinnitettävä sääntelyn eroihin, joista johtuen yhdysvaltalaiset ennakkotapaukset eivät välttämättä sellaisenaan ole vertailukelpoisia EY-oikeuden kanssa.

Usein siteeratussa tapauksessa *Otter Tail Power v. United States* kyse oli pääsystä sähköverkkoon. Otter Tail oli integroitunut vertikaalisesti. Yritys vastasi sekä sähkön tuotannosta että sen jakelusta toimialueellaan. Otter Tail oli kieltäytynyt välittämästä sähköä kunnille, jotka halusivat ostaa sitä muilta sähköntuottajilta ja jotka aikoivat konsessiosopimuksen päättymisen jälkeen rakentaa oman kunnallisen sähköverkoston. Otter Tail myös kieltäytyi itse myymästä sähköä tukkuhinnalla. Kunnat olivat siten paitsi Otterin asiakkaita, myös sen potentiaalisia kilpailijoita. Korkein oikeus katsoi, että kyseessä oli kielletty liitännäisten monopolisointiyritys.[133] Se ei kuitenkaan asettanut yleistä sähkön siirtovelvoitetta.[134] Toisin kuin alempi instanssi, korkein oikeus ei viitannut nimenomaisesti avainasemaan. Kuitenkin sähkön jakeluverkko muodostaa sellaisen mitä tyypillisimmillään.[135]

Essential facilities -oppi näyttäisi kehittyneen etupäässä amerikkalaisessa kilpailuoikeustieteessä sekä alempien tuomioistuinten pyrkiessä selittämään ja luokittelemaan korkeimman oikeuden toimituksista kieltäytymistä koskevia ennakkopäätöksiä.[136] Terminä avainasema näyttää tulleen yleisempään käyttöön vasta 1970-luvun alussa *Nealen* kilpailuoikeutta koskevassa oppikirjassa.[137] Akateemisista kirjoituksista termi on siirtynyt alempien ja väliasteen

---

[133] *Otter Tail Power co. v. United States*, 410 U.S. 366, 377 (1973): "Otter Tail used its monopoly power in the towns in its service area to foreclose competition or gain competitive advantage, or to destroy a competitor, all in violation of antitrust laws". Tuomioistuin näyttää hyödyntävän myös Intent-testiä toteamalla, että Otter Tail... "had the purpose of delaying and preventing the establishment of municipal electric systems with the expectation that this would preserve its dominant position in the sale and transmission of electric power in the area". Perusteluista käy ilmi, että tuomioistuin on tosiasiallisesti kiinnittänyt huomiota myös monopolisoimistarkoitukseen ja vipuvarteen.

[134] Yrityksellä oli oikeus saada voittoa kilpailijan sähkön siirtämisestä. Siirtovelvoite asetettiin voittoa tuottavalla korvaustasolla, "at rates which are compensatory".

[135] On kuitenkin myös katsottu, ettei kyse olisi avainasemasta, kun kerran korkein oikeus ei tätä perustetta käyttänyt. Ks. Areeda (1990) s. 845; neutraalisti Furse (1995) s. 470.

[136] Yhdysvaltain käytännöstä ks. tarkemmin esim. Furse, ECLR 1995 s. 469–473; Venit/Kallaugher (1995); Schindler (1998) s. 3–33.

[137] Ks. Neale, A.D. The Antitrust Laws of the United States, 2nd edition, 1970, s. 66 ss. ja s. 127 ss., jossa käytetään lähikäsitettä pullonkaula ("bottleneck"): "The Sherman Act requires that where facilities cannot practically be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is illegal restraint of trade to foreclose a scarce facility". Pullonkaula näyttäisi olevan käsitteenä avainasemaa jonkin verran suppeampi. Käsitteiden käyttöala lienee kuitenkin viime kädessä konventionaalinen kysymys.

tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön. Yhdysvaltain korkein oikeus ei ole toistaiseksi ainakaan *expressis verbis* ottanut kantaa avainaseman käsitteeseen.

Tapaus *Hecht v. Pro Football Inc.* lienee ensimmäisiä,[138] jossa tuomioistuin nimenomaisesti viittasi avainaseman käsitteeseen. Tapauksessa amerikkalaisen jalkapallon ammattilaisseuran omistavalla yhtiöllä oli kolmeksi vuodeksi yksinomainen vuokrasopimus Washingtonin ainoaan jalkapallostadioniin. Yhtiö kieltäytyi vuokraamasta stadionia potentiaaliselle kilpailijalleen tai tämän promoottorille. Oman stadionin rakentaminen olisi tehnyt markkinoille tulon kannattamattomaksi. Tapausta käsitelleen tuomioistuimen mukaan jotta kyse on avainasemasta, markkinoille tulon ei tarvitse olla mahdotonta; riittävää on, että kieltäytymisen seurauksena se ei ole enää taloudellisesti järkevää. Toisaalta avainaseman jakamisen tulee olla mahdollista, eikä se saa kohtuuttomasti haitata sopimukseen velvoitettavan yrityksen toimintaa.[139]

Yhdysvalloissa avainasemaa koskeva oppi on kehittynyt kolmessa vaiheessa. Perustan opille loivat korkeimman oikeuden päätökset, joissa merkittävää infrastruktuuria tai pullonkaulaa hallitseva yritys velvoitettiin päästämään kilpailijansa samoille markkinoille. Toisessa vaiheessa avainaseman käsite muotoutui oikeustieteessä. Kolmannessa vaiheessa termi otettiin käyttöön alemman asteisissa tuomioistuimissa.

Edellä olevia tapauksia voidaan selittää myös intent- ja leveraging-opeilla. Tuomioistuimet ovat perustelleet toimitusvelvollisuuden asettamista useammalla perusteella samanaikaisesti. Lainkäyttöelimen näkökulmasta onkin usein luontevaa, että jos toimintavelvoitteen asettamista voidaan johtaa useammasta oikeuskäytännössä esitetystä perusteesta, ne kaikki mainitaan. Päätöksen legitiimisyyteen liittyvät näkökohdat voivat mennä akateemisen linjakkuuden edelle, jota mahdollisesti edistettäisiin vetoamalla vain keskeisimpään perusteeseen. Useamman vaihtoehtoisen perusteen esittäminen voi olla paikallaan myös silloin, kun päätöksestä on valitusoikeus. Viimeinen oikeusaste voi olla eri mieltä alemman asteen keskeisimpänä pitämästä perusteesta mutta yhtyä toissijaiseen perusteeseen. Perusteettoman toimituksesta kieltäytymisen kohteeksi joutuneen yrityksen kannalta olennaisinta on päätöksen lopputulos, toimitusvelvoitteen asettaminen, ei yleensä niinkään se, mihin oppiin päätös perustetaan. Oikeustutkimuksen kannalta päällekkäiseltä vaikuttava argumentaatio voi siten olla lainkäytön ja asianosaisten näkökulmasta rationaalia ja järkevää. Sitä

---

[138] Venitin ja Kallaugherin mukaan kyseinen tapaus on ensimmäinen tapaus, jossa tuomioistuin viittaa nimenomaisesti käsitteeseen essential facilities; ks. Venit/Kallaugher (1995) s. 319, alaviite 12. Schindlerin mukaan tapaus on yksi ensimmäisistä; Schindler (1998) s. 13–14 ja jälkimmäisellä sivulla alaviite 67.

[139] Tapauksen tosiseikat vaikuttavat verrannollisilta kotimaiseen tapaukseen *Jääkenttäsäätiö* d:o 441/61/92, kilpailuviraston päätös 22.7.1994. Kyseisessä tapauksessa ei kuitenkaan nimenomaisesti viitattu avainasemaan. Virasto perusteli määräävää asemaa yleisemmin vuokralaisena olevan seuran riippuvuudella kyseisestä jäähallista.

vastoin kilpailuoikeustieteessä luokittelun perimmäisenä tarkoituksena lienee tapauskäytännön parempi hahmottaminen.

Edellä lausuttukin huomioon ottaen on syytä kysyä, miten avainaseman käsite käytännössä eroaa monopolisoimistarkoitusta (intent) ja vipuvartta (leveraging) koskevista periaatteista. *Venitin* ja *Kallaugherin* mukaan[140] keskeisin ero intent-perusteeseen nähden liittyy oikeuttamisperusteisiin, joilla sopimuksesta kieltäytymistä voidaan perustella. Vastaaja voi puolustautua väitettyä monopolisoimistarkoitusta vastaan osoittamalla, että toimituksiin suostuminen heikentäisi monopolistin oman liiketoiminnan kannattavuutta. Intent-teoria perustuu oletukselle, että monopolisti ryhtyy "epäluonnollisiin", lyhyellä tähtäimellä itselleen ei-kannattaviin toimenpiteisiin markkina-asemansa vahvistamiseksi pitkällä aikavälillä luopumalla muutoin hyvästä kaupasta kilpailijan aseman horjuttamiseksi. Sama puolustus ei kuitenkaan ole riittävä silloin, kun kyse on avainasemasta. Avainasemaan päästäminen ei kuitenkaan saa kohtuuttomasti haitata monopolistin omaa toimintaa. Ero leveraging-teoriaan ilmenee siinä, millä markkinoilla haittavaikutukset ilmenevät. Kun vipuvarressa haittavaikutukset ilmenevät eri markkinoilla, avainasemassa haittavaikutukset ilmenevät samoilla markkinoilla, tarkemmin ilmaisten samojen markkinoiden alamarkkinoilla.[141] Avainaseman käsite pitää sisällään sen, että toimituksesta kieltäytymisestä aiheutuu haittaa samoilla markkinoilla. Käytännössä tämä edellyttää sitä, että avainaseman haltijalla on markkinavoimaa niillä markkinoilla, joille kilpailijoiden pääsy estetään.[142] Tosin jälkimmäinen ero ei vaikuta kovin selvältä, sillä se riippuu markkinamäärittelyn suppeudesta. On nimittäin mahdollista, että avainasemaan pääsy ja asiakkaiden palveleminen alemmalla tasolla määritellään toisistaan erillisiksi markkinoiksi.[143]

Tuomioistuinkäytännössä selkein prejudikaatti lienee *MCI*-tapaus vuodelta 1983,[144] joka koski paikallispuhelumarkkinoita. Kyseisessä tapauksessa AT & T oli kieltänyt kilpailijaltaan MCI:ltä pääsyn paikalliseen puhelinverkkoon rajoittaen tällä tavalla niitä palveluja, joita MCI pystyi tarjoamaan asiakkailleen. Sopimuksesta kieltäytyminen oli kiellettyä Essential facilities -doktriinin perusteella. Menettely oli omiaan laajentamaan monopolia tuotantoportaalta toi-

---

[140] Ks. Venit/Kallaugher (1995) s. 318–319.

[141] Esimerkiksi estettäessä varustamolta pääsy tiettyyn satamaan, haittavaikutukset ilmenevät pienempänä tarjontana laivamatkustajille kyseiseen satamaan suuntautuvalla laivalinjalla.

[142] Ks. tapausta *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines* (948 F. 2.d 536, 9th Cir 1991): "A facility that is controlled by a single firm will be considered 'essential' only if control of the facility carries with it the possibility to eliminate competition in the downstream market".

[143] Esimerkiksi EY:n kilpailuoikeudessa satamapalveluita ja matkustuspalveluiden tarjoamista kuluttajille on pidettävä toisistaan erillisinä hyödykemarkkinoina. Tällöin tilannetta olisi mahdollista käsitellä vertikaalisena vipuvartena, jossa sataman hallinta mahdollistaa kilpailijoiden poissulkemisen laivamatkojen tarjonnasta. Ks. jäljempänä käsiteltäviä satamatapauksia.

[144] *MCI Communications Corp. and MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co.*, 708 F. 2 d 1081 (1983)

selle ja yksiltä markkinoilta toisille. Avainasemaa hallitsevalla yrityksellä katsottiin olevan velvollisuus saattaa avainasema muiden käytettäväksi syrjimättömin ehdoin. Tapauksessa määriteltiin usein siteeratut avainasemaan puuttumisen neljä edellytystä:

1) avainaseman hallinta monopolistin toimesta;
2) kilpailijoiden kykenemättömyys valmistaa itse ("duplicate") avainasemaa käytännössä ja kohtuudella arvioituna;
3) avainaseman haltija kieltäytyy jakamasta sitä kilpailijan kanssa;
4) kilpailijan päästäminen avainasemaan on mahdollista ("feasebility").[145]

Näkemykset eroavat sen suhteen, mikä tarkalleen voi muodostaa avainaseman. Jonkin asteinen konsensus näyttäisi vallitsevan siitä, että avainasemana voidaan pitää esimerkiksi rautatiesiltaa, tele- ja energiaverkkoa tai kaupungin ainoaa urheilustadionia. Konseptin soveltaminen näytettäisiin hyväksyttävän helpommin silloin, kun kyse on pääsystä infrastruktuuriin, jota usein on vielä rahoitettu julkisin varoin. Ongelmallisempaa on konseptin ulottaminen tilanteisiin, jossa yrityksellä on hankkimansa kilpailuedun vuoksi markkinavoimaa, esimerkiksi siksi, että yrityksen tuote on lyönyt itsensä läpi markkinoilla.[146]

Amerikkalaisessa oikeuskirjallisuudessa avainaseman käsite on varsin kiistanalainen. Enemmistö näyttäisi suhtautuvan doktriiniin kriittisesti.[147] Laajalti on siteerattu *Phillip Areedan* kritiikkiä.[148] *Areedan* mukaan konseptin käyttöala tuli rajata etupäässä infrastruktuurin hallintaa koskeviin tilanteisiin, joissa pääsy avainasemaan on elinehto kilpailijan toiminnalle. Avainasemaan pääsyn estämistä ei tulisi koskaan arvioida per se rikkomuksena, vaan rule of reason -analyysin avulla. Kilpailuviranomaisen tulisi puuttua tilanteeseen silloin, kun avainasemaan pääsyn epääminen aiheuttaa selkeää taloudellista haittaa kuluttajille eli johtaa hintojen nousuun tai tuotannon rajoittumiseen. Toimitusvelvoitteen asettamisella tulee voida konkreettisesti parantaa alan kilpailuolosuhteita, eikä se saa edellyttää yksityiskohtaista sopimusehtojen kontrollointia tuomioistuimissa. Riittävänä olisi pidettävä pääsyn turvaamista "suhteellisen" tasapuoli-

---

[145] MCI-päätöksen kohta 32.

[146] Esimerkiksi on esitetty, että Intelin kehittämää nopeaa mikroprosessoria voitaisiin pitää avainasemana. Uudemmassa kirjallisuudessa päätöstä on kritisoitu. Microsoft-tapauksessa näytettäisiin nojauduttavan monopolisoimistarkoitukseen ja vipuvarteen, ei niinkään avainaseman hallintaan.

[147] Näin myös Schindler (1998) s. 17. Erityisen voimakasta kritiikkiä esittää Areedan ohella Hovenkamp. Ks. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy (1994), s. 273: "The so-called essential facility doctrine is one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of bases for Sherman § 2 liability. The antitrust world would almost certainly be a better place if it was jettisoned, with a little fine turning of the general doctrine of the monopolist's refusal to deal to fill in the resulting gaps".

[148] Ks. esim. Venit/Kallaugher (1995) s. 322; Temple Lang (1994) s. 309–313; Schindler (1998) s. 17.

sin ehdoin.[149] Pääsymaksun ei siten tarvitse vastata yrityksen omia tuotantokustannuksia, vaan avainaseman haltijalla on oikeus "kohtuulliseen" liikevoittoon. Viimein, mikäli kilpailu alamarkkinoilla on toimivaa, puuttumiskynnyksen ei tulisi ylittyä. Harkittaessa sopimusvelvoitteen asettamista interventio ei saisi johtaa monopoliyrityksen korvautumiseen toisella eikä yleisemmin investoimiseen liittyvien motiivien liialliseen vähentymiseen.[150] Nähdäkseni Areedan kanta on varsin hyvin perusteltu. Avainasemaan pääsyn avaamiselle on perusteita vain, jos sen voidaan olettaa lisäävän olennaisesti tarjontaa ja alentavan hintaa lopputuotteen markkinoilla. Sinänsä kilpailun lisääntymisellä on tämä vaikutus. Avainasemaan päästämisen pitää hyödyttää kuluttajaa. Tältä kannalta markkinoille pyrkivä yritys on vain välikappale. Kuluttajien etua arvioitaessa huomiota on kiinnitettävä erityisesti siihen, ettei heikennetä insentiivejä investoida verkostoihin, koska tällöin kuluttaja kärsii haittaa pidemmällä aikavälillä laadun heikentymisen muodossa. Edellä kuvattujen neljän edellytyksen täyttyessä kilpailuviranomaisen puuttumiskynnys ylittyy.

6.1.3.2 Doktriinin omaksuminen EY:n kilpailuoikeudessa

Lainkäyttöviranomaisen näkökulmasta toimitusvelvollisuuden asettaminen muuttuu sitä ongelmallisemmaksi, mitä enemmän siihen liittyviä sopimusehtoja tulee säännellä. Sopimuksentekovelvoite on helpommin hallinnoitavissa silloin, kun määräävässä asemassa oleva yritys on kyseisen hyödykkeen osalta jo ennestään ryhtynyt liikesuhteisiin muiden markkinoilla toimivien yritysten

---

[149] Areedan (1990) esittämän listan mukaan soveltamistilanteet tulisi rajata seuraavasti: "(i) the essential facility doctrine should only be applied exceptionally, there being no general duty to share one's resources; (ii) a monopolist's facility should be treated as "essential" only where it is vital to rival's competitive viability; it must therefore be critical (as opposed to desirable) and it must not be capable of duplication; (iii) the case of for access is strongest in the case of a regulated monopolist whose denial of access enables him to evade rate regulation; in contrast, where the monopolist is free to charge a market price for his resources, denial of access will seldom reduce output or increase price; (iv) no one should be forced to deal with unless this is likely to improve substantially competition in the marketplace; (v) only actual or potential competitors may claim access to an essential facility; (vi) denial of access can never be per se unlawful; (vii) the defendants intentions are not relevant; (viii) access should not be required if it will force the Court into a supervisory role in ensuring implementations of the remedy; (ix) in private damage suits, the plaintiff must show that he has been injured by the allegedly illegal conduct". Ks. Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law (1993 Supp.) 838–914.

[150] Viimeisen edellytyksen osalta ks. Areeda, Essential Facilities, An Ephitet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust Law Journal (1990) s. 841 ss., 844: "No one should be forced to deal unless doing so is likely substantially to improve competition in the marketplace by reducing price or by increasing output or innovation. Such an improvement is unlikely (a) when it would chill desirable activity; (b) when the plaintiff is not an actual or potential competitor; (c) when the plaintiff merely substitutes itself for the monopolist or shares the monopolists gains; or (d) when the monopolist already has the usual privilege of charging monopoly price for its resources."

kanssa. Tällöin nimittäin vertailukohta sopimusvastikkeelle voidaan usein löytää aikaisemmista sopimuksista. Ongelmallisempi tilanne on silloin, kun aiempia sopimussuhteita ei ole. Voidaanko määräävässä asemassa oleva yritys velvoittaa jakamaan hallitsemansa hyödyke muiden kanssa, vaikkei kyseisen hyödykkeen vuokraaminen tai myyminen kuuluisi yrityksen varsinaiseen liiketoimintaan? Ilmeisesti näihin tilanteisiin on syytä suhtautua erityisen pidättyvästi. Yrityksen investoinnillaan hankkiman kilpailuedun mitätöiminen voi rikkoa neutraliteettiperiaatetta vastaan ja vähentää alan myöhempää investointihalukkuutta. Milloin kilpailuhaitta on riittävän voimakas? Tietyille markkinoille ensimmäisenä investoinut voi nauttia luontaisista kilpailueduista *(first mover advantage)*, joiden saavuttaminen on toisaalta edellyttänyt riskin ottamista investoinnin kannattavuudesta. Jos jo tällaista etua pidetään avainasemana, johtaa se konseptin huomattavaan laajenemiseen. Lienee edellytettävä *Areedan* tavoin, että avainasemaan pääsyn epääminen käytännössä estää markkinoille pääsyn. Pelkkä epäämisestä aiheutuva kilpailuhaitta ei liene riittävää. Avainasemaan päästäminen voi olla ainoa keino kilpailun avaamiseksi erityisesti luonnollisen monopolin piirteitä omaavilla energia- tietoliikenne- ja kuljetusmarkkinoilla. Avainaseman käsite muuttuu epäselväksi siinä vaiheessa, kun sitä laajennetaan infrastruktuuripalveluista muihin aineellisiin ja aineettomiin hyödykkeisiin, esimerkiksi informaatioon, raaka-aineisiin tai tietokoneohjelmiin. Toisaalta voidaan kysyä, miten avainaseman käsite eroaa edellä käsitellyistä muista oikeusperusteista, joihin sopimusvelvoite on voitu perustaa, esimerkiksi immateriaalioikeuden väärinkäyttöä koskevasta opista.

6.1.3.2.1 Ensimmäiset satamatapaukset

Kuten edellä on todettu, EY:n kilpailuoikeuden tapauksia on selitetty ja luokiteltu avainaseman käsitteen avulla ainakin 1980-luvun lopulta. Viranomaiskäytäntöön konsepti löysi tiensä kolmessa laivasatamaan pääsyä koskevassa tapauksessa, jota EY:n komissio ratkaisi vuosina 1992 ja 1993. Avainaseman käsitteen kilpailuoikeudellisen merkityksen vuoksi tapauksia on syytä käsitellä lähemmin.

EY:n komissio vetosi ensimmäisen kerran avainaseman käsitteeseen tapauksessa *B & I Line v. Sealink Harbours.*[151] B & I ja Sealink kilpailivat keskenään Walesin ja Irlannin välisessä laivaliikenteessä. Varustamoista toinen, Sealink, omisti tytäryhtiönsä kautta Holyheadin satamaa ylläpitävän yhtiön. B & I valitti komissiolle aikataulumuutoksesta, joka heikensi valittajan mahdollisuuksia sataman hyödyntämiseen. Sealinkin laivojen aiheuttama aallokko lyhensi aikaväliä, jonka B & I:n laivat saattoivat olla laiturissa lastin purkamista ja matkus-

[151] *B & I Line/Sealink Harbours*, 5 C.M.L.R. (1992) s. 255.

tajien ottamista varten. B & I katsoi, että aikataulumuutoksella pyrittiin tahallaan häiritsemään yhtiön toimintaa. Komissio määritteli avainaseman laitteistoksi tai infrastruktuuriksi, jota ilman kilpailijat eivät pysty tarjoamaan palvelujaan asiakkailleen.[152] Komission määritelmä pitää sisällään sen, ettei avainasema ole kilpailijan näkökulmasta korvattavissa toisella hyödykkeellä.

EY:n komissio katsoi päätöksessään, että satamayhtiöllä oli määräävä markkina-asema, koska satamaa oli pidettävä avainasemana, jota ilman markkinoille pääseminen ei olisi mahdollista.[153] Avainaseman haltija syyllistyy määräävän aseman väärinkäyttöön estäessään kilpailijan pääsyn siihen tai periessään tältä epäedullisempia ehtoja.

Seuraavassa tapauksessa, *Sea Containers/Stena Sealink,* oli sama vastaaja. Seacat nimisen katamaraanin omistajayhtiö Sea Containers vaati syrjimätöntä kohtelua samaisessa Holyheadin satamassa.[154] Relevantit markkinat muodostuivat satamapalveluiden tarjonnasta Iso-Britannian ja Irlannin välillä reitillä Holyhead-Dublin ja Holyhead-Dun Laoghaire. Laivareittejä maiden välillä oli yhteensä kolme, joista edellä kuvattu reitti muodosti keskimmäisen. Pohjoista linjaa Strantaer-Belfast ja eteläistä vaihtoehtoa ei pidetty korvaavina vaihtoehtoina, kun huomioon otettiin matkustajamäärät ja satamien väliset etäisyydet.[155] Satama-alueen katsottiin muodostavan muiden autolauttayhtiöiden kannalta avainaseman. Vastaajayhtiön oli tästä syystä annettava kilpailevien lauttayhtiöiden käyttää satama-aluetta syrjimättömin ehdoin.[156] Avainaseman käsitteen soveltamisalaa laajennettiin entisestään. Komissio perusteli päätöstään seuraavasti:

> "Yritys, joka on määräävässä markkina-asemassa avainaseman käyttöön antamisen osalta, joka käyttää itse tätä avainasemaa (toisin sanoen sellaista järjestelyä tai infrastruktuuria, jota ilman kilpailijat eivät voi tarjota palvelu-

---

[152] Ks. *B&I/Sealink* -päätöksen kohta 66.

[153] Holyheadin sataman katsottiin muodostavan yhteismarkkinoiden oleellisen osan, kun otettiin huomioon sataman merkitys sillanpääasemana ja sataman kautta kulkevan yhteisömaasta toiseen ulottuvan laivaliikenteen määrä. Vaikkei satama-alueen sinänsä katsottu muodostavan yhteismarkkinoiden oleellista osaa, oli sitä kuitenkin pidettävä sellaisena, kun satamaan pääsy muodosti välttämättömän edellytyksen laivaliikennepalvelujen tarjoamiselle. Ks. XXII kilpailupolitiikka koskeva kertomus, kohta 219: "It is important to stress that a port, airport or any other facility, even if it is not itself a substantial part of the common market, may be considered such insofar as reasonable access to the facility is indispensable for the exploitation of a transport route which is substantial for the application of Article 86 [82] of the EEC Treaty".

[154] *Sea Containers v. Stena Link*, komission päätös 94/19, EYVL 1994 L 15/8.

[155] Kullakin reitillä oli oma vakiintunut asiakaskuntansa. Voidakseen tulla keskimmäiselle linjalle laivayhtiö tarvitsi pääsyn satamaan ja sen palveluihin reitin kummassakin päässä. Muut laivayhtiöt pyrkivät kilpailemaan juuri kyseistä reittiä käyttävistä matkustajista. Kokonaan uuden sataman rakentaminen ei olisi ollut taloudellisesti mielekästä, sillä vaaditun investoinnin suuruus tekisi markkinoille tulon täysin kannattamattomaksi.

[156] Ks. myös *Rödbyn satama*, EYVL 1994 L 55/52. Laivaliikennetapauksista ks. myös Schulze-Steinen (1998) s. 146–147.

jaan asiakkailleen) ja joka kieltäytyy ilman, että se olisi objektiivisesti perusteltua, antamasta avainasemaa muiden yritysten käyttöön tai antaa sen niiden käyttöön ainoastaan ehdoilla, jotka ovat vähemmän edulliset kuin ehdot, joilla yritys itse harjoittaa omia palvelujaan, rikkoo [82] artiklaa, jos kyseisessä artiklassa määrätyt muut edellytykset ovat täyttyneet. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei voi harjoittaa syrjintää suosimalla omia liitännäisillä markkinoilla harjoittamiansa toimintoja. Avainaseman haltija, joka käyttää valtaansa markkinoillaan suojatakseen tai vahvistaakseen asemaansa tosilla liitännäisillä markkinoilla, etenkin kieltäytymällä antamasta asemaa kilpailijan käyttöön tai antamalla sen kilpailijan käyttöön ehdoilla, jotka ovat vähemmän edulliset kuin ehdot, joita se soveltaa omiin palveluihinsa, ja asettaa siten kilpailijansa epäedulliseen kilpailuasemaan, rikkoo [82] artiklaa."[157]

Komissio korosti, että pääsy avainasemaan tulee sallia myös "silloin, kun kilpailija, jonka tarkoituksena on saada avainasema omaan käyttöönsä, on uusi tulokas relevanteilla markkinoilla". Eroa ei siten ole sillä, onko kyseessä vanha asiakas vai markkinoille vasta pyrkivä yritys. Perinteisissä toimituskieltotapauksissa väärinkäytön tunnusmerkistö on täyttynyt helpommin silloin, kun toimitukset on lopetettu vakiintuneelle asiakkaalle.

EY:n oikeuskäytännölle näyttäisi olevan luonteenomaista, että uudetkin konseptit pyritään justifioimaan aiemman oikeuskäytännön perusteella, vaikka itse asiassa kyseessä olisi kilpailuoikeudellisesti selvästi uusi vastuuperuste. Tällä tavoin oikeuskäytäntö saadaan näyttämään loogiselta jatkumolta.[158] Komissio on perustellut avainaseman käsitteen omaksumista tapauksilla *Commercial Solvents, Telemarketing* ja *GB-Inno-BM*.[159] Komissio on myöhemmin katsonut, että EY:n tuomioistuimen *Magill*-päätös vahvistaisi 82 artiklan ulottuvan myös avainasemaan.[160]

Avainaseman konseptilla on se keskeinen yhtymäkohta edellä mainittuihin tapauksiin, että toimituskiellon seurauksena sen kohteeksi joutuneen kilpailijan toiminta estyisi. Kuten avainasemassa, hyödykkeen saaminen oli välttämätöntä markkinoille pääsemiseksi. Avainasema eroaa kuitenkin edellä mainituista tuomioistuimen ratkaisuista siinä, että kieltäytyminen päästämästä kilpailijaa avainasemaan täyttää 82 artiklan tunnusmerkistön, vaikkei määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan liittyisikään mitään lisäelementtiä, kuten sitomista, toimitusten lakkauttamista vakiintuneelle asiakkaalle tai pyrkimystä

---

[157] Päätöksen kohta 66. Suomennos perustuu eräin mukautuksin EY:n tuomioistuimessa tehtyyn suomennokseen. Ks. Kok. 1998 I s. 7808–7809.

[158] Ilmiön taustalla saattaa olla common law -maista tuttu väittämä "judges don't make law, they merely find it". Säädännäisen oikeuden, lähinnä lain esitöiden, pienempää merkitystä kompensoidaan korostamalla tuomioistuimen omia päätöksiä. Havainnon problematisoinnin osalta ks. esim. Posner, The Problematics of Moral and Legal Theory (1999) s. 208–209, 244.

[159] Ks. *Stena/Sealink*, päätöksen kohta 67.

[160] XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 1995, kohta 40.

kilpailijan vahingoittamiseen tahi liitännäisten markkinoiden valtaamiseen.[161] Toisaalta avainaseman käsite edellyttää sitä, että kilpailijan toiminta estyy joillakin liitännäisillä markkinoilla. Usein avainaseman haltija on vertikaalisesti tai horisontaalisesti integroitunut yritys. Avainasemana ei siten voitaisi pitää sellaista infrastruktuuria, jolle päästämisen epääminen ei heijastu muille markkinoille vaan muodostaa itsessään kuluttajalle tarjottavan lopullisen hyödykkeen.

Temple Langin mukaan ratkaisevana testinä tulee pitää sitä, onko avainaseman päästämisen epäämisen seurauksena oleva haitta sellainen, että sen voidaan olettaa kohtuudella tekevän kilpailevan toiminnan tarkastelun kohteena olevilla liitännäisillä markkinoilla "joko mahdottomaksi tai pysyvästi, vakavasti ja väistämättä taloudellisesti kannattamattomaksi".[162] Pelkkä kilpailuhaitta ei siten ole riittävää, vaan kilpailijan toiminnan tulee estyä. Temple Langin mukaan testi on luonteeltaan objektiivinen, eli se koskee kilpailijoita yleensä. Näin ollen yksittäinen kilpailija ei voisi vedota siihen, että juuri se on erityisen haavoittuva. Viimeksi mainittu edellytys erottaa avainaseman käsitteen tapauksista *Hugin* ja *Commercial Solvents*, joissa toimituskieltoon puuttumisen perusteena oli nimenomaan toimenpidepyynnön tekijän haavoittuvuus. Erityisen selvästi tästä oli kyse Hugin-tapauksessa, jossa yrityskohtaisen riippuvuuden katsottiin syntyneen pitkäaikaisen liikesuhteen ja erikoistumisen seurauksena.[163]

6.1.3.2.2 Tapauskäytännön laajentuminen

EY:n komissio on sittemmin soveltanut avainaseman käsitettä satamien ohella muihinkin infrastruktuuripalveluihin. Käytäntö on ulottunut esimerkiksi pääsyyn lentokenttäpalveluihin,[164] rautatietunneliin[165] tai televiestintäverkkoon.[166] Perustamissopimuksen 82 artiklan ohella tapauksia on käsitelty 81 artiklan 3

---

[161] Avainasemassa sopimussuhteesta kieltäytymistä pidetään sinällään väärinkäyttönä.

[162] Temple Lang, Defining Legitimate Competition: Companies, Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Institute, 1994 s. 245–284, 285.

[163] Komission analyysi, jonka mukaan toimitusten lopettaminen tulisi johtamaan Liptonin poistumiseen markkinoilta, oli todennäköisesti virheellinen. Tähän viittaisi se, että EY:n tuomioistuimen kumottua sittemmin komission päätöksen, jonka jälkeen toimitukset uudelleen lopetettiin, seurauksena ei ollutkaan Liptonin poistuminen markkinoilta vaan yrityksen siirtyminen huoltamaan muiden kassakoneen valmistajien laitteita.

[164] Ks. esim. *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, EYVL 1998 L 72/30 ja *Alpha Flight Services/ Aéroports de Paris*, EYVL 1998 L 230/10; XXVIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 72.

[165] *Eurotunnel*, EYVL 1994 L 354/66; XXIV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 181.

[166] *Unisource ja Uniworld*, EYVL 1997 L 318/1 ja 24; XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus s. 135–136. Komissio asetti telealan liittouman hyväksymisen edellytykseksi perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan nojalla mm. sen, että kolmansille osapuolille turvataan syrjimätön pääsy osapuolten verkkopalveluihin.

kohdan nojalla, kun kyseessä on ollut verkostotyyppinen yhteistyöjärjestely. Komissio on voinut asettaa poikkeusluvan edellytykseksi, että kolmansien pääsy avainasemaan tulee turvatuksi.[167]

> Oikeuskirjallisuudessa mainitaan usein tapaukset *London European/Sabena*[168] ja *British Midland/Aer Lingus*[169] varhaisina avainasemaa koskevina ratkaisuina. Johtopäätös vaikuttaa kyseenalaiselta, sillä ensinnäkään komissio ei perustellut interventiota avainasemalla, ja toisekseen välttämättömyyskriteerin täyttyminen vaikuttaa kummassakin tapauksessa kyseenalaiselta.[170] Selkeämmin kyse avainasemasta on ollut lentokenttätoimintaan liittyvien infrastruktuuripalvelujen, esim. koneiden tankkauksen[171] tai muiden maapalvelujen ollessa kyseessä. Jotta kyse aidosti on avainasemasta, siihen epäämisen tulee käytännössä estää markkinoille pääsy ainakin kyseistä reittiä pitkin.

Komission mielestä avainasemaa koskevat periaatteet voivat soveltua, vaikkei sen haltija itse kilpailisi yrityksen kanssa, jolta pääsy on evätty. Satamatapauksen *Irish Continental Group/CCI Morlaix*[172] perustelujen mukaan avainaseman haltijan kieltäytymistä voitaisiin pitää väärinkäyttönä, vaikkei satamayhtiö itse harjoittaisi sitä toimintaa (laivaliikennettä), johon avainasemaan pääsyn epääminen estää pääsyn. Päätös laajentaa edelleen konseptin soveltamisalaa. Kuten edellä on todettu, Yhdysvalloissa edellytetään, että avainaseman haltija toimii itse niillä rinnakkaisilla markkinoilla, joilla kilpailu sopimuksesta kieltäytymisen seurauksena rajoittuu.[173]

---

[167] Ks. esim. tapauksia *Eurotunnel* ja *Unisource/Uniworld* edellisissä alaviitteissä.

[168] EYVL 1988 L 317/47. Kyseisessä tapauksessa Sabena oli evännyt kilpailijaltaan pääsyn paikkavarauksia koskevaan tietokonejärjestelmään (*Saphir*). Komissio piti järjestelmään pääsyä kilpailijan kannalta välttämättömänä, mutta ei kiinnittänyt päätöksessään riittävästi huomiota kilpaileviin paikanvarausjärjestelmiin. Vrt. myöhempää amerikkalaista tapausta *Alaska Airlines v. United Airlines* (948 F. d 536, 9th Cir. 1991), jossa vaatimus paikanvarausjärjestelmään evättiin sillä perusteella, ettei kyseessä ollut avainasema.

[169] EYVL 1992 L 96/34. Kyseistä tapausta, jossa Lontoon ja Dublinin välisessä lentoliikenteessä määräävässä asemassa ollut British Midland oli kieltäytynyt solmimasta interlining-sopimusta Aer Lingusin kanssa, on käsitelty edellä. Tapauksen tosiseikkojen valossa kieltäytyminen paikkayhteistyöstä lienee kyllä heikentänyt Aer Lingusin kilpailuasemaa, mutta tuskin teki markkinoille pääsemisestä ylivoimaisen vaikeaa tai mahdotonta.

[170] Näin myös Schindler (1998) s. 47–49.

[171] *Disma*, XXIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 80.

[172] Ks. *ICG/CCI Morlaix*, CMLR 1995, s. 177; XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 43.

[173] Ks. päätöksen kohta 59: "CCI Morlaix occupies a dominant position in the provision of an essential facility (i.e. facility for infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers). Its refusal, without objective justification, to grant access to these facilities to a company wishing to compete with a company active on the secondary market constitutes an abuse of its dominant position, even leaving aside any economic interest held by CCI Morlaix in the Brittany Ferries".

Esimerkkinä verkostotyyppisen yhteisyrityksen hallitsemasta avainasemasta voidaan mainita tapaus *La Poste/SWIFT*[174]. SWIFT[175] on 2000 pankin omistama osuuskunta, joka tarjoaa tietojen välitys- ja käsittelypalveluja kaikkialla maailmassa toimiville rahoituslaitoksille. SWIFT oli evännyt pääsyn verkostoon Ranskan valtiolliselta postiyhtiöltä. Komissio katsoi SWIFT:illä olevan lähes monopoliasema kansainvälisten maksumääräysten välittäjänä ja se hallitsee ainoaa verkkoa, joka tarjoaa yhteyksiä kaikkialla maailmassa toimiviin maksulaitoksiin. Maksuverkko muodostaa näin ollen avainaseman, sillä verkostoon pääsyn epääminen merkitsee käytännössä, että yhtiöltä evätään pääsy kansainvälisille maksumääräysmarkkinoille. SWIFT antoi komissiolle sitoumuksen,[176] jolla se sitoutui myöntämään pääsyn verkkoon kaikille sellaisille yhtiöille, jotka täyttävät Euroopan rahapoliittisen instituutin asettamat edellytykset kansallisiin maksujärjestelmiin pääsemiseksi. Ennen sitoumuksen antamista järjestelmään oli hyväksytty ainoastaan SWIFT:in jäsenet.

Edellä käsitellyistä tapauksista voidaan tehdä seuraavat johtopäätökset EY:n komission linjanvedoista:

1) Jotta kyseessä olisi avainasema, siihen pääsyn estämisen vaikutuksena tulee olla kilpailijan toiminnan estyminen; itse avainaseman käsitettä komissio ei kuitenkaan ole tarkemmin rajannut;
2) haitan tulee ilmetä liitännäisillä markkinoilla eli avainaseman tulee muodostaa puollonkaula pääsylle ylä- tai alamarkkinoille;
3) komissio käytännössä samaistaa avainaseman ja määräävän markkina-aseman toisiinsa, avainaseman hallinta merkitsee samalla määräävää asemaa, koska avainasema määritellään erillisiksi, omiksi markkinoikseen;
4) kilpailijan pääsy avainasemaan tulee turvata syrjimättömin ehdoin; tällä tarkoitetaan samaa vastiketta kuin minkä määräävässä asemassa oleva yritys itse joutuu maksamaan;
5) komissio on edellyttänyt avainaseman kirjanpidollista erottamista yhtiön muusta toiminnasta, jotta kompensaation adekvaattisuus olisi mahdollista selvittää;
6) komissio näyttäisi luopuneen vaatimuksesta, jonka mukaan avainaseman haltijan tulee itse toimia suoraan tai ainakin välillisesti niillä markkinoilla, joille kilpailijan pääsy avainaseman sulkeutumisen vuoksi estyy;
7) komission päätösten perusteluissa avainaseman käsite on jätetty laajaksi, joten se voisi periaatteessa ulottua verkostojen ja infrastruktuuripalvelujen ohella esim. raaka-aineen tai immateriaalioikeuden hallintaan.

---

[174] Ks. XXVII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 68.
[175] *Society for Worldwide International Financial Telecommunications.*
[176] Sitoumus on julkaistu EY:n virallisessa lehdessä; EYVL C 335, 6.11.1997, s. 3.

6.1.3.3 Tapaus Oscar Bronner

EY:n tuomioistuin otti ensimmäistä kertaa kantaa avainasemaan tapauksessa *Oscar Bronner* antamassaan ennakkoratkaisussa. Tapauksessa kyse oli siitä, oliko maan suurimmalla päivälehdellä velvollisuus ottaa pienemmän kilpailijansa lehdet jakelukanavaansa. Toisin kuin julkisasiamies, EY:n tuomioistuin ei päätöksessään nimenomaisesti viitannut avainaseman käsitteeseen. Tästä huolimatta tapausta voidaan luonnehtia merkittäväksi avainaseman konseptin käyttöalaa rajaavaksi prejudikaatiksi.

6.1.3.3.1 Tapauksen tosiseikat

Oscar Bronnerin toimialana on Der Standard -nimisen päivälehden toimittaminen ja kustantaminen sekä julkaiseminen ja jakelu. Mediaprint julkaisee kahta Itävallan johtavaa päivälehteä. Mediaprintin jakelujärjestelmässä sanomalehdet toimitetaan suoraan tilaajille aamun ensimmäisinä tunteina. Oscar Bronner vaati nostamallaan kanteella, että Mediaprint määrättäisiin hyväksymään Der Standard -lehti kohtuullista korvausta vastaan kotiinkantojärjestelmäänsä.

Vuonna 1994 Der Standardilla oli Itävallan päivälehtimarkkinoilla 3,6 prosentin markkinaosuus levikistä ja 6 prosentin markkinaosuus mainostuloista. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG kustantaa päivälehtiä Neue Kronen Zeitung ja Kurier. Se huolehtii näiden molempien sanomalehtien jakelusta ja mainostoiminnasta kahden tytäryhtiönsä välityksellä. Vuonna 1994 Neue Kronen Zeitungilla ja Kurierilla oli yhdessä Itävallan päivälehtimarkkinoilla 46,8 prosentin markkinaosuus levikistä ja 42 prosentin markkinaosuus mainostuloista. Näillä kahdella päivälehdellä oli kotitalouksissa asuvien yli neljätoistavuotiaiden henkilöiden osalta 53,3 prosentin ja kaikkien päivälehtien lukijoiden osalta 71 prosentin kattavuus.

Jakelujärjestelmään päästämistä koskevan vaatimuksensa tueksi Oscar Bronner korosti, että jakelu postin välityksellä – mikä tapahtuu yleensä vasta vähän ennen puoltapäivää – ei vastaa sisällöltään eikä korvaa kotiinkantoa. Lehden tilaajien vähäisen lukumäärän vuoksi sen ei itsensä ole mitenkään kannattavaa luoda omaa jakeluverkostoa. Oscar Bronner väitti lisäksi, että Mediaprint on syrjinyt sitä liittämällä kotiinkantojärjestelmäänsä Wirtschaftsblatt nimisen päivälehden, joka ei kuitenkaan ole Mediaprintin kustantama. Mediaprint korosti, että kotiinkantojärjestelmän perustaminen oli edellyttänyt yhtiöltä huomattavia hallinnollisia ja taloudellisia investointeja. Jos järjestelmä annettaisiin Itävallan kaikkien päivälehtien kustantajien käyttöön, järjestelmän luonnolliset kapasiteettirajoitukset ylitettäisiin. Vastaaja katsoi lisäksi, ettei määräävä markkina-asema voi velvoittaa sitä tukemaan kilpailua siten, että sen olisi suosittava kilpailevia yhtiöitä. Wirtschaftsblattin asema ei ollut rinnastettavissa Der Standardin asemaan, koska Wirtschaftsblattin kustantaja on antanut Mediaprint-konsernin suoritettavaksi myös painotyön ja jakelun kokonaisuudessaan eli myös myynnin lehtikioskeissa, minkä vuoksi kotiinkanto on vain osa kaikista palveluista.

Kannetta käsitellyt itävaltalainen erikoistuomioistuin, Kartellgericht, päätti pyytää EY:n tuomioistuimelta perustamissopimuksen 232 artiklan mukaisen ennakkoratkaisun.[177] Kansallinen tuomioistuin pyrki pääasiallisesti selvittämään, onko 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä se, että sanomalehtiyritys, jolla on erittäin merkittävä osuus jäsenvaltion päivälehtimarkkinoista ja kyseisen jäsenvaltion ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä, kieltäytyy tarjoamasta asianmukaista korvausta vastaan kyseisen järjestelmän palveluja kilpailevan päivälehden kustantajalle, jonka ei lehtensä pienen levikin vuoksi ole taloudellisesti järkevää perustaa ja ylläpitää yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa omaa kotiinkantojärjestelmää.

6.1.3.3.2 Käsittely EY:n tuomioistuimessa

Oscar Bronner katsoi, että päivälehtien kotiinkantopalvelu muodostaa itsenäiset markkinat, koska tavallisesti tätä palvelua tarjotaan ja sitä kysytään muista palveluista erillään. Kantaja korosti, että pääsääntöisesti palvelu, joka suoritetaan antamalla käyttöön tietty järjestely, ja palvelu, joka tarjotaan tätä järjestelyä käyttäen, muodostaa avainasemaa koskevan opin mukaan erilliset markkinat. Kantaja katsoi – ilmeisen epätarkasti[178] – että EY:n tuomioistuin olisi hyväksynyt avainaseman[179] käsitteen käyttöön jo *Magill*-tapauksessa antamas-

---

[177] Tapauksessa oli kiistanalaista, täyttyikö 82 artiklan kauppavaikutuskriteeri asiassa. Ilmeisesti asia olisi voitu ratkaista kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella. Mediaprint ja EY:n komissio vaativat ennakkoratkaisua koskevan pyynnön jättämistä tutkimatta. EY:n tuomioistuin kuitenkin totesi, että sen arvioiminen, onko ennakkoratkaisun pyytäminen tarpeen asian ratkaisemiselle, kuuluu lähtökohtaisesti kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan. EY:n tuomioistuin jättää vastaamatta ennakkoratkaisupyyntöön vain tapauksissa, joissa yhteisöulottuvuuden puuttuminen on ilmeistä. EY:n ja kansallisten toimielinten välillä noudatettava yhteistyöperiaate huomioon ottaen voidaankin pitää varsin perusteltuna sitä, että kynnys ennakkoratkaisukysymyksen tutkimatta jättämiselle on varsin korkealla. Eri asia on, mitä toimenpiteitä EY:n tuomioistuinjärjestelmän toimivuuden turvaaminen jatkossa institutionaalisesti edellyttää. Ongelmaksi on muodostunut mm. juttumäärän kasvu. Muun ohella virkojen rajallisuudesta, käännöstoiminnan vaatimuksista ja osittain myös prosessisääntöjen epätarkoituksenmukaisuudesta on aiheutunut se, että järjestelmän ei uskota selviävän nykyisessä muodossaan yhteisen valuutan, Amsterdamin sopimuksen ja mahdollisen itälaajentumisen tuomasta työn lisäyksestä. EY:n tuomioistuin on julkaissut oman näkemyksensä tarvittavista muutoksista. Ratkaisuina on esitetty työjärjestyksen muutoksella mahdollisen prosessioikeudellisen hienosäädön ohella muun ohella prejudikaattifiltteriä, jonka mukaan EY-tuomioistuimeen pääsisivät ainoastaan todellista ennakkotapausarvoa omaavat asiat sekä toisaalta EY-oikeuden soveltamisen hajauttamista esimerkiksi perustamalla EY-asioiden käsittelyyn erikoistuneita kansallisia tuomioistuimia tai muita viranomaisia.

[178] Vrt. *Magill*-tapausta edellä. Oscar Bronnerin argumentti on tosin saanut jonkin verran tukea oikeuskirjallisuudessa. Edellä on katsottu, että Magill rinnastuu aikaisempiin immateriaalioikeuden "pakkolisensiointia" koskeviin tapauksiin, erityisesti ratkaisuun *Volvo/Veng*. Avainasemaa koskevan opin mainitseminen ei näyttäisi tuovan varsinaisesti mitään uutta immateriaalioikeuden hallinnan perusteella tehtäviin johtopäätöksiin.

[179] EY:n tuomioistuimen päätöksen suomennoksessa käytetään termiä olennainen toimintaedellytys. Nähdäkseni käännösvaihtoehto on termiä avainasema epämääräisempi eikä kuvaa yhtä hyvin, mistä konseptissa varsinaisesti on kysymys.

saan päätöksessä.[180] Mediaprint on ainoan Itävallassa käytössä olevan kannattavan valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmän haltijana velvollinen tarjoamaan järjestelmänsä palveluja markkinalähtöisin ehdoin ja hinnoin kilpaileville tuotteille. Kantaja vetosi myös EY:n tuomioistuimen *Commercial Solvents* -ratkaisuun,[181] jonka mukaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kieltäytyminen toimittamasta tuotetta välittömästi edeltävässä portaassa oleville yrityksille, on laillista ainoastaan, jos kieltäytyminen on objektiivisesti perusteltua. Vielä kyse olisi liitännäisten alamarkkinoiden monopolisoimista (leveraging), jolla lehtijakelua käytetään vipuvartena päivälehtien välisen kilpailun rajoittamiseen.[182]

Mediaprint, katsoi, ettei yhteisöoikeus aseta velvollisuutta kilpailijan lehtien jakelemiseen. Mediaprint kiinnitti huomiota avainasemaa koskevan opin periaatteellisiin puoliin, erityisesti niihin haittavaikutuksiin, joita opin laajalla tulkinnalla voisi olla sopimusvapaudelle ja investointien suojalle. Mediaprint katsoi, että myös määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on pääsääntöisesti sopimusvapaus. Niillä on tavallisesti oikeus vapaasti päättää, kenelle ne aikovat tarjota palveluitaan ja erityisesti, kenen käyttöön ne haluavat antaa oman järjestelmänsä. Vastaajan mielestä määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle asetettu sopimuspakko voisi perustua perustamissopimuksen 82 artiklaan ainoastaan poikkeuksellisissa oloissa.[183] Poikkeusolosuhteissakaan kieltäytyminen sopimuksenteosta ei ole väärinkäyttöä, mikäli se on objektiivisesti perusteltua.[184]

---

[180] *RTE ja ITP vastaan komissio ("Magill")*, C-241/91 P ja C-242/91; Kok. 1995, s. I-743.

[181] Asiat 6/73 ja 7/73, *Commercial Solvents v. komissio*, Kok. 1974, s. 223, 25 kohta.

[182] Tältä osin viitattiin tapaukseen *CBEM* (311/84, Kok. 1985, s. 3261). Kyseisen päätöksen mukaan 82 artiklassa kiellettyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä on se, että tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa oleva yritys varaa itselleen tai samaan konserniin kuuluvalle yritykselle ilman, että se olisi objektiivisesti välttämätöntä, liitännäisen toiminnan, jota kolmas yritys voisi harjoittaa toimialansa puitteissa erillisillä lähimarkkinoilla kun uhkana on, että kilpailu tämän yrityksen osalta päättyy kokonaan. Periaate näyttäisi päällisin puolin ajatukseltaan vastaavan amerikkalaista leveraging-oppia. Oscar Bronner katsoi, että edellä esitettyä periaatetta voidaan soveltaa tilanteeseen, jossa yrityksellä on määräävä asema tiettyä sellaista palvelua koskevilla markkinoilla, joka on välttämätön toisen, eri markkinoilla toimivan yrityksen toiminnalle.

[183] Mediaprintin mukaan edellä mainituissa asioissa *Commercial Solvents vastaan komissio* ja *CBEM* annetuista tuomioista kuitenkin seuraa, että tällaisista poikkeuksellisista oloista on kyse ainoastaan tilanteessa, jossa sillä, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kieltäytyy toimittamasta tuotetta, saatetaan poistaa kaikki kilpailu edeltävässä portaassa. Tällaisesta tilanteesta kyse ei ollut pääasiassa, jossa kotiinkantojärjestelmän ohella käytössä oli muitakin jakelujärjestelmiä, joiden kautta Oscar Bronner voi myydä päivälehtiään Itävallassa. Myös vastaaja viittasi tuekseen *Magill*-tuomioon.

[184] Pääasian osalta tilanne olisi tämä, jos Der Standard -lehden liittämisellä järjestelmään vaarannettaisiin Mediaprintin kotiinkantojärjestelmän toiminta tai jos liittäminen osoittautuisi mahdottomaksi järjestelmän kapasiteettiin liittyvistä syistä.

EY:n komissio huomautti, että kansallisen tuomioistuimen on tarkistettava, että perustamissopimuksen 82 artiklan soveltamisedellytykset täyttyvät: ainoastaan silloin, jos itsenäiset kotiinkantojärjestelmää koskevat markkinat ovat olemassa ja jos Mediaprintillä on määräävä asema näillä markkinoilla, olisi tutkittava, merkitseekö se, että Mediaprint on kieltäytynyt liittämästä Oscar Bronneria tähän verkostoon määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Komissio korosti ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenevän, että kolmas yritys on otettu mukaan Mediaprintin kotiinkantojärjestelmään. Mahdollista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voisi 82 artiklan c kohdan mukaan olla erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin. Komissio katsoi kuitenkin, että tästä ei ole kysymys pääasiassa, koska Oscar Bronnerin kysymän palvelun edellytykseksi ei oltu asetettu muita kuin toisiinkin kauppakumppaneihin sovellettavia ehtoja, vaan palvelua ei olisi tarjottu lainkaan, jos Mediaprintin suoritettavaksi ei olisi samanaikaisesti uskottu muita palveluja.

Vaikka komissio periaatteellisella tasolla on aktiivisesti pyrkinyt etabloimaan avainasemaa koskevaa oppia EY:n kilpailuoikeuteen, tässä nimenomaisessa tapauksessa se katsoi, etteivät konseptin soveltamisedellytykset täyttyneet. Komission kannalta kyseessä lienee ollut liian epävarma testitapaus. Komission kielteistä suhtautumista voidaan selittää myös taktisella näkökohdalla, jonka mukaan epävarman tapauksen tukeminen voisi vaarantaa koko periaatteen läpimenon EY:n tuomioistuimessa. Julkisasiamiehen lausunto ja EY:n tuomioistuimen päätös lienevät sittemmin osoittaneet, ettei vaara doktriinin hylkäämisestä ollut tuulesta temmattu.

6.1.3.3.3 Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus

Julkisasiamies *Jacobs* käsitteli ratkaisuehdotuksessaan lyhyesti Yhdysvaltain käytäntöä, josta komissio on avainaseman käsitteen omaksunut. Harkittaessa uuden konseptin omaksumista jäsenvaltioiden lainsäädännössä EY:n tuomioistuimessa kiinnitetään usein huomiota jäsenvaltioille yhteisiin oikeusperiaatteisiin. Tavoitteena ei ole pienimmän yhteisen nimittäjän löytäminen vaan pikemminkin eri ratkaisuvaihtoehtojen vaikutusten hahmottaminen. Jos tietty normi tai periaate on jäsenvaltioissa yleinen, voidaan olettaa, ettei sen omaksuminen EY-oikeudessa aiheuta suuria ongelmia jäsenvaltioiden kannalta.

Julkisasiamies totesi, että sopimusvapaus muodostaa olennaisen piirteen useimpien maiden kauppaoikeudessa. Eräissä jäsenmaissa määräävässä asemassa olevan yrityksen oikeutta kieltäytyä sopimuksesta on rajoitettu. Perusteetonta liikesuhteesta kieltäytymistä pidetään määräävän aseman väärinkäyttönä Suomen ohella Espanjassa, Kreikassa ja Portugalissa. Julkisasiamies viittasi myös Suomen lainsäädäntöön. Oikeuskäytännössä avainaseman käsite

on omaksuttu Ranskassa, Tanskassa ja Espanjassa.[185] Julkisasiamies kuitenkin päätyi korostamaan sitä, että oikeus valita sopimuskumppaninsa ja päättää vapaasti omaisuudesta on yleisesti tunnustettu jäsenmaissa ja että periaatteelle on joissakin tapauksissa tunnustettu perustuslaillinen asema. Tästä syystä näiden oikeuksien rajoittaminen on perusteltava huolellisesti.

Kilpailupoliittisesti perusteita, joilla määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimusvapauteen voidaan puuttua, tulee verrata vastakkaisiin näkökohtiin. Julkisasiamies korosti sitä, että liian pitkälle viety sopimuksentekovelvoite ei kannustaisi kilpailijoita itseään kehittämään tuotanto-, osto- tai jakelujärjestelmiään. Vaikka kilpailu lyhyellä tähtäimellä lisääntyisi, voisi se pitkällä tähtäimellä vähentyä. Se ei myöskään kannustaisi määräävässä asemassa olevaa yritystä investoimaan tehokkaaseen infrastruktuuriin, jos se tietäisi kilpailijoiden pääsevän ne jakamaan. Näin ollen yksistään määräävässä asemassa olevalle yritykselle aiheutuva kilpailuetu ei riitä perusteeksi avainaseman jakamista koskevan vaatimuksen hyväksymiselle.[186] Ajatusta voitaneen kehitellä eteenpäin siten, että käänteisesti markkinoiden avaamisesta aiheutuva hyöty kilpailun lisääntyessä ja integraation edistyessä ei yksinään oikeuta avainaseman avaamista. Tällaisessa tilanteessa markkinatoimijoiden varallisuusoikeuksien (property rights) uudelleenjako lienee helpommin perusteltavissa lainsäädäntötoimin kuin kilpailuviranomaisen päätöksellä. Kilpailuoikeudellisen neutraliteettiperiaatteen mukaan kilpailuviranomaisten tulee välttää toimenpiteitä, joilla horjutettaisiin markkinoilla vakiintuneita oikeussuhteita tai peräti jaettaisiin uudestaan osapuolille kertynyttä varallisuutta.

Julkisasiamies totesi myös, ettei 82 artiklan *ensisijaisena*[187] tavoitteena ole kilpailijoiden vaan kilpailuprosessin suojaaminen vääristymiltä ja kuluttajien aseman turvaaminen. Näin ollen sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys varaa edeltävässä portaassa olevat markkinat itselleen, ei voida automaattisesti pitää väärinkäyttönä. Menettelystä voi nimittäin olla haittaa kuluttajille vain, jos lopputuotteen markkinat on riittävästi suojattu kilpailijoilta ja yrityksellä on markkinavoimaa myös näillä markkinoilla. Julkisasiamies näyttää tarkoittavan, että pääsyn epääminen avainasemaan olisi haitallista vain, jos sen seurauksena hinnat nousevat tai tuotanto vähenee, tai kuluttajat muutoin kärsivät haittaa.

---

[185] Julkisasiamiehen komparatiivinen selvitys ei vaikuta kattavalta, jollaiseksi sitä ei välttämättä liene tarkoitettukaan. Erityislainsäädäntöä on hiljattain annettu ainakin Saksassa.

[186] Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 57.

[187] Yhdysvalloissa asia ilmaistaan yleensä siten, ettei kilpailuoikeuden tavoitteena *lainkaan* ole kilpailijoiden suojaaminen. Tuomari Learned Handin *Alcoa*-päätöksestä usein siteerattua retoriasta lausumaa ei voitane kuitenkaan tulkita liian yksiviivaisesti. Kilpailu edellyttää jo käsitteellisesti vähimmäismäärää kilpailijoita, aina vähintään useampaa kuin yhtä yritystä. Kilpailun ja kilpailijoiden suojelun eristäminen toisistaan on siten helpompaa käsitetasolla kuin käytännössä. Vertailu julkisasiamies Jacobin ja tuomari Learned Handin lausumien välillä on kuitenkin osaltaan valaiseva. Ero kuvaa sitä, että EY:ssä kilpailijoiden suojelemisella on edelleen suurempi painoarvo kuin Yhdysvalloissa.

Kriteeri näyttäisi vastaavan *Areedan* ja *Hovenkampin* Yhdysvaltain kilpailuoikeutta koskevan suosituksen kriteeriä.[188] Toisaalta on selvää, että kieltäytyminen tarjoamasta avainaseman palveluja voi joissakin tapauksissa aiheuttaa sen, että kilpailu lakkaa tai vähenee oleellisesti niin lyhyellä kuin pitkälläkin aikavälillä kuluttajan vahingoksi. Julkisasiamiehen mukaan tämä on tilanne silloin, kun vähäisessä määrin toisiaan korvaavien hyödykkeiden kilpaileminen rinnakkaisilla markkinoilla edellyttää pääsyä avainasemaan.[189]

EY:n tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön osalta lausunnossa päädytään siihen, ettei tuomioistuin ole konseptia hyväksynyt. Julkisasiamies käsittelee aluksi *Commercial Solvents* -tapausta. Tapauksesta ei voida kuitenkaan johtaa yleistä velvollisuutta toimittaa kilpailijan tarvitsemaa raaka-ainetta tai muuta hyödykettä. Vastoin oikeuskirjallisuudessa varsin yleisesti esitettyä kantaa, jota EY:n komissio osaltaan on tukenut, myöskään *Magill*-tapauksesta ei tällaista johtopäätöstä voida tehdä. Immateriaalioikeuksien myöntämiseen rajoitetuksi ajaksi liittyy jo lähtökohtaisesti vertailua kilpailun vapauden ja toisaalta tutkimukseen ja luovuuteen liittyvien kannusteiden turvaamisen välillä. Magill voidaan selittää tekijänoikeuksia koskevana erityistilanteena.[190] Kyse oli siitä, että poikkeuksellisen laajasti tulkittu tekijänoikeus esti käytännössä uuden, muissa jäsenmaissa normaalin ja yleisen, kaikkien kanavien ohjelmatiedot sisältävän lehden julkaisemisen. Ongelma ratkaistiin rajaamalla lainsäädännössä TV-ohjelmatiedot suojatun tekijänoikeuden ulkopuolelle. EY:n tuomioistuin on todennut mm. tapauksessa *Volvo/Veng*, että muiden seikkojen puuttuessa kieltäytyminen käyttöluvan myöntämisestä ei voi sinällään olla väärinkäyttöä.

Edellä esitettyjen perustelujen nojalla julkisasiamiehen ehdotukseen on helppo yhtyä. Kuten edellä on todettu, avainaseman käsitteen liimaaminen immateriaalioikeuden väärinkäyttöä koskevan opin päälle ei näyttäisi tuovan mitään olennaisesti uutta kilpailuoikeudelliseen analyysiin. Päinvastoin, avainaseman käsitteen soveltaminen immateriaalioikeuksiin sotkee pahasti rajanvedon immateriaalioikeuden käytön ja hyödyntämisen välillä. Nähdäkseni Magill-tapauksessa mikään ei viittaa siihen, että tuomioistuimen tarkoituksena olisi ollut muuttaa tapauksessa Volvo/Veng omaksumaansa suhteellisen varovaista linjaa.

Sovellettiinpa avainaseman käsitettä tai perinteisempiä toimituksesta kieltäytymistä koskevia periaatteita, julkisasiamiehen mielestä kilpailuviranomaisen interventio on kilpailupoliittisesti perusteltu ainoastaan silloin, kun avain-

---

[188] Ks. Areeda (1990); Hovenkamp (1999) s. 305–311. Vrt. Temple Lang (1994), jonka mukaan kuluttajien edun vaarantuminen olisi kriteerinä liian suppea, koska se jättäisi huomiotta EY:ssä vallitseva tarpeen avata markkinoita ja edistää integraatiota.

[189] Viimeksi mainittu lause voidaan tulkita komission satamapäätöksien hiljaiseksi hyväksymiseksi. Satamaan pääsemisen estäminen ei nimittäin sinänsä estä laivaliikennetoimintaa mutta kylläkin pääsyn kyseisessä satamassa määränpään omaaville linjoille.

[190] *Telemarketing*-tapauksessa kyse oli ollut liitännäisten alamarkkinoiden monopolisoimisesta.

aseman haltija todellakin hallitsee rinnakkaisia markkinoita. Avainaseman toisintamisen tulee olla mahdotonta tai ainakin erittäin vaikeaa fyysiset, maantieteelliset ja taloudelliset seikat huomioon ottaen tai siksi, ettei se yleinen järjestys huomioon ottaen ole toivottavaa. Avainasemaan pääsyn epäämisen seurauksena kilpailun tulisi olla objektiivisesti erittäin vaikeaa kaikille potentiaalisille kilpailijoille ja aikaansaada käytännössä se, että yritykset luopuvat markkinoille pyrkimisestä. Mitä tulee avainasemaan päästämisen ehtoihin, asiassa tulisi tarkastella kaikkia asiaan vaikuttavia seikkoja, myös sitä, missä määrin määräävässä asemassa olevan yrityksen on siirrettävä investointi- tai ylläpitokustannuksia rinnakkaisilla markkinoilla veloittamiinsa hintoihin.[191]

Käsillä olevan tapauksen osalta julkisasiamies päätyi varsin helposti siihen, ettei kyse ollut avainasemasta. Vaikkei jutun kantajalla, Bronnerilla, itsellään olisikaan mahdollisuutta perustaa kilpailevaa valtakunnallista päivälehtien jakeluverkostoa, sillä oli kuitenkin käytössään lukuisia vaihtoehtoisia, joskin vähemmän vaivattomia tapoja hoitaa jakelu. Se, ettei jakelukanavaan päästämisestä aiheutuva kilpailuhaitta estänyt yhtiön markkinoillepääsyä, kävi ilmi muun ohella yrityksen kasvuluvuista.[192]

6.1.3.3.4 EY:n tuomioistuimen ratkaisu

EY:n tuomioistuin totesi yleisesti,[193] että relevanttien markkinoiden rajaaminen vaikuttaa lopputulokseen. Kansallisen tuomioistuimen tulisi selvittää, muodostavatko kotiinkantojärjestelmät erilliset hyödykemarkkinat vai ovatko muunlaiset päivälehtien jakelutavat, kuten myynti kaupoissa ja lehtikioskeissa tai jakelu postin välityksellä, riittävästi korvaavia vaihtoehtoja. Huomioon olisi otettava myös mahdollisten alueellisten kotiinkantojärjestelmien olemassaolo.

---

[191] Ratkaisuehdotuksen kohta 66.

[192] Kantajan oman ilmoituksen mukaan yhtiö oli kasvanut "sensaatiomaisesti"; tilausmäärä oli noussut 15 prosenttia ja mainostilan myynti 30 prosenttia. Yhtiön tuomioistuimelle toimittamat asiatiedot eivät siten juurikaan tukeneet esitettyjä vaatimuksia. Tosin ilman jakelutierajoitusta kasvu olisi mahdollisesti voinut olla vielä nopeampaa. Kilpailuoikeudellisesti olennaista on tässä yhteydessä vain se, ettei yksi avainaseman keskeisistä edellytyksistä, markkinoille pääsyn estyminen, voinut täyttyä.

[193] EY:n tuomioistuin viittasi aluksi siihen, että 82 artiklan soveltaminen edellyttää kauppavaikutusta. Tapauksen tosiseikkojen perusteella kriteerin täyttyminen vaikuttaa epävarmalta, ellei epätodennäköiseltä. Tuomioistuin sivuutti tämän kysymyksen, jotta kansalliselle tuomioistuimelle voidaan antaa hyödyllinen vastaus. Asia näytetään otetun käsitellyksi EY-oikeuden tulkintavaikutuksen perusteella. Kysymykset esittänyt itävaltalainen tuomioistuin lähti siitä, että 82 artiklalla olisi käytännössä ratkaiseva merkitys annettaessa merkityssisältöä kansallisen lain säännöksille. EY:n tuomioistuin näyttää hyväksyneen, että tällaisen tulkintavaikutuksen olemassaolo on riittävä edellytys vastauksen antamiselle. Kantaa voidaan pitää oikeana, sillä ristiriitojen välttäminen EY-oikeuden ja kansallisen oikeuden välillä edellyttää käytännössä sitä, että kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ennakkoratkaisun pyytämiseen niissäkin tilanteissa, jossa EY-oikeutta sovelletaan epäsuoraan. Kyse ei ole tällöin sellaisesta teoreettisesta oikeusriidasta vaan hyvin konkreettisesta tuomarin työskentelystä, jossa riittävä yhdenmukaisuus pyritään turvaamaan.

Jos kansallinen tuomioistuin päätyy siihen, että kotiinkantojärjestelmät muodostavat erilliset markkinat ja että Mediaprintin valtakunnallinen järjestelmä ei ole riittävässä määrin korvattavissa muilla alueellisilla järjestelmillä, sen on väistämättä todettava, että Mediaprintillä, jolla on ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenevien tietojen perusteella ainoana Itävallassa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä, on tosiasiallisesti näin määritellyillä markkinoilla monopoliasema ja siten määräävä asema näillä markkinoilla. Tällaisessa tilanteessa kansallisen tuomioistuimen olisi todettava myös, että Mediaprintillä on määräävä markkina-asema yhteismarkkinoiden merkittävällä osalla, koska yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltion alue, jolle määräävä markkina-asema ulottuu, voi olla yhteismarkkinoiden merkittävä osa.[194]

EY:n tuomioistuin totesi julkisasiamiehen tavoin, ettei käsillä olevan kaltaista tapausta oltu ratkaistu aiemmassa käytännössä. Vaikka tuomioistuin katsoi tapauksissa *Commercial Solvents* ja *CBEM* väärinkäytöksi sen, että tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa oleva yritys kieltäytyi toimittamasta lähimarkkinoilla toimivalle kilpailevalle yritykselle raaka-aineita[195] ja tarjoamasta palveluja,[196] jotka olivat välttämättömiä tämän yrityksen toiminnalle, se päätyi tähän, koska kyseinen toiminta saattoi johtaa siihen, että tämä yritys ei kyennyt kilpailemaan enää lainkaan.

Tämän jälkeen tuomioistuin siirtyi käsittelemään sitä, voisiko 82 artiklan väärinkäytön tunnusmerkistö täyttyä Bronnerin asiassa. Vastaus oli kielteinen. Vaikka oletettaisiinkin, että *Magill*-tuomioon voitaisiin tehokkaasti vedota päivälehden pääsyä jakeluverkostoon koskevassa asiassa, ja vaikka oletettaisiinkin, että teollisoikeuksien käyttöä koskeva oikeuskäytäntö soveltuisi minkä tahansa omistusoikeuden käyttöön, tämäkään ei riittäisi 82 artiklan soveltamiseen. Väärinkäytön tunnusmerkistö nimittäin edellyttäisi, että kieltäytymisellä kotiinkantopalvelun tarjoamisesta voitaisiin poistaa kaikki kilpailu päivälehtimarkkinoilta palvelua kysyneeseen nähden ja ettei kieltäytymistä voida objektiivisesti perustella. Vielä olisi edellytettävä, että palvelu sinänsä on välttämätön kyseisen yrityksen toiminnan harjoittamisen kannalta siten, että kyseistä kotiinkantojärjestelmää ei voida tosiasiallisesti eikä mahdollisesti korvata millään toisella järjestelmällä.

EY:n tuomioistuin näyttää lipsuneen kansalliselle tuomioistuimelle kuuluvan tosiseikkojen arvioinnin puolelle todetessaan, ettei kilpailijan toiminta esty edes pääasian kaltaisessa tilanteessa, jossa jäsenvaltion alueella on ainoastaan yksi valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä ja jossa lisäksi tällä järjestelmällä

---

[194] EY:n tuomioistuin viittasi tapauksiin *Michelin v. komissio*, 322/81, Kok. 1983, s. 3461, 28 kohta ja *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, Kok. 1994, s. I-5077 (ks. erit. tuomion 17 kohta).

[195] Ks. *Commercial Solvents v. komissio*, tuomion 25 kohta.

[196] Ks. 311/84, *CBEM*, tuomion 26 kohta.

perustetuilla palvelumarkkinoilla tai markkinoilla, joiden osa tämä järjestelmä on, sen haltijalla on määräävä asema. Tuomioistuimen mukaan on nimittäin selvää, että on muitakin päivälehtien jakelutapoja, kuten jakelu postin välityksellä ja myynti kaupoissa ja lehtikioskeissa, ja että kustantajat käyttävät niitä joidenkin päivälehtien osalta, vaikka ne olisivatkin vähemmän edullisia.

Tuomioistuin jatkoi, ettei myöskään näyttänyt olevan teknisiä, lainsäädännöllisiä eikä taloudellisiakaan esteitä, jotka voisivat tehdä mahdottomaksi tai edes kohtuuttoman vaikeaksi sen, että muut päivälehtien kustantajat perustaisivat yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa oman valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmänsä ja että ne käyttäisivät sitä omien päivälehtiensä jakeluun. Sen osoittamiseksi, ettei tällaisen järjestelmän perustaminen ole realistisesti mahdollinen vaihtoehto ja että järjestelmän palvelut ovat siten välttämättömiä, ei riitä, että vedotaan siihen, ettei perustaminen ole taloudellisesti kannattavaa pienen levikin vuoksi.

Edellä esitetyn perusteella tuomioistuin vastasi ennakkoratkaisunaan, ettei perustamissopimuksen 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ole se, että sanomalehtiyritys, jolla on erittäin merkittävä osuus jäsenvaltion päivälehtimarkkinoista ja kyseisen jäsenvaltion ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä, kieltäytyy tarjoamasta asianmukaista korvausta vastaan kyseisen järjestelmän palveluja kilpailevan päivälehden kustantajalle, jonka ei lehtensä pienen levikin vuoksi ole taloudellisesti järkevää perustaa ja ylläpitää yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa omaa kotiinkantojärjestelmää.

Jotta kieltäytymistä voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, on ainakin edellytettävä paitsi sitä, että kieltäytymisellä kotiinkantopalvelujen tarjoamisesta saatetaan poistaa kaikki kilpailu päivälehtimarkkinoilta palvelua kysyneeseen nähden, myös sitä, että palvelu sinänsä on välttämätön kyseisen yrityksen toiminnan kannalta. Välttämättömyyskriteeri tarkoittaa sitä, että kyseistä palvelua ei voida "tosiasiallisesti tai mahdollisesti" korvata millään toisella järjestelyllä. Vielä on edellytettävä, ettei kieltäytymistä voida objektiivisesti perustella.[197] Tuomioistuimen mukaan näin ei ole silloin, kun on olemassa muita päivälehtien jakelutapoja, kuten jakelu postin välityksellä ja myynti kaupoissa ja kioskeissa, joita lehtien kustantajat käyttävät, vaikkakin ne olisivat vähemmän edullisia joidenkin päivälehtien osalta.

Kantajalla oli käytettävissään muitakin tapoja toimittaa lehtensä lukijoille. Toisaalta tapauksessa ei näyttänyt olevan teknisiä, lainsäädännöllisiä eikä taloudellisiakaan esteitä, jotka voisivat tehdä mahdottomaksi tai edes kohtuuttoman vaikeaksi sen, että muut päivälehtien kustantajat perustaisivat yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa oman valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmän päivälehtiensä jakelua varten.

---

[197] Ks. EY:n tuomioistuimen päätöksen 2. johtolause, Kok. s. 7793.

6.1.3.3.5 Tapauksen arviointia

EY:n tuomioistuimen päätöksessä kiinnittää ensiksi huomiota se, ettei tuomioistuin, toisin kuin julkisasiamies käytä termiä avainasema. Tuomioistuin puhuu yleisemmin niistä edellytyksistä, joilla toimituksesta kieltäytymistä pidetään määräävän aseman väärinkäyttönä. Jakeluverkostoon päästämisen edellytykset pyritään kytkemään tuomioistuimen aiempaan käytäntöön.[198] Julkisasiamies tarkasteli nimenomaan avainaseman konseptia. Varsin yleisesti tapauksen kommentaareissa[199] onkin katsottu, että kyse on merkittävästä avainasemaa koskevasta prejudikaatista.

EY:n tuomioistuin näyttää nostaneen avainaseman käsitteen soveltamiskynnyksen varsin korkealle. Tuomioistuimen päätöksen mukaan kantajan olisi näytettävä toteen, ettei ole taloudellisesti mahdollista perustaa toista kotiinkantojärjestelmää sellaisten päivälehtien jakamiseksi, joilla on vastaavansuuruinen levikki kuin lehdillä, joita jaetaan olemassa olevan järjestelmän kautta.[200] Riittävää ei siten ole oman jakelujärjestelmän perustamisen mahdottomuus vallitsevassa tilanteessa esimerkiksi sen vuoksi, ettei oma volyymi riitä oman jakelujärjestelmän luomiseen. Avainasemasta voitaisiin puhua vain, jos Bronnerin levikki olisi yhtä suuri kuin Mediaprintin, ja tästä huolimatta oman kotiinkannon järjestäminen ei voisi olla kannattavaa.[201] Tuomioistuin näyttää kiinnittäneen erityistä huomiota kilpailuoikeudelliseen neutraliteettiperiaatteeseen. Muita suurempi markkinaosuus tuo Mediaprintille kilpailuedun suuren volyymin mahdollistaessa kotiinkuljetuksen pienehköin yksikkökustannuksin. Tämä kilpailuetu mitätöitäisiin kilpailuviranomaisen toimesta, jos Mediaprint velvoitettaisiin jakelemaan Bronnerin lehtiä. Päätös perustuu arviolle, jonka mukaan Mediaprintin tekemä ensi-investointi ei estä kilpailijoita järjestämästä jakelua samalla tavalla, siinä vaiheessa kun tehokkaalla lehdenmyynnillä hankitut re-

---

[198] Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tavoin EY:n tuomioistuin välttää nimenomaisen kannanoton avainaseman käsitteen käyttöalaan, ainakin jos tapausta tarkastellaan pelkästään terminologisella tasolla. Pelkistetyn kieliopillisella tarkastelulla voitaisiin puolustaa sellaistakin tulkintaa, ettei kyse itse asiassa olisi avainasemaa koskevasta päätöksestä. Tätä näkemystä voitaisiin perustella myös sillä, että pääasian kantaja jäi varsin kauas vaatimuksistaan siitä yksinkertaisesta syystä, ettei riippuvuutta tai edes erityisen olennaista kilpailuhaittaa oltu osoitettu. Toisaalta tapauksen faktat ja kansallisen tuomioistuimen kysymykset antoivat aiheen nimenomaan avainaseman konseptin käsittelyyn.

[199] EY:n tuomioistuimen päätöksen kommentaareista ks. Bergman, Bronnerfallet – en omsvängning i synen på oumbärliga resurser, Konkurrens 2/99 s. 12–14; Martenczuk, Die essential facilities – Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht und der Zugang zur Vertriebsnetzen, Europarecht 1999 s. 565–570; Fleischer/Weyer, Neues zur essential facilities –Doktrin, WuW 4/1999 s. 350–350–363.

[200] Samaa oli edellyttänyt myös julkisasiamies Jacobs. Ks. julkisasiamiehen lausunnon kohtaa 68.

[201] Tuomioistuin puhuu oman jakelujärjestelmän luomisen mahdottomuudesta. Lienee selvää, ettei tällä tarkoiteta fyysistä vaan taloudellista mahdottomuutta, perusinvestointeja, joita ei kannata suorittaa kuin kerran. Kysymystä problematisoi Bergman (1999) s. 13.

surssit sen mahdollistavat. Kuten EY:n tuomioistuin toteaa, oma jakelukanava voitaisiin perustaa myös pienempien lehtien yhteistyöllä.

Tuomioistuin ottaa mittapuuksi objektiivisen mahdottomuuden. Oman jakelujärjestelmän luomisen tulee olla taloudellisesti mahdotonta vastaavan kokoiselle lehdelle. Tämä edellytys erottaa *Bronner*-tapauksen ratkaisusta *Commercial Solvents*, jossa kilpailijan haavoittuvuus perustui subjektiiviseen riippuvuuteen raaka-aineesta, kun tarkasteltiin vain tiettyä lääkettä.[202] Kyse on verkoston perustamiseen vaadittavan mittakaavan saavuttamisesta. Tuomioistuin tarkoittaa suuruutta levikillä mitattuna, ei markkinaosuutta.[203] Toisin kuin eräissä kommentaareissa on ounasteltu, päätös ei sinänsä rajaa avainaseman konseptia pelkkiin luonnollisen monopolin tilanteisiin. Ongelmalliselta vaikuttaisi sen sijaan esimerkiksi sellaisten verkostotyyppisten yhteisyritysten kohtelu, joissa uuden verkoston perustaminen käy kannattamattomaksi sen johdosta, että suurin osa alan yrityksistä kuuluu jo ennestään aiemmin perustettuun yhteisyritykseen. Tyyppitapauksena voidaan mainita vaikka pankkiautomaattikorttijärjestelmä, johon suurin osa pankeista kuuluu. Tässä tilanteessa markkinoille pääsy estyy sen johdosta, että uusi yritys joutuisi yksinään kantamaan samat kustannukset, jotka sen kilpailijat ovat voineet jakaa keskenään. Bronner-päätöksen perusteella uuden verkon perustaminen olisi mahdollista, mikäli uusi yritys saavuttaisi yhtä suuren asiakaskunnan kuin mitä vanhan yhteisyrityksen osakkailla yhteensä on. Ensi silmäyksellä tarkoituksenmukaiselta vaikuttava liiketoiminnan laajuuteen rakentuva argumentti käy yleisemmin ongelmalliseksi, jos kyse ei ole kasvavista vaan kypsistä tai taantuvista markkinoista. EY:n tuomioistuin näyttäisi implisiittisesti pitäneen silmällä kasvavia markkinoita[204] luottaessaan innovatiivisen ja riskinottoon valmiin yrityksen kykyyn järjestää jakelunsa. Kypsillä tai taantuvilla markkinoilla uuden verkoston luominen ei välttämättä ole mielekästä investointikustannusten ylittäessä tuotto-odotuk-

---

[202] *Commercial Solvents* -tapauksessa riippuvuus rajoittui tietyllä menetelmällä valmistettuun lääkkeeseen; itse lopputuotteen markkinoilla oli kilpailevia lääkevalmisteita samojen sairauksien hoitoon.

[203] Vrt. Bergman, joka pitää epäselvänä, tarkoittaako tuomioistuin markkinaosuutta vaiko levikkiä päätyen kuitenkin siihen, että ilmeisesti jälkimmäistä on tarkoitettu. Vrt. myös Martenczuk, joka ymmärtää tuomioistuimen nimenomaisesti edellyttäneen, että Bronnerin (osuus 3,6 %) tulisi ensin saavuttaa Mediaprintin kanssa saman tasoinen markkinaosuus (46,8 %), ennen kuin oman jakeluverkon perustamisen mahdottomuutta voitaisiin arvioida. Kyse olisi avainasemasta vain, mikäli vastaavaa markkinaosuutta hallussaan pitävä kilpailija ei pysty luomaan uutta verkostoa. Martenczcuk toteaa, että mikäli markkinajohtajan osuus on yli 50 %, kyse täytyy olla automaattisesti luonnollisesta monopolista. Martenczukin kumoaa itse argumenttinsa. Lienee nimittäin loogisesti mahdotonta, että kahdella yrityksellä voisi kummallakin olla täsmälleen samoilla markkinoilla yli 100 %:n markkinaosuus. Argumentin hyväksyminen johtaisi *ad absurdum* siihen, ettei yrityksellä voisi olla hallussaan avainasemaa, jos sen markkinaosuus nousee yli 50 %:n. Se, että tuomioistuin on nimenomaisesti tarkoittanut levikkiä, ei markkinaosuutta, käy nähdäkseni ilmi päätöksen kohdasta 46.

[204] Samansuuntaisesti Fleischer ja Weyer, (1999) s. 361–362.

set.[205] Tuleva oikeuskäytäntö näyttää, pitääkö tuomioistuin johdonmukaisesti kiinni vastaavuuskriteeristä vai madalletaanko soveltamiskynnystä tältä osin.

Yhdysvaltain kilpailuoikeuden tavoin avainaseman jakamisesta on mahdollista kieltäytyä, mikäli avainaseman jakaminen ei ole kohtuudella mahdollista. Sen sijaan päätös jättää avoimeksi, millaisin ehdoin avainasema tulisi jakaa. Kuten edellä on todettu, mahdollisia lähestymistapoja ovat syrjimättömyys ja kohtuullinen voitto. Julkisasiamies asettui jälkimmäiselle kannalle todetessaan, ettei avainaseman haltijan tule tehdä sopimusta omakustannushintaan, vaan että kohtuullinen liikevoitto on sallittava. Lähestymistapa turvaa avainaseman haltijalle kustannusedun. Sen sijaan komissio on edellyttänyt satamapäätöksissään markkinoillepääsyn syrjimättömyyttä. Komission lähestymistavan kiistattomana etuna on se, että se mahdollistaa avainaseman käsitteen hyödyntämisen luonnollisten monopolien motivoimien yksinoikeuksien purkamisessa ja markkinoiden avaamisessa.[206] Kilpailun lisääntyminen on omiaan kaventamaan voittomarginaaleja erityisesti palvelumarkkinoilla. Avainaseman haltijalle turvattu kilpailuetu voi monissa tapauksissa käytännössä estää markkinoiden avaamisen. Lakia soveltavan viranomaisen näkökulmasta syrjimättömyysperiaatteen soveltaminen on olennaisesti yksinkertaisempaa kuin kohtuullisen liikevoiton määrittäminen. Toisaalta omalla etevämmyydellä tai onnistuneella riskinotolla saavutettujen kilpailuetujen pakkojako huonommin menestyneiden tai vähemmän investoineiden kilpailijoiden kanssa luo epäilemättä riskin investointihalukkuuden hiipumisesta. Jatkossa huomiota jouduttaneen kiinnittämään näin ollen myös siihen, mistä seikasta avainaseman syntyminen alun perin johtuu. Mikäli taustalta löytyy aikoinaan luonnollisen monopolin vallitessa tehty poliittinen valinta tietyn yrityksen hyväksi, jolle yksinoikeus luovutetaan, investointien vaarantuminen ei liene riskinä todellinen. Tulevan oikeuskäytännön varaan jää sen ratkaiseminen, painotetaanko julkisasiamiehen korostamaa investointien suojaa vaiko komission pyrkimystä integraation edistämiseen.

Edellisen kappaleen argumentointi avainasemaan päästämisen ehdoista palauttaa keskustelun alkujuurilleen. Avainaseman käsite on luonteva ja tarpeellinen verkostotyyppisissä tilanteissa, joissa markkinat kantavat vain yhden vaihtoehdon ja joissa hyödykkeen monistaminen on taloudellisesti selkeästi epätarkoituksenmukaista.[207] Tässä mielessä EY:n tuomioistuimen lausumat, joiden on

---

[205] Toisaalta saavutettua etua voidaan perustella ensi-investoinnin sisältämällä riskillä. Myöhäisillä tulokkailla olisi ollut mahdollisuus tulla markkinoille jo siinä vaiheessa, kun markkinoilla vielä oli tilaa. Investoinnin riskit voivat olla suuremmat kasvuvaiheessa, jolloin tulevasta kehityksestä ja investoinnin kannattavuudesta ei ole vielä tietoa. Markkinoiden kypsässä vaiheessa esitettyä vaatimusta avainaseman jakamisesta voitaisiin pitää eräänlaisena vapaamatkustamisena, jossa myöhäinen tulokas haluaa sälyttää investoinnin riskin muille.

[206] Sama lähtökohta omaksuttiin esim. kilpailuneuvoston *Elisa*-ratkaisussa, d:o 150/690/99.

[207] Kaasuputken viereen ei yleensä kannata vetää toista putkea tai samaan kaupunkiin kaksia rautatiekiskoja. Sama pätee yleisesti satamiin tai lentokenttiin.

tulkittu rajaavan avainaseman käsitettä luonnolliseen monopoliin rinnastuviin tilanteisiin, ovat kilpailupoliittisesti varsin perusteltuja. Klassinen tilanne, jossa varallisuusoikeudet voivat joutua ristiriitaan kilpailun turvaamista koskevien tavoitteiden kanssa, koskee immateriaalioikeuksia. Nähdäkseni avainaseman käsitteen laventaminen henkisen omaisuuden puolelle tuo enemmän ongelmia kuin niitä ratkaisee. Avainaseman kilpailuoikeudelliset lähiongelmat ovat paremmin hallinnoitavissa immateriaalioikeuksia, vipuvartta ja monopolisoimispyrkimystä koskevien periaatteiden avulla. Avainasema on vain yksi niistä tilanteista, joissa yritys on siinä määrin riippuvainen kilpailijastaan, että toimituksesta kieltäytymistä pidetään määräävän aseman väärinkäyttönä. Käsitteen laajentava tulkinta olisi tarpeen vain, mikäli kilpailuoikeudellinen doktriini ei tuntisi muita konsepteja markkinoiden toimivuuden kannalta relevanttien riippuvuustilanteiden hallitsemiseksi. Tapauksessa *Bronner* ja kotimaisessa ratkaisussa *Mediatarkastus* sopimuksesta kieltäytyminen tosin aiheutti kilpailuhaittaa, mutta ei estänyt markkinoille pääsyä. Jälkimmäinen tapaus osoittaa, ettei avainasema ole ainoa tapa puuttua toimituskieltoihin.

Yksi avainaseman käsitteen ominaispiirteistä on, että raja määräävän aseman ja väärinkäytön välillä liukenee varsin kapeaksi. Määräävä asema todennetaan avainaseman hallinnalla. Avainasemaan pääsyn epäämistä pidetään itsessään väärinkäyttönä, paitsi milloin vastaaja poikkeuksellisesti voi osoittaa jakamisen mahdottomuuden. Väärinkäyttövalvonnalle perustuvassa järjestelmässä on syytä säilyttää selväpiirteisyys määräävän aseman ja sen väärinkäytön välillä. Ekstensiivisesti tulkittuna avainaseman käsite luo riskin siitä, ettei kilpailuoikeudellisen intervention oikeutukseen ja päätöksen vaikutuksiin malteta kiinnittää riittävästi huomiota.

EY:n tuomioistuimen Bronner-päätös selkiyttää avainaseman käsitettä ja nostaa soveltamiskynnystä ylemmäs verrattuna EY:n komission ekstensiiviseen tulkintaan. Mielenkiintoisesti *Phillip Areeda* ennusti 1990-luvun alussa, että Yhdysvalloissa tuomioistuimet tulisivat myöhemmin rajaamaan kirjoittajan liian laajana pitämän doktriinin soveltamisalaa.[208] EY:n kilpailuoikeuteen sovellettuna *Areedan* profetia näyttää toimivan varsin hyvin. Ensimmäisessä vaiheessa oikeuskäytännössä puututaan toimituskieltotapauksiin soveltamatta avainaseman käsitettä.[209] Toisessa vaiheessa konsepti tulee muotiin ja sen käyt-

---

[208] Ks. Areeda (1990) s. 841:" As with the most instances of judging by catch-phrase, the law evolves in three stages: (1) An extreme case arises to which a court responds. (2) The language of that response is then applied – often mechanically, sometimes cleverly – to expand the application. With too few judges experienced enough with the subject to resist, the doctrine expands to the limits of its language, with little regard to policy. (3) Such expansions ultimately become ridiculous, and the process of cutting back begins."

[209] Ensimmäisen vaiheen tapauksina voidaan mainita *GB-Inno* ja *Aer Lingus*. Tapauksissa on välttämättömän toimintaedellytyksen piirteitä, mutta käsitteeseen ei viitata.

töala laajenee huomattavasti.[210] Kolmannessa vaiheessa tuomioistuin rajaa konseptin soveltamisalaa.[211] *Bronner*-päätöksen jälkeen sääntely lamaantuu hetkeksi. Voidaan ennustaa, että jatkossa konseptin positio suhteessa vaihtoehtoisiin oppeihin löydetään.

Nähdäkseni avainaseman käsitteen todellinen hyöty liittyy infrastruktuuritapausten käsittelyyn. Näissä tilanteissa avainaseman toisintaminen ei ole järkevästi mahdollista. Selvimpinä soveltamistilanteina on pidettävä luonnollisen monopolin piirteitä omaavia energia- ja tiedonsiirtoverkkoja.[212] EY:n politiikka markkinoiden avaamiselle on perustunut avainaseman käsitteen hyödyntämiseen. Energian ja informaatiopalvelujen tuottaminen edellyttää niiden siirtämistä. Siirtoverkkoa velvoitetaan vuokraamaan kilpailijoille kohtuullisin ja tasapuolisin ehdoin. *Lähtökohtaisesti välttämättömän toimintaedellytyksen käsitteen soveltaminen on syytä rajata tapauksiin, joissa kyse on sellaisen kilpailijan rakentaman infrastruktuurin jakamisesta, jota ilman markkinoille tulo ei ole mahdollista.* Käsitteen soveltaminen tulee kyseeseen myös *verkostoluonteisen yhteistyön puitteissa*, joissa yhteistyöverkosto on taloudellisesti mielekästä rakentaa vain kertaalleen ja joissa sen ulkopuolelle jääminen käytännössä johtaa markkinoille pääsyn estymiseen.

---

[210] EY:n komission 1990-luvun satamia ja lentokenttiä koskevien ratkaisujen myötä käytäntö laajenee ja *olennainen* toimintaedellytys nousee lähes merkittävimmän väärinkäyttödoktriinin asemaan. Oikeuskirjallisuudessa esitetään laajentavia tulkintoja konseptin soveltamisalasta. Jopa immateriaalioikeuksia koskevat lisensioimistilanteet on haluttu ratkaista olennaisen toimintaedellytyksen käsitettä hyödyntäen.

[211] Tuomioistuin toteaa, ettei olennaisuus riitä, vaan että kyse täytyy olla *välttämättömästä* toimintaedellytyksestä, taloudellisesta realiteetista, jota ilman markkinoille ei käytännössä pääse. Ottaen huomioon, että Oscar Bronner toimi menestyksellisesti markkinoilla asian tullessa vireille EY:n tuomioistuimessa, lopputulos on odotettu. EY:n komission kannalta ensimmäinen testitapaus oli konseptin etabloimisen kannalta epäsuotuisa, eikä siitä nähdäkseni voida tehdä johtopäätöstä konseptin vähämerkityksellisyydestä.

[212] Tärkein avainasemaa koskevan doktriinin käyttöala on nähdäkseni tapauksissa, joissa verkoston rakentanut yritys hyödyntää asemaa yksin, jolloin liikesuhteesta kieltäytymiseen ei päästä kiinni syrjintä-, markkinoiden valtaamis- tai vipuvarsiperusteella. Määräävässä asemassa oleva yritys ei tee mitään muuta kuin toimii passiivisesti. Avainaseman käsitteen avulla yritys voidaan velvoittaa ryhtymään sopimussuhteeseen sellaisenkin toiminnan osalta, joka ei kuulu sen liiketoimintaan. Näiden tapausten ratkaiseminen on samalla vaikeinta, sillä luotettavan vertailukohdan löytäminen kohtuullisen hinnan määrittämiseksi on erityisen vaikeaa. Liian alhaisen hinnan asettaminen tuo mukanaan riskin siitä, ettei verkkoihin investoida riittävästi. Tele- ja energiamarkkinoilla kilpailun lisääminen perustuu verkkojen avaamiselle. Verkolla tulee olla läpimenoerän luonne ja varsinaiset voitot tehdään avainaseman takana olevilla markkinoilla. Tämä puoltaa sitä, että hinnan tulee vastata sitä, mitä avainaseman haltija perii omalta konserniyhtiöltään. Huomiota on tason osalta kiinnitettävä myös siihen, ettei verkonhaltija strategisista syistä ylihinnoittele verkkoja ja karkota potentiaalisia alalle tulijoita.

6.1.3.4 Yhteenvetoa toimituskieltotapauksista

Oikeuskirjallisuudessa EY:n komission ja tuomioistuimen oikeuskäytäntöä on yleisesti tulkittu siten, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saa kieltäytyä liikesuhteista ilman perusteltua syytä.[213] Perustelluksi syyksi hyväksytään esimerkiksi kapasiteettiongelmat tai asiakkaan maksuvaikeudet. EY:n tuomioistuin on perustellut toimitusvelvollisuutta sillä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on *erityinen vastuu* kilpailun säilymisestä hallitsemillaan markkinoilla. Määräävän aseman nähdään itsessään ilmentävän tilannetta, jossa kilpailuasetelma jo on vääristynyt. Tämän vuoksi määräävässä asemassa olevan yrityksen on pidättäydyttävä "kaikkinaisista" sellaisista muuhun kuin suorituskilpailuun perustuvista toimenpiteistä, jotka johtaisivat kilpailijan sulkeutumiseen markkinoilta, markkinoiden keskittymiseen ja siten kilpailun vähenemiseen entisestään. Toisaalta voidaan kysyä, eikö oman markkina-aseman vahvistaminen ole liiketoiminnan perustavoitteita.[214]

Yhteenvetona tilanteista, joissa määräävässä asemassa kieltäytymistä sopimussuhteesta on pidetty määräävän aseman väärinkäyttönä, voidaan mainita pakollisen kauppakumppanin konstellaatio *(Hugin)*, vertikaalisesti tai horisontaalisesti integroituneen yrityksen velvollisuus toimittaa kilpailijalleen yksin hallitsemaansa raaka-ainetta *(Commercial Solvents)* sekä tilanteet, joissa yritys hallitsee informaatiota *(IBM, Magill)* tai muuta liiketoiminnassa tarvittavaa välttämättömyyshyödykettä, jota ilman kilpailija joutuisi poistumaan kokonaan markkinoilta. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä voi myös olla velvollisuus lisensioida immateriaalioikeuksia tilanteissa, joissa sopimuksesta kieltäytymistä pidetään immateriaalioikeuden väärinkäyttönä *(Volvo/Veng)*. Tapauksessa *United Brands* tuomioistuin totesi, ettei määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ollut oikeutta lopettaa toimituksiaan asiakkaalle, joka oli ryhtynyt liikesuhteisiin kilpailevan yrityksen kanssa. *Oscar Bronner* on johtava prejudikaatti koskien avainaseman konseptin soveltamisalaa. Tässä vaiheessa vaikuttaisi siltä, että doktriinin käyttöala tulisi rajoittumaan lähinnä välttämättömän infrastruktuurin hallintaan. Nähdäkseni tämä on myös perustelluin vaihtoehto *Areedan* esittämistä syistä johtuen.

Missä määrin toimitusvelvoite muodostuu erilaiseksi sen mukaan, onko kyseessä määräävässä asemassa olevan yrityksen pelkkä *asiakas* vai samalla myös *kilpailija*, on toistaiseksi epäselvää. Voitaisiin katsoa, että normaalista liikesuhteesta kieltäytyminen tilanteessa, jossa asiakas ei kilpaile määräävässä

---

[213] Tyypillisen lyhyehkön oikeuskäytännön esittelyn osalta ks. esim. Rissanen/Korah (1991) s. 99–101. Huomattavasti yksityiskohtaisemman analyysin osalta ks. esim. Temple Lang (1994).

[214] Verrattuna Yhdysvaltain oikeuteen EY:n kilpailuoikeudessa ns. aggressiivinen kilpailu tulee helpommin kielletyksi. Toisaalta monopoliyrityksen pilkkominen ei ole mahdollista. EY:n kilpailuoikeudessa määräävä asema ei ole kielletty eikä sellaista vielä nykyään voida määrätä purettavaksi, mutta toisaalta tällaiset yritykset on alistettu tiukahkon väärinkäyttövalvonnan alaiseksi.

asemassa olevan yrityksen kanssa, edellyttäisi painavampia perusteluita kuin tilanne, jossa vaadittaisiin toimitusvelvoitteen asettamista ylämarkkinoilla suhteessa yritykseen, joka kilpailee sen kanssa samoista asiakkaista alamarkkinoilla. Määräävässä asemassa olevan yrityksenkään ei tarvitsisi sahata omaa oksaansa edistämällä kilpailijoiden menestymistä. Toisaalta toimituksista kieltäytyminen tällaisessa tilanteessa on omiaan tuomaan lähelle sen johtopäätöksen, ettei toimituskielto perustu normaaleihin liiketoiminnallisiin syihin vaan että tavoitteena on kilpailijan poissulkeminen. Toimituskiellon ohella kilpailijan toiminnan vaikeuttaminen saattaa tulla arvioitavaksi hintaruuvia koskevien periaatteiden mukaan. Se, että asiakas on samalla kilpailija, lienee periaatteellisella tasolla hyväksyttävä syy pidättyväisemmälle toimintalinjalle. Toisaalta menettelyn tarkoituksen arvioinnin tasolla sama seikka lisää väärinkäyttösyytöksen riskiä.

RS 82 artiklan osalta *toimitusten lopettamista* vanhalle asiakkaalle pidetään helpommin väärinkäyttönä kuin *kieltäytymistä liikesuhteista uuden asiakkaan kanssa*. Toimitusten lopettamista voidaan perustella objektiivisesti hyväksyttävillä syillä, kuten esim. asiakkaan maksuhäiriöillä tai saatavuusongelmilla.[215] Myös määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus määritellä vapaasti markkinointipolitiikkansa esim. jälleenmyyjiltä edellytetyn teknisen osaamisen suhteen.[216] Määräävässä asemassa oleva yritys harjoittaa laadullista selektiota. Markkinavoiman ja asiakkaiden riippuvuuden lisääntyminen kaventaa kuitenkin määräävässä asemassa olevan yrityksen liikkumavaraa siitä, mikä se on dominanssikynnyksen ja erityisesti vertikaalisia ryhmäpoikkeuksia koskevan 30 %:n markkinaosuusrajan alapuolella. Määräävässä asemassa olevan yrityksen on oltava erityisen tarkka siitä, että selektiokriteerit ovat ehdottoman syrjimättömiä ja että niitä noudatetaan johdonmukaisesti. Puuttumiskynnyksen voidaan olettaa ylittyvän 82 artiklan soveltamistilanteissa selvästi herkemmin kuin sovellettaessa 81 artiklaa. Määrälliseen selektioon pitänee suhtautua yleensä kriittisesti, sillä se voidaan tulkita 82 artiklan alakohdassa b) kielletyksi tuotannon tai tarjonnan rajoittamiseksi kuluttajan vahingoksi.[217]

Oikeutta kieltäytyä liikesuhteista arvioidaan myös yrityksen säännönmukaisen toiminnan kannalta. Oikeus kieltäytyä liikesuhteesta uuden asiakkaan kanssa lienee suppea sellaisten toiminteiden osalta, joita yritys myy muille tahoille. Tällöin toimituksista kieltäytymistä voidaan pitää syrjintänä. Sitä vastoin määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei ole velvollisuutta suunnata liiketoimintaansa uudelleen uuden asiakkaan ilmaiseman toivomuksen perusteella. Oikeutta kieltäytyä liikesuhteesta ei ole välttämättömyyspalvelujen osalta. Oikeus kieltäytyä sopimuksesta on *ceteris paribus* liukuvasti sitä pienempi, mitä

---

[215] Ks. tältä osin esim. edellä käsiteltyä *ABG*-tapausta.
[216] Ks. *United Brands*, tuomion kohdat 152–160.
[217] Ks. Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 751–756.

enemmän markkinavoimaa yrityksellä on. Esimerkiksi tosiasiallisessa monopoliasemassa olevalla tekijänoikeusjärjestöllä on velvollisuus tarjota palvelujaan tasapuolisin ehdoin kaikille siitä riippuvaisille musiikin käyttäjille.[218] Monopoliasemaan voidaan puuttua myös, mikäli sen käyttäminen rajoittaa uusien palvelujen syntymistä. Ensimmäisen kerran velvollisuus ryhtyä liikesuhteisiin asetettiin *Sacchi*-tapauksessa. Monopoliasemassa olevalla televisioyhtiöllä ei ollut oikeutta kieltäytyä myymästä mainosaikaa markkinoille pyrkiville uusille tulokkaille.[219] Immateriaalioikeuksien osalta paljon huomiota on herättänyt myöhemmin käsiteltävä *Magill*-tapaus. Myös jäljempänä käsiteltävissä avainaseman tilanteissa määräävässä asemassa oleva yritys voidaan velvoittaa ryhtymään liikesuhteisiin, vaikkei yritys aiemmin olisi näin menetellyt. EY:n komission pyrkimyksenä on edistää integraatiota ja avata markkinoita muista jäsenmaista oleville toimijoille. Yhteisökaupan rajoittuminen muodostaa perusteen, jossa liikesuhteesta pidättäytymiseen helposti puututaan.[220]

EY:n komissio kilpailuviranomaisena voi näyttäytyä ulkopuolisen silmissä todellista tiukemmalta sen johdosta, että väärinkäyttötapaukset julkaistaan mutta ne lukuisat tapaukset, joissa toimenpidepyyntö hylätään tai ei muutoin johda toimenpiteisiin, jäävät vähemmälle huomiolle.[221] EY:n komission ja osittain myös tuomioistuimen ratkaisut on myös kirjoitettu muotoon, joka usein näyttäisi jättävän varsin vähän harkintavaltaa määräävässä asemassa olevalle yritykselle. EY:n komissiolla näyttäisi olevan tapana kompensoida resurssi- ja muita ongelmia sillä, että päätökset kirjoitetaan komission toimivallan maksimoivaan muotoon.[222]

John Temple Lang katsoi vuonna 1994 julkaistussa vaikutusvaltaisessa artikkelissaan, ettei määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi yleistä velvollisuutta ryhtyä liikesuhteisiin toisen yrityksen kanssa. Temple Lang näkee sopimusvapauden pääsääntönä ja sopimuspakon poikkeustilanteena, joka on tullut

---

[218] *GEMA I*, EYVL 1971 L 134/15; *GVL*, EYVL 1981 L370/49.

[219] *Sacchi v. Tele Biella*, 155/73, Kok. 1974 s. 409.

[220] Ks. esim. *British Leyland v. komissio*, 226/84, Kok. 1986 s. 3263.

[221] Näistä merkittävimpiä käsitellään kuitenkin komission vuosittain julkaisemassa kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa.

[222] EY:n kilpailuoikeudessa on helpompaa tehdä johtopäätöksiä siitä, mikä on sallittua kuin siitä, mikä on kiellettyä. Allekirjoittaneen työskennellessä vuosina 1992–1993 EY:n komission kilpailuosastossa eräs useamman vuosikymmenen kokemuksen omaava osaston virkamies selitti komission lähestymistapaa siten, että ekstensiivinen laintulkinta on "ainut ase, joka komissiolla on yrityksiin ja asianajajien armeijoihin nähden". Laajentavalla tulkinnalla kompensoitaisiin sitä, että komissiolla on säännönmukaisesti käytettävissään vastapuolta pienemmät henkilöresurssit. Laajentavalla tulkinnalla kompensoitaisiin myös markkinavalvonnan vähäisyyttä. Kyseistä lausumaa ei voitane yleistää, mutta anekdoottinakin se on mainitsemisen arvoinen ja tuo oman lisänsä EY:n kilpailuoikeuden ymmärtämiseen. Yleisempänä selityksenä voidaan todeta kilpailuoikeudelle olevan muissakin järjestelmissä ominaista, että lain sisältö konkretisoituu nimenomaan negatiivisten päätösten kautta.

kyseeseen vain erityisissä olosuhteissa.[223] Myös määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi oikeus valita vapaasti kauppakumppaninsa. Artikkelista on havaittavissa pyrkimystä viedä EY:n kilpailuoikeutta amerikkalaiseen suuntaan, jossa sopimusvapautta koskevasta Colgate-doktriinista poikkeaminen edellyttää aina tuekseen erityistä perustetta.

Vallitsevan oikeuskäytännön perusteella esitän välittävän kannan sopimuksentekovelvoitteen puuttumista ja sellaisen olemassaoloa koskevien väittämien välillä. Voidaan sanoa, että määräävässä asemassa olevat yrityksetkin periaatteessa nauttivat sopimusvapaudesta. Vaikkei määräävä asema yleisesti tuokaan sopimuspakkoa, EY:n kilpailuoikeudessa tunnettujen väärinkäyttöperusteiden suuri lukumäärä yhdessä väärinkäytön poistaville puolustuksille asetetun korkean kynnyksen kanssa johtaa *de lega lata* käytännössä siihen, että määräävässä asemassa oleva yritys löytää itsensä varsin helposti tilanteesta, jossa kilpailuoikeus rajoittaa sen kykyä päättää vapaasti sopimussuhteistaan riippuvaisiin yrityksiin nähden.[224] Määräävässä asemassa olevan yrityksen sopimuksentekovapautta on merkittävästi rajoitettu. Kuten edellä on todettu, tämä on itse asiassa markkinavoiman väärinkäytölle perustuvan järjestelmän perimmäinen tarkoituskin.[225] Määräävä asema sallitaan, mutta väärinkäyttö pyritään estämään. Tasapainon ollessa voimakkaan epäsymmetrinen markkinat eivät itsessään turvaa sopimusten kohtuullisuutta eivätkä markkinaohjauksen tehokkuutta.

Sopimusvapaus perustuu oletukselle kohtuullisen tasapuolisista sopimuskumppaneista ja riittävistä vaihtoehdoista. Kilpailullisilla markkinoilla tapahtuvien transaktioiden seurauksena resurssit ohjautuvat parhaimpaan käyttöönsä ikään kuin näkymättömän käden ohjaamina. Yhden kandidaatin kieltäytyminen

---

[223] Temple Lang (1994) käsittelee tämän jälkeen erityistilanteita varsin kattavasti. Johtopäätöksenä toimitusvelvoite tulee kyseeseen niissä tilanteissa, joissa sopimuksesta kieltäytymisestä aiheutuu yleisempää kilpailuhaittaa tai siitä muodostuu markkinoille pääsyn este. Voidaan kysyä, miten suureksi ero tosiasiallisesti jää sopimuksentekovelvollisuuteen, jota ei kuitenkaan ole, jos sopimuksesta kieltäytyminen perustuu liiketaloudellisesti hyväksyttävään syyhyn.

[224] Näin esimerkiksi van Bael/Bellis, EC Competition Law Reporter, kohta 50–360.

[225] Sopimusvapauden rajoittamisen tarpeellisuus oli voimakkaasti esillä jo ordoliberalisteilla. Ks. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, (1952), s. 279: "Vertragsfreiheit sollte aber auch im Wirtschaftsprozess nur da gewährt werden, wo vollständige Konkurrenz vorhanden ist. – Vertragsfreiheit im Falle des Angebots- oder Nachfragemonopols führt zu diktierten Verträgen und nicht zu den Angestrebten Lenkung des Wirtschaftlichen Gesamtprozesses. Es fehlt der Kontrollmechanismus der vollständigen Konkurrenz. Deshalb ist hier eine andere Konrolle geboten: nämlich die staatliche Monopolkontrolle, der Kontrahierungszwang und die Festlegung der Preise und allgemeinen Geschäftsbedingungen durch ein Monopolamt". Ordoliberalistien näkemykseen ei voida kuitenkaan yhtyä siltä osin, kuin lähtökohtana oli määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminnan dirigistinen sääntely ns. Als ob -kilpailumallin avulla. Ingo Schmidtin teesin mukaan on perusteltua, että sopimusvapautta rajoitetaan sitä enemmän, mitä enemmän vahvemmalla osapuolella on markkinavoimaa. Ks. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (1999) s. 117 ss.

johtaa siihen, että sopimus tehdään kilpailijan kanssa. Mitä enemmän toisella osapuolella on markkinavoimaa, sitä laajemmin tuon osapuolen sopimuksentekovapautta on rajoitettu. Osoituksena tästä ovat edellä mainitut luonnolliset monopolit, joiden osalta toimitusvelvollisuus on voitu kodifioida erityislakiin. Vaikkei kyse olekaan suoranaisesta monopolitilanteesta, määräävä markkina-asema oikein määriteltynä pitää sisällään markkinatilanteen, jossa sopimuspuolten markkinavoima on *ex ante* epäsymmetrinen. Vertikaalisesti tai horisontaalisesti integroitunut määräävässä asemassa oleva yritys voi käyttäytyä asiakkaistaan ja kuluttajista riippumattomasti ja sulkea muita yrityksiä markkinoiden ulkopuolelle. EY:n kilpailuoikeuden tyyppitilanteessa väärinkäytön kohteeksi joutuva yritys on sekä asiakas että kilpailija. Määräävää asemaa voidaan tällöin väärinkäyttää kieltäytymällä kokonaan toimituksista, käyttämällä hintaruuvia tai syrjimällä kilpailuhakuista yritystä suhteessa muihin yhtä paljon ostaviin asiakkaisiin nähden.

6.1.4 Suomen oikeus

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 1) kohdassa kielletään väärinkäyttönä liikesuhteesta pidättäytyminen ilman asiallista syytä. Säännös poikkeaa yleisestä sopimusvapauden periaatteesta, jonka mukaan elinkeinonharjoittaja saa muun ohella vapaasti valita sopimuskumppaninsa. Säännöstä perustellaan vuoden 1987 hallituksen esityksessä sillä, että määräävän aseman leimaamilla markkinoilla asiakkaat ovat pitkälti riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.[226] Määräävä asema antaa sille mahdollisuuden vaikuttaa ratkaisevasti omalla asiakaspolitiikallaan toisten yritysten kohtaloihin. Tämä edellyttää sitä, että määräävässä asemassa olevalle yritykselle asetetaan sellainen erityinen tasapuolisuusvelvollisuus asiakas-suhteissaan, jollainen ei olisi perusteltua muunlaisessa markkina-asemassa olevien yritysten osalta.[227] Lain 7 §:n 1 kohta ei merkitse varsinaisesti sopimuspakkoa vaan sitä, että liikesuhteesta kieltäytymiselle on osoitettava kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävät perusteet. Liikesuhteesta pidättäytyminen voi ilmetä joko uudesta liikesuhteesta kieltäytymisenä tai aiemman asiakassuhteen katkaisemisena.

Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa liikesuhteesta kieltäytymistä pidetään kiellettynä monopolisoimisena, mikäli kieltäytymisen taustalta löytyy kilpailuoikeudellinen puuttumisperuste. Sitä vastoin lain 7 §:n 1) kohdan mukaan

---

[226] On huomattava, että vuoden 1988 lain mukaan määräävän aseman väärinkäyttöä arvioitiin väärinkäyttöperiaatteen mukaisesti. Kielletyksi väärinkäyttö tuli vasta vuoden 1992 laissa eduskunnan päätettyä hallituksen esityksestä poiketen kieltää väärinkäytön. Lain syntyhistoria huomioon ottaen kilpailunrajoituslain 7 §:n kieltonormisto on toiminut yllättävän hyvin.

[227] HE n:o 148/1987 vp., s. 23.

sopimuksesta kieltäytymistä pidetään kiellettynä, mikäli määräävässä asemassa oleva yritys ei voi esittää hyväksyttävää perustetta. Ero kuvastaa sitä, että Suomessa ja yleisemminkin Euroopassa määräävässä asemassa olevien yritysten markkinakäyttäytymisen valvonta on ainakin lähtökohtaisesti Yhdysvaltoja regulatiivisempaa. Lain 7 §:n nojalla liikesuhteesta pidättäytymistä on pidettävä sopimattomana, mikäli menettelylle ei ole asiallista syytä.

Asiallisena syynä liikesuhteen katkaisemiselle voidaan pitää esimerkiksi asiakkaan maksukyvyttömyyttä. Maksuhäiriö ei kuitenkaan välttämättä ole peruste sopimuksesta kieltäytymiselle, jos asiakas voi asettaa hyväksyttävän vakuuden. Hyväksyttävä peruste voi olla myös tilapäinen kapasiteettiongelma tai läpinäkyvä ja syrjimättömästi sovellettu selektiivinen jakelujärjestelmä, milloin sellaisen ylläpito hyödykkeen erityisominaisuudet huomioon ottaen on perustelua. Sen sijaan esimerkiksi pyrkimys rajoittaa jälleenmyyjien välistä hintakilpailua tai sulkea hankalaksi koettu kilpailija pois markkinoilta ei ole hyväksyttävä syy.

6.1.4.1 Tapauskäytäntöä

Tapauksessa *Alfons Håkans/Finntugs* yhteisessä määräävässä asemassa olevat hinausyritykset Finntugs ja Alfons Håkans olivat kilpailuviraston suorittamissa yritystarkastuksissa myöntäneet kieltäytyneensä avustustehtävistä yhdessä kilpailijoidensa kanssa.[228] Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että asiassa kuultujen todistajien lausuntojen mukaan tietyissä tilanteissa tarvitaan hinausyrittäjien yhteistoimintaa. Sellainen yhteistoiminta voi olla välttämätöntä poikkeuksellisissa luonnonolosuhteissa tai erityisen vaativissa avustustehtävissä. Perusteeton kieltäytyminen yhteistoiminnasta saattaa joissakin tilanteissa olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Yleisesti ei kuitenkaan voida lähteä siitä, että yritys voisi lisäresursseista ennalta sopimatta tehdä yhteistoimintaan luottaen tarjouksia sellaisista hinaustehtävistä, joihin sen omat voimavarat eivät riitä. Määräävässäkään asemassa olevalla yrittäjällä ei siten ole yleistä velvollisuutta tarjota palveluitaan silloin, kun kilpailija on ryhtynyt tehtävään, johon sen omat voimavarat ovat riittämättömät. Esillä olleissa tapauksissa tilauksen tehnyt luotsi tai asiakas olisi halunnut hinauspalvelua

---

[228] Viraston esityksessä syrjintätapauksena esillä olleessa tapauksessa Nesteelle keväällä 1995 ilmoitettu hinta oli tarkoituksellisesti korotettu, koska Finntugs ei ollut kiinnostunut avustustehtävästä, vaan olisi halunnut tehtävän itselleen eikä toimittaa vain yhtä hinaajaa kahden asemesta. Yhtiöiden vastineiden mukaan avustustehtävistä oli kieltäydytty ainoastaan niiden hinaajien kanssa, jotka eivät noudata valtakunnallisesti sitovia työehtosopimuksia ja niissä tapauksissa, joissa jouduttaisiin toimimaan kilpailijan vara- tai apualuksena. Yhtiöt olivat suostuneet yhteisavustukseen Helsingin Hinauksen kanssa ainoastaan silloin, kun se oli ollut välttämätöntä alusturvallisuuden ja satamaliikenteen toiminnan kannalta.

kahdelta yritykseltä.[229] Vastaajayhtiöt olivat perustelleet toimituksesta kieltäytymistä väitetyillä työsuojelu- ja työehtorikkomuksilla. Vastaajan väitettä ei kyetty todentamaan kilpailuneuvostossa.[230] Kilpailijoiden työlainsäädännön noudattamisen valvominen ei ollut muutoinkaan sellainen seikka, josta määräävässä asemassa olevan yrityksen kuuluisi vastata, vaan kyse on viranomaistehtävästä. Kilpailuneuvosto totesi, ettei asiassa ole näytetty toteen sellaista erityistä syytä, jonka nojalla Alfons Håkansilla ja Finntugsilla olisi ollut oikeus kieltäytyä liikesuhteesta Helsingin Hinauksen kanssa.[231]

Kilpailuviraston *Nordson*-tapauksessa[232] määräävässä asemassa oleva yritys oli kieltäytynyt toimittamasta varaosia eräälle sen laitteita huoltavalle yritykselle. Nordson perusteli toimituskieltoa sillä, että huoltoliike oli käyttänyt muita kuin valmistajan hyväksymiä varaosia ja suorittanut huoltoja asiantuntemattomasti. Kilpailuvirasto ei hyväksynyt esitettyjä perusteita ja katsoi, että toimituskielto oli vaarantanut huoltoliikkeen elinkeinonharjoittamisen. Kuitenkaan esitystä kilpailuneuvostolle ei tehty. Valmistajalla on sitä vastoin oikeus asettaa huoltoliikkeille kohtuullisia ammattitaito-vaatimuksia ja muita kohtuullisia ehtoja, joiden tarkoituksena on varmistaa, että huoltoliikkeen toiminta on valmistajan intressien mukaista. *Laitilan Lämpö Oy*[233] oli kieltäytynyt ostamasta siitä riippuvaiselta Kauselta tämän tuottamaa kaukolämpöä. Toimituskiellon taustalla olivat erimielisyydet kaukolämmön hinnasta. Laitilan lämpö oli pitänyt hintaa kohtuuttoman korkeana, kun taas Kause perusteli korotustarvetta tehtävillä investoinneilla. Kause oli tehtyjen investointien seurauksena tullut lukittautuneeksi Laitilan Lämpöön energian myyjänä, joten Kause oli riippuvainen Laitilan Lämmöstä. Kilpailuvirasto katsoi, että vallinneissa olosuhteissa olennaista ja yhtäkkistä ostojen määrän vähentämistä oli pidettävä 7 §:n 1 kohdan vastaisena. Ottaen kuitenkin huomioon, että menettely oli kestänyt vain kuukauden ajan, kilpailuvirasto ei vienyt asiaa kilpailuneuvostoon.[234]

6.1.4.2 Selektiivinen jakelu

Selektiivisellä jakelulla tarkoitetaan sitä, että elinkeinonharjoittaja valitsee halukkaiden jälleenmyyjien piiristä ne, joiden kanssa hän haluaa ryhtyä liikesuh-

---

[229] Vastaajien mukaan tilaus johtui luotsista Ivan Bogun, Ravni Kotar ja Golden Condor -alusten tapauksissa, koska Helsingin Hinaus olisi ollut valmis toimimaan pienemmällä kalustolla kuin toimeksiannon hoitaminen olisi edellyttänyt. Niissä tapauksissa, joissa asiakkaalla on sopimus kilpailijan kanssa ja tämä on ottanut vastatakseen hinauksesta aiheutuvien laskujen maksamisesta, on vastaajien näkemyksen mukaan kyse kilpailijalle myynnistä.

[230] Asiakirjoista ilmeni, että Helsingin Hinaukselle ei ole yhtä syyttäjän suullista huomautusta lukuun ottamatta määrätty sanktioita työsuojelurikkomusten johdosta.

[231] Ks. myös KHO 25.1.2002, taltio 182, d:o 2347/1/00.

[232] Kilpailuviraston päätös 28.1.1994, 494/61/92.

[233] Kilpailuviraston päätös 15.3.1995, 199/61/94.

[234] Ks. kilpailuviraston ratkaisukäytännön kuvauksen osalta esim. Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 126–139 ja Aalto-Setälä ym. (2001) s. 166–174.

teisiin. Valinta tehdään yleensä laadullisten kriteerien perusteella (myyjien ammattitaito, toimitilojen edustavuus, oheispalvelut jne.). Selektiivisyyden luonteeseen kuuluu myös se, että hyväksytyille jälleenmyyjille asetetaan velvoite olla toimittamatta tuotteita verkostoon kuulumattomille jälleenmyyjille. Viimeksi mainitulla määräyksellä halutaan turvata jakeluverkoston tiiviys. Tuotteen valmistaja voi myös rajoittaa samalla alueella toimivien jälleenmyyjien määrää, jotta kullekin jälleenmyyjälle taattaisiin riittävä menekki.[235] Yleensä selektiivisyys heikentää jälleenmyyjien välistä hintakilpailua, mutta voi tehostaa laatukilpailua.

Mikäli merkin haltijalla on määräävä markkina-asema, on oltava erityisen valppaana, ettei kilpailunrajoituslain 7 §:n määräävän markkina-aseman väärinkäytön tunnusmerkistö täyty. Kilpailunrajoituslain 7 §:n 1 kohdassa määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle on asetettu kielto olla pidättäytymästä liikesuhteista ilman asiallista syytä. Kilpailuneuvoston käytännön mukaan jälleenmyyjälle asetetut korostetun objektiivisesti sovelletut laadulliset kriteerit saattavat oikeuttaa myös määräävässä asemassa olevan yrityksen kieltäytymästä sopimuksenteosta eli muodostaa lainkohdassa tarkoitetun asiallisen syyn. Määräävästä asemasta johtuen laadullisen selektiivisyyden syrjimättömyyteen on kiinnitettävä erityistä huomiota. Laadullinen selektio voi olla hyväksyttävää, mikäli kyseinen hyödyke asettaa erityisiä vaatimuksia jakelijoille. Sitä vastoin määrällistä selektiota on voitu pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.[236]

Kilpailuneuvoston *Eurovox*-tapauksessa[237] kyse oli matkapuhelimien myyntiin liittyvästä selektiivisestä jakelujärjestelmästä. Kilpailuneuvostoon valittaneelle yrittäjälle ei ollut myönnetty täysiä sopimusoikeuksia. Sonera Oy sovelsi ehtoa, jonka nojalla tiettyjen, väärinkäytöksille alttiiden dealer-sopimusoikeuksien saaminen edellytti jälleenmyyntisopimuksen vakiintuneisuutta, jota mitattiin mm. myyjän ammattitaidolla ja sopimuksen voimassaoloajan perusteella. Soneran ei katsottu syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön yhtiön kieltäytyessä solmimasta hakijan kanssa ns. valtuutetun kauppiaan sopimusta liikesuhteen lyhytkestoisuuden perusteella. Kilpailuviraston käytännössä hyväksyttävänä kieltäytymisen syynä on voitu pitää myös sitä, että tilaaja toimii kilpailevan laitevalmistajan jälleenmyyjänä. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus suojella kaupallisia

---

[235] Selektiivinen jakelu on yleistä teknisesti monimutkaisten laitteiden, kuten kodintietokoneiden myynnissä. Selektiivisyyttä perustellaan sillä, että laitteiden myynti vaatii ammattitaitoista esittelyä ja kuluttajien neuvontaa. Myynti voi myös edellyttää myynninjälkeisten palveluiden (after-sales services) kuten takuukorjausten ja huollon järjestämistä. Lisäksi valikoivaa myyntiä käytetään merkkituotteiden, esimerkiksi parfyymien, kosmetiikan ja design-vaatteiden jakelussa. Myyntipisteiden sisustuksella ja laadukkaalla ympäristöllä halutaan korostaa tuotteen statusta kuluttajien silmissä. Selektiivisyyttä perustellaan sillä, että saatavuus "karvahattuliikkeistä" heikentäisi mainonnalla luodun tuotteen arvoa ja imagoa.

[236] Ks. kilpailuviraston päätöstä tapauksessa *Abloy Oy*, 115/61/91, kilpailuviraston päätös 27.3.1993, kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1993 s. 39.

[237] *Eurovox Oy*, d:o 42/690/99, kilpailuneuvoston päätös 13.9.1999.

intressejään ja liikesalaisuuksiaan. Puolustuskeinot eivät kuitenkaan saa olla kohtuuttoman kovia.[238]

Selektiivistä jakelua on mahdollista tarkastella toimituskieltona tai syrjintänä. Se, ettei liike saa valikoimaansa tiettyä hyödykettä, rajoittaa kyseisen liikkeen toimintamahdollisuuksia. Suomessa on kuitenkin vakiintuneesti katsottu, ettei selektiivistä markkinointia voida kieltää, mikäli toimituskiellolle on tuotteen ominaisuudet huomioon ottaen liiketaloudelliset perusteet ja selektiivisyyttä on johdonmukaisesti noudatettu.[239] Erityisen kysytyn merkkitavaran puuttuminen liikkeen valikoimasta voi heikentää elinkeinonharjoittajan menestymisen edellytyksiä.[240] Tästä syystä esimerkiksi Saksassa merkkituotteen valmistajan oikeutta kieltäytyä toimituksista on rajoitettu. Toisaalta tuotteen valmistaja ei voi olla vastuussa siitä, että kaikki alan jälleenmyyjät tai sellaiseksi haluavat menestyvät. Tavarantoimittajalla on sopimusvapauden puitteissa oikeus valita ne elinkeinonharjoittajat, joiden kanssa haluaa ryhtyä liikesuhteisiin. Selektiivisyys perustuu sille perusajatukselle, etteivät kaikki halukkaat pääse jakelujärjestelmään. Suomessa selektiivisyyden sallittavuus on pääsääntö ja viranomaisen kielto poikkeus. Toimituksesta kieltäytyvän tulee kuitenkin tarpeen vaatiessa voida esittää kilpailuvirastolle, miten selektiivisyys edistää tuotteen menekkiä ja mitkä ovat valintaperusteet. Selektiivisen jakelun yleinen hyväksyttävyys edellyttää, että jakelutapa on *objektiivisesti perusteltu* ja että valittuja *kriteerejä noudatetaan johdonmukaisesti*. Laadullinen selektio on määrällistä helpommin hyväksyttävissä.

Kyseessä voi olla syrjintä ja vahingollinen kilpailunrajoitus, mikäli tuotetta kieltäydytään toimittamasta sellaiselle elinkeinonharjoittajalle, joka täyttää asetetut valintakriteerit. Esimerkiksi suositushinnasta poikkeaminen ei voi olla peruste poissulkemiselle. Jälleenmyyjien lukumäärän rajoittaminen voi olla omiaan nostamaan tuotteen hintatasoa, jos myös kilpailevat valmistajat toimivat samalla tavalla ja alallepääsyn esteet ovat korkeat. Vahingollisuusarviointiin vaikuttaa *markkinatilanne*. Mitä vahvempi asema tietyn merkkituotteen valmistajalla on ja mitä riippuvaisempia jälleenmyyjät ja asiakkaat ovat, sitä painavampia perusteita selektiivisyys edellyttää.

6.1.4.3 Kilpailunrajoituslain 9 §:ää koskevasta käytännöstä

Kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella ratkaistiin toimituskielto tapauksessa *Mediatarkastus*. Mediatarkastus on Mainostajien liiton ja Sanomalehtien liiton omistama yhteisyritys, joka tuottaa mediatutkimuksia omistajiensa tarpeisiin.

---

[238] Ks. *Turun Konttoritekniikka/Inter Marketing Oy*, kilpailuviraston päätös 24.6.1992.
[239] Ks. Rissanen/Korah (1991) s. 347.
[240] Rissanen (1978) s. 337–339.

Mediatarkastus kieltäytyi ottamaan tutkimukseen mukaan City-lehteä sillä perusteella, ettei yhtiöllä ollut vahvistettua levikkiä. Levikki saattoi olla ainoastaan maksullisilla julkaisuilla. Ottaen huomioon, että City-lehden lukijamäärä selvästi riitti tilastotieteellisesti hyväksyttävän otoksen saamiseen, sopimuksesta kieltäytymiselle ei ollut asiallista perustetta. Kilpailuneuvosto katsoi, että menettely rajoitti kohtuuttomasti City-lehden elinkeinon harjoittamista ja vähensi tehokkuutta elinkeinoelämän piirissä.[241] Tapaus kuvaa sitä, että sopimusverkoston ulkopuolelle jättämisellä voi olla vahingollisia vaikutuksia. Mikäli tietty teknisluonteinen yhteistyö kattaa huomattavan osan alan elinkeinonharjoittajista, rinnakkaisen sopimusverkoston rakentamiselle ei välttämättä jää riittävästi tilaa. Tällöin ainoa taloudellinen tapa on osallistua jo olemassa olevan sopimusverkoston toimintaan.[242]

Markkinoille pääsyä koskeva näkökohta oli esillä esimerkiksi kilpailuviraston *Automatiaa* koskevassa poikkeusluvassa.[243] Automatian rahahuoltopalvelut ovat välttämättömyyshyödykkeitä. Tämän vuoksi kilpailuvirasto asetti poikkeusluvan ehdoksi sen, että järjestelmään liittymisen tulee olla mahdollista kaikille palveluja tarvitseville elinkeinonharjoittajille kohtuullisin ja tasapuolisen ehdoin. Nimenomaan verkostoefekti voi antaa aiheen suhtautua ankarasti uuden talouden markkinoilla ilmentyviin toimituskieltoihin. Yhtenä uudelle taloudelle tyypillisenä piirteenä voidaan pitää sitä, että yritykset jakavat keskenään käytettävissä olevia tuotekehittelyresursseja. Uuden teknologian markkinoilla access-näkökohta on siten hyvin keskeinen.

6.1.4.4 Yhteenveto

Tyypillinen toimituskieltotilanne voi syntyä silloin, kun määräävässä asemassa oleva yritys toimii useammalla tuotanto- tai jakeluportaalla, esimerkiksi raaka-aineen ja lopputuotteen valmistuksessa. Sama asiakas, joka ostaa raaka-ainetta, voi olla kilpailija lopputuotteen markkinoilla. Tällöin määräävässä asemassa oleva yritys voi sulkea kilpailijan markkinoiden ulkopuolelle lopettamalla raaka-ainetoimitukset. Toisaalta se voi heikentää kilpailijan asemaa käyttämällä hintaruuvia. Raja monopolihinnoitteluun on liukuva. Jos yritys pyytää hyödykkeestään kohtuuttoman korkeaa hintaa, kyse on monopolihinnoittelusta. Toisaalta jos todellisena tarkoituksena ei itse asiassa ole sopimuksen aikaansaaminen, vaan sen syntymisen estäminen, menettelyä on mahdollista tarkastella myös konstruktiivisena toimituskieltona.

---

[241] KHO vahvisti kilpailuneuvoston päätöksen tehokkuusarvioinnin osalta mutta katsoi, ettei menettely estänyt City-lehden elinkeinon harjoittamista. KHO:n päätöksestä ei lähemmin ilmene, millä perusteilla se päätyi City-lehden osalta toisenlaiseen arviointiin.

[242] Ks. verkostoluonteisen yhteistyön arvioinnista lain 19 §:n mukaisen poikkeuslupaharkinnan yhteydessä Kuoppamäki (2000) s. 94–99.

[243] *Automatia,* Kilpailuviraston päätös 20.6.2001, d:o 870/67/2000.

Mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa, sitä enemmän sopimusvapautta rajoitetaan oikeusjärjestyksessä. Asteikon alkupäässä yrityksellä ei ole lainkaan markkinavoimaa. Yrityksellä on täysi vapaus valita sopimuskumppaninsa tai määritellä ehdot edellyttäen, että sopimusehdot eivät ole lain tai hyvien tapojen vastaisia. Toisen ääripään muodostavat monopoliyritykset, joille on lailla turvattu yksinoikeus tietyn toiminnan harjoittamiseen tai joissa kyse on luonnollisesta monopolista. Erityisesti monopoliasemassa oleville yrityksille voidaan asettaa erityislainsäädännössä nimenomainen sopimuksentekovelvollisuus.[244]

Varsinainen sopimuspakko perustuu laissa turvattuun monopoli- tai erityisasemaan ja toisaalta asiakkaan vaihtoehtojen puuttumiseen. Monopoliasemassa olevan yrityksen velvollisuudesta palvella kuluttajia ei kuitenkaan voida automaattisesti johtaa sitä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi sama velvollisuus ryhtyä sopimussuhteisiin samoille markkinoille pyrkivien elinkeinonharjoittajien kanssa. Perusperiaatteena on, että yrityksillä ei ole velvollisuutta auttaa kilpailijoitaan. Myöskään asiakkaat eivät ole yhtä voimakkaasti riippuvaisia. Määräävä asema sijoittuu markkinarakenteena monopolin ja oligopolin välimaastoon. Mikäli määräävä asema on erityisen vahva, voidaan puhua *superdominanssista*. Toisin kuin monopolitapauksessa, valtaosassa määräävän aseman tilanteita markkinoilla on pienempiä kilpailijoita. Juridinen termi määräävä asema kattaa liukuvan asteikon määräävän aseman tilanteita alkaen klassisista monopolitilanteista ja päätyen jaetun määräävän aseman tilanteisiin. Asiakkaan voimakkaalle suojaamiselle on enemmän perusteita silloin, kun liikutaan *superdominanssin*[245] *tilanteissa lähellä monopoliasemaa.* Sen sijaan liikuttaessa määräävän aseman rekisterin alarajoilla kilpailuviranomaisen puuttumisen voi olettaa edellyttävän voimakkaampaa väärinkäyttöä. Havaitaan, että *väärinkäyttönormin sisältäkin löydetään markkinavoiman liukuva asteikko. Lähestyttäessä asteikon yläpäätä liikesuhteesta kieltäytymiseen suhtaudutaan ankarammin kuin asteikon alapäässä.*

[244] Esimerkkeinä tällaisesta sopimuksentekovelvollisuudesta voidaan mainita Sähkömarkkinalain 9 §:n 2 mom., Teletoimintalain 10 §:n 1 momentti ja Postitoimintalain 4 §:n 2 mom. Näistä viimeksi mainittu kuuluu seuraavasti: "Postilaitoksella on velvollisuus vastaanottaa ja välittää jokaisen sitä haluavan postilähetys voimassa olevaa maksua vastaan toimilupansa sekä toimitusehtojensa mukaisesti postin saajalle". Sopimuspakosta ks. esim. Hemmo, Sopimusoikeus I (1997) s. 63 ss.

[245] Ks. Whish (2001) s. 162–163.

6.2 IMMATERIAALIOIKEUDET

6.2.1 Eräitä huomioita immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välisestä rajapinnasta

Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaa on perinteisesti pidetty jännitteisenä. Tämä johtuu siitä, että immateriaalioikeuksilla luodaan niiden haltijoille yksinoikeuksia, joilla estetään kilpailijoita hyödyntämästä suojattuja oikeuksia. Immateriaalioikeudet voivat rajoittaa kilpailijoiden markkinoille pääsyä. Tästä syystä voitaisiin katsoa, että immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden tavoitteiden välillä vallitsee sovittamaton ristiriita. Näkemys ei vaikuta perustellulta, sillä immateriaali- ja kilpailuoikeuden tavoitteet ovat viime kädessä pitkälti samoja. Kummallakin oikeudenalalla tavoitellaan dynaamisia tehokkuushyötyjä ja yleisemmin taloudellista hyvinvointia.[246] Immateriaalioikeudet ovat välttämättömiä, jotta yhteiskunnassa ylipäätään panostetaan tutkimukseen ja tuotekehitukseen ja jotta uudet ideat julkistetaan ja tuodaan markkinoille. Immateriaalioikeus on samalla korvaus henkisestä työstä. Immateriaalioikeuden haltijalla on oikeus päättää itse hyödyntämisestä ja esim. kieltäytyä lisensioimasta oikeuksiaan.

Vaikka immateriaalioikeus ja kilpailuoikeus eivät olekaan keskenään ristiriidassa tavoitetasolla, ne voivat sitä olla ratkaistaessa yksittäistapauksia. Tyypillinen on tilanne, jossa määräävässä asemassa oleva yritys kieltäytyy toimituksesta vedoten immateriaalioikeuteensa. Tämä oli yksi argumentti edellä käsitellyssä *Microsoft*-tapauksessa. EY:n kilpailuoikeudessa tunnetuin tapaus on *Magill*, jossa EY:n tuomioistuimen päätöksellä television ohjelmatietoihin liittyvien tekijänoikeuksien haltijat velvoitettiin lisensioimaan niitä ohjelmalehden julkaisijalle. Päätös on herättänyt paljon kommentteja, sillä sen on osittain väitetty peräti rapauttavan henkisen omaisuuden suojan.

Immateriaalioikeus mahdollistaa rajakustannukset ylittävän hinnoittelun. Kuitenkaan *immateriaalioikeutta ei pidä samaistaa määräävän aseman kanssa*, sillä useimmat yritykset voivat hinnoitella rajakustannustensa yläpuolelle. Yleensä immateriaalioikeus luo määräävän aseman yhtä vähän kuin esim. kahden rekan omistus mahdollistaa kuljetusmarkkinoiden hallinnan. Rekisteröintijärjestelmä tuo rajallisen yksinoikeuden, mutta ei vielä olennaista markkinavoimaa. Ratkaisevaa on immateriaalioikeuden suhteellinen merkitys verrattuna muihin immateriaalioikeuksiin samoilla relevanteilla markkinoilla ja erityisesti immateriaalioikeuden takana olevat omaisuusarvot. Ainoastaan kuluttajien tarpeiden ja kilpailijoiden toimintaedellytysten kannalta hyvin keskeinen immate-

[246] Ks. yleisesti esim. Anderman (1998) s. 5–33.

riaalioikeus voi mahdollistaa markkinoiden hallinnan.[247] Poikeuksellisen merkittävä immateriaalioikeus voi johtaa määräävän aseman syntymiseen. On tunnettua, että immateriaalioikeuksin suojatut teknologiset innovaatiot ovat olleet kautta historian yksi keskeinen syy sille, miksi tietyt yritykset saavuttavat hallitsevan aseman.[248] Uudessa taloudessa, jossa yritykset toimivat läheisessä yhteistyössä keskenään ja jossa kuluttajien hyöty kasvaa hyödykkeiden yhteiskäyttömahdollisuukisen lisääntyessä voi syntyä tilanteita, joissa immateriaalioikeuden lisensiointi on välttämätöntä liitännäisten tai kilpailevien hyödykkeiden käyttämiselle tai tarjoamiselle.[249] Immateriaalioikeuksia on mahdollista käyttää paitsi omaksi ja yleiseksi hyödyksi, myös kilpailun rajoittamistarkoituksessa. Tällöin herää kysymys, millä perusteilla määräävässä asemassa oleva immateriaalioikeuden haltija voidaan velvoittaa myöntämään käyttölupa tuohon oikeuteensa.

Tämän jakson tarkoituksena on hakea vastausta siihen, miten sovittaa yhteen määräävän aseman väärinkäyttövalvonnan yleiset tavoitteet ja immateriaalioikeuksien suoja. Kysymyksestä on kirjoitettu erillisiä monografioita.[250] Ottaen huomioon immateriaalioikeuksien keskeinen merkitys erityisesti uuden talouden aloilla (esim. informaatio- ja bioteknologia), immateriaalioikeuksia ei voida kokonaan sivuuttaa markkinavoiman sääntelyä koskevassa yleisesityksessäkään. Seuraavassa käsitellään ensiksi uuden talouden tuomia uusia piirteitä immateriaalioikeuksien kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn. Tämän jälkeen käsitellään vaihtoehtoisia malleja, joilla immateriaali- ja kilpailuoikeudelliset näkökulmat voitaisiin sovittaa yhteen. Lopuksi käsitellään määräävän aseman vää-

---

[247] Määräävä asema ei kuitenkaan perustu immateriaalioikeuteen, mitä kuvaa se, että monilla muillakin ohjelmistoyrityksillä on immateriaalioikeuksia ilman että niillä olisi määräävää asemaa. Immateriaalioikeuksiin perustuvaa määräävää markkina-asemaa ei myöskään tarvitse perustella avainaseman käsitteellä. Luontevammin määräävä asema voidaan perustaa yrityksen kilpailuetuihin ja strategisesti keskeisen tiedon ja immateriaalioikeuksien hallintaan. Jotta avainaseman käsite säilyisi riittävän selkeänä ja kilpailuoikeudellisesti hallinnoitavissa, tulee sen käyttöala rajata niihin tilanteisiin, joissa avainasema muodostaa selkeästi erottuvan erityispiirteen ja joita ei voida analysoida riittävän selkeästi muiden edellä käsiteltyjen määräävän aseman perusteiden avulla. Esimerkiksi *Microsoftin* tapauksessa määräävä asema on mahdollista perustaa yrityksen noin 90 %:n markkinaosuuteen PC-tietokoneiden käyttöjärjestelmien markkinoilla, immateriaalioikeuksien hallintaan ja verkostoefektiin. Näin ollen avainaseman käsitteen hyödyntäminen ei näyttäisi välttämättömältä sääntelykynnyksen ylittymisen kannalta.

[248] Ks. esim. Rosenbaum (1998) s. 228–233, joka mainitsee, että esim. Alcoa, Dow ja Kodak saavuttivat aikanaan määräävän markkina-aseman pitkälti merkittävien patenttien avulla. Nämä yritykset olivat alansa edelläkävijöitä. Sen sijaan esim. Standard Oil on klassinen esimerkki määräävän aseman saavuttamisesta yrityskauppojen ja muiden sopimusjärjestelyjen avulla. Immateriaalioikeudet, erityisesti käänteentekevät patentit, ovat yksi merkittävä syy määräävän aseman syntymiselle, mutta muitakin selityksiä löytyy. Usein kyse on eri tekijöiden yhteisvaikutuksesta. Ks. myös sama lähde s. 241–244.

[249] Verkostovaikutukset voivat johtaa tilanteesta riippuen joko perinteistä tiukempaan tai tai lievempään kilpailuoikeudelliseen suhtautumiseen. Ks. esim. Rahnasto (2001) s. 97–102.

[250] Ks. esim. Anderman (1998); Rahnasto (2001).

rinkäyttöä koskevaa oikeuskäytäntöä, joka liittyy immateriaalioikeuksien hyödyntämiseen.

6.2.2 Uusi talous, verkostoituminen ja informaation kasvava merkitys

"Uudessa taloudessa" henkisen pääoman merkitys suhteessa aineelliseen pääomaan korostuu. Tästä syystä immateriaalioikeuksien kilpailuoikeudellinen merkitys on kasvussa. Muutosvaiheessa dynaaminen tehokkuus korostuu verrattuna staattiseen tehokkuuteen. Verkostotalouden ominaispiirteisiin kuuluu, että henkisen omaisuuden merkitys korostuu suhteessa aineelliseen omaisuuteen, kuten esimerkiksi tehtaan tuotantolinjaan, verrattuna. Tuotekehittelykustannukset ovat usein korkeita verrattuna hyödykkeen valmistamiskustannuksiin. Hyvän esimerkin tarjoaa tietokoneohjelma, jonka kehityskustannukset ovat voimakkaan etupainotteisia, mutta josta voidaan valmistaa myyntiin uusia kappaleita lähes olemattomin rajakustannuksin.

Merkitystä on myös immateriaalioikeudellisesti suojaamattoman tiedon (proprietary information) saatavuudella. Tietyissä olosuhteissa esim. johtavalle tietokonevalmistajalle on voitu asettaa velvollisuus luovuttaa uusien tuotteiden yhteensopivuutta koskevaa informaatiota pienemmille kilpailijoille. Kysymys on vaikea, sillä yhtäältä kyse on yrityksen omalla kehitystyöllään hankkimasta kilpailuedusta.[252] Toisaalta pimittämällä tietoa johtava valmistaja voi haitata kilpailijoidensa toimintaa, kun näiltä poistuu mahdollisuus varmistaa ajoissa omien tuotteiden yhteensopivuus markkinajohtajan tuotteiden kanssa. Markkinavoimaa kertyy *informaation epäsymmetrisyyden* ja ns. *verkostoilmiön* yhteisvaikutuksen seurauksena.

Verkostoilmiöllä *(network effect)* tarkoitetaan sitä, että hyödykkeen käytettävyys määräytyy sen mukaan, kuinka monta muuta käyttäjää sillä on. Perinteisen talousteorian mukaan hyödyke on sitä arvokkaampi, mitä harvinaisempi se on absoluuttisesti tai tilannekohtaisesti mitattuna (esim. timantti tai autiomaahan eksyneiden viimeinen vesilitra). Verkostohyödykkeiden osalta asia on päinvastoin, sillä hyödykkeen arvo perustuu pitkälti sen levinneisyyteen tietyssä käyttäjäjoukossa. Esimerkiksi telekopiolaite olisi lähes arvoton, mikäli sellainen olisi vain yhdellä käyttäjällä. Levinneisyyden ohella keskeistä on laitteiden

---

[252] Tästä oli kysymys esimerkiksi *IBM-tapauksessa.* IBM hallitsi tuleviin teknisiin ratkaisuihinsa liittyvää informaatiota, jota kilpailija tarvitsi voidakseen turvata laitteidensa yhteensopivuuden markkinajohtajan tietokoneiden kanssa. Pimittämällä tietoa itselleen yhtiö saattoi hidastaa kilpailijoidensa tuotekehitystä. Toisaalta voidaan kysyä, miksi yritykselle asetettiin velvollisuus luovuttaa kilpailijoillensa uusia hyödykkeitään koskevaa informaatiota, jollainen normaalisti voidaan lukea liikesalaisuuden piiriin.

välinen kommunikaatiokyky, joka määräytyy mm. teknisten standardien perusteella. Verkostomarkkinoilla johtavan valmistajan aseman saavuttaminen voi itsessään johtaa markkinavoiman kumuloitumiseen (ns. tipping effect). Uusien teknisten laitteiden valmistajien välillä käydään juoksukilpailua siitä, kenen tekninen ratkaisu pääsee tekniseksi standardiksi.[253] Kilpailua käydään enemmän *markkinoista* kuin *markkinoilla*. Jos enemmistöllä kuluttajista on esimerkiksi tietyn valmistajan mikrotietokone, kyseiseen teknologiaan sitoutuneet kuluttajat hyväksyvät ainoastaan sen kanssa yhteensopivat tulostimet ja skannerit. Kilpailevien laitevalmistajien on tällöin muutettava laitteistojaan siten, että ne ovat käytettävissä yhdessä markkinajohtajan laitteiston ja/tai ohjelmien kanssa. Tietokoneohjelmien toiminnallisuus määräytyy niinikään pitkälti sillä perusteella, miten hyvin ne ovat käytettävissä johtavien ohjelmien kanssa. Mitä suurempaa osaa markkinoista markkinajohtaja hallitsee, sitä nopeammin sen asema vahvistuu (ns. lumipalloefekti). Noustuaan suurimman valmistajan asemaan tietokoneen hardwaresta tai käyttöjärjestelmästä muodostuu tosiasiallisesti alalla noudatettava standardi. Ennen pitkää seurauksena voi olla lähes monopoliaseman saavuttaminen.

Immateriaalioikeuksilla suojattuna asema on mahdollista säilyttää aina siihen asti, kunnes seuraava uusi paradigma muuttaa ratkaisevasti alan kilpailuasetelmaa. Mikäli markkinajohtaja valmistaa useampaa laitetta, esimerkiksi tietokoneita ja ohjelmistoja, markkinavoimaa on mahdollista ulottaa kilpailuille markkinoille sitomalla hyödykkeitä yhteen.[254] Sidonta ei ole kuitenkaan aina

---

[253] Usein siteerattu esimerkki on kotivideoiden markkinoilla käyty kilpailu, jossa yhden valmistajan tekniikka syrjäytti kilpailevan, mahdollisesti teknisesti edistyksellisemmän vaihtoehdon. Haittana voidaan pitää myös sitä, että kilpailun häviävien yritysten tuotekehityskustannukset voivat valua hukkaan. "Standardisota" on mahdollista välttää tai sen seurauksia voidaan lieventää sopimalla yritysten ja julkisyhteisöjen neuvotteluin yhteisestä standardista. Näin on voitu menetellä esimerkiksi matkapuhelinten osalta. EY:n piirissä harjoitettava standardisointi perustuu pitkälti yritysten välisille neuvotteluille. Se, missä määrin tekninen standardi ratkaistaan pudotuskilpailulla tai standardoinnilla, vastaa perimmiltään myös siihen, missä määrin painotetaan kehitystyön insentiivien lisäämistä (monopolivoittojen mahdollisuus) tai kaikkien kilpailukykyisten yritysten markkinoillepääsyä, joka sekin voi lisätä dynaamista tehokkuutta.

[254] Verkostoefektiä voidaan kuvata tietokonemarkkinoita koskevalla esimerkillä. IBM-yhtiöllä oli vielä 1980-luvulla määräävä asema keskusyksikköön perustuvien tietokonejärjestelmien markkinoilla, jonka yhtiö kuitenkin menetti 1980-luvun puolivälin paikkeilla. Nykyisin Microsoft-yhtiöllä vastaava asema PC-tietokoneiden käyttöjärjestelmissä. Pyrkimykset säilyttää tämä valta-asema sulkemalla kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle ovat johtaneet kilpailuviranomaisten toimenpiteisiin niin Yhdysvalloissa kuin EY:ssä. IBM:n valta-aseman rapautumisen katsotaan yleisesti liittyneen mikrotietokoneiden markkinoille tuloon, joiden menestystä yhtiö ei ollut osannut ennakoida. Yhtiö oli kuvitellut, että keskusjärjestelmäyksiköt tulisivat säilyttämään valta-asemansa. Myöhästyttyään PC-ohjelmistojen kehitystyössä IBM joutui ostamaan käyttöjärjestelmän Microsoft-yhtiöltä, joka puolestaan nousi määräävään asemaan ohjelmistomarkkinoilla. Viimeksi mainitun yhtiön osalta merkittävänä uhkatekijänä on nyttemmin nähty internetin yleistyminen. Mahdollisuus "imuroida" ohjelmia suoraan internetistä voi nimittäin vähentää asiakkaiden riippuvuutta Microsoftin käyttöjärjestelmästä. Microsoft on pyrkinyt valtaamaan

vahingollista, sillä sen avulla voidaan parantaa hyödykkeiden yhteiskäyttömahdollisuuksia ja turvata laatua ja mainetta. On myös muistettava, että innovaatiokilpailun kustannukset ovat huomattavat. Näin ollen voittajalle on suotava korkeat voitot, jotta ne vastaisivat alkuinvestoinnin riskejä. Sidontaa ja niputtamista voidaankin pitää yhtenä tapana periä takaisin tuotekehityskustannuksia. Liian tiukka kilpailuoikeudellinen standardi heikentää kannustimia panostaa riskipitoiseen tutkimukseen ja tuotekehittelyyn. Toisaalta liian lievä standardi heikentää dynaamista tehokkuutta säilyttäessään määräävän aseman pidempään kuin mihin teknologinen etumatka muuten antaisi mahdollisuuden.

Kilpailevat yritykset tekevät keskenään usein teknistä yhteistyötä varmistaakseen hyödykkeiden yhteiskäyttömahdollisuudet. Tällä voidaan välttää turhia päällekkäisiä tuotekehityskustannuksia ja nopeuttaa uuden teknologian läpilyöntiä. Samalla standardisointi muodostaa vaihtoehdon teknologiselle kilpajuoksulle. Riskinä on yritysten tarjonnan yhdenmukaistuminen. Keskeinen kysymys standardisoinnissa kuuluu, onko kyse uuden hyödykkeen läpilyömisen edistämisestä vai jo olemassa olevia hyödykkeitä koskevasta yhdenmukaistamisesta. Määräävässä asemassa oleva yritys voi heikentää kilpailuolosuhteita esim. kieltäytymällä alalle muuten tyypillisestä yhteistyöstä tai pakottamalla muut hyväksymään itselleen kohtuuttoman edulliset lähtökohdat. Jälleen kerran kysymys kuuluu, missä tilanteissa kilpailuviranomaisen tulee puuttua niihin keinoihin, joilla kilpailuetua hyödynnetään.

6.2.3 Toimivan kilpailun ja immateriaalioikeuden yhteensovittaminen

Perinteisen *teolliseen tuotantoon perustuvan paradigman* mukaan immateriaalioikeuden tehtävänä on tuottaa palkkio yleisesti hyödyllisestä kehitystyöstä yksinoikeuden muodossa. Teollisuusyritys panostaa tutkimukseen ja tuotekehittelyyn ja onnistuu kehittämään parannuksen aiempiin tuotantomenetelmiin. Yritykselle myönnetään patentti, jonka turvin se saa määräajaksi yksinoikeuden innovaation hyödyntämiseen. Yritys joko voi hyödyntää yksinoikeutta itse tai myöntää muille yrityksille käyttölisenssejä korvausta vastaan. Patenttilainsäädännön avulla tehdyt keksinnöt julkistetaan, koska vain julkistamisen avulla yritys saa 20 vuoden yksinoikeuden keksintöön. Ilman patenttilainsäädäntöä

---

strategisen aseman internetissä paketoimalla Internet Explorer -selainohjelmansa yhteen Windows-käyttöjärjestelmän kanssa ja pyrkimällä vaikeuttamaan kilpailevien ohjelmistoyhtiöiden toimintaa. IBM:n markkina-aseman kehityksen syistä ks. Waldham, The Rise and Fall of IBM, kirjassa Rosenbaum (1998) (toim.), Market Dominance, How Firms Gain, Hold, or Lose It and the Impact on Economic Performance, s. 131–153. Microsoftin osalta ks. esim. Rufferin ja Waldhamin artikkelia em. teoksessa (s. 153–174) sekä Antitrust Law Bulletin -lehden teemanumeroa, Spring 1999.

yritykset todennäköisesti innovoisivat säilyttääkseen kilpailuetunsa ja luodakseen uusia hyödykkeitä, mutta innovaatiot pyrittäisiin pitämään nykyistä laajemmin kilpailijoilta salassa. Patentti rajoittaa muiden mahdollisuuksia hyödyntää samaa oivallusta, mutta toisaalta muut yritykset voivat rakentaa uusia oivalluksia julkistetun tieteellisen tiedon päälle. Seurauksena on tiedon kasaantuminen ja lisääntyminen yhteiskunnassa.[255]

Uuden talouden[256] alalla voidaan erottaa myös toinen tapa hyödyntää immateriaalioikeuksia. Esimerkiksi matkapuhelinten valmistuksessa yritykset hyödyntävät vastavuoroisesti toistensa patentteja. Innovaatiot lisensioidaan nopeasti kilpailijoille. Yritykset käyttävät pitkälti samoja asiantuntijoita ja harjoittavat keskenään teknistä yhteistyötä niin tuotekehittelyn kuin teknisistä normeista sopimisen osalta. Uusi talous liittyy yhtäältä globalisaatioon, toisaalta uuden informaatioteknologian läpimurtoon.

Patentilla yksinoikeus myönnetään uuteen ideaan, tekniseen oivallukseen, joka vie kehitystä eteenpäin. *Tekijänoikeuksilla* ei suojata varsinaisesti taustalla olevaa ideaa, vaan omaperäistä idean toteutusta. Suojan kohteena on "teos". *Tavaramerkkien* avulla yritys voi erottaa hyödykkeensä kilpailijoiden hyödykkeistä. Näin esim. mainonnan hyödyt kertyvät sille taholle, joka tuotemerkkiin on panostanut. Tuotemerkin luominen perustuu pitkälti asiakkaiden piirissä herätettyihin mielikuviin. Onnistuneella tuotedifferoinnilla yritys saavuttaa mahdollisuuden hinnoitella hyödykkeet korkeammalle tasolle kuin jos kuluttajat pitäisivät A:n ja B:n hyödykkeitä aivan samanarvoisina.

Immateriaalioikeuksien ja kilpailulainsäädännön yhteensovittamista voidaan pitää klassisena kysymyksenä. *Ilkka Rahnaston* väitöskirjassa[257] käsitellään vaihtoehtoisina kilpailu- ja immateriaalioikeuden yhteensovittamisen lähestymistapoina

a) kilpailuoikeuden etusijaa,
b) immateriaalioikeuksien etusijaa,
c) immateriaalioikeuksien tarkastelemista omaisuutena, ja
d) kustannus-hyöty-analyysiä.

Ensimmäisessä lähestymistavassa immateriaalioikeudet nähdään kyseenalaisina, sillä immateriaalioikeudet tuovat yritykselle markkinavoimaa, jota voi-

---

[255] Ks. esim. Rahnasto (2001) s. 56–57.

[256] Uudella taloudella on eri yhteyksissä selvästi tarkoitettu erilaisia ilmiöitä. Ahlborn, Evans ja Padilla määrittelevät uuden talouden seuraavasti: "The new economy consists of industries such as computer software and hardware, the internet, mobile telephony, biotechnology and others that are based primarily on the creation of intellectual property and that are undergoing rapid technological change." Ks. Ahlborn – Evans – Padilla (2001) s. 156. Uuden talouden käsitteestä ks. myös Virtanen (2001) ja (2002), Stenbacka (2001) ss. 88–89 ja Posner (2001 b) ss. 925–926.

[257] Ks. Rahnasto (2001) s. 19 ss.

daan väärinkäyttää kuluttajien vahingoksi. Immateriaalioikeuksien etusijaa kannattavat lähinnä immateriaalioikeuden edustajat itse. Mahdolliset immateriaalioikeuksiin liittyvät ylilyönnit tulisi ratkaista immateriaalioikeuden sisällä, eikä kilpailuoikeudella tulisi puuttua immateriaalioikeuksiin. Amerikkalaisessa property rights -koulukunnassa immateriaalioikeudet nähdään yrityksen omaisuutena. Tarkastelussa päällimmäisenä on se, miten saadaan maksimoitua omaisuudesta saatava tuotto.[258] Rahnasto päätyy itse kannattamaan kustannus-hyöty-analyysia, jonka mukaan immateriaalioikeudellista suojaa voidaan pitää hyväksyttävänä silloin, kun immateriaalioikeuksien suojan haltijalleen tuottama hyöty ylittää muille aiheutuvat haitat. Rahnasto korostaa, ettei hyötyjä ja haittoja tule tulkita pelkästään perinteisessä relaatiossa yksinoikeus vastaan yleinen etu, vaan kolmikentässä oikeudenhaltija – muut markkinoilla toimivat yritykset – yleinen etu.

Rahnaston luokittelu tuo mielenkiintoisella tavalla uutta jäntevyyttä kilpailuoikeuden ja immateriaalioikeuksien välisen suhteen määrittelyyn. Kilpailuoikeudellisen päätöksenteon näkökulmasta tarkasteltuna kilpailuoikeuden etusijaa (vaihtoehto a) koskeva näkökohta pitää kuitenkin sisällään siinä mielessä harhan, ettei etusijaa koskevaa olettamaa pidä samaistaa näkemyksen kanssa, jonka mukaan immateriaalioikeus toisi haltijalleen automaattisesti markkinavoimaa. Huolimatta kilpailuoikeuden mahdollisesta etusijasta immateriaalioikeuksiin suhtaudutaan nykyaikaisessa kilpailuoikeudellisessa doktriinissa arvoneutraalisti. Tasapainoisesti tulkiten yksittäisen immateriaalioikeuden hallinta ei yleensä anna haltijalleen markkinavoimaa, ellei kyse ole hyvin merkittävästä oikeudesta. Tosin kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet ovat välillä tulkinneet asiaa toisin.[259] Immateriaalioikeuksien etusijaa (vaihtoehto b) koskevalla lähestymistavalla ei luonnollisista syistä ole kannatusta kilpailuoikeuden tutkijoiden piirissä. Kilpailuoikeuden tehtävänä on puuttua kilpailuprosessia ja kuluttajia haittaaviin monopolitilanteisiin, eikä yleistä merkitystä ole sillä, minkälaisen oikeusposition väärinkäytöstä on kyse. Määräävän aseman väärinkäyttötilanteessa ei voida jäädä odottamaan esim. tekijänoikeuslain muuttamista. Amerikkalaisen property rights -lähestymistavan (vaihtoehto c) osalta *Rahnasto* korostaa sitä, että immateriaalioikeuksien luokitteleminen omaisuudeksi merkitsee opissa oikeuksien nostamista absoluuttiseen asemaan ja jäämistä

---

[258] Rahnaston mukaan koulukunta suosii immateriaalioikeuksien käyttöalan laajentamista aina, kun kyse on kohtuullisena pidetystä palkkiosta tehdylle investoinnille, joskaan tätä johtopäätöstä ei voida pitää pakottavana.

[259] Markkinavoiman oletusta voidaan pitää oikeaan osuneena korkeintaan, jos referenssitilanteena pidetään käytännössä toteutumatonta täydellisen kilpailun teoreettista olettamaa. Kyse on aina siitä, kuinka merkittävä immateriaalioikeus on kilpailuetuna ja voidaanko sen perusteella hallita markkinoita. Yleensä vastaus on kielteinen, mutta esim. merkittävällä patentilla voi olla olennaista merkitystä, kuten edellä on todettu.

kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle.[260] Nähdäkseni immateriaalioikeuden luokittelemisesta omaisuudeksi ei mitenkään pakottavasti seuraa, että omaisuutta saataisiin käyttää miten hyvänsä tai muille haittaa tuottavalla tavalla. Määräävä markkina-asema perustuu aina varallisuuspositioihin, joita ilman määräävää asemaa ei olisi eikä voitaisi väärinkäyttää.[261] Kilpailuoikeudellisessa oikeuskäytännössä yrityksiin välttää vastuuta immateriaalioikeuksien "uudelleenmäärittelyn" avulla on suhtauduttu selkeän kielteisesti.[262] Voidaan todeta, että Rahnaston luokittelu on pikemminkin didaktisesti valaiseva kuin oikeudellisesti tarkka ja kattava.

Rahnaston kannattama versio kustannus-hyöty-analyysistä (vaihtoehto d) vaikuttaa esille tuoduista vaihtoehdoista hedelmällisimmältä. On luontevaa, että kilpailuoikeudellinen interventio rajataan niihin tilanteisiin, joissa puuttumisesta arvellaan olevan enemmän hyötyä kuin haittaa. Tämä lienee kaikessa viranomaistoiminnassa yleisesti hyväksyttävä lähtökohta.[263] Edellä on tuotu esille kustannus-hyöty-analyysin soveltamiseen liittyviä ongelmia. Käytännön päätöksentekijän näkökulmasta mallin hyödyntämistä rajoittaa se, ettei päätöksentekijällä välttämättä ole kovinkaan yksityiskohtaista tietoa ratkaisuvaihto-

---

[260] Ottamatta kantaa Rahnaston esitykseen property rights -teorian sisällöstä, esitetyssä muodossa oppi vaikuttaa ylimitoitetulta ja käytännön oikeuselämälle vieraalta. Oikeusjärjestelmä on täynnä erilaisia rajoituksia. Esimerkiksi omistusoikeus autoon ei merkitse sitä, että omistajalla olisi oikeus käyttää ajoneuvoa liikenteessä humalatilassa. Immateriaalioikeuden luokittelemisesta omaisuudeksi seuraa yhtä vähän tuon oikeuden jääminen kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle kuin aseen omistamisesta seuraa sillä suoritettujen tekojen jääminen rikos- tai vahingonkorvausoikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle.

[261] Perustelutavalla immateriaalioikeuksien avulla määräävää asemaansa väärinkäyttävä yritys ikään kuin nostaisi itsensä tukasta kilpailuoikeudellisen vastuun ulkopuolelle määrittelemällä immateriaalioikeudet tavalla, jolla niihin ei voitaisi puuttua.

[262] Tuoreen esimerkin tarjoaa yhdysvaltaisen Court of Appealsin päätös *Microsoft*-asiassa. Microsoft vaati oikeusministeriön ja osavaltioiden kanteen hylkäämistä mm. sillä perusteella, että asiakkaiden sidonnan ja kilpailijoiden poissuljennan osalta kyse oli "vain" Microsoftin laillisesti hankkimien immateriaalioikeuksien (varallisuuspositioiden) hyödyntämisestä, joihin kilpailulainsäädännöllä ei voitaisi puuttua. "Microsoft is simply excersising its rights as the holder of valid copyrights. Microsoft also argues that the licenses do not unduly restrict the opportunities of Netscape to distribute Navigator in any event." Tuomioistuin perusteli argumentin hylkäämistä seuraavasti: "Microsoft's primary copyright argument borders upon the frivolous. The company claims an absolute and unfettered right to use its intellectual property as it wishes."[I]f intellectual property rights have been lawfully acquired, it says, "their subsequent excercise cannot give rise to antitrust liability."...That is no more correct than the proposition that use of one's personal property, such as a baseball bat, cannot give rise to tort liability. As the Federal Circuit succintly stated: "Intellectual property rights do not confer a privilege to violate the antitrust laws." *In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litig., 203 F. 3 d 1322, 1325 (Fed. Cir.2000)."* Ks. *USA v. Microsoft Corp.*, No. 00-5212, US DC Circuit of Appeals June 28, 2001, s. 18.

[263] Voin myös todeta, että itse ainakin olen hyödyntänyt kilpailuoikeudellisena päätöksentekijänä kuvatunlaista päättelytapaa tarkastellessani monimutkaisessa punnintatilanteissa eri ratkaisuvaihtoehtojen seurauksia kilpailun toimivuuden ja asianosaisten esille tuomien intressien näkökulmasta. Päätöksentekijät käyttävät usein kustannus-hyöty-analyysiä apuvälineenä, vaikkei sitä argumentoida päätöksessä erityisen tarkasti. Lainkäytössä usein vain valittu ratkaisu perusteellaan.

ehtojen tulevista vaikutuksista.[264] Malli ei myöskään sisällä informaatiota siitä, miten immateriaalioikeuden ja kilpailevan yrityksen keskinäisiä intressejä tulee painottaa keskenään. Lienee epävarmaa, kuinka usein ristikkäisille intresseille voidaan antaa numeeriset arvot. Kustannus-hyöty-malli on intellektuaalisesti hyvin viehättävä. Informaation epätäydellisyydestä ja punninnan edellyttämistä arvovalinnoista seuraa, että testi rajoittuu yleensä eräänlaiseksi sumealla logiikalla läpiviedyksi "rationaalisuustestiksi". Tämä ei tee testistä hyödytöntä, mutta heikentää ennustetta sen tuottamista konkreettisista hyödyistä.

Nähdäkseni laajaa punnintaa edellyttävissä tilanteissa monipuolisemman vaihtoehdon kustannus-hyöty-analyysille tarjoaa edellä hyödynnetty lähestymistapa, jota itsessään voidaan pitää eräänlaisena laajennettuna kustannus-hyöty-analyysinä.[265] Rajanveto kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävän ja tuomittavan toiminnan välillä tulee pitkälti tehdä immateriaalioikeuden käyttötavan perusteella. Immateriaalioikeudella voidaan:

1. turvata tuotekehitystä luomalla suoja jäljittelijöitä vastaan ("Schumpeter-monopoli");
2. palkita tehokkuutta (insentiivien merkitys tuotekehittelyssä);
3. ohjata muiden markkinatoimijoiden käyttäytymistä haluttuun suuntaan (leveraging);
4. estää strategisesti kilpailijoiden markkinoillepääsyä (raising rivals'costs);
5. käyttää immateriaalioikeutta teknisenä apuvälineenä tai maskina perusluonteeltaan paljaan kilpailunrajoituksen toteuttamisessa (esim. kartellin tekninen apuväline tai savuverho).

Edellä olevasta listasta kohtia 1. ja 2. voidaan pitää lähtökohtaisesti sallittuina, kohtaa 4. lähtökohtaisesti kiellettynä ja kohtaa 5. aina kiellettynä tapana hyödyntää immateriaalioikeuksia. Kohta 3. muodostaa harmaan alueen.[266] Kilpailuoikeudellinen arviointi riippuu siitä, mitä muiden ohjaamisella konkreettisesti tarkoitetaan ja mitkä ovat tuon ohjauksen vaikutukset kuluttajien hyvinvoinnille ja kilpailuprosessin toimivuudelle. Kilpailuoikeudella puututaan tilanteisiin, joiden seurauksena

---

[264] Tässä mielessä kustannus-hyöty-analyysin käyttöala lienee suurempi lainsäädännössä kuin lainkäytössä. Tämän johtopäätöksen on tehnyt esim. Eidenmüller (1995, 1998), s. 489–490. Mitä enemmän tarkastelua ulotetaan varsinaisen asianosaisrelaation ulkopuolelle ja mitä enemmän painoarvoa annetaan dynaamisille tehokkuusvaikutuksille, sitä enemmän epävarmuustekijöitä analyysiin tulee mukaan.

[265] Rule of reason tyyppinen tarkastelu lisää joustavuutta ja torjuu vääränlaisista signaaleista aiheutuvia haittoja; toisaalta se kasvattaa oikeudenkäynnin kustannuksia. Jos kyse on per se kielletystä kilpailunrajoituksesta, laajaa kustannusten ja haittojen tarkastelua ei tarvita kuin korkeintaan kilpailunrajoituksen luonnetta ja luokittelua koskevan analyysin varmentamiseksi.

[266] Ilkka Rahnaston väitöskirjan mukaan erityisesti verkostotaloudessa immateriaalioikeuksien painopiste on siirtynyt perinteisestä palkkioajattelusta kolmansien tahojen käyttäytymisen ohjaamisen (leveraging of intellectual property rights) painottamiseen.

a) hyödykkeiden hinnat nousevat ja tuotanto rajoittuu kuluttajan edun vastaisesti;
b) keinotekoisesti estetään tai rajoitetaan toisten elinkeinonharjoittajien pääsyä markkinoille tai rajoitetaan niiden toimintaa markkinoilla.

Kilpailuoikeudessa on vakiintumassa *neutraali suhtautuminen immateriaalioikeuksiin*. Tulkintaperiaatteina on tehokkuuden lisääntyminen (kuluttajien hyvinvointi) ja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaaminen (suorituskilpailu). Immateriaalioikeudet ovat yksi varallisuuden muoto ja siten samalla viivalla kiinteän ja aineellisen omaisuuden kanssa. Immateriaalioikeuden tuoma yksinoikeus ei ole sen enempää "lähtökohtaisesti epäilyttävä" kuin aina "hyödyllinen ja tehokkuutta lisäävä". Immateriaalioikeudet nauttivat samasta sopimusvapaudesta ja omaisuuden suojasta kuin irtain ja kiinteä aineellinen omaisuus, mutta niiden käyttämistä koskevat samat kilpailuoikeudelliset periaatteet kuin muunkin omaisuuden käyttämistä. Immateriaalioikeuksiin liittyvät erityispiirteet on otettava tarkastelussa huomioon, jolloin esim. kustannusperusteisuudella ei ole samaa merkitystä kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen eriyttämisen tarkastelussa yleensä.

Kartellikiellon osalta erityisen relevantteja tilanteita ovat patenttipoolit, teknologian siirtosopimukset ja rinnakkaistuonnin estäminen. Yrityskauppavalvonnan osalta immateriaalioikeuksilla on merkitystä esim. määräämisvallan siirtymisen arvioinnissa.[267] Määräävän aseman väärinkäytön osalta erityisen relevantteja tilanteita ovat perusteeton sopimuksesta kieltäytyminen hintasyrjintä, sitominen, tekijänoikeusjärjestöjen toiminta. Yleensä kilpailuoikeudella rajoitetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksia hyödyntää täysimääräisesti immateriaalioikeuksiaan. Tilanne ei kuitenkaan aina ole tämä, vaan kilpailuoikeus myös suojaa heikomman osapuolen immateriaalioikeuksia. Hyvän vertailukohdan tarjoaa *Intel*-tapaus,[268] jossa johtava mikroprosessorien valmistaja Intel edellytti asiakkailtaan, että nämä lisensioivat Intelille pienemmän kilpailijan prosessorin käyttämisen kannalta merkittävät keksintönsä.

---

[267] Ks. esimerkiksi EY:n komission yrityskaupparatkaisuja *Coca Cola/Carlsberg* M. 0833 (EYVL 1998 L 145/41) ja *Coca Cola/Amalgamated Beverages* M. 0794 (EYVL 1997 L 218/15). Merkittävän immateriaalioikeuden luovuttamista voidaan itsessään pitää yrityskauppana. Mikäli kyseessä on merkittävä immateriaalioikeus, sillä on myös merkitystä määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen arvioinnissa. Näissä tilanteissa immateriaalioikeuksilla on merkitystä markkinavoimaa lisäävänä kilpailuetuna. Yrityskaupan hyväksymisen ehtona voidaan vaatia esim. immateriaalioikeuden siirtämistä tai sen lisensiointia kolmannelle osapuolelle. Edellä mainittujen kilpailuviranomaisen päätösten osalta voidaan todeta, että *Coca Cola* on yksi maailman arvokkaimmista tuotemerkeistä. Näin ollen immateriaalioikeuden merkityksen korostamista ei voida pitää virheellisenä. Eri asia on se, missä määrin hyödykemarkkinoiden rajaaminen pelkästään kolapitoisen hiilihappojuomien markkinoiksi on perusteltua.

[268] *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 3 F.Supp.2d 1255 (N.D.Ala. 1998); Sullivan/Grimes (2000) s. 838.

Määräävässä asemassa oleva yritys halusi asettaa riippuvaisille asiakkailleen automaattisen velvollisuuden lisensioida innovaationsa Intelille, mihin kilpailuviranomaiset puuttuivat.

6.2.4 EY:n käytäntöä

EY:n tuomioistuin on oikeuskäytännössään pyrkinyt *erottamaan* immateriaalioikeuden *omistuksen* ja sen *käytön* toisistaan.[269] Käyttö voi olla 82 artiklan vastaista, jos oikeuden haltija ylittää *objektiivisen suojantarpeensa* kilpailun estämistarkoituksessa. Immateriaalioikeuden omistaminen ei itsessään ole väärinkäyttöä.[270] Kuvaava esimerkki on tapaus *Volvo/Veng,*[271] jossa tuomioistuin tarkasteli RS 234 artiklassa tarkoitettuna ennakkoratkaisukysymyksenä, voidaanko väärinkäyttönä pitää autonvalmistajan kieltäytymistä myöntämästä lisenssiä yritykselle, joka halusi valmistaa jäljitelmiä Volvo-merkkisten autojen paneeleista. EY:n tuomioistuin totesi, että oikeudenhaltijan oikeus määrätä oikeuden käyttötavasta ja kieltää kolmansia osapuolia valmistamasta, myymästä tai maahantuomasta oikeudella suojattuja hyödykkeitä muodostaa immateriaalioikeuden ydinsisällön. Tämän vuoksi kieltäytymistä immateriaalioikeuden lisensioinnista ei itsessään voida pitää väärinkäyttönä. EY:n tuomioistuin kuitenkin totesi, että yksinoikeuden käyttötapaa voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, jos yritys kieltäytyy mielivaltaisesti toimittamasta varaosia itsenäisille korjaamoille, nostaa varaosien hinnat kohtuuttoman korkealle tasolle tai lopettaa varaosatoimitukset sellaisen automerkin osalta, joka on vielä yleisesti liikenteessä. EY:n tuomioistuimen päätös vastaa yleistä linjaa, jonka mukaan määräävä asema ei ole itsessään kielletty, vaan kiellettyä on ainoastaan väärinkäyttö.[272] Kiellettyä on tuotannon ja tarjonnan rajoittaminen kuluttajien vahingoksi.[273] Lisensioinnista kieltäytymistapauksen ratkaiseminen edellyttää punnintaa immateriaalioikeuden haltijan, oikeuksien käyttäjien ja kuluttajien hyvinvoinnin välillä.

Immateriaalioikeudet vaikuttavat yhteismarkkinoiden toimintaan, sillä niiden avulla voitaisiin estää rinnakkaistuontia. Tavaroiden ja palveluiden vapaa liikkuvuus yli jäsenvaltioiden välisten rajojen muodostaa yhden EY:n kilpailu-

---

[269] Ks. omistuksen ja käytön erottamisen osalta esim. Anderman (1998) s. 8–23 ja Maherin artikkelia kirjassa the Evolution of EU Law (1999) s. 597–624.

[270] Tämän EY:n tuomioistuin totesi jo tapauksessa *Deutsche Grammophon*, 78/70, Kok. 1971 s. 487.

[271] *Volvo v. Veng*, 238/87, Kok. 1988 s. 6211.

[272] Tapauksessa päästiin yksinoikeudesta varsin suoraviivaisesti määräävään asemaan kyseenalaistamatta riittävästi sitä, tuottaako kuvatunlaisen teollisuusmallin hallinta määräävän aseman. Kysymystä on käsitelty lähemmin edellä määräävän aseman yhteydessä.

[273] Ks. väärinkäyttötilanteiden ryhmittelystä yleisesti esim. Möschel kirjassa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 730–731 ja 756–759.

politiikan kulmakivistä. Yksinomaisten jakelusopimusten ollessa yleisesti sallittuja rinnakkaistuonnin mahdollisuus tasoittaa hinnaneroja jäsenvaltioiden välillä ja ehkäisee erillisten hintasaarekkeiden syntymistä. Aina alkuaikojen tapauksesta *Consten v. Grundig*[274] alkaen perusratkaisuna on ollut *immateriaalioikeuden sammumista* koskeva oppi.[275] Sen jälkeen kun immateriaalioikeuden haltija on saattanut immateriaalioikeuden suojaaman hyödykkeen vapaaehtoisesti markkinoille yhdessä jäsenvaltiossa, hyödykkeen vientiä toiseen jäsenvaltioon ei voida estää suoraan tai välillisesti saman oikeudenhaltijan vientimaassa rekisteröidyn rinnakkaisen immateriaalioikeuden perusteella. Taustalla on laajempi *yhteismarkkinaperiaate,*[276] jonka mukaan laillisesti yhdessä maassa markkinoille saatettujen hyödykkeiden on saatava kiertää vapaasti jäsenvaltiosta toiseen ilman, että vapaata liikkumista rajoitetaan jäsenvaltion tai yrityksen toimenpitein.[277] Tilanteesta riippuen kaupan rajoittaminen immateriaalioikeuden perusteella tulee arvosteltavaksi RS 81, 82, 28 tai 49 artiklan perusteella. *Kilpailuperiaatteen* nojalla puututaan sellaisiin immateriaalioikeuksien käyttötapoihin, joiden seurauksena kilpailu markkinoilla rakenteellisesti vähentyy.[278] RS 82 artiklan[279] perusteella on puututtu markkinoita jakavaan ja rinnakkaistuontia estävään tavaramerkin rekisteröintiin,[280] kohtuuttomiin lisenssisopimuksen ehtoihin,[281] oikeudenkäynnin nostamiseen tarkoituksena pakottaa vastaaja kohtuuttoman lisenssisopimuksen solmimiseen[282] ja kilpailevan patentin hankkimiseen määräävässä asemassa olevan yrityksen toimesta, jos tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun vähentyminen entisestään.[283] Kohtuuttoman

---

[274] *Consten ja Grundig v. komissio*, 56 & 58/64, Kok. 1966 s. 299.

[275] Ks. immateriaalioikeuden sammumista koskevan opin osalta esim.Anderman (1998) s. 98–99, 198–199.

[276] Ks. yhteismarkkinoista yleisesti esim. Joutsamo ym. (2000) s. 404 ss.

[277] Ks. kokoavasti esim. Pombo, Intellectual Property and Intra-Community Trade (1997); Bellamy/Child (2001) s. 610–679; Whish (2001) s. 675–713.

[278] Periaatteella on ollut merkitystä myös Suomelle jo ennen liittymistämme EU:n jäseneksi. Joutsamo mainitsee tapauksen *Osram/Airam*; 11. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1981), kohta 97, Joutsamo ym. (2000) s. 560, alaviite 226. Silloisten RS 85 ja 86 artiklojen nojalla ratkaistussa tapauksessa Osram väitti, että "Airam"-tavaramerkki oli sekoitettavissa "Osram"-merkin kanssa. Estääkseen lamppujen tuonnin Osram rekisteröi vastatoimena Airam-merkin itselleen Saksassa. Airamin otettua yhteyttä komissioon osapuolet pääsivät sopimukseen, jonka mukaan Airam voi käyttää tavaramerkkiään koko yhteisön alueella edellyttäen, että siinä on mukana lisäykset "OY" ja "AB" sekä jäljessä maininta Finland.

[279] RS 82 artiklan soveltaminen edellyttää usein varsin suppeaa markkinamäärittelyä, joten tässä mielessä muut periaatteet voisivat olla ensisijaisia. Kuitenkaan immateriaalioikeus ei itsessään luo määräävää asemaa. Yksinoikeus ja määräävä asema on pidettävä käsitteellisesti erillään toisistaan. Tämän EY:n tuomioistuin totesi esim. Magill-tapauksessa.

[280] Ks. *Osram/Airam*, 11. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1981), kohta 97; *Bayer/Tanabe*, 8. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1978), kohta 125.

[281] Ks. esim. *Hilti*, Kok. 1991 s. II-439, jossa väärinkäyttönä pidettiin kohtuullisen lisensiointimaksun selvästi ylittävän rojaltin vaatimista.

[282] *ZIP Fasteners (patent aspects)*, Lehdistötietiedote IP(78)111, 11.6.1978.

[283] *Tetra Pak I*, T-51/89, Kok. 1990 s. II-309.

korkean hinnan perimistä immateriaalioikeudella suojatusta hyödykkeestä saatetaan myös pitää väärinkäyttönä.[284] Huomattava osa 82 artiklan nojalla käsitellyistä immateriaalioikeuksia sivunneista tapauksista on liittynyt *tekijänoikeusjärjestöjen* toimintaan. Yhdistyksillä on käytännössä kansallinen monopoliasema ja siten määräävä asema suhteessa sekä oikeudenhaltijoihin että niiden käyttäjiin. Perusperiaatteena on, ettei tekijänoikeusjärjestö saa asettaa asiakkailleen muita kuin yhdistyksen toiminnan kannalta välttämättömiä rajoituksia. Tekijänoikeusjärjestö ei saa perusteetta kieltäytyä tarjoamasta palvelujaan riippuvaiselle oikeuksien käyttäjälle.[285] Tekijänoikeusjärjestö ei saa myöskään syrjiä oikeudenhaltijoita[286] tai käyttäjiä[287] keskenään. Ranskaa koskevien *SACEM*-tapausten sarjassa on yritetty selkiyttää sitä kysymystä, mistä alkaen tekijänoikeusmaksuja voidaan pitää kohtuuttoman korkeina.[288]

Tapauksessa *Magill TV Guide v. ITP, BBC and RTE* televisioyhtiöillä oli määräävä asema, kun niillä tekijänoikeuden haltijana lain mukaan oli oikeus kieltää televisio-ohjelmien lähetysaikojen julkaiseminen. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen[289] mukaan televisioyhtiöt väärinkäyttivät määräävää asemaansa, kun ne kieltäytyivät myöntämästä lisenssiä ohjelmatietojen julkaisemiseen viikoittain ilmestyvissä TV-lehdissä, jotka olisivat kilpailleet niiden omien ohjelmalehtien kanssa. Kukin yhtiöistä julkaisi viikkolehteä, joka sisälsi vain yhtiön omat tiedot. Menettely johti siihen, ettei Isossa-Britanniassa ja Irlannissa voitu julkaista viikoittain ilmestyvää ohjelmalehteä, joka sisältäisi kaikkien kanavien ohjelmatiedot. Magill-tapauksessa televisioyhtiöillä oli tekijänoikeuden nojalla yksinoikeus omia televisio-ohjelmiaan koskevaan informaatioon. Lisensioinnista kieltäytyminen mahdollisti markkinavoiman säilyttämisen televisioyhtiöiden itse julkaisemien televisiolehtien markkinoilla. Toisaalta kyse oli informaation epäsymmetrisyydestä, sillä vain televisioyhtiö itse saattoi antaa informaatiota tulevista ohjelmistaan. Kolmanneksi kyse oli immateriaalioikeudesta, sillä televisioyhtiöillä oli kansallisen lainsäädännön nojalla tekijänoikeus ohjelmatietoihinsa.

Ensimmäisen asteen tuomioistuimen mukaan tekijänoikeuden keskeinen tehtävä on suojata tekijän moraaliset oikeudet ja turvata palkkio luovasta työstä. RS 82 artikla kuitenkin estää käyttämästä immateriaalioikeuksia EY:n kilpailuoikeuden periaatteiden vastaisesti.[290] Väärinkäyttöä on kieltäytyminen li-

---

[284] Ks. esim. *Parke Davis & Co v. Probel*, 24/67, Kok. 1968 s. 55.
[285] Ks. esim. *GEMA*, EYVL 1971 L 134/15.
[286] Kansallisuuteen perustuvan syrjinnän osalta ks. *GVL v. komissio*, 7/82, Kok. 1983 s. 483.
[287] Ks. väitetyn syrjintätilanteen osalta jäljempänä tapausta *Teosto/Yle/MTV* d:o 22/359/96.
[288] Ks. immateriaalioikeuksien kohtuuttoman hinnoittelun arvioinnin osalta esim. Anderman (1998) s. 225–231.
[289] *Radio Telefis Eireann v. komissio*, T-69/89, Kok. 1991 II-485; *British Broadcasting Corp. & BBC Enter. Ltd. v. komissio*, T-70/89, Kok. 1991 II-535; *Independent Television Publications Ltd. v. komissio*, T-76/89, Kok. 1991 II-575.
[290] Ks. myös jäljempänä kappale 4.5.3.

senssin myöntämisestä, jos tarkoituksena on estää uuden tuotteen valmistus ja markkinointi, jolle olisi kysyntää liitännäisillä markkinoilla. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös herätti aikanaan paljon kritiikkiä ja sen nähtiin jopa vaarantavan immateriaalioikeuksien suojan. Erityistä huolta aiheutti se, että tuomioistuimen katsottiin luopuneen perinteisestä jaottelusta immateriaalioikeuden olemassaolon ja sen väärinkäytön välillä.[291] Päätöksestä valitettiin EY:n tuomioistuimeen, jonka julkisasiamies esitti komission päätöksen kumoamista. EY:n tuomioistuin piti päätöksen voimassa, mutta muutti hieman perusteluja. EY:n tuomioistuin korosti sitä, että televisioasemilla oli de facto yksinoikeus ohjelmatietoihin, joita panttaamalla ne saattoivat estää kilpailun syntymisen liitännäisillä markkinoilla.[292]

EY:n tuomioistuin totesi, että teollisoikeuden haltijan kieltäytyminen käyttöluvan myöntämisestä ei voi sinällään olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. EY:n tuomioistuin viittasi perinteiseen tapauksen *Volvo/Veng* jaotteluun immateriaalioikeuden omistamisen ja toisaalta sen käyttämisen välillä, joista ainoastaan jälkimmäistä voidaan pitää väärinkäyttönä.[293] Toisaalta poikkeuksellisissa olosuhteissa jo immateriaalioikeuteen vetoamista, lisensioinnista kieltäytymistä, voidaan pitää väärinkäyttönä. *Magill* -tapauksessa poikkeuksellinen tilanne syntyi siitä, että kieltäytyminen koski hyödykettä (tiettyjen televisiokanavien viikoittaisia ohjelmatietoja), jonka toimittaminen oli välttämätöntä liitännäisen hyödykkeen valmistamiseksi (kattavan televisio-ohjelmalehden julkaisemiselle). Mikäli näitä tietoja ei toimitettaisi, kaikkien kanavien ohjelmatiedot sisältävää lehteä julkaisevan yrityksen oli mahdotonta toimia.[294] EY:n tuomioistuin korosti, että kieltäytymisellä estettiin sellaisen uuden tuotteen syntyminen, jolle oli mahdollista kulutuskysyntää.[295] Kieltäytyminen ei ollut perusteltua objektiivisilla perusteilla[296] ja se oli omiaan estämään kilpailun syntymisen liitännäisillä alamarkkinoilla.[297] EY:n tuomioistuinten päätökset perustuvat kolmiosaiseen testiin: 1) riittävän hyvien substituuttien puuttuminen viikoittaisilta ohjelmalehdiltä; 2) toimituskieltoa koskevan objektiivisen oikeuttamisperusteen puuttuminen ja 3) kieltäytyminen toimittamasta uuden,

---

[291] Päätöskommentaarien osalta ks. esim. Crowther, Compulsory Licensing and Intellectual Property Rights, (1996) E.L. Rev. S. 521 ss.; Anderman (1998) s. 195–220. Tämän tutkimuksen kirjoittaja on jo aikaisemmin katsonut, ettei *Magill* -päätös anna aihetta dramaattisiin tulkintoihin. Immateriaalioikeuksien suoja ei ole joko-tai-kysymys, vaan kyse on intressivertailusta eri oikeuksien välillä. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 84–85. Myöhempi oikeuskäytäntö ei anna aihetta muuttaa aiempaa kantaa.

[292] *RTE ja ITP v. komissio*, C-241,242/91P, Kok. 1995 s. I-743.

[293] Julkisasiamies viittasi tältä osin myös tapaukseen *Volvo/Veng*.

[294] 53 kohta.

[295] 54 kohta.

[296] 55 kohta.

[297] 56 kohta.

tarpeellisen hyödykkeen tuottamisessa tarvittavaa välttämättömyyshyödykettä.[298]

Magill-päätös johti Yhdistyneessä kuningaskunnassa siihen, että television ohjelmatiedot rajattiin lainsäädännöllisesti tekijänoikeussuojan ulkopuolelle. Konflikti kilpailulainsäädännön ja immateriaalioikeuden välillä ratkaistiin siten ensi vaiheessa syrjäyttämällä immateriaalioikeus lainkäyttäjän päätöksellä ja toisessa vaiheessa rajoittamalla laissa immateriaalioikeuden käyttöalaa. Nähdäkseni ongelma syntyi tekijänoikeuden ylisuuresta käyttöalasta, joka johti tuotannon estymiseen liitännäisillä markkinoilla. Ratkaisua on pidettävä kilpailupoliittisilta vaikutuksiltaan myönteisenä, sillä se mahdollisti uuden, kuluttajien arvostaman hyödykkeen tuomisen markkinoille. Ratkaisu on nähtävä pääsäännön vahvistavana poikkeuksena, ei varsinaisena linjanmuutoksena[299] immateriaalioikeuksien arvioinnissa 82 artiklan nojalla.[300]

Edellä olevaa johtopäätöstä voidaan perustella myöhemmällä ratkaisulla *Tierce/Landbroke SA v. komissio*[301], jossa väärinkäyttönä ei pidetty sitä, että ranskalainen hevoskilpailujen järjestäjä kieltäytyi lisensioimasta Ranskassa järjestettyjen hevoskilpailujen televisio-oikeuksia belgialaiselle vedonlyöntiyritykselle. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, ettei sopimuksesta kieltäytymistä voida pitää väärinkäyttönä, koska vedonlyönnin osalta relevantit markkinat rajoittuivat Belgian alueelle. Kieltäytymisellä lähetysten laajentamisesta Belgiaan ei siten ollut syrjivää vaikutusta Belgiassa toimivien yritysten kannalta. Vaikka markkinat määriteltäisiin tätä laajemmin,[302] sittenkään kieltäytymistä ei voitaisi pitää väärinkäyttönä, koska televisiolähetyksiä ei voitu pitää välttämättömänä vedonvälityksen kannalta.[303] Landbroke oli nimittäin kyennyt välittämään vetoja Belgiassa varsin hyvin ilman vaadittuja televisiolähetyksiä.[304] Magill ja Landbroke-tuomioita voidaan verrata keskenään *suhteellisuus-*

---

[298] Näin myös esim. Bellamy/Child (2001) s. 745.

[299] EY:n tuomioistuimen perustelut lienevät rauhoittavaa luettavaa niille kommentaattoreille, jotka ovat nähneet ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen rajoittavan kohtuuttomasti immateriaalioikeuksien käyttöalaa tai peräti uhkaavan henkistä omaisuutta koskevaa Bernin yleissopimusta.

[300] Samalla kannalla nykyisin myös Whish (2001) s. 700–701, joka pitää EY:n komission ja ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksiä epäselvinä ja katsoo asian selkiintyneen vasta EY:n tuomioistuimen *Magill*-päätöksen ja muun myöhemmän oikeuskäytännön perusteella. Mielestäni tulkinta oli selvä jo ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen perusteella. Kilpailuoikeudellisten päätösten kommentoinnille on tyypillistä, että uusia elementtejä sisältävien ratkaisujen merkitystä aluksi yliarvioidaan, kunnes uusi lähestymistapa löytää systeeminmukaisen paikkansa päätösten jatkumossa.

[301] *Tierce Landbroke SA v. komissio*, T-504/93, Kok. 1997 s. II-923; C-393/95P, Kok. 1997 s. I-7007.

[302] Voitaisiin ajatella, että belgialainen yritys kilpailisi ranskalaisten vedonlyöntiyritysten kanssa, jolloin tapaukseen saataisiin syrjintäkulma.

[303] Ks. T-504/93, tuomion kohta 131.

[304] Tapausta voidaan verrata *Magillin* ohella myös *Bronner*-päätökseen, jossa edellytettiin, että sopimuksesta kieltäytymisen tulisi estää markkinoille pääsy käytännössä kokonaisuudessaan.

periaatteen avulla. Tapauksessa *Tierce/Landbroke* sopimuksesta kieltäytyminen saattoi epäilemättä heikentää Landbroken kaupallista menestystä. Voidaan hyvin kuvitella, että kilpailujen näyttäminen yhtiön tiloissa lisäisi vetojen myyntiä. *Magill*-tapauksessa vaikutukset olivat vakavampia, sillä liikesuhteesta kieltäytyminen esti kokonaan uuden hyödykkeen tuomisen markkinoille. Haitta kohdistui selkeästi myös kuluttajiin. Immateriaalioikeudellisen oikeussuojaan, kauppakumppanien etuun ja kuluttajien hyvinvointiin liittyvien intressien punninta johti erilaiseen lopputulokseen[305].

Nähdäkseni immateriaalioikeudet tulee kuitenkin pitää erillään essential facilities -opista, sillä kyse on kahden erillisen kieltäytymistilanteen arvioinnista. Tämä ei tarkoita sitä, etteivätkö kriteerit kilpailuviranomaisen interventiolle voisi olla samat tilanteissa, joissa immateriaalioikeuden ei muuten voida katsoa syyllistyneen moitittavaan menettelyyn. Edellä on todettu, ettei immateriaalioikeuksia koskevia tapauksia ole syytä kierrättää avainasemaa koskevan opin alle. Oppien yhtymäkohta on kuluttajien edun käsitteessä. Kummassakin tilanteessa sopimuksentekovelvoitteen asettaminen on perusteltua, kun liikesuhteesta pidättäytymisen haitta ei rajoitu pelkästään kauppakumppaniksi haluavaan tahoon, vaan menettely heikentää yleisemmin kilpailuprosessin toimintaa tai kuluttajien hyvinvointia. Immateriaalioikeuksien ja avainaseman käsitteen välisestä suhteesta ks. esim. Cotter, Intellectual Property and the Essential Facility Doctrine, Antitrust Law Bulletin(1999) s. 211 ss.

[305] Komissio on pyrkinyt laajentamaan toimivaltaansa puuttua immateriaalioikeuksien lisensioinnista kieltäytymiseen tapauksessa *IMS Healt* (Asia Comp D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*, välitoimet, EYVL L 059, EYVL 2002 L 59/18). Tapauksessa kyse on siitä, onko IMS Healt syyllistynyt määräävän aseman väärinkäyttöön kieltäytyessään luovuttamasta kilpailijalleen lisenssiä myyntitietojen raportoinnissa käytettävään ns. 1860-aluejakoon (1860 brick structure). IMS toimittaa lääketehtaille lääkkeiden myyntiä koskevia tietoja, joiden perusteella lasketaan esim. edustajien kannnustimiin perustuvat korvaukset. IMS:n Saksassa kehittämässä järjestelmässä lääkkeiden ostoa koskevat tiedot kootaan olosuhteisiin nähden erityisen tarkasti, mikä nostaa myytävän informaation taloudellista arvoa. Toimenpidepyynnön tekijä NDC Health väittää, että lisenssistä kieltäytymistä on pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä, koska se ei voi myydä tietoja saksalaisille lääketehtaille ilman mainittua tiedostoa. IMS on nostanut kanteita saksalaisissa tuomioistuimissa väitetyistä tekijänoikeusrikkomuksista. IMS Healt katsoo, että sillä on tekijänoikeus kehittämäänsä järjestelmään ja oikeus kieltäytyä luovuttamasta sitä kilpailijalleen. Komissio määräsi väliaikaisen kiellon sillä perusteella, että aluejakoa koskevaa tiedostoa olisi pidettävä avainasemana, jota ilman kilpailija ei pääse markkinoille. Tämä johtuu komission mukaan siitä, että lääketehtaat eivät halua käyttää muuta tiedostoa kuin juuri sitä, jonka IMS yhdessä lääketehtaiden kanssa on kehittänyt. Komissio viittaa tuekseen EY-tuomioistuimen *Bronner*-päätökseen. IMS-Health on puolestaan vedonnut siihen, että sillä on *Volvo Veng* -tapauksen perusteella oikeus kieltäytyä myöntämästä lisenssiä. Nähdäkseni komission kantaa on pidettävä ongelmallisena. Ensinnäkin on kyseenalaista, voidaanko puhua avainasemasta yksistään sillä perusteella, että lääketehtaat eivät halua käyttää muuta järjestelmää kuin 1860-aluejakoa. Arvioitaessa väitettyä väärinkäyttöä on huomattava, että kyseessä on koko ajan yhdet ja samat markkinat. Tietojen luovuttaminen näyttäisi johtavan tulonsiirtoon ja mahdollisesti asiakassiirtymiin. Yleensä velvollisuus lisensioida immateriaalioikeus on edellyttänyt kaksia markkinoita, ensimmäisiä joilla immateriaalioikeus on, ja toisia joille pääsy estyy (esim. Magill-tapauksessa televisiotietojen ja televisiolehtien markkinat). Komissio väittää nyt, ettei kaksia markkinoita tarvita. Komissio lisää, että mikäli lisenssi myönnetään, lisenssinsaajat tarjoaisivat käytännössä samaa tuotetta kuin immateriaaliuoikeuden haltija. Lisensiointivelvoite voidaan komission mielestä asettaa, vaikka kieltäytyminen ei estä uuden tuotteen pääsyä markkinoille ja vaikka tapauksessa ei ole näytetty, että kysyntä lopputuotteen markkinoilla olisi tyydyttämätöntä. Komission perustelutapa on huolestuttava, koska riittävästi ei kiinnitetä huomiota siihen, että

6.2.5 Kotimaista käytäntöä

Teosto ry:tä[306] ja *Gramex ry:tä*[307] koskevissa tapauksissa kyse oli tekijänoikeuksien kollektiivisesta hallinnoinnista. Kilpailuvirasto oli katsonut, että tekijänoikeusjärjestöjen toimintaa oli pidettävä samalla tuotanto- ja jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välisenä kiellettynä hintayhteistyönä, jonka jatkaminen edellytti 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa. Kilpailuneuvosto katsoi, että tekijänoikeusjärjestöjen sääntömääräinen, normaali toiminta ei muodosta kilpailunrajoituslain 6 §:ssä kiellettyä kartellia. Päätös perustui siihen, että massaoikeuksien niputtaminen ja hallinnointi loi käytännössä uuden hyödykkeen, jota yksittäiset oikeudenhaltijat eivät olisi kyennyt yksin tarjoamaan. Kilpailuneuvosto katsoi eurooppalaisiin esikuviin viitaten, että Teosto ry ja Gramex ry ovat kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa tarkoitetussa määräävässä asemassa hallinnoimiensa tekijänoikeuksien markkinoilla. Väärinkäyttö suhteessa oikeuksien käyttäjiin tai omiin jäseniin nähden on kiellettyä. Tarkastelu vastaa EY:n kilpailuoikeudessa omaksuttuja ratkaisuja.

Tapauksessa *Teosto/Yleisradio/MTV*[308] kyse oli Teoston Yleisradiolta ja MTV:ltä perimistä lähetyskorvauksista. Tapauksen pohjalla oli kaksi välitystuomiota, joilla oli vahvistettu toisessa Yleisradion ja toisessa MTV:n maksettavaksi tuleva tekijänoikeuskorvaus musiikin soittamisesta yhtäältä televisiossa ja toisaalta radiossa. MTV:n maksettavaksi oli vahvistettu Yleisradiota korkeampi korvaus. Kilpailuvirasto katsoi, että kyse oli määräävän aseman väärinkäytöstä. MTV:n ja YLE:n Teostolle aiheuttamissa kustannuksissa ei ollut eroa, mutta kuitenkin oli tuomittu erisuuruinen minuuttihinta lähetyskorvaukselle.

---

turvataan riittävät kannustimet innovaatioille. Nähdäkseni yritystä ei voida velvoittaa jakamaan kilpailuetuaan kilpailijansa kanssa ilman vahvoja perusteita, jotka liittyvät yleiseen etuun kilpailun toimivuudesta tai tietyn vahingollisen toiminnan, esim. haitallisen vipuvarren käytön, estämiseen. Komission väliaikaisratkaisu on valaiseva esimerkki niistä vaaroista, joita avainaseman käsitteen laajaan soveltamiseen liittyy. Tapauksessa on jäänyt taka-alalle se, voidaanko IMS:n katsoa yleisesti menetelleen sopimattomalla ja kilpailua rajoittavalla tavalla. Tätä kirjoitettaessa asia oli vireillä EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimessa valitusasiana (*IMS Health v. komissio*, T-184/01), minkä lisäksi saksalainen tuomioistuin oli tehnyt ennakkoratkaisupyynnön EY-tuomioistuimelle (C-418/01). EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen presidentti keskeytti väliaikaisesti komission päätöksen täytäntöönpanon sillä perusteella, että komissio näyttää ainakin ensi lukemalta tulkineen Magill-päätöstä ja siinä edellytettyjä poikkeuksellisia olosuhteita laajentavasti (T-184/01R, määräys 26.10.2001). Magill-päätöksen edellä siteeratut kolme edellytystä lienevät kumulatiivisia. EY:n tuomioistuin hylkäsi väliaikaismääräystä koskevan valituksen.

[306] *Säveltäjäin Tekijänoikeustoimisto Teosto ry:n poikkeuslupahakemus*, d:o 5/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995, Kuoppamäki (1996) s. 442–475.

[307] *Esittävien taiteilijoiden ja äänitteiden tuottajien tekijänoikeusyhdistys Gramex ry:n poikkeuslupahakemus*, d:o 3/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995, Kuoppamäki (1996) s. 414–441.

[308] D:o 22/359/96, kilpailuneuvoston päätös 1.6.1998; KHO 9.6.1999, dnro 1956/1/98, taltio 1540.

Kilpailuneuvosto katsoi, ettei kustannusvastaavuuden periaate ole yksinään riittävä tai edes oikea vertailuperuste. Korvaus voi perustua käyttöperiaatteelle tai rojaltiperiaatteelle. Kyse ei ollut samanlaisesta oikeuden hyödyntämisestä. Ero korvaustasossa selittyi sillä, että YLE:n korvaus koski pääosin radiota ja vain osin televisiota, kun taas MTV:n korvaus koski vain televisiota. Asiassa saadun selvityksen mukaan televisio- ja radiokorvaukset ovat kansainvälisesti eri tasolla, eikä suhteellinen ero ollut saatuun selvitykseen nähden suuri. Kilpailuneuvosto velvoitti kuitenkin erottamaan televisio- ja radiokorvaukset uusissa sopimuksissa. Tekijänoikeuskorvausten vertailtavuuden oli estänyt se, että yleisradion osalta radio- ja televisiokorvauksille oli määrätty yksi hinta, mitä kentän monimuotoisuus huomioon ottaen ei voitu pitää asianmukaisena. Läpinäkyvyyden periaate edellyttää määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelulta ennakoitavuutta ja sitä, että asiakas voi tarpeen vaatiessa saada selvityksen siitä, mistä eristä hyödykkeen hinta muodostuu.

Kilpailuviraston käytännöstä löytyy mielenkiintoinen tapaus, joka koski kieltäytymistä lisensioimasta patenttia.[309] *Setec Oy* oli autokohtaisten pysäköintilaitteiden alalla Suomen ainoan maksujärjestelmän patentin haltija.[310] Autokohtaisten pysäköintilaitteiden valmistajat ovat riippuvaisia Setec Oy:n maksujärjestelmästä, sillä ne tarvitsevat käyttöoikeuden järjestelmään voidakseen myydä autokohtaisia pysäköintilaitettaan Suomessa.[311] Setec Oy:n järjestelmälle ei katsottu olevan korvaavia vaihtoehtoja Suomen markkinoilla. Setec Oy oli näin kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin nojalla määräävässä markkina-asemassa.

Kilpailuvirasto totesi päätöksessään, että patentin haltijalla on pääsääntöisesti yksinoikeus hyödyntää patenttia taloudellisesti, mikä tarkoittaa myös sitä, ettei patentin haltijalla ole pääsääntöisesti velvollisuutta lisensioida käyttöoikeutta patentin kattamaan keksintöön, koska lisensiointi on osa yksinoikeutta.[312] Tätä pääsääntöä ei kuitenkaan noudateta, jos patentin haltija toimii tavalla,

---

[309] *Setec Oy:n epäilty määräävän markkina-aseman väärinkäyttö autokohtaisten pysäköintilaitteiden maksujärjestelmien markkinoilla*, d:o 580/61/95, kilpailuviraston päätös 30.1.1997.

[310] Setec Oy:llä on patentti kehittämäänsä elektroniseen maksujärjestelmään, jonka liityntäkomponenttina toimi turvamoduuli. Parkit Oy:n mukaan Setec Oy ei ollut suostunut lisensioimaan järjestelmän käyttöoikeutta ja toimittamaan järjestelmän liityntäkomponenttia kilpailijalleen. Mikrokit Oy oli pitkään yrittänyt aikaansaada Setec Oy:n kanssa sopimusta, joka mahdollistaisi Mikrokit Oy:n toimikorttipohjaisen pysäköintimaksulaitteiden myynnin Suomessa. Setec Oy oli puolestaan vastineessaan esittänyt, että mikäli se suostuisi lisensioimaan järjestelmän käyttöoikeuden kilpailijalle, vaatisi tämä joka tapauksessa pitkät neuvottelut ja soveltuvan rahallisen korvauksen.

[311] Käteinen raha autokohtaisen pysäköintilaitteen maksutapana ei ole realistinen vaihtoehto, koska laitetta käyttäessä kuluttaja maksaa pysäköinnistä omaan maksulaitteeseensa.

[312] Kilpailuvirasto viittasi kantansa tueksi EY:n tuomioistuimen ratkaisuun asiassa *Volvo/Veng*, 238/87, Kok. 1988 s. 6211. Viittaus on muuten oikein, paitsi että tapauksessa kyse ei ollut patentista vaan hyödyllisyysmallista.

joka kokonaisuutena arvioiden on "ennemmin" määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä kuin yksinoikeuden välttämätöntä suojaamista ja hyödyntämistä. Markkinoiden rakenne määrää sen, millaisessa tilanteessa lisensioinnista kieltäytyminen voidaan katsoa väärinkäytöksi ja milloin on kyseessä yksinoikeuden välttämätön suojaaminen ja hyödyntäminen.[313] Patentinhaltijan kieltäytyminen lisensioinnista voi olla kyseenalaista, jos ilman lisensiointia markkinoiden terve toiminta vaarantuu esimerkiksi siksi, että markkinat eivät pysty täyttämään kuluttajien kysyntää. Lisensioinnista kieltäytymistä arvioidessaan kilpailuvirasto otti myös huomioon, onko patentinhaltijalla objektiivisesti hyväksyttävä peruste kieltäytymiselleen. Perustelut ovat hyväksyttäviä, jos voidaan vakuuttua siitä, että velvoittaminen lisensiointiin vaikuttaisi innovointihalukkuuteen negatiivisesti, vähentäisi patentinhaltijan taloudellisia mahdollisuuksia kehittää keksintöään tai muutoin estäisi patentinhaltijaa hyötymästä keksinnöstään. Kilpailuvirasto korosti päätöksessään erityisesti markkinoiden dynaamista tehokkuutta.

> Tapauksessa kilpailuoikeudellinen ongelma syntyi siitä, että kilpailevat autokohtaisten pysäköintilaitteiden valmistajat eivät voineet tuoda laitettaan markkinoille ilman Setec Oy:n järjestelmän liityntäkomponenttia ja järjestelmän lisenssiä. Tältä kannalta asiaa tarkastellen Setec oli sitonut kilpailulta suojatun järjestelmän ja kilpailulle alttiin laitemyynnin yhteen ja laajentanut markkinavoimaansa toisille hyödykemarkkinoille.
>
> Kilpailuvirasto otti harkinnassaan huomioon maksujärjestelmän ja laitteen keskinäisen taloudellisen suhteen. Virasto katsoi, että patentoidun järjestelmän taloudellinen hyödyntäminen olisi vaikeutunut kohtuuttomasti ilman järjestelmän määräaikaista sitomista laitekauppaan, mikä on asiallisesti sama asia kuin kieltäytyminen määräajaksi lisensioimasta järjestelmää kilpailevalle laitevalmistajalle. Syynä patentin hyödyntämisen vaikeutumiseen oli ollut järjestelmää käyttävien laitemarkkinoiden pienuus. Järjestelmä oli suunniteltu autokohtaisia pysäköintilaitteita varten eikä järjestelmälle ole ollut muuta sovellutusta kuin autokohtaiset pysäköintilaitteet. Autokohtaiset pysäköintilaitteet puolestaan kilpailevat markkinoilla useiden muiden pysäköinnin maksutapojen kanssa. Itse järjestelmän välitön hyödyntäminen ulkomaisilla markkinoilla olisi ollut erittäin vaikeaa, koska muualla oli ollut käytössä yhden palveluntarjoajan suljetut maksujärjestelmät ja järjestelmien vaihtaminen Setec Oy:n tarjoamaan monen palveluntarjoajan järjestelmään veisi pitkän ajan. Jos Setec Oy olisi näille pienille markkinoille tullessaan ollut välittömästi velvollinen lisensioimaan keksintönsä kilpailijalle, olisi Setec Oy:n taloudelliset mahdollisuudet kattaa innovaationsa vaatimat kustannukset ja kehittää keksintöään edelleen saattaneet heikentyä merkittävästi. Setec Oy olisi saattanut estyä kokonaan hyötymästä keksinnöstään taloudellisesti. Tällaisessa markkinatilanteessa välitön velvoittaminen lisensioin-

[313] Tältä osin kilpailuvirasto viittasi *Magill*-tapaukseen.

tiin saattaisi vaikuttaa negatiivisesti innovointihalukkuuteen ja näin heikentää merkittävästi markkinoiden dynaamista tehokkuutta.[314]

Kilpailuvirasto korosti, että immateriaalioikeuksiin liittyvissä kilpailunrajoitustapauksissa korostuu erityisesti markkinoiden *dynaamisen tehokkuuden* turvaaminen. Kilpailunrajoituslakia tulkitaan niin, että elinkeinoelämässä säilytetään kannusteet uusien ja parempien tuotteiden kehittämiseen. Tämä on pääasiallinen perustelu sille, miksi kilpailuvirasto katsoi, etteivät väitetty järjestelmän lisensioinnista kieltäytyminen ja yksinmyyntiehto Helsingin kaupungin ja Setec Oy:n välisessä sopimuksessa olleet kilpailunrajoituslain 7 §:n vastaisia. Kilpailuviraston perusteisiin voidaan yhtyä. Setec-ratkaisussa kyse lienee rajatapauksesta, jossa kokonaisarviointi kääntyi patentinhaltijan hyväksi. Sopimuksesta kieltäytyminen johtui pikemminkin markkinoiden kapeudesta kuin keinotekoisesta pyrkimyksestä sivuuttaa kilpailijat vipuvarren avulla.

Nähdäkseni lisensiointivelvoitteen asettaminen on perusteltua vain poikkeuksellisissa olosuhteissa. Lisensioimisesta kieltäytymistä ei voida ratkaista yksinään sillä perusteella, estääkö se markkinoille pääsyä, sillä tämä vaikutus on havaittavissa jokaisen merkittävän immateriaalioikeuden osalta. Se, että immateriaalioikeuden lisensioinnista kieltäytyminen estää markkinoille pääsyä, lienee todennettavissa varsin monissa kilpailuoikeudellisissa tapauksissa, joissa immateriaalioikeuden haltijalla on markkinavoimaa. Jotta menettelyyn on syytä puuttua, on edellytettävä lisäksi, että lisensioimisesta kieltäytyminen koituu kuluttajien vahingoksi. Lisäkvalifikaationa on edellytettävä, että markkinoille tulon vaikeutumisen voidaan olettaa haittaavan kuluttajia esim. estämällä *Magill*-tapauksen tavoin entistä parempien hyödykkeiden tulon markkinoille tai nostamalla kohtuuttomasti hintoja. Mikäli lisensiointi johtaa ainoastaan patentinhaltijan korvautumiseen lisenssinsaajalla, lisensiointivelvollisuuden asettaminen ei aidosti lisää kuluttajien hyvinvointia. Ankarampaan suhtautumiseen lienee perusteita sellaisilla uuden talouden, verkostoituneen yhteistyön leimaamilla aloilla, joilla immateriaalioikeuksien lisensiointia kilpailijoille voidaan pitää kauppatapana.

Toistaiseksi merkittävimmän ristiriidan immateriaalioikeuksien ja kilpailulainsäädännön välillä on aiheuttanut korkeimman hallinto-oikeuden syksyllä

---

[314] Kilpailuvirasto pitää selvänä, että laitteen ja järjestelmän käyttöoikeuden yhdessä myyminen alentaa jossain määrin tuotannon, jakelun ja markkinoinnin kustannuksia. Yhdessä myyminen antaa myös paremmat mahdollisuudet valvoa turvallisuuden ja laadun säilymistä. Lisensioinnista kieltäytyminen ei ole vaikuttanut kuluttajatason markkinoihin. Kuluttajilla on ollut valittavana vaihtoehtoisia tapoja maksaa pysäköinnistä. Setec Oy ei ole voinut sanella laitteensa hintaa, vaan laitteen hinnoittelun on määrännyt pääasiallisesti laitteen kysyntä. Kilpailuvirasto on huomioinut harkinnassaan myös sen, että lisensioinnista kieltäytyminen ja komponentin ja laitteen sitominen toisiinsa on ollut vain määräajan kestävää, sillä Setec Oy on syyskuussa 1995 antanut tutkimuspyynnön tehneelle Parkit Oy:lle myönteisen vastauksen Parkit Oy:n tekemään järjestelmää ja komponenttia koskevaan tarjouspyyntöön.

2001 antaman *Otava*-ratkaisu. Tapausta on käsitelty relevanttien markkinoiden määrittelyn yhteydessä. KHO:n mukaan tietyn kirjan valinta tuo mahdollisuuden vaikuttaa hinnoitteluun 3 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla. KHO:n enemmistön kanta lepää käytännössä sen varassa, että kustantajan tekijänoikeus estää muita kustantajia valmistamasta juuri sitä tietyn kustantajan teosta, joka koulussa sinä vuonna on tullut valituksi.[315] KHO:n päätöksessä näytettäisiin samaistettavan immateriaalioikeus ja määräävä asema.[316] KHO:n vähemmistö olisi hylännyt kilpailuviraston esityksen sillä perusteella, ettei kustantajan immateriaalioikeudesta ja opettajan valinnasta voi tehdä sitä johtopäätöstä, että kustantajalla on määräävä asema.[317] Nähdäkseni KHO:n enemmistön kantaa on syytä arvostella, sillä siinä jätetään huomiotta, kuinka suurta osaa markkinoista immateriaalioikeus edustaa. Päätös sumentaa rajanvedon immateriaalioikeuden ja määräävän markkina-aseman välillä. *Richard A. Posner* toteaa kirjansa *Antitrust Law* toisessa painoksessa (2001) seuraavaa:[318]

> "Book publishing is a fiercely competitive, low-margin industry but the demand curve facing the publisher of a particular book won't be horizontal even if the book is not a best seller. The publisher will be able to chooce among a range of prices without seeing his output go to zero. An academic publisher, for example, might face a choice between selling 2000 copies of a

---

[315] KHO:n päätöksessä näytetään oletettavan, että kustantaja voisi merkittävästi korottaa oppikirjan hintaa valinnan ja kirjan ostotapahtuman välisenä aikana. Ratkaisu näyttää perustuvan ns. hold up -ongelmaan. KHO:n päätöksessä jää huomiotta se, mikä vaikutus mainitun kaltaisella moral hazard -toiminnalla olisi koulun halukkuudelle valita saman kustantajan kirja myös seuraavana lukuvuonna. Myöskään se KHO:n korostama seikka, että opettajan valinnassa korostuvat laadulliset seikat, ei osoita, että Otavalla olisi määräävä asema. On totta, että suorittaessaan valintaa opettaja korostaa kirjan hintaa enemmän laadullisia seikkoja kuten kirjan pedagogisuutta, muuta hyödynnettävyyttä opetuksessa, arvioitua mielenkiintoisuutta, sopivuutta opetusohjelmaan jne. Päätöksen tekeminen lienee annettu opettajan tehtäväksi siitä syystä, että opettajalla todennäköisesti on oppilaita parempi kyky arvioida em. tekijöitä. Siitä että kilpailua käydään laatukilpailuna, ei toisaalta voida tehdä sitä johtopäätöstä, että hinnat olisivat merkityksettömiä. Kuten yleensäkään, ratkaisevaa ei ole absoluuttinen hintataso, vaan hinta-laatusuhde. Siitä, että laatukilpailussa hinnalla on pienempi merkitys kuin laadulla, ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että kustantajalla on määräävä asema. KHO:n enemmistö näyttää sekoittavan keskenään juuri hinta-laatusuhteen ja absoluuttisen hintatason. Niukkasanainen päätös ei osoita, että Otavalla olisi ollut mahdollisuus esim. heikentää hyödykkeidensä hinta-laatu-suhdetta menettämättä markkinaosuuttaan kilpailijoille. (KHO d:o 2270/1/99, 2221/1/99, taltio 2540)

[316] KHO:n päätöksestä näyttäisi seuraavan, että jokaisella oppikirjan valmistajalla on määräävä markkina-asema omien kustanteidensa markkinoilla riippumatta esim. markkinaosuudesta tai siitä, kuinka hyvin mainittu kirja voidaan korvata jonkun muun kustantajan teoksella. Kuitenkin määräävän aseman selvittäminen edellyttää jo lain esitöiden perusteella sitä, että huomiota kiinnitetään markkinarakenteeseen ja tarjolla oleviin vaihtoehtoihin.

[317] Tähän huolestuttavaan piirteeseen kiinnitetään huomiota KHO:n vähemmistön muodostaneiden kahden hallintoneuvoksen eriävässä mielipiteessä.

[318] Posner, Antitrust Law (2001) s. 195.

> book at $30 or 800 copies at $50. The existence of such a choice shows that the demand for the book is not perfectly elastic and thus establishes the presence of "market power" – in a sense utterly immaterial to antitrust policy."

Posnerin kantaan voidaan todeta, että luonnollisesti myös kirjamarkkinat voivat olla ei-kilpailulliset. *Otava*-tapauksessa kyseessä olivat oligopolimarkkinat.[319] Posnerin tarkoituksena on osoittaa yleisellä tasolla, ettei määräävää asemaa pidä sekoittaa tuotedifferoinnin kanssa. Differointi tuo mahdollisuuden tehdä itsenäisiä hinnoittelupäätöksiä, muttei mahdollisuutta ohjata markkinoita kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 kohdan merkityksessä.[320] Päätös on huolestuttava, sillä määräävän aseman käsite irtautuu markkinoiden hallinnasta ja samaistuu liiaksi immateriaalioikeuteen. Päätös heikentää lain ennakoitavuutta ja aiheuttanee sopeutumisongelmia elinkeinoelämän piirissä.

6.2.6 Yhteenveto

Kilpailuoikeudellisen tapauksen ratkaiseminen edellyttää kilpailu- ja immateriaalioikeudellisen näkökulman yhteensovittamista. Immateriaalioikeudet eivät ole lähtökohtaisesti kilpailua estävä vaan kilpailua lisäävä instrumentti. Immateriaalioikeuksilla edistetään innovaatioiden saattamista markkinoille ja mahdollistetaan yrityksille tuotedifferointi, jonka avulla menestyksekäs yritys saa erotettua hyödykkeensä vähemmän tehokkaiden yritysten tarjonnasta. Uudessa taloudessa immateriaalioikeuksien merkitys korostuu, koska henkisen pääoman merkitys lisääntyy suhteessa aineellisiin tuotannontekijöihin. Verkostoitumisen myötä painopiste näyttää siirtyvän perinteisestä yksinoikeuden suojaamisesta immateriaalioikeuden mahdollisimman laajan käytön edistämistä koskeviin strategisiin tavoitteisiin.

Immateriaalioikeudet tarjoavat suositun keinon kilpailun rajoittamiseen. Näissä tilanteissa immateriaalioikeudet eivät nauti erityisasemasta tai immuniteetista, eikä pelkkä immateriaalioikeuteen vetoaminen oikeuta tai perustele vahingollista kilpailunrajoitusta. Aineeton ja aineellinen omaisuus ovat kilpailuoikeudellisesti samalla viivalla. Immateriaalioikeuksiin liittyvät erityispiirteet otetaan tasapainoisessa kilpailuoikeudellisessa käytännössä huomioon, kuten alakohtaiset erityistekijät yleensäkin. Yhdysvaltain, EY:n tai Suomen kilpailuoikeudessa immateriaalioikeudet eivät itsessään tuota markkinavoimaa,

---

[319] Täysin poissuljettua ei ole se, että tilannetta oltaisiin voitu arvioida yhteisen määräävän aseman käsitteen avulla. Tämä on kuitenkin spekulatiivinen näkökohta, sillä väitettä tästä ei tapauksessa oltu esitetty, eikä asiaa oltu tältä kannalta selvitetty.

[320] Nähdäkseni KHO:n enemmistö putosi juuri tähän sudenkuoppaan *Otava*-tapauksessa.

määräävästä asemasta puhumattakaan, joskin Otavaa koskeneessa KHO:n päätöksessä enemmistöllä näyttää olleen toisenlainen kanta.[321]

6.3 KILPAILUA RAJOITTAVAT VERTIKAALISET SOPIMUSEHDOT

Rooman sopimuksen 82 artiklan alakohdassa a) kielletään muun ohella "kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen" ja alakohdassa b) "tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi". Vastaavasti kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 kohdassa kielletään hyvään kauppatapaan perustumattomien asiakkaan toimintavapautta rajoittavien liikesuhteen ehtojen käyttö. Lain esitöiden[322] mukaan säännöksen soveltamisalaan kuuluvat mm. ehdot, joilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys velvoittaa asiakkaan rajoittamaan liikesuhteitaan toisiin yrityksiin. Säännöksen soveltamisalaan kuuluvat myös ylipitkät sopimusajat ja kohtuuttomat sanktioehdot, samoin kuin hyödykkeen käyttöä tai jälleenmyyntiä koskevat perusteettomat rajoitukset.

Väärinkäyttökieltoa voidaan perustella markkinarakenteen keskittyneisyydellä ja asiakkaiden riippuvuudella. Määräävässä asemassa oleva elinkeinonharjoittaja voi asemansa vuoksi pitkälti yksipuolisesti sanella liikesuhteissa käyttämänsä toimitus- ja muut ehdot. Näitä ehtoja voidaan käyttää kilpailun rajoittamiseksi esimerkiksi siten, että asiakasyritys velvoitetaan rajoittamaan liikesuhteitaan määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoihin. Määräävässä asemassa oleva yritys voi myös pyrkiä vaikuttamaan kilpailuun muilla markkinoilla asettamalla tuotteen jälleenmyyntiä koskevia rajoituksia esimerkiksi myönnettäviin alennuksiin tai asiakaskuntaan. Tavoitteena voi olla myös määräävän aseman laajentaminen uusille markkinoille. Rajoittavilla ehdoilla saatetaan myös pyrkiä määräävässä asemassa olevan yrityksen voiton maksimointiin estämällä asiakkaita turvautumasta kustannustehokkaampaan vaihtoehtoon.

Asiakkaan toimintavapautta rajoittavia ehtoja on pidettävä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, mikäli ne eivät ole hyvän kauppatavan mukaisia. Hyvänä kauppatapana on pidettävä siviilioikeuden kauppatapakäsityksen mukaan alalla noudatettavaa yleistä, tasapuolista ja kohtuullista velvoittavaksi tunnustettua käytäntöä. Tällaisena ei lain esitöiden mukaan voida kuitenkaan

---

[321] Tähänastisen käytännön perusteella mainittua päätöstä on pidettävä pikemminkin yksittäisenä, puutteelliseen taloudelliseen analyysiin perustuvana harha-askeleena kuin osoituksena linjan muuttumisesta immateriaalioikeuksille kielteiseen suuntaan. Korjaavan lainsäädännön tarvetta voidaan arvioida vasta myöhemmin, kun enemmän ratkaisukäytäntöä on saatu.

[322] HE 148/1987 vp. s. 23.

pitää käytäntöä, joka perustuu määräävässä asemassa olevan yrityksen noudattamaan markkinakäyttäytymiseen. Jos määräävä markkina-asema leimaa kyseessä olevan alan kauppatapoja, on säännöstä sovellettaessa pidettävä mittapuuna sellaisten vertailukelpoisten lähialojen kauppatapoja, joilla vallitsee toimiva ja terve kilpailu. Todistustaakka kauppatavan olemassaolosta ja sisällöstä on yleisten todistustaakkasäännösten mukaisesti siihen vetoavalla.[323]

6.3.1 Yksinomaisuussopimukset

Mikäli yrityksellä on määräävä asema, yksinomaisuussopimusta pidetään yleensä 82 artiklan alakohdassa a) kiellettynä "kohtuuttomana sopimusehtona". Kilpailunrajoituslain 7 §:n 3 kohdassa määräävässä asemassa olevilta yrityksiltä on kielletty "yksinmyynti- tai yksinostosopimusten käyttäminen" ellei sellaisten käyttämiselle voida osoittaa "erityistä syytä". Vertikaalisten sopimusten arviointi on merkittävästi erilainen sen mukaan, onko yrityksellä määräävää asemaa vai ei. *Määttä* toteaa, että dominanssikynnyksestä johtuva ero eksklusiivisopimusten arvioinnissa on jyrkkä. Määttä peräänkuuluttaa taloudellisia perusteluja erilaiselle kohtelulle.[324] Onkin syytä tarkastella hieman lähemmin vertikaalisten sopimusten taustalla olevia taloudellisia syitä ja vaikutuksia.

Vertikaaliset kilpailunrajoitukset on edellä jaettu hinnoittelua koskeviin ja muihin rajoituksiin (*price and non-price vertical restraints*). Erityisesti alinta sallittua hintaa koskevien määrähintojen asettamiseen suhtaudutaan kilpailulainsäädännössä yleensä torjuvasti. Sen sijaan suhtautuminen muihin kuin hinnoittelua koskeviin vertikaalisiin rajoituksiin on viime vuosina lieventynyt. Vertikaaliset sopimukset rajoittavat saman merkkituotteen myyjien keskinäistä kilpailua, mutta saattavat tehostaa kilpailua eri valmistajien välillä. Muiden kuin hinnoittelua koskevien vertikaalisten rajoitusten voidaan katsoa aiheuttavan kilpailuongelmia etupäässä silloin, kun tuotemerkkien välillä ei ole riittävästi kilpailua. Jos hyödykkeen jakelujärjestelmä on hyvin keskittynyt, yksinomaisuussopimukset voivat nostaa hintatasoa ja vaikeuttaa uusien yrittäjien pääsyä alalle.

Jakelusopimuksilla usein rajoitetaan jälleenmyyjien keskinäistä kilpailua myöntämällä kullekin jälleenmyyjälle yksinomainen toiminta-alue. Vastaavasti tuotteen valmistaja voi edellyttää, ettei jälleenmyyjä myy kilpailevia tuote-

---

[323] Ks. *Normilk Oy (Valio II)*, d:o 1/359/94, kilpailuneuvoston päätös 30.11.1994, Kuoppamäki 1996, s. 331. Tapauksessa kyse oli ns. kolmikantasopimuksena toteutettuun yrityskauppaan liitetyistä käyttörajoituksista ja ennen muuta osapuolten toisilleen antamien tahdonilmaisujen ja muiden tosiseikkojen arvioinnista.

[324] Ks. Määttä (2001) s. 130: "Eroavuus erilaisten yritysten toimintavapaudessa vaikuttaa siis tässä suhteessa jyrkältä, joten sille on oltava erityisen hyvät perustelut".

merkkejä. Yksinoikeuden turvin jälleenmyyjällä on mahdollisuus panostaa tuotteen markkinointiin ilman riskiä siitä, että markkinointiponnistelut koituisivat kilpailevan jälleenmyyjän hyödyksi. Myöntämällä yksinoikeus jälleenmyyjää voidaan suojata *vapaamatkustamiselta* eli siltä, että toinen yritys saa osan jälleenmyyjän panostuksesta "oikeudetta" itselleen. Hyödykkeen valmistajan kannalta yksinomaiset jakelusopimukset edesauttavat varsinkin etabloitumista uusille markkina-alueille. Tätä voidaan pitää integraation edistämisen näkökulmasta positiivisena seikkana. Toisaalta kuluttajan kannalta seurauksena on, että yksinoikeuden kattamalla alueella hyödyke voidaan hankkia vain yhdeltä jälleenmyyjältä. Jakelun keskittyminen mahdollistaa yhtäältä kustannusten karsimisen, toisaalta riskinä on liian vähäinen kilpailu jakeluportaalla, jolloin hinnat voivat tästä syystä nousta. Yksinomaisuussopimuksilla on merkitystä paitsi *allokatiivisen*, myös *dynaamisen tehokkuuden* näkökulmasta. Myöntämällä tietylle toimijalle yksinoikeus voidaan turvata riittävä panostus tuotekehittelyyn. Yhteiskunnallisena palkkiona voi olla entistä parempien hyödykkeiden tulo markkinoille. Käänteisesti jakelukanavien tukkeutuminen voi estää uusien, lupaavien hyödykkeiden pääsyn kuluttajien arvioitavaksi.

Mikäli markkinoilla on riittävästi toistensa kanssa kilpailevia yksinmyynti- tai yksinostojärjestelmiä, yhden tuotteen sisäiset *(intra-brand)* rajoitukset eivät välttämättä ole vahingollisia, vaan voivat piristää eri tuotteiden välistä *(inter-brand)* kilpailua. Mikäli tuotemerkkien välistä kilpailua ei esiinny yhden valmistajan määräävän markkina-aseman johdosta, yksinomaisuussopimusten käyttö on omiaan rajoittamaan kilpailua jo ennestään keskittyneillä markkinoilla. Varsin yleisesti katsotaan, ettei tiettyä tuotemerkkiä koskevan kilpailun (*intra-brand competition*) rajoittuminen ole vahingollista, jos samanaikaisesti eri valmistajien välillä relevanteilla tuotemarkkinoilla käytävä kilpailu *(inter-brand competition)* on riittävän voimakasta.[325] *Richard A. Posnerin* mielestä jaottelu on teennäinen, sillä jälleenmyyjän intressissä ei ole suostua järjestelyyn, joka johtaisi yhden valmistajan monopoliin ellei valmistaja suostu antamaan osaa monopolivoitoista jakelijalleen.[326] Tällöin taas monopolin tavoittelu

---

[325] Kilpailunrajoituslain esitöissä sama periaate on lausuttu julki toteamalla, ettei intra-brand -kilpailun rajoittuminen ole välttämättä vahingollista, mikäli inter-brand -kilpailua kuitenkin voidaan pitää toimivana eikä kyse ole markkinatalouden pelisääntöjen kannalta epäterveestä menettelystä.

[326] Ks. Posner, Antitrust Law (2001) s. 229–234, 237–238. Yhdysvalloissa keskustelua käydään yleensä klassisen tapauksen *United States v. United Shoe Machinery Co.* (110 F.Supp. 295 [D. Mass.] 347, US 521 [1953]) ympärillä. Tapauksessa johtava kengänvalmistuskoneiden myyjä kieltäytyi myymästä koneitaan kenkätehtaille ja pyrki kilpailuviranomaisten kanteen ja tuomioistuimen päätöksen mukaan sitomaan kengänvalmistajat itseensä pitkien vuokrasopimusten avulla. Tapaus on kiistelty ekonomistien joukossa – ehkä siksikin, että päätöksen tosiasiallisesti, ainakin osin, muotoili myöhemmin hyvin tunnettu kilpailuekonomisti Carl Kaysen. Ks. esim. Posner (2001) s. 230, alaviite 58.

menettää valmistajan kannalta mielekkyytensä.[327] Vaikka jälleenmyyjä suostuisikin itselleen epäedulliseen sopimukseen, yksinomaisuussopimuksilla ei voida estää tehokkaampien kilpailijoiden markkinoille tuloa.[328] On kuitenkin huomattava, että yksinomaisuussopimukset nostavat usein hintatasoa, joten kuluttajien hyvinvoinnin näkökulmasta hinnankorotuksen täytyy kompensoitua paremmalla palvelulla tai tuotevalikoimalla tahi muilla hyödyillä. Voidaan lähteä siitä, että inter- ja intra-brand -kilpailun välistä suhdetta on pidettävä monitahoisempana kysymyksenä kuin mitä Posner esittää.[329] Kilpailuoikeudellisessa argumentaatiossa on vain harvoin konkreettista hyötyä diktonomiasta täydellinen kilpailu/monopoli, sillä useimmat tapaukset sijoittuvat niiden välille.

Arvioitaessa yksinomaisuussopimusten vaikutuksia kilpailun toimivuudelle huomiota on kiinnitettävä siihen, *kuinka suuri osa alan jälleenmyyjistä on sidottu* yksinomaisuussopimuksiin. Yksinmyynti- ja yksinostosopimukset voivat olla vahingollisia erityisesti silloin, jos samanlaisten sopimusten *kumulatiivisesta vaikutuksesta* seuraa, ettei kilpailu ole toimivaa. Jos alalla noudatetaan hyvin yleisesti yksinomaisuussopimuksia, vaarana on, että hintataso nousee tai että vapaiden jakelukanavien puuttuessa uusien yritysten alallepääsy vaikeutuu. Mikäli sidottuisuus on hyvin yleistä, yksinomaisuussopimuksia voidaan myös väärinkäyttää tuotteen valmistajien välisen kartellin ylläpitämiseksi. Kyse voi olla myös jakeluportaan kartellista. Intra-brand-kilpailun merkitys näkyy erityisesti EY:n kilpailuoikeudelle keskeisen rinnakkaistuonnin yhteydessä. Mikäli tietyn hyödykkeen jakelumarginaali on kasvanut tietyssä jäsenmaassa tai alueella kohtuuttoman korkeaksi, rinnakkaistuonti mahdollistaa hinnanerojen tasaantumisen.[330] Mikäli rinnakkaistuonti on vapaata, hyödykkeiden luonnollinen hinnanero vastaa arbitraasista aiheutuvia ylimääräisiä kustannuksia. Samalla rinnakkaistuonnin mahdollisuus allokoi tuotantopanoksia yhteismarkkinoiden näkökulmasta tehokkaalla tavalla.[331]

Vaikuttaa siltä, ettei mitään kovin selkeitä sääntöjä yksinomaisuussopimusten hyvinvointivaikutuksista ole löydettävissä. Yksinostosopimukset edesauttavat valmistajan investointeja jakelukanaviin, mutta niillä on myös taipumus lisätä valmistajan hintamarginaalia. Vastaavasti yksinmyyntisopimukset helpot-

---

[327] Argumenttia voidaan pitää kaupallisesti oikeansuuntaisena, sillä ostajan intressissä on säilyttää pääasiallisen toimittajan ohella vähintään yksi kilpaileva hankintalähde. Argumenttia ei kuitenkaan voida yleistää, sillä esim. sopimusvoimaan liittyvistä syistä jakelijalle saattaa olla kannattavaa hyväksyä eksklusiivinen ostovelvoite, vaikka se lisäisikin myyjän ostovoimaa. Käänteisesti pienten tavarantoimittajien on usein sopeuduttava suurten kauppaketjujen tarjoamiin ehtoihin. Argumentointi yksinomaisuuden puolesta tai sitä vastaan ei ratkea pelkällä logiikalla, vaan edellyttää tukeseen markkinaolosuhteiden empiiristä tarkastelua.

[328] Ks. Posner (2001) s. 232–234.

[329] Puolesta ja vastaan esitettyjen argumenttien osalta ks. esim. Sullivan ja Grimes (2000) s. 290–277.

[330] Argumentti, jonka mukaan inter brand -kilpailun tehokkuus korvaa intra brand -kilpailun puuttumisen, ei siten aina pidä aivan kaikissa tilanteissa paikkaansa.

[331] Ks. yleisesti esim. Cini/McGovan (1998) s. 29–37.

tavat jälleenmyyjän markkinointiponnistelujen suunnittelua ja kasvattavat jälleenmyyjän marginaalia.[332] Jotta vertikaalisista sopimuksista olisi todellista haittaa kilpailun toimivuudelle, täytyy siihen osallisilla yrityksillä olla markkinavoimaa joko hyödykkeen tuotanto- tai jakeluportaalla. Haitat ovat sitä todennäköisempiä, mitä enemmän markkinavoimaa on. Määräävä asema kuvaa tilannetta, jossa yritys voi yksipuolisesti vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin. Tällöin yhtenä strategisena keinona kilpailijoiden poissulkemiseksi (exclusion) tai kustannusten nostattamiseksi (raising rivals' costs) voidaan käyttää yksinomaisuussopimuksia.[333] Kilpailunrajoituslain 7 §:n 3 kohtaa koskevissa esitöissä säännöstä onkin perusteltu sillä, että määräävässä asemassa oleva yritysten käyttämät yksinomaisuussopimukset vaikeuttavat kilpailijoiden asemaa.[334] Mitä vähemmän jakelukanavia on tarjolla ja mitä suurempia jakelukanavan perustamiseen liittyvät kustannukset ovat,[335] sitä todennäköisemmin yksinomaisuussopimus voi poissulkea kilpailijoita.[336] Poissuljenta merkittävistä jakelukanavista voi myös lisätä kuluttajien etsintäkustannuksia.[337] Vaikkei poissuljenta yleensä ole täydellistä, seurauksena voi olla kilpailijan kustannusten nouseminen, mikä riittää korkeamman hintatason ylläpitämiseen.[338] Mikäli markkinavoimaa on molemmilla portailla ja ne saadaan pidettyä toisistaan erillisinä, voi syntyä niin kutsuttu *kahden monopolin ongelma.*[339] Tällöin kuluttajilta voidaan periä ylihintaa kahteen otteeseen. Näissä tilanteissa vertikaalinen integraatio voi periaatteessa vähentää monopolivoimasta aiheutuvaa hyvinvointitappiota, sillä kaksi monopolia korvautuu yhdellä. Arvioinnin asteittainen tiukentaminen markkinavoiman lisääntyessä vaikuttaa perustellulta edellyttäen, että myös kustannusperusteisiin kiinnitetään riittävästi huomiota.

---

[332] Ks. Dobson ja Waterson (1996) s. 49.

[333] Ks. esim. Salop (2001) s. 177–200, s. 181 ss.

[334] Ks. HE 162/1991 vp. s. 13. Tällöinkin yksinomaisuussopimuksiin voidaan suhtautua "erityisistä syistä" myönteisesti

[335] Rajoitettaessa vähittäismyyjien oikeutta kilpailevien merkkien myymiseen hyvinvointitappiota syntyy todennäköisimmin silloin, kun skaalaedut jakelussa ovat huomattavat. Tällöin pienempien kilpailijoiden mahdollisuudet löytää kustannustehokkaita jakelukanavia ovat heikommat.

[336] Suomessa tunnetaan ilmiö, jossa uuden hyödykkeen kehittäneen pk-yrityksen näkökulmasta keskeiseksi tulpaksi voi muodostua pääsy keskusliikkeiden jakeluun. Mikäli riittävän kattavaa jakelutietä ei saada järjestymään, hyödykkeen markkinoille saattaminen voi jopa tyrehtyä. Tähän voidaan vastata taloustieteellisellä argumentilla, että riittävän innovatiivinen hyödyke löytää aina markkinaraon. Kyse on kuitenkin astearvioinnista. Uusi hyödyke voi olla hieman vanhoja parempi. Jos vanhoilla toimittajilla on yksinomaiset jakelusopimukset ja sidottujen jakelijoiden suhteellinen osuus on huomattava, alalletulijan tehokkuusedut eivät välttämättä pääse esille. Kyse on myös ajallisesta arvioinnista. Jo lyhyen aikavälin tulppa voi estää hyödykkeeseen panostamisen, vaikka pitkällä aikavälillä markkinat korjaavatkin tilanteen. Tällöin kyse on siitä, että kuluttajien kannalta hyödyllisen innovaation tulo markkinoille voi viivästyä, vaikkei se yleensä kokonaan estykään.

[337] Ks. esim. Määttä (2001) s. 125.

[338] Ks. esim. Salop/Scheffman (1983).

[339] Ks. esim. Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust (2001) s. 19–20.

6.3.1.1 EY:n kilpailuoikeus

RS 82 artiklassa kielletystä yksinomaisuussopimuksesta oli kyse tapauksessa *Suiker Unie*, jossa kiellettiin uskollisuusalennukset, joita myönnetään vain, mikäli yritys ostaa kaiken tai huomattavan osan tarpeestaan määräävässä asemassa olevalta yritykseltä.[340] Yksinomaisuusehdon kiellettävyys on tällöin luonteva johtopäätös, sillä onhan yksinomaisuusehto yleisesti alennusta voimakkaampi keino sitoa asiakas määräävässä asemassa olevaan toimittajaan.[341] Kanta vahvistui tapauksessa *Hoffmann-La Roche,*[342] jossa tuomioistuin totesi, että:

> "Se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys sitoo ostajia – vaikka näiden pyynnöstäkin – velvoitteella tai lupauksella hankkia yksinomaisesti kaikki tai huomattava osa tarvitsemistaan tuotteista mainitulta yritykseltä, on perustamissopimuksen [82] artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä riippumatta siitä, asetetaanko kyseinen velvoite sellaisenaan vai saako sen vastineena alennuksia."[343]

Whish toteaa, että tuomioistuimen perustelu on lähellä *per se* kieltoa. Tiukka suhtautuminen näyttää säilyneen myöhemmissä ratkaisuissa.[344] Esimerkiksi tapauksessa *BPB Industries v. komissio* EY:n tuomioistuin totesi, ettei yksinomaisuussopimusta kaikissa tapauksissa voida pitää 81 artiklan 1 kohdan vastaisena.[345] Tämä vastaisi rajoitettua rule of reason lähestymistapaa, jollaista on sovellettu esim. tapauksessa *Remia/Nutria.*[346] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi kuitenkin, että lähtökohtaa voidaan soveltaa vain normaalin kilpailun vallitessa, ei sen sijaan, milloin yrityksellä on määräävä asema.[347] Yksinomaisuusehtoihin voidaan rinnastaa sopimuslausekkeet, jotka tosiasiallisesti johtavat eksklusiivisuuteen.

> "Impulssijäätelön" jakelukanavia koskeneessa ratkaisussa *Van den Bergh Foods* jäätelönvalmistaja antoi kioskeille ilmaiseksi käyttöön pakastimia sillä ehdolla, että niihin varastoidaan ainoastaan kyseisen valmistajan jäätelöä. EY:n komissio[348] piti ehtoa väärinkäyttönä, sillä se tosiasiallisesti sitoi asiakkaat yhteen ainoaan valmistajaan. Tämä perustuu siihen, ettei tyypilliseen

---

[340] Ks. *Suiker Unie v. komissio*, 40/73, Kok. 1975 s. 1663, tuomion kohta 144.
[341] Ks. Whish (2001) s. 603.
[342] *Hoffmann-La Roche v. komissio*, 85/67, Kok. 1979 s. 461.
[343] Tuomion kohta 89.
[344] Ks. Whish s. 603–604.
[345] *BPB Industries ja British Gypsum v. komissio*, T-65/89, Kok. 1993 s. II-389, tuomion kohta 66.
[346] *Remia v. komissio*, 42/84, Kok. 1985 s. 2545.
[347] T-65/89, tuomion kohta 67.
[348] EYVL 1998 L 246/1.

myyntipisteeseen mahdu kuin yhden valmistajan pakastin. Yksinomaisuusehtoa voitaisiin perustella vapaamatkustamisen estämisellä, sillä ehdon tarkoituksena oli estää se, että kilpailijat hyödyntävät ilmaiseksi toisen varastokapasiteettia. EY:n komissio painotti kuitenkin sitä, että jakelukanavien tukkeutuminen esti kilpailijoiden markkinoille pääsyn.[349]

Yksinomaisuussopimuksiin voidaan rinnastaa myös erityisen *pitkäaikaiset toimitussopimukset*, jos ne sitovat asiakkaan yhteen toimittajaan. Tapauksessa *Soda Ash* määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin sitä, että asiakkaat sidottiin sopimuksilla, jotka kattoivat suurimman osan tarpeesta ja joiden voimassaoloaika jäi epämääräisen pitkäksi.[350] *Frankfurtin lentokenttää* koskevassa tapauksessa määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin 3–10 vuoden sopimusaikoja, joita lentokenttäyhtiö oli tarjonnut maapalveluja tarvitseville lentoyhtiöille.[351] Pitkään sopimusaikaan ei kuitenkaan ole syytä suhtautua yhtä kielteisesti kuin yksinomaisuussopimukseen. Pitkää sopimuskautta voidaan perustella osapuolten tekemillä investoinneilla.[352]

Esimerkiksi energiasektorille on ominaista investointivaltaisuus ja pitkä kuoletusaika. Avautuvilla energiamarkkinoilla hinnat voivat vaihdella vuosittain huomattavasti esim. vesitilanteen mukaan.[353] Punninnassa on löydettävä tasapaino markkinoiden avaamisen ja investoinnin suojaamisen välillä.[354] Tapauksessa *Gas Natural/Endesa* komissio vaati purkamaan kaasun ostoa koskevan yksinomaisuusehdon, mutta salli 12 vuoden sopimusajan.[355] Yksinomaisuudesta luopumisen voidaan katsoa poistavan ainakin osan kilpailuhaitasta.[356] EY:n komission julkaisemissa vertikaalisia sopimuksia koskevissa suuntaviivoissa todetaan, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saa liittää sopimukseen kilpailukieltolauseketta, ellei sille voida osoittaa erityistä perustetta. Kielletty on myös ns. englantilainen lauseke, jossa määräävässä asemassa olevalle yritykselle annetaan tilaisuus vastata kilpailijoiden tarjouksiin.[357]

---

[349] *Van den Bergh Foods v. komissio*, T-65/98.
[350] Ks. EYVL 1991 L 152/21 ja 152/40.
[351] *FAG Flughafen Frankfurt/Main AG*, EYVL 1998 L 72/30.
[352] Ks. teollisuuden toimitussopimusten osalta esim. Reinert (1996).
[353] Rakennettaessa uutta voimalaitosta sitä koskevat energiaosuudet pyritään kauppaamaan asiakkaille jo etukäteen. Näin varmistaudutaan rahoituksesta ja kysynnän riittävyydestä. Pitkässä sopimuksessa kyse voi olla varautumisesta sopimustasapainoa horjuttaviin muutoksiin ja/tai pyrkimyksestä estää asiakkaita hyödyntämästä täysimääräisesti avautuvia energiamarkkinoita.
[354] Näkökohtaan kiinnitettiin huomiota tapauksessa *Almelo*, C-393/92, Kok. 1994 s. I-1477. Tapauksessa sähköhuollon toimitusvarmuudella voitiin perustella toimitussopimusten rajoituksia soveltamalla 82 artiklan ohella RS 86 (ent. 90) artiklan 2 kohtaa. Milloin kyse on julkisista yrityksistä ja yleishyödyllisestä tehtävästä, RS 86 artikla voi siten lieventää 82 artiklan muutoin ankaraa tulkintaa.
[355] Ks. komission lehdistötiedote IP/00/297, 27.3.2000.
[356] Loppu riippuu siitä, kuinka suuren osan ostajan tarpeesta toimitussopimus kattaa.
[357] Ks. EYVL 2000 C 291/1, tiedonannon kohta 141.

6.3.1.2 Kilpailunrajoituslaki

Määräävässä asemassa olevien yritysten käyttäminä yksinomaisuusehto on sallittu vain erityisestä syystä. Yksinomaisuussopimusten on arveltu olevan merkittävä alallepääsyn este Suomen markkinoilla, koska ne estävät kilpailevien tavarantoimittajien pääsyä kotimaisiin jakelukanaviin. Yksinmyynti- ja yksinostosopimusten käyttö voi myös kasvattaa hyödykkeen jakelukustannuksia ja vähentää jakeluyritysten mahdollisuuksia hyödyntää laajan tuotevalikoiman hyödyntämisestä syntyviä mittakaavaetuja. Lain esitöissä säännöstä on perusteltu sillä, että määräävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan solmimat yksinomaisuussopimukset vaikeuttavat niiden ulkopuolelle jäävien valmistajien ja tavarantoimittajien asemaa.[358] Muiden kuin määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten solmimat yksinosto- ja yksinmyyntisopimukset kuuluvat 9 §:n väärinkäyttöperiaatteen alaisuuteen ja ovat lähtökohtaisesti sallittuja.

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 3 kohdassa on kielletty erikseen yksinmyynti- tai yksinostosopimusten käyttäminen ilman erityistä syytä.[359] Kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 kohdassa kielletään hyvään kauppatapaan perustumattomien asiakkaan toimintavapautta rajoittavien liikesuhteen ehtojen käyttö. Lain esitöiden[360] mukaan 7 §:n 2 kohdan soveltamisalaan kuuluvat mm. ehdot, joilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys velvoittaa asiakkaan rajoittamaan liikesuhteitaan toisiin yrityksiin. Säännöksen soveltamisalaan kuuluvat myös ylipitkät sopimusajat ja kohtuuttomat sanktioehdot, samoin kuin hyödykkeen käyttöä tai jälleenmyyntiä koskevat perusteettomat rajoitukset. Säännökset vaikuttavat päällekkäisiltä. Ilman nimenomaista säännöstä yksinomaisuussopimukset kuuluisivat 7 §:n 2 kohdan alaisuuteen. Keskeinen kilpailuvaikutus liittyy nimittäin siihen,

---

[358] Ks. HE 162/1991 vp. s. 13.

[359] HE 162/1991 vp. s. 13. Hallituksen esityksessä todetaan, että yksinomaisuussopimuksia koskeva esimerkki määräävän aseman väärinkäytöstä olisi EY:n kilpailuoikeuden periaatteiden mukainen. EY:n kilpailuoikeudessa yksinomaisuussopimuksia sääntelivät tuolloin ryhmäpoikkeusasetukset 1983/83 ja 1983/84. Mikäli sopimukset laadittiin siten, että kyseisten asetusten soveltamisedellytykset täyttyvät, saivat sopimukset heti täydet oikeusvaikutukset, eikä niihin sovellettu silloisen 85 artiklan 1 kohtaa. Ryhmäpoikkeus ei koske sopimusjärjestelyjä, joiden osalta kilpailu markkinoilla ei ole toimivaa. Hallituksen esityksessä todetaan, että tällaisella tilanteella tarkoitetaan käytännössä määräävää markkina-asemaa ja että ryhmäpoikkeukset eivät estä soveltamasta silloista 86 artiklaa. Hallituksen esityksen EY:n kilpailuoikeuden kuvaus on karkealla tasolla oikein. Kuitenkaan kilpailunrajoituslain väljän 9 §:n ja EY:n 85 1 artiklan kieltoperiaatteen ja tuolloin kapea-alaisten ryhmäpoikkeusasetuksen rinnastamista toisiinsa ei voida pitää oikeana. Määräävän aseman väärinkäytön osalta on huomattava merkitys sillä, onko väärinkäyttö kiellettyä ja seuraamusten uhkaamaa vai ainoastaan viranomaisen mahdollisen puuttumisen takana väärinkäyttöperiaatetta sovellettaessa. Mikäli tarkoituksena oli lähentää vertikaalisten kilpailunrajoitusten sääntelyä, hallituksen esityksessä jäätiin tästä varsin kauas. Lain 7 §:n 2 kohdan kanssa päällekkäisen 7 §:n 3 kohdan lisäämistä ei voida pitää lainsäädäntöteknisesti onnistuneena ratkaisuna.

[360] HE 148/1987 vp. s. 23.

että yksinomaisuusehto 7 §:n 2 kohdassa tarkoitetuin tavoin sitoo asiakkaan tai toimittajan yhteen kauppakumppaniin ja estää vaihtoehtojen hyödyntämisen. Tässä mielessä yksinomaisuusehdon kilpailuvaikutukset ovat esimerkiksi uskollisuusalennusta välittömämmät. Erityissäännös ei siten olisi tarpeellinen.

> Tosin voidaan tulkita, että erityissäännöksellä haluttaisiin suhtautua määräävässä asemassa olevien yritysten käyttämiin yksinomaisuussopimuksiin vielä kielteisemmin kuin mihin 7 §:n 2 kohta antaa aihetta. Erityissäännös lisättiin lakiin vuoden 1992 lainuudistuksen yhteydessä. Vuoden 1992 lain esityöt ovat tältä osin epäselvät. Säännöksen merkitystä hämärtää myös se, että hallituksen esityksessä vuodelta 1992 lähtökohtana edelleen oli väärinkäyttöperiaate. Näyttäisi siltä, että uuden 7 §:n 3 kohdan tarkoituksena oli lähentää kilpailuoikeuttamme EY:n vertikaalisia sopimuksia koskevaan sääntelyyn[361] sekä perustella ulospäin jatkamista väärinkäyttöperiaatteen linjalla. Väärinkäyttösäännöstä tehostettiin ainakin retorisella tasolla lisäämällä luetteloon uusi esimerkki. Eduskunta päätti kuitenkin tehostaa lakia ja kieltää määräävän aseman väärinkäytön.[362] Tähänastinen käytäntö ei tue erillissäännöksen tarpeellisuutta.

Lain esitöissä on mainittu erityistilanne, jolloin yksinmyynti- ja yksinostosopimukset ovat sallittuja. Mikäli hyödykkeen luonteesta johtuen jakelukanavan perustamiseen liittyvät kustannukset ovat niin suuret, ettei kilpailevien jälleenmyyjien tulo markkinoille ole "perusteltua",[363] yksinomaisuussopimukset voidaan sallia. Säännöksessä näytettäisiin viittaavan jonkinlaiseen luonnollisen monopolin tilanteeseen. Myös muunlaisia erikoistapauksia voidaan ajatella. Kilpailuviraston soveltamiskäytännössä yksinomaisuussopimukset on voitu hyväksyä, mikäli niiden käyttäminen todistettavasti lisää tehokkuutta ja hyödyt koituvat myös kuluttajille.[364]

Tapauksessa *Alfons Håkans/Finntugs* yksinomaisuusehtoa pidettiin määräävän aseman väärinkäyttönä. Yhteisessä määräävässä asemassa olevat kaksi yritystä olivat pyrkineet vaikeuttamaan pienemmän kilpailijansa toimintaa mm. syrjivällä hinnoittelulla, toimituskielloilla ja yksinomaisuussopimuksilla. Alfons Håkans ja Finntugs olivat edellyttäneet, ettei yhtiöiden suorittamissa hinauksissa saa käyttää apuna muiden yhtiöiden kalustoa. Vastaajayhtiöt kat-

---

[361] ETA-neuvotteluissa oli kiinnitetty huomiota siihen, että Suomen vertikaalisia sopimuksia koskeva väärinkäyttöperiaate on olennaisesti lievempi kuin EY:n kieltoperiaate. Suomen puolelta korostettiin sitä, että EY:ssä tavanomaisimmat sopimukset on sallittu ryhmäpoikkeusasetuksilla, joita kuitenkaan ei sovelleta, mikäli yrityksellä on määräävä asema. Uudella säännöksellä voitiin tehostaa argumenttia kotimaisen sääntelyn "samansuuntaisuudesta".

[362] Ks. TaVM 14/1992 vp. s. 3.

[363] HE 162/1991 vp, s.13.

[364] Ks. Kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992 s. 44. Kilpailuviraston soveltamiskäytännön esittelyn osalta ks. Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 146–153. Ks. myös Aalto-Setälä ym. (2001) s. 179–182.

soivat, ettei ehdossa ollut kyse 7 §:n 3 kohdassa kielletystä yksinomaisuussopimuksesta, vaan ehdosta, jolla kieltäydyttiin tekemästä yhteistyötä kilpailijoiden kanssa. Kilpailuneuvosto totesi, että kilpailijalle myyntiä ei ole se, että asiakkaalla on sopimus jonkun muun hinausyhtiön kanssa ja sen lisäksi asiakas haluaa ostaa Alfons Håkansin tai Finntugsin palveluita. Kilpailijalle myynnistä olisi kyse ainoastaan, mikäli kilpailija jatkuvasti tai tietoisesti alimitoittaa kapasiteettinsa ja joutuu viime hetkellä turvautumaan kilpailijan apuun. Asiassa ei ollut käynyt ilmi, että viraston esiin tuomissa tapauksissa olisi ollut kyse tällaisesta menettelystä. Ehtoa pidettiin määräävän aseman väärinkäyttönä.[365]

Helsingin kaupunki ja Setec[366] olivat solmineet autokohtaisia pysäköintilaitteita ja siinä käytettävää järjestelmää koskevan sopimuksen, jonka yksinmyyntiehto oli ollut voimassa vuoden 1996 loppuun asti. Kilpailuvirasto katsoi, että eksklusiivisuutta oli tarvittu houkuttimeksi innovointiin ja riskinottoon.[367] Arvioinnissaan kilpailuvirasto otti lisäksi huomioon sen, ettei yksinmyyntijärjestely ollut vääristänyt kuluttajatason markkinoita, sillä yksinmyyntijärjestely ei antanut Setec Oy:lle mahdollisuutta pysäköintilaitteiden kohtuuttomaan hinnoitteluun. Edellä mainitulla perusteilla kilpailuvirasto katsoi, että Setec Oy:llä on ollut yksinmyyntisopimuksen käyttämiseen kilpailunrajoituslain 7 §:n 3 kohdan mukainen erityinen syy.

Määttä toteaa osuvasti, että vaikka 19 §:n 1 kohdassa tarkoitetut tehokkuushyödyt periaatteessa on rajoitettu koskemaan sopimuksia, joissa yrityksellä ei ole määräävää asemaa, kilpailuvirasto on soveltanut samoja periaatteita myös määräävän markkina-aseman tilanteissa.[368] Kilpailuviraston arviointi näyttää seuraavan pitkälti lain 19 §:n metodiikkaa ja olevan sallivampaa, kuin mitä 7 §:n 3 kohdan tiukka sanamuoto antaisi odottaa. Lain 7 §:n 3 kohdan ilmaisu "ilman erityistä syytä" viittaisi poikkeuslupia suppeampaan harkintaan. Lain 19 §:n nojalla poikkeuslupaa ei voida myöntää, mikäli yrityksellä on määräävä asema.[369] Tämä on luontevaa, sillä yrityksellä on kilpailuoikeudellisesti

---

[365] *Alfons Håkans ja Finntugs*, d:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000; KHO 25.1.2002, d:o 2347/1/00, taltio 182.

[366] *Setec Oy/Helsingin kaupunki*, d:o 580/61/95, kilpailuviraston päätös 7.2.1997.

[367] Kilpailuvirasto totesi, että yksinomaisuussopimuksia on pidettävä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, jollei määräävässä markkina-asemassa oleva elinkeinoharjoittaja näytä sopimuksella olevan erityisiä tehokkuusvaikutuksia, joita vähemmän rajoittavalla järjestelyllä ei voida saavuttaa ja joiden hyöty tulee kuluttajan eduksi. Yksinmyyntijärjestelyssä Setec Oy oli ottanut vastuulleen kaupungin Mikrokit Oy:ltä ostamien laitteiden myynnin ja markkinoinnin asiakkaille. Sopimuksen mukaan Setec Oy:n tuli suunnitella rahakortti, järjestelmän vaatimat ohjelmat sekä turvamoduuli. Kilpailuvirasto katsoi, että määräaikainen yksinmyyntiehto oli hyväksyttävä, koska lähes kaikki järjestelmään ja laitteeseen liittyvät kustannukset olivat sopimuksessa tulleet Setec Oy:n kannettaviksi. Eksklusiivisuutta oli tarvittu Setec Oy:lle välttämättömien investointien ja kulujen kattavuuden turvaamiseen kilpailijoiden vapaamatkustukselta. Kilpailuvirasto myös arvioi, että ilman määräaikaista yksinmyyntijärjestelyä yhtä kehittynyt maksujärjestelmä ja sitä käyttävät autokohtaiset pysäköintilaitteet tuskin olisivat tulleet markkinoille.

[368] Ks. Määttä (2001) s. 130.

[369] Ks. *Valio I*, d:o 7/359/93, kilpailuneuvoston päätös 1.12.1993,, Kuoppamäki (1996) s. 152–160. Ks. myös Kuoppamäki (2000) s. 87–92 ja 97–99.

kapeampi liikkumavara dominanssikynnyksen ylä- kuin alapuolella. Toisaalta tehokkuusetuja voidaan perustella myös lain 1 §:llä, jos sopimuksen voidaan ajatella palvelevan kuluttajan etua, kuten Setec-tapauksessa. Voidaan esittää taloudellisia perusteita suhtautua yksinomaisuusehtoihin EY:n kilpailuoikeutta joustavammin. Suomen pienillä markkinoilla mittakaavaetujen saavuttaminen voi edellyttää varsin keskittynyttä markkinarakennetta.[370] Argumentin kääntöpuoli on se, että pienet markkinat ovat yleensä suuria haavoittuvampia, jolloin yksittäisellä eksklusiivisopimuksella voidaan saada olennaista vahinkoa aikaiseksi. Yksinomaisuusehdon hyväksyttävyyttä arvioitaessa on punnittava vastakkain sitomisesta ja poissulkemisesta aiheutuvaa haittaa ja konkreettisia tehokkuushyötyjä. Samalla on myös osoitettava, että yksinomaisuusehto on todella ainoa tapa saavuttaa kuluttajan hyväksi kertyvä tehokkuushyöty. EY:n 82 artiklaa koskeva oikeuskäytäntö huomioon ottaen määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttämiin yksinomaisuussopimuksiin on syytä suhtautua voittopuolisen kielteisesti, eikä EY:n ja Suomen käytännön välille saa päästää syntymään liian suurta juopaa.

Määräävän aseman kynnyksen alapuolella johtavana prejudikaattina voidaan pitää kilpailuneuvoston vuoden 1997 päätöstä *kukkavälitystoimintaan liitetystä yksinomaisuusehdosta.*[371] Kukkavälityksessä kyse on toiminnasta, jossa kukkalähetyksiä välitetään paikkakunnalta toiselle. Välittävä liike ottaa vastaan asiakkaan tilauksen, minkä jälkeen kukkatilaus välitetään toimituspaikkakunnalle, jolla toimiva kukkaliike toimittaa tilauksen perille. Kukkavälitysketjujen toiminta perustuu ketjun tarjoamaan välityspalveluun ja maksutakuuseen sekä ketjun jäseninä olevien kukkakauppojen keskinäiseen yhteistyöhön. Interflora ja Teleflora -ketjujen säännöissä oli ehto, jonka mukaan kyseiseen ketjuun

---

[370] Suomen markkinoiden pientä kokoa ja siitä aiheutuvia mittakaavavaikutuksia korostaa esim. P. Virtanen s. 440–443. P. Virtasen argumentaatiota on kuitenkin pidettävä sikäli vajaana, ettei kolikon kääntöpuolta, pienten markkinoiden haavoittuvuutta, oteta riittävästi huomioon. Kilpailuoikeudellista eroa lain 19 §:n ja 7 §:n 3 kohdan välillä ei käsitellä. Tapauskäytännön kannalta merkittävä lain 9 § sivuutetaan pelkällä maininnalla. Epätarkkana on pidettävä lausumaa (s. 440), jonka mukaan "yksinmyyntisopimukset ja yksinostosopimukset otettiin lakiin vuonna 1993 voimaan tulleessa muutoksessa". Määräävän aseman väärinkäyttöä koskeva 7 §:n 3 kohdan kielto astui voimaan 1.9.1992. Lain 6 kk:n siirtymäsäännös, joka päättyi 1.3.1993, koski kartelleja. Virheellisenä on pidettävä väitettä (s. 441), jonka mukaan Suomen lainsäädäntö "ei tunne oligopolistisen toiminnan kontrolloimista". Perehtymällä esim. kilpailuviraston tapauskäytäntöön on helppo havaita, että merkittävä osa kilpailuviraston käsittelemistä tapauksista on kosketellut oligopolimarkkinoita. Oligopolimarkkinoilla yksinomaisuussopimuksia on perinteisesti arvioitu lain 9 §:n nojalla. Itse asiassa kilpailunrajoituslain 4, 5, 6, 9 §:t sääntelevät pääosin juuri erilaisia oligopolistisen toiminnan muotoja. Sama koskee osittain myös 7 ja 11 §:ää. Määräävää asemaa voidaan tarkastella markkinarakenteena joko monopolin tai oligopolin näkökulmasta, tai sen voidaan katsoa sijoittuvan rakenteellisesti niiden väliin. Myös Suomessa on käsitelty yhteisen määräävän aseman tilanteita sekä määräävän aseman väärinkäyttönormin perusteella että preventiivisesti yrityskauppavalvonnan puolella.

[371] *Runebergin Kukka Oy*, d:o 14/359/95, kilpailuneuvoston päätös 19.12.1997.

kuuluva liike ei saa toimia yhteistyössä minkään muun valtakunnallisten kukkavälitysketjun kanssa. Kolmas Suomessa toimiva valtakunnallinen ketju, Dataflora, olisi sallinut jäsenyyden myös muissa ketjuissa.

Kilpailuvirastolle toimenpidepyynnön tehnyt kukkakauppa katsoi, että kukkakauppojen tuli voida kilpailuttaa ketjuja keskenään. Tapauksessa oli kyse siitä, rajoittiko yksinomaisuusehto kohtuuttomasti kukkatoimituksia ketjujen välillä. Toisaalta kyse oli siitä, oliko yksinomaisuusehdolle osoitettu riittävät perusteet. Kilpailuneuvosto katsoi päätöksessään, että yksinomaisuusehto rajoitti kohtuuttomasti elinkeinonharjoittamisen vapautta ja esti kukkien toimittamisen paikkakunnalta toiselle tehokkaimmalla mahdollisella tavalla. Yksinomaisuusehdon kilpailuvaikutuksia ei arvioitu määräävän aseman, vaan yksinomaisuusehtoon sidottujen yritysten prosentuaalisen osuuden perusteella.[372]

Kukkavälitysketju on luonteeltaan *verkostoitunut yhteisyritys*, johon kuuluvat yritykset yhdessä muodostavat välitysketjun palveluverkon, jota pitkin asiakas saa kukkatilauksensa toimitettua eri puolille maata. Verkostoyhteisyrityksessä yksinomaisuusehto voi olla tarpeen verkostoon tehdyn investoinnin suojaamiseksi, esimerkiksi investoinnin vaatiman vähimmäisliikevaihdon saavuttamiseksi. Perusteena voi olla myös vapaamatkustamisen estäminen. Toisaalta yksinomaisuusehdoille on ominaista, että ne rajoittavat samanlaisten tuotteiden välistä kilpailua. Lisäksi ehdon käyttäminen voi kasvattaa hyödykkeen jakelukustannuksia ja vähentää jäsenliikkeen mahdollisuuksia hyödyntää mittakaavaetuja. Ehdot voivat myös luoda alallepääsyn esteitä, jos ne estävät tai olennaisesti vaikeuttavat uusien yritysten tai liiketoimintamuotojen pääsyä jakelukanaviin ja siten kuluttajien valittaviksi. Mikäli kilpailun rajoittumista on havaittavissa, yksinomaisuusehdon käyttäjän tulee esittää riittävät perusteet sille, miksi yksinomaisuusehtoa tarvitaan ja miksei vähemmän kilpailua rajoittava keino ole riittävä.

Kilpailuvirasto katsoi päätöksessään, ettei yksinomaisuusehto rajoittanut kilpailua kilpailunrajoituslain 9 §:ssä tarkoitetulla vahingollisella tavalla, koska kuluttajalla oli mahdollisuus valita ketjujen välillä ja siten ylläpitää toimivaa hintakilpailua. Mikäli ketju toimisi tehottomasti, kuluttaja voisi vaihtaa välitysketjua. Alalla oli riittävästi sellaisia kukkakauppoja, jotka eivät kuuluneet mihinkään ketjuun, joten yksinomaisuusehto ei myöskään kohtuuttomasti rajoittanut uusien yritysten alallepääsyä. Kilpailuviraston päätös perustui olennaisesti arviointiin siitä, ettei millään yksittäisistä ketjuista ollut määräävää markkina-asemaa.

Kilpailuneuvosto arvioi tapauksen toisin. Kilpailuneuvoston mukaan tapauksessa keskeistä oli se ketjujen välinen kilpailu, jota käydään kukkaliikkeiden tasolla. Tilauksen vastaanottava kukkaliike etsii sopivan kukkaliikkeen toimituspaikkakunnalta ja antaa tälle tilauksen. Kuluttajan todelliset mahdollisuudet kilpailuttaa välitysketjuja keskenään ovat rajalliset. Kilpailuneuvostolle toimitetuista selvityksistä kävi nimittäin ilmi, että yli puolella Suomen paikkakunnista toimi vain yksi kukkavälitysketjuun kuuluva jäsen-

[372] Kilpailuneuvoston ratkaisussa seurataan pitkälti Hovenkampin (1995) esittämää metodiikkaa.

liike. Yksinomaisuusehto esti ketjun jäsenliikettä etsimästä edullisinta toimitustapaa etenkin niissä tilanteissa, joissa samaan ketjuun kuuluva liike ei ollut edustettuna toimituspaikkakunnalla. Kun kukkakauppias ei voinut kilpailuttaa ketjuja keskenään, kukkavälityksestä ketjuille maksettava välityspalkkio oli todennäköisesti suurempi kuin siinä tilanteessa, että ketjujen kilpailuttaminen olisi mahdollista. Millään ketjuista ei ollut määräävää markkina-asemaa. Asiaa tuli kuitenkin tarkastella siltä kannalta, kuinka suuri osa kukkavälityksiä hoitavista kukkakaupoista oli sidottu johonkin ketjuun. *Kahden yksinomaisuusehtoa soveltavan ketjun markkinaosuus Suomessa oli noin 75 %.* Vastaava määrä jäsenliikkeistä oli sidottu yksinomaisuus-ehtoon.[373] Mitä potentiaaliseen kilpailuun tuli, merkittävä osa kokonaan välitysketjujen ulkopuolella pysyneistä kukkaliikkeistä oli niin pieniä, ettei niiden välitystehtävien vähäisyyden vuoksi kannattanut maksaa ketjun liittymis- ja vuosimaksuja. Asiassa ei ollut muutoinkaan käynyt ilmi, että potentiaalisen kilpailun uhka olisi merkittävästi tehostanut ketjujen toimintaa.

Kilpailuneuvosto päätyi siihen, että yksinomaisuusehto vähensi kukkatoimitusten tehokkuutta ja vaikeutti kukkakauppojen elinkeinon harjoittamista. Arvioitaessa kilpailunrajoituksen sopimattomuutta neuvosto tarkasteli seuraavaksi niitä syitä, joilla kukkavälitysketjut perustelivat yksinomaisuusehdon tarpeellisuutta. Interflora ja Teleflora katsoivat, että ehto oli tarpeen ketjujen tekemien investointien suojaamiseksi. Kaksoisjäsenyyden kieltäminen voisi johtaa siihen, että kilpailevat ketjut ryhtyisivät oikeudettomasti hyödyntämään tehtyjä investointeja, minkä lisäksi seurauksena voisi olla sekaannuksia kukkien tilityksissä.

Kilpailuneuvosto totesi, että yksinomaisuusehtoa voitaisiin perustella *investointien suojalla*, jos voitaisiin osoittaa todennäköiseksi, että ilman yksinomaisuusehtoa investointia ei tehtäisi tai että yksinomaisuusehdon poistaminen olennaisesti heikentäisi tehdyn investoinnin arvoa. Kilpailuneuvosto totesi, että *vapaamatkustamisen estäminen voi sinänsä olla hyväksyttävä syy yksinomaisuusehdolle.* Riittävää ei kuitenkaan ole vetoaminen yleisesti vapaamatkustamisen mahdollisuuteen. Puolustuksen hyväksyminen edellyttää, että

1) vapaamatkustamisen riski on riittävän tarkasti yksilöity ja määritelty
2) vapaamatkustamisen uhka on todellinen ja

---

[373] Tapauksessa *Lagnese–Iglo GmbH v. komissio* (T-7/93, Kok. 1995 s. II-1533) komissio ja tuomioistuin pitivät 30 %:n rajaa relevanttina. Jos yksinmyyntisopimuksella sidottujen kauppiaiden määrä ylittää sanotun rajan, eksklusiivisuutta voidaan pitää 81 artiklan osalta ongelmallisena. Mikäli raja ei ylity, markkinoille pääsyssä on riittävästi vaihtoehtoja. Mielenkiintoisen vertailukohdan muodostaa myös edellä käsitelty EY:n komission päätös *Van den Bergh Foods* (EYVL 1998 L 246/1), jossa suuren jäätelönvalmistajan tytäryritys hallitsi noin 85 %:n osuutta Irlannin impulssijäätelön markkinoista. Toisaalta yksinomaisuusehdolla sidottujen kauppiaiden prosentuaalinen osuus oli pienempi, noin 40 %. Yksinomaisuusehtoa pidettiin määräävän aseman väärinkäyttönä. Ks. myös Spinks (2000).

3) uhka torjutaan tavalla, joka on käytännöllinen ja joka vähiten rajoittaa kilpailua.[374]

Tapauksessa ei oltu osoitettu, että yksinomaisuusehdon poistaminen johtaisi vapaamatkustamiseen tai muulla tavoin vaarantaisi tehdyt investoinnit. Ketjujen suorittama mainonta ja muu markkinointi koituu myös kaksoisjäsenyyden sallimisen jälkeen kyseisen ketjun hyväksi. Ketjuilla on lisäksi oikeus kieltää asiaton liiketunnuksensa hyödyntäminen. Kilpailuneuvosto totesi, ettei yksinomaisuusehdolle, joka estää jäsenyyden kahdessa tai useammassa kukkavälitysketjussa samanaikaisesti, ole esitetty hyväksyttäviä perusteita. Kun rajoituksesta on näytetty aiheutuvan kilpailunrajoituslain 9 §:ssä tarkoitettuja vahingollisia vaikutuksia, ehdon soveltaminen on kiellettävä.[375] Kustannusrakenteeltaan erilaisten liiketoimintakonseptien välisen kilpailun estämistä ei voida pitää hyväksyttävänä syynä yksinomaisuusehdolle.

6.4 SIDONTA

6.4.1 Sidonnan motiiveista ja vaikutuksista

Asiakkaan toimintavapautta rajoittaa myös sidonta. Sidonnalla tarkoitetaan sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys asettaa sopimuksen ehdoksi sen, että asiakas ostaa samalla jonkun toisen, eri hyödykemarkkinoille kuuluvan hyödykkeen. Kansanomaisesti puhutaan kytkykaupasta. Aiemmin kytkykauppa tai ns. kylkiäisten tarjoaminen oli kuluttajansuojalain 2 luvun 4 §:n nojalla kiellettyä, elleivät sidottu ja sidottava hyödyke liittyneet funktionaalisesti niin läheisesti yhteen, että niiden myymistä yhdessä voitiin pitää perusteltuna. Kielto kumottiin 2001 voimaan tulleella lainmuutoksella.[376] Kuluttajansuojaoikeudellinen kytkykaupan kielto perustui pyrkimykseen suojata asiakasta epäasiallisena pidetyltä markkinoinnilta. Rationaalin kuluttajakäsityksen mukaan voi-

---

[374] Kilpailuneuvoston omaksuma standardi vastaa lähtökohtaisesti USA:n kilpailuoikeudessa omaksuttua lähestymistapaa, joka on ollut esikuvana päätöstä kirjoitettaessa. Ks. erityisesti Hovenkamp, Exclusive Joint Ventures (1995). Yhdysvalloissa on kielletty vastaavanlaisen yksinomaisuusehdon soveltaminen kukkavälitystoiminnassa. Ks. myös McFalls (1998). Kilpailuneuvoston päätös toimitettiin pyynnöstä Ruotsin Konkurrensverketille, joka päätyi niinikään kukkavälityksen yksinomaisuusehdon kieltämiseen.

[375] Kilpailuneuvosto määräsi kilpailunrajoituslain 16 §:n perusteella, että yksinomaisuusehdon sisältävien sääntökohtien soveltamisesta on luovuttava kolmen kuukauden kuluessa päätöksen tiedoksiannosta. Lisäksi kilpailuneuvosto kielsi muiden sellaisten toimenpiteiden soveltamisen tai käyttöönoton, joiden tarkoituksena on niiden jäsenyritysten rankaiseminen, jotka tekevät sopimuksia muiden kukkavälitysketjujen kanssa. Kilpailukieltolauseke on poistettava rekisteröidyistä säännöistä viipymättä sen jälkeen, kun tämä päätös on saanut lainvoiman. Päätöksestä ei valitettu KHO:een.

[376] L 15.12.2000/1072.

daan olettaa, että valtaosalla kuluttajista on kyky erottaa, milloin esim. sanomalehden ja suklaapatukan ostaminen yhdessä on edullista ja milloin ei. Olennaisempana voidaan pitää sitä, että hyödykkeiden hinnoittelu on selkeää[377] ja markkinoilla on riittävästi kilpailua. Viime kädessä vain riittävä kilpailu pystyy takaamaan sen, että kuluttajalle on tarjolla riittävä määrä vaihtoehtoja kohtuulliseen hintaan.

Sidonnan merkitys muuttuu toiseksi, silloin kun myyjällä on määräävä asema. Määräävästä asemasta johtuen riittävästi kilpailevia hyödykkeitä ei ole tarjolla. Määräävässä asemassa oleva yritys voi pakottaa asiakkaan ostamaan tämän arvostaman monopolihyödykkeen lisäksi toisen hyödykkeen, jota hän ei arvosta yhtä paljon ja jonka hän ilman sidontaa jättäisi ostamatta. Sidonta kohdistuu myös kilpailijoihin. Määräävässä asemassa oleva yritys vahvistaa omaa asemaansa ja heikentää kilpailijoiden asemaa sidotun hyödykkeen markkinoilla. Edellytyksenä kuitenkin on, että yrityksen dominanssi sitovan hyödykkeen markkinoilla on riittävän voimakas. Jos sidontaa esiintyy hinnoittelussa, sitä on mahdollista tarkastella myös kiellettynä kilpailun rajoittamista tarkoittavana hinnoitteluna. Sitomista käyttävällä yrityksellä on yleensä markkinavoimaa sitovan hyödykkeen osalta, jonka turvin se voi pakottaa asiakkaan ostamaan myös sidotun hyödykkeen.

Sidontaa ei kuitenkaan voida pitää itsestään selvästi vahingollisena.[378] Hyödykkeiden myymistä yhdessä voidaan perustella yhdessä myymisessä saatavilla skaalaeduilla. Jos ne ovat merkittäviä, hyödykkeiden kokonaishinta voi muodostua edullisemmaksi. Ns. mittarihinnoittelussa myyjä velottaa asiakasta hyödykkeen käyttökertojen mukaan. Sidonnalla voidaan vähentää käytön kontrolloimiseen liittyvää valvontaongelmaa. Sidonnalla voidaan myös ylläpitää hinnaneriytykselle perustuvaa strategiaa.[379] Muina puolustuksina voidaan vedota tarpeeseen suoja hyödykkeiden toiminnallisuutta ja asiakkaan turvallisuutta, joskin yleensä riittävä suoja voidaan antaa oikeaa käyttöä koskevalla ohjeistuksella.[380]

Voidaan myös kyseenalaistaa vipuvarren selitysvoima markkinavoimaisen yrityksen käyttäytymistä selittävänä tekijänä. *Richard A. Posner* kritisoi taustal-

---

[377] Uudessa kuluttajansuojalain 2 luvun 4 §:ssä korostetaan elinkeinonharjoittajan tiedonantovelvollisuutta. Jos markkinoinnissa tarjotaan kulutushyödykkeitä yhteisellä hinnalla tai niin, että ostamalla hyödykkeen saa alennetulla hinnalla toisen hyödykkeen tai muun erityisen edun, markkinoinnissa on selkeästi ilmoitettava: 1) tarjouksen sisältö ja arvo sekä yhteisellä hinnalla tarjotuista hyödykkeistä lisäksi niiden erilliset hinnat, paitsi jos hyödykkeen hinta erikseen hankittuna on pienempi kuin kymmenen euroa; 2) tarjouksen hyväksi käyttämistä koskevat ehdot, erityisesti tarjouksen kesto sekä määrälliset ja muut rajoitukset.

[378] Ks. esim. Bowman (1957); Bork (1978) s. 365–392; Whinston (1990); Scherer/Ross (1990) s. 565–569; Utton (1995) s. 246–248; Bishop/Walker (1999) s. 109–114. Kotimaisen kirjallisuuden osalta ks. esim. Määttä (2001) s. 130–138.

[379] Esimerkiksi business-luokan lentolippuun voidaan "sitoa" laadukkaammat palvelut koneessa ja oleskeluoikeus business loungessa.

[380] Ks. esim. Määttä (2001) s. 132–134.

la olevaa leveraging-teoriaa, sillä se ei selitä, miksi sitovan hyödykkeen osalta monopolivoimaa omaava yritys haluaisi monopolisoida myös liitännäisen hyödykkeen markkinat.[381] Yrityksen kannattaisi jättää sidotun hyödykkeen valmistaminen muille ja keskittyä monopolituotteesta saatavan voiton maksimoimiseen. Asiakkaat kokevat sidottua hyödykettä koskevan ostovelvoitteen rasitteena, joka vähentää halukkuutta maksaa sitovasta hyödykkeestä. Näin ollen yritys menettää sidotun hyödykkeen markkinoilla saavuttamansa voiton sitovan hyödykkeen myynnissä.[382] Argumentin ydin on siinä, että yritys voi kerätä monopolivoiton vain kerran. Toisaalta mahdollisuudet monopolisoida sidotun hyödykkeen markkinat ovat rajalliset, ellei yrityksellä ole niilläkin markkinavoimaa.[383] Nähdäkseni Posnerin analyysi on elegantti, mutta liian yksipuolinen.[384] Määräävän aseman tilanteissa sidonta voi olla täysin rationaali tapa kasvattaa ja ylläpitää markkinavoimaa.[385] Sidontaa voidaan käyttää myös hintasyrjinnän ylläpitämiseen.[386] Määräävässä asemassa oleva yritys arvioi sidonnan kannattavuuden kaikkien sidonnan vaikutuspiirissä olevien hyödykkeiden kannalta. Mikäli määräävä asema sitovan hyödykkeen markkinoilla on erityisen vahva, asiakkaan vaihtoehtojen puuttuminen voi estää niitä vähentämästä ostojaan koettua arvonalennusta vastaavalla tavalla.[387] Sidonnan tavoitteena ei tarvitse

---

[381] Ks. Posner, Antitrust Law (2001) s. 197–207.

[382] Ks. Posner (2001) s. 198–199.

[383] Posner (2001) s. 198.

[384] Bishop ja Walker katsovat, että edellä kuvattu chicagolainen analyysi voi pitää paikkaansa, mikäli sitovaa ja sidottavaa hyödykettä myydään tietyssä, kiinteässä suhteessa, ja mikäli kilpailu sidotun hyödykkeen markkinoilla on täydellistä. Kun kuitenkaan markkinat eivät käytännössä ole täydellisesti kilpailtuja, sidonta voi olla vahingollista. Ks. Bishop/Walker (1999) s. 110 ss; ks. myös esim. Fisher (2001) s. 139–143.

[385] Osa sidonnan amerikkalaisesta kritiikistä liittyy siihen, ettei monopolivoimaa koskevaan vaatimukseen ole kiinnitetty riittävästi huomiota. Posner mainitsee, että alun perin tuomioistuimet asettivat markkinavoiman sidonnan kiellettävyyden edellytykseksi. Myöhemmin sidonnan katsottiin itsessään osoittavan, että siihen syyllistyvällä yrityksellä on markkinavoimaa. Tämä on kuitenkin kielletty kehäpäätelmä. Ks. Posner (2001) s. 197–198. Posneriin voidaan yhtyä myös siinä, ettei patentin olemassaolo yksistään tee sidonnasta vahingollista. Kuten immateriaalioikeuksien yhteydessä on pyritty osoittamaan, relevantti kysymys kuuluu, mikä on po. patentin merkitys relevanteilla markkinoilla. Puutteellisiin lähtökohtiin perustuvien tapausten esittely ei kuitenkaan osoita sidonnan torjumisen tarpeellisuutta niissä tapauksissa, joissa yrityksellä on huolellisesti selvitetty määräävä asema.

[386] Posner myöntää hintasyrjinnän mahdollisuuden, ja sen, että hintasyrjintä voi hyvinkin vähentää allokatiivista tehokkuutta. Posner kuitenkin päätyy siihen, ettei toistaiseksi olemassa olevalla tietämyksellä voida riittävän hyvin päätellä yksittäistapauksessa, milloin syrjintä on tehokkuutta vähentävää. Tähän nähden Posner päätyy suosittamaan toistaiseksi pidättäytymistä sidonnan torjumisesta. Posnerin argumentti perustuu oletukselle, jonka mukaan kuluttajan etua tarkastellaan allokatiivisen tehokkuuden näkökulmasta. Mikäli tarkastelua laajennetaan kuluttajan etuun yleisemmän negatiivisen utilitarismin merkityksessä, on helppo osoittaa tilanteita, joissa sidontaan on syytä puuttua.

[387] Juuri mahdollisuus nostaa hintoja kilpailullisen tason yläpuolelle menettämättä asiakkaita on yksi neljästä keskeisestä määräävän aseman kriteeristä. Näin olleen vetoaminen täydellisen kilpailun tilanteeseen, jossa tarjouksen heikentäminen lisäämällä siihen kuluttajien vähemmän

olla määräävän aseman saavuttaminen sidotun hyödykkeen markkinoilla, vaan ainoastaan myynnin tai katteen kasvattaminen niillä.[388] Sidontaa voidaan käyttää myös defensiivisesti markkinoille pyrkivien uusien yritysten muodostaman uhan torjumiseksi.[389] Kuten *Posnerkin* myöntää, sidonta voi olla erityisen tehokas kilpailunrajoituskeino uuden talouden markkinoilla,[390] joilla sidonnan avulla voidaan vahvistaa verkostovaikutusta. Sidonnalla voidaan saattaa liikkeelle lumipalloefekti, jossa käyttäjät siirtyvät sitovan yrityksen hyödykkeisiin mahdollisimman laajojen yhteiskäyttömahdollisuuksien varmistamiseksi.[391] Kuten tämän jakson johdanto-osassa on todettu, markkinoiden epätäydellisyydet voivat johtaa siihen, että yritys voi saavuttaa enemmän kuin "yhden" monopolivoiton. Posnerin lähtökohta näyttäisi toimivan silloin, kun kilpailu muilla kuin sitovalla markkinalla on täydellistä. Yleensä lähimarkkinat eivät ole näin kilpailulliset, jolloin vipuvarsi voi olla realistinen vaihtoehto.

Sidontana voidaan pitää paitsi kahden erillisen hyödykkeen *sitomista* yhteen *(tying)*, myös kahden aiemmin erillisen hyödykkeen keinotekoista yhteen *ni-*

---

arvostamia palasia, ei ole paikallaan määräävän aseman tilanteissa. Sitominen on myös täysimääräistä hinnanalennusta lievempi keino, jota kuluttaja ei välttämättä koe kovin vahingollisesti. Esim. kopiokoneesta ei ole hyötyä ilman kopiopaperia, joten kuluttaja joutuu sitä joka tapauksessa hankkimaan. Sidonnassa asiakkaan kärsimän haitan sijasta voi korostua kilpailijan poissulkeutuminen. Asiakkaan haitta sidotun hyödykkeen markkinoilla voi ilmetä vasta myöhemmin.

[388] Posnerin analyysissa oletuksena on että sitomalla monopolihyödykkeeseen A hyödyke B yrityksen tarkoituksena on monopolin laajentaminen hyödykkeen B markkinoille. Tältä kannalta katsoen esim. painokoneiden valmistajan pyrkimys monopolisoida sidonnan avulla painomusteen markkinat vaikuttaa epärealistiselta. Tämä ei kuitenkaan ole ratkaisevaa, sillä tavoite voi yhtä hyvin olla vaatimattomampi lisävoiton tekeminen.

[389] Posner hylkää jo Kaysenin ja Turnerin (1959) esittämän poissulkemista koskevan puuttumisperusteen toteamalla, ettei sidottu hyödyke muodosta yleensä merkittävää osuutta po. hyödykkeen markkinoista ja ettei kilpailulainsäädännöllä tule puuttua tilanteisiin, joissa tehokkaampi yritys sulkee pois tehottomamman yrityksen. Ks. Posner (2001) s. 200–201. Viimeksi mainittuun näkemykseen voidaan varauksetta yhtyä. Kilpailulainsäädännöllä tulee puuttua vain potentiaalisesti tehokkaampien yritysten poissuljentaan. Mahdollista kuitenkin on, että yrityksen määräävä asema sitovan hyödykkeen markkinoilla mahdollistaa tehokkaamman yrityksen poissuljennan sidotun hyödykkeen markkinoilla. Yritys on voinut aikanaan olla tehokas ja saavuttaa määräävän aseman, mutta myöhemmin se voi hyödyntää asemaansa potentiaalisesti hyvinkin tehokkaiden uusien yritysten poissulkemiseen. Kysymys nousi esille esim. Microsoftin oikeudenkäynnissä, jota Posner ei tuomarin ja erityisesti välittäjän rooliinsa vedoten käsittele. Vrt. Posner (2001) s. 207.

[390] Ks. Posner (2001) s. 207, 236–237.

[391] Ks. esim. Balto (1999) ja (2001); Shapiro (1999); Breshanan (2001); Rubinfeld/Hoven (2001); Langlois (2001). Ks. Myös Määttä ja Virtanen (2001). Vrt. esim. Liebovitz/Margolis (2001). Posner tyytyy hylkäämään sidontaan puuttumisen sillä perusteella, ettei erillistä syrjintäkieltoa, joka koskisi vain teknologiamarkkinoita, pystyttäisi luomaan. Ks. Posner (2001) s. 207. Ottaen huomioon, että syrjintäkiellon on edellä osoitettu voivan olla tarpeellinen myös muilla kuin korkean teknologian markkinoilla, Posnerin argumentti menettää vakuuttavuutensa. Sinänsä voidaan yhtyä siihen, ettei kilpailuoikeudellisia tunnusmerkistöjä kannata laatia alakohtaisesti erikseen. Sen sijaan yleisesti tunnettua on se, että kilpailulainsäädännön kieltonormien merkitys vaihtelee alakohtaisesti. Esimerkiksi teknologista sidontaa voidaan pitää ongelmana juuri dynaamisilla uuden talouden aloilla, joilla verkostovaikutukset ovat voimakkaita. Sen sijaan kartellikiellon merkitys korostuu erityisesti homogeenisten bulkkituotteiden osalta.

puttamista (bundling). Niputtaminen rinnastuu analyyttisesti sidontaan. Sidonnassa yritys edellyttää, että asiakas ostaa hyödykkeen A lisäksi myös hyödykkeen B. Niputtamisessa hyödyke B annetaan ilmaiseksi A:n kylkiäisenä.[392] Mikäli niputtamista ei lainkaan sanktioida, mahdollistaa se sidontaa koskevien sääntöjen kieltämisen. Niputtaminen voidaan rinnastaa saalistushinnoitteluun siinä mielessä, että hyödyke annetaan ilmaiseksi. Toisaalta ei ole järkevää kieltää kuluttajia hyödyttäviä toimenpiteitä, joilla yritykset parantavat hyödykkeidensä laatua liittämällä niihin uusia ominaisuuksia. Varsin usein yhteen liittämistä voidaan pitää täysin hyväksyttävänä suorituskilpailuna.

> Esim. autoteollisuudessa on havaittavissa kehitys, jossa aiemmin kalliit lisävarusteet annetaan myöhemmin kuluttajille saman automerkin perusmallin hinnalla (esim. katalysaattori, sähköpeilit ja -ikkunat, turvatyyny, ohjaustehostin, ABS-jarrut).[393] Niputtamisen kiellettävyys edellyttää määräävän markkina-aseman ohella sitä, ettei yhteen liittämistä voida pitää luonnollisena. Mikäli integroitu hyödyke muodostaa luontevan kokonaisuuden, kyse ei ole sidontaan rinnastettavasta niputtamisesta. Kysymystä voidaan pyrkiä lähestymään käyttöominaisuuksien ja hyödykkeen historian perusteella. Mikäli hyödykkeitä selvästi käytetään vain yhdessä, kyse ei yleensä ole sidonnasta. Esim. auton varaosia ei voi käyttää erikseen, mikä puhuu niputtamista vastaan. Sitä vastoin kuluttaja voi ostaa erikseen esim. tietokoneohjelmia tai erilaisia telepalveluita, vaikkakin ne liittyvät funktionaalisesti yhteen ja niitä käytetään samoilla laitteilla.[394] Toisaalta uusien hyödykkeiden osalta hyödykkeen luonne ja käyttötavat eivät välttämättä ole erityisen luotettava mittari.[395]

Jotta ei puututtaisi tilanteisiin, joissa tehokkaampi yritys syrjäyttää tehottomat kilpailijansa, vahvaa selvitystä täytyy olla myös siitä, että niputtamisen voidaan olettaa kääntyvän kuluttajan etua vastaan. Haittavaikutukset voivat ilmetä samoilla tai eri markkinoilla kuin niputtaminen. Niputtaminen on erityisen polttava ongelma uuden talouden markkinoilla, joilla sitä kutsutaan myös *teknologiseksi sidonnaksi*. Integroimalla kaksi aiemmin erillistä hyödykettä – esim. tiedonsiirtopalvelua tai tietokoneohjelmaa – yhdeksi uudeksi tuotteeksi määräävässä asemassa oleva yritys voi vahvistaa verkostoefektiä. Konseptin soveltaminen kohtaa kuitenkin huomattavia soveltamisongelmia juuri uuden teknologian markkinoilla, joilla sidonnan dynaamisten vaikutusten arviointi on voimakkaan ja pitkälti ennakoimattoman teknologisen kehityksen vuoksi vaikeaa.

---

[392] Posner, Antitrust Law (2001) s. 235; Fisher (2001) s. 139.

[393] Kehitys liittyy osittain hyödylliseen niputtamiseen, osittain entistä tiukempiin turvamääräyksiin. Kuluttajan maksaman kokonaishinnan selvittäminen on usein vaativa tehtävä, sillä vertailu on suoritettava kiinnittämällä huomio hyödykkeen elinkaarikustannuksiin kokonaisuudessaan ottaen huomioon esim. huoltopalvelut. Vaikuttaa perustellulta, että hyödykkeiden niputtaminen yhteen voi olla vahingollista juuri määräävän aseman tilanteissa.

[394] Ks. esim. Möschel, kirjassa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 745–746.

[395] Ks. esim. Faull/Nikpay (1999) s. 166.

6.4.2 Eräitä amerikkalaisia tapauksia

Vanhassa amerikkalaisessa tapauksessa *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.* (1917) elokuvaprojektorin patentin omistanut yritys myi projektoreita ehdolla, että niillä saa näyttää ainoastaan patentinhaltijan elokuvia. Ehto kiellettiin, koska patentti ei oikeuttanut sen haltijaa rajoittamaan koneen käyttöä tiettyihin tarkoituksiin. Tapausta on mahdollista tarkastella patenttioikeuden väärinkäyttönä (misuse doctrine). Kilpailuoikeudellisesti kyse on sitomisesta, jolla patentinhaltija yritti ulottaa vipuvarren (leverage) avulla monopolivoimansa sitovan hyödykkeen (projektori) markkinoilta sidotun hyödykkeen (filmit) markkinoille. Merkittävä osa sidonnan haitallisuudesta perustuu oletukseen, että vipuvarren avulla yritys voi laajentaa määräävää asemaa lähimarkkinoille ja siten vallata yhä laajemman osan markkinoista.[396]

Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa näytettäisiin siirrytyn aikaisemmasta sidonnan per se kieltämisestä pitkälti – joskaan ei täysin – rule of reason arviointiin. Vanhemman *per se* standardin mukaan sidonta on kiellettyä, jos 1) sitova ja sidottu hyödyke ovat kaksi erillistä hyödykettä, 2) myyjä asettaa sitovaa hyödykettä koskevan sopimuksen ehdoksi, että ostaja ostaa myös sidotun hyödykkeen, 3) myyjällä on monopolivoimaa sitovan hyödykkeen markkinoilla ja 4) sitominen kohdistuu huomattavaan osaan sidottua hyödykettä koskevia kauppoja.[397] Per se standardia sovellettiin tapauksessa *International Salt*, jossa johtava suolan valmistaja sitoi kahden patentoimansa suolan käsittelyyn suunnitellun koneen vuokrasopimuksen ehtoon, jonka mukaan vuokraajan piti ostaa tarvitsemansa suola International Saltilta.[398] Rule of reason standardia sovellettiin reikäkortteja koskeneessa tapauksessa. Kaksi johtavaa reikäkorttikoneiden valmistajaa, *IBM ja Remington*, edellyttivät, että asiakas ostaa itse koneen ohella myös reikäkortit kyseiseltä yritykseltä.[399] Sidonnasta oli kyse myös markkinoiden määrittelyn yhteydessä käsitellyssä *Kodak*-tapauksessa, jossa kopiokoneen valmistajan katsottiin sitoneen yhteen varaosatoimitukset ja huoltopalvelut.[400]

---

[396] Ks. esim. Gellhorn/Kovacic (1994) s. 326–328.

[397] *Grappone Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F2d 792 (1st Cir. 1988).

[398] *International Salt co. v. United States*, 332 US 392, 68 C,St. 12, 92 L.Ed. 20 (1947).

[399] *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 US 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

[400] *Kodak Co v. Image Technical Services, Inc*, 504 US 451 (1992). Päätös edustaa riidanlaista post-chicagolaista näkemystä, joissa yrityksellä katsottiin olevan markkinavoimaa kopiokoneiden jälkimarkkinoilla, vaikkei se hallinnut päätuotteen markkinoita. Väärinkäyttö katsottiin mahdolliseksi, koska markkinoilla oli suuri joukko kuluttajia, joilta puuttuu riittävä tietämys kopiokoneen elinkaarikustannuksista. Sen jälkeen kun merkkivalmistajan kone on hankittu, lock-in -vaikutus mahdollistaa hintojen nostamisen ja itsenäisten huoltokorjaajien markkinoilta ajamisen. Tapaus osoittaa, ettei sidonta nykyiselläkään rajoitu pelkästään markkinoiden hallintaa koskeviin tilanteisiin. Päätöstä on kuitenkin pidettävä edelleen riidanalaisena.

Yhdysvaltain korkein oikeus otti kantaa sitomiseen tapauksessa *Jefferson Parish*, jossa sairaalan väitettiin syyllistyneen kiellettyyn sitomiseen edellyttäessään, että sairaalassa leikkauksia suorittavien kirurgien oli käytettävä sairaalan omia anestesialääkäreitä.[401] Monopolisoimisväitteenä oli, että sairaalan tarkoituksena oli sulkea itsenäiset nukutuspalvelujen tarjoajat markkinoiden ulkopuolelle. Sairaalan mukaan palvelujen yhteiskäyttö alensi kustannuksia ja paransi hoidon tasoa ja potilasturvallisuutta. Perustelu osoittaa, että varsin usein lähempi tarkastelu paljastaa sidonnan takaa tehokkuushyötyjä. Korkein oikeus hylkäsi valituksen, mutta ei päässyt yksimielisyyteen perusteista. Enemmistön muodostavat viisi tuomaria katsoivat, että huolimatta kirjallisuudessa esitetyistä tehokkuusperusteluista, sitomista on jatkossakin arvioitava per se kiellettynä kilpailunrajoituksena, koska se muodostaa "kohtuuttoman riskin kilpailun toimivuudelle". Kyse oli kahdesta erillisestä hyödykkeestä. Ottaen kuitenkin huomioon, että Jefferson Parishin markkinaosuus alueellaan oli vain 30 %, sairaalalla ei ollut tarpeeksi markkinavoimaa per se testin soveltamiseksi. Rule of reason -tarkastelu taas ei paljastanut vahingollisia vaikutuksia. Vähemmistöön jääneet neljä tuomaria olisivat hylänneet kanteen sillä perusteella, etteivät leikkaus- ja anestesiapalvelut kuuluneet eri hyödykemarkkinoille. Vähemmistö olisi luopunut per se standardista ja olisi siirtynyt arvioimaan sidontaa vahingollisten vaikutusten ja kompensoivien hyötyjen punninnan avulla (rule of reason).

6.4.3 EY:n kilpailuoikeus

EY:n kilpailuoikeudessa sidontaan voidaan puuttua sekä 81 että 82 artiklan perusteella. RS 82 artiklan alakohdassa d) kielletään "sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan vuoksi ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen".[402] Samanlainen kielto sisältyy myös 81 artiklan alakohtaan e). Tässä yhteydessä rajoitutaan 82 artiklaan. Tapauksessa *Novo/Nordisk* puututtiin sidontaan, jossa määräävässä asemassa oleva insuliinin valmistaja sitoi insuliinin yhteen potilaan omaan käyttöön tarkoitettujen insuliinikynien kanssa.[403]

Hilti-tapauksessa yhtiöllä oli määräävä asema tietyllä tekniikalla toimivien naulapistoolien ja niiden käyttämisessä tarvittavien panosten ja naulojen markkinoilla. Markkinoilla oli lukuisia naulanvalmistajia, jotka pystyivät valmista-

---

[401] *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 US 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed. 2d 2 (1984).

[402] Sidonnan tunnusmerkistön yksityiskohtaisemman erittelyn osalta RS 82 artiklan merkityksessä ks. esim. Möschel, kirjassa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 744–749 ja Faull/Nikpay (1999) s. 165–171.

[403] Ks. 26. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1996), kohdat 142–143.

maan Hilti-naulapistooleihin sopivia nauloja, mutta jotka eivät pystyneet tai halunneet valmistaa niihin sopivia naulapanoksia. EY:n komission päätöksessä[404] väärinkäyttönä pidettiin sitä, että a) Hilti sitoi naulat ja naulapanokset yhteen ja kieltäytyi toimittamasta naulapanoksia ilman niihin sopivaa määrää nauloja, b) myönsi alennuksia naulojen ja naulapanosten yhteisostojen perusteella, c) kieltäytyi toimittamasta naulapanoksia kilpaileville naulanvalmistajille ja d) kieltäytyi myöntämästä takuuta niissä tapauksissa, joissa käytettiin muita kuin Hiltin valmistamia oheishyödykkeitä. Hilti katsoi valituksessaan, että vieraiden naulojen käyttäminen voisi vaarantaa tuoteturvallisuuden. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[405] totesi, ettei määräävässä asemassa olevan yrityksen tehtävä ole huolehtia kilpailijoiden hyödykkeiden tuoteturvallisuudesta, vaan kyseessä on viranomaistehtävä. Hilti ei ollut ryhtynyt toimenpiteisiin viranomaisten varoittamiseksi, joten sillä ei ollut oikeutta eliminoida markkinoilta sellaisia hyödykkeitä, joita se piti vaarallisina. Vaikka tuoteturvallisuutta koskeva peruste pitäisi paikkaansa, Hiltin toimenpiteet olivat ylittäneet sen, mitä olosuhteisiin nähden voidaan pitää kohtuullisena.[406]

Tuomioistuimen perusteluista paistaa läpi, ettei se pitänyt Hiltin selityksiä uskottavina, vaan katsoi, että poissulkeminen perustui kaupallisiin tavoitteisiin. Vaikka tuoteturvallisuudesta huolehtiminen sinänsä on viranomaistehtävä, sopimattomien naulojen käyttäminen voisi periaatteessa johtaa myös Hiltiin kohdistettuihin vahingonkorvausvaatimuksiin tai ainakin tuotemerkin goodwillin heikentymiseen. Näin ollen toimituksista kieltäytymistä ei voitane kaikissa tapauksissa pitää väärinkäyttönä. Sidontaa lievempänä ja hyväksyttävänä keinona voidaan pitää varaosien teknisiä ominaisuuksia koskevia objektiivisia ehtoja.

Tapauksessa *Tetra Pak II* väärinkäyttönä pidettiin muun ohella sitä, että Tetra Pak oli sitonut yhteen pakkauskoneet ja niiden käyttämisessä tarvittavan kartongin. Tetra Pak väitti, että pakkauskoneiden ja kartongin välillä oli niin läheinen yhteys, ettei menettelyä voitu pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin katsoi, ettei kytkykauppaa voitu pitää kauppatavan mukaisena. Kiellettynä pidettiin myös sopimuslauseketta, joka velvoitti asiakkaan ostamaan pakkauskoneen huoltopalvelut Tetra Pakilta. Ehto ei rajoittunut takuun voimassaoloaikaan, vaan koski koneen koko elinkaarta. Pituutensa johdosta sitä ei voitu perustella Tetra Pakin korjausvastuulla. Saalistaminen nähtiin osana Tetra Pakin kokonaisstrategiaa, jonka tavoitteena oli asiakkaiden riippuvuuden lisääminen ja kilpailun poissulkeminen pakkauskoneiden ja kartongin markkinoilla.

---

[404] EYVL 1988 L 65/19.
[405] *Hilti AG v. komissio*, T-30/89. Kok. 1991 s. II-1439; C-53/92P, Kok. 1994 s. I-667.
[406] Ks. ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen kohdat 118–119.

RS 82 artiklan alakohdan d) sanamuoto osoittaa, että sitomista on mahdollista perustella asiallisilla syillä. Tapauksessa *Tetra Pak* EY:n tuomioistuin totesi, että vaikka hyödykkeiden välillä olisi luonnollinen yhteys, menettelyä voitaisiin silti pitää väärinkäyttönä, ellei yhdessä myyminen ole "objektiivisesti perusteltua". Jotta sidonta voidaan sallia, määräävässä asemassa olevan yrityksen täytyy esittää perustelu, joka tekee sidonnasta selvästi hyväksyttävää. Oikeuttamisperusteena ei yleensä voida pitää "taloustieteellistä" perustelua, jonka mukaan sidonnan avulla yritys saavuttaa "täydellisen hintasyrjinnän". Vaikka sidonta lisäisi myyntiä, todennäköisesti hintasyrjintä johtaisi EY:ssä oikeudellisen arvioinnin ankaroitumiseen. Myös hintasyrjintää pidettäisiin väärinkäyttönä.[407] Teollisuuskaasuja koskeneessa tapauksessa hyväksyttiin turvallisuussyistä ehto, jossa kaasun toimittaja pidätti itsellään yksinoikeuden pullottaa kaasu ja huoltaa säilytysastioita.[408]

Kumpaakin käsiteltyä tuomioistuinratkaisua voidaan pitää lopputulokseltaan oikeana. Perustelujen tasolla olisi voitu kiinnittää enemmän huomiota mahdollisiin hyväksyttäviin tehokkuusselityksiin. Määräävä asema tarkastelun perus-lähtökohtana antaa aiheen torjuvaan suhtautumiseen, mutta yhdessä myyminen voi olla myös perusteltua.[409]

6.4.4 Suomen kilpailuoikeus

Kilpailunrajoituslain nojalla sidontaa arvioidaan kilpailunrajoituslain 7 §:n 2, 4 ja 5 kohdan perusteella. Dominanssikynnyksen alapuolella sidontaa voidaan tarkastella lain 9 §:n vahingollisia kilpailunrajoituksia koskevan yleislausekkeen perusteella. Samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten osalta kyseeseen voi tulla myös 6 §:n soveltaminen. Yksipuolisesti sovellettuna sitominen on kiellettyä vain, kun yrityksellä on määräävä asema.

Kilpailuviraston vuonna 1992 julkaiseman tiedonannon mukaan sidontatapauksissa kiinnitetään huomiota lähinnä kolmeen seikkaan: 1) mikä on yrityksen markkinavoima sitovan hyödykkeen markkinoilla, 2) kuinka suuri on kilpailun rajoittumisen todennäköisyys sidottavan hyödykkeen markkinoilla ja 3) mikä on hyödykkeiden keskinäinen taloudellinen suhde.[410] Sidonnan katsotaan voivan olla vahingollista, mikäli yrityksen toimet voivat vaikuttaa sidottavan hyödykkeen markkinoihin. Arvioitaessa kilpailun rajoittumisen pysyvyyttä kiinnitetään huomiota siihen, kuinka suuri osa sidottavan hyödykkeen markkinoista sidotaan, mikä vaikutus sidonnalla on kilpailevien elinkeinonharjoitta-

---

[407] Ks. EY:n sidontatapausten osalta lähemmin esim. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 374–377.
[408] Ks. 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1989), kohta 62.
[409] Ks. EY:n tuomioistuimen päätöksen kohta 37.
[410] Ks. kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992, s. 36–38.

jien mahdollisuuksiin toimia markkinoilla ja miten korkeita ovat markkinoille pääsyn esteet. Mikäli sitomiselle on olemassa selkeä hyödykkeistä itsestään johtuva syy, sitomisella voidaan yleensä katsoa olevan tehokkuutta lisääviä vaikutuksia.[411] Hyväksyttävänä syynä sitomiselle voidaan pitää esim. pyrkimystä estää teknisesti yhtyeensopimattomien hyödykkeiden yhteiskäyttö, jolloin tavoitteena on käyttöturvallisuuden, varmuuden ja tavaramerkin maineen ylläpitäminen. Mitä vähemmän sitomiselle on esitettävissä tehokkuusperusteluja, sitä todennäköisemmin sitomisen motiivina pidetään kauppakumppanin sitomista ja kilpailijan poissulkemista. Merkittävä kilpailun rajoittuminen on todennäköistä, mikäli sidonta kohdistuu merkittävään osaan hyödykemarkkinoista ja mikäli alalle pääsyn esteet ovat korkeat.[412]

Digital -tapauksessa[413] Digital oli kilpailuviraston esityksen mukaan sitonut varusohjelmien päivityspalvelut laitehuoltopalveluihin sulkeakseen pois muut huoltoyritykset Digital-tietokoneiden huoltomarkkinoilta. Digitalilla oli immateriaalioikeuksiin perustuva yksinoikeus käyttöjärjestelmäänsä ja sen päivityksiin. Digital peri päivityksestä alhaisempia hintoja, mikäli asiakas käytti myös Digitalin ylläpitopalveluja. Kilpailuviraston mukaan yhtiö menetteli muun ohella 7 §:n 2 kohdan vastaisesti rajoittaessaan keinotekoisesti asiakkaiden mahdollisuuksia valita vaihtoehtoinen laitehuoltoyritys. Menettelyä pidettiin myös 7 §:n 4 ja 5 kohdan vastaisena. Kilpailuneuvosto ei ottanut asiaan lopullista kantaa, koska kilpailuvirasto luopui esityksestään käsittelyn aikana Digitalin annettua sitoumuksen menettelyn muuttamisesta viraston vaatimalla tavalla. Asiassa oli myös kyse siitä, voiko Digitalilla olla 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu määräävä markkina-asema omien ohjelmistojensa markkinoilla. Mahdollista on, että kilpailuneuvosto olisi tutkinut asian kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella. Rinnakkaisessa EY-tapauksessa päädyttiin niinikään sovintoratkaisuun.[414]

6.4.5 Teknologinen sidonta

IBM -tapauksessa EY:n komissio puuttui käytäntöön, jossa IBM sitoi muistikapasiteetin myynnin yhteen System 370:n ohjelmistojen kanssa. EY:n komissio katsoi, että IBM:n määräävä asema mainframe-tietokoneiden markkinoilla esti kilpailevia toimittajia tarjoamasta IBM:n järjestelmän kanssa yhteensopivia laitteita ja ohjelmistoja. Tapaus sovittiin sen jälkeen kun IBM oli jo eriyttänyt ohjelmistotarjontansa (unbundling). IBM sitoutui toimittamaan tietokoneita

[411] Ibid. s. 36.
[412] Ibid. s. 37.
[413] D:o 4/359/92, kilpailuneuvoston päätös 13.10.1993, Kuoppamäki 1996, s. 92.
[414] Ks. *Digital*, 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 364–365 ja 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 69.

ilman muistikapasiteettia tai varustettuna ainoastaan testauksen vaatimalla vähimmäiskapasiteetilla. Lisäksi IBM velvoitettiin toimittamaan etukäteen tietoa uusien malliensa rajapinnoista. Tämä katsottiin tärkeäksi, sillä pimittämällä uusia tuotteita koskevaa informaatiota viime hetkeen asti määräävässä asemassa oleva toimittaja voi hidastaa jäljittelijöiden toimintaa. IBM sitoutui julkistamaan tiedot niin aikaisessa vaiheessa, että kilpailevat valmistajat ehtivät saada IBM-yhteensopivat laitteistot ajoissa markkinoille.[415] Tapaus on mielenkiintoinen, sillä Yhdysvalloissa vastaavasta monopolisoimiskanteesta luovuttiin 1981 presidentti *Reaganin* virkaantulon jälkeen. Ensimmäinen kysymys kuuluu, oliko IBM:llä vielä määräävä asema tapauksen ratkaisemisen aikoihin.[416] Toisaalta voidaan perustellusti kysyä, kuinka pitkälle menevä informaatiovelvollisuus määräävässä asemassa olevalle toimittajalle voidaan asettaa. Yhtäältä voidaan argumentoida, että kyse on määräävässä asemassa olevan yrityksen hankkimasta kilpailuedusta, jota sillä täytyy olla oikeus hyödyntää. On vain luontevaa, että elinkeinonharjoittaja käyttää hyväkseen onnistuneen tuotekehittelyn antamaa etumatkaa. Toisaalta informaation pimittämistä voidaan tarkastella strategisena käyttäytymisenä. Muuttamalla tuotestandardejaan ja pitämällä ne mahdollisimman pitkään salassa markkinajohtaja voi vallata osuuksia kilpailijoiltaan.[417] Informaatiovelvollisuutta voidaan perustella verkostoefektillä, josta johtuen käytännössä ainoa tapa pärjätä markkinoilla on tarjota johtavan laitevalmistajan luoman standardin mukaisia laitteistoja.

Informaatiokysymyksen ratkaiseminen edellyttää varsin vaikeaa punnintaa määräävässä asemassa olevan yrityksen immateriaalioikeuksien ja pienempien kilpailijoiden markkinoille pääsyn välillä. Yleensä etusija annetaan suojalle imitaatiota vastaan. Jäljittelijöillä on tilaisuus sopeuttaa tuotantonsa sen jälkeen, kun uusi hyödyke on markkinoilla. Määräävässä asemassa olevalle yritykselle ei voida asettaa mitään yleistä velvollisuutta "pitää kilpailijoita ajan tasalla". Toisaalta jos korkean teknologian markkinoilla hyödykkeen tuote-

---

[415] Ks. 14. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1984) kohta 94–95.

[416] Esim. Möschelin mielestä komission ratkaisu oli oikea, sillä tietokoneen komponenttien myymistä vain yhdessä oli pidettävä väärinkäyttönä, joka vahvisti IBM:n määräävää asemaa. Ks. Möschel, Immenga/Mestmäcker (1997) s. 748. Vrt. esim. Fisher (2001) s. 147–150. Jälkimmäisen lähteen osalta on syytä todeta, että Fisher toimi IBM:n nimeämänä asiantuntijatodistajana USA:ssa.

[417] Ordover ja Willig (1981) toteavat, että pienempien kilpailijoiden kyky säilyä markkinoilla riippuu siitä, miten hyvin ne onnistuvat sopeutumaan markkinajohtajan tuotteeseensa tekemiin muutoksiin. Markkinajohtajan tuodessa kokonaan uuden systeemin markkinoille kilpailijoiden asema voi riippua siitä, kuinka hyvin markkinajohtajan edellistä kehitysversiota on saatavana. Markkinajohtaja voi heikentää pienempien kilpailijoiden asemaa kahdella eri tavalla. Ensinnäkin uusi systeemi voi olla niin paljon vanhaa parempi, että vanhemman sukupolven laitteiden kysyntä putoaa, vaikka niiden hinta säilyy ennallaan. Toiseksi uuden hyödykkeen kehittänyt yritys voi nostaa vanhan sukupolven hintoja nostamalla vanhan systeemin varaosien hintoja tai vetämällä ne kokonaan markkinoilta. Ks. Ordover/Willig (1981) s. 8 ss.

kehittely kestää pari vuotta ja myyntiaika on saman mittainen, pidättäytymällä teknisen informaation antamisesta voidaan jopa sulkea markkinat pienemmiltä toimittajilta. Huomiota on kiinnitettävä siihen, millaista tietojenvaihtoa voidaan pitää alalla normaalina. Kauppatapaa tiukempi linja täyttää helpommin väärinkäytön tunnusmerkistön. Mikäli verkostovaikutukset ovat erityisen selvät ja voimakkaat, informaatiovelvollisuus voidaan asettaa. Yhtä vaikea kysymys on se, missä tilanteissa unbundling-vaatimus on järkevää asettaa. Nähdäkseni suhteellisen pidättyvä linja on paikallaan, sillä kilpailuviranomainen puuttuu varsin voimakkaasti yrityksen oikeuteen päättää omasta tuotantopolitiikastaan.[418] Esimerkiksi tietokoneen ja sen käyttämisen vaatiman normaalin muistikapasiteetin myymistä yhdessä ei voitane pitää keinotekoisena.[419] Eri asia on, jos yritys sitoo lisäkapasiteetin yhteen muiden toimitusten kanssa.[420]

Viime vuosien eniten huomiota saaneena monopolisoimiskanteena voidaan pitää *Microsoftin* asiaa. Yhdysvaltain oikeusministeriön antitrusti-osasto katsoi, että Microsoft on pyrkinyt poissulkemaan kilpailevia ohjelmantuottajia muun ohella sitomalla Windows-käyttöjärjestelmän ja Internet Explorer -selaimen yhteen siten, että IE ilmestyy automaattisesti avattaessa kone. Vaikka selaimen voikin vaihtaa, valtaosa kuluttajista tyytyy valmiiksi asennettuun internet-selaimeen. Yhdysvaltain kilpailu-viranomaisten kannan mukaan kyse oli kielletystä sidonnasta, jonka tarkoituksena oli ajaa Netscape markkinoilta.[421] Yhteenliittämisen jälkeen Microsoft kasvatti nopeasti markkinaosuuttaan Netscapen kustannuksella. Microsoft puolustautui toteamalla, että kyse on normaalista kehi-

---

[418] Samalla kannalla esim. Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust (2001) s. 20–21. Ks. yleisemmin esim. Fleischer (1997); Breshanan (2001).

[419] Tilanne ei tällöin eroa ratkaisevasti siitä, että esim. autonvalmistaja liittää renkaat myymiinsä ajoneuvoihin. Kotimaisesta käytännöstä mainittakoon *Setec*-tapaus, jossa kilpailuvirasto katsoi, että Setec Oy:n kieltäytymiselle lisensioimasta järjestelmänsä käyttöoikeutta ja kieltäytymiselle toimittamasta järjestelmän liityntäkomponenttia oli ollut kilpailunrajoituslain 7 §:n 1 kohdan mukainen asiallinen syy. Samoilla perusteilla kilpailuvirasto katsoi, ettei järjestelmä- ja laitemarkkinoiden määräaikaista sitomista toisiinsa voitu pitää 7 §:n 2 kohdan mukaisena hyvään kauppatapaan perustumattomana asiakkaan toimintavapautta rajoittavana ehtona eikä myöskään 7 §:n 5 kohdassa tarkoitettuna määräävän aseman hyväksikäyttönä muiden hyödykkeiden tuotantoa tai markkinointia koskevan kilpailun rajoittamiseksi.

[420] Komission virkamiesten kirjoittamassa yhteisteoksessa Faull/Nikpay todetaan, että *IBM*-tapauksessa tietokoneiden, muistikapasiteetin ja perusohjelmien myymistä yhdessä pidettiin kiellettynä sidontana, vaikka niitä ryhdyttiin myymään yleisesti yhdessä vain muutamaa vuotta tapauksen ratkaisemisen jälkeen. Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 167. Muuttunutta asiantilaa voidaan pitää osoituksena a) IBM-tapauksen virheellisestä ratkaisusta tai b) elinkeinoalan perusteellisesta muutoksesta, jonka vuoksi vanhasta prejudikaatista ei ole enää paljon hyötyä. Nähdäkseni kysymys on kummastakin. Ks. IBM-tapauksen problematiikasta erityisesti Yhdysvaltain kilpailuoikeuden näkökulmasta Fisher (2001) s. 147–150.

[421] Asia päättyi tuomioistuimeen sen jälkeen, kun Microsoft oli rikkonut Yhdysvaltain oikeusministeriön ja EY:n komission kanssa vuosina 1993–1994 neuvoteltuja sitoumuksia vastaan, joissa kiellettiin ohjelmien sidonta. Microsoft tulkitsi, ettei kyse ollut sidonnasta, vaan ohjelman kehittämisestä, jossa aiemmin maksullinen Explorer-selain liitettiin Windows-ohjelmaan.

tystyöstä, jossa käyttöjärjestelmän teknistä suorituskykyä ja attraktiivisuutta parannetaan kuluttajan silmissä liittämällä siihen uusi ominaisuus. Lisäksi Microsoft katsoi, että kyse oli *Jefferson Parish* -tapauksen vähemmistökannan mukaisesti yhdestä ja samasta hyödykkeestä, jolloin kyse ei voi olla sidonnasta. Tapausta käsitellyt liittovaltion tuomioistuin hylkäsi väitteen, koska "käyttöjärjestelmät ja ohjelmat ovat kuluttajien silmissä erillisiä hyödykkeitä".[422] Tuomioistuimen mukaan niputetun (integroidun) version tarjoaminen ei johtunut teknisestä välttämättömyydestä tai tehokkuussyistä, vaan tietoisesta pyrkimyksestä estää orastava kilpailu ennen kuin se uhkaa tosissaan Microsoftin asemaa.[423] Yritys oli pyrkinyt sulkemaan kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle mm. laatimalla ohjelmistoihinsa kilpailijoiden ohjelmien käyttöominaisuuksia heikentäviä koodeja ja pyrkimällä painostamaan asiakkaitaan yksinomaisuussopimuksiin. Sen jälkeen kun *Richard A. Posnerin* johdolla käydyt sovintoneuvottelut olivat kariutuneet, piirioikeus määräsi Microsoftin pilkottavaksi.[424] Valitusasteena toiminut Court of Appeals totesi niinikään, että Microsoft oli rikkonut Sherman Actin 2 artiklaa tietoisena pyrkimyksenään estää kilpailijoita luomasta sellaisia rajapintoja, joiden avulla kilpailevat käyttöjärjestelmät pystyisivät kommunikoimaan keskenään.[425] Valitusaste osittain kumosi alemman asteen per se standardiin perustuvan päätöksen, sillä se katsoi, että väitettyyn sidontaan voi liittyä tietokoneohjelmien kaltaisella uuden talouden sektorilla niin merkittäviä tehokkuushyötyjä, että rule of reason säännön soveltaminen on paikallaan.[426] Vaikka Microsoftin katsottiin syyllistyneen merkittävään kilpai-

---

[422] Findings of Fact. *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d 9 (D.D.C. 1999). Ks. myös Conclusions of Law. *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

[423] Findings of Fact, kohdat 149–154. Ks. vertailusta *IBM*-tapaukseen esim. Fisher (2001) s. 151–158. Vrt. esim. Liebowitz ja Margolis (2001) s. 160–192.

[424] *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000).

[425] Tämä nimittäin poistaisi merkittävän osan Microsoftin nauttimasta verkostoedusta. Verkostoefektin perusteella valtaosa myös tulevista käyttöjärjestelmistä ostetaan Microsoftilta yksinkertaisesti siitä syystä, että yhteensopivuus käyttäjien enemmistön kanssa sitä edellyttää. Mikäli eri käyttöjärjestelmille kirjoitettavat tietokoneohjelmat pystyisivät vaivattomasti kommunikoimaan keskenään, kuluttajilla olisi motiivi valita Microsoftin paketti ainoastaan siinä tapauksessa, että se koetaan aidosti hinta-laatusuhteeltaan muita paremmaksi. Verkostoefekti suojaa markkinoilla hallitsevan standardin saavuttanutta järjestelmää kilpailijoiden hyökkäyksiltä. Todennäköisesti Microsoft menettäisi kuitenkin asemansa varsin nopeasti, mikäli se lopettaisi uusien ohjelmistojen kehittämisen. Kyse on varsin vahvasta, mutta samalla dynaamisesta kilpailuedusta.

[426] Oikeusministeriön sovintoesitystä varten laaditussa yhteenvedossa valitustuomioistuimen sidontaa koskevaa päätöstä kuvataan seuraavasti: "The Court reversed and remanded the Section 1 tying claim for reconsideration under the more rigorous rule of reason standard. It also reversed the District Court's determination that Microsoft had attempted to monopolize the Web browser market in violation of Section 2. In light of its finding that an evidentiary hearing on remedy was necessary and the fact that the District Court's Final Judgment may have rested on liability determinations that did not survive appellate review, the Court of Appeals vacated the Final Judgment and remanded the case to the District Court for new remedy proceedings. Finally, the Court of Appeals disqualified the trial judge retroactively to the date of entry of the Final Judgment based on violations of 28 U.S.C. § 455 (a)."

lun rajoittamiseen, myös alemman asteen Microsoftin pilkkomista koskeva päätös kumottiin. Tätä perusteltiin yhtäältä pilkkomisen kyseenalaisuudella tehokkuutta lisäävänä sääntelykeinona, toisaalta alemman tuomioistuimen käsittelyssä ilmenneisiin vakaviin puutteisiin.[427] Yhdysvaltain oikeusministeriö ja Microsoft pääsivät sittemmin sopimukseen, jossa Microsoft mm. velvoitetaan ilmoittamaan hyvissä ajoin uusien hyödykkeiden rajapinnoista, ei kuitenkaan paljastamaan ns. lähdekoodia. Lähdekoodi olisi tarpeen sen valvomiseksi, ettei Microsoft enää tulevaisuudessa lisää ohjelmiinsa valitusasteen päätöksessä kielletyksi todetulla tavalla kilpailijoiden ohjelmien toiminnallisuuden heikentämiseen tarkoitettuja komentoja. Oikeusministeriö luopui käytännössä sidontaa koskevista vaatimuksistaan. Microsoftilla näyttää olevan ainakin toistaiseksi oikeus niputtaa ohjelmistoja haluamallaan tavalla. Sitoumuspaketti[428] on yllättävän lievä kun otetaan huomioon, että valitustuomioistuin oli jo pääosin vahvistanut Microsoftin toimineen kilpailulainsäädännön vastaisesti ja pyrkineen tietoisesti monopolisoimaan käyttöjärjestelmien ja niihin liitännäisten ohjelmistojen markkinat.[429] Vaikuttaa siltä, että sovintoratkaisu selittyy enemmän poliittisilla vaikutusmekanismeilla kuin kilpailuoikeudellisilla argumenteilla.[430]

Microsoftin asia on ollut myös EY:n komission käsiteltävänä.[431] Esille nousi myös ns. Media Playerin integroiminen Windows-käyttöjärjestelmään, mikä herättää samoja kysymyksiä kuin internet-selaimet. Tutkittavana on ollut myös

---

[427] Valitusasteen päätöksen mukaan tapausta käsitellyt tuomari Penfield Jackson oli mm. antanut toimittajille salaisia lehtihaastatteluja kesken prosessin, joissa oli arvosteltu vastaajayhtiön toimintaa. Valitusasteen päätöksen läpikäynti antaa masentavan kuvan tapauksen käsittelystä ottaen huomioon, miten suuria kansantaloudellisia intressejä siihen liittyy. Mahdollisesti ongelmat olisi vältetty, mikäli Yhdysvalloissa olisi esim. EY:n järjestelmää muistuttava tilanne, jossa merkittävät kilpailuasiat ratkaisevat niiden käsittelyyn erikoistuneet tuomarit. Käsittelyn hajauttaminen yleisiin alioikeuksiin vaikeuttaa yhtenäisten käsittelyperiaatteiden luomista. Yhtenäisyyttä saavutetaan vasta ylempien asteiden tasolla.

[428] Ks. http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9400/9495.htm.; Stipulation, November 6th, 2001.

[429] Ks. esim. Albert A. Foer, Robert Lande and Norman Hawker, FTC:WATCH, Nov. 7, 2001. Kirjoittajat toteavat, että oikeusministeriön kilpailuosasto luopui suuresta osasta niitäkin vaatimuksiaan, joiden osalta se voitti jutun tuomioistuimessa. Sovintoratkaisussa Microsoftille asetetut ehdot ovat paitsi tuomioistuimen päätöstä, lähdekoodin osalta myös ennen tuomioistuinten päätöksiä annettua Richard A. Posnerin sovintoesitystä, jonka Microsoft tuolloin olisi hyväksynyt, lievemmät. Ks. myös Jonathan B. Baker and Andrew I. Gavil, The Legal Times Nov. 12, 2001. Artikkelit löytyvät internet-osoitteesta http://www.antitrust.org.recent.

[430] Ei liene poissuljettua, että sovinto liittyy yhtäältä vuoden 2000 presidentinvaalien lopputulokseen, toisaalta 11.9.2001 tapahtuneeseen terroristihyökkäykseen, jonka jälkeen amerikkalaiset kilpailuviranomaiset näyttävät varoneen ryhtymistä toimenpiteisiin, jotka voisivat heikentää amerikkalaisten yritysten kilpailuasemaa. Tapauksen käsittely kuitenkin jatkui eräiden osavaltioiden kilpailuviranomaisten nostamien kanteiden osalta, jotka alun perin nostettiin mm. ennakoiden presidentinvaalien tulosta. Sovintoratkaisu muodostaa mielenkiintoisen tutkimuskohteen Public Choice -suuntauksen näkökulmasta.

[431] Ks. *Microsoft*, 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 364–365; *Microsoft/Santa Cruz*, 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 140–141.

kysymys siitä, onko Microsoft pyrkinyt valtaamaan matkapuhelinten markkinoita 82 artiklassa kielletyin keinoin. Nähtäväksi jää, johtaako sovintoratkaisu Yhdysvalloissa 1970-luvun lopun *IBM*-tapauksen tavoin EY:n komission roolin kasvamiseen. Mainitussa tapauksessa Yhdysvaltain oikeusministeriö luopui IBM:ää vastaan ajetusta vuosia jatkuneesta monopolisoimiskanteesta sen jälkeen, kun presidentti *Ronald Reagan* oli noussut valtaan. Tämän jälkeen painopiste tapauksessa siirtyi Eurooppaan. Komissio asetti IBM:lle sidontaa koskevia ehtoja. Globaalissa verkostotaloudessa yhden kilpailuviranomaisen inaktivoituminen voi merkitä ainoastaan toisen keskeisen sääntelijän aktivoitumista. Tapauksen käsittelijä vaihtuu, agenda pysyy samana. Tiettyjä merkkejä tällaisesta on olemassa.[432]

6.4.6 Yhteenvetoa

EY:n tuomioistuimen sidontatapauksissa on otettu varsin torjuva linja, koska sitominen rajoittaa asiakkaan vapautta ostaa hyödykkeitä erikseen ja sulkee tyypillisesti pienempiä kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailuvirasto näyttää kiinnittävän tehokkuusvaikutuksiin EY:n komissiota ja tuomioistuinta enemmän huomiota. Tehokkuusperustelu tarkoittaa yleisesti sitä, että kilpailunrajoitus alentaa tuotannon, markkinoinnin tai jakelun kustannuksia alentamatta samanaikaisesti hyödykkeen laatua, kohottaa laatua lisäämättä samalla kustannuksia tai luo ratkaisevat edellytykset parempien hyödykkeiden ja tuotantoprosessien käyttämiselle. Sidonta voi lisätä tehokkuutta esim. silloin, kun yhdessä myyminen alentaa yrityksen jakelukustannuksia.[433] Kilpailuviraston esittämiä tulkintaperiaatteita voidaan pitää järkevinä ja taloustieteen valtavirran mukaisina. Pelkän tehokkuusperusteen esittämistä ei voida kuitenkaan pitää riittävänä, vaan huomiota on kiinnitettävä sidonnan vaikuttimiin ja vaikutuksiin kokonaisuudessaan.

Usein sidonnalle on esitettävissä samanaikaisesti useita syitä. Huomiota on kiinnitettävä myös siihen, että tehokkuusedut ainakin osittain siirretään kuluttajille. Milloin kysymys on 7 §:n soveltamisesta, sidonnan kilpailuneutraalisuudelle on asetettava suhteellisen korkeat vaatimukset. Tiukempi suhtautuminen 7 §:n tilanteissa on perusteltua, kun sitovalla yrityksellä on monopolivoimaa, jolloin sillä on paremmat mahdollisuudet sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle ja pitää tehokkuusedut itsellään. Lain 9 §:n nojalla arvioitavan sidonnan osalta voidaan menetellä joustavammin. Kilpailuviraston käytännös-

---

[432] Ks. esim. Baker, Stephen, Halting Microsoft's March in Europe? Newsweek, December 20, 2001.

[433] Ks. kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992, s. 38.

sä[434] sitomiseen on törmätty suhteellisen usein, mutta valtaosa tapauksista on ratkaistu neuvotteluteitse viemättä asiaa kilpailuneuvostoon. Neuvotteluratkaisujen suuri lukumäärä viittaa siihen, että kilpailuvirasto painottaa väärinkäyttöperiaatetta sidontatapausten käsittelyssä, vaikka kyse olisikin määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.[435]

6.5 JÄLLEENMYYNTI- JA KÄYTTÖRAJOITUKSET

Rooman sopimuksen 82 artiklan perusteella puututaan myös sopimusehtoihin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys rajoittaa asiakkaan oikeutta käyttää ostamaansa hyödykettä haluamallaan tavalla. Erityisen ankarasti suhtaudutaan käyttörajoituksiin, joiden tarkoituksena on estää myytyjen hyödykkeiden vienti toiseen jäsenmaahan. Tapauksessa *United Brands*[436] väärinkäyttönä pidettiin sitä, että UBC oli kieltänyt kypsyttäjiltään vihreiden banaanien myynnin vientiin. Vientikielto liittyi pyrkimykseen ylläpitää alueellista hintasyrjintää. Tapauksessa *Irish Sugar*[437] yhteisökauppaa pyrittiin rajoittamaan ns. tuotteiden vaihtoa koskevilla sopimuslausekkeilla (product swap).[438] Tapauksessa *British Leyland*[439] ajoneuvojen rinnakkaistuontia pyrittiin estämään konformiteettitodistusten monopolihinnoittelun avulla.

On huomattava, että EY:n kilpailuoikeudessa *tuonti- ja vientikiellot* ovat *per se* tyyppinen kilpailunrajoitus, joka ei ole sidoksissa siihen, kuinka paljon markkinavoimaa yrityksellä on. Kuvaavasti tapauksessa *Sandoz*[440] todettiin, että 81 artiklan vastaisena on pidettävä pelkästään yrityksen yleisiin myyntiehtoihin otettua vientikieltoa, vaikkei lausekkeen rikkomisen varalta olisi asetettu mitään sanktioita tai vaikkei ehdon noudattamista valvottaisi. EY:n tuomiois-

---

[434] Kilpailuvirastossa on käsitelty erityisesti lukuisia puhelin- ja telemarkkinoita koskeneita sidontatapauksia. Sidontaa on havaittu myös mm. rahapelitoiminnassa (*RAY*, kilpailuviraston päätös 24.5.1993, d:o 124/211/90), lentoliikenteessä (*Finnairin hotellikampanja*, d:o 550/61/91, kilpailuviraston päätös 22.1.1992), ja sävytyspastojen ja maalien markkinoinnissa (*Tikkurila*, kilpailuviraston päätös 21.1.1994, d:o 411/61/93). Ks. kilpailuviraston päätösten kuvauksen osalta Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 160–167 ja Aalto-Setälä ym. (2001) s. 174–179.

[435] *Valio III* -tapauksessa (d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997; KHO 11.11.1998, taltio 2498) kyse oli sitovasta alennuspolitiikasta, jossa määräävässä asemassa oleva yritys sitoi yhteen eri hyödykemarkkinoille kuuluvien tuotteiden toimitukset. Tapausta käsitellään jäljempänä sitovien alennusten yhteydessä.

[436] *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 207.

[437] *Irish Sugar v. komissio*, T-228/97, Kok. 1999 s. II-2969.

[438] Irish Sugarin toteuttamien tuotevaihtojen tarkoituksena oli estää "Eurolux"-sokeria saamasta jalansijaa Irlannin markkinoilla ja saavuttamasta tarpeellista asiakaskunnan suopeutta kyseistä tuotetta kohtaan. Tuotevaihto aiheutti sen, että Irish Sugarin "Siucra"-tuotemerkin kanssa kilpailleen uuden tuotteen tulo Irlannin markkinoille vaikeutui.

[439] *British Leyland v. komissio*, 226/84, Kok. 1986 s. 3263.

[440] *Sandoz v. komissio*, 277/87, Kok. 1990 s. I-45.

tuimen perustelujen mukaan jo lausekkeen olemassaolo on omiaan johtamaan yhteisökaupan rajoittumiseen.

On todettava, ettei Suomen kilpailuoikeudessa absoluuttiseen aluesuojaan suhtauduta yhtä kielteisesti kuin EY:n kilpailuoikeudessa. Juuri tästä syystä tuonti- ja vientikiellot muodostavat varsin todennäköisen tyyppitapauksen, jossa viranomaisten velvollisuutena on soveltaa suoraan 81 ja 82 artiklaa. Vaikkei tällaisesta varsinaisesti ollut kyse kilpailuneuvoston käsittelemässä *TLO-tapauksessa,*[441] peruste soveltaa suoraan 81 artiklan 1 kohtaa seurasi varsin suoraviivaisesti siitä, että Turun kaupungin hankintasopimus ja paikallinen myyntikartelli sulkivat paikalliset markkinat ja estivät muista jäsenmaista olevien yritysten etabloitumisen Suomen markkinoille.

6.6 POISSULKEMISEEN TÄHTÄÄVÄ VIRANOMAISVAIKUTTAMINEN

Mielenkiintoisen uudehkon tapausryhmän muodostaa perusteettomien oikeudenkäyntien nostaminen *(vexatious litigation).* Tapauksessa *ITT Promedia/Belgacom* EY:n komissio[442] tarkasteli kysymystä siitä, voitaisiinko kanteen nostamista tuomioistuimessa pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.[443] Komissio totesi, että yritysten perusoikeuksiin kuuluu pääsy tuomioistuimiin *(access to justice).* Määräävän aseman väärinkäyttöön voidaan kuitenkin syyllistyä, milloin 1) oikeudenkäynnin nostamisen todellisena tarkoituksena ei ole oikeuksiin pääseminen, vaan toisen yrityksen toiminnan häiritseminen ja 2) oikeudenkäynti liittyy osana laajempaan kilpailijan poissulkemiseen tähtäävään suunnitelmaan.[444] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin näyttää perusteluissaan hiljaisesti hyväksyneen komission juridiset lähtökohdat.[445] Koska kuitenkin oikeus nostaa kanne tuomioistuimessa kuuluu perusoikeuksiin, kanteen nostamista voidaan pitää vain poikkeuksellisissa olosuhteissa määräävän aseman väärinkäyttönä.[446] Komission mainitsemia kriteerejä on näin ollen tulkittava tiukasti.[447] Näyttäisi siltä, ettei väärinkäyttönä voida pitää esim. heikosti perus-

---

[441] Ks. *TLO:n poikkeuslupahakemus*, d:o 9/359/97, kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998. Ks. myös EY:n komission 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1999) s. 339–340 sekä Kuoppamäki (2000) s. 106–107.

[442] *ITT Promedia/Belgacom*, Iv.35.258, IP/97/292. Komission päätöstä ei ole julkistettu.

[443] *ITT Promedia*, T-111/96, Kok. 1998 s. II-2937. Ks. aikaisemmasta käytännöstä *Boosey & Hawkes*, komission päätös 87/500, EYVL 1987 L 286/36, päätöksen kohdat 11–12.

[444] *ITT Promedia*, T-111/96, tuomion kohta 55.

[445] Tämä näyttää seuraavan tuomiosta, vaikkei ensimmäisen asteen tuomioistuin nimenomaisesti ottanut kantaa komission lähtökohdakseen ottamien edellytysten oikeellisuuteen. Ks. tuomion kohta 57.

[446] Ks. tuomion kohta 60.

[447] Tuomion kohta 61.

tellun kanteen nostamista, vaan että lisäkvalifikaationa täytyy olla se, että kanteella pyritään nimenomaisesti häiritsemään kilpailijan toimintaa.[448]

Cewal-tapauksessa yhteisessä määräävässä asemassa oleva laivaliikennekonferenssi oli syyllistynyt väärinkäyttöön Euroopan satamien ja Zairen välisillä laivareiteillä. Cewal oli solminut sopimuksen Zairen laivarahdeista vastaavan viranomaisen (Ogefrem) kanssa, joka antoi Cewalille yksinoikeuden rahtiin Zairen ja Pohjois-Euroopan välillä. Ogefrem oli myöntänyt kahdelle pienemmälle varustamolle rajoitetun oikeuden harjoittaa liikennettä sanotuilla reiteillä. Cewal oli pyrkinyt vaikuttamaan Ogefremiin siten, että se tulkitsisi yksinomaisuusehtoa mahdollisimman tiukasti ja estäisi kilpailun ilmaantumisen reiteille. EY:n tuomioistuin vahvisti komission päätöksen, jossa Cewalin menettelyä pidettiin määräävän aseman väärinkäyttönä.[449] Sitä vastoin EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin hylkäsi valituksen komission päätöksestä, jossa oltiin katsottu, ettei lobbaamista polkumyyntitullien puolesta voida pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.[450]

EY:n tuomioistuinten päätökset muodostavat mielenkiintoisen tutkimuskohteen Public Choice -suuntauksen näkökulmasta. Tutkimussuuntauksen perusväittämiin kuuluu se, ettei viranomaisprosesseja käytetä ainoastaan yleisen edun, vaan myös yhtiö- ja ryhmäkohtaisten partikulaari-intressien ajamiseen.[451] EY:n tuomioistuinten tuomioissa näytettäisiin otettavan huomioon se mahdollisuus, ettei määräävää asemaa suojella ainoastaan markkinoiden sisäisin, vaan myös markkinoiden ulkoisten keinojen avulla. Yritykset kilpailevat keskenään "hinnalla, laadulla ja lobbauksella". Vastaavasti väärinkäyttökieltoa voidaan soveltaa ainakin karkeissa tapauksissa myös markkinoiden ulkoisiin keinoihin puolustaa määräävää asemaa. Toisaalta näyttää siltä, että kontrolli on tiukempaa jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden viranomaisten kuin yhteisön omien toimielinten osalta. Mielenkiintoisen vertailukohdan tarjoaa Yhdysvaltain kilpailuoikeus. *Hovenkampin* mukaan Yhdysvalloissa kilpailijan poissulkemiseen tähtäävän oikeudenkäynnin[452] nostamista voidaan poikkeuksellisesti pitää kiellettynä kilpailunrajoituksena, silloin kun esitetty kanneperuste ei ole muuta kuin "tekosyy", jonka todellisena tarkoituksena ei ole vaatimuksen läpi saami-

---

[448] Ks. tuomion kohta 73. Samalla kannalla Faull/Nikpay (1999) s. 183.

[449] *Compagnie Maritime Belge v. komissio*, T-24-26/93, Kok. 1996 s. II-1201, C-395&396/96, Kok. 2000 s. I-1365, tuomion kohdat 84–88.

[450] *Poudres Sphériques v. komissio*, T-5/97, ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 30.11.2000. Aikaisemmassa ratkaisussa *Soda Ash* (IV/33.133-C: Solvay, EYVL 1991 L 152 /21) EY:n komissio oli ottanut raskauttavana tekijänä huomioon sen, että kartelliin ja määräävän aseman väärinkäyttöön syyllistyneet yritykset olivat estäneet EU:n ulkopuolista kilpailua käynnistämällä komissiossa polkumyyntisyytteiden käsittelyn.

[451] Ks. esim. Buchanan/Tullock, Calculus of Consent (1962) s. 283 ss.

[452] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 679–720. Yhdysvalloissa kilpailunrajoitustyypistä käytetään myös termiä predatory litigation.

nen tuomioistuimessa vaan kilpailijan häiritseminen.[453] Sen sijaan vaikuttaa siltä, että kilpailijaa haittaava "pahantahtoinen lobbaus" jäisi todennäköisesti State Action -dokriinin perusteella kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle.[454]

Whishin mukaan oikeudenkäyntien pitämistä väärinkäyttönä voidaan pitää EU:ssa ongelmallisena sellaisia elinkeinonaloja silmällä pitäen, joilla immateriaalioikeuksilla on huomattava merkitys. Esimerkiksi lääketeollisuudessa ja biotekniikassa patentinloukkausoikeudenkäynnit ovat tavanomaisia.[455] Nähdäkseni menettelyn pitämistä väärinkäyttönä voidaan perustella silloin, kun kyse selvästi on kilpailijan poissulkemiseen tähtäävästä toiminnasta. Tällainen tilanne on käsillä, jos kanne on selvästi perusteeton, mutta se nostetaan kilpailijan markkinoilletulon jarruttamiseksi ajallisesti tai oletuksella, ettei vastapuolella ole taloudellisia resursseja kestää pitkää prosessia. Väärinkäyttötunnusmerkistö lähenee tällöin OK 29 luvun oikeudenkäynnin väärinkäyttämisen tunnusmerkistöä.[456] Johdonmukaisuuden nimissä väärinkäyttönä voidaan pitää myös viranomaislobbausta. On kuitenkin muistettava, että Rooman sopimus tarjoaa varsin kattavat keinot puuttua menettelytapoihin, joilla yritys saalistaa kilpailusuojelua oman maansa viranomaisilta. Sovellettavaksi voivat tulla mm. valtiontukia, tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta, liikkeenperustamisvapautta ja verosyrjintää koskevat normistot. Kovin suurta kilpailupoliittista tarvetta venyttää määräävän aseman väärinkäytön soveltamisalaa EY:n kilpailuoikeudessa ei siten ole. Tuomioistuimen rajanveto polkumyyntiin ei ole täysin tyydyttävä, sillä polkumyyntitulleilla voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Samalla paljastuu tunnusmerkistön suurin puute: yritys esittää viranomaisille erinäköisiä vaatimuksia, niiden hyväksyminen ja kilpailunrajoituksen aikaansaaminen on viime kädessä kiinni viranomaisen päätöksestä. EU:ssa juridisesti ensisijainen tapa puuttua ongelmiin on julkisen vallan päätöksentekoa koskevien syrjintänormien soveltaminen. Yleisellä tasolla julkisen vallan päätöksentekijöiden osalta ei liiaksi voida korostaa sitä vastuuta, joka viranomaisilla on toimenpiteidensä vaikutuksista kilpailun toimivuudelle.

---

[453] Ks. *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries*, 508 US 49 (1993). Ks. Hovenkamp (1999) s. 686–689.

[454] Ks. Hovenkamp (1999) s. 681–686. Hovenkamp toteaa johtopäätöksenään (s. 686): "In sum, laws specifially designed to address corruption of political process, such as laws against bribery, conflict of interest laws or laws regulating or limiting the spoils system, are appropriate vehicles for challenging governmentally produced anticompetitive results. But the domain of antitrust is *private* markets. Care must be taken to distinguish private from public wrongs, even though at the margins the distinction may be ambigious difficult to draw." Voidaan kyseenalaistaa, kuinka tehokkaasti amerikkalainen järjestelmä kykenee puuttumaan julkisiin kilpailunrajoituksiin. Tätä puolta voidaankin pitää Yhdysvaltain kilpailuoikeuden sokeana pisteenä. EU:n järjestelmä vaikuttaa tässä suhteessa huomattavasti tehokkaammalta.

[455] Ks. Whish (2001) s. 626–627.

[456] Nähdäkseni ei ole poissuljettua, että selvässä häirintätarkoituksessa nostettua prosessia voitaisiin pitää 7 §:n vastaisena väärinkäyttönä tapausta *ITT Promedia* vastaavilla edellytyksillä.

6.7 JULKISTEN YRITYSTEN TEHOKKUUS JA LIITÄNNÄISTEN ALAMARKKINOIDEN MONOPOLISOIMINEN

RS 82 artikla ei sisällä yleistä monopolien kieltoa. Tämä johtuu siitä, että Rooman sopimusta neuvoteltaessa eri alojen julkiset monopolit olivat jäsenvaltioissa hyvin yleisiä. Tämän vuoksi yleisen monopolien kiellon säätäminen ei ollut poliittisesti mahdollista.[457] Rooman sopimus ei sen 295 (ent. 222) artiklan mukaan vaikuta omistussuhteisiin jäsenvaltioissa. Sopimus ei ratkaise poliittista valintaa tietyn toiminnan julkisen tai yksityisen luonteen välillä. Näin ollen julkisten monopolien säilyttäminen ei sinällään ole EY-oikeuden vastaista, kuten esimerkiksi Ruotsin alkoholin vähittäismyyntimonopolia[458] tai Raha-automaattiyhdistyksen yksinoikeutta rahapelitoiminnassa[459] koskevat tapaukset osoittavat. Koti- ja ulkomaisia toimijoita yhdenmukaisesti kohtelevat markkinoinnin rajoitukset ovat yleensä sallittuja. Tiukemman erityissääntelyn puuttuessa monopolitoiminta muuttuu kielletyksi siinä vaiheessa, kun se kohtelee koti- ja ulkomaisia toimijoita joko suoraan tai välillisesti eriarvoisesti. Tällöin tapaukseen syntyy otteen pitävä *syrjintäkulma*, jolla siihen päästään eurooppaoikeudellisesti kiinni. RS 82 artiklan alakohdassa b) on kielletty nimenomaisesti tuotannon tai tarjonnan rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Mielenkiintoinen on kysymys, kuinka laajalti 82 artiklan nojalla voidaan puuttua monopoliyrityksen tehottomaan toimintaan, joka ei sinällään kohtele kauppakumppaneita eriarvoisesti, mutta jättää tyydyttämättä markkinoilla ilmenevän kysynnän.

Sopimuksen 86 artiklan 1 kohdan mukaan (ent. 90 artiklan 1 kohta) jäsenvaltiot ovat sitoutuneet pitäytymään toimenpiteistä, joiden seurauksena julkisille yrityksille myönnetyt yksinoikeudet rikkoisivat sopimuksen periaatteita, erityisesti sen 7 artiklaa tai kilpailusääntöjä vastaan. RS 86 artiklan 2 kohdan mukaan julkisiin yrityksiin, joiden tehtävänä on tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tai jotka ovat fiskaalisia monopoleja, sovelletaan kilpailusääntöjä ja sopimuksen muita määräyksiä vain siltä osin kuin niiden soveltaminen ei oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä julkiselle yritykselle annetun tehtävän hoitamista. Vaikutukset kaupan kehitykseen eivät kuitenkaan saa olla niin merkittäviä, että ne olisivat vastoin yhteisön etua.

Säännöksen perusteella voidaan kilpailusäännöistä poiketa siltä osin, kuin julkiselle monopolille uskottujen tehtävien hoitaminen, vaikkapa julkisen liikenteen tai maan kattavien postipalvelujen järjestäminen, sitä välttämättä vaatii.

Vaikkei yleisestä monopolisoimiskiellosta voidakaan puhua, 1990-luvulta alkaen käytäntö on kiristynyt. Tapauksessa *Bundesanstalt für Arbeit* 82 artiklan

---

[457] Schröter, G/T/E (1992) Art. 86, Rdnr. 20.
[458] *Syyttäjä v. Franzén*, C-189/95, Kok. 1997 s. I-5909.
[459] *Syyttäjä v. Läärä*, C-124/97, Kok. 1998, EY-tuomioistuimen päätös 21.9.1999.

mukaisena väärinkäyttönä pidettiin sitä, että ns. head hunting -toiminta rajoitettiin Saksan työvoima-viranomaisen (Bundesanstalt für Arbeit) yksinoikeudeksi. Head huntingilla tarkoitetaan johtavassa asemassa olevien työntekijöiden työnvälitystä. Tähän erikoistuneet yritykset etsivät työnantajille soveliaita työntekijöitä välityspalkkiota vastaan. Kun toiminta ei Saksan lain mukaan ole sallittua, ei välityspalkkion suoritusvelvollisuutta voida saada siviilikanteella vahvistettua.

Tuomioistuin otti kantaa rajoituksen lainmukaisuuteen 234 artiklan nojalla annetussa ennakkopäätöksessä.[460] Tuomioistuimen mukaan tietyn toiminnan rajoittaminen julkisoikeudellisen yhteisön yksinoikeudeksi ei sinänsä vielä ole kiellettyä. Jäsenvaltio rikkoo 86 (ent. 90) artiklan 1 kohtaa, jos se luo tilanteen, jossa julkinen laitos käyttäessään lain sille tuomia oikeuksia väistämättä toimii 86 artiklan vastaisesti. Tällainen tilanne on käsillä erityisesti jos:

1) monopoliasema ulottuu myös johtavien työntekijöiden työnvälitykseen;
2) julkisoikeudellinen laitos ei tosiasiallisesti pysty tehokkaasti tyydyttämään markkinoilla ilmenevää kysyntää;
3) yksityisten yritysten harjoittama työnvälitys tehdään käytännössä mahdottomaksi säätämällä se rangaistavaksi ja sitä koskevat sopimukset mitättömiksi;
4) kyseinen työnvälitys voi koskea myös muiden jäsenvaltioiden kansalaisia tai aluetta.

RS 82 artiklan soveltaminen edellyttää, että kyseessä on yritys. "Yritys" määritellään EY:n kilpailuoikeudessa funktionaalisesti. Yrityksinä pidetään oikeudellisesta muodosta huolimatta taloudellisia kokonaisuuksia, jotka harjoittavat taloudellista toimintaa vastiketta vastaan. Vastaaja ja Saksan valtio katsoivat, ettei Bundesanstalt für Arbeit julkisena laitoksena ole yritys, sillä sen työnvälitys on vastikkeetonta. Sen toiminta rahoitetaan pääasiallisesti työnantajien ja työntekijöiden sosiaaliturvamaksuilla, jotka ovat luonteeltaan julkisia maksuja ja joiden suuruus ei ole missään suhteessa riippuvainen yksittäistapauksissa annetuista palveluista. Tuomioistuimen mielestä 82 artiklan soveltamiselle riitti jo se, että työnvälitys on luonteeltaan toimintaa, jonka myös yksityiset yritykset voisivat hoitaa. Erityisesti johtavien työntekijöiden työnvälityksen voivat hoitaa muutkin kuin julkisoikeudelliset yhteisöt.[461] Tuomioistuin ei edellyttänyt, että toiminta tuottaisi voittoa tai siihen edes tähtäisi. Bundesanstaltin toiminta 82 artiklan b-kohdan vastaisesti rajoitti tarjontaa ja markkinoiden kehitystä kuluttajien vahingoksi. Päätös osoittaa, että 82 artikla suoraan sovellettava normina on yleisemminkin otettava huomioon valtionhallinnossa ja lainsäädännössä.

---

[460] *Höfner ja Elsner v. Macroton*, C-41/90, Kok. 1991 s. I-1979.

[461] Vaikkei se tuomiosta nimenomaisesti ilmene, lienee tuomioistuimen kantaan osaltaan vaikuttanut, että monissa muissa jäsenvaltioissa johtavien työntekijöiden työnvälitys oli sallittua. EY-oikeuden käsitteiden merkityssisältö ratkaistaan eurooppaoikeuden tasolla. Tällöin voidaan päätyä ratkaisuihin, jotka eroavat kansallisen lainsäädännön käsitemäärittelyistä.

Voidaan havaita, että julkisen sektorin laitosten monopoliaseman väärinkäyttöä koskevat arviointikriteerit ovat kiristyneet. Väärinkäyttönä on pidetty sitä, että monopoliasemassa oleva yritys yrittää monopolisoida liitännäiset alamarkkinat mutta ei pysty tyydyttämään niillä ilmenevää aktuaalista tai potentiaalista kysyntää. Tapauksessa *Port of Genoa*[462] satamayritykselle oli annettu yksinoikeus järjestää laivojen lastaus ja purku Genovan satamassa. Väärinkäyttönä pidettiin sitä, että monopoliyritys kieltäytyi hyödyntämästä modernia tekniikkaa, mikä nosti kustannuksia ja hidasti työn etenemistä. Väärinkäyttötyyppi on hyvin samankaltainen *Magill*-tapauksen kanssa.[463] Muiden edellytysten täyttyessä julkisten yritysten monopolisointiin tähtäävä menettely on 82 artiklan vastaista. Samanaikaisesti jäsenvaltio, jonka lainsäädännöllä tämä mahdollistetaan, rikkoo Rooman sopimuksen 3 g, 10 (ent. 5) ja 86 (ent. 90) artikloja.

Tapauksessa *ERT*[464] väärinkäyttönä pidettiin kreikkalaisen televisioyhtiön konsernirakennetta, joka oli omiaan johtamaan siihen, että yhtiö suosii kotimaisia televisio-ohjelmia ulkomaisten kustannuksella. Samasta syystä kotimainen *Oy Alko Ab* pilkottiin ja vähittäismyyntimonopoli erotettiin muusta toiminnasta organisatorisesti ja omistuksellisesti erilliseksi yksiköksi. Konsernirakenne, jossa alkoholijuomien valmistus ja myynti ovat samassa konsernissa, loi syrjinnän olettaman. Monopsoniasemassa olevan ostajan intressissä olisi suosia oman konserniyhtiön valmisteita, koska se olisi konsernin kokonaisedun mukaista.[465]

Yleispalveluvelvoitteella voidaan perustella lievennyksiä kilpailusääntöihin. Esimerkiksi tapauksessa *Almelo*[466] EY:n tuomioistuin piti tuonnin rajoittamista koskevia sähkön toimitus-sopimusten lausekkeita 82 artiklan vastaisina, mutta piti silti mahdollisena, että ne voidaan hyväksyä RS 86 artiklan 2 kohdan mukaisina poikkeuksina huoltovarmuuden ylläpitämiseksi.

---

[462] C-179/90, *Port of Genoa v. Gabrielli*, Kok. 1991 s. I-5889.

[463] *Radio Telefis Eireann (RTE) v. komissio*, T-69/89, Kok. 1991 II-485; *British Broadcasting Corp. (BBC) & BBC Enter. Ltd. v. komissio*, T-70/89, Kok. 1991 II-535; *Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. komissio*, T-76/89, Kok. 1991 II-575. Ks. ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätökset, *ITP*, kohta 58; *BBC*, kohta 60; *RTE*, kohta 73.

[464] *ERT*, C-260/89, Kok. 1991 s. I-2925.

[465] Vaikka alkoholin saatavuuden rajoittamista voidaan perustella kansanterveydellisillä syillä, vaikeampaa olisi keksiä perusteita sille, miksi Suomessa valmistettu väkiviina olisi jossain muussa jäsenmaassa valmistettua väkiviinaa terveellisempää. Poliittinen päätös säilyttää vähittäismyyntimonopoli edellytti kilpailuoikeudellisesti sitä, että vähittäismyyntiyhtiö pilkotaan erilleen. Käsiteltäessä vuoden 1994 alkoholilakia tämän tutkimuksen tekijä oli kuultavana eduskunnan talousvaliokunnassa Alkon asemaan liittyvistä kilpailuoikeudellisista kysymyksistä. Sen jälkeen kun kysymys kilpailuoikeudellisesti oli haarukoitu, tarvittiin vielä muutama vuosi poliittiseen harkintaan, puretaanko monopoli vai pilkotaanko yhtiö. Alkon pilkkomisen viivästymiseen vaikutti toisaalta tarve odottaa EY-tuomioistuimen *Franzén*-ratkaisua.

[466] *Almelo*, C-393/92, Kok. 1994 s. I-1477.

6.8 MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN VAHVISTAMINEN YRITYSKAUPAN AVULLA

Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklat säätelevät lähtökohtaisesti yritysten markkinakäyttäytymistä. Komissio kiinnitti jo 1960-luvulla huomiota kysymykseen, missä määrin 81 ja 82 artikloja voitaisiin soveltaa markkinarakenteen keskittymiseen johtaviin yrityskauppoihin. Vuoden 1966 keskittymisiä koskevassa muistiossa[467] se asettui periaatteelliselle kannalle, jonka mukaan yritystoiminnan keskittymistä, joka johtaisi markkinoiden monopolisoitumiseen, tulisi käsitellä 82 artiklan vastaisena määräävän aseman väärinkäyttönä. Väärinkäyttö olisi käsillä ainakin silloin, jos määräävässä asemassa oleva yritys haltuun ottamalla toisen taloudellisesti itsenäisen yrityksen eliminoi kaiken kilpailun markkinoilta. Kirjallisuudessa kuitenkin kiisteltiin 82 artiklan soveltuvuudesta tähän tarkoitukseen, sillä erotuksena Hiili- ja teräsyhteisösopimuksesta[468] Rooman sopimus ei sisällä nimenomaisia säännöksiä yrityskauppavalvonnasta.

6.8.1 Continental Can

Komissio sovelsi 82 artiklaa yritystoiminnan keskittymiseen ensimmäisen kerran *Continental Can* -tapauksessa. Komissio kielsi yrityskaupan, jolla amerikkalainen Continental Can aikoi hankkia 80 % hollantilaisen pakkausalan yrityk-

---

[467] Studien, Reihe Wettbewerb, Band 3, Brüssel 1966

[468] Yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä oli mainitun Pariisin sopimuksen 66 artiklassa. *Euroopan hiili- ja teräsyhteisön (EHTY)* perustamissopimuksen voimassaolo päättyi 23. heinäkuuta 2002, minkä jälkeen edellä mainittuihin kahteen alaan sovelletaan samoja määräyksiä, joita sovelletaan muihinkin talouden aloihin, lukuun ottamatta ydinalaa, jota yhä hallinnoidaan *Euratomin* perustamissopimuksella. Julkaisemassaan tiedonannossa (EYVL C 154, 28.6.2002) komissio hahmottelee kilpailusääntöjen soveltamista kesken oleviin tapauksiin teräs- ja hiilialalla Euroopan yhteisön (EY) perustamissopimuksen määräyksin. Menettelysäännösten osalta kaikkiin kolmeen alaan (kilpailunrajoitukset, yrityskeskittymien valvonta ja valtiontuen valvonta) sovelletaan perusperiaatetta, jonka mukaan tapauksiin sovelletaan kyseisen menettelyvaiheen aikana kulloinkin voimassa olevia sääntöjä. Tämä merkitsee, että komissio soveltaa kaikkiin kesken oleviin ja uusiin tapauksiin 24. heinäkuuta lähtien pelkästään EY:n menettelysääntöjä. Komissio ilmoittaa myös hiili- ja teräsyrityksille aikomuksestaan olla aloittamatta EY:n perustamissopimuksen mukaisia kilpailunrajoitusmenettelyitä niitä sopimuksia vastaan, joihin EHTY:n perustamissopimuksen mukaisen järjestelmän mukaisesti aiemmin sovellettiin poikkeusta edellyttäen kuitenkin, että myöhemmin ei ilmene uusia tosiasioita tai oikeudellisia asioita, jotka asettavat kyseisiin sopimuksiin sovellettavan poikkeuksen kyseenalaiseksi. Hiili- ja teräskeskittymiin sovelletaan EY:n sulautuma-asetuksen sääntöjä. Tämä tarkoittaa, että vaikka komissiolla oli EHTY:n perustamissopimuksen mukaisesti toimivalta molemmilla aloilla kaikissa yrityskeskittymiä, yritysostoja ja useimpia yhteisyrityksiä koskevissa asioissa huolimatta niiden koosta, tulevaisuudessa komissio tutkii ainoastaan niitä yrityskeskittymiä, joiden liikevaihto ylittää asetuksessa säädetyn kynnyksen.

sen TDV:n osakekannasta holdingyhtiönsä Europemballagen kautta.[469] Enemmistöosuuden hankkiminen kilpailevasta yrityksestä yhden yrityksen tai yritysryhmän toimesta oli komission mielestä määräävän aseman väärinkäyttöä, kun keskittymisen seurauksena Continental Canin määräävä asema vahvistuisi niin paljon, että kilpailu käytännössä loppuisi merkittävällä osalla yhteismarkkinoita.

Komission päätöksestä valitettiin tuomioistuimelle. Kantajat katsoivat, että 82 artikla oli tarkoitettu suojelemaan kuluttajia välittömältä hyväksikäytöltä, eikä sitä siksi voisi soveltaa rakenteellisiin muutoksiin, joiden seurauksena olisi vain epäsuoria haittavaikutuksia kilpailulle. Tuomioistuin kumosi komission päätöksen virheellisen markkinoiden määrittelyn vuoksi, mutta vahvisti komission oikeudellisen arvion sen olennaisilta osin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymisen arvostelussa ei voitu tehdä eroa sen perusteella, olivatko käyttäytymisen haittavaikutukset kuluttajille suoria vai epäsuoria. Tuomioistuin[470] totesi, että 82 artiklan kielto ulottuu myös tilanteisiin, joissa määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii vähentämään kilpailua entisestään:

> "26...säännöksessä ei tarkoiteta pelkästään niitä toimenpiteitä, joista voi olla välitöntä vahinkoa kuluttajille vaan myös niitä, jotka ovat heille haitaksi tehokkaalle kilpailurakenteelle aiheutettujen seurausten johdosta siten kuin 3 [g)] artiklassa on mainittu. Siitä syystä voi väärinkäyttöä olla menettely, jolla määräävässä asemassa oleva yritys vahvistaa asemaansa siten, että saavutettu määräävyyden aste oleellisesti kahlitsee kilpailua, ts. markkinoille jää ainoastaan sellaisia yrityksiä, jotka ovat käyttäytymisessään riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä."

RS 82 artiklaa voitiin siis soveltaa yrityskauppoihin, joilla oli sanotut vaikutukset. Ne olivat 82 artiklan vastaisina *juuri siitä syystä*, että niillä oli *kielteisiä vaikutuksia markkinarakenteelle*. Tuomioistuin totesi myös, ettei väärinkäytön täydy olla kausaaliyhteydessä määräävään asemaan. Kilpailevan yrityksen haltuunotto määräävän yrityksen toimesta olisi ollut 82 artiklan vastaista myös siinä tapauksessa, että sama yrityskauppa olisi voitu toteuttaa ilman määräävää asemaa.

6.8.2 Komission epävirallinen käytäntö

Komissio on tämän päätöksen jälkeen soveltanut 82 artiklaa joukossa yrityskauppasopimuksia tekemättä kuitenkaan muodollisia kieltopäätöksiä. Komis-

---

[469] Continental Can omisti jo ennestään 85 % Schmalbachin osakkeista, jolla oli tietyllä osalla Saksan markkinoista määräävä asema liha- ja kalasäilykkeissä käytettävien kevytmetallisten säilykepurkkien ja niiden kansien sekä muiden kansien ja korkkien paitsi kruununkorkkien valmistajana. TDV puolestaan valmisti Hollannissa kaikki kevytmetalliset säilykepurkit ja puolet metallikansista ja korkeista.

[470] *Europemballage ja Continental Can v. komissio*, 6/72, Kok. 1973 s. 215.

sion kilpailuraporteissa on selostettu yli kaksikymmentä tapausta. Osassa tapauksia komissio vaati osapuolia muuttamaan sopimuksia kilpailua vähemmän rajoittavaan suuntaan.[471] Toisissa komissio ei tutkimuksen jälkeen nähnyt aihetta puuttua keskittymään.[472] Komission epävirallisesta käytännöstä voidaan tehdä seuraavat havainnot. Aloite tutkimuksiin on voinut tulla eri tahoilta. Komissio on oma-aloitteisesti aloittanut tutkimukset, kaupan osapuolet ovat lähestyneet komissiota saadakseen varmuuden sopimuksen lainmukaisuudesta tai kolmannet osapuolet ovat valittaneet komissiolle. Kolmansien osapuolten valitukset voidaan jakaa sellaisiin, jossa vihamielisen valtausyrityksen kohteena oleva yritys on lähestynyt komissiota käyttäen kilpailusääntöjä puolustusmekanismina[473] ja sellaisiin, joissa yrityskauppaan liittymätön yritys on valittanut komissiolle keskittymisen haitallisista vaikutuksista sen kilpailuasemalle.[474] Joukossa tapauksia komission aloittamalla tutkimusmenettelyllä oli se vaikutus, että suunnitellusta haltuunotosta luovuttiin.[475] On kuitenkin vaikea arvioida, johtui-

---

[471] Tapauksessa *Pilkington/BSN* (10. kilpailuraportti, kohta 152) komissio hyväksyi haltuunoton sen jälkeen, kun osapuolet olivat antaneet komissiolle sitoumuksen, jolla vähennettiin yrityskaupan kilpailua rajoittavia vaikutuksia: yhtiöt eivät nimitä edustajia toistensa hallituksiin, Pilkington pitää BSN:n osakkeita hallussaan korkeitaan kolme vuotta ja yritysten jakeluverkot pidetään erillään. Tapauksessa *British Sugar/Berishford* (12. kilpailuraportti, kohdat 104–106) vertikaalisen yrityskaupan osapuolet uudelleenjärjestivät jakeluverkkonsa komission avattua viralliset tutkimukset. Tapauksessa *Air France/Air Inter-UTA* (20. kilpailuraportti, kohta 116) komissio hyväksyi yrityskaupan sen jälkeen, kun kyseiset yritykset ja Ranskan viranomaiset olivat antaneet sitoumuksen, jolla turvattiin uusien yritysten pääsy markkinoille. Vastaavanlaiset sitoumukset annettiin myös aikaisemmassa lentoyhtiöitä koskevassa fuusiossa; *British Airways/ British Caledonian* (18. kilpailuraportti, kohta 81).

[472] Tapauksessa *Rhone Poulenc/Mossanto* (19. kilpailuraportti, kohta 67) komissio ei nähnyt tarvetta puuttua 86 artiklan nojalla yrityskauppaan. Vaikka Rhone Poulancilla olikin suuri markkinaosuus asperiinin valmistuksessa käytettävän asetyylisalisyylihapon markkinoilla, ei sillä ollut määräävää asemaa, koskei po. raaka-aineiden tuonnille Euroopan ulkopuolelta ollut esteitä. Ks. myös *Outokumpu/Iberocobre* (19. kilpailuraportti, kohta 65). Komissio lopetti tutkimukset sen jälkeen, kun Outokumpu oli ilmoittanut ostavansa enemmistön Iberocobren osakkeista. Jos Outokumpu olisi ostanut vain vähemmistöosuuden, komissio antaa ymmärtää, että yritysten välistä yhteistyötä olisi tullut arvioida 85 artiklan mukaan.

[473] *Irish Distillers Group* (18. kilpailuraportti, kohta 80), *GEC-Siemens/Plessey* ja *Consolidated Golf Fields/Minorco* (19. kilpailuraportti, kohdat 66 ja 69).

[474] Ks. esim. *Stena/Houlder/Comex* (19. kilpailuraportti, kohta 70).

[475] Tapauksessa *Amicon/Fortia/Wrigt* (11. kilpailuraportti, kohta 112) Amicon valitti 82 artiklan nojalla komissiolle yrityskaupasta, jolla Fortia olisi ostanut englantilaisen yrityksen Wrigt Scientific Ltd:n. Amicon, joka myi edelleen Wrigtin valmistamia tuotteita, valitti komissiolle, että yrityskaupan seurauksena Fortian markkinaosuus nousisi 73 %:sta 83 %:iin. Komissio lähetti kopion valituksesta Fortialle ja Wrigtille ja ilmoitti harkitsevansa väliaikaisen täytäntöönpanomääräyksen antamista. Fortia ja Wrigt ilmoittivat komissiolle, että ne luopuvat suunnitellusta yrityskaupasta. Ks. myös *Stena/Houlder* Offshore (19. kilpailuraportti, kohta 70): Comex SA valitti komissiolle yrityskaupasta, jolla Stena UK Ltd. osti Houlder Offshore Ltd:n osakkeet. Comex oli Stenan kilpailija vedenalaisten rakennustöiden markkinoilla. Comex käytti kahta Houlderin omistamaa laivaa vedenalaisissa rakennus-, huolto ja korjaustöissä. Yrityskaupan seurauksena Stena olisi saanut määräysvallan näistä laivoista, joista sen kilpailija oli riippuvainen. Stena voisi rajoittaa Comexin oikeutta käyttää näitä laivoja tai korottaa käyttökorvausta.

ko tämä siitä, että yritykset hyväksyivät komission oikeudelliset argumentit vai olivatko muut syyt päätöksen taustalla.

Tapauksissa, joissa komissio ei vaatinut muutoksia sopimusjärjestelyihin, merkittävin syy on ollut, ettei yhdelläkään keskittymään osallisella yrityksellä ollut määräävää asemaa *ennen* yrityskauppaa. Tähän johtopäätökseen ovat vaikuttaneet yrityksen pieni markkinaosuus,[476] relevantit tuotemarkkinat,[477] maantieteelliset markkinat[478] ja ulkopuolisen kilpailun voimakkuus.[479] Tapauksissa, joissa yrityksellä on saattanut olla määräävä asema, on keskittyminen sallittu, kun yritysostoa ei ole pidetty määräävän aseman väärinkäyttönä, koskei sillä ole ollut sanottavaa vaikutusta kilpailurakenteeseen.[480]

6.8.3 Tetra Pak I

Tetra Pak on johtava yritys maailmassa koneiden ja kartongin valmistuksessa, joita tarvitaan maidon ja muiden nestemäisten elintarvikkeiden purkittamisessa pahvisiin tölkkeihin. Vuonna 1985 Tetra Pakin markkinaosuus EY:n alueella oli purkituskoneiden osalta 91,8 % ja kartongin osalta 89,1 %. Komission päätöksen[481] mukaan Tetra Pak oli käyttänyt määräävää asemaansa väärin ostamalla

---

Tämän lisäksi Stena saisi Houlderin osakkeiden kautta välillisesti osuuden Comex SA:sta ja Comex Houlder Ltd:stä. Tämä rakenteellinen yhteys kahden suuren kilpailijan välillä oli omiaan vähentämään kilpailua jo ennestään keskittyneillä markkinoilla. Komissio ilmoitti vastustavansa yrityskauppaa. Sopimuksia muutettiin siten, että yhteydet Stenan ja Comex SA:n välillä purettiin ja Comexille varmistettiin oikeudet käyttää laivoja.

[476] Tapauksessa *Kaiser/Estel* (9. kilpailuraportti, kohta 131) yrityskaupan osapuolten perustama yhteisyritys oli ollut vasta viidenneksi suurin yritys relevanteilla markkinoilla Tämän vuoksi 82 artiklan soveltaminen oli poissuljettua. Tapauksessa *Ashland Oil/Cabot* (14. kilpailuraportti, kohta 109) Cabot oli tosin suurin yritys relevantteina pidetyillä EY:n markkinoilla. Kun markkinoilla oli lähes saman kokoinen kilpailija ja Cabot oli riippuvainen raaka-aineen toimittajista ja asiakkaistaan, ei sillä ollut määräävää asemaa.

[477] Ks. *Pont-a-Mousson/Stanton & Staveley* (14. kilpailuraportti, kohta 110).

[478] Ks. *Baxter Travenol Laboratories/SmithKline RIT* (10. kilpailuraportti, kohta 157).

[479] *Metaleurop* (20. kilpailuraportti, kohta 117) on viimeinen tapaus, jonka komissio tutki silloisen 86, nykyisen 82 artiklan nojalla. Vaikka Metaleurop oli merkittävin eurooppalainen tinan (20 %) ja lyijyn (29 %) tuottaja, ei se ollut määräävässä asemassa, kun markkinoilla oli lukuisia muita tuottajia ja asiakkaat saattoivat tarpeen vaatiessa kääntyä Euroopan ulkopuolisten tuottajien puoleen. Kun kummallakaan keskittymään osallisella yrityksellä ei ollut määräävää asemaa ennen yrityskauppaa, oli Continental Can-doktriinin soveltaminen poissuljettua.

[480] Tapauksessa *Eagle Star/Allianz* Versicherung (12. kilpailuraportti, kohta 103) komissio lähti siitä olettamuksesta, että Allianzilla saattoi olla määräävä asema Saksan vakuutusmarkkinoilla. Komissio tutki, johtaako keskittyminen Allianzin määräävän aseman vahvistumiseen. Yhtiöiden kansainväliset vakuutusverkostot eivät täydentäneet toisiaan, koska ne myivät erilaisia vakuutuksia. Allianzin yrityskaupalla hankkimalla laajemmalla tuotevalikoimalla ei ollut suurta merkitystä, koska markkinoilla oli vahvoja kilpailijoita. Eagle Starin eliminoituminen potentiaalisena kilpailijana Saksan markkinoilla ei merkittävästi vahvistanut Allianzin asemaa, koska Englannissa ja muissa EY:n jäsenvaltioissa oli muita suuria vakuutusyrityksiä. Näistä syistä keskittyminen ei vahvistanut Allianzin asemaa 82 artiklan vastaisesti. Ks. myös *Berisford/Napier Brown* (13. kilpailuraportti, kohta 166).

[481] Komission päätös 20.7.1988, EYVL L 272/27.

yrityksen, joka oli kehittänyt uuden teknologian ns. UHT-maidon purkittamiseksi täysin aseptisissa olosuhteissa.[482] Teknologia oli vaihtoehto Tetra Pakin käyttämälle menetelmälle. Hankkimalla yrityskaupan yhteydessä käyttöoikeuden uuteen menetelmään Tetra Pak pyrki sulkemaan markkinat potentiaalisilta kilpailijoilta.[483]

Komissio perusteli päätöstään *Continental Can* -doktriinilla: määräävässä asemassa oleva yritys, joka vahvistaa asemaansa siten, että kilpailu huomattavasti rajoittuu, toimii 82 artiklan vastaisesti. Hankkimalla yksinoikeuden lisenssiin Tetra Pak pyrki tukahduttamaan kaiken kilpailun markkinoilla. Kilpailun rajoittuminen ei ollut teoreettista vaan hyvin reaalista, koska Elopak oli juuri pääsemässä markkinoille. Osapuolet pääsivät sittemmin sopimukseen, jolla Tetra Pak luopui yksinoikeudesta lisenssiin, eikä komissio määrännyt Tetra Pakille sakkoja. Komissio teki kuitenkin lopullisen päätöksen, jonka keskeinen ensimmäinen artikla kuuluu:

> "Tetra Rausingin tai sen puolesta tehty kauppasopimus, jolla Tetra Rausing hankki yksinoikeuden NRDC:n ja Novus Corp:n väliseen 27.8.1981 päivättyyn lisenssiin ostamalla Liquipak Groupin, oli, siltä osin kuin sillä oli vaikutuksia EY:n sisällä, [82] artiklan vastainen kauppasopimuksen tekopäivästä aina siihen asti, kunnes tämä yksinoikeus lakkasi olemasta voimassa."

Päätöksestä valitettiin sillä perusteella, ettei patenttilisenssejä koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen salliman lisenssisopimuksen sisältämän yksinoikeuden voida katsoa olevan 82 artiklan vastaisen pelkästään sillä perusteella, että yksinoikeus vaihtaa omistajaa. Ensimmäisen asteen tuomioistuin[484] odotetusti hylkäsi tämän väitteen katsoen, ettei ryhmäpoikkeusasetuksen sallima yksinoikeus tuo immuniteettia 82 artiklasta, jos yksinoikeutta käytetään väärin. Määräävän aseman vahvistamisen kannalta keskeinen kohta tuomiossa on seuraava:

---

[482] UHT-maito on kuumentamalla 140 C asteeseen täysin sterilisoitua maitoa, joka säilyy useita kuukausia. Menetelmän tekniset vaikeudet liittyvät siihen, että purkittamisen täytyy tapahtua täysin aseptisissa olosuhteissa. Jos maitopurkkiin pääsee bakteereja, on maidon säilyvyysaika huomattavasti lyhyempi.

[483] Vuonna 1981 englantilainen tutkimuslaitos NRDC antoi yksinomaisen lisenssin kehittämäänsä uuteen teknologiaan Novus Corporationille, joka puolestaan kuului Liquipak -ryhmään. 1983 lisenssi siirrettiin toiselle Liquipak -konsernin yritykselle, Liquipak International BV:lle. Ennen lisenssin hankkimista Liquipak -ryhmä oli valmistanut koneita ja kartonkia pasteurisoidun, ei sterilisoidun maidon purkittamiseen. 1986 Tetra Pak osti Liquipakin ja sai lisenssin siirrettyä itselleen. Komission mielestä yrityskauppa antoi Tetra Pakille mahdollisuuden estää tai ainakin hidastaa uusien kilpailijoiden tuloa sen hallitsemille aseptisen maidon markkinoille. Tetra Pakin kilpailija Elopak oli ollut Liquipakin yksinomainen jälleenmyyjä EY:n alueella Liquipakin pasteurisoidun maidon purkittamisessa tarvittaville koneille. Elopak oli yhteistyössä Liquipakin kanssa sanotun lisenssin avulla kehittänyt UHT-maidon purkituskonetta, ja sillä oli optio koneen jälleenmyyntiin kehitystyön johtaessa tuloksiin. Elopak oli valittanut Tetra Pakin menettelystä komissiolle, koska sen mielestä Tetra Pak pyrki menettelyllään estämään sen markkinoille pääsyn.

[484] *Tetra Pak Rausing SA v. komissio*, T-51/89, 10.7.1990, (1991) 4 C.M.L.R. 334.

"23. Kiinnitettäessä huomiota käyttäytymisen erityiseen luonteeseen, jonka yhteensoveltuvuutta [82] artiklan kanssa komission päätös koskee, tämä tuomioistuin on sitä mieltä, ettei pelkkä tosiasia, että määräävässä asemassa oleva yritys hankkii yksinomaisen lisenssin, sinänsä ole [82] artiklan vastaista. RS 82 artiklan soveltamista varten huomiota tulee kiinnittää kauppaan liittyviin erityisiin olosuhteisiin ja erityisesti sen vaikutuksiin kilpailun rakenteelle relevanteilla markkinoilla. Tämä tulkinta on syntynyt tuomioistuimen oikeuskäytännössä, jossa väärinkäyttö määritellään objektiiviseksi käsitteeksi, joka liittyy määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymiseen, mikä on omiaan vaikuttamaan markkinarakenteeseen. Tällöin on kyseisen yrityksen asemasta johtuen kilpailu markkinoilla heikentynyt, jolloin seurauksena mahdollisuudesta käyttää hyväkseen toimintamalleja, jotka poikkeavat normaaleista tuote- ja palvelukilpailun keinoista taloudellisten toimijoiden välillä, on markkinoilla vielä vallitsevan kilpailun ylläpitämisen tai kilpailun lisäämisen estäminen...

Ratkaiseva tekijä päädyttäessä siihen, että yksinomaisen lisenssin hankkiminen oli väärinkäyttöä, liittyy aivan erityisesti kantajan asemaan relevanteilla markkinoilla ja erityisesti... siihen tosiseikkaan, että sillä hetkellä BTG-lisenssillä suojattu menetelmä oli ainoana kykenevä antamaan yritykselle keinot kilpailla tehokkaasti kantajan kanssa maidon aseptisessa pakkaamisessa. *Liquipakin haltuunotto ei ollut mitään muuta kuin keino – seikka johon komissio ei ollut kiinnittänyt erityistä huomiota soveltaessaan [82] artiklaa – jolla kantaja hankki yksinoikeuden BTG-lisenssiin, sillä vaikutuksella, että muilta yrityksiltä riistetään keinot kilpailla kantajan kanssa."*[485]

Tuomioistuimen perustelut antavat ymmärtää, että se piti yrityskaupan nimenomaisena tavoitteena kilpailijoiden poissulkemista. Jutussa julkisasiamieheksi määrätty tuomari oli lausunnossaan kiinnittänyt huomiota siihen, ettei ainakaan yksinomainen lisenssi ollut Tetra Pakille tarpeen, kun se oli kehittänyt oman purkitusmenetelmän. Tetra Pakille ei tarvinnut antaa keksijän suojaa, koskei se ollut itse kehittänyt lisensioitua menetelmää. Julkisasiamiehen mielestä Tetra Pakin käyttämät kilpailukeinot rikkoivat *suhteellisuusperiaatetta*, koska ne olivat suhteettoman kovia verrattuna yrityksen legitiimeihin tavoitteisiin. Tapauksessa oli viitteitä siihen suuntaan, ettei Tetra Pakilla ollut aikomuksia vaihtaa omaa menetelmäänsä lisenssin nojalla kehitettyyn vaihtoehtoiseen purkitustapaan. Tapaus tuo hyvin esille vertikaaliseen integraatioon liittyvät horisontaaliset vaaratekijät, jos määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii asettamaan esteitä kilpailijoilleen näille elintärkeillä markkinoilla.[486]

Käytännön puutteita kuvastaa hyvin myöhempi tapaus, jossa komissio sakotti Tetra Pakia "monopolia lähentyvän määräävän aseman" väärinkäytöstä.[487]

---

[485] Kursivointi tämän tutkimuksen kirjoittajan.

[486] Tapauksella on paljon yhtäläisyyksiä edellä käsitellyn -tapauksen kanssa. Ks. tältä osin alaviite 467.

[487] *Tetra Pak II*, komission päätös 24.7.1991, EYVL 1992 n:o L 72/1.

Komissio viittasi päätöksessään Liquipakin haltuunoton[488] lisäksi kahteen muuhun yrityskauppaan, jotka olivat merkittävästi vahvistaneet Tetra Pakin määräävää asemaa.[489] Komission päätöksestä ei käy ilmi, miksei se muihin tapauksiin aikoinaan puuttunut. Kun molemmat olivat ehtineet vanhentua, ei erillisiä sakkoja kilpailijoiden haltuunotosta määrätty.[490] Kilpailullisen markkinarakenteen turvaamisen kannalta jälkikäteisestä sakottamisesta ei tosin olisi ollutkaan hyötyä. Johtopäätöksenä on, ettei 82 artikla mahdollista johdonmukaista yrityskauppavalvontaa.

Komissio tutki 1970 ja 1980-luvuilla lukuisia yrityskauppoja. Epävirallisella käytännöllä ei kuitenkaan pystytty estämään määräävän aseman syntymistä. Komission käytäntöä leimaa hajanaisuus ja tietty sattumanvaraisuus sen suhteen, mihin tapauksiin se on puuttunut. Kun yrityksillä ei 82 artiklan nojalla ole velvollisuutta ilmoittaa yrityskaupoista, näyttää komission puuttuminen kilpailua haittaavaan keskittymiseen pitkälti riippuneen siitä, onko joku osapuoli valittanut haltuunotosta. Systemaattisesta markkinarakenteen valvonnasta ei voida puhua. EY:n kilpailuoikeuteen jääneen aukon käytyä ilmeiseksi ryhdyttiin 82 artiklaa tulkitsemaan laajentavasti ja soveltamaan sitä ikään kuin fuusiovalvonnan korvikkeena. Kun 82 artikla jo luonteeltaan kiinnittää huomiota markkinakäyttäytymiseen, ei sillä voitu korvata preventiivistä yrityskauppavalvontaa.

6.8.4 Philip Morris

Vuoden 1987 *Philip Morris* -tapauksessa[491] tuomioistuin vahvisti periaatteen, jonka mukaan vähemmistöosuuden hankkimiseen kilpailevasta yrityksestä voidaan soveltaa 81 artiklaa, jos yrityskaupan seurauksena on kauppaan osallisten yritysten markkinakäyttäytymisen koordinoiminen. EY:n tuomioistuin totesi, että vaikka vähemmistöosuuden hankkiminen kilpailijasta ei sinänsä rajoita kilpailua, kuvatunlainen yrityskauppa voi toimia välineenä yritysten kilpailukäyttäytymisen ohjaamisessa ja siten rajoittaa kilpailua niillä markkinoilla, joilla yritykset toimivat. Kilpailun rajoittuminen on erityisen todennäköistä, mikäli ostajayritys saavuttaa osakeomistuksen tai yrityskauppaan liitettyjen muiden ehtojen kautta "ratkaisevan mahdollisuuden vaikuttaa" (decisive influence) kohdeyrityksen liiketoimintaan tai mikäli sopimus luo yritysten välille rakenteen, jota todennäköisesti voidaan käyttää yritysten väliseen yhteistyöhön.

---

[488] Ks. edellä *Tetra Pak I.*

[489] Ks. komission päätöksen kohdat 89 – 91 ja 166 – 167.

[490] Komission päätöksen kohdan 170 alakohta 6.

[491] *BAT Cigaretten – Fabriken GmbH v. Komissio ("Philip Morris")*, 142 & 156/84, Kok. 1987 s. 4478.

Tämä on myös mahdollista, mikäli yrityskauppasopimus mahdollistaa omistusosuuden kasvattamisen myöhemmin määräysvallan tuovalle tasolle. Huomioon onkin otettava paitsi sopimuksen välittömät, myös sen tulevat vaikutukset mukaan lukien se mahdollisuus, että sopimus on osa pitkän aikavälin suunnitelmaa. Viimein jokaista sopimusta on arvioitava taloudellisessa kontekstissaan ja erityisesti ottaen huomioon kilpailutilanne relevanteilla markkinoilla. Mikäli kyse on maailmanlaajuisesti toimivista yrityksistä, huomiota on kiinnitettävä myös yritysten välisiin yhteyksiin EY:n ulkopuolella. Erityisesti on tarkasteltava sitä, muodostaako sopimus osan yritysten välisestä globaalista yhteistoiminnasta.[492]

Kirjallisuudessa on kiisteltyä, kuinka pitkälle Philip Morris -tapauksessa annettu päätös mahdollistaa 81 artiklan varaan rakentuvan fuusiovalvonnan. RS 81 artiklaa voidaan soveltaa vähemmistöosuuden hankintaan tilanteissa, joissa kyse ei ole varsinaisesta keskittymästä. Yrityskauppaan voidaan puuttua 81 artiklan nojalla, mikäli 1) yrityskaupan ostava osapuoli saavuttaa mahdollisuuden vaikuttaa kohdeyrityksen kilpailukäyttäytymiseen, 2) yrityskauppa on väline yhtiöiden välisen kilpailukäyttäytymisen koordinoinnille tai luo yhteistyölle edullisen rakenteen tai 3) ostava yritys saa mahdollisuuden lisätä vaikutusvaltaansa myöhemmässä vaiheessa.[493] Tuomio herätti aikanaan vilkasta keskustelua. Philip Morris -päätös vaikuttaa potentiaalisesti vaikutusvaltaiselta prejudikaatilta. Yleisesti kuitenkin arveltiin, ettei "Philip Morris -doktriini" mahdollista kattavaa fuusiovalvontaa. Philip Morris -tapauksessa kyse oli vähemmistöosuuden hankinnasta, joten ostettava yritys säilytti itsenäisyytensä yrityskaupan jälkeen. Enemmistö kirjoittajista katsoikin, ettei tuomio kata varsinaisia sulautumia, joissa kohdeyritys menettää itsenäisyytensä yrityskaupan seurauksena.[494] Myös komissio asettui virallisissa kannanotoissaan tälle kannalle.[495]

6.8.5 Nykytila

Säädettäessä EY:n yrityskauppavalvontaa koskevaa asetusta (4064/89) EY:n jäsenmaat hyväksyivät yrityskauppavalvonnan sillä edellytyksellä, että EY:n

---

[492] *Philip Morris*, tuomion kohdat 37–40.

[493] Ks. Bellamy/Child (2001) s. 478.

[494] Ks. esim. Schröter (1992), G/T/E Art. 85 Rdnr. 133 ss. annettuine kirjallisuusviitteineen; Jones/Gonzalez–Diaz/Overbury (1992) s. 79–87; Hawk/Huser (1996) s. 337–365. RS 81 artiklan tarkka soveltamisala yrityskauppojen suhteen on vielä tänäkin päivänä kiistanalainen.

[495] Toisaalta mahdollista on, että kauppa johtaa itsenäisinä säilyvien emoyhtiöiden välisen kilpailukäyttäytymisen koordinoimiseen. Kun 81 artiklan soveltaminen edellyttää yritysten välistä nimenomaista tai hiljaista yhteisymmärrystä kilpailua rajoittavasta käyttäytymisestä, jäisi ilmeisesti myös kilpailijan osakkeiden hankkiminen pörssin välityksellä 81 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Asetuksen 17/62 mukaan komission 81 artiklan 3 kohdan perusteella myöntämät poikkeukset 81 artiklan 1 kohdasta voidaan myöntää vain määräaikaisena. Tämä soveltuu huonosti yhteen sen kanssa, että yrityskaupoissa on kyse pysyvistä muutoksista yritysten omistusrakenteessa.

komissio pitäytyy soveltamasta 81 ja 82 artiklaa yrityskauppoihin. Koska sekundäärilainsäädännöllä ei voida rajoittaa 81 ja 82 artiklan soveltamisalaa, kompromissi toteutettiin sulkemalla 81 ja 82 artiklan soveltamista koskevan perusasetuksen 17/62 sovellettavuus pois sulautuma-asetuksessa tarkoitettujen yrityskauppojen osalta.[496] EY:n komissio ilmoitti, että se pääsääntöisesti pitäytyy soveltamasta 81 ja 82 artiklaa, jos yritysten yhteenlaskettu maailmanlaajuinen liikevaihto jää alle 2 miljardin ecun tai yhteisön alueelta kertynyt liikevaihto on alle 100 miljoonaa ecua tai joihin osallistuvien yritysten liikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa tulee yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta. Komission mukaan näiden rajojen piiriin kuuluvilla yrityskaupoilla ei lähtökohtaisesti ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[497]

Vuonna 1992 ratkaistussa tapauksessa *Gillette/Wilkinson*[498] EY:n komissio kielsi yrityskaupan, jolla Gillette olisi ostanut 22 prosentin vähemmistöosuuden Wilkinsonin partahöyläliiketoiminnoista Eemland-nimisen yhtiön kautta. Osana kauppasopimusta ja siihen liittyneitä lainajärjestelyjä Eemland luovutti Gillettelle Wilkinsonin tavaramerkkejä EU:n ja USA:n ulkopuolisissa maissa, muun ohella silloisissa EFTA-maissa. EY:n komissio katsoi, että kauppa ja siihen liittyvä keinotekoisena pidetty tavaramerkkien ja omistuksen maantieteellinen erottaminen lähimarkkinoilla johtaisivat jatkuvaan kilpailukäyttäytymisen koordinoimiseen Gilletten ja Eemlandin välillä. Eemlandin riippuvuutta lisäisi Gilletten antama lainarahoitus. Tavaramerkkisopimusta pidettiin 81 artiklan vastaisena.[499] Itse yrityskauppa kiellettiin 82 artiklan nojalla. Vaikkei Gillette saanutkaan varsinaista määräysvaltaa Eemlandista, komissio katsoi, että kauppa antoi Gillettelle "tietyn mahdollisuuden vaikuttaa" ("some influence") merkittävimmän kilpailijansa toimintaan. Kauppa vahvistaisi Gilletten määräävää asemaa "märkien parranajojen markkinoilla" EU:ssa,[500] minkä vuoksi yrityskauppaa oli pidettävä määrää-

---

[496] Sulautuma-asetuksen (4064/89) 22 artiklan 1 kohdassa todetaan, että ainoastaan sulautuma-asetus soveltuu asetuksen 3 artiklassa määriteltyihin keskittymiin, ja että RS 81 ja 82 artiklan soveltamista koskevat täytäntöönpanoasetukset eivät sovellu, paitsi milloin kyse on yhteisöulottuvuutta vailla olevista yhteisyrityksistä, joiden tarkoituksena tai seurauksena itsenäisinä säilyvien yritysten välinen kilpailukäyttäytyminen rajoittuu. Koska asetuksen 3 artiklassa ei puhuta mitään liikevaihdosta, asetuksen 17/62 ja muiden täytäntöönpanoasetusten soveltamisala leikataan pois myös liikevaihtorajojen alapuolelle jäävien yrityskauppojen osalta, paitsi milloin kyse on em. kilpailua rajoittavasta yhteisyrityksestä.

[497] Ks. komission lausuma neuvoston asetuksesta (4064/89), 22 artikla. Lausuma on painettu virallislähteissä ja esim. kirjassa Jones/Gonzalez–Diaz/Overbury (1992) s. 300 ss.

[498] *Warner–Lambert/Gillette*, komission päätös 10.11.1992, EYVL 1993 L 116/21.

[499] Ks. komission päätöksen kohdat 33–43. RS 81 artiklan soveltamiskynnystä näytettäisiin laskettavan alaspäin. Kun *Philip Morris* -päätöksessä puhuttiin ratkaisevasta vaikutusvallasta, nyt riittävänä pidettiin tiettyä vaikutusmahdollisuutta. Faull ja Nikpay toteavat, että komission päätöksessä mennään tältä osin Philip Morris -ratkaisua pidemmälle. Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 187. Komission kannan kritiikin osalta ks. esim. Hawk/Huser s. 342–360.

[500] Gilletten markkinaosuus partahöylissä ja niiden sopivissa vaihtoterissä oli vuonna 1989 koko EU:n alueella arvon mukaan laskettuna 79 % ja volyymin mukaan laskettuna 59 %. Markkinaosuus nousi volyymin mukaan laskettuna jokaisessa jäsenvaltiossa 50 %:n yläpuolelle. Ks. komission päätöksen kohdat 22–32.

vän aseman väärinkäyttönä. Voisi ajatella, että kauppa olisi kielletty pelkästään 81 artiklan perusteella, sillä tapaus olisi tarjonnut erinomaisen mahdollisuuden Philip Morris -doktriinin edelleen kehittämiseen. RS 81 artiklan soveltamisedellytyksiä näytetään pidetyn komissiossa siinä määrin epäselvinä, että 82 artiklan soveltaminen oli varmempi vaihtoehto. On huomattava, että Gilletten yrityskauppa oli tehty ennen sulautuma-asetuksen voimaantuloa.

Sulautuma-asetuksen voimaantulon jälkeen EY:n komissio ei ole osoittanut sanottavaa kiinnostusta 81 ja 82 artiklan soveltamiseen yrityskauppoihin kooperatiivisten yhteisyritysten ulkopuolella.[501] Tämä on luonnollista, sillä sulautuma-asetusta markkinoitiin tarpeella yhdenmukaistaa suurten yrityskauppojen käsittelyä ("one stop shop") ja vähentää yrityskauppojen toteuttamiseen liittyvää oikeudellista epävarmuutta.[502] Aktiivisen 81 ja 82 artiklan soveltaminen voitaisiin nähdä julkislausutun politiikan vastaisena. Toisaalta Rooman sopimuksen siirtymäsäännökset eivät tarjoa erityisen hyviä tutkintakeinojakaan.[503]

6.8.6 Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen yrityskauppatilanteisiin kansallisella tasolla

Vaikkei komissio itse soveltaisi 81 ja 82 artiklaa, tulee kuitenkin selvittää, missä määrin niitä voitaisiin soveltaa kansallisten viranomaisten toimesta. Voitaisiin ajatella, että liikuttaessa EY:n sulautuma-asetuksen liikevaihtorajojen alapuolella esim. vihamielisen valtausyrityksen kohteeksi joutunut yritys vetoaisi kansallisella tasolla määräävän aseman väärinkäyttökieltoon saadakseen yrityskaupan torjutuksi.[504] Lisäksi on tarkasteltava kilpailunrajoituslain 7 §:n väärinkäyttökieltoa.

6.8.6.1 Rooman sopimuksen 81 ja 82 artiklat

Rooman sopimuksen 81 ja 82 artikla voivat tulla sovellettaviksi esim. kansallisissa tuomioistuimissa ja välimiesmenettelyssä, vaikkei EY:n komissio niitä itse soveltaisi. RS 81 artiklan kansallista soveltamista yrityskauppatapauksiin rajoittaa kuitenkin se, että täytäntöönpanoasetuksen 17/62 soveltamisala on

---

[501] Ks. kuitenkin esim. tapauksia *CCIE/GTE*, (1992 CMLR) 559; *BT/MCI*, EYVL 1994 L 223/36.

[502] Ks. esim. Jones/Gonzales–Diaz/Overbury (1992) s. 3–4; Hawk/Huser (1996) s. 343.

[503] Siirtymäsäännöksiä käsitellään jäljempänä markkinakäyttäytymistä koskevien kansallisten normien soveltamisen yhteydessä. Komission Merger Task Force näyttää olevan varsin hyvin työllistetty asetuksen liikevaihtorajat ylittävien yrityskauppojen tutkimisessa.

[504] Ks. Hawk/Huser (1996) s. 338.

poistettu yrityskauppavalvonta-asetuksessa tarkoitettujen yrityskauppojen osalta sekä liikevaihtorajojen ylä- että niiden alapuolella. Säännösten soveltaminen perustuu tällöin 81 ja 82 artiklan välittömään oikeusvaikutukseen. EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Asjes*, että RS 81 artiklaa voidaan soveltaa soveltamisasetusten ulkopuolelle jääviin kilpailunrajoituksiin vain, mikäli kansallinen viranomainen on 84 artiklan nojalla tai komissio 85 artiklan alakohdan g nojalla[505] katsonut sopimuksen olevan 81 artiklan vastainen.[506] EY:n tuomioistuimen rajaus perustui siihen, että RS 81 artiklassa tarkoitetuille sopimuksille on mahdollista saada poikkeuslupa 81 artiklan 3 kohdan perusteella.

Kuitenkaan 82 artiklan nojalla poikkeuslupamahdollisuutta ei ole. Tämän vuoksi EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Ahmed Saeed*, että kansalliset tuomioistuimet voivat soveltaa 82 artiklaa välittömästi myös sellaisiin sopimuksiin ja menettelytapoihin, jotka ovat soveltamisasetusten ulkopuolella.[507] Näin ollen vaikuttaa siltä, että 82 artiklaa voidaan soveltaa kansallisissa tuomioistuimissa yrityskauppoihin samanlaisissa tilanteissa, joissa EY:n tuomioistuin on todennut 82 artiklan soveltamisedellytysten voivan täyttyä yrityskauppojen osalta.[508] Mikään ei periaatteessa näyttäisi estävän sitä, että yrityskauppa menisi nurin kansallisessa tuomioistuimessa 82 artiklan perusteella.[509]

RS 82 artiklan nojalla soveltamisalan piiriin kuuluisivat siten kaikki Continental Can -doktriinin piiriin kuuluvat yrityskauppatapaukset. RS 82 artiklaa voidaan soveltaa ensinnäkin yksityisoikeudellisissa riitatapauksissa, jollaisia käsitellään esim. siviilituomioistuimissa ja välimiesoikeuksissa. RS 82 artiklaa on sovellettu suoraan myös kilpailuneuvoston ja korkeimman hallinto-oikeuden julkisoikeudellisessa soveltamiskäytännössä.[510] Kilpailuvirasto on ollut selvästi varovaisempi ja näyttää viitanneen EY-oikeuteen lähinnä tulkinta-argumenttina.

---

[505] RS 84 ja 85 artikla tarkoitettiin alun perin siirtymäsäännöksiksi, joita voidaan soveltaa siihen asti, kunnes kaikki kilpailusääntöjen täytäntöönpanon kannalta merkitykselliset asetukset on annettu. Yrityskauppavalvonnan yhteydessä tehty poliittinen kompromissi ikään kuin herättää nämä säännökset uudelleen henkiin. Toisaalta voidaan myös argumentoida, että yrityskauppavalvonta-asetus saatettiin voimaan artiklan 83 ja 308 (ent. 235) perusteella ja on kiistatta tarkoitettu kilpailua estävien yrityskauppojen torjuntaa koskevaksi täytäntöönpanotoimeksi. Tällä perusteella RS 84 ja 85 artiklaa ei enää voitaisi soveltaa yrityskauppoihin. Ks. Bellamy/Child (2001) s. 473–474. Tähän kantaan päädyttiin myös englantilaisen Court of Appealsin ratkaisussa *Airlines of Britain* (1993, BBC 89). Toisaalta Cook ja Kerse toteavat, että sulautuma-asetuksen tarkoituksena ei ollut säännellä tyhjentävästi kaikkia yrityskauppoja, mikä on todettu mm. asetuksen 29. johdantolauseessa. Ks. Cook/Kerse (2000) s. 16–19. Myös EY:n komissio on tällä kannalla. Nähdäkseni Cookin ja Kersen ja EY:n komission edustama kanta on oikea. EY:n asetus koskee vain varsin korkeat liikevaihtorajat ilmeneviä yrityskauppoja. RS 84 ja 85 artiklat lienevät sovellettavissa EY:n kynnysarvojen alapuolella.

[506] *Ministre Public v. Lucas Asjes*, 209/85, Kok. 1986 s. 1425, tuomion kohdat 58–69.

[507] *Ahmeed Saeed v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, 66/86, Kok. 1989 s. 803, tuomion kohdat 32 ja 33.

[508] Ks. esim. Bellamy/Child (2001) s. 471–479.

[509] Samalla periaatteellisella kannalla myös esim. Goyder (1998) s. 422–423.

[510] Ks. *Neste I*, *TLO*, *Ajaston osapäätös*.

RS 82 artiklan periaatteellisesti laajat soveltamismahdollisuudet eivät näytä toistaiseksi johtaneen siihen, että mahdollisuutta olisi juurikaan hyödynnetty kansallisella tasolla. Tämä johtunee siitä, että yhtä lukuun ottamatta jokaisessa jäsenmaassa on nykyään kansallista yrityskauppaa koskeva lakinsa, jolloin viranomaisten intressi rajoittuu voittopuolisesti kyseisen lain soveltamiseen ellei 82 artiklan soveltamiselle ole erityistä syytä. Pätemättömyyden voimaan saattaminen jää siten lähinnä yksityis-oikeudellisen kilpailulainsäädännön soveltamisen varaan. Pätemättömyys on otettava viran puolesta huomioon[511] eikä epäilystä voi olla siitä, että kilpailunrajoituslain 19 §:ssä tarkoitettu pätemättömyys ulottuu vastavuoroisuusperiaatetta soveltaen myös RS 82 artiklan vastaisen toiminnan siviilioikeudelliseen sanktiointiin.[512] Vastaavuusperiaatteesta seuraa myös, että kilpailunrajoituslain 18 a §:ssä tarkoitettua vahingonkorvausta tulee voida tuomiota kansallisen kilpailulainsäädännön rikkomisen ohella myös RS 81 ja 82 artiklojen vastaisella toiminnalla aiheutetusta vahingosta.[513] Toisaalta sopimusriidan yksityisen osapuolen lienee käytännössä suhteellisen vaikeaa vakuuttaa esim. paikallista käräjäoikeutta tai edes välimiesoikeutta siitä, että sen tehtäviin kuuluisi julistaa yrityskauppasopimus pätemättömäksi RS 82 artiklan ja siihen liittyen sovellettaviksi tulevien kansallisten pätemättömyyttä koskevien siviilioikeudellisten normien perusteella.[514] RS 82 artiklan kansallinen soveltaminen yrityskauppatilanteisiin käy esimerkistä, jossa oikeusrealismi ja oikeusnormin akateemisesti mahdollinen tulkinta ainakin toistaiseksi ovat etäällä toisistaan.

6.8.6.2 Kilpailunrajoituslain 7 §

Voidaan kysyä, voitaisiinko kilpailunrajoituslain 7 §:n soveltamisalaa tulkita EY:n kilpailuoikeuden tapaan laajentavasti siten, että 7 §:n vastaisena pidettäisiin määräävän markkina-aseman vahvistamista yrityskaupan avulla.[515] Kirjal-

---

[511] Ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 55–59.

[512] Ks. esim. kilpailuneuvoston *Ajasto*-asiassa antamaa osapäätöstä. Ks. myös Aine (1998) s.196–198, 206–211.

[513] Ks. esim. Wahl (2000) s. 183–186.

[514] Yleinen tuomioistuin tai välimiesoikeus tulee vakuuttaa a) tuomioistuimen toimivallasta soveltaa markkinoiden sääntelyyn liittyvää pätemättömyysnormia, b) kantajan asialegitimaatiosta, c) oikeasta relevanttien markkinoiden määrittelystä, d) yrityskaupan ostajaosapuolen määräävästä asemasta ennen yrityskauppaa, e) määräävän aseman merkittävästä vahvistumisesta yrityskaupan seurauksena f) kauppavaikutuskriteerin täyttymisestä, g) kansallisten pätemättömyysnormien soveltuvuudesta, vaikkei 82 artiklassa ole nimenomaista 81 artiklan 2 kohtaan rinnastuvaa pätemättömyysnormia sekä h) vaatimuksen esittäjän kohtien a) – f) todentamiseksi esittämien todisteiden riittävyydestä. Ks. myös Aine (2001) s. 54–55, joka toteaa, että 81 ja 82 artiklan soveltaminen on "kohtuullisen mutkikasta" ja että keskittymisvalvonta-asetuksen voimaansaattamisen jälkeen markkinakäyttäytymisen valvonnalle on jäänyt ainoastaan "pieni, potentiaalinen asemansa".

[515] Kysymys nousi esille epävirallisissa viranomaiskeskusteluissa 1990-luvun alkupuolella.

lisuudessa kysymystä on käsitelty niukasti. *Hagman* toteaa, että mikäli yrityksellä jo on määräävä asema ennen yrityskauppaa, tehtyä yrityshankintaa voidaan tietyin edellytyksin arvioida kilpailunrajoituslain 7 §:n perusteella, esimerkiksi 7 §:n 5 kohdan perusteella, joka kieltää määräävän aseman hyväksikäytön muiden hyödykkeiden tuotantoa tai jakelua koskevan kilpailun rajoittamiseksi. Yrityskaupan toteuttamistapa ja tarkoitus olisivat tällöin merkittäviä. Jos määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii kilpailijan poistamiseen markkinoilta ja pakottaa tämän yrityskauppaan, kyse on mitä ilmeisimmin määräävän aseman väärinkäytöstä.[516] *Mentula ym.* mainitsevat, että "kansallisesta kilpailuoikeudestamme poiketen" EY:n kilpailuoikeudessa kilpailuviranomaiset ovat soveltaneet [82] artiklaa myös yrityskeskittymien muodostumiseen.[517] *Aine* päätyy lähinnä perustuslaillisella argumentaatiolla siihen, ettei kilpailunrajoituslain lain 4–7 ja 9 §:ää voida soveltaa yrityskauppoihin, mikäli kyse on lain 11 §:ssä tarkoitetusta yrityskaupasta. Perustuslain 15 §:ssä säädetään omaisuudensuojasta ja 18 §:ssä elinkeinovapaudesta. Kilpailunrajoituslain 4–7 ja 9 §:n soveltaminen merkitsee ainakin mainittujen perusoikeuksien rajoittamista. Perusoikeuksien rajoittamisen tulee perustua lakiin ja lisäksi säännösten tulee olla riittävän selviä ja tarkkarajaisia.[518] Aine toteaa aivan oikein, että lisäksi on otettava huomioon, ettei yrityskaupassa lähtökohtaisesti ole kyse kielletyistä kilpailunrajoituksista.[519] Mikäli kilpailunrajoituslain markkinakäyttäytymistä koskevia säännöksiä olisi tarkoitettu voitavan soveltaa yrityskauppoihin, olisi siitä otettu nimenomainen säännös lakiin. Näin ollen Aine päätyy siihen, ettei 4–7 ja 9 §:ää voida soveltaa ilman nimenomaista säännöstä lain 11 a §:n kynnysarvot ylittämättömiin yrityskauppoihin. Lain 11 §:n tunnusmerkistön täyttävät rakenteelliset järjestelyt arvioidaan 3 a luvun mukaisessa järjestyksessä siitä riippumatta, millaiseksi osapuolten liikevaihto muodostuu. Sen sijaan markkinakäyttäytymistä koskevia normeja voidaan pyrkiä soveltamaan sellaisiin yritysjärjestelyihin, jotka eivät täytä kilpailunrajoituslain 11 §:ssä yrityskaupalle asetettuja kriteerejä.[520] Kyse olisi tällöin erilaisista elinkeinonharjoit-

---

[516] Ks. Hagman (1993) s. 128.
[517] Ks. Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 192.
[518] Ks. Aine (2001) s. 55–56.
[519] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 180. "Toisin kuin kartellit tai määräävän aseman väärinkäyttö, yrityskaupat eivät ole kiellettyjä kilpailunrajoituksia. Yrityskauppoihin ei myöskään liity paljaille kilpailunrajoituksille ominaista teon moitittavuutta, minkä vuoksi kielletyt kilpailunrajoitukset on saatettu seuraamusmaksun uhkaamiksi. Kyse on yleensä normaalista liiketaloudellisesta järjestelystä, johon toisaalta voidaan ryhtyä kilpailun rajoittamistarkoituksessa tai jonka seurauksena kilpailu vähentyy alle sen toimivuuden vaatiman kriittisen pisteen. Usein yrityskaupan hyödyt ja haitat menevät lomittain." Kiinnitin mm. tähän kysymykseen huomiota kommentoidessani kirjoittajalle Aineen po. artikkelin aikaisempaa versiota. Asia on merkityksellinen siksi, että sopimattomana, hyvän tavan vastaisena tai vahingollisena pidettävän käyttäytymisen osalta perustuslaki asettaa paljon löyhempiä esteitä kuin niissä tilanteissa, joissa yrityksen menettelyä normin puuttuessa pidettäisiin täysin hyväksyttävänä liiketoimintana.
[520] Ks. Aine (2001) s. 56.

tajien markkinakäyttäytymistä sääntelevistä sopimus- ja yhteistyöjärjestelyistä, jotka ainoastaan toteutetaan yrityskaupan muodossa.[521]

Aineen argumentointiin voidaan pitkälti yhtyä. Lähtökohtana yrityskauppavalvontasäännöksiä säädettäessä tosiaan oli, että yrityskauppavalvonta koskee ainoastaan lain liikevaihtorajat täyttäviä yrityskauppoja. Myös perustuslailliseen argumentointiin voidaan pääosin yhtyä, joskaan omaisuudensuojaa ja sopimusvapautta ei tule nähdä absoluuttisina suureina.[522] Kilpailulainsäädännöllä ei ainoastaan rajoiteta varallisuusoikeuksia, vaan myös suojataan niitä. Perustuslain näkökulmasta kilpailunrajoitustapauksessa on esillä kolmen tyyppisiä varallisuusoikeuksia: 1) kilpailua rajoittavan yrityksen varallisuusoikeudet, 2) kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneen tahon varallisuusoikeudet ja 3) julkinen intressi kilpailun toimivuudesta, sillä varallisuusoikeuksien tehokas ja tasapuolinen käyttö edellyttää sopimus- ja elinkeinovapauden ohella toimivia markkinoita. Kilpailuoikeuden säännökset eivät koskaan ole "tyhjentäviä".[523] Kilpailuoikeudessa markkinakäyttäytymistä koskevat säännökset ovat väljiä yleislausekkeita, joiden konkreettinen merkityssisältö muotoutuu ja kehittyy oikeuskäytännön avulla.[524] Kyse on aina siitä, että

---

[521] Ks. Aine (2001) s. 57.

[522] Tätä nähdäkseni kirjoittaja ei olekaan tarkoittanut. Ks. Aine (2001 b).

[523] Kilpailuoikeuden rooli perusoikeuksia turvaavina säännöksinä oli hyvin esillä 1930–1950 luvun ordoliberaalissa kirjallisuudessa. Ks. esim. Eucken, Grundsätze (1950) s. 47–55, 127–134, 169–179, 182 ja 333. Tuoreessa kotimaisessa kirjallisuudessa Juha Pöyhönen on korostanut näkökulmaa, jossa toimivia markkinoita tarkastellaan perusoikeuteen rinnastuvana julkishyödykkeenä. Ks. Pöyhönen (2000) s. 83 ss., s. 93–97. En lähde tässä arvioimaan sitä, missä määrin Pöyhösen idea vastaa tai eroaa alkuperäisestä ordoliberaalista ajatuksesta. Pöyhösellä kilpailuoikeus on esillä vain yhtenä tekijänä, kun taas ordoliberaalit keskittyivät kilpailun merkityksen hahmottamiseen. Tässä mielessä ordoliberaali lähestymistapa antaa kilpailuoikeudellisen tutkimuksen näkökulmasta enemmän. Ordoliberaaleilla painottuvat systeemiset näkökohdat ja markkinoiden toimivuus. Pöyhösellä näyttäisivät painottuvan tilannekohtaiset oikeudenmukaisuusargumentit. On huomattava, että taloustieteellisestä painotuksesta huolimatta myös ordoliberaaleilla, erityisesti Euckenilla olivat esillä myös oikeudenmukaisuusnäkökohdat. Esimerkiksi työntekijöiden heikkoa asemaa 1800-luvulla voidaan selittää työnantajien monopsonivoimalla ja työvoiman ylitarjonnalla suhteessa kysyntään. Tarpeellisen sääntelyn ohella tulee puuttua varsinaiseen rakenteelliseen ongelmaan, joka aikaansaa suojasäännösten tarpeen. Systeemisellä tasolla ordoliberaaleilla taloudellinen ja poliittinen valta kytketään yhteen, sillä liiallisen taloudellisen vallan kasvamisen markkinoilla arvellaan voivan aiheuttaa myös kielteisiä vaikutuksia poliittisen päätöksentekojärjestelmän neutraalisuuden kannalta. Tässä mielessä ordoliberaalien lähestymistavalla on yhtymäkohtia public choice -suuntaukseen, kuten tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty osoittamaan. Kilpailuoikeuden yhtymäkohtia perustuslakiin on siten tarkasteltava paitsi mikrotasolla oikeussubjektien varallisuusoikeuksien tasolla, myös makrotasolla varallisuusoikeuksien käytön toimivuuteen ja poliittisen päätöksenteon demokraattisuuteen liittyvänä kysymyksenä.

[524] Kilpailuoikeuden toimivuus edellyttää sitä, että yleislausekkeiden avulla lain soveltaminen voidaan täsmentää vastaamaan senhetkisiä kilpailupoliittisia tavoitteita ja elinkeinoelämän muutoksen, esimerkiksi "uuden talouden" tuomia uusia haasteita. Jos kilpailuoikeuden ala rajattaisiin ainoastaan niihin tilanteisiin, joissa kieltonormi on yksiselitteisesti luettavissa aikoinaan kirjoitetun säännöksen sanamuodosta ja lain esitöistä, oikeudenala jäisi Suomessa kansainvälisesti vertaillen takapajuiseksi ja torsoksi.

menettelytapoja "tulkitaan" kuuluvaksi säännösten sisäpuolelle tai ulkopuolelle. Aikaisemmin oikeiksi koetut tulkinnat voivat muuttua uudessa tilanteessa. Perustuslakiargumentti on pätevä 7 §:n osalta lukuun ottamatta niitä poikkeustilanteita, joissa yrityskauppa on osa laajempaa järjestelyä, jonka selvänä tavoitteena on kilpailun rajoittaminen tai joissa yrityskauppa muodostaa teknisen apuvälineen paljaan kilpailunrajoituksen toteuttamiselle.[525] Kysymys mahdollisuudesta puuttua kilpailua rajoittaviin yrityskauppoihin markkinakäyttäytymistä koskevien normien perusteella ei ratkea niinkään "ylätason" perustuslain säännöksillä, vaan ennen muuta tarkastelemalla lain esitöitä ja mahdollista lisätarvetta turvata 1 §:ssä suojeltavaa kilpailua yritysjärjestelyjen yhteydessä muillakin keinoilla kuin yrityskauppavalvonnan avulla.

Mahdollisuuteen puuttua yrityskauppoihin 7 §:n nojalla on lainvalmisteluasiakirjojen perusteella vastattava pääosin kielteisesti. Myös Suomen kilpailuoikeudessa säännöksiä on tulkittava teleologisesti ottaen huomioon niiden tarkoitusperä ja tarkastelun alaisena olevan markkinakäyttäytymisen vaikutukset kilpailun toimivuudelle.[526] Kuitenkin on otettava huomioon, että säädettäessä vuoden 1988 ja 1992 lakeja toimikuntamietinnöissä otettiin nimenomaisen kielteinen kanta yrityskauppa-valvontaan.[527] Myöskään vuoden 1998 lain esitöistä ei ole pääteltävissä, että 7 §:ää voitaisiin soveltaa yrityskauppoihin. Päinvastoin, yrityskauppavalvontaa perusteltiin juuri sillä, etteivät voimassa olleet säännökset mahdollistaneet kilpailua vähentävien yrityskauppojen ennakollista valvontaa. Lainsäätäjän tarkoituksena on ollut säätää yrityskauppavalvonnasta 11 a §:stä ilmenevien liikevaihtorajojen yläpuolella.[528]

---

[525] Nähdäkseni Aineen argumentointi on heikompi lain 9 §:n kilpailunrajoitusten vahingollisuutta koskevan yleislausekkeen osalta, sillä 9 § rakentuu kokonaisuudessaan menettelyn vaikutuksille (toisen elinkeinonharjoittamisen vapauden perusteeton rajoittaminen tai tehokkuuden väheneminen elinkeinotoiminnassa). Lain 9 § ei siten sisällä ylipäätään teonkuvausta, vaan rakentuu puhtaasti teon vaikutusten ja toisaalta menettelyn puolesta esitettyjen syiden punnintaan.

[526] Ei liene epäilystä siitä, etteikö määräävässä asemassa olevan yrityksen suorittama yrityshankinta, joka vahvistaa merkittävästi määräävää asemaa, voisi olla erittäin vahingollinen kilpailun toimivuudelle. Tältä kannalta katsoen yrityskauppoihin puuttumista voitaisiin perustella kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitevalikoiman näkökulmasta.

[527] Ks. KM 1987:4, s. 79–80 ja 146–148; KM 1991:15 s. 32, 96.

[528] Kuitenkaan varsinaisesti 4–7 ja 9 §:n soveltamiseen ei otettu kantaa muutoin kuin siltä osin, että liikevaihtorajojen täyttyessä itsestään selvästi sovellettavaksi tulevat ainoastaan 3 a luvun säännökset. Kysymys ei kuitenkaan ratkea joko-tai-arvoinnilla. Esimerkiksi yrityskauppojen liitännäisrajoitukset ovat sallittuja, silloin kun yrityskauppaan liitetään vain sen toteuttamiselle välttämättömiä ja muutoinkin hyväksyttäviä markkinakäyttäytymistä koskevia ehtoja. Mikäli rajoitukset menevät tätä pidemmälle, tulevat ne arvioitaviksi erikseen 4–7 ja 9 §:n nojalla. Toisaalta voidaan argumentoida, että vanhemmissa komiteamietinnöissä vastustettiin erillisen ennakkoilmoitusvelvollisuudelle perustuvan yrityskauppavalvonnan käyttöön ottamista, ei sen sijaan pistekohtaista väärinkäyttönormiston soveltamista tilanteissa, joissa määräävässä asemassa oleva yritys vähentää kilpailua entisestään käyttämällä yrityskauppaa kilpailunrajoituksen teknisenä toteuttamisvälineenä.

Vaikkei lain 7 § näyttäisi mahdollistavan suoraa puuttumista yrityskauppoihin, väärinkäyttökielto koskee toimenpiteitä, joilla määräävässä asemassa oleva yritys yrittää painostaa toisen yrityksen suostumaan haltuunottoon esim. saalistushinnoittelun, hintaruuvin, hintasyrjinnän tai toimituskiellon avulla. Näissä tilanteissa myös itse yrityskauppa lienee mahdollista peräyttää osana kiellettyä kilpailunrajoitusta. Katsoisin, ettei puuttuminen *Continental Can* ja *Gillette* -tapaukseen voisi tulla kyseeseen 7 §:n nojalla, sillä kyseessä on normaali yrityskauppatilanne. Sen sijaan tapauksessa *Tetra Pak I* puuttuminen voisi olla lähempänä. Kaupan strategisena tavoitteena on ollut itselle hyödyttömän mutta kilpailijoiden tarvitseman immateriaalioikeuden haltuunotto. Mikäli ei voida puuttua itse haltuunottoon, kyseeseen tulee joka tapauksessa puuttuminen perusteettomaan kieltäytymiseen myöntää lisenssi po. patenttiin. Kieltäytyminen lisensioimisesta vähentäisi tuotantoa ja kilpailumahdollisuuksia. Ottaen huomioon, ettei yritys itse tarvitse immateriaalioikeutta, lisensioinnista kieltäytymiselle on vaikea esittää hyväksyttävää syytä. Lisensioimisesta kieltäytyminen rinnastuisi *Magill*-tapaukseen. Tällä perusteella kilpailun turvaamisen kannalta riittävää voisi olla puuttuminen vasta toisessa aallossa. Kilpailunrajoitustilanteen paljaus huomioon ottaen voitaisiin perustella myös näkemystä, jonka mukaan itse immateriaalioikeuden siirtoonkin voitaisiin kuvatuissa olosuhteissa puuttua suoraan 7 §:n nojalla. Kaiken kaikkiaan tilanteet, joissa 7 § voi tulla sovellettavaksi yrityskauppoihin, ovat harvinaisuuksia. Korkeintaan sen avulla voidaan puuttua tapauksiin, joissa yrityksen selkeänä ja pääasiallisena strategisena tavoitteena on kilpailijan poissulkeminen. Kysymyksestä ei toistaiseksi näytä olevan oikeuskäytäntöä.

6.9 KILPAILUA RAJOITTAVA JA KOHTUUTON HINNOITTELU

Valtaosa väärinkäyttötapauksista liittyy tavalla tai toisella määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluun. Väärinkäyttö voi ilmetä monopoli- tai saalistushinnoitteluna, hintasyrjintänä sekä erinäisten sitovien alennuskäytäntöjen muodossa. Määräävä asema antaa yritykselle suhteellisen hinnoitteluvapauden, jonka turvin yritys voi asettaa hintansa ainakin osittain kilpailijoista riippumatta. Tämä voi johtaa kohtuuttoman korkeaan hinnoitteluun. Toisaalta muita suuremmat resurssit mahdollistavat alihinnoittelun, jonka tarkoituksena on estää muiden yritysten alallepääsy tai heikentää jäljellä olevien kilpailijoiden toimintaedellytyksiä. Asiakkaiden riippuvuus mahdollistaa syrjinnän ja toisaalta toimenpiteet vaihtoehtoisten jakelukanavien käytön rajoittamiseksi.

6.10 HINTASYRJINTÄ

6.10.1 Hintasyrjinnän motiiveista ja vaikutuksista

Syrjinnällä tarkoitetaan samanlaisten kauppakumppaneiden kohtelemista toisistaan poikkeavalla tavalla ilman objektiivista perustetta. Yleensä syrjintä ilmenee hintasyrjintänä, mutta se voi koskea myös muita sopimussuhteen ehtoja. *Hintasyrjintä* voidaan määritellä *asiakkaiden asettamiseksi erilaiseen asemaan ilman kustannusperusteista tai muuta kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävää syytä.* Syrjintä voi ilmetä eri hinnan perimisenä samasta hyödykkeestä tai saman hinnan perimisenä erilaisesta hyödykkeestä. Hintasyrjintä on pidettävä erillään sallitusta hintojen eriyttämisestä. Hintojen eriyttämistä ei voida pitää vahingollisena, jos erilaisen hinnan perimisen perustuu asiakkaiden aiheuttamiin erilaisiin kustannuksiin tai hinnoittelulle on muu hyväksyttävä syy.[529] Jäljempänä keskitytään selvästi vahingollisena pidettyyn hintojen eriyttämiseen. Oletuksena on lisäksi, että hintoja eriyttävällä yrityksellä on määräävä asema.[530]

---

[529] Amerikkalaisessa kirjallisuudessa puhutaan usein yleensä hintasyrjinnästä (price discrimination) kiinnittämättä huomiota siihen, onko kyse sallitusta (hyödyllisestä) vai kielletystä (haitallisesta) hintojen eriyttämisestä. Amerikkalainen *Robinson Patman Actin* hintasyrjinnän kielto soveltuu myös, vaikkei yrityksellä olisi monopolivoimaa. Euroopassa hintasyrjinnän kiellettävyys on kytketty määräävän aseman kynnyksen ylittymiseen. Myös taloustieteellisessä kirjallisuudessa puhutaan usein yleisesti hintasyrjinnästä aina, kun hintoja eriytetään. Terminologiset erot on pidettävä mielessä verrattaessa esim. amerikkalaisia ja taloustieteellisiä kirjoituksia eurooppalaiseen kilpailuoikeudelliseen käytäntöön.

[530] Yhdysvalloissa hintadiskriminointi on Robinson Patman Actin perusteella kiellettyä myös määräävän aseman kynnyksen alapuolella, mikä tekee lainsäädännöstä erityisen kiistanalaista. Laki säädettiin alkujaan pitkälti suojelemaan pieniä ja keskisuuria yrityksiä suurilta kauppaketjuilta, jotka pystyvät suuremman ostovolyymien perusteella hinnoittelemaan pienemmät kilpailijat pois markkinoilta. Akateemisessa kirjallisuudessa on varsin yleisesti vaadittu lainsäädännön lieventämistä. Ks. esim. Gellhorn/Kovacic (1994) s. 432: "Among other effects, systematic price discrimination may entrench dominance by enabling large firms to obtain inputs or prices unavailable to their smaller rivals. Systematic price discrimination also may enable a powerful buyer to grow at its competitors' expense without relation to its own or its competitors' efficiency. Notwithstanding such concerns, the history of the efforts to devise and enforce antitrust legislation to adress price discrimination is a story of almost unrelieved policy failure. First enacted as Section 2 of the Clayton Act in 1914 and later augmented by the Robinson–Patman Act in 1936, enforcement of antitrust's ban against price discrimination frequently has yielded perverse results by, for example, discouraging oligopolistic sellers from granting selective price concessions that tend to undermine oligopolistic coordination. On the whole, Robinson–Patman Act enforcement has tended to contradict the procompetitive aims of antitrust's other statutes." Ks. myös esim. Bork (1978) s.382–401, s. 394 ss. Lievemmän kritiikin osalta ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 564–581 ja Hovenkamp (2000). Hovenkampin mukaan säännös ei sinänsä ole mitenkään välttämättä huono, mutta soveltamiskäytännössä ei ole onnistuttu erityisen hyvin vetämään rajaa hyödyllisten ja haitallisten tapausten välillä. Nykyisin säännöksen soveltaminen perustuu pääosin yksityisten nostamiin kanteisiin. Kilpailuviranomaiset eivät säännöstä juuri

Fritz Machlupin kehittämän luokittelun[531] mukaan hintojen eriyttäminen voi tapahtua kolmella eri tasolla:

1) *Ensimmäisen asteen hintasyrjintä (first degree price discrimination).* Hinta määräytyy kunkin asiakkaan osalta erikseen. Määräävässä asemassa oleva yritys eriyttää hintansa asiakkaan kysyntäkäyrän elastisuuden mukaan pyrkien perimään kultakin asiakkaalta hänen arvostamansa hinnan.
2) *Toisen asteen hintasyrjintä (second degree price discrimination).* Yritys perii kaikilta asiakkailta periaatteessa samaa hintaa, mutta myöntää alennuksia asiakkaiden ostokäyttäytymisen perusteella, esim. määrä- tai uskollisuusalennuksia.
3) *Kolmannen asteen hintasyrjintä (third degree price discrimination).* Asiakkaat jaetaan ryhmiin ja heiltä peritään eri hintaa sillä perusteella, mihin ryhmään he kuuluvat (esim. lapset, aikuiset, opiskelijat, eläkeläiset). Kyse voi olla myös tuotekohtaisesta hintojen eriyttämisestä (esim. turisti- ja business-luokan lentoliput[532])

Hintasyrjinnän vaikutuksia voidaan tarkastella alustavasti neoklassisen talousteorian avulla. Ensimmäisen asteen hintasyrjintä[533] ei välttämättä vähennä tuotantoa, vaan pikemminkin *maksimoi määräävässä asemassa olevan yrityksen tulot.* Haitta kohdistuu määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaisiin (primary line injury). Seurauksena on tulonsiirto asiakkailta määräävässä asemassa olevalle yritykselle. Määräävässä asemassa oleva yritys rahastaa jokaiselta asiakkaalta maksimihinnan. Tämän vuoksi siitä käytetään myös nimitystä täydellinen hintasyrjintä (perfect discrimination).[534] Käytännössä täydellinen hintasyrjintä lienee hyvin harvinaista,[535] sillä se edellyttää markkinavoiman ohella, että määräävässä asemassa oleva yritys saa selville kunkin asiakkaan maksuvalmiuden. Yritys ei välttämättä tunne asiakkaidensa kysyntäkäyrän

---

kaan sovella. Näin esim. Gellhorn/Kovacic s. 434. Nähdäkseni eurooppalainen tilanne on olennaisesti parempi, koska hintasyrjintäkielto on kytketty dominanssikynnykseen. Näin kiellon piiriin tulevat lähtökohtaisesti vain monopolivoimaisten yritysten toimenpiteet, joilla estetään kilpailijoiden markkinoille pääsyä tai hyväksikäytetään kohtuuttomasti asiakkaiden riippuvuutta.

[531] Machlup (1955). Ks. myös esim. Scherer/Ross (1990) s. 489 ss.; Utton (1995) s. 87 ss.

[532] Kirjallisuudessa näkee myös kahtijaottelua *primary line* ja *secondary line price discrimination*, jossa ensimmäisellä tarkoitetaan hinnan määräämistä kullekin asiakkaalle erikseen ja jälkimmäisellä asiakkaan jakamista luokkiin. Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 574.

[533] Ensimmäisen asteen hintasyrjintätilanteita syntyy yleensä silloin, kun yritys myy samaa hyödykettä laajalle alueelle ja eriyttää hintansa maantieteellisesti; ks. Gellhorn/Kovacic (1994) s. 429.

[534] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 567.

[535] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 658: "Perfect price discrimination never exists in the real world." Ks. myös Utton (1995) s. 89: "In practice, the information requirements which would enable the firm to use such refined system pf price discrimination are so great as to make it infeasible or at least highly unlikely. In practice, the firm is much more likely to be able to use a modified form of discrimination based on less detailed information about reservation prices."

elastisuutta, eikä optimaalisen hintojen eriyttämistavan löytäminen ole helppoa.[536] Toisena onnistumisen edellytyksenä on se, että yritys pystyy estämään arbitraasin eli sen, että hyödykettä halvemmalla ostaneet myyvät sitä edelleen ankarammin veloitetuille asiakkaille.

Periaatteessa hintasyrjintä voi lisätä allokatiivista tehokkuutta, jos monopoliyritys saa syrjinnän avulla perittyä voimakkaimmin riippuvaisilta asiakkailta maksimaalisen hinnan[537] ja voi samalla myydä halvemmalla niille asiakkaille, joiden kysyntä on elastisempaa eli joilla on enemmän vaihtoehtoja. Korkeamman hinnan periminen kaikilta asiakkailta karkottaisi elastiset asiakkaat. Alhaisemmalla yhtenäishinnalla monopoliyrityksen kannattaa tuottaa pienempi määrä hyödykettä. Hintasyrjintä voi siten lisätä hyödykkeen tuotantomäärää. Yksittäisiä markkinoita koskevassa partiaalisessa tarkastelussa hintasyrjintä voi näyttää hyödylliseltä, joskin yksillä markkinoilla maksettu ylihinta on pois muiden hyödykkeiden kulutuskysynnästä.[538] On lisäksi arvostuskysymys, pidetäänkö samanlaisten asiakkaiden erilaista kohtelua kilpailupoliittisesti hyväksyttävänä. Edellä tähän kysymykseen on vastattu kielteisesti, mikä ei luonnollisesti tarkoita samaa kuin kaiken hintojen eriyttämisen pitäminen vahingollisena.

Toisen asteen hintasyrjintä vaikuttaa paitsi asiakkaiden keskinäiseen kilpailuasetelmaan, ennen muuta määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden asemaan (secondary line injury). Toisen asteen hintasyrjintä muodostaa määräävän aseman väärinkäyttökiellon keskeisimmän soveltamisalan. Tyypillisesti haittoja syntyy, kun alennuksia myönnetään punktuaalisesti vain niille asiakkaille, jotka voivat ostaa pienemmältä kilpailijalta. Samalla asiakkaita syrjitään keskenään. Kustannusperusteisia alennuksia voidaan pitää sallittuina, sillä ne palkitsevat ostajaa kustannussäästöistä ja tehostavat hyödykkeiden tuotantoa ja jakelua. Sen sijaan esimerkiksi uskollisuus- ja tavoitealennukset sitovat asiakkaan määräävässä asemassa olevaan yritykseen ja nostavat kilpailijoiden alalletulon kynnystä. Usein sitovat alennukset voidaan rinnastaa yksinomaisuussopimuksiin. Kolmannen asteen hintasyrjinnän vaikutukset riippuvat siitä, onko asiakkaiden luokittelua ryhmiin pidettävä kohtuullisena ja järkevänä vai kilpailua rajoittavana tai mielivaltaisena. On lähdettävä siitä, että myös määräävässä asemassa olevalla yrityksellä täytyy olla oikeus eriyttää hintojaan, silloin kun taustalla ovat järkevät ja tavoitteiltaan hyväksyttävät liiketaloudelliset perus-

---

[536] Hintojen räätälöinti erikseen jokaista asiakasta kohden lisäisi merkittävästi transaktiokustannuksia. Tämän vuoksi yleensä joudutaan turvautumaan summittaisesti osumatarkkoihin hinnoittelumalleihin.

[537] Ks. esim. Utton (1995) s. 87–103.

[538] Väittämä perustuu oletukselle, että riippuvaisten asiakkaiden osalta toteutettu hinnankorotus ei johda mainittujen asiakkaiden tulojen kasvamiseen, mikä pitänee yleensä paikkaansa. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on perusteltu sitä, miksei yksiin markkinoihin rajoittuva partiaalinen tarkastelu kerro koko totuutta, joskin lähestymistapaa voidaan perustella tutkimusstrategisesti parempien tulosten saamisella.

teet. Sallittua täytyy myös olla hintojen tarkistaminen kilpailutilanteen muuttuessa.

Ottaen huomioon täydellisen hintasyrjinnän vaikeus ja second best -vaikutukset, hintasyrjinnän vaikutuksia allokatiiviselle tehokkuudelle voidaan pitää epäselvinä.[539] Hintojen eriyttäminen voi tuoda kustannuserot esille ja parantaa resurssien allokoitumista. Toisaalta seurauksena voi olla kilpailun rajoittuminen. Samalla liiallinen puuttuminen hinnoitteluun voi heikentää hintakilpailua. Tehokkuusvaikutusten selvittäminen edellyttää yksityiskohtaista analyysia, jossa huomiota kiinnitetään määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminnan perusteisiin, kustannuksiin ja menettelyn vaikutuksiin kuluttajien hyvinvoinnin ja kilpailuprosessin toimivuuden kannalta.

Hintasyrjinnän yhtymäkohtia yhteismarkkinoihin voidaan kuvata alueellista hintasyrjintää koskevan esimerkin perusteella. Esimerkiksi suurilla kestokulutushyödykkeiden valmistajilla, vaikkapa autotehtailla, on taloudellinen intressi myydä autonsa kussakin jäsenmaassa optimaalisen kalliilla hinnalla. Tämä edellyttää sitä, että hinnat eriytetään kunkin maan tulotason, suhdanteiden, kilpailutilanteen tms. seikkojen perusteella. Kuluttajien intressissä on ostaa autot mahdollisimman halvalla. Mikäli maakohtaiset erot ovat suuria, rinnakkaistuonti tarjoaa mahdollisuuden auton ostamiseen sieltä, mistä sen saa halvimmalla. Kuluttaja voi hakea itse auton toisesta maasta tai valtuuttaa välittäjän tähän tehtävään. Hintaeriytykseen pyrkivän autonvalmistajan intressissä on pyrkiä estämään rinnakkaistuonti ja kuluttajien intressissä on pyrkiä saamaan sitä aikaiseksi. EY:n kilpailuoikeudessa on omaksuttu linja, jonka mukaan valmistajan toimenpiteet, joilla se pyrkii estämään esim. ajoneuvon rinnakkaistuonnin, ovat ankarasti kiellettyjä[540] ja huomattavien seuraamusten[541] uhkaamia.

---

[539] Ks. Scherer ja Ross (1990) s. 488–516, jotka vetävät yhteen hintojen eriyttämistä koskevat johtopäätöksensä seuraavasti (s. 508): "There are so many kinds of price discrimination with such diverse consequences, that simple generalizations about their economic effects are apt to be misleading. Some forms of discrimination increase the efficiency of resource allocation compared to simple monopoly pricing, others are essentially neutral, while still other types such as single basing point systems lead to possibly serious inefficiences. Unsystematic discrimination can increase the vigor of competition, while systematic discrimination may bolster the monopoly power of already powerful firms and facilitate adherence to collusive price structures. Discrimination always causes a redistribution of income whose merits cannot be invoked without invoking strong value judgements. In view of these complexities, it is necessary to judge spesific cases of discrimination on their individual merits." Ks. myös. Utton (1995) s. 86–119, s. 93: "In short, economic analysis gives a rather unclear picture of price discrimination. The results are sufficiently ambigious to suggest that a policy maker should be wary of embracing any general rule either for or against."

[540] Ks. esim. *British Leyland*, *Volkswagen*, *Antti Siilin v. Tullihallitus*. Viimeksi mainitussa tapauksessa kyse oli syrjivästä autoverotuksesta, jolla autojen rinnakkaistuonti Suomeen on lähes estetty. Kyseinen julkinen kilpailunrajoitus on aikaansaatu valtion ja auton maahantuojien yhteistoiminnalla. Suomen Autonmaahantuojat ry:n ulkaistun kiertokirjeen mukaan liitto oli yhdessä valtiovarainministeriön virkamiesten kanssa valmistautunut siihen, että EY:n komissio tai EY:n tuomioistuin puuttuu Suomen autoverotukseen.

[541] Esim. *Volkswagen*-tapauksessa EY:n komissio määräsi rinnakkaistuonnin estämisestä 103 miljoonan euron seuraamusmaksun. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin alensi sakkoa hieman, mutta piti päätöksen pääosin voimassa, T-62/89.

Kyse ei ole ainoastaan siitä, että EY:n politiikassa on omaksuttu kuluttajia hyödyttävä peruslinja. Linjaa voidaan pitää myös taloudellisesti rationaalina ja tehokkuutta edistävänä politiikkana. Yhteismarkkinoiden toimivuutta voidaan mitata sillä, miten hyvin hyödykkeet siirtyvät maasta toiseen. Jos tietty hyödyke on yhdessä jäsenvaltiossa selvästi kalliimpi kuin toisessa, tuotantopanosten kuuluu siirtyä halvalta alueelta kalliille. Yhteismarkkinoiden tarkoituksena on luoda laaja markkina-alue ja tasoittaa paikallisia hinnaneroja. Luonnollisen hintaeron muodostavat arbitraasista aiheutuvat ylimääräiset kustannukset.

6.10.2 EY:N KILPAILUOIKEUS

Rooman sopimuksen 82 artiklan kohdassa c) kielletään "erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen asemaan saattavalla tavalla". Tunnusmerkistö näyttäisi koostuvan kahdesta osasta eli 1) eriarvoistamisesta ja 2) asiakkaalle aiheutetusta kilpailuhaitasta. Käytännössä EY:n komissio ja tuomioistuimet kiinnittävät päähuomion tunnusmerkistön ensimmäiseen osaan. Arvioinnissa keskeistä on se, johtaako menettely eriarvoiseen kohteluun ja onko erilainen kohtelu puolusteltavissa objektiivisin perustein.

6.10.2.1 Alueellinen hintasyrjintä

Tapauksissa *United Brands* ja *Tetra Pak II* määräävän aseman väärinkäyttönä on pidetty hintojen alueellista eriyttämistä eri jäsenvaltioissa. Päätösten perusteella määräävässä asemassa oleva toimittaja ei saa eriyttää hintojaan alueellisesti ainakaan, milloin hinnanerot ovat huomattavia ja taustalla on pyrkimys jakaa yhteismarkkinat yksittäisiksi saarekkeiksi.

United Brands Company myi banaaneja useammassa jäsenvaltiossa tuotemerkillä *Chiquita*. Banaaneilla oli sama alkuperä, niitä myytiin samanlaisissa erissä ja ne olivat kutakuinkin samaa laatua. Banaanit laivattiin kahdessa satamassa, joissa kustannukset erosivat vain joitakin senttejä. Banaanit jälleenmyytiin pieniä poikkeuksia lukuun ottamatta yhtäläisin toimitus- ja maksuehdoin. Asiakkaat maksoivat rahdin satamasta kypsennyspisteisiin. EY:n komissio piti väärinkäyttönä sitä, että UBC eriytti hintansa sillä perusteella, mistä jäsenmaasta asiakas oli. EY:n tuomioistuin vahvisti komission päätöksen. Vaikka kantajan tehtävänä ei olisikaan toteuttaa banaanin yhteismarkkinoita, se voi pyrkiä ottamaan markkinoilta sen, "mitä markkinat kestävät", ainoastaan jos se noudattaa perustamissopimuksessa markkinoista ja niiden yhdenmukaistamisesta annettuja sääntöjä.[542]

---

[542] Tuomion kohta 227.

Mainituissa olosuhteissa asiakkailla oli oikeus odottaa, että yhtiö myisi niille banaaneja yhtäläisin ehdoin. Vaikka on ymmärrettävää, että kuljetuskustannusten erot, verotus, tullit, työvoiman palkat, kaupan pitämisen edellytykset, valuuttakurssien erot ja kilpailun voimakkuus voivat mahdollisesti aiheuttaa jäsenvaltioittain vaihtelevia vähittäishintojen tasoja, UBC:n on otettava nämä tekijät huomioon ainoastaan rajoitetussa määrin sen vuoksi, että se myy aina samanlaista tuotettaan samassa paikassa kypsyttäjä/jälleenmyyjille, joiden on yksinään otettava kantaakseen kulutusmarkkinoiden riskit[543]. Kysynnän ja tarjonnan vuorovaikutusta tulisi ensisijaisesti soveltaa ainoastaan niihin portaisiin, joissa se tosiasiallisesti ilmenee.[544] Markkinamekanismeja haitataan, jos hinta lasketaan niin, että laskennassa ei oteta huomioon myyjän (UBC) ja ostajan (kypsyttäjä/jälleenmyyjät) välillä olevaa kysyntää ja tarjontaa, vaan huomio kiinnitetään yhtä porrasta edempänä olevaan myyjän ja lopullisen kuluttajan väliseen kysyntään.[545] Paikallisten edustajiensa neuvomana UBC saattoi määräävän asemansa ansiosta määrätä myyntihintansa välittäjänä toimivalle ostajalle, ja tämä hinta sekä "sallittu viikkokiintiö" vahvistettiin ja ilmoitettiin asiakkaalle vasta neljä päivää ennen kuljetusaluksen saapumista määräsatamaan.[546] Nämä jäsenvaltioittain vaihtelevat syrjivät hinnat muodostivat esteen tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle. Raakojen banaanien jälleenmyynnin kieltävä lauseke ja tilattujen määrien toimitusten rajoitukset korostivat esteen vaikutusta entisestään.[547] Menettelystä aiheutui kansallisten markkinoiden tiukka jakaminen keinotekoisesti erilaisille hintatasoille ja tiettyjen kypsyttäjä/jälleenmyyjien asettaminen epäsuotuisaan asemaan kilpailussa, joka on siis ollut vääristynyttä verrattuna siihen, mitä sen olisi pitänyt olla.[548] Tämän vuoksi erilaisten hintojen politiikka, joka mahdollisti sen, että UBC voi soveltaa erilaisia ehtoja eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla, oli määräävän aseman väärinkäyttöä.[549]

Vastaava tilanne ratkaistiin samalla tavalla tapauksessa *Tetra Pak II*. Tetra Pak asetti myymänsä kartongin hinnat jäsenvaltioittain eri tasolle. Hintojen eriyttämistä pidettiin väärinkäyttönä, kun huomioon otettiin, että hinnat eri jäsenvaltioissa vaihtelivat huomattavasti vailla hyväksyttävää kustannusperustetta ja että hintojen eriyttäminen oli osa laajempaa politiikkaa, jolla yhtiö oli jakanut markkinat erillisiksi saarekkeiksi. Hinnanerot eivät olleet selitettävissä taloudellisilla seikoilla, vaan ne olivat mahdollisia ainoastaan siksi, että yhtiö oli muiden toimenpiteiden avulla (yksinomaisuussopimukset, jälleenmyyntikiel-

[543] Tuomion kohta 228.
[544] Tuomion kohta 229.
[545] Tuomion kohta 230.
[546] Tuomion kohta 231.
[547] Tuomion kohta 232.
[548] Tuomion kohta 233.
[549] Tuomion kohta 234.

lot, sidonta, saalistushinnoittelu) onnistunut luomaan edellytykset monopolivoitot maksimoivalle hinnoittelulle.[550]

Michael Waelbroeck on katsonut paljon siteeratussa[551] artikkelissaan[552], että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä täytyisi olla yleinen oikeus eriyttää hintansa jäsenvaltioittain. Sen sijaan voidaan puuttua toimenpiteisiin, joilla yritys ylläpitää kaupan esteitä jäsenvaltioiden välillä.[553] Ajatuksena on, että varsinainen moitittava teko tapahtuu ylihinnoittelun edellytysten luonnilla ja ulosmittaus on ikään kuin vain haitallinen seuraamus. Mielestäni väärinkäyttökiellon tehokkuus edellyttää sitä, että Tetra Pak II:n kaltaisessa tapauksessa puututaan sekä hintasyrjintään että muihin kilpailunrajoituksiin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttämiä yksittäisiä ehtoja on tarkasteltava kokonaisuutena. Muut kilpailua rajoittavat menettelytavat loivat edellytykset monopolihinnoittelun luonteiselle hintasyrjinnälle, jonka tarkoituksena oli maksimoida yrityksen kartongista saamat voitot. Osittain monopolivoitoilla kustannettiin saalistamisen kustannuksia toisilla markkinoilla. Tetra Pakilla oli myös superdominanssi – yhtiön markkinaosuus aseptisten pakkausten markkinoilla oli yli 90 %. Tetra Pak II käy esimerkiksi tapauksesta, jossa puuttuminen ensimmäisen asteen hintasyrjintään on perusteltua.

6.10.2.2 Hintaruuvi

Hintaruuvilla tarkoitetaan sitä, että vertikaalisesti integroitunut, useammalla tuotantoportaalla toimiva yritys heikentää kilpailijansa asemaa lopputuotteen markkinoilla perimällä tältä ylihintaa väli- tai liitännäisestä hyödykkeestä. Hintaruuvi voi olla vertikaalisesti integroituneen yrityksen käsissä varsin tehokas keino kilpailijan toiminnan häiritsemiseen. Hintaruuvia voidaan tarkastella *syrjintänä* tapauksissa, joissa vertikaalisesti integroitunut yritys eriyttää hintojaan. Verkostoaloilla, esim. tele- ja energiamarkkinoilla, verkot rakentanut telemark-

---

[550] Alueellinen hintasyrjintä oli kyseessä myös tapauksessa *Irish Sugar*. Irish Sugar pyrki yhdessä jälleenmyyjänsä kanssa rajoittamaan jäsenvaltioiden välistä kauppaa suojatakseen korkeaa hintatasoa Irlannin markkinoilla. Irish Sugar myönsi ns. raja-alennuksia, joiden tarkoituksena oli rajoittaa tuontia Irlannin sokerimarkkinoille Pohjois-Irlannista, jossa hinnat olivat alemmalla tasolla. Alennuspolitiikalla pyrittiin rajoittamaan paitsi kilpailijoiden valmistaman sokerin tuontia, myös yhtiön itsensä Pohjois-Irlantiin myymän sokerin tuomista takaisin Irlantiin. Alennuksia myönnettiin myös asiakkaille, jotka olivat ryhtyneet itse varastoimaan sokeria. Vielä Irish Sugar myönsi teollisuussokerista alennuksia irlantilaisille sokerinvalmistajille, jotka sitoutuivat viemään valmiin sokerin kolmansiin jäsenmaihin. EY:n komissio ja tuomioistuimet katsoivat, että menettelyn nimenomaisena tarkoituksena oli rajoittaa sokerin tuontia Irlantiin. Samalla alennukset syrjivät paikallisia sokerin tuottajia. Tapausta käsitellään lähemmin jäljempänä yhteisen määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä.

[551] Ks. esim. Andrews (1998) s. 51; Faull/Nikpay (1999) s. 197; Spinks (2000).

[552] Waelbroeck, Michael, Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law, 1995 Fordham Law Institute (1996).

[553] Ks. Waelbroeck (1996) s. 155–156.

kinayritys voi hinnoitella kilpailijoiden vuokraamat liityntäjohdot omaa operaattoria korkeammalle tasolle ja siten estää kilpailijoiden pääsyn lopputuotteen markkinoille. Poissuljentavaikutus voi syntyä myös sinällään liian korkean *monopolihinnoittelun* perusteella. Vertikaalisesti integroitunut konserni voi hinnoitella raaka-aineen kaikille asiakkaille korkealle tasolle, ilman että oma konserniyhtiö kärsii sanottavaa haittaa. Strategisena kilpailukeinona hintaruuvi voidaan rinnastaa *saalistushinnoitteluun*. Saalistushinnoittelussa kilpailija pyritään ajamaan markkinoilta liian alhaisen lopputuotehinnoittelun avulla, hintaruuvissa liian korkean välituotteen hinnoittelun avulla.

Tapauksessa *Napier Brown/British Sugar* komissio[554] totesi, että British Sugar oli ottanut käyttöön politiikan, jonka tarkoituksena oli ajaa Napier Brown ulos Yhdistyneen kuningaskunnan sokerin vähittäismarkkinoilta. British Sugar toimi kahdella portaalla. Se oli markkinoiden merkittävin teollisuussokerin myyjä, minkä lisäksi se myi itse sokeria myös vähittäismarkkinoilla. Pienempi kilpailija Napier Brown päätti laajentaa toimintaansa sokerin tukkumyynnistä vähittäismarkkinoille. Napier Brown ryhtyi ostamaan teollisuussokeria British Sugarilta ja pakkaamaan sitä itse vähittäismyyntiä varten. British Sugar reagoi nostamalla teollisuussokerin hinnan tasolle, jossa Napier Brownin kaltaiselta itsenäiseltä yritykseltä poistui toiminnan edellyttämä riittävä kate, vaikka Napier Brown oli sokerin pakkauksessa ja jakelussa yhtä tehokas kuin British Sugar. Teollisuussokerin hintojen nostamista pidettiin kuvatuissa olosuhteissa määräävän aseman väärinkäyttönä.

Hintaruuvilla on erityistä merkitystä verkostoaloilla, joilla kilpailevien yritysten markkinoille pääseminen on kiinni mahdollisuudesta vuokrata luonnollisen monopolin piirteitä omaavaa siirtoverkkoa. Avainaseman ylihinnoittelulla voidaan estää kilpailijoiden pääsy lopputuotteen markkinoille kilpailukykyisin hinnoin. EY:n komission telemarkkinoiden liittymäsopimuksia koskevan tiedonannon[555] mukaan hintaruuvin käyttö voidaan näyttää toteen osoittamalla, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen omat yksiköt tarjontaketjun loppupäässä eivät voisi toimia kannattavasti, jos niiltä perittäisiin sama hinta verkon käytöstä kuin minkä yritys perii kilpailijoiltaan. Hintaa ei saa asettaa niin ylös, että kilpailijoiden tulo telepalveluiden markkinoille estyy puuttuvan hintamarginaalin seurauksena.[556] Hintaruuvin käyttö katsotaan yleensä toteennäytetyksi, jos hinnoittelukäytännöllä tuetun liiketoimintayksikön toiminta muodostuisi tappiolliseksi sen kilpailijoille tarjotuilla ehdoilla.

Chicagolaisen kilpailuteorian mukaan hintaruuvi ei ole todellinen ongelma, sillä määräävässä asemassa olevan yrityksen ei kannata pidättäytyä itselleen voitollisen sopimuksen tekemisestä. Toisaalta jos markkinoille tulo on kannat-

---

[554] Ks. EYVL 1988 L 284/41.
[555] EYVL 1998 C 265/2.
[556] Ks. tiedonannon kohtia 97 ja 105–109.

tavaa, yritykset löytävät ratkaisun palvelujen saattamiseksi kuluttajien saataville. Monopolistin kannattaa tehdä sopimus, mikäli se vain saa itse riittävän suuren osuuden odotettavissa olevasta voitosta.[557] Lähestymistapa on nähdäkseni liian yksinkertainen, sillä se jättää huomiotta vertikaaliseen integraatioon liittyvät strategiset tavoitteet. Esimerkiksi informaation ja energian siirtoon käytettävät verkot omaavat luonnollisen monopolin piirteitä, mikä usein estää kannattavien rinnakkaisverkkojen rakentamisen. Telemarkkinoilla sopimusten solmiminen kilpailevien operaattoreiden kanssa on osoittautunut hankalaksi yhtäältä verkon kustannusten laskemiseen liittyvistä aidoista mittaamisvaikeuksista johtuen, toisaalta siksi, että sopimuksen tekeminen verkkovuokraa koskevilla ylämarkkinoilla heikentää verkonhaltijan kilpailuasemaa telepalveluita koskevilla alamarkkinoilla. Sopimus on kokonaisuutena tarkastellen verkonhaltijalle kannattava vain, mikäli verkkosopimus tuottaa enemmän kuin mitä yritys arvioi itse menettävänsä lisääntyvän kilpailun myötä alamarkkinoilla. Tämän vuoksi erityislainsäädännöllä verkonhaltijalle on asetettu velvollisuus vuokrata verkkojaan kilpailijoille kohtuullisin ja tasapuolisin ehdoin. Vaikka sopimuksen tekeminen olisikin yhtä hyödykettä silmällä pitäen kannattavaa, kaikkien hyödykkeiden osalta ilmenevät vaikutukset huomioon ottaen yrityksen kannattaa tarjota sopimusta sellaiseen hintaan, jolla raaka-aineen ostaja ei uhkaa myyjän asemaa lopputuotteen markkinoilla.

6.10.2.3 Kansallisuuteen perustuva syrjintä

EY:n käytännössä on puututtu tapauksiin, joissa määräävässä asemassa oleva yritys syrjii asiakkaitaan kansallisuuden perusteella. EY:ssä kohtelun erilaistaminen kansallisuuden perusteella on perustuslain tasoisena ydinnormina kielletty. Syrjintäkielto ei koske ainoastaan jäsenvaltioiden viranomaisia, vaan ulottuu myös yritystoiminnan puolelle. Kilpailuoikeuden puolella varhaisimmat tapaukset ovat liittyneet tekijänoikeusjärjestöjen toimintaan. Jo 1970-luvulla puututtiin tekijänoikeusjärjestöjen toimintaan näiden asettaessa muista jäsenmaista oleville taiteilijoille oman maan kansalaisia epäedullisempia ehtoja.[558]

---

[557] Ks. esim. Posner (2001) s. 233–234. Niin sanotun *Coasen teoreeman* mukaan kaksi yksityistä tahoa löytää transaktiokustannusten puuttuessa neuvotteluteitse edullisimman ratkaisun, kunhan markkinoiden annetaan toimia vapaasti. Tosin markkinoita kokonaan ilman transaktiokustannuksia esiintyy yhtä yleisesti kuin liike-energiaa ilman kitkaa. Ks. Coasen teoreemasta yleisesti esim. Kanniainen/Määttä/Timonen, kirjassa Kanniainen/Määttä (1996) s. 46–61. Artikkelissa osoitetaan kolme mahdollista tulkintaa Coasen teoreemasta: 1) markkinoiden vapaa toiminta (markkinaoptimismi), 2) sääntelyn tarve ja tehokkuus (sääntelyoptimismi) ja 3) kahden ensiksi mainitun väliin sijoittuva "pragmaattinen" tulkinta, jossa sääntelyn tarve ja mahdollisuudet harkitaan tapauskohtaisesti.

[558] Ks. *GEMA*, EYVL 1971/ L134/15; GVL v. komissio, Kok. 1983 s.483. Jälkimmäisessä tapauksessa GVL oli ilmoittanut, että se hoitaa vain Saksassa asuvien taiteilijoiden asioita. Ottaen huomioon tekijänoikeusjärjestön asema ja merkitys korvausten perinnässä toimialueellaan, menettelyä pidettiin määräävän aseman väärinkäyttönä.

Tuoreemmassa käytännössä on puututtu satamien ja lentokenttien hinnoittelukäytäntöihin, jotka suosivat oman maan yrityksiä muista maista olevien kilpailijoiden kustannuksella. Tapauksessa *Corsica Ferries* satamamaksut suosivat italialaisia yrityksiä.[559] Suomen *Ilmailulaitosta* koskevassa tapauksessa[560] kiellettiin lentokenttämaksujen porrastaminen lentokoneen lähtömaan perusteella. Ilmailulaitos oli määrittänyt maksunsa tavalla, joka epäsuorasti suosi Finnairia ja syrji kilpailevia lentoyhtiöitä.[561] Uudempi käytäntö muodostaa ratkaisulinjan, jolla pyritään edistämään integraatiota puuttumalla syrjivään infrastruktuuripalvelujen hinnoitteluun, koska se luonnostaan asettaa esteitä muista jäsenmaista olevien yritysten markkinoille tulolle heikentämällä niiden taloudellista asemaa suosittuun kotimaiseen yritykseen verrattuna.

Portugalin laskeutumismaksujen hinnoittelua koskevassa päätöksessään komissio totesi, että *Portugalin lentoasemien* hallinnoija *Aeroportos e Navegação Aérea-Empresa Pública* on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa soveltamalla maksu-järjestelyä, jossa kotimaan lennoille myönnetään laskeutumismaksuista 50 prosentin alennus (toisin kuin yhteisön sisäisille lennoille) sekä 7–32 prosentin määräalennus laskeutumisten kuukausittaisen määrän mukaan Lissabonin, Porton ja Faron lentoasemilla. Komissio perusti päätöksensä 82 ja 86 artiklaan (ent. 86 ja 90 artikla), koska syrjivä maksujärjestely, oli luotu jäsenvaltion toimenpiteellä.[562] Portugalin valtio valitti päätöksestä EY:n tuomioistuimeen mm. sillä perusteella, ettei menettely täyttänyt syrjinnän tunnusmerkistöä.

EY:n tuomioistuin totesi, että osoituksena syrjivästä kohtelusta voidaan pitää sitä, että alennuksiin oikeuttava kynnysmäärä on korkea, minkä vuoksi alennus voi koskea ainoastaan joitakin määräävässä asemassa olevan yrityksen erityisen merkittäviä kauppakumppaneita, tai sitä, että alennusprosentti ei nouse lineaarisesti suhteessa ostojen määrään, jollei menettelyille ole objektiivisia perusteita. Tässä tapauksessa ainoastaan portugalilaiset lentoyhtiöt TAP ja Portugalia hyötyivät suurimmista alennusprosenteista (32,7 % Lissabonin lentoasemalla ja 40,6 % muilla lentoasemilla). Tilanteessa, jossa alennusjärjestelmä on edullisempi tietyille lentoyhtiöille, jotka ovat todellisuudessa kotimaisia lentoyhtiöitä, ja jossa kyseessä olevilla lentoasemilla on luonnollinen monopoli erittäin suuressa osassa toimintaansa, yleisluonteiset väitteet eivät riitä osoittamaan taloudellista perustetta, jolla voitaisiin konkreettisesti selittää, miksi eri alennusluokille on valittu tietyt alennusprosentit. Näin ollen oli katsottava, että kyseinen järjestelmä on syrjivä, ja että syrjintä koitui TAP:n ja Portugalian eduksi.

---

[559] *Corsica Ferries I*, C-18/93, Kok. 1994 s. I-1783; *Corsica Ferries II*, C-266/96, Kok. 1998 s. I-3949.

[560] *Imailulaitos*, EYVL 1999 L69/24.

[561] Ilmailulaitos on vaatinut päätöksen kumoamista. Asiaa koskeva valitus (T-116/99) oli vireillä EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimessa. Asia vaikuttaa varsin samanlaiselta jäljempänä käsiteltävän portugalilaisen tapauksen kanssa.

[562] Komission päätös 16.3.1999, EYVL 1999 L 69/1.

Tapauksessa on mielenkiintoista, että syrjintänä pidettiin myös kotimaan lentoihin sovellettavaa 50 prosentin alennusta, jota ei sovellettu kansainvälisiin lentoihin. EY:n tuomioistuin perusteli tätä sillä, että 82 artiklassa kielletään paitsi suora kansallisuuteen perustuva syrjintä, myös epäsuora syrjintä jos monopoliyrityksen menettely tosiasiallisesti johtaa kauppakumppaneiden eriarvoiseen kohteluun.[563] Suuremmalla kotimaisella alennuksella annetaan etua sellaisille liikenteenharjoittajille, jotka huolehtivat muihin yrityksiin verrattuna suhteessa enemmän kotimaan liikenteestä kuin kansainvälisestä liikenteestä. Tämä merkitsee sitä, että samanlaisten suoritusten osalta sovelletaan erilaista kohtelua, mikä vaikuttaa kilpailuun. Syrjintä aiheutui siitä, että samantyyppisten ilma-alusten samaan laskeutumisten lukumäärään sovellettiin erilaista hinnoittelua. EY:n tuomioistuin korosti, että se, että samaan laskeutumisten lukumäärään sovelletaan erilaisia hintoja, on jo sellaisenaan yksi 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitetuista syrjintämuodoista.

EY:n tuomioistuin totesi, että 82 artiklasta voitaisiin myöntää helpotus ainoastaan siinä tapauksessa, että asiassa vedotaan perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräyksiin. Yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sovelletaan perustamissopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Mahdollinen poikkeaminen perustamissopimuksen määräyksistä ei kuitenkaan saa vaikuttaa kaupan kehitykseen tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa. Tässä tapauksessa Portugalin tasavalta ei kuitenkaan ole vedonnut perustamissopimuksen 90 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun poikkeukseen, joten komission päätös oli pidettävä voimassa.

Ranskan vuoden 1998 jalkapallon maailmanmestaruuskisoja koskeneessa tapauksessa[564] kisojen järjestäjäorganisaatio oli syyllistynyt syrjintään varaamalla merkittävän osan lipuista ainoastaan ranskalaisille katsojille. Ns. sokeiden lippujen – joiden osalta katsoja ei etukäteen tiedä vastakkain pelaavia joukkueita – myynti oli järjestetty siten, että lippuja oli käytännössä mahdollista ostaa vain Ranskasta käsin. Menettelyä pidettiin kuluttajia suoraan syrjivien vaikutustensa vuoksi 82 artiklan vastaisena, vaikkei järjestely heikentänyt kilpailun rakennetta yhteismarkkinoilla.[565] Hieman yllättäen EY:n komissio määräsi ai-

---

[563] Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on nimenomaisesti katsonut, että meriliikenteeseen liittyvien palvelujen tarjoamisen vapauden rajoituksena on pidettävä sellaista kansallista säännöstöä, jota tosin sovelletaan erotuksetta kaikkiin aluksiin riippumatta siitä, käyttävätkö niitä kotimaiset vai muista jäsenvaltioista lähtöisin olevat palvelun tarjoajat, mutta jossa kyseisten alusten välillä tehdään ero sen mukaan, harjoitetaanko niillä jäsenvaltion sisäistä vai muihin jäsenvaltioihin suuntautuvaa liikennettä, ja jossa kyseisen jäsenvaltion sisäisille markkinoille ja sen sisäisille kuljetuksille taataan tällä tavoin erityinen etu (asia C-381/93, *komissio v. Ranska*, tuomio 5.10.1994).

[564] *1998 Football World Cup*, EYVL 2000 L 5/55.

[565] Periaate ei koske ainoastaan jäsenvaltioiden viranomaisia, vaan ulottuu myös yritystoiminnan puolelle.

noastaan symbolisen 1000 euron sakon.[566] Lieventävänä seikkana pidettiin sitä, ettei järjestelyorganisaatio saanut itselleen varsinaista taloudellista hyötyä, vaan hyöty koitui Ranskassa kotipaikan omaaville henkilöille. Tuntuvamman seuraamuksen puolesta olisi puhunut menettelyn periaatteellinen tuomittavuus. Eriarvoinen kohtelu loukkasi yhteisöoikeuden keskeistä periaatetta ("fundamental Community principle"), joka kieltää kansallisuuteen tai kotipaikkaan perustuvan syrjinnän.[567]

6.10.3 Kotimaista käytäntöä

Kilpailunrajoituslain 7 §:n mukaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä pidetään mm. hyvään kauppatapaan perustumattomien asiakkaan toimintavapautta rajoittavien liikesuhteen ehtojen käyttämistä (2. kohta) sekä kohtuuttoman tai kilpailun rajoittamista ilmeisesti tarkoittavan hinnoittelukäytännön soveltamista (4. kohta). Määräävässä markkina-asemassa oleville elinkeinon-harjoittajille onkin asetettu erityinen tasapuolisuus- ja kohtuullisuusvelvoite. Tällaisessa asemassa olevan elinkeinonharjoittajan tulee pidättäytyä toimenpiteistä, jotka syrjivät keskenään samassa asemassa olevia asiakkaita. Määräävässä asemassa olevan elinkeinonharjoittajan hinnoittelun on oltava kustannusvastaavaa, läpinäkyvää ja tasapuolista. Määräävässä asemassa olevan yrityksen on noudatettava hinnoittelussaan muutoinkin johdonmukaisuutta ja ennakoitavuutta.

Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus pidättyä toimenpiteistä, jotka syrjivät asiakkaita tai sellaiseksi haluavia. Tästä johtuva velvoite asiakkaiden tasapuoliseen kohteluun ei toisaalta tarkoita, että elinkeinonharjoittaja olisi velvollinen perimään identtisiä hintoja. Objektiivisesti todettavista ja kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävistä syistä yritys voi periä erilaisia hintoja.[568] Näin ollen myös muut kuin puhtaasti kustannusperusteiset syyt voivat tulla kysymykseen. Joka tapauksessa hinnoittelun tulee perustua objektiivisille, läpinäkyville ja kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäville perusteille. Hyväksyttävänä ei koskaan voida pitää mielivaltaista tai kilpailun rajoittamiseen tähtäävää hinnoittelua.

Valtaosa kilpailuneuvoston ja KHO:n tähän mennessä ratkaisemista väärinkäyttötapauksista on liittynyt määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuspolitiikkaan. Ensimmäisessä merkittävässä tapauksessa *Neste/SEO* (1993) vahvistettiin alennusten arvioinnin osalta noudatettavat keskeiset periaatteet. Tapauksissa *Karjalan Kirjapaino/Suomen Posti Oy* (1996) ja *VR* (1997) kyse

---

[566] Päätöksen kritiikin osalta ks. Weatherill, ECLR (2000) s. 275 ss.
[567] Ks. päätöksen kohtia 102 ja 122.
[568] Ks. esim. *Karjalan Kirjapaino Oy*, d:o 2/359/94, Kuoppamäki 1996, s. 378.

oli monopoliasemassa olevan yrityksen alennusten arvioinnista. Tapauksessa *Valio III* (1997) maitomarkkinoilla todettiin sitova ja syrjivä alennuskäytäntö; tapauksessa otettiin myös kantaa kilpailuun vastaamisen edellytyksiin. Tapaus *Teosto/YLE/MTV* (1998) käsitteli tekijänoikeuksien hinnoitteluun liittyviä erityiskysymyksiä. *Ajasto*-ratkaisussa (1999) tuomittiin uskollisuus- ja tavoitealennusten käyttöönotto tilanteessa, jossa kalentereita koskeva yksinoikeus oli poistettu ja pienempi kilpailija oli ilmaantunut markkinoille. Viimeisimmät ratkaisut ovat kosketelleet verkostoalojen hinnoittelua. Vapaa ja syrjimätön verkkoihin pääsy on verkkoaloilla kriittinen kysymys kilpailun toimivuuden kannalta. Ratkaisussa *Päijät-Hämeen Puhelin* (2000) omistaja-alennusten todettiin olevan yhteen sopimattomia paikalliskilpailun avaamiseen tähtäävän telemarkkinasääntelyn kanssa. Kesällä 2001 ratkaistuissa *Elisa Oyj:n, Turun Puhelin Oy:n ja Salon Seudun Puhelin Oy:n* verkkohinnoittelua koskevissa tapauksissa kyse oli paikallisteleverkon kaksoishinnoittelusta, jonka avulla paikallismonopolisti rajoitti kilpailijoiden pääsyä paikallistelemarkkinoille. Energiamarkkinoiden hinnoittelua koskevissa *Helsingin Energiaa ja Kuopion Energiaa* koskevissa ratkaisuissa (2001) kyseessä oli puhdas monopolihinnoittelutapaus, jossa sähkön hintatasoa väitettiin kohtuuttoman korkeaksi.

Tapauksessa *Valio III*[569] yhtiön todettiin syyllistyneen muun ohella hintasyrjintään soveltamalla sitovaa alennustaulukkoa, jossa alennus myönnettiin kaikkien maitotuotteiden yhteisostojen perusteella. Valio oli lisäksi myöntänyt kauppiaille ns. markkinointirahaa syrjivin perustein. Kilpailuneuvosto katsoi näytön osoittavan, että Valion pyrkimyksenä oli ollut vaikeuttaa pienempien maitonesteiden toimittajien asemaa. Kilpailuneuvosto totesi kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdan vastaiseksi sellaisen hinnoittelun, jossa yritys myöntää alennuksia ilman kustannusperusteita markkinoilla kohtaamansa kilpailun perusteella. Tyypillisesti näitä alennuksia myönnetään vain niille yrityksille, joilla on mahdollisuus valita määräävässä asemassa olevan yrityksen ja tämän kilpailijan välillä. Alennusten porrastamista asiakkaan kysyntäkäyrän elastisuuden perusteella ei siten yleisesti voida pitää hyväksyttävänä, varsinkin jos se vääristää asiakkaiden välistä kilpailuasetelmaa.[570] Tällainen käytäntö syrjii keskenään samassa asemassa olevia yrityksiä niiden määräävässä asemassa olevalle yritykselle aiheuttamien kustannusten perusteella, mikä on kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdan vastaista. Samanaikaisesti suljetaan pois kilpailevia toimittajia. Valio oli myöntänyt markkinointirahaa tai suurempaa markkinointirahaa ainoastaan niille yrityksille, joilla oli mahdollisuus valita Valion ja jonkun sen kilpailijan välillä. Yleisesti hyväksyttävänä perusteena ei voida pitää hintojen eriyttämistä asiakkaiden kysyntäkäyrän elastisuuden perusteella.

---

[569] D:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997; ks. myös KHO 11.11.1998, taltio 2498, 3482/1/97.

[570] Tämä todettiin nimenomaan päätöksessä *Valio III*. Inspiraation toteamukselle antoi em. Waelbrockin (1996) artikkeli, jossa johtopäätös oli tältä osin päinvastainen.

Tapauksessa *Neste/SEO* syrjivänä pidettiin mm. alennusperustetta, jossa varastojen kiinteät kustannukset jaettiin pääluvun mukaan, joissa tarkasteltiin eri määrän ostavien asiakkaiden poisjäännin vaikutuksia jalostamotoiminnan muuttuviin ja kiinteisiin kustannuksiin ja joissa tarkasteltiin varastojen kiertonopeutta suhteessa Nesteen vaihto-omaisuuden korkokustannuksiin. Kilpailuneuvosto totesi, että mainittuja alennuksia oli pidettävä liiketoiminnalle vieraina, keinotekoisina ja syrjivinä. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on velvollisuus toimittaa tuotteita niistä riippuvaisille asiakkaille syrjimättömin ja tasapuolisin ehdoin. Tärkein peruste mainittujen alennusten torjumiseen oli se, että niissä laskettiin pienemmän ostovolyymin omaavalle SEO:lle suhteellisesti suurempi määrä kustannuksia kuin mihin aiheuttamisperiaatteen mukaisesti päädyttäisiin. Neste Oy ei ollut osoittanut hinnoittelun kustannusperusteisuutta. Hinnoittelumallit johtivat Nesteen tukkuasiakkaana olevan SEO:n syrjintään.[571] Tapauksessa *VR Oy*[572] syrjivänä pidettiin VR:n soveltamia tavaravaunujen ns. seisontamaksujen hinnoitteluperusteita. Seisontamaksu määräytyi vaunujen akselimäärän mukaan ilman että sen olisi näytetty korreloivan millään olennaisella tavalla pidemmästä lastausajasta VR:lle aiheutuvien ylimääräisten kustannusten kanssa.

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdan hintasyrjinnän kielto ei tarkoita kustannusvastaavuuden aukotonta selvittämistä kunkin tuotteen, palvelun, asiakkaan tai asiakasryhmän osalta.[573] Kilpailuviranomaisen tehtäviin ei kuulu tietyn hinnoittelujärjestelmän salliminen tai vahvistaminen, vaan nimenomaan hintasyrjinnän kieltäminen. Lain 7 §:n 4 kohta kieltää sen, että samanlaisilta asiakkailta peritään erilaisia hintoja ilman asiallista syytä. Yksittäisen asiakkaan aiheuttamien kustannusten aukoton selvittäminen ei ole käytännössä mahdollista. Ongelmia aiheuttaa muun ohella vajaakäytössä olevan kapasiteetin jyvittäminen asiakkaiden kesken. Varsinkin massasopimusten osalta on yleistä ja sallittua, että hinnoittelu rakennetaan asiakkaan aiheuttamien keskimääräiskustannusten varaan. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hinnoittelun tulee perustua objektiivisille, läpinäkyville ja kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäville perusteille.[574] Mikäli hintoja on eriytetty *prima facie* samanlaisten asiakkaiden

---

[571] *Neste/SEO*, d:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1994. Päätöksestä ei valitettu tältä osin.

[572] *VR Oy/Samira*, d:o 17/359/95, kilpailuneuvoston päätös 28.2.1997; KHO 7.5.1998.

[573] Kilpailuneuvosto on katsonut päätöksissä *Karjalan Kirjapaino Oy* (d:o 2/359/94, kilpailuneuvoston päätös 20.6.1995), *Valtion Rautatiet* (d:o 17/359/95, päätös 28.2.1997), *Uudenmaan Asuntokiinteistöyhdistys* (d:o 23/359/97, päätös 25.6.1998) ja *Megavoima Oy* (d:o 21/359/96, päätös 17.12.1998), ettei kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdan hintasyrjinnän kielto tarkoita kustannusvastaavuuden aukotonta selvittämistä kunkin tuotteen, palvelun, asiakkaan tai asiakasryhmän osalta. Kilpailuviranomaisten tehtäviin ei kuulu tietyn hinnoittelujärjestelmän salliminen tai vahvistaminen yrityksen noudatettavaksi, vaan nimenomaan hintasyrjinnän kieltäminen.

[574] Ks. kustannuslaskentaan liittyvien kysymysten osalta tapausta *Karjalan Kirjapaino Oy*, d:o 27359/94, Kuoppamäki (1996) s. 378–412. Tapauksessa kyse oli Suomen Posti Oy:n toteuttamasta lehtien jakelumaksujen muutoksesta. Muutos oli tarpeen yhtäältä maksujen kustannusvas-

välillä, tulee määräävässä asemassa olevan yrityksen pystyä osoittamaan, että ero johtuu asiakkaiden aiheuttamista erilaisista kustannuksista tai että hinnanerolle on muu hyväksyttävä peruste.

Hinnat eivät kaikissa tilanteissa määräydy tuotantokustannusten mukaan. Tekijänoikeuskorvauksia, kuten *immateriaalioikeuksien* hyödyntämisestä maksettavia korvauksia yleensäkään, ei voida tarkastella pelkistetyn kustannuslaskennan perusteella. Immateriaalioikeuksille on luonteenomaista, ettei käyttökorvaus määräydy hyödykkeen (immateriaalioikeuden) tuottamiskustannusten tai sen luovuttamisesta eri käyttäjille tai käyttäjäryhmille syntyvien kustannusten perusteella.[575] Oikeudenhaltijalle tuleva korvaus määräytyy yleensä joko oikeuden hyödyntämisen laajuuden *(käyttöperiaate)* tai siitä saatavien tulojen *(rojaltiperiaate)* perusteella. Immateriaalioikeuksien ollessa kyseessä kustannusvastaavuuden periaate ei siten ole riittävä tai edes oikea mittapuu kilpailunrajoituslain 7 §:ssä tarkoitettujen syrjintätapausten arvioinnille. Keskeistä on, millainen oikeuden hyödyntäminen on kyseessä. Toisaalta, kun kyseessä on samanlainen oikeuden hyödyntäminen, kustannusperuste saa merkitystä selitettäessä samassa asemassa olevien asiakkaiden välisiä hinnaneroja. Hintasyrjinnästä voidaan puhua, kun yritys perii ilman kustannusperusteista tai muuta hyväksyttävää syytä eri hintaa saman immateriaalioikeuden samanlaisesta hyödyntämisestä samoilla markkinoilla.[576]

Tapauksessa *Teosto/Yle/MTV*[577] kyse oli Teoston Yleisradio Oy:ltä ja MTV Oy:ltä perimistä lähetyskorvauksista. Yleisradion alhaisempaa minuuttikohtaista lähetyskorvausta ei ollut pidettävä MTV:tä syrjivänä, kun otettiin huomioon, että Yleisradiolle vahvistettu korvaus koostui valtaosaltaan (noin 95 %) radiolähetyksistä ja vain osittain televisiolähetyksistä (noin 5 %), kun taas MTV:n maksama korvaus koski yksinomaan televisiota. Kansainvälinen vertailuaineisto osoitti, että televisiosta maksettavat lähetyskorvaukset ovat moninkertaisia verrattuna radiolähetysten minuuttihintoihin. Kyse ei ollut samanlaisesta oikeuden hyödyntämisestä. Hinnoittelu ei kuitenkaan täyttänyt läpinäkyvyyden vaatimuksia sikäli, että Yleisradiolle oli vahvistettu yksi korvaus, joka sisälsi sekä radio- että televisiolähetykset.[578]

---

taavuuden parantamiseksi, toisaalta valtion lehdistötuen leikkaamisesta aiheutuneen menetyksen kompensoimiseksi. Valittajana ollut Karjalalehti katsoi, että sen osalta maksuja oli korotettu kohtuuttomalla tavalla verrattuna päivälehtiin. Kilpailuneuvosto päätyi saamansa selvityksen perusteella siihen, ettei valittajaa oltu syrjitty uudistuksen yhteydessä. Päätöksestä käyvät hyvin ilmi laajan järjestelmän kustannusten allokoimiseen liittyvät ongelmat.

[575] Esimerkiksi kirjailijan saama tekijänoikeuskorvaus ei määräydy kirjan kirjoittamiseen käytetyn ajan, työhuonekustannusten tms. seikkojen, vaan kirjan myynnin perusteella.

[576] Kilpailuvirasto on soveltanut edellä olevia ratkaisuperiaatteita myöhemmässä *Kopiostoa* koskevassa päätöksessään (d:o 752/61/99, kilpailuviraston päätös 6.11.2000). Ks. lähemmin Aalto-Setälä ym. (2001) s. 198.

[577] D:o 22/359/96, kilpailuneuvoston päätös 1.6.1998.

[578] KHO vahvisti kilpailuneuvoston päätöksen; ks. KHO 9.6.1999, taltio 1540, 1965/1/98.

Syrjintänä voidaan tietyissä tapauksissa pitää myös sitä, että *erilaisilta asiakkailta* peritään *samanlaista hintaa*. Asiakas ei saakaan alennusta, vaikka se määräävässä asemassa olevan yrityksen muu toimintapolitiikka, ostomäärät ja asiakkaan aiheuttamat muita pienemmät kustannukset huomioon ottaen olisikin perusteltua. 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.[579]

6.10.4 Kilpailuun vastaaminen

Oman erityiskysymyksensä muodostaa se, missä määrin määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on mahdollisuus eriyttää hintojaan, kun se joutuu puolustautumaan kilpailijan tietylle asiakkaalle tekemää tarjousta vastaan. Väärinkäyttökielto edellyttää määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelulta tasapuolisuutta, kohtuullisuutta ja kustannusvastaavuutta. Toisaalta liian pitkälle vietynä vaatimus johtaisi hinnoittelun jäykistymiseen ja "tariffihinnoittelun" tapaisten vaatimusten esittämiseen. Liian ankara suhtautuminen muuhun kuin kustannusperusteiseen hintojen eriyttämiseen voi jopa heikentää hintakilpailua.

Eräs tapa lieventää syrjintäkieltoa on *kilpailuun vastaamista* koskeva puolustus *(meeting competition defence)*. Kilpailuun vastaamista koskeva doktriini on kehittynyt USA:ssa, jossa *Robinson-Patman Act* rajoittaa yrityksen mahdollisuutta eriyttää hintojaan paitsi dominanssikynnyksen yläpuolella, myös sen alapuolella. Hintojen eriyttämistä ei voida pitää Robinson-Patman Actin vastaisena, mikäli yritys alentaa hintojaan tietylle asiakkaalle vastatakseen kilpailevan toimittajan tekemään tarjoukseen.[580] Hintasyrjintää koskevan väitteen kumoamiseksi riittää, että hintoja eriyttänyt yritys toimii "hyvässä uskossa" (good faith) eli uskoo vastaavansa kilpailijan alempaan tarjoukseen.[581] Myöhemmässä oikeuskäytännössä ovat vakiintuneet seuraavat kriteerit: 1) yritys on saanut asiakkailtaan tiedon vastaavista kilpailijoiden tarjoamista alennuksista, 2) uhkana on ollut toimitussopimuksen päättyminen ellei hintoja alenneta, 3) yritys on pyrkinyt vakuuttautumaan hinnanalennuksen tarpeellisuudesta ja

---

[579] Ks. *Uudenmaan Asuntokiinteistöyhdistys/YTV*, jätehuollon hinnoittelu, d:o 23/359/97, kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998.

[580] Puolustus sisältyy *Robinson-Patman Actin* artiklaan 2 (b). Toinen puolustus koskee kustannusperusteista hintojen eriyttämistä. Kilpailuun vastaamisen osalta ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 580–581; Gellhorn/Kovacic (1994) s. 444–446. USA:n ja EY:n ratkaisukäytännön vertailun osalta ks. Springer (1997) ja Spinks (2000).

[581] Tapauksessa *FTC v. A.E. Staley Mfg. Co.* (324 US 746 [1946]) Yhdysvaltain korkein oikeus totesi, että jotta hinnanalennuksen voidaan katsoa tapahtuneen hyvässä uskossa, myyjän pitää osoittaa sellaisten tosiseikkojen olemassaolo, joiden vallitessa huolellinen henkilö uskoo, että hinnan alentamisella vastataan kilpailijan alhaisempaan tarjoukseen.

4) yrityksellä on aikaisempia kokemuksia kyseisestä asiakkaasta.[582] Kyse täytyy kuitenkin olla puolustuksellisesta toimenpiteestä, ei markkinoiden valtaamisesta.[583] Kilpailuun vastaamista koskevan doktriinin osalta on otettava huomioon, että RS 82 artiklan soveltaminen edellyttää enemmän markkinavoimaa kuin Robinson-Patman Act. Näin ollen kilpailuun vastaamista koskevaa oppia ei liene aiheellista kirjoittaa aivan yhtä laveaksi kuin Yhdysvalloissa. Toisaalta ilmeinen tarve on myös sallia tietty joustavuus. Nämä näkökohdat olivat taustalla kilpailuneuvoston *Valio III* -päätöksessä,[584] jossa kilpailuun vastaamista koskeva oppi omaksuttiin kotimaiseen oikeuskäytäntöön.

Kilpailuneuvosto totesi ratkaisussaan Valio III, että myös määräävässä asemassa olevalla yrityksellä tulee olla oikeus suojata kaupallisia intressejään tapauksissa, joissa ne ovat uhattuina. Ei voida olettaa, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tulisi toimia kädet selän taakse sidottuina tilanteessa, jossa kilpailija on tehnyt tarjouksen yrityksen vakiintuneelle asiakkaalle. Jos kustannusvastaavuuden periaatetta tulkittaisiin poikkeuksetta, asiakkaan säilyttäminen edellyttäisi kilpailijan tarjoamaa alempaa hintaa vastaavan hinnanalennuksen läpiviemistä määräävässä asemassa olevan yrityksen kaikkien asiakkaiden osalta, mikä ei käytännössä useinkaan ole mahdollista. Tällaisessa konkreettisessa yksittäistapauksessa määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on 7 §:n 4 kohdan syrjintäkiellon estämättä oikeus vastata kohtaamaansa kilpailuun kyseisen asiakkaan säilyttämiseksi. Kilpailuun vastaamisen tulee kuitenkin olla kohtuullista ja tähdätä vallitsevan asiakassuhteen säilyttämiseen. Kilpailuun vastaaminen on siten puolustuksellinen toimenpide, eikä sitä saa väärinkäyttää pienempien kilpailijoiden rankaisemiseen tahi aiemmin menetettyjen tai uusien asiakkaiden voittamiseksi. Kohtuullisuuden rajat ylittyvät esimerkiksi silloin, kun määräävässä asemassa oleva yritys ryhtyy systemaattisesti diskriminoimaan asiakkaidensa välillä kohtaamansa kilpailun perusteella tai vastatoimenpiteet saavat saalistushinnoittelun luonteen. Kilpailuun vastaaminen ei myöskään saa johtaa pienempien kilpailijoiden sulkemiseen markkinoiden ulkopuolelle. Harkitessaan kilpailuun vastaamisen edellytyksiä kilpailuneuvosto otti huomioon, että kyseessä on osittainen lievennys siihen erityiseen tasapuolisuusvelvollisuuteen, joka muutoin koskee määräävässä markkina-asemassa olevia yrityksiä. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen vastuu

---

[582] Ks. Springer (1997) s. 252.

[583] Springer (s. 255) toteaa puolustuksellisuuden osalta seuraavaa: "Under U.S. law the liberal standard for the establishment of "good faith" is constrained by the "meeting but not beating competition" doctrine. The wording of section 2(b) is very clear. The seller must under no circumstances sell at price lower than that offered by his competitor, in other words, he may "meet", but not "beat" competition. Springer arvelee, että EY:n käytäntö olisi tältä osin lievempi, sillä kilpailijan tarjous saadaan alittaa. Toisaalta näyttää siltä, että EY:n osalta vastatarjous ei saa alittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksia, jottei jouduta selektiivistä hinnanalennusta koskevan väärinkäyttötyypin alle. Ks. tältä osin Andrews (1998 b).

[584] *Valio III*, d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.

siitä, ettei kilpailu markkinoilla entisestään vähene, vääristy tai esty yrityksen toimenpiteiden vuoksi. Kyse ei siten saa olla toimenpiteistä, joilla vallitsevaa määräävää markkina-asemaa entisestään vahvistetaan. Valio III:n perusteella sallitun kilpailuun vastaamisen kriteerejä ovat:
1) punktuaalisuus
2) defensiivisyys ja
3) kohtuullisuus.

Valion katsottiin alentaneen hintojaan paitsi puolustuksellisesti, myös vallatakseen uusia markkinoita, joten kilpailuun vastaaminen ei riittänyt puolustukseksi. Vastaavasti *Finntugs*-tapauksessa[585] kilpailuneuvosto katsoi kilpailuviraston esityksessä mainittujen tapausten osoittavan Alfons Håkansin ja Finntugsin soveltaneen sellaista asiakkaita sitovaa ja syrjivää sekä kilpailijoita poissulkevaa menettelyä, jollainen ei mahdu kilpailuun vastaamista koskevan poikkeuksen piiriin, sillä tarkoituksena oli pienemmän kilpailijan poissulkeminen.[586] Kilpailuun vastaamista koskevan doktriinin käyttöala on osin jo täsmentynyt kilpailuviraston myöhemmissä ratkaisuissa.[587]

> Tapauksessa *Radiolinja/Sonera*[588] kyse oli kilpailijan NMT-vaihtotarjoukseen vastaamisesta. Valtakunnallisten matkaviestinpalveluiden markkinoilla määräävässä asemassa oleva Sonera oli aloittanut vaihtokampanjansa puolustuksena Radiolinjan vastaavalle kampanjalle. Kampanja oli kohdistettu samaan asiakasjoukkoon kuin Radiolinjankin kampanja eli Soneran NMT-asiakkaille. Vaikka Soneran tarjoamien liittymä- ja puheluetujen arvo oli ollut suurempi kuin Radiolinjan tarjoamien etujen arvo, Radiolinjan tarjous oli kokonaisuutena, vanhasta puhelimesta tarjottu hyvitys mukaan lukien, ylittänyt Soneran tarjouksen. Soneran markkina-asema ei ollut kampanjan seurauksena vahvistunut. Kun NMT-liittymien määrä oli alle 5 % kaikista matkaviestinliittymistä, vaihtotarjoukset olivat kohdistuneet vain pieneen joukkoon asiakkaita.

---

[585] *Alfons Håkans ja Finntugs*, d:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000; KHO 25.1.2002, d:o 2347/1/00, taltio 182.

[586] Saatu näyttö viittasi siihen, että yhteenliittymän tarkoituksena on ollut hinnoittelullaan sulkea Helsingin Hinaus ja Väylätyö Ky markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailuviraston esityksessä mainittujen tapausten perusteella yhtiö oli johdonmukaisesti heikentänyt hinnoitteluehtojaan, mikäli asiakas on käyttänyt myös kyseisen pienemmän yhtiön palveluja hyväkseen.

[587] Vrt. P. Virtanen (2001) s. 428–430, joka pitää kilpailuun vastaamista koskevaa *Finntugs*-päätöstä liian yleisenä, mutta jättää kokonaan tarkastelematta myöhemmän ratkaisukäytännön. Yleensä kilpailuoikeudellisen doktriinin käyttöalan täsmentämiseksi vaaditaan vähintään muutama ratkaisua, joita voidaan verrata keskenään. Kaikkien argumenttien lataaminen ensimmäiseen päätökseen ei olisi tarkoituksenmukaista. Doktriinien käyttöala täsmentyy paremmin niin, että konkreettinen soveltamistilanne tulee otetuksi huomioon. Tuomioistuin ei pysty ennakoimaan kaikkia potentiaalisia tilanteita ensimmäistä päätöstä kirjoittaessaan. Kilpailuun vastaamista koskeva doktriini on vasta kehitysvaiheessa.

[588] *Radiolinja/Sonera,* d:o 777/61/2000, kilpailuviraston päätös 19.10.2000.

> Kilpailuvirasto totesi, että liittymän avaaminen ja puhelu- tai muiden matkaviestinpalveluiden tarjoaminen veloituksetta uusille liittymäasiakkaille on matkaviestintoiminnassa yleinen käytäntö ja operaattoreilla on viime vuosina ollut useita tämän kaltaisia kampanjoita. Viraston mukaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tarjoamalla ilmaisella puheajalla tai muilla ilmaisilla telepalveluilla saattaa olla asiakkaita sitovia vaikutuksia, jos etujen arvo kasvaa huomattavan suureksi. Kilpailuvirasto katsoi, ettei Sonera ollut käyttänyt väärin määräävää asemaansa vastatessaan Radiolinjan NMT-vaihtotarjoukseen omalla tarjouksellaan. Kilpailuvirasto katsoi, ettei Soneran tarjoamilla liittymä- ja puhelueduilla ollut ainakaan merkittäviä kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Soneran NMT-vaihtotarjouksen arvoa ei voitu pitää kohtuuttomana, etenkään kun otettiin huomioon Radiolinjan kokonaistarjous.[589]

RS 82 artiklaa koskevasta oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, että kilpailuun vastaamista koskeva puolustus on sallittu vastaavin perustein, jotka asetettiin tapauksessa *Valio III*.[590] Tapauksessa *United Brands* EY:n tuomioistuin totesi, että yrityksellä on oikeus puolustaa kaupallisia intressejään kohtuullisella tavalla.[591] Tapauksessa *Irish Sugar* komissio totesi, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus puolustaa asemaansa kilpailijoitaan vastaan.[592] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi samassa asiassa,[593] että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus ryhtyä kohtuullisiin toimenpiteisiin asemansa puolustamiseksi edellyttäen, että toimenpiteet perustuvat suurempaan taloudelliseen tehokkuuteen ja ovat kuluttajien edun mukaisia.[594] Sallittaessa kilpailuun vastaamista koskeva puolustus täytyy samalla hyväksyä se, että määräävässä asemassa oleva yritys parantaa asemaansa markkinoilla. Kuitenkaan tavoitteena ei saa olla markkinoiden valtaaminen suunnitelmallisen alihinnoittelun tai hintasyrjinnän avulla. EY:n komissio on edellyttänyt, että kilpailuun vastaaminen rajoitetaan tiettyihin, edullisempia tarjouksia tehneisiin asiakkaisiin. Myöskään EY:ssä saalistushinnoittelua ei voida pitää sallittuna kilpailuun vastaamisena.[595] *Irish Sugar* -tuomion[596] perusteella määräävässä asemassa olevan yrityksen selektiivisiä hinnanalennuksia voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, jos ne muodostavat osan kilpailijoiden poissul-

---

[589] Vrt. toisaalta kilpailuviraston päätöstä *Elisa*, d:o 17/61/2001, 1.3.2001, jossa kyse oli ISDN-liittymän tarjoamiseen liittyvistä ehdoista ja jossa kilpailuun vastaamisen edellytysten ei katsottu täyttyvän.

[590] Kilpailuneuvoston päätöksessä viitattiin tapauksiin *ESC/AKZO Chemie*, EYVL 1985 L 374/1 ja C-62/86, 1991 Kok. 3359 sekä *United Brands*, 22/76, 1978 Kok. 207.

[591] Ks. EY:n komission *AKZO*-tapauksessa antamaa väliaikaismääräystä, kohta 38. *ECS/AKZO*, 83/462, 1983 C.M.L.R. 694.

[592] EYVL 1997 L 258/1.

[593] *Irish Sugar v. komissio*, T-228/97, Kok. 1999 s. II-2969.

[594] *Irish Sugar*, tuomion kohdat 112, 186 ja 189.

[595] *AKZO Chemie BV v. komissio*, 62/86, Kok. 1991 s. I-3359.

[596] *Irish Sugar v. komissio*, T-228/97, Kok. 1999 s. II-2969; C-497/99 P, 10.7.2001.

kemiseen tähtäävästä toimintapolitiikasta. Väärinkäyttönä pidettiin sitä, että Irish Sugar myönsi tietyille rajalla sijaitseville yrityksille alennuksia sillä perusteella, että ne pitäytyivät sokerin tuonnista. Sen sijaan kilpailuun vastaamista yksittäistapauksissa lienee pidettävä sallittuna.

Vaikuttaa siltä, että toistaiseksi kilpailuun vastaamista koskeva oppi on EY:ssä Suomen kilpailuoikeutta heikommin artikuloitu. Johtopäätöksiä joudutaan tekemään oikeuskäytännöstä suodatettavien yksittäisten argumenttien perusteella. Kriteereillä punktuaalisuus, puolustuksellisuus ja kohtuullisuus voitaneen kuvata myös RS 82 artiklan perusteella vallitsevaa oikeustilaa.

6.10.5 Kielletyt ja sallitut alennuskäytännöt

Valtaosa kilpailuviranomaisten käsittelemistä hinnoittelutapauksista koskee määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia. Alennuksella myyjä hyvittää ostajaa kustannussäästöistä, joita syntyy esimerkiksi suuremmasta ostomäärästä, ostajan myyjälle suorittamista markkinointi-, huolto- tai muista palveluista, tilausten rationalisoinnista tai nopeasta maksuaikataulusta. Alennukset voivat yleisesti lisätä elinkeinoelämän tehokkuutta suosimalla kustannustehokkaita toimintatapoja. Huomiota on kiinnitettävä yleisesti seuraaviin seikkoihin:

1) kuinka tarkasti alennukset seuraavat määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksia;
2) mitkä ovat alennuksen vaikutukset asiakkaan tosiasialliseen toimintavapauteen;
3) mitkä ovat alennuksen vaikutukset kilpailijoiden markkinoille pääsyn kannalta;
4) mitkä ovat alennuksen muut vaikutukset kilpailun toimivuuteen markkinoilla.

Ensimmäinen kriteeri voidaan luonnehtia *kustannusperusteisuuden* kriteeriksi. Määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuskäytäntö on sitä ongelmattomampaa, mitä tarkemmin alennukset vastaavat yritykselle syntyneitä kustannussäästöjä. Toisaalta mitä enemmän alennusten porrastus poikkeaa kustannuksista, sitä todennäköisemmin kyse on syrjinnästä.

Alennuspolitiikalla voidaan *rajoittaa asiakkaan toimintavapautta* tilanteesta riippuen lähes yhtä paljon kuin suoraviivaisemmalla yksinomaisuuden toteuttamistavalla. Määräävässä asemassa oleva yritys voi toteuttaa yksinomaisuussopimukseen tai sidontaan rinnastuvan lopputuloksen uskollisuus- tai sitovan alennuksen avulla. Asiakkaan toimintavapauden rajoittuminen ei yleensä ilmene suoranaisena pakkona, vaan asiakkaan saattamisena "taloudellisten tosiasioiden" eteen. Kieltäytymällä ehdotetusta alennuskäytännöstä asiakas menettää tarjotun alennusedun. Jos etu myönnetään asiakkaan kilpailijoille, yrityksen

kilpailuasema heikkenee. Kun tämä yhdistetään määräävästä asemasta johtuvaan valinnanvaihtoehtojen kaventumiseen, tosiasiallinen valintatilanne voi olla sellainen, ettei asiakas voi kuin sopeutua tarjottuihin ehtoihin.

Kilpailuoikeudellisesti ongelmattomia ovat kustannusperusteiset ja läpinäkyvät alennukset. Määräävän aseman väärinkäyttönä pidetään alennuskäytäntöjä, jotka sitovat asiakkaita määräävässä asemassa olevaan yritykseen tai syrjivät asiakkaita keskenään. Usein samalla kilpailijoita suljetaan markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailun toimivuuden kannalta keskeinen peruste puuttua syrjiviin alennuksiin ei ole asiakkaan kärsimä haitta, vaan kilpailun rajoittuminen, joiden seurauksena uusien yritysten pääsy markkinoille tai jo etabloituneiden kilpailijoiden toiminta vaikeutuu. Kilpailupoliittiselta kannalta *kilpailijoiden keinotekoista poissuljentaa* on pidettävä *merkittävimpänä perusteena puuttua määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiin alennuksiin.* Tällöin kyse ei ole jo saavutetun kilpailuedun ulosmittauksesta vaan kilpailuprosessin heikentämisestä entisestään.

Myös määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on harkintavaltaa hinnoittelumallin rakentamisessa. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon varsinaisena tarkoituksena ei ole samankaltaisten tariffien rakentaminen määräävässä asemassa oleville yrityksille, jollaisiin usein päädytään luonnollisten monopolien sääntelyn yhteydessä. Kustannusvastaavuudella tarkoitetaan hintasyrjinnän yhteydessä lähinnä sitä, että jos *a priori* samanlaisten asiakkaiden kesken hintoja on eriytetty, määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee pystyä esittämään kustannusperusteinen tai muu kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävä syy hintojen eriyttämiselle.[597] Hinnoittelun tulee olla selkeätä ja läpinäkyvää. Tällä tarkoitetaan sitä, että asiakkaalla on tilaisuus perehtyä hinnoitteluperiaatteisiin ja selvittää, mistä eristä sen maksama hinta muodostuu.

6.10.5.1 Määräalennukset

Määräalennukset, jotka perustuvat suurempaan ostomäärään, ovat yleensä kilpailuoikeudellisesti ongelmattomia. Määräalennuksella myyjä hyvittää asiakasta suuremman ostovolyymin myyjälle tuomasta kustannussäästöstä. Alennuksen hyväksyttävyys edellyttää, että porrastus vastaa myyjälle aiheutuvia kustannuksia eikä syrji asiakkaita keskenään.[598] Määräalennuksia voidaan pitää

[597] *VR Oy*, d:o 17/359/95, kilpailuneuvoston päätös 28.2.1997; ks. myös KHO 7.5.1998.

[598] Ks. *Suiker Unie*, Kok. 1975 s. 1663; *Hoffmann-La Roche*, Kok. 1979 s.461; *Michelin I*, Kok. 1983 s. 3514; *Tetra Pak II*, Kok. 1994 s. II-764, tuomion kohta 221. Kommentaariteoksessa Faull/Nikpay todetaan, että komissio on harvoin erikseen tutkinut, kuinka tarkasti asiakkaan tuoma tehokkuusetu vastaa myönnettyjä alennuksia. Komissiolle on riittänyt se, että asiakkaita kohdellaan yhdenmukaisella tavalla. Kirjoittajien mielestä periaatteessa tulisi tutkia määräalennusten kustannusvastaavuutta, sillä muuten hinnoittelua voidaan pitää pienempiä asiakkaita syrjivänä. Komissio on puuttunut lähinnä tilanteisiin, joissa määräalennukset on räätälöity hyödyttämään tiettyä asiakasta. Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 177.

82 artiklan vastaisina lähinnä kahdessa tilanteessa. Ensimmäisessä tilanteessa määräalennuksen porrastaminen ei vastaa todellisia kustannussäästöjä ja on syrjivä. Ylisuuri alennus myönnetään kilpaillulle asiakkaalle tai vertikaalisen integraation tilanteessa omalle konserniyhtiölle.[599] Toinen pääryhmä koskee tapauksia, joissa määräalennus on porrastettu siten, että sen saaminen edellyttää lähes koko tarpeen ostamista määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. Tällöin määräalennus voidaan rinnastaa uskollisuusalennukseen.

Määräalennukset on pääsääntöisesti sallittu myös kotimaisessa käytännössä. Tapauksessa *Neste/SEO* kilpailuneuvosto[600] totesi, että hyväksyttävinä alennuksina voidaan pitää ostomääriin perustuvia määräalennuksia ja muita myyjälle syntyviin kustannussäästöihin perustuvia alennuksia. Alennusperusteiden tulee olla todettavissa olevia, selkeitä ja kohtuullisia, eikä niillä saa pyrkiä keinotekoisesti vääristämään erisuuruisten asiakkaiden välistä kilpailua.[601] Näin ollen myös määräalennukset voivat olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos ne eivät perustu todellisiin kustannussäästöihin tai muihin hyväksyttäviin alennusperusteisiin ja jos alennusten tarkoituksena tai vaikutuksena on asiakkaiden syrjiminen.

Elisa-tapauksessa määräalennuksia käytettiin hintaruuvina, mitä on pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä. Kyse oli ns. tilaajajohtojen hinnoittelusta, joita kilpailevien operaattoreiden täytyy vuokrata päästäkseen tarjoa-

---

[599] Ks. esim. edellä käsiteltyjä ilmailuhallinnon laskeutumismaksuja, joissa määräalennukset oli porrastettu kotimaisia lentoyhtiöitä suosivalla tavalla. Omaa konserniyhtiötä suosivia alennuksia on havaittu erityisesti puhelin- ja energiamarkkinoilla, joilla hyödyke siirretään loppuasiakkaalle luonnollisen monopolin piirteitä omaavaa siirtoverkkoa pitkin. Verkon haltijalla on strateginen intressi käyttää hintaruuvia eli vaatia kilpailevilta yrityksiltä omaa yhtiötä korkeampaa verkkovuokraa.

[600] D:o 16/359/93, kilpailuneuvoston päätös 16.6.1994, Kuoppamäki 1996, s. 246.

[601] Tapauksessa kilpailuneuvosto ja KHO hylkäsivät SEO:n vaatimuksen määräalennusten kieltämisestä. Myöskään kilpailuviraston vaatimukseen määräalennusten rajoittamisesta kahteen vuoteen ei suostuttu, sillä kilpailuvirastolla on mahdollisuus selvittää alennusjärjestelmän perusteet ja tarpeelliset muutokset. *Neste/SEO* -tapaus voidaan nähdä sisäänajovaiheen ratkaisuna, jossa määräävän aseman väärinkäyttökielto ajettiin sisälle Suomen oikeusjärjestyksessä. Tämä näkyi mm. siinä, että asianosaisten vaatimukset muuttuivat kirjelmittäin käsittelyn edetessä. Tämä koski myös kilpailuvirastoa, joka muutti kantaansa mm. seuraamusmaksun osalta käsittelyn kuluessa eikä toisaalta kyennyt selventämään kilpailuneuvostossa, millaista sallitun hinnoittelun sen näkemyksen mukaan tulisi olla. Kilpailuneuvoston osalta sääntelyn uutuus näkyy mm. siinä, että päätös on seuraamusmaksua koskevan osuuden osalta puutteellisesti perusteltu. Puutteita on havaittava myös KHO:n ratkaisussa, joka perustui osin toisiin vaatimuksiin kuin mitä asianosaiset olivat esittäneet, ja jossa eurooppaoikeuden osalta sovellettiin väärää normia. Vääränä lähtökohtana on pidettävä myös sitä, että harkitessaan seuraamusmaksun tarpeellisuutta KHO otti huomioon myös kilpailuneuvoston päätöksen jälkeisiä tapahtumia. Tähän sillä ei nähdäkseni valitusinstanssina olisi ollut mahdollisuutta. Mahdolliset kilpailuneuvoston päätöksen jälkeiset tapahtumat kuuluvat erillisen seuraamusmaksuharkinnan piiriin. KHO tarkasteli kysymystä seuraamusmaksun määräämisestä ikään kuin yleishallintoasiana kiinnittämättä riittävästi huomiota siihen, että kyse on seuraamuksen määräämisestä lainvastaisesta teosta. Nähdäkseni kilpailuasioille luonteva prosessijärjestys on sittemmin muotoutunut.

maan telepalveluja paikallisilla telemarkkinoilla. Telemarkkinoita vapautettaessa on ollut havaittavissa kehitys, jossa verkkoja hallitsevat yhtiöt nostavat tilaajayhteyksien ja muihin verkon vuokraamiseen liittyvien palveluiden hinnoittelua. Elisa myönsi tilaajayhteyksien vuokrahinnastosta ostomääriin perustuvia alennuksia. Määräalennukset vaihtelevat vuotuisen ostomäärän perusteella 1 %:sta 16 %:iin siten, että suurimmat alennukset myönnetään huomattavan suurista ostomääristä. Maksimaalisen 16 %:n alennuksen saaminen oli edellyttänyt 300 miljoonan markan vuotuista vuosilaskutusta. Yhtiö itse oli on vuokrannut noin 96 % verkosta. Loppu jäi pirstoutuneille kilpailijoille. Suurin kilpailija saavutti noin 1 %:n osuuden. Alennustaulukko loi omalle konserniyhtiölleen merkittävän kustannusedun suhteessa pienempiin kilpailijoihin.

Määräalennuksen hintaporrastus ei vastannut vuokrattavien liittymien määrän perusteella syntyviä asiakaskohtaisia kustannussäästöjä. Kustannusvastaamattoman alennustaulukon ilmeisenä tarkoituksena oli ollut suosia Elisaa itseään tilaajayhteyksien hinnoittelussa. Alennuksen seurauksena tilaajayhteyksien hankinnasta aiheutuva kustannusero Elisan ja kilpailijoiden välillä on kasvanut ja viimeksi mainittujen hintakilpailukyky on entisestään heikentynyt. Jyrkästi porrastetulla alennustaulukolla oli voitu varmistaa, etteivät korotukset kohdistu täysimääräisesti konsernin omaan yhtiöön. Hinnankorotuksen kärki suunnataan kilpailijoihin, joiden markkinoille tulo vaikeutuu. Kilpailuoikeudellisesti kyse on kilpailijoiden kustannusten nostattamisesta *(raising rivals' costs)*.

Muiden alennustyyppien tavoin määräalennuksen hyväksyttävyys edellyttää kustannusvastaavuutta, tasapuolisuutta ja kohtuullisuutta. Määräalennusta ei esim. saa porrastaa siten, että alennusta käytetään hintaruuvina tai sen avulla luodaan voimakas kannustin yksinostoihin määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. Näissä tapauksissa myös määräalennusta voidaan pitää kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 ja 4 kohdassa tarkoitettuna määräävän aseman väärinkäyttönä.

6.10.5.2 Funktionaaliset alennukset

Rooman sopimuksen 82 artiklan vastaisena ei pidetä funktionaalisia alennuksia, joilla määräävässä asemassa oleva yritys hyvittää asiakastaan tämän tekemistä palveluksista.[602] Yleisesti kiellettyä ei ole myöskään hintojen eriyttäminen kaupan portaan mukaisesti siten, että tukkuportaalla myönnetään suurempaa alennusta kuin vähittäisportaalla.[603] Ongelmattomia ovat myös käteisalennukset, lyhyemmän maksuajan perusteella myönnettävät alennukset sekä huonomman laadun perusteella myönnettävät alennukset.[604] Tapauksessa *British*

[602] Esim. tapauksessa *Coca Cola* (IV.M.794) komissio totesi, että alennuksia, joita Coca Cola myönsi jälleenmyyjille yhtiön mainosten käyttämisestä, voitiin perustella objektiivisesti. Ks. EYVL 1997 L 218/15.
[603] Schröter, GTE Art. 86, Rdnr. 189.
[604] Faull/Nikpay (1999) s. 178.

Plasterboard II komissio hyväksyi kustannussäästöihin perustuvat alennukset, joita myönnetään toimitusmäärien, myynninedistämisen ja alempien kuljetuskustannusten perusteella. Edellytyksenä oli, että alennuksia sovelletaan syrjimättömällä tavalla.[605]

Hintasyrjintänä ei pidetä sellaista funktionaalista alennusta, jolla hyvitetään ostajaa myyjälle suoritetuista palveluista, joiden suorittamisesta myyjälle aiheutuu kustannussäästöä.[606] Funktionaalisia alennuksia voidaan myöntää esimerkiksi silloin, kun ostaja suorittaa myyjän puolesta markkinointikustannuksia, jotka muutoin rasittaisivat myyjän tulosta. Hintojen eriyttäminen tukku- ja vähittäisportaan välillä ei myöskään ole kiellettyä, jos eriyttäminen perustuu tukku- ja vähittäisportaan yritysten välisestä työnjaosta aiheutuviin todellisiin kustannussyihin. Sallittua on myös logististen säästöjen perusteella myönnettävä integraatioalennus, silloin kun se perustuu todellisiin myyjälle koituviin kustannussäästöihin varastojen yhteis- tai vuoroittaiskäytöstä tai yhteiskuljetuksista.

Neste/SEO tapauksessa varsinainen tulkintakysymys[607] koski vahvistamisvaatimuksena esille noussutta kysymystä, voidaanko ns. tuontivalmiuskustannukset ottaa huomioon alennusperusteena. Nesteen asiakkaista Esso, Shell ja Teboil olivat rakentaneet Suomeen varastokapasiteettia oman maahantuonnin mahdollistamiseksi. Ylläpitämällä polttonesteiden tuontivalmiutta yhtiöt olivat päässeet markkinatilanteeseen, jossa Neste ei voinut täysin vapaasti hinnoitella tuotteitaan, vaan joutui hinnoittelussaan ottamaan huomioon tuontivaihto-

---

[605] Ks. 22. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 443; EYVL 1992 C 321/10, 11, 12.

[606] Kotimaisessa käytännössä funktionaaliset alennukset nousivat esille tapauksessa *Neste/SEO*.

[607] Korkein hallinto-oikeus totesi ensimmäisessä Neste/SEO-ratkaisussaan, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hinnoitteluperusteet tai muukaan markkinakäyttäytyminen eivät saa olla joitakin asiakkaita syrjiviä eivätkä muutoinkaan sellaisia, että seurauksena on yrityksen joidenkin asiakkaiden joutuminen kilpailullisesti muita heikompaan asemaan ilman tähän oikeuttavaa kilpailuoikeuden kannalta hyväksyttävää syytä. Arvioitaessa eri markkinaosapuolten kilpailukäyttäytymistä olennaisinta on puheena olevista markkinoista muodostuva kokonaisuus ja huomiota on erityisesti kiinnitettävä kilpailutoimenpiteiden vaikutuksiin osapuolten kilpailuasemaan. Hinnaneriytysperusteiden kustannusvastaavuus muodostaa selkeän lähtökohdan määräävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan toimenpiteiden hyväksyttävyyden arvioinnille. Myös määräävässä markkina-asemassa oleville yrityksille on joissakin tilanteissa aiheellista sallia niiden hinnoittelun asiakaskohtainen eriyttäminen muillakin kuin kustannusvastaavuuden vaatimukset todistettavasti täyttävillä perusteilla. Tällaisten muiden syiden on aina oltava objektiivisesti perusteltavissa ja muutoinkin kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäviä. KHO totesi, että polttonesteiden tukkumyyntiä harjoittavien yritysten toisistaan poikkeavien toimintatapojen eroista joillekin tukkumyyntiyrityksille aiheutuvilla kustannusten lisäyksillä ei sinänsä ollut itsenäistä kilpailuoikeudellista merkitystä harkittaessa Neste Oy:n hinnoittelukäytännön hyväksyttävyyttä. Lisäksi KHO vahvisti kilpailuneuvoston kannan, jonka mukaan SEO:n omaksuma toimintatapa ja kilpailijoihin verrattuna kevyt kustannusrakenne eivät muodostaneet perustetta hintojen eriyttämiselle, koska Neste Oy ei ollut osoittanut, miltä osin se – siitä korvausta saamatta – joutui SEO:n osalta huolehtimaan tukkuasiakkaalle normaalisti kuuluvista tehtävistä tai miten SEO:n kilpailijoiden investoinnit jakeluverkkoihin säästävät Neste Oy:n kustannuksia.

ehdon, mikä alensi näiden asiakkaiden hintoja. Toisaalta tuontivalmiuden ylläpitämisestä aiheutui kustannuksia (mm. investoinnit ja velvoitevarastointi). SEO ei ollut investoinut tuontivalmiuteen, eikä sillä ollut näitä kustannuksia.

Kyse oli siitä, onko SEO:lla oikeus samaan hintaan kuin muilla yhtiöillä. Kilpailuneuvosto totesi yleisenä periaatteena, ettei asiakkaiden toimintastrategioiden eroista johtuvia kustannuksia voida käyttää alennusperusteena. Alennus määräytyy myyjän saamien kustannussäästöjen ja muiden hyötyjen mukaan, ei asiakkaan kustannusten perusteella. Kilpailuneuvosto katsoi kuitenkin, että tässä nimenomaisessa tilanteessa tuontivalmius antoi luonnollisen kilpailuedun, jonka mitätöiminen kilpailuviranomaisten toimesta olisi perusteetonta puuttumista alan kilpailuolosuhteisiin ja johtaisi ristiriitaan neutraliteettiperiaatteen kanssa. Neste Oy:llä oli oikeus myydä halvemmalla niille yhtiöille, joilla oli valmius omaan tuontiin. Alennusperustetta oli sovellettava johdonmukaisesti ja siinä voitiin ottaa huomioon tuontivarastojen ja muun tuontivalmiuden ylläpitokustannukset, ei kuitenkaan jo kuoletettuja pääomakustannuksia. Vähemmistön mukaan kyseisiä asiakkaiden markkinaolosuhteiden säilyttämiseen liittyviä kustannuksia ei tulisi ottaa huomioon (äänestys 4–3). KHO vahvisti kilpailuneuvoston päätöksen periaatekysymyksen osalta, mutta totesi lisäksi, ettei Neste ollut näyttänyt kustannusten määrää. Esillä ollut tilanne on siinä määrin *sui generis* luonteinen, ettei ratkaisua tule yleistää.[608]

---

[608] Vrt. jäljempänä tapausta *Valio III*. Neste/SEO-tapauksen käsittely jatkui vielä useamman vuoden ajan seuraamusmaksua ja oikeaa eurooppaoikeutta koskevien soveltamiskysymysten ympärillä. Kilpailuviraston alkuperäisessä esityksessä kilpailuvirasto ei ollut vaatinut seuraamusmaksua määrättäväksi, koska tapaus viraston tuolloisen kannan mukaan oli tulkinnanvarainen ja koska Neste Oy oli monin tavoin myötävaikuttanut asian selvittämisessä. Kilpailuvirasto muutti kuitenkin kantaansa kilpailuneuvostokäsittelyn loppuvaiheessa ja esitti seuraamusmaksun määräämistä. Kilpailuneuvosto jätti maksun määräämättä. KHO totesi, että maksu tulisi määrätä, ja palautti asian kilpailuneuvostolle. Kilpailuvirasto esitti 100 miljoonan markan maksun määräämistä. Kilpailuneuvosto piti maksuesitystä olosuhteet, kilpailunrajoituksen tulkinnallisuus ja viranomaisten oma menettely huomioon ottaen liian korkeana. Kilpailuneuvoston arvion mukaan Nesteen syyksi jäävää rikkomusta oli pidettävä lievänä. Siksi katsottiin, että määrättyä 2 miljoonan maksua oli pidettävä riittävänä kilpailun turvaamiseksi. Kilpailuneuvoston seuraamusmaksupäätöksestä (*Neste II*) ei valitettu KHO:een, joten se sai lainvoiman. Neste Oy teki kuitenkin pari vuotta myöhemmin KHO:lle purkuhakemuksen, jossa se vaati KHO:n päätöksen kumoamista virheellisen markkinamäärittelyn ja virheellisen lainsoveltamisen perusteella. Nesteen mukaan relevantit markkinat olisi tullut määritellä Suomea laajemmiksi. Tätä kysymystä on käsitelty edellä markkinamäärittelyn yhteydessä. Toisena perusteena Neste esitti, että KHO oli soveltanut Rooman sopimuksen silloista 86, nykyistä 82 artiklaa ajanjaksona, jolloin Suomi ei vielä edes ollut EY:n jäsen. KHO:n päätöksessä oli todettu, että syynä määrätä yhtiölle seuraamusmaksu oli pidettävä myös sitä, että yritys oli toiminnallaan rikkonut Rooman sopimuksen 86 artiklaa vastaan. Kilpailuneuvoston päätöksessä *Neste II* oli todettu, ettei suomalaisessa tuomioistuimessa kyse ole voinut olla silloisen 86 artiklan rikkomisesta, sillä Suomi ei ollut EU:n jäsen vielä siihen aikaan, jolle Neste Oy:n määräävän aseman väärinkäyttö kilpailuneuvoston päätöksessä ajallisesti ajoittui. Suomi liittyi jäseneksi 1995. Sitä vastoin tapaukseen olisi ollut mahdollista soveltaa ETA-sopimuksen 54 artiklaa, joka astui voimaan vuoden 1994 alusta. Neste Oy tarttui

6.10.5.3 Uskollisuusalennukset

Selkeästi kiellettyjä ovat ns. uskollisuusalennukset (fidelity rebates). Uskollisuusalennuksen tunnusmerkistönä on, että alennus ei määräydy yksinomaan ostomäärien perusteella, vaan palkitsee asiakasta ostouskollisuudesta. Asiakkaalle myönnetään uskollisuusalennus, mikäli hän ostaa kaikki tai suuren osan (esim. 75 %) tarvitsemistaan hyödykkeistä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. Samoja määriä ostavia asiakkaita kohdellaan eri tavalla siitä riippuen, ostaako asiakas kaikki tarvitsemansa tuotteet yhdeltä tavarantoimittajalta vai useasta eri hankintalähteestä. Alennus syrjii saman määrän ostavia asiakkaita keskenään, lisää asiakasuskollisuutta ja vaikeuttaa pienempien kilpailijoiden markkinoillepääsyä.[609]

Tapauksessa *Hoffmann-La Roche*[610] kiellettiin uskollisuusalennukset, joissa asiakas sitoutuu hankkimaan kaikki tarvitsemansa tuotteet tai huomattavan osan niistä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. EY:n tuomioistuin erotti uskollisuusalennukset ja määräalennukset toisistaan seuraavin perustein: 1) Määräalennus liittyy yksinomaan tuottajalta suoritettujen ostojen määrään. Se lasketaan objektiivisesti määriteltyjen ja kaikkiin ostajiin samalla tavoin sovellettavien määrien perusteella. 2) Uskollisuusalennus ei liity tiettyyn määrään, vaan asiakkaan kulloiseenkin tarpeeseen tai sen huomattavaan osaan. Alennus myönnetään "vastineena" siitä, että asiakas hankkii tarpeensa yksinomaan kyseiseltä tuottajalta. 3) Vaikka uskollisuusalennus liittyisi tiettyyn määrään, alennusta ei myönnetä määrän perusteella, vaan sen laskenta perustuu arvioon kunkin asiakkaan oletetusta hankkimiskyvystä, jolloin alennus ei riipu mahdollisimman suuren määrän ostamisesta vaan siitä, että myyjä kattaa mahdollisimman suuren osan ostajan tarpeesta.

---

tähän ja vaati tuomion purkamista virheellisen lainsoveltamisen perusteella. Nesteen väitettä on pidettävä perusteltuna, sillä KHO sovelsi selkeästi väärää normia. Ajanjaksolla, jota *Neste I* koski, suomalaisissa tuomioistuimissa oli mahdollista soveltaa ETA-sopimusta, ei sen sijaan Rooman sopimusta. Rooman sopimuksen 86 artiklan soveltamisesta kyse oli kielletystä takautuvan lainsäädännön soveltamisesta. Julkisuudessa olleiden tietojen mukaan KHO:ssa käytiin ennen *Neste I:n* antamista läpi 300 EY:n kilpailuoikeutta koskevaa ratkaisua. Kaikesta päätellen säännöstön ajalliseen soveltamisalaan (ratio temporis) kuuluvat kysymykset eivät kuuluneet tiedonhankinnan piiriin. KHO totesi ratkaisussaan *Neste III*, että Rooman sopimuksen soveltaminen tapauksessa *Neste I* oli ollut virheellistä. KHO:n kannan mukaan virhe oli kuitenkin ollut niin vähäinen, ettei syytä aiemman päätöksen purkamiselle ollut. KHO:n jälkimmäiseen kantaan voidaan yhtyä, sillä ETA-sopimuksen 54 artikla, jota oltaisiin voitu soveltaa, on kutakuinkin identtinen 86 artiklan kanssa.

[609] EY:n käytännössä ensimmäinen tapaus, jossa uskollisuusalennus tuli esille, oli *Suiker Unie*. Määräävässä asemassa oleva yritys myönsi uskollisuusalennuksia asiakkaille, jotka sitoutuivat ostamaan ainoastaan siltä. EY:n komissio totesi, että vaikka Suiker Unien kilpailijat tarjosivat alhaisempia hintoja, ne eivät silti kyenneet voittamaan Suiker Unien asiakkaita. Sekä EY:n komissio että tuomioistuin pitivät alennuksia määräävän aseman väärinkäyttönä.

[610] *Hoffman–La Roche v. komissio*, Kok. 1979 s. 461

EY:n tuomioistuin rinnastaa uskollisuusalennukset asiallisesti yksinomaisuussopimuksiin.[611] Asiakkaan sitominen yhteen toimittajaan voidaan toteuttaa eksklusiivisella sopimusehdolla tai alennuksella, jonka saaminen edellyttää eksklusiivisuutta. Se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys sitoo ostajia – vaikka näiden pyynnöstäkin – velvoitteella tai lupauksella hankkia kaikki tai huomattava osa tarvitsemistaan tuotteista mainitulta yritykseltä, on 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä riippumatta siitä, asetetaanko kyseinen velvoite sellaisenaan vai saako sen vastineena alennuksia. Tilanne on samanlainen silloin kun mainittu yritys soveltaa joko ostajien kanssa tekemiensä sopimusten nojalla tai yksipuolisesti uskollisuusalennusjärjestelmää eli hyvityksiä, joiden saaminen edellyttää sitä, että asiakas – riippumatta ostojensa huomattavasta tai vähäisestä rahallisesta arvosta – hankkii kaikki tai suuren osan tarvitsemistaan tuotteista määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, vaikkei ostajaa sidokaan mainittuun yritykseen muodollinen velvoite.[612] Uskollisuusalennuksen tarkoituksena on poistaa ostajan hankintalähteitä koskeva valinnanmahdollisuus tai rajoittaa sitä sekä estää uusien kilpailijoiden markkinoille pääsyä avautuvilla markkinoilla.[613] Uskollisuusehto on kielletty, vaikkei asiakasta ole painostettu sellaista hyväksymään[614] tai vaikka ehtoon olisi päädytty asiakkaan aloitteesta.[615] Uskollisuusehto on kielletty, koska sellainen on omiaan heikentämään kilpailun rakennetta yhteismarkkinoilla.[616] Tapauksessa *British Plasterboard* yritys myönsi ylimääräisiä alennuksia niille asiakkaille, jotka sitoutuivat ostamaan koko tarpeensa määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. Alennukset peruttiin asiakkailta, jotka olivat aloittaneet kipsilevyjen tuonnin Espanjasta. Uudet alennukset kohdistettiin juuri niihin kipsilevyjen kokoihin, joita syntynyt tuonti koski. Määräävässä asemassa olevan yrityksen selkeänä tarkoituksena oli estää tuontia.[617] Varsin samantapaisesta väärinkäytöstä oli kysymys tapauksessa *Irish Sugar*.[618]

---

[611] Samalla kannalla esim. Whish (2001) s. 639.
[612] *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 89.
[613] *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 90.
[614] *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 89.
[615] *Almelo*, C-393/92, Kok. 1994 s. I-1477.
[616] *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 89.
[617] *British Plasterboard*, komission päätös 5.12.1988, EYVL 1989 L 10/50; *BPB Industries ja British Gypsym v. komissio*, T-65/89, Kok. 1993 s. II-389, C-310/93 P, Kok. 1995 s. I-865. Ks. uudemman käytännön osalta myös esim. *Hilti v. komissio*, Kok. 1991 s. II-1439, Kok. 1994 s. I-667 ja *Compagnie Maritime Belge Transports v. komissio*, T-24/93, Kok. 1996 s. II-1201. Ks. myös vanhempaa komission päätöstä *Napier Brown/British Sugar* (EYVL 1988 L 284/41), jossa kyse oli ns. ryhmäuskollisuusalennuksesta. British Sugar tarjosi ostoyhteenliittymän jäsenille huomattavia alennuksia, mikäli ne keskittäisivät ostonsa British Sugariin. Alennusten tarkoituksena oli ajaa pienempi kilpailija Napier Brown markkinoilta. Mikäli yksi ryhmän jäsenistä siirtäisi ostonsa muualle, muut ryhmän jäsenet joutuisivat maksamaan korkeampaa hintaa.
[618] Ks. *Irish Sugar v. komissio*, T-228/97, Kok. 1999 s. 2969, ks. erityisesti tuomion kohta 197.

Käytettäessä nk. *englantilaista lauseketta* asiakas, joka saa kilpailijoilta edullisempia hintatarjouksia, välittää tiedot tarjouksista sopijapuolelleen, jolla on oikeus vastata tarjouksiin. Englantilainen lauseke ei vähennä vaan pikemminkin lisää uskollisuusalennusten tuomittavuutta.[619] Määräävässä asemassa oleva yritys saa lausekkeen avulla tietoja markkinatilanteesta ja kilpailijoiden mahdollisuuksista ja aikomuksista. Saamiensa tietojen perusteella määräävässä asemassa oleva yritys voi ryhtyä markkina-asemansa puolustamisen vaatimiin toimenpiteisiin.[620]

EY:n komission ja tuomioistuimen käytännön valossa uskollisuusalennukset on kielletty lähes *per se* tyyppisenä kilpailunrajoituksena.[621] *Whish* kritisoi tätä todeten, että jokaisessa tapauksessa tulisi tutkia yksityiskohtaisesti alennuksen todelliset kilpailuvaikutukset. Kilpailuviranomaisen puuttuminen tulisi rajata niihin tilanteisiin, joissa kilpailun vääristymistä on havaittavissa.[622] Whishin kantaan voidaan sikäli yhtyä, ettei alennusten arviointi saa olla muodollisjuridista. Tässä mielessä vaikutuksiin on aina kiinnitettävä huomiota. Toisaalta kieltoperiaatteen ydinsisältöön kuuluu se, että kielletyt menettelytavat määritellään yleisesti. Kiellettävyys perustuu menettelyn keskimääräisiin haittoihin kilpailun toimivuudelle, ei niinkään vaikutuksiin yksittäistapauksessa. Whishin kannan hyväksyminen täysimääräisesti merkitsisi paluuta väärinkäyttöperiaatteeseen. Höytynä olisi suurempi joustavuus, haittana heikompi ennakkoestävyys ja ennakoitavuus sekä suuremmat asian selvittämiskustannukset.[623]

Uskollisuusalennukset ovat kiellettyjä myös kilpailunrajoituslain 7 §:n perusteella. *Mentula ym.* mainitsevat kilpailuviraston käytännöstä *Optiroc Oy*:n ns. ykköstuotealennuksen,[624] jota kilpailuvirasto piti kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 ja 5 kohtien vastaisena. Optiroc Oy:n ja keskusliikkeiden välillä oli sovittu mm. seuraavasta alennuksesta: "Mikäli yritys x panostaa kohdan 1 tuotteiden markkinointiin, varastointiin ja pitää ne ns. ykköstuotteina, myöntää Optiroc

---

[619] Ks. Schröter, GTE Art. 86, Rdnr. 170; Möschel (1997) s. 744.

[620] Ks. *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohdat 102–108.

[621] Bellamy ja Child (2001) viittaavat silloisen kilpailukomissaari Karel van Miertin lausuntoon Coca Cola Companyn jakelujärjestelmien tutkimusten yhteydessä: "Fidelity bonuses by dominant companies are simply not on." MEMO/99/42, 2.7.1999. Bellamy/Child s. 734, alaviite 73.

[622] Ks. Whish (2001) s. 640: "The test set out in paragraph 89 of *Hoffmann-La Roche* is a *per se* standard; however... it is arguable that the Commission should have to demonstrate that an alleged abuse would actually or potentially produce anti-competitive effects on the market. Rebates and similar practices are an important tool, making them particularly unsuitable for per se prohibition... Not every loyalty rebate or discount is attributable to the sinister motive of destroying competition; the structure of any particular scheme must be carefully considered in order to determine whether it really could have the effect of inducing loyalty."

[623] Tämän tutkimuksen tekijä ei näe suurta hyvinvointitappiota voivan syntyä yksittäistapauksissakaan siitä, että määräävässä asemassa olevilta yrityksiltä kielletään suhteellisen suoraviivaisesti uskollisuusalennusten käyttäminen. Tehokkuusedut saadaan esille myös kustannusperusteisesti porrastetuilla määräalennuksilla.

[624] *Optiroc Oy*, d:o 96/61/95, kilpailuviraston päätös 19.3.1997.

Oy y %:n suuruisen alennuksen, joka maksetaan seuraavan vuoden alussa." Kilpailuvirasto katsoi, että koska keskusliikkeiltä vaadittavia toimenpiteitä ei oltu yksilöity, ykköstuotealennus muodosti perusteettoman velvollisuuden kohdella muiden valmistajien tuotteita Optiroc Oy:n tuotteita huonommin.[625] Nähdäkseni kyse on pikemminkin siitä, että kuvatun kaltainen yksilöimätön alennusehto sitoo asiakkaan perusteettomasti määräävässä asemassa olevaan myyjään. Määräävässä asemassa oleva yritys saa asiakkaasta ikään kuin "niskalenkin" ja voi kilpailutilanteen mukaan myöhemmin yksilöidä, mitä alennuksen säilyttämiseksi jälleenmyyjältä edellytetään. Erotuksena EY-oikeudesta kilpailunrajoituslain perusteella alennusehtoihin on puututtu myös markkinavoimaisten yritysten osalta tilanteissa, joissa dominanssikynnys ei ylity. Tällöin normiperustana on vahingollisia vaikutuksia koskeva kilpailunrajoituslain 9 §:n yleislauseke. Kilpailuvirasto on puuttunut erityisesti kaupan keskusliikkeiden keskittämisalennuksiin, joiden se on katsonut lisäävän kohtuuttomasti ostouskollisuutta.[626] Kielteinen kanta on otettu myös kauttalaskutukseen, jonka perusteella keskusliike saa mahdollisuuden valvoa kauppiaan muualta suorittamia ostoja.

6.10.5.4 Tavoitealennukset

Tavoitealennuksella (target rebate) tarkoitetaan alennusta, jonka saaminen riippuu määräävässä asemassa olevan yrityksen asettaman osto- tai myyntitavoitteen saavuttamisesta. Tavoitteet asetetaan kunkin asiakkaan osalta yksilöllisesti. Tavoitealennuksen avulla määräävässä asemassa oleva yritys voi lisätä asiakkaan sidottuisuutta kulloisenkin kilpailutilanteen mukaan. Kuten uskollisuusalennuksessa, alennuksen määrä ei riipu ostomääristä. Tavoitealennukset rinnastetaan uskollisuusalennuksiin, sillä niillä on yleensä sama sitova vaikutus asiakkaan käyttäytymiseen.

> Tapauksessa *Michelin I* ranskalaisen rengasvalmistajan hollantilainen tytäryhtiö NBIM sitoi alennukset myyntitavoitteisiin, jotka asetettiin edellisen vuoden myyntilukujen perusteella. Alennusprosentteja ja myyntitavoitteita ei vahvistettu kirjallisesti, vaan myyjät pidettiin etenkin loppuvuodesta epätietoisuudessa ylimääräisen alennuksen täyttymisedellytyksistä.[627] Jälleenmyyjän piti lisätä ostojaan loppuvuodesta varmistaakseen alennuksen saamisen. EY:n tuomioistuin totesi, että Michelinin järjestelmä ei ole samanlainen kuin Hoffmann-La Rochen järjestelmä.[628] Tuomioistuin katsoi, että sen oli

---

[625] Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 101.

[626] Ks. esim. *Kesko Oy:tä* koskevia päätöksiä d:o 444/61/92, kilpailuviraston päätös 6.7.1993 ja d:o 294/61/93, kilpailuviraston päätös 27.12.1994.

[627] Ks. *Michelin I*, tuomion kohta 69.

[628] Ks. tuomion kohta 72.

ollut päätettävä, liittyikö Michelinin alennusjärjestelmään väärinkäyttöä, toisin sanoen aiheutuuko alennuksesta etua, jolle ei ole taloudellisia perusteita, jolloin alennus poistaa ostajien valinnanvapauden tai rajoittaa sitä.[629] Edelleen tuomioistuin totesi, että Michelinin alennusjärjestelmä, jossa vastineena asiakkaan tarpeiden mukaan asetettujen myyntitavoitteiden saavuttamisesta annettiin kunkin asiakkaan hankintojen perusteella määriteltyjä alennuksia koko vuoden ostoista, oli tällainen järjestelmä. Tuomioistuin päätteli, että tämä järjestelmä pikemminkin palkitsi uskollisuuden perusteella kuin liittyi kustannussäästöihin tai tavarantoimittajan varmistamiin lisäetuihin. EY:n tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että tavoitealennusjärjestelmä sitoi jälleenmyyjät määräävässä asemassa olevaan yritykseen suhteellisen pitkän viiteajanjakson aikana myytyjen määrien perusteella. Kun jälleenmyyjillä ei ollut tarkkaa tietoa alennusten määräytymisperusteista, ostajille syntyi paine toteuttaa tarpeellinen määrä hankintoja alennuksen saamiseksi. Tavoitealennus oli omiaan estämään jälleenmyyjiä valitsemasta markkinatilanteen mukaan edullisinta tarjousta ja vaihtamasta tavarantoimittajaa ilman huomattavia taloudellisia haittoja. Alennuksen suuruus ei määräytynyt "taloudellisesti perustellun vastasuorituksen" perusteella. Se rajoittaa näin jälleenmyyjien valinnan mahdollisuuksia ja vaikeuttaa kilpailijoiden pääsyä markkinoille.[630] Michelin-tuomion perusteella alennuksen läpinäkymättömyys on kilpailuvaikutuksia arvioitaessa raskauttava tekijä.[631] Läpinäkymättömyyteen kiinnitettiin huomiota myös kotimaisessa ratkaisussa *Teosto/YLE/MTV* (d:o 22/359/96).

Tapauksessa *Soda Ash II* kyse oli osin markkinoidenjakokartellista, osin määräävän aseman väärinkäytöstä. Solvay ja ICI olivat jakaneet kalsinoidun suolan markkinat keskenään sopimalla, että kumpikin yritys pitäytyy "perinteisellä" toiminta-alueellaan. Markkinoidenjako oli omiaan säilyttämään kummankin määräävän aseman kotikentällään. Määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin alennusehtoa, jossa ICI ja Solvay perivät normaalihintaa asiakkaan perustarpeesta, mutta myönsivät kärkialennuksen (top slice rebate) asiakkaan tarvitsemasta lisätarpeesta. Alennusehdon tarkoituksena oli varmistaa, että asiakas ostaa koko tarpeensa perinteiseltä toimittajalta. Ehdon kilpailua rajoittava vaikutus on ilmeinen, kun sitä tarkastellaan yhdessä markkinoidenjakojärjestelyn kanssa.[632]

---

[629] Tuomion kohta 73.

[630] Ks. tuomion kohdat 73–86.

[631] Näin esim. Whish (2001) s. 643. Michelin sai uuden seuraamusmaksun (19.76 milj. euroa) kesällä 2001 asiakasuskollisuutta lisäävistä alennusjärjestelmästä. Ks. komission lehdistötiedote IP/01/873, 20.6.2001.

[632] Ks. *Soda-Ash/Solvay*, EYVL 1991 L 152/21, komission päätöksen kohdat 50–55. Ks. myös *Soda-Ash/ICI*, EYVL 1991 L 152/40. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi komission päätöksen prosessuaalisella perusteella (puutteet komission päätösten allekirjoitusten autentisoimisessa). Ks. Kok. 1995 s. II-1825. EY:n tuomioistuin piti voimassa ensimmäisen asteen päätöksen. Ks. C-286/95 P (2000). Komissio antoi tämän jälkeen liki kymmenen vuotta myöhemmin saman päätöksen uudestaan. Ks. komission lehdistötiedote IP/00/1499, 13.12.2000.

Tapauksessa *Virgin/British Airways* komissio totesi, että British Airways (BA) oli väärinkäyttänyt määräävää asemaansa Yhdistyneen kuningaskunnan matkatoimistojen lentopalvelumarkkinoilla tarjoamalla matkatoimistoille provisioita, joiden suuruus määräytyi spesifioitujen myyntitavoitteiden perusteella. Päätös irtautuu *Michelin*-päätöksestä, jossa osa vahingollisesta vaikutuksesta aiheutui alennusjärjestelmän heikosta ennakoitavuudesta. Myös etukäteen tiedossa olevia tavoitealennuksia voidaan pitää väärinkäyttönä. EY:n komissio totesi, että päätöksissä *Hoffmann-La Roche* ja Michelin "luodaan periaate, jonka mukaan määräävässä asemassa oleva tavarantoimittaja voi myöntää *toiminnan tehostumiseen liittyviä alennuksia, esimerkiksi alennuksia suurista tilauksista, joiden ansiosta tavarantoimittaja voi valmistaa suuria tuote-eriä, muttei asiakasuskollisuutta edistäviä alennuksia tai kannustimia, joilla on esimerkiksi tarkoitus estää ostot määräävässä asemassa olevan tavarantoimittajan kilpailijalta.*"[633] Perustelussa korostetaan tehokkuusarvioinnin merkitystä. Komission mielestä BA:n provisiojärjestelmät liittyvät selkeästi pikemminkin uskollisuuteen kuin toiminnan tehostumiseen. Vaikka BA on osoittanut, että sen tehokkuus voi parantua, kun se toimii yhteistyössä sellaisen matkatoimiston kanssa, joka myy paljon lippuja, kyseiset provisiojärjestelmät eivät liity toiminnan tehostumiseen. Matkatoimisto, joka myy tehottomasti pienen määrän lippuja, voi ansaita enimmäisprovision, mikäli sen pieni myynti on kasvanut 25 prosenttia edellisvuoden myyntiin verrattuna. Samanaikaisesti matkatoimisto, jonka myynti on huomattavaa, ei saa ylimääräisiä provisioita vastineena BA:lle tuottamistaan mittakaavaeduista, ellei sen myynti lisäänny edellisvuoteen verrattuna.[634]

Kotimaisessa ratkaisussa *Ajasto Oy*[635] yhtiön todettiin syyllistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön hallitsemillaan kustannettujen kalenterien ja almanakkojen markkinoilla. Ajasto oli myöntänyt 3 %:n perusalennuksen niille asiakkailleen, joiden ennakkotilaus Ajastolta oli vähintään 70 % edellisen vuoden ostoista. Alennuksen saaminen edellytti, että asiakas ostaa vähintään sanot-

---

[633] Ks. *Virgin/British Airways*, komission päätöksen kohta 101. Kursivointi tämän tutkimuksen kirjoittajan.

[634] Komission päätöksessä alennuksen tavoitteena katsottiin olevan markkinoille pääsyn estämisen. BA:lla on perinteisesti ollut vahva asema Yhdistyneen kuningaskunnan lentoliikenteen markkinoilla, mikä on johtanut sen määräävään asemaan lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla. Koska uudet tulokkaat ja kilpailua sääntelevien esteiden poistaminen uhkasivat tätä voimakasta asemaa Yhdistyneen kuningaskunnan lentoliikennemarkkinoilla, BA käytti provisiojärjestelmäänsä palkitakseen uskollisuudesta välittömästi. Matkatoimistoja kannustettiin pysymään uskollisina BA:lle eikä myymään palvelujaan BA:n kilpailijoille tarjoamalla kokonaismyynnin koosta riippumattomia kannustimia, jotta ne pitäisivät BA-lippujen myyntinsä ennallaan tai lisäisivät sitä. EY:n komissio totesi, että tällaiset provisiojärjestelmät ovat määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäminä laittomia riippumatta siitä, onko matkatoimistoilla tai kilpailevilla lentoyhtiöillä mahdollisuuksia järjestelmien aiheuttamien vaikutusten minimointiin tai välttämiseen. Ks. komission päätöksen kohta 102. Whishin mukaan päätöstä on myös kritisoitu. Lentoliikenteessä kiinteät kustannukset ovat erityisen korkeat ja yhtiöiden intressissä on saada tyhjät paikat myytyä keinolla tai toisella. Ks. Whish (2001) s. 642. Päätöksestä oli tätä kirjoitettaessa valitettu ensimmäisen asteen tuomioistuimeen, *British Airways v. komissio*, T-219/99.

[635] *Ajasto Oy*, d:o 34/359/97, kilpailuneuvoston päätös 17.12.1998.

tua prosenttiosuutta koskevan osuuden tarpeestaan Ajastolta. Myös useimpien suurasiakkaiden osalta yhtiö oli sitonut perusalennuksen saamisen asiakaskohtaisesti asetettuun ennakkotilauksen määrään.

> Ajasto oli perustellut alennusta logistisilla seikoilla ja katsonut, että ennakkotilausten saaminen ja palkitseminen oli välttämätöntä kalenteriliiketoiminnan tehokkuuden edistämiseksi. Alan erityispiirre on myyntien kausiluonteisuus. Kilpailuneuvosto hyväksyi yhtiön kannan ennakkotilausten hyödyllisyydestä. Ennakkotilauksiin sidottu alennus ei sinänsä antanut aihetta huomautuksiin. Sen sijaan alennusten sitominen edellisen vuoden ostomääriin (uskollisuusalennus) tai niiden perusteella asetettuihin tavoitemääriin (tavoitealennus) on tyypillisesti lain 7 §:n 2 ja 4 kohdassa kielletty ehto. Ajaston käyttämät uskollisuus- ja tavoitealennukset olivat asiakkaita sitovien ja kilpailijoita poissulkevien vaikutustensa vuoksi "perustavaa laatua olevassa ristiriidassa kilpailunrajoituslain 7 §:n kanssa". Ajaston menettely oli vaikeuttanut uusien yrittäjien alallepääsyä ja vaihtoehtoisten jakelukanavien avautumista. Kilpailuneuvoston arvion mukaan menettelyllä oli pyritty estämään orastavaa kilpailua, jota oli syntynyt ns. kalenteriprivilegion poistamisen jälkeen. Kilpailuneuvostolle toimitetussa Ajaston sisäisessä muistiossa oli todettu muun ohella, että myyntiehtoja tarkistetaan, jotta jälleenmyyjien on entistä vaikeampaa sitoutua kilpailevien kustantajien valikoimiin: "Kilpailijoiden pääsy jakeluteihin pyritään estämään. Määräävää markkina-asemaa tulkitaan väljästi. Käytetään mahdollisuuksien mukaan yksinmyynti- ja yksinostosopimuksia". Myönnetyt alennukset ja hyvitykset olivat myös syrjineet asiakkaita keskenään.[636]

Ajasto-tapaus on tyypillinen esimerkki tilanteesta, jossa määräävässä asemassa oleva yritys ottaa käyttöön asiakasuskollisuutta lisäävän alennusjärjestelmän siinä vaiheessa, kun se saa varteenotettavan haastajan, joka uhkaa sen asemaa. Päätöksessä keskeistä on markkinoille pääsyn turvaaminen.[637] Myös

---

[636] Tavoitealennusten osalta ks. myös kilpailuviraston ratkaisuja *Abloy*, d:o 115/61/91, kilpailuviraston päätös 23.7.1993 sekä *Optiroc*, d:o 96/61/95, kilpailuviraston päätös 19.3.1997.

[637] Vrt. P. Virtanen (2001) (s. 426–427), joka esittää, että *Ajasto*-päätöksessä olisi tullut painottaa enemmän alennuksen sitovia vaikutuksia kuin mitä kilpailuneuvosto on tehnyt. Virtasen johtopäätös jää hämäräksi, sillä tosiasiassa kilpailuneuvoston päätöksessä kiinnitettiin keskeistä huomiota juuri asiakkaiden sitomiseen ja siitä seuraavaan pienemmän kilpailijan poissulkemiseen. Tämä ilmenee nähdäkseni täysin yksiselitteisesti kilpailuneuvoston päätöksestä, esim. jaksosta "3.5 Johtopäätöksiä", sivut 18–23. Ks. esim. s. 19–20: "Ajaston käyttämät uskollisuus- ja tavoitealennukset ovat asiakkaita sitovien ja kilpailijoita poissulkevien vaikutustensa vuoksi perustavaa laatua olevassa ristiriidassa kilpailunrajoituslain 7 §:n kanssa. Menettely on vaikeuttanut uusien yrittäjien alalle pääsyä ja vaihtoehtoisten jakelukanavien avautumista. Kilpailunrajoituksella on olennaista merkitystä etenkin niissä tapauksissa, joissa sitominen on kohdistunut keskusliikkeisiin ja jakeluketjuihin. Asiakkaiden toimintavapautta sitovat ehdot, jotka ehkäisevät tehokasta kilpailua, eivät ole hyvän kauppatavan mukaisia." Uskollisuus- ja tavoitealennusten keskeisenä tunnusmerkistönä on se, ettei alennuksia myönnetä asiakkaan aiheuttamien kustannusten, vaan asiakasuskollisuuden perusteella. Tästä johtuu, että asiakkaan sitomisen ja kilpailijan poissulkemisen ohella uskollisuus- ja tavoitealennus tyypillisesti syrjii saman määrän ostavia ja aiheuttamiltaan kustannuksilta samanveroisia asiakkaita keskenään. Tässä mielessä asiakkaan

KHO[638] katsoi, että myönnettävän alennuksen sitominen edellisen vuoden ostoihin ja alennuksen myöntäminen tavoitemäärien saavuttamisen perusteella ovat asiakkaita sitovina ja siten kilpailijoita poissulkevina toimenpiteinä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä lain 7 §:ssä kiellettyjä toimenpiteitä. Toiseksi kyse oli Ajaston asiakkaiden syrjimisestä keskenään. Ajasto ei ollut pystynyt perustelemaan kaikkia kilpailuviraston esimerkeissä esiintyviä asiakkaille myönnettyjen alennusten eroja seikoilla, jotka täyttäisivät määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelulle asetettavat kustannusvastaavuuden, selkeyden ja läpinäkyvyyden vaatimukset.[639]

6.10.5.5 Sitovat alennukset

Kiellettyjä ovat sitovat alennukset, joilla määräävässä asemassa oleva myyjä sitoo eri tuotemarkkinoille kuuluvia tuotteita yhteen. Usein kilpailluilla markkinoilla myytävä tuote sidotaan yhteen monopolituotteen kanssa. Menettelyn tarkoituksena on laajentaa määräävää asemaa muille markkinoille tai suojella keinotekoisesti saavutettuja asemia. Sitomisella voidaan myös käyttää hyväksi asiakkaan riippuvuutta. Täysimääräinen alennus saadaan vain silloin, kun koko tuotevalikoima ostetaan määräävässä asemassa olevalta yritykseltä.

---

syrjiminen ja kilpailijan poissulkeminen sidonnan avulla ovat näissä kilpailunrajoitustyypeissä saman kolikon kaksi puolta. Toisin kuin P. Virtanen väittää, mikään kilpailuneuvoston päätöksessä ei viittaa siihen, että määräävässä asemassa olevalta yritykseltä olisi kielletty yksilöllisten sopimusten käyttäminen. Eri asia on, että eriytettäessä hintoja prima facie samanlaisten asiakkaiden välillä määräävässä asemassa olevan yrityksen täytyy esittää hintojen eriyttämiselle kustannusperusteiset, tai muut kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävät syyt. Tällaisia syitä Ajasto ei ollut esittänyt: "Vaikka kilpailuneuvostokäsittelyssä on saatu selitys eräiden asiakkaiden erilaiseen kohteluun, kaikki erot eivät selity paljousalennuksella, funktionaalisella alennuksella tai muulla hyväksyttävällä syyllä. Alennusjärjestelmästä on puuttunut sellainen selkeys, läpinäkyvyys ja kustannusvastaavuus, jota Ajastolta määräävässä markkina-asemassa olevana yrityksenä voidaan edellyttää. Yhtiö ei ole noudattanut 1.1.1993 asiakkailleen ilmoittamaansa toimintalinjaa, jonka mukaan 'Samankaltaisille asiakkaille samanlaisissa kaupoissa myönnettävien alennusten ja muiden toimitusehtojen tulee olla yhtenevät'. Syrjintää on käytetty eräänä keinona orastavaa kilpailua vastaan." (kilpailuneuvoston päätös, s. 20–21.) Virtasen analyysissä yksittäisiä lauseita irrotetaan asiayhteydestään ja niitä tulkitaan tavalla, joka on ristiriidassa päätöksen sisällön kanssa. Edellä korpustekstissä on kuvattu päätöksen keskeisimmät piirteet. Virtanen toteaa vielä (s. 427), että Kuoppamäen kanta, jonka mukaan määräävässä asemassa oleva yritys ei saa keinotekoisesti pyrkiä vääristämään erisuuruisten asiakkaiden välistä kilpailua, on sinänsä järkevä, mutta sen toteuttamiskelpoisuutta voidaan epäillä, koska suurilla yrityksillä ei voi olla velvollisuutta tukea pienempiä asiakkaitaan esim. jättämällä antamatta kustannusperusteinen alennus. Tähän on todettava, etten mainitussa teoksessa (Kuoppamäki 2000) tai missään muuallakaan ole esittänyt, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saisi myöntää kustannusperusteisia alennuksia. Kuten yleisesti tunnettua, olen päinvastaisella kannalla. Termi keinotekoisesti tarkoittaa juuri sitä, ettei alennus ole kustannusperusteinen, mikä kyllä selviää asiayhteydestä.

[638] *Ajasto Osakeyhtiö*, KHO:n päätös 22.8.2001, taltio 1909, diaarinumero 3590/1/99.

[639] Ks. KHO:n päätös, s. 4–5.

Sitovat alennukset, jotka määräytyvät asiakkaan usean hyödykkeen kokonaisostojen perusteella, voidaan rinnastaa 82 artiklan alakohtaan d), jossa kielletään "sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen." Sitovat alennukset ovat nimenomaista sidontaehtoa pehmeämpi tapa, sillä asiakkaalle jätetään vaihtoehto ostaa hyödykkeitä erikseen, mutta kalliimmalla hinnalla. Tilanteissa, joissa kaupan marginaalit ovat pieniä, tämä periaatteellisesti merkittävä ero voi kuitenkin supistua lähes semanttiseksi. Sitovilla alennuksilla voi olla varsin samankaltaisia vaikutuksia kuin nimenomaisella kytkykaupalla.[640] Sidonnan tapaan siihen rinnastettavaa alennusehtoa voidaan puolustaa hyödykkeiden yhteistoimituksiin liittyvillä kustannussäästöillä. Määräävässä asemassa olevan yrityksen logistiikka- ja muiden säästöjen ohella huomiota on kuitenkin kiinnitettävä myös asiakkaiden valinnanvapauden kaventumiseen ja ennen muuta kilpailuprosessin häiriintymiseen. Määräävän asemassa olevan yrityksen saamat kustannussäästöt eivät riitä tehokkuuspuolustukseksi, jos samat tehokkuushyödyt voidaan saavuttaa jollain muulla kilpailua vähemmän rajoittavalla alennusehdolla, esimerkiksi kustannusperusteisella määräalennuksella.

Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* EY:n tuomioistuin piti väärinkäyttönä sitä, että alennukset laskettiin kaikkien eri hyödykemarkkinoille kuuluvien vitamiinien yhteisostojen perusteella. Alennus esti asiakasta ostamasta tiettyä vitamiinilajia kilpailijalta.[641] Tapauksessa *Eurofix-Bauco/Hilti* väärinkäyttönä pidettiin sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys alensi niiden asiakkaiden alennuksia, jotka ostivat naulapistooleihin nauloja kilpailevalta valmistajalta.[642] Tapauksessa *Tetra Pak II* hyödykkeet hinnoiteltiin sitovasti, jotta pakkauskoneita ostavat asiakkaat ostaisivat myös huoltopalvelut määräävässä asemassa olevalta yritykseltä.[643] *Digital*-tapauksessa yrityksen hinnat olivat edullisemmat siinä vaihtoehdossa, jossa asiakas ostaa ohjelmat ja huoltopalvelut nipussa. Tätä sopimusehtoa pidettiin sekä EY:n komission että Suomen kilpailuviraston taholta sitovana. Tapaus kuitenkin saatiin ratkaistua sovinnollisesti sekä Suomen kilpailuneuvostossa[644] että myöhemmin EY:n komissiossa.[645] Puhtaasti kilpailuoikeudellisen tiedonintressin näkökulmasta tämä on sääli, sillä tapaus sisälsi

---

[640] Ks. esim. komission päätöstä tapauksessa *British Sugar/Napier Brown*, EYVL 1988 L 284/41, päätöksen kohta 74. Ks. myös *Soda-Solvay*, EYVL 1991 L 152/21, päätöksen kohta 55.

[641] Ks. *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohdat 110 ja 111.

[642] Ks. EYVL 1988 L 65/19, komission päätöksen kohta 75; *Hilti v. komissio*, T-30/89, Kok. 1991 s. II-1439; C-53/92 P, Kok. 1994 s. I-667.

[643] EYVL 1992 L 72/1; *Tetra Pak International v. komissio*, T-83/91, Kok. 1994 II-755; C-333/94, Kok. 1996 s. I-5951.

[644] Ks. *Digital Equipment Corporation Oy*, d:o 4/359/92, kilpailuneuvoston päätös 13.10.1993, Kuoppamäki (1996) s. 92–121.

[645] Ks. 27. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1997) s. 153–154.

mielenkiintoisia hyödykkeiden niputtamiseen (bundling) liittyviä oikeuskysymyksiä.[646]

Tapauksessa *Coca Cola/San Pellegrino*[647] komissio hyväksyi mukavuuskirjeellä eri pullokokoja koskevan yhteisalennuksen, kun alennusten laskenta-aika jäi enimmillään kolmen kuukauden jaksoihin.[648] Ajalla on merkitystä erityisesti yksinomaisuusehtojen ja niihin rinnastuvien alennusehtojen, esim. alennusten laskentajakson arvioinnissa. Mitä lyhyempi aika on, sitä pienempiä kilpailuhaitat *ceteris paribus* ovat. Mitä pidemmäksi aikaa asiakas tulee sidotuksi, sitä todennäköisemmin sopimusehto on 82 artiklan vastainen. Luonteeltaan sitovien alennusten arviointi pelkästään ajan perusteella ei vakuuta, sillä varsin monessa tapauksessa heti laskenta-ajan jälkeen tehdään uusi sopimus. Aikaan perustuva mahdollisuus irtautua sopimuksesta ei ratkaise mitään, jos sidottuisuus aiheutuu määräävässä asemassa olevan yrityksen koko sortimentin niputtamisesta yhteen. Laskenta-ajan pituudella on vaikutusta asiakkaan sitoutumisen pituuteen (asiakasuskollisuus), ei sen sijaan siihen, että eri hyödykemarkkinoille kuuluvat hyödykkeet tulevat sidotuiksi yhteen (vipuvarsivaikutus). Tästä syystä kilpailuneuvosto ei hyväksynyt laskenta-aikaan perustuvaa puolustusta tapauksessa *Valio III*. Vaikka laskenta-aika olisikin lyhyt, sidontavaikutus voi olla voimakas, esim. jos toimitussopimus tehdään pitkäksi aikaa tai kerran valittua toimittajaa ei helposti vaihdeta.

Kilpailuneuvosto tuomitsi *Valio Oy:n*[649] maksamaan seuraamusmaksua, koska Valio oli käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa valtakunnallisilla nestemaitotuotteiden markkinoilla (maidot, kermat ja piimät). Väärinkäytön jatkaminen tai sen uudistaminen kiellettiin. Valio sovelsi alennustaulukkoa,[650] jonka perusteella kauppiaalle myönnettiin alennusta maitonesteiden tukkuhinnoista. Alennus laskettiin kaikkien Valion toimittamien tuotteiden keskimääräisen arvon perusteella. Kuitenkin alennus maksettiin vain nestemaitotuotteista. Saadakseen täysimääräisen alennuksen kauppiaan tuli keskittää kaikkien maitotuotteiden ostot Valioon, eli ostaa maitonesteiden ohella myös juustot, rasvat

---

[646] Ks. kirjallisuuden osalta Dolmans/Pickering (1998). Artikkeliin on liitetty kopio Digital Equipment Corporationin komissiolle antamasta sitoumuksesta, jolla asian käsittely komissiossa päätettiin.

[647] Ks. 29 kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1989), kohta 50.

[648] On todettava, ettei kyse ollut varsinaisesta sitovasta alennuksessa, sillä lopulta sallittu alennus kohdistuu saman kolajuoman erilaisiin pakkaustapoihin. Coca Colan tytäryhtiöllä oli aikaisemmin ollut käytössä Italiassa alennusjärjestelmä, jonka saaminen oli sidottu siihen, että jälleenmyyjä myy vain Coca Colaa. Komissio vaati tämän ehdon poistamista. Sallittuna ei pidetty myöskään tavoitealennusta eikä yhteisostoihin sidottua alennusta, joka on sidoksissa siihen, ostaako asiakas Coca Colan lisäksi muita saman valmistajan juomia. Ks. *Coca Cola*, komission lehdistötiedote IP (88) 615, 13.10.1988; kilpailupolitiikkaa koskeva 19. kertomus (1989); *Coca Cola Export Settlement*, IP (90) 7, 9.1.1990. tapausta käsittelevät myös Mentula, Pokale ja Saraste (1998) s. 108–109.

[649] *Valio III*, d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.

[650] Alennustaulukkoa sovellettiin 1.1.1995–1.9.1996 välisenä aikana.

ja jäätelöt Valiolta. Alennustaulukko sitoi asiakkaita Valioon ja sulki Valion pienempiä kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Samoja vaikutuksia oli ollut kauppiaan kokonaisostojen perusteella myönnetyllä markkinointirahalla, joka oli osittain myös syrjinyt kauppiaita keskenään. Arvioitaessa kilpailuoikeudellisesti järjestelmään asiakkaan sidonnan ohella sisältyvää eri tuotteiden sidontaa toisiinsa, ei sellaisilla puhtaissa asiakkaan sidontatilanteissa merkityksellisillä seikoilla kuin alennuksen kertymisajan pituudella ja nimenomaisen yksinostovelvollisuuden puuttumisella ollut ratkaisevaa merkitystä. Kun järjestelmä tosiasiallisesti sitoi kahden erillisen hyödykkeen toimitukset kielletyllä tavalla toisiinsa, ei myöskään sillä seikalla, että järjestelmällä oli samanaikaisesti tavoiteltu ja osin saavutettukin kustannuksien alentumista, ollut kilpailuoikeudellisesti sellaista ratkaisevaa vaikutusta, että alennustaulukon käyttö ja siten myös kahden erillisen hyödykeryhmän toimitusten sitominen toisiinsa olisi ollut sallittua.

> Kyseessä on toistaiseksi ainoa tapaus, jossa kilpailuneuvosto on korottanut kilpailuviraston seuraamusmaksun tasoa koskevaa esitystä.[651] Kilpailuneuvosto otti raskauttavana tekijänä huomioon sen, että kyse on yleisesti tuomitusta, myös EY:n kilpailuoikeudessa kielletystä väärinkäyttömuodosta. Valion hyväksi oli toisaalta luettava se, että yhtiö oli ennen alennustaulukon käyttöönottoa pyrkinyt saamaan kilpailuviraston kannanoton taulukon hyväksyttävyyteen. Viraston esitysluonnoksen saatuaan yhtiö oli ilmoittanut lopettavansa väärinkäytön, joskin vasta siirtymäajan jälkeen. Yhtiö on myös edesauttanut asian selvittämistä. KHO vahvisti kilpailuneuvoston päätöksen lopputuloksen.[652]

Tapauksen *Valio III* avulla voidaan kuvata myös sitä, miten EY:n kilpailuoikeus vaikuttaa konkreettisesti kansallisen lain soveltamiseen. Edellä on todettu Valion 1.1.1995 käyttöönottaman alennustaulukon täyttäneen kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 ja 4 kohtien tunnusmerkistön. Kilpailuneuvosto totesi, että kilpailunrajoituslain 7 §:n nojalla omaksuttu laintulkinta ei myöskään eroa siitä, mihin päädyttäisiin Rooman sopimuksen 86 artiklan (nyk. 82 artikla) perusteella.

Kilpailuneuvosto katsoi Valion tavoin, ettei kyseessä ole varsinainen uskollisuusalennus, jota koskee muun ohella EY-tuomioistuimen *Hoffmann-La Roche* -päätös.[653] Varsinaisten uskollisuusalennuksen lisäksi EY:n käytännössä on voitu puututtua muun ohella sellaisiin sitoviin alennuskäytäntöihin, joissa määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämät alennukset määräytyvät eri hyödykemarkkinoihin kuuluvien tuotteiden kokonaisostojen perusteella. Tämä käy välillisesti ilmi jo edellä siteeratusta päätöksestä.[654] Kilpailuviraston mainit-

---

[651] Kilpailuvirasto oli esittänyt 3 miljoonan maksua, mutta kilpailuneuvosto määräsi 5 miljoonan markan seuraamusmaksun.
[652] KHO 11.11.1998, taltio 2498, 3482/1/97.
[653] Asia 85/76, Kok. 1979 s.461.
[654] *Hoffmann-La Roche*, tuomion kohta 111.

seman *Coca Cola Export* -tapauksen[655] ohella vastaavantyyppinen alennuskäytäntö on kielletty yhtenä väärinkäyttömuotona laajassa *Tetra Pak II* -tapauksessa, jossa annetun komission päätöksen[656] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[657] ja EY-tuomioistuin[658] ovat vahvistaneet. Toisaalta käänteisesti *Hilti*-tapauksessa[659] väärinkäyttönä pidettiin muun ohella sitä, että alennuksia (ja takuuehtoja) heikennettiin, jos asiakas ei ostanut eri tuotemarkkinoihin kuuluvia tuotteita yhdessä vaan osti niistä vain osan. Toimitusehtojen mahdollinen 82 artiklan vastaisuus arvioidaan kokonaisarvostelun pohjalta. Edellä käsitellyn kaltainen nestemaitotuotteiden ja muiden maitotuotteiden sitominen yhteen alennustaulukossa epäilemättä täyttäisi myös 82 artiklan tunnusmerkistön.

Valio oli kirjelmissään katsonut, ettei myönnettyä markkinointitukea voitaisi pitää kiellettynä myöskään Rooman sopimuksen 82 artiklan perusteella. Kilpailuneuvosto totesi, että kokonaisostojen perusteella myönnettävää markkinointitukea on myös EY:n käytännössä pidetty 82 artiklan vastaisena määräävän aseman väärinkäyttönä. Esimerkiksi tapauksessa *British Plasterboard*[660] väärinkäyttönä pidettiin markkinointitukea, jota myönnettiin asiakkaan ostaessa koko tarpeensa määräävässä asemassa olevalta yritykseltä. Komission päätöksen mukaan markkinointitukea tarjottiin kilpailutilanteessa valikoiduille asiakkaille sen sijaan, että tuki olisi perustunut johdonmukaiseen ja yhdenvertaisesti sovellettuun käytäntöön. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen mukaan väärinkäyttöä ei poistanut se, että markkinointituen myöntäminen on sallittua ja tavanomaista yksinomaisten jakelusopimusten yhteydessä silloin kun valmistajalla ei ole määräävää asemaa, eikä se, että tukea myönnettiin asiakkaiden vaatimuksesta. Asiassa ei ollut tarpeen ottaa kantaa siihen, oliko kyse varsinaisesta yksinomaisuusehdosta, kun markkinointirahan saaminen joka tapauksessa käytännössä oli edellyttänyt koko tarpeen tai suurimman osan ostamista vastaajayhtiöiltä. Olennaista oli tuen sitovuus. Valion myöntämällä markkinointituella oli yhtymäkohtia edellä mainittuun tapaukseen, joskin yksityiskohdissa on eroja.

Vertailtaessa kilpailuoikeudellisia tapauksia keskenään olennaista ei niinkään ole yksityiskohtien vastaavuus, joissa yleensä aina on eroa. Arvioitaessa alennusjärjestelmän sitovuutta ratkaisevaa ei ole yksittäiselle sopimusehdolle annettu juridinen muoto vaan tarjottujen alennusten, tukien ja muiden ehtojen muodostama kokonaisuus. Olennaista sekä Suomen että EY:n käytännön nojalla on yhtäältä tuen tai alennuksen myöntämisperuste sekä toisaalta markkinoil-

---

[655] 19. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 1990, kohta 50.
[656] EYVL 1992 L 72/1, erityisesti komission päätöksen 3 artiklan 3 kohta, s. 72.
[657] T-83/91.
[658] C-333/94P.
[659] EYVL 1988 L 65/19; T-30/89, Kok. 1991 II-1439 ja C-53/92P, Kok. 1994 s. I-667.
[660] EYVL 1989 L 10/50; T-29/92 ja C-310/93P.

la ilmenneet tai odotettavissa olevat käytännön vaikutukset. Kilpailuneuvoston arvion mukaan käsillä olevassa ja edellä siteeratussa EY:n tapauksessa tuen myöntämisen perusteet ja seuraukset olivat vastanneet toisiaan.

Kilpailuneuvosto sovelsi varsin yksityiskohtaisesti EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä antaessaan merkityssisältöä kilpailunrajoituslain 7 §:n hintasyrjintää koskeville säännöksille. Voidaan todeta, että *kilpailuneuvosto sovelsi epäsuoraan silloista 86, nykyistä 82 artiklaa antaen sille tulkintavaikutuksen kansallisen lainsäädännön soveltamisessa.* KHO meni asiassa vielä pidemmälle. "*Valio oli syyllistynyt* kilpailunrajoituksista annetun lain 7 §:n 2 ja 4 kohdissa ja *Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 86 artiklassa kiellettyyn määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön* myöntäessään nestemaitotuotteista alennuksia 1.1.1995 käyttöön ottamansa alennustaulukon perusteella."[661] KHO siten sovelsi suoraan 86 artiklaa todetessaan nimenomaisesti, että Valio oli syyllistynyt kotimaisen lain rikkomisen ohella myös 82 artiklassa tarkoitettuun määräävään aseman väärinkäyttöön. RS 82 artikla vaikutti myös seuraamusmaksun määrään. Kilpailuneuvosto otti maksua harkitessaan yhtenä tekijänä huomioon sen, että kyse oli myös 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön perusteella selvästi kielletystä väärinkäyttömuodosta ja KHO päätyi samalle kannalle.[662]

---

[661] KHO 11.11.1998 T 2498/1998 ATK vuosikirja. Kursivointi tämän tutkimuksen tekijän.

[662] KHO:n maksun tasoa koskevat perustelut olivat seuraavat: "Valion menettelyissä oli kysymys asiakkaan sidonnasta yhdistyneenä eri tuotteiden myynnin sitomiseen toisiinsa sekä osittain erilaisten kauppaehtojen soveltamisesta samanlaisiin asiakkaisiin. Kysymys oli siten menettelyistä, jotka olivat määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä selkeästi kiellettyjä sekä kansallisen että Euroopan yhteisöjen kilpailuoikeuden mukaan. Näistä menettelyistä alennustaulukko oli ollut käytössä valtakunnallisesti. Valio, jonka liikevaihto vuonna 1994 oli ollut noin 8,5 miljardia markkaa ja markkinaosuus Suomen nestemaitomarkkinoilla vuonna 1994 noin 90 prosenttia, vuonna 1995 noin 80 prosenttia ja vuonna 1996 noin 70 prosenttia oli tietoisena omasta määräävästä markkina-asemastaan ottanut käyttöön kysymyksessä olevat menettelyt siinä vaiheessa, kun sen hallitsemilla nestemaitomarkkinoilla oli syntynyt kilpailua. Menettelyt olivat vaikeuttaneet kilpailijoiden toimintaa. Alennustaulukko on ollut käytössä 20 kuukauden ajan. Valion kohdalla kilpailunrajoituksista annetun lain 8 §:n 2 momentin mukaisen normaaliasteikon ylittävän seuraamusmaksun enimmäismäärä vuoden 1994 liikevaihdon perusteella laskettuna olisi ollut noin 850 miljoonaa markkaa. Kilpailuneuvoston määräämä viiden miljoonan markan seuraamusmaksu oli siten vain murto-osa maksun enimmäismäärästä. Kun otettiin huomioon kilpailunrajoitusten laatu ja laajuus sekä Valion liikevaihdon suuruus sekä erityisesti Valion asemasta ja kilpailutilanteesta johtuva kilpailunrajoitusten ilmeinen laaja-alaisuus korkein hallinto-oikeus katsoi, että huolimatta siitä, että Valio oli itse ilmoittanut alennustaulukon käyttöönotosta kilpailuvirastolle ja että Valio oli, tosin käytettyään alennustaulukkoa 20 kuukauden ajan, lopettanut alennustaulukon soveltamisen jo ennen kilpailuneuvoston päätöstä, kilpailuneuvosto oli voinut määrätä Valiolle laissa säädetyn normaaliasteikon ylittävän mutta selvästi alle 10 prosenttia Valion liikevaihdosta olevan 5 milj. mk:n seuraamusmaksun." Ks. edellinen alaviite. Perustelut viittaavat siihen, että merkittävästi korkeampikin kuin kilpailuneuvoston määräämä 5 miljoonan maksu olisi tullut kyseeseen. Kilpailuviraston esityksen osalta täytyy kysyä, missä suhteessa Neste Oy:lle lopulta esitetty 100 miljoonaa on Valiolle esitettyyn 3 miljoonaan. Neste Oy:n liikevaihto oli Valiota suurempi, mutta Valion tapauksessa 7 §:n rikkomus oli olennaisesti selvempi, mitä osoittaa sekin, ettei kilpailuvirasto ensin esittänyt lainkaan seuraamusmaksua

Kilpailuneuvosto kielsi *Päijät-Hämeen Puhelinosuuskuntaa ja Päijät-Hämeen Puhelin Oy:tä* soveltamasta ns. omistaja-alennusta paikallistelemarkkinoilla.[663] Osuuskunta, aikaisemmin yhdistys, oli myöntänyt lankapuhelimen perusmaksusta po. alennusta pelkästään osuuskunnan, vastaavasti yhdistyksen jäsenyyden perusteella. Kun alennus myönnettiin ilman kustannusvastaavuutta, mahdolliset kilpailijat eivät voineet tappiotta myöntää vastaavia alennuksia. Sopimusehto kiellettiin, koska se kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 ja 4 kohtien määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon vastaisesti sitoi asiakkaita yhteen teleoperaattoriin ja vaikeutti kilpailevien yritysten markkinoille pääsyä. Kustannusvastaamaton alennus oli lisäksi suhteessa asiakkaisiin syrjivä. Paikalliset puhelinyhtiöt ovat perinteisesti suorittaneet ylijäämän jakoa jäsenilleen puhelinliittymän kuukausittaisen perusmaksun alennuksena. Enemmistö paikallisista puhelinyhtiöistä oli sittemmin luopunut omistaja-alennuskäytännöstä kilpailuviraston vaatimuksesta, mutta se oli edelleen käytössä useissa puhelinyhtiöissä. Tapauksella oli siten laajempaa prejudikaattiarvoa.

> Kilpailuneuvosto katsoi päätöksessään, että perinteistä omistaja-alennusjärjestelmää on tarkasteltava suhteessa telemarkkinoiden muutoksiin. Viime vuosisadan alusta voimassa ollut lakisääteinen monopoli alueellisille puhelinyhdistyksille on vuoden 1994 alusta kumottu. Monopolijärjestelmän tilalle on pyritty aikaansaamaan telepalvelujen tarjoajien välistä kilpailua. EY:n direktiiveihin perustuvassa vuoden 1997 telemarkkinalaissa edellytettiin paikallisverkkojen avaamista kilpailijoille kustannusvastaavalla vuokralla sekä verkkoliiketoiminnan ja telepalvelutoiminnan eriyttämistä. Paikalliskilpailu ei kuitenkaan päätöstä annettaessa ollut päässyt riittävästi toteutumaan. Yleisesti oli havaittavissa, että entiset paikallismonopolistit olivat säilyttäneet

---

Nesteelle tapauksen tulkinnallisuuden ja Neste Oy:n osoittaman yhteistyökyvyn vuoksi. Valion alhaista esitystasoa voitaisiin perustella Neste Oy:n tapauksessa määrätyllä 2 miljoonan maksulla. Toisaalta kun väärinkäyttö oli olennaisesti selvempää viraston oman esityksenkin perusteella, tämän ei olisi pitänyt estää Valio-tapauksen arvioimista ankarammin. Mm. nämä tapaukset ovat nostaneet esille puheet – "pohjoismaisesta sakkotasosta", mistä puuttuu riittävä analyyttisuus. Seuraamusmaksupäätöksiä verrattaessa tulee kiinnittää huomiota mm. yrityksen liikevaihtoon, menettelyn räikeyteen, menettelyn kestoon, aiheutettuun vahinkoon, siihen kuinka suuren osan kilpailunrajoituksista virasto on näyttänyt toteen, onko virasto menestynyt juridisessa argumentaatiossa, lieventävät seikat, kilpailuviranomaisen oma menettely tapauksen selvittämisessä, oikeuskäytännön selvyys kilpailunrajoituksen tapahtuessa, myötävaikutus asian selvittämiseen tms. Jos vain verrataan kilpailuviraston esitystä ja tuomioistuimen päätöksen lopputulosta, voidaan päätyä täysin virheellisiin tulkintoihin seuraamusmaksun luonteesta ja tasosta. Päätös on voinut mennä esim. osittain nurin esim. sillä perusteella, ettei kilpailunrajoitusta ole pystytty näyttämään toteen tai oikeudellinen analyysi on ollut virheellinen. Tarkoitus ei ole väittää että tuomioistuimen päätökset ovat "oikeita" ja kilpailuviranomaisen kannat "vääriä", vaan ainoastaan, että seuraamusmaksukysymyksen käsittely edellyttäisi tieteellisempää lähestymistapaa, kuin mihin Suomessa tähän mennessä on päästy. On samalla syytä keskustella myös siitä, miten hyvin esim. 5 miljoonan maksu 5 miljardin markkinoilla toimii yleisestävästi.

[663] *Päijät-Hämeen Puhelinosuuskunta*(sittemmin Oy), d:o 69/690/99, kilpailuneuvoston päätös 14.12.2000.

perinteisillä toimialueillaan yli 90 %:n markkinaosuuden. Yhtenä esteenä on ollut omistaja-alennusjärjestelmä.[664]

Telemarkkinoiden vapauttamisen ja paikallistelemarkkinoiden kilpailuperiaatteen seurauksena muuttuneessa markkinatilanteessa omistaja-alennuksia ei voitu pitää kilpailulainsäädännön mukaan hyväksyttävinä. Omistajille myönnettävät alennukset muodostivat esteen uusien toimijoiden markkinoille pääsylle ja rajoittavat kilpailua. Lisääntyvä paikalliskilpailu koituu kuluttajien eduksi alempina hintoina, parempana palvelujen saatavuutena ja kokonaan uusina hyödykevaihtoehtoina. Kilpailunrajoituslaki ei estä osuuskuntaa tai muussakaan muodossa toimivaa yritystä jakamasta toiminnan tuottoa omistajilleen tai jäsenilleen. Jaon tulee kuitenkin tapahtua kilpailuneutraalilla tavalla ilman, että sillä aikaansaadaan kilpailunrajoituksia ja vaikeuttamatta kilpailevien yritysten markkinoille pääsyä. Jäsenten sijoittamalle pääomalle voidaan maksaa korkoa vähemmän kilpailua rajoittavalla tavalla kuin sitomalla omistajuudesta saatava tuotto liittymän perusmaksuun.[665]

PHP-tapauksen avainsana on EY-oikeuden edellyttämä *markkinoille pääsy*. Omistaja-alennus on ollut täysin hyväksyttävä ja rationaali tapa rahoittaa televerkkojen rakentaminen. Puhelimen käyttäjiä houkuteltiin omistaja-osakkaiksi tarjoamalla alennusta puhelinmaksuista. Alennuksen myöntämistä kiinteästä maksusta voidaan perustella sillä, että alennus on helppo laskea ja se peritään käytöstä riippumatta. Näin alennus saadaan hyvitettyä kaikille asiakkaille omistuksen suhteessa riippumatta siitä, kuinka paljon puheluita soitetaan. Omistajaehdosta ei ollut haittaa niin kauan, kuin puhelinyhtiöiden toiminta perustui paikallisille monopoleille. EY:n direktiiveistä ja telemarkkinalaista ilmenevä pyrkimys markkinoiden avaamiseen ajoi alennusten alkuperäisen ration edelle.[666] Vaikkei osuuskunnalle tyypillisiä omistaja-alennuksia kaikissa

---

[664] Nähdäkseni olennaisesti merkittävämpänä syynä oli pidettävä *Elisan, Turun Puhelimen ja Salon Seudun puhelimen* tapauksissa myöhemmin tuomituksi tullutta ns. kaksoishinnoittelua. Luonnollisesti paikalliskilpailun syntymiseen vaikuttavat kilpailunrajoitusten ohella muutkin seikat, kuten paikallispuhelintoimintaan liittyvät kasvuodotukset.

[665] Kilpailuneuvosto katsoi, ettei Päijät-Hämeen Puhelin Oy:lle (PHP) ollut syytä määrätä seuraamusmaksua, koska ehdon kilpailuoikeudellinen arviointi oli ollut tulkinnanvaraista. Itse ehdon ohella tulkintaa liittyi muuttuvan markkinatilanteen arviointiin. PHP:llä oli ollut perusteltu syy saattaa asia kilpailuneuvoston tutkittavaksi. Kilpailun turvaaminen edellyttää kuitenkin uhkasakon asettamista. Kilpailuneuvosto määräsi Päijät-Hämeen Puhelinosuuskunnan ja PHP:n lopettamaan edellä tarkoitetun kilpailunrajoituslain 7 §:n 2 ja 4 kohtien vastaisen menettelyn 2.000.000 markan suuruisen sakon uhalla. Päätös tulee tältä osin voimaan kahden kuukauden kuluttua kilpailuneuvoston päätöksen tiedoksisaamisesta. PHP valitti kilpailuneuvoston päätöksestä KHO:een. KHO hylkäsi täytäntöönpanokieltoa koskevan vaatimuksen mutta pidensi hinnaston muuttamiselle varattua määräaikaa parilla kuukaudella. KHO hylkäsi PHP:n valituksen kesällä 2001. Ks. KHO:n päätös 15.8.2001, taltio 1851, diaarinumero 240/2/01, vuosikirja.

[666] Nähdäkseni harhaanjohtavan tapausselostuksen esittää P. Virtanen (2001) s. 428–429, joka väittää, että kilpailuneuvosto olisi painottanut päätöksessä kustannusvastaavuutta ja asiakkaiden syrjintää sen sijaan, että huomiota olisi kiinnitetty alennuksen markkinoille pääsyä estävään vaikutukseen. Todellisuudessa kilpailuneuvoston päätös sisältää laajan yhteenvetojakson, jossa korostetaan nimenomaan markkinoille pääsyä. Päätöksen olennainen sisältö tuodaan esille korpustekstissä.

tilanteissa voida pitää määräävän aseman väärinkäyttönä,[667] osuuskunta-ajatus on sovitettava yhteen muuttuneen kilpailulainsäädännön vaatimusten kanssa. Kilpailuoikeudessa kohdellaan kaikkia yhtiömuotoja yhdenvertaisesti. Näin ollen osuuskuntamuoto ei riittänyt perusteeksi sitovalle alennusehdolle.

6.11 SAALISTUSHINNOITTELU

Klassillisen esimerkin kilpailijan markkinoilta poistumiseen tähtäävästä kilpailustrategiasta tarjoaa saalistushinnoittelu *(predatory pricing)*. Saalistushinnoittelulla tarkoitetaan yleisesti menettelytapaa, jossa määräävässä asemassa oleva yritys hinnoittelee hyödykkeen alle tuotantokustannusten. Alihinnoittelulla pyritään kilpailijan keinotekoiseen poissulkemiseen tai vakavaan heikentämiseen. Markkinoiden valtaamisen jälkeen saalistaja voi nostaa hintoja. Saalistushinnoittelun yleisiä tunnusmerkkejä ovat

1) selektiivinen hinnanalennus,
2) hintojen laskeminen tasolle, joka on yritykselle kannattamatonta,
3) toimenpiteiden kohdistaminen tiettyyn kilpailijaan ja
4) hinnanalennuksen kompensoituminen kilpailun rajoittumisesta saatavalla hyödyllä.

Perinteisen epäsymmetristä rahoitusasemaa koskevan saalistusteorian mukaan saalistamisella pyritään "kuristamaan" pienempi kilpailija hengiltä. Määräävässä asemassa oleva yritys alihinnoittelee pienemmät kilpailijat hengiltä. Yhdysvalloissa viitataan usein *John D. Rockefellerin* luoman *Standard Oil* -yhtiön toimintaan, joka vuosien 1870 ja 1899 välisenä aikana valtasi markkinat mm. pakottamalla itsenäiset öljyntuottajat valtaansa mm. saalistushinnoittelun avulla. Yritys hallitsi enimmillään noin 90–95 %:n osuutta Yhdysvaltain markkinoista, ennen kuin se lopulta pilkottiin 1911 korkeimman oikeuden päätöksellä. Saalistamisesta oli kyse myös samana päivänä ratkaistussa tapauksessa *American Tobacco*.[668] Saalistushinnoittelua voidaan tarkastella kolmen teorian perusteella,

---

[667] EY:n kilpailuoikeuden toisenlaisessa tilanteessa annetun sallivamman tulkinnan osalta ks. esim. *tapausta Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs Grovvareselsskab AmbA*, C-250/92, s. I-5641. Päätöksen perusteella maatalousosuuskunnan jäsenilleen asettamaa ns. lojaalisuusvelvoitetta ei välttämättä voida pitää kaikissa tilanteissa määräävän aseman väärinkäyttönä, vaikka osuuskunnalla olisi määräävä asema.

[668] Missä määrin kyse oli saalistushinnoittelusta, on kirjallisuudessa jonkin verran kiistanalaista. Vastaus riippuu viime kädessä siitä, miten saalistushinnoittelu määritellään. Joka tapauksessa yrityksen pyrkimyksenä oli disiplinoida pienempiä kilpailijoita alihinnoittelua avulla ja yrityksen strategia oli varsin menestyksellistä. Tämä ei sulje pois sitä osittaista selitystä, että oikeudellinen

1) epäsymmetrinen rahoitusasema (ns. deep pocket doctrine),[669]
2) yrityksen maine[670] ja
3) käyttäytymisen signalointi.[671]

Kilpailijan markkinoilta ajamiseen tähtäävän saalistushinnoittelun kannattavuus edellyttää, että 1) saalistavan yrityksen taloudelliset rahkeet kestävät alihinnoittelua kilpailijaa paremmin, 2) pienempi yritys joutuu poistumaan markkinoilta ja 3) yritys voi nostaa hintaa markkinoilta poistumisen jälkeen ja saa sillä tavoin kompensoitua saalistamisesta aiheutuneet kustannukset. Käytännössä tämä edellyttää monopolivoimaa, vahvaa taloudellista asemaa ja suhteellisen korkeita markkinoille tulon esteitä. Lisäksi on tarkasteltava sitä, voiko määräävässä asemassa oleva yritys saavuttaa saman hyödyn alhaisemmin vaihtoehtoiskustannuksin soveltamalla jotakin muuta strategiaa.

Saalistamista on kritisoitu erityisesti chicagolaisessa kirjallisuudessa kannattamattomaksi, jopa irrationaaliseksi toiminnaksi. Jos oletuksena on, että yritykset pyrkivät maksimoimaan voittojaan, saalistaminen ei voi olla kuin poikkeuksellisesti kannattavaa.[672] Enemmistö tutkijoista pitää kuitenkin saalistushinnoittelua todellisena huolenaiheena ja valvomisen väärtinä, joskin siihen puuttumista pidetään määrittelyongelmista johtuen ongelmallisena.[673]

> *McGee* tarkasteli klassisessa artikkelissaan tilannetta, jossa kaksi yritystä valmistaa yhtä hyödykettä samoilla markkinoilla. Lisäoletuksena on, että muilla markkinoilla jo toimivien yritysten alalle tulo ei ole mahdollista. Mitä korkeampi markkinaosuus saalistajalla on, sitä suuremmat kustannukset sille aiheutuu alihinnoittelusta sekä absoluuttisesti että suhteessa pienempiin kil-

---

trust-instituutio, suuruuden ekonomia ja edulliset kuljetussopimukset rautatieyhtiöiden kanssa loivat Standard Oilille kilpailuedun, joiden perusteella yhtiö pääsi asemaan, jossa saalistushinnoittelua voitiin soveltaa. Ks. esim. Leslie D. Manns, Dominance in the Oil Industry, Standard Oil from 1865 to 1911, kirjassa Rosenbaum (ed., 1998) s. 11–38. *American Tobacco* -tapauksen osalta ks. Adams/Brock kirjassa Rosenbaum (ed., 1998) s. 39–55. Ks. myös McGee (1958); Letwin (1965) s. 253–269: Bork (1978) s. 33–41.

669 Ks. esim. Ordover/Saloner (1989) s. 548–550, jotka käyttävät termiä the long purse.

670 Ks. esim. Ordover/Saloner s. 550–556.

671 Ks. esim. Ordover/Saloner s. 556–561.

672 McGee, John, Predatory Price Cutting, The Standard Oil Case (N.J.), Journal of Law and Economics (1958). Artikkelin katsottiin, ettei saalistushinnoittelu ole todellinen ongelma. Ks. myös Koller, The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study, 4 Antitrust L & Econ. Rev. 105 (Summer 1971) ja Bork (1978, 1993) s. 144–160; 406.

673 Ks. esim. Posner (1976) s. 184–196; Areeda/Turner kommentaariteos s. 150–194; Ordover/Saloner (1989) s. 545–562; Martin (1993) s. 452–489; Granitz/Klein (1996); Bishop/Walker (1999) s. 122–132; Hovenkamp (1999) s. 335–368; Sullivan/Grimes s. (2000) s. 141–164; Niels/Kate (2000); Bolton/Brodley/Riordan (2000) ja (2001); Church/Ware (2000) s. 643–662; Whish (2001) s. 645–657; M. Virtanen (1998) s. 160–172; Kuoppamäki (2000) s. 166–167; Määttä (2001) s. 142–149.

pailijoihin.[674] Useimmissa käytännön tilanteissa määräävässä asemassa oleva yritys ei saisi perityksi takaisin hintasodan kustannuksia, sillä voimakas hintojen korottaminen johtaisi kokonaan uusien kilpailijoiden ilmaantumiseen markkinoille. McGeen mukaan vaikka alallepääsy olisi estetty, sittenkään saalistushinnoittelu ei ole järkevää. Ensinnäkin saalistaminen on kannattavaa vain, jos toinen yritys saadaan ajetuksi markkinoilta ja saalistamisen jälkeinen hintataso on niin korkea, että saavutettavat lisävoitot ovat suuremmat kuin saalistamisen kustannukset. Vaikka saalistaminen onnistuisi, määräävässä asemassa olevan yrityksen kannattaisi ennemmin ottaa toinen yritys haltuunsa. Kummankin kannalta yrityskauppa olisi vaihtoehtoiskustannuksiltaan edullisempi vaihtoehto, sillä hintasodassa kumpikin yritys menettää voittojaan kuluttajille. Jollei informaatio ole epäsymmetristä, kummankin yrityksen kannattaa suostua yrityskauppaan. Näin ollen vaikka saalistaminen olisi periaatteessa mahdollista, olisi se kuitenkin irrationaalista, koska yrityksellä on saalistamista kannattavampi tapa lisätä voittojaan.[675] Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa *Bork* täydensi McGeen analyysiä ja suositti luopumista saalistushinnoittelun torjumisesta.[676] Borkin mukaan saalistushinnoittelu on kallis ja epävarma keino vallata markkinaosuuksia.[677] Se on periaatteessa mahdollista, jos saalistava yritys on selvästi saalista tehokkaampi.[678] Tehottomien yritysten syrjäyttäminen lisää kuluttajien hyvinvoin-

---

[674] Jos esim. oletetaan, että saalistavan yrityksen markkinaosuus on 75 % ja saalistettavan 25 %, määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee myöntää kannattamaton hinnanalennus kolmelle kertaa suuremmalle joukolle asiakkaita kuin pienemmän kilpailijan. Tilanne ei ole näin selvä, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannukset ovat kilpailijaa alemmalla tasolla tai jos saalistaja voi turvautua menestyksellä hintasyrjintään ja rajata saalistustoimenpiteet kilpailijan asiakkaisiin. Edellytykset täyttynevät usein määräävässä asemassa olevien yritysten osalta. Yhtä kaikki, saalistaminen on varsin kallis kilpailukeino.

[675] Ks. McGee (1958) s. 139–140.

[676] Ks. Bork (1978, 1993) s. 406.

[677] Ks. Bork s. 144–160. Kirjan vuonna 1993 kirjoitetussa epilogissa (s. 433) Bork katsoo kantansa tulleen vahvistetuksi Yhdysvaltain korkeimman oikeuden myöhemmässä Matsushita-päätöksessä. Päätöksessä todettiin, että saalistamisen suurin vaikeus liittyy siihen, että saalistamisen jälkeen monopoliasema pitää pystyä säilyttämään riittävän pitkään, jotta saalistamisen kustannukset saadaan perityksi takaisin. "For this reason, there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely succesful." Tämä ei näyttäisi ihan vastaavan oikeuskehitystä, sillä saalistushinnoittelu on säilynyt myös Yhdysvalloissa kiellettynä. Borkin toimenpidesuosituksena vuonna 1978 oli kilpailuoikeuden soveltamisalan varsin voimakas supistaminen. Ks. Bork s. 406: "The law should permit agreements on prices, territories, refusals to deal, and other suppressions of rivalry that are ancillary, in the sense discussed, to an integration of productive economic activity. It should abandon its concern with such beneficial practices as small horizontal mergers, all vertical and conglomerate mergers, vertical price maintenance and market division, tying agreements, exclusive dealing and requirements contracts, "predatory" price cutting, price "discrimination" and the like. Antitrust should have no concern with any firm size or industry structure created by internal growth or by merger more than ten years old." Lainausmerkit alkuperäisessä tekstissä. Lienee selvää, että Yhdysvaltain kilpailuoikeus vuonna 1993 ja erityisesti nykyään poikkeaa olennaisesti Borkin minimalistisesta agendasta.

[678] Bork s. 158. Borkin mukaan saalistamisen muotona voidaan pitää kieltäytymistä kilpailijan tarvitseman avainaseman luovuttamisesta.

tia. Saalistamisen kustannukset on maksettava heti, mutta mahdollinen hyöty tulee vasta myöhemmin, jos tulee.[679]

McGeen ja *Borkin* analyysia on kritisoitu monelta taholta. *Posner* huomauttaa, että todennäköisesti kilpailua rajoittavaa yrityskauppaa ei sallittaisi kilpailuviranomaisten toimesta. Monopolihinnoitteluun johtava yrityskauppa ei siten ole aito vaihtoehto saalistusta suunnittelevan yrityksen näkökulmasta.[680] *Areeda ja Turner* toteavat, että vaikka saalistushinnoittelu onkin epätodennäköistä, sitä voi esiintyä, ja siksi on hyvä olla säännöt sitä vastaan.[681] Toiseksi, strategisessa kirjallisuudessa saalistamisen päätarkoitus nähdään vaikuttamisessa potentiaalisten kilpailijoiden toimintaan. Saalistaja luo vahvan yrityksen maineen, mikä ei voi olla vaikuttamatta negatiivisesti potentiaalisten kilpailijoiden halukkuuteen kokeilla onneaan samoilla markkinoilla.[682] Sulautumalla kilpailijansa kanssa määräävässä asemassa oleva yritys voi sitä vastoin signaloida kilpailijoilleen, että niille on avautumassa

---

[679] Bork s. 149–154, s. 154: "These considerations do not demonstrate that price cutting could never under any circumstances be succesful method of predation. We need more studies as those by McGee, Adelman, and Elzinga of cases in which such predation is said to have occurred. But the analysis does demonstrate that predation by such techniques is very improbable."

[680] Ks. Posner (1976) s. 184–187. Kilpailijan eliminoiminen yrityskaupan avulla on edullisinta silloin, kun se kasvattaa huomattavasti markkinaosuutta. Juuri näissä tilanteissa on todennäköisintä, että yrityskauppa kielletään. Näin ollen yrityksen kannalta on rationaalia valita se kilpailunrajoitustapa, jossa kiinnijäämisen riski on pienempi. Posner kiinnittää huomiota myös siihen, etteivät ostaja ja myyjä välttämättä pääse yksimielisyyteen kauppahinnasta. Ks. myös Bork s. 146–147. McGee (1980) toteaa vastavuoroisesti, että yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset estävät myös saalistamista, sillä ne voivat estää saalistajaa ostamasta konkurssiin ajetun kilpailijan omaisuuden. Ordover ja Saloner puolestaan toteavat McGeen olettavan, että konkurssiin ajetun yrityksen omaisuus on alakohtaisesti spesifiä eli että sitä ei voida hyödyntää joillakin muilla markkinoilla. Tässä tilanteessa konkurssiin ajetun yrityksen omaisuuden ostavan "opportunistin" täytyy ajatella, että sillä on paremmat mahdollisuudet pärjätä määräävässä asemassa olevaa yritystä vastaan kuin edellisellä yrittäjällä. Ks. Ordover ja Saloner (1989) s. 547, alaviite 10. Päättelyketjua voidaan jatkaa toteamalla, että ainakaan Suomessa selvitystila tai konkurssi eivät mitenkään välttämättä merkitse liiketoimintaresurssien poistumista markkinoilta. Esim. ravintola- ja majoitusalalla resurssi poistuu hetkeksi käytöstä, kunnes se palaa markkinoille uuden omistajan toimesta. Todennäköisesti konkurssiin johtanut saalistushinnoittelu herättää julkista huomiota, mikä helpottaa uuden yrittäjän lähtökohtia. Päättelyketjua voitaisiin jatkaa, mutta se ei ole tarpeellista. Saalistushinnoittelun kannattavuus tai ainakaan sellaisen esiintyminen markkinoilla ei ratkea deduktiivisella päättelyllä, vaan kyse on empiirisestä tosiasiakysymyksestä.

[681] Ks. Areeda/Turner kommentaariteos s. 151–153. Areedan ja Turnerin sääntöä saalistushinnoittelun määrittelemiseksi käsitellään tutkimuksen lainopillisessa osassa.

[682] Ks. Posner s. 185–186: "To be sure, this analysis does not establish that predation is an *effective* method of monopolization. To impose costs on a competitor by imposing the same or greater costs on oneself does not seem very promising method of excluding a competitor. If, however, a firm operates in a number of markets and faces actual or potential competitors each of whom is limited to one of its markets, it may find it worthwile to expend considerable resources on crushing a single competitor in order to develop a reputation (for willingness to use predatory pricing) that may enable the firm to exclude other potential competitors without additional below-cost selling. Stated otherwise, the costs incurred by the firm in using predatory pricing in one market may generate greater deterrence benefits in other markets. Knowing that the dominant firm might act in this way, a competitor may be reluctant to enter any market in which the firm operates, and if he is already in such a market he may refrain from price competition or agree to sell out to the dominant firm at a low price."

mahdollisuus tulla markkinoille. Saalistamista voidaan käyttää pistekohtaisesti kilpailijan heikentämiseen tai rankaisemiseen. Tavoitteena ei tarvitse olla täydellinen konkurssiin ajaminen, vaan mahdollisesti kyse on epämieluista kilpailukeinoa käyttäneen pienemmän yrityksen "muistuttamisesta". Myös oletus informaation täydellisyydestä on liioiteltu. Yritykset eivät voi tarkalleen tietää toistensa todellisia suunnitelmia ja vahvuuksia.[683] Todennäköisesti määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on informaatio- ja muita kilpailuetuja puolellaan.[684] Vaikkei määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta olisikaan viimekätisen rationaalia, lähestyvän jyrän uhkaaman pienyrityksen kannalta voi olla hyvinkin järkevää välttää hintasota ja sopeutua tarjottuun muottiin. Ratkaisevaa ei siten ole saalistamisen kannattavuus loppuun vietynä, vaan signaalivaikutus, joka lähetetään pienemmälle kilpailijalle ja markkinoille tuloa harkitseville yrityksille.[685]

Saalistushinnoittelu on kallis ja epävarma tapa vallata markkinoita. Yrityksen tulee voida nostaa hintoja saalistamisen jälkeen kattaakseen kustannuksensa. Onnistuakseen saalistaminen edellyttää monopolivoiman ohella varsin hyvää rahoitusasemaa ja alallepääsyn esteitä. Muutoin hintojen nostaminen johtaa uusien yritysten alalle tuloon. Toisaalta tavoitteena ei välttämättä tarvitse olla pienemmän kilpailijan konkurssi tai muu täydellinen uloslyönti, vaan uskottavan ennakkotapauksen luominen alalle tuloa harkitsevien muistutukseksi. Saalistushinnoittelua on mahdollista käyttää rajoitetummin kilpailijan rankaisemiseen. Strategisessa kirjallisuudessa kiinnitetään huomiota signaalivaikutukseen ja maineen luomiseen. Alihinnoittelulla aktuaalisille ja potentiaalisille kilpailijoille lähetetään signaali, joka viittaa kustannustehokkuuteen ja valmiuteen puolustaa määräävää asemaa. Epätäydellisen informaation vallitessa ratkaisevaa ei ole saalistamisen kannattavuus vaan se, uskovatko kilpailijat sen kannattavuuteen.[686] Saalistuksen kohteeksi joutuneen pienemmän yrityksen näkökulmasta hintasodan välttäminen on täysin rationaalia. Tietyillä markkinoilla luotu

---

[683] Ks. myös M. Virtanen (1998) s. 166: "It is not only the imperfection of knowledge but *asymmetry of knowledge* in the incumbent's favor that matters."

[684] Näin myös M. Virtanen (1998) s. 166: "It is to be expected that the incumbent, who is the market leader in any case, has better information about the industry concerned than the rival, who is either a newcomer or a member of the fringe. The incumbent should know production tecniques better, should master cost reductions better, should enjoy benefits of the learning curve, should be better acquainted with clientele as well as enjoy the benefits of an established product."

[685] Samansuuntaisesti myös M. Virtanen (1998) s. 166: "The key issue in any predatory strategy is not whether the incumbent is really capable of driving the rival out of the market, but whether or not the rival believes he is." Ks. M. Virtanen (1998) s. 166; op. cit. Morris, Sinclair, Slater and Vickers (1986) s. 3.

[686] Ks. esim. Posner (1976) s. 184–196; Ordover/Saloner (1989) s. 545–562; Martin (1993) s. 452–489; Granitz/Klein (1996); Hovenkamp (1999) s. 335–368; Sullivan/Grimes s. (2000) s. 141–164; Niels/Kate (2000); Bolton/Brodley/Riordan (2000) ja (2001); Church/Ware (2000) s. 643–662; M. Virtanen (1998) s. 160–172; Kuoppamäki (2000) s. 166–167; Määttä (2001) s. 142–149.

kovan yrityksen maine voi hyödyttää määräävässä asemassa olevaa yritystä muilla markkinoilla.[687]

Voidaan todeta, että päähuomion kiinnittäminen täydellisestä saalistamisesta signaali- ja mainevaikutuksiin lisää saalistusteorioiden selitysarvoa.[688] Myöskään ns. syvätasku-argumenttia (deep pocket) ei voida suoralta kädeltä torjua, sillä rahoitusmarkkinat ovat usein epätäydellisiä.[689] Kilpailijoiden haittaamisen osalta tulee huomiota kiinnittää myös muihin toimenpiteisiin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys voi haitata keinotekoisesti kilpailijoidensa toimintaa.

6.11.1 Vaihtoehtoisista saalistushinnoittelun määrittelytavoista

Saalistushinnoittelun suurimpana ongelmana on *osumatarkkojen saalistamisen kriteerien määrittäminen*. Kirjallisuudessa on esitetty lukuisia vaihtoehtoisia määrittelytapoja saalistushinnoittelulle. Huomiota voidaan kiinnittää määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen ja tuotantokustannusten erotukseen (alihinnoittelun räikeys), saatavilla olevaan näyttöön hinnoittelun motiiveista (poissulkemisen tarkoitus), saalistuksen vaikutuksiin ja määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymiseen väitetyn saalistamisen jälkeen.

Areedan ja Turnerin testissä[690] hinnoittelua pidetään saalistavana, jos se jää lyhyen aikavälin rajakustannusten *(marginal costs)* alapuolelle. Rajakustannus vastaa yhden tuotetun lisäyksikön määrää. Ottaen huomioon rajakustannusten

---

[687] Informaatio-ongelmat korostuvat potentiaalisen kilpailijan yrittäessä arvioida alalletulon kannattavuutta. Saalistushinnoittelulla lähetetään signaali, joka viittaa alalla toimivan yrityksen alhaisiin kustannuksiin ja valmiuteen puolustaa asemaansa. Ilman saalistamista yritykset pystyisivät arvioimaan kustannustason paremmin ja alalletulon kannattavuudesta post-entry hintatasolla. Saalistaminen voi johtaa siihen, että osa tehokkaista yrityksistä jää tulematta markkinoille. Ks. esim. Utton (1995) s. 106.

[688] Ks. myös M. Virtasen johtopäätöstä s. 168: "The conclusion to be drawn from the recent strategic behavior approach is that the possibility of succesful predatory pricing could not be outrightly dismissed. At the same time, however, the complexity of the predatory pricing issue renders meaningful predictions and operationalizations almost impossible. There is thus no simple economic test of predatory pricing."

[689] Saalistushinnoittelu voi esim. heikentää pienemmän kilpailijan rahoitusasemaa tavalla, joka johtaa strategian menestymiseen. Oletus täydellisesti toimivista rahoitusmarkkinoista saalistushinnoittelun ehkäisijänä lienee käytännön päätöksenteon kannalta liian optimistinen lähtökohta. Ks. Ordover/Saloner (1989) s. 561–562: "The image that populist stories of predatory pricing conjure up are of weak rivals being driven into bankruptcy by the industry giant. Yet the strand of work that has received the most attention, namely the signalling models, is of gentle persuasion variety. The "predator", with a moderate show of strenght, persuades the rival that its resources would be better spent elsewhere. And the reputation models are silent on the question of how the exit is achieved. While there is nothing to say that the populist view is the correct one, it is nonetheless probably true that the most fruitful avenue for further work is in developing models in which the financial constraints are carefully modelled."

[690] Ks. Areeda/Turner kommentaari s. 150–194, erit. s. 157–158. Alun perin sääntö perustuu vuonna 1975 julkaistuun artikkeliin. Ks. Areeda/Turner (1975).

määrittelyyn liittyvät ongelmat, lyhyen aikavälin rajakustannukset voidaan korvata helpommin selvitettävissä olevilla keskimääräisillä muuttuvilla kustannuksilla *(average variable costs, AVC)*. Keskimääräiset muuttuvat kustannukset saadaan jakamalla muuttuvat kustannukset, jotka vaihtelevat tuotettavan yksikkömäärän mukaan (esim. raaka-aineet, palkat, energia, ylläpito), tuotannon määrällä. Keskimääräiset muuttuvat kustannukset vastaavat suhteellisen hyvin rajakustannuksia, mutta ne voivat olla hieman niiden ylä- tai alapuolella. Areeda ja Turner toteavat, että saalistustestin rakentaminen yrityksen tarkoitusperien *(intent)* varaan törmää todistusongelmiin. Yritysten tarkoituksena on lähes aina lyödä kilpailijat laudalta. Tarkoituksesta vallata markkinaosuuksia ei voida tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Toisaalta yritykset varovat kiellettyjen tavoitteiden ilmaisemista. Jos saalistaja on valistunut, raskauttavaa kirjeenvaihtoa ja muistioita ei yleensä löydy. Ylipäätään, miten selvitetään oikeushenkilön tahto? Areedan ja Turnerin vuonna 1975 esittämän testin tarkoituksena oli luoda mahdollisimman objektiivinen, pelkästään kustannuksiin perustuva lähestymistapa kilpailijoiden esittämien saalistusväitteiden tutkimiseksi.

Areedan ja *Turnerin* testiä voidaan pitää tarkastelukulmasta riippuen joko liian tiukkana tai liian sallivana standardina. Testiä voidaan pitää sikäli liian tiukkana, että kaikissa tilanteissa, esim. myytäessä loppuun ei-kuranttia varastoa, hinnoittelu alle rajakustannusten (keskimääräisten muuttuvien kustannusten) ei ole saalistamista. Testiä voidaan pitää sikäli liian lievänä, koska keskimääräiset muuttuvat kustannukset ylittävää hinnoittelua mutta keskimääräiset kokonaiskustannukset *(average total cost, ATC)* alittavaa hinnoittelua voidaan pitää saalistavana, jos olosuhteet osoittavat, että yrityksen tarkoituksena selvästi on ollut ajaa tehokkaampi kilpailija markkinoilta.

Schererin mielestä Areedan ja Turnerin testi jättää määräävässä asemassa olevan yrityksen alallepääsyä estävän hinnoittelun ilmiönä liian vähälle huomiolle.[691] Pelkkien marginaalikustannusten tarkastelu on liian yksipuolinen mittari saalistamisen tehokkuusvaikutusten arvioinnille. Schererin mukaan saalistushinnoittelutapauksen ratkaiseminen edellyttää laajempaa, rule of reason -tyyppistä punnintaa.[692] *Williamson* on kiinnittänyt huomiota siihen, että saalistamisessa kyse on strategisesta käyttäytymisestä, jolla määräävässä asemassa oleva yritys lähettää signaaleja alalle tuloa harkitseville yrityksille. Investoimalla tämän päivän monopolivoittoja saalistusmarkkinoilla yritys voi saavuttaa tulevaisuudessa paljon suurempia voittoja asiallisesti tai maantieteellisesti erillisillä markkinoilla.[693] Williamson kritisoi sitä, ettei Areedan ja Turnerin testi, jossa kustannuksia tarkastellaan vain yksillä markkinoilla, pure strategiseen käyttäytymiseen. Yritykset voivat kehittää menettelytapoja Areedan ja Turnerin säännön kiertämiseksi.[694]

---

[691] Ks. Scherer (1976) s. 871.
[692] Ks. Scherer (1976) s. 890.
[693] Ks. Williamson (1977 b) s. 287.
[694] Ks. esim. Williamson (1977 b).

Williamson ehdotti sääntöä, jonka mukaan määräävässä asemassa oleva yritys ei saisi laajentaa tuotantoaan välittömästi sen jälkeen, kun uusi kilpailija on tullut markkinoille. Säännön tarkoituksena on torjua sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys rakentaa ylimääräistä kapasiteettia estääkseen potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille pääsyn.[695] *Baumolin* aikanaan suosittaman säännön mukaan mikäli yritys on alentanut selektiivisesti hintojaan, kilpailijan markkinoilta poistumisen jälkeen hintoja saadaan korottaa viiden seuraavan vuoden aikana vain, mikäli korotukselle voidaan osoittaa selvät kustannusperusteet. Säännön tarkoituksena on vähentää jo ennakolta määräävässä asemassa olevan yrityksen insentiivejä alentaa hintoja lyhyellä tähtäimellä, koska saalistuksen kustannusten takaisin periminen tehdään vaikeaksi.[696] *Shepherd* puolestaan on kannattanut paluuta rakenteellisiin lähtökohtiin. Saalistamista olisi tarkasteltava erityisesti siitä lähtökohdasta käsin, missä määrin saalistavan ja saalistettavan yrityksen markkinaosuudet eroavat huomattavasti toisistaan.[697] Shepherdin mielestä kilpailuviranomaisilla tulisi olla laajat mahdollisuudet puuttua määräävässä asemassa olevien yritysten hinnoitteluun aina kun on syytä epäillä poissuljentatarkoitusta.[698] *Shepherdin* tarkastelu ei tarjoa varsinaista kustannussääntöä.

Areedan ja *Turnerin* testi johti Yhdysvalloissa saalistushinnoittelua koskevien kanteiden läpimenoprosentin selvään laskuun.[699] Tätä voidaan selittää joko sillä, että turhia tehokkuutta vähentäviä kanteita saatiin torjuttua,[700] tai sillä, että standardi on liian salliva ja mahdollistaa strategisen saalistamisen.[701] Voidaan todeta, että sopivan arviointiperusteen löytäminen on ongelmallista. *Baumolin* ja *Williamsonin* säännöissä ongelmana on liiallinen regulatiivisuus. Määräävässä asemassa olevan yrityksen hintojen tai tuotantomäärien sääntäleminen johtaisi merkittäviin informaatio- ja valvontaongelmiin.[702]

Areedan ja Turnerin testin hyötynä on sen ennakoitavuus. Testi perustuu kuitenkin staattiselle ajattelulle, jossa tarkastellaan senhetkistä kustannustasoa ja jossa dynaaminen tehokkuus jää vähemmälle huomiolle.[703] Hinnoittelua ver-

---

[695] Ks. Williamson (1977 b).

[696] Ks. Baumol (1979).

[697] Hintojen eriyttäminen voi lisätä kilpailua, mutta määräävän aseman leimaamilla markkinoilla tilanne on usein päinvastainen. Shepherdin mukaan muita selvästi korkeampi markkinaosuus antaa mahdollisuuden ajaa pienempiä kilpailijoita markkinoilta. Määräävässä asemassa on Shepherdin mukaan yleisesti yritys, jonka markkinaosuus on 40 %:n tienoilla tai ylittää sen. Shepherd käyttää myös termiä skewed market positions. Ks. Shepherd (1997) s. 233–234.

[698] Ks. Shepherd (1997) s. 232–237.

[699] Ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2001) s. 2250–2251.

[700] Ks. esim. Baumol (1996), alaotsikko "In Praise of Areeda-Turner".

[701] Ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2001) s. 2254–2255.

[702] Samansuuntaisesti M. Virtanen (1998) s. 172.

[703] Määräävä markkina-asema on strateginen ilmiö, jota ei voida typistää staattiseen kustannusten ja hintojen tarkasteluun. Tämänsuuntaista kritiikkiä esittivät jo F.M. Scherer (1976) ja O.E. Williamson (1977 b). Strategisen kirjallisuuden uudempiin tutkimustuloksiin perustuvan kritiikin osalta ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2000) ja Church/Ware (2000) s. 643–662. Kotimaisen kirjallisuuden osalta ks. erityisesti Virtanen (1998) s. 168–171. M. Virtanen käy läpi Areedan ja Turnerin säännön, Williamsonin kritiikin ja Baumolin esittämät muutokset.

rataan täydellisen kilpailun ideaalitilanteeseen. Yritysten oletetaan hinnoittelevan jokseenkin mekanistisesti. Testi aiheuttaa myös vaikeuksia oikeussalissa, sillä kustannusten laskeminen, niiden allokoiminen eri toimintojen kesken, vajaakäytössä olevien kustannusten jyvittäminen eri toiminnoille ja jopa kustannusten jakaminen kiinteisiin ja muuttuviin kustannuksiin tuottaa ongelmia. Samat kustannukset, jotka ovat lyhyellä tähtäimellä kiinteitä, muuttuvat pitkällä tähtäimellä muuttuviksi.[704]

Myös alan kustannusrakenne voi tehdä testin soveltamisesta hankalaa. Verkostoaloilla kiinteät kustannukset ovat yleensä korkeat ja muuttuvat kustannukset alhaiset. Esimerkiksi telemarkkinoilla kustannukset koostuvat suurimmaksi osaksi verkon rakentamis- ja ylläpitokustannuksista, jotka eivät vaihtele soitettavan puhelumäärän mukaan. Sen jälkeen kun verkko on rakennettu, yksittäiset puhelut voidaan siirtää lähes olemattomin rajakustannuksin. Sovellettaessa AT-testiä puhelujen hinnoittelua koskevaan tapaukseen kantajan pitäisi osoittaa, että hinnat alittavat keskimääräiset muuttuvat kustannukset, mikä tuskin onnistuu. Sama pätee esim. tietokoneohjelmiin, joissa valtaosa kustannuksista syntyy kehittämisvaiheessa ja markkinoille saattamisessa. Valmiita, kuluttajien tuntemia ohjelmia voidaan myydä internetin kautta olemattomin marginaalikustannuksin. EY:n komission liittymäsopimuksia koskevassa tiedonannossa todetaan, että siirtohinnoittelun saalistavuutta tulisi arvioida keskimääräisten muuttuvien kustannusten sijasta ylimääräisten lisäkustannusten (incrimental costs) perusteella.[705] Ongelmat korostuvat uuden talouden markkinoilla, esimerkiksi tietokoneohjelmien myynnissä. Kustannusten ollessa vahvan etupainotteisia marginaalikustannusajattelu mittaa huonosti yritysten toimintaa. Vaikuttaa siltä, että lainkäytön näkökulmasta *Areedan* ja *Turnerin* testi on liian karkea mittaväline, jotta tuomioita voitaisiin kirjoittaa yksinään sen perusteella.

Uudemmassa kirjallisuudessa on korostettu sitä, että pelkästään alihinnoitellun hyödykkeen rajakustannusten tarkastelu ei anna riittävän hyvää kuvaa siitä, onko hinnoittelu kokonaisuudessaan yritykselle kannattavaa vai ei.[706] Useimmi-

---

[704] Hyvän esimerkin tarjoaa EY:n tuomioistuimen *AKZO*-päätös. EY:n komissio oli pitänyt AKZO:n työvoimakustannuksia muuttuvina kustannuksina. EY:n tuomioistuin katsoi, että mainitussa tapauksessa niitä oli pidettävä kiinteinä, sillä AKZO:n työvoimakustannukset eivät vaihdelleet tuotettavan määrän mukaan. Ks. *AKZO-Chemie*, C-62/86, tuomion kohdat 69–74, 94.

[705] Kustannusten tarkasteluväli ei saa olla liian pitkä eikä liian lyhyt; komission mukaan voi olla perusteita tarkastella yli vuoden pituista ajanjaksoa. Ks. liittymäsopimuksia koskeva tiedonanto, kohdat 110–115.

[706] Ks. esim. Baumol (1996, I) s. 4: "The problem with the use of marginal costs as the criterion for testing legitimacy of business purpose is simply that it does not get at the issue. We can define an act by a firm to have a legitimate business purpose if it promises to yield a net addition to the firm's profits over the long run, a profit that does not depend on the exit of any at least equally efficient rivals or on prevention of entry of efficient firms. But there is simply no way in which one can infer from the fact that the firm adopts a price that exceeds MC that this will constitute a net addition to long-run profits relative to what the firm might otherwise have earned, nor can one legitimately conclude that the firm adopts a price that falls short of MC must reduce those profits

ten yritys ei toimi vain yksillä markkinoilla, vaan kyse on monimarkkinatilanteesta. Tarkasteltaessa sitä, onko hyödykkeen A1 hinnoittelu saalistavaa vai ei, huomiota on kiinnitettävä yrityksen koko tuotepalettiin (A1, A2, A3...An) ja siihen, onko A1:n hinnoittelu kokonaisuus huomioon ottaen kustannusperusteista. Laajempi tarkastelu voi osoittaa, että hyödykkeen A1 hinnoittelu lähtökohtaisesta alihintaisuudestaan huolimatta onkin kustannusperusteista tai että lähtökohtaisesta kustannusperusteisuudesta huolimatta sitä onkin pidettävä saalistavana, koska toimimalla toisin yritys voisi välttää enemmän kustannuksia. Tuotepaletin tarkastelussa saadaan samalla luotettavampi käsitys saalistuksen kannattavuudesta ja taustalla olevista strategisista tavoitteista.

Monimarkkinatilanteessa mahdollisesti Areedan ja Turnerin testiä luotettavamman lähestymistavan saattaa tarjota *vältettävien kustannusten (avoidable costs, AC)* tai *ylimääräisten lisäkustannusten (incrimental costs, IC)* tarkastelu. Vältettävien kustannusten tapauksessa tarkastellaan sitä, missä määrin alihinnoittelusta aiheutuu yritykselle sellaista tappiota, joka olisi vältettävissä toimimalla toisella tavalla.[707] Käänteisesti ylimääräiset lisäkustannukset määritellään tietyn hyödykkeen tai palvelun tarjoamisesta aiheutuviksi kustannuksiksi.

> Kyse on saalistushinnoittelusta, jos yritys myy alle niiden kustannusten, jotka sille syntyisivät, mikäli se lopettaisi kyseisen hyödykkeen toimittamisen mutta jatkaisi toimintaansa entisellä tavalla tarjoamiensa muiden hyödykkeiden osalta. Esimerkiksi jos yritys myy jotain palvelua tai komponenttia huomattavan halvalla, kysytään, mitä yritys voi säästää, jos se lopettaa mainitun hyödykkeen toimittamisen. Jos yritykselle aiheutuisi samat kustannukset, vaikka toimitukset lopetettaisiin, kyse ei ole saalistamisesta, vaan sellaisen lisäpalvelun antamisesta asiakkaalle, joka itse asiassa ei maksa yritykselle mitään.[708] *Baumol* on tiivistänyt lähestymistavan siten, että yrityksen hintojen tulee ylittää kaikkien mahdollisten tuote- ja toimintakombinaatioiden aiheuttamat vältettävissä olevat kustannukset.[709] Esimerkiksi lentokoneen viimeisten paikkojen myymistä alihintaan ei voida pitää saalistushinnoitteluna, jos toisena vaihtoehtona olisi istuimien jääminen tyhjiksi. Toisaalta vaikka koneen kaikkien paikkojen osalta lasketut marginaalikus-

---

in the absence of destruction of competitors and entrants." Ks. myös esim. Church/Ware (2000) s. 645: "While Areeda-Turner (AT) standard may have the merit of reducing the number of succesful cases brought by plaintiffs, the problem with it is that cost-based standards for predatory pricing are inconsistent with economic theory. The Areeda-Turner standard is neither necessary nor sufficient standard for the correct identification of predatory pricing. Further,... predatory pricing in dynamic industries, which are likely to form an increasing proportion of manufacturing output in advanced countries, is particularly likely to be missed by the application of the Areeda-Turner standard."

[707] Ks. vältettävien kustannusten osalta esim. Baumol (1996) ja Bolton/Brodley/Riordan (2000).

[708] Huomiota on kiinnitettävä myös hinnoittelun syihin. Jos kyse on esim. promootionluonteisesta hinnoittelusta, oppimisvaikutusten tai verkostovaikutusten hyödyntämisestä, ylimääräiset kustannukset alittavia hintoja ei voida pitää automaattisesti saalistavina. Ks. Bolton/Brodley/Riordan s. 2274–2282.

[709] Ks. Baumol (1996).

tannukset ylittyisivät, turistilippujen hinnoittelu voi täyttää saalistushinnoittelun tunnusmerkistön, jos toisenlainen turisti- ja businessluokan lippujen hintakerroin johtaisi kannattavampaan lopputulokseen.[710] *Bolton, Brodley ja Riordan* toteavat, että vältettävät kustannukset on sikäli helpompi määrittää, ettei jakoa muuttuviin ja kiinteisiin kustannuksiin tarvita. Huomioon otetaan kaikki vältettävissä olevat kustannukset. Tarkastelutapa perustuu kuitenkin lyhyen aikavälin vaikutuksiin, ja siksi sitä on täydennettävä pitkän aikavälin ylimääräisiä lisäkustannuksia *(Long-run average incremental cost, LAIC)* koskevalla tarkastelulla. Hinnoittelu LAIC:n alapuolelle voi viitata strategiaan, jossa lyhyen aikavälin voitot uhrataan tehokkaamman kilpailijan poissulkemiseksi tai disiploimiseksi, minkä jälkeen hinnat voidaan pitää korkeammalla tasolla. Mikäli käyttäytyminen ei ole muutoin järkevästi selitettävissä, LAIC:n alittavia hintoja on pidettävä saalistavina.[711] Esimerkiksi tietokoneohjelmien osalta törmätään samoihin ongelmiin kuin marginaali- ja keskimääräisten muuttuvien kustannusten osalta. Lyhyellä aikavälillä ohjelma voidaan ladata verkosta ylimääräisin nollakustannuksin, joten saalistustarkoituksen arviointi edellyttää tarkastelua, jossa huomiota kiinnitetään myös pitkän aikavälin kustannuksiin, erityisesti ohjelman kehityskustannuksiin.

Käytännössä ero rajakustannusten ja ylimääräisten lisäkustannusten välillä vaikuttaa suhteellisen kapealta. Jälkimmäistä lähestymistapaa voidaan pitää edellisen yleistyksenä.[712] Kummassakin määrittämisperusteessa kyse on niistä kustannuksista, joita lisähyödykkeen tuottaminen aiheuttaa. Tässä mielessä marginaalikustannusten tai keskimääräisten muuttuvien korvaaminen ylimääräisillä lisäkustannuksilla ei liene käytännön lainkäytön näkökulmasta mikään läpimurto.[713]

Pelkästään kustannuksiin perustuvien lähestymistapojen suurin ongelma näyttäisi olevan siinä, etteivät kustannukset kerro kaikkea olennaista hinnoittelun tavoitteista ja vaikutuksista. Kustannustestit perustuvat terveelle ajatukselle, jonka mukaan yritystä ei saa rangaista suuremmasta kustannustehokkuudesta. Puuttuminen pyritään rajaamaan niihin tapauksiin, joissa tehottomampi yritys sulkee pois tehokkaamman kilpailijan. Yrityksellä täytyy olla oikeus valita toimintastrategiansa, eikä tehokkuusedun viemisestä hintoihin saa ran-

---

[710] Ks. Baumol (1996) s. 60; Hovenkamp (1999) s. 344–345.

[711] Ks. Bolton, Brodley ja Riordan (2000) s. 2271–2273. Kirjoittajat esittävät, ettei ylimääräisten lisäkustannusten alittamista kaikissa tapauksissa voida pitää kiellettynä saalistushinnoitteluna. LAIC:n mutta AAC:n (avegare avoidable costs) alittavia hintoja voidaan pitää sallittuina, mikäli kyse on kilpailijan tekemään tarjoukseen vastaamisesta. Kustannukset alittava hinnoittelu voidaan hyväksyä myös tehokkuuspuolustuksen perusteella, mikäli kyse on promootionluonteisesta hinnoittelusta, oppimisvaikutuksesta (learning by doing) tai verkostoefektistä, jonka voidaan katsoa koituvan kuluttajien eduksi Ks. Bolton/Brodley/Riordan (2000) s. 2274–2282.

[712] Ks. esim. Martin (1994) s. 482.

[713] Toisaalta, mitä useampia markkinoita tarkastellaan ja mitä laajemmin hyväksytään tehokkuuspuolustuksia, sitä monimutkaisemmaksi ja kalliimmaksi saalistustapauksen käsittely muodostuu viranomaisissa ja tuomioistuimissa.

gaista.[714] Kustannustestiä voidaan pitää strategisen kilpailun näkökulmasta liian kapeana lähestymistapana. Mahdollisesti suurempi kustannustehokkuus perustuu tilanteeseen, jossa määräävässä asemassa oleva yritys on investoinut voimakkaasti tietyille markkinoille ja voi lyhyellä tähtäimellä myydä kilpailijoitaan halvemmalla. Uuden toimintatavan kehittänyt yritys voisi ehkä olla pitkällä tähtäimellä tehokkaampi, mutta saalistushinnoittelu estää sitä saavuttamasta kannattavan liiketoiminnan vaatimaa vähimmäisvolyymiä. Saalistushinnoittelulla orastava kilpailu tapetaan kehtoon, jolloin uuden vaihtoehdon edut ja haitat jäävät markkinoilla testaamatta.[715] Monimarkkinoilla on tarkasteltava saalistuksen kokonaisvaikutuksia eri segmenteillä. Vältettäviin kustannuksiin perustuva lähestymistapa vaikuttaa monimarkkinoita silmällä pitäen osumatarkalta, mutta siihen liittyy vastaavia ongelmia kuin muihinkin kustannustesteihin.[716] Kustannustestit lisäävät tarkastelun objektiivisuutta ja ovat välttämätön apuväline turhien kanteluiden karsimisessa. Ne ovat approksimaatioita, joita on järkevää täydentää muulla aineistolla.[717] Saalistushinnoittelun kriteeristön täyttymistä onkin peilattava sitä vasten, millaisia hinnoittelukäytäntöjä voidaan pitää alalla kauppatavan mukaisina. Tilapäinen alihinnoittelu voi ilmentää saalistuksen sijasta yksinkertaisesti virhearviointia, joka ajaa toiminnon hetkeksi "pakkaselle". Saatettaessa markkinoille uusia hyödykkeitä "ylisuuret" alennukset voivat kuulua alan normaaleihin toimintatapoihin.

6.11.2 Saalistamisen kriteerit oikeuskäytännön valossa

6.11.2.1 EY:n oikeuskäytäntöä

EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kyse on saalistushinnoittelusta, jos määräävässä markkina-asemassa oleva yritys tarjoaa tuotetta tai palvelua kustannukset alittavaan hintaan syrjäyttääkseen kilpailijat markkinoilta tai estääkseen kilpailijoiden markkinoille tulon, jolloin määräävässä asemassa oleva yritys voi lisätä markkinavoimaansa. Tällaiset kohtuuttoman alhaiset hinnat rikkovat EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa.

---

[714] Kilpailuoikeudellinen interventio on syytä rajata tapauksiin, joissa siitä on hyötyä kuluttajille ja kilpailuprosessin toimivuudelle. Tästä ei kuitenkaan voida tehdä johtopäätöstä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi oikeus hyödyntää mittakaavaetuja miten tahansa.

[715] Ks. esim. Utton (1995) s. 107–108.

[716] Kustannustesteissä voidaan antaa alempi raja (MC, AVC, IC) joka alitettaessa hinnoittelua on pidettävä yleisesti saalistavana, ja ylempi raja (ATC, LAIC) jonka alittuessa saalistusta pidetään lisänäytön kanssa mahdollisena johtopäätöksenä.

[717] Samansuuntaisesti esim. Utton (1995) s. 110–111: "[A]lthough marginal (or average variable) costs may be a useful starting-point for an antitrust enquiry, the issue is too complex to base a judgement on this criterion alone. If the policy is not to be too permissive, other features of the market have to be analyzed, such as barriers to entry, the resources of the incumbent firm and (more controversially) motivation or intent."

AKZO-tapauksessa saalistushinnoittelun avulla pyrittiin estämään pienemmän kilpailijan toiminnan laajentamisen uusille markkinoille erään kemikaalin valmistuksessa.[718] EY:n komissio totesi päätöksessään, ettei *Areedan* ja *Turnerin* testi yksinään riitä saalistuksen selvittämiseen, sillä testissä päähuomio kiinnitetään lyhyen tähtäimen tehokkuuteen ja huomiotta jäävät pitkäaikaiseen alihinnoitteluun liittyvät strategiset tavoitteet.[719] Tämän vuoksi saalistusstandardia ei voida rajata tilanteisiin, joissa hinta alittaa keskimääräiset muuttuvat kustannukset. Myös keskimääräiset kustannukset alittavia tai jopa ne ylittäviä hintoja voitaisiin pitää saalistuksena, mikäli olosuhteet osoittavat määräävässä asemassa olevan yrityksen selkeänä tavoitteena olevan kilpailijan eliminoimisen.[720]

EY:n tuomioistuin[721] loi kaksiosaisen testin saalistushinnoittelun todentamiseksi. Tuomioistuimen päätös seuraa pitkälti komissiota, mutta saalistusstandardi on nostettu komission päätöstä ylemmäksi. Tuomioistuin totesi, että hinnoittelua alle *keskimääräisten muuttuvien kustannusten* (tuotantomäärän mukaan vaihtelevat kustannukset) on pidettävä saalistushinnoitteluna. Tätä perusteltiin sillä, ettei näin tappiolliselle hinnoittelulle löydy muuta selitystä kuin saalistaminen. Tämän lisäksi myös hinnoittelua, joka alittaa *keskimääräiset kokonaiskustannukset* (kiinteiden ja muuttuvien kustannusten kokonaismäärä) voidaan pitää saalistamisena *yhdessä muun näytön* kanssa,[722] joka osoittaa suunnitelmana olevan kilpailijan sulkemisen markkinoiden ulkopuolelle.[723]

AKZO-tapauksen perusteella hinnoittelua alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten on pidettävä aina saalistushinnoitteluna. Tältä osin tuomioistuimen kanta vastaa Areedan ja Turnerin testiä. Saalistustarkoituksen kytkemistä keskimääräisiin muuttuviin kustannuksiin voidaan pitää yleisesti järkevänä, sillä normaalitilanteessa hinnoittelulle ei ole muuta järkevää perustetta kuin saalistustarkoitus. Yritys tekee tappiota jokaisen myymänsä yksikön osalta.

---

[718] Ks. *ECS/AKZO*, EYVL 1985 L 374/1.

[719] Ks. komission päätöksen kohta 20.

[720] Ibid. Phlips (1995) pyrkii osoittamaan, että *AKZO*-tapauksessa kyse ei ollut saalistamisesta, vaan tiukasta hintakilpailusta, jossa yritys joutui alentamaan hintojaan uuden yrityksen saavuttua markkinoille. Ks. Phlips s. 230–255, s. 247 ss. Vrt. toisaalta esim. Smith ja Round (1998), jotka toteavat, että em. analyysissä jätetään huomiotta relevantteja seikkoja, kuten se, että AKZO oli muuttanut käyttäytymistään huomattavasti, ja että sillä oli kilpailuetujensa turvin mahdollisuus sulkea pienempiä kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Smith/Round s. 229–230. Mielestäni Phlipsin analyysi ei ole vakuuttava. Saalistustarkoitus ilmeni hintojen tasosta, hinnanalennusten käyttöönottoajankohdasta, AKZO:n sisäisistä muistioista ja ECS:lle lähetetystä uhkauskirjeestä, jossa sitä uhattiin hintasodalla, mikäli se laajentaa toimintaansa uusille markkinoille.

[721] *AKZO Chemie v. komissio*, C-62/86, Kok. 1991 I, s. 3359.

[722] *AKZO*-tapauksessa takavarikoidut muistiot ym. asiakirjat osoittivat saalistustarkoituksen. Tapauksessa *Tetra Pak II* alihinnoittelun pitkä kesto ja laajuus viittasivat osaltaan siihen, että tarkoituksena oli kilpailijan poissulkeminen. Tetra Pak oli myynyt kartonkia tappiolla useammassa maassa yli seitsemän vuoden ajan.

[723] Ks. AKZO, tuomion kohta 72.

Sääntöä ei voitane pitää ehdottoman tiukkana. Esimerkiksi aloitettaessa toiminta kokonaan uusilla markkinoilla tai myytäessä loppuun ei-kurantti varasto hinnat voinevat lyhytaikaisesti alittaa muuttuvat kustannukset.[724] Määräävässä asemassa olevien yritysten on syytä rakentaa hinnoittelunsa säännön tarkan noudattamisen varaan. Toiseksi, hintojen sijoittuessa keskimääräisten muuttuvien kustannusten ja kokonaiskustannusten välille, jutun lopputulos riippuu muusta näytöstä.[725] Saalistaminen voidaan näyttää toteen osoittamalla asiakirjojen ja muun näytön avulla, että kyse on kilpailijan eliminoimiseen tähtäävästä suunnitelmasta. Myös hinnoittelu itsessään tarjoaa osviittaa. Kolmanneksi, jos yritys hinnoittelee keskimääräisten muuttuvien kustannusten yläpuolelle, kyse ei ole saalistushinnoittelusta. Komissio oli omassa päätöksessään katsonut, että keskimääräiskustannuksetkin ylittäviä hintoja voitaisiin pitää saalistamisena, mikäli muilla näytöllä voidaan osoittaa yrityksen pyrkineen markkinoiden valtaamiseen. EY:n tuomioistuin ei tätä hyväksynyt, vaan asetti absoluuttisen rajan saalistamiselle.[726] Tätä on pidettävä järkevänä, kun huomioon otetaan mahdollisuus puuttua markkinoille pääsyä rajoittavaan hinnoitteluun syrjintäkiellon avulla.

Tapauksessa *Deutsche Post/UPS* EY:n komissio tarkasteli kysymystä saalistushinnoittelusta syntyvien ylimääräisten *lisäkustannusten* (incrimental costs) perusteella. Deutsche Post AG oli syyllistynyt saalistushinnoitteluun pakettipalvelujen markkinoilla, sillä yhtiölle aiheutui tappiota jokaisen uuden paketin toimittamisesta. Ylimääräisten lisäkustannusten ottaminen mittapuuksi olikin perusteltua, sillä kyse oli toiminnasta useammilla hyödykemarkkinoilla.[727]

---

[724] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös asiassa *Tetra Pak II* antanee tilaa tulkinnalle, jonka mukaan muuttuvia kustannuksia koskeva sääntö ei ole täysin ehdoton. Sitä ei voida kuitenkaan alittaa tarkoituksella vahvistaa tai puolustaa määräävää asemaa. Ks. tuomion kohta 147.

[725] *AKZO*-tapauksessa asiakirjanäytön ohella saalistamistarkoitukseen katsottiin viittaavan sen, ettei alihinnoittelulle ollut esitetty mitään muuta järkevää syytä kuin saalistaminen. *Tetra Pak* -tapauksessa komissio teki johtopäätöksiä siitä, että alihinnoitteluun syyllistyttiin tapauksissa, joissa kyse oli kilpailijalle menetetyn asiakkaan takaisin voittamisesta. Ks. päätöksen kohta 158. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin täydensi näyttöä toteamalla, että hallituksen kokouspöytäkirjat, saalistuksen kesto ja laajuus sekä Tetra Pakille aiheutuneet tappiot, hintavertailut sekä Tetra Pakin markkina-osuuksien nousu ja kilpailijoiden osuuden vastaava laskeminen kävivät näytöstä. Ks. tuomion kohta 42. EY:n tuomioistuin totesi, että hinnat eivät alittaneet ainoastaan keskimääräisiä kokonaiskustannuksia, vaan myös keskimääräiset muuttuvat kustannukset, joten hinnoittelua oli joka tapauksessa pidettävä saalistavana. Näin ollen näyttöä saalistustarkoituksesta ei tarvittu. EY:n tuomioistuin vahvisti siten AKZO-tuomion per se -tyyppisen lähestymistavan hintojen alittaessa muuttuvat kustannukset.

[726] Toisaalta jos hintoja on eriytetty asiakaskohtaisesti ilman selvää kustannusperustetta, kyse voi olla tapauksen *Compagnie Maritime Belge* perusteella kielletystä selektiivisestä hintojen alentamisesta.

[727] *Deutsche Post AG*, EYVL 2001 L 125/27. Komission päätöksestä on valitettu EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimeen.

Kiellettynä saalistamisena on pidetty myös määräävässä asemassa olevien linjaliikennekonferenssien osalta *"sotalaivojen" (fighting ships)* käyttämistä. Sotalaivalla tarkoitetaan alusta, joka alihinnoittelee lastin ja joka on laitettu täsmälleen samalle reitille ja lähteväksi samaan aikaan kilpailevan varustamon aluksen kanssa.[728] *Cewal*-tapauksessa määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin sitä, että konferenssi pyrki sotalaivojen avulla estämään kilpailijoiden tulon markkinoille.[729] Ottaen huomioon, että laivaliikenteessä reittikohtaiselle hintojen eriyttämiselle on periaatteessa laajat mahdollisuudet, sotalaivojen avulla pienempään kilpailijaan kohdistuvat iskut voidaan räätälöidä siten, että ne maksavat saalistajalle mahdollisimman vähän mutta haittaavat mahdollisimman paljon pienemmän kilpailijan toimintaa. Cewal tapaus voitaneen yleistää koskemaan muitakin elinkeinonaloja, jolloin voidaan puhua yleisesti "sotabrandien" *(fighting brands)* käyttämisestä.[730] Oikeuskäytäntö on kuitenkin vasta kehittymässä.

6.11.2.2 Kotimaisesta käytännöstä

Saalistushinnoittelua koskevia tapauksia ei ole toistaiseksi tullut kilpailuneuvoston ja KHO:n käsiteltäväksi. Kilpailuviraston käytännössä on seurattu EY:n tuomioistuimen linjauksia. Yleisen määritelmän mukaan saalistamisena pidetään keskimääräiset muuttuvat kustannukset alittavaa hinnoittelua tai myös keskimääräiset kokonaiskustannukset alittavaa hinnoittelua, mikäli muut olosuhteet viittaavat kilpailijoiden määrätietoiseen poissulkemiseen. Toiseksi kilpailuvirasto on kiinnittänyt huomiota siihen, voiko yritys nostaa hintoja kilpailijoiden poissulkemisen jälkeen ja siten korvata alihinnoittelusta aiheutuneet tulonmenetykset.[731]

Tapauksessa *Transpoint* VR:n oli epäilty harjoittaneen saalistamista ristisubventoinnin avulla. Kilpailuviraston selvitysten perusteella hinnoittelu oli alittanut käytännöllisesti katsoen koko toiminnan olemassaoloajan keskimääräiset kokonaiskustannukset. Huolimatta kustannusten arvioinnin ja kohdentamisen ongelmista Transpoint-järjestelmän hintataso ei ollut kuitenkaan järjestelmällisesti alittanut keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia. Hintojen sijoittuessa keskimääräisten muuttuvien kustannusten alapuolelle mutta ylittäessä keskimääräiset muuttuvat kustannukset kilpailuvirasto katsoi, että tapauksen ratkaiseminen vaati toimintaolosuhteiden lähempää tarkastelua. Vallinnut lama oli laskenut kuljetuspalvelujen kysyntää ja alentanut hintatasoa. Mikäli kysynnän

---

[728] Ks. esim. Yamey (1972) s. 138–142.
[729] 2000 s. I-1365.
[730] Ks. esim. Church/Ware (2000) s. 654 ss.
[731] Ks. *Suomen Teollisuuden Vartiointi*, kilpailuviraston päätös d:o 349/61/93 kilpailuviraston päätös 23.8.1994. Ks. myös jäljempänä siteerattavia tapauksia *Transpoint* ja *Rautaruukki*.

lasku on väliaikaista, yrityksen kannattaa pysyä markkinoilla, jos se arvioi pystyvänsä tulevaisuudessa kattamaan kustannuksensa. Yrityksen hinnat eivät myöskään olleet kaikissa tapauksissa halvimmat. Yritys oli menettänyt asiakkaita kilpailijoiden edullisempien tarjousten ansioista. Yrityksen hinnoittelua voitiin siten selittää muillakin tekijöillä kuin suoranaisella pyrkimyksellä monopolisoida kuorma-autoilla toteutettavien ammattimaisten kappaletavarakuljetusten markkinat.

Viimein kilpailuvirasto päätteli, ettei saalistaminen olisi menestyksellistä, sillä Transpoint ei voisi nostaa hintoja kilpailijan alalta poistumisen jälkeen.[732] Näyttö viittasi siihen, että hinnoittelun ja VR:n tuen seurauksena yritys oli vahvistanut markkina-asemaansa. Transpointin osuus kuorma-autoilla toteutettavista kappaletavarakuljetuksista oli noussut selvästi vuodesta 1985 ja ylitti 30 %:n osuuden 1993. Kilpailuviraston arvion mukaan yhtiö ei ollut "vielä" saavuttanut määräävää asemaa. Lisäksi hinnoittelu kuljetusasiakkaille ei "aukottomasti" osoittanut pyrkimyksenä olevan keinotekoiseen kilpailuun pohjautuvan määräävän aseman saavuttamisen ja kilpailijoiden poissulkemisen. *Mentula, Pokela ja Saraste* kritisoivat kilpailuviraston päätöstä todeten, ettei ristisubventoinnin avulla toteutetussa saalistushinnoittelussa pidä edellyttää määräävän aseman saavuttamista myös toisilla markkinoilla. Jatkuvaa myymistä alle keskimääräisten kokonaiskustannusten ja tästä aiheutuvaa markkinaosuuden kasvua voidaan jo sinänsä pitää kilpailunrajoituslain vastaisena, koska tällainen saalistushinnoittelu voi vaikeuttaa alalla jo olevien, pienempien yritysten toimintaedellytyksiä ja estää uusien kilpailijoiden alalle pääsyä.[733]

Kritiikkiin voidaan yhtyä siltä osin kuin siinä viitataan tarpeeseen saavuttaa määräävä asema. Kilpailuviraston päätöksessä kiinnittyy huomio siihen, että päätöksen perustelut ovat varsin amerikkalaiset, ikään kuin Sherman Actin 2 artiklan monopolisoimisstandardista omaksuttuja perusteluja. USA:ssa kiellettyä on monopolin saavuttamisen "vaarallinen todennäköisyys". Eurooppalaisessa mallissa, mukaan lukien kilpailunrajoituslain 7 §, kiellettyä on määräävän aseman väärinkäyttö. Ristisubventoinnin haitat eivät rajoitu määräävän aseman saavuttamiseen tuetuilla markkinoilla, vaan riittävänä on pidettävä jo kilpailun vääristymistä niillä. Ottaen huomioon, että VR on julkisesti tuettu monopoliyritys, monopolitoiminnasta hankittujen tuottojen käyttämistä alihinnoitteluun toisilla markkinoilla voidaan pitää vahingollisena kilpailunrajoituksena. Saalistusta voidaan käyttää markkinoiden valtaamisen ohella myös markkina-aseman

---

[732] Ks. *Transpoint*, d:o 495/61/92, kilpailuviraston päätös 12.11.1993. Saalistaminen oli esillä myös tapauksessa *Rautaruukki* (d:o 455/61/93, kilpailuviraston päätös 12.4.1994). Kilpailuvirasto piti kirjanpitoaineiston perusteella ilmeisenä, että yrityksen hinnoittelu oli kattanut keskimääräiset muuttuvat kustannukset ja myös osan kiinteistä kustannuksista. Tappiollinen hinnoittelu selittyi heikoilla suhdanteilla, eikä yritys ollut alallaan halvin.

[733] Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 96.

puolustamiseen tai rajoitetumpien, pistekohtaisten strategisten tavoitteiden saavuttamiseen. Viimeksi sanottu huomioon ottaen kyseenalaista on myös se, missä määrin saalistuskustannusten kattamisen tarvetta voidaan pitää määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä oikeana lähtökohtana.[734] Kuitenkin tapauksen tosiseikkojen arvioinnin osalta on otettava huomioon, että viraston selvitys kohdistui osittain syvän lamakauden aikaan, jolloin yritysten hinnoitteluun liittyi yleisemminkin poikkeuksellisia piirteitä.

Kilpailuviraston tähänastista käytäntöä[735] voidaan pitää suhteellisen varovaisena, mikä saalistushinnoittelun todentamisen vaikeus huomioon ottaen onkin perusteltua. *Transpoint*-tapauksessa oltaisiin etenkin ristisubventoinnin osalta voitu päätyä toiseenkin lopputulokseen.

6.11.3 Onko hintasodan kustannusten takaisinsaantia koskevan näytön edellyttäminen järkevää?

Kustannuksiin perustuva testi ei kiinnitä huomiota siihen, missä määrin yritys saa saalistuksen kustannukset perityksi takaisin. Amerikkalaisessa kirjallisuudessa saalistushinnoittelun tunnusmerkistöön on usein lisätty myös se, että saalistajalla täytyy olla mahdollisuus saada kustannuksensa takaisin.[736] *Joskow ja Klevorick* totesivat 1979, että markkinoiden erilaisuudesta johtuen yhtenäinen sääntö ei ole järkevä, minkä vuoksi kirjoittajat esittivät *kaksivaiheista tarkastelua*. Turhien kanteiden karsimiseksi tulisi ensi vaiheessa tarkastella sitä, voisiko saalistuksesta syytetty yritys saada saalistuksen kustannukset takaisin korottamalla hintoja saalistamisen jälkeen *(recoupment)*. Vain jos markkinoiden rakenne ja yrityksen markkinavoima tekevät tämän mahdollisuuden todennäköiseksi, tarkastellaan toisessa vaiheessa sitä, alittavatko hinnat kustannukset *(below cost pricing)*.[737]

---

[734] Mahdollisesti VR:n monopoliaseman mahdollistama tuki aikaansaa sen, ettei Transpoint Oy:n tarvitse kantaa huolta siitä, missä määrin emoyhtiöltä tulevat markat saadaan myöhemmin perittyä takaisin. Huoli kuuluu lähinnä emoyhtiölle, jonka asema taas on lainsäädännöllisesti järjestetty. Saalistuskustannusten takaisin saamista koskevaa kysymystä käsitellään lähemmin jäljempänä. Voidaan todeta, ettei kilpailuviraston tapauksessa omaksumaa juridista standardia voida pitää kaikilta osin täysin oikeaan osuneena.

[735] Ks. kilpailuviraston ratkaisukäytännön lähemmän esittelyn osalta Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 91–96. Ks. myös Aalto-Setälä ym. (2001) s. 207–208.

[736] Ks. esim. Viscusi/Vernon/Harrington (1995) s. 283; vrt. Areeda & Turner kommentaari s. 150 ss.

[737] Ks. Joskow/Klevorick (1979) s. 244: "Unless a reasonable case could be made that there was a serious monopoly problem in the industry, no detailed investigation of the alleged predator's intent or behavior, nor speculation about the long-run consequences of its pricing policy, would be undertaken... a claim that predatory pricing had taken place could be pursued only if the plaintiff could show that the market context in which the behavior was taking place was in fact conductive to predatory pricing."

Tällä tavoin yhteiskunnalle kalliiden saalistustapausten oikeudellinen käsittely saadaan optimoitua. Saalistamisen osalta voidaan tehdä virhe I, jossa tehokkuutta lisäävää hinnoittelua erehdytään pitämään kiellettynä saalistushinnoitteluna. Tällöin kilpailuviranomainen erehtyy suojelemaan tehottomia yrityksiä. Toisaalta voidaan tehdä virhe II, jossa tehokkaamman yrityksen poissuljentaan johtava saalistaminen jää sanktioimatta. Joskowin ja Klewo-rickin säännön avulla pyritään minimoimaan virhetyyppiä I.[738] OECD:n 1989 julkaisemassa selvityksessä lähestymistapaa pidettiin lupaavana.[739] Toisaalta kirjallisuudessa on katsottu, että saalistamisen kustannusten takaisinsaannin vaatiminen nostaa helposti näyttökynnyksen liian korkealle ja johtaa virhetyyppi II:n lisääntymiseen. Voidaan hyväksyä se, että monopolisoimiskanteen läpimenon edellytykseksi vaaditaan monopolivoimaa, jota yleensä selvitetään rakenteellisten tekijöiden perusteella. Saalistus ei voi menestyä, ellei saalistaja hallitse olennaista osaa markkinoista ja alallepääsyn esteet rajoita uusien yritysten tuloa markkinoille siinä vaiheessa, kun kustannuksia yritetään saada takaisin.[740] Recoupment-vaatimus menee tätä pidemmälle, jos edellytetään selvitystä kilpailunrajoitusstrategian kannattavuudesta.[741] Monet kirjoittajat, tämän tutkimuksen tekijä mukaan lukien, näkevät recoupment-testin hyödyn perusteettomien saalistussyytösten karsimisessa, mutta näkevät samalla riskin, että kantajan näyttötaakka nostetaan liian ylös.[742] Saalistamisen tosiasiallinen voitollisuus ja kantajan tosiasialliset mahdollisuudet näyttää se toteen oikeudenkäynnissä ovat kaksi eri asiaa. Uudemmassa kirjallisuudessa pohdiskellaan recoupment-analyysin järkevää käyttöalaa. *Bolton, Brodley ja Riordan* rajaavat recoupmentin ensivaiheen testiksi jolla turhat valitukset karsitaan.[743] Tämä näyttäisi vastaavan Joskowin ja Klevorickin alkuperäistä tarkoitusta. *Elzinga ja Mills* puolustavat vaatimusta chicagolaisella argumentaatiolla, jonka mukaan saalistaminen voi olla vain hyvin poikkeuksellisesti rationaalia. Näin ollen se, että testillä saadaan karsituksi pois lähes kaikki tapaukset, on pelkästään positiivista.[744] Nähdäkseni voidaan yhtyä kirjallisuudessa esitettyyn näkemykseen, jonka mukaan saalistuskustannusten takaisinsaamisen mahdollisuutta olisi arvioitava etupäässä *markkinoiden rakenteeseen* liittyvien tekijöiden (markkinaosuus,

---

[738] Joskow ja Klevorick jakavat kustannukset neljään kategoriaan: 1) saalistushinnoittelua koskevan kiellon soveltamisesta aiheutuvat viranomaiskustannukset; 2) kustannukset, jotka aiheutuvat yritysten sopeutumisesta saalistuskiellon sisältöön; 3) yksityisten nostamien hintakilpailun rajoittamiseen tähtäävien kanteiden kustannukset; 4) epäselvien oikeudellisten sääntöjen yritysten päätöksenteossa aiheuttamat lisäkustannukset.

[739] Ks. OECD, Predatory Pricing (1989).

[740] Ks. esim. Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law (1996) s. 246–247.

[741] Hovenkamp kiinnittää huomiota siihen, että yleensä riittävä on monopolisoimisen mahdollisuuden osoittaminen. Recoupment viittaa monopolisoinnin onnistumiseen kilpailunrajoituksena, mikä on poikkeuksellista kilpailuoikeudessa.

[742] Ks. esim. Martin (1994) s. 481: "This is a fairly severe standard. Placing the burden of proof on the plaintiff will discourage harassment suits."

[743] Ks. Bolton/Brodley/Riordan (2000) ja vastineena Elzingan ja Millin kritiikkiin Bolton/Brodley/Riordan (2001).

[744] Ks. Elzinga/Mills (1994) ja Elzinga/Mills (2001).

alallepääsyn esteet, epäsymmetriat tms.) perusteella.[745] Tällöin saalistamistapaukset voidaan rajata lähinnä määräävän aseman tilanteisiin.[746]

Yhdysvaltain korkein oikeus hyväksyi kaksivaiheisen lähestymistavan vuonna 1993 ratkaisemassaan tapauksessa *Brooke Group v. Brown & Williamson.*[747] Tuomioistuimen mukaan saalistustarkoituksen todentaminen edellyttää, että 1) hinnoittelun on alitettava jollakin tavalla määritellyt tuotantokustannukset (below cost pricing) ja 2) saalistajalla täytyy olla mahdollisuus periä kustannuksensa takaisin sen jälkeen, kun kilpailija on ajettu markkinoilta (recoupment). Jälkimmäisen elementin osalta tuomioistuin ei näytä edellyttäneen konkreettista näyttöä hintojen korottamisesta saalistamisen jälkeen.[748] Riittävää lienee se, että olosuhteiden perusteella on pääteltävissä, että on olemassa olennainen riski siitä, että saalistaja pystyy nostamaan hintojaan poissuljennan tai disiplinoinnin jälkeen ja pitämään ne monopolitasolla kustannusten kattamisen edellyttämän ajan.[749]

Takaisinperintää koskevaa kriteeriä on yritetty saada hyväksytyksi myös eurooppalaisessa oikeuskäytännössä. Tetra Pak valitti ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksestä[750] mm. sillä perusteella, ettei asiassa oltu kiinnitetty huomiota Tetra Pakin mahdollisuuteen saada saalistamisen kustannuksia takai-

---

[745] Kustannusten takaisinperimisen arvioiminen yritysten tulevaa käyttäytymistä koskevien suorien ennusteiden perusteella johtaisi varsin eteerisiin spekulaatioihin, jollaisilla ei yleensä ole sijaa tuomioistuimissa. Näin ollen saalistamisen mahdollisuutta on arvioitava epäsuorasti markkinarakenteeseen liittyvän yksityiskohtaisen tarkastelun perusteella. Tähän kantaan päätyy esim. Hemphill (2001) tuoreessa analyysissään.

[746] Ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2000) s. 2264: "A predatory market structure most obviously exists when a dominant firm or small group of jointly acting firms has high market share and when there are both entry and reentry barriers." Ks. myös Hovenkamp (1999) s. 346 ss. ja Hemphill (2001). Vrt. toisaalta Elzinga ja Mill (2001), jotka näkevät saalistushinnoittelun myös oligopoliongelmana, mutta haluavat toisaalta pitää kiinni tiukasta recoupment-vaatimuksesta. Nähdäkseni kannanottoihin, joissa recoupment nähdään olennaisesti rakenteellisena kysymyksenä, on syytä yhtyä. Saalistusongelma liittyy nimenomaan tilanteisiin, joissa jo määräävässä asemassa oleva yritys puolustaa asemaansa.

[747] *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209, 227–228, 113 Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168 (1993).

[748] Tämä ei olisikaan järkevää, sillä tällöin saalistamiseen voitaisiin puuttua vasta pitkän ajan jälkeen, ei silloin, kun ongelma on akuutti.

[749] Sullivanin ja Grimesin mukaan päätöstä voidaan pitää ilmauksena chicagolaisen antitrustiajattelusta, joka saavutti huippunsa yhdysvaltalaisessa käytännössä 1990-luvun alkupuolella. Ks. Sullivan/Grimes (2001) s. 141 ss. Bolton, Brodley ja Riordan toteavat 2000 julkaistussa artikkelissaan, että sen jälkeen kuin saalistamisen kustannuksia koskeva takaisinperintävaatimus asetettiin, Brooke-tuomiota seuraavan kuuden vuoden aikana kantajataho ei voittanut yhtäkään saalistuskannetta liittovaltion tuomioistuimissa. Yhteensä 39 raportoidusta tapauksesta vastaajat voittivat 36, kaksi sovittiin ja yhtä ei saatu ratkaistua. Vastaajan voittamista tapauksista 35 ratkaistiin summary judgement -menettelyssä, jossa kanne hylätään selkeän epätodennäköisyyden perusteella. Ks. Bolton/Brodley/Riordan (2000) s. 2258.

[750] T-83/91, Kok. 1994 II, s. 755.

sin. Valittajan mielestä 82 artiklan soveltaminen edellytti tätä. Tuomioistuin[751] hylkäsi väitteen todeten, että saalistushinnoittelusta tulee voida rangaista aina, milloin on olemassa vaara, että kilpailijat eliminoidaan. Nähdäkseni EY:n tuomioistuimen kantaa voidaan pitää järkevänä, vaikka sitä on kirjallisuudessa myös kritisoitu.[752] EY:n tuomioistuimen kanta näyttäisi poikkeavan kilpailuviraston kannasta, joka on nimenomaisesti edellyttänyt selvitystä kustannusten alittumisen ohella myös markkinaolosuhteiden muuttumisesta saalistuksen seurauksena tavalla, joka mahdollistaa saalistuksesta aiheutuneiden kustannusten takaisin perimisen.[753] Saalistushinnoittelun kielto laissa perustuu menettelytavan vahingollisuuteen kilpailuprosessin toimivuuden kannalta, ei siihen, onko väärinkäyttö viime kädessä taloudellisesti kannattavaa vai ei.[754] *Määttä* toteaa, ettei edustamani kanta ole ainoa mahdollinen.[755] Tähän voidaan yhtyä, sillä

---

[751] C-333/94, Kok. 1996 I, s. 5951.

[752] Kritiikin osalta ks. esim. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 300–305; Utton (1995) s. 113–116. Vrt. toisaalta Whish (2001) s. 650–653, joka toteaa, ettei kysymystä saalistuskustannusten takaisin saamisesta todennäköisesti ole EY:n käytännössä vielä lopullisesti ratkaistu kaikkia tilanteita silmällä pitäen. Whish viittaa myös siihen, että tosiasiallisesti Tetra Pakilla oli erittäin vahva markkina-asema, mm. yli 90 %:n markkinaosuus eli ns. superdominanssi, mikä teki saalistuskustannusten takaisin saamisen todennäköiseksi.

[753] Kilpailuvirasto on todennut aiemman kantansa olevan voimassa mm. *Metsähallitusta* koskevassa ratkaisussaan (d:o 557/61/98, 29.5.2001). Virasto totesi saalistushinnoittelun toteamisen edellyttävän, että:

1. yrityksen perimät hinnat alittavat toiminnan rajakustannukset tai keskimääräiset muuttuvat kustannukset tai yrityksen keskimääräiset kokonaiskustannukset, mikäli muut olosuhteet viittaavat kilpailijoiden määrätietoiseen poissulkemiseen;
2. alan markkinaolosuhteet ovat menettelyn seurauksena muuttuneet tai muuttumassa niin, että kilpailijoiden poissulkeutumisen jälkeen on mahdollista nostaa hintatasoa siinä määrin, että sen avulla voidaan korvata alihinnoittelusta aiheutuneet tulonmenetykset.

[754] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 167. On myös otettava huomioon, että Tetra Pakilla oli superdominanssi, yli 90 %:n markkinaosuus aseptisten pakkausten markkinoilla ja lisäksi vahva asema myös ei-aseptisten pakkausten lähimarkkinoilla. Itselläni ei ole suuria epäilyksi sen suhteen, etteikö Yhdysvalloissa tapauksessa olisi voitu katsoa, että markkinarakenne tuotti USA:ssa edellytetyn "vaarallisen riskin siitä, että saalistamisen kustannukset saadaan takaisinperityksi." Erot markkinarakenteessa ja saalistuksen tuomittavuudelta edelletyiltä standardeilta näyttävät jääneen pitkälti huomiotta eurooppalaisessa kirjallisuudessa.

[755] Ks. Määttä (2001) s. 147. Määttä kysyy, miksi saalistamiseen tulisi puuttua, jos yritys ei saa takaisin saalistamisen kustannuksia. Määttä lieventää kantaansa toteamalla, että vaikka myös edellytykset saalistushinnoittelun jälkeiselle monopolihinnoittelulle on otettava arvioinnissa huomioon, jos saalistushinnoittelu epäonnistuu siitä syystä, ettei saalistajayritys onnistukaan olosuhteiden muututtua korottamaan hintatasoaan aikomallaan tavalla. Tällöin saalistushinnoittelu on katsottava kilpailunrajoituslain vastaiseksi. Määtän analyysin osalta voidaan todeta, että a) saalistamisen hyödyt voidaan saavuttaa monimarkkinatilanteessa toisilla markkinoilla kuin millä saalistaminen tapahtuu, b) arvioitaessa hyötyjä huomioon on otettava myös signaali- ja mainevaikutukset, c) saalistuksen tulevan kannattavuuden arviointi yritysten tulevaa käyttäytymistä koskevien ennustusten perusteella on käytännössä hankalaa. Nähdäkseni parempi lähtökohta on rakenteellinen arviointi, jossa saalistukselle otollisten olosuhteiden oletetaan tekevän saalistamisesta mahdollisesti kannattavaa. Tarkoitan tällä sitä, että saalistajalla täytyy olla määräävä asema. Muutoin saalistuskustannusten takaisin periminen on epätodennäköistä. Näin ei ole määräävän aseman tilanteessa, kunhan määräävä asema määritellään oikein ja kannattavuuden

saalistushinnoittelua koskevan kirjallisuuden perusteella kysymystä on pidettävä riidanalaisena.[756]

Perustelen kantaani saalistushinnoittelun luomalla riskillä kilpailun toimivuudelle ja määräävän aseman väärinkäyttönormin eroilla Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen. Etenkin räikeissä tapauksissa saalistushinnoittelun voidaan katsoa edustavan siinä määrin suorituskilpailusta poikkeavaa toimintatapaa, että siihen tulee voida puuttua, vaikkei näyttöä kustannusten kattamisesta tulevaisuudessa olisikaan saatavilla. Mitä vahvempi saalistajan asema on, sitä vähemmän perusteita on vaatia lisänäyttönä sen osoittamista, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on todellinen mahdollisuus saada tappionsa katetuiksi. Kustannusten takaisinperimistä koskevaa vaatimusta voidaan perustella myös kuluttajien hyvinvoinnilla. Asettamalla takaisinperintää koskeva vaatimus saalistushinnoittelun sanktiointi pyritään rajoittamaan niihin tapauksiin, joissa hintasodan kustannukset tulevat viime kädessä kuluttajien maksettavaksi.

Yhdysvaltain kilpailuoikeudesta poiketen 82 artiklan ja kilpailunrajoituslain 7 §:n mukaan saalistushinnoitteluun puuttuminen edellyttää määräävää asemaa. Amerikkalaisessa käytännössä kustannusten kattamista koskeva kriteeri on asetettu tapauksissa, joissa saalistajalla ei ollut monopolivoimaa. Kilpailijat nostavat Robinson-Patman Actin ja Sherman Actin perusteella varsin aggressiivisesti saalistamiskanteita, vaikkei saalistamisesta syytetyllä yrityksellä ole määräävää

---

arvioinnissa irtaudutaan "klassisesta" lähtökohdasta, jossa saalistamisella tähdätään täysimääräiseen markkinoilta ajamiseen ja jossa ulosmittauksen oletetaan tapahtuvan samoilla markkinoilla kuin saalistamisen. Määräävässä asemassa oleva yritys voi hinnoittelullaan haitata kilpailuprosessin toimivuutta. Jos määräävää asemaa ei ole, saalistaja haittaa lähinnä itseään. Määtän esityksessä jää nähdäkseni hieman epäselväksi, mitä olosuhteiden muutoksella tarkoitetaan. Yleisesti ottaen en kuitenkaan katsoisi, että olosuhteiden muuttumisella olisi merkitystä saalistuksen lainvastaisuuden kannalta. Ratkaisevaa on se, että saalistuksen tunnusmerkistö täyttyy sekä määräävän aseman että kustannukset alittavan hinnoittelun osalta sinä ajankohtana, jona saalistukseen syyllistytään. Saalistusta on arvioitava mahdollisimman objektiivisen tunnusmerkistön perusteella.

[756] Recoupment-vaatimusta koskeva kirjallisuus on nykyään varsin laajaa. Kriteerin puolesta esim. Elzinga ja Mills (1994); Freedman (1994). Kriteeriä vastaan esim. Roth (1995); Zerbe/Mumford (1996); Sullivan/Grimes (2000) s. 144–148, 152–154. Välittävällä kannalla esim. Baker (1994) ja Trujillo (1994). Määtästä poiketen valitettavan usein EY:n tuomioistuimen *Tetra Pak II* -ratkaisua kritisoidaan täysin kritiikittömästi perehtymättä recoupment-vaatimuksen puolesta ja vastaan esitettyihin tieteellisiin argumentteihin. Vrt. tällaisen lähestymistavan osalta esim. P. Virtanen (2001) s. 505: "EU-oikeudessa on jäänyt varsin vähälle huomiolle se, ettei saalistushinnoittelu ole ylipäätään järkevää, jos saalistuksen kustannuksia ei voida myöhemmin kerätä markkinoilla monopolivoittoina. Tetra Pak II tapauksessa (asia C-333/94 P) yhteisön tuomioistuin ei hyväksynyt kantaa siitä, että ensiasteen tuomioistuin olisi tehnyt oikeudellisen virheen jättäessään arvioimatta, voiko olettaa saavansa saalistushinnoittelusta aiheutuvat tappiot takaisin. Tuomioistuin päätyi talousteorian kannalta virheelliseen lopputulokseen." Tässä, kuten niin monessa muussakin kiistakysymyksessä, on olemassa erilaisia näkemyksiä ja painotuksia, ei yhtä talousteorian näkemystä. Kilpailuteoriassa on esitetty erilaisia tulkintoja siitä, kuinka järkevää recoupment-vaatimuksen esittäminen eri tilanteissa on ja mitä sillä konkreettisesti tulisi tarkoittaa.

asemaa. *Matshushita*-tapauksessa[757] kanne perustui teoriaan, jonka mukaan vastaajina olevat japanilaisyritykset olisivat perustaneet vuosikymmenten ajaksi kartellin, jossa jokainen yrittää savustaa kantajan markkinoilta alihinnoittelulla aiheuttamalla samalla itselleen huomattavia taloudellisia tappioita. Tapauksessa *Brooke Group* saalistuksesta syytetyn tupakanvalmistajan markkinaosuus oli vain 12 %. Saalistaminen oli mahdollista vain, mikäli oligopolistit toimisivat predaation kaltaisessa hiljaisessa kolluusiossa, sillä varsinaista kartelliväitettä ei esitetty.[758] Huomion kiinnittäminen hintasodan kustannusten takaisin saamiseen on järkevää tällaisissa olosuhteissa. Toinen mahdollisuus olisi saalistuskanteen suora hylkääminen puuttuvan monopolivoiman perusteella. Vaikkei EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa tarvita erillistä selvitystä kustannusten kattamisesta, määräävän aseman tunnusmerkistön täyttyminen osoittaa, että riski kustannusten kattamisesta on olemassa. Määräävä markkina-asema pitää oikein määriteltynä sisällään sen, että alallepääsyn esteet rajoittavat uusien yritysten tuloa markkinoille. Ilman markkinoille pääsyn esteitä yritys ei ole määräävässä asemassa, joten saalistushinnoittelua koskeva kielto ei tule sovellettavaksi. Verrattaessa amerikkalaisia ja eurooppalaisia tapauksia keskenään huomiota on kiinnitettävä siihen, kuinka suurta markkinavoiman astetta vertailtavien oikeusnormien soveltaminen edellyttää.

Kustannusten takaisinperimistä koskeva edellytys on eräänlainen rationaalisuustesti, jolla selvitetään sitä, missä määrin kantajan saalistusväitettä voidaan pitää uskottavana.[759] Kysymys siitä, tuleeko saalistamiseen puuttua, ei ratkea saalistamista koskevien rationaalisuusolettamien perusteella. Oikeudellisella sääntelyllä puututaan mitä erilaisempaan käyttäytymiseen, joka tarkemman tieteellisen analyysin valossa ei ole edes toimijan itsensä kannalta

---

[757] *Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed.2d 538 (1986).

[758] Ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2000) s. 2255–2258.

[759] Bolton, Brodley ja Riordan (s. 2264 ss.) tarjoavat kompromissina lähestymistapaa, jossa recoupment-elementtiin kiinnitetään huomiota eräänlaisena esikysymyksenä. Saalistamisen todentaminen edellyttäisi näyttöä seuraavista seikoista 1) saalistamiselle otollinen markkinarakenne, 2) saalistamissuunnitelman kuvaus ja sitä koskeva näyttö, 3) takaisinperimisen mahdollisuus, 4) kustannukset alittava hinnoittelu ja 5) hyväksyttävän liiketoiminnallisen syyn tai tehokkuuspuolustuksen puuttuminen. Ensimmäisten kolmen elementin perusteella suoritetaan esikarsinta (screening) ja viimeiset kaksi toimivat varsinaisena saalistustestinä. Esikarsinnan tavoitteena on karsia pois selvästi perusteettomat kanteet. Lähestymistapa vaikuttaa mielenkiintoiselta ja prosessiekonomisesti järkevältä. Sovellettaessa määräävän aseman väärinkäyttönormia kohdat 1) ja 3) sisältyvät pitkälti määräävää asemaa koskevaan selvitysvaiheeseen. Toki niitä koskeva uusi tarkistus voidaan tehdä myös väärinkäytön yhteydessä. Menetelmän hyötynä on se, että nykyisin Yhdysvalloissa ylikorostuva recoupment-elementti saa sille kuuluvan aseman, jossa se on merkityksellinen, mutta ei dominoiva tekijä. Olennaista on, että saalistusta tarkastellaan kustannusten ja tuottojen ohella laajemmasta strategisen kilpailun näkökulmasta.

rationaalia.[760] Saalistamisen hyödyllisyyttä siihen syyllistyvän yrityksen kannalta olennaisempaa on tarkastella sitä, voiko saalistamisesta aiheutua kohtuutonta haittaa sen kohteeksi joutuville pienemmille yrityksille ja sitä kautta vahinkoa myös kilpailuprosessille ja kuluttajien hyvinvoinnille.[761] Edellä todetun valossa kysymykseen on vastattava myönteisesti.

6.12 RISTISUBVENTOINTI

Niin sanotulla ristisubventiolla tarkoitetaan sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys siirtää hallitsemiltaan markkinoilta hankkimiaan monopolivoittoja toisella toimialalla omistamansa yrityksen käyttöön, jolloin viimeksi mainittu voi hinnoitella hyödykkeensä alta todellisten kustannusten. Ristisubventio on mahdollista erityisesti silloin, kun määräävä asema on suojattu julkisen vallan asettamin rajoituksin tai alallepääsyn esteet ovat muusta syystä korkeat. Kilpailu puute mahdollistaa resurssien kokoamisen ja niiden siirtämisen helpommin

---

[760] Ongelmaan kiinnittävät huomiota myös Church ja Ware (2000) s. 659: "In other words, why do economists worry so much whether predation is "rational" if we can both define it and identify it without the use of theoretical analysis? After all, in criminal law, we rarely believe that commiting a homicide is "rational" for the perpetartor, but that doesn't prevent us from maintaining strong laws against it, with vigorous monitoring and enforcement. The answer relates to the different nature of antitrust enforcement. Identifying welfare-decreasing anticompetitive acts by firms is a very expensive and error-prone activity for the government and judiciary." Mielestäni kirjoittajien kysymyksen esittämistapa osuu naulan kantaan, mutta vastaus jättää toivomisen varaa. Todellakin, saalistushinnoitteluun ei puututa menettelyn rationaalisuuden, vaan sen vahingollisuuden perusteella. Jos yrityksellä on määräävä asema, perityt hinnat alittavat selkeästi kustannukset ja taustalla on poissuljentatavoite, kyse on saalistamisesta aivan siitä riippumatta, tuleeko kilpailunrajoitus onnistumaan vai epäonnistumaan. Vaikka saalistuksen kannattavuus olisikin kyseenalaista, tulee siihen puuttua. Rationaalisuusolettamaa ei voida viedä niin pitkälle, että muutoin laiton menettelytapa muuttuu lailliseksi, jos siihen syyllistynyt yritys yliarvioi oman kykynsä periä myöhemmin hintasodan kustannukset kuluttajilta. Eihän hintakartellikaan muutu lailliseksi sillä, että yritys yliarvioi kartellin stabiilisuuden ja aliarvioi kumppaneiden taholta tulevan huijauksen riskin. Täydellisen rationaalisuuden käsite on korvattava vähemmän heroistisella oletuksella (bounded rationality). Saalistuksen todentaminen on empiirinen, ei deduktiivinen kysymys.

[761] Varsin usein voidaan kysyä, oliko määräävän aseman väärinkäyttö sittenkään rationaalia edes määräävässä asemassa olevan yrityksen itsensä kannalta. Esimerkiksi monopolihinnoittelu tai hintasyrjintä voi heikentää yrityksen mainetta asiakaskunnan ja sidosryhmien piirissä tavalla, joka jää kustannuslaskennan tavoittamattomiin. Luonnollisesti oletus pyrkimyksestä voittojen maksimointiin on järkevä. Tässä tavoitteessa voidaan epäonnistua monesta syystä, esim. siksi, että yrityksen johto tekee virhearvion. Myös kilpailunrajoitus perustuu "oikeaan" tai "väärään" tilannearvioon. Kuitenkaan määräävän aseman väärinkäyttökielto ei laukea toiminnan kannattavuuden, vaan haitallisuuden perusteella. Kilpailuoikeudellinen lainvastaisuus arvioidaan ulospäin ilmenevän käyttäytymisen ja käyttäytymisestä aiheutuvien markkinavaikutusten, ei yrityksen päätöksentekijän sisäisen sieluntilan perusteella. Ajatus, että vain "rationaali" väärinkäyttö olisi kiellettyä, perustuu nähdäkseni rationaalisuusolettaman ylikorostamiseen ja sen todellisen merkityssisällön väärin ymmärtämiseen. Kieltostandardin kannalta olennaista on se, että myös

kuin jos subventoivan yrityksen on keskityttävä asemansa puolustamiseen. Saamansa tuen avulla ristisubventoitu yritys voi vallata markkinoita esimerkiksi saalistushinnoittelun avulla. Tällöin tavoitteena on määräävän aseman saavuttaminen, säilyttäminen tai vahvistaminen subventoiduilla markkinoilla. Toisaalta ristisubvention avulla tehoton yritys voi säilyä markkinoilla. Seurauksena voi kummassakin tapauksessa olla kilpailun merkittävä vääristyminen ja tehokkaampien yritysten toimintaedellytysten vaarantuminen.

6.12.1 EY:n kilpailuoikeus

EY:n käytännössä ristisubventointiin on puututtu tilanteissa, joissa yrityksellä on monopoliasema ja erityisesti, milloin julkinen monopoliyritys pyrkii laajentamaan toimintaansa kilpailluille markkinoille monopolitoiminnasta saamiensa tuottojen avulla.[762] EY:n komission kilpailusääntöjen soveltamista postimarkkinoilla koskevassa tiedonannossa[763] todetaan, että ristiintukemisena pidetään toimintaa, jossa yritys rahoittaa osittain tai kokonaan toimintansa tietyillä markkinoilla toisilta hyödyke- tai maantieteellisiltä markkinoilta saamillaan tuloilla. Ristisubventointi voi johtaa kilpailijoiden poissulkemiseen muilla kuin järjestelyn (mukaan lukien skaalaedut) tai suorituksen tehokkuuteen liittyvistä syistä.[764] Näissä tilanteissa ristisubventointia voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.[765] Julkiset yritykset voivat vedota puolustuksekseen Rooman sopimuksen 86 (ent. 90) artiklaan, jonka nojalla kustannusten allokointisystee-

---

epäonnistuneesta saalistushinnoittelusta aiheutuu hyvinvointitappioita. Ks. tältä osin esim. Zerbe/Mumford (1996) s. 964–967. Vrt. Easterbrook (1981), joka olettaa alihinnoittelun olevan aina kuluttajien etujen mukaista, jos saalistus epäonnistuu. Nähdäkseni Easterbrook jättää monimarkkinanäkökulman liian vähälle huomiolle: kuluttajien yksillä markkinoilla saama hinnanalennus voi osoittautua muilla markkinoilla koituvaa välillistä tappiota pienemmäksi. Mahdollisesti haitta ilmenee samoilla markkinoilla siten, että pitkällä aikavälillä tehokas yritys jää tulematta markkinoille. Zerbe ja Mumford kiinnittävät huomiota siihen, että predaatio täytyy rahoittaa jostakin. Jos esimerkiksi julkinen yritys rahoittaa kilpailluilla markkinoilla harjoittamansa saalistushinnoittelun monopolitoiminnasta hankkimillaan monopolivoitoilla, kuluttajat kärsivät kiistatta haittaa, vaikka tavoitteena olisi kilpailijan ajaminen markkinoilta ja tässä tavoitteessa epäonnistuttaisiin. Kuluttajat maksavat monopolihyödykkeestä ylihintaa ja saalistettua hyödykettä myydään halvemmalla kuin mitä allokatiivisen tehokkuuden näkökulmasta olisi järkevää. Havaitaan, ettei yksinkertainen oletus epäonnistuneen saalistuksen hyödyllisyydestä kuluttajille kestä kriittistä tarkastelua. Sen sijaan yleisesti voidaan todeta, että hintakilpailu on lähes aina kuluttajien edun mukaista ja siksi tapaukset, joihin puututaan, tulee valikoida huolella. Kilpailijat voivat väärinkäyttää saalistushinnoittelun kieltoa kuluttajien vahingoksi. Tässä mielessä chicagolainen saalistushinnoittelun kritiikki on terveellä pohjalla.

[762] Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 184 ss. Ks. myös Abbamonte (1998).

[763] EYVL 1998 C 39/2.

[764] Ks. tiedonannon kohta 3.1.

[765] Ks. myös komission telemarkkinoita koskevia tiedonantoja , EYVL 1998 L 141/6, tiedonannon kohta 3.

miä voidaan perustella tarpeella turvata julkisen palvelun rahoitus. Julkinen palvelu on toteutettava tavalla, joka sisältää vain toiminnan kannalta välttämättömiä ja objektiivisesti perusteltuja rajoituksia eikä estä uusien toimijoiden tuloa markkinoille yhtään enempää kuin on välttämätöntä julkisen palveluvelvoitteen täyttämiseksi.[766]

> Ristisubventointia voidaan pyrkiä torjumaan myös tehostetulla julkisten pääomaruiskeiden valvonnalla, mukaan lukien ns. transparenssidirektiivi (80/723) ja valtiontukien valvonta,[767] RS 87–89 artiklojen ja niiden perusteella annetun laajan sekundäärilainsäädännön perusteella, velvoittamalla julkiset yritykset eriyttämään kaupalliset ja yleishyödylliset toiminnot kirjanpidossaan[768] ja velvoittamalla jäsenvaltiot yhtiöittämään kaupalliset toiminnot eri yhtiöihin. Tehokkain keino lienee omistuksellisen yhteyden katkaiseminen julkisen palvelun ja kaupallisen toiminnan välillä, mutta tästä voi aiheutua muita ongelmia. EY:n komissio on erityisesti 1990-luvulla pyrkinyt soveltamaan aktiivisesti 86 artiklaa tarkoituksella avata vielä kiinni olevat kansalliset markkinat ja edistää integraatiota.[769] Toisaalta Rooman sopimuksella ei 295 (ent. 222) artiklan mukaan puututa jäsenvaltioiden omistusoikeusjärjestelyihin, joten kaupallisten toimintojen hoitamista julkisilta yksiköiltä ei ole kielletty.

EY:n komissio totesi tapauksessa *Deutsche Post AG*,[770] että taloudelliselta kannalta tarkasteltuna kyse on ristiintukemisesta, kun 1) tietystä palvelusta saatavat tulot eivät riitä kattamaan kyseisestä palvelusta aiheutuvia erityisiä lisäkustannuksia (incremental costs) ja 2) on olemassa palvelu tai kokonainen liiketoiminta-ala, jonka tulot ylittävät omat kustannukset. Ristiintukemisen lähteen tunnistaa omat kustannukset ylittävistä tuloista ja sen kohteen palvelukohtaiset lisäkustannukset alittavista tuloista.[771]

> Vuosina 1990-1995 Deutsche Post AG:n tulot postimyyntiyrityksille tarjottavien pakettipalvelujen alalla olivat pienemmät kuin kyseisestä palvelusta aiheutuvat palvelukohtaiset lisäkustannukset. Tällä aikavälillä postimyynti-

---

[766] Ks. EY:n tuomioistuimen ratkaisua asiassa *Corbeau v. Belgian postilaitos*, C-320/91, Kok. 1993 s. I-2533. Ks. myös *IECC III, International Express Carriers v. komissio*, T-133/95 ja T-204/95, Kok. 1998 s. II 3605.

[767] Ks. valtiontuista esim. Bellamy/Child (2001) s. 1213–1288.

[768] Tällainen velvoite on asetettu esim. telemarkkinoiden osalta. Ks. telemarkkinoista esim. Faull/Nikpay (1999) s. 753–872; Bellamy/Child (2001) s. 1022–1080.

[769] Ks. julkisten yritysten sääntelyn osalta esim. Bellamy/Child (2001) s. 998–1021 ja Joutsamo ym. (2000) s. 588–603.

[770] *Deutsche Post AG*, COMP/35.141, EY:n komission päätös 20.3.2001, EYVL 2001 L 125/27.

[771] Esim. tutkittaessa sitä, katetaanko postimyyntiyrityksille tarjottavista pakettipalveluista aiheutuvat palvelukohtaiset lisäkustannukset, on erotettava toisistaan palvelukohtaiset kustannukset, jotka liittyvät pelkästään kyseisen palvelun tarjoamiseen, ja yhteiset kiinteät kustannukset, jotka eivät johdu pelkästään kyseisestä palvelusta. EY:n komissio päätyi siihen, että yhtiö tuki pakettipalveluja monopolitoiminnasta saamillaan tuloilla. Yritys oli syyllistynyt myös saalistushinnoitteluun ja uskollisuusalennusten käyttämiseen.

yrityksille myyty pakettipalvelu tuotti tappiota. Näissä olosuhteissa jokainen uusi myyntitapahtuma johti siihen, että ainakin osa lisäkustannuksista ja kaikki kapasiteetin ylläpitokustannukset jäivät kattamatta. Arvioitaessa väärinkäytön tunnusmerkistön täyttymistä on otettava huomioon, että keskipitkällä aikavälillä tällainen hintapolitiikka on vastoin yrityksen taloudellista etua. Konserni pystyisi nostamaan voittojaan joko nostamalla hintansa palvelukohtaisten lisäkustannusten yläpuolelle tai – mikäli tällaista hintaa ei pystytä viemään läpi markkinoilla – luopumalla kokonaan kyseisen palvelun tarjoamisesta, koska tulot ovat sen hetkisellä hintatasolla palvelun tarjoamisesta aiheutuvia lisäkustannuksia pienemmät. Samalla toiminnan jatkaminen kyseisillä markkinoilla ilman tulotilanteen odotettavissa olevaa parantumista muodosti esteen niiden kilpailijoiden markkinoille tulolle, jotka pystyisivät tarjoamaan palvelua kustannukset kattavaan hintaan.

Ristisubventoinnin käsite pitää sisällään poliittisesti arkaluontoisia jännitteitä. Yhtäältä vaarana on se, että julkisten monopoliyritysten laajentaessa toimintaa ne voivat vallata markkinoita monopolitoiminnasta saamillaan tuloilla. Toisaalta tarkastelussa on otettava huomioon, että julkista tehtävää hoitaville yrityksille on asetettu erityisiä velvoitteita (*Daseinsfürsorge*), joista johtuen ne eivät pysty kaikilta osin hinnoittelemaan palvelujaan puhtaan liiketaloudellisin perustein. Selvittäessään Deutsche Postin kiinteiden kustannusten osuutta komissio otti huomioon, että yhtiöllä on lakisääteisen tehtävänsä vuoksi oltava varakapasiteettia, joka riittää aina myös yleisöpalvelun kysyntähuippujen tyydyttämiseen laissa säädettyjen laatukriteereiden mukaisesti. Vaikka Deutsche Post ei tarjoaisikaan pakettipalveluja postimyyntiyrityksille, olisi sen velvollisuutena toimittaa kyseisten asiakkaiden postikonttoriin jättämät paketit ja luettelot määräajassa.[772] Velvollisuudesta pitää yllä varakapasiteettia käytetään taloustieteessä käsitettä carrier of last resort.

Toisaalta tapauksessa *Corbeau*[773] EY:n tuomioistuin hyväksyi sen, että jäsenvaltiot kieltävät postilaitoksen kanssa kilpailevan yrityksen alihinnoittelun tai epäävät toimiluvan, jos uusi yritys vapaana vähemmän kannattavista toimintamuodoista pyrkisi kilpailemaan kannattavilla sektoreilla tarjoamalla niillä halvempia palveluja ja vaarantaisi siten yleispalveluvelvoitteen täyttämisen. EY-oikeus ei siten estä ns. *kermankuorintaan* puuttumista asettamalla yleispalveluvelvoitetta turvaavia ehtoja. Nähtävissä on kuitenkin kehitys, jossa esim. postin monopolitoimiala kapenee. Alue, jolle kilpailua ei saada järkevästi aikaiseksi, näyttäisi supistuvan innovaatioiden myötä. Parhaan esimerkin tarjoavat tele-

---

[772] Tämä johtuu yleisestä sopimuspakosta, jonka mukaan potentiaalisella postipalvelujen käyttäjällä on oikeus vaatia yhtiön postikonttoreissa yksikköhintaan pakettipalveluja, joiden laatu vastaa laissa säädettyä tasoa. Luopuessaan tietystä pakettipalvelusta Deutsche Post ei pysty vähentämään henkilöstö- ja materiaalikustannuksia suhteessa tähän toimitusmäärän vähentymiseen toisin kuin yksityiset yritykset kuten UPS. Myös kyseisestä pakettipalvelusta luovuttaessa on säilytettävä varakapasiteettina henkilöstö- ja aineellisia resursseja niin paljon, että ne riittävät yleisöpalvelun hoitamiseen laissa säädetyn laatustandardin mukaisesti. Koko valtakunnan alueella 80 prosenttia lähetyksistä on toimitettava perille kahden arkipäivän kuluessa.

[773] Asia C-320/91, Kok. 1993 s. I-2533.

markkinat, joilla kilpailun vapauttaminen on perustunut yhtäältä teknisiin innovaatioihin ja toisaalta niiden hyödyntämistä tukevaan kilpailupolitiikkaan.

6.12.2 Kotimainen kilpailuoikeus

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 5 kohdassa mainitaan viimeisenä esimerkkinä määräävän markkina-aseman hyväksikäyttö muiden hyödykkeiden tuotantoa tai markkinointia koskevan kilpailun rajoittamiseksi. Määräävässä asemassa oleva elinkeinonharjoittaja voi pyrkiä kilpailun rajoittamiseen toisilla toimialoilla ja sitä kautta määräävän aseman saavuttamiseen myös viimeksi mainitulla toimialalla. Lain 7 §:n 5 kohdan tunnusmerkistö voi täyttyä usealla tavalla. Käytännössä kyse on samalla jostain 7 §:n 1–4 kohdassa kielletystä menettelytavasta. Esimerkiksi vertikaalisesti integroitunut yritys voi käyttää edellä käsiteltyä hintaruuvia kilpailijoidensa kustannusten nostamiseksi. Kyse voi olla myös eri tuotemarkkinoille kuuluvien hyödykkeiden sitomisesta. Lain 7 §:n 5 kohta on täydentävä säännös, jossa tarkastelun lähtökohtana on määräävän markkina-aseman kielteinen heijastuminen muille toimialoille.

Kilpailuvirasto on todennut muun ohella *Transpoint*-päätöksessään[774] ne edellytykset, joiden nojalla se katsoo 7 §:n 5) kohdan soveltamisedellytykset täyttyvän. Määritelmän mukaan kilpailunrajoituslain 7 §:n 5) kohtaa sovelletaan, jos:

1. tuetulle toimialalle siirretään määräävässä markkina-asemassa hankittuja taloudellisia voimavaroja niin jatkuvasti ja mittavasti, että se merkitsee ylivertaista kilpailuetua muihin tuetulla toimialalla toimiviin kilpailijoihin nähden ja
2. menettelyn tarkoituksena on määräävän markkina-aseman saavuttaminen tuetulla toimialalla tai sen väistämättömänä seurauksena on kilpailun niin olennainen poissulkeutuminen tai rajoittaminen, että tuetun toimialan valtaaminen ja sitä kautta määräävän markkina-aseman laajentaminen tulee periaatteessa mahdolliseksi tai, että menettely muutoin merkittävässä määrin vääristää alan elinkeinorakennetta ja johtaa sitä kautta pitkäaikaiseen toimialan tehokkuuden vähenemiseen.

Kilpailuvirasto on tutkinut väitettyä tai epäiltyä ristisubventiota Transpoint-tapauksen ohella muun ohella *Oy Alko Ab:n* tuolloin omistaman *Arctia*-ketjun,[775] *Fundian*,[776] *Rautaruukki Oy:n*,[777] *Suomen Posti Oy:n*[778] sekä *Metsähalli-*

[774] D:o 495/61/92, kilpailuviraston päätös 12.1.1993.
[775] D:o 35/61/92, 5.5.1993.
[776] D:o 229/61/92, 25.3.1994.
[777] D:o 455/61/93, 12.4.1994.
[778] D:o 374/61/91.

tuksen siemen- ja taimituotannon osalta.[779] Epäilyt eivät kuitenkaan ole johtaneet kilpailuneuvostolle tehtäviin esityksiin.[780]

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 5 kohdassa ei kielletä määräävässä markkina-asemassa olevia yrityksiä laajentamasta toimintaansa uusille toimialoille. Ristisubvention kiellon avulla voidaan puuttua tapauksiin, joissa määräävän markkina-aseman avulla tietyiltä markkinoilta hankittuja voittoja hyödynnetään keinotekoisesti kilpailuaseman parantamiseksi toisilla markkinoilla. Monopolivoitot siirretään toisille markkinoille, joilla ne mahdollistavat kustannukset alittavan hinnoittelun tai muunlaisen vastaavan toiminnan, jollaiseen subventoidun yksikön omat tai markkinaehtoisilta sijoittajilta saatavissa olevat resurssit eivät antaisi mahdollisuutta. Menettelyyn on mahdollista puuttua selkeästi haitallisten kilpailuvaikutusten ilmettyä. Julkisen vallan antamien subventioiden mahdollistama, markkinahäiriön aikaansaava elinkeinonharjoittajan alihinnoittelu saattaa tulla arvioitavaksi myös kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella.

6.13 MONOPOLIHINNOITTELU

6.13.1 EY:n kilpailuoikeus

Rooman sopimuksen 82 artiklan 2. kohdan alakohdassa a) kielletään kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen. Säännöksen perusteella voidaan kontrolloida sitä, ettei määräävässä asemassa oleva yritys peri asiakkailtaan kohtuuttoman korkeita myyntihintoja.[781] Monopolihintojen periminen edellyttää huomattavaa monopolivoimaa, sillä muutoin asiakkaat eivät suostuisi maksamaan ylihintaa, vaan vaihtaisivat toimittajaa. Tähän viittaa myös säännöksessä käytetty termi hintojen *määrääminen*. Ilman merkittäviä alallepääsyn esteitä ylihinnoittelu johtaa uusien yritysten ilmaantumiseen markkinoille. EY:n sääntely poikkeaa Yhdysvaltain kilpailuoikeudesta, jossa monopolivoimaisten yritysten perimien hintojen tasoon ei puututa Sherman Actin nojalla. Yhdysvalloissa hintasääntelyn katsotaan olevan tarkoitusta varten perustettujen erityisten sääntelyviranomaisten tehtävä.[782] Näkökohta koskee kuitenkin lähinnä puhdasta monopoli-

---

[779] D:o 557/61/98, kilpailuviraston päätös 29.5.2001.

[780] Tapausselostusten osalta ks. Mentula/Pokela/Saraste 1998, s. 168–177 ja Aalto-Setälä ym. (2001) s. 208–211.

[781] Monopolihinnoittelu koskee myös tilannetta, jossa määräävässä asemassa oleva ostaja tarjoa asiakkailleen kohtuuttoman alhaisia ostohintoja. Viranomaiskäytännössä monopolihinnoittelu on monopsonin kohtuuttoman alhaista hinnoittelua yleisempi ja ilmeisesti myös vaarallisempi tilanne. Ks. tätä osin määräävän aseman yhteydessä olevaa esittelyä.

[782] Ks. esim. Fox, Notre Dame Law Journal (1986) s. 981, 993 ss.; Kauper, Antitrust Law Journal (1991) s. 441 ss.

hinnoittelua. Puutumiskynnyksen ylittymisen osalta näyttäisi olevan keskeistä se, onko kyse "puhtaasta" monopolihinnoittelusta vaiko esim. vertikaalisesti integroituneen yrityksen toimenpiteistä, jolla kilpailijan tarvitsema hyödyke ylihinnoitellaan. Ensimmäisessä tilanteessa lievää suhtautumista perustellaan sillä, että edun ulosmittaamisen oletetaan ainakin periaatteessa johtavan uusien yritysten tuloon markkinoille.[783] Mikäli näin ei tapahdu, mahdollisesti tarvitaan alakohtaista sääntelyä. Toisessa tilanteessa kyse on pyrkimyksestä monopolisoida markkinat, minkä kilpailuviranomaiset pyrkivät estämään.[784]

EY:n kilpailuoikeudessa monopolihinnoitteluun näytettäisiin voitavan puuttua ainakin säännöstasolla tarkasteltuna amerikkalaista kilpailuoikeutta helpommin, koska myös puhdas monopolihinnoittelu näyttäisi olevan kiellettyä. EY:n kilpailuoikeudessa voidaan erottaa kolme päätilannetta, joissa kohtuuttomien hintojen tarkastelu tulee kyseeseen:

1) hintaruuvi,
2) yhteisökaupan estäminen,
3) puhdas monopolihinnoittelu.

Hintaruuvilla tarkoitetaan sitä, että vertikaalisesti integroitunut, useammalla tuotantoportaalla toimiva yritys heikentää kilpailijansa asemaa lopputuotteen markkinoilla perimällä tältä ylihintaa väli- tai liitännäisestä hyödykkeestä. Sen sijaan, mikäli yritys ainoastaan vie sille itselleen aiheutuneen kustannusten nousun hintoihin, kyse ei ole monopolihinnoittelusta. Toisaalta on mahdollista, että hintataso alunperin on kohtuuton tai että monopoliyrityksen omat kustannukset ovat ylisuuria, koska kilpailun puute mahdollistaa tehottoman toiminnan. Tällöin vertailu yrityksen tuotantokustannuksiin ei kerro koko totuutta.

Yhteisökaupan estämisestä on kyse, jos menettelyn tarkoituksena tai ilmeisenä vaikutuksena on yhteisökaupan rajoittuminen. Yhtenä keinona voidaan käyttää kilpailijan tarvitseman välttämättömyyshyödykkeen ylihinnoittelua. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan mainita tapaukset *General Motors*[785] ja *British Leyland,*[786] joissa määräävässä asemassa oleva yritys yritti estää moottoriajoneuvojen rinnakkaistuontia perimällä ylihintaa maahantuojan antamista ns. konformiteettitodistuksista, jollainen tarvitaan rekisteröitäessä maahantuotua ajoneuvoa. Tapauksessa ylihinnoittelun näyttäminen oli vertailulaskelmien avulla suhteellisen yksinkertaista. Ratkaisua helpotti se, että hintojen moninkertaistamisen selvänä tarkoituksena oli yhteisökaupan rajoittaminen, mitä integraatiotavoite huomioon ottaen pidetään raskaana rikkomuksena. Hintaruuvissa ja yhteisökaupan rajoittamisessa monopolihinnoitteluun puuttumista ei

[783] Ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 72–75.
[784] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 300–302.
[785] EYVL 1975 L 29/14.
[786] *British Leyland*, 226/84, Kok. 1986 s. 3263.

voida pitää tavoitetasolla ongelmallisena, sillä ylihinnoittelun seurauksena on kilpailun rajoittuminen. Ongelma on tekninen ja liittyy riittävän selkeän vertailukohdan löytämiseen.

Kahdessa ensimmäisessä tilanteessa määräävässä asemassa oleva yritys perii kilpailijoiltaan ylihintaa estääkseen markkinoille pääsyn. Kolmannessa tilanteessa kyse on puhtaasta loppuasiakkaan "riistämisestä". Lainkäyttäjän tehtävä on paljon vaikeampi kuin kahdessa ensiksi mainitussa tapausryhmässä, sillä asiakkaan riistäminen ei rajoita kilpailua. Pikemminkin kyse on jo saavutetun edun ulosmittaamisesta. Puuttumiskynnyksen ylittyminen on ratkaistava puhtaasti hinnan kohtuullisuutta koskevan arvioinnin perusteella.

Tapauksessa *United Brands* komission päätöksen mukaan UB oli perinyt Saksassa, Tanskassa ja Benelux-maissa kohtuuttoman korkeita hintoja, jotka olivat yli 100 % Irlannin hintojen yläpuolella. Komissio piti em. hintoja "liioiteltuina suhteessa toimitetun suorituksen taloudelliseen arvoon". Relevanttien markkinoiden jakamista koskevan politiikan ansiosta UBC oli voinut noudattaa Chiquita-banaanien myynnissä tosiasialliselta kilpailulta suojattuja hintoja, joissa oli usein ollut niin huomattavia poikkeamia, ettei niitä banaanin kaltaisen suurkulutuselintarvikkeen tapauksessa voitu objektiivisesti perustella. Näistä poikkeamista ilmeni komission mukaan, että korkeimmat hinnat olivat olleet kohtuuttomia alhaisimpiin hintoihin verrattuna, varsinkin kun myös alhaisimmat hinnat olivat kannattavia. EY:n tuomioistuin kumosi komission päätöksen sillä perusteella, että hinnaneroksi oli näytetty vain 7 %. Komission analyysia ja tosiseikkojen arviointia pidettiin puutteellisena.

EY:n tuomioistuimen mukaan hinnoittelun kohtuuttomuutta voidaan arvioida "objektiivisesti" vertaamalla tuotteen myyntihintaa sen omakustannushintaan, mistä ilmenisi voittomarginaalin suuruus. Tämän vuoksi olisi arvioitava, onko tosiasiallisten kustannusten ja tosiasiallisesti pyydetyn hinnan välillä kohtuuton epäsuhta, ja jos näin on, tutkittava, onko hinta asetettu kohtuuttomaksi joko absoluuttisella tasolla tai suhteessa kilpaileviin tuotteisiin.[787] Myös muihin taloustieteilijöiden kehittämiin metodeihin voitaisiin vedota.[788]

Ennakkoratkaisuissa *Bodson*[789] ja *Lucazeau v. SACEM*[790] monopolihinnoittelua selvitettiin vertailumarkkinoiden avulla. *Bodson*-tapauksessa tuomioistuin totesi, että Ranskassa hautauspalveluista perittyjen hintojen väitet-

---

[787] EY:n tuomioistuin tiedosti hintojen ja kustannusten vertailuun liittyvät ongelmat, mutta ei pitänyt niitä ylivertaisina. "Vaikka omakustannushinnan vahvistamisessa voi ilmetä jopa erittäin huomattavia vaikeuksia sen vuoksi, että vahvistamisessa on joskus harkinnanvaraisesti jaoteltava välilliset kustannukset ja yleiset kulut ja että vahvistamisessa voi ilmetä huomattavia eroavaisuuksia, jotka riippuvat yrityksen suuruudesta, sen tavoitteesta, sen rakenteellisesta organisoimisesta, sen alueellisesta ulottuvuudesta, sen valmisteiden yhdenmukaisuudesta tai moninaisuudesta sekä sen tytäryhtiöiden määrästä ja niiden keskinäisistä suhteista, banaanin omakustannushinnan vahvistamisessa ei näyttäisi ilmenevän ylitsepääsemättömiä ongelmia." Ks. tuomion kohta 254.

[788] Ks. *United Brands*, tuomion kohdat 251–253.

[789] *Bodson v. Pompes Funebrès*, 30/87, Kok. 1988 s. 2479.

[790] Tapaus 110/88, Kok. 1989 s. 2811.

tyä kohtuuttomuutta voidaan selvittää vertaamalla yrityksen hintoja muiden samanlaisen konsession omaavien hautausurakoitsijoiden hintoihin.[791] Vastaavasti tekijänoikeusjärjestön diskoteekeilta perimien korvausten kohtuullisuutta voidaan selvittää vertaamalla hinnoittelua muissa jäsenmaissa, ottaen kuitenkin asianmukaisesti huomioon erot maiden hintatasossa ja tekijänoikeuksien perintäjärjestelmissä.[792] Niin ikään diskoteekkien tekijänoikeuskorvausten tasoa koskeneessa ratkaisussa *Ministerère Public. v. Tournier*[793] EY:n tuomioistuin totesi, ettei ylisuuria tai kohtuuttomia kustannuksia voida ottaa huomioon. Monopoliyrityksen toimiessa riittävän kilpailun paineen puuttuessa tehottomasti kyse voi olla monopolihinnoittelusta, vaikkei yritys näyttäisikään erityisen suurta voittoa.[794]

Monopolihinnoittelua on mahdollista selvittää *vertaamalla yrityksen tuotantokustannuksia ja hinnoittelua*. Yrityksen perimiä hintoja verrataan sen omiin tuotantokustannuksiin. Tämän lähestymistavan mukaan monopolihinnoittelusta voidaan puhua, kun hinnat ovat ilmeisessä epäsuhteessa tuotantokustannuksiin. Lähestymistapaan viitattiin esim. ratkaisussa *United Brands*.[795] Metodin suurin puute liittyy kustannuslaskentaan. Lähestymistavan luotettavuus edellyttää, että tarkasteltavan hyödykkeen tuottamisessa syntyvät muuttuvat ja kiinteät kustannukset voidaan erottaa yrityksen tuottamien muiden hyödykkeiden kustannuksista. Käytännössä kustannusten allokoiminen on hankalaa esim. vajaakäytössä olevan kapasiteetin osalta. Ongelmia lisää se, ettei yrityksen kirjanpitoaineisto tarjoa yksinään riittävää pohjaa vertailujen tekemiselle. Taloudellisen voiton ja kustannusten esille suodattaminen edellyttää tarkistuslaskelmia ja korjauksia. Sen jälkeen kun tekniset ongelmat on ratkaistu, tuomioistuimen tulee ottaa kantaa siihen, mistä alkaen hinnaneroa on pidettävä epätavallisen suurena, ylisuurena, kohtuuttoman suurena tai ilmeisen epäsuhteisena.

Toiseksi yrityksen hinnoittelua voidaan verrata muihin saman alan yrityksiin. *Hintavertailussa* vertailukohdaksi haetaan kilpailluilla markkinoilla toimiva yritys. Vertailukohta voidaan hakea koti- tai ulkomailta. Monopolihinnoittelusta voidaan puhua, jos epäillyn yrityksen hinnat ovat huomattavasti korkeammalla tasolla kuin siihen vertailukelpoisten, kilpailluilla markkinoilla toimivien yritysten hinnat. Luotettava hintavertailu muihin yrityksiin edellyttää tuotanto-

---

[791] *Bodson*, tuomion kohta 31.

[792] *Lucazeau v. SACEM*, 110/88, Kok. 1989 s. 2811.

[793] Tapaus 395/87, Kok. 1989 s. 2521.

[794] Mitään erityisen käyttökelpoista metodiikkaa monopolihinnoittelun selvittämiseksi EY:n tuomioistuimen päätösten perusteella ei ole suodatettavissa. Toisaalta jos ylihinnoittelu on erityisen selkeää, periaatteessa samaan lopputulokseen pitäisi päästä soveltamalla eri selvittelyperiaatteita rinnakkain.

[795] EY:n tuomioistuin totesi *United Brands* -tapauksessa, että 82 artiklan toisen kohdan a alakohdassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö voi käsittää sellaisen liiallisen hinnan asettamisen, joka ei ole kohtuullisessa suhteessa toimitetun tuotteen taloudelliseen arvoon. Tätä kohtuuttomuutta voitaisiin arvioida objektiivisesti muun muassa silloin, kun se voitaisiin määritellä vertaamalla kyseisen tuotteen myyntihintaa sen omakustannushintaan, mistä ilmenisi voittomarginaalin suuruus. Ks. tuomion 7. johtolause.

tavasta ja alueellisten markkinoiden erilaisuudesta johtuvien erojen huomioon ottamista. *Vertailumarkkinoita* koskevassa lähestymistavassa *(Vergleichsmarktkonzept)* voidaan erottaa kolme alalajia:

1) *alueelliset vertailumarkkinat*, jossa kohdeyrityksen hintoja verrataan toisella alueella toimivan saman yrityksen hintoihin;
2) *hyödykekohtaiset vertailumarkkinat*, jossa tietyn hyödykkeen hintoja verrataan lähihyödykkeen hintoihin;
3) *ajalliset vertailumarkkinat*, jossa yrityksen hinnoittelua verrataan hintoihin toisella ajanjaksolla.

Alueellisten vertailumarkkinoiden ideana on, että monopolihinnoittelusta epäillyn yrityksen hintoja verrataan sellaisten yritysten hintoihin, jotka toimivat kilpailluilla markkinoilla. Jos tuotanto-olosuhteet, asiakaskunnan rakenne, yritysten investoinnit, rahoitusasema tms. seikat ovat vertailukelpoisia, hintavertailun avulla voidaan selvittää, kuinka paljon monopoliyritys perii ylihintaa. Lähestymistapaa lienee vaihtoehtoisista vertailumarkkinakonsepteista EY:n käytännössä[796] eniten sovellettu.[797] Metodin suurin ongelma liittyy riittävän vertailukelpoisten markkinoiden löytämiseen. Usein ensi silmäyksellä samankaltaisilta näyttävät markkinat osoittautuvat lähemmässä tarkastelussa varsin erilaisiksi, jolloin johtopäätösten tekeminen hinnoittelusta edellyttää laskelmien korjaamista ja painoarvon antamista relevanteina pidetyille eroille markkinoiden rakenteessa ja kilpailuolosuhteissa.[798] Aloilla, joilla alallepääsyä säännellään tai joilla on monopolin omaisia piirteitä, vertailumarkkinoiden löytäminen voi olla vaikeaa. Ratkaistaessa esim. tele- tai energiamarkkinoita koskevaa asiaa koko ala voi toimia samankaltaisissa kilpailulta suojatuissa olosuhteissa. Tällöin määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoittelun vertaaminen toisen määräävässä asemassa olevan yrityksen hintoihin ei antane riittävästi osviittaa siitä, mille tasolle hinnat riittävän kilpailun vallitessa asettuisivat.[799] Täydentävästi voidaan kiinnittää huomiota hyödykekohtaisiin vertailumarkkinoihin.[800] Hyö-

---

[796] Ks. tapauksia *Parke Davis*, Kok. 1968 s. 55; *Metro I*, EYVL 1976 L 95/1; *United Brands*, Kok. 1978 s. 207; *Tournier*, Kok. 1989 s. 2521; *Lucazeau v. SACEM*, Kok. 1989 s. 2811.

[797] Ks. Möschel teoksessa Immenga Mestmäcker (1997) s. 727.

[798] Samalla kannalla esim. Emmerich (2001) s. 196–197. Tapauksissa *Tournier* ja *SACEM* EY:n tuomioistuin totesi, että verrattaessa eri maissa musiikin käyttäjiltä perittäviä tekijänoikeuskorvauksia keskenään laskelmiin on tehtävä kansallisten perintäjärjestelmien eroista johtuvia korjauksia.

[799] Ongelmaa on käsitelty kilpailuneuvoston tele- ja energiamarkkinoita koskevissa päätöksissä, joita käsitellään jäljempänä kotimaisen oikeuskäytännön esittelyn yhteydessä.

[800] Esimerkiksi tapauksessa *British Leyland* (Kok. 1986 s. 2479) EY:n komissio kiinnitti huomiota ajoneuvojen ns. konformiteettitodistuksista perimän hinnan erilaisuuteen sen mukaan, oliko ratti ajoneuvossa oikealla vai vasemmalla puolella. British Leyland yritti estää ajoneuvojen rinnakkaistuonnin perimällä Manner-Euroopasta Englantiin tuoduille ajoneuvoille kirjoitettavasta todistuksesta kohtuuttoman korkeaa hintaa. Tapaus lienee yksinkertaisuudessaan hintavertailijan unelma ja siinä mielessä poikkeuksellinen. Itse asiassa kyseessä ei ollut eri vaan sama hyödyke. Erilaisista hyödykkeistä perittävien hintojen vertailukelpoisuus on yleensä selvästi heikompi.

dykkeen valmistamiskustannusten ja myyntiolosuhteiden täytyy kuitenkin olla varsin samankaltaisia, jotta vertailu on mielekästä. Ajallisia vertailumarkkinoita koskevassa lähestymistavassa *(Sockeltheorie)* tarkastellaan saman yrityksen toimintaa relevanteilla markkinoilla. Menetelmän avulla voidaan tarkastella sitä, missä määrin hinnankorotus on perusteltavissa lisääntyvillä kustannuksilla. Yrityksen ilmoittama kustannusperuste voi olla joko paikkaansa pitävä tai ylimitoitettu. Aiemmat hinnoittelua koskevat ratkaisut muodostavat perustan (Sockel), jonka päällä uutta hinnoittelua tarkastellaan. Tarkastelussa pyritään selvittämään, olisiko kilpailutilanteessa toimiva yritys kyennyt nostamaan hintojaan, kun huomioon otetaan ne yrityksen kohtaamat lisäkustannukset, joita se ei tehokkaasti toimien kykene välttämään. Mainittu saksalainen teoria sisältää aivan samoja arviointiongelmia kuin muutkin edellä mainitut teoriat.[801] Tämän vuoksi kirjallisuudessa edellytetään riittävää turvamarginaalia.[802] Myös EY:n käytännössä hinnan tulee olla "selkeästi" liian korkea.[803] Selkeän marginaalin vaatimus tuo tarkasteluun normatiivisen elementin ja tavallaan vesittää lähestymistavan tarkkuuden. "Eksaktiuden" menetystä ei voida pitää varsinaisena puutteena. Monopolihinnoittelua koskevilla vertailulaskelmilla voidaan saada hyvinkin tarkkoja lukuja, joiden vastaavuus reaalitodellisuuden kanssa on toinen kysymys.

Kolmas perusvaihtoehto on verrata monopoliyrityksen *kannattavuutta* muiden yritysten kannattavuuteen. Kannattavuutta voidaan verrata sijoitetun pääoman tuottoon. Tällöin on kuitenkin otettava huomioon mahdolliset erot laskentaperiaatteissa. Tuottovaatimukseen vaikuttavat muun ohella korkokanta, markkinoiden yleinen riski ja yrityksen omaan asemaan liittyvät riskitekijät. Verrattaessa kahden yrityksen tulosta suurempi kannattavuus voi johtua monopolihinnoittelun ohella esimerkiksi suuremmasta tehokkuudesta tai ulkoistekijöistä. Tätä lähestymistapaa käytettiin kesällä 2001 kilpailuneuvostossa ratkaistuissa puhelin ja energiayhtiöiden hinnoittelua koskevissa asioissa. Kilpailuvirasto perusteli monopolihinnoittelua koskevia vaatimuksia pääoman keskimääräisiä tuottovaatimuksia koskevilla laskelmilla, joiden tekemisessä hyödynnettiin CAP ja WACC -malleja.

---

[801] Ks. esim. Möschel, teoksessa Immenga/Mestmäcker, GWB (1992) s. 838; Emmerich (2001) s. 198.

[802] Kirjallisuudessa käytetään termiä Sicherheitszuschlag, ks. esim. Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1992) s. 835; Emmerich (2001) s. 197. Ks. myös P. Virtanen (2001) s. 292–299, jossa selostetaan saksalaisessa kirjallisuudessa esitettyjä mielipiteitä. Myös Virtanen suhtautuu epäilevästi kykyyn selvittää monopolihinnoittelua vertailumarkkinoiden perusteella. Emmerich toteaa, että monopolihinnoittelun selvittämiseen liittyvät mittaamisongelmat ovat käytännössä johtaneet valvonnan tosiasialliseen alasajamiseen. Kuten P. Virtanen osuvasti toteaa, sääntelyllä Saksassa voi kuitenkin olla ennakkoestävää merkitystä.

[803] Tapauksessa *British Leyland* tuomioon riitti se, että British Leyland oli nostanut Englantiin uudelleen tuotujen ajoneuvojen rekisteröinnissä tarvittavan konformiteettitodistuksen hinnan alkuperäisestä 25 punnasta yritysten osalta 150 puntaan ja kuluttaja-asiakkaiden osalta 100 puntaan.

Voidaan todeta, ettei EY:ssä ole vakiintunut yhtä tiettyä tapaa tarkastella monopolihinnoittelua. Käsitellyt tapaukset ovat liittyneet pääosin tekijänoikeusjärjestöjen toimintaan ja toisaalta tosiseikoiltaan rajallisiin tilanteisiin, joissa yritys on ylihinnoitellut tietyn kilpailijoille välttämättömän hyödykkeen hintaruuvin avulla tai pyrkinyt estämään rinnakkaistuontia. Lopputuotteen hinnoittelua koskevan "riistämisen" osalta soveltamiskäytäntö on ollut lievää, mikä vastaa kansainvälistä käytäntöä. EY:n komission osalta mitään johdonmukaista pyrkimystä kontrolloida hyödykkeiden hintatasoa ei ole havaittavissa. Päinvastoin, komissio on tuonut julki näkemyksen, jonka mukaan monopolihintoihin puuttuminen tulee kyseeseen vain harvoin, koska "oikean" hintatason selvittäminen on hankalaa ja koska instrumentin laaja-alainen soveltaminen johtaisi hintasäännöstelyyn. Toimenpiteet määräävän aseman väärinkäytön estämiseksi eivät saa johtaa systemaattiseen hintojen valvontaan. EY:n komissio katsoo, että tehokkaampi tapa vaikuttaa hinnoitteluun on puuttua toimenpiteisiin, joilla keinotekoisesti ylläpidetään määräävän aseman säilymistä[804].

Möschel toteaa, että EY:n kilpailuoikeudessa suoraa hintatason valvomista monopolihinnoittelua koskevan kiellon avulla voidaan pitää lähinnä *hätäapuna* tilanteissa, joissa tehokkaampia keinoja ei ole käytettävissä.[805] EY:ssä monopolihinnoittelua koskevan säännöksen soveltamisessa on koettu vaikeaksi löytää riittävän luotettava vertailukohta. Monopolihinnat johtuvat yleensä alallepääsyn esteistä, kilpailijoiden toiminnan vaikeuttamisesta ja asiakkaan sitomisesta yhteen toimittajaan. Maksimaalisen hinnan ulosmittaaminen alueellisen tai asiallisen syrjinnän perusteella on mahdollista vain, mikäli hintoja tasoittava arbitraasi on mahdotonta. Yleensä suoraa hintojen sääntelyä tehokkaampana ja ensisijaisena keinona voidaan pitää epäsuoraa vaikuttamista markkinoille pääsyn esteisiin. Markkinoille pääsyn esteillä ei kuitenkaan ole tehoa, jos määräävä asema on lailla suojattu tai perustuu luonnolliseen monopoliin. Ottaen huomioon, ettei EY:n kilpailuoikeus sisällä maataloutta lukuun ottamatta sektorikohtaisia poikkeuksia, monopolihinnoittelua koskevan kiellon voidaan arvella tulevan kyseeseen lähinnä säännellyillä markkinoilla, joilla kansallinen lainsäädäntö asettaa alallepääsyn esteitä. Toisen potentiaalisen sääntelykohdan tarjoavat energia- ja tiedonsiirtoverkot, jotka usein sisältävät luonnollisen monopolin

---

[804] Komissio totesi 24. kilpailuraportissa, että kuluttajat voivat kärsiä haittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen hyödyntäessä monopolivoimaansa. Kuitenkaan komission käytännössä ei yleensä puututa korkeisiin hintoihin sinänsä, vaan käyttäytymiseen, jonka tarkoituksena on säilyttää määräävä asema. Ks. 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1994), kohta 207. Komissio totesi jo 5. kilpailuraportissa, ettei määräävän aseman kontrollointia voida toteuttaa jatkuvan hintasäännöstelyn avulla. Komission mukaan kohtuuttoman korkeiden hintojen selvittämistä vaikeuttaa se, ettei käytettävissä ole objektiivista testiä, jonka perusteella kohtuuttomuutta voitaisiin arvioida. Ks. 5. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (1975) kohta 3. Ks. viimeksi mainitun raportin osalta myös Leivo/Leivo (1997) s. 336.

[805] Ks. Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 724–725.

piirteitä, ja muut avainasemat. Yleisenä sääntönä monopolihinnoittelun valvonnalla on EY:n kilpailuoikeudessa toissijainen asema verrattuna muiden väärinkäyttömuotojen valvontaan ja ennakollisesti vaikuttavaan yrityskauppavalvontaan.[806]

6.13.2 Kilpailunrajoituslaki

Kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdassa tarkoitettu monopolihinnoittelu ilmenee kohtuuttoman korkeiden hintojen perimisenä tai vaatimisena asiakkailta tai sellaiseksi pyrkiviltä. Väärinkäyttö voi ilmetä myös tietyn hyödykkeen yleisen hintatason kohtuuttomuutena tai kohtuuttomana hinnankorotuksena. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi itse päättää soveltamistaan hinnoista ja hinnoittelun perusteista ja rakenteista, koska määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei joudu toimimaan kilpailun paineessa. Erityisesti tämä kilpailuoikeudellinen ongelma koskee luonnollisen monopolin olosuhteissa toimivaa yritystä.

Vuoden 1992 kilpailunrajoituslain esityöt eivät sisällä yksityiskohtaisempaa monopolihinnoittelun kuvausta. Lainkohdan perusteluissa[807] on tältä osin viitattu aikaisempiin säännöksiin. Vuoden 1988 lain esitöissä[808] on todettu hinnoittelun kohtuullisuudesta seuraavasti:

> "Kohtuullisuuden arvioinnin mittapuuna olisi pidettävä hintatasoa, joka todennäköisesti saavutettaisiin terveen ja toimivan kilpailun vallitessa ja hintaa voitaisiin vastaavasti pitää kohtuuttomana, jos se ilmentäisi määräävän markkina-aseman hyväksikäyttöä hinnoittelussa tavalla, jota voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Hinnan kohtuullisuuden arvioinnissa olisi kiinnitettävä huomiota toisaalta Suomen olosuhteisiin suhteutettuihin hintoihin ulkomailla, lähinnä muissa Pohjoismaissa, sekä määräävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan saamaan pääoman tuottoon verrattuna sellaisilla vertailukelpoisilla aloilla saavutettavaan tulokseen, joilla kilpailumekanismi toimii."

Perusajatuksena on, ettei määräävässä markkina-asemassa oleva yritys saa pyrkiä kohtuuttomasti hyötymään asemastaan markkinoilla ja asiakkaiden valintavaihtoehtojen puutteellisuudesta. Vuoden 1988 lain esitöiden osalta on kuitenkin kiinnitettävä huomiota siihen, ettei määräävän markkina-aseman väärinkäyttö tuolloin ollut kiellettyä eikä seuraamusmaksun uhkaamaa.

Kun yrityksen soveltamaa hinnoittelua tarkastellaan kilpailunrajoituslain nojalla, tarkastelussa tulee ottaa huomioon kilpailunrajoituslain tavoitteet ja tar-

---

[806] Ks. esim. Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 725.
[807] HE 162/1991 vp., s. 13.
[808] HE 148/1987 vp., s. 27.

koitus. Kilpailunrajoituslain lainvalmisteluaineistossa todetaan, että toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan hintamekanismiin, eikä keinotekoisia alalle pääsyn esteitä esiinny. Elinkeinonharjoittajat voivat vapaasti päättää kilpailukeinojensa käytöstä taloudellisten tosiasioiden ohjaamina. Yhteiskunnallisesti toivottavan taloudellisen kilpailun tulee nojautua lain ja hyvän tavan mukaisiin kilpailukeinoihin. Taloudellinen kilpailu on sekä julkisen vallan että elinkeinoelämän itsensä toteuttamaa sääntelyä suotuisampi hyödykkeiden tuotannon, jakelun organisoinnin ja taloudellisten voimavarojen kohdentamisen mekanismi. Kilpailumyönteinen lähtökohta edellyttää, että lainsäädäntö pyrkii tukemaan markkinamekanismin itseohjautuvuutta. Kilpailunrajoituslain tavoitteena on nimenomaan kilpailun edellytysten turvaaminen. Nykyisen kilpailunrajoituslainsäädännön tavoitteena on erityisesti markkinoille pääsyn esteiden poistaminen, määräävän markkina-aseman väärinkäytön torjuminen sekä vahingollisten kilpailunrajoitusten "itsepurkautumismekanismien" kehittäminen.[809]

Helsingin kaupungin satamamaksuja koskevassa asiassa kyse oli ns. satamamaksusta, jota kaupungin satamalaitos peri Ruotsin laivaliikenteessä liikennöiviltä matkustajalautoilta. Kilpailuvirasto katsoi kilpailuneuvostolle 1993 tekemässään esityksessä, että kaupungin satamalaitoksen matkustajamaksun korottaminen viidestä markasta 20 markkaan oli kohtuutonta hinnoittelua. Asiaa kilpailuneuvostossa ratkaistaessa[810] toimitettiin äänestys (5–2–3). Kilpailuneuvoston enemmistö katsoi, ettei kyseessä ollut 7 §:n 4 kohdassa tarkoitettu kohtuuton hinnoittelu. Kaupunginhallitus oli päättäessään matkustajamaksun korottamisesta ottanut huomioon mm. Länsisataman rakentamiseen liittyvät investointitarpeet. Maksun korotustarve perustui myös satamatoiminnan harjoittamisesta kaupungille aiheutuviin välillisiin kustannuksiin sekä yleisemmin kaupungin taloudelliseen tilanteeseen. Kaksi jäsentä olisi hylännyt esityksen sillä perusteella, että kysymyksessä oli julkisoikeudellinen maksu, jollaisen määräämiseen kilpailunrajoituslakia ei voida soveltaa. Lopputuloksen osalta vähemmistöön jääneet kolme jäsentä totesivat, että kaupunginhallitus oli päättänyt siirtää satamalautakunnan nimenomaisiin laskelmiin ja kaupunginvaltuuston hyväksymän tulostavoitteen mukaisesti tehdyn matkustajamaksun korotusta koskevan päätöksen käsiteltäväkseen ja ilman asiassa laadittuja lisälaskelmia ja perusteita muuttanut maksun vielä viime vaiheessa kaksinkertaiseksi, eli nelinkertaiseksi alkuperäisestä 5 markasta. Korotuksen odottamattomuus ja suuruus huomioon ottaen menettelyä oli pidettävä 7 §:n 4 kohdan vastaisena. Korkeimman hallinto-oikeuden enemmistö (äänestys 4–1) oli samaa mieltä kilpailuneuvoston vähemmistön kanssa.[811] Kun otetaan huomioon korotuksen suuruus ja odottamattomuus,

[809] HE 162/1991 vp., s. 3; HE 148/1987 vp., s. 3.
[810] *Helsingin kaupungin satamalaitos*, d:o 3/359/92, kilpailuneuvoston päätös 8.3.1993.
[811] Taltio 5053, vuosikirja 1993, n:o 57.

kyse oli määräävän aseman väärinkäytöstä. Kilpailuneuvoston päätös kumottiin. Vähemmistöön jäänyt hallintoneuvos katsoi, ettei kilpailunrajoituslakia tullut soveltaa julkisoikeudellisen maksun määräämiseen.

Karjalan Kirjapaino -tapauksessa[812] kilpailuneuvosto tutki väitetyn hintasyrjinnän ohella, voitiinko Karjala-lehden jakeluhintojen korotuksia pitää 7 §:n 4 kohdassa tarkoitettuna monopolihinnoitteluna. Karjala-lehden postimaksut olivat nousseet vuoden 1993 alusta 22,9 % verrattuna vuoden 1992 tasoon. Markoissa hinta oli noussut vuositasolla noin 70 000 mk. Muutos ei ollut poikennut muista vastaavassa asemassa olevista lehdistä. Postin toteuttamassa laajamittaisessa hinnaston uudistuksessa oli pyritty aiempaa suurempaan kustannusvastaavuuteen. Muutoksen seurauksena kevyiden ja pienilevikkisten lehtien hinnat olivat nousseet keskimääräistä enemmän. Eri lehtiryhmien Postille aiheuttamiin keskimääräisiin kustannusosuuksiin perustuvaa muutosta ei voitu pitää kohtuuttomana. Toteutuneen hinnankorotuksen määrällistä kohtuuttomuutta harkitessaan kilpailuneuvosto kiinnitti erityistä huomiota siihen, että korotuksen syynä oli valtion varoista maksetun lehtien jakeluun myönnetyn tuen merkittävä aleneminen. Posti oli siirtänyt tuen leikkauksista vain osan jakeluhintoihin. Mainituissa tapauksissa tarkastelun keskipisteenä oli *hinnankorotuksen* kohtuuttomuus. Monopolihinnoittelua koskeva ydinkysymys liittyy *hintatason* kohtuuttomuuden arviointiin.

Kilpailunrajoituslain tavoitteena ovat kilpailulliset markkinat, joilla hyödykkeiden vaihdannassa sovelletaan kilpailullisia hintoja. Kilpailunrajoituslain tavoitteet ja tarkoitus huomioon ottaen kilpailuneuvostolla ei ole valtuutta määrätä elinkeinonharjoittajan markkinoilla hyödykkeestä perimää "oikeaa" hintaa tai ylintä sallittavaa hintaa. Kilpailunrajoituslain säännöksillä ja lain säännösten mahdollistamilla kilpailuneuvoston määräämillä toimenpiteillä ja seuraamuksilla pyritään siihen, että kilpailun toimivuus voidaan turvata ensisijaisesti poistamalla esteet niin asian kannalta relevanteille hyödyke- kuin alueellisille markkinoille pääsyltä ja turvaamalla siten markkinamekanismin toimivuus ja markkinoiden itseohjautuvuus. Ellei määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ja kohtuuttoman korkeiden hintojen perimistä voida edellä tarkoitetuilla ensisijaisilla menettelytavoilla estää, kilpailuneuvosto voi kieltää kohtuuttoman korkean hinnoittelukäytännön soveltamisen ja määrätä siitä seuraamusmaksun. Myös kilpailuvirasto on katsonut, että kilpailupoliittisesti ensisijainen tapa torjua monopolihinnoittelua on tehdä se pitkällä aikavälillä mahdottomaksi eliminoimalla muut vahingolliset kilpailunrajoitukset.[813] Monopolihinnoittelu näytti kuitenkin hetkellisesti nousevan virastossa jopa painopistealueeksi vuo-

---

[812] *Karjalan Kirjapaino Oy*, d:o 2/359/94, kilpailuneuvoston päätös 20.6.1995, Kuoppamäki (1996) s. 378–412.

[813] Ks. Kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992, s. 43. Kilpailuvirasto totesi tuolloin, että suoraa puuttumista monopolihinnoitteluun on pidettävä poikkeusluontoisena toimenpiteenä.

situhannen vaihteessa, kun kilpailuvirasto teki kilpailuneuvostolle useamman monopolihinnoittelua koskevan esityksen.[814]

6.13.3 Vuoden 2001 tele- ja energiamarkkinatapaukset

Kilpailuneuvosto totesi kesällä 2001 ratkaistuissa mm. *Elisa Oyj:tä*[815] ja *Helsingin Energiaa*[816] koskevissa asioissa, että kielletyn monopolihinnoittelun todentaminen edellyttää *hinnoittelun selkeää kohtuuttomuutta*. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on marginaali, jonka puitteissa se voi valita hintastrategiansa. Mahdollisuus nostaa hintoja ilmenee kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin määräävän aseman määritelmästä, jossa puhutaan mahdollisuudesta vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon. Yrityksellä on hinnoitteluvaltaa yleensä silloin kun sillä on huomattava markkinaosuus relevanteilla markkinoilla, asiakkaiden kysyntäkäyrä on epäelastinen ja alallepääsyn esteet tai muut seikat rajoittavat aktuaalisten ja potentiaalisten kilpailijoiden kykyä tai halua vastata hinnankorotukseen omaa tuotantoaan lisäämällä. Näin ollen määräävän aseman käsite pitää itsessään sisällään jo sen, että hinnoittelu ylittää rajakustannukset.

Kielletyn monopolihinnoittelun selvittäminen edellyttää selkeää ja luotettavaa vertailukohtaa, johon kohtuuttoman korkeiksi epäiltyjä hintoja verrataan. Vertailujen tavoitteena on objektiivisten mittapuiden löytäminen kohtuuttomuusarvioinnille. Vertailussa hyödynnettävien tilastollisten menetelmien luotettavuus lepää valittujen premissien oikeellisuuden ja mittaustulosten luotettavuuden varassa. Viime kädessä kohtuuttomuuden määrittäminen on *normatiivinen*, lainkäyttöelimen kokonaisharkintaa edellyttävä kysymys. Monopolihinnoittelun selvittäminen on mahdollista vertaamalla yrityksen kustannuksia sen perimiin hintoihin, tarkastelemalla vertailumarkkinoita tai selvittämällä yrityksen tuottojen kohtuullisuutta.

> Kilpailuneuvosto totesi, että kilpailuoikeudellisesti hinnoittelun kohtuuttomuutta on mahdollista selvittää ensinnäkin vertaamalla yrityksen hinnoittelua muiden saman alan yritysten hinnoitteluun samasta tai vastaavasta hyödykkeestä. Vertailukohta voidaan hakea koti- tai ulkomailta. Hinnoittelua voidaan pitää kohtuuttoman korkeana, jos tarkastelun kohteena olevan yrityksen hinnat ovat huomattavasti korkeammalla tasolla kuin siihen vertailukelpoisten, kilpailluilla markkinoilla toimivien yritysten hinnat. Luotettava hintavertailu muihin yrityksiin edellyttää tuotantotavasta ja alueellisten markkinoiden erilaisuudesta johtuvien erojen huomioon ottamista.
>
> Toinen tapa on verrata yrityksen tuotantokustannuksia perittyihin hintoihin. Yrityksen perimiä hintoja verrataan sen omiin tuotantokustannuksiin.

---

[814] Jäljempänä keskitytään kilpailuneuvostossa käsiteltyihin tapauksiin. Kilpailuviraston varhaisen käytännön osalta ks. esim. Mononen (1995) s. 86–90; Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 88–91.

[815] *Elisa Communications Oyj*, d:o 150/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.

[816] *Helsingin Energia*, d:o 151/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.6.2001.

Tämän lähestymistavan mukaan monopolihinnoittelusta voidaan puhua, kun hinnat ovat ilmeisessä epäsuhteessa tuotantokustannuksiin.

Kolmas vaihtoehto hinnoittelun kohtuuttomuutta tarkasteltaessa on verrata yrityksen kannattavuutta muiden yritysten kannattavuuteen. Kannattavuuden tarkastelu antaa viitteitä yrityksen soveltamien hintojen ja tuotantokustannusten suhteesta. Kannattavuutta voidaan tarkastella esimerkiksi sijoitetun pääoman tuoton kautta. Tällöin on kuitenkin otettava huomioon mahdolliset erot laskentaperiaatteissa. Tuottotarkasteluun vaikuttavat muun ohella korkokanta, markkinoiden yleinen riski ja yrityksen omaan asemaan liittyvät riskitekijät. Verrattaessa kahden yrityksen kannattavuutta parempi kannattavuus voi johtua kohtuuttoman korkean hinnoittelun ohella esimerkiksi paremmasta tehokkuudesta tai ulkoistekijöistä.

Päätöksissä todetaan, että kilpailunrajoituslaki ei lähtökohtaisesti sulje pois mitään edellä mainituista tai muista kirjallisuudessa esitetyistä vertailutavoista. Niihin kaikkiin liittyy omat hyötynsä ja puutteensa. Lähtökohtana kaikissa vertailumalleissa on sen osoittaminen, että yrityksen hinnat ovat asiakkaan näkökulmasta tarkastellen kohtuuttomat, kun huomiota kiinnitetään siihen, mitä sanotun hyödykkeen valmistaminen on määräävässä asemassa olevalle yritykselle itselleen maksanut tai millaista voittoa vertailukelpoisessa tilanteessa yleensä pidetään normaalina. Vertailutavan valitseminen riippuu alan erityispiirteistä ja siitä, mitä aineistoa kohtuudella on saatavissa ja missä metodissa vertailtavuuteen liittyvät ongelmat todennäköisesti ovat pienimmät. Vertailun luotettavuutta parantaa se, jos se toteutetaan useammilla tavoilla ja kaikki vertailut viittaavat samaan lopputulokseen. Hinnoittelua on tarkasteltava riittävän pitkäjänteisesti siten, että investointien elinkaari otetaan huomioon ja normaalit suhdannevaihtelut eivät vääristä vertailuaineistoa.

6.13.3.1 Puhelinyhtiöiden verkkohinnoittelu

Elisa Communications Oyj:tä[817], *Turun Puhelin Oy:tä*[818] *ja Salon Seudun Puhelin Oy:tä*[819] koskevissa tapauksissa kyse oli ns. viimeisen mailin hinnoittelusta. Käytännössä paikalliskilpailun avautuminen edellyttää sitä, että markkinoille pyrkivällä teleoperaattorilla on mahdollisuus vuokrata tilaajayhteyksiä kilpailukykyiseen hintaan.[820] Tapauksilla on laajempaakin merkitystä telemarkkinoi-

---

[817] *Elisa Communications Oyj*, d:o 150/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.

[818] *Turun Seudun Puhelin Oy*, d:o 15/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.

[819] *Salon Seudun Puhelin Oy*, d:o 14/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.5.2001.

[820] Kilpailuneuvoston päätöksissä todetaan, että kullakin yhtiöistä on määräävä markkina-asema kiinteän televerkon tilaajajohtojen tarjonnassa samalla alueella, jolla niillä oli rajoitukseton oikeus paikallisen teletoiminnan harjoittamiseen vuoden 1993 loppuun saakka. Tilaajayhteysverkon uudelleen rakentaminen kilpailijan toimesta ei olisi taloudellisesti mielekästä. Suurten asiakkaiden ns. kaksisuuntaisia valokaapeliyhteyksiä lukuun ottamatta ainoa tapa päästä markkinoille on vuokrata tarvittavat kuparijohdot entiseltä paikallismonopolistilta.

den toimivuudelle, sillä matkapuhelinpalveluja lukuun ottamatta useimpia telepalveluja tarjotaan kuluttajalle kiinteän paikallisliittymän kautta.

Kilpailunrajoitus toteutettiin kaksoishinnoittelulla, jossa uusilta asiakkailta peritään ilman kustannusperustetta vanhoja asiakkaita selkeästi korkeampia hintoja, syrjivästi porrastetulla määräalennustaulukolla sekä sitovilla sopimusehdoilla, joissa hinnat sidottiin sopimuksen kestoon. Tilaajayhteysverkkoa hallitsevat yhtiöt olivat perineet markkinoille pyrkiviltä kilpailijoiltaan pullonkaulahyödykkeestä olennaisesti korkeampaa hintaa kuin mikä on ollut yhtiön omalle palveluoperaattorilleen tarjoama hinta.

Telepäätöksissä on keskeistä hintaruuvi: kilpailijan tarvitseman hyödykkeen hintatason nostaminen omaa operaattoria korkeammalle tasolle ja markkinoille tulon kannattavuusrajan yläpuolelle. Päätöksessä myös vedettiin raja kilpailuviranomaisten ja erityisten sääntelyviranomaisten toimivallan välillä.[821] Samanlaisen hinnoittelukysymyksen käsittely Viestintä- tai Energiamarkkinaviraston toimesta ei estä kilpailuvirastoa saattamasta asiaa vireille kilpailuneuvostossa. Viranomaisten toimivalta on rinnakkaista, ei toinen toisensa poissulkevaa. Toisaalta sääntelyviranomaisen ja kilpailuviranomaisen tarkastelukulma on erilainen, eikä alakohtaista sääntelyä koskevia tarkastelutapoja voi sellaisenaan kierrättää määräävän aseman väärinkäyttövalvontaan.

Puhelintapauksia ei ratkaistu kilpailuviraston esittämien CAP ja WACC -mallien[822] avulla. Huomio kiinnitettiin hinnoittelujärjestelmään kokonaisuudessaan, käyttöönottoajankohtaan, tavoitteisiin, hinnaneroon oman operaattorin ja kilpailevan operaattorin välillä ja toisiaan täydentävien sopimusehtojen muodostamaan kokonaisvaikutukseen. Kilpailuneuvosto totesi, että niitä voidaan käyttää yhtenä indisiona hinnoittelun kohtuuttomuudesta. Alakohtaisten sääntelyviranomaisten käyttämiä keskimääräiseen tuottoon perustuvia laskentamalleja ei kuitenkaan sellaisenaan voida kierrättää määräävän aseman väärinkäyttövalvonnan puolelle, koska tämä johtaisi siihen, että kilpailunrajoituslakia

---

[821] Elisan prosessiväitteessä vaadittiin kilpailuviraston päätöksen jättämistä tutkimatta sillä perusteella, että sama asia oli ollut silloisen Telehallintokeskuksen (nyk. Viestintävirasto) tutkittavana. Kilpailuneuvoston väitepäätöksessä todettiin, ettei kyse ole samasta asiasta. Telemarkkinalain markkinoiden avautumista koskevat tavoitteet täytyy kuitenkin ottaa huomioon sovellettaessa kilpailunrajoituslakia telemarkkinoilla.

[822] WACC-malli on rahoitusteoriassa varsin yleisesti käytetty menetelmä yrityksen sitoutuneen pääoman kohtuullisen tuoton arvioimiseksi. WACC-malli kertoo yrityksen käyttämän pääoman keskimääräisen kustannuksen eli kohtuullisen tuoton oman ja vieraan pääoman tuottovaatimuksen painotettuna keskiarvona. WACC-mallissa pääoman keski-kustannusten katsotaan olevan sama kuin kohtuullinen tuotto ja lisäarvo se osa yrityksen voitosta, joka ylittää kohtuulliseksi katsottavan tuoton. WACC-malli edellyttää oman ja vieraan pääoman kustannusten määrittämistä. Oman pääoman kustannusta voidaan arvioida CAP-mallilla, jota käytettäessä on selvitettävä riskitön korko, yleinen markkinariski eli riskipreemio sekä yrityksen beta-kerroin. Beta-kertoimella mitataan yrityksen tai toimialan riskiä suhteessa kaikkien sijoituskohteiden keskimääräiseen riskiin siten, että ykköstä pienemmät beta-arvot tarkoittavat keskimääräistä pienempää riskiä ja ykköstä suuremmat arvot keskimääräistä suurempaa riskiä.

käytännössä ryhdyttäisiin käyttämään rate of return -sääntelyn välineenä. Kilpailunrajoituslain tehtävänä ei ole säännellä hintoja tai tuottoprosentteja, vaan pitää markkinat sellaisessa tilassa, ettei yksityiskohtaisempaa hintasäännöstelyä tarvita. Sikäli kuin sellaista tarvitaan esim. luonnollisen monopolin piirteitä omaavilla sähkö ja telemarkkinoilla, regulaatio kuuluu näiden sääntelyviranomaisten tehtäviin. Viimein päätöksessä kirjoitettiin auki monopolihinnoittelun kilpailuoikeudellinen metodiikka, jota hyödynnettiin energiapäätöksissä.

6.13.3.2 Helsingin ja Kuopion Energia

Kilpailuneuvosto hylkäsi heinäkuussa 2001 kilpailuviraston vireille panemat asiat, jotka koskivat Helsingin Energian[823] ja Kuopion Energian[824] sähkön ja kaukolämmön hinnoittelua. Kilpailuviraston mukaan kysymys oli määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Virasto vaati ylihinnoittelun kieltämistä ja huomattavien seuraamusmaksujen määräämistä. Kilpailuviraston pääasiallinen näyttö perustui CAP ja WACC -mallien avulla tehtyihin kannattavuuslaskelmiin, joiden katsottiin osoittavan ylihinnoittelun.

Kilpailuneuvosto totesi, että pääoman keskikustannusta ei voida suoraan pitää rajana kilpailunrajoituslain 7 §:ssä tarkoitetulle kohtuuttomalle hinnoittelulle. Pääoman keskikustannuksen ja kohtuuttoman hinnoittelun väliin tulee jäädä hintamarginaali, jonka väliin yritys voi hinnoittelunsa asettaa syyllistymättä kilpailunrajoituslain 7 §:ssä tarkoitettuun kohtuuttoman korkeaan hinnoitteluun. Tätä edellyttävät sekä pääoman keskikustannusta koskevaan tarkasteluun liittyvät epävarmuustekijät että se, ettei poikkeaminen pääoman keskikustannuksesta vielä osoita kilpailunrajoituslaissa tarkoitettua kohtuuttomuutta. Arvioitaessa kilpailuoikeudellisesti "lisäarvon" hyväksyttävää osuutta huomiota kiinnitettiin toimintaan liittyvään liiketoimintariskiin.[825] Kannattavuuslaskelmia voidaan käyttää indisiona kohtuuttoman korkeasta hinnoittelusta, mikäli myös muu näyttö tukee johtopäätöstä hinnoittelun selkeästä kohtuuttomuudesta. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttökieltoa ei voida soveltaa siten, että jokainen tietyllä mallilla laskettu kannattavuusrajan ylitys johtaisi menettelyn pitämiseen lain vastaisena. Kilpailunrajoituslaissa tarkoitetun kohtuuttoman korkean hinnoittelun tunnusmerkistöön kuuluu se, että yrityksen soveltamat hinnat selkeästi ylittävät hyväksyttävänä pidettävän rajan.

Kilpailuneuvoston suhteellisen kriittinen suhtautuminen CAP- ja WACC -malleihin aiheutui siitä, että kilpailuoikeudellisen kannattavuusarvioinnin suu-

---

[823] *Helsingin Energia*, d:o 151/690/99, kilpailuneuvoston päätös 18.6.2001.
[824] *Kuopin Energia*, d:o 173/690/00, kilpailuneuvoston päätös 18.6.2001.
[825] Muun muassa Eduskunnan talousvaliokunta on sähkömarkkinalakia käsitellessään todennut, että valiokunta lähtee siitä, että tuoton kohtuullisuuden arvioinnissa otetaan huomioon muun ohella sijoituksen vähäinen riskipitoisuus. TaVM 56/1994 vp.

rin ongelma liittyy premissien epävarmuuteen. Mikäli yhtiön tulos ei vastaa mallien antamaa keskimääräistä tasoa, voi se johtua joko siitä, että yritys ylihinnoittelee hyödykkeensä tai siitä, että yritys toimii tehokkaasti. Viivan alla oleva luku kertoo markkinatuloksen, ei sitä, millä kilpailukeinoilla tulokseen on päädytty. Lisäksi mallissa ollaan riippuvaisia taustaoletuksista. Kilpailuviraston esityksessä käytetty kannattavuustarkastelu antoi luotettavia lopputuloksia vain, mikäli sekä tarkastelun kohteena olevan yrityksen toimintokohtainen sijoitetun pääoman toteutunut tuotto että vertailukohtana käytetty pääoman keskikustannus on laskettu oikein.[826] Tässä tapauksessa taloustieteellinen malli oli myös varsin häiriöherkkä.

Jutun asiantuntijatodistelu viittasi siihen, että varsin pienetkin poikkeamat CAP- ja WACC-laskukaavoihin asetetuissa luvuissa johtavat huomattaviin eroihin kannattavuuden osittaisena vertailukohtana käytettävän pääoman keskikustannuksen arvioimisessa. Samalla on myös oltava varovainen sen suhteen, ettei samoja riskitekijöitä oteta huomioon useaan kertaan. Kilpailuneuvoston päätöksissä mainitaan seuraavat tekijät:

Kannattavuustarkastelussa vertailukohtana käytettävän pääoman keskikustannuksen määrittämiseen liittyy useita epävarmuustekijöitä. Ensinnäkin tulee määrittää riskitön korko. Toiseksi tulee määrittää markkinoiden yleinen riskipreemio verrattuna riskittömään sijoitukseen. Kolmanneksi tulee määrittää yrityskohtainen riski. Vertailu voitiin suorittaa ainoastaan paperilla, sillä Suomessa ei ollut julkisesti noteerattuja toiminnan laajuuden ja toiminnan luonteen perusteella verrattavissa olevia sähkö- ja kaukolämpöyhtiöitä, joiden osakkeilla käytäisiin aktiivisesti kauppaa. Suomen markkinoilta ei ole saatavissa käsiteltäviin tapauksiin sovellettavissa olevaa tietoa esimerkiksi po. energiayhtiöiden toimialakohtaista riskiä kuvaavasta beta-kertoimesta. Markkinoiden yleinen riskipreemio ja erityisesti yrityskohtainen riski ovat tulkinnanvaraisia seikkoja, joiden osalta yhtä ehdottoman oikeaa lopputulosta ei voitane esittää.[827]

Sijoitetun pääoman tuottoon vaikuttavat koko liiketoimintaa tarkasteltaessa muun ohella omaisuuden arvostus, poistokäytäntö ja pääomakulut. Eriytetyn liiketoiminnan, kuten sähkön siirtoverkkotoiminnan tai kaukolämpötoiminnan, sitoutuneen pääoman tuottolaskentaan vaikuttavat edellisten lisäksi sitoutuneen pääoman kohdentaminen ja arvostaminen sekä kustannusten kohdentaminen tarkasteltavalle toiminnolle. Yhteistuotannolla tuotettavan kaukolämmön kohdalla epävarmuustekijänä on myös ns. hyödynjakomalli. Hyödynjakomallin avulla yhteistuotannolla saavutettava hyöty jaetaan

---

[826] Sijoitetun pääoman toteutunutta tuottoa laskettaessa tulee selvittää sekä sitoutuneen pääoman määrä että sen antama tuotto. Mikäli yrityksen toimintaa tarkastellaan kokonaisuutena, tulkinnanvaraisuus tarkastelussa voi koskea lähinnä sitoutuneen pääoman arvostusperiaatteita ja poistokäytäntöä. Mikäli sitä vastoin tarkastelun kohteena on vain tietty osa yrityksen toiminnasta tai yrityksen eri toimintoja tarkastellaan erikseen, epävarmuustekijöitä on enemmän. Niitä ovat edellisten lisäksi esimerkiksi pääoman kohdentaminen ja arvostaminen sekä kustannusten kohdentaminen tarkasteltavalle toiminnolle.

[827] Myöskin riskittömän koron määrittämiseen liittyy tulkinnanvaraisuutta korkojakson suhteen. Lisäksi korkotaso vaihtelee.

oikeassa suhteessa sähkölle ja lämmölle. Malli toimii oikein ainoastaan, jos taustalla olevat lähtötieto-oletukset ovat oikein.

Alueellisen, kaiken tyyppisiä käyttäjiä palvelevan energiayhtiön osalta tulee huomioon ottaa toimintavarmuus. Sähkön siirron ja toimittamisen samoin kuin kaukolämmön toimittamisen tulee olla ennalta turvattua odotettavissa olevissa olosuhteissa. Tämä käsittää muun muassa varautumisen polttoaineiden hinnanmuutoksiin, korkotason vaihteluihin ja muihin sen kaltaisiin tekijöihin. Helsingin Energian kohdalla toimintavarmuutta korostaa Helsingin asema julkisen hallinnon ja liike-elämän keskuksena. Tarkastelujakson pituuden suhteen on huomioon otettava myöskin tarkastelun kohteena olevan energialaitoksen/-yhtiön tariffipolitiikka. Pitkähköt tariffijaksot puoltavat pitkää tarkastelujaksoa. Pitkähköä tarkastelujaksoa on pidettävä perusteltuna, kun huomioon otetaan liiketoiminnan luonne sekä sen vaatimat pitkäkestoiset ja huomattavan suuret investoinnit. Liiketoiminnan luonteen osalta huomioon tulee ottaa investointien ohella myös jakeluverkon ylläpito- ja kehittämisvelvollisuus, liittämisvelvollisuus sekä sähkön toimitusvelvollisuus.

Asiassa esitetty näyttö oli teknisesti puutteellinen sikäli, ettei siinä tarkasteltu eritellysti eri hyödykemarkkinoita eikä otettu riittävästi huomioon toimialaa koskevan sääntelyn muutoksia. Hintavertailuja ja kannattavuustarkasteluja ei oltu tehty sillä perinpohjaisuudella, jota asian laatu olisi edellyttänyt. Energiayhtiön kaltaisen laitoksen hinnoittelusta ei voida tehdä päteviä johtopäätöksiä pelkästään suhteellisen lyhyttä ajanjaksoa koskevan yleisluonteisen tarkastelun perusteella perehtymättä yksityiskohtaisesti laitoksen liiketoimintaan ja sen eri osa-alueisiin.

Vaikka keskimääräiset kustannukset ja voitot on onnistuttu laskemaan oikein, periaatteellisempi kysymys kuuluu, missä määrin kilpailuviranomaisten tehtävänä on pyrkiä sääntelemään suoraan yritysten voittotasoja. Kilpailuneuvoston päätöksessä todetaan, että keskikustannuksen vähäisenkin ylityksen pitäminen kiellettynä kohtuuttoman korkeana hinnoitteluna johtaisi käytännössä hintasäännöstelyyn. Yrityksen olisi seuraamusmaksun välttääkseen etukäteen laskettava toimintokohtainen sitoutunut pääomansa sekä vertailukohtana käytettävä pääoman keskikustannus ja tämän jälkeen asetettava hintansa siten, että sijoitetun pääoman tuotto pysyy oikeassa suhteessa vertailukohtana käytettävään pääoman keskikustannukseen. Kilpailunrajoituslain tarkoituksena ei ole kuitenkaan tietyn hintatason tai tietyn kannattavuustason määrääminen yritysten noudatettavaksi. Kilpailunrajoituslain ensisijaisena tavoitteena on pitää markkinat sellaisessa tilassa, ettei hintasäännöstelyä tarvita. Tiukempia hinnoittelua koskevia määräyksiä voidaan kilpailunrajoituslain estämättä antaa erityislainsäädäntöön perustuvan alakohtaisen sääntelyn nojalla. Näin menetellään erityisesti niillä aloilla, joilla lainsäädäntö tai luonnollinen monopoli estää toimivan kilpailun. Kilpailuneuvoston 7 §:ää koskeva linjanveto ei sisällä kannanottoa siihen, missä määrin erityisviranomaiset voivat tehdä päätöksiä CAP- ja WACC-malleihin tai muihin valitsemiinsa menetelmiin nojautuen. Päätöksiä voidaan pitää suuntaa antavina kilpailunrajoituslain ja eritysviranomaisten tehtäväjaon kannalta.

Energialaitoksia koskevia päätöksiä voidaan verrata kilpailuneuvoston toukokuussa 2001 antamiin puhelinratkaisuihin, joissa päähuomio kohdistui verkkohinnoitteluun. Kilpailun avautuminen on ratkaisevasti riippuvainen kiinteään verkkoon pääsystä, jonka puolestaan määrää verkon hinnoittelu. Lopputulosten erilaisuus johtuu pitkälti siitä, ettei energialaitosten osalta ollut havaittavissa pyrkimystä estää kilpailevien sähkön toimittajien pääsyä verkkoon ja mahdollisuutta tehdä kilpailevia sähkötarjouksia kuluttajille.[828] Energialaitosten kohdalla ei väitetty, että ne olisivat soveltaneet verkkohinnoittelussaan esimerkiksi kaksoishinnoittelua tai omaa sähkönmyyntiyksikköään suosivaa hinnoittelua. Toisaalta kilpailuviraston näyttö ei riittänyt osoittamaan, että energialaitokset olisivat syyllistyneet kilpailunrajoituslain 7 §:ssä kiellettyyn kohtuuttoman korkeaan hinnoitteluun eli "puhtaaseen" monopolihinnoitteluun.

6.13.4 Kokoavia huomioita kilpailuviranomaisten mahdollisuuksista vaikuttaa hinnoitteluun määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla

Väärinkäyttönä kielletyn hintasyrjinnän motiivina on voiton maksimointi, kilpailun torjuminen tai molemmat. Määräävässä asemassa oleva yritys voi pyrkiä hinnoittelemaan tuotteensa kunkin asiakkaan vaihtoehtoiskustannusten mukaan, jolloin tavoitteena on *maksimaalisen hinnan saaminen* kultakin asiakasryhmältä. Suurempia alennuksia voidaan tarjota vain niille asiakkaille, joilla on tilaisuus ostaa hyödykettä joltain muulta yritykseltä. Hinnoittelu voi olla *mielivaltaista*, erityisesti jos kyseessä on monopoliasemassa oleva yritys. Hintasyrjinnän toisena perusmotiivina on *kilpailun rajoittaminen*. Alennuksia myönnetään vain niille yrityksille, joilla on mahdollisuus ostaa hyödykettä pienemmältä kilpailijalta, jolloin vaikeutetaan kilpailijoiden markkinoille pääsyä. Suunnatut alennukset syrjivät saman määrän hyödykettä ostavia asiakkaita keskenään, koska alennus ei seuraa asiakkaan aiheuttamia kustannuksia. Käytännössä lievään hintasyrjintään voidaan joskus jättää puuttumatta sääntelyn joustavuuden nimissä. Jotta puuttumiskynnys ylittyy, sääntelyn hyötyjen on voitava olettaa ylittävän aiheutuvat kustannukset. Harkittaessa puuttumista on myös otettava

---

[828] Asiassa oli esitetty suhteellisen vähän selvitystä kilpailun kannalta avainasemassa olevan siirtohinnoittelun tasosta hintavertailun muodossa. Sähkön siirtotoiminnon sijoitetun pääoman tuotto ei ollut vielä merkittävästi ylittänyt pääoman keskikustannusta. Mitään näyttöä ei ollut siitä, että Helsingin Energia tai Kuopion Energia olisi pyrkinyt verkkohinnoittelullaan estämään tai vaikeuttamaan muiden sähkön toimittajien sähkön myyntiä toiminta-alueellaan. Mahdollisuus sähkön kilpailuttamiseen oli alentanut hintatasoa. Toisaalta vain noin joka viides sähkön toimittajan kilpailuttaneista kuluttaja-asiakkaista oli vaihtanut toimittajaa tarjouskilpailun perusteella. Tämä herättää kysymyksen siitä, missä määrin sähköyhtiön vaihtamiseen edelleen liittyy sellaisia kustannuksia, jotka vaikeuttavat markkinoiden laajentumista.

huomioon se, että menettelyllä puututaan sopimusvapauteen ja että lähtökohtaisesti elinkeinotoiminnassa hintojen tulisi määräytyä markkinoilla.

Hintasyrjintään tulee puuttua, jos se on selvästi asiakkaan edun vastaista. Vaikka monopoliyritys hyötyisi suhteellisesti enemmän kuin mitä kuluttajat kärsivät, ei se vielä tee syrjinnästä laillista. Ensimmäisen asteen hintasyrjintä kohdistuu pelkästään asiakkaisiin ja sitä voidaan pitää monopolihinnoitteluun rinnastuvana riistämisenä. Asiakkaisiin kohdistuvaan väärinkäyttöön kannattaa puuttua yleensä silloin, kun markkinarakenne on siinä määrin vääristynyt, ettei monopoliluonteisen hinnoittelukäytännön voida olettaa lisäävän kilpailua. Tilanne on käsillä superdominanssitilanteissa tai jos määräävä asema on lailla suojattu tai perustuu luonnolliseen monopoliin. Toisen ja kolmannen asteen hintasyrjintä kohdistuu paitsi asiakkaisiin, myös kilpailijoihin. Yleensä syrjintä on tähdätty nimenomaan kilpailijoita vastaan. Puuttumiskynnys ylittyy silloin helpommin, koska menettely ei ainoastaan aseta asiakkaita eriarvoiseen asemaan, vaan heikentää samalla kilpailuprosessia eli markkinoiden sisäisten oikaisukeinojen toimintaa.

Valtaosa määräävän aseman väärinkäyttötapauksista näyttää liittyvän alennuksiin. Kielletyn alennuksen yleisiä tunnusmerkkejä ovat kustannusvastaamattomuus, läpinäkymättömyys, syrjivyys ja sitovuus. Syrjivä alennus vääristää asiakkaiden keskinäistä kilpailuasemaa. Suuremman alennuksen saavat hyötyvät perusteettomasti muiden kustannuksella. Sitova alennus rajaa asiakkaan vaihtoehtoja ja vaikeuttaa keinotekoisesti kilpailijoiden toimintaa. Usein sama alennus on sekä syrjivä että sitova. Olennaista ei ole niinkään sopimusehdolle annettu juridinen muoto, vaan tarkoitus ja vaikutukset. Määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuskäytäntöä on tarkasteltava kokonaisuudessaan, siten että huomioon otetaan yksittäisten hinnoitteluehtojen muodostama kokonaisvaikutus.[829]

Kilpailua rajoittavan hinnoittelun torjumisen haasteet liittyvät vahingollisen hinnoittelun havaitsemiseen ja määrittämiseen, mutta myös optimaalisen puuttumiskeinon löytämiseen. Riskinä on, että kilpailuviranomainen asettaa yritysten noudatettavaksi liian jäykkiä ohjeita. Toisaalta hinnoittelun rajaaminen väärinkäyttökiellon ulkopuolelle veisi tehon markkinavoiman väärinkäytön sääntelyltä. *P. Virtanen* päätyy johtopäätökseen, jonka mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen hinnoitteluun puuttuminen on vain rajallisesti järkevää.[830] Näkökohtaa voidaan puoltaa enemmän hintatason ja vähemmän hinnan eriyttämisen osalta. Hinnoittelun rajaaminen kokonaan tai edes pääasiallisesti väärinkäyttövalvonnan ulkopuolelle heikentäisi ratkaisevasti väärinkäyttövalvonnan tehoa, sillä hinnoittelu on tärkein määräävässä asemassa olevan yrityksen "ase", jonka avulla markkinoiden monopolisointi on mahdollista toteuttaa.

---

[829] Eri alennusehtojen kokonaisvaikutuksesta ks. erityisesti ratkaisuja *Valio III* ja *Elisa*.
[830] Ks. P. Virtanen (2001) s. 558–560.

Useimmat reaaliset, sopimusehtoja koskevat väärinkäyttömuodot ovat toteutettavissa myös hinnoittelun muodossa. Esimerkiksi sidonta voidaan toteuttaa joko yhteisostoa koskevan vaatimuksen esittämisellä tai sitovalla alennuskäytännöllä, jossa eri markkinoita koskevien hyödykkeiden ostot sidotaan yhteen. Toimituskiellon sijasta voidaan pyytää kauppahintaa, jonka tiedetään ylittävän ei-toivotun sopimuskumppanin maksukyvyn. Pyrkimyksenä tulee olla estää kilpailun toimivuutta heikentävät menettelytavat rajoittamatta kuitenkaan perusteettomasti hintakilpailua.

Saalistaminen on erotettava normaalista hintakilpailusta, jossa mittakaavaeduista nauttiva tehokkaampi yritys kasvattaa markkinaosuuttaan ja tehottomampi yritys joutuu poistumaan markkinoilta. Johtopäätöksiä ei voida tehdä pelkästään pienemmän yrityksen markkinoilta poistumisen perusteella. Kilpailijoilla on motiivi esittää kilpailuviranomaisille saalistusväitteitä silloinkin, kun kyse on suorituskilpailusta. Mikäli hintojen variointi kielletään liian helposti, kilpailuviranomaiset suojelevat pienempiä kilpailijoita, mutta heikentävät kuluttajien asemaa, jotka ehkä joutuvat maksamaan ylihintaa tehottomien yritysten säilyessä markkinoilla. Toisaalta markkinarakenteen keskittyminen on omiaan heikentämään kilpailua ja nostamaan hintoja ylöspäin. Toimivaa kilpailua ei ole ilman riittävää määrää kilpailijoita. Saalistamisesta on kyse, jos hinnoittelu on määräävässä asemassa olevalle yritykselle kannattavaa vain sillä edellytyksellä, että hinnoittelun seurauksena määräävässä asemassa oleva yritys voi heikentää jäljellä olevaa kilpailua eliminoimalla, rankaisemalla tai uhkaamalla kilpailijoita siten, että se tämän jälkeen voi hyödyntää monopolivoimaansa nostamalla hintoja tai muulla tavoin. Toisin sanoen, saalistaminen on kannattavaa ainoastaan poissulkevien tai kilpailua rajoittavien vaikutustensa vuoksi.[831] Tämän ajatuksen kääntäminen oikeudelliselle kielelle on tuottanut vaikeuksia.[832]

Saalistamisen sääntelyn todellinen vaikeus liittyy hankaluuteen löytää selkeitä saalistamisen kriteerejä ja toisaalta tehokasta vastalääkettä. Liian laajasti sovellettuna saalistushinnoittelun kielto voi johtaa hintakilpailun hiipumiseen.[833] Puuttumisen "liian alhaiseen" hinnoitteluun täytyy olla poikkeuksellinen toimenpide. Päähuomio tulee kiinnittää niihin moninaisiin muihin keinoihin, joilla määräävässä asemassa oleva yritys voi haitata keinotekoisesti kilpailijoidensa toimintaa. Hintatasoa tärkeämpänä kysymyksenä voidaan pitää hintojen variointia kilpailua rajoittavalla tavalla.

---

[831] Ks. esim. Bolton/Brodley/Riordan (2000) s. 2239 ss. ja (2001) s. 2495 ss.

[832] Ibid; Bellamy/Child (2001) s. 724.

[833] Ks. esim. Areeda/Turner kommentaariteos (1978) s. 152. Saalistamisesta voidaan määrätä seuraamusmaksu, minkä ohella saalistajalle voidaan asettaa määräajaksi kielto alittaa tiettyjä hintatasoja. Hintatasoa koskevien määräysten antamisen tulee kuitenkin olla tilapäisluonteista ensiapua. Mihinkään pidempiaikaiseen hintasäännöstelyyn ei ole syytä ryhtyä.

Varhaisessa EY:n kilpailuoikeutta koskevassa kirjallisuudessa asiakkaisiin kohdistuvien kohtuuttomien ehtojen torjumista pidettiin 82 artiklan keskeisimpänä tehtävänä.[834] *Möschelin*[835] ja *Mestmäckerin*[836] mukaan taustalla oli kuluttajansuojan korostaminen kilpailuoikeudellisena tavoitteena. Kantaa voidaan pitää perusteltuna, jos kuluttajansuojalla ymmärretään pyrkimystä säännellä suoraan määräävässä asemassa olevan yrityksen ja kuluttajan välisiä sopimusehtoja. *Kuluttajansuoja* on kuitenkin erotettava *kuluttajan suojasta*. Hintojen suoran sääntelyn sijasta kuluttajien ja yleisemmin asiakkaiden etua arvellaan palveltavan paremmin vaikuttamalla epäsuorasti hintatasoon puuttumalla kuluttajan valinnanvaihtoehtoja vähentäviin kilpailunrajoituksiin. Riittävän kilpailun vallitessa kohtuulliseen hintatasoon oletetaan päästävän ilman viranomaisohjausta. Monopolihinnoittelua koskevien tapausten vähäisyys selittyy etupäässä vaihtoehtoisten sääntelykeinojen keskinäistä tehokkuutta koskevalla johtopäätöksellä, ei sillä, että kuluttajien etua pidettäisiin kilpailuoikeudellisena tavoitteena vähämerkityksellisenä.

EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa määräävän aseman väärinkäyttökiellon tehtäviin kuuluu asiakkaiden suojaaminen kohtuuttomalta monopolivoiman hyväksikäytöltä eli sellaisilta tulonsiirroilta, joita voidaan pitää selvästi perusteettomina.[837] Monopolihinnoittelun toteaminen edellyttää käytännössä hinnoittelun ilmeistä kohtuuttomuutta. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on marginaali, jonka puitteissa se voi valita hintastrategiansa. Itse asiassa tämä mahdollisuus ilmenee jo 3 §:n 2 momentin määräävän aseman määritelmästä, jossa puhutaan mahdollisuudesta vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon. Hinnoittelu yli tuotantokustannuksien ei täytä vielä monopolihinnoittelun tunnusmerkistöä, vaan kyse täytyy olla selkeästi ylisuuresta hinnasta. Hintamarginaalin ohella huomiota tulee kiinnittää hinnoittelun syihin, tavoitteisiin ja vaikutuksiin markkinoilla. Kiellettynä tavoitteena voi olla esimerkiksi hintaruuvin käyttäminen kilpailijoihin.

Monopolihinnoittelun määrittämisen suurin ongelma liittyy riittävän luotettavan vertailukohdan löytämiseen. Hintojen kohtuuttomuuden toteaminen edellyttää, että toteutuneita hintoja verrataan johonkin objektiivisesti todennettavissa olevaan suureeseen. Hintoja voidaan verrata yrityksen omiin tuotantokustannuksiin. Kustannusten kohdentaminen eri tuotteiden kesken voi olla ongelmallista esimerkiksi kiinteiden kustannusten tai vajaakäytössä olevan kapasiteetin osalta. Monopolihinnoittelua ei saada selvitettyä yksinomaan pelkistetyn kustannuslaskennan keinoin. Toisaalta hintoja voidaan verrata joillakin toisilla

---

[834] Ks. esim. Joliet (1970) s. 247–252.
[835] Möschel teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 724.
[836] Mestmäcker (1974), Europäisches Wettbewerbsrecht s. 364–368.
[837] EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden tavoitteet huomioon ottaen neoklassinen taloustiede on yksinään liian karkea apuväline.

tuotemarkkinoilla tai maantieteellisillä markkinoilla perittyihin hintoihin. Voidaan myös pyrkiä päättelemään, millaisia hinnat olisivat kilpailun toimiessa. Ratkaisu edellyttää myös kannanottoa siihen, kuinka suuri on kohtuullinen tuotto. Monopolihinnoitteluun puuttuminen vaikuttaa lähinnä viimekätiseltä keinolta monopolimarkkinoilla, joilla muut keinot on ensin todettu riittämättömiksi. Käytännössä langettavia tuomioita on vähän, ja nekin painottuvat markkinavoiman rekisterin yläpäässä esiintyviin tilanteisiin, joissa kuluttajien vaihtoehtoja ja kilpailijoiden markkinoillepääsyä ei joko voida tai muista kuin kilpailupoliittisista syistä haluta edistää.

7. Yhteinen määräävä markkina-asema ja sen väärinkäyttö

7.1 YHTEISEN MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN OIKEUDELLINEN JA TALOUDELLINEN MERKITYSSISÄLTÖ

7.1.1 Ongelman kuvaus

Yhteisellä määräävällä asemalla tarkoitetaan tiukassa oligopolissa syntyvää tilannetta, jossa yhdenmukaisesti käyttäytyvällä pienellä joukolla yrityksiä on yhdessä markkinavoimaa. EY:n tuomioistuin on määritellyt Rooman sopimuksen 82 artiklassa tarkoitetun määräävän markkina-aseman siten, että se on "taloudellisen vallan yritykselle tuoma asema, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana".[1] Kilpailunrajoituslain (1992/480) 3 §:n 2 momentin mukaan määräävä markkina-asema katsotaan olevan elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, joka tietyillä relevanteilla hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.[2] Kummankin säännöksen peruslähtökohtana on *epäsymmetrinen markkinatilanne, jossa yksi, selvästi kilpailijoitaan suurempi yritys hallitsee markkinoita.* Vaikkei kyse tarvitse olla monopoliasemasta,[3] määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on

---

[1] Ks. *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 425.

[2] Verrattaessa 82 artiklan määritelmää Suomen kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttiin havaitaan, että kilpailunrajoituslain määritelmässä korostetaan mahdollisuutta aktiivisesti vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin, kun taas EY:n tuomioistuimen määritelmässä korostetaan riippumattomuutta. Käytännössä mahdollisuus aktiivisesti vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin ja mahdollisuus toimia kilpailun paineista riippumattomasti ovat saman kolikon kaksi puolta. Sekä kilpailunrajoituslain 7 §:ssä että 82 artiklassa edellytetään rakenteellista markkinatarkastelua. Kummankin säännöksen soveltaminen edellyttää esikysymyksenä relevanttien hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä.

[3] Esimerkiksi United Brands -tapauksessa 40–45 %:n markkinaosuus riitti määräävään asemaan, kun konkreettisesti todennettavissa olevat kilpailuedut (vertikaalinen integraatio, vahvat tuotemerkit tms.) vahvistivat United Brands Companyn asemaa ja kilpailijat olivat selvästi pienempiä.

poikkeuksellisen paljon markkinavoimaa.[4] Asiakkaat ovat riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta ja kilpailijat haavoittuvia. Markkinavoimansa turvin yritys voi toimia asiakkaistaan ja kilpailijoistaan riippumattomasti – esimerkiksi periä monopolihintoja – tai sulkea muita yrityksiä markkinoiden ulkopuolelle.

Yhteinen määräävä asema[5] eroaa yhden yrityksen markkinavoimasta sikäli, että *yrityksillä on määräävä asema vain yhdessä. Markkinoiden hallinta perustuu kollektiiviseen markkinavoimaan, mutta markkinavoimaa voidaan väärinkäyttää joko yhdessä tai erikseen.*[6] Yhteinen määräävä asema on mahdollinen *oligopolissa* eli harvain kilpailussa. Mitä vähemmän markkinoilla on suuria yrityksiä, mitä suurempaa osuutta tuotannosta ne hallitsevat ja mitä vakaampi niiden asema on, sitä todennäköisemmin ne voivat hinnoitella hyödykkeensä pidempiaikaisesti ja kannattavasti kilpailullisen tason yläpuolelle.[7]

Kilpailuoikeuden keinovalikoimassa tärkeimpiä instrumentteja ovat kartellikielto, määräävän aseman väärinkäyttökielto ja yrityskauppavalvonta. Kartellikiellolla puututaan kilpailua rajoittaviin sopimuksiin ja yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin. Määräävän aseman väärinkäyttökiellolla puututaan määräävässä asemassa olevan yrityksen yksipuolisiin toimenpiteisiin, joilla se pyrkii sitomaan asiakkaitaan, estämään kilpailijoiden toimintaa tai kohtuuttomasti hyödyntämään markkinavoimaansa. Yrityskauppavalvonnalla pyritään turvaamaan kilpailullinen markkinarakenne. Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite eroaa kartellista siinä, että kun kartellikiellolla puututaan markkinavoimaa tuottaviin sopimuksiin, yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon avulla puututaan sellaiseen yksipuoliseen markkinavoiman väärin-

---

[4] Markkinavoima voidaan määritellä tässä yhteydessä yrityksen tai yritysryhmän kyvyksi pitää hinnat kannattavasti pidemmän aikaa kilpailullisen tason yläpuolella. Tällä määrittelytavalla ero määräävän aseman käsitteeseen jää pienehköksi. Jos vertailukohdaksi otetaan täydellinen kilpailu, markkinavoima voidaan määritellä yrityksen kyvyksi hinnoitella yli rajakustannusten. Tällöin useimmilla yrityksillä on ainakin jonkin verran markkinavoimaa. Jälkimmäinen määrittelytapa ei kerro niinkään yritysten taloudellisen vallan yleisyydestä, vaan pikemminkin siitä, että täydellisen kilpailun mallin restriktiiviset edellytykset eroavat varsin suuresti siitä, millaista kilpailu todellisuudessa markkinoilla on.

[5] Yhteisen määräävän aseman *("joint dominance")* ohella kirjallisuudessa käytetään termejä jaettu määräävä asema *(amer. "shared monopoly")*, oligopolistinen dominanssi *("oligopolistic dominance")* sekä kollektiivinen määräävä asema *("collective dominance")*. Ks. myös artikkelia Kuoppamäki (2002 b), jossa on julkaistu osia tämän luvun aikaisemmasta versiosta.

[6] Kun yhden yrityksen määräävässä asemassa korostuu kilpailueduista aiheutuva *epäsymmetria* markkinajohtajan ja selvästi pienempien kilpailijoiden välillä, yhteiselle määräävälle asemalle on tyypillistä pikemminkin *symmetria*, esimerkiksi samanlainen kustannusrakenne ja samanlaiset intressit, mikä on omiaan johtamaan oligopoliyritysten yhdenmukaiseen käyttäytymiseen markkinoilla.

[7] Hypoteettisena lähtökohtana yhteinen määräävä asema voi olla muutamalla oligopoliyrityksellä. Jos markkinavoima perustuu kiinteisiin sopimusjärjestelyihin, yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten lukumäärä voi olla suurempi. On korostettava sitä, että yritysten lukumäärä muodostaa vasta karkean lähtökohdan tarkastelulle.

käyttöön, jonka syy löytyy oligopoliyritysten välisistä suhteista, jotka mahdollistavat yksipuolisen toiminnan suhteissa asiakkaisiin.

Yritykset voivat tehdä nimenomaista yhteistyötä esimerkiksi sopimalla tulevista hinnoista, markkinaosuuksista tai asiakkaiden allokoinnista yhteisissä kokouksissa. Tällöin puhutaan *nimenomaisesta kolluusiosta (explicit collusion)*. Kartellia vastaava tosiasiallinen tilanne saattaa kuitenkin syntyä siitä, että oligopolin jäsenet huomaavat olevansa riippuvaisia muiden yritysten käyttäytymisestä ja arvelevat, että kilpailullisen asenteen omaksumisesta aiheutuisi niille itselleen todennäköisesti kielteisiä vaikutuksia. Aggressiivisesta hinta- tai muusta kilpailusta pitäytymisen arvioidaan pitkällä tähtäimellä turvaavan yritykselle paremman tuloksen. Kuluttajien kannalta seurauksena voi olla hintatason nousu. Yhdenmukainen toiminta voi syntyä markkinoilla sen johdosta, että yritykset havaitsevat keskinäisen riippuvuutensa, esimerkiksi että kilpailijat reagoivat hinnanmuutoksiin tietyissä markkinatilanteissa aina saman matriisin mukaisesti.[8] Yritykset tunnustelevat toistensa reaktioita ja oppivat tuntemaan toisensa. Asiakkailta ja julkisista lähteistä saatavaa markkinatietoa täydentävät yleensä henkilökohtaiset kilpailijakontaktit, joita syntyy esimerkiksi toimialajärjestöissä tehtävän edunvalvontayhteistyön puitteissa. Yritysten edustajat eivät kuitenkaan suoranaisesti keskustele tai sovi hinnoista keskenään, vaan koordinointi tapahtuu hienovaraisemmin, epäsuorasti, kokemukseen, päättelyyn ja välikäsiin perustuen. Kyse on *hiljaisesta kolluusiosta*, jos yritykset ilman nimenomaista yhteispeliin tähtäävää yhteydenottoa vuorovaikutteisin toimenpitein aikaansaavat markkinatilanteen, jossa yritykset käyttäytyvät yhdenmukaisesti.[9]

Tässä vaiheessa nimenomaista ja hiljaista kolluusiota on syytä verrata kilpailuoikeudelliseen rajanvetoon *yhdenmukaisen* ja *yhdenmukaistetun* toiminnan välillä.[10] EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä ei pidetä kiellettynä. Rooman sopimuksen 81 artikla ja kilpailunrajoituslain 6 § edellyttävät sopimusta, yhteiselimen päätöstä tai yhdenmukaistettua toimintaa.[11] Yhdenmukaistettu toiminta voidaan määritellä siten, että kyse täytyy olla aktiivisista toimenpiteistä koordinaation aikaansaamiseksi. Jotta kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy, yritysten täytyy vaihtaa luottamuksellista

---

[8] Esimerkiksi jos A korottaa hintaa kysynnän hieman kasvaessa 5 %, yritykset B ja C seuraavat viikon sisällä samansuuruisella korotuksella, mutta D jää aluksi odottamaan tilanteen selkiämistä ja pienimpien yritysten reaktioita, mutta seuraa kuukauden sisällä perässä, jos korotus näyttää menevän läpi markkinoilla.

[9] Yritys A esimerkiksi päättelee, että hintojen alentaminen laukaisee kilpailijoiden samansuuruisen hinnanalennuksen, ja jättää toimenpiteen suorittamatta, koska näissä olosuhteissa hinnanalennus vain heikentäisi katetta ilman kompensoivaa asiakasmäärän lisääntymistä.

[10] Rajanvetoa on käsitelty edellä tutkimuksen lainopillisen osan pääjaksossa I Kollektiivisen markkinavoiman sääntely kartellikiellon avulla.

[11] Ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 60 ss.

aineistoa tai vähintäänkin signaloida kilpailijoilleen tulevaa toimintaansa. Sitä vastoin omaehtoinen kilpailijoiden seuraaminen ja älykäs sopeutuminen kilpailijoiden reaktioihin ei ole kiellettyä. Raja nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion sekä yhdenmukaisen ja yhdenmukaistetun toiminnan välillä on liukuva. Onko kiellettynä pidettävä esimerkiksi sitä, että yritykset puolin ja toisin julkisesti ilmoittavat hinnanmuutoksistaan julkisesti etukäteen? Entä miten tulee suhtautua luottamuksellisten tietojen luovuttamiseen toimialajärjestölle?

Tutkimuksen teoreettisen osan mukaan erityisen huolestuttavaksi hiljaisen kolluusion tekee se, että se voi olla nimenomaista kolluusiota vakaampi strategia.[12] Jos menettelytapa ei täytä kartellikiellon tunnusmerkistöä, yritykset voivat toimia avoimesti. Hiljaisessa kolluusiossa *yritysten ei tarvitse kommunikoida suoraan keskenään*, sillä markkinatilanne antaa niille itsessään mahdollisuuden toimia "sovinnollisesti" ilman nimenomaista kooperaatiota. Kartellisyytöksiä vastaan voidaan puolustautua toteamalla, että yhdenmukainen käyttäytyminen aiheutuu oligopolistisesta reaktioyhteydestä.[13] Jos kartellisoitumisen torjunnassa kaikki huomio kiinnitetään sopimuskriteerin tunnusmerkistön täyttymiseen, vie se resurssit väärään paikkaan. Kilpailunrajoittajan kannalta optimaalista ei ole sopimuksen aikaansaaminen, vaan sellaisen tilanteen aikaansaaminen, jossa nimenomaista sopimusta ei tarvita.

Jotta oligopolit eivät jäisi kilpailuoikeuden katveeseen, muun ohella EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa apuun on otettu *yhteisen määräävän aseman käsite*. Määräävän aseman väärinkäyttönormin avulla voidaan pyrkiä torjumaan yhdenmukaisesti käyttäytyvän yritysryhmän haitallisena pidettyä toimintaa. Kartellikiellon osalta keskeinen kysymys on ollut, onko komissio pystynyt tuomaan esille näyttöä yritysten välisistä kontakteista hinnanmäärityksessä. EY:n tuomioistuin totesi edellä käsitellyssä sellutapauksessa,[14] ettei pelkkä kilpailijoiden seuraaminen ole kiellettyä. Lisäksi todettiin, ettei pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä voida pitää yksinään todisteena kielletystä toiminnasta, ellei kartelli ole ainoa mahdollinen selitys yhdenmukaiselle käyttäytymiselle. Kartelleja koskevan näyttökynnyksen laskemista tästä alaspäin hyväksymällä laajemminkin "pelkkä" taloudellinen näyttö ei ole pidetty oikeusturvasyistä tarkoituksenmukaisena. Vahvaa asiakirjanäyttöä *("smoking gun")* on täydennetty taloudellisiin argumentteihin perustuvalla indisionäytöllä, milloin hinnanmuodostukselle ei näytä olevan muuta kaupallista selitystä kuin yhdenmukaistettu toiminta.[15] Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellolla voitaisiin puuttua tilan-

[12] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 159. Hovenkampin esitys rakentuu jäljempänä käsiteltävän Cournotin mallin varaan.

[13] Saksalaisessa kirjallisuudessa osin käytettyä termiä markkinapakko *("oligopolistischer Marktzwang")* on kuitenkin pidettävä harhaanjohtavana. Oligopolistien ei ole yleensä *pakko* seurata kilpailijoiden hinnoittelua, vaan kyse on *tietoisesta valinnasta* sovinnollisen ja kilpailullisen strategian välillä.

[14] *Woodpulp – A. Ahlström Oy ym. v. komissio*, C-89/85, Kok. 1993 s. I-1307.

[15] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 71–72.

teisiin, jossa yritysten kollektiivinen markkinavoima perustuu suoraan markkinaolosuhteisiin. Vastaavasti yrityskauppavalvonta ulotetaan yhden yrityksen määräävää asemaa koskevien osamonopolien torjunnasta tiukan oligopolististen markkinarakenteiden torjuntaan. Yrityskauppavalvonnassa yhteisen määräävän aseman käsite on hyvin merkityksellinen. Individuaalisen määräävän aseman perusteella kilpailuviranomainen voi kieltää yrityskaupan, jos keskittymisen seurauksena keskittymään osallisilla yrityksillä on yksin määräävä asema. Tällöin yhtä vahvojen kilpailijoiden markkinoilla olo säännönmukaisesti estää kaupan kieltämisen. Jos yrityskauppavalvonnalla voidaan puuttua kollektiivisen määräävän aseman syntymiseen, kilpailuviranomainen voi hieman yksinkertaistaen kieltää yrityskaupan, jonka seurauksena esim. kolmella yrityksellä kullakin olisi noin 25 %:n markkinaosuus eli ne yhdessä hallitsisivat 75 % markkinoista. Jos lähtökohdaksi otetaan individuaalinen määräävä asema, olisi 25 %:n markkinaosuus, kun markkinoilla on kaksi yhtä suurta kilpailijaa, hyvin vahva indisio yhden yrityksen määräävää asemaa vastaan.

Kilpailuviranomaisten vaativaksi tehtäväksi muodostuu "hyvien" ja "pahojen" oligopolien erottaminen toisistaan. Lähtökohdaksi tulee ottaa se, että puuttuminen rajataan ainoastaan tiukkoihin oligopoleihin, joissa markkinat ovat erityisen keskittyneet. Tiukalle oligopolille ei liene yhtä vakiintunutta taloustieteellistä määritelmää. Rakenteellisesti tiukka oligopoli voitaneen määritellä siten, että sillä tarkoitetaan tilannetta, jossa markkinoilla toimii vain muutama (2–6) suurta yritystä, jotka yksinään hallitsevat ylivoimaista valtaosaa (80–100 %) kilpailuoikeudellisesti relevanteista hyödyke- ja alueellisista markkinoista. Tiettyä lukua oikeammalta vaikuttaa lähestymistapa, jossa oligopoli määritellään siihen kuuluvien yritysten välisen *reaktioyhteyden* perusteella. Oligopoliin kuuluvat ne yritykset, jotka voivat käyttäytymisellään vaikuttaa hintatasoon ja joiden käyttäytymisen muut johtavat yritykset ottavat huomioon päättäessään omasta strategiastaan. Oligopolistien lisäksi markkinoilla on yleensä pienempiä yrityksiä *(fringe firms)*, jotka eivät itse voi ohjata hintatasoa, mutta joilla voi kuitenkin olla merkitystä kilpailun toimivuuden kannalta.[16]

7.1.2 EY:n komission julkaisemat tutkimukset

Yhteinen määräävä asema määriteltiin vuonna 1987 julkaistussa tutkimuksessa[17] tilanteeksi, jossa a) markkinarakenne on keskittynyt siten, että pieni lukumäärä yrityksiä hallitsee markkinoita ilman että niistä yhdelläkään yksin olisi

---

[16] Voidaan esimerkiksi olettaa, että relevanteilla markkinoilla toimii yhteensä kymmenen yritystä. Neljällä suurimmalla yrityksellä on kullakin noin 20 %:n markkinaosuus. Kuudella pienemmällä yrityksellä on kullakin 3–4 %:n osuus. Tällöin oligopolin muodostavat neljä suurinta yritystä. Kuusi muuta ovat fringe-yrityksiä.

[17] Kantzenbach/Kruse (1987).

määräävää asemaa, ja b) yritysten päätöksentekoprosessia leimaa suuri riippuvuussuhde muista oligopoliin kuuluvista yrityksistä. Tutkimuksen mukaan ei ole luotettavaa empiiristä näyttöä siitä, että tiukan oligopolistinen markkinarakenne säännönmukaisesti johtaisi kolluusioon, mutta ilmiö voi olla yksittäistapauksissa hyvin merkittävä.[18] Oligopolin tiivistyminen ei välttämättä johda kolluusioon ja tehottomuuteen, mutta se *voi* sen tehdä.[19] *Kolluusion vaaran* arveltiin *kasvavan*, jos

- hinnat tai muut kolluusion kannalta keskeiset kilpailuparametrit ovat läpinäkyviä;
- kysynnän hintajousto on alhainen, jolloin kolluusion yrityksille tuoma hyöty kasvaa ja yritysten intressi itsenäiseen kilpailukäyttäytymiseen vähenee;
- markkinatilanne on vakiintunut; jos kysyntä on dynaamisessa kasvuvaiheessa tai ala on voimakkaan teknisen kehityksen alainen, on kolluusion vaara pienempi;
- yritykset eivät voi suunnata investointejaan muihin tuotteisiin tai palveluihin, mikä tekee ne haavoittuvaisiksi muiden oligopolistien vastatoimenpiteille.

Ylikapasiteetilla nähtiin kahdenlaisia vaikutuksia. Se lisää kolluusion hyötyjä, mutta samalla se on houkutin yksittäisille yrityksille lopettaa kolluusio markkinaosuuden kasvattamiseksi.[20] Yleisesti ottaen korkeiden alalle pääsyn tai siltä poistumisen esteiden arveltiin vähentävän potentiaalisen kilpailun merkitystä ja siten lisäävän kolluusion riskiä ja sen haitallisia seurauksia.[21] Kuitenkin oletus, jonka mukaan markkinoiden keskittyminen nostaisi automaattisesti hintoja, lienee kestämätön yksinkertaistus. Hinnat eivät nouse, jos esimerkiksi yritysten lukumäärän väheneminen selittyy edullisemman tuotantorakenteen tavoittelulla ja jäljellä oleva aktuaalinen tai potentiaalinen kilpailu pakottaa viemään kustannussäästöt hintoihin.

Komissio julkaisi vuonna 1995 uuden tutkimuksen,[22] jossa aiempaa lähestymistapaa täydennetään. *Kantzenbach, Kottmann ja Krüger* toteavat, ettei aiemman tutkimuksen rakenteellinen tarkastelu tarjoa yksinään riittäviä mittapuita oligopolien arvioimiseen. SCP-tarkastelu paljastaa kolluusiota edistävät rakenteelliset seikat, mutta ei tarjoa metodia, jonka avulla riskistä tai mahdollisuudesta päästään konkreettiseen kolluusion toteamiseen. Uudessa tutkimuksessa aikaisempia havaintoja täydennetään peliteoreettisella tarkastelulla.[23] Raken-

---

[18] Kantzenbach/Kruse s. 117.
[19] Ks. Kuoppamäki (1992) s. 101–102.
[20] Kantzenbach/Kruse s. 44–66.
[21] Kantzenbach/Kruse s. 67–101.
[22] Kantzenbach/Kottmann/Krüger (1995).
[23] Tekijät itse käyttävät nimitystä *New Industrial Organization*. Ks. Kantzenbach/Kottmann/Krüger s. 3–7.

teellinen tarkastelu tarjoaa havaintoja siitä, milloin yrityksillä on kiihoke yhdenmukaistaa käyttäytymistään. Nyt tarkastellaan niitä olosuhteita, joiden vallitessa kolluusio voi muodostua pitkäaikaiseksi.[24] Dynaamisessa tarkastelussa pelkkä mahdollisuus saada kolluusio aikaiseksi ei ole riittävää, vaan huomiota on kiinnitettävä siihen, pystyvätkö yritykset paljastamaan huijauksen ja rankaisemaan siitä. Nimenomaisen tai hiljaisen kolluusion syntymistä, säilymistä ja muuntumista tarkastellaan vuorovaikutusketjuna, jonka osaset vaikuttavat toisiinsa (agreement ↔ cheating ↔ detection ↔ punishment).[25] Jos sama pelitilanne toistuu kerta toisensa jälkeen ja kilpailijat saavat tavalla tai toisella tietoonsa toistensa solmimat sopimukset, yksittäisen yrityksen ei kannata alentaa hintoja, jos kilpailijat todennäköisesti rankaisevat samansuuruisella tai vielä suuremmalla alennuksella. Kolluusion pysyvyyden kannalta ratkaisevaa on se, kuinka nopeasti muut havaitsevat alennukset ja kuinka uskottavina sanktioita on pidettävä *ex ante* tai kuinka tehokkaina *ex post* tarkasteltuina. Jos tietty pelitilanne toistuisi vain kerran ("one shot game"), kaikkien yritysten kannattaisi tarjota hyödykettä kilpailulliseen hintaan. Saman päätöksentekotilanteen toistuminen kerta toisensa jälkeen (iteratiivisuus) ilman selkeää pelin loppua ("supergames") johtaa siihen, että kunkin yrityksen kannattaa jo etukäteen ottaa huomioon kilpailijoidensa tulevat reaktiot.[26] Peliteoreettisten mallien ongelmana on se, että ne selittävät enemmän ja ennustavat vähemmän. Käytännössä saadaan useampia vaihtoehtoisia ratkaisuja. Komission julkaiseman uuden tutkimuksen keskeisin sanoma on mielestäni se, että markkinoilla vallitsevien rakenteellisten olosuhteiden lisäksi huomiota on kiinnitettävä oligopolistien välisiin suhteisiin, jotka joko helpottavat tai vaikeuttavat kolluusion ylläpitämistä.

7.1.3 Oligopolin sisäinen ja ulkoinen kilpailu: vallan symmetrinen kaksineuvoisuus

Voidaan todeta, että yhteisen määräävän aseman konstruoiminen pelkän yritysten lukumäärän ym. rakenteellisten tekijöiden perusteella ei olisi taloudellisesti mielekästä. Huomiota on siis kiinnitettävä *oligopolin sisäiseen ja ulkoiseen kilpailuun*. Yhteisen määräävän aseman osoittaminen edellyttää *1) näyttöä siitä, että oligopolin ulkopuolinen tehokas kilpailu ei rajoita markkinavoimaa*, sekä *2) näyttöä siitä, ettei oligopoliyritysten välillä ole riittävästi kilpailua.*

Tarkasteltaessa yritysten välisen *sisäisen kilpailun puuttumista* voidaan erottaa kaksi erilaista tilannetta: yhtäältä tilanne, jossa yritysten välillä on jonkinlai-

---

[24] Ibid. s. 9.
[25] Ibid. s. 32–41.
[26] Ks. esim. Shapiro (1989); Axelrod (1984).

sia rakenteellisia yhteyksiä tai muita taloudellisia siteitä, ja toisaalta tilanne, jossa yritysten yhdenmukainen käyttäytyminen perustuu ainoastaan oligopoliseen markkinarakenteeseen (ilman että yritysten välillä olisi taloudellisia siteitä). Jos yritysten välillä sopimusjärjestelyjä tai muita taloudellisia siteitä, etuyhteys luo motiivin pidättäytyä aggressiivisesta kilpailusta. Kyse voi olla esim. yhteisyrityksestä, vähemmistöomistuksesta kilpailevassa yrityksessä, vastavuoroisista hallitusedustuksista tai tilanteesta, jossa yritykset hyödyntävät yhdessä energian tai tiedon siirtoverkostoa tai muuta infrastruktuuria. Mitä pysyvämpi ja institutionaalisempi yhteistyöjärjestely on, sitä vakaampaa markkinavoima voi olla. Markkinarakenteeseen perustuva tarkastelutapa on kunnianhimoisempi, sillä johtopäätöksiä sisäisen kilpailun puuttumisesta tehdään pelkästään markkinaolosuhteiden perusteella. Jos markkinoilla toimii vain muutama yritys, tuotteet ovat homogeenisia ja hinnat läpinäkyvät, tämän oletetaan vaikuttavan negatiivisesti yritysten käyttäytymiseen.

Ulkoisen kilpailun puuttumisen edellytykset vastannevat pitkälti yhden yrityksen määräävän aseman edellytyksiä sillä erolla, että jaetussa määräävässä asemassa olevien yritysten markkinaosuudet lasketaan yhteen ja niiden markkinavoimaa tarkastellaan yhtenä kokonaisuutena suhteessa asiakkaisiin ja kilpailijoihin. Markkinavoima edellyttää mm. asiakkaiden vaihtoehtojen rajallisuutta ja riittäviä alallepääsyn esteitä.

Oligopolin ulkoisen ja sisäisen kilpailun puuttuminen ovat samalla yleisempi ilmentymä taloudellisen vallan rakenne-elementistä, josta voidaan käyttää nimitystä *vallan symmetrinen kaksineuvoisuus*. Hintojen pitäminen pidemmän aikaa kilpailullisen tason yläpuolella edellyttää, että oligopolin jäsenet yhdessä voivat nostaa hintatasoa. Tämä ei riitä, vaan lisäksi oligopolin sisällä vallitsevien olosuhteiden täytyy olla sellaiset, että koalition jäsenet mukautuvat riittävän kurinalaisesti kollektiivisen markkinavoiman hyödyntämisen edellytyksiin eli pidättäytyvät yhteisen edun vastaisesta kilpailusta.[27]

---

[27] Vaikuttaa siltä, että vallalla on yleisemminkin sisäinen ja ulkoinen puolensa. John Kenneth Galbraith tarkoittaa teoksessaan Vallan anatomia organisaatioiden valtaa käsitellessään termillä *vallan symmetrinen kaksineuvoisuus* sitä, että ulkopuolista alistumista organisaation pyrkimyksiin voidaan tavoitella vain sikäli, kuin sisäistä valtaa esiintyy. Ulkoisen vallan lujuus ja luotettavuus riippuu sisäisen alistumisen syvyydestä ja varmuudesta. Ks. Galbraith (1984) s. 69–77. Nähdäkseni Galbraithin oivallus on yleistettävissä koskemaan myös löyhempiä koalitioita, esim. kollektiivisen markkinavoiman tilanteita. Kyky toteuttaa tahtoa koalition ulkopuolella riippuu siitä, miten hyvin yhteistä päämäärää tavoittelevat puhaltavat yhteen hiileen. Valta edellyttää siis yleisemminkin a) kykyä saada oma tahtonsa läpi vallankäytön kohteiden piirissä ja b) koalition sisäistä yhtenäisyyttä, jottei sisäinen hajaannus tee yhdenmukaista esiintymistä ulospäin tehottomaksi. Yleistys auttaa ymmärtämään, miksi oligopolien osalta on niin tärkeätä kiinnittää huomiota paitsi keskittymisasteeseen ja markkinoiden yleiseen taipuvaisuuteen kolluusioon, myös siihen, kuinka todennäköistä käytännössä on, että oligopolin jäsenet pystyvät ja että niistä jokaisen myös kannattaa käyttäytyä pidemmän aikaa koalition kokonaisedun edellyttämällä tavalla yhtenäisesti.

7.2 EY:N KILPAILUOIKEUS

Seuraavassa tarkastellaan yhteisen määräävän aseman nykyistä merkityssisältöä Rooman sopimuksen 82 artiklaa koskevan EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella. Tämän jälkeen käsitellään täydentävästi kotimaista kilpailuoikeutta. Lopuksi tehdään oikeuspoliittisia huomioita yhteisen määräävän aseman roolista ja asemasta kilpailuoikeudessa.

7.2.1 Yhteisen määräävän aseman käsitteen kehittyminen EY:n kilpailuoikeudessa

Aina 1990-luvulle säilyi kiisteltynä,[28] soveltuuko 82 artikla lainkaan yhteisen määräävän aseman tilanteisiin, ja jos soveltuu, niin missä määrin. Rooman sopimuksen 82 artiklassa puhutaan "*yhden tai useamman* yrityksen" määräävän aseman väärinkäytöstä. Yhtäältä 82 artikla näyttäisi puhuvan yhden tai useamman yrityksen toiminnasta määräävän aseman väärinkäyttämiseksi eikä siitä, että yrityksillä yhdessä olisi määräävä asema. "Yksi tai useampi yritys" viittaisi siten väärinkäyttöön eikä yritysten asemaan. Toisaalta edellinen näyttäisi loogisesti edellyttävän myös jälkimmäistä. Vain jos yrityksillä yhdessä on määräävä asema, voivat ne sitä yhdessä väärinkäyttää. Monien kommentaattoreiden[29] mukaan tapaukset *Suiker Unie*[30] ja *Hoffmann-La Roche*[31] viittasivat siihen, ettei 82 artikla sovellu yhteiseen määräävään asemaan. Mainituissa ratkaisuissa EY:n tuomioistuin näytti tekevän eron yhden yrityksen toiminnan ja oligopolissa tapahtuvan yhdenmukaisen käyttäytymisen välillä. Määräävässä asemassa oleva yritys voi toimia muista riippumatta, kun taas oligopoliyritys joutuu ottamaan huomioon kilpailijoidensa toiminnan. Normaalit tulkintasäännöt joka tapauksessa edellyttivät, että viittauksella "yksi tai useampi yritys" tarkoitetaan jotakin enemmän kuin yhdellä yrityksellä. Suppeamman tulkinnan mukaan

---

[28] Saksalaisessa kirjallisuudessa 82 artiklan soveltamista yhteiseen määräävään asemaa pidettiin mahdollisena. Tämä selittyy sillä, että GWB tuntee jaetun määräävän aseman käsitteen, joten sellaisen olettaminen myös 82 artiklan osalta on saksalaisesta oikeuskulttuurista käsin luontevaa. Tosin mielipiteet menivät sen osalta ristiin, onko pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä oligopolistisilla markkinoilla pidettävä väärinkäyttönä. Anglosaksisessa kirjallisuudessa jaetun määräävän aseman käsitteeseen suhtauduttiin varauksellisemmin. Amerikkalaisessa oikeuskäytännössä yritykset rakentaa jaetun määräävän aseman ("shared monopoly") käsite olivat menestyneet heikosti. Englantilainen kilpailuoikeus tunsi ns. monimutkaisen monopolin ("complex monopoly") käsitteen, mutta sen soveltamistapa poikkesi olennaisesti 82 artiklasta. Kannanottoja puolesta tai vastaan perusteltiin 82 artiklan sanamuodon tulkinnalla sekä erilaisilla johtopäätöksillä jäljempänä esitettävistä komission ja tuomioistuimen hajanaisesta käytännöstä. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 97–101.

[29] Ks. esim. Rissanen/Korah (1991) s. 83, 304.

[30] *Suiker Unie ym. v. komissio*, 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73, Kok. 1975 s. 1663.

[31] *Hoffmann-La Roche v. komissio*, 85/76, Kok. 1979 s. 461.

viittauksella tarkoitettiin vain sitä, että konsernissa määräävän aseman väärinkäyttöön voi osallistua useampi yritys. Laajemman tulkinnan mukaan viittauksella ymmärrettiin, että useammalla oikeudellisesti *ja* taloudellisesti itsenäisellä yrityksellä voi *yhdessä* olla määräävä asema tiukan oligopolin jäseninä.[32]

Yhteinen määräävä asema hyväksyttiin ensimmäisen kerran vuonna 1992 annetussa EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisussa *Italian Flatt Glass.*[33] EY:n komissio oli soveltanut italialaisten lasinvalmistajien väliseen kartelliin 81 artiklan ohella täydentävästi 82 artiklaa. Tuomioistuin pääosin kumosi komission päätöksen näytön riittämättömyyden vuoksi mutta otti *obiter dictum* kantaa 82 artiklan soveltuvuudesta yhteiseen määräävään asemaan:

> "Tuomioistuin toteaa, että [82] artiklan ensimmäinen kohta nimenomaisesti säätää, että "yksi tai useampi yritys" voi käyttää väärin määräävää asemaa. On johdonmukaisesti katsottu, kuten myös kaikki osapuolet myöntävät, ettei sopimuksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan käsite koske sopimuksia tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja samaan ryhmään kuuluvien yritysten välillä, jos yritykset muodostavat taloudellisen kokonaisuuden.
>
> ...Tästä seuraa, että kun [81] artikla viittaa sopimuksiin tai yhdenmukaistettuihin toimenpiteisiin "yritysten" välillä, se viittaa suhteisiin kahden tai useamman taloudellisen kokonaisuuden välillä, jotka ovat kykeneviä kilpailemaan keskenään. Tuomioistuin katsoo, ettei ole mitään oikeudellista tai taloudellista syytä, jonka vuoksi termillä "yritys" olisi [82] artiklan osalta erilainen merkityssisältö kuin mikä sille on annettu [81] artiklan osalta. Ei ole olemassa periaatteessa mitään syytä, mikä estäisi sen, että kahta tai useampaa itsenäistä taloudellista kokonaisuutta, tietyillä markkinoilla, yhdistäisivät sellaiset taloudelliset siteet, että niillä tästä syystä olisi yhdessä määräävä asema suhteessa muihin toimijoihin samoilla markkinoilla. Tällainen tilanne voisi olla käsillä esimerkiksi silloin, kun kahdella tai useammalla itsenäisellä yrityksellä on sopimusten tai lisenssien kautta teknologinen etumatka, joka antaa niille vallan käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajistaan riippumattomasti."[34]

Yhteinen määräävä asema on sittemmin tullut hyväksytyksi EY:n tuomioistuimen käytännössä sekä 82 artiklan[35] että yrityskauppoja koskevan sulautumaasetuksen (4064/89)[36] osalta. Tältä osin oikeustilaa ei voida enää pitää epäselvänä. Ajettaessa sisään uutta kilpailuoikeudellista konseptia lähtökohdan hy-

---

[32] Itse päädyin 1992 julkaistussa tutkimuksessa tulkintasuositukseen, jonka mukaan kilpailuoikeudellisesti jaettu määräävä asema on mahdollinen ja järkevä paitsi 82 artiklan, kilpailusääntelyn tarkoituksen ja Rooman sopimuksen artiklan 3 g perusteella myös yrityskauppavalvonta-asetuksen osalta. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 97–112, 194–208, 262, 274–275, 279. Tulkintasuositus on sittemmin toteutunut EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

[33] T-68/89 ym., [1992] Kok. s. II-1403.

[34] Päätöksen kohdat 357 ja 368.

[35] *Almelo*, C-393/92, Kok. 1994 s. I-1477.

[36] *Ranska v. komissio (Kali & Salz)*, C-68/94 ja C-30/95

väksyminen merkitsee vasta ensimmäistä kehitysvaihetta. Tämän jälkeen mielenkiinto siirtyy konseptin soveltamisalan ja kriteerien tarkempaan määrittelyyn. Seuraavassa keskitytään yhteisen määräävän aseman käsitteen täsmentämiseen[37] sekä pyritään osoittamaan konseptin soveltamiseen liittyvät haasteet ja aukkokohdat.

7.2.2 Yhteisen määräävän aseman yleiset edellytykset

EY:n tuomioistuin on käsitellyt yhteisen määräävän markkina-aseman edellytyksiä mm. yrityskauppavalvontaa koskeneessa tapauksessa *Kali & Salz*.[38] Päätöksessä katsottiin, että yhteinen määräävä markkina-asema syntyy todennäköisemmin keskittyneillä markkinoilla, joilla on lisäksi muita kilpailua rajoittavia piirteitä. Tällaisina tekijöinä pidettiin mm. homogeenisia hyödykkeitä, läpinäkyvää hinnoittelua, korkeita alallepääsyn esteitä, vakaata tai laskevaa kysyntää, teknisen kehityksen puutetta, alalla toimivien yritysten yhtenäistä kustannusrakennetta sekä tuottajien välisiä yhteyksiä. Yhteisen määräävän aseman selvittäminen edellyttää sen arviointia, estyykö kilpailu sen vuoksi, että "yrityksillä on yhdessä erityisesti keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, asiakkaista ja lopulta myös kuluttajista riippumatta".[39] Komission relevantteja markkinoita kartoittavan tutkimuksen perusteella on arvioitava, voivatko keskittymän osapuolet ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys estää olennaisesti tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla, kun näillä yrityksillä on *yhdessä juuri keskinäisten siteidensä vuoksi* mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, niiden asiakkaista ja lopulta myös kuluttajista riippumatta. Tuomioistuimen perusteluista kokonaisuudessaan kuitenkin käy ilmi, ettei taloudellisten siteiden luonteelle asetettu erityisen vahvoja vaatimuksia.

Tapauksessa *Compagnie Maritime Belge*[40] laivaliikennekonferenssin katsottiin syyllistyneen yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöön. EY:n tuomioistuin totesi, että 82 artiklan nojalla suoritettavassa tutkimuksessa on tarpeen selvittää, muodostavatko asianomaiset yritykset yhdessä *yhteisen yksikön (col-*

---

[37] EY:n komission ja tuomioistuimen yhteistä määräävää asemaa koskevan käytännön kokoavan tarkastelun osalta ks. myös Stroux (2000); Christensen/Rabassa (2001); G. Monti (2001); Kloosterhuis(2001);); Etter (2000); Bellamy-Child (2001) s. 413–418, 713–716; Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 344–349, 459–469; Immenga/Mestmäcker (1997) s. 901–914; Cook/Kerse (2000) s. 168–175; OECD (1999) s. 17–52, 213–225,253–270 Hawk/Huser (1996) s. 215–252.

[38] *Ranska v. komissio (Kali & Salz)*, C-68/94 ja C-30/95.

[39] Ibid, tuomion kohta 221.

[40] *Compagnie Maritime Belge Transports v. komissio*, T24/93 ym., Kok. 1996 s. II-1201; C-395 & 396/96P, Kok. 2000 s. I-1365.

lective entity) suhteessa niiden kilpailijoihin, kauppakumppaneihin ja kuluttajiin nähden tietyillä markkinoilla.[41] Vain silloin, kun tähän kysymykseen on vastattava myönteisesti, on tutkittava, onko yhteisellä yksiköllä todellakin määräävä asema ja toimiiko se kilpailusääntöjen vastaisesti. Jotta yhteisen yksikön voitaisiin katsoa olevan olemassa edellä esitetyssä merkityksessä, on tarpeen tutkia asianomaisen yritysten välisiä taloudellisia suhteita tai vuorovaikutussuhteita.[42] Tällöin on erityisesti tarkistettava, onko asianomaisten yritysten välillä sellaisia *taloudellisia yhteyksiä*, joiden avulla ne voivat toimia yhdessä kilpailijoista, asiakkaista ja kuluttajista riippumatta.[43] Yhteisen määräävän aseman olemassaolo voi perustua sopimuksen luonteeseen ja sanamuotoon, sen täytäntöönpanotapaan ja siitä aiheutuviin yritysten välisiin yhteyksiin tai vuorovaikutussuhteisiin. Sopimuksen tai muiden oikeudellisten yhteyksien olemassaolo ei kuitenkaan ole välttämätön toteamisedellytys, sillä toteaminen voi perustua myös *muihin vuorovaikutussuhteisiin* ja riippua sekä taloudellisesta että erityisesti kyseistä markkinarakennetta koskevasta arvioinnista.[44] Kilpailuviranomaisen on siten kyettävä todistamaan, että

a) yritykset muodostavat yhteisen yksikön;
b) yhteisellä yksiköllä on määräävä asema; ja
c) käyttäytymistä on pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä.

EY:n tuomioistuimen päätös ei lähemmin määritä sitä, millaisia siteitä yritysten välillä tulisi olla tai mitkä muut syyt aikaansaavat yhteisen yksikön syntymisen. Julkisasiamies *Fennellyn* ratkaisuehdotus samassa asiassa sisältää mielestäni varsin hyvän määritelmän. Fennelly toteaa, että tapauksen *Italian Flatt Glass* maininta taloudellisista linkeistä tulee korvata *Kali & Salzin* viittauksella keskinäisiin siteisiin, mutta että kyse täytyy olla samasta asiasta. Olennaista on kuitenkin se, *ettei pelkkä yhdenmukaistettu käyttäytyminen yksinään riitä näytöksi jaetusta määräävästä asemasta*, mutta sitä voidaan hyödyntää yhtenä todisteena.[45] Julkisasiamiehen mukaan ei ole tarpeen luetella erikseen kaikkia kyseeseen tulevia seikkoja, joiden perusteella yhteinen yksikkö muodostuu. Kyse voi olla elinkeinonharjoittajien yhdistyksen laatimien yhdenmukaisten toimitusehtojen noudattamisesta (*Almelo*[46]), ristiinomistuksesta tai jopa perhesuhteista, joilla on taloudellista merkitystä. Yhteydet voivat syntyä myös yh-

---

[41] Tuomion kohta 39. Kursivointi tämän artikkelin kirjoittajan.
[42] Tuomion kohta 41. Tuomioistuin viittasi tältä osin aikaisempaan käytäntöönsä tapauksissa *Almelo* C-393/92, Kok. 1994, s. I-1477, 43 kohta sekä *Ranska v. komissio (Kali & Salz)*, C-68/94 ja C-30/95, Ranska ym. v. komissio, tuomio 31.3.1998, Kok. 1998, s. I-1375, tuomion kohta 221.
[43] C-395 & 396/96P, tuomion kohta 42. Kursivointi tutkimuksen kirjoittajan.
[44] Tuomion kohta 45. Oma kursivointi.
[45] Ks. *Compagnie Maritime Belge*, julkisasiamies *Fennellyn* ratkaisuehdotuksen kohta 27.
[46] *Almelo*, C-393/92, Kok. 1994 s. I-1477.

denmukaisen strategian tai myyntipolitiikan noudattamisen perusteella (*Bodson,*[47] *Suiker Unie*[48]). Fennellyn mukaan taloudellisia yhteyksiä ei voida määritellä sen tarkemmin kuin viittaamalla yhteyksien seurauksena syntyvään lopputulokseen eli siihen, että linkkien seurauksena toisistaan itsenäisten yritysten ryhmä rupeaa käyttäytymään yhteisen yksikön tavoin.[49]

Yhteistä määräävää asemaa koskevassa analyysissa kiinnitetään huomiota sekä markkinoiden historialliseen analyysiin että niiden tulevan kehityksen ennustamiseen. *Historiallinen analyysi* osoittaa kilpailun intensiteetin menneisyydessä. Tarkastelemalla hintojen ja markkinaosuuksien liikettä menneisyydessä voidaan arvioida yrityskaupan todennäköisiä vaikutuksia. Yritysten väliset siteet, kuten ristiinomistukset, ristikkäiset hallitusedustukset ja yhteistyösopimukset luovat kannustimen koordinoida käyttäytymistä. Aiempi kolluusiohistoria antaa aihetta kiinnittää samaan seikkaan huomiota. Toisaalta voimakkaan muutoksen alaisilla markkinoilla, esim. viestintä ja energia, historian painoarvo on pienempi. *Tulevaisuuteen suuntautuvan analyysin* merkittävin tekijä on yrityskaupan seurauksena syntyvä markkinaosuus. Merkitystä on yhtäältä *syntyvillä markkinaosuuksilla*, toisaalta sillä, *kuinka paljon osuudet nousevat* kaupan seurauksena.[50] Markkinoiden keskittymisastetta koskeva analyysi muodostaa kuitenkin vain tarkastelun lähtökohdan. Komissiolla on käytössä erityinen kysymyslista, jonka perusteella jaetun määräävän aseman todennäköisyyttä pyritään selvittämään. Huomiota kiinnitetään mm. hyödykkeiden homogeenisuuteen, markkinoiden kehitysvaiheeseen, markkinoiden innovatiivisuuteen, yritysten kustannusrakenteeseen, kysynnän elastisuuteen, taloudellisiin siteisiin, alallepääsyn esteisiin ja potentiaaliseen kilpailuun.[51]

7.2.3 Voivatko yritykset olla yhteisessä määräävässä asemassa ilman taloudellisia siteitä?

Oligopolikysymys on saanut uutta väriä EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen asiassa *Gencor/Lonrho*[52] antaman ratkaisun myötä. EY:n komissio oli kieltänyt etelä-afrikkalaisten kaivosyhtiöiden yritysjärjestelyn, jonka seurauk-

---

[47] *Bodsen,* C-30/87, Kok. 1988 s. 2479.

[48] *Suiker Unie,* Asia 40/73 ym., 1975 Kok. 1975 s. 1663.

[49] Julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotuksen kohta 28. Viimeinen lause hieman pilaa muuten hyvää määritelmää, sillä se on kehäpäätelmän luonteinen. Linkistä johdetaan vaikutus ja vaikutuksesta linkki.

[50] Markkinoiden keskittymistä on tarkasteltu keskittymisratioiden (C2, C3, C4, jne.) ja Herfindahl-Hirschmann-indeksin avulla.

[51] Kysymyslistan osalta ks. esim. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 465–466.

[52] *Gencor v. komissio,* T-102/96, Kok. 1999 s. II-879.

sena kaksi yritystä olisi hallinnut yhdessä platinan maailmanmarkkinoita.[53] Ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, ettei duopolin synnyttävän yrityskaupan kieltäminen edellyttänyt taloudellisia siteitä yritysten väliltä:

> "Ei ole myöskään mitään oikeudellista tai taloudellista syytä sulkea taloudellisen yhteyden käsitteen ulkopuolelle sellaista keskinäistä riippuvuutta, joka vallitsee tiiviin oligopolin osapuolten välillä, kun kyse on markkinoista, joilla vallitsee otolliset olosuhteet erityisesti markkinoiden keskittymisasteen, avoimuuden ja tuotteen homogeenisuuden vuoksi, ja kun oligopolin osapuolet voivat ennustaa toistensa käyttäytymisen ja niillä on tämän vuoksi vahva houkutus yhdenmukaistaa käyttäytymisensä markkinoilla niin, että ne voivat maksimoida voittonsa rajoittamalla tuotantoa hintojen nostamiseksi. Tällaisessa tilanteessa nimittäin jokainen toimija tietää, että jos se ryhtyy voimakkaisiin kilpailutoimiin kasvattaakseen markkinaosuuttaan (esimerkiksi hintoja alentamalla), muut toimijat ryhtyvät samanlaisiin toimiin, minkä vuoksi kyseinen toimija ei hyödy aloitteestaan. Näin kaikki kyseiset toimijat joutuvat kärsimään aiheutuneesta hintojen laskusta."[54]

Miten tapauksia tulee tulkita? EY:n komissio on itse ottanut mainittujen yrityskauppavalvontaa koskevien tapausten perusteella sen kannan,[55] ettei yritysten välisiä taloudellisia siteitä tule edellyttää myöskään määräävän aseman väärinkäytön osalta. Komissio tulkitsee tilannetta siten, että *Italian Flatt Glass* on tullut kumotuksi yrityskauppavalvontaa koskeneella *Gencor*-päätöksellä. EY:n komissio on todennut telemarkkinoita koskevissa ohjeissaan, ettei 82 artiklan soveltaminen edellytetä taloudellisia siteitä yritysten väliltä.[56] Yhteisessä määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on yhdessä oltava suunnilleen yhtä vahva asema asiakkaiden ja kilpailijoiden suhteen kuin määräävässä asemassa olevalla yksittäisellä yrityksellä olisi. Komission mukaan jaetussa määräävässä asemassa voisivat olla esim. kaksi verkko-operaattoria, jotka toimivat samalla alueella.[57] Jotta kaksi tai useampi yhtiö olisi yhteisessä määräävässä asemassa, on lisäksi välttämätöntä, joskaan ei riittävää, että relevanteilla markkinoilla yritysten välillä ei ole todellista kilpailua.[58] EY:n komission mukaan telealalla

---

[53] *Gencor/Lonrho*, EYVL 1997 L 11/30.

[54] *Gencor v. komissio*, tuomion kohta 276.

[55] Näyttää siltä, että komission kanta on muuttunut. Tapauksessa *Kali & Salz* EY:n komissio vielä esitti tuomioistuimelle, että vaikka taloudellisia siteitä onkin edellytetty 82 artiklaa koskevissa ratkaisuissa, samaa ei tulisi edellyttää yrityskauppavalvonnassa. Yhteisen määräävän aseman kriteerit voisivat poiketa toisistaan tarkastelukulman erilaisuudesta johtuen. Määräävän aseman väärinkäytössä tarkastellaan jälkikäteen, ovatko yritykset käyttäneet väärin jaettua määräävää asemaansa, kun taas yrityskauppavalvonnassa tarkastellaan sitä, luoko yrityskauppa riskin määräävän aseman syntymisestä. EY:n tuomioistuin kumosi komission päätöksen, koska näyttö ei riittävästi osoittanut oligopolistien sisäisen kilpailun puuttumista.

[56] Komission tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopimuksiin. EYVL 1998 C 265/2.

[57] Tiedonannon kohta 78.

[58] Ibid.

kilpailun puuttuminen voi käytännössä johtua siitä, että yritysten välillä on yhteyksiä, kuten yhteistyö- tai liittymäsopimuksia.[59] Sopimuksia ei kuitenkaan ole pidettävä välttämättöminä: "Jos yritysten välillä vallitsee sellainen keskinäinen riippuvuus, kuin oligopolitilanteissa usein syntyy, taloudellinen yhteys on riittävä. Oikeuden tai talousteorian perusteella ei näytä olevan syytä edellyttää muunlaista taloudellista yhteyttä mainittujen yritysten välille. Käytännössä tällaisia yhteyksiä on kuitenkin usein telealalla lähes väistämättä".[60]

Kirjallisuudessa kysymys taloudellisten siteiden välttämättömyydestä on *riidanalainen*. Yhtäältä tuetaan komission kantaa *kilpailuvalvonnan tehokkuuden* perusteella: puuttuminen oligopolitilanteisiin loisi kokonaan uuden keinon kattaa 81 artiklan kartellikiellon ulkopuolelle jäävä alue.[61] Luovuttaessa linkkejä koskevasta vaatimuksesta 82 artikla tarjoaa tilaisuuden valvonnan ulottamiseen oligopolistien yksipuolisiin ja vahingollisiin menettelytapoihin, joiden seurauksena kuluttajahinnat nousevat.[62] Säännöksen käytännölliseen tehokkuuteen liittyvä argumentti tukisi laajentavaa tulkintaa. Vasta-argumenttina on todettu, ettei yrityskauppavalvontaa koskevia ratkaisuja voida suoraan kierrättää määräävän aseman väärinkäyttövalvontaan, koska tarkastelu palvelee eri päämääriä.[63] RS 81 ja 82 artiklalla määrätään jälkikäteen sanktiota tuomittavasta käyttäytymisestä; yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on varmistaa ennalta kilpailullisen markkinarakenteen säilyminen.[64] Yleensä tietyn tyyppiseen toimintaan suhtaudutaan eri kieltonormeja sovellettaessa johdonmukaisesti. EY:n tuomioistuin on asettanut varsin korkean kynnyksen puhtaan taloudellisen näytön käyttämiselle 81 artiklaa koskevissa asioissa.[65] Tällä perusteella voisi olet-

---

[59] Tiedonannon kohta 79.

[60] Ibid. EY:n komission perustelu on sikäli ongelmallinen, että teleyritysten olisi katsottava olevan lähes väistämättä jaetussa määräävässä asemassa. Jaettu määräävä asema nousee poikkeuksesta pääsäännöksi. Mielestäni se samalla irtautuu talousteoriasta. Laaja tulkinta selittyy sillä, että EY:n komission tarkoituksena on korvata telemarkkinoilla nykyisin käytettävä huomattavan markkinavoiman käsite yhteisen määräävän aseman käsitteellä. Nykyisten telealan direktiivien mukaan huomattavasta markkinavoimasta voidaan puhua, kun verkonhaltijan markkinaosuus alueellaan ylittää 25 %. Ajatuksena on yhdenmukaistaa telemarkkinoiden erityissääntely kilpailuoikeudellisen sääntelyn kanssa. Nähdäkseni ajatus on sinänsä oikea. Avattaessa markkinoita alakohtaisen erityissääntelyn tulee toimia saattohoitona monopolista kilpailuun. Se ei saa muodostua pysyväksi. Kun tavoite on saavutettu, sääntöjen tulisi olla samat kuin muillakin aloilla. Samalla alan kilpailusääntely tulisi siirtää erityisviranomaisilta kilpailuviranomaisten yksinomaiseksi tehtäväksi. Pysyvä kilpailukysymysten erityissääntely johtaa ongelmallisiin tulkintaeroihin yleisen ja erityisen kilpailuoikeuden välillä. Kuitenkin verkkojen luonnollisen monopolin osuus tarvitsee jatkossakin erityissääntelyä. Mielestäni avainaseman *(essential facility)* käsite sopii yhteisen määräävän aseman käsitettä paremmin komission ajamaan tarkoitukseen.

[61] Ks. esim. G. Monti (2001) s. 131–157 artikkelissa annettuine lähdeviitteineen. Kirjoittajan kanta näyttää muuttuneen, sillä aikaisemmassa artikkelissa (G. Monti 1996) kirjoittaja suhtautui varauksellisesti oligopolivalvontaan kieltonormien avulla. Ks. myös Gonzales Diaz (1999).

[62] G. Monti (2001) s. 131–132.

[63] Ks. esim. Stroux (2000) artikkelissa annettuine kirjallisuusviitteineen.

[64] Ks. esim. Kloosterhuis (2001).

[65] Stroux s. 43.

taa, ettei myöskään toisen kieltonormin eli 82 artiklan soveltamiskynnystä lasketa kovin alas. Lisäksi on kiinnitetty huomiota taloustieteen antamiin epävarmoihin lopputuloksiin[66] sekä yleisesti siihen, että *oikeusvarmuuden* nimissä määräävän aseman tunnusmerkistön tulee säilyä riittävän selkeänä.[67]

En ole ainakaan tällä näytöllä valmis hyväksymään *Gencor*-päätöksen analogista soveltamista 82 artiklan tulkinnassa. Kysymystä on pidettävä toistaiseksi avoimena.[68] Selvää on, ettei Gencor voi kumota tai rajoittaa ylemmän oikeusasteen myöhempää päätöstä asiassa *Compagnie Maritime Belge*. Viimeksi mainittu päätös koskee 82 artiklaa. Siinä on myös paremmin otettu huomioon käyttäytymisnormin soveltamiseen liittyvät erityisongelmat. Olisin oikeusvarmuuden nimissä varovainen soveltamaan yrityskauppavalvontaa koskevia ratkaisuja suoraan 82 artiklan osalta.[69] On perusteltua, että yrityskauppavalvonnassa taloudellisiin siteisiin kiinnitetään vähemmän huomiota kuin määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen Gencor-ratkaisua voidaankin pitää yrityskauppavalvonnan kannalta täysin perusteltuna. Vertailukohtana Yhdysvalloissa yrityskauppavalvonnan soveltuminen oligopoleihin ei näytä kuitenkaan ainakaan toistaiseksi johtaneen siihen, että puhdasta oligopolistien reaktiosidonnaista toimintaa pidettäisiin *Sherman Actin* 2 artiklassa kiellettynä monopolisointina[70] *(shared monopoly)*.[71]

Välittävänä kantana voidaan todeta, että 82 artiklan mukainen yhteinen määräävä asema on ilman linkkejä *de jure* mahdollinen, mutta että *de facto* tuomioistuin edellyttää taloudellisia siteitä.[72] Tapauksessa *Compagnie Maritime Belge* edellytetään, että komission on pystyttävä osoittamaan, että jaetun määräävän aseman väärinkäytöstä epäillyt yritykset käyttäytyvät yhtenäisen yksikön tavoin. Tätä ei voida osoittaa pelkän yhdenmukaisen käyttäytymisen perusteella, koska tämä on mahdollista myös silloin, kun oligopolistien välinen kilpailu on ankaraa. Näin ollen käytännössä komission on vedottava yritysten välisiin

---

[66] Ks. Amstutz (1999). Tekijä kannattaa sinänsä kollektiivisen määräävän aseman käsitettä, mutta pitää taloustieteen tämänhetkistä kehitysastetta kuitenkin vielä liian vaatimattomana tuomioiden antamiseen oligopolistien yhteiskäyttäytymistä koskevan mallintamisen perusteella. Tekijä odottaa tulevaisuudessa evolutionääriseltä peliteorialta nykyistä parempia analyysivälineitä. Ks. Amstutz s. 49–51.

[67] Stroux s.45.

[68] Samalla kannalla esim. Bellamy/Child (2001) s. 716; Stroux s. 46. Vrt. Monti (2001).

[69] Kilpailuneuvosto päätyi samaan johtopäätökseen jäljempänä käsiteltävässä kotimaisessa tapauksessa *Telia/Sonera,* d:o 22/690/00, kilpailuneuvoston päätös 11.12.2001.

[70] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 176–186.

[71] Kehitys saattaa Euroopassa olla menossa väliaikaisesti tähän suuntaan, kunnes myöhemmin tullaan törmäämään samoihin ongelmiin kuin Yhdysvalloissa, jolloin käytäntö lähtee uudelleen rajoittumaan. Viitteitä tämänsuuntaisesta kehityksestä antaa EY:n komission omaksuma kanta. Viitteitä myöhemmästä supistumisesta antavat Yhdysvaltalaiset tapaukset, joissa alkuinnostuksen jälkeen havaittiin, ettei oligopolistien kollektiivisen markkinavoiman väärinkäytön todistaminen oikeusvaltiossa vaaditulla tarkkuudella ole niin yksinkertaista kuin aluksi kuviteltiin.

[72] Välittävällä kannalla esim. Dirksen teoksessa Langen/Bunte (2001) s. 2154.

sopimuksiin, ristiinomistuksiin, vastavuoroisiin hallitusedustuksiin, yhteisen verkon hallintaan tai muihin taloudellisia siteitä luoviin seikkoihin. Taloudelliset siteet luovat käyttäytymisen selittämisessä tarvittavan motiivin. Samalla ne vakiinnuttavat tilannetta. Oikeuskäytäntö edellyttää määräävältä asemalta vakautta. Yhteisen määräävän aseman käsite eroaa kartellista, mutta ei kata koko oligopolien kenttää.

7.2.4 Mitä voi olla yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö?

Periaatteessa määräävän aseman väärinkäyttötilanteet ovat samoja, oli sitten kyseessä yhden yrityksen tai yhteinen määräävä asema.[73] Perustamissopimuksen 82 artiklan esimerkkiluettelossa kielletään kohtuuttomien hintojen tai muiden kauppaehtojen määrääminen (kohta a), tuotannon, tarjonnan tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi (kohta b), kauppakumppaneiden asettaminen eriarvoiseen asemaan eli diskriminointi (kohta c) sekä sopimuksen tekemiseksi asetettujen ehtojen käyttäminen, joilla vastapuolet suostuvat lisävelvoitteisiin, jotka eivät luonteensa tai kauppatavan perusteella ole yhteydessä sopimuksen kohteeseen (ns. sidonta, kohta d).

Tähän mennessä ratkaistuissa tapauksissa 82 artiklaa on sovellettu tilanteissa, joissa yritysten välillä on institutionaalista yhteistyötä. Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökielto ikään kuin täydentää kartellikieltoa. Periaatteellisempi kysymys kuuluu, voitaisiinko 82 artiklaa soveltaa "puhtaaseen" yhdenmukaiseen hinnoitteluun oligopolitilanteessa tai tulevan käyttäytymisen signalointiin kilpailijoille.

7.2.4.1 Institutionaalinen yhteistyö – esimerkkinä tapaus Irish Sugar

Irish Sugarilla (IS) oli määräävä asema Irlannin sokerimarkkinoilla sekä vähittäisportaassa että teollisuussokerin myynnissä. Vuosina 1985–1990 sokerin jakelusta vastasi yritys nimeltä Sugar Distributors Ltd (SDL).

> Komission päätöksessä[74] viitattiin seuraaviin taloudellisiin siteisiin IS:n ja SDL:n välillä: a) IS omisti 51 % SDL:n emoyhtiön, Sugar Distributors (Holdings) Ltd:n (SDH) osakkeista ja nimitti puolet sen hallituksen jäsenistä; b) IS:n toimitusjohtaja oli SDL:n hallituksen jäsen; c) yritysten välillä järjestettiin kuukausittain kokouksia, joissa IS kertoi sokerin hinnoittelusta ja SDL markkinoinnista; d) SDL oli sitoutunut ostamaan kaiken sokerin

[73] Tässä edustetulle periaatteelliselle kannalle on nyttemmin asettunut myös Temple Lang. Ks. Temple Lang (2002) s. 335.
[74] EYVL 1997 L 258/1; päätöksen kohta 99.

IS:ltä; e) IS maksoi SDL:lle korvausta asiakaspromootiosta ja alennuksista. Komissio katsoi, että vaikka IS ja SDL olivat itsenäisiä yrityksiä, niiden väliset taloudelliset siteet antoivat yrityksille mahdollisuuden soveltaa yhtenäistä markkinapolitiikkaa. Tämän vuoksi IS:n ja SDL:n oli katsottava olevan jaetussa määräävässä asemassa aina siihen saakka, kunnes Irish Sugar osti kaikki SDH:n osakkeet tuli yhtiön ainoaksi omistajaksi.[75]

Väärinkäyttönä pidettiin Irish Sugarin pyrkimyksiä estää sokerin tuonti Irlannin markkinoille. IS myönsi selektiivisiä alennuksia niille yrityksille, joilla oli tilaisuus ostaa sokeria myös muilta kuin IS:ltä. Käänteisesti IS myönsi vientialennuksia asiakkaille, jotka veivät osan sokerista Irlannin ulkopuolelle. Samalla se myönsi tietyille tukkumyyjille ja vähittäisketjuille uskollisuusalennuksia. Kustannusvastaamaton ja läpinäkymättömästi hallinnoitu alennuskäytäntö esti kilpailijan markkinoille pääsyn ja kohteli omia asiakkaita eriarvoisesti.[76] Toimenpiteet suunnattiin siten, että IS:n pienet kilpailijat eivät saisi jalansijaa IS:n kotimarkkinoilla.[77] IS:n onnistui ylläpitää Irlannissa vähittäiskaupan portaalla myytävän sokerin hintoja olennaisesti lähialueita, esim. Pohjois-Irlantia, korkeammalla tasolla.[78]

Irish Sugar valaisee potentiaalisia kilpailuvalvonnan tehokkuushyötyjä, joita saadaan määräävän aseman väärinkäyttökiellon ulottamisesta yhteisen määräävän aseman tilanteisiin. Yhteisen määräävän aseman käsitteen avulla saatiin peitetyksi aukko, joka muutoin olisi jäänyt 81 ja 82 artiklan väliin.

1) Voitaisiin ajatella IS:n ja SDL:n muodostavan konsernin jo 51 %:n omistusosuudella. Kilpailuoikeudellisesti pelkkä omistusosuus ei kuitenkaan riitä tytäryhtiön suorittamien toimenpiteiden lukemiseksi emoyhtiön kontolle. Täysin omistettujen tyttärien osalta ei ole ongelmia. Jotta toimenpide voidaan lukea emoyhtiön syyksi, osaksi omistettujen yhtiöiden osalta on edellytetty, että emoyhtiöllä on täysi määräämisvalta tytäryhtiön toimenpiteisiin. Pelkkä omistus ei riitä, vaan emon täytyy ohjata tehokkaasti tyttären toimintaa, jolloin sitä voidaan pitää emon käden jatkeena. Tällöin yhtäältä 81 artikla ei sovellu, mutta 82 artikla soveltuu. *Jaetun määräävän aseman käsite kattaa näiden kahden tilanteen väliin jäävän aukon.*[79]

---

[75] Komission päätöksen kohdat 111–113. Linkkien merkitys vahvistettiin ensimmäisen anteen tuomioistuimen päätöksessä. Ks. T-228/97, *Irish Sugar v. komissio*, tuomion kohdat 47–68.

[76] Väärinkäyttötyyppinä tapaus rinnastuu kotimaiseen ratkaisuun *Valio III,* d:o 6/359/96, kilpailuneuvoston päätös 24.10.1997.

[77] Olen hyödyntänyt esityksessäni erityisesti G. Montin (2001) artikkelia. Ks. myös Stroux (2000).

[78] Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttönä pidettiin seuraavia menettelytapoja:
1) IS:n laivayhtiöön B&I kohdistamaa painostusta, jolla rajoitettiin sokerikuljetuksia Ranskasta;
2) vaihtosopimusta (product swap), jolla SDL sitoutui vaihtamaan Ranskasta ostetun sokerin;
3) tietyille tukkumyyjille myönnettyjä uskollisuusalennuksia.

[79] Kyse ei ole pelkästä teoretisoinnista. G. Monti viittaa siihen, että asiakirja-aineiston perusteella Irish Sugar tosiaan kuvitteli, ettei yritysten yhteiseen toimintaan voida soveltaa 81 artiklaa, koska IS ja SDL muodostaisivat yhden taloudellisen kokonaisuuden: "Having 51 % of SDL should prevent any action being taken against us under Article 85. We would have to use our influential presence in SDL to prevent any breaches of Article 82 occurring." G. Monti (2001) s. 142, alaviite 48.

2) Vaikka samaa toimenpidettä voitaisiinkin pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, dominanssikynnys ei välttämättä täyty. Oletetaan, että väärin-käyttöön syyllistyneiden yritysten markkinaosuudet ovat 30 %, 25 % ja 25 %. Jos jokaista yritystä tarkastellaan erikseen, nykyisen oikeuskäytännön perusteella minkään yrityksen ei voida katsoa olevan määräävässä asemassa. Sen sijaan sovellettaessa jaetun määräävän aseman käsitettä yritysten markkinaosuudet lasketaan yhteen. Irish Sugar -tapauksessa IS:n määräävä asema oli selviö. Sen sijaan SDL:n saattaminen täysimääräisesti vastuuseen edellytti jaetun määräävän aseman käsitteen soveltamista. *Jaetun määräävän aseman käsite laskee dominanssikynnystä monissa tapauksissa.*
3) Voitaisiin myös ajatella 81 artiklan soveltamista. Tämä edellyttää kuitenkin näyttöä sopimuksesta tai siihen rinnastettavasta menettelytavasta. Uskollisuusalennuksen myöntäminen lienee perustunut IS:n ja SDL:n väliseen sopimukseen. Komissiolla ei ollut näyttöä siitä, että SDL:n tekemät vaihtosopimukset olisivat perustuneet IS:n kanssa tehtyyn sopimukseen. Sinänsä 81 artiklan soveltaminen kaventaa tätä ongelmaa. Tarkasteltaessa kartellia jatkumona komission ei erikseen tarvitse todistaa jokaisen yrityksen osallisuutta jokaiseen yksittäiseen toimenpiteeseen. Jaetun määräävän aseman käsitettä voidaan soveltaa yrityksen *yksipuoliseen* toimintaan. *Ydin tulee tässä: yritysten markkinavoima lasketaan yhteen, mutta määräävän aseman väärinkäyttöön voi syyllistyä yksi yksittäinen yritys.*

Tarve soveltaa 82 artiklaa institutionaaliseen yhteistyöhön voidaan riitauttaa sillä perusteella, että määräävän aseman väärinkäyttönormin soveltaminen muodostuu tautologiseksi,[80] koska menettely joka tapauksessa kuuluisi kartellikiellon piiriin, jos taustalla on sopimus.[81] On kuitenkin muistettava, että EY:n oikeuskäytännössä kartellikielto ja määräävän aseman väärinkäyttökielto voivat tulla sovellettavaksi rinnakkain jopa siten, että ne osittain ovat ideaalikonkurrenssissa keskenään.[82] Näin ollen siitä, että menettely rikkoo 81 artiklan 1 kohtaa, ei voida tehdä vastakohtaispäätelmää, että menettely jäisi kokonaan 82 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.

---

[80] Aukkojen peittämiseksi kilpailulainsäädäntö pyritään yleensä kirjoittamaan ja sitä tulkitsemaan siten, että normit menevät mieluummin päällekkäin kuin jättävät olennaisia kiertoteitä vapaaksi. Kuitenkaan täsmälleen saman menettelyn pitämistä kartellina ja väärinkäyttönä ei voida pitää järkevänä.

[81] Milloin kyseessä on yhdenmukaisesti käyttäytyvä yhteenliittymä, toimintaan voitaneen puuttua välillisesti kartellikiellon avulla. Esimerkiksi linjaliikennettä konsortion hyväksymisen ehdoksi voidaan asettaa, etteivät konsortion jäsenet yhdessä tai yksittäin käytä sopimuksen niille tuomaa markkinavoimaa esim. yhteenliittymän ulkopuolisten yritysten aseman vaikeuttamiseen. Tällöin yhdenkin yrityksen poikkeusluvan ehtojen vastainen toiminta rikkoisi myönnetyn luvan ehtoja. Toisaalta jos taustalla on sopimus, näennäisesti yksipuoliseltakin näyttävään toimintaan on välillä mahdollista soveltaa 81 artiklaa. Ks. esim. *AEG-Telefunken v. komissio*, 107/82, Kok. 1983 s. 3151. Vrt. toisaalta *Bayer AG v. komissio*, T-41/96, C-338/00P. RS 81 artiklan mukaisesta rajanvedosta yksipuolisiin toimenpiteisiin ks. esim. Whish (2001) s. 86–89.

[82] Ks. esim. *Tetra Pak I*, T-51/89, Kok. 1990 s. II-309.

Kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy *menettelyllä* ja määräävän aseman tunnusmerkistö *olosuhteella*. Näin ollen on täysin mahdollista, että tietty sopimusjärjestelmä voi yhtäältä rikkoa kartellikieltoa ja tuottaa toisaalla sopimuksen jäsenille kollektiivisen määräävän aseman, jota nämä rikkovat yhdessä tai erikseen. Jos osa yrityksistä rikkoo määräävää asemaa, ero kartellikieltoon on selväpiirteisempi kuin niissä tapauksissa, joissa kaikki yhteenliittymään osalliset yritykset osallistuvat väärinkäyttöön. Voidaan todeta, että yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsite on merkittävä, vaikka taustalla olisikin sopimusjärjestely. Kartellikielto ja jaetun määräävän aseman väärinkäyttökielto täydentävät tosiaan.

Pitäisin merkittävämpänä seikkana sitä, että *yritysten markkinaosuuksien yhteen laskemisesta seuraa, että jaetun määräävän aseman soveltamisedellytys laskee dominanssikynnystä*. Toinen keskeinen muutos seuraa siitä, että vaikka yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolo seuraa asemasta, joka asianomaisilla taloudellisilla yksiköillä yhteisesti on relevanteilla markkinoilla, *kaikkien kysymyksessä olevien yritysten ei tarvitse olla mukana tietyssä väärinkäyttötapauksessa*. Riittää, että väärinkäyttö voidaan tunnistaa tällaisen yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon erääksi ilmentymäksi ja liittyy näillä yrityksillä olevan yhteisen määräävän markkina-aseman hyväksikäyttöön.[83] Yritykset, joilla on yhteinen markkina-asema, voivat siten käyttää tätä asemaa väärin joko *yhdessä* tai *yrityskohtaisesti*.

Kirjallisuudessa oli pitkään kiisteltyä, voiko yksi yhteisessä määräävässä asemassa olevista yrityksistä syyllistyä väärinkäyttöön vai edellytetäänkö kaikkien yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten yhteiskäyttäytymistä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin otti asiaan kantaa vuodelta 1999 olevassa päätöksestä:

> "Vaikka yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolo seuraa asemasta, joka asianomaisilla taloudellisilla yksiköillä yhteisesti on relevanteilla markkinoilla, kaikkien kysymyksessä olevien yritysten ei välttämättä tarvitse olla mukana tietyssä väärinkäyttötapauksessa. Riittää, että se voidaan tunnistaa tällaisen yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon erääksi ilmentymäksi. Yritykset, joilla on yhteinen markkina-asema, voivat siten käyttää tätä asemaa väärin joko yhdessä tai yrityskohtaisesti. Riittää, että nämä väärinkäyttöä merkitsevät menettelytavat liittyvät näillä yrityksillä olevan yhteisen määräävän markkina-aseman hyväksikäyttöön."[84]

---

[83] *Irish Sugar v. komissio*, T–228/97, ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 7.10.1999; Kok. 1999, s. II-2969, tuomion kohta 66.

[84] Irish Sugar v. komissio, T-228/97, ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 7.10.1999; Kok. 1999, s. II-2969, tuomion kohta 66.

Päätöstä on pidettävä merkittävänä.[85] Taloudellisiin siteisiin perustuvan yhteisen määräävän aseman väärinkäytön mielekkyys lepää sen varassa, että yksi yritys voi syyllistyä väärinkäyttöön.[86] Muussa tapauksessa kyse tosiaankin olisi vain kartellikiellon apuvälineestä. Mihin kollektiivisen markkinavoiman tilanteisiin tullaan puuttumaan 82 artiklan nojalla, ratkeaa myöhemmän oikeuskäytännön perusteella.

7.2.4.2 CMB ja Cewal

Tapauksessa *Compagnie Maritime Belge v. Transports v. Komissio* jaetun määräävän aseman käsitettä sovellettiin linjaliikennekonferenssin toimintaan. CMB oli jäsenenä Association Central West Africa Linesissä (jäljempänä Cewal) nimisessä linjakonferenssissa. Konferenssiin kuuluu linjaliikenteen harjoittajia, jotka tarjoavat aikatauluun perustuvia merikuljetuksia Kongon tasavallan (ent. Zaire) ja Angolan satamien sekä Pohjanmeren satamien välillä, Yhdistyneen kuningaskunnan satamia lukuun ottamatta. EY:n komissio totesi päätöksessään, että Cewal ja sen jäsenyritykset olivat jakaneet 81 artiklan vastaisesti markkinoita yhdessä kahden muun linjakonferenssin kanssa ja syyllistyneen sopimuksen noudattamisen yhteydessä jaetun määräävän aseman väärinkäyttöön.

> 1 Artikla: Cewal-, Cowac- ja Ukwal-linjakonferenssit ja niiden jäsenyritykset ovat rikkoneet 81 artiklan 1 kohtaa antamalla kilpailemattomuussitoumuksen, jonka mukaan ne pidättyvät itsenäisinä varustamoina (outsiders) toimimasta kahden muun linjakonferenssin toimialueella, jakaakseen maantieteellisesti Pohjois-Euroopan ja Länsi-Afrikan väliset linjaliikennemarkkinat.

---

[85] Näin myös esim. G. Monti (2001) s. 143. Päätöksestä valitettiin EY:n tuomioistuimeen, ei kuitenkaan tässä käsitellyllä perusteella. EY:n tuomioistuin hylkäsi 10.7.2001 valituksen (C-497/99P). EY:n tuomioistuimen perustelujen osalta ei ole havaittavissa, että EY:n tuomioistuimella olisi ollut erilainen käsitys siitä, että jo yksi jaetussa määräävässä asemassa oleva yritys voi syyllistyä väärinkäyttöön.

[86] Vrt. P. Virtanen (2001) 489–492, joka antaa tulkintasuosituksen, jonka mukaan yhteistä määräävää asemaa voitaisiin väärinkäyttää vain yhdessä. Lisäksi väitetään, ettei EY:n tuomioistuin olisi ottanut kantaa mainittuun kysymykseen, voidaanko yhteistä määräävää asemaa väärinkäyttää erikseen. Nähdäkseni olennaisinta ei ole se, että EY-tuomioistuimen tärkeä päätös (*Irish Sugar*) jää huomaamatta. Virtasen yhteistä määräävää asemaa koskeva ajatusketju perustuu laajemminkin kyseenalaisille premisseille. Näitä ovat: a) yhteisen määräävän aseman käsitteestä on hyötyä vain, mikäli se ulotetaan puhtaisiin oligopolitilanteisiin, joissa yritysten välillä ei ole taloudellisia siteitä; b) oligopolin sisäisen kilpailun tutkiminen ei ole tarpeen markkinavoiman selvittämiseksi; c) yhteisen määräävän aseman olemassaolo voidaan todentaa pelkän markkinarakenteen tarkastelun perusteella ja d) EY:n kilpailuoikeudessa yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö on mahdollista vain, mikäli kaikki määräävässä asemassa olevat yritykset osallistuvat väärinkäyttöön. P. Virtanen ei väitöskirjassaan lainkaan käsittele vuoden 1994 jälkeen annettuja keskeisiä EY:n tuomioistuimen ratkaisuja, joissa yhteisen määräävän aseman väärinkäytön edellytykset on linjattu. Myös tästä syystä argumentaatio jää vajaaksi. Valitettavasti virheellinen tulkinta heijastuu myös kilpailunrajoituslakia koskevaa tulkintaan. Kirjoittaja päätyy siihen, ettei yhteinen määräävä asema tulisi kyseeseen kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin nojalla.

2 Artikla: Cewal-linjakonferenssin jäsenyritykset ovat käyttäneet väärin yhteistä määräävää asemaansa syrjäyttääkseen pääasiallisen riippumattoman kilpailijan kyseisestä linjaliikenteestä, menetellen seuraavasti:
- noudattamalla tehtyä yhteistyösopimusta ja vaatimalla toistuvasti ja usein eri tavoin sen ehdotonta soveltamista;
- muuttamalla rahdin hintaa poiketen voimassa olevista maksutaulukoista, jotta saavutettaisiin samat tai alemmat hinnat kuin pääasiallisella riippumattomalla kilpailijalla niiden rahtien osalta, jotka lähtevät satamasta samana päivänä tai lähipäivinä (hintataistelualukset, fighting ships), ja
- suorittamalla sataprosenttista lojaalisuutta (mukaan lukien fob-ehdoin myytävät tavarat) edellyttäviä järjestelyjä, mitkä ovat pidemmälle menevä toimenpide kuin mistä asetuksen N:o 4056/86 5 artiklan 2 kohdassa säädetään, ja pitämällä mustia listoja niistä rahdinantajista, jotka eivät ole lojaaleja.

Päätöksestä valitettiin eteenpäin mm. sillä perusteella, ettei samaan menettelyyn voitaisi soveltaa sekä kartellikieltoa että määräävän aseman väärinkäyttökieltoa.[87] Tapauksessa *Italian Flatt Glass* oli todettu, ettei samojen 81 artiklaa koskevien argumenttien kierrättäminen 82 artiklan alle ole sallittua. Yritykset väittivät tältä osin, että perustamissopimuksen 82 artikla koskee ainoastaan määräävässä asemassa olevien yritysten yksipuolista käyttäytymistä, kun taas perustamissopimuksen 81 artikla koskee yhdenmukaistettua käyttäytymistä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siis valittajien mukaan tehnyt oikeudellisen virheen päättäessään, että näitä sopimuksia ja/tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja voidaan pitää perustamissopimuksen 86 artiklan vastaisina siitä huolimatta, että ne eivät ole seurausta Cewalin jäsenten yksipuolisesti päättämästä käyttäytymisestä.

EY:n tuomioistuin viittasi siihen, että RS 81 ja 82 artikla eivät sulje pois toistensa soveltamista.[88] RS 81 artiklaa sovelletaan sellaisiin yritysten välisiin sopimuksiin, päätöksiin ja yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, ottamatta huomioon kyseisten yritysten markkina-asemaa. RS 82 artikla koskee sitä vastoin yhden tai useamman taloudellisen toimijan käyttäytymistä, kun nämä käyttävät tai tämä käyttää väärin taloudellista valtaansa tavalla, joka mahdollistaa yritykselle toimivan kilpailun säilyttämisen estämisen relevanteilla markkinoilla tarjoamalla sille mahdollisuuden toimia kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja lopulta kuluttajista huomattavan riippumattomalla tavalla.[89]

EY:n tuomioistuin suorittaa kriittisen erottelun kartellin ja määräävän aseman väärinkäytön erottamalla toisistaan *sopimuksen* ja sen *täytäntöönpanon*. Pelkästään se seikka, että kahden tai useamman yrityksen välillä on 81 artiklan

---

[87] Tuomion kohta 16.
[88] Tuomion kohta 34.
[89] *Michelin v. komissio*, 322/81, Kok. 1983, s. 3461, 30 kohta.

1 kohdassa tarkoitettu yritysten välinen sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa, ei sinänsä voi olla riittävä peruste sille, että yhteisen yksikön voitaisiin katsoa olevan olemassa. Sopimuksen, yritysten yhteenliittymän päätöksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan (joille perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan nojalla joko on tai ei ole myönnetty poikkeusta) täytäntöönpano voi sitä vastoin aiheuttaa sen, että asianomaiset yritykset sitoutuvat toimimaan tietyillä markkinoilla siten, että ne esiintyvät näillä markkinoilla yhtenä yksikkönä niiden kilpailijoihin, kauppakumppaneihin ja kuluttajiin nähden.[90]

Tapauksissa *Irish Sugar* sekä *CMB ja Cewal* kyse oli kilpailua rajoittavista menettelytavoista, joilla pyrittiin sulkemaan pienempi yritys markkinoiden ulkopuolelle. *Temple Lang* toteaa, että kilpailijoihin kohdistuviin väärinkäyttötapauksiin voidaan puuttua ilman sen suurempia ongelmia myös silloin, kun väärinkäyttöön syyllistyy vain yksi yhteisessä määräävässä asemassa olevista yrityksistä. Kyse voi olla poissuljennasta tai rankaisutoimenpiteistä.[91] Sitä vastoin ylihintojen periminen asiakkailta ja muu "riistäminen" edellyttää muiden oligopoliyritysten myötävaikutusta ainakin siinä mielessä, että ne eivät riko hintarauhaa.[92] Pelkästään asiakkaisiin kohdistuva väärinkäyttö on yleensä omiaan luomaan muille yrityksille kannustimen tulla alalle tai lisätä tuotantoa, joten huomiota voidaan sinänsä pitää perusteltuna. Nähdäkseni ratkaisevaa ei liene niinkään väärinkäyttötyyppi, vaan pikemminkin se, kuinka vahvasti oligopolin sisäinen kilpailu on hillitty institutionaalisin järjestelyin ja millaiset ovat alallepääsyn esteet. Yhteinen määräävä asema voi olla suhteellisesti vakaampi tai häiriöherkempi. Joka tapauksessa tilanteelta täytyy vaatia ainakin kohtuullista pysyväisluontoisuutta, ennen kuin yhteisestä määräävästä asemasta voidaan puhua ja väärinkäyttömahdollisuus aktualisoituu.

Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttötilanteiden ennakointia vaikeuttaa oligopolien dynaamisuus. Yhden yrityksen ja yhteisen määräävän aseman väärinkäyttötilanteet eivät välttämättä ole identtisiä. Esimerkiksi yhden yrityksen määräävän aseman osalta väärinkäyttönä pidetään yksinomaisuussopimusten edellyttämistä ilman erityistä syytä. Kuitenkin jos yksi oligopolin jäsen tarjoaa yksinomaisuussopimusta ja muut eivät, menettely voi pikemminkin lisätä kuin vähentää kilpailua.[93] Havaitaan, että väärinkäyttötilanteiden arvioiminen edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Tämä ei sinänsä ole uutta, sillä näin on asian laita myös individuaalisen määräävän aseman väärinkäyttötilanteissa.

---

[90] Tuomion kohdat 43 ja 44.

[91] Temple Lang käyttää tältä osin termejä "anticompetitive or exclusionary abuses" ja "reprisal abuses". Ks. Temple Lang (2002) s. 335–338.

[92] Tältä osin käytetään termiä "exploitative abuses". Temple Lang (2002) s. 336.

[93] Ks. Temple Lang (2002) s. 337.

7.2.4.3 Voidaanko kilpailijoiden seuraamiseen ja signalointiin puuttua 82 artiklan nojalla?

EY:n ensimmäisen tuomioistuimen *Gencor*-päätös on herättänyt kysymyksen, missä määrin 82 artiklaa voitaisiin soveltaa myös väljämuotoisempaan oligopolikäyttäytymiseen. Voitaisiin ajatella, että konseptia sovellettaisiin a) oligopolistien väliseen hinnoitteluun, jonka seurauksena hinnat yhdenmukaistuvat ja nousevat tai b) yksipuolisiin toimenpiteisiin, joilla yritykset parantavat kolluusion edellytyksiä.

Kirjallisuudessa on tarjottu 82 artiklalle verrattain laajaakin soveltamisalaa. *G. Monti* esittää, että jos oligopolistit ovat jaetussa määräävässä asemassa, 82 artiklan avulla voitaisiin puuttua yritysten signalointiin, jolla nämä informoivat toisiaan tulevasta toiminnastaan.[94] Signalointi helpottaa kolluusion ylläpitämistä, sillä se poistaa kilpailijoiden epätietoisuutta toistensa reaktioista.[95] Toisena esimerkkinä Monti mainitsee mahdollisuuden soveltaa konseptia suosituimmuus- ja meeting competition -lausekkeisiin. Suosituimmuuslausekkeessa toimittaja lupaa hyvittää asiakkaalle muille antamansa alennukset. Meeting competition -lausekkeella asiakas antaa toimittajalle tilaisuuden vastata kilpailijan tarjoukseen, ennen kuin se vaihtaa toimittajaa.[96] Aiemmassa käytännössä po. lausekkeisiin on puututtu yhden yrityksen määräävän aseman tilanteissa, jos niiden käytön on havaittu vaikeuttavan pienempien yritysten alalle pääsyä.[97] G. Montin mukaan mainittuihin lausekkeisiin voitaisiin puuttua 82 artiklan nojalla jo oligopolitilanteissa yhteisen määräävän aseman väärinkäyttönä, jos 1) oligopoli on riittävän tiukka, jotta yrityksillä on yhteinen määräävä asema,

---

[94] Signalointi voi tapahtua hyvissä ajoin etukäteen julkistettavien hinnankorotusilmoitusten (esim. "korotamme hintojamme 3 kk:n kuluttua 10 %; uudet yksikköhintamme ovat...") tai lehdistölle annettavien haastattelujen perusteella ("toimitusjohtajana katson, että alan kustannuskehitys pakottaa meidät nostamaan hintojamme 10 % 3 kk:n kuluttua").

[95] G. Monti hyväksyisi kuitenkin puolustuksen, jonka mukaan signalointi on sallittua sellutapauksen kaltaisessa tilanteessa, jossa asiakkaiden tiedonsaanti ja markkinoiden toimivuus edellyttävät etukäteisinformaatiota.

[96] Lausekkeet voivat edistää kilpailua, mutta tiukassa oligopolissa ne tyypillisesti vähentävät valmistajien kannustimia kilpailla hinnoilla. Suosituimmuuslauseke tekee alennukset kalliiksi, sillä yhdelle luvatut alennukset on hyvitettävä myös muille asiakkaille. Yleisesti alalla käytetyt meeting competition -lausekkeet lisäävät hinnoittelun läpinäkyvyyttä, sillä kilpailijat saavat tietoonsa mahdolliset huijausyritykset.

[97] Suosituimmuuslausekkeen avulla määräävässä asemassa oleva yritys saa tietoonsa pienempien yritysten hinnat. Lauseke on voitu hyväksyä muodossa, jossa luottamuksellista hintainformaatiota ei välitetä. Näin saavutetaan kilpailuttamisen edut mutta vältetään tarkkojen hintojen välittymisen haitat. Erona on se, että yhden yrityksen hallintatilanteessa hintojen läpinäkymättömyyden on katsottu mahdollistavan asiakkaiden syrjimisen ja pistekohtaisen kilpailijoita vahingoittavan hinnoittelun. Meeting competition -lauseketta on pidetty määräävän aseman väärinkäyttönä yhden yrityksen osalta muodossa, jossa asiakkaalla oli velvollisuus ilmoittaa kilpailijoiden tarjouksista ja määräävässä asemassa olevalla yrityksellä oikeus vastata tarjouksiin. Ks. esim. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 394–395.

2) yhden tai useamman oligopolistin toiminta tähtää selvästi yhdenmukaisen käyttäytymisen edistämiseen, 3) yritykset eivät voi esittää objektiivista perustetta menettelylleen tai näyttöä hyvinvointia lisäävistä vaikutuksista ja 4) kilpailuviranomaisen toimenpide on tehokas lääke havaittuun epäkohtaan.[98]

Korah arvelee *Gencor*-päätöksestä kirjoittamassaan analyysissä[99] niinikään, että 82 artiklaa voitaisiin jatkossa soveltaa toimenpiteisiin, joilla oligopolistit lisäävät markkinoiden läpinäkyvyyttä. Korah suhtautuu torjuvasti ajatukseen, että 82 artiklan perusteella voitaisiin suoraan puuttua yhdenmukaiseen hinnoitteluun.[100] Korahin mielestä on kolme tehokasta keinoa puuttua oligopolihinnoitteluun: 1) ennakollinen rakenteellinen valvonta, 2) alallepääsyn esteiden alentaminen puuttumalla kilpailijoiden poissulkemiseen ja 3) kolluusiota edistävien toimenpiteiden torjuminen.[101]

Pitäisin tapausten *Hoffman-La Roche* ja *Wood Pulp* perusteella epätodennäköisenä, että puhdas oligopolikäyttäytyminen voitaisiin luokitella määräävän aseman väärinkäytöksi. Jos pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä ei pidetä 81 artiklan vastaisena, vaikuttaisi ongelmalliselta konstruoida myöskään 82 artiklan rikkomista. RS 81 artiklan osalta ongelmana on sopimuselementin puuttuminen, 82 artiklan osalta se, ettei kyse ole yksipuolisesta ja kilpailun paineista vapaana toteutetusta käyttäytymisestä, vaan nimenomaan sopeutumisesta kilpailijoiden reaktioihin.[102] Vaikuttaisi siltä, ettei 82 artiklaa voitane soveltaa pelkkään oligopolistien väliseen paralleelikäyttäytymiseen.[103] EY:n tuomioistuin on todennut 81 artiklan osalta, ettei kartellikielto estä yrityksiä sopeutumasta älykkäästi kilpailijoiden havaittuihin tai oletettuihin toimenpiteisiin. Vastaava argumentointi puhuisi myös 82 artiklan soveltamista vastaan.[104]

Myös reaaliset argumentit näyttäisivät puhuvan kovin laajaa 82 artiklan tulkintaa vastaan. Kieltonormin käyttöalaa ei kannata laajentaa pidemmälle kuin mihin kilpailuviranomaisten valvonta- ja puuttumiskeinot riittävät. Kilpailuviranomaisilla ei yleensä ole käytössään erityisen tehokkaita keinoja säännellä yritysten hinnoittelua. Tämä edellyttäisi tietämystä kulloinkin oikeasta hinta-

---

[98] G. Monti (2001) s. 151.

[99] Ks. Korah, ECLR (1999) s. 337–341.

[100] Ibid. s. 339.

[101] Korah (1999) s. 339: "There are two sensible kinds of remedies for concentrated markets. First, one may restrain conduct that makes the market more concentrated, such as mergers or practices barring entry which are adopted by one or more firms unilaterally. Secondly, one may restrain facilitating practices that make it easier for the incumbents not to compete, such as most favoured customer clauses that discourage secret individual discounts to hard bargaining and important customers, or announcing price changes well in advance, allowing time to react if the other suppliers do not follow the lead, as in *Dyestuffs*."

[102] Ongelmallisena olisi pidettävä sitä, jos komissio kartellia koskevan näytön puuttuessa yksinkertaisesti rakentaa samasta aineistosta jaetun määräävän aseman väärinkäyttöä koskevan päätöksen.

[103] Samalla kannalla esim. G. Monti (2001) s. 144–157 ja Korah (1999).

[104] G. Monti (2001) s. 145.

tasosta. Kilpailulainsäädännön tavoitteena ei ole hintavalvonta, vaan markkinoiden pitäminen sellaisessa tilassa, ettei hintasäännöstelyä tarvita. Vaikuttaisi myös vaikealta kirjoittaa kieltopäätöstä, jossa yrityksiä kiellettäisiin seuraamasta kilpailijoidensa toimintaa ja sopeutumasta siihen. Voidaan myös kyseenalaistaa tällaisten määräysten legitimiteetti, sillä ne kaventaisivat elinkeinonharjoittamisen vapautta varsin radikaalilla tavalla.

Ongelmattomana ei voida pitää myöskään väärinkäyttövalvonnan ulottamista signalointiin. Signalointi ilmentää yleensäkin pikemminkin kilpailijoiden keskinäistä toimintaa kuin taloudellisen vallan väärinkäyttöä. Tähän nähden 81 artiklan soveltaminen vaikuttaisi luontevammalta. Nähdäkseni 81 artiklan soveltamisalan rajoja ei ole vielä testattu lopullisesti. Mahdollinen on tulkinta, jossa signalointia ei tarkastella indisiona kartellisopimuksesta, vaan itsenäisenä kartelliin rinnastettavana rikkomuksena. Jos kaikki isot alan yritykset signaloivat johdonmukaisesti kerta toisensa jälkeen tulevat ratkaisunsa toisilleen, mahdolliselta vaikuttaisi tietojenvaihtoa koskevan sopimuksen konstruoiminen. Tällöin ei edes tarvitsisi vedota hintasopimukseen, vaan kyse olisi yhdessä sovituista hintakilpailun edellytyksiä vähentävistä toimenpiteistä, mikä sekin on kiellettyä. RS 82 artiklan soveltaminen lienee mahdollista erityisen räikeissä tapauksissa, mutta selkeän testitapauksen löytäminen ei tule olemaan helppoa. Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökielto on potentiaalisesti tehokas ja oikeusturvan kannalta vaarallinen instrumentti. Sitä on sovellettava harkiten.

Väärinkäyttönormin osalta mielestäni ongelmia liittyy ennen muuta siihen, että 82 artiklan väärinkäyttönä pidettävän menettelyn on täytettävä yleinen väärinkäytön tunnusmerkistö. Väärinkäyttönä pidetään kauppakumppanin kohtuutonta hyväksikäyttöä tai kilpailijan poissulkemista. Tunnusmerkistö voi täyttyä esim. kilpailua rajoittavien asiakasehtojen soveltamisella tai kieltäytymällä tekemästä sellainen sopimus, jota ilman ulkopuolisen kilpailijan markkinoille pääsy vaikeutuu. RS 82 artiklan kaltaisen kieltonormin soveltamista esim. signalointiin ei voida pitää ongelmattomana. Kilpailunrajoituslain 9 §:n kaltaisen normin soveltaminen saattaisi olla helpommin perusteltavissa. Lain 9 § rakentuu nimenomaan vahingollisia vaikutuksia koskevan analyysin varaan.

Mielenkiintoisen vertailukohdan tarjoaa Yhdysvaltain kilpailuoikeus. Sherman Actin 1 artiklan sijasta Federal Trade Commission on pyrkinyt puuttumaan oligopolistien väliseen hiljaiseen kolluusioon Federal Trade Commission Actin 5 artiklan avulla, joka ei edellytä todisteita sopimuksen olemassaolosta. FTC Actin 5 artiklan perusteella voidaan puuttua myös yksipuoliseen toimintaan, joka jää kartellikiellon ulkopuolelle. Verrattuna kotimaiseen kilpailuoikeuteen se vastaa lähinnä lain 9 §:n yleislauseketta, jonka nojalla voidaan puuttua yksittäistapauksissa vahingollisiin, ts. tehokkuutta vähentäviin tai toisen elinkeinotoimintaa haittaaviin menettelytapoihin. FTC 5 artiklan perusteella on kielletty yhdenmukaisen basing point pricing -järjestelmän soveltami-

nen. Tapauksessa *Ethyl Corp*[105] FTC pyrki laajentamaan artiklan soveltamisalan koskemaan yhdenmukaista oligopolihinnoittelua ja toimenpiteitä, joilla etyylinvalmistajat lisäsivät markkinoiden läpinäkyvyyttä välillään. Vastaajina olleet neljä yritystä kaikki tahollaan yhdenmukaisesti mutta ilmeisesti ilman keskinäistä välipuhetta 1) ilmoittivat hinnanmuutoksista julkisesti 30 päivää etuajassa, 2) sovelsivat kukin asiakkaisiinsa nähden ns. suosituimmuuslauseketta, jonka mukaan toimittaja korvaa asiakkaille myöhemmät hinnanalennukset ja 3) sovelsivat samanlaisia maksuehtoja. FTC vaati menettelytapojen kieltämistä sillä perusteella, että menettelytavat johtivat kartellinomaiseen hinnoitteluun. FTC korosti sitä, että 5 artiklan nojalla kieltotuomio voitaisiin antaa ilman näyttöä sopimuksesta, jos yritysten menettely on keinotekoista ja johtaa kilpailun merkittävään vähenemiseen. Tuomioistuin ei kuitenkaan hyväksynyt FTC:n esitystä. Ollakseen kiellettyä 1) yritysten menettelyn tarkoituksena tuli olla kilpailun rajoittaminen tai 2) menettelyltä täytyi puuttua kaupallisesti hyväksyttävä syy. Tuomioistuin *(Second Circuit)* totesi, että oligopoli on "olosuhde", ei "kilpailunrajoitus". Yritysten käyttäytyminen seurasi luontaisesti markkinoiden olosuhteista ja oli rationaalia.[106] Tuomioistuimen perustelut ovat perinteisen oligopoliteorian mukaiset. Vaikkei päätös suoranaisesti estä puuttumista kolluusiota tukeviin toimenpiteisiin, nostaa se käytännössä näyttökynnyksen lähelle Sherman Actin 1 artiklan kartellikieltoa. *Hovenkamp* arvostelee päätöstä, koska se johtaa huonoihin markkinatuloksiin. Puuttumalla alennusten myöntämistä estäviin järjestelyihin tuomioistuin olisi voinut edistää hintakilpailua.[107] Näkemykseen voidaan yhtyä päätöksen vaikutusten suhteen, mutta ehkä sittenkin yritysten oikeusturvanäkökohdat ovat tärkeämpiä. Ilmeisesti tuomioistuin on halunnut estää sellaisen oikotien syntymisen, jolla kilpailuviranomaiset voisivat suoraan puuttua yhdenmukaiseen käyttäytymiseen, ilman että niiden tarvitsisi ryhtyä "vaivalloiseen" kartellinäytön kokoamiseen.

---

[105] *Du Pont (Ethyl)*; 101 FTC 425 (1983); *du Pont de Nemours & Co v. FTC*, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984).

[106] Tuomioistuin perusti päätöksen myös näyttöön. Alennuskäytännön katsottiin perustuvan lähinnä asiakkaiden vaatimuksiin. Myös ostopuoli markkinoilla oli keskittynyt. Asiakkaat halusivat tietää hinnat etukäteen ja varmistua raaka-ainehankintojensa hinnan kilpailukyvystä verrattuna kilpailijoihinsa lopputuotteen markkinoilla. Päätöksen lopputuloksella ja perusteluilla on mielestäni selviä yhtymäkohtia jäljempänä käsiteltävään EY:n tuomioistuimen *Wood Pulp* -päätökseen.

[107] Ks. Hovenkamp (1999) s. 184–185.

7.3 YHTEINEN MÄÄRÄÄVÄ ASEMA KILPAILUNRAJOITUSLAIN PERUSTEELLA

7.3.1 Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsite

Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan "määräävä markkina-asema katsotaan olevan elinkeinonharjoittajalla tai *elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä*, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja tai vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla". Säännöksen sanamuodosta ilmenee, että määräävä asema voi olla paitsi yhdellä, myös useammalla elinkeinonharjoittajalla yhdessä ns. yhteenliittymän muodossa. Säännös on identtinen vuoden 1988 ja 1992 kilpailunrajoituslaeissa. Lain 3 §:n 2 momentin merkitys on muuttunut radikaalisti, vaikka säännöksen kieliopillinen sisältö onkin säilynyt samana. Tärkeintä ei ole se, mitä termiä käytetään (jaettu määräävä asema, yhteinen jaettu määräävä asema, elinkeinonharjoittajan yhteenliittymä jne.), vaan se, millaisiin tilanteisiin 3 §:n 2 momentti soveltuu. Missä määrin elinkeinoharjoittajien yhteenliittymän käsite vastaa EY:n yhteisen määräävän aseman käsitettä? Jäljempänä käsitellään erikseen oikeuskirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä. Annan kuitenkin tarkastelun pohjaksi tiettyjä lähtökohtia.

Vuoden 1988 lain esitöissä elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä tarkoitetaan markkinoilla yhtenäisesti toimivaa elinkeinonharjoittajien ryhmää, jonka yhteistoiminta on organisoitunut tavalla, jota ei voida pitää täysin väliaikaisena. Yhteenliittymänä voidaan pitää myös vakiintunutta yhtenäistä toimintalinjaa noudattavaa elinkeinonharjoittajien ryhmää, jos elinkeinonharjoittajien voidaan osoittaa toimivan yhteisessä tarkoituksessa ja yhdessä vahvistetuin menettelymuodoin. Lain esityöt viittaavat yhtäältä siihen, että elinkeinonharjoittajien yhteistyön tulee olla suunnitelmallista ja pidempiaikaista ja että yhteistyötä tulee jollakin tavoin valvoa. Tämä osa esitöistä viittaisi siihen, että elinkeinonharjoittajan yhteenliittymänä voitaisiin pitää vain nimenomaista kartellia, toimialaliittoa tms. institutionalisoitua yhteistyötä. Aivan päinvastaiseen lopputulokseen viittaisi lain esitöiden lausuma siitä, että elinkeinonharjoittajan yhteenliittymänä voidaan pitää markkinoilla yhdenmukaisesti käyttäytyvää elinkeinonharjoittajien ryhmää. Arvioitaessa elinkeinoharjoittajan yhteenliittymän käsitettä ratkaisevaa ei ole järjestelyn juridinen muoto, vaan sen luonne ja taloudelliset vaikutukset. Viittaus näyttäisi mahdollistavan myös väljämuotoisemman yhteistoiminnan pitämisen yhteenliittymänä. Sen sijaan *pelkkää* oligopolistien yhdenmukaista käyttäytymistä oligopolitilanteessa ei voida pitää riittävänä.[108]

---

[108] HE 148/1987 vp s. 16–17.

Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määritelmää voidaan verrata EY:n tuomioistuimen *Compagnie Maritime Belge* -tapauksessa antamaan määritelmään. Keskeisimpänä yhtymäkohtana voidaan pitää sitä, että kummankin määritelmän mukaan edellytetään, että kyseessä on *yhtenäisen taloudellisen yksikön tavoin käyttäytyvä ryhmä* ja että *itsenäisten elinkeinonharjoittajien ryhmä nivoutuu yhtenäiseksi sopimuksista, taloudellisista siteistä tai muista syistä johtuen.* Vertailukohtana 82 artiklassa tarkoitettu jaettu määräävä asema syntyy siten, että useilla yrityksillä on yhdessä juuri keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, asiakkaistaan ja lopulta myös kuluttajista riippumatta.[109] Yksi keskeinen ero pistää kuitenkin heti silmään. Lain 3 §:n 2 momenttia koskevissa esitöissä todetaan *expressis verbis*, että *pelkkää oligopolistien yhdenmukaista käyttäytymistä ei voida pitää elinkeinonharjoittajien yhteenliittymänä.* Kotimaisen oikeuden perusteella elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä ei näyttäisi voivan syntyä pelkän markkinarakenteen perusteella. EY:ssä tämä on edellä kuvatuin tavoin kiisteltyä.

Selkeitä esimerkkejä elinkeinonharjoittajan yhteenliittymästä ovat esim. nimenomaiseen sopimukseen perustuva yhteistyöjärjestely tai esim. toimialaliitto. Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsitteen tarkoittaman yhteistyön ei kuitenkaan tarvitse olla institutionalisoitua. Lainsäätäjän antama määritelmä ei edellytä esim. sitä, että yhteenliittymällä täytyisi olla oikeushenkilöllisyys. Yhteenliittymänä voidaan pitää vakiintunutta, yhteistä toimintalinjaa edustavaa elinkeinonharjoittajien ryhmää, jos elinkeinonharjoittajien voidaan osoittaa toimivan yhteisessä tarkoituksessa ja yhdessä vahvistetuin menettelymuodoin. Havaitaan, että elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsite pitää sisällään liukuvan asteikon institutionalisoidusta yhteistyöstä väljämuotoisempaan, mutta jatkuvaan ja suunnitelmalliseen yhteistyöhön. Elinkeinonharjoittajan yhteenliittymällä tarkoitettu yhteistoiminta voi samalla olla lain 6 §:ssä kielletty kartelli tai jäädä kartellikiellon ulkopuolelle. Toisaalta yhteenliittymälle on voitu antaa 19 §:n nojalla poikkeuslupa, jolloin yhteisliittymän sisältämä sopimuselementti on tältä osin tullut hyväksytyksi. Kyse voi olla myös teknisluontoisesta yhteistyöstä, jollainen jää kartellikiellon ulkopuolelle. Periaatteessa 6 §:n tunnusmerkistön täyttävä yhteistyö voi eri syistä jäädä kiellon ulkopuolelle.

Oikeuskäytännössä kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttia on sovellettu mm. toimiala- ja muihin yhdistyksiin, jollainen ohjatessaan alan elinkeinotoimintaa voi muodostua määräävässä asemassa olevaksi yhteenliittymäksi.[110] *Suomen Koripalloliitto ry:tä* koskevassa kilpailuneuvoston päätöksessä miesten SM-sarjatason koripallo-otteluiden järjestämistä pidettiin elinkeinotoimin-

[109] Ks. myös *Ranska ym. v. komissio*, C-68/94 ja C-30/95, Kok. 1998, s. I-1375, 221 kohta.
[110] *Koripalloliitto ja SLU*, d:o 7/359/96, kilpailuneuvoston päätös 9.2.1998.

tana.[111] Kyseisiä ottelutapahtumia järjestäviä seuroja oli pidettävä elinkeinonharjoittajina.[112] Koripalloliitto oli elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä, jolla oli määräävä markkina-asema sanotuilla markkinoilla. Yhdistyksellä on tosiasiallinen monopoli ottelutapahtumien järjestämisessä.[113] Seurat ovat mm. sitoutuneet olemaan ryhtymättä kilpailevaan toimintaan. Koripalloseurojen näkökulmasta liitto muodosti välttämättömän kauppakumppanin, jota ilman miesten SM-seuraan osallistuminen ei ollut mahdollista. Mielenkiintoisesti *Bellamyn ja Childin* kommentaarissa todetaan, että urheilun lajiliittoja voitaisiin tarkastella yhteisen määräävän aseman käsitteen avulla.[114] Koripallotapauksessa kilpailuviraston ja kilpailuneuvoston tarkastelu fokusoitui liiton käyttäytymiseen suhteessa ylimmälle sarjatasolle pyrkiviin seuroihin. Kyse olikin selvästi yhdistyksen päätöksenteosta, jolla oli vaikutuksia seurojen elinkeinonharjoittamiseen. Toisenlaisessa väärinkäyttötilanteessa ei olisi ollut poissuljettua, että huomiota olisi voitu kiinnittää seurojen väliseen yhteistoimintaan yhdistyksen puitteissa

---

[111] Kilpailuneuvosto totesi, että urheilun lajiliittojen toiminta jää pääosin kilpailunrajoituslain soveltamisalan ulkopuolelle, koska kyse ei ole elinkeinotoiminnasta. Kilpailunrajoituslakia voitiin soveltaa urheilun ympärille rakennettuun elinkeinotoimintaan.

[112] Lain 3 §:n 1 momentin elinkeinonharjoittamisen määritelmän suhteen huomiota kiinnitettiin tapahtumien vastikkeellisuuden ohella toiminnan liikevaihtoon, jatkuvuuteen, suunnitelmallisuuteen ja liikemiesmäisyyteen. Lipputulojen ohella merkittäviä olivat televisiokorvaukset ja sponsorisopimukset. Aatteellisesta yhdistystoiminnasta poikkeavaa oli myös se, että pelaajille maksettiin ottelupalkkioita. Kilpailuneuvoston päätöksessä kantavana ajatuksena oli se, että kilpailunrajoituslakia voidaan soveltaa urheilun ympärille rakennettuun liiketoimintaan, ei sen sijaan esim. urheilusääntöjen tulkintaan. Kilpailunrajoituslaki ei sovellu esim. sen määrittämiseen, millaisia koripallotossuja kentällä on käytettävä, mutta kylläkin sen määrittämiseen, minkä valmistajan tossuja käytetään. Harkinta elinkeinonharjoittamisen kriteerien täyttymisestä on tehtävä kokonaisharkinnan perusteella. Helpot tapaukset muodostavat asteikon ääripäät, vaikeat löytyvät keskivaiheilta. Ratkaisu ei ole erityisen tyydyttävä, mutta se on tarpeellinen. Esimerkiksi pelkästään toiminnan vastikkeellisuuden perusteella 3 §:n 1 momentin ratkaisuedellytysten täyttymistä ei voida riittävästi harkita, sillä huomattava osa esim. viranomaissuoritteista on maksullisia. Vastikkeellisuuden ohella huomiota on kiinnitettävä myös toiminnan päämääriin. Ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki (2000) s. 41–44.

[113] Tapauksessa kyse ei ollut siitä, missä määrin koripallo-ottelut kilpailevat samoista katsojista muiden urheilu- tai viihdetapahtumien kanssa, vaan seurojen markkinoillepääsyn sääntelystä. Jos koripallo-ottelun lipun hinta nousee liikaa, katsojat voisivat vaihtaa esim. jääkiekkoon. Sen sijaan huipputason koripallojoukkuetta ei ole mielekästä käyttää mihinkään muuhun kuin koripallon pelaamiseen. Koripalloliitto on näin muodoin seurojen kannalta pakollinen kauppakumppani, jota ilman ottelutapahtuminen järjestäminen ei ole mahdollista. Järjestelmää tuki Koripalloliiton jäsenyys kansainvälisessä kattojärjestössä. Kilpailevan liiton perustamista rajoittaisi mm. tarve saada kansainvälinen yhteistyö luoduksi.

[114] Ks. Bellamy/Child s. 715. Tekijät mainitsevat, että julkisasiamies *Lenz* viittasi tähän mahdollisuuteen paljon julkisuutta saaneessa *Bosman*-tapauksessa (C-415/93, Kok. 1995 s. I-4921). EY:n tuomioistuin ratkaisi jalkapalloilija Bosmanin tapauksen työvoiman vapaata liikkuvuutta koskevan RS 39 (ent. 48) artiklan nojalla. Myöhemmässä käytännössä EY:n komissio on ottanut aktiivisen roolin 81 ja 82 artiklan soveltamisessa urheilujärjestöjen kaupallisiin sopimuksiin. Ks. esim. teoksessa International Antitrust Law and Policy, 1999 Fordham Corporate Law Institute (2000): Pons (s. 75–92) ja Weatherill (s. 113–126) sekä USA:n käytännön osalta Goldfein (s. 93–113).

tai jaetun määräävän aseman väärinkäyttöön, jossa yhdistyksen jäsenyys luo linkin jäsenten välillä. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen yhdistysten toimintaan on sikäli perusteltua, että se rajoittaa kartellikieltoa ja jaetun määräävän aseman väärinkäyttökieltoa vähemmän *yhdistysautonomiaa*. Kilpailuviranomaiset eivät puutu yhdistyksen sisäiseen päätöksentekoon, vaan ainoastaan sellaisiin päätöksiin, jotka ulkoapäin tarkasteltuna ilmentävät määräävän aseman väärinkäyttöä. Kilpailuneuvoston päätös koski elinkeinonharjoittajan määritelmää ja määräävää asemaa. Varsinaista kantaa ei jouduttu ottamaan siihen, oliko alkuperäisiä sarjanousun kriteerejä pidettävä väitetyllä tavalla syrjivinä vai ei. Korkein hallinto-oikeus kumosi kilpailuneuvoston päätöksen prosessioikeudellisella perusteella.[115] KHO:n ratkaisusta ei toisaalta ilmene, että se olisi ollut aineellisten kysymysten osalta eri kannalla, sikäli kuin niitä olisi tutkittu.

---

[115] Prosessioikeudellisesti kyse oli vuoden 1992 kilpailunrajoituslain 13 §:n ns. toissijaista esityksenteko-oikeutta koskevan säännöksen tulkinnasta. Kilpailuneuvosto oli tapauksessa *Piikiven Metalli* (d:o 13/359/93, Kuoppamäki 1996 s. 202) tulkinnut lakia siten, että ns. toissijainen esitysoikeus koski sekä kielto- että väärinkäyttöperiaatteen alaisia asioita. Vuoden 1988 kilpailunrajoituslain mukaan siinä tapauksessa, että kilpailuvirasto jätti tekemättä vahingollista kilpailunrajoitusta koskevan esityksen kilpailuneuvostolle, kilpailunrajoituksen kohteella tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä oli toissijainen esityksenteko-oikeus. Vuoden 1992 uudistuksen yhteydessä siirryttäessä pääosin kieltoperiaatteeseen kilpailunrajoituslain 4 luvun prosessioikeudellisiin säännöksiin ("vahingollisten vaikutusten poistaminen") ei syystä tai toisesta tehty muutoksia huolimatta siitä, että lain aineellisia säännöksiä muutettiin radikaalilla tavalla. Nähdäkseni kyseessä on täytynyt olla lainsäätäjän lapsus. Lain esitöissä valitusoikeuden de facto poistavaa ratkaisua ei nimittäin perusteltu millään tavoin. Muutos seurasi siitä, että 4 lukuun ei lisätty viittauksia uusiin 4–7 §:iin. Eduskunnassa asia huomattiin ja talousvaliokunnassa lakiin lisättiin kiellettyjen kilpailunrajoitusten kieltämistä koskeva 8 §:n 3 momentti. Valitettavasti eduskunnan hyvää tarkoittava muutos sotki asiaa entistä enemmän. Muutokset olisi tullut tehdä 8 §:n sijasta lain 4 lukuun. Lopputuloksena oli se, että sanamuodon mukaisesti tulkiten oli mahdollista päätyä siihen, että toissijainen esityksenteko-oikeus koskee ainoastaan ns. väärinkäyttöperiaatteen mukaisia asioita. Saman logiikan mukaan kilpailuvirastolla oli ylipäätään toimimisvelvollisuus ainoastaan vähämerkityksellisemmän 9 §:n suhteen, ei sen sijaan, milloin kyse on vakavammista lain 4–7 §:ssä tarkoitetuista kartelleista ja määräävän aseman väärinkäyttötapauksista (tällaisella pelkistettyyn kieliopilliseen tulkintaan perustuvalla kannalla Hagman 1993). Lopputuloksena olisi ollut se, että yritykset jäävät kieltoperiaatteen alaisissa asioissa käytännössä vaille oikeussuojaa, mikäli kilpailuvirasto ei vie asiaa kilpailuneuvostoon (mihin sillä po. tulkinnan mukaan siis ei olisi velvollisuutta, esim. *Piikiven Metalli*) tai tekee muodollisesti myönteisen, mutta tosiasiallisesti asianosaisen oikeusasemaan vahingollisesti vaikuttavan ratkaisun (esim. *Teosto ja Gramex*). KHO kumosi kilpailuneuvoston Koripalloliittoa koskevan päätöksen, koska se katsoi, ettei SLU:lla ja Koripalloliitolla ollut oikeutta saattaa kilpailuoikeudellista asemaansa kilpailuneuvoston tutkittavaksi toissijaisen esityksenteko-oikeuden perusteella. Kilpailuneuvoston olisi tullut jättää asia tutkimatta. Kilpailuviraston päätös jäi siis asiassa lainvoimaiseksi. Kilpailunrajoituslakia muutettiin jo ennen KHO:n päätöstä vuoden 1998 lakiuudistuksessa siten, että valitussäännökset (21 §) korjattiin ajan tasalle. Prosessioikeudellisesti KHO:n päätöksellä ei siten enää ollut merkitystä. Jälkikäteen tarkastellen mahdollisesti asiassa olisi voitu soveltaa riittävää oikeussuojaa (access to justice) koskevia normeja (esim. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus) ja ottaa ne tulkinnallisesti huomioon.

Määräävä markkina-asema on todettu olevan myös *Teosto ry:llä*[116] ja *Gramex ry:llä*[117] niiden hallinnoimien tekijänoikeuksien markkinoilla. Kilpailuvirasto oli katsonut, että tekijänoikeusyhdistysten toimintaa oli pidettävä kilpailunrajoituslain 6 §:ssä kiellettynä hintayhteistyötä. Kilpailuvirasto oli myöntänyt yhdistyksille 19 §:ssä tarkoitetun poikkeusluvan. Yhdistykset saattoivat asian vireille kilpailuneuvostossa katsoen, ettei niiden toiminta rikkonut kartellikieltoa. Kilpailuneuvosto katsoi, ettei tekijänoikeusyhdistyksen sääntömääräistä toimintaa tekijänoikeuksien kollektiivisessa hallinnoinnissa ollut pidettävä kilpailunrajoituslain 6 §:ssä kiellettynä samalla tuotantoportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välisenä horisontaalisena yhteistyönä eikä yhdistyksen toiminnan jatkaminen siten edellyttänyt 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa. Kilpailuneuvoston kannan mukaan toiminta oli perusluonteeltaan vertikaalista, sillä yhdistyksessä harjoitetulla tekijänoikeuksien niputuksella syntyi asiallisesti uusi hyödyke, joka olennaisesti erosi yksittäisten oikeudenhaltijoiden tarjoamista hyödykkeistä. Toisin ilmaisten kartellikiellon soveltaminen edellyttäisi sitä, että elinkeinonharjoittajat voisivat ainakin potentiaalisesti suorittaa samat toimenpiteet itsenäisesti, jotka ne ovat antaneet yhdistysten suoritettavaksi. Kilpailu ei rajoittunut horisontaalisessa tasossa, koska yksittäiset oikeudenhaltijat eivät olisi pystyneet tarjoamaan itse vastaavaa palvelua. Niputtamalla sadat tuhannet yksittäiset oikeudet yhteen tekijänoikeusjärjestöt loivat uuden hyödykkeen, joka vasta mahdollisti oikeuksien täysimääräisen hyödyntämisen.

Tapauksessa kyse oli rajanvedosta kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon välillä. Teosto toimii välittäjänä yksittäisten oikeudenhaltijoiden ja musiikin käyttäjien välissä. Teosto kerää yhteen yksittäisten oikeudenhaltijoiden tekijänoikeudet, jalostaa niistä yhtenäisen kokonaisuuden niputtamalla oikeudet yhteen ja myy kokonaisuuden musiikin käyttäjille. Teosto perii myös korvaukset käyttäjiltä ja tilittää ne oikeudenhaltijoille.

Teostoa oli pidettävä kilpailuneuvoston mukaan itsenäisenä elinkeinonharjoittajana, joka itse määrittelee perimiensä korvausten tason ja muut sopimusehdot. Tekijänoikeuksien täysimääräinen hyödyntäminen ei olisi ollut mahdollista ilman oikeudenhaltija- ja käyttäjämarkkinoiden välissä toimivaa välittäjäorganisaatiota. Teoston ja sille valtakirjan luovuttaneiden oikeudenhaltijoiden välillä vallitsi vertikaalinen asiakassuhde. Ratkaisuun vaikutti se, että oikeuksien niputtaminen yhteen loi yksittäisten oikeudenhaltijoiden tarjoamasta tuotteesta selvästi jalostetumman version. Teoston tarjoaman tuotteen jalostusarvo ilmeni käytön helppoutena ja tarjolla olevan ohjelmiston täydellisyytenä. Vaihdannan kohteena on avoin esityslupa, jonka hintaa sisältyy useiden tuhansien erillisten musiikkiteosten esittämisoikeus. Yksittäisellä musiikkiteoksella oli tällöin avoimen esitysluvan tarjonnassa vähäinen merkitys.

---

[116] *Teosto ry*, d:o 5/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995, Kuoppamäki (1996) s. 442.
[117] *Gramex ry*, d:o 3/359/95, kilpailuneuvoston päätös 5.10.1995. Kuoppamäki (1996) s. 414.

Toisin kuin esim. aiemmin ratkaistussa tapauksessa *Valio I*,[118] jossa osakasmeijerit pystyivät myös itse markkinoimaan tuotteitaan, yksittäiset oikeudenhaltijat eivät olisi voineet tarjota samaa tai edes verrannollista hyödykettä musiikin käyttäjille. Tämä johtui siitä, että yksittäisen oikeudenhaltijan oikeudet muodostavat vain hyvin pienen osan Teoston tarjoamasta kokonaisuudesta. Oikeuksien yhteen niputtaminen välittäjäorganisaation toimesta vasta mahdollisti massaoikeuksien laajamittaisen hyödyntämisen. Musiikkia esitetään tuhansissa paikoissa ja sitä tallennetaan lukuisille eri välineille, äänitteisiin, elokuviin, mainoksiin ja radio- ja televisioyritysten käyttöön. Yksittäisillä oikeudenhaltijoilla ei ollut teknisiä mahdollisuuksia valvoa oikeuksiensa hyödyntämistä eikä taloudellisia edellytyksiä neuvotella kaikkien käyttäjien kanssa. Musiikin käyttäjät eivät pystyisi hankkimaan teosten käyttölupia suoraan kaikilta tekijöiltä itseltään. Laajamittainen tekijänoikeuskorvauksista sopiminen suoraan musiikin käyttäjien ja oikeudenhaltijoiden välillä edellyttäisi niin suurta määrää yksittäisiä sopimuksia, että sitä olisi syntyvien transaktiokustannusten korkeuden vuoksi pidettävä epärealistisena vaihtoehtona Teoston toiminnalle. Kun Teoston jäsenet eivät kukin taholla itse olisi voineet huolehtia jakelusta Teostoon rinnastettavalla tavalla, kyse ei ollut lain 6 §:ssä tarkoitetusta kilpailunrajoituksesta. Pikemminkin yhteistyö loi uudenlaisen hyödykkeen.

Lain 6 §:n sijasta Teoston sääntömääräinen perusliiketoiminta kuului lain 3 §:n 2 momentin piiriin. Teostolla on määräävä markkina-asema säveltaiteen tekijänoikeuksien kollektiivisessa hallinnoinnissa; aseman väärinkäyttö on kiellettyä niin käyttäjiin kuin oikeudenhaltijoihin nähden. Vastaava päätös on tehtiin samana päivänä Gramex ry:n osalta.

Kilpailuneuvosto totesi, että tekijänoikeusyhdistyksillä on määräävä asema ja että väärinkäyttö on kiellettyä sekä suhteessa musiikin käyttäjiin että oikeudenhaltijoihin. Kartellikiellon sijasta yhdistysten toiminta sijoitettiin siten määräävän aseman väärinkäyttökiellon alaisuuteen. Tapauksen käsittelyvaiheessa jutun osapuolet toimittivat kilpailuneuvoston pyynnöstä laajaa komparatiivista aineistoa tekijänoikeusjärjestöjen kilpailuoikeudellisesta kohtelusta. Yhdysvalloissa toiminnan on katsottu kuuluvan rule of reason -periaatteen alaisuuteen.[119] Eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa tekijänoikeusjärjestöjen toimintaa on arvioitu määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla.[120] Esimerkiksi EY:n tuomioistuin on antanut useamman 82 artiklaa koskevan ratkaisun.[121]

---

[118] *Valio Oy:n poikkeuslupahakemus*, d:o 7/359/93, kilpailuneuvoston päätös 1.12.1993, Kuoppamäki (1996) s. 152.

[119] *Broadcast Music Inc. V. CBS Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. L.Ed. 1 (1979).Kilpailuneuvosto mainitsi tapauksen päätöksen resiitissä.

[120] Ks. yleisesti kilpailulainsäädännön ja immateriaalioikeuksien välisestä suhteesta esim. Rissanen (1978) ja Anderman (1998). Erityisesti tekijänoikeusjärjestöjen osalta ks. esim. Wünschmann (2000).

[121] Kilpailuneuvosto viittasi perusteluissaan 82 artiklaa koskeviin tapauksiin *SABAM* (127/73, Kok. 1974 s. 313) ja *Tournier* (395/87, Kok. 1989 s. 2521).

Elinkeinonharjoittajien perustamat institutionaaliset yhteenliittymät muodostavat mielenkiintoisen rajatapauksen kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon välimaastossa. Tilanteesta riippuen saatetaan soveltaa 1) kartellikieltoa (yhdistyksen jäsenet tekevät keskenään yhdistyksen sisällä horisontaalisia sopimuksia),[122] 2) yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökieltoa (yhdistyksen jäsenilleen tuoman markkinavoiman väärinkäyttö yksittäisten jäsenyritysten taholta) tai 3) määräävän aseman väärinkäyttökieltoa (yhteenliittymän oma toiminta suhteessa jäseniin, asiakkaisiin tai kolmansiin osapuoliin). Esitetty jaottelu vaikuttaa uudelta, eivätkä eri soveltamistilanteiden väliset rajat ole täsmentyneet tarkkarajaisiksi oikeuskäytännössä. Tätä ei voidakaan odottaa kovin nopeasti, sillä ne ovat perusluonteeltaan liukuvat.

7.3.2 Oikeuskirjallisuus

Rissanen toteaa ennen nykyisen kilpailunrajoituslain voimaantuloa (1991) yhdessä *Korahin* kanssa kirjoittamassaan teoksessa, että elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän käsitteen liittäminen 3 §:n 2 momenttiin rikkoo "perinteisen lain systematiikan" ja näyttäisi merkitsevän "lain kahtiajaon murtumista", jossa toimintaa tarkastellaan joko yhteistyönä tai määräävän aseman väärinkäyttönä. Kirjoittaja toteaa valittaen, että "lain esitöiden perusteella ei voi tulla muuhun johtopäätökseen kuin että jostain syystä on haluttu käsittää myös horisontaaliset kilpailunrajoitukset sellaisiksi "taloudellisen toiminnan yksiköiksi", joilla voi olla määräävä asema markkinoilla".[123] Rissanen pitää ongelmallisena "kilpailunrajoituslakiin otettua uutta ajatusta siitä, että määräävä asema voi olla myös elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä". Rissasen mielestä säännöksen perusteella olisi johdonmukaista katsoa määräävässä asemassa olevaksi vain usean yrityksen muodostama erillinen taloudellisen toiminnan yksikkö, joka harjoittaa liiketoimintaa eli toimii yrityksen tavoin. Tällöin ei ratkaise yksikön oikeudellinen muoto tai rakenne, vaan tosiasiallinen tilanne.[124] Suomessa jaettua määräävää asemaa ei pidettäisi itsenäisenä kilpailunrajoituksena.[125] Teksti jättää hieman avoimeksi sen, mitä erolla konkreettisesti tarkoitetaan.

---

[122] Esim. Suomessa toimialaliittojen hintasuosituksia tarkastellaan horisontaalisena yhteistyönä.
[123] Rissanen/Korah (1991) s. 303.
[124] Rissanen/Korah s. 304.
[125] Rissanen viittaa kantansa tueksi vuoden 1958 lakia koskevaan komiteamietintöön, jonka mukaan määräävä asema voi olla vain yhdellä yrityksellä. Rissanen/Korah s. 304. Mentula ym. mainitsevat samat vanhat esityöt (KM 1957:60, s. 28) ottamatta nimenomaisesti kantaa niiden tämänhetkiseen statukseen. Mielestäni näin vanhalla aineistolla ei ole merkitystä nykyisen 3 §:n 2 momentin tulkinnassa. Vanhahkon komiteamietinnön arvo oikeuslähteenä on kyseenalainen. Tämä johtuu lain sisällön ja soveltamisympäristön perusteellisen muuttumisen ohella yksinkertaisesti jo siitä, että vuoden 1987 lailla muutettiin aiemman lain määritelmää. Johtopäätösten tekeminen vuonna 1957 kirjoitetusta komiteamietinnöstä johtaisi sattumanvaraisiin lopputuloksiin.

Hagman (1993) toteaa, että myös elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä voi olla määräävä asema. Hagman mainitsee esimerkkeinä säännöksen soveltamistilanteista Valion jäsenmeijereiden harjoittaman yhteistyön sekä Teosto ry:n. Hagmanin esitys seuraa lain esitöiden sanamuotoja. Pelkkä yhdenmukainen käyttäytyminen oligopolisessa markkinatilanteessa (harvain kilpailu) ei riitä todisteeksi elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän olemassaolosta, sillä yhteenliittymältä edellytetään tietoista ja suunnitelmallista yhteistoimintaa jonkinlaisessa vakiintuneessa muodossa.[126] *Castrén* (1997) toteaa, että elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsitteellä on pyritty selventämään sitä, että määräävä asema voi tietyissä tilanteissa olla useammalla kuin yhdellä elinkeinonharjoittajalla. Kirjoittaja toteaa ilmeisesti oligopolitilanteisiin viitaten, että määräävässä asemassa on kuitenkin kyse nimenomaan siitä, että yrityksen ei tarvitse mukauttaa toimintaansa markkinaolosuhteisiin, vaan se voi toimia itsenäisesti. Castrén katsoo *Rissaseen* viitaten, että yhteenliittymä voi olla määräävässä asemassa vain silloin, kun kyseessä on useamman "taustayrityksen" muodostama ja niiden puolesta itsenäisesti markkinoilla käyttäytyvä yritys. Castrén viittaa kuitenkin samalla RS 82 artiklaa jaettua määräävää asemaa koskevaan oikeuskehitykseen ottamatta kuitenkaan kantaa siihen, missä määrin siteerattu EY:n ratkaisu *Italian Flatt Glass* vastaa tai poikkeaa oikeustilasta kilpailunrajoituslain mukaan.[127] *P. Virtasen* (2001) käsittelytapa poikkeaa edellä mainituista. Kirjoittaja näyttäisi rinnastavan toisiinsa elinkeinonharjoittajan yhteistyön ja kielletyn kartellin. *P. Virtanen* toteaa, että "oligopolisääntöjen puuttuessa Suomessa ei voida katsoa yhdessä toimivan oligopolin olevan määräävässä asemassa (so. jos kyse ei ole kartelliksi luokiteltavista kilpailunrajoituslain 4–6 §§:issä tarkoitetuista tilanteista)". Tekijä jättää käsittelemättä elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsitteen kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa ja säännöksen mahdolliset yhtymäkohdat Saksan ja EY:n kilpailuoikeuden yhteisen määräävän aseman käsitteisiin.

Mentula, Pokela ja Saraste (1998) toteavat, että "kilpailuviranomaisemme ovat valvoneet keskenään kilpailevien yritysten yhteistoimintaa pääasiallisesti kartellisäännösten näkökulmasta. On kuitenkin katsottu, että mikäli kartellikieltoa ei sovelleta ja yritysten yhteistyön voidaan katsoa olevan riittävän organisoitunutta ja taloudellisessa mielessä kiinteää, voidaan määräävän aseman arviointiperusteita käyttää hyväksi ja arvioida kyseistä tilannetta määräävän aseman väärinkäytön seuraamusten näkökulmasta."[128] Tekijät viittaavat

---

[126] Hagman (1993) s. 75.

[127] Castrén viittaa EY-oikeuden osalta vuoden 1992 kirjaani (Kuoppamäki 1992 s. 104 ss., 107 ss.) mainiten käsittelemäni Kantzenbachin ja Krusen tutkimuksen sekä *Italian Flatt Glass* -tapauksen. Castrén ei näytä ottavan nimenomaisesti kantaa siihen, missä määrin 3 §:n 2 momentin elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän ja 82 artiklan jaetun määräävän aseman käsitteet vastaavat tai eroavat toisistaan.

[128] Mentula/Pokela/Saraste (1998) s. 32–33.

kilpailuviraston vuonna 1992 julkaisemiin uutta kilpailulakia koskeviin soveltamisohjeisiin.[129] Lisäksi viitataan kilpailuviraston varhaiseen soveltamiskäytäntöön.[130] Lakia tulkinneista ekonomisteista *M. Virtanen* (1998) toteaa, ettei määräävän aseman väärinkäyttökielto sovellu pelkän oligopolistisen interdependenssin sääntelyyn ja että mahdollisuus soveltaa jaetun määräävän aseman käsitettä on kirjallisuudessa riidanalainen. Oikeuskäytännössä lain 3 §:n 2 momenttia on tulkittu varovaisesti. Virtanen näkee Suomen tilanteen ongelmallisena, sillä laki näyttäisi jättävän aukon kartellien ja määräävän aseman väliin.[131] *Stenborg* (1999) toteaa myöhemmän oikeuskäytännön perusteella, että lain 3 §:n 2 momentin mukaan määräävä asema voi olla paitsi yksittäisellä yrityksellä, myös "jaettu tai yhteinen MMA usean elinkeinonharjoittajan yhteenliittymällä". Kilpailuviraston entisten tutkijoiden kirjoittamassa kommentaariteoksessa Stenborg perustelee kantaansa sillä, että kilpailuoikeudessa arviointi perustuu toiminnan taloudelliseen sisältöön ja sen markkinavaikutuksiin. "Siten tässä ei ole olennaista yhteenliittymän oikeudellinen muoto tai toteuttamistapa, vaan sen tosiasialliset tai oletettavat vaikutukset sekä markkinoilla havaittu käyttäytyminen". Stenborg mainitsee EY:n tapauksia sekä kilpailuneuvoston ratkaisun tapauksessa *Valio II*. Stenborg toteaa, että kilpailuvirasto oli tehnyt vuonna 1997 yhden ratkaisun, jossa yrityksillä oli katsottu olevan yhteinen määräävä asema. Tapauksessa[132] kyse oli Pohjois-Suomen laskettelualueista. Alueita yhdessä elinkeinonharjoittajina hallinneiden Metsähallituksen ja Metsäntutkimuslaitoksen katsottiin yhdessä saavuttaneen määräävän markkina-aseman. Päätös perustui siihen, että Metsähallitus ja Metsäntutkimuskeskus huolehtivat yhdessä valtion maaomaisuudesta, molemmat elinkeinonharjoittajat kuuluivat MMM:n hallinnonalaan ja sovelsivat maanvuokrauksessa ministeriön ohjeiden mukaisesti täysin samanlaisia vuokranmääräytymisperusteita.[133]

Itse totesin vuonna 1999 julkaistussa kokoomateoksessa[134] ja vuonna 2000 julkaistussa kirjassani *Kilpailuoikeuden perusteet,*[135] että vielä tuolloin oli epäselvää, missä laajuudessa kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentti voi yleisimminkin tulla sovellettavaksi yhteiseen määräävään markkina-asemaan. Totesin, että säännöksen soveltaminen edellyttää elinkeinonharjoittajien välillä sellaisia taloudellisia siteitä, että juridisesti itsenäisten yhtiöiden tarkastelemista yhtenä kokonaisuutena voidaan perustella.[136] Vuoden 1987 esitöiden mukaan pelkkä

---

[129] Kilpailupoliittisia tiedonantoja 3/1992.
[130] Ks. Mentula/Pokela/Saraste s. 32–36.
[131] M. Virtanen (1998) s. 278–279.
[132] *Pohjois-Suomen laskettelualueet*, kilpailuviraston päätös 4.2.1997, dno 509/61/94.
[133] Ks. Stenborg, Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, s. 122–124; kirjassa Aalto-Setälä ym. (1999) s.111–147.
[134] Rissanen ym., Yritysoikeus (1999) s. 963–964.
[135] Kuoppamäki (2000) s. 148–149.
[136] Viittasin EY:n kilpailuoikeuden osalta tapauksiin Italian *Flatt Glass* ja *Almelo*; Kuoppamäki 1992.

käyttäytymisen yhdenmukaisuus oligopolistisessa markkinatilanteessa ei ole riittävää, vaan säännöksessä tarkoitetun yhteenliittymän olemassaolo edellyttää tietoista ja suunnitelmallista yhteistoimintaa. Säännöksen soveltamisedellytyksiä, samoin kuin sen suhdetta vuoden 1992 lain kartellikieltoon pidin toistaiseksi täsmentymättöminä. Yleensä määräävä asema voi olla samoilla markkinoilla vain yhdellä elinkeinonharjoittajalla. Viitasin kuitenkin siihen, että kilpailuneuvosto on viitannut jaetun määräävän markkina-aseman mahdollisuuteen ns. *Normilk*-asiassa (*Valio II*)[137] antamassaan päätöksessä.[138]

7.3.3 Johtopäätöksiä lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden perusteella

Oikeuskirjallisuus voidaan tiivistää kahteen ryhmään. *Rissanen* lähtee liikkeelle kahtiajaosta kartelli – määräävä markkina-asema. Jaottelua pidetään "perinteisenä". Kilpailunrajoitus voisi kuulua vain jompaankumpaan, ei kumpaankin ryhmään yhtä aikaa. Tästä syystä elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän määräävän aseman käsitettä pidetään ongelmallisena. Kanta jättää vähän tilaa itsenäiselle jaetun määräävän aseman käsitteelle. On toisaalta muistettava, että *Rissasen* teos on kirjoitettu ennen kuin nykyisen lain soveltamiskäytäntöä on ollut käytettävissä. Teoksen EY-oikeutta koskevassa osuudessa oli sama kanta, jonka mukaan myöskään 82 artikla ei lainkaan soveltuisi jaettuun määräävään asemaan. Kuten todettua, EY:n oikeuskäytäntö muuttui 1992. Teoksen kahdesta kirjoittajasta *Korah* on sittemmin muuttanut kantaansa ja ryhtynyt kannattamaan peräti laajentavaa jaetun määräävän aseman tulkintaa.[139] Rissasen ja Korahin kirjan kotimainen osuus on laadittu kilpailuoikeutemme kehitysvaiheessa, jossa mitään omaehtoisia kokemuksia kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamisalasta ei vielä ollut. *Castrén* seuraa pääosin Rissasta, mutta mainitsee samalla EY:n oikeuskäytännön. *M. Virtanen* toteaa jaetun määräävän aseman tarpeen, mutta suhtautuu 3 §:n 2 momentin soveltamisedellytyksiin oligopolitilanteissa pessimistisesti. Äärimuotona voidaan pitää *P. Virtasen* esitystä, joka käytännössä mitätöisi elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän käsitteen. Toisen ryhmän muodostavat kirjoittajat (*Mentula ym.*, *Stenborg*, *Kuoppamäki*) kiinnittävät huomiota taloustieteen 3 §:n 2 momentin tulkinnalle asettamiin vaatimuksiin ja/tai EY:n ja Suomen 1990-luvun oikeuskäytäntöön. Johtopäätöksenä näillä kirjoittajilla on enemmän tai vähemmän

---

[137] *Valio II*, d:o 1/359/94, kilpailuneuvoston päätös 30.11. 1994, Kuoppamäki 1996 s. 331.

[138] Jouduin käyttämään varovaisia ilmaisuja tekstin kirjoittamisaikaan vireillä olleen *Alfons Håkans* -tapauksen vuoksi. En voinut paljastaa etukäteen, mikä tulisi olemaan kilpailuneuvoston kanta vireillä olevassa asiassa.

[139] Korah on sittemmin muuttanut kantaansa ja suhtautuu jaetun määräävän aseman käsitteeseen hyvin myönteisesti. Ks. Korah, ECLR (1999) s. 337–341.

selkeästi se, että 3 §:n 2 kohtaa voidaan soveltaa samantapaisissa tilanteissa kuin 82 artiklaa. Kaikki kirjoittajat toteavat lähes yksimielisesti, ettei määräävä asema koske pelkkää oligopolistien paralleelikäyttäytymistä.

Kirjallisuuden arviointia vaikeuttaa se, että tekijät ovat osin tarkoittaneet eri tilanteita käsitellessään jaetun määräävän aseman käsitettä. Yhteisen määräävän aseman käsite koostuu kahdesta tilanteesta a) tilanteet, joissa yritysten välillä on taloudellisia siteitä ja b) joissa kyse on pelkästä oligopolikäyttäytymisestä ilman taloudellisia siteitä. Osa kirjoittajista on näyttää tarkoittaneen ainoastaan puhtaita oligopolitilanteita, joissa osapuolten välillä ei ole sopimuksellisia tai muita taloudellisia siteitä. On pantava merkille, että P. Virtanen ei puhu yhteisestä tai jaetusta määräävästä asemasta, vaan pelkästään oligopolisäännöstä. Mahdollisesti P. Virtasen tarkoituksena on ollut rajata tarkastelunsa sellaisen oligopolistien välisen yhteiskäyttäytymisen mallintamiseen, jossa oligopolistien välillä ei ole sopimusta tai mitään muitakaan taloudellisia siteitä. Toteamus, ettei Suomessa ole oligopolisääntöä, kattaisi tällöin vain osan jaetun määräävän aseman potentiaalisista soveltamistilanteista. Toisaalta väärinkäyttövalvonnan osalta "puhdasta" oligopolisääntöä ei ole EY:ssä eikä edes Saksassa, minkä Virtanen itsekin myöntää. Puhdas oligopolikontrolli tulee kyseeseen lähinnä rakenteellisessa yrityskauppavalvonnassa, jota Virtanen ei kirjassaan käsittele.[140]

7.3.4 Systemaattisia näkökohtia

7.3.4.1 Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän käsitteen suhde kartellikieltoon

Selvästi virheellisenä on pidettävä *P. Virtasen* rinnastusta, jonka mukaan ainoastaan lain 4–6 §:ssä kiellettyä menettelytapaa voitaisiin pitää lain 3 §:n 2 momentissa tarkoitettuna määräävässä asemassa olevana elinkeinonharjoittajien yhteenliittymänä.[141] Kanta jättäisi elinkeinon-harjoittajien yhteenliittymän käsitteen ulkopuolelle mm. kaikki 6 §:n 2 kohdassa sallitut sopimusjärjestelyt.[142] Tulkinta on ristiriidassa lain tarkoituksen ja esitöiden sekä 3 §:n 2 momenttia koskevan oikeuskäytännön kanssa. Se, että elinkeinonharjoittajan

---

[140] Nähdäkseni Virtasen kanta jää vajaaksi juuri sen vuoksi, että laajasta otsikosta "Määräävän aseman kontrollointi" poiketen kirjassa käsitellään ainoastaan väärinkäyttövalvontaa. Laajemmassa tarkastelussa yhteys yrityskauppavalvontaan mahdollisesti olisi havaittu.

[141] Vrt. P. Virtanen (2001) s. 410.

[142] Ks. esim. jäljempänä mainittavia tapauksia *Teosto ry* ja *Gramex ry*. Tekijänoikeusjärjestöjä ei ole pidetty 6 §:ssä kiellettynä kartellina. Siitä huolimatta yhteisöjen on katsottu muodostavan 3 §:n 2 momentissa tarkoitetun yhteenliittymän.

yhteenliittymän käsite muistuttaa kartellia, on kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon yhteinen tausta huomioon ottaen ymmärrettävää eikä johda siihen, että lain 6 §:ssä ja 3 §:n 2 momentissa olisi kaikissa tapauksissa kyse samasta asiasta. Myös lain systematiikka puhuu tätä vastaan. Kun kerran kartellit on kielletty lain 6 §:ssä, täsmälleen saman asian kieltäminen lain 3 §:n 2 momentissa yhdistettynä 7 §:ään ei olisi mielekästä. Yleisten tulkintasääntöjen mukaan yksittäisille normeille on annettava sellainen merkityssisältö, että ne muodostavat mielekkään kokonaisuuden. Tästä seuraa, että lain 6 §:n ja 3 §:n 2 momentin elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän käsite ei ole keskenään identtinen. Elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä voi perustua kartelliin, mutta myös sallittuun toimintaan tai tätä väljempiin tekijöihin, jotka saavat elinkeinonharjoittajat käyttäytymään pidempiaikaisesti yhteisen suunnitelman mukaan. Samaa yksittäistä toimenpidettä ei voida pitää sekä kartellikiellon että jaetun määräävän aseman väärinkäyttökiellon vastaisena. Useampia kilpailunrajoituksia koskevaan kokonaisuuteen voi sisältyä sekä 6 §:n että 7 §:n vastaisia tekoja. Kartellissa kyse on yhteisestä toimenpiteestä ja määräävän aseman väärinkäytössä yksipuolisesta toimenpiteestä.

7.3.4.2 Oligopolistinen interdependenssi

Kotimaisessa kirjallisuudessa selvä enemmistö näyttäisi olevan sillä kannalla, ettei pelkkää oligopolistien välistä paralleelikäyttäytymistä voida pitää määräävän aseman väärinkäyttönä. Pitäisin itsekin tätä 3 §:n 2 momenttia koskevien esitöiden nojalla selvänä. Verrattaessa tilannetta EY:n käytäntöön, puhdas oligopolikäyttäytyminen muodostaa kuitenkin vain osan kysymyksestä.[143] Lain 3 §:n 2 momentissa tarkoitettu markkinavoima voi sinänsä olla joko yhdellä yrityksellä tai useamman yrityksen muodostamalla ryhmällä. Kummassakin tapauksessa markkinavoiman pitää kuitenkin olla vakaata. *Castrén* toteaa osuvasti, että oligopolissa yritykset eivät ole riippumattomia kilpailusta vaan päinvastoin riippuvaisia toistensa reaktioista. Tämän vuoksi tarvitaan sopimusjärjestely tai siihen rinnastettavia taloudellisia siteitä, jotka oikeuttavat kohtelemaan yrityksiä määräävässä asemassa olevana yhteenliittymänä. Castrénin huomiosta ei kuitenkaan seuraa, ettei Suomessa olisi jaetun määräävän aseman käsitettä, vaan se, ettei jaettua määräävänä asemana voida pitää pelkästään sitä, että markkinat ovat tiukan oligopolistiset, jolloin yrityksillä periaatteessa on mahdollisuus hintoja nostattavaan paralleelikäyttäytymiseen edellyttäen, että oligopolistit noudattavat samaa strategiaa. Lain 3 §:n 2 momentti edellyttää

[143] Se, että eri maiden lainsäädännössä samasta asiasta käytetään erilaisia nimikkeitä (jaettu määräävä asema/elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä), ei ole oikeusvertailussa ratkaisevaa, vaan huomio tulee kiinnittää normien merkityssisällön ja tavoitteiden samankaltaisuuteen tai erilaisuuteen. Ks. esim. Klami (1997) s. 19–21.

kotimaisen lainvalmisteluaineiston ja EY:n tuomioistuimen 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön nojalla sopimuksia, ristiinomistusta tai muita vastaavia lisätekijöitä, jotka saavat toisistaan itsenäiset yritykset käyttäytymään yhteisen yksikön tavoin.

7.3.4.3 EY:n kilpailuoikeuden tulkintavaikutus

Tutkittaessa lain esitöitä tarkoituksena on selvittää lainsäätäjän tahto. Subjektiivisen tulkintateorian mukaan tällä tarkoitetaan lainsäätäjän historiallista tahtoa. Tässä edustetun objektiivisen tulkintateorian mukaan laintulkinta on sopeutettava kulloinkin vallitsevaan tilanteeseen ja tarpeisiin. Ratkaisevaa ei ole se, mitä lainsäätäjä alun perin on tarkoittanut, vaan se, millaisen normin lainsäätäjä antaisi, kun otetaan huomioon uudet tarpeet. Subjektiivisen teorian vahvuutena esitetään yleensä suurempi oikeusvarmuus ja heikkoutena jäykkyys ja konservatiivisuus. Objektiivisen teorian vahvuutena on ajanmukaisuus ja joustavuus, heikkoutena vähäisempi ennakoitavuus.[144] Erityisesti kilpailuoikeuden kaltaisella alalla ei voida pitäytyä pelkän historiallisen tahdon tarkasteluun, vaan tulkinnan on sopeuduttava ajan vaatimuksiin. Oikeusnormien tulkinta voi ja sen pitääkin muuttua olosuhteiden muuttuessa. Vuoden 1987 esitöistä voidaan havaita, että jaetun määräävän aseman kaltainen tilanne on ollut harkinnassa lisättäessä elinkeinonharjoittajan yhteenliittymää koskeva määritelmä 3 §:n 2 momenttiin. Johtopäätösten tekeminen pelkästään vuoden 1987 esitöiden perusteella olisi kuitenkin vaarallista. On muistettava, että vuonna 1987 väärinkäytön kieltämistä ei näytetä edes vakavasti harkitun. Suomi ei ollut EU:n jäsen tai edes liittymässä, joten 82 artiklan soveltaminen kansallisissa viranomaisissa ei ole ollut esillä. Vuoden 1987 esitöitä olennaisemmalta vaikuttaa vuoden 1992 lakia koskeva eduskunnan lausuma, jonka mukaan väärinkäyttönormin tulkinnassa huomiota on kiinnitettävä EY:n kilpailuoikeutta koskevaan oikeuskäytäntöön.

Eduskunnan mukaan määräävän aseman väärinkäytön kieltämisessä tarkoituksena oli lähentää kansallista oikeutta EY:n kilpailuoikeuteen. Vuodesta 1995 alkaen RS 81 ja 82 artikla niitä koskevine keskeisine oikeustapauksineen *(acquis communautaire)* muodostavat osan Suomessa maansisäisesti voimassa olevasta kilpailuoikeudellisesta järjestelmästä. EY:n oikeuskäytäntö vaikuttaa ohjaavasti kansallisen lainsäädännön tulkintaan ja kaventaa kansallisen laintul-

---

[144] Käytännössä huomiota kiinnitetään sekä subjektiiviseen että objektiiviseen puoleen; kyse on pikemminkin niille annettavasta painoarvosta, joka voi vaihdella tilannekohtaisesti. Ks. esim. Larenz (1991) s. 316–320. Vrt. Aarnio (1982) s. 82, jonka mukaan subjektiivinen ja objektiivinen teoria ovat vain malleja, joiden mukaan oikean tulkinnan tulisi toimia. Tämäkin pitää paikkaansa, mutta samalla subjektiivinen ja objektiivinen teoria kertovat jotain olennaista siitä, kuinka suuri painoarvo lain esitöille tulee tai voidaan antaa.

kitsijan liikkumavaraa. Kansallinen ja ylikansallinen normisto ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Tulkittaessa kotimaista lainsäädäntöä on pidettävä huoli siitä, ettei se ole perustavassa ristiriidassa EY:n kilpailusääntöjen kanssa. Kyse ei ole pelkästä reaaliargumentista. Jos näin olisi, voitaisiin katsoa, että laintulkitsijan pitäisi pitäytyä yksinomaan vuoden 1988 lain esitöissä ja jättää "systeemin parantaminen" lainsäätäjän kontolle. EY-oikeudelle on nimenomaan ominaista, että lain soveltajalla on itsenäinen velvollisuus huolehtia siitä, että 81 ja 82 artiklan käytännöllinen tehokkuus toteutuu kaikissa niissä tapauksissa, joissa menettelyllä *voi* olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Käytännössä kauppavaikutuskriteeri täyttyy useimmissa merkittävissä kansallisissa tapauksissa. Velvollisuus ottaa 82 artikla huomioon heijastuu myös niihin tapauksiin, joissa kauppavaikutuskriteeri ei täyty, sillä puhtaan kansallisista syistä ei voida ajatella, että 7 §:n merkityssisältö hajoaisi erilaisiksi saarekkeiksi sen mukaan, täyttyvätkö 82 artiklan soveltamisedellytykset. Näin päädytään tilanteeseen, jossa lain 7 §:n merkityssisältö ilman nimenomaista harmonisointia lähestyy 82 artiklaa.

Jos syntyy tilanne, jossa tietty menettelytapa jää 3 §:n 2 momentin ja 7 §:n ulkopuolelle, mutta on 82 artiklassa kiellettyä, kansallisen viranomaisen on sovellettava tehokkaampaa normia. Tämä voi tapahtua soveltamalla suoraan 82 artiklaa tai ottamalla 82 artiklan sisältö huomioon annettaessa merkityssisältöä kansalliselle säännökselle. Tätä edellyttää EY:n kilpailuoikeuden käytännöllisen tehokkuuden turvaaminen. Toisen syyn EY-oikeuden huomioon ottamiselle antaa se, että oikeuskäytännön tehtävänä on huolehtia siitä, ettei kansallisen ja EY:n normiston välille synny olennaisia ristiriitoja, jotka vaikeuttaisivat elinkeinoelämän toimintaa. Käytännössä kahden toisistaan ratkaisevasti poikkeavan normiston soveltaminen johtaisi juuri tähän. Vuoden 1992 laki ja liittymisemme Euroopan unioniin muodostavat erityisen vahvoja syitä tulkita myös kansallista lakia siten, että jaetun määräävän aseman tilanteet kuuluvat sen alaisuuteen saman tyyppisissä tilanteissa kuin 82 artiklan mukaan. Yhteismarkkinoiden toimivuus ei edellytä sääntelyn identtisyyttä. Erojen on kuitenkin säilyttävä sellaisina, ettei olennaisia repeämiä synny. Nämä näkökohdat ovat olleet kansallisen jaettua määräävää asemaa koskevan oikeuskäytännön taustalla. EY:ssä jaetun määräävän aseman käsite muodostaa avainaseman käsitteen ohella merkittävimmän kehityspiirteen 82 artiklaa koskevassa 1990-luvun oikeuskäytännössä. Mikäli tilannetta Suomessa jouduttaisiin tulkitsemaan siten, että jaettuun määräävään asemaan rinnastuisivat tilanteet jäisivät kokonaan väärinkäyttökiellon ulkopuolelle, EY:n ja kansallisen lainsäädännön välille avautuisi ammottava kuilu. Tilanne ei kuitenkaan ole tällainen. Oikeuskäytännössä 3 §:n 2 momenttiin kuuluva elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän käsite mahdollistaa lain soveltamisen niissä tilanteissa, joissa yritysten väliset taloudelliset siteet saavat ne käyttäytymään yhteisen taloudellisen yksikön tavoin.

Vuoden 1992 lain esityöt eivät säädöstasolla muuta 3 §:n 2 momenttia. Tulkinnallisesti on kuitenkin otettava huomioon, että eduskunta hallituksen esityksestä poiketen antoi nimenomaista merkitystä EY:n kilpailuoikeudelle ja kielsi väärinkäytön. Hallituksen esityksen muuttamista tältä osin perusteltiin tarpeella lähentää kotimaista oikeutta EY:n kilpailuoikeuteen. Eduskunnan vuoden 1992 määräävän aseman väärinkäyttökieltoa koskevan lausuman mukaan väärinkäyttökieltoa tulkittaessa huomiota tulee kiinnittää EY:n kilpailuoikeutta koskevaan oikeuskäytäntöön. Eduskunta perusteli tarvetta kieltää määräävän aseman väärinkäyttö tarpeella lähentää kotimaista kilpailuoikeutta EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Vuoden 1995 EU-jäsenyydestä alkaen 81 ja 82 artikla muodostavat osan kansallisesta oikeusjärjestelmästämme. Normit ovat suoraan sovellettavissa, tuovat yksilöille suoria oikeuksia ja menevät ristiriitatilanteissa kansallisten normien edelle. Lainkäytössä ne on otettava huomioon joko suoralla soveltamisella tai antamalla niille tulkintavaikutus epäsuoran soveltamisen kautta.

Ottaen huomioon määräävän aseman väärinkäyttöä koskevat eduskunnan perustelut ja EU-jäsenyyden tuomat muutokset,[145] huomiota tulee kiinnittää 82 artiklaa koskevaan EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Tähän on syytä myös sen vuoksi, että kansallisten viranomaisten on joka tapauksessa otettava 82 artikla huomioon soveltaessaan kansallisia säännöksiä. Kansallista oikeutta on mahdollisuuksien mukaan tulkittava siten, ettei se ole ristiriidassa EY:n kilpailuoikeuden kanssa tai estä sen tehokasta soveltamista. Mikäli EY-oikeus johtaa tehokkaampaan lopputulokseen, on sitä sovellettava. Ensisijaisesti tulkinnalliset erot on pyrittävä ratkaisemaan sovittamalla EY-oikeus ja kansalliset säännökset yhteen. Vasta toissijaisesti EY-oikeus rikkoo kansallisen oikeuden. EY-oikeuden yhdenmukaiseen soveltamiseen liittyvät näkökohdat puhuvat vahvasti jaetun määräävän aseman käsitteen puolesta. Kun jaetun määräävän aseman käsite on hyväksytty EY-oikeudessa, muodostaa se perusteen siihen rinnastuvan käsitteen olemassaololle myös kansallisen oikeuden mukaan.

[145] Tarkalleen ottaen tilanne muuttui jo vuoden 1994 alusta voimaan tulleella ETA-sopimuksella, jonka kilpailuartiklat myös ovat suoraan sovellettavia. Liittyminen EU:n jäseneksi antaa kuitenkin EY-oikeuden soveltamiselle uuden ulottuvuuden Suomen liityttyä osaksi oikeusyhteisöä, jonka toiminnassa kilpailusäännöillä on keskeinen merkitys.

7.3.5 Kotimainen oikeuskäytäntö

Finntugs-tapausta[146] voidaan pitää ensimmäisenä varsinaisena[147] kotimaisen lain perusteella ratkaistuna yhteisen määräävän aseman väärinkäyttötapauksena. Kilpailuneuvoston ratkaisu kohdistui ajanjaksoon vuodesta 1992 eteenpäin, jolloin Alfons Håkans omisti 50 % Finntugsista.[148] Yritykset käyttäytyivät ulospäin yhdenmukaisella tavalla. Elinkeinon-harjoittajien voitiin katsoa muodostavan yhteisen taloudellisen yksikön. Lain 3 §:n 2 momentin yrityksen yhteenliittymän määritelmä täyttyi, koska yhtiöiden välillä oli taloudellisia siteitä ja yhteistoimintaa voitiin pitää tietoisena ja suunnitelmallisena.

"Vuoteen 1998 Alfons Håkans omisti 50 % Finntugsista. Mainittuna vuonna Alfons Håkans hankki omistukseensa loput Finntugsin osakkeista. Yhtiöt voivat kaupan johdosta käyttää hinaajissa esimerkiksi samaa henkilökuntaa. Sen sijaan vastineen mukaan aikaisemmin yhtiöt toimivat aidosti erillisinä liiketoiminta-yksiköinä. Kilpailuneuvosto toteaa asiakirjoista ilmenevän, että yhtiöt ovat jo tätä ennenkin esiintyneet yhtenäisesti asiakkaisiin nähden muun muassa tekemällä yhteisiä tarjouksia. Finntugsin toiminta on varsin pitkälti organisoitu Alfons Håkansin yhteyteen. Alfons Håkansin toimitusjohtaja oli vuoteen 1997 asti myös Finntugsin toimitusjohtaja. Kilpailuneuvosto katsoo siten yhtiöiden toimineen yhdenmukaisen liiketoimintastrategian mukaan ja yhtenäisenä taloudellisena yksikkönä jo ennen vuonna 1998 tapahtunutta omistusjärjestelyä."

Riittävän voimakkaan ulkopuolisen kilpailun puuttumisen osalta huomiota kiinnitettiin satamahinauksia suorittavien yritysten lukumäärään, hinaajien määrään ja yritysten liikevaihdoista sekä satamahinausmarkkinoiden kilpailu-olosuhteista esitettyihin tietoihin. Alfons Håkansille ei ollut käytännössä vaihtoehtoja satamahinauksissa Helsingistä Kaskisiin ulottuvalla alueella. Haminasta Sköldvikiin ulottuvalla alueella Finntugsin lisäksi toimivien kilpailevien hinaajayritysten kapasiteetit huomioon ottaen myöskään kyseisellä alueella ei ollut sellaista yritystä, joka tosiasiallisesti pystyisi tarjoamaan Alfons Håkansille ja Finntugsille kilpailukykyisen vaihtoehdon satamahinauksissa. Alfons Håkansin ja Finntugsin yhdessä muodostama yhteenliittymä saattoi vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin satamahinauksen markkinoilla kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla.

---

[146] *Alfons Håkans ja Finntugs*, d:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.

[147] Kilpailuneuvosto viittasi yhteisen määräävän aseman mahdollisuuteen *Normilk*-tapauksessa. Kilpailuneuvosto totesi *obiter dictum*, että yhden yrityksen ohella määräävä asema voi olla useammalla yrityksellä yhdessä, jolloin puhutaan jaetusta määräävästä asemasta. Syyn viittaukseen antoi se, että Normilkin määräävä asema perustui Valiossa harjoitettuun markkinointiyhteistyöhön, joka piti sisällään mm. tuotannon rajoittamista ja markkina-alueiden jakamista. Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään, että yritysten voidaan katsoa olevan yhteisessä määräävässä asemassa, jos niiden voidaan osoittaa toimivan yhteisessä tarkoituksessa ja yhteisesti vahvistetuin menettelymuodoin. Määritelmä on otettu lain 3 §:n 2 momenttia koskevista esitöistä.

[148] Vuonna 1998 Alfons Håkans osti Finntugsin koko osakekannan.

Kilpailuneuvosto katsoi, että yhtiöillä oli *yhteinen määräävä asema*, kun otettiin huomioon yhtiöiden väliset omistussuhteet[149] ja muut taloudelliset siteet, yhdenmukainen käyttäytyminen markkinoilla, kokonaisvaltaisen vahva asema suhteessa kilpailijoihin ja riittävän korvaavien vaihtoehtojen puuttuminen asiakkailta. Korkein hallinto-oikeus on hiljattain hylännyt kilpailuneuvoston päätöstä koskevan valituksen. KHO totesi, että kyse oli yhteisestä määräävästä markkina-asemasta niillä perusteilla, joita kilpailuneuvoston päätöksessä on esitetty. Yhtiöiden oli katsottava syyllistyneen yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöön.[150] *Finntugs-tapauksen myötä yhteisen määräävän aseman konseptin on katsottava tulleen hyväksytyksi Suomen kilpailuoikeudessa.*

Tapauksessa *Telia/Sonera*[151] tarkasteltavaksi tuli kysymys siitä, onko kahden verkonhaltijan, Soneran ja Radiolinjan, katsottava olevan yhteisessä määräävässä asemassa matkapuhelinverkkoon pääsyn markkinoilla Suomessa. Kyse oli Teliaan sovelletuista verkkovuokrauksen ehdoista ja siihen liittyväksi väitetystä yhteisen määräävän aseman väärinkäytöstä. Väitteenä oli, että epäedullisten verkon vuokrausehtojen tarjoaminen rajoittaa pääsyä Suomen markkinoille. Kilpailuneuvosto katsoi, että vaikka asia ratkaistaan Suomen kilpailunrajoituslain perusteella, sen tulkinnassa tulee ottaa huomioon EY-oikeus.[152]

---

[149] On huomattava, että kyse ei ollut kilpailuoikeudellisesta konsernista. Vrt. Åkermarck/Ramm–Schmidt (2001); P. Virtanen (2001) s.411. Konsernien osalta voidaan viitata edellä *Irish Sugar* -tapauksen yhteydessä esitettyyn. Jotta konsernisuhde olisi kilpailuoikeudellisesti merkityksellinen, edellyttää se määräysvaltaan johtavan omistuksen ohella sitä, että emoyhtiö ohjaa päivittäin tytäryhtiön toimintaa. Po. tapauksessa väärinkäyttönä pidettiin toimenpiteitä, joilla pyrittiin vaikeuttamaan pienemmän hinaajayrityksen toimintaa. Yritykset mm. tarjosivat alennuksia sillä ehdolla, että asiakkaat eivät ryhdy liikesuhteisiin pienemmän kilpailijan kanssa. Kyse oli myös kieltäytymisestä yhteistyöstä hinaustilanteessa aavalla merellä. Kilpailuneuvoston päätös ei perustunut siihen, että yritysten olisi katsottu sopineen kilpailunrajoituksista keskenään. Osittain väärinkäyttö oli sen luonteista, että sopiminen tai toimiminen emoyhtiön määräysten mukaisesti olisi ollut epätodennäköistä. Selvänä konsernitilannetta oli pidettävä vuonna 1998 tapahtuneen koko osakekannan ostamisen jälkeen. Tapahtuma ei kuitenkaan ole merkityksellinen sitä edeltävien väärinkäyttötilanteiden arvioinnin kannalta. Näin ollen 50 %:n omistussuhde ei poistanut tarvetta soveltaa yhteisen määräävän aseman käsitettä. Päinvastoin, se loi yritysten välille samanlaisen taloudellisen siteen kuin EY:n tapauksessa *Irish Sugar*.

[150] KHO:n päätös 25.1.2002, taltio 182, d:o 2347/1/00.

[151] *Telia Mobile Aktiebolagetin Suomen sivuliikkeen* (aikaisemmin Telia Finland Oy) valitus kilpailuviraston päätöksestä koskien epäiltyä kilpailun rajoittamista kansallisen verkkovierailun hinnoittelussa, d:o 22/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 11.12.2001.

[152] EY:n komissio antoi kilpailuneuvostolle lausunnon koskien yhteisen määräävän markkina-aseman käsitettä ja soveltamista EY-oikeudessa. Lausunnon tarkoitus oli ilmaista komission yleinen mielipide sovellettavista periaatteista tämän asian valossa. Kyse lienee ensimmäisestä tapauksesta, jossa komissio on soveltanut ennakollisesti EY:n kilpailuoikeuden modernisaatiopakettiin liittyvää *amicus curiae* -menettelyä, jossa komissio voi myös omasta aloitteestaan lausua kansallisessa tuomioistuimessa näkemyksensä 81 ja 82 artiklan soveltamiseen liittyvästä oikeuskysymyksestä.

Suomalaisilla matkaviestinmarkkinoilla on useita piirteitä, jotka viittasivat Soneran ja Radiolinjan yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaoloon. Valtakunnallisia matkaviestinpalveluita tarjoaa kaksi yritystä, joiden palvelut ovat sisällöltään, laadultaan ja hinnaltaan lähes samanlaisia.[153] Kummankin yhtiön verkkokapasiteetti mahdollistaa palvelutarjonnan voimakkaan lisäämisen, mitä periaatteessa voidaan käyttää sanktiomekanismina.[154] Markkinoille tulo ei ole esteetöntä; matkaviestinverkon rakentaminen vaatii toimiluvan ja verkon rakentaminen on kallista ja aikaa vievää. Soneralla ja Radiolinjalla on mahdollisesti yhteinen intressi olla vuokraamatta verkkojaan kilpailijoille ja niillä on yhdessä mahdollisuus vaikeuttaa uusien kilpailijoiden alalle tuloa. Tämä tekijä vaikuttaa rakenteellisesti kilpailua estävästi.

Markkinoilla oli kuitenkin myös kilpailua lisääviä ja oligopolin toimintaa vaikeuttavia piirteitä. Matkaviestinverkkojen teknologia kehittyy voimakkaasti, käytetty verkkotekniikka on nopeasti vaihtunut analogisesta NMT-verkosta digitaaliseen GSM-verkkoon ja GSM-teknologiaa kehitetään edelleen mm. kasvattamalla verkkojen datasiirtokapasiteettia. Lisäksi markkinoille ovat tulossa kolmannen sukupolven UMTS-matkaviestinverkot. Myös uusia palveluita kehitetään ja tuodaan markkinoille nopeassa tahdissa. Matkaviestinpalveluiden käyttäjämäärät ovat viime vuosina lisääntyneet selvästi. Sonera ja Radiolinja ovat myös kustannusrakenteeltaan ja taloudellisilta voimavaroiltaan erilaisia yrityksiä. Sonera on aloittanut oman valtakunnallisen matkaviestinverkkonsa rakentamisen ja matkaviestinpalveluiden tarjoamisen laajassa mitassa jo NMT-kaudella. Lisäksi Soneran osuus koko matkaviestintoiminnan liikevaihdosta oli 69 % vuonna 1998. Radiolinjan tulos on ollut tappiollinen vielä 1990-luvun puolivälissä. Soneralla on matkaviestinpalveluiden markkinoilla määräävä markkina-asema ja näin ollen selvästi Radiolinjaa vahvempi asema. Neuvotellessaan Telian kanssa kansallisesta verkkovierailusta yhtiöt ovat tehneet toisistaan sekä hinnaltaan että muilta ehdoiltaan poikkeavia tarjouksia.

---

[153] Kilpailuneuvosto katsoi, että Soneralla ja Radiolinjalla voitaisiin katsoa olevan yhteinen määräävä markkina-asema verkkoon pääsyn markkinoilla, jos huomiota kiinnitettäisiin vain rakenteellisiin tekijöihin. Yhtiöt hallitsevat yhdessä kyseeseen tulevia verkkoja lähes kokonaisuudessaan. Uusien verkkojen rakentamismahdollisuus ei vaikuttanut riittävältä vaihtoehdolta Soneran ja Radiolinjan hinnoitteluvallan rajoittamiseen. Oligopolin ulkoista kilpailua koskeva kriteeri näytti siten täyttyvän. Sen sijaan kyseenalaisemmalta vaikutti se, missä määrin oligopolin sisäisen kilpailun voitiin katsoa oleva siinä määrin rajoittunutta, että yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltamiselle on perusteita.

[154] Ylikapasiteetti luo uskottavan uhan siitä, että kilpailijat vastaavat hinnanalennukseen omilla alennuksilla, mikä saa oligopoliyritykset pitäytymään aggressiivisesta hintakilpailusta. Nyt kuitenkin tarkastelun kohteena olivat verkkoon pääsyn markkinat, joissa kyse on Telian kanssa solmittavan verkkopalvelusopimuksen ehdoista. Verkkoon pääsyä *(access)* koskevaa sopimusta on pidettävä perusluonteeltaan lähinnä ainutkertaisena pelitilanteena *(one shot game)*. Ainutkertaisessa sopimustilanteessa ylikapasiteetti toimii pikemminkin markkinoiden kilpailullisuutta lisäävänä kuin sitä vähentävänä tekijänä. Tällaisessa tilanteessa yrityksen intressissä on poiketa kollusiivisesta hinnasta lisätäkseen oman verkkonsa käyttöastetta. Toisaalta tarkastelussa oli otettava huomioon se, että mikäli verkkoon pääsyä koskeva sopimus tehdään, Telia ryhtyy harjoittamaan kilpailevaa toimintaa matkapuhelinpalveluja koskevilla markkinoilla sopimuksen tehneen yrityksen kanssa.

Asiassa ei oltu selvitetty, että Soneralla ja Radiolinjalla olisi suunnitelmallista ja tietoista yhteistoimintaa tai rakenteellisia siteitä, jotka olisivat merkityksellisiä relevanteilla markkinoilla. Ei ollut olemassa myöskään mitään verkkoon pääsyä käsittelevää yhteistyöelintä, jonka toiminnan piirissä Sonera ja Radiolinja voisivat vaihtaa kaupallisesti merkityksellistä tietoa. Vaikka lähtötilanne antoi viitteitä yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolosta, markkinatilanne kokonaisuutena ei kuitenkaan tukenut tätä. Tekninen kehitys, kasvava kysyntä ja kyseessä olevien teleyritysten erilaiset kustannusrakenteet vaikuttavat toimialan mahdollisuuksiin ylläpitää pysyvää kolluusiota. Yhtiöiden taloudelliset voimavarat sekä uusista liittymäasiakkaista käytävä kova kilpailu olivat omiaan lisäämään yritysten välistä kilpailua ja estämään yhdenmukaista ja kilpailua rajoittavaa käyttäytymistä. Huomionarvoista oli myös, että Suomessa matkapuhelinpalveluiden hintataso on suhteellisen alhainen EU:n laajuisesti, mikä tukee todellisen kilpailun olemassaoloa yhtiöiden välillä. Soneran ja Radiolinjan käyttäytyminen kansallisiin matkaviestinverkkoihin pääsyn markkinoilla ei ole ollut siinä määrin yhdenmukaista, että se osoittaisi yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon.

Kilpailuneuvosto katsoi, ettei Soneralla ja Radiolinjalla ole yhteistä määräävää markkina-asemaa valtakunnallisiin matkaviestinverkkoihin pääsyn markkinoilla. Asia palautettiin kuitenkin kilpailuvirastolle uuteen käsittelyyn kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella.[155] Vaikka yhteisen määräävän aseman olemassaolo tapauksessa torjuttiin, perustelujen mukaan yhteisen määräävän aseman soveltaminen oli tapauksessa suhteellisen lähellä.[156]

7.4 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Yhteisen määräävän aseman konsepti vaikuttaa houkuttelevalta sillä se lisää kilpailuoikeuden keinovalikoimaa ongelmalliseksi koetussa sokeassa pisteessä. Se on kuitenkin ongelmallinen. Ensinnäkin, konseptin soveltaminen aiheuttaa *juridisia rajanveto-ongelmia*. Jos yhteinen määräävä asema perustuu sopimukseen, lainkäyttäjän on ratkaistava päällekkäisen soveltamisen ongelma. Aukkojen peittämiseksi kilpailulainsäädäntö pyritään yleensä kirjoittamaan ja sitä tulkitsemaan siten, että normit menevät mieluummin päällekkäin kuin jättävät olennaisia kiertoteitä vapaaksi. Kuitenkaan täsmälleen saman menettelyn pitämistä kartellina ja väärinkäyttönä ei voida pitää järkevänä. Toiseksi, kilpailulainsäädännön kieltojen ulottamista pelkkään kilpailijoiden seuraamiseen voidaan pitää *oikeusturvan* kannalta ongelmallisena. Oligopoli on olosuhde, ei kilpailunrajoitus. Määräävä asema ei ole itsessään kielletty, joten väärinkäytön

[155] Kilpailuviraston tuli uudessa tutkimuksessa selvittää, aiheutuuko Soneran verkkohinnoittelusta sanotussa lainkohdassa tarkoitettuja vahingollisia vaikutuksia.
[156] Kilpailuneuvoston päätöstä koskeva valitus oli tätä kirjoitettaessa vireillä KHO:ssa.

sanktioiminen edellyttää moitittavaa, syyksi luettavaa menettelyä. Kolmanneksi, yhteisen *määräävän aseman käsite on taloustieteessä ambivalentti.* Kollektiivisen markkinavoiman osoittaminen on yhden yrityksen markkinavoiman todistamista vaikeampaa. Oligopolissa yritykset hyötyvät yhdenmukaisesta käyttäytymisestä, mutta ne säilyvät silti toistensa kilpailijoina. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty osoittamaan, että oligopolia leimaa sisäinen jännite individuaalisen ja kollektiivisen edun välillä, mikä tekee niiden kilpailuoikeudellisesta haltuunotosta hankalan.

Oligopolikäyttäytymisen oikeudellista hallintaa voidaan pitää ehkä vaikeimpana kilpailuoikeuden osa-alueena. Eri tilanteiden erottaminen toisistaan edellyttää hienojakoista oikeudellista ja taloudellista analyysiä. Taustalla oleva taloustiede on dynaamista sekä osin riidanlaista ja inkonklusiivista. Kunnollisiin johtopäätöksiin päästään vasta konkreettisen markkina-analyysin perusteella. Muutos yhdessä käyttäytymiseen vaikuttavassa tekijässä voi kääntää lopputuloksen päälaelleen. Monet johtavat kilpailun taloustieteilijät ovat todenneet, että oligopolitutkimus on vasta pääsemässä kantaviin lopputuloksiin.

Oligopolien yleisyydestä[157] johtuen tehokkaiden lääkkeiden etsinnälle on tilaus. Haitallisina pidettyihin oligopolikäyttäytymisen muotoihin yritetään puuttua kartellikiellon, määräävän aseman väärinkäyttökiellon ja preventiivisesti yrityskauppavalvonnan avulla.[158] Jokaisen instrumentin osalta kriittinen kysymys kuuluu, millä edellytyksillä soveltamisalaa voidaan laajentaa normin ydinsisällöstä oligopolien suuntaan: kartellikiellon osalta venyttämällä yhdenmukaisen menettelytavan käsitteen juridista merkityssisältöä ja laskemalla näyttötaakkaa taloudellisen näytön osalta alemmaksi;[159] väärinkäyttönormin osalta tarkastelemalla yhden yrityksen markkinavoiman ohella myös kollektiivista markkinavoimaa erilaisten jaettua määräävää asemaa koskevien oikeudellisten konstruktioiden (EY:ssä "yhteinen yksikkö" ja Suomessa "elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä") avulla ja yrityskauppavalvonnan osalta laskemalla kieltokynnystä yhden yrityksen määräävästä asemasta myös jaettuun määräävään asemaan.[160] Lisäksi voidaan harkita keskittymien pilkkomista koskevan

---

[157] Howardin ja Stanburyn mukaan oligopoli on länsimaisissa teollisuusyhteiskunnissa yleisin markkinamuoto. Kirjoittajat käsittelevät kokonaisvaltaisesti oligopolien kilpailuoikeudellista sääntelyä erityisesti taloustieteen ja Kanadan kilpailuoikeuden näkökulmasta. Ks. Howard/Stanbury (1990).

[158] Ilmeisesti minkään edistyneen kilpailuoikeusmaan oikeuskäytännössä *pelkän* omaehtoisen oligopolistien välisen paralleelikäyttäytymisen perusteella ei ole määrätty seuraamusmaksuja määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Kysymys on aina siitä, mitä lisäkvalifikaatioita väärinkäyttökiellon soveltaminen edellyttää. Toisaalta otettaessa laajempi näkökulma kilpailuoikeudessa ei itse asiassa olekaan juuri muuta kuin *erilaisia* "oligopolisääntöjä". Valtaosa kilpailuviranomaisten käsittelemistä asioista koskee erimuotoisia oligopoleja.

[159] Näitä kysymyksiä on käsitelty kartelleja koskevassa pääosiossa.

[160] Tämä on relevantti kysymys EY:n ja Suomen yrityskauppavalvonnan osalta. Sitä vastoin Yhdysvalloissa oligopolit muodostavat jo lain sanamuodon ("substantially lessens competition") perusteella yrityskauppavalvonnan keskeisen kohteen.

erityisen lainsäädännön[161] tai raportointivelvollisuuksien[162] käyttöön ottamista tai sitä, missä määrin erilaisia yleislausekkeita on mahdollista soveltaa oligopoleihin. Nähdäkseni oligopolien kilpailuoikeudellisen sääntelyn ymmärtäminen ei ole mahdollista, ellei normien keskinäiseen työnjakoon ja vuorovaikutussuhteisiin kiinnitetä riittävästi huomiota.

7.4.1 Kartellin ja määräävän aseman välisen eron liukuvuus

Tarkasteltaessa kartelleja ja määräävän aseman väärinkäyttöä koskevia tilanteita on todettava, että "perinteinen" tai "selväpiirteinen" raja kartellien ja määräävän aseman välillä osoittautuu syvällisemmässä tarkastelussa täydelliseksi fiktioksi. Hyvää aineistoa tarjoaa Yhdysvaltain trustiutumisen tarkastelu 1800-luvun lopulla[163] tai Saksan kartellisoitumiskehitys 1900-luvun ensimmäisinä vuosikymmeninä.[164] Sopimuksilla synnytetyt trustit ryhtyivät sanelemaan hintoja ja ajamaan kilpailijoita markkinoilta. *M. Virtasen* väitöskirjasta käy hyvin ilmi, miten määräävän markkina-aseman käsite on lähtenyt kehittymään Saksassa kartelleja koskevan oikeuskäytännön perusteella.[165] Määräävän aseman väärinkäyttö irtaantui aikaa myöten kartelleista erilliseksi tunnusmerkistöksi. Ensimmäisessä vaiheessa saavutetaan markkinavoimaa yhteisin sopimuksin ja toisessa vaiheessa markkinavoimaa väärinkäytetään esim. pakottamalla kartellin osapuolia osallistumaan kartelliin. Se, tarkastellaanko tilannetta kartellina vai yksipuolisena väärinkäyttönä, riippuu siitä, kiinnitetäänkö päähuomio markkinavoiman syntyyn eli kartellisopimukseen vai markkinavoiman väärinkäyttöön.[166] Rajanvetoon vaikuttaa mm. se, onko kyse löyhästä vai kiinteästä yhteistyöstä. Toisena piirteenä kilpailuviranomaisen oikeudellisen instrumentin

---

[161] Tällaista on käytössä USA:ssa, ja erityisesti 1970-luvulla esitettiin vaatimuksia oligopolien pilkkomisesta. Näin pitkälle lainsäädäntöä ei ole kuitenkaan ulotettu. Viimeinen tunnettu esimerkki pilkkomisesta on vireillä oleva Microsoftia koskeva monopolisoimiskanne, joka tätä kirjoitettaessa edelleen on kesken.

[162] Ks. esim. Bishop (1983).

[163] Ks. esim. Thorelli (1954) s. 63 ss.

[164] Ks. esim. Eucken (1952) s. 31, 169–179; Cox (1981) s. 227 ss.

[165] Ks. Virtanen (1998) s. 78–84. Virtanen (s. 83) kiinnittää huomiota siihen, että kartellien päämääränä nähtiin mm. juuri markkinoiden hallinta (*Marktbeherrschung*), mikä on vähemmän kuin täydellinen monopoli. Yhteys määräävään markkina-asemaan (*Marktbeherrschende Stellung*) on nähdäkseni selvä, etenkin kun otetaan huomioon, ettei kartelleja tuolloin ollut kielletty, vaan niitä ainoastaan pyrittiin valvomaan vuoden 1923 kartelliasetuksella. Kartellien sallittavuus mahdollisti kiinteät syndikaatit ja muut yhteenliittymät. Alan oikeuskäytännössä nousi esille markkinavoiman väärinkäyttö tilanteissa, joissa tietty yritys halutaan saada taipumaan sisäiseen tai ulkoiseen kartellipakkoon.

[166] M. Virtasen aikaisemmassa työssä (1993) kilpailunrajoitukset luokitellaan kolluusioon, poissulkemiseen ja asiakkaan hyväksikäyttöön.

valintaan vaikuttaa se, suoritetaanko tarkastelun kohteena oleva yksittäinen toimenpide yhdessä vai yksittäisen kartellin jäsenen toimenpiteenä.[167]

Kartellin ja määräävän aseman välinen ero on toki selvä koulukirjamaisissa esimerkeissä, joissa yksi suuri yritys yksinään hallitsee markkinoita tai joissa kartellin toimintaa ei ylläpidetä sisäisellä tai ulkoisella kartellipakolla. Taustalla on ajatus, että määräävä asema saavutetaan sisäisellä kasvulla tai yrityskaupalla, kun taas kartelli syntyy sopimuksella. Kartellissa kyse on osapuolten yhteisestä tahdosta ja väärinkäytössä yksipuolisesta hyväksikäytöstä. Kartelli on löyhä, salainen ja epävakaa ja määräävä asema kiinteä, julkinen ja sementtiin valettu. Kartellissa täytyy ottaa muut huomioon, määräävässä asemassa ei. Kartellissa on monta ja määräävässä asemassa yksi. Edellä olevat luonnehdinnat soveltuvat perusopetukseen, mutta eivät vaativien kilpailutapausten ratkaisemiseen. Jaetun määräävän aseman käsitteen uutuus on siinä, että se tuo kolluusiota ja kollektiivista markkinavoimaa koskevan tarkastelutavan määräävän aseman käsitteeseen.[168] Talouden verkottuessa yhden yrityksen ja markkinoiden väliin muodostuu kolmas ulottuvuus, verkostomuotoinen yhteistyö.[169] Talouden "post-modernisoituessa" selväpiirteiset raja-aidat yritysten ja markkinoiden välillä hämärtyvät. En tässä yhteydessä mene laajemmin ekonomistien väliseen kiistakysymykseen, missä määrin kyse on kokonaan uudesta paradigmasta[170] tai enemminkin uusien hyödykkeiden dynaamisesta kehitysvaiheesta.[171] Joka tapauksessa verkostotaloudessa havaitaan yhä enemmän ilmiöitä, joiden luokitteleminen edellyttää kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon väliin uutta kategoriaa. Mielestäni Rissasen ym. kanta jättää erilaisten yhteistyötilanteen suuren kirjon ja oligopolin erityisongelmat liian vähälle huomiolle. Kaikkia elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän synnyttämiä tilanteita ei ole kielletty lain 6 §:ssä. Laaja-alaisten kilpailunrajoitusten osalta yritysten toiminta voi hyvinkin pitää sisällään sekä kartellikiellon että määräävän aseman väärinkäyttökiellon alaan kuuluvia menettelytapoja. Olettamus kartellikiellon ja väärinkäyttökiellon rajan selväpiirteisyydestä on ajalta ennen kieltoperiaatteeseen siirtymistä, jolloin mitään omaehtoisia kokemuksia tai traditiota kieltonormien rajanvetokysymyksistä Suomessa ei ole voinut olla.

---

[167] Ulkoisen kartellipakon merkitys oli tarkastelussa päällimmäisenä siihen aikaan, jolloin kartelleja ei oltu Saksassa kielletty ja ne saattoivat avoimesti käyttää markkinavoimaansa. Sisäisellä kartellipakolla pidettiin kartellin jäsenet kurissa ja ulkoisella kartellipakolla pakotettiin ulkopuolisia pienyrityksiä joko liittymään kartelliin tai ainakin olla pilaamatta kollektiivisen markkinavoiman edellytyksiä. Saksan vuoden 1923 kartelliasetuksella pyrittiin kieltämään kartelleilta taloudellisen valta-aseman väärinkäyttö. Suomen vuoden 1988 laki on perusajatukseltaan samansisältöinen. Siinäkään kartelleja ei kielletty, vaan ne ainoastaan saatettiin väärinkäyttövalvonnan alaiseksi.

[168] Tämä koskee väärinkäytön ohella myös yrityskauppavalvontaa, kuten jäljempänä osoitetaan.

[169] Ks. yksityiskohtaisemmin Virtanen Martti, Verkostotalous ja kilpailuoikeus (2001).

[170] Ks. esim. M. Virtanen (2000) ja Määttä/Virtanen (2001).

[171] Ks. Stenbacka (2000).

Kyse on täytynyt olla ennemminkin olettamuksesta, miten muualla kieltoja sovelletaan. Nähdäkseni kaikissa kehittyneemmissä kilpailuoikeudellisissa järjestelmissä rajanveto nähdään liukuvana ja monipuolista tarkastelua edellyttävänä operaationa. EY:ssä, Yhdysvalloissa ja Saksassa normien soveltamisala menee tietoisesti osittain päällekkäin. Kartelli- ja väärinkäyttövalvonnan välimaastoon muodostuu erityisiä tunnusmerkistöjä, joilla pyritään kattamaan kolluusion, poissulkemisen ja asiakkaan hyväksikäyttämisen rajatilanteita.[172] Kilpailuoikeutemme kehittäminen edellyttää luopumista liian helpoista lähtökohtaoletuksista.

7.4.2 Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon ongelmia

Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökielto on erittäin vaativa normi ja sen soveltamisessa on oltava varovainen. Ei siten voida yhtyä osittain esitettyihin vaatimuksiin, joiden mukaan oligopolivalvonta tulisi tehdä yksinkertaiseksi. Sovellettaessa jaetun määräävän aseman käsitettä siitä tulee pakostakin eräänlainen kartellikiellon apuväline. Tämä johtuu siitä, että tutkimuksessa on aina kiinnitettävä huomiota siihen, onko oligopolistien välinen kilpailu rajoittunutta. Tämä supistaa normin soveltamisalaa. Käyttöön ei saada oligopoleja koskevaa yleisavainta. Nähdäkseni muunlainen kanta[173] olisi talousteoreettisesti perusteeton ja johtaisi käytännössä mielivaltaisiin lopputuloksiin. Epäilemättä oligopolistien välinen paralleelikäyttäytyminen voi johtaa tilanteeseen, jossa hinnat

---

[172] Esimerkiksi EY:n *Compagnie Maritime Belge* kaltaisen tapauksen sijoittaminen pelkästään kartelli- tai väärinkäyttökiellon alle tekisi vääryyttä kummallekin normikokonaisuudelle. Oikeudenalan kehitys on ajanut yksinkertaisesti joko-tai-asetelman ohi, joka alun perinkään ei ole ollut historiallisesti tai asiallisesti perusteltu.

[173] P. Virtanen (2000) toteaa Saksan osalta, että väärinkäyttövalvonnassa tulisi luopua sen selvittämisestä, onko oligopolistien keskinäinen kilpailu rajoittunutta (s. 259–261) ja suosittaa EY:n osalta tulkintaa, jossa taloudellisten siteiden tutkimisesta luovuttaisiin kokonaan (s.491–492). Kannat eivät vastaa kyseisten maiden oikeuskäytäntöä, joten kyse on lähinnä de lege ferenda suosituksesta. Mielestäni kumpaakin kantaa on pidettävä sekä taloustieteellisesti että oikeuspoliittisesti ongelmallisena korpustekstissä esitetyin perustein. Suomen osalta en löydä varsinaista suositusta. Tekijä tosin käsittelee Suomen oikeutta oligopolisäännön perusteella, mikä viittaa samantapaiseen ajattelutapaan kuin EY:n ja Saksan osalta. P. Virtasen esittämässä riisutussa, puhtaisiin oligopoleihin ulottuvassa muodossa ja ilman oligopolin sisäisten suhteiden tutkimista väärinkäyttövalvonta tuskin voi tulla kysymykseen. Tässä mielessä myönteisenä on pidettävä sitä, että P. Virtasen johtopäätökset (s. 545–549) on kirjoitettu maakohtaisia osuuksia huomattavasti varovaisemmin ja esille tuodaan myös oligopolien valvontaan liittyviä ongelmia. Mielestäni P. Virtasen johtopäätösosassa esittämät perustelut puhuvat maaosioiden tulkintasuosituksia vastaan. Mitä laajemmalle oligopolien väärinkäyttövalvonta ulotetaan ja mitä riisutumpaa tarkastelusta tehdään, sitä enemmän virhepäätöksiä syntyy. Tästä syystä väärinkäyttövalvonnassa on löydettävä taloudellisia siteitä tai muita vastaavia syitä, joiden perusteella oligopolistien välinen sisäinen kilpailu on rajoittunutta ja yritysten voidaan havaita käyttäytyvän yhteisen taloudellisen yksikön tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän tavoin.

nousevat kilpailullisen tason yläpuolelle. Jos alallepääsyn esteet ovat korkeat, haitasta voi tulla pitkäaikainen. Toisaalta oligopolissa kilpailu voi olla hyvinkin kiihkeää. Pelkän markkinarakenteen perusteella ei voida tehdä johtopäätöksiä. Oligopoliyritysten mahdollisen yhteisen määräävän aseman selvittäminen edellyttää siten välttämättä sen tarkastelua, a) puuttuuko oligopoliyritysten väliltä tehokas kilpailu ja b) onko yrityksillä yhdessä markkinavoimaa, joka mahdollistaa kilpailijoiden tai asiakkaiden vahingoittamisen. Muussa tapauksessa yhteisen määräävän aseman käsite menettää mielekkyytensä.

7.4.2.1 Taloudelliset siteet ja elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä

Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen näyttäisi käytännössä aktualisoituneen tilanteissa, joissa yritysten välillä on taloudellisia siteitä, esimerkiksi kilpailuoikeudellisesti sallittuja tai kiellettyjä sopimusjärjestelyjä, omistuksellisia siteitä tai vastavuoroista hallitusedustusta, vastavuoroisia toimitussopimuksia, immateriaalioikeuksia tai ne hyödyntävät yhdessä elinkeinotoimintaa palvelevaa infrastruktuuria. Voidaan puhua *elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän* tai yritysryhmittymän määräävästä asemasta. Kyse voi olla esim. yhteisyrityksen, yhdistyksen tai laivaliikennekonferenssin puitteissa harjoitetusta nimenomaiseen sopimukseen perustuvasta institutionalisoidusta yhteistyöstä tai tätä väljemmästä yhteistoiminnasta. Yhteistoiminnan tulee joka tapauksessa olla suunnitelmallista ja pidempiaikaista, ennen kuin on mielekästä puhua yhteenliittymästä.

Vasta-argumenttina voidaan esittää, että määräävän aseman väärinkäyttönormin soveltaminen olisi tautologista ja turhaa, koska menettely joka tapauksessa kuuluisi kartellikiellon piiriin, jos taustalla on sopimus. Argumentti ei vaikuta pätevältä. Kartellikielto soveltuu suureen osaan mutta ei läheskään kaikkiin yhteistoiminnan muotoihin. Toiseksi siitä, että menettely rikkoo 81 artiklan 1 kohtaa, ei voida tehdä vastakohtaispäätelmää, että menettely jäisi kokonaan 82 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy *menettelyllä* ja määräävän aseman tunnusmerkistö *olosuhteella*. Näin ollen on täysin mahdollista, että tietty sopimusjärjestelmä voi yhtäältä rikkoa kartellikieltoa ja tuottaa toisaalla sopimuksen jäsenille kollektiivisen määräävän aseman, jota nämä rikkovat yhdessä tai erikseen. Jos osa yrityksistä rikkoo määräävää asemaa, ero kartellikieltoon on selväpiirteisempi kuin niissä tapauksissa, joissa kaikki yhteenliittymään osalliset yritykset osallistuvat väärinkäyttöön.

RS 82 artiklan nojalla on tähän mennessä puututtu tilanteisiin, joissa yritysten välillä on ollut selkeitä siteitä. Elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän määritelmä olisi täyttynyt ainakin tapauksissa *CMB* ja *Italian Flatt Glass*, mahdollisesti myös tapauksessa Irish Sugar. Viimeksi mainitun yhteistyön osalta arviointia vaikeuttaa se, että kyse oli vertikaalisesta yhteistyöstä, joskin sillä oli

selviä vaikutuksia myös horisontaalisella tasolla. Jaetun määräävän aseman käsitettä olisi ollut mahdollista hyödyntää *Normilk*-tapauksessa, jossa kollektiivinen markkinavoima perustui itsenäisten Valion jäsenmeijereiden väliseen markkinointisopimukseen. Tapauksessa *Alfons Håkans* kollektiivinen markkinavoima perustui osapuolten välisiin omistuksellisiin suhteisiin. Elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän ei tarvitse olla kartelli, mutta kuitenkin kyse täytyy olla tietoisesta ja suunnitelmallisesta yhteistoiminnasta. RS 82 artikla mahdollistaa periaatteessa käsitteen laajemman soveltamisen väljemmissä oligopolitilanteissa.

7.4.2.2 "Puhtaat" oligopolitilanteet

Radikaalimpiin muutoksiin päästään, jos määräävän aseman väärinkäyttönormia ryhdytään soveltamaan oligopolistien aidosti yksipuoliseen toimintaan tilanteissa, joissa yritysten välillä ei ole taloudellisia siteitä. Tällöin markkinavoiman väärinkäyttönä voitaisiin pitää esimerkiksi hintajohtajuutta ja markkinoiden läpinäkyvyyttä lisääviä toimenpiteitä, jos niiden voidaan osoittaa johtavan tuotannon rajoittumiseen ja hintojen nousuun. Väärinkäyttövalvonnan avulla voitaisiin puuttua kartellikiellon soveltamisalan ulkopuolelle jäävään haitalliseen oligopolikäyttäytymiseen. On vielä epäselvää, kuinka laajalti EY:n *Gencor*-päätöstä voidaan soveltaa yrityskauppavalvonnan ulkopuolella.

Yrityskauppavalvontaa koskevien esimerkkien perusteella voidaan argumentoida, että määräävän markkina-aseman merkityssisällön johdonmukaisuus edellyttää sitä, että määräävä asema määriteltäisiin samalla tavoin määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteissa ja yrityskauppavalvonnassa. Jos jaetun määräävän aseman käsite hyväksytään yrityskauppavalvonnassa, tulee se hyväksyä myös väärinkäyttövalvonnassa; *vice versa määräävän aseman* väärinkäyttöä koskevan markkinavoiman määrittelyn tulisi heijastua myös yrityskauppavalvontaan. Perustaltaan oikea argumentti on ongelmallinen, sillä se jättää huomiotta kilpailuoikeudellisten normien erilaisen tarkoitusperän. Yrityskauppavalvonnan tehtävänä on estää ennakolta markkinarakenteen liiallinen keskittyminen. Määräävän aseman väärinkäyttökiellolla puututaan jälkikäteen vahingolliseen markkinakäyttäytymiseen.

Toisaalta pitää kysyä, kuinka hyvin kilpailuviranomainen kykenee väärinkäyttönormin avulla "tehostamaan" oligopolistien välistä kilpailua. Kilpailuoikeudessa käyttäytymisen valvonta perustuu moitittavana pidettyjen menettelytapojen kieltämiseen, ei positiivisten käyttäytymisohjeiden antamiseen.[174] Käyttäytymisvalvonta soveltuu huonosti puhtaiden oligopolitilanteiden käsitte-

[174] Luonnollisesti kieltopäätöksen yhteydessä voidaan antaa tarkempia määräyksiä siitä, miten lainvastainen toiminta on lopetettava. Ks. tältä osin Kuoppamäki (2000) s. 48–51.

lyyn.[175] Esimerkiksi oligopolistien välisen hinnoittelun valvominen johtaisi helposti hintavalvontaa muistuttavaan tilanteeseen. Samat syyt, jotka estävät kartellikiellon soveltamisen oligopolistien väliseen paralleelikäyttäytymiseen, rajoittavat mahdollisuuksia soveltaa määräävän aseman väärinkäyttövalvontaa samaan ilmiöön.

Myös oikeusturvanäkökohdat estävät laajan oligopoleja koskevan blankosäännöksen käyttöön ottamisen. Niin rikos- kuin hallinto-oikeudessa noudatettavasta laillisuusperiaatteesta seuraa, että tuomitseminen voi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, kun sanktioidun menettelyn tunnusmerkistö on riittävän täsmällisesti määritelty ja vastaaja on voinut ymmärtää toimintansa moitittavuuden. Tätä edellyttävät myös preventiiviset näkökohdat, joita lain esitöissä on korostettu. Kilpailuviranomainen voi tulkita, että yritysten yhdenmukainen hinnoittelu ilmentää jaetun määräävän aseman väärinkäyttöä. Yhtä hyvin kyse voi olla siitä, että kumpikin yritys on tarkastellut kysyntätilannetta ja tehnyt itsenäisesti korrektit johtopäätökset. Hinnoittelua koskevien määräysten antaminen johtaisi ennen pitkää ajateltavissa olevista vaihtoehdoista huonoimpaan eli hintasäännöstelyyn. Mikäli pelkkään oligopolistien väliseen yhdenmukaiseen käyttäytymiseen halutaan puuttua, tapahtuu se paremmin rakenteellisilla keinoilla. Määräävän aseman väärinkäyttökielto soveltuu tähän huonosti, sillä normiin liittyvä moitearvostelu ja sanktiot estävät sellaisesta menettelystä rankaisemisen, joka oligopolissa edustaa yritysten normaalia sopeutumista vallitseviin markkinaolosuhteisiin.

---

[175] P. Virtanen myöntää periaatteessa rakenteesta johtuvan oligopolikäyttäytymisen sääntelyyn liittyvän ongelman viitaten Weatherillin (s. 726.) esitykseen. Itse olen todennut saman asian kuin Weatherill 1992 julkaistussa tutkimuksessa (ks. Kuoppamäki 1992 s. 112–113). P. Virtanen (s. 491–492) kuitenkin kuittaa käyttäytymisvalvontaan liittyvät ongelmat toteamalla, että "tällöin kuitenkin täytyisi osoittaa, että kyse on väärinkäytöstä eikä varsinkin tiukassa oligopolissa muutoin syntyvästä tilanteesta. Tämä voi vaatia esim. sen osoittamista, että oligopoli selkeästi poikkeaa vertailumarkkinoiden olosuhteista, ja että jonkinasteisena hiljaisena pyrkimyksenä (ilman mitään 81 art. edellyttämiä yhteydenottoja tms.) on ollut määräävän aseman hyödyntäminen. Käytännössä näihin tapauksiin ei tultane juurikaan puuttumaan, mutta tämäkään ei ole mikään perustelu niiden jättämiselle kontrollimahdollisuuden ulkopuolelle." Virtasen perustelu on mielestäni neljästä eri syystä ongelmallinen. Ensinnäkin mahdollisuus osoittaa ylihinnoittelu vertailumarkkinoiden avulla on erityisesti oligopolien osalta käytännössä vaikeaa. Teoreettisessa kirjallisuudessa ei usein kiinnitetä riittävästi huomiota käytännön lainkäytössä kohdattaviin ongelmiin. Oligopolien väliset vertailututkimukset olisivat kalliita, eivätkä johtaisi mitenkään välttämättä selkeisiin johtopäätöksiin. Kilpailuoikeudellisten sääntöjen tulee olla käyttökelpoisia. Toiseksi, mielestäni väärinkäytössä on edellytettävä moitittavaa menettelyä. Virtasen esityksestä ei ilmene, miten tehtäisiin ero tiukassa oligopolissa muutoinkin syntyvän tilanteen ja väärinkäyttönä pidettävän hinnoittelun tms. välillä. Kolmanneksi, ennakoitu säännöksen vähäinen soveltaminen ei oikeuta väärinkäyttönormin ulottamista oligopolistiseen hinnoitteluun. Jos käytännössä näihin tapauksiin ei tultaisi puuttumaan, viittaa se siihen, ettei normia käytännössä pystyttäisi soveltamaan, tai siihen, ettei sille ole tarvetta. Neljänneksi Virtasen konseptin hyväksyminen johtaisi samanlaiseen hintavalvontaan, jota kirjoittaja muuten näyttää kautta linjan vastustavan yhden yrityksen määräävän aseman väärinkäytön osalta. Mielestäni argumentaatiossa on tältä osin ristiriita. Katsoisin, että hintavalvontaa vastaan on osoitettavissa oligopolien osalta vielä merkittävimpiä vastasyitä kuin yhden yrityksen määräävän aseman osalta.

Preventiivistä markkinarakenteen suojaamista ja repressiivistä käyttäytymisen sanktioimista koskevasta näkökulmaerosta voi hyvin seurata, ettei normien soveltamisen tarvitse olla identtistä. Vaikuttaakin siltä, ettei määräävän aseman käsite todellisuudessa ole läheskään niin yhtenäinen, kuin usein virallisesti väitetään. Markkinavoiman käytännön merkityssisältö voi luontevasti vaihdella. Kun huomioon otetaan kilpailuoikeudellisten normien erilainen tarkoitusperä ja soveltamistilanne. Tästä syystä lienee syytä olla varovainen, jos kierrättää yrityskauppavalvontaa koskevia määritelmiä ja standardeja suoraan väärinkäyttövalvontaan. Väärinkäyttövalvonnassa kyse on seuraamuksen määräämisestä laissa kielletystä menettelystä. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamiseen liittyy yleisesti mm. relevanttien markkinoiden määrittelyä koskevia rajanvetokysymyksiä. Legaliteettiperiaate sekä yleis- ja erityisestävyyden koskevat tavoitteet edellyttävät, että kilpailuoikeuteen huolella tutustuneet oligopoliyritykset voivat ainakin kohtuullisella todennäköisyydellä päätellä etukäteen, milloin ne ovat määräävässä asemassa ja mitä menettelyä on pidettävä kiellettynä ja mitä ei. Tämä edellyttää kilpailuoikeudellisesti saavutettavissa olevaa ennakoitavuutta ja kieltotunnusmerkistöltä selkeyttä.

Kysymykseen yhteisen määräävän aseman konseptin soveltamisalasta voidaan vastata tyhjentävästi vasta kun on tarkasteltu yrityskauppavalvontaa, joka ainakin lähtökohtaisesti vaikuttaisi merkittävältä osa-alueelta haitallisten oligopolien torjunnassa.

III YRITYSKAUPPOJEN AINEELLISOIKEUDELLINEN ARVIOINTI

1. Yrityskaupat kilpailupoliittisessa voimakentässä

1.1 JOHDANNOKSI

Tässä luvussa tarkastellaan yrityskauppavalvonnan aineellisoikeudellisia säännöksiä. Ennen oikeudenalakohtaista tarkastelua on syytä käsitellä yrityskauppojen sääntelyn taustaa. Yrityskauppavalvonta on niin EY:ssä kuin Suomessakin otettu keskeisistä markkinavoiman sääntelyinstrumenteista viimeisenä käyttöön. EY:ssä yrityskauppavalvontaa koskeva sulautuma-asetus (4064/89) hyväksyttiin vasta vuonna 1989 16 vuoden valmistelun jälkeen.[1] Suomen kilpailunrajoituslakia täydennettiin yrityskauppavalvontaa koskevilla säännöksillä lokakuussa 1998 voimaan tulleella luvulla 3 a.[2] Perusongelmana on se, että yrityskaupan todennäköisiä vaikutuksia joudutaan arvioimaan etukäteen. Yrityskauppavalvonnan tarve määräytyy sillä perusteella, kuinka suuri merkitys markkinarakenteelle annetaan yritysten kilpailukäyttäytymisen determinoijana. Mikäli markkinarakenteen itsenäinen merkitys kiistetään, yrityskauppavalvonnalle ei liene tarvetta.

Yrityskauppavalvonnalla pyritään torjumaan liiallista markkinoiden keskittymistä. Keskittymisestä voidaan puhua yhteiskunnallisella tasolla markkinarakenteen keskittymisenä. Tällöin keskittymisellä tarkoitetaan prosessia, jonka seurauksena siihen asti itsenäiset yritykset yhdistyvät suuremmiksi taloudellisiksi kokonaisuuksiksi. Keskittymisen tuloksena syntyy suhteellisesti yhä suurempia yrityksiä ja samalla itsenäisten yritysten lukumäärää tietyillä markkinoilla tai tietyssä kansantaloudessa pienenee. Keskittymisen tuloksena on jäljelle jäävien yritysten vallan kasvaminen ja markkinarakenteen muutos. Markkinoiden keskittymisastetta voidaan mitata absoluuttisesti markkinoilla toimivien yritysten lukumäärän vähenemisenä tai suhteellisesti yritysten kokoerojen kasvuna yritysten lukumäärän säilyessä ennallaan. Keskittymistä voidaan selvittää markkina-, alue-, sektori-, tai alakohtaisesti. Kukin mittaustapa johtanee premissien erilaisuuden vuoksi erilaisiin lopputuloksiin.

Toisin kuin kartellit tai määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, yrityskaupat eivät ole kiellettyjä kilpailunrajoituksia. Yrityskauppoihin ei myöskään liity sellaista paljaille kilpailunrajoituksille ominaista teon moitittavuutta, jon-

---

[1] Ks. EY:n asetuksen syntytaustan osalta Kuoppamäki (1992) s. 1–2, 26–35.

[2] Ks. kotimaisen yrityskauppavalvonnan syntytaustojen osalta Kuoppamäki (2000) s. 185–188. Tämän tutkimuksen tekijä toimi yrityskauppavalvontaa valmistelleen työryhmän pääsihteerinä.

ka vuoksi kielletyt kilpailunrajoitukset on saatettu seuraamusmaksun uhkaamiksi. Kyse on yleensä normaalista liiketaloudellisesta järjestelystä, johon toisaalta voidaan ryhtyä kilpailun rajoittamistarkoituksessa tai jonka seurauksena kilpailu vähentyy alle sen toimivuuden vaatiman kriittisen pisteen. Usein yrityskaupan hyödyt ja haitat menevät lomittain.

1.2 YRITYSKAUPPOJEN VAIKUTUKSISTA KILPAILUN TOIMIVUUDELLE

Markkinatalous rakentuu pääosin sopimusvapauden ja yksityiseen omistusoikeuteen perustuvan yritystoiminnan ja kilpailun varaan. Toimiva markkinatalous on luonteeltaan itseohjautuva. Vapaa kilpailu johtaa resurssien allokoitumiseen siten, että tuotos on optimaalinen. Vapaan kilpailun toimiminen toisaalta edellyttää taloudellisen päätöksentekokompetenssin säilyttämistä desentralisoituneena eli sitä, että yritykset todella kilpailevat keskenään eivätkä pyri keskinäisin järjestelyin estämään kilpailumekanismin toimimista.

Kilpailuoikeudella rajoitetaan sopimusvapautta silloin, kun yritykset pyrkivät päämääriin, jotka ovat ristiriidassa niiden syiden kanssa, joiden vuoksi sopimusvapaus alunperin on luotu. Kilpailuoikeus, jolla pyritään turvaamaan kilpailun toimivuus, on kehittynyt erikseen kartellien ja fuusioiden valvonnan osalta. Keskeinen ero kartellien ja yrityskauppojen välillä on, että kun kartelli toteuttaa kilpailunrajoituksen sellaisenaan, voivat yrityskaupat johtaa paitsi kilpailua vääristäviin vaikutuksiin, myös tehokkuuden lisäykseen ja muihin kilpailua edistäviin seurauksiin. Yrityskaupat ovat luonnollinen ja tärkeä osa markkinatalouden kiertokulkua ja rakennemuutosta. Yrityskaupat ovat yksi niistä keinoista, joilla yritykset ja talouden eri sektorit sopeutuvat muuttuviin markkinaolosuhteisiin. Toimialarakenteen keskittyminen voi olla kilpailuprosessin luonnollinen ja hyväksyttävä seuraus. Tehottomat yritykset karsiutuvat markkinoilta. Jos keskittymisellä saavutetaan alan kannalta tehokkaampi yrityskoko, yrityskauppa voi lisätä elinkeinotoiminnan tehokkuutta ja kansainvälistä kilpailukykyä. Ristiriita positiivisten ja negatiivisten vaikutusten välillä on keskeisellä sijalla yritystoiminnan keskittymistä koskevassa keskustelussa. Keskeisiä kiistakysymyksiä ovat keskittymisen vaikutukset kilpailun toimivuudelle, yrityskauppojen tehokkuusedut ja markkinoiden itsesäätöisyys vääristymiä korjaavana tekijänä.

1.2.1 Miksi yrityskauppoja tehdään?

Yrityskauppojen kiistanalaisuus kilpailuteoriassa selittyy paitsi lähtökohtana olevien teoreettisten ja poliittisten premissien erilaisuudella, myös yrityskauppojen motiivien ja vaikutusten moninaisuudella. Yksi syy yrityskaupoille ovat

saavutettavat mittakaavaedut *(economies of scale)* ja skaalaedut *(economies of scope)*. Yritys tuottaa hyödykkeitä alhaisimmin kustannuksin saavuttaessaan optimaalisen yrityskoon. Mikäli yrityksen koko jää optimaalisen yrityskoon alapuolelle, yrityskauppa on keino tehostaa hyödykkeiden tuotantoa ja jakelua. Mittakaavaedut voivat olla hyödykekohtaisia, jolloin yksittäistä tuotetta voidaan tehdä halvemmalla, tehdaskohtaisia, jolloin useita hyödykkeitä valmistava tehdas saadaan tehokkaampaan käyttöön tai yrityskohtaisia, jolloin yritys kokonaisuutena toimii aiempaa tehokkaammin.[3] Tehokkuutta voidaan lisätä myös integroitumalla jakeluketjussa vertikaalisesti ylös- tai alaspäin, mikäli hierarkian arvellaan tuottavan yritykselle markkinoilla solmittavia toimitussopimuksia paremman lopputuloksen. Voidaan saavuttaa myös yrityksen johtamiseen liittyviä tehokkuusetuja. Yrityskauppojen avulla tehottomia yrityksiä karsiutuu markkinoilta niiden sulautuessa tehokkaampiin yrityksiin. Yrityskaupat ovat yksi tapa, jolla yritysjohdon toiminnan tehokkuuteen vaikutetaan. Tehottomasti johdettu yritys ajautuu ennen pitkää tehokkaammin johdetun yrityksen haltuun *(market for corporate control)*. Toisaalta yrityskaupoilla voidaan tavoitella markkinavoimaa. Ääritapauksessa kilpailijoiden välistä yritysjärjestelyä voidaan käyttää kartellin korvikkeena. Mikäli kilpailulainsäädännössä kielletään vain kilpailua rajoittavat sopimukset mutta ei kilpailua rajoittavia rakennejärjestelyjä, on luonnollista, että aukkoa pyritään hyödyntämään. Yleensä samanaikaisesti on havaittavissa useita motiiveja. Yritysjohdon aitona tavoitteena voi olla tehokkuuden lisääminen, mutta samalla markkinavoimaa kumuloituu liiaksi yhdelle taholle ainakin jollakin toimialueella. Yrityskauppavalvonta ei rakennu niinkään osapuolten motiivien, vaan kaupan todennäköisten vaikutusten selvittämiseen. Mikäli kaupan voidaan olettaa nostavan hintatasoa, siihen suhtaudutaan kielteisesti, ellei voida osoittaa, että hintojen nouseminen on täysin väliaikaista tai kompensoituu kuluttajille muiden hyötyjen kautta.

Seuraavassa esitetään lyhyt katsaus yleisimpiin yrityskauppojen vaikutuksista esitettyihin näkökohtiin.[4] Taloustieteessä on tapana jakaa yrityskaupat horisontaalisiin, vertikaalisiin ja monialayrityskauppoihin sen mukaan, missä funktionaalisessa suhteessa fuusioituvat yritykset ovat toisiinsa. Jako horisontaalisiin, vertikaalisiin

---

[3] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 167–174.

[4] Yrityskauppojen kilpailuvaikutuksia koskeva ja niitä sivuava kirjallisuus on erittäin laajaa. Ks. esim. lähdeaineistossa olevista teoksista Neven/Nuttall/Seabright (1993); Hoppmann (1972); OECD (1984) ja (1996); Geroski (2000) sekä artikkelikokoelmia Jacquemin ym. (1990), Musati (1995) ja Oberender (2000). Useimmat kilpailuteorian perusteokset sisältävät yrityskauppojen kilpailuvaikutuksia koskevan luvun lähdeviiteineen. Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 153–198; Schmidt (1999) s. 134–152; Carlton/Perloff (2000) s. 19–27; Bork (1978, 1993) s. 198–262; Hovenkamp (1999) s. 490–564 ja Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 307–358. Lukemattomien artikkelien joukosta mainittakoon esim. Dennis C. Muellerin (1995) review-artikkeli teoksessa Musati (1995) s. 9–44; Jacquemin/Buigues/Ilzkovitz (1989); Williamson (1968) ja (1977); Fisher/Lande (1983); Immenga (1987); Fisher/Johnson/Lande (1989); Scherer (1988); George/Jacquemin (1992), Stroux (2000), Porter (2001), Weller (2001) ja Baker/Salop (2001).

ja konglomeraatteihin vaikutuksiin on luonteeltaan ideaalityyppinen. Usein kauppa on mahdollista lukea useampaan edellä mainituista kategorioista.

1.2.2 Horisontaaliset yrityskaupat

Horisontaalisilla yrityskaupoilla tarkoitetaan kahden tai useamman sellaisen yrityksen yhteenliittymistä, jotka toimivat samoilla markkinoilla ja samalla tuotantoportaalla ja joiden tuotteet ovat ostajan näkökulmasta identtisiä tai ainakin toisiaan suuressa määrin korvaavia. Kun yritykset ennen keskittymistä olivat toistensa kilpailijoita, on keskittymisen seurauksena näiden yritysten kapasiteetin yhdistyminen. Markkinoille jää kahden yrityksen sijasta ainoastaan yksi yritys, joka tarjoaa tuotetta ostajille. Yrityskaupan seurauksena markkinoilta putoaa pois ostajien kannalta hankintalähde, tavarantoimittajien kannalta ostaja ja kilpailijoiden kannalta kilpailija. Horisontaaliset yrityskaupat vaikuttavat siten välittömästi markkinarakenteeseen, kun niillä aiemmin toiminut yritys poistuu markkinoilta. Yrityskauppa voi olla sulautuvien yritysten kilpailijoiden kannalta edullinen, sillä se mahdollistaa niillekin korkeampien hintojen perimisen.

Horisontaaliset yrityskaupat voivat johtaa markkinoiden hallintaan. Korkea markkinaosuus voi tuottaa yritykselle monopolivoittoja jo ennen monopoliaseman saavuttamista, jos se voi suhteuttaa toimintansa pienempien kilpailijoiden toimintaan tai pakottaa pienemmät kilpailijat seuraamaan sen markkinakäyttäytymistä. Tämä on odotettavissa ainakin silloin, kun keskittyminen johtaa määräävään asemaan. Tällöin yrityksen markkinakäyttäytymistä ei enää riittävässä määrin kontrolloi aktuaalisten tai potentiaalisten kilpailijoiden taholta tuleva paine (individuaalinen määräävä asema). Myös tiukan oligopolistisen markkinarakenteen syntyminen voi heikentää kilpailua, jos yrityskaupan seurauksena syntyneet olosuhteet luovat edellytykset kolluusiolle. Tällöin oligopolistit voivat myös ilman nimenomaista tai konkludenttista kartellivälipuhetta de facto käyttäytyä tavoin, joka voi lähennellä monopolia (kollektiivinen määräävä asema). Yritykset voivat pitäytyä kilpailusta, jos ne katsovat, että yhdenmukaisten hintojen periminen maksimoi niiden voitot ("joint profit maximization"). Jos tietyllä alalla toimii vain muutama yritys ja nämä sopivat keskenään hinnoista ja tuotantokiintiöistä, pidetään tätä haitallisena ja sopimukseen puututaan kartellikiellon avulla. Samat vaikutukset voidaan saavuttaa kyseisten yritysten fuusiolla. Jälkimmäisessä tilanteessa yrityskauppa on jopa haitallisempi kuin kartelli, koska yrityskauppa aiheuttaa pysyviä muutoksia markkinarakenteessa eikä ole kartellin tavoin altis muutoksille kartellin osapuolten markkinakäyttäytymisessä.[5] Toi-

[5] Kuten edellä tutkimuksen teoreettisessa osassa on todettu, kartellin kestävyys joutuu koetukselle viimeistään siinä vaiheessa kun sen kaikki osapuolet eivät pidä sitä itselleen edullisena. On myös täysin mahdollista, että kartelliin osalliset yritykset "huijaavat" sen muita osapuolia esim.

saalta yrityskauppa mahdollistaa yleensä laajempia tehokkuushyötyjä toimialarationalisoinnin avulla, koska yritysten ei tarvitse ylläpitää ylikapasiteettia kartellisopimuksen kaatumisen varalta. Yrityskaupat ja kartellit eivät yleisesti ole toisiaan korvaavia menettelytapoja, mutta yksittäistapauksissa ne *voivat* sitä olla. Kun horisontaalisten yrityskauppojen seurauksena markkinoilla toimivien yritysten lukumäärä pienenee, on odotettavissa, että ne ainakin tietystä keskittymisasteesta alkaen uhkaavat kilpailun toimivuutta.

Sallivampaa suhtautumista yrityskauppoihin korostavat koulukunnat eivät yleensä kiistä sitä, että horisontaalisilla yrityskaupoilla voi olla kielteisiä vaikutuksia, mutta korostavat sitä, että ne voivat johtaa tehokkuuden lisäykseen. Keskeinen tehokkuusselitys on tietyn tuotannon vaatima vähimmäiskoko. Raaka-aineiden hankintaan, tutkimukseen ja tuotekehittelyyn, tuotantoon tai jakeluun liittyvät mittakaavaedut johtavat siihen, että pienet tehottomammin toimivat yritykset joutuvat luopumaan tuotannosta. Tämä on myös kansantalouden etu.[6] Toinen selitys korostaa yritysten johdon keskittämisellä saatavia liikkeenjohdollisia etuja. Suurempien yksiköiden tehostettu johto mahdollistaa pääoman paremman hyväksikäytön. Toisaalta uudemmassa kirjallisuudessa on korostettu sitä, että keskittymisen seurauksena saatavia tehokkuusetuja on suuresti yliarvioitu.[7] Toisaalta empiiriset tutkimukset viittaavat siihen, että ostajan pettyminen odotuksissaan olisi pikemminkin sääntö kuin poikkeus.[8] Toinen tehokkuusetuja koskevan kritiikin kohta liittyy tehokkuusetujen siirtämiseen yhteiskuntaa hyödyttävään toimintaan. Tehokkuusvoittojen mahdollisuutta ei sinänsä kiistetä, mutta niiden siirtämistä kuluttajalle tai käyttämistä muuten yhteiskuntaa hyödyttävällä tavalla pidetään epätodennäköisenä, jos keskittyminen on edennyt niin pitkälle, että yrityksellä on mahdollisuus hallita markkinoita.[9]

---

perimällä asiakkailtaan alhaisempia hintoja kuin mistä kartellivälipuheessa on sovittu. Ks. tältä osin myös USA:n käytännöstä *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 1962 370 U.S. 294, 332: "Integration by merger is more suspect than integration by contract, because of the greater permanence of the former". Toisaalta yrityskauppaa ei voida pitää mitenkään yleisesti kartellin korvikkeena.

[6] Esimerkiksi mikroelektroniikka on mainittu alana, jonka vaativat huomattavat investoinnit tutkimukseen ja tuotekehittelyyn edellyttävät niin suuria resursseja, että pärjääminen kansainvälisessä innovatiivisessa kilpailussa edellyttää huomattavaa yrityskokoa. Toisaalta nyttemmin voidaan myös perustella, että uusi talous ja siihen liittyvä verkostomainen yhteistyö korostaisi informaation ja vähentäisi kapitaalin merkitystä. Kysymys on hyvin monimutkainen, eikä siihen voida syventyä tässä yhteydessä.

[7] Ks. esim. Scherer (1988).

[8] Ks. esim. Jacquemin/Buigues/Ilzkoviz (1989) s. 13 ss. siellä esitettyine lähdeviitteineen.

[9] Ks. esim. Monopolkommission, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, s. 70–73.

1.2.3 Vertikaaliset yrityskaupat

Vertikaalisissa yrityskaupoissa yhdistyvät yritykset, jotka toimivat jalostusketjun eri portailla. Yritysten markkinaosuuksissa ei tapahdu muutoksia, koska yritykset eivät ennen yrityskauppaa olleet kilpailijoita keskenään. Kun ne kuitenkin olivat ainakin potentiaalisesti myyjä-ostaja-suhteessa toisiinsa, yrityskaupasta seuraa, että niiden väliset liikesuhteet poistuvat markkinoilta, kun yrityksistä tulee saman taloudellisen kokonaisuuden osia. Kilpailijoiden kannalta vertikaaliset yrityskaupat johtavat kummallakin tuotantoportaalla myyjien tai ostajien vähenemiseen.

Vertikaaliset yrityskaupat voivat johtaa merkittävien hankinta- tai jakelukanavien monopolisoimiseen. Tällöin seurauksena voi olla aktuaalisten kilpailijoiden toiminnan vaikeutuminen tai potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tulon estäminen (ns. foreclosure effect). Jos esimerkiksi yritys saa monopoliaseman merkittävästä raaka-aineesta, voi se estää kilpailijoiden raaka-aineiden saannin tai vaatia niiltä kohtuuttomia hintoja. Vastaavasti, jos merkittävän markkinaosuuden omaava yritys ottaa haltuunsa kyseisten tuotteiden jälleenmyyjän, kilpailevien tuotteiden valmistajien asema voi vaikeutua, jos niillä yrityskaupan jälkeen ei enää ole riittäviä jakelukanavia käytettävissään tuotteiden markkinoimiseksi kuluttajille. Tällöin seurauksena voi olla aktuaalisten kilpailijoiden toiminnan vaikeutuminen tai potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille pääsyn vaikeutuminen. Keskittymisen seurauksena syntyvä yrityskokonaisuus voi saada vertikaalisen integraation johdosta niin vahvan markkina-aseman, että se voi vaikuttaa merkittävästi kilpailun ehtoihin tai ajaa kilpailijat markkinoilta. Horisontaalisten yrityskauppojen tavoin markkinoilla toimivien yritysten valinnanvara pienenee ja markkinoille tulon esteet kasvavat. Integroitumattomat yritykset voivat olla pakotettuja ns. seurannaisfuusioihin tai poistumaan markkinoilta.[10]

Vertikaalisten yrityskauppojen vaikutukset ovat kuitenkin kiisteltyjä. Toisaalta ne voivat edistää kilpailua, esim. jos edellä mainitun jälleenmyyjän haltuunoton seurauksena on kyseisen tuotteen markkinoinnin parantuminen ja eri valmistajien tuotteiden välisen kilpailun (inter-brand competition) piristyminen. Vertikaaliset yrityskaupat voivat johtaa myös kustannussäästöihin, jos ne esim. pienentävät raaka-ainekustannuksia tai tehostavat tuotteiden jakelua. Transaktiokustannusteorian mukaan vertikaalinen yrityskauppa tehdään silloin, kun toimintojen sisäistämisellä voidaan alentaa kustannuksia verrattuna esimerkiksi jakelusopimuksiin.

---

[10] Ks. esim. Schmidt (1999) s. , s. 134 ss.

1.2.4 Monialayrityskaupat

Moniala- tai konglomeraateilla yrityskaupoilla tarkoitetaan tilannetta, jossa keskittymään osalliset yritykset toimivat eri markkinoilla. Monialayrityskaupat eivät välittömästi vaikuta markkinarakenteeseen, vaan kilpailijoiden lukumäärä säilyy ennallaan. Ne eivät myöskään vie kilpailun ulkopuolelle osaa niiden liiketoiminnasta. Monialayrityskaupat voivat myös johtaa siihen, että tilauksia saaneet yritykset velvoitetaan tilaamaan niiltä yrityksiltä, joilta ne puolestaan ovat saaneet tilauksia. Mitä useammalla alalla konglomeraatti toimii, sen todennäköisempää on, että sen potentiaaliset toimittajat kuuluvat myös sen potentiaalisiin asiakkaisiin.

Monialayrityskauppojen vaarat liittyvät yleisiin suurfuusioiden kilpailun toimivuudelle aiheuttamiin vaaroihin. Ne liittyvät erityisesti tilanteisiin, joissa iso monialayritys tulee yrityskaupan avulla alalle, jolla ennestään toimivilta yrityksiltä puuttuvat uuden tulokkaan resurssit. Taloudelliset ja muut resurssit voivat mahdollistaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä kielletyn ristisubventoinnin. Taloudelliset ja muut resurssit mahdollistavat pidemmän aikavälin markkinastrategian, jolla konglomeraatti alihinnoittelua hyväksikäyttäen ajaa tehokkaammat mutta pienemmät kilpailijat markkinoilta. Konsernin sisäinen tappioiden tasaus mahdollistaa kilpailluilla markkinoilla syntyvien tappioiden kattamisen muilta markkinoilta saaduilla voitoilla, mutta pienemmät kilpailijat eivät pitkään kestä saalistushinnoittelua *(ns. deep pocket doctrine)*. Monialayrityskaupat voivat myös johtaa siihen, että tilauksia saaneet yritykset velvoitetaan tilaamaan niiltä yrityksiltä, joilta ne puolestaan ovat saaneet tilauksia (ns. reciprocal dealing). Mitä useammilla aloilla konglomeraatti toimii, sen todennäköisempää on, että sen potentiaaliset toimittajat kuuluvat myös sen potentiaalisiin asiakkaisiin. Sama riski liittyy erilaisiin alennuksiin ja sidontaan. Jos yritys ottaa haltuunsa potentiaalisen kilpailijansa, vähentää keskittyminen potentiaalista kilpailua sen mukaan, kuinka todennäköistä kohdeyrityksen markkinoille tulo olisi ollut. Monialayrityskaupat voivat myös yleisesti nostaa uusien yritysten kohtaamia markkinoille pääsyn esteitä. Saksassa on kiinnitetty huomiota siihen, että tietyllä alalla toimiva vahva konglomeraatti yritys voi *de facto* saada potentiaaliset kilpailijat luopumaan markkinoille tulosta, koska ne eivät usko voivansa kilpailla tämän yrityksen kanssa sen suurten resurssien vuoksi *(ns. Abschreckungstheorie)*.

Toisaalta on katsottu, että monialayrityskauppojen kielteisten vaikutusten näyttäminen toteen yksittäistapauksissa on sangen vaikeaa. Syvätaskuteoriaan liittyy edellä saalistushinnoittelun yhteydessä käsiteltyjä ongelmia. Markkinoiden valtaaminen alihinnoittelun avulla on kallista ja edellyttää, ettei hintojen nostaminen myöhemmässä vaiheessa johda uusien yritysten alalletuloon. Strategiassa ei ole mieltä, mikäli investoinnille voidaan osoittaa muualla suuremmat tuotto-odotukset. Sidontaan ja ristisubventioon voidaan puuttua myös mää-

info

rääväan aseman väärinkäyttökiellon avulla, joten yrityskaupan kieltäminen tällaisen uhan perusteella ei ole välttämätöntä. On myös arvioitu, että konglomeraatit yritykset voivat parhaiten etsiä markkinoilta kannattamattomia yrityksiä ja rationalisoida ne kannattaviksi.[11]

Edellä olevasta havaitaan, etteivät yrityskauppojen kilpailuvaikutukset ole yksiselitteisiä. Yrityskauppa voi lisätä siihen osallisten yritysten tuotannollista tehokkuutta. Toisaalta uhat kilpailun toimivuudelle ovat varsin selvät. Haitat liittyvät ennen muuta hintatason nousuun ja markkinoillepääsyn vaikeutumiseen. Haittoja syntyy erityisesti, jos yrityskauppa johtaa kilpailua merkittävästi estävän määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Jos alallepääsyn esteet ovat merkittäviä, potentiaalinen kilpailu ei yksinään riitä turvaamaan kilpailun toimivuutta. Riittävän kilpailun puuttuminen tekee mahdolliseksi tehottoman toiminnan, mistä aiheutuu kansantaloudelle hyvinvointitappioita. Tietyn tuotannontekijän kallistuminen heikentää samalla siitä riippuvaisten yritysten kansainvälistä kilpailukykyä. Yrityskauppavalvontaa valmistelleen työryhmän mietinnön mukaan[12] yrityskaupasta aiheutuvia lyhyemmän aikavälin yritystaloudellisia hyötyjä ja tavoitteita tuleekin verrata niihin yhteiskunnalle aiheutuviin pitempiaikaisiin haittoihin, joita kilpailun estymisestä aiheutuu.

1.2.5 Keskittynyt markkinarakenne ja kansantalouden tehokkuus

Liiallinen markkinarakenteen keskittyminen heikentää kilpailua. Erityisen todennäköistä tämä on silloin, kun keskittyminen lisää yritysten mahdollisuuksia kartellisoitumiseen tai johtaa määräävään asemaan tai sen vahvistumiseen. Keskittymisen myötä voivat myös lisääntyä alallepääsyn esteet. Tämä saattaa seurata paitsi julkisen vallan toimenpiteistä, myös suuresta yrityskoosta. Alalla toimivilla yrityksillä voi olla hallussaan suureen kokoon liittyvät mittakaavaedut, jolloin potentiaalisten kilpailijoiden on vaikea päästä markkinoille. Tällöin määräävässä asemassa oleva yritys voi pyrkiä käyttämään asemaansa väärin joko suhteessa asiakkaisiinsa tai sulkemalla tehokkaita yrityksiä markkinoiden ulkopuolelle. Riittävän kilpailun puuttuminen tekee mahdolliseksi tehottoman toiminnan, mistä aiheutuu kansantaloudelle allokatiivisia tappioita. Tehokkuuden väheneminen voi koskea elinkeinotoiminnan ns. staattista tai

---

[11] Toisaalta vrt. Jacquemin/Buigues/Ilzkowitz (1989) s. 22–23, jossa siteeratun amerikkalaisen tutkimuksen mukaan (Coley/Reinton 1988) vain 23 % konglomeraateista yrityskaupoista oli siinä mielessä kannattavia, että sijoittajat saivat joko pääomakustannukset tai vielä paremmin yrityskauppaan investoidun pääoman takaisin. Horisontaalisten yrityskauppojen osalta menestys oli parempi (45 %).

[12] Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppojen valvonta ja toimivaltakysymykset, KTM:n työryhmä- ja toimikuntaraportteja 3/1997, s. 131 ss.

dynaamista tehokkuutta. Dynaamisella tehokkuudella tarkoitetaan talouden jatkuvaa laadullista muutosta ja parempien sekä edullisempien hyödykkeiden ja tuotantoprosessien kehitystä. Staattisella tehokkuudella tarkoitetaan tunnettujen tuotantomahdollisuuksien tehokkainta mahdollista hyödyntämistä.[13]

Yrityskaupat voivat keskittää markkinoiden rakennetta ja lisätä hintavaltaa. Kilpailijoiden väliset, markkinoita keskittävät yrityskaupat luovat suoraa hintavaltaa. Vertikaaliset yrityskaupat voivat lisätä potentiaalia kilpailijoiden poissulkemiseen. Monialayritysten mahdolliset vaarat liittyvät taloudellisen vallan ja resurssien kohdentumiseen yhteen käteen. Vertikaalisissa ja monialayrityskaupoissa kyse on ennemminkin epäsuoran kuin suoran hintavallan lisääntymisestä. Rakenteellisessa tarkastelussa keskeistä ovat alallepääsyn esteet. Taloustieteen keskeisimpiä anteja kilpailuoikeudelle lienee sen osoittaminen, ettei markkinavoimaa voida ainakaan pitkällä tähtäimellä väärinkäyttää ilman, että alallepääsyn esteet rajoittaisivat kilpailijoiden markkinoillepääsyä. Alallepääsyn esteitä voi liittyä markkinoille tulon aiheuttamiin uponneisiin kustannuksiin, joiden vuoksi taloudellisesti kannattavan markkinoille tulon riski nousee, määräävässä asemassa olevien yritysten nauttimiin kilpailuetuihin ja siihen arsenaaliin strategisia kilpailukeinoja, joilla asiakkaita voidaan sitoa tai kilpailijan kustannuksia nostaa.

Toisaalta elinkeinorakenteen keskittyminen voi olla kilpailuprosessin luonnollinen seuraus. Tehottomat yritykset karsiutuvat markkinoilta. Jos keskittymisellä saavutetaan alan optimaalinen yrityskoko, voi se lisätä elinkeinotoiminnan tehokkuutta ja kansainvälistä kilpailukykyä. Optimitilanteen löytäminen on luovimista Charybdiksen ja Skyllan välissä: yhtäältä tulee turvata yritystoiminnan tehokkuus ja toisaalta välttää liiallisesta markkinavoimasta aiheutuvat vaarat.[14] Keskittymisen valvonnan keskeisiä kysymyksiä ovat: missä määrin yrityskauppojen seurauksena oleva yritysten koon kasvu tekee mahdolliseksi mittakaava- ja muut tehokkuusedut tuotannossa, jakelussa ja erityisesti tutkimuksessa ja tuotekehittelyssä sekä mistä alkaen yrityskaupat vähentävät kilpailua ja siten yritysten paineita hyödyntää mahdollisia tehokkuusetuja.

---

[13] Finanssiryhmäkomitean mietintö, komiteanmietintö 1991:36, s. 94.

[14] Clarkin mukaan toimiva kilpailu todennäköisemmin on mahdollista tilanteessa, jossa "a substantial number of firms small enough, relative to the whole market in which the compete, to have strong competitive incentives (though there is no need for atomistic smallness) and economically strong enough to make their competitive pressure count". Clark J.M. (1961) Competition as a Dynamic Process, s. 481.

1.2.6 Kilpailupolitiikan päävaihtoehdot yrityskauppojen sääntelyssä

Kilpailupolitiikan tärkeimmät vaihtoehdot voidaan luokitella sen mukaan, korostetaanko markkinavoiman valvonnan tarpeellisuutta vai yrityskauppojen kustannus-hyöty-suhdetta.[15] Valinta painottuu sen mukaan, pidetäänkö keskeisenä markkinarakenteen valvonnan tarpeellisuutta vai yrityskauppojen mahdollisia tehokkuusetuja.[16]

Kustannus-hyöty-ajattelun mukaan kussakin yksittäistapauksessa tulee arvioida, johtaako yrityskauppa tehokkuusetuihin, jotka ylittävät yrityksen markkinavoiman kasvusta aiheutuvat kustannukset. Yrityskauppa kiellettäisiin vain silloin, jos kustannukset ovat hyötyjä suuremmat.[17]

Rakenteellisen lähestymistavan mukaan kilpailullisen markkinarakenteen säilyminen tulee turvata, koska kilpailusta aiheutuvat hyödyt ylittävät suuremmasta yrityskoosta mahdollisesti aiheutuvat hyödyt.[18] Useissa tapauksissa yritykset voisivat turvautua fuusioiden sijasta yhteistyömuotoihin, jotka eivät johda peruuttamattomaan markkinarakenteen muutokseen. Yrityskoon vaikutus tehokkuuteen on alakohtainen kysymys, jolloin yrityskauppojen yleisiä tehokkuusetuja ei voida yleisesti todistaa.[19] Kustannus-hyöty-analyysi on myös käytännön juridisen ratkaisutoiminnan kannalta huono vaihtoehto, koska se sisältää liikaa spekulatiivisia elementtejä, joita tuomioistuimet eivät pysty arvioimaan.[20] Toisaalta kustannus-hyöty-analyysi pitää rakenteellista lähestymistapaa virheellisenä, koska tietyn markkinakäyttäytymisen johtaminen tietystä markkinarakenteesta on vähintään yhtä spekulatiivista.

Rakenteellisen lähestymistavan mukaan kilpailupolitiikan tulee sisältää sekä määräävän aseman väärinkäyttöä että fuusiovalvontaa koskevat säännökset, koska toimivan markkinarakenteen ylläpitäminen edellyttää mahdollisuutta es-

---

[15] George/Jacquemin, Dominant Firms and Mergers, The Economic Journal 1992 s. 148–157.

[16] Laajemmin voidaan erottaa neljä vaihtoehtoa 1) salliva suhtautuminen yrityskauppoihin, jolloin valvontaa ei pidetä lainkaan tarpeellisena; 2) kustannus-hyöty-ajattelu, jossa yrityskaupan hyötyjä ja haittoja pyritään vertaamaan keskenään; 3) rakenteellinen tarkastelu, jossa yrityskaupat kielletään markkinoiden keskittymiseen, alallepääsyn esteisiin ja keskittymän markkinavoimaan painottuvan kilpailuanalyysin perusteella; ja 4) lähtökohta, jossa kaikki tietyn rajan ylittävät kaupat kielletään. Ks. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 312–313. Suomessa noudatettiin vuoteen 1998 asti ensimmäistä lähtökohtaa. EY:ssä sulautuma-asetus tuli voimaan 1990, mutta jo tätä ennen tiettyihin kauppoihin pyrittiin puuttumaan 81 ja 82 artiklan avulla. Lähelle neljättä vaihtoehtoa voidaan katsoa päädytyn USA:ssa 1960-luvulla, jossa puututtiin horisontaalisiin yrityskauppoihin hyvinkin pienin markkinaosuuksin. Käytännössä modernissa kilpailupolitiikassa valinta tapahtuu vaihtoehtojen 2) ja 3) välillä. Näin myös Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 313.

[17] Ks. esim. Williamson (1968).

[18] Ibid. s. 148.

[19] Immenga, Zusammenschlüsse zwischen Großunternehmen (1987) s. 197.

[20] Ks. Möschel (1983) s. 55.

tää haitalliset yrityskaupat ja myös viime kädessä purkaa haitallinen keskittyminen. Kustannus-hyöty-analyysi ei pidä suuria yrityksiä tai niiden markkinavoimaa sinänsä pahana, vaan tuomittavaa on ainoastaan määräävän aseman käyttäminen kilpailun rajoittamiseen. Fuusiovalvonta ei ole välttämätöntä, koska fuusion seurauksena syntynyttä määräävää asemaa voidaan valvoa kuten muitakin suuria yrityksiä.[21] Osittain on myös katsottu, että raskaasta valvontakoneistosta valtiolle tai yrityksille aiheutuvat kustannukset ylittäisivät valvonnan mahdolliset hyödyt.

Kaikkein kielteisemmin yrityskauppavalvontaan suhtautuu *uusitävaltalainen* koulukunta. Uusitävaltalaisten mielestä fuusiovalvonta ylipäätään on enemmän haitallista kuin hyödyllistä, koska se estää innovaatioita ja suojelee tehottomia yrityksiä. Uusitävaltalaisten mielestä määräävän aseman syntyminen ja menettäminen on osa normaalia kilpailuprosessia. Määräävä asema on seuraus suuremmasta tehokkuudesta, eikä se haittaa kilpailun toimivuutta. Ongelmia syntyisi vain, jos määräävää asemaa todellakin käytettäisiin hyväksi. Monopolivoittojen periminen houkuttelee uusia yrityksiä markkinoille, eikä määräävää asemaa voida ylläpitää pidemmän päälle, jollei julkinen valta ole luonut keinotekoisia alalle pääsyn esteitä. Fuusiovalvonnan tarpeellisuutta korostavat koulukunnat toteavat tähän, että uusitävaltalaisuus yliarvioi markkinoiden itsesäätöisyyttä. Alallepääsyn esteitä aiheutuu muustakin kuin valtiovallan toimenpiteistä. Esimerkiksi alan keskittyminen harvoihin yrityksiin voi tehokkaasti estää potentiaalisten kilpailijoiden markkinoillepääsyn. Määräävästä asemasta kärsiviä yrityksiä ja kuluttajia ei myöskään paljoa lohduta se, että väärinkäytön seurauksena alalle tulee keskipitkällä tai pitkällä aikavälillä uusia yrityksiä. Potentiaalinen kilpailu on huono korvike aktuaaliselle kilpailulle. Vaikka alalle pääsyn esteet olisivatkin alhaiset, tulevat uudet yritykset alalle vasta aikaviiveellä. Määräävässä asemassa olevat yritykset voivat myös pyrkiä estämään uusien yritysten alalle tulon. Yhteiskunnan kannalta haitallisia hyvinvointitappioita ehtii joka tapauksessa syntyä, ennen kuin markkinat korjaavat tilanteen.[22]

Edellä esitetystä selviää, ettei taloustiede anna riidatonta vastausta keskittymisen valvonnan tarpeellisuuteen. Näkemyserot heijastuvat myös yrityskauppa-

---

[21] Fuusiovalvonnan tarpeellisuutta korostavaa näkemystä voidaan kutsua nimellä "structure approach" ja jälkikäteistä markkinakäyttäytymisen valvontaa "regulation approach". Schmidt (1999) s. 153 ss.

[22] Hyvinvointitappioita voi aiheutua myös yleensä markkinoiden epätasapainosta, kun pienemmät yritykset pyrkivät sopeuttamaan toimintansa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan. Eräs ilmiö on yritysten hintajohtajuus. Kun pienemmät yritykset hyväksyvät suuren yrityksen hintajohtajuuden, saavat ne itsekin paremmat hinnat ja tuloksen kuin tehokkaan kilpailun vallitessa. Määräävässä asemassa oleva yritys taas säästää markkinoilta ajamisen vaatiman hintasodan kustannukset. Esimerkki kuvaa sitä, ettei hyvinvointitappioiden syntyminen aina vaadi määräävän aseman väärinkäyttöä tai sillä uhkaamista. Ks. Kantzenbach/Kruse (1987) s. 10–11. Ks. myös Möschel (1983) s. 50.

valvonnasta käytyyn yhteiskuntapoliittiseen keskusteluun. Talousteoreettisen pohjan ambivalenssi vaikeuttaa lainsäätäjän työtä. Lainsäädännön tavoitteista ei ole yksimielisyyttä eikä sen odotettavissa olevista vaikutuksista riidatonta tietoa. Toisaalta sama ongelma koskee koko kilpailuoikeuden kenttää, joskin vaikeudet korostuvat juuri yrityskauppojen valvonnan osalta. Lainsäätäjä joutuu tällöin turvautumaan yleisiin kokemussääntöihin ja todennäköisyysolettamuksiin, joilla pyritään ottamaan huomioon eri näkökohtia, vaikkei "lopullista totuutta" löytyisikään.

Kansainvälisesti tarkastellen nykyisellään yrityskauppavalvonta painottuu hintatasoa nostaviin horisontaalisiin ja merkittävästi markkinoille pääsyä rajoittaviin vertikaalisiin yrityskauppoihin. Monialayrityskauppoihin puututaan vain harvoin, koska niiden kilpailuvaikutukset jäävät varsin epäsuoriksi. Kieltotunnusmerkistö on yleensä kytketty määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Lisäedellytyksenä on voitu säätää, että kilpailun estymisen tulee olla merkittävää. Erityisesti suuremmissa maissa, esimerkiksi Saksassa ja Yhdysvalloissa, valvonnalla on haluttu puuttua myös hintatasoa nostavaan oligopolien tiivistymiseen. Juridisena konstruktiona on voitu käyttää yhteisen määräävän aseman *(joint/oligopolistic dominance)* käsitettä. Myös EY:n kilpailuoikeudessa ja Suomessa kehitys näyttää menevän tähän suuntaan.

3.3 TEKNISET PROFIILIT

1.3.1 EY:n sulautuma-asetus (4064/89)

Yrityskaupan kieltäminen 82 artiklan nojalla edellytti, että yrityksellä oli määräävä asema jo ennen keskittymistä. Fuusiovalvonta-asetuksella pyritään poistamaan tämä epäjohdonmukaisuus. Kilpailun toimivuutta uhkaava markkinarakenteen keskittyminen pyritään estämään jo ennakkoon. Asetuksen 2 artiklan mukaan keskittyminen on kiellettävä, jos se johtaa määräävään asemaan, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla merkittävästi estyy. Keskittyminen on soveltumaton yhteismarkkinoiden kanssa myös silloin, kun se entisestään vahvistaa määräävää asemaa, jolla on sanotut seuraukset.

Jos komissio lopullisessa arviossaan päätyy siihen, että keskittyminen johtaa määräävän aseman syntymiseen tai sellaisen vahvistumiseen yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla ja samalla merkittävästi estää tehokasta kilpailua, on sen todettava keskittymisen olevan soveltumaton yhteismarkkinoiden kanssa.[23] Tällöin osapuolet eivät saa toteuttaa yrityskauppaa. Jos se on jo

[23] Asetuksen 8 artiklan 3 kohta.

toteutettu, voi komissio määrätä toimenpiteet peruutettaviksi ja keskittymisen purettavaksi.[24]

Yrityskauppavalvonta kytketään yleisesti liikevaihtorajoihin, joiden tarkoituksena on rajoittaa valvontamenettely niihin tapauksiin, joiden lähtökohtaisesti voidaan olettaa vaarantavan kilpailun toimivuutta. Yleisimmin de minimis -sääntö kytketään liikevaihtorajaan, markkinaosuusrajaan tai näiden yhdistelmään. Jotta kansantaloudelliselta kannalta vähämerkitykselliset yrityskaupat eivät tulisi sääntelyn piiriin, lain soveltamisalaa on rajattu varsin korkein liikevaihtokriteerein. Liikevaihtokriteereihin perustuvan tutkimiskynnyksen ongelmana on se, etteivät kriteerit ota huomioon toimialojen koossa olevia eroja tai yleisemminkään yrityskaupan kilpailuvaikutuksia. Toisaalta markkinaosuuskriteerien asettaminen edellyttäisi, että yritykset etukäteen voisivat tietää, millaista markkinamäärittelyä kilpailuviranomaiset pitävät oikeana. Liikevaihtokriteereihin on päädytty, koska ilmoitusvelvollisuuden asettaminen edellyttää selkeitä sääntöjä siitä, milloin kauppa kuuluu valvonnan piiriin.

EY:n asetuksen (4064/89) soveltaminen edellyttää, että asetuksessa säädetyt liikevaihtorajat täyttyvät. Komissiolle on ilmoitettava yritystoiminnan keskittymiseen johtavista yrityskaupoista tai muista järjestelyistä, joiden vaikutukset ulottuvat yhteismarkkinoille eli joilla on yhteisöulottuvuus. Jotta kauppa kuuluisi mukaan komission toimivaltaan, asetuksen 1 artiklan mukaan keskittymän yhteenlasketun maailmanlaajuisen liikevaihdon tulee ylittää viisi miljardia euroa (noin 30 miljardia markkaa). Lisäksi edellytetään, että vähintään kahden keskittymään osallisen yrityksen yhteenlaskettu EY:n alueelta tuleva liikevaihto ylittää 250 miljoonaa euroa (noin 1,5 miljardia markkaa).

Asetuksen korkeat soveltamisrajat samoin kuin ns. kansallisten fuusioiden jättäminen kansallisten viranomaisten toimivaltaan (vrt. edellä 2/3 -sääntö) ovat ilmaus poliittisesta kompromissista. Fuusiovalvontaa jo toteuttavat maat pelkäsivät, että EY:n fuusiovalvonta haittaisi kansallista keskittymisen valvontaa. Pelkästään 5 miljardin euron liikevaihtorajaa oli pidettävä hyvin korkeana, sillä EY:ssä on teollisuudenaloja, joiden yhteenlaskettu liikevaihtokaan ei saavuta tätä rajaa.[25] Vuonna 1997 tehdyn liikevaihtorajojen laskemisen jälkeen asetusta voidaan soveltaa myös, jos keskittymään osallisten yritysten yhteenlaskettu maailman-laajuinen liikevaihto on yli 2,5 miljardia euroa, kaikkien keskittymään osallisten yritysten osalta vähintään kolmesta jäsenvaltiosta kertynyt liikevaihto on yli 100 miljoonaa euroa siten, että näistä vähintään kahden yrityksen liikevaihto on jokaisessa jäsenvaltiossa yli 25 miljoonaa euroa, ja

---

[24] 8 artiklan 4 kohta.

[25] Yrityskaupan absoluuttinen koko ei myöskään kerro kilpailuhaittojen todennäköisyydestä, sillä ratkaisevaa on keskittymisen suhde muihin markkinoilla toimiviin yrityksiin. Toisaalta pelkkä liikevaihtokriteeri on sikäli helpompi soveltaa, ettei yritysten markkinaosuutta tarvitse määritellä asetuksen soveltuvuuden selvittämiseksi.

lisäksi ainakin kahden yrityksen erikseen yhteisön alueelta kertynyt kokonaisliikevaihto ylittää 100 miljoonaa euroa.

Jos asetuksen soveltamisrajat täyttyvät, komissio on *yksin toimivaltainen* käsittelemään yrityskaupan *(one stop shop),* eikä kansallisilla viranomaisilla ole toimivaltaa sen enempää sallia kuin kieltää fuusiota. Erona 81 ja 82 artikloihin EY:n komission ja kansallisten viranomaisten toimivalta on säännelty absoluuttisesti siten, että kansallisia yrityskauppavalvontaa koskevia lakeja ei saa soveltaa yhteisöulottuvuuden omaavaan keskittymiseen.[26] Poikkeuksen tästä periaatteesta muodostaa komission mahdollisuus siirtää yrityskaupan käsittely kansallisille kilpailuviranomaisille[27] sekä jäsenvaltioiden mahdollisuus kieltää fuusio muilla kuin kilpailupoliittisilla perusteilla, jos yrityskauppa on merkittävän yleisen edun vastainen.[28] Jäsenvaltiot voivat myös pyytää komissiota käsittelemään yrityskauppoja, jotka jäävät soveltamiskynnyksen alapuolelle.[29] Vastaavasti asetuksen soveltamisrajojen alapuolella jäsenvaltiot ovat toimivaltaisia.[30] Kun primäärilainsäädäntöön kuuluvia 81 ja 82 artikloja ei voida muuttaa sekundäärilainsäädännöllä, rajoitettiin komission käytännön mahdollisuuksia puuttua liikevaihtorajojen alapuolelle jääviin keskittymistapauksiin säätämällä, ettei perusasetusta 17/62 voida soveltaa 3 artiklassa määriteltyihin keskittymiin.[31]

Asetuksen säännönmukaisen soveltamisalan ulkopuolelle jäävät ns. *kansalliset yrityskaupat.* Kansallisina yrityskauppoina pidetään sellaisia keskittymiä, joissa kaikkien yrityskauppaan osallisten yritysten yhteenlasketusta liikevaihdosta yli *kaksi kolmasosaa* kertyy *yhdessä ja samassa jäsenvaltiossa.* Asetuksen perustelujen mukaan kansallisten yrityskauppojen tutkimisen on tarkoitettu jäävän pääsääntöisesti kansallisten yrityskauppavalvontasäännösten varaan. Poikkeuksena on kuitenkin asetuksen 22 artikla, jonka mukaan yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota käsittelemään sellaisenkin yrityskaupan, joka ei täytä sulautuma-asetuksen liikevaihtorajoja. Säännöksen alkuperäisenä tarkoituksena oli, että ne jäsenmaat maat, joilla omaa yrityskauppa-

---

[26] Asetuksen 21 artiklan kohta 1.

[27] Asetuksen 9 artikla.

[28] Asetuksen 21 artiklan 3 kohta. Tällaisia perusteina asetus mainitsee yleisen turvallisuuden, tiedonvälityksen moniarvoisuuden ja elinkeinotoiminnan valvontasäännökset. Jos jäsenvaltio haluaa kieltää fuusion jollakin muulla yleiseen etuun liittyvällä perusteella, on siihen hankittava komission suostumus. Jäsenvaltioiden mahdollisuutta vedota yleiseen etuun rajoittavat EY-oikeuden muut säännökset, esim. liikkeenperustamisvapaus.

[29] 22 artiklan 3 kohta.

[30] Yrityskauppoja ilmoittavien yritysten näkökulmasta nykyisiä ilmoitusrajoja ei voida pitää täysin tyydyttävinä, sillä jäätäessä EY-rajojen alapuolelle yrityskauppa joudutaan ilmoittamaan kaikissa niissä EU:n jäsenmaissa, joissa sulautuma täyttää kansallisen yrityskauppavalvontalainsäädännön soveltamisrajat. EY:n sääntelystä riippumatta kauppa joudutaan ilmoittamaan joka tapauksessa niissä EU:n ulkopuolisissa maissa, joissa ilmoitusvelvollisuus laukeaa.

[31] 22 artiklan kohta 2.

valvontaa ei ole, on edellä mainittu mahdollisuus siirtää asian käsittely EY:n komissiolle. Nyttemmin yrityskauppasäännökset on omaksuttu lähes kaikissa jäsenmaissa. Artiklan 22 uutena funktiona on mahdollistaa sellaisten tapausten siirtäminen komissiolle, joka on ilmoitettu kansallisella tasolla, mutta jolla on vaikutuksia useamman jäsenvaltion alueella. Tällöin tarkoituksenmukaista voi olla, että yksi viranomainen käsittelee tapauksen keskitetysti.

Asetuksen 22 artiklan mukaan jäsenvaltio voi pyytää komissiota käsittelemään sellaisen yrityskaupan, joka ei täytä edellä mainittuja liikevaihtorajoja mutta joka luo sellaisen määräävän aseman, jonka seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyy jäsenvaltion alueella. Jäsenvaltion pyynnön saatuaan komissiolla on toimivalta kieltää yrityskauppa, edellyttäen, että keskittymä samalla vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Siirtomahdollisuus ei siten koske puhtaasti kotimaan markkinoilla vaikuttavia yrityskauppoja. Käytännössä kauppavaikutuskriteeri ei muodosta merkittävää kynnystä myöskään yrityskauppavalvonnassa. Siirtämismenettelyä sovellettiin mm. *Kesko-Tuko* -tapauksessa.

Asetuksen 9 artiklan perusteella jäsenvaltion kilpailuviranomainen voi pyytää EY:n liikevaihtorajat ylittävän yrityskaupan siirtämistä käsiteltäväksi kansallisen kilpailulain-säädännön perusteella. Edellytyksenä pyyntöön suostumiselle on, että yrityskauppa voi vaikuttaa kilpailun toimivuuteen omat relevantit markkinat muodostavilla kansallisilla markkinoilla ja että uhkaavaa kilpailuongelmaa voidaan pitää merkittävänä nimenomaan kansallisesta näkökulmasta. Asetuksen 9 artiklaa on sovellettu *Metsäliiton ja Vapon* yrityskaupan yhteydessä. Komissio on hiljaittain esittänyt muutoksia toimivaltasäännöksiin.[32]

Asetusta sovelletaan vain, jos kyseessä on 3 artiklassa määritelty keskittyminen. Keskittymisellä tarkoitetaan a) kahden tai useamman aikaisemmin itsenäisen yrityksen sulautumista, tai b) yritysostoa taikka sopimusta tai muuta

---

[32] EY:n komission pyrkimyksenä on ollut laajentaa omaa toimivaltaansa siten, että mahdollisimman monet useamman EY:n jäsenvaltion markkinoilla kilpailuvaikutuksia omaavista yrityskaupoista kuuluisi komission yksinomaiseen toimivaltaan. Komissio esitti yrityskauppasäännösten uudistamista koskevassa vihreässä kirjassa ns. +3 -sääntöä, jossa komissiolle kuuluisivat kaikki ne yrityskaupat, jotka on ilmoitettava vähintään kolmessa jäsenmaassa. Sääntö olisi ollut käytännössä hankala, koska kansalliset ilmoitusvelvollisuutta koskevat säännökset vaihtelevat suuresti, mikä olisi johtanut osin sattumanvaraisiin lopputulokseen. Komissio on nyttemmin esittänyt muutosta, jossa sulautuma-asetuksen tapausten siirtämistä koskevien säännösten soveltamisalaa lisättäisiin. Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings *("The EC Merger Regulation")* COM(2002) 711 final – 2002/0296(CNS); EYVL C 20, 28.1.2003. Alustavasti vaikuttaisi siltä, että tapausta käsittelevän viranomaista koskevien toimivaltasääntöjen joustavoittaminen ei ole täysin ongelmatonta, jos riskinä on, että se tapahtuu oikeusturvan kustannuksella. Yrityskauppavalvonnassa sovelletaan aineellisoikeudellisesti jäykkiä ja osumatarkkuudeltaan usein epätyydyttäviä liikevaihtorajoja sen vuoksi, että yrityskauppaa suunnittelevat tahot voivat etukäteen selvittää, missä maassa tai maissa kauppa on ilmoitettava, kuka asian käsittelee ja koska päätös on odotettavissa. Kysymykseen ei voida syventyä tässä sen laajemmin.

järjestelyä, jonka seurauksena aikaisemmin itsenäisen yrityksen määräämisvalta siirtyy toiselle yritykselle tai taholle, joka jo ennestään käyttää määräämisvaltaa jossain toisessa yrityksessä. Määräämisvalta voidaan saavuttaa hankkimalla yhtiön osuuksia tai sen omaisuutta, sopimuksella tai muulla tavalla. Asetusta sovelletaan, jos yrityskaupan seurauksena saavutetaan "efektiivinen kontrolli" ostettavasta yrityksestä.[33] Kontrollin käsite määritellään mahdollisuudeksi vaikuttaa määräävästi toisen yrityksen toimintaan.[34] Ratkaisevaa ei ole kaupan juridinen muoto vaan sen tosiasialliset vaikutukset. Säännöksen laajan sanamuodon tarkoituksena on estää lain kiertäminen. Säätämällä lain tasolla keskittymisen tunnusmerkistö kattavasti voidaan myös ohjata oikeuskäytännön kehittymistä.[35]

Yritysten markkinakäyttäytymistä koskeva yhteistyö jää asetuksen soveltamisen ulkopuolelle. Sen sijaan itsenäisen ja pysyvän yhteisyrityksen perustaminen kuuluu asetuksen soveltamisalaan. Keskeistä on, johtaako yhteisyrityksen perustaminen pysyvään rakennemuutokseen. Itsenäisiksi jäävien yritysten kilpailukäyttäytymisen koordinointia ei pidetä keskittymisenä. Jos yhteisyritys sen sijaan perustetaan suorittamaan pysyvällä pohjalla kaikkia itsenäisen taloudellisen yksikön tehtäviä ja seurauksena ei ole osapuolten välisen tai niiden ja yhteisyrityksen keskinäisen kilpailukäyttäytymisen koordinointi, on kyseessä keskittyminen.[36] Kyseessä on rajanveto Rooman sopimuksen 81 artiklan ja sulautuma-asetuksen välillä. Toinen rajanveto 81 artiklaan koskee yrityskaupan liitännäisiä ehtoja. Yrityskauppoihin liittyvät normaalit ja kohtuulliset kilpailukieltolausekkeet ovat sallittuja, ilman että niistä erikseen tulisi hakea 81 (3) artiklan mukainen poikkeuslupa. Myös 81 artiklan soveltamisalaan kuuluvat yhteisyritykset käsitellään nykyään yrityskauppavalvonnan mukaisessa nopeutetussa menettelyssä.

Komission on kiellettävä yrityskauppa, jos keskittymisen seurauksena syntyy sellainen määräävä markkina-asema, jonka johdosta tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai sen olennaisella osalla merkittävästi estyy. Vastaavalla tavalla katsotaan yhteismarkkinoiden kanssa sopimattomaksi jo saavutetun määräävän markkina-aseman vahvistaminen, jos sillä on sanotut seuraukset.[37] Jos keskittyminen ei johda sanotun kaltaiseen määräävään asemaan, tulee komis-

---

[33] Asetuksen 3 artiklan kohta 3.

[34] Kontrolli voidaan saavuttaa esimerkiksi ostamalla yli 50 % yrityksen osakekannasta. Jos yrityksen osakeomistus on hyvin hajallaan, voi jo vähemmistöosuuden hankkiminen johtaa asetuksen soveltamiseen. Ks. esim. tapaus *Arjomari/Wiggins Teape,* M.0025.

[35] Kuvaava esimerkki on USA:n Clayton Actin 7 artiklan soveltamiskäytäntö. Säännös jätti aukon, jonka mukaan yrityksen omaisuuden ostaminen ei kuulunut fuusiovalvonnan soveltamisalaan. Porsaanreiän olemassaolo vahvistettiin tuomioistuimen päätöksillä. Puute sittemmin korjattiin ns. Celler–Kefauver -lisäyksellä vuonna 1950.

[36] Ks. 3 artiklan 2 kohta.

[37] Asetuksen 2 artiklan 3 kohta.

sion se sallia.[38] Komissio voi asettaa keskittymisen sallimisen edellytykseksi komission päätöksestä ilmenevien ehtojen noudattamisen.[39]

Preventiivinen valvonta on oikeusvarmuuden kannalta jälkikäteistä valvontaa parempi vaihtoehto, sillä tällä tavoin vältetään se, että yrityskauppa siihen osallisten yritysten yllätykseksi jälkikäteen kiellettäisiin. Preventiivinen valvonta tekee myös fuusion jälkikäteisen purkamisen yleensä tarpeettomaksi[40]. Kokemukset yrityskauppavalvonnasta osoittavat, että keskittymisen jälkikäteinen purkaminen johtaa merkittävään oikeusepävarmuuteen ja on usein käytännöllisistä ja poliittisista syistä vaikea toteuttaa. Välttämättä myöskään kaikki merkittävät yrityskaupat eivät tule ajoissa kilpailuviranomaisten tietoon. Valvonnan tehokkuutta pyritään lisäämään säätämällä yrityksille ennakkoilmoitusvelvollisuus yhteisöulottuvuuden omaavien yrityskauppojen osalta. Sen sijaan, että komissio kilpailijoiden valituksen johdosta tai omasta aloitteestaan puuttuisi erityisen vaarallisina pitämiinsä yrityskauppoihin, tulee sen käsitellä kaikki sille ilmoitetut, soveltamisrajat ylittävät kaupat ja tehdä jokaisessa tapauksessa erikseen perusteltu päätös keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoiden kanssa.

Asetus sisältää yrityskauppojen pakollisen ennakkoilmoitusvelvollisuuden. Yhteisöulottuvuuden omaavasta keskittymisestä on ilmoitettava komissiolle viikon kuluessa enemmistöosuuden ostamisesta tai sopimuksen tai julkisen ostotarjouksen tekemisestä.[41] Keskittymistä ei saa toteuttaa ennen kuin ilmoitus on tehty eikä seuraavan kolmen viikon aikana.[42] Komissio voi päätöksellään pidentää toimeenpanokieltoa, jos se pitää sitä asiassa annettavan lopullisen päätöksen tehokkuuden turvaamisen kannalta välttämättömänä.[43] Jos osapuolet saattavat keskittymisen täytäntöön ennen toimenpidekiellon loppumista tai ovat kokonaan laiminlyöneet ilmoitusvelvollisuuden, riippuvat oikeusvaikutukset komission lopullisesta päätöksestä. Jos komissio katsoo, ettei keskittyminen johda 2 (3) artiklan mukaiseen määräävään asemaan, voi seurauksena olla sakkojen määrääminen,[44] mutta keskittyminen sinänsä jää voimaan. Jos komis-

---

[38] Asetuksen 2 artiklan 2 kohta.

[39] Asetuksen 8 artiklan 2 kohta.

[40] Edellytyksenä on tällöin toki, etteivät yritykset ole lain vastaisesti laiminlyöneet ennakkoilmoitusvelvollisuutta tai saattaneet keskittymistä voimaan ennen toimenpidekiellon loppumista. Ongelmia saattavat tosin aiheuttaa tapaukset, joissa komissio kieltää yrityskaupan, mutta ei ole pidentänyt toimenpidekieltoa 7 artiklan 2 kohdan nojalla. Toisaalta menettelyyn avaaminen 6 artiklan c kohdan mukaan on yrityksille selvä merkki siitä, että komission kielteinen päätös on mahdollinen.

[41] Asetuksen 4 artiklan 1 kohta.

[42] 7 artiklan 1 kohta.

[43] 7 artiklan 2 kohta.

[44] Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnistä määrättävä sakko voi olla 1000–50.000 euroa; 14 artiklan kohta 1 a). Keskittymisen 7 artiklan vastaisesta toimeenpanosta määrättävän sakon enimmäismäärä on 10 % keskittymään osallisten yritysten liikevaihdosta; 14 artiklan kohta 2 b).

sio sitä vastoin kieltää yrityskaupan 2 (3) artiklan vastaisena, osapuolille asetetaan velvollisuus purkaa yrityskauppa.[45] Tilanne aktualisoitui Keskon ja Tukon välisessä yrityskaupassa. Kauppa oli pantu täytäntöön ennen kilpailuviranomaisen päätöstä; siispä kauppa määrättiin purettavaksi.

Preventiivisen valvonnan ongelma on erityisesti yrityskaupan toteuttamiselle aiheutuva aikaviive. Tämä on pyritty ottamaan huomioon säätämällä, ettei toimeenpanokielto koske komissiolle ilmoitettuja julkisia ostotarjouksia. Tällöin osakkeita ostava taho ei kuitenkaan saa edellä mainitun ajan kuluessa käyttää osakkeiden tuomaa äänivaltaa.[46] Komissio voi myös kiireellisissä tapauksissa myöntää luvan yrityskaupan välittömään toimeenpanoon, jos sen lykkääminen uhkaisi aiheuttaa vakavaa vahinkoa kaupan osapuolille tai muille tahoille.[47]

Asetuksella on pyritty lyhyisiin käsittelyaikoihin, jotta valvonnalla mahdollisimman vähän haitattaisiin kilpailuoikeudellisesti vaarattomien yrityskauppojen toteuttamista. Yrityskauppaa koskevan ilmoituksen saapumisesta komissiolle alkaa kulua kuukauden mittainen[48] esitutkimusvaihe, jonka kuluessa komissio tutkii, kuuluuko yrityskauppa asetuksen soveltamisalaan ja arvioi alustavasti sen kilpailuvaikutukset. Jos komissio päätyy siihen, ettei kyseessä ole asetuksen tarkoittama keskittyminen tai ettei järjestely anna aihetta epäillä sen olevan ristiriidassa yhteismarkkinoiden kanssa, se tekee asiassa muodollisen päätöksen, joka lopettaa asian käsittelyn fuusiovalvonta-asetuksen perusteella.[49] Jos komissio päätyy siihen, että on perusteltua aihetta epäillä järjestelyn johtavan 2 (3) artiklan mukaiseen määräävään asemaan, aloittaa se jatkotutkimukset.[50] Lopullinen päätös asiassa on annettava neljän kuukauden sisällä jatkotutkimusten aloittamisesta.[51] Jos komissio ylittää esitutkimuksille asetetun 1 kuukauden tai jatkotutkimuksille asetetun 4 kuukauden määräajan tekemättä asiassa päätöstä, on määräajan ylittämisen seurauksena, että komission katsotaan hyväksyneen keskittymisen.[52]

Asetus sisältää vielä säännöksiä komission tutkintavaltuuksista, jotka vastaavat kartelliasetuksen 17/62 periaatteita. Komissiolla on mm. oikeus pyytää

---

[45] Siviilioikeudellisesti uhkana on jo tehtyjen oikeustoimien pätemättömyys Vrt. asetuksen 7 artiklan kohta 5, joka sisältää kuitenkin poikkeuksen julkisesti noteerattuja arvopapereita koskevien kauppojen osalta. Pörssikaupat eivät ole pätemättömiä, paitsi jos sekä ostaja ja myyjä tiesivät tai heidän ainakin olisi pitänyt tietää, että oikeustoimi oli asetuksen 7 artiklan kohtien 1 ja 2 vastainen.

[46] 7 artiklan 3 kohta.

[47] 7 artiklan 4 kohta.

[48] 10 artiklan kohta 1.

[49] 6 artiklan kohdat 1 a) ja 1 b).

[50] Ks. 6 artiklan kohta 1 c) ja komission ministerineuvoston protokollaan antamien tulkintalausumien kohta 2 b), WuW 1990 s. 241.

[51] 10 artiklan kohta 3.

[52] 10 artiklan kohta 6. Määräaikojen pidentymisestä ks. 10 artiklan kohdat 1, 4 ja 5.

yrityksiltä tarpeellisia tietoja[53] ja suorittaa tarkastus yrityksen tiloissa[54] sekä tarpeen vaatiessa asettaa tutkintapäätösten noudattamisen tehosteeksi uhkasakkoja.[55] Jos yritykset asetuksen vastaisesti saattavat voimaan keskittymisen tai rikkovat komission keskittymisen sallimiselle asettamia ehtoja, voi komissio määrätä yritysten maksettavaksi sakon, jonka enimmäismäärä on 10 % keskittymiseen osallisten yritysten liikevaihdosta.[56] Komission asiassa antamista lopullisista päätöksistä voidaan valittaa ensimmäisen asteen tuomioistuimelle.[57] Ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksistä voidaan valittaa oikeuskysymysten osalta tuomioistuimelle.

1.3.2 Kotimaiset yrityskauppasäännökset

Kilpailunrajoituslain yrityskauppavalvontaa koskevien sääntöjen esikuvana on ollut EY:n normisto. Lain 11 § sisältää yrityskaupan määritelmän. Lain 11 a §:ssä säädetään yritys-kauppavalvonnan piiriin tulevia kauppoja koskevista liikevaihtorajoista ja muista soveltamisalarajauksista. Liikevaihdon laskemista koskevat säännökset ovat 11 b §:ssä. Yrityskaupasta on tehtävä ilmoitus kilpailuvirastolle 11 c §:n mukaisesti viikon sisällä kaupan tekemisestä. Jos yrityskauppa johtaa kilpailua merkittävästi estävän määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen, markkinaoikeus voi 11 d §:n mukaisesti kieltää yrityskaupan tai asettaa sille ehtoja. Ehdoilla on ensisijainen asema kaupan kieltämiseen nähden. Lain 11 e § sisältää säännökset yrityskauppavalvontaa koskevan ilmoituksen käsittelystä kilpailuvirastossa. Käsittelyn ollessa kesken yrityskaupan osapuolet eivät 11 f §:n mukaisesti saa ryhtyä toimenpiteisiin kaupan toteuttamiseksi. Lain 11 g §:ssä säädetään seuraamusmaksusta ilmoitusvelvollisuuden tai täytäntöönpanokiellon rikkomisen varalta. Lain 11 h § koskee yrityskauppaasioiden käsittelyä markkinaoikeudessa ja 11 i § niitä poikkeustilanteita, joissa jo ratkaistu asia voidaan ottaa uudelleen käsiteltäväksi.

Yrityskauppavalvontaa koskevan kilpailunrajoituslain 3 a luvun soveltamisalan piiriin kuuluvat sellaiset rakenteelliset järjestelyt, joissa pysyvällä tavalla muutetaan toimialarakennetta ostamalla tai myymällä yrityksiä, niiden omaisuutta tai osuuksia niissä. Näille järjestelyille on ominaista, että ne tähtäävät omistuksenvaihdokseen tai siihen, että osapuolten omaisuus siirretään pysyväisluontoisesti perustettavaan yhteisyritykseen. Sen sijaan elinkeinonharjoittajien markkinakäyttäytymistä sääntelevät sopimus- ja muut järjestelyt kuuluvat

---

[53] 11 artikla.
[54] 14 artikla.
[55] Ks. 15 artikla.
[56] Ks. 14 artiklan kohdat 2, 3 ja 4.
[57] Jäsenvaltioiden mahdolliset valitukset käsittelee suoraan EY:n tuomioistuin. Ks. yleisesti esim. Bellamy/Child (2001) s. 457–462; Marenco (2000).

lain 4–7 §:n markkinakäyttäytymistä koskevien säännösten soveltamisalaan. Lain 11 §:n mukaan yrityskaupalla tarkoitetaan 1) osakeyhtiölain (734/1978) 1 luvun 3 §:ssä tarkoitetun määräysvallan tai vastaavan tosiasiallisen määräysvallan hankkimista;[58] 2) elinkeinonharjoittajan koko liiketoiminnan tai sen osan hankkimista;[59] 3) sulautumista;[60] sekä 4) sellaisen yhteisyrityksen perustamista, joka huolehtii pysyvästi kaikista itsenäiselle yritykselle kuuluvista tehtävistä.[61]

---

[58] Pykälän 1 kohta koskee tilanteita, joissa omistusoikeus yhtiössä siirtyy kokonaan tai osittain esimerkiksi ostettaessa yhtiön osakkeita. Lain soveltamisalaan kuuluvat ensinnäkin yrityskaupat, joissa omistusoikeus siirtyy kokonaisuudessaan, koska tällöin ostava taho saa ilman muuta määräysvallan kohdeyrityksestä. Jos omistusoikeus siirtyy vain osittain, yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten soveltaminen edellyttää osakeyhtiölaissa tarkoitetun määräysvallan tai vastaavan tosiasiallisen määräysvallan hankkimista. Säännökset soveltuvat myös määräysvallassa tapahtuviin olennaisiin muutoksiin esimerkiksi yhdessä omistetun yrityksen osakkaiden vaihtuessa tai vähentyessä. Tosiasiallisella määräysvallalla tarkoitetaan mahdollisuutta vaikuttaa yksin tai yhdessä vaikuttajan lähipiirin kanssa ratkaisevasti yhtiön strategiseen päätöksentekoon. Tällaisina päätöksinä voidaan pitää esimerkiksi yhtiön budjetin tai toimintasuunnitelman tai niistä tehtävien olennaisten poikkeamien hyväksymistä, osingonjakoa, merkittäviä investointipäätöksiä, yrityskaupoista päättämistä, yrityksen hallituksen ja toimivan johdon asettamista tai vaihtamista ja muita vastaavia yhtiön liiketoimintaa koskevia keskeisiä valintoja. Tosiasiallinen määräysvalta voi ilmetä, paitsi mahdollisuutena toimia aktiivisesti, myös mahdollisuutena estää yhtiön omistajia tekemästä edellä mainittuja päätöksiä veto-oikeuden turvin. Hankittaessa yli 50 %:n osuus määräysvallan saavuttaminen on selvää. Lain 11 §:n nojalla myös alle 50 %:n osuuden hankkiminen voi johtaa määräysvaltaan. Vähemmistöosuuden hankinnan yhteydessä tosiasiallisen määräysvallan voidaan katsoa syntyvän erityisistä syistä. Tosiasiallinen määräysvalta edellyttää suurempaa vaikutusmahdollisuutta yhtiön päätöksentekoon, kuin mitä pelkkä vähemmistösuojakeinojen käyttäminen antaa vähemmistöosakkaalle. Tietyissä tilanteissa tosiasiallinen määräysvalta voi kuitenkin syntyä varsin pienelläkin omistusosuudella. Erityisesti julkisesti noteeratuissa yhtiöissä tosiasiallinen määräysvalta voi syntyä silloin, kun hankittu osuus tekee hankkijasta omistuksen hajautuneisuuden seurauksena yhtiön ylivoimaisesti suurimman omistajatahon. Määräysvallan hankkijoita voi olla yksi tai useampi. Ks. lähemmin Kuoppamäki (2000) s. 191–194.

[59] Kilpailunrajoituslain 11 §:n 2 kohdan mukaan lain soveltamisalaan kuuluvat yrityskaupat, joissa hankitaan elinkeinonharjoittajan koko liiketoiminta tai osa siitä. Säännöksen soveltaminen edellyttää yleensä, että yrityskaupalla hankitaan tietty liiketoiminta, osasto tai yksikkö. Hankittaessa ainoastaan yrityksen omaisuutta, esimerkiksi kone, laite tai vastaava ilman että samalla siirtyisi asiakassuhteita, tietotaitoa tai henkilökuntaa, kyse ei normaalisti ole 11 §:n 2 kohdassa tarkoitetusta yrityskaupasta. Jos kaupan yhteydessä siirtyy henkilökuntaa, viittaa se yleensä yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten soveltuvuuteen. Kilpailunrajoituslain esitöiden mukaan lainkohdassa tarkoitettuna yrityksen liiketoiminnan osan hankkimisena voidaan joissakin tapauksissa pitää myös immateriaalioikeuksien hankintaa, vaikka hankinnan yhteydessä ei tapahtuisikaan henkilöstön siirtymistä. Tällaisena erityistilanteena on mainittu immateriaalioikeuden hankinta sellaisella korkean teknologian alalla, jossa oikeuden hallinnalla on ratkaiseva merkitys markkinavoimaan.

[60] Kilpailunrajoituslain 11 §:n 3 kohdan mukaan yrityskauppasäännöstön soveltamisalaan kuuluu myös sulautuminen. Sulautumisesta säädetään muun ohella osakeyhtiölain (734/1978) 14 luvussa, osuuskuntalain (247/1954) 16 luvussa, säätiölain (109/1930) 17 a – 17 c §:ssä sekä vakuutusyhtiölain (1062/1979) 16 luvussa.

[61] Tällaisen yhteisyrityksen katsotaan syntyvän silloin, kun yhteisyrityksen toiminta on tarkoitettu pitkäaikaiseksi tai jatkuvaksi, sillä on riittävät omat resurssit eikä se ole riippuvainen perustajiensa toimituksista tai ostoista. Lyhyeksi aikaa, esimerkiksi vain tiettyä projektia tai hanketta varten perustettu yhteisyritys ei täytä pysyvyyden edellytystä.

Yhteisyrityksen katsotaan hoitavan kaiken itsenäiselle taloudelliselle yksikölle kuuluvan toiminnan silloin, kun se hoitaa itsenäisesti vastaavat tehtävät kuin muutkin samoilla markkinoilla toimivat yritykset. Yritys on aina (tai ainakin sen pitäisi olla) omistajiensa määräysvallan alainen.[62] Arvioitaessa sitä, onko yhteisyrityksen toiminta pysyvää ja hoitaako yritys kaiken itsenäiselle taloudelliselle yksikölle kuuluvan toiminnan, voidaan tulkinta-apuna käyttää näitä edellytyksiä koskevaa EY:n sulautuma-asetuksen soveltamiskäytäntöä. Yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset soveltuvat siten sellaisiin omistusjärjestelyihin, joilla pysyväksi tarkoitetulla tavalla muutetaan markkinarakennetta. Sellaiset yhteisyritykset, joissa kysymys on esimerkiksi puhtaasti markkinoinnissa tehtävästä yhteistyöstä, eivät kuulu yrityskauppavalvonnan soveltamisalaan. Lain 6 §:ssä tarkoitettujen sopimusten sallittavuus edellyttää 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa. Yrityskaupan yhteydessä voidaan sopia sellaisista liitännäisrajoituksista, jotka välittömästi liittyvät yrityskauppaan ja ovat välttämättömiä sen toteuttamiselle.[63]

Kilpailunrajoituslain 11 a §:n 1 momentin mukaan yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset soveltuvat, jos 1) yrityskauppaan osallisten yritysten, myyjien ja ostajien, yhteenlaskettu edellisen vahvistetun tilikauden liikevaihto ylittää 2 miljardia markkaa, ja 2) vähintään kahden yrityskauppaan osallisen yrityksen liikevaihto ylittää 150 miljoonaa markkaa. Lisäksi 11 a §:n säännösten soveltaminen edellyttää, että hankinnan kohde tai sen kanssa samaan konserniin kuuluva yhteisö tai säätiö taikka perustettava yhteisyritys harjoittaa liiketoimintaa Suomessa.

---

[62] Lainkohdassa itsenäisyydellä tarkoitetaan sitä, että kyseessä on itsessään elinkelpoinen taloudellinen yksikkö, ei pelkkä emoyhtiön käden jatke tai kilpailijoiden keskinäisen yhteistyön väline. Emoyhtiöt ovat pysyväksi tarkoitetulla rakenteellisella järjestelyllä siirtäneet kaupan kohteena olevat toiminnot uuteen yksikköön. Jos yhteisyrityksen tehtävänä on hoitaa vain tietty perustajiensa liiketoiminnan osa-alue, kuten esimerkiksi perustajayritysten tutkimus ja tuotekehitys tai markkinointi, kyseessä ei ole kilpailunrajoituslain 11 §:n 4 kohdassa tarkoitettu yhteisyritys. Jotta yhteisyrityksen katsotaan hoitavan kaiken itsenäiselle taloudelliselle yksikölle kuuluvan toiminnan, tulee sillä olla myös riittävät taloudelliset ja aineelliset resurssit ja riittävä henkilöstö. Pysyvyydellä tarkoitetaan sitä, että yritys on tarkoitettu pitkäaikaiseksi tai jatkuvaksi. Lyhyeksi aikaa, esimerkiksi tiettyä projektia tai hanketta varten perustettua yhteisyritystä, ei pidetä tämän lain tarkoittamana yrityskauppana. Pelkästään se, että yhteisyritys on perustettu tietyn pituiseksi kiinteäksi ajaksi tai että se on mahdollista purkaa, ei estä pitämästä yhteisyrityksen toimintaa pysyvänä. Ks. lähemmin Kuoppamäki (2000) s. 195–197.

[63] Jotta rajoituksia pidettäisiin yrityskaupan yhteydessä arvioitavina liitännäisrajoituksina, niiden ei tulisi ajalliselta kestoltaan tai asialliselta tai alueelliselta ulottuvuudeltaan ylittää sitä, mitä yrityskaupan toteuttaminen kohtuudella edellyttää. Tällaisia rajoituksia voisivat olla mainitulla tavalla kohtuulliset kilpailukieltolausekkeet, teknologian lisensointi tai jakelusopimukset. Mikäli tämän lain mukaan yrityskauppana pidettävään yhteisyritykseen liittyy 4–6 §:ssä tarkoitettuja kilpailunrajoituksia, joita ei voida pitää liitännäisrajoituksina, myös niiden sallittavuus edellyttää 19 §:ssä tarkoitettua poikkeuslupaa.

Kilpailunrajoituslain 11 a §:ssä säädetään kaksi soveltamisalaa koskevaa poikkeusta. Lain 11 a §:n momentin 1 kohdan viimeisen lauseen mukaan yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä ei sovelleta, jos hankinnan kohteena oleva yritys, yksikään sulautumiseen osallinen yhteisö tai perustettava yhteisyritys ei harjoita liiketoimintaa Suomessa.[64] Lain 11 a §:n 2 momentin mukaan säännöksiä ei sovelleta yrityskauppoihin, jotka kuuluvat EY:n sulautuma-asetuksen soveltamisalaan. Säännöksen perustana on EY:n fuusiovalvonta-asetuksen (4064/89) sisältämä niin sanottu yhden luukun periaate *(one stop shop)*, jonka mukaan yrityskaupat kuuluvat joko EY:n asetuksen tai vaihtoehtoisesti jäsenmaiden kansallisten säännösten soveltamisalaan riippuen siitä, täyttyvätkö EY:n asetuksen soveltamisedellytykset jäsenvaltion toimivallan poissulkevalla tavalla. Kilpailunrajoituslain säännös on luonteeltaan deklaratorinen. EY:n komissiolla on yksinomainen toimivalta tutkia EY:n liikevaihtorajat täyttävä yrityskauppa. Tämän periaatteen soveltamisesta ja sen poikkeuksista on säädetty tarkemmin edellä mainitussa EY:n asetuksessa. Asetuksen 9 artiklan perusteella komissio voi kuitenkin siirtää sille ilmoitetun keskittymän kansallisten kilpailuviranomaisten tutkittavaksi (ns. *German clause*). Asetuksen 22 artiklassa jäsenvaltiolle on annettu mahdollisuus siirtää yrityskauppatapaus EY:n komission käsiteltäväksi (ns. *Dutch Clause*). Tätä Keskon ja Tukon yrityskaupan yhteydessä sovellettua säännöstä on käsitelty edellä.

Yrityskaupasta on ilmoitettava kilpailuvirastolle viikon kuluessa sen tekemisestä. Yrityskauppavalvonnan ydinsäännöksen muodostaa kilpailunrajoituslain 11 d §, jossa määritellään yrityskaupan kieltämisen edellytykset. Mikäli yrityskauppa johtaisi toteutuessaan kilpailua merkittävästi estävän määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla, kilpailuvirasto tekee markkinaoikeudelle esityksen yrityskaupan kieltämiseksi. Kiellon edellytyksenä on myös, ettei kauppa ole hyväksyttävissä ehdoilla, joilla haitalliset kilpailuvaikutukset saadaan poistettua.

1.4 KYSYMYKSENASETTELUN TARKENNUSTA

EY:n sulautuma-asetuksen tavoitteena on yhtäältä helpottaa kilpailua edistäviä tai kilpailun kannalta vaarattomia yrityskauppoja saattamalla ne yhtenäisen ja nopean EY:n laajuisen hyväksymismenettelyn alaiseksi (one stop shopping). Toisaalta halutaan estää kilpailua estävä elinkeinorakenteen keskittyminen.[65]

---

[64] Sen sijaan säännökset soveltuvat esimerkiksi sellaisen yrityksen ostamiseen, jolla on Suomessa liiketoimintaa harjoittava tytäryhtiö. Toiminnan harjoittamisella Suomessa tarkoitetaan normaalisti sitä, että yritys tarjoaa tavaroita, palveluita tai muita hyödykkeitä Suomen markkinoilla. Pelkkä rekisteröity toimipaikka Suomessa ei johda säännösten soveltamiseen. Myöskään pelkästään tiettyjen hallinnollisten toimintojen, kuten laskutuksen, hoitaminen Suomessa ei tuo yritystä säännöksen soveltamisalan piiriin.

[65] Ehlermann, WuW 7 u. 8/1991, s. 537.

Keskeisenä tavoitteena on pitää markkinat avoimina ja estää sellaisten rakenteiden syntyminen, jotka merkittävästi estävät toimivan kilpailun ylläpitämistä tai kehittämistä yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla. Keskittyminen ei saa johtaa kansallisten markkinoiden sulkemiseen kilpailulta tai vaarantaa markkinamekanismin toimintaa jo saavutetuilla EY:n laajuisilla markkinoilla. Asetus pyrkii löytämään tasapainon yritysten kasvutarpeiden ja tarkoituksenmukaisen markkinarakenteen välillä. Se on kiinteässä yhteydessä yhteismarkkinaohjelmaan. Oli tarpeellista säännellä yhteismarkkinaohjelman kiihdyttämää rakennemuutosta. Toisaalta yhteismarkkinaohjelma muuttaa yritysten toimintaympäristöä. Muutokset tulee ottaa huomioon fuusiovalvonnassa.

Kansallisen yrityskauppavalvonnan tarve kohdistuu etupäässä kotimarkkina-aloille. Vientimarkkinoilla, joilla yritykset kohtaavat kansainvälisen kilpailun, kotimaisen sääntelyn tarve on olennaisesti pienempi. Puuttumiskynnyksen kannalta olennaista on markkinoiden avoimuus ja fuusioituvien yritysten kohtaama kilpailun paine. Jotta yrityskauppavalvonnalla saavutettaisiin sille asetetut päämäärät, säännösten tulkinnan tulee olla joustavaa. Staattista markkinoiden rakenteeseen liittyvää tarkastelua tulee täydentää dynaamisella markkinoiden tulevan kehityksen arvioinnilla.

Keskittymiseen voidaan suhtautua kielteisesti, neutraalisti tai torjuvasti. Harvardilaisen strukturalistisen kannan mukaan keskittyminen nostaa hintatasoa, minkä vuoksi yrityskauppoihin tulee puuttua jo oligopolitasolla.[66] Chicagolaisesta näkökulmasta yrityskauppa voi samanaikaisesti lisätä tehokkuutta ja vähentää kilpailua. Yrityskauppavalvonta tulisi rajoittaa lähes monopoliasemaan johtuvien horisontaalisten kauppojen torjumiseen. Valvonnalla nähdään vähän roolia pienissä ja kansainväliselle kilpailulle avoimilla markkinoilla.[67] EY:n ja Suomen sääntelyssä omaksutaan neutraali suhtautuminen keskittymiseen. Keskittymisellä on usein samanaikaisesti sekä myönteisiä että kielteisiä vaikutuksia.

Yrityskauppavalvonnalle on tyypillistä, että kieltopäätöksiä annetaan kaikkiin ilmoitettuihin tapauksiin nähden suhteellisen harvoin. Useimmissa tapauksissa kilpailun turvaamisen kannalta riittävää on keskittymisen haitalliset vaikutukset poistavien ehtojen asettaminen. Yrityskaupan lopullinen kieltäminen tulee kyseeseen vain niissä tapauksissa, joissa yrityskaupan haittavaiku-

---

[66] Ääriesimerkkinä voidaan mainita Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisu tapauksessa *US v. Philadelphia National Bank*, jossa kiellettiin alueellisesti muutaman prosentin markkinaosuuteen johtanut yrityskauppa.

[67] Epärealistisen myönteistä suhtautumista edustavat monet uusitävaltalaisen taloustieteen edustajat. Keskittymistä ja siihen liittyvää taloudellista valtaa ei nähdä ongelmana. Tieteellisesti vähemmän vakavasti otettavana ääriesimerkkinä voidaan mainita *Armentanon* (1986, 1994) esitys, jossa sopimus ja tehokkuus samaistetaan keskenään. Yritysten odotetaan tekevän sopimuksia vain silloin, kun ne lisäävät tehokkuutta. Tästä syystä yrityskauppasopimuksiin ei tulisi puuttua eikä muutakaan kilpailulainsäädäntöä tarvita.

tukset kilpailun toimivuudelle ovat niin suuret, ettei ehtojen asettamista ole pidettävä riittävänä kilpailun turvaamisen kannalta. Yrityskauppa voi myös olla luonteeltaan siinä määrin kilpailua estävä, ettei haittavaikutusten poistaminen ehtoja asettamalla ole mahdollista.

Yrityskauppavalvonnan etuna on, että sen avulla voidaan puuttua markkinoiden rakenteeseen jo ennen määräävän aseman syntymistä. Yrityskauppavalvonta täydentää kilpailuviranomaisten keinovalikoimaa ja tehostaa lainsäädäntöä. Valvonnan päätavoitteina on pitää markkinat avoimina ja estää kilpailua heikentävien markkinarakenteiden syntyminen. Valvonnan riskeistä merkittävin on liian alhainen kieltokynnys, jonka seurauksena voi olla välttämättömän rakennemuutoksen estyminen. Suomessa dilemma on pyritty ratkaisemaan nostamalla kieltokynnystä. Kielletyiksi tulevat vain kilpailua merkittävästi estävään määräävään markkina-asemaan johtavat yrityskaupat.

Hyödyistään huolimatta yrityskauppavalvonnan käyttöönotto ei ole ongelmatonta. Keskustelu on siirtynyt sovellettaviin standardeihin ja menettelytapoihin. Joko-tai-kysymyksenasettelua olennaisesti kiinnostavampi kysymys onkin se, millaisiin kauppoihin on syytä suhtautua myönteisesti ja millaisiin torjuvasti, ja miten johtopäätöksiin rationaaleimmin päästään. Yrityskauppavalvontaan liittyvät kilpailuoikeudelliset ongelmat voidaan kiteyttää kolmeen asiaryhmään.

I Aineellisoikeudellisia ydinkysymyksiä:
1) Mille tasolle kieltokynnys tulee asettaa?
2) Millaista näyttöä kilpailun estymisestä vaaditaan?
3) Tuleeko tehokkuusvaikutukset ottaa huomioon ja jos niin miten?
4) Milloin yrityskauppa voidaan sallia ehdollisena ja millaisia ehtojen tulisi olla?

II Soveltamisalakysymyksiä:
1) Miten määritellään ennakkoilmoitusvelvollisuuden piiriin kuuluvat yrityskaupat?
2) Miten vedetään raja yrityskauppavalvonnan ja kartellikiellon välillä?
3) Miten jaetaan toimivalta EY:n komission ja jäsenmaiden kilpailuviranomaisten välillä ja toisaalta suhteessa kolmansien maiden viranomaisiin?

III Prosessuaalisia ongelmia:
1) Miten saadaan kilpailullisesti neutraalit ja/tai hyödylliset yrityskaupat ratkaistuksi yrityksille ja viranomaisille aiheutuvin mahdollisimman pienin kustannuksin?
2) Miten löydetään tasapaino oikeusvarmuuden ja käsittelynopeuden välillä?
3) Mikä on kilpailijoiden ja muiden kolmansien osapuolien prosessioikeudellinen asema?

Jäljempänä keskitytään ensimmäisessä ryhmässä mainittuihin aineellisoikeudellisiin ydinkysymyksiin. Tarkastelun ulkopuolelle jäävät soveltamisalakysymykset, kuten liikevaihtorajojen laskeminen, viranomaisten keskinäiset toimi-

vallanjakosäännöt ja rajanveto kooperatiivisten ja konsentratiivisten yhteisyritysten välillä. Viimeksi mainittu kysymys olisi tutkimuksen kannalta mielenkiintoinen. Se on kuitenkin yksistään jo tilasyistä rajattava ulkopuolelle.

Pääasiallinen tarkasteltava kysymys kuuluu, mille tasolle kieltokynnys asettuu ja mille tasolle sen tulisi asettua yrityskauppavalvonnassa. EY:n ja Suomen yrityskauppavalvonnassa kieltokriteerin muodostaa "sellaisen määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen, joka merkittävästi estää kilpailua". Kieltokynnys oli kontroverssi kysymys erityisesti säädettäessä EY:n yrityskauppavalvonta-asetusta. Käytännössä myöhemmän oikeuskäytännön varaan jätettiin ksysymys siitä, voivatko viranomaiset puuttua yhden yrityksen määräävän aseman ohella myös jaetun tai yhteisen määräävän aseman syntymiseen. Puututtaessa yhden yrityksen määräävään asemaan kysymys kuuluu, voiko yrityskaupan seurauksena syntyvä keskittymä yksipuolisin toimenpitein nostaa hinnat kilpailullisen tason yläpuolelle. Yhteisen määräävän aseman osalta sama kysymys kuuluu, luoko yrityskauppa sellaisen rakenteen markkinoille, jossa keskittymä voi yhdessä tärkeimpien kilpailijoidensa kanssa nostaa hinnat ylös. Ensimmäisessä tilanteessa kyse on yksipuolisesta toiminnasta, jälkimmäisessä kolluusiosta. Kysymyksiä pyritään arvioimaan markkinoiden rakenteessa tapahtuvan muutoksen perusteella. Mahdollisuus puuttua oligopolien tiivistymiseen riippuu siitä, kumpi kanta kysymykseen otetaan. Mielenkiintoisesti Yhdysvalloissa oligopolisten rakenteiden ("coordinated effects") valvontaa pidetään viimeistään vuoden 1992 horisontaalisia yrityskauppoja koskevien suuntaviivojen saaman myönteisen vastaanoton jälkeen yleisesti hyväksyttynä.[68] Yhdysvalloissa kiistellään enemmän siitä, onko tarvetta puuttua erikseen myös yhden yrityksen määräävää asemaan rinnastuviin ("unilateral effects") tilanteisiin. EY:n komissio on hiljattain esittänyt harkittavaksi, tulisiko EY:n yrityskauppavalvonnassa siirtyä määräävän aseman kriteeristä amerikkalaisperäiseen kilpailun merkittävää estymistä ("substantial lessening of competition") koskevan kriteerin käyttämiseen.

Toinen keskeinen kysymys liittyy määräävän aseman määrittämisen kriteereihin. Sekä EY:ssä että Suomessa määräävän aseman määritelmä perustuu väärinkäyttövalvonnassa kehitettyjen kriteerin soveltamiseen. Ottaen huomioon, että kyse ei ole käyttäytymisen, vaan rakenteen valvonnasta, mahdollisesti lähestymistavassa on eroja. Merkittävä kysymys kuuluu myös, missä määrin yrityskauppavalvonnassa otetaan huomioon muita kuin markkinoiden keskittymiseen liittyviä näkökohtia. Missä määrin yrityskauppavalvonnan yhteydessä voidaan tai pitää ottaa huomioon kansainväliseen kilpailukykyyn ja produktiivisen tehokkuuden lisääntymiseen liittyviä argumentteja? Viimein tar-

[68] Toisin vanhemmat Chicagon koulun edustajat, erityisesti Robert Bork, suhtautuvat kielteisesti oligopolien rakenteelliseen tarkasteluun. Post-chicagolaiset soveltavat enemmän peliteoriaa ja suhtautuvat valvonnan tarpeeseen kutakuinkin myönteisesti.

kastellaan EY:n ja Suomen yrityskauppavalvonnan yhtymäkohtia ja eroja. Tarkastelu jää tältä osin vähäisemmäksi siitä syystä, että kotimainen valvonta on ollut voimassa vasta muutaman vuoden, joten kriittisiä tapauksia on kertynyt toistaiseksi liian vähän kattavan vertailun suorittamiseksi. Kotimaisen yrityskauppavalvonnan esikuvana on ollut EY:n asetus. EY:n asetusta koskevan käytännön käsittely antanee osviittaa myös siitä, miten kotimaista lakia todennäköisesti tullaan tulkitsemaan. Toisaalta markkinoiden koossa ja oikeuskulttuurissa olevat erot voivat johtaa poikkeaviin linjauksiin. EY:n asetuksen tarkastelukulmana on yhteismarkkinoiden toimivuus. Kotimaisessa valvonnassa keskitytään kilpailun turvaamiseen Suomen markkinoilla.

2. Määräävä markkina-asema yrityskauppavalvonnassa

Keskittymän aineellisoikeudellinen arviointi toteutetaan kahdessa vaiheessa. Ensin määritellään relevantit tuote- ja alueelliset markkinat. Tämän jälkeen arvioidaan keskittymän vaikutukset näillä markkinoilla. Seuraavassa selvitetään keskittymän soveltuvuuden kriteerejä erikseen horisontaalisten, vertikaalisten ja monialayrityskauppojen osalta. Tarkastelu painottuu EY:n asetukseen ja sitä koskevaan käytäntöön. Rinnalla käsitellään kotimaista, vielä suhteellisen tuoretta ratkaisukäytäntöä.

2.1 MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN MÄÄRITELMÄ EY:N SULAUTUMA-ASETUKSESSA

2.1.1 Yleistä

Sulautuma-asetuksen 2 artiklan mukaan komission tulee arvioida sille ilmoitetun keskittymän vaikutukset ja selvittää, soveltuuko yrityskauppa yhteismarkkinoille. 2 artiklan 2 ja 3 kohtien mukaan ratkaisevaa on se, syntyykö keskittymän seurauksena määräävä asema, jonka johdosta tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla merkittävästi estyy. Keskittyminen ei sovellu yhteismarkkinoiden kanssa myöskään silloin, kun se johtaa ennestään vallitsevan määräävän aseman vahvistumiseen. Keskittymä voidaan kieltää ainoastaan, jos se heikentää kilpailuolosuhteita. Yrityskaupan ja kilpailuvaikutusten välillä ei ole syy-yhteyttä, jos kilpailuolosuhteiden voidaan odottaa heikkenevän samalla tavalla, vaikkei keskittymää toteutettaisikaan.

Asetuksen 2 artiklan mukaan keskittyminen joko on tai ei ole soveltuva yhteismarkkinoiden kanssa. Aikaisemmissa versioissa arviointi oli 81 artiklan 1 ja 3 kohtien mallin mukaan kaksivaiheinen. Komissio saattoi myöntää poikkeusluvan määräävään asemaan johtavalle yrityskaupalle, jos hyödyt ylittivät haitat. Vasta vuonna 1989 julkaistussa versiossa kieltokynnykseksi asetettiin määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen.[69] Asetus ei sisällä yleistä kieltoa ja mahdollisuutta tehdä tästä kiellosta poikkeuksia, vaan keskittymän soveltuvuus yhteismarkkinoiden kanssa ratkaistaan materiaalisesti yksivaiheisen menettelyn mukaan. Keskittyminen joko on (2 artiklan 2 kohta) tai ei ole

[69] Ks. esim. Cook/Kerse (2000) s. 128.

(2 artiklan 3 kohta) sallittu.[70] Yksivaiheisuudesta seuraa, että 2 artiklan yksittäisten tunnusmerkkien kilpailuoikeudellinen merkitys korostuu.[71]

2.1.2 Määräävä asema ja kilpailun merkittävä estyminen

2.1.2.1 Määräävän aseman määritelmä asetuksessa

Asetuksen 2 artiklan 2 kohdan mukaan keskittyminen, jonka seurauksena ei synny sellaista määräävää asemaa, joka oleellisesti estää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai sen oleellisella osalla, on julistettava soveltuvaksi yhteismarkkinoiden kanssa. Aineellisoikeudellinen ydinsäännös on 2 artiklan 3 kohta, jonka mukaan

> "Keskittyminen, jonka seurauksena syntyy tai vahvistuu sellainen määräävä asema, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla merkittävästi estyisi, on julistettava soveltumattomaksi yhteismarkkinoiden kanssa."

2.1.2.2 Tehokkaan kilpailun merkittävä estyminen

Asetuksen 2 (3) artiklan tunnusmerkistö muodostuu kahdesta osasta. Keskittyminen tulee kieltää, jos sen seurauksena on

1. määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen, ja
2. tehokkaan kilpailun merkittävä estyminen yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla.

Asetuksen 2 (3) artiklan sanamuoto herättää kysymyksen, missä suhteessa tunnusmerkistön osat ovat toisiinsa. Onko määräävä asema 82 artiklan merkityksessä sinänsä kielletty vai edellyttääkö määräävä asema 2 artiklan 3 kohdan

---

[70] Asetus ottaa neutraalin asenteen keskittymien hyväksyttävyyteen nähden. Komission tulee jokaisessa tapauksessa erikseen tehdä Rooman sopimuksen 253 (ent. 190) artiklan kriteerit täyttävä perusteltu päätös, onko kyseinen keskittymä soveltuva yhteismarkkinoiden kanssa vai ei. Ratkaisu lisää komission työmäärää ja fuusiovalvonnasta aiheutuvia kustannuksia. Toisaalta se parantaa järjestelmän ennakoitavuutta. "Vähemmän vaarallisten" tapausten käsittely antaa yrityskauppaa suunnitteleville yrityksille osviittaa siitä, miten komissio tulee juuri niiden ilmoitukseen suhtautumaan. Vuonna 1998 komissio otti käyttöön lyhennetyn päätöksentekomallin, jolla selvät tapaukset pyritään ratkaisemaan mahdollisimman nopeasti ja pienin kustannuksin. Muutos kuvaa järjestelmän kypsymistä. Pitkiä päätöksiä ei enää tarvitse kirjoittaa pedagogisista syistä, kun järjestelmän peruspiirteet ovat hyvin hallussa sekä viranomaisten että yrityskauppoja notifioivien asianajajien puolella.

[71] Ks. Immenga/Mestmäcker (1997) s. 919.

merkityksessä kilpailun häiriintymistä tavalla, joka ylittää määräävän aseman syntymisestä sinänsä aiheutuvat vaikutukset?

Edellä 82 artiklan yhteydessä käsitellyssä *United Brands* -tapauksessa tuomioistuin määritteli määräävän aseman siten, että se on "taloudellisen voiman yritykselle antama asema, jonka johdosta se voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla, ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana". Jos määräävä asema määritellään yrityksen asemaksi, jonka vallitessa se voi estää tehokkaan kilpailun, ei tunnusmerkki "tehokkaan kilpailun estyminen yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla" sisällä mitään uutta. Määräävän aseman voidaan aina katsoa johtavan jonkin asteiseen kilpailun estymiseen. Tältä kannalta määräävä asema ja kilpailun estyminen ovat saman kolikon kaksi puolta. Jälkimmäinen elementti vain kuvaa ensimmäistä.[72]

Toisaalta 2 artiklan 3 kohtaan lisättiin aivan valmistelun loppuvaiheessa lisämääre *"merkittävä"* kilpailun estyminen. Tästä voitaisiin päätellä, ettei "pelkkä" määräävä asema olisi kielletty, vaan että keskittymisen seurauksena syntyvän määräävän aseman tulisi johtaa kvantitatiivisesti tätä huomattavampaan kilpailun estymiseen. Yrityskauppa tulisi kieltää vain silloin, kun keskittymän seurauksena syntyvä yrityskokonaisuus voisi *Continental Can* -tapauksen merkityksessä "käyttäytyä itsenäisesti", mikä antaa sille aseman, jossa se voi toimia "ottamatta huomioon kilpailijoita, ostajia tai tuotteiden toimittajia". Yrityskauppa tulisi kieltää, jos sen seurauksena tapahtuva muutos kilpailurakenteessa ei ole ainoastaan "havaittava" vaan "huomattava". Markkinaosuuskriteerin kannalta tämä voisi tarkoittaa, että yrityskaupan seurauksena syntyvän markkinaosuuden täytyisi kvantitatiivisesti tai kvalitatiivisesti ylittää kynnykset, joiden vallitessa yrityksen voidaan katsoa olevan määräävässä asemassa 82 artiklan merkityksessä.[73]

---

[72] Komission antoi ministerineuvoston protokollaan tulkintalausuman koskien 2 artiklan tulkintaa (kohta b, julkaistu WuW 1990 s. 240 ss.), jonka mukaan määräävän aseman syntyminen tai sen vahvistuminen on ratkaiseva tekijä arvioitaessa keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoiden kanssa. Kochin mukaan tämä viittaisi siihen suuntaan että määräävä asema olisi ainoa kriteeri 2 artiklan 3 kohdan soveltamisessa. Toisaalta ei olisi a priori poissuljettua, että muitakin tekijöitä otetaan huomioon, jolloin keskittymän soveltumattomuus ei per se seuraisi määräävästä asemasta. Ks. Koch (1990) s. 65–72, s. 69 ss.

[73] Vrt. tältä osin tuomioistuimen päätös tapauksessa *AKZO Chemie*, jossa todettiin 50 %:n markkinaosuuden olevan yleensä riittävä näyttö määräävästä asemasta, tai pikemminkin, että tuon kynnyksen ylittäminen luo kumottavissa olevan presumption määräävästä asemasta. *AKZO Chemie v. komissio*, tuomioistuimen päätös 3.7.1991, kohta 60. EY:n komissio on nyttemmin julkaisemissaan horisontaalisia suuntaviivoja koskevassa luonnoksessa esittänyt, että myös yrityskauppavalvonnan puolella 50 %:n markkinaosuus voisi todistaa määräävän aseman. Ks. Draft Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers, Bryssel 11.12.2002, KOM (2002), kohta 20. Tämä on kaikkea muuta kuin ongelmatonta, kun otetaan huomioon markkinamäärittelyyn liittyvät ongelmat ja valintakysymykset ja toisaalta yrityskauppoihin luontaisesti liittyvä dynaamisen, tulevaisuuteen suuntautuvan tarkastelun tarve.

Myös 2 artiklan 2 ja 3 kohtien erottaminen toisistaan näyttäisi viittaavan siihen, ettei määräävä asema aina olisi kielletty. Toisaalta keskustelu on siltä kannalta semanttista, että pitäisi pystyä määrittelemään, mitä määräävällä asemalla 82 artiklan osalta tarkoitetaan. Tuomioistuimen United Brands -tapauksessa omaksuma standardimääritelmä ei vielä kerro, miten sitä sovelletaan konkreettisissa yksittäistapauksissa.

Kirjallisuudessa kysymykseen on annettu erilaisia vastauksia. Yhden mielipiteen mukaan 2 artiklan 3 kohta olisi rinnasteinen 82 artiklan mukaiseen määräävään asemaan.[74] Toisen kannan mukaan kilpailun huomattava estyminen on itsenäinen tunnusmerkki – lisäkriteeri, joka erottaa 2 (3) artiklan 82 artiklasta.[75] Kaikki määräävään asemaan johtavat keskittymät eivät olisi automaattisesti 2 (3) artiklan vastaisia. Kiellettyä olisi "kvalifioitu määräävä asema", joka johtaa merkittävään kilpailun estymiseen myös tulevaa markkinakehitystä silmälläpitäen.

Jälkimmäiselle kannalle asettui asetuksen valmistelun loppuvaiheen kilpailukomissaari *Sir Leon Brittan*. Hänen mukaansa jäsenvaltiot eivät halunneet hyväksyä puhdasta määräävään asemaan perustuvaa testiä,[76] minkä vuoksi asetukseen lisättiin lisämääre "huomattava" kilpailun estyminen. EY-tuomioistuimen 82 artiklaa koskeva oikeuskäytäntö muodostaisi 2 artiklan 3 kohdan tulkinnan lähtökohdan, mutta lisäksi otettaisiin huomioon muitakin aspekteja – erityisesti, missä määrin potentiaalinen tai aktuaalinen kilpailu tulevaisuudessa tulee rajoittamaan määräävää asemaa. Ratkaisukäytännön varaan jäisi sen määrittäminen, milloin keskittymisen seurauksena syntyvä määräävä asema johtaa "merkittävään" kilpailun estymiseen.[77]

Kuten edellä on todettu, määräävän aseman merkityssisältö voi vaihdella väärinkäyttötilanteen mukaan. Voi olla, että yrityskauppavalvonnassa tulisi tehdä ero horisontaalisten, vertikaalisten ja monialayrityskauppojen välillä. Tällöin pääpaino voisi olla markkinarakenteella, vertikaalisella markkinavoimalla

---

[74] Tällä kannalla ovat olleet mm. Niederleithinger, EWS 1991 s. 73–79, s. 77 ss.; Koch s. EWS 1990 s. 69 ja asetuksen varhaisen soveltamiskäytännön perusteella Siragusa/Subbioto, C.M.L.Rev. 1991 s. 917. Samalla kannalla ovat myös Pendibene (1994).

[75] Kaksivaiheisen testin kannalla ovat olleet mm. Ehlermann (1991) s. 365 ss.; Schröter (1992), G/T/E, Art. 87, Rdnr. 269; Kuoppamäki (1992) s. 282–284; Leivo/Leivo (1997) s. 424–425; Cook/Kerse (2000) s. 127–131. Jones ja Gonzalez–Diaz (1992) viittaavat siihen, että asetuksen 2 artiklan (3) kohdassa RS 82 artiklan mahdollisuutta käyttäytyä riippumattomasti täydennetään yrityksen mahdollisuudella nostaa hintoja maksimoidakseen voittonsa. Tekijät viittaavat toisaalta siihen, että mahdollisuus nostaa hintoja ei käytännön kannalta ole erityisen selkeä konsepti mitata määräävän aseman olemassaoloa. rakenteellisten seikkojen avulla, joista pyritään päättelemään keskittymän mahdollisuutta itsenäiseen käyttäytymiseen ja markkinoiden hallintaan.

[76] "In my view, we are at the beginning of a new legal development and the Council did not wish to recreate a pure, dominant position test. A dominant position as such is not prohibited." Brittan, Competition Policy and Merger Control in the Single European Market, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures 10, s. 36.

[77] Edellinen alaviite s. 37.

tai rahoituksellisella vahvuudella. Yleistysten tekemistä vaikeuttaa vielä se, että kussakin tapauksessa merkityksellisten tekijöiden keskinäinen painoarvo on hieman erilainen. Se, millaista kilpailun estymistä voidaan pitää merkittävänä, edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Kyse on varsin joustavasta ratkaisuperiaatteesta. Pidetäänkö merkittävää kilpailun estymistä itsenäisenä vai erillisenä ratkaisuperiaatteena, ei vielä yksinään ratkaise, mille tasolle kieltokynnys asettuu. Tähän vaikuttavat mm. lainkäyttäjän markkinoiden määrittelytapa, korkeille markkinaosuuksille antama painoarvo, alallepääsyn esteiden tulkinta ja luottamus markkinoiden omiin korjausmekanismeihin.

Kirjallisuudessa näyttää vakiintuneen viimeisen kymmenen vuoden aikana lähestymistapa, jossa väärinkäyttövalvonnan ja yrityskauppavalvonnan erilaisen tarkasteluperspektiivin katsotaan voivan vaikuttaa määräävän aseman määrittelyyn. Kun 82 artiklan osalta yrityksen markkina-asemaa arvioidaan jälkikäteen, yrityskauppavalvonnassa korostuu tulevaisuuteen kohdistuva arviointi, jolloin keskeisiä ovat keskittymän seurauksena syntyvät pitkäaikaiset vaikutukset markkinarakenteelle.[78] Määräävään asemaan tulee liittyä ainakin tietty pysyvyys.[79] Toisaalta jos korkea markkinaosuus on täysin tilapäinen, voidaan perustellusti kysyä, voiko määräävää asemaa olla edes 82 artiklan merkityksessä.[80]

EY:n komissio[81] ja tuomioistuimet[82] ovat korostaneet eroa *ex ante* ja *ex post* tapahtuvan valvonnan välillä. Kun RS 82 artiklan nojalla selvitetään ex post, onko tietty yritys syyllistynyt määräävän aseman väärinkäyttöön, yrityskauppa-

---

[78] Ks. kotimaisen kirjallisuuden osalta perustavasti Kuoppamäki (1992) s. 282–284. Ks. myös Jones/Gonzalez–Diaz (1992) s. 166, jossa niinikään korostetaan alalle pääsyyn liittyvän arvioinnin keskeisyyttä. Uudemman kirjallisuuden osalta ks. esim. Immenga, Immenga–Mestmäcker (1997) s. 823; Cook/Kerse (2000) s. 129–131; Bellamy/Child (2001) s. 406; Whish (2001) s. 772–773; Faull/Nikpay (1999) s. 242–243; Hawk/Huser (1996) s. 169–170.

[79] Ero 82 artiklan ja asetuksen 2 (3) artiklan välillä voidaan tiivistää siten, että 82 artiklan osalta tarkastellaan määräävän aseman pysyvyyttä menneisyydessä ennen väärinkäyttöä ja sen aikana, kun taas yrityskauppavalvonnassa tarkastellaan sitä, kuinka pysyvää monopolivoima tulisi olemaan yrityskaupan toteuttamisen jälkeen.

[80] Tähän argumenttiin viittaa mm. Pendibene (1994) s. 46–47. Kysymys nousi määräävän aseman väärinkäytön yhteydessä esille *ABG*-tapauksen yhteydessä. Tapausta on käsitelty määräävän aseman väärinkäyttöä koskevassa pääjaksossa.

[81] Ks. esim. 21. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 362.

[82] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin käytti tämänsuuntaista argumenttia tapauksessa *Gencor/Lonrho* todetessaan, että "...vaikka vastaisuudessa tapahtuvan väärinkäytön vaaran poistaminen voi olla kaikkien toimivaltaisten kilpailuviranomaisten oikeutettuna huolenaiheena, Euroopan yhteisön suorittaman keskittymävalvonnan tärkeimpänä päämääränä on sen varmistaminen, että yritysrakenteiden muutoksilla ei luoda sellaista taloudellista valta-asemaa, joka voi olennaisesti rajoittaa tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla. Yhteisön toimivallan taustalla on näin ollen ensi sijassa tarve estää se, ettei määräävän markkina-aseman luovia tai sitä vahvistavia markkinarakenteita pääse syntymään, eikä siis määräävän markkina-aseman mahdollisen väärinkäytön suora valvominen." Ks. Gencor/Lonrho, T-102/96, Kok. 1999 s. II-753; tuomion kohta 106. EY:n tuomioistuimen osalta vastaavia lausumia sisältyy jäljempänä käsiteltävään tapaukseen *Kali & Salz*.

valvonnalla pyritään estämään ex ante kilpailulle haitallisten markkinarakenteiden syntyminen.[83] EY:n komissio perustelee asian siten, ettei yrityskauppaa tarvitse kieltää, jos määräävän aseman voidaan olettaa jäävän väliaikaiseksi.[84] EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Kali & Salz*, että kriteeri "merkittävä kilpailun estyminen" tarkoittaa sitä, että yrityskauppa on todettava yhteismarkkinoille soveltuvaksi, jollei sillä luoda tai vahvisteta määräävää markkina-asemaa, jolla on "huomattava vaikutus relevanttien markkinoiden kilpailutilanteeseen".[85] Päätös viittaisi jälkimmäisen kriteerin itsenäiseen merkitykseen.[86] Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisut viittaavat samaan suuntaan.[87]

---

[83] Mitä tarkastelukulman ero merkitsee kieltokynnykselle? Yhtäältä voidaan perustella, että kieltokynnyksen tulisi olla korkeampi puututtaessa yhden yrityksen määräävään asemaan. Yrityskauppavalvonnalla ei tarvitse kieltää kaikkien sellaisten tilanteiden syntymistä, joihin periaatteessa voitaisiin soveltaa 82 artiklaa tai 7 §:ää. On muistettava, että väärinkäyttövalvonta on käytettävissä yrityskaupan jälkeen. Mikäli hintojen nostaminen tai kilpailijan poissulkeminen voidaan estää väärinkäyttövalvonnan perusteella, yrityskaupan kieltäminen ei ole välttämätöntä. Toisaalta rakenteellisen valvonnan tarvetta perustellaan juuri sillä, ettei punktuaalinen ja jälkikäteen laukeava väärinkäyttövalvonta käytännössä ole riittävän tehokasta, ainakaan, jos halutaan välttää yksityiskohtainen määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymisen sääntely. Yrityskauppavalvonnan kieltokynnys liittyy siihen, että markkinarakenne muuttaa haitallisen markkinakäyttäytymisen riskiä lisäävällä tavalla. Arvioinnissa kyse on markkinarakenteen muutoksen perusteella tehtävästä tulevaisuutta koskevasta prognoosista. Toisaalta kolluusion torjumisen kannalta voidaan puolustaa lähestymistapaa, jossa yrityskauppavalvonnan kieltokynnys olisi hieman alempana kuin markkinakäyttäytymistä koskevien kieltonormien osalta. Yrityskaupalla voitaisiin puuttua kolluusion riskiä lisääviin yrityskauppoihin, vaikkei etukäteen varmuutta voi olla siitä, että yritykset tulevat "syyllistymään" kolluusioon. Kartellikiellon soveltaminen edellyttää konkreettista näyttöä kielletyistä kontakteista kilpailijoiden välillä ja jaetun määräävän aseman väärinkäyttönormi selvitystä taloudellisista siteistä ja väärinkäytöstä. Eroa voitaisiin puolustella sillä, että hiljaisen kolluusion torjunnassa pääpainon tulisi olla rakenteellisen kontrollin puolella. Havaitaan, ettei määräävän aseman kvalifiointi vielä ratkaise kysymystä siitä, mille tasolle eri normien kieltokynnykset asettuvat. Tätä kysymystä on tarkasteltava kilpailuoikeudellisten instrumenttien keskinäisen työnjaon näkökulmasta.

[84] Sama perustelu löytyy myös 11 d §:n esitöistä. Ero ajallisessa tarkastelukulmassa on merkittävä myös kansallisen yrityskauppavalvonnan soveltamisen kanssa.

[85] *Kali& Salz*, tuomion kohta 110.

[86] Tähän tulkintaan päätyvät myös Cook ja Kerse (2000), jotka katsovat, että kriteeri kilpailun merkittävä estyminen antaa komissiolle pelivaraa. Sen ei tarvitse puuttua jokaiseen määräävään asemaan johtavaan yrityskauppaan, jos esimerkiksi määräävä asema arvioidaan väliaikaiseksi ilmiöksi. Tekijät eivät kuitenkaan pidä itsenäistä kriteeriä "merkittävä kilpailun estyminen" käytännön kannalta kovin merkittävänä kysymyksenä. Ks. Cook/Kerse (2000) s. 128–129.

[87] Ks. Air France v. komissio, T-2/93, Kok. 1994 s. II-323, tuomion kohta 79.; *Kaysenberg v. komissio*, T-290/94, Kok. 1997 s. II-2137, tuomion kohta 165. Ks. myös Temple Lang (2002) s. 311–313. Ks. myös *Airtours v. komissio*, T-342/99, EY:n ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätös 6.6.2002, tuomion kohta 58: "Where, for the purposes of applying Regulation No 4064/89, the Commission examines a possible collective dominant position, it must ascertain whether the concentration would have the direct and immediate effect of creating or strengthening a position of that kind, which is such as significantly and lastingly to impede competition in the relevant market (see, to that effect, *Gencor* v *Commission*, paragraph 94). If there is no substantial alteration to competition as it stands, the merger must be approved (see, to that effect, Case T-2/93 *Air France* v *Commission* [1994] ECR II-323, paragraphs 78 and 79, and *Gencor* v *Commission*, paragraph 170, 180 and 193)."

Vaikuttaisi siltä, että vuonna 1992 antamani tulkintasuositus "kvalifioidusta" määräävästä asemasta[88] saisi varovaista tukea oikeuskäytännössä. *Temple Lang* perustelee korkeampaa kieltokynnystä yrityskauppavalvonnassa sillä, että yrityskaupan tulevia vaikutuksia on vaikea ennustaa, ja tästä syystä kiellot täytyy rajata selviin tilanteisiin. Virheellisestä yrityskaupan arvioinnista on enemmän haittaa kuluttajille kuin väärinkäyttötilanteen väärästä arvioinnista, sillä viranomaisen yrityskauppa-asiassa antama ratkaisu vaikuttaa suoraan markkinarakenteeseen.[89] Kyse on eräänlaisesta varovaisuusperiaatteesta. Tähän voi lisätä, ettei määräävä asema ole itsessään kielletty 82 artiklan nojalla. Kriteeri kilpailun merkittävä estyminen tavallaan korvaa 82 artiklan osalta edellytetyn väärinkäytön. Tarvitaan vielä lisää kriittisiä tuomioistuinratkaisuja, ennen kuin 82 artiklan ja sulautuma-asetuksen 2 (3) artiklan välinen suhde lopullisesti täsmentyy.[90]

2.1.2.3 Arviointiin vaikuttavat tekijät

Asetuksen 2 artiklan 1 kohdassa luetellaan joukko tekijöitä, jotka komission tulee ottaa huomioon arvioidessaan määräävän aseman syntymistä tai sen vahvistumista:

> "a) tarve säilyttää yhteismarkkinoilla toimiva kilpailu ja kehittää sitä pitäen silmällä muun muassa kaikkien kyseessä olevien markkinoiden rakennetta sekä yhteisössä ja sen ulkopuolella sijaitsevien yritysten taholta tulevaa nykyistä ja potentiaalista kilpailua;
>
> b) kyseessä olevien yritysten asema markkinoilla sekä niiden taloudellinen ja rahoituksellinen vahvuus, tavarantoimittajille ja käyttäjille tarjolla olevat mahdollisuudet, heidän mahdollisuutensa saada toimituksia ja päästä markkinoille, oikeudelliset ja tosiasialliset markkinoille pääsyn esteet, kyseessä olevien tavaroiden ja palvelusten kysyntätrendit, väli- ja loppukäyttäjien edut, sekä tekninen ja taloudellinen kehitys, edellyttäen, että se on kuluttajien etujen mukainen eikä muodosta kilpailun estettä."

Artikla sisältää kohdassa a) yleisen tavoitemääritelmän sekä kohdassa b) kriteerejä, joiden perusteella yksittäistapaukset tulee ratkaista.

---

[88] Ks. Kuoppamäki (1992) s. 282–284.

[89] Ks. Temple Lang (2002) s. 313–314.

[90] Komissio on aivan hiljattain esittänyt, että EY:n asetuksen osalta 2 artiklaa muutetaan. Ks. Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, EYVL *C 20, 28.01.2003, s. 4–57. Myös tässä ehdotuksessa säilytetään kriteeri kilpailun merkittävä estyminen, joskin tarkoituksena muuten on saattaa ns. oligopolistisen dominanssin tilanteet nykyistä paremmin säännösten sanamuodon kattamiksi sekä puuttua myös ns. unilateraalisiin efekteihin dominanssikynnyksen alapuolella.*

2.1.2.3.1 Kilpailupoliittinen tavoitelausuma

Kohdan a) määritelmää voidaan pitää kilpailupoliittisena tavoitelausumana,[91] jonka tarkoituksena on ohjata komission ratkaisukäytäntöä. Sulautuma-asetuksen tavoitteena on estää sellainen yritystoiminnan keskittyminen, jonka seurauksena on kilpailurakenteen vääristyminen. Toisaalta yhteismarkkinoista aiheutuvaa välttämätöntä rakennemuutosta ei haluta estää. Komission tulee pyrkiä tasapainoon näiden kahden tavoitteen välillä.[92] Tehokkaan kilpailun dynamiikkaa korostaa se, ettei komission tehtävänä ole ainoastaan ylläpitää kilpailua vaan myös kehittää sitä.

2.1.2.3.2 Kilpailuvaikutusten kokonaisarviointi

Kohdan a) ensimmäisen lauseen oikeuspoliittista tavoitetta konkretisoidaan ohjeella, jonka mukaan komission tulee ottaa huomioon "kaikkien kyseessä olevien markkinoiden rakenne" sekä "yhteisössä ja sen ulkopuolella sijaitsevien yritysten taholta tuleva nykyinen ja potentiaalinen kilpailu".

Edellä siteeratut kohdat herättävät kysymyksen, missä määrin 2 artiklan 2 ja 3 kohtia tulkitaan *kilpailupoliittisen kokonaisarvioinnin perusteella.* Voidaanko kilpailua estävä määräävä asema hyväksyä, jos keskittymisen seurauksena on samalla myös kilpailun edistyminen? Vertailukohtana Saksan GWB:n 24 §:n 1 momentin mukaan keskittymät, jotka johtavat määräävään asemaan tai sellaista ennestään vahvistavat, on kiellettävä, paitsi jos keskittymään osalliset yritykset todistavat, että se johtaa myös kilpailuolosuhteiden paranemiseen ja parannukset ovat merkittävämpiä kuin määräävästä asemasta aiheutuvat haittavaikutukset.[93]

Viittaus kaikkien markkinoiden rakenteeseen voidaan tulkita kilpailupoliittisen kokonaisarvioinnin sallivaksi normiksi.[94] Samaan suuntaan näyttäisivät viittaavan kohdan 2 b) kriteerit "tekninen ja taloudellinen kehitys" ja "väli- ja loppukäyttäjien edut". Kyseiset kriteerit eivät nimittäin näyttäisi täsmentävän määräävän aseman merkityssisältöä. Pikemminkin ne ilmentävät yrityskauppavalvonnan tavoitteita. Kokonaisarvioinnin sallittavuuteen viittaisi myös asetuksen 8 artiklan 2 kohta, jonka mukaan komissio voi asettaa yrityskaupan hyväksymiselle ehtoja, joilla keskittymisen kielteisiä vaikutuksia voidaan rajoittaa.

Kilpailupoliittisella kokonaisarvioinnilla voitaisiin verrata toisiinsa keskittymisen vaikutuksia eri markkinoilla. Jos keskittyminen tosin estää kilpailua

---

[91] Bechtold (1990) s. 257.

[92] Ks. asetuksen perustelujen kohdat 3–5.

[93] Ks. tästä esim. Bechtold (1996).

[94] Ks. Bechtold (1990) s. 257; Immenga, WuW 1990 s. 376; Monopolkommission, Sondergutachten 17, Tz. 96.

yksillä markkinoilla, mutta samalla parantaa kilpailuolosuhteita toisilla markkinoilla tavalla, joka ylittää edellisillä markkinoilla aiheutuvat haittavaikutukset tai on niiden kanssa vähintään samanarvoinen, ei olisi tarvetta kieltää keskittymistä.[95] Esimerkiksi jos keskittyminen johtaa määräävään asemaan tietyillä suppeasti määritellyillä ja vähämerkityksellisillä markkinoilla, mutta samalla merkittävästi lisää kilpailua muilla markkinoilla, voitaisiin se sallia.[96]

2.1.2.3.3 EY:n ulkopuolinen kilpailu

Viittaus EY:n alueella tai niiden ulkopuolella sijaitsevien yritysten taholta tulevaan aktuaaliseen tai potentiaaliseen kilpailuun voidaan ymmärtää kahdella eri tavalla. "Kilpailupoliittisen" tulkinnan mukaan tällä tarkoitetaan sitä, että kyseessä on tulevaisuuteen kohdistuva arviointi. Kun potentiaaliselle kilpailulle annetaan erityistä merkitystä, tulee huomiota kiinnittää myös EY:n ulkopuoliseen kilpailuun. "Teollisuuspoliittisen" tulkinnan mukaan arviossa tulee kiinnittää erityistä huomiota eroihin kehittyneiden ja alikehittyneiden yhteismarkkinoiden osien välillä sekä tarpeeseen turvata EY-maiden teollisuuden kilpailukyky suhteessa esim. japanilaisiin ja amerikkalaisiin yrityksiin.

2.1.2.3.4 Määräävän asemaan vaikuttavat tekijät

Artiklan 2 (1) kohta b) sisältää joukon kriteereitä, joiden perusteella keskittymisen vaikutukset kilpailun toimivuudelle tulee arvioida.

2.1.2.3.4.1 Markkinaosuus

Viittaus "yritykseen asemaan markkinoilla" tarkoittanee hieman ontuvasta ilmauksesta huolimatta yrityksen markkinaosuutta.[97] Asetus ei sisällä Saksan GWB:n 23 a §:n kaltaisia legaalisia olettamia määräävän aseman olemassaolosta tietyllä markkinaosuudella. Asetuksen perustelujen 15. kohdan mukaan alle 25 %:n markkinaosuus ei yleensä ole omiaan olennaisesti heikentämään tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla. Kyseinen kohta siis indisoi alarajan, jolla määräävä asema yleensä voidaan poissulkea, ei sen alkukynnystä.[98]

---

[95] Tällä kannalla Bechtold (1990) s. 257, Koch EWS, s. 45 ja Schröter, Art. 87, Rdnr. 273. Kilpailupoliittista kokonaisarvostelua vastaan Janicki, WuW 1990 s. 195 ss., Immenga, WuW 1990 s. 271 ss.

[96] Tätä mieltä mm. Langenheine (1990), jonka mukaan kilpailun paraneminen voi yleensä ilmetä vain erillisillä tuote- ja alueellisilla markkinoilla, koska ei ole mahdollista verrata toisiinsa positiivisia ja negatiivisia vaikutuksia samoilla markkinoilla. Langenheine s. 491.

[97] Bechtold (1990) s. 257, Immenga, WuW 1990, s. 376.

[98] Oletus ei kuitenkaan välttämättä pidä, mikäli kyse on jaetun määräävän aseman arvioinnista.

2.1.2.3.4.2 Taloudellinen ja rahoituksellinen vahvuus

Yrityksen taloudellisella ja rahoituksellisella vahvuudella tarkoitettaneen yrityksen käytettävissä olevaa omaa pääomaa, vieraan pääoman saatavuutta ja pääsyä kansainvälisille rahoitusmarkkinoille. Saksan yrityskauppavalvonnassa on kiinnitetty erityistä huomiota yrityskauppoihin, joilla merkittävän taloudellisen voiman omaava yritys tulee markkinoille, joilla ennestään toimii pieniä ja keskisuuria yrityksiä. Tällöin sen resurssit voivat estää potentiaalisten kilpailijoiden markkinoilletulon *(Abschreckungstheorie)* tai johtaa siihen, että alalla toimivat pienemmät yritykset pitäytyvät aggressiivisesta hintakilpailusta tai eivät pysty sen kanssa kilpailemaan *(Ressourcentheorie).*[99] Kriteerin liittäminen asetukseen mahdollistanee periaatteessa puuttumisen myös konglomeraatteihin yrityskauppoihin. RS 82 artiklan osalta tekijä on huomioitu silloin, kun se antaa yritykselle merkittävän kilpailuedun.

2.1.2.3.4.3 Vertikaalinen integraatio ja kauppakumppanin vaihtoehdot

"Tavarantoimittajille ja käyttäjille tarjolla olevat mahdollisuudet" näyttäisi viittaavan vertikaalisiin yrityskauppoihin ja erityisesti *Tetra Pak I* -tapauksen kaltaisiin tilanteisiin, joissa määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii yrityskaupalla vaikeuttamaan kilpailijoiden toimintaa asettamalla näille esteitä elintärkeillä raaka-aine- tai jakelumarkkinoilla. "Mahdollisuudet saada toimituksia ja päästä markkinoille" näyttäisi viittaavan vertikaalisen integraatioon kilpailuetuna, jos yritykselle on hyötyä tuotannon ulottumisesta useammalle tuotantoportaalle. Tältä osin voidaan viitata 82 artiklan yhteydessä käsiteltyyn *United Brands* -tapaukseen. Toisaalta markkinavoiman kasvuun liittyy peilikuvanomaisesti asiakkaiden vastaava valinnanmahdollisuuksien kaventuminen.

2.1.2.3.4.4 Alallepääsyn esteet

Yrityskaupan vaarat kilpailun toimivuudelle riippuvat olennaisesti alalle pääsyn esteistä. Jos ne ovat alhaiset, on yrityksen vaikea hyödyntää markkinavoimaansa, koska potentiaalisten kilpailijoiden reaktiot tekisivät siitä kannattamatonta. Jos ne ovat korkeat, on yrityksellä paremmat mahdollisuudet esimerkiksi nostaa hintoja.

Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 b) mukaan komission tulee arvioinnissaan ottaa huomioon oikeudelliset *ja* tosiasialliset alalle pääsyn esteet.[100] Alalle

---

[99] Ks. esim. Bundeskartellamt, Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle; Immenga (1997) s. 875–877.

[100] Tältä osin on asetuksen erikielisissä versioissa vivahde-eroja. Saksankielisen version mukaan komission tulee huomioida "rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken", ja englanninkielisen version mukaan "any legal or other barriers to entry". Tosin englanninkielisillä "muilla" alallepääsyn esteillä tarkoitettaneen juuri muita kuin lainsäädännöstä johtuvia alalle pääsyn esteitä.

pääsyn esteiden määritelmä on 82 artiklan tavoin lähtökohtaisesti laaja. Esteitä voi aiheutua paitsi jäsenvaltioiden toimenpiteistä, myös erilaisista taloudellisista tekijöistä, jotka vaikeuttavat markkinoille tuloa.[101]

2.1.2.3.4.5 Kysyntä- ja tarjontatrendit

Kriteeri "kysyntä- ja tarjontatrendit" viittaa markkinoiden kehitysvaiheeseen. Markkinaosuuksia ei tule tarkastella staattisesti vaan dynaamisesti. Merkityksellistä ei ole ainoastaan markkinoiden aikaisempi kehitys vaan erityisesti arvio niiden tulevasta kehityksestä. Uusilla markkinoilla voivat yritysten markkinaosuudet vaihdella huomattavasti lyhyen aikavälin sisällä. Kypsillä tai taantuvilla markkinoilla osuudet ovat yleensä pysyvämpiä. Lyhytaikaisesti korkeatkin markkinaosuudet voidaan hyväksyä, jos alalle pääsyn esteet eivät ole korkeat.[102]

2.1.2.3.4.6 Väli- ja loppukäyttäjien edut. Tekninen ja taloudellinen kehitys

Keskustelua teollisuuspolitiikan merkityksestä ovat herättäneet kriteerit "väli- ja loppukäyttäjien edut" sekä "tekninen ja taloudellinen kehitys, edellyttäen, että se on kuluttajien edun mukainen eikä muodosta kilpailun estettä". Kyseisiä kohtia ei voitane pitää määräävän aseman klassisina indikaattoreina. Tämän vuoksi on osittain katsottu, että ne avaisivat oven teollisuuspoliittisille kokonaisarvostelulle Ranskan yrityskauppavalvonnan mallin mukaan. Toisaalta on todettu, että kyseisten kriteerien mallina on ollut 85 artiklan 3 kohta.[103] Sitä on komission ja tuomioistuimen käytännössä tulkittu kilpailupoliittisten näkökohtien nojalla.[104]

2.1.2.3.4.7 Muut tekijät

Avoin kysymys on toistaiseksi, missä määrin komissio voi kiinnittää huomiota *muihin* kuin 2 artiklan 3 kohdassa lueteltuihin *kriteereihin*. Keskeinen kriteeri, joka artiklasta puuttuu, liittyy keskittymän tehokkuutta lisääviin vaikutuksiin. Tehokkuuspuolustusta ei ensi silmäyksellä löydy arviointikriteereistä.[105] Sallit-

---

[101] Vrt. Miersch (1991), joka määrittelisi alallepääsyn esteet suppeammin. Teknologinen etumatka, jota ei ole suojattu immateriaalioikeuksilla, olisi ilmaus suuremmasta tehokkuudesta ja imitoinnilla umpeen kurottavissa. Alalle pääsyn esteinä ei pidettäisi myöskään vaadittuja korkeita investointeja toimivilla rahoitusmarkkinoilla, väliaikaista ylikapasiteettia, vertikaalista integraatiota tai mainontaa ja muuta myynninedistämistä. Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung, s. 45 ss.

[102] Ks. Brittan, European Law Review 1990 s. 351–357, s. 352, 354 ss.

[103] Komission ministerineuvoston protokollaan antaman tulkintalausuman kohdan 2 d) mukaan teknistä ja taloudellista kehitystä tulee tulkita 85 artiklan 3 kohtaa koskevien periaatteiden mukaan, siten kuin sitä on tulkittu tuomioistuimen käytännössä. WuW 1990 s. 241.

[104] Kysymykseen palataan IV pääkappaleessa.

[105] Tehokkuusajattelua voitaisiin toisaalta nähdä ilmentävän kriteerin "tekninen ja taloudellinen kehitys". Tähän tulkintaan on komission sisällä kuitenkin suhtauduttu torjuvasti; Ks. Brittan (1990) s. 35–36.

tua ei myöskään näyttäisi olevan konkurssikypsien yritysten pelastaminen haltuunotolla, jos 2(3) artiklan tunnusmerkistö täyttyy. Failing Company -puolustus on kuitenkin sallittu oikeuskäytännössä. Tällöin ratkaiseva kysymys liittyy kausaliteettiin. Mikäli kilpailijan resurssit päätyisivät konkurssin jälkeen markkinajohtajalle, keskittymä ei välttämättä vähennä kilpailua, koska sama rakenteellinen muutos tulisi tapahtumaan joka tapauksessa.

Kirjallisuudessa on osittain arvioitu, että komissio voisi ottaa huomioon 2 (1) artiklan ulkopuolisiakin tekijöitä, jos ne eivät ole ristiriidassa edellä käsiteltyjen kriteerien kanssa.[106] Mainitun 2 (1) artiklan sanamuodon mukaan sen sisältämä lista näyttäisi olevan tyhjentävä.[107] Toisaalta monin paikoin lavea sanamuoto näyttäisi jättävän komissiolle tulkintavaraa, jos asetuksen "effet utile" sitä vaatii.[108]

2.2. YRITYSKAUPAN KIELTÄMINEN JA EHTOJEN ASETTAMINEN KILPAILUNRAJOITUSLAIN MUKAAN

Yrityskauppavalvonnan ydinsäännös, yrityskaupan kieltämistä koskeva 11 d §:n 1 momentin mukaan kilpailuneuvosto voi kilpailuviraston esityksestä kieltää tai määrätä purettavaksi yrityskaupan tai asettaa yrityskaupan toteuttamiselle ehtoja, jos sen seurauksena syntyy tai vahvistuu sellainen määräävä markkina-asema, joka merkittävästi estää kilpailua Suomen markkinoilla tai niiden merkittävällä osalla.

Kilpailunrajoituslain 11 d §:n nojalla kiellettyä yrityskauppaa ei saa toteuttaa tai panna täytäntöön.[109] Yrityskaupan arviointi edellyttää relevanttien tuotekohtaisten ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä. Markkinoiden määrittelyn perusteella tutkitaan, johtaako yrityskauppa määräävään markkina-asemaan Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla. Lain esitöissä on korostettu, että yrityskaupan kieltäminen on poikkeuksellinen toimenpide ja tulee kyseeseen vain silloin, kun kilpailuhaittojen poistaminen ehtoja asettamalla ei ole mahdollista. Kieltosäännöksen tunnusmerkistö edellyttää

---

[106] Langenheine (1990) s. 489 ss.

[107] Oma kysymyksensä on mikä merkitys tulee antaa asetuksen perusteluille, esim. aluepolitiikkaan viittaavalle kohdalle 15. Kysymykseen palataan IV pääkappaleessa.

[108] Ks. Janicki, WuW 1990 s. 198; Bechtold, RIW 1990 s. 257.

[109] Oikeudellisesti kielto merkitsee sitä, että lainkäyttöelimen päätöksellä kielletty kauppa raukeaa. Annettu päätös tulee ottaa myös muussa viranomaistoiminnassa huomioon. Näin ollen kieltopäätös muodostaa laillisen esteen esimerkiksi sulautumista koskevan rekisterimerkinnän tekemiselle käräjäoikeudessa.

1. määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista yrityskaupan seurauksena
2. tästä johtuvaa kilpailun merkittävää estymistä
3. haittavaikutusten ilmenemistä Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla; sekä sitä, ettei
4. edellä tarkoitettu kilpailun estyminen ole vältettävissä asettamalla 11 d §:n 2 momentissa tarkoitettuja ehtoja.

2.2.1 Määräävän markkina-aseman syntyminen tai vahvistuminen

Määräävän markkina-aseman merkityssisältö vastaa lähtökohtaisesti kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttia. Yrityskauppavalvonnassa huomiota kiinnitetään kuitenkin erityisesti markkinoiden tulevaan kehitykseen. Rakenteellisessa valvonnassa korostuu nimenomaan markkinoiden määrittelyn tärkeys sekä alallepääsyn esteiden ja potentiaalisen kilpailun arviointi. Yrityskauppavalvonnassa kyse on aina tulevaisuuden ennustamisesta, sen arvioimisesta, miten hyvin kilpailu toimii vielä sen jälkeen, jos kauppa toteutuu.[110]

Mikäli yrityskaupan seurauksena syntyisi määräävä markkina-asema tai jo olemassa oleva määräävä asema entisestään vahvistuisi, arvioidaan vielä, estääkö kauppa merkittävästi kilpailua. Arvioinnissa otetaan huomioon sekä kotimaisten että ulkomaisten kilpailijoiden taholta tuleva olemassa oleva ja potentiaalinen kilpailu. Arviointiin vaikuttavat myös markkinoiden rakenne, yrityskaupan osapuolten markkina-asema sekä osapuolten taloudellinen ja rahoituksellinen vahvuus, tavarantoimittajien ja asiakkaiden vaihtoehtoiset valintamahdollisuudet, oikeudelliset ja taloudelliset markkinoille pääsyn esteet, kyseessä olevien tavaroiden tai palveluiden tarjonnan ja kysynnän kehitys, väli- ja loppukäyttäjien asema sekä markkinoiden taloudellinen ja tekninen kehitys. Lain esitöissä mainitut arviointikriteerit vastaavat EY:n fuusiovalvonta-asetuksen 2 artiklan 3 kohdassa mainittuja kriteereitä.[111]

Kun kyse on jo olemassa olevan määräävän markkina-aseman vahvistamisesta yrityskaupalla, voi markkinoilla toimivan pienenkin kilpailijan poistumisella olla merkittäviä haittavaikutuksia kilpailun toimivuudelle. Jos esimerkiksi ennestään 50 %:n markkinaosuuden omaava yritys ostaa 10 %:n osuuden omaavan kilpailijansa, juuri kyseinen yrityskauppa voi aikaansaada määräävän aseman vahvistumisen kilpailua merkittävästi estävällä tavalla. Tällaisessa tilanteessa tulee erityisesti tarkastella sitä, voivatko markkinoilla vielä säilyvät itsenäiset yritykset tulevaisuudessa kehittää määräävässä asemassa olevalle

[110] Ks. HE 243/1997 vp.s. 23–24.
[111] Ks. HE 243/1997 vp. s. 23–26.

yritykselle markkinatilannetta tasapainottavan vaihtoehdon. Yrityskaupan vaikutuksia tulee arvioida kokonaisuutena. Kilpailunrajoituslain 11 d §:n 2 momentti sisältää sähkömarkkinoita koskevan erityissäännöksen, jonka tavoitteena on asettaa lisärajoitteita sähkömarkkinoilla tapahtuvalle keskittymiselle.[112]

2.2.2 Kilpailun merkittävä estyminen

Kotimaisen yrityskauppavalvonnan osalta on selvää, että määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen ja kilpailun merkittävä estyminen ovat 11 d §:n nojalla itsenäisiä, joskin kiinteästi toisiinsa liittyviä elementtejä. Määräävän aseman voidaan aina katsoa jossain määrin estävän kilpailua. Yrityskaupan kieltämisen lisäedellytyksenä on, että määräävän aseman vahvistumisen seurauksena olevan kilpailun estymisen tulee olla merkittävää. Merkittävyyttä voidaan arvioida laadullisesti ja ajallisesti. Merkittävyys voi syntyä siten, että yrityskaupan seurauksena syntyvät haittavaikutukset ovat joko voimakkaita tai pitkäaikaisia. Kilpailun merkittävä estyminen on luonteeltaan pikemminkin kvalitatiivinen, ei niinkään kvantitatiivinen lisäedellytys. Hallituksen esityksen mukaan kieltotunnusmerkistön laukaisevat haittavaikutukset voivat liittyä muun ohella kustannustason nousuun, resurssien epäoptimaaliseen allokointiin, kuluttajahintojen noususta aiheutuviin tulonsiirtoihin kuluttajilta merkittävästi kilpailua estävän määräävän aseman saavuttavalle yritykselle, määräävän markkina-aseman puolustamisesta aiheutuviin ylimääräisiin kustannuksiin tai yleisemmin staattiseen ja dynaamiseen tehottomuuteen kilpailun paineen vähentymisen seurauksena.

Haittavaikutusten tulee ilmetä Suomen markkinoilla. Lain esitöiden mukaan Suomen markkinoiden oleellisena osana voidaan pitää esimerkiksi lääniä tai maakuntaa tai alueeltaan tätä pienempää, mutta asukasmäärältään suurehkoa aluetta, esimerkiksi suurempaa kaupunkia. Yrityskauppaa, jonka kilpailuvaikutukset ovat ainoastaan vähäisiä, ei voida kieltää. Yrityskauppa voidaan mää-

---

[112] Säännöksen mukaan kilpailuneuvosto voi viraston esityksestä kieltää yrityskaupan, jonka seurauksena kaupan osapuolten ja niihin sidoksissa olevien jakeluverkkotoimintaa harjoittavien yhteisöjen tai laitosten yhteenlaskettu siirtoliiketoiminnan osuus 400 voltin jännitteellä jakeluverkossa siirretystä sähkön määrästä ylittää 25 prosenttia. Säännös, jota ei ollut vielä toimikuntavaiheessa, lisättiin hallituksen esitykseen. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan suojelun kohteena ovat niin sanotut sidotut sähkön käyttäjät, jotka eivät voi kilpailuttaa sähkön hankintojaan tai joille kilpailuttamisesta koituvat hyödyt ovat niin vähäisiä, ettei kilpailuttaminen ole käytännössä houkuttelevaa. Kilpailunrajoituslain 11 §:n 2 momentin mukainen 25 prosentin rajoitus kohdistuu siihen osaan verkkotoimintaa, johon sähkömarkkinoilla tapahtuneen vertikaalisen integraation haittavaikutukset eniten kohdistuvat. Kyseessä on sähkömarkkinoita koskeva erityissäännös, joka ei sulje pois muiden säännösten soveltamista. Sähkömarkkinoilla tapahtuva yrityskauppa voidaan siten kieltää joko lain 11 d §:n 1 momentin tai 11 d §:n 2 momentin perusteella.

räävän aseman syntymisestä huolimatta sallia esimerkiksi silloin, kun on nähtävissä, että keskittymä tulee lyhyellä aikavälillä esimerkiksi ulkomaisen kilpailun lisääntymisen seurauksena menettämään määräävän asemansa.

3. Oikeuskäytäntö määräävän aseman arvioimisessa

Seuraavassa tarkastellaan 2 artiklan tulkintaa komission käytännössä. Ensin tarkastellaan tekijöitä, joita on pidetty merkityksellisinä arvioitaessa, johtaako keskittyminen määräävään asemaan, joka merkittävästi estäisi kilpailua. Tämän jälkeen tarkastellaan mahdollisia keskittymisen sallimisperusteita. EY:n käytännön ohella viitataan toistaiseksi vielä suhteellisen nuoreen kotimaiseen käytäntöön.

3.1 MÄÄRÄÄVÄ ASEMA JA KILPAILUN MERKITTÄVÄ ESTYMINEN

3.1.1 Komission käyttämä määritelmä

Syntyykö yrityskaupan seurauksena määräävä markkina-asema, riippuu ratkaisevasti siitä, missä määrin markkinoilla vielä toimivien itsenäisten yritysten taholta tuleva kilpailun paine rajoittaa syntyvän yritysyksikön kykyä nostaa hintoja tai toimia muulla tavoin kilpailun paineista vapaasti. EY:n komission ja tuomioistuimen analyysi lähtee liikkeelle markkinoiden määrittelystä. Tämän jälkeen tarkastellaan sitä, millaisia markkinaosuuksia uusi yritys saa eri hyödykemarkkinoilla. Erityisen korkeat markkinaosuudet luovat olettaman siitä, ettei yrityskauppaa tulla hyväksymään ilman kilpailuvaikutuksia lieventäviä ehtoja. Markkinaosuudet muodostavat kuitenkin vain tarkastelun lähtökohdan.

Komission kannanotoista 2 (3) artiklan tunnusmerkistöön voidaan tehdä seuraavat havainnot. Komissio on joissakin tapauksissa toistanut 2 (3) artiklan määritelmän "määräävä asema, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla merkittävästi estyy" tekemättä nimenomaista eroa määräävän aseman ja merkittävän kilpailun estymisen välillä.[113]

Joissakin tapauksissa komissio on toistanut *United Brands* -tapauksen määritelmän. Yrityksellä on määräävä asema, jos se voi "merkittävässä määrin käyttäytyä riippumattomasti kilpailijoista, asiakkaista ja viime kädessä kuluttajis-

[113] *Alcatel/Telettra*, M.0042, kohta 49.; Magneti/Marelli, M.0043, kohta 16 b). Vastoin Siragusan ja Subbioton käsitystä (C.M.L.Rev. 1991 s. 916–917) tämä määritelmä ei näyttäisi vastaavan *United Brands*- tapauksessa tehtyä määritelmää lisäkriteerin *merkittävä* kilpailun estyminen vuoksi.

ta".[114] Komissio näyttäisi kuitenkin täsmentävän tätä määritelmää. Yrityksellä on määräävä asema sulautuma-asetuksen merkityksessä, jos se voi *nostaa hintoja tai asettaa muita epäedullisia sopimusehtoja ilman että se menettää markkinaosuuksia.*[115] Tämä viittaisi paluuseen määräävän aseman määrittelyyn siten kuin se tehtiin *Continental Can* -tapauksessa.[116]

Komission analyysi ei näyttäisi pysähtyvän sen toteennäyttämiseen, että keskittymisen seurauksena syntyisi määräävä asema 82 artiklan merkityksessä. Toisin sanoen keskittyminen ei ole kielletty pelkästään sillä perusteella, että keskittymisen seurauksena syntyvän yrityskokonaisuuden markkinakäyttäytymiseen voitaisiin soveltaa 82 artiklaa.[117] Tämän lisäksi komissio tutkii, johtaako keskittyminen sellaiseen määräävään asemaan, jonka seurauksena kilpailu *merkittävästi* estyy yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla.[118]

Komissio näyttäisi tulkitsevan 2 artiklan 2 ja 3 kohtien välistä eroa siten, ettei määräävä asema aina ole kielletty. Asetuksen 2 artiklan 2 kohdan perusteella voidaan määräävään asemaan johtava keskittyminen sallia ainakin silloin, jos voidaan kiistatta näyttää toteen, että markkinavoima on vain ohimenevä ilmiö, jota lyhyen aikavälin sisällä rajoittaa muiden yritysten taholta tuleva potentiaalinen kilpailu. Yrityksellä ei ole 2 artiklan 3 kohdan vastaista määräävää asemaa, jos uusien yritysten markkinoilletulo on todennäköistä.[119] Kieltokynnys täyttyy, jos keskittymä saa niin määräävän aseman markkinoilla, että se voi nostaa hintoja ja/tai estää kilpailijoiden pääsyn markkinoille.[120]

Vaikka yrityksellä kiistatta olisi määräävä asema ennen yrityskauppaa, 2 (3) artikla ei sovellu, jos keskittyminen ei *entisestään sitä vahvista.*[121] Tulkinta,

---

[114] *Aerospatiale/MBB*, M.0017, kohta 22; *Tetra Pak/Alfa Laval*, M.0037, kohdat 3.3 ja 3.4, L (1991) 290/35, 38 ss. Tosin määritelmä näyttäisi viittaavan siihen, että Tetra Pakilla oli 82 artiklan mukainen määräävä asema jo ennen yrityskauppaa. Vrt. *Mannesmann/Boge*, M.0047, kohta 25, jossa määräävä asema määritellään siten, että yrityksellä on "... Handlungsspielraum, der nicht durch seine Wettbewerber kontrolliert wird".

[115] *Renault/Volvo*, M.0004, kohta 14; *Fiat Geotech/Ford New Holland*, M.0009, kohta 29; *Lucas/Eaton*, M.0149, kohta 37 b); *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, M.0834, kohta 24; *Courtaulds/SNIA*, M.0113, kohta 20. Ks. myös *Aerospatiale/de Havilland*, M.0053, kohta 69, viimeinen kappale.

[116] *Aerospatiale/de Havilland*, kohdat 69–70.

[117] Komissio salli asetuksen soveltamisen ensimmäisinä vuosina keskittymisen lukuisissa tapauksissa, joissa 82 artiklan soveltuvuus ainakin markkinaosuuksien valossa näyttäisi todennäköiseltä: *Renault/Volvo* (54 %:n markkinaosuus), *Fiat Geotech/Ford New Holland* (58 %), *Sanofi/Sterling Drug* (45–74 %), *Alcatel/Telettra* (81–83 %), *Tetra Pak/Alfa Laval* (yli 90 %).

[118] Vrt. Siragusa/Subbiotto (1991) s. 916–917.

[119] *Aerospatiale/de Havilland*, kohta 53.

[120] Tapauksessa *De Havilland* komissio *ei* perustellut kieltopäätöstään sillä, että yritys olisi *välittömästi* voinut nostaa hintoja tai asettaa muita epäedullisia sopimusehtoja. Yrityskaupan seurauksena yritys saisi kuitenkin niin vahvan aseman, että se voisi selektiivisellä hintakilpailulla ajaa loputkin kilpailijat markkinoilta. Tämän jälkeen yritys olisi vapaa nostamaan hintoja ilman että se menettäisi markkinaosuuksia. Ks. *Aerospatiale/de Havilland*, kohdat 69–70.

[121] Ks. tältä osin *Lucas/Eaton*, kohdat 37 ja 38.

jonka mukaan kaikki määräävässä asemassa olevan yrityksen tekemät yritysostot olisivat kiellettyjä, ei vastaa sen enempää asetuksen sanamuotoa kuin sen tavoitteita. Toisaalta mitä vahvempi asema yrityksellä on markkinoilla, sitä vähäisempi markkina-aseman vahvistaminen voi olla 2 (3) artiklan vastaista.[122] *Määräävä asema (82 artiklan merkityksessä) ei sinänsä ole sen enempää 82 artiklan kuin sulautuma-asetuksenkaan nojalla kiellettyä.*

3.2 HORISONTAALISET YRITYSKAUPAT

EY:n komissio on tehnyt vuoden 2001 loppuun mennessä yhteensä 18 kieltopäätöstä. Seuraavassa käsitellään tekijöitä, joihin erityisesti horisontaalisten yrityskauppojen osalta on kiinnitetty huomiota.

3.2.1 De Havilland -tapaus

Ensimmäinen kieltopäätös koski horisontaalista yrityskauppaa, jolla ranskalainen Aerospatiale ja italialainen Alenia aikoivat ostaa osake-enemmistön kanadalaisesta de Havillandista, joka on Boeing-konsernin tytäryhtiö. ATR:n ja de Havillandin yhdistynyt markkinavoima olisi antanut niille merkittävän taloudellisen ja rahoituksellisen etumatkan kilpailijoihin nähden. Jäljelle jäävien pienempien kilpailijoiden olisi ollut vaikea vastata täydellisen tuotevalikoiman omaavan yrityksen hinta- ja muuhun kilpailuun.

Aerospatiale ja Alenia (ATR) valmistavat yhteisyrityksenä lyhyille lentoreiteille tarkoitettua ATR-potkurikonetta. Keskittymän seurauksena ATR, joka on ns. turbopropellikoneiden valmistuksessa johtava yritys maailmassa, olisi hankkinut määräämisvallan tärkeimmästä kilpailijastaan. Jo ennen yrityskauppaa ATR:llä oli yli 60-paikkaisten koneiden osalta maailmanlaajuisesti 76 %:n markkinaosuus. Keskittymisen seurauksena yrityksellä olisi ollut 40–59-paikkaisten lentokoneiden osalta maailmanlaajuisesti 64 %:n ja EY:n alueella 72 %:n

[122] Tapauksessa *Tetra Pak/Alfa Laval* kyseessä oli pääasiallisesti vertikaalinen yrityskauppa. Tetra Pakin markkinaosuus aseptisten kartongin pakkauskoneiden osalta oli jo pitemmän aikaa ollut yli 90 %, jolloin pienikin markkinavoiman kasvu aiheuttaisi suhteettoman suurta vahinkoa jäljellä olevalle kilpailulle. Komissio tutki, saisiko Tetra Pak yrityskaupan seurauksena tuotteiden jakelussa tai muuten hyötyjä ei-aseptisten pakkauskoneiden valmistajiin nähden, joita se voisi käyttää määräävän asemansa laajentamiseen tai potentiaalisen kilpailun estämiseen. Päinvastoin kuin 86 artiklan yhteydessä käsitellyssä tapauksessa *Tetra Pak I* komissio katsoi, ettei keskittymällä ollut tällaisia vaikutuksia. Kun keskittyminen ei asetuksen 2 (3) artiklan vastaisesti vahvistanut Tetra Pakin määräävää asemaa, komissio katsoi sen olevan 2 (2) artiklassa määritellyllä tavalla soveltuva yhteismarkkinoiden kanssa. EYVL 1991 L 290/35. Ks. myös *Mannesmann/VDO*, kohta 37.

markkinaosuus. Kyseisellä segmentillä ero suurimpaan kilpailijaan olisi ollut maailmanlaajuisesti 42 % ja EY:n sisällä 50 %. Yrityskauppa vahvisti olennaisesti ATR:n asemaa, kun sen osuus olisi noussut maailmanlaajuisesti 19 % ja EY:n sisällä 21 %.

De Havilland -tapauksessa vallinnutta markkinarakennetta kuvaa seuraava taulukko. Relevantteina pidetyillä 40–59 -paikkaisten turbopropellikoneiden markkinoilla tilanne ennen keskittymistä oli seuraava:

Maailmanmarkkinat		EY:n markkinat	
ATR	45 %	ATR	51 %
De Havilland	19 %	De Havilland	21 %
Fokker	22 %	Fokker	22 %
Saab	7 %	Casa	6 %
Casa	7 %	Saab	0 %

Komissio kielsi yrityskaupan, kun keskittymisen seurauksena syntynyt markkinaosuus olisi ollut maailmanlaajuisesti 64 % ja EY:n sisällä 72 %. ATR olisi hankkinut määräämisvallan tärkeimmästä kilpailijastaan, ja sen markkinaosuus olisi kasvanut maailmanlaajuisesti 19 % ja EY:n alueella 21 %. Keskittymän jälkeen suurimman jäljellejäävän kilpailijan osuus olisi kummassakin tapauksessa 22 %, jolloin ero ATR:ään olisi ollut maailmanlaajuisesti 42 % ja EY:n alueella 50 %.[123] Päätöksen ongelmallisin kohta on suppea tuotemarkkinoiden määrittely. Myös jos markkinat olisi määritelty keskittymään osallisten yritysten vaatimalla tavalla laajemmin, olisi maailmanlaajuinen 50 %:n ja EY:n sisäinen 67 %:n markkinaosuus yhdessä muiden olosuhteiden kanssa johtanut 2 (3) artiklan vastaiseen määräävään asemaan.[124]

Keskittymisen seurauksena ATR olisi saanut huomattavan markkinaosuuden, eliminoinut tärkeimmän kilpailijansa, saanut strategisen edun kaikki kokoluokat käsittävällä tuotevalikoimalla ja laajentanut asiakaspiiriään. Komissio arvioi, että keskittymisen seurauksena syntyvä yrityksen ylivoimainen markkinaosuus yhdessä sen taloudellisten ja teknisten resurssien ja potentiaalisen kilpailun epätodennäköisyyden kanssa olisi tulevaisuudessa johtanut markkinoiden täydelliseen monopolisoitumiseen. Komissio kielsi yrityskaupan, koska sen seurauksena olisi syntynyt määräävä asema, joka 2 artiklan 3 kohdan vastaisesti merkittävästi estäisi kilpailua koko yhteis-

---

[123] Yli 60-paikkaisten turboprop-koneiden osalta keskittymällä olisi ollut 74 %:n markkinaosuus EY:n alueella ja 76 %:n osuus maailmanlaajuisesti. Kaikki kokoluokat käsittävillä turboprop-koneiden markkinoilla keskittymän seurauksena syntyvä markkinaosuus olisi ollut EY:n alueella 65 % ja maailmanlaajuisesti 50 %.

[124] *Aerospatiale/de Havilland*, kohdat 23–30.

markkinoiden alueella.[125] Itse asiassa määräävä asema olisi ollut jopa maailmanlaajuinen.[126]

3.2.2 Yrityskeskittymän saavuttaman monopolivoiman arviointi

3.2.2.1 Markkinaosuuden merkitys

Horisontaalisten yrityskauppojen osalta komissio näyttäisi erityisesti tutkivan, johtaako yrityskauppa sellaiseen markkinaosuuden kasvuun, jonka vallitessa tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla ei voida ylläpitää. Mitä korkeampi osuus on, sitä tarkemmin komissio tutkii keskittymän vaikutukset yhteismarkkinoilla. *Markkinaosuus* näyttäisi siten olevan *arvioinnin lähtökohta*, jota *täydennetään muilla tekijöillä*.

Komissio salli asetuksen ensimmäisinä voimassaolovuosina keskittymiä, joissa markkinaosuus nousi yli 50 %:n.[127] Komissio oli varhaisessa tapauksessa pitänyt hieman yli 40 %:n markkinaosuutta indisiona määräävästä asemasta, jos ero suurimpaan kilpailijaan on huomattava ja muutkin tekijät antavat yritykselle markkinavoimaa,[128] mutta näytti myöhemmässä tapauksessa luopuvan tästä indisiosta. Tästä tehtiin yleisesti se johtopäätös, että yrityskaupan kieltäminen edellyttää korkeampaa markkinaosuutta kuin RS 82 artiklan soveltami-

---

[125] Ks. EYVL 1991 L 334/42. Neuvoa-antavan komitean enemmistö hyväksyi komission perustelut. Vähemmistö piti komission suorittamaa markkinoiden rajausta virheellisenä, koska tuotemarkkinoiden määrittely oli tehty siten, että se johtaa mahdollisimman suureen markkinaosuuteen. Vähemmistön mielestä komissio oli myös arvioinut väärin kilpailijoiden ja lentokoneiden ostajien vahvuuden, markkinoiden kehityshistorian sekä potentiaalisen kilpailun todennäköisyyden. Yrityskaupan kieltäminen ei suojelisi "niinkään kilpailua vaan ennemminkin keskittymään osallisten yritysten kilpailijoita" (EYVL 1991 C 314/7). Lehtitietojen mukaan (EuZW 1991 s. 675) kieltopäätös tehtiin komissiossa vain yhden äänen enemmistöllä.

[126] Kansainvälisoikeudellisesti on mielenkiintoista, että ostettava yritys sijaitsi EY:n alueen ulkopuolella. Komission kieltopäätökselle ratkaisevaa oli kilpailun estyminen EY:n alueella, koskei keskittymän vaikutusten arvioiminen EY:n alueen ulkopuolella kuulu komission toimivaltaan. Määräävän aseman maailmanlaajuisuudella oli aineellisoikeudellista merkitystä kilpailurakenteelle EY:n alueella, koska se samalla rajoitti EY:n ulkopuolista potentiaalista kilpailua. Kansainvälisiä yrityskauppoja arvosteltaessa on pidettävä erillään toimivaltasäännökset ja aineellisoikeudellinen arvostelu. Jos keskittymä olisi johtanut määräävään asemaan vain EY:n alueen ulkopuolella, ei komissio olisi voinut sitä kieltää.

[127] Komissio on katsonut määräävän aseman puuttuvan 40–60 % osuudella, jos hintakilpailu markkinoilla on tehokasta tai jos yrityksen markkinaosuuden kehitys on laskeva. *Fiat Geotech/ Ford New Holland*, kohta 18.

[128] Tapauksessa *Varta/Bosch* lähettämässään virallisessa vastalauseessa komissio katsoi 44,3 %:n markkinaosuuden Saksassa johtavan määräävään asemaan, kun ero suurimpaan kilpailijaan oli yli 25 %, suurimmat kilpailijat olivat pkt-yrityksiä, joilta puuttui Vartan ja Boschin taloudelliset resurssit ja tuotantokapasiteetti ja kun muiden merkittävien eurooppalaisten akkujen valmistajien markkinaosuus Saksassa oli hyvin vaatimaton.

nen. Viime vuosina komission käytäntö näyttää kuitenkin kiristyneen. Yrityskauppoihin on ryhdytty puuttumaan jo alle 50 %:n osuuksilla. Käytäntö näyttäisi lähentyvän 82 artiklan osalta keskeistä *United Brands* -päätöstä. Yli 40 %:n markkinaosuus riittää määräävään asemaan, jos ero kilpailijoihin on selvä ja muut tekijät vahvistavat yrityksen asemaa.

Mitä korkeampi markkinaosuus on, sitä todennäköisemmin yrityksillä on määräävä asema. *Korkean markkinaosuuden* todistusvoiman voivat kuitenkin kumota muut tekijät. Tällainen tilanne on käsillä esimerkiksi silloin, kun korkean markkinaosuuden (82 %) omaava myyjä on riippuvainen monopsoniasemassa olevasta ostajasta.[129] Suppea markkinoiden määrittely voi vähentää markkinaosuuden merkitystä. Jos tuotemarkkinat on rajatapauksissa määritelty erityisen suppeasti[130] tai alueelliset markkinat on rajattu koskemaan yhden jäsenvaltion aluetta,[131] eivät korkeatkaan markkinaosuudet vielä ole riittävä näyttö määräävästä asemasta. Komissio ei näytä tähän mennessä katsoneen yhdessäkään tapauksessa 2 (3) artiklan vastaisen määräävän aseman syntyvän pelkästään markkinaosuuden perusteella.[132]

Sulautuma-asetuksen perustelujen 15. kohdan mukaisesti komissio on pitänyt alle 25 %:n markkinaosuutta näyttönä siitä, ettei keskittymä johda määräävään asemaan.[133] Markkinaosuudella 25–40 % komissio on katsonut määräävän aseman puuttuvan, jos markkinoilla on yhtä vahvoja kilpailijoita[134] tai jos

---

[129] *Alcatel/Telettra*, kohta 38. Komissio katsoi yritysten korkean markkinaosuuden Espanjassa selittyvän sillä, että monopsoniasemassa oleva ostaja Telefonica oli valinnut ne päätoimittajikseen. Telefonican mahdollisuus vaihtaa toimittajia ja aktuaalisten ja potentiaalisten kilpailijoiden mahdollisuus korvata keskittymään osalliset yritykset toimittajana johti komission mielestä siihen, ettei erityisen korkea 82 %:n markkinaosuus johtanut 2(3) artiklan vastaiseen määräävään asemaan. Ks. myös *Renault/Volvo*, kohdat 14 ja 18.

[130] *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 25.

[131] Esim. tapauksessa *Renault/Volvo* linja-autojen osalta Renaultin markkinaosuus Ranskassa oli n. 70 % ja Volvon osuus Englannissa 64 %. Ks. myös *Mannesmann/VDO*, kohta 21.

[132] Immenga toteaa teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 866–867, että korkeaa markkinaosuutta voidaan vain poikkeuksellisesti pitää yksin riittävänä yrityskauppojen arviointikriteerinä. Immenga viittaa tältä osin Jonesin ja Gonzalez–Diazin (s. 132) esitykseen. Itse katsoisin, ettei korkeaa markkinaosuutta voitaisi poikkeuksellisestikaan yksinään pitää riittävänä kriteerinä. Tarkastelua on aina täydennettävä vähintään alallepääsyn esteiden ja potentiaalisen kilpailun tarkastelulla. Toisaalta voidaan yhtyä Immengan esitykseen, jonka mukaan erityisen alhaisista markkinaosuuksista (alle 15 %) voidaan tehdä se johtopäätös, ettei yrityskauppa anna aihetta jatkotarkasteluun. Vaarattomalta vaikuttavien tapausten varhainen poiskarsiminen on työekonomisesti perusteltua.

[133] *Mannesmann/Boege*, kohta 18; *Alcatel/AEG Kabel*, kohta 19. Tapauksessa *Mannesmann/Boege* kummankin yrityksen EY:n laajuinen markkinaosuus ennen yrityskauppaa oli yli 20 %. Keskittymän seurauksena syntyi siten yli 40 %:n markkinaosuus, ja suurimman kilpailijan osuus oli alle 20 %. Tapaus näyttäisi muutenkin olevan hyvin samankaltainen kuin *Varta/Bosch*. Esimerkiksi tuotemarkkinoiden määrittely oli verrannollinen (erottelu autonvalmistajille ja kuluttajille myytävien akkujen/iskunvaimentimien välillä). Erotuksena Varta/Bosch -tapauksesta alueelliset markkinat määriteltiin EY:n laajuisiksi.

[134] Ks. esim. *Renault/Volvo*, kohta 14; *Eridania/ISI*, kohta 26; *Metallgesellschaft Safic Alcan*, kohta 26.

markkinoita ei ole pidettävä keskittyneinä.[135] Uusin käytäntö antaa viitteitä siitä, että määräävä asema voitaisiin löytää jopa alle 40 %:n osuudella. Mikäli harkittavaksi tulee yhteinen määräävä asema, yhden yrityksen osalta esim. 20 %:n markkinaosuus voi riittää kieltopäätökseen. Tällöin tarvitaan vahvaa lisänäyttöä siitä, että olosuhteet ovat sellaiset, että markkinaosuudet on perusteltua laskea yhteen kollektiivisen markkinavoiman perusteella.

Absoluuttisen osuuden ohella merkitystä on *relatiivisella* markkinaosuudella. Komissio vertaa keskittymän seurauksena syntyvän yrityskokonaisuuden markkinaosuutta aktuaalisten kilpailijoiden markkinaosuuksiin. Jos markkinaosuus on kilpailijoita huomattavasti suurempi, on tämä indisio määräävästä asemasta. Sen sijaan yhtä suurien kilpailijoiden olemassaolo rajoittaa yrityksen toimintavapautta. Se on yleensä indisio kilpailun tehokkuudesta. Asiakkaiden mahdollisuus vaihtaa toimittajia riippuu siitä, etteivät ne ole sidottuja keskittymän kohteena olevaan yritykseen pitkäaikaisten tilaus- ja toimitussopimusten seurauksena.[136]

Hoffmann-La Roche -tapauksen tavoin markkinaosuuden todistusvoima riippuu sen *pysyvyydestä*. Esim. tapauksessa *Fiat Geotech/Ford New Holland* 44 ja 58 %:n markkinaosuuksia ei pidetty osoituksena dominanssista, kun yritys oli edellisinä vuosina menettänyt markkinaosuuttaan.[137] Jos yrityksellä sen sijaan on pidemmän aikaa ollut huomattava ja vakaa markkinaosuus, se vahvistaa markkinaosuuden todistusarvoa. Komissio pyrkii arvioimaan myös tulevaa kehitystä.[138] Jos markkinaosuuden voidaan olettaa kasvavan tulevaisuudessa, se on ndisio määräävän aseman puolesta. Tapauksessa *ACCOR/Wagons-Lits* keskittymällä olisi ollut Ranskassa huoltoasemien kahviloiden osalta 89 %:n ja niiden kioskien osalta 69 %:n markkinaosuus. Tätä pidettiin selvänä osoituksena 2(3) artiklan vastaisesta määräävästä asemasta, kun osuus kahviloista olisi ollut 18 kertaa suurinta kilpailijaa (osuus noin 5 %) suurempi ja kun kioskitoiminnassa useampi kilpailija jakoi yhdessä jäljelle jäävän 31 %:n osuuden.[139]

Merkittävä tekijä on myös *markkinoiden kehitysvaihe*. Jos kyseessä ovat kehittyvät ja kilpaillut markkinat, voi yrityksen markkinaosuus vaihdella huomattavastikin vuodesta toiseen. Hetkelliset korkeatkaan markkinaosuudet eivät

---

[135] Ks. esim. *Fiat Geotech/Ford New Holland.*

[136] *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, kohdat 25 ja 26.

[137] *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohdat 18 ja 28. Ks. myös *Torras/Sarrio*, kohdat 38–44.

[138] Tapauksessa *Mannesmann/Hoecsh* komissio totesi, että markkinaosuudet kertovat yrityksen senhetkisestä asemasta markkinoilla. Korkeita markkinaosuuksia voidaan pitää merkittävänä viitteenä määräävästä asemasta edellyttäen, etteivät ne kerro ainoastaan vallitsevasta tilanteesta, vaan niitä voidaan pitää luotettavana indikaattorina myös tulevasta kehityksestä. Ellei voida identifioida sellaisia rakenteellisia tekijöitä, joiden perusteella kilpailuolosuhteiden voidaan olettaa muuttuvan, markkinaosuuksia voidaan pitää luotettavana indisiona tulevista olosuhteista. Ks. *Mannesmann/Hoesch*, EYVL 1994 L 114/34, päätöksen kohta 91.

[139] *ACCOR/Wagons-Lits*, kohta 25, alakohta 4.

ole välttämättä osoitus määräävästä asemasta.[140] Erityisesti jos markkinajohtajuus vaihtelee yritykseltä toiselle, on se pikemminkin osoitus innovatiivisesta kilpailusta.[141] Kokonaan uuden tuotteen kehittäminen, jolloin yrityksen markkinaosuus tuotannon alkuvaiheessa voi olla 100 %, ei johda määräävään asemaan, jos vahvojen potentiaalisten kilpailijoiden olemassaolo tekee kilpailijoiden markkinoilletulon tulevaisuudessa todennäköiseksi.[142] Jos sen sijaan markkinat ovat kypsässä vaiheessa tai taantuvia, on uusien kilpailijoiden markkinoilletulo epätodennäköisempää, mikä lisää markkinaosuuden merkitystä.[143] Aloilla, joilla innovointi on erityisen merkittävä kilpailukeino – esimerkiksi tietotekniikan[144] tai lääketeollisuuden[145] markkinoilla – hetkellinen korkea markkinaosuus voidaan nähdä osana markkinoiden normaalia kiertokulkua, jossa yritys saa korvauksen etupainotteisista tutkimusinvestoinneistaan. Tuotekehityskilpailua on arvioitava dynaamisesti. Sama näkökohta on yleensä relevantti uuden talouden markkinoilla, joilla toisaalta verkostoefekti voi stabilisoida kerran saavutettua markkinajohtajuutta.

Komissio *määrittelee markkinaosuuden* laskemalla yhteen keskittymään osallisten yritysten markkinaosuudet. Markkinaosuutta laskettaessa otetaan huomioon kyseisen tuotteen liikevaihto relevanteilla alueellisilla markkinoilla.[146] Markkinaosuutta verrataan muiden relevanteilla markkinoilla toimivien yritysten osuuksiin.[147] Komissio laskee markkinaosuuden yleensä toimitusten arvon mukaan.[148] Arvon käyttäminen on perusteltua erityisesti, jos myytävät tuotteet ovat heterogeenisia ja niiden hinta vaihtelee eri laatujen ja toimittajien välillä. Mikäli arvo ja volyymi poikkeavat huomattavasti toisistaan, mittaustuloksia lienee syytä tarkastella rinnakkain mahdollisten ajatusvirheiden paikallistamiseksi. Joissakin tapauksissa on huomiota kiinnitetty myytyihin kap-

---

[140] Ks. 22. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 249.

[141] Tällaisina markkinoina on pidetty mm. mikroelektroniikan tuotteita. Ks. *Digital/Kienzle*, kohta 20 ja *AT&T/NCR*, kohta 15. Ks. myös *ACCOR/Wagons-Lits*, kohta 17.

[142] *Alenia/de Havilland*, kohdat 53–64.

[143] *Alenia/de Havilland*, kohdat 53–64.

[144] *Dräger/IBM/HMP*, kohta 18.

[145] Ks. tapausta *Ciba-Geigy/Sandoz*, jossa kyse oli lääketehtaiden fuusiosta. EY:n komission analyysin mukaan korkeat markkinaosuudet yksittäisillä hyödykemarkkinoilla eivät kertoneet määräävästä asemasta, sillä markkinaosuudet vaihtelivat merkittävästi vuodesta toiseen. Kilpailu oli dynaamista, sillä uusien tuotteiden markkinoille tulo oli omiaan muuttamaan vallitsevaa asetelmaa. Kilpailijoilla on huomattavat tuotekehitysresurssit. Mikäli keskittymä nostaisi hintoja, kilpailijoilla olisi mahdollisuudet reagoida tuomalla korvaavia lääkkeitä markkinoille. Toisaalta on muistettava, että uusien lääkkeiden kehittäminen ja markkinoille saattaminen on pitkällinen prosessi. Kilpailijoiden mahdollisuudet reagoida lyhyellä tähtäimellä hintamuutoksiin perustuivat siten markkinoilla jo oleviin vaihtoehtoihin. Komission analyysissä tärkeämmältä vaikuttaa dynaaminen lähestymistapa. Korkeat markkinaosuudet nähdään osana markkinoiden normaalia kiertokulkua, jossa yritys saa katteen etupainotteiselle investoinnilleen. EYVL 1997 L 201/1.

[146] Ks. täytäntöönpanoasetuksen liitteenä oleva ilmoituskaavake, kohta 5 II.

[147] Ks. lähemmin esim. Immenga teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 867–869.

[148] Ks. esim. *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohdat 17 ja 23; *Volvo/Atlas*, kohta 17.

palemääriin[149] tai muuten määriteltyyn tuotannon volyymiin.[150] *De Havilland* -tapauksessa otettiin huomioon toimitetut lentokoneet ja saadut tilaukset, ei sen sijaan lentoyhtiöiden tilausoptioita.[151] Ratkaisevia ovat keskittymään osallisten yritysten markkinaosuudet. Konserniyhtiöiden markkinaosuudet tulee ottaa huomioon, ei sen sijaan vähemmistöosuuksia muissa yrityksissä joissa osuuden omistavalla yrityksellä ei ole tehokasta kontrollia.[152]

3.2.2.2 Rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus

Rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus yhdessä huomattavien markkinaosuuksien kanssa voi antaa yritykselle kilpailuetuja kilpailijoihin nähden, erityisesti jos alalla vaaditaan huomattavia investointeja.[153] *Hoffmann-La Roche* -tapauksen tavoin määräävään asemaan voi vaikuttaa yrityksen suurempi tuotantokapasiteetti, jos muut relevanteilla markkinoilla toimivat yritykset ovat pkt-yrityksiä. Tällöin ostajat eivät tarpeen vaatiessa voi tyydyttää kysyntäänsä kilpailijoilla, koska näiltä puuttuu tuotantokapasiteetti kasvavan kysynnän tyydyttämiseksi.[154] Mahdollisuus toimittaa täydellistä tuotevalikoimaa antaa keskittymälle kilpailuedun kilpailijoihin nähden, jos laajemmalla tuotevalikoimalla on oleellista merkitystä asiakkaan ostopäätökselle.[155] Yrityksen markkinavoimaa voivat kasvattaa niinikään keskittymän seurauksena syntyvät synergiaedut tutkimuksessa ja tuotekehittelyssä, jos merkittäviltä kilpailijoilta puuttuvat samat resurssit.[156]

Rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus ovat merkittävä tekijä edellyttäen, että yrityksen resurssit selvästi ylittävät kilpailijoiden resurssit. Jos sen sijaan kilpailijoilla on vastaavat resurssit, ei yrityksellä ole kilpailuetua käytettävissään.[157]

---

[149] Ks. esim. *Delta Airlines/Pan Am*, kohta 17, jossa lentoyhtiöiden markkinaosuus laskettiin kuljetuskapasiteetin, ei liikevaihdon perusteella.

[150] Esimerkiksi markkinaosuus terästeollisuudessa on laskettu kilotonneissa; *Usinor/ASD*, kohta 16.

[151] Kun tilausoptiot eivät olleet suhteessa lentoyhtiöihin juridisesti sitovia, olisi optioiden huomioonottaminen ollut komission mielestä liian spekulatiivista.

[152] Tapauksessa *AT&T/NCR* amerikkalaisen AT&T:n 20 %:n omistusosuutta italialaisen Olivettin holdingyhtiössä CIR:ssä ei otettu huomioon AT&T:n markkinaosuutta laskettaessa, koskei vähemmistöosuus mahdollistanut efektiivistä kontrollia fuusiovalvonta-asetuksen 3 artiklan 3 kohdan merkityksessä. AT&T/NCR, kohta 7.

[153] Ks. esim. *Varta/Bosch*, kohta 58 ja *Mannesmann/VDO*, kohta 28.

[154] Ks. *Varta/Bosch* kohdat 32 ja 58.

[155] *Aerospatiale/de Havilland*, kohta 32.

[156] Ks. *VIAG/Continental Can*, kohta 36. Komissio ei halunnut ottaa kantaa siihen, tulisiko tehokkuusedut huomioida yrityksen markkinavoimaa lisäävänä negatiivisena tekijänä vai teknistä ja taloudellista kehitystä edistävänä positiivisena tekijänä. Ks. myös *Aerospatiale/de Havilland*, kohdat 65–71.

[157] Ks. *Varta/Bosch*, kohdat 32 ja 61: Kun *Fiat/CEAc* -konserni oli ostamalla Sonnenscheinnimisen saksalaisen yrityksen saanut jalansijaa Saksan markkinoilla, olivat keskittymään osalli-

3.2.2.3 Portfoliovoima

EY:n komissio on joissakin päätöksissä viitannut myös portfoliovoimaa koskevaan teoriaan, jossa huomiota kiinnitetään yrityksen hallitseman laajan tuotepaletin tuomaan kilpailuetuun. Tällöin yrityksellä voisi olla määräävä asema, vaikka sen markkinaosuudet yksittäisillä tuotemarkkinoilla eivät olisikaan erityisen korkeita.[158]

> Tapauksessa *Guinness/Grand Metropolitan*[159] kyse oli kahden alkoholijuoman valmistajan välisestä yrityskaupasta. Yrityskaupassa keskittymä sai haltuunsa suuren joukon merkittäviä alkoholijuomien tavaramerkkejä.[160] Horisontaalisten päällekkäisyyksien ohella otettiin huomioon tuotemerkkien kokonaisvaikutus. EY:n komissio katsoi portfoliovoiman lisäävän keskittymän markkinavoimaa, sillä "tuote- ja merkkivalikoiman tuottama markkinavoima ylittää sen osien summan".[161] Tuotepaletin merkitys ei rajoitu mittakaava- ja skaalaetuihin jakelussa ja markkinoinnissa. Komission mukaan täyttä tuotepalettia hallitsevalla yrityksellä on enemmän liikkumavaraa ja mahdollisuus sitoa hyödykkeitä yhteen toimitusehdoin tai alennuksin. Mitä suurempaa osaa asiakkaan tarpeesta toimitukset edustavat, sitä enemmän painoarvoa saavat myös suorat tai epäsuorat uhkaukset toimitusten lopettamisesta, sillä asiakkaan on hankalampi löytää korvaavaa toimittajaa.[162] Portfoliovoiman katsottiin riippuvan a) eri merkkien markkinaosuuksista, b) niiden markkinoiden suhteellisesta merkityksestä, joilla keskittymällä on merkittäviä tuotemerkkejä tai markkinaosuuksia sekä c) niiden markkinoiden lukumäärästä, joilla keskittymällä on hallussaan johtava merkki. Keskittymän kilpailuetua on verrattava kilpailijoiden portfoliovoimaan.[163]

EY:n komission analyysiä ei voida pitää riidattomana. Sinänsä voidaan lähteä siitä, että tuotepaletin hallinta voi lisätä markkinajohtajan etumatkaa ja asiakkaiden riippuvuutta.[164] Vaarana kuitenkin, on, että korkeita markkinaosuuksia

---

set yritykset saaneet Saksassa kilpailijan, jolla on vastaavat taloudelliset resurssit ja tuotantokapasiteetti. Mm. tällä perusteella komissio luopui alkuperäisestä vastustuksestaan. Ks. myös *ACCOR/Wagons-Lits*, kohta 17. Rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus on omaksuttu kriteerinä Saksan yrityskauppavalvonnasta. EY:n puolella kriteeri ei ole kuitenkaan saanut ratkaisevaa jalansijaa. Ks. Cook/Kerse (2000) s. 161–162. Samalla kannalla myös Immenga teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 874.

[158] Ks. portfoliovoiman osalta yleisesti esim. Bishop/Walker (1999) s. 158–160.

[159] EYVL 1998 L 288/24.

[160] Portfoliovoimaan viitattiin myös tapauksissa *Coca-Cola/Amalgamated Bewerages*, EYVL 1997 L 218/15 ja *Coca-Cola/Carsberg*, EYVL 1998 L 145/41.

[161] Ks. päätöksen kohta 38.

[162] Ks. päätöksen kohdat 39–40.

[163] Ks. päätöksen kohdat 41–42.

[164] Ks. esim. kieltopäätöstä *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, M.0774, EYVL 1997 L 247/91. ESK ja Saint-Gobain olivat ainoat täydellisen tuotevalikoiman omaavat toimittajat ETA-alueella. Osapuolten välinen kilpailu oli tärkein kilpailulähde hionnassa käytettävän piikarbidin markkinoilla. Täydellisen tuotevalikoiman tarjoajilla oli huomattava etu, koska ne voivat tarjota kaikkia

koskeva analyysi korvataan yleisellä viittauksella yhteisvaikutukseen, jonka konkreettinen merkityssisältö jää täsmentymättä.[165] Voidaan puoltaa tulkintaa, jonka mukaan portfoliovoima otetaan huomioon yhtenä määräävää asemaa indisoivana tekijänä. Yrityskaupan kieltopäätöstä ei tulisi kuitenkaan rakentaa yksistään konseptin varaan, eikä korkeita markkinaosuuksia tulisi korvata analyysissä portfoliovoimalla.

3.2.2.4 Verkostoefekti

Portfoliovoimalle on sukua verkostoefekti. Verkosto-hyödykkeille on ominaista, että yhden käyttäjän saama lisäarvo kasvaa sitä myötä, mitä enemmän muut kuluttajat käyttävät samaa hyödykettä. Yleensä hyödykkeen arvo määräytyy sen harvinaisuuden perusteella. Mitä vähemmän tiettyä hyödykettä on saatavilla, sitä enemmän siitä yleensä ollaan valmiita maksamaan. Verkostohyödykkeen arvon määräytymisperuste on päinvastainen. Esimerkiksi telefaksilaitteen omistajalle ei ole laitteestaan juurikaan hyötyä, ellei kontaktitahoilla ole vastaavaa laitetta.

> Esimerkiksi tietokoneen käyttöjärjestelmien markkinat ja telemarkkinat ovat perusluonteeltaan verkostomarkkinoita, joilla yhden teknologian käyttäjän hyöty valitsemastaan teknologiasta riippuu keskeisesti siitä, kuinka yleisesti myös muut käyttävät samaa teknologiaa. Yritysten keskinäinen teknologinen riippuvuus on omiaan lisäämään markkinoita hallitsevan yrityksen markkinavoimaa. Verkostoefektin seurauksena, jossa yksittäiset käyttöönottopäätökset vievät markkinoita samaan suuntaan, hallitsevaan asemaan noussut teknologia voi saavuttaa tosiasiallisesti lähes yksinomaisen aseman *(tipping effect)*. Luonteenomaista verkostomarkkinoille on myös toisiaan täydentävien teknologioiden ja komponenttien keskeinen rooli. Käyttöönottopäätöksiä ei tehdä pelkästään yhden vaihtoehdon teknis-taloudellisten hyötyjen ja haittojen perusteella, vaan ennen muuta otetaan huomioon yhteensopivuus muiden teknisten ratkaisujen kanssa. Yhteensopivuuden ja laajan tuotevalikoiman merkitys tulee jatkossa korostumaan viestintäverkkojen lähentyessä

---

piikarbidilaatuja yhdestä lähteestä. Kaikkien laatujen hankkiminen useista paikoista nostaisi useimpien asiakkaiden hankintakustannuksia. Lisäksi asiakkaat voisivat saada kemialliselta koostumukseltaan erilaisia materiaaleja ja joutuisivat siten muuntamaan sidosaineitaan vastaavasti. Mainituista syistä useita piikarbidilaatuja tarvitsevat asiakkaat tekevät hankintansa mieluummin täydellisen valikoiman tarjoavalta toimittajalta. Perustelu ei ehkä sovellu asiakkaisiin, jotka ovat erikoistuneet tiettyihin hiontalopputuotteisiin ja jotka tarvitsevat vain pieniä määriä karkeita makrorakeita, esimerkiksi kiventyöstöteollisuuden metallilankasahasovelluksia varten. Suurin osa hiomatuotteiden valmistajista Euroopan talousalueella tuottaa kuitenkin erilaisissa teollisissa sovelluksissa käytettäviä hiomavälineitä ja tarvitsee riittävän laajan valikoiman hionnassa käytettäviä piikarbidilaatuja. Ks. päätöksen kohdat 178–179.

[165] Samansuuntaisesti argumentoivat Bishop ja Walker (1999) (s. 159–160), jotka toteavat, ettei komissio riittävästi täsmentänyt päätöksessä *Guinness/Metropolitan*, M.0938, miten portfoliovoimaa konkreettisesti hyödynnettäisiin kuluttajia vahingoittavalla tavalla.

toisiaan. Syntyvässä tilanteessa toisiaan täydentävien palveluiden sitomisella, ristisubventoinnilla tai toimituksista kieltäytymisellä voi olla merkittäviä kilpailuhaittoja.

Verkostoefekti liittyy konkreettiseen tekniseen seikkaan eli laitteistojen yhteiskäytön tarpeellisuuteen. Asiakkaan ostaessa sähköpostiohjelmaa kommunikointikyky markkinoilla olevien yleisempien ohjelmien kanssa on keskeinen valintaperuste. Synergiahyötyjä voidaan pitää voimakkaampina kuin esimerkiksi tapauksessa, jossa ostamalla alkoholijuomat samalta toimittajalta saavutetaan kustannushyötyjä jakelussa. Ensimmäisessä tapauksessa kyse on hyödykkeen käyttämiseen liittyvästä perusvaatimuksesta, jälkimmäisessä suuren myynti- tai ostomäärän tuomasta kilpailuedusta.

3.2.2.5 Markkinoille pääsyn vaikeutuminen

Komissio tutkii säännönmukaisesti, onko keskittymällä vertikaalisia vaikutuksia, jotka heijastuisivat horisontaalisella tasolla keskittymän ja sen kilpailijoiden välisiin kilpailuolosuhteisiin. Vertikaalinen integraatio voi antaa kilpailuedun, jos keskittymä voi hankkia raaka-aineita halvemmalla tai muuten edullisimmilla ehdoilla kuin sen kilpailijat.[166] Kilpailuetu voi syntyä siitä, että yrityskauppa antaa paremmat jakelukanavat vertikaalisesti alaspäin.[167] Edellistä vaarallisempi on tilanne, jossa *kilpailijat* olisivat *riippuvaisia* vertikaalisesti integroidun yrityksen raaka-aineista. Tällöin vertikaalisesti integroitunut yritys voisi käyttää hintaruuvia kilpailijoitaan kohtaan tai estää potentiaalisten kilpailijoiden markkinoillepääsyn.[168]

Kielteisiä vaikutuksia voi myös aiheutua *markkinoiden yleisestä keskittymisasteesta*. Jos suuri osa tietyn raaka-aineen toimittajista on vertikaalisesti integroitunut tiettyyn jatkojalostajaan, voi uusien yritysten markkinoilletulo vaikeutua.[169] Vastaavasti potentiaalisten kilpailijoiden markkinoilletulo voi vaikeutua, jos jakelukanavat tietyssä jäsenvaltiossa ovat hyvin keskittyneet. Jos kaikki merkittävät jälleenmyyjät ovat pitkäaikaisilla sopimuksilla sidottuja tiettyihin valmistajiin, voi uusien yritysten olla vaikea löytää tuotteilleen markkinointikanavia. Tällöin komissio voi asettaa yrityskaupan hyväksymisen ehdoksi yksinomaisten jälleenmyynti- tai hankintasopimusten purkamisen.[170]

Jakelukanavien keskittyminen oli päivittäistavarakilpailun vähentymisen ohella keskeinen kieltoperuste tapauksessa *Kesko/Tuko*.[171] Komissio ja EY:n

---

[166] *Magneti Marelli/CEAc*, kohta 16, *VIAG/Continental Can*, kohta 41.
[167] *Usinor/ASD*, kohta 14; Nissan/R. Nissan, kohta 4.
[168] *VIAG/Continental Can*, kohta 42.
[169] *VIAG/Continental Can*, kohta 45.
[170] Tällainen ehto asetettiin tapauksessa *Fiat Geotech/Ford New Holland*; ks. kohdat 25–30.
[171] EYVL 1997 L 110/53, L 174/47; *Kesko v. komissio*, T-22/97, Kok. 1999 s. II-3775.

tuomioistuin päätyivät siihen, että muista jäsenvaltioista olevien hyödykkeiden pääsy Suomen päivittäistavaramarkkinoille vaikeutuisi yrityskaupan seurauksena. Jo ennen komission purettavaksi määräämää yrityskauppaa Suomen päivittäistavaramarkkinoiden ongelmana voitiin pitää sitä, että kaupan hyllylle pääseminen muodostaa liian korkean kynnyksen uusien hyödykkeiden markkinoille saattamisessa. Kuluttajien kannalta välittömin hyvinvointitappio olisi kuitenkin aiheutunut siitä, että toteutuessaan yrityskauppa olisi vähentänyt huomattavasti kilpailua päivittäistavaramarkkinoilla. Kaupalla suurin kauppaketju olisi ottanut haltuunsa toiseksi suurimman yrityksen. Keskon markkinaosuus olisi noussut vähintään 55 prosenttiin.[172] Saavutettavissa olevat kustannussäästöt eivät vaikuta tapauksessa merkittäviltä, sillä kummallakin ketjulla oli jo varsin suuri jakeluorganisaatio. Mikäli yrityskauppa olisi toteutunut, todennäköisesti päivittäistavaroiden kuluttajahinnat olisivat nousseet. Merkittävästi kilpailua estävän määräävän aseman syntyminen oli tapauksessa varsin selvä.[173] Päätös on merkittävä kotimaisen kilpailukulttuurin kehittymisen kan-

---

[172] Keskon ja Tukon markkinaosuus päivittäistavaroiden vähittäiskaupassa olisi vähintään 55 prosenttia, oli kyse paikallisesta, alueellisesta tai valtakunnallisesta tasosta (komission päätöksen kohta 106). Asemaa vahvistaisi vielä se, että Keskolla ja Tukolla olisi ollut 69 prosenttia yli 1 000 neliömetrin suuruisista myymälöistä ja merkittävä osa päivittäistavaroiden vähittäismyyntipisteiksi soveltuvista liiketiloista. Myös muut tekijät, kuten kanta-asiakasohjelmat, omien merkkituotteiden merkittävä asema ja lisääntyneen ostovoiman tuomat edut vahvistaisivat keskittymän asemaa (kohdat 106–138). Keskon ja Tukon yhteenlaskettu markkinaosuus päivittäistavarakaupan noutotukku- ja tukkumarkkinoilla olisi ollut 50–100 prosenttia kaikilla Suomen alueilla: Valtakunnallisella tasolla osuus lähentyisi 80 prosenttia. Keskittymällä olisi 56 noutotukkumyymälää, kun kolmella kilpailijalla olisi kaikkiaan ainoastaan 11 noutotukkumyymälää. Pohjois-Suomessa yhdeksällä alueella kantaja olisi ainoa tukkukaupan ja noutotukkukaupan harjoittaja (ks. 139–146 kohta). Komissio katsoi, että muut kuin Keskon ja Tukon hallitsemat jakelukanavat eivät ole käyttökelpoinen vaihtoehto suurimmalle osalle tuottajista etenkään muiden tuotteiden kuin elintarvikkeiden osalta (kohdat 146–153). Keskittymä johtaisi määräävään markkina-asemaan vähittäiskaupan, tukkukaupan ja noutotukkukaupan alalla. Myös Keskon ostovoiman lisääntyminen vahvistaisi määräävää asemaa (kohdat 144–153). Komissio piti epätodennäköisenä, että ulkomaiset yritykset voisivat tulla Suomen päivittäistavaramarkkinoille keskittymän jälkeen (kohdat 154–161 kohta).

[173] Aineellisoikeudellisesti Keskon keskeinen väittämä tapauksessa oli se, ettei Keskon ja Tukon voitu katsoa muodostavan yrityskauppavalvonnassa tarkoitettua yhtenäistä liiketoimintayksikköä, johon kuuluvien yksittäisten kauppiaiden markkinaosuudet on laskettava yhteen selvitettäessä määräävän aseman syntymistä. Kantajan ajatuksena oli, että keskittymään kuuluvien kauppiaiden markkinaosuuksia tulisi arvioida ikään kuin erikseen. Markkinoilla vallitsevat realiteetit huomioon ottaen väite ei ollut kilpailuoikeudellisesti erityisen vahva. Komissio oli vedonnut seuraaviin seikkoihin, joiden se katsoi johtavan kilpailua merkittävästi estävän määräävän aseman syntymiseen: vapaaehtoisuuteen perustuvien vähittäiskauppaketjujen tärkeä merkitys Suomessa (39 kohta); K-ryhmällä olisi vähintään 55 prosenttia kyseisten tavaroiden myynnistä Suomessa, mikä merkitsisi lähes kolme kertaa suurempaa markkinaosuutta verrattuna suurimpaan kilpailijaan (93–98 kohta ja 106 kohta); Keskon ja Tukon voimakas asema Suomessa suurten vähittäismyymälöiden alalla (107–115 kohta); päivittäistavaroiden vähittäiskaupan harjoittamiseen sopivien liiketilojen määrä (116–118 kohta); Kesko-etukorttiin perustuvat kanta-asiakasohjelmat (119–125 kohta); Keskon ja Tukon omien merkkituotteiden merkittävä asema ja tästä seuraavat kilpailuedut (126–130 kohta); Keskon ja Tukon hallinnassa olevat jakelujärjestel-

nalta myös siinä suhteessa, että tapaus osoittaa vaarat, jotka liittyvät kaupalliseen päätöksentekoon silloin, kun suuret yritykset eivät riittävästi ota huomioon kilpailuoikeuden asettamia vaatimuksia. Markkinoita merkittävästi keskittävä yrityskauppa pantiin toimeen kysymättä etukäteen kilpailuviranomaisten mielipidettä.

Todennäköisesti kauppaan olisi puututtu myös kilpailunrajoituslain 11 d §:n perusteella, mikäli se olisi ollut tuolloin jo voimassa. Kotimaisen yrityskauppavalvonnan myöhäinen säätämisajankohta johti siihen, että kotimarkkinoita koskeva kansallinen yrityskauppa, jonka liikevaihdosta yli 2/3-osaa kertyi Suomesta, siirrettiin asetuksen 22 artiklan perusteella EY:n komission arvioitavaksi.

---

mät erityisesti pakastetuotteiden osalta (131–132 kohta); Keskon ostovoiman kasvu Tukon hankinnan jälkeen (133–135 kohta ja 146–153 kohta); ulkomailta tulevan potentiaalisen kilpailun epätodennäköisyys (154–161 kohta). EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että mainitut seikat huomioon ottaen kantajan väitteillä ei voida asettaa kyseenalaiseksi komission päätelmiä, jotka koskevat tarvetta arvioida keskittymän vaikutusta kilpailuun vähittäiskaupan tasolla ja laskea yhteen kaikkien K- ja T-ryhmän vähittäiskauppiaiden markkinaosuudet ja lukea ne Keskolle. Keskolla oli mahdollisuus ohjata kauppiaiden toimintaa usealla eri perusteella. Yli 60 prosenttia K-kauppiaiden kokonaisliikevaihdosta toteutui Keskon omistamissa liiketiloissa. Nämä vähittäiskauppiaat olivat tehneet Keskon kanssa yhteistoimintasopimuksen, jossa määritellään liiketiloja koskevat toimintaperiaatteet sekä perusteet vuokran laskemiselle, joka suoritetaan liikevaihdon tai voittomarginaalin perusteella. Vähittäiskauppias ei saanut luovuttaa liiketoimintaansa ilman Keskon suostumusta. Keskon kauppiassopimuksessa oli lukuisia hyödykkeiden ostoa ja markkinointia koskevia ehtoja, joita kauppiaan tuli noudattaa. Kauppiaat toimivat ketjumaisesti yhteisen liiketunnuksen alla. K-kauppiassopimuksen mukaan kauppiaan tulee pyrkiä hyödyntämään täysipainoisesti K-ryhmän ostoyhteistyön ja omien merkkituotteiden tarjoamat edut. Kauppias ei saanut perusteettomasti asettaa Keskoa muita tavarantoimittajia huonompaan asemaan. Merkittävä osa K-kauppiaista oli lisäksi osapuolena ketjusopimuksessa, joka tehdään asianomaisen vähittäiskauppiaan ja sen K-ketjun välillä. Ketjusopimusten keskeisenä tavoitteena oli edistää Keskon ja vähittäiskauppiaan välistä tavarakauppaa. Ketjusopimusten mukaan K-kauppiaita sitoivat ketjun hallituksen markkinoinnista, perusvalikoimaan otettavista tuotteista ja kampanja-tuotteiden vähittäishinnoista tekemät päätökset. K-kauppiaat saivat Keskolta bonuksia ja alennuksia Keskon kautta ostamiensa määrien perusteella. Tässä tilanteessa oli katsottava, että vaikka K-kauppiaat olivat oikeudellisesti itsenäisiä yrittäjiä ja kantoivat näin ollen toimintaansa liittyvät taloudelliset riskit, komissio ei ollut tehnyt ilmeistä arviointivirhettä todetessaan, että Keskon ja sen vähittäiskauppiaiden välillä tehdyt sopimukset pakottivat viimeksi mainitut mukautumaan kantajan tekemiin markkinointipäätöksiin ja pysymään uskollisina Keskolle ja sille Keskon ketjulle, johon ne kuuluivat. Johtopäätöstä ei muuttanut toiseksi se, että yksittäiset, toistensa naapurialueilla sijaitsevat K-kauppiaat kilpailivat myös keskenään. Ks. tuomion kohdat 146–169. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen perustelut ovat varsin samantapaiset kuin kilpailuneuvoston aikaisemmassa poikkeusluparatkaisussa, (*Kesko Oyj*, d:o 4/359/93, kilpailuneuvoston päätös 26.11.1993, Kuoppamäki (1996) s. 145–160) jossa oli todettu, että kilpailu käydään pääasiallisesti kaupparyhmittymien välillä ja vähemmässä määrin niiden sisäisesti. Kotimaisessa poikkeusluparatkaisuissa keskusjohtoisuus vaikutti Keskolle edullisesti siten, että tarjouskampanjoita koskeva poikkeuslupa myönnettiin vastaavin ehdoin kuin muillekin kaupparyhmittymille. Yrityskauppatapauksessa sama argumentti johti luonnollisesti siihen, että kauppiaiden markkinaosuudet on laskettava yhteen arvioitaessa Keskon markkinavoimaa koko valtakunnan tasolla.

3.2.3 Vastavoiman merkitys

Mikäli yksi yritys hallitsee markkinoita, kuluttajille ei usein jää muuta vaihtoehtoa kuin maksaa kilpailullisen tason ylittävä hinta edellyttäen, että alallepääsyn esteet rajoittavat uusien yritysten alallepääsyä. EY:n komissio on hyväksynyt korkeita markkinaosuuksia, mikäli myös markkinoiden vastapuoli on keskittynyt. Myyjä ei pysty nostamaan hintoja, jos suurten *ostajien vastavoima (countervailing power) neutraloi markkinavoiman.*[174] Komissio on suhtautunut lievästi esim. autotehtaiden alihankkijoiden välisiin yrityskauppoihin sillä perusteella, että niiden asiakkaina olevilla autotehtailla on huomattavaa ostovoimaa, mikä estää hintojen korottamisen.[175] Vastaavasti määräävässä asemassa oleva ostaja ei pysty alentamaan hintoja kilpailullisen tason alapuolelle, jos myös myyjäpuoli on keskittynyt tai markkinoilla on riittävästi vaihtoehtoisia jakelukanavia.[176]

Komission käytännössä pelkkä suurten asiakkaiden olemassaolo ei ole riittävää.[177] Ratkaisevaa ei ole niinkään asiakkaan koko, vaan se, kuinka suuren osan asiakas ostaa tietyn myyjän tarjoamista hyödykkeistä ja mitkä ovat asiakkaan vaihtoehdot. Mikäli tietty asiakas ostaa vain pienen määrän hyödykkeitä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, yrityksen koolla ei välttämättä ole merkitystä. Suuri yritys voi olla lähes yhtä riippuvainen kuin pk-yritykset. Vastavoima määräytyy asiakkaan oman kysynnän elastisuuden ja sekä myyjän sitoutumisen ja vaihtoehtoisten hankintalähteiden tuoman neuvotteluvoiman perusteella.[178] Mahdollisesti asiakkaat voivat myös integroitua ylöspäin ja turvata siten riittävät hankintakanavat.[179]

---

[174] Ks. esim. *Coca Cola Company/Carlsberg*, EYVL 1998 L 145/41, päätöksen kohta 81.

[175] Ks. esim. *Varta/Bosch*,EYVL 1991 L 320/26; *Pilkington-Techint/SIV* EYVL 1994 L 158/24.

[176] Ks. esim. tapauksia *Alcatel/Telettra*, EYVL 1991 L 122/48; *VIAG/Continental Can*, M.081, 1991; *Orkla/Volvo*, EYVL 1996 L 66/17. Komission käytännön kuvauksen osalta ks. esim. Hawk/Huser (1996) s. 191–200 ja Cook/Kerse (2000) s. 160–161. Voimakkaimmin vastavoima nousi esille tapauksessa *Alcatel/Telettra*, jossa komissio hyväksyi 80 %:n markkinaosuuden Espanjan markkinoilla mm. suurten valtiollisten ostajien vastavoiman perusteella, joka estäisi hintojen nostamisen. Neven, Nuttall ja Seabright (1993, s. 111–112) kritisoivat päätöstä siitä, että ostovoimalle annettiin liikaa merkitystä. Asiakkaiden haluun vaihtaa toimittajaa vaikuttaisivat vähentävästi toimittajan vaihtamisesta aiheutuvat kustannukset. Nähdäkseni kritiikkiä voidaan pitää sinänsä oikeansuuntaisena. Toisaalta korkea markkinaosuus johtui monopsoniasemassa olevan Telefonican kansallista yritystä suosivasta ostopolitiikasta. Lainsäädäntö oli kuitenkin muuttumassa. Tapauksen ratkaisuun vaikutti se, että uudet julkisia hankintoja koskevat direktiivit velvoittavat kilpailuttamaan julkisen sektorin toimitukset, jolloin vaihtokustannuksille ei saada antaa uusien yritysten markkinoille tulon estymiseen johtavaa painoarvoa. Komission kantaan lienee vaikuttanut myös se, että korkeaan markkinaosuuteen johtanut maantieteellisten markkinoiden määrittely oli ollut rajatapaus.

[177] Hawk/Huser (1996) s. 193.

[178] Toisaalta liian suuri vastavoima voi johtaa hintojen painumiseen kilpailullisen tason alapuolelle. Hawk ja Huser toteavat osuvasti, ettei suurten asiakkaiden olemassaolosta voida tehdä automaattisesti sitä johtopäätöstä, etteikö yrityskaupalla voisi olla haitallisia vaikutuksia kilpailun toimivuudelle. Ks. Hawk/Huser s. 193.

[179] Hawk/Huser s. 193–194.

Arvioitaessa yrityskaupan kilpailuvaikutuksia huomiota on kiinnitettävä myös siihen, kuinka suurta osaa myynneistä vastavoimaiset asiakkaat edustavat. Vaikka yksittäinen vastavoimainen yritys, esimerkiksi suuri kauppaketju, saisi hyödykkeitä edullisesti, ei se poista yrityskaupan haittavaikutuksia, mikäli markkinoilla on joukko haavoittuvia asiakkaita, joilla samanlaista neuvotteluvoimaa ei ole. Tilanne muodostuu toiseksi, mikäli vastavoimaa omaavat yritykset muodostavat asiakkaiden enemmistön tai hintataso markkinoilla määräytyy vastavoimaa omaavien yritysten sopimussuhteiden perusteella ja myyjä ei pysty eriyttämään hintojaan riippuvaisille asiakkaille. Tällöin vastavoimaiset yritykset suojelevat niitä asiakkaita, joilta itseltään neuvotteluvoima puuttuu.[180] Toisaalta mikäli hinnoittelu ei ole läpinäkyvää, johtava valmistaja voi "huijata" myöntämällä suurimmille asiakkailleen salaisia alennuksia.[181]

Enson ja Storan yrityskaupalla[182] synnytettiin maailman suurin kartongin valmistaja, jonka markkinaosuus nousi erityisen korkeaksi nestemäisten pakkausten materiaalien osalta. Vaikka yrityskauppa lisäsi merkittävästi myyjän markkinavoimaa, komissio päätyi siihen, että kartonkia valmistavat ja sitä ostavat yritykset ovat molemminpuolisesti riippuvaisia toisistaan. Suurin ostaja Tetra Pak oli määräävässä asemassa nestemäisten pakkausten valmistuksen markkinoilla. Lisäksi alamarkkinoilla toimi kaksi pientä pakkausten valmistajaa.[183] Tetra Pak pystyisi selvästi suojelemaan omia intressejään. Suuren asiakkaan olemassaolo ei kuitenkaan suojaisi pienempiä pakkausten valmistajia. Päinvastoin voitaisiin ajatella, että yrityskauppa synnyttää riskin kilpailun heikkenemisestä pakkausten valmistuksen markkinoilla, mikäli Stora-Enso nostaa raaka-aineen hintoja suhteellisesti enemmän pienten asiakkaiden osalta.[184] Tetra Pakin intressissä olisi käyttää vastavoimaa a) turvatakseen itselleen edulliset raaka-aineet ja b) lisätäkseen asymmetriaa lopputuotteen markkinoilla. Yrityskauppa sallittiin ehdolla, jossa Stora-Enso sitoutui olemaan eriyttämättä Tetra Pakin ja kahden pienemmän asiakkaan hintoja ilman selkeää kustannusperustetta.[185]

---

[180] Tilanne rinnastuu tältä osin *United Brands* -päätökseen, jossa kaikkia hedelmiä kuluttavien asiakkaiden voidaan katsoa suojelevan myös sidottuja asiakkaita hinnankorotuksilta. Kysymys riippuu usein siitä, millaiset mahdollisuudet markkinajohtajalla on hintadiskriminaatioon, mikä taas liittyy kysymykseen siitä, kuinka hyvin myyjä pystyy erottamaan vastavoimaiset ja riippuvaiset asiakkaat toisistaan sekä estämään arbitraasin syntymisen.

[181] Vastavoiman perusanalyysin voisi ajatella olevan samanlainen siitä riippumatta, onko kyse yhden yrityksen vai jaetun määräävän aseman arvioinnista. Toisaalta voidaan argumentoida, että hinnoittelun läpinäkyvyys torjuu yhden yrityksen määräävää asemaa. Sitä vastoin oligopolissa markkinoiden transparenssi edesauttaa yhteisen määräävän aseman syntymistä. Läpinäkyvyys on nimittäin omiaan helpottamaan kolluusion ylläpitämistä. Kolluusio ei liene yleensä pysyväisluonteista, elleivät myyjät saa toistensa hintamuutoksia riittävän nopeasti tietoonsa. Ks. lähemmin Hawk/Huser s. 194–200.

[182] M.1225, EYVL 1999 L 254/9.

[183] Ks. nestepakkausmarkkinoiden analyysin osalta komission päätöksen kohtia 84–98.

[184] Toisaalta voidaan perustella, ettei *Stora-Enson* omassa intressissä olisi sellaisen tilanteen luominen, jossa markkinoille jää vain yksi ostaja.

[185] Ks. komission päätöksen kohtaa 101.

Vastavoiman huomioon ottaminen ei ole kilpailupoliittisesti ongelmatonta, sillä jos myyjien markkinoiden keskittymistä yleisesti puolustetaan ostajien keskittyneisyydellä, vastaavasti seurannaisfuusiota ostajien markkinoilla voidaan puoltaa sillä, että edellisessä kaupassa myyjienkin keskittyminen sallittiin. Markkinoiden molemminpuolisen keskittyminen sallitaan "kilpavarustelun" nimissä. Mahdollisesti terveempi lopputulos olisi, jos keskittymistä ei sallittaisi kummallakaan puolella. Toisaalta suurten, taitavien ja vaikutusvaltaisten kauppakumppanien olemassaolo on reaalinen argumentti, jota empiirisessä kilpailuanalyysissä ei voida sivuuttaa. Vastavoima voidaan hyväksyä silloin, kun yrityskoon suurentuminen selvästi on seurausta aidosta markkinoiden kansainvälistymisestä. Tällöin kyse ei ole kilpavarustelusta, vaan reagoimisesta kilpailuolosuhteissa tapahtuneeseen paradigman muutokseen.

3.2.4 Hintojen nousun ja poissulkemisen uhan lisääntyminen yrityskaupan seurauksena

RS 82 artiklan osalta on yrityksen markkinakäyttäytymisellä ollut oma merkityksensä määräävän aseman määrittelyssä. Yrityksen käyttäytymistä, joka ilmentää mahdollisuutta käyttäytyä riippumattomasti kilpailijoista tai asiakkaista, on joissakin tapauksissa pidetty lisäindisiona määräävästä asemasta. Se on siten täydentänyt rakenteellista tarkastelua.

Yrityskauppavalvonnassa rakenteellisten tekijöiden merkitys korostuu. Tämä on luontevaa markkinarakenteen sääntelystä. Toisaalta kyse on ajallisesta erosta tarkastelukulmassa. RS 82 artiklan osalta on jälkikäteen arvioitu yrityksen tiettyä käyttäytymistä, jolloin myös yrityksen aikaisempaan käyttäytymiseen on voitu kiinnittää huomiota riippumattomuutta indisoivana tekijänä. Sen sijaan yrityskauppavalvonnassa korostuvat keskittymän seurauksena syntyvät vaikutukset kilpailuolosuhteille tulevaisuudessa. Tällöin ei ole käytettävissä empiiristä tietoa siitä, miten yritys tulevaisuudessa tulee markkinoilla käyttäytymään. Keskittymän markkinavaikutuksia on arvioitava markkinarakenteen muutoksen tuoman kilpailuriskin perusteella yhdistettynä aikaisemmasta käyttäytymisestä saatavilla olevaan historialliseen tietoon. Käytettävissä olevan aineiston perusteella on arvioitava sitä, luoko yrityskauppa riskin kilpailun merkittävästä estymisestä.

3.2.4.1 Hintavalta

Yrityskauppavalvonnassa markkinakäyttäytymisen merkitys näyttäisi olevan välillinen 2 (3) artiklan sisällön täsmentämisessä: *asetuksen 2 (3) artiklan vastainen määräävä asema syntyy silloin, jos keskittymisen seurauksena yritys*

voi nostaa hintoja tai asettaa asiakkaille muita epäedullisia ehtoja, ilman että se menettää markkinaosuuttaan. Jos yritys ei voi näin käyttäytyä, ei sillä ole 2 (3) artiklan tarkoittamaa määräävää asemaa. Odotettavissa olevat aktuaalisten tai potentiaalisten kilpailijoiden reaktiot estävät sitä käyttäytymästä kilpailijoista tai asiakkaista riippumattomasti. Yrityskauppavalvonnan kannalta tärkein kysymys kuuluu, *johtaako yrityskauppa hintatason nousuun.* Yrityskaupan vaikutuksia hintatasolle voidaan pitää yrityskauppavalvonnan klassisena kysymyksenä. Yrityskauppa on haitallinen, jos fuusioituvat yritykset voivat rajoittaa tuotantoa ja nostaa hintoja.

Jones ja Gonzalez-Diaz toteavat, että asetuksen 2 artiklan (3) kohdassa 82 artiklan mahdollisuutta käyttäytyä riippumattomasti täydennetään yrityksen mahdollisuudella nostaa hintoja maksimoidakseen voittonsa.[186] Tekijät viittaavat toisaalta siihen, että mahdollisuus nostaa hintoja ei käytännön kannalta ole erityisen selkeä konsepti mitata määräävän aseman olemassaoloa. Tämä lienee syy sille, miksei EY:n tuomioistuin ole asettanut RS 82 artiklan osalta nimenomaiseksi tunnusmerkistöksi kykyä nostaa hintoja. Toisaalta ei ole myöskään realistista olettaa, että ekonometristen välineiden avulla pystyttäisiin etukäteen mittaamaan tarkasti, mahdollistaako yrityskauppa hintojen nostamisen. Tästä syystä dominanssia mitataan markkinoiden rakenteeseen liittyvien seikkojen avulla, joiden perusteella pyritään päättelemään, pystyykö yritys käyttäytymään riippumattomasti ja hallitsemaan markkinoita.[187] *Jonesin* ja *Gonzalez-Diazin* näkemykseen voidaan yhtyä. Lisäksi on tehtävä ero *hinnoitteluvapauden* ja *hintavallan* välillä. Esimerkiksi differentoituihin hyödykkeisiin liittyy luonnostaan tietty hinnoitteluvapaus. Kilpailua merkittävästi estävästä määräävästä asemasta voidaan kuitenkin puhua vasta silloin, kun yrityksellä on hintavaltaa eli kyky nostaa hinnat markkinoilla kilpailullisen tason yläpuolelle rajoittamalla tuotantoa. Hinnankorotuksen tulee olla kannattava, eikä ajanjakso saa olla vähämerkityksisen lyhyt.

3.2.4.2 Poissulkeva monopolivoima

EY:n komission analyysi ei rajoitu hintavaikutusten selvittämiseen. Lisäksi tarkastellaan sitä, *saavuttaako uusi yksikkö mahdollisuuden kontrolloida kilpailijoiden alallepääsyä.* Portinvartijan *(gatekeeper)* aseman saavuttaminen voi nostaa hintatasoa myöhemmin, jos uusien yritysten markkinoille pääsy *(entry)* vaikeutuu.[188] Huomiota kiinnitetään myös *poissulkemisen* mahdollisuuteen

---

[186] Ks. Jones/Gonzalez-Diaz (1992) s. 130–131. Ks. myös Bos/Stuyck/Wytinck (1992) s. 233–234.
[187] Ibid. s. 131.
[188] Tekijä oli merkittävä esim. Keskon ja Tukon yrityskaupassa, jossa vähittäiskaupan keskittymisen katsottiin vaikeuttavan ulkomaisten tavarantoimittajien pääsyä Suomen markkinoille. Markkinoille pääsy muodostaa merkittävimmän vertikaalisten yrityskauppojen tarkastelukysymyksen.

esim. saalistushinnoittelun ja toimituskieltojen avulla *(exit)*.[189] Klassista monopolivoiman ja monopolivoittojen syntymisen uhkaa täydennetään dynaamisella markkinoille pääsyä ja kilpailijoiden kustannusten nostattamista koskevalla analyysillä. Tarkoituksena on puuttua niihin poissuljentatilanteisiin, joiden katsotaan olevan kilpailuprosessin toimivuuden ja kuluttajien edun vastaisia. EY:n komission käytännössä poissulkevia vaikutuksia on liittynyt erityisesti jäljempänä käsiteltäviin vertikaalisiin yrityskauppoihin.

Kotimaisena esimerkkinä poissulkevasta yrityskaupasta voidaan mainita kilpailuneuvoston ratkaisu *Sonera/Loimaan Seudun Puhelin*.[190] Kilpailuneuvosto kielsi yrityskaupan, jolla Sonera Oyj oli hankkinut tosiasiallisen määräysvallan Loimaan Seudun Puhelin Oyj:stä (LSP) ja sitä kautta myös Turun Puhelin Oy:stä (TP). Kaupan edellytyksenä oli, että LSP ostaa ennen osakkeiden merkitsemistä Turun kaupungilta 33 % TP:n osakekannasta. Siltä osin kuin yrityskauppa on jo toteutettu, se määrättiin purettavaksi.

Kilpailuvirasto oli hyväksynyt 3.8.2001 yrityskaupan ehdollisena. LSP:n ja TP:n tuli luopua valtaosasta Soneran kilpailijoille aiemmin vuokratusta matkaviestin-infrastruktuurista ja Soneran tuli myydä Turun alueelle rakentamansa paikallinen kiinteä alueverkko. Lisäksi TP:n tuli myydä yksi teleliikenteen aluekeskuksistaan ja vuokrata kilpailijoille osa kaapelitelevisioverkkokapasiteetistaan. Osapuolille asetettiin myös kiinteän verkon ja matkaviestinverkon infrastruktuurin tarjontaan ja eräiden tuotteiden jakeluun liittyviä käyttäytymisehtoja. Kilpailuvirasto oli selvityksessään katsonut yrityskaupasta seuraavan erityisesti markkinoille hiljattain tulleen uuden kilpailijan toimintamahdollisuuksien de facto estymistä tai vähintäänkin vakavaa häiriintymistä yhdellä maan keskeisimmistä talousalueista. Näin sen vuoksi, että Soneran yritysryhmä pääsee vaikuttamaan sekä kiinteän verkon että matkaviestinverkon infrastruktuurin tarjontaan ja hinnoitteluun. Sonera oli kiistänyt tällaisen tulkinnan.

Kilpailuneuvosto[191] katsoi, että poissuljentatarkoitusta koskeva näkemys sai tukea asiakirjoista ilmenevästä Soneran johdon sisäiseen käyttöön tarkoitetusta strategisen suunnittelun asiakirjasta, joka ajoittui kaupantekoa edeltävään ajankohtaan. Asiakirja viittasi siihen, että telemarkkinoiden kehityksessä Finnet-ryhmään kuuluvien maakuntien puhelinyhtiöiden käynnistämä ja näiden yhtiöiden teknisiin resursseihin, asiakassuhteisiin ja muihin voimavaroihin tukeutuva 2G/DNA-hanke on Soneran taholla nähty uhkatekijänä, joka tulee mahdollisimman aikaisessa vaiheessa torjua.

2G ja DNA on perustettu kilpailemaan Soneraa ja Radiolinjaa vastaan. TP:n ja LSP:n siirtyminen tärkeimmän kilpailijan määräysvaltaan heikensi

---

[189] Ks. Faull/Nikpay (1999) s. 241–242.

[190] D:ot 167/690/2001 ja 168/690/2001, kilpailuneuvoston päätös 18.12.2001.

[191] Osapuolet olivat erimielisiä siitä, onko muilla kuin kaupan osapuolilla valitusoikeutta kilpailuviraston päätöksestä. Tästä ei ole aikaisempaa kotimaista oikeuskäytäntöä. Kilpailuneuvosto totesi äänestyspäätöksellä (5–2), että 2G:n ja DNA:n osalta yrityskauppaan saattaa liittyä lähinnä matkaviestinpalvelujen ja verkkomarkkinoiden sektoreilla sellaisia valtakunnallisen markkinarakenteen tasolla ilmeneviä vaikutuksia, että valitusoikeuden myöntäminen oli perusteltua. Vähemmistö olisi tutkinut myös LP:n ja SSP:n valituksen.

2G:n ja DNA:n taloudellista ja rahoituksellista asemaa aiheuttaen kustannusrasitteita ja epäuskoa jäljelle jäävien osakkaiden keskuudessa. Yritysjärjestelyn myötä 2G:n kaksi liikevaihdon perusteella suurinta osakasta siirtyi kilpailijaryhmittymään. Kilpailuneuvosto katsoi, että Sonera vahvistaa merkittävästi asemaansa paikallisliittymien tarjonnassa. Se pystyy merkittävästi lisäämään asiakaskontaktejaan ja tuotteidensa markkinointimahdollisuuksia.

Kilpailuneuvoston enemmistö katsoi, että kaupan perusvaikutus on kokonaisuutena arvioiden ja tavoitteiltaankin markkinoita keskittävä ja kilpailua rajoittava, joten kilpailuongelmat eivät olleet ratkaistavissa ehtoja asettamalla tai kilpailu- ja erityisviranomaisten harjoittamalla käyttäytymisen valvonnalla. Saatu selvitys viittasi siihen, että kaupan tavoitteet eivät niinkään liittyneet Soneran osalta liiketoiminnan tehostamispyrkimyksiin, vaan pyrkimykseen heikentää kolmatta matkapuhelinverkkoa rakentavan ja palveluoperaattoritoimintaa aloittelevan 2G/DNA ryhmän toimintaedellytyksiä. Vähemmistö olisi sallinut kaupan ehdollisena. Korkein hallinto-oikeus[192] kumosi kilpailuneuvoston päätöksen sillä perusteella, ettei kilpailijoilla katsottu olevan oikeutta valittaa yrityskaupasta.[193] Näin ollen ratkaisu jäi saamatta siihen, mikä olisi ollut KHO:n kanta kilpailuneuvoston päätöksestä ilmenevään poissuljentamotiiviin yrityskaupan kieltoperusteena.[194]

Määräävän aseman suoria ja epäsuoria vaikutuksia hintoihin on tarkasteltava kokonaisuutena. Mahdollista on, että monopolivoima ilmenee ensimmäisessä vaiheessa siten, että keskittymä saa niskaotteen kilpailijoistaan. Poissulkemisen jälkeen hintoja voidaan toisessa vaiheessa nostaa, jolloin aiheutuu hyvinvointitappioita. Poissuljennan tulee kuitenkin liittyä lähinnä jonkin kilpailijoiden tarvitseman resurssin hallintaan. Hyväksyttävänä kieltoperusteena ei voida pi-

---

[192] Ks. KHO:n päätös 4.7.2002, vuosikirjanumero KHO:2002:50, taltio 1712, diaarinumero 224/2/02.

[193] KHO katsoi, että "yrityskaupan osapuolten kilpailijoille ei ole kilpailunrajoituksista annetussa laissa säädetty oikeutta tehdä esitystä kilpailuneuvostolle yrityskaupan kieltämiseksi. Kilpailijoiden mainitsemat vaikutukset niiden asemaan aiheutuivat yrityskaupasta, jota ne eivät voineet välittömästi saattaa hallintolainkäyttömenettelyssä arvioitavaksi. Asiassa ei ollut ilmennyt, että kilpailuviraston päätöksessä hyväksyä yrityskauppa ehdollisena olisi asetettu sellaisia näiden kilpailevien yritysten oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun kielteisellä tavalla välittömästi vaikuttavia määräyksiä tai että päätös muutoin sellaisella vastaavalla tavalla vaikuttaisi yrityksiin, että niillä olisi oikeus valittaa päätöksestä."

[194] Soneran ja LSP:n tapauksessa periaatteellisen kysymyksen muodostaa sen arviointi, missä määrin Soneran horisontaalinen integroituminen vähittäismarkkinoille esti kuluttajien hyvinvoinnin edellyttämän lisäkilpailun syntymistä matkapuhelinmarkkinoille. Kieltopäätös perustui kaupan strategisten tavoitteiden ja vaikutusten arviointiin, joilta osin voitiin tukeutua yrityksen omiin valmisteluasiakirjoihin. Kaupan aiheuttama horisontaalinen markkinaosuuden lisäys ei näytä erityisen merkittävältä. Toisaalta periaatteellisempi kysymys kuuluu, miksi markkinoita jo ennestään hallitseva operaattori vahvistaa asemaansa hankkimalla omistukseensa merkittävän paikallisoperaattorin. Nykyistä kilpailutilannetta merkittävämpänä haittana pidettiin orastavan matkapuhelinkilpailun estymistä. Kyse oli absoluuttisesta rajatapauksesta.

tää sitä, että yrityskauppa tehostaa yritysten toimintaa esim. alentamalla kustannuksia tai lisäämällä tuotekehittelyn resursseja. Tällainen "poissulkeminen" on suorituskilpailun ja kuluttajien edun mukaista. Kilpailuetujen lukeminen fuusioituvien yritysten vahingoksi toimii kuluttajien etua vastaan.[195] Yrityskauppoja on mahdollista käyttää strategisena keinona kilpailijan uloslyömiseksi.[196] Mikäli kaupan perusvaikutus on vaikutuksiltaan ja tavoitteiltaankin markkinoita keskittävä ja kilpailua rajoittava, kilpailuongelmat eivät ole ratkaistavissa ehtoja asettamalla. Toisaalta pelkkä kilpailua rajoittava tarkoitus ei riittäne, vaan lisäksi on osoitettava rakenteelliset haittavaikutukset.

3.3 VERTIKAALISET YRITYSKAUPAT

Vertikaalisilla yrityskaupoilla tarkoitetaan tilannetta, jossa kaupan osapuolet eivät ole välittömiä kilpailijoita, mutta niiden tuotteet täydentävät toisiaan jalostusportaan eri vaiheissa.[197] Vertikaalisten yrityskauppojen katsotaan voivan vähentää kilpailua, jos ne estävät kolmansien yritysten markkinoillepääsyä (foreclosure, raising rivals' costs) tai helpottavat kilpailijoiden välistä kolluusiota (express and tacit collusion).[198] Samalla vertikaalisiin yrityskauppoihin voi liittyä merkittäviä tehokkuushyötyjä. *Williamsonin* teesin mukaan yritys valitsee markkinoiden ja hierarkian välillä sillä perusteella, kummassa kustannukset muodostuvat pienemmiksi.[199] EY:n komission käytännössä painopiste on ollut markkinoille pääsyyn liittyvien vaikutusten tutkimisessa.[200] Vertikaalisten yrityskauppojen osalta komissio näyttää tarkastelevan erityisesti seuraavia kysymyksiä:

1. Voiko keskittymä sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle?
2. Antaako yrityskauppa siihen osallisille yrityksille merkittävän kilpailuedun?
3. Synnyttääkö yrityskauppa teknologisen tulpan?

---

[195] Kritiikin osalta ks. esim. Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 116–117.

[196] Soneran ja LSP:n tapaus on harvinainen siinä mielessä, että kilpailijan rikkilyömistä koskeva tavoite ilmeni kilpailuvirastolle jätetyn yrityskauppailmoituksen liiteaineistosta.

[197] Esimerkkeinä komission käytännöstä voidaan mainita *ICI/Tioxide* (Tioxide maalinvalmistuksessa käytettävän titaniumdioxidin toimittaja ja ICI maalinvalmistaja); *ATT/NCR* (ATT tietokoneiden softwaren ja NCR hardwaren valmistaja); *VIAG/Continental Can* (VIAG alumiinin valmistaja ja Continental Can alumiinisten säilykepurkkien valmistaja).

[198] Kolmantena perusvaikutuksena voidaan mainita mahdollisuus kiertää viranomaisen hintasääntely vertikaalisella integraatiolla. Monopolisti voi kerätä monopolivoittoja sääntelemättömillä markkinoilla. Ks. esim. Briones (1998) s. 130; Amory (1998) s. 149.

[199] Hyödykkeen valmistaja voi esim. ottaa haltuunsa jakelijansa, jos se olettaa saavansa tällä tavoin esim. jakelun valvonnan paremmin hallintaansa tai karsituksi hallintokustannuksia.

[200] Ks. Briones (1998) s. 130.

3.3.1 Kilpailijoiden sulkeminen markkinoilta

Keskeinen merkitys vertikaalisten yrityskauppojen arvioimisessa on sillä, voiko keskittymän seurauksena syntyvä yrityskokonaisuus estää tai vaikeuttaa kilpailijoiden raaka-aineiden saantia tai hyödykkeiden jakelua luomalla ns. poissuljentavaikutuksen (foreclosure effect). Raaka-aineiden saannin heikkeneminen tai jakelukanavien väheneminen voi yleisesti nostaa alalle pääsyn esteitä ja siten vaikeuttaa potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille pääsyä. Markkinoilta sulkemista voi esiintyä mm. jos kilpailijat ovat riippuvaisia vertikaalisesti integroituneen yrityksen toimittamista raaka-aineista. Tällöin keskittymä voisi kieltäytyä toimituksista tai vaatia kohtuuttoman korkeita hintoja.[201] Jos tiettyjä tuotteita voidaan käyttää vain yhdessä, voi jonkun tuotteen saannin vaikeutuminen ajaa kilpailevat yritykset markkinoilta.[202]

Esimerkkinä vertikaaliseen integraatioon liittyvästä kriittisestä ratkaisusta voidaan mainita ruotsalainen tapaus *Skanska/Scancem*.[203] Skanska on markkinajohtaja Ruotsin rakennus-markkinoilla. EY:n komissio kielsi yrityskaupan, jolla Skanska pyrki pörssin kautta ottamaan haltuunsa sementtiä ja rakennusmateriaaleja valmistavan Scancemin, joka tuotti noin 90 % sementistä Ruotsin markkinoille. EY:n komissio katsoi, että vertikaalinen integraatio a) vahvistaa Scancemin määräävää asemaa, sillä kauppa poistaa suurimman asiakkaan kannustimet kilpailuttaa sementintoimittajia ja b) antaa Skanskalle mahdollisuuden strategiseen toimintaan suhteessa kilpaileviin rakennusyrityksiin.[204] Kaupan arveltiin vähentävän mahdollisuuksia semen-

---

[201] *VIAG/Continental Can*, kohta 42; *VIAG/EB Brühl*, kohdat 13–17.

[202] Esimerkiksi merkittävien tietokoneohjelmien (software) toimittajan fuusioituminen tietyn tekstinkäsittelylaitteiden (hardware) valmistajan kanssa voi johtaa sanottuihin vaikutuksiin, jos kilpaileville hardwaren valmistajille aiheutuu haittaa siitä, etteivät ne voi enää kohtuullisin kustannuksin hankkia kyseistä tietokoneohjelmaa myytäväksi yhdessä tekstinkäsittelylaitteiden kanssa. *AT&T/NCR*, kohdat 17 ja 18. Kun *UNIX*-softwaren valmistaja *AT&T* myönsi (yleensä peruuttamattomia) lisenssejä kaikille merkittäville tietokonevalmistajille kiintein hinnoin, ei ollut odotettavissa, että keskittyminen vahvistaisi *NCR:n* asemaa tekstinkäsittelylaitteiden markkinoilla.

[203] M.1157, EYVL 1999 L 183/10.

[204] Yrityskaupan jälkeen *Skanska* olisi kaikkein suurin eri betonilajien valmistaja, ja on oletettava, että Skanskalla ei olisi syytä ostaa sementtiä Scancemin kilpailijoilta. Markkinat suljettaisiin tehokkaasti sementintuojilta. Myöskään muut betonituotteiden valmistajat eivät enää ostaisi yhtä todennäköisesti tuontisementtiä. Tämä johtui komission mukaan siitä, että toimenpiteen jälkeen nämä betoninvalmistajat olisivat paljon suuremmassa määrin Skanskasta riippuvaisia kuin ne aikaisemmin olivat riippuvaisia Scancemista. Riippuvaisuutta voisi Scancemin sementtimarkkinoilla omistaman määräävän aseman lisäksi aiheuttaa yhdistetyn yrityksen vahvuus betoni- ja runkoainemarkkinoilla. Koska Skanska oli Ruotsin suurin rakennusliike, jolla on merkittävää toimintaa myös Norjassa ja Suomessa, yrityskaupalla Skanskasta tulisi yksi useimpien betonintuottajien tärkeimmistä asiakkaista. Muut betonintuottajat olivat huomattavasti pienempiä kuin Skanska (taloudellisella vahvuudella mitattuna). Yksikään niistä ei ollut vertikaalisesti integroitunut sementintuotantoon ja useimmat eivät olleet vertikaalisesti integroituneita tuotantoketjun jälkipäähän rakennusmarkkinoille. Skanska pystyisi käyttämään useita strategioita Scancemin sementtiasiakkaiden uskollisuuden vaalimiseksi. Jos joku asiakas toimisi Skanskan mielestä

tin tuontiin Ruotsin ulkopuolelta.[205] Vaikka EY:n sulautuma-asetuksen liikevaihtorajat täyttyivät, Skanska oli laiminlyönyt komissiolle tehtävän ilmoituksen. Komissio määräsi kaupan merkittäviltä osiltaan purettavaksi, joskin muodollisesti kyse oli yrityskaupan hyväksymisestä ehdollisena.[206]

Markkinoilta sulkemisen todennäköisyys riippuu 1) kilpailijoiden riippuvuudesta kyseisistä tuotteista ja 2) vaihtoehtoisten hankinta- tai jakelukanavien olemassaolosta. Jos kilpailijoiden raaka-aineiden saanti on turvattu[207] tai niille on tarjolla korvaavia tuotteita,[208] keskittyminen ei estä kilpailua. Merkityksellistä on myös se, kuinka yleisesti tietyn raaka-aineen valmistajat ovat kytkettyjä saman raaka-aineen jatkojalostajiin kyseisellä alalla. Mitä vähäisempiä kytkennät ovat, sitä epätodennäköisempää on kilpailun estyminen.[209] Aktuaalisten kilpailijoiden poissulkemisen ohella huomiota on kiinnitettävä siihen, mikä vaikutus yrityskaupalla on potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille pääsyyn. Vertikaalinen yrityskauppa voi vähentää kilpailua, jos se sulkee uusilta tulok-

---

vastoin sen etuja, se voisi huonontaa sementin toimitusehtoja, keskittää kilpailutoimintansa betonimarkkinoilla tätä yritystä vastaan ja/tai pienentää tai uhata pienentää ostojaan kyseiseltä yritykseltä. Scancemin käytettävissä ei aikaisemmin ollut näin moninaisia toimenpiteitä. Ks. komission päätöksen kohdat 96–100.

[205] Komissio katsoi, että yrityskauppa loisi määräävän aseman valmisbetonin, kuivabetonin ja betonielementtien markkinoilla Ruotsissa. Kauppa myös vahvistaisi Scancemin määräävää asemaa Ruotsin sementtimarkkinoilla. Kielteiset vaikutukset johtuisivat osittain yhdistyneen yrityksen ylivoimaisesta markkinavoimasta, kuten suuret markkinaosuudet verrattuna pienempiin ja heikompiin kilpailijoihin osoittivat. Kilpailuhaittoja vahvistaisivat merkittävästi vertikaaliset vaikutukset, jotka johtuivat Skanskan ja Scancemin toiminnan yhdistämisestä raaka-ainemarkkinoilla (sementti ja runkoaineet), rakennusmateriaalimarkkinoilla (betoni ja muut rakennustuotteet) sekä varsinaisilla rakennusmarkkinoilla. Toimenpiteen tuloksena syntyisi yhdistetty yritys, jonka vahvat tai määräävät markkina-asemat kattavat rakennusalan koko tuotantoketjun. Koska useimmat Skanskan kilpailijat eri tuotantovaiheissa eivät olleet vertikaalisesti integroituneita, tämä vahvisti yrityksen yleistä määräävää asemaa ja vähensi entisestään mahdollisuuksia, että Skanskan kilpailijat voisivat aloittaa tehokkaan kilpailun sen kanssa. Yhdistyneen yrityksen toiminnan laaja-alaisuus olisi lisäksi merkittävä markkinoille pääsyn este sen toiminnan kaikilla tasoilla. Ks. komission päätöksen kohta 198.

[206] Skanska sitoutui varmistamaan, että Scancem myy kaiken Suomessa harjoittamaansa sementin tuotantoon, markkinointiin, myyntiin ja jakeluun liittyvän omaisuuden yhtenä yrityksenä elinkelpoiselle ostajalla, jolla on tarvittavat taloudelliset voimavarat ja toteen näytetty asiantuntemus jatkaakseen ja kehittääkseen liiketoimintaa aktiivisena ja kilpailukykyisenä toimijana. Ostajan on lisäksi oltava Skanskasta ja Scancemista riippumaton eikä sillä saa olla yhteyttä niihin. Lisäksi Skanskan tuli myydä koko osakeomistuksensa Scancemissa ostajalle, joka on Skanskasta riippumaton ja jolla ei ole yhteyttä siihen. Ks. komission päätöksen kohdat 200–218.

[207] M.0085, *Elf/Occidental*, kohta 12; *AT&T/NCR*, kohta 18.

[208] M.0081, *VIAG/Continental Can*, kohta 43 ss.

[209] Tapauksessa M.0037, *Matsushita/MCA* vertikaalisesti integroitujen yritysten markkinaosuus oli 16 % EY:n markkinoista, jolloin kilpailevien yritysten tuotteiden saatavuus katsottiin turvatuksi (kohta 17). Vrt. kuitenkin VIAG/Continental Can: komissio hieman yllättäen ei pitänyt vertikaalisen integraation yleisyyttä vaarallisena, kun kullakin tuotesegmentillä oli keskittymisen jälkeen vähintään (ainoastaan) yksi lopputuotteen valmistajasta riippumaton raaka-aineen toimittaja (kohta 46).

kailta hankintalähteet, jakelukanavat tai asiakaskontaktit. Näyttäisi siltä, että käytännössä haittoja ilmenee silloin, kun keskittymään osallisella yrityksellä on jollakin kaupan kannalta relevanteilla hyödykemarkkinoilla määräävä tai ainakin johtava asema jo ennen yrityskauppaa.[210] Vertikaalisia vaikutuksia ryhdytään tutkimaan tarkemmin niillä relevanteilla markkinoilla, joilla markkinaosuus ylittää 25 %.[211]

3.3.2 Vertikaalinen integraatio ja määräävän aseman vahvistaminen tulevaisuudessa

Vertikaalisia yrityskauppoja tutkiessaan komissio selvittää myös, johtaako keskittyminen siihen osallisten yritysten markkina-aseman niin huomattavaan vahvistumiseen, että ne saisivat merkittävän kilpailuedun kilpailijoihin verrattuna. Kilpailuetu voi syntyä alkutuotteen markkinoilla, esim. jos yritys saa kilpailijoita paremman pääsyn raaka-ainemarkkinoille[212] tai lopputuotteen markkinoille,[213] esim. jos myyjän ja ostajan yhteenliittymä parantaa edellisen mahdollisuuksia tuotteen markkinoinnissa.[214] Kilpailuetu voi syntyä myös silloin, kun yritys saa käytettäväkseen toisen yrityksen know how:n tai huomattavat taloudelliset resurssit. Kilpailuetu on merkittävä, jos sitä ei ole muiden alalla toimivien yritysten käytettävissä. Tässä yhteydessä komissio on laajentanut arvostelun pidemmälle tulevaisuuteen. Merkityksellisiä ovat myös odotettavissa olevat vaikutukset keskipitkällä aikavälillä.[215]

Raaka-aineiden saatavuuden osalta merkityksellistä on kilpailuedun suhteellinen osuus kokonaiskustannuksista[216] ja kilpailijoiden mahdollisuudet raaka-aineiden saantiin.[217] Teknisten ja taloudellisten resurssien osalta on ratkaisevaa, onko kilpailijoilla samoja mahdollisuuksia ja voiko keskittymään osallinen yritys ajaa kilpailijat markkinoilta. Merkittävä tekijä on myös laajemman tuotevalikoiman tuoma kilpailuetu, jos keskittymään osallinen yritys voi hyödyntää toisiaan täydentäviä tuotteita markkinoinnissaan. Käytännössä vertikaalisesta

---

[210] Ks. tältä osin *VIAG/Continental Can*, kohta 41 ja *AT&T/NCR*, kohta 17.

[211] Ks. yrityskauppojen ilmoituslomaketta, asetus No. 3384/94, EYVL 1994 L 377/1. Vuonna 1994 toteutetussa osittaisuudistuksessa vaadittuja tietoja koskevia markkinaosuuksia hieman nostettiin. Ks. lähemmin esim. Briones (1998) s. 132–133.

[212] Vrt. *VIAG/Continental Can*, kohta 41.

[213] *Matsushita/MCA*, kohdat 13–19.

[214] M.0073, *Usinor/ASD*, kohta 14 ss.; M.0099, *Nissan/R. Nissan*, kohta 4.

[215] *Matsushita/MCA*, kohta 10.

[216] M.0023, *ICI/Tioxide*, kohta 18. Kun metallin osuus oli noin 60 % metallisten säilykepurkkien valmistuskustannuksista, oli raaka-aineiden saatavuus merkittävä tekijä keskittymän kilpailuvaikutuksia arvioitaessa; *VIAG/Continental Can*, kohta 41.

[217] Jos raaka-ainemarkkinoilla on runsaasti tarjontaa, josta kilpailijat voivat valita, ei keskittyminen vahvista ostavan yrityksen markkina-asemaa. Ks. M.0076, *Lyonnaise des Eaux Dumez/ Brochier*, kohdat 14–17.

integraatiosta on olennaista haittaa niissä tilanteissa, joissa siitä hyötyvällä yrityksellä on määräävä asema jollakin portaalla. Tällöin toimiminen useammalla portaalla mahdollistaa kilpailijoita poissulkevan strategisen käyttäytymisen.

> Tapauksessa *Tetra Pak/Alfa Laval* komissio tutki, vahvistaisiko keskittymän mahdollisuus toimittaa sekä nestemäisten elintarvikkeiden valmistuksessa että sen pakkauksessa tarvittavia koneita entisestään Tetra Pakin määräävää asemaa kartongin pakkauskoneissa. Määräävä asema vahvistuisi, jos laajempi tuotevalikoima antaisi Tetra Pakille kilpailuedun sellaisiin kilpailijoihin nähden, joilla ei ole mahdollisuutta toimittaa myös ruoan käsittelyssä tarvittavia koneita. Kilpailuetuna pidettiin markkinointi- tai muita etuja, jotka rajoittaisivat kilpailijoiden mahdollisuuksia tai korottaisivat alallepääsyn esteitä. Kun Tetra Pakilla oli 90 %:n markkinaosuus ja alalle pääsyn esteet jo ennestään olivat korkeita, voisi vähäinenkin aseman vahvistuminen johtaa kilpailun estymiseen asetuksen 2 (3) artiklan merkityksessä.
>
> Komissio kuitenkin katsoi, ettei Tetra Pakilla ollut havaittavaa etua mahdollisuudesta markkinoida yhdessä toisiaan täydentäviä tuotteita. Komission mielestä ei ollut olemassa teknisiä tai muita syitä, jotka estäisivät Tetra Pakin pakkauskoneiden käyttäjiä käyttämästä jonkun muun kuin Alfa Lavalin valmistamia ruoan käsittelykoneita.[218] Lehtitietojen mukaan päätöksen taustalla oli osapuolten antama epävirallinen lupaus valmistaa myös tulevaisuudessa koneita, jotka soveltuvat käytettäväksi yhdessä kilpailevien mallien kanssa.[219]

Tapauksessa *Boeing/McDonnell Douglas*[220] kyse oli horisontaalisesta yrityskaupasta, mutta keskeinen haittavaikutus liittyi vertikaalisiin sopimuksiin. EY:n komissio katsoi, että Boeingin lentoyhtiöiden kanssa solmimat yksinomaisuussopimukset vahvistivat syntyvää määräävää asemaa. Yksinomaisuussopimukset sitoisivat potentiaaliset uuden konetyypin ostajat keskittymään ja estäisivät jäljelle jäävän kilpailijan mahdollisuuksia lisätä markkinaosuuttaan. EY:n komissio edellytti yksinomaisuusehtojen lieventämistä ehtonaan yrityskaupan sallimiselle. Amerikkalaiset kilpailuviranomaiset olisivat sallineet kaupan ilman sanottua ehtoa. Erityisesti amerikkalaisessa kirjallisuudessa on osin katsottu, että komissio otti huomioon teollisuuspolitiikan ja pyrki parantamaan eurooppalaisen Airbus-konsernin asemaa markkinoilla. Yhtä hyvin voidaan argumentoida, että amerikkalaisten sallivampi linja selittyy teollisuuspoliittisella tarkoituksella suosia amerikkalaista yritystä kilpailussa eurooppalaista valmistajaa vastaan.[221] *Pitofskyn* mukaan ero selittyy luontevammin viran-

---

[218] Ks. M.0068, *Tetra Pak/Alfa Laval*, kohdat 4 ja 5. Komissio tutki myös käänteisen tilanteen, ts. hyötyisikö Alfa Laval mahdollisuudesta toimittaa ruoan käsittelyssä tarvittavien koneiden ohella myös Tetra Pakin pakkauskoneita. Myös tähän kysymykseen se vastasi kieltävästi.

[219] Siragusa/Subbioto (1991) s. 920 alaviite 92.

[220] M.0877, EYVL 1997 L 336/16.

[221] Kaupalla sallittiin alan kahden suurimman amerikkalaisen yrityksen keskittymä, jonka kohtaama kilpailu tulisi Euroopasta.

omaisten erilaisella tarkastelukulmalla. Amerikkalaiset kilpailuviranomaiset tarkastelivat kauppaa siitä näkökulmasta, kuinka vahva kilpailija McDonnell Douglas tulisi olemaan tulevaisuudessa. Ottaen huomioon yhtiön heikentynyt asema markkinoilla, haltuunoton ei katsottu ratkaisevasti vähentävän kilpailua.

EY:n yrityskauppavalvonnassa kiinnitetään Yhdysvaltoja enemmän huomiota vertikaalisiin poissuljentavaikutuksiin, joskin sielläkin käytäntö on "post-chicagolaisten" esiinmarssin myötä jonkin verran tiukentunut.[222] Euroopassa Chicagon koulukunnan vaikutus on jäänyt olennaisesti vähäisemmäksi. Chicagon koulukunnan piirissä esitetyt vaatimukset vertikaalisten yrityskauppojen "legalisoimisesta"[223] eivät ole saaneet missään vaiheessa samaa kaikupohjaa kuin Atlantin toisella puolella. EY:n asetuksen näkökulmasta oli perusteltua puuttua sopimuksiin, joilla sidottaisiin määräävän aseman saavuttavan yrityksen asiakkaita jopa 20 vuodeksi eteenpäin. Samalla haluttiin estää eksklusiivisopimusten käytön lisääminen yrityskaupan jälkeen.[224]

3.3.3 Uuden talouden markkinat ja teknologiset tulpat

Vertikaalisen integraation on katsottu voivan toimia *teknologisena tulppana* muiden yritysten markkinoille pääsylle *erityisesti uuden talouden informaation tuotantoon ja siirtoon liittyvillä markkinoilla*, joille on ominaista lisääntyvä konvergenssi viestintävälineiden kesken.[225] Otettaessa käyttöön uutta teknologiaa jakeluteiden keskittyminen voi käytännössä johtaa yhden standardin dominanssiin.

Tapauksessa *MSG/Media Service*[226] Bertelsmann ja Kirch perustivat yhdessä Deutsche Telekomin kanssa digitaalista televisiota koskevan yhteisyrityksen. Kauppa kiellettiin, koska komissio arvioi, että televisio-oikeuksien ja digitaalitekniikan yhteen niputtaminen ja suljetun standardin muodostava set top box sulkisi kilpailevien palveluntuottajien markkinoille pääsyn Saksan maksullisten ohjelmien markkinoille.[227] Kiellon taustalla oli myös pelko siitä, että hank-

---

[222] Ks. esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 628–646.

[223] Ks. esim. Posner, Antitrust Law (2001) s. 223–229.

[224] Ks. Pitofsky (1998) s. 136–137. Robert Pitofsky toimi kaupan hyväksymisen aikaan Federal Trade Commissionin puheenjohtajana. Samalla kannalla myös EY:n komission puolelta Briones. Ks. Briones (1998) s. 136–137. Analyysin erilaisuuden selittäminen kilpailuoikeudellisilla eroilla ei mitenkään poista sitä seikkaa, että kaupan käsittely nostatti korkeita teollisuuspoliittisia laineita Atlantin molemmin puolin. Ks. erityisesti Van Miertin muistelmat (2000) s. 292–318. Nähdäkseni EY:n päätöksen osalta kysymys on paremminkin siitä, oliko eurooppalainen ratkaisu sallia keskittymä sittenkin liian lievä. Eräs kysymys kuuluu, vaikuttiko Yhdysvalloista tullut teollisuuspoliittinen paine kaupan ehdollisen sallimisen suuntaan.

[225] Konvergenssilla tarkoitetaan sitä, esim. televisiota, matkapuhelinta ja internetiä käytetään toisiinsa liittyen.

[226] M.0469, EYVL 1994 L 364/1.

[227] Ks. myös jatkotapauksia M.0993, *Bertelsmann/Kirch/Premiere* ja M.1027, *Deutsche Telekom/BetaResearch*, EYVL 1999 L 53/1.

keeseen osallistuvat mediatalot voisivat pitkälti ohjata esim. hinnoittelun avulla maksutelevision katselijoiden käyttäytymistä siten, että etusija annetaan po. yhtiöiden tuotannolle. Tapauksessa *Nordic Satellite Distribution*[228] komissio kielsi yrityskaupan, jolla Tele Danmark, Norsk Telecom ja Kinnevik olivat perustaneet yhteisyrityksen, joka vastaisi koko jakeluketjusta ohjelmien tuotannosta niiden levitykseen satelliitin, kaapelin ja maksutelevision välityksellä. Keskeinen ongelma nähtiin siinä, että kaupalla syntynyt jakelutapa olisi voinut muodostua liian dominoivaksi televisio-ohjelmien jakelutavaksi Skandinaviassa.

Samantyyppinen verkkoon pääsyn ongelma oli syntymässä kotimaisessa yrityskaupparatkaisussa *Sonera/Yleisradio/Digita.*[229] Sonera, jolla oli ennestään määräävä asema matkaviestinnän markkinoilla ja yli 50 %:n osuus Suomen telemarkkinoista kokonaisuudessaan, olisi ottanut haltuunsa televisio-ohjelmien siirrosta vastaavan Digitan. Kaupan kilpailuongelmat syntyivät viestintämarkkinoiden konvergenssin seurauksena. Kauppa olisi vahvistanut Soneran määräävää asemaa telemarkkinoilla. Paluuyhteys digitaaliseen televisioon järjestettäisiin matkaviestin- tai lankaliittymää pitkin. Sonera saisi etulyöntiaseman palvelualustojen tuottamisessa digitaalista televisiota varten. Kilpailuneuvosto olisi sallinut yrityskaupan kilpailijoiden syrjimätöntä verkkoon pääsyä koskevilla ehdoilla edellyttäen, että Sonera sitoutuu olemaan hakematta digitaalista televisiolupaa.[230] Mikäli Sonera saisi digitaalisen siirtoverkon ohella myös televisioluvan, yhtiö hallitsisi vertikaalisesti koko jakeluketjua, mitä pidettiin kilpailun toimivuuden kannalta haitallisena. Sonera piti ehtoa liian rajoittavana ja päätti luopua yrityskaupasta.[231]

3.4 MONIALAYRITYSKAUPAT

Monialayrityskauppojen potentiaalisten riskien on nähty liittyvän lähinnä tilanteeseen jossa laajat resurssit omaava konserni ostaa yrityksen alalta, jolla toimivilla yrityksillä ei ole vastaavia resursseja. Tällöin keskittymän kilpailijat eivät pystyisi vastaamaan monialakonsernin tuomaan kilpailuun. Monialayrityskauppoihin liittyvät vaarat ovat siten samoja kuin yleensäkin suurfuusioihin

---

[228] M.0490, EYVL 1996 L 53/20.

[229] D:o 53/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.

[230] Televisioluvan katsottiin johtavan liian laajaan verikaaliseen integraatioon, jossa määräävässä asemassa oleva yritys hallitsee jakeluketjun jokaista vaihetta.

[231] Kaupan purkautuminen johti Digitan myymiseen ranskalaiselle TDF:lle korkeampaan hintaan kuin millä kauppa olisi toteutettu Soneran kanssa. EY:n komissio hyväksyi jälkimmäisen kaupan, joka ei ollutkaan erityisen ongelmallinen siihen nähden, ettei TDF:llä ollut ennestään merkittävää asemaa Suomen markkinoilla. Tästä huolimatta komissio asetti kaupan hyväksymiselle ehtoja, joilla pyrittiin varmistamaan syrjimätön pääsy digitaaliseen televisioverkkoon.

liittyvät riskitekijät. Keskeistä ovat vaikutukset, joita syntyy taloudellisten resurssien tai teknisen ja kaupallisen tietotaidon (know how) keskittymisestä yksiin käsiin. Asetuksen 2 (1) (b) artiklan mukaan komission tulee kiinnittää huomiota mm. sulautuvien yritysten taloudelliseen ja rahoitukselliseen vahvuuteen, joten syvätaskuargumenttia ei ole jätetty kokonaan tarkastelun ulkopuolelle.[232] Täytäntöönpanoasetuksen ilmoituskaavakkeen mukaan yritysten tulee toimittaa yksilöityä tietoa yrityskaupan konglomeraateista vaikutuksista vain silloin, kun yrityksen markkinaosuus kyseisen tuotteen osalta on vähintään 25 %. Komissio tulkitsee määräystä siten, että se katsoo monialayrityskauppoihin liittyvän vaaratekijöitä vain sanotun markkinaosuuden yläpuolella.[233]

Monialayrityskaupan kilpailua rajoittavat vaikutukset riippuvat olennaisesti siitä, voivatko yrityskaupan osapuolet hyödyntää keskittymisen seurauksena saamiaan synergia- tai muita etuja.[234] Näitä etuja voivat olla teknisen tai kaupallisen know hown välittyminen yhdeltä kaupan osapuolelta toiselle, yhden keskittymään osallisen yrityksen rahoitukselliset resurssit, economics of scale tai asiakkaille tarjottavan tuotevalikoiman laajeneminen.[235]

> Esimerkiksi tapauksessa *MCA/Matsuhita* komissio kiinnitti huomiota siihen, mitä vaikutuksia MCA:n asemalle on sillä, että se voi turvautua Matsushitan merkittäviin taloudellisiin resursseihin. Kysymys oli merkityksellinen, koska riittävän rahoituksen turvaaminen on erityisen merkittävä kilpailukykyyn vaikuttava tekijä filmiteollisuudessa. Rahoitusresurssit eivät tässä tapauksessa kuitenkaan antaneet MCA:lle olennaista kilpailuetua, koska sen merkittävimpien kilpailijoiden osakkeenomistajina tai emoyhtiöinä oli yrityksiä, joilla on yhtä suuret taloudelliset resurssit kuin Matsushitalla.[236]

Tarvetta säännellä monialayrityskauppoja voidaan pitää kiistanalaisena, sillä moderneilla rahoitusmarkkinoilla yrityksen omarahoituksella ei ole yhtä keskeistä merkitystä kuin aikaisemmin. Sulautuma-asetuksella tulisi puuttua sellaiseen markkinavoimaan, jota voidaan pitää kuluttajien kannalta vahingollisena. Pelkkiä ylivoimaisia resursseja ei voida pitää kuluttajan edun vastaisina, ainakaan, mikäli niitä hyödynnetään ylivertaisten hyödykkeiden valmistukseen. Tähänastisessa käytännössä komissio ei ole kiinnittänyt sanottavaa huomiota

---

[232] *Matsushita/MCA*, kohta 6.

[233] Ks. M.0065, *ASKO/Omni*, kohta 11; M.0162, *James River/Rayne*, kohta 8.

[234] Ks. M.0139, *VIAG/EB Brühl*, kohdat 18–20.

[235] Esim. tapauksessa *AT&T/NCR* komissio tutki, voisiko NCR vahvistaa asemaansa tietokonemarkkinoilla, jos se saa käyttöönsä AT&T:n teknisen ja kaupallisen know hown telekommunikaatiolaitteiden valmistajana. Komissio piti tätä epätodennäköisenä. Ei ollut näyttöä siitä, että yrityskauppa vahvistaisi NCR:n asemaa enempää, kuin mitä ehkä seuraisi mahdollisuudesta markkinoida kumpaakin tuotetta yhdessä. Joka tapauksessa NCR:llä oli vahvoja kilpailijoita, jotka toimivat kummallakin alalla. Näistä syistä keskittymisen seurauksena ei ollut määräävän aseman syntymistä tai sellaisen vahvistumista entisestään. AT&T/NCR, kohdat 23–31.

[236] *Matsushita/MCA*, kohta 9.

konglomeraatteihin yrityskauppoihin. Tätä voidaan pitää oikeansuuntaisena kilpailupoliittisena linjauksena. Kieltopäätöstä ei tule antaa, ellei päätöksentekijällä ole kädessään olennaisesti vahvempia kortteja kuin yleinen viittaus suurempiin resursseihin.

Edellä sanottu koskee ns. aitoja konglomeraatteja yrityskauppoja, joissa yritykset toimivat selvästi eri aloilla. Sen sijaan tilanteissa, joissa kaupan "konglomeraattisuus" johtuu siitä, että yritykset toimivat asiallisesti tai alueellisesti lähimarkkinoilla, kauppa voi rajoittaa potentiaalista kilpailua. Tällainen tilanne oli käsillä esim. Digitan yrityskaupassa, jossa viestintämarkkinoiden konvergenssi loi näennäisesti eri hyödykemarkkinoilla toimivien telemarkkina- ja mediayritysten välille vertikaalisia asiakassuhteita ja horisontaalisia kilpailutilanteita. Toisena poikkeuksena voidaan mainita portfoliovaikutukset, jossa markkinavoimaa saattaa syntyä eri hyödykemarkkinoille kuuluvien tavaramerkkien yhteisvaikutuksesta. On muistettava, että kaupan luonnehtiminen horisontaaliseksi, vertikaaliseksi tai konglomeraatiksi riippuu viime kädessä valitusta markkinamäärittelystä. Tästä syystä liian paljon painoarvoa ei tule antaa ideaalityyppiselle luokittelulle.

Tapauksessa *Tetra Laval/Sidel* EY:n komissio päätti estää Tetra Laval -konserniin kuuluvan Tetra Laval B.V:n[237] ja ranskalaisen Sidel SA:n[238] välisen yrityskaupan.[239] Yrityskaupassa yhdistyisivät Tetran määräävä asema kartonkipakkauksissa ja Sidelin johtava asema PET-muovituotteiden pakkauslaitteissa. Komissio katsoi, että kauppa loisi määräävän markkina-aseman PET-pakkauslaitteiden markkinoilla, erityisesti herkkien tuotteiden, kuten hedelmä-mehujen, nestemäisten meijerituotteiden, hedelmänmakuisten juomien ja jääteen, pakkaamisessa käytettävien "venytyspuhallusmuovauskoneiden" (stretch blow moulding) markkinoilla. Yrityskauppa vahvistaisi Tetran määräävää asemaa kartonkipakkauksissa ja vähentäisi merkittävästi kilpailua nestepakkausmarkkinoilla. Lisäksi se vähentäisi innovaatiota ja valinnanvaraa ja nostaisi hintatasoa. Tetra Lavalin ehdottamat sitoumukset eivät riittäneet ratkaisemaan komission havaitsemia kilpailuongelmia.

---

[237] Ilmoituksen tehnyt *Tetra Laval B.V.* (Tetra) kuuluu sveitsiläis-ruotsalaiseen konserniin, joka suunnittelee ja valmistaa nestemäisten elintarvikkeiden valmistuksessa, pakkaamisessa ja jakelussa käytettäviä laitteita ja hyödykkeitä ja tarjoaa niihin liittyviä palveluja (Tetra Pak -pakkausliiketoiminta). Tetran liiketoimintaan kuuluvat tavanomaiset kartonkipakkaukset, joissa sillä on johtava asema maailmanlaajuisesti, sekä vähäisemmässä määrin muovipakkaukset (erityisesti Dynaplast). Tetra valmistaa myös maito- ja karjataloustuotannossa käytettäviä laitteita, järjestelmiä, varusteita ja kulutushyödykkeitä (DeLaval).

[238] Sidel SA (Sidel) on ranskalainen yhtiö, joka suunnittelee ja valmistaa pakkauslaitteita ja -järjestelmiä, erityisesti puhallusmuovauskoneita, estomateriaalitekniikkaa ja PET-pullojen pullotuskoneita. Sidel on maailman johtava venytyspuhallusmuovauskoneiden valmistaja. Yhtiöllä on myös muuta teknistä suunnittelutoimintaa ja se valmistaa esimerkiksi kuljettimia, lavakuormaajia sekä terveys- ja kauneusalan laitteita ja pakkauksia.

[239] Ks. komission lehdistötiedote IP/01/1516, 30.10.2001

Tetra on maailman johtava kartonkipakkausten valmistaja, jonka kokonaismarkkinaosuus Euroopassa on yli 80 prosenttia. Sidel puolestaan on johtava PET-pakkauslaitteiden ja erityisesti venytyspuhallusmuovauskoneiden valmistaja. Komissio katsoi, että kartonkipakkausalalla määräävässä asemassa olevan yrityksen ja PET-pakkauslaitteiden johtavan valmistajan yhdistyminen johtaisi määräävään asemaan PET-pakkauslaitteiden, erityisesti herkkien tuotteiden pakkaamisessa käytettävien venytyspuhallus-muovauskoneiden markkinoilla Euroopan talousalueella. Lisäksi se vahvistaisi määräävää asemaa aseptisen kartongin pakkauslaitteiden ja aseptisen kartongin markkinoilla ETA:ssa. Aseptisia pakkauksia käytetään yleensä hyvin säilyviin tuotteisiin, jotka eivät vaadi kylmäsäilytystä.[240]

Komissio katsoi, että "vaikka nykyiset kartonki- ja PET-pakkauslaitteet kuuluvat selvästi eri tuotemarkkinoille", kyseiset markkinat liittyvät läheisesti toisiinsa ja ovat molemmat osa nestepakkausteollisuutta. Polyeteeni ja kartonki korvaavat toisensa teknisesti, sillä polyeteeniä voidaan käyttää kaikkien nykyisin kartonkiin pakattujen tuotteiden pakkaamiseen. Polyeteeniä ja kartonkia käytetään jo nyt samoilla tuotesegmenteillä (nestemäiset meijerituotteet, mehut, hedelmänmakuiset juomat sekä tee- ja kahvijuomat).[241]

Tetralla oli jo aikaisemmissa päätöksissä todettu olevan määräävä asema aseptisen kartongin pakkauskoneiden ja aseptisten kartonkien markkinoilla.[242] Komissio katsoi, että jos Tetran määräävä asema kartonkipakkauksissa ja Sidelin johtava asema PET-pakkauslaitteissa yhdistetään, sulautuman tuloksena syntyvä yritys voisi käyttää hyväksi määräävää asemaansa kartonkipakkauksissa saadakseen määräävän aseman myös PET-pakkauslaitteissa. Jos Sidel poistuu kilpailijana läheisiltä markkinoilta, tämä vahvistaa Tetran määräävää asemaa myös kartonkipakkauksissa.

Kieltopäätös perustui siihen, että sulautuman tuloksena syntyvän yrityksen määräävät asemat kaksilla lähekkäisillä markkinoilla todennäköisesti vahvistaisivat toinen toistaan, nostaisivat markkinoille tulon esteitä ja vähentäisivät kilpailua aseptisten ja muiden pakkausten markkinoilla. Komissio katsoi lisäksi, ettei eurooppalaisilla asiakkailla ole neuvotteluvoimaa.[243] Koska Tetra Laval on jo hankkinut käytännöllisesti katsoen kaikki Sidelin osakkeet, keskittymä jouduttiin purkamaan.[244]

Komission ratkaisua on pidettävä ongelmallisena. Päätös näyttää perustuvan potentiaalisen kilpailun vähentymiseen ja eräänlaiseen portfoliovaikutukseen. Toisaalta komissio soveltaa vipuvarsiteoriaa (leveraging) olettaessaan, että Tetra Laval ryhtyy hyödyntämään dominanssia kartonkipakkausten

---

[240] Ibid.

[241] Ibid.

[242] Ks. esim. *Tetra Pak v. komissio*, C-333/94, Kok. 1996 s. I-5951.

[243] Esimerkiksi suurimman asiakkaan osuus myynnistä on vain viisi prosenttia, ja useimmat asiakkaat ovat pieniä ja keskisuuria yrityksiä. Komissio on myös saanut kanteluja useilta asiakkailta ja kilpailijoilta. PET- ja kartonkialan kilpailijat, mukaan lukien norjalainen Elopak ja saksalaiset SIG ja Krones, ovat myös pieniä eivätkä todennäköisesti voisi kohdistaa kilpailupaineita Tetraan/Sideliin.

[244] Tetra ehdotti sitoumuksia kilpailuongelmien poistamiseksi, mutta sitoumuksia ei katsottu riittäviksi. Koska kilpailuongelmat olivat "vakavia" eikä Tetra voinut ratkaista niitä, komissiolla ei ollut muuta vaihtoehtoa kuin kieltää yritysten välinen sulautuma. Ks. komission lehdistötiedote.

markkinoilla vallatakseen muovipakkausten markkinat. Mahdollista on, että aiemmat 82 artiklan perusteella käsitellyt määräävän aseman väärinkäyttöä koskeneet tapaukset[245] ovat vaikuttaneet komission ennusteeseen siitä, miten Tetra tulisi strategista asemaansa hyödyntämään. Lopputulos lienee tullut yllätyksenä kaupan ilmoittajille, koska olennaisia päällekkäisyyksiä tuotantosuuntien välillä ei ollut. Kieltoa voidaan puoltaa sikäli, että Tetran määräävä asema oli jo ennen yrityskauppaa erittäin voimakas. Yrityskaupan voidaan katsoa vahvistavan *superdominanssia* siinä mielessä, että rakennemuutos rajoittaa asiakkaiden mahdollisuuksia välttyä markkinavoimalta suunnittelemalla tai uhkaamalla siirtymisellä toisille hyödykemarkkinoille kuuluviin hyödykkeisiin.

Kyseisen päätöksen perusteella EY:n komission suhtautuminen konglomeraatteihin yrityskauppoihin näyttäisi olevan kiristymässä. Tapauksen erityiset olosuhteet huomioon ottaen johtopäätösten tekeminen lienee vielä liian aikaista. Samaan suuntaan viittaa kuitenkin myös kieltopäätös *General Electric/Honeywell*.[246] Yleensä konglomeraatteihin yrityskauppoihin on syytä suhtautua sallivasti. Valvonnan pääpaino on syytä pitää korkeaan markkinaosuuteen johtavissa horisontaalisissa ja markkinoille pääsyä estävissä vertikaalisissa yrityskaupoissa. Valvonnan laajentaminen monimarkkinayrityskauppoihin vaikuttaa kyseenalaiselta kehityssuunnalta. Mitenkään selvää ei tule olemaan, että EY:n tuomioistuimet hyväksyvät näin laajan kieltotunnusmerkistön tulkinnan. Mahdollista siten on, että komission pyrkimys linjan tiukentamiseen tulee jäämään tältä osin väliaikaiseksi.[247]

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi 25.10.2002 antamallaan

---

[245] Ks. erityisesti tapausta *Tetra Pak II*, EYVL 1992 L 72/1; T-83/91, Kok. 1994 s. II-755; C-33/94P, Kok. 1996 s. I-5951.

[246] EY:n komissio katsoi, että GE:llä oli jo ennen yrityskauppaa määräävä asema suurten liikennelentokoneiden ja alueliikennelentokoneiden suihkumoottorien markkinoilla. Yhtiön vahva markkina-asema yhdistyneenä vahvaan taloudelliseen asemaan ja vertikaaliseen integraatioon lentokoneiden vuokraustoiminnassa oikeutti komission mielestä johtopäätöksen määräävästä asemasta näillä markkinoilla. Lisäksi Honeywell oli ilmailutekniikan tuotteiden ja eräiden muiden kuin ilmailutekniikan tuotteiden samoin kuin liikelentokoneiden moottorien ja moottorien käynnistyslaitteiden (ts. moottorien valmistuksen avainkomponentin) johtava toimittaja. Näiden kahden yrityksen toimintojen yhdistäminen olisi johtanut komission mukaan määräävään asemaan ilmailutekniikan tuotteiden, muiden kuin ilmailutekniikan tuotteiden ja liikelentokoneiden suihkumoottoreiden markkinoilla, ja se olisi vahvistanut GE:n määräävää markkina-asemaa suurten liikennelentokoneiden ja alueliikennelentokoneiden suihkumoottoreiden markkinoilla. Eräiden markkinoiden horisontaaliset päällekkäisyydet samoin kuin GE:n rahoitusvoiman laajentuminen sekä vertikaalinen integraatio Honeywellin toiminnan kanssa sekä toisiaan täydentävien tuotteiden yhdistäminen olisivat kaikki luoneet tai vahvistaneet määrääviä markkina-asemia. Keskittymä olisi synergiaetujen avulla vahvistanut kummankin yrityksen markkinavoimaa useiden tuotteiden osalta. Tämä olisi johtanut kilpailijoiden karsiutumiseen ja kilpailun vähenemiseen, "mikä viime kädessä vaikuttaisi kielteisesti tuotteiden laatuun, palveluun ja kuluttajahintoihin". IP/01/939, 3.7.2001. Komission päätöksestä on valitettu ensimmäisen asteen tuomioistuimeen.

[247] Näin todettiin jätettäessä työ tarkastukseen syyskuussa 2002. Koska EY:n tuomioistuin on tämän jälkeen antanut asiassa merkittävän ennakkopäätöksen, selostetaan sitä jäljempänä lyhyesti, jotta lukija pysyisi ajan tasalla oikeuskäytännön kehittymisestä.

tuomiolla[248] komission päätöksen asiassa *Tetra Laval/Sidel*, koska komissio ei ollut näyttänyt vipuvarren käyttöä todennäköiseksi. Tuomioistuin totesi, että normaalisti yrityskauppa ja sen haitalliset vaikutukset ilmevät samoilla markkinoilla. Yrityskaupat, joihin osalliset yritykset toimivat eri markkinoilla, eivät yleensä vähennä kilpailua. Poikkeuksellisesti voidaan kuitenkin puuttua myös konglomeraatteihin kauppoihin, mutta tällöin komission tulee osoittaa, että kaupalla tulee suhteellisen lähellä tulevaisuudessa olemaan merkittäviä haittavaikutuksia.[249] Tuomioistuimen mukaan vipuvarsiteoriaa voidaan käyttää menestyksellisesti vain tilanteissa, joissa kyseessä olevien markkinoiden välillä vallitsee *kiinteä asiallinen yhteys*.[250] Jotta vipuvarsiteoriaan voidaan turvautua, on komission tuomioistuimen mukaan näytettävä lisäksi, *että vipuvarren käyttö ei ole pelkästään mahdollista vaan myös todennäköistä*.[251] Vipuvarren käyttö on todennäköistä, jos komissio pystyy näyttämään toteen, että osapuolilla on riittävät kannustimet hyväksikäyttää vipuvartta yksittäisessä tapauksessa. Tuomioistuimen mukaan vipuvarren käytön todennäköisyyden näyttäminen ei kuitenkaan sekään riitä kaupan kieltämiseen. Haittoja arvioitaessa on vielä kiinnitettävä huomiota siihen, olivatko ne torjuttavissa RS 82 artiklan mahdollistamalla *käyttäytymisen valvonnalla* tai *asettamalla ehtoja* yrityskaupan toteuttamiselle.[252]

> EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen tosiseikkoja koskeva analyysi on yksityiskohtainen. Tuomioistuin totesi, että vipuvarren edellyttämä yhteys oli periaatteessa olemassa, koska kartonkipakkaukset ja PET-pakkaukset kuuluvat samaan teollisuussektoriin ja niiden katsottiin korvaavan osittain toisiaan. Kaikki kartonkipakkauksia valmistavat yritykset olivat läsnä myös PET-markkinoilla.[253] Tuomioistuin totesi vipuvarren käytön olevan mahdollista markkinoiden välillä vallitsevien päällekkäisyyksien takia.[254] Tämä ei kuitenkaan osoittanut vipuvarren käytön riittävää todennäköisyyttä.[255]

---

[248] *Tetra Laval BV v. komissio*, T-5/02 ja T-80/02, EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös 25.10.2002.

[249] *Tetra Laval BV v. komissio,* tuomion kohdat 148–153.

[250] Ks. *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohta 151: "Thus, by way of example, in a case where the markets in question are neighbouring markets and one of the parties to a merger transaction already holds a dominant position on one of the markets, the means and capacities brought together by the transaction may immediately create conditions allowing the merged entity to leverage its way so as to acquire, in the relatively near future, a dominant position on the other market. This could especially be the case where the relevant markets are tending to converge and where, in addition to the dominant position held by one of the parties to the transaction on a market, the other party, or one of the other parties, to the transaction holds a leading position on another market."

[251] *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohdat 198–200.

[252] *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohdat 159 ja 162.

[253] *Tetra Laval v. komisso*, tuomion kohta 192.

[254] *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohdat 198–199.

[255] Komissio oli perustellut riittävien kannustimien olemassaolon PET-pakkauslaitemarkkinoiden tuntuvalla kasvulla vuoteen 2005 mennessä. Tuomioistuin hylkäsi komission kasvuennusteen. Komissio oli perustellut kasvun tiettyjen PET-pakkauksia käyttävien tuotteiden markkinoiden kasvulla. Komission väitteensä tueksi esittämät analyysit eivät kuitenkaan riittävällä tarkkuudella todistaneet väitettyä korkeaa kasvua. *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohdat 214–216.

> Osana todennäköisyysharkintaa tuomioistuin tarkasteli niitä keinoja, joilla vipuvarsi olisi toteutettavissa. Seikkaperäisen analyysin jälkeen tuomioistuin päätyi siihen, että keskittymän keinot käyttää hyväksi vipuvartta olisivat rajalliset ja tehottomat.[256] Tuomioistuin päätyi siihen, ettei yritysjärjestelyn seurauksena syntyvä keskittymä olisi vipuvartta hyväksikäyttäen saavuttanut komission olettamalla tavalla vuoteen 2005 mennessä määräävää markkina-asemaa relevanteilla liitännäisillä markkinoilla.[257]

Tetra Laval/Sidel -tuomion perusteella konglomeraatti yrityskauppa voidaan periaatteessa kieltää sillä perusteella, että yrityskaupan seurauksena määräävän markkina-aseman yksillä markkinoilla omaava yritys voi käyttää vipuvartta hyväkseen toisilla markkinoilla. Ensimmäisen asteen tuomioistuin asetti kuitenkin tarkat rajat konseptin soveltamiselle, jotka voidaan tiivistää kolmeen kohtaan:

1) Markkinoiden välillä vallitsee kiinteä yhteys.

2) Vipuvarren käyttö ei pelkästään ole mahdollista, vaan myös todennäköistä. Yrityksellä on oltava riittävät kannustimet käyttää vipuvartta hyväkseen. Riittävien kannustimien selvittämiseksi kilpailuviranomaisen on osoitettava väitteidensä tueksi tarkkoja analyysejä ja todisteita. Viranomaisen on lisäksi todistettava, että vipuvarren käyttämiselle löytyy riittävän tehokkaat keinot.

3) Kilpailuviranomaisen on todistettava, että vipuvarren käyttö rajoittaa kilpailua haitallisella tavalla. Lisäksi on otettava huomioon mahdollisuus puuttua mahdolliseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön 82 artiklan nojalla. Vielä tulee harkita sitä, missä määrin yritysten käyttäytymiseen liittyvillä ehdoilla voidaan jo ennakolta rajoittaa sitä riskiä, että keskittymän osapuolet syyllistyisivät ei-kilpailulliseen sidontaan tai niputtamiseen yrityskaupan seurauksena.

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisua voidaan pitää tervetulleena. Vipuvarsiteoria on *ex ante* tarkasteltuna suhteellisen spekulatiivinen, joten perusteita sen kovin laajalle soveltamiselle yrityskauppavalvonnan puolella ei ole. Voidaan pitää tarkoituksenmukaisena, että harkinnassa kiinnitetään huomiota myös siihen, missä määrin mahdollisia vipuvarsitilanteita voidaan torjua *ex post* määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan 82 artiklan turvin. Yrityskauppavalvonta ja määräävän aseman väärinkäyttövalvonta ovat toisiaan täydentäviä keinoja. Yrityskauppavalvontaa tarvitaan muun ohella siksi, että Rooman sopimuksen 82 artiklaa on pidettävä varsin tehottomana keinona torjua ylihinnoittelua. Tämä johtuu monopolihinnoittelun osalta edellytetystä koh-

---

[256] *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohta 224.
[257] *Tetra Laval v. komissio*, tuomion kohdat 307–308.

tuuttomuusvaatimuksesta, mittausongelmista sekä yleisemmin siitä, etteivät kilpailuviranomaiset ole erityisen hyviä hintavalvojia. Sen sijaan sidontatapauksissa RS 82 artiklaa koskeva oikeuskäytäntö on tiukempaa, mikä puhuu sen puolesta, että pääpaino haitallisen sidonnan torjumisessa asetetaan väärinkäyttövalvonnan puolelle.

3.5 YRITYSKAUPPOJEN MARKKINAMÄÄRITTELYN ERITYISKYSYMYKSIÄ

3.5.1 Erot ja yhtäläisyydet määräävän aseman väärinkäyttövalvontaan verrattuna

Myös yrityskauppavalvonnassa markkinamäärittelyn tärkeimmän kysymyksen muodostaa *kysynnän korvaavuus*. Hyödykkeet kuuluvat samoille markkinoille, mikäli pieni, mutta pysyväisluonteinen hinnankorotus johtaisi siihen, että asiakkaat ostaisivat hyödykkeen A sijasta hyödykkeen B, tai ostaisivat saman hyödykkeen toiselta maantieteelliseltä alueelta. *Tarjonnan korvaavuudella* selvitetään rajoitetusti korvaavien tuotteiden kilpailuoikeudellista merkitystä. Erityisesti jos tuotemarkkinat on rajatapauksissa määritelty suppeasti, komissio tutkii, rajoittaako tuotemarkkinoiden ulkopuolelle rajattujen tuotteiden taholta tuleva kilpailu keskittymän toimintavapautta. Komissio tutkii ensinnäkin, voisivatko tuotteiden ostajat siirtyä käyttämään rajoitetusti korvaavia tuotteita.[258] Toiseksi tutkitaan, voisivatko lähituotteiden valmistajat ryhtyä valmistamaan kilpailevia tuotteita, jos yritys nostaa hintojaan.[259]

Huomiota on kiinnitetty yleisemminkin *markkinoiden koeteltavuuteen*, sillä kilpailu muista EY-maista voi tehokkaasti rajoittaa keskittymän toimintavapautta.[260] Näissä tilanteissa tutkitaan, selittyykö korkea markkinaosuus yrityksen alhaisemmalla hintatasolla, mikä on toistaiseksi pitänyt kilpailijat markkinoiden ulkopuolella. Jos yritys nostaisi hintojaan, johtaisi se tuontikilpailun lisääntymiseen.[261] Jos voidaan osoittaa, että yritys tulee lähitulevaisuudessa

---

[258] M.0072, *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 24; M.0834, *Metallgesellschaft/ Safic Alcan*, kohta 26; M.0149, *Lucas/Eaton*, kohta 37 b);M.0113, *Courtaulds/ SNIA*, kohta 25 b).

[259] *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 25; *Metallgesellschaft/ Safic Alcan*, kohta 24; *Lucas/Eaton*, kohta 37 e); *Courltauds/ SNIA*, kohta 24.

[260] Vaikka keskittyminen johti korkeaan markkinaosuuteen Italian sokerimarkkinoilla, ei yritys olisi voinut nostaa hintojaan menettämättä markkinaosuuksiaan. Tilastot nimittäin osoittivat, että vain 1 %:n hinnankorotuksesta seurasi tuonnin kasvaminen 100 %:lla. Näin ollen markkinavoiman hyväksikäyttäminen hintoja nostamalla ei ollut odotettavissa. Ks. *Eridania/ISI*, kohta 27 ja press release 1.8.1991.

[261] Ks. *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohta 22 ss.

merkittävästi menettämään asemiaan, korkeakaan markkinaosuus ei indisoi määräävää asemaa.[262]

Yrityskauppavalvonnassa alallepääsyn esteiden ja potentiaalisen kilpailun selvittämistä on pidettävä yhtenä kilpailuanalyysin tärkeimmistä vaiheista. Selkeimmin ero 82 artiklan menneisyyteen kohdistuvan tarkastelun ja yrityskauppavalvonnassa suoritettavan tulevaisuuteen kohdistuvan arvioinnin välillä näkyy relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelyssä. Jos yhdentymisen on arvioitu lähitulevaisuudessa avaavan toistaiseksi vielä kansalliset markkinat, on korkeat markkinaosuudet kansallisilla markkinoilla hyväksytty.[263]

3.5.2 Määritelläänkö markkinat liian suppeasti?

Kilpailuviranomaisten markkinamäärittelyistä on käyty vilkasta julkista keskustelua. Kilpailuviranomaisten arviointimenetelmiä ja käytäntöjä arvostellaan jäykiksi ja hitaiksi. Markkinamäärittely herättää kritiikkiä erityisesti silloin, kun komissio on kieltänyt yrityskaupan. Markkinoiden rajaus vaikuttaa keskeisesti löydettäviin markkinaosuuksiin. Se voi siten itse asiassa olla ratkaiseva askel keskittymisen kilpailuvaikutusten arvioimisessa.

Seuraavassa markkinamäärittelyyn liittyviä ongelmia peilataan kahden kriittisen ratkaisun kautta. Tapauksessa *Aerospatiale/de Havilland* erimielisyys koski hyödykemarkkinoiden määrittelyä. Ratkaisussa *Volvo/Scania* maantieteellisten markkinoiden määrittelyä on kritisoitu liiallisesta suppeudesta.

3.5.2.1 Aerospatiale/De Havilland

Jo komission ensimmäinen kieltopäätös *Aerospatiale/De Havilland* osoitti, kuinka keskeinen merkitys yrityskauppavalvonnassa on markkinoiden määrittelyllä. De Havilland -tapauksen osalta keskeinen tulkintakysymys liittyy tuotemarkkinoiden rajoittamiseen turbopropellikoneisiin. Kritiikin kärki kohdistui siihen, ettei komissio tarkastellut lentokoneteollisuutta kokonaisuutena. Komissio toteaa päätöksessään toisaalla, että uusien alueelliseen käyttöön tarkoitettujen lentokoneiden toimitusten arvo oli 1990 maailmanlaajuisesti 2,3 miljardia dollaria. Tämä vastasi vain noin 2 % lentokoneteollisuuden kokonaistoimituksista.[264] Alueelliseen käyttöön tarkoitettujen lentokoneiden osuus osa-

---

[262] Markkinaosuuden menettäminen voi johtua esimerkiksi siitä, että merkittävä tilaaja on päättänyt siirtää tilauksia muille toimittajille. Ks. M.0164, *Mannesmann/VDO*, kohta 21. Vrt. M.0126, *ACCOR/Wagons-Lits*, kohdan 25 alakohta 4.

[263] Yrityskauppavalvonnan markkinamäärittelyä ja sen eroja 82 artiklaan olen käsitellyt yksityiskohtaisemmin aikaisemmassa tutkimuksessa. Ks. Kuoppamäki (1992) s. 129–150, 269–273.

[264] *ATR/de Havilland*, kohta 7.

na laajempaa lentokoneteollisuutta jää komission arvioinnissa kuitenkin vähemmälle huomiolle. Markkinoiden rajausta turbopropellikoneisiin voidaan silti pitää perusteltuna. Komissio ei lukenut pieniä suihkukoneita samoihin markkinoihin mm. siksi, että niiden hankintahinta on kaksinkertainen.[265] Tuotteiden korvaavuus uloimmaisilla raja-alueilla ei voi olla riittävää niiden lukemiseksi samoihin markkinoihin. Tuotemarkkinoiden rajausta kritisoitaessa on myös muistettava, että se olennaisilta osin vastasi myös keskittymään osallisten yritysten alkuperäistä ilmoitusta.[266]

ATR:n ainoa merkittävä EY:n ulkopuolinen kilpailija, amerikkalainen Boeing, oli yrityskaupalla vetäytymässä markkinoilta. Samanaikaisesti kauppa olisi vaarantanut ATR:n eurooppalaisten kilpailijoiden aseman ja luonut vaaran EY:n markkinoiden monopolisoitumisesta. Komission tähänastisen käytännön perusteella on ylipäänsä vaikea kuvitella tilannetta, jossa fuusio todella olisi välttämätön EY:n kansainvälisen kilpailukyvyn turvaamiseksi, mutta jossa kansainvälisen kilpailun paine ei samalla vaikuttaisi myös EY:n markkinoilla. Käytännössä merkittävät kilpailijat toimivat myös EY:n sisällä. Vähintäänkin niiden markkinoilletulo olisi välittömästi odotettavissa, jos keskittymiseen osalliset yritykset ryhtyisivät nostamaan hintoja.[267]

De Havilland -tapauksen analyysi viittaa siihen, että keskittymisen haitat kilpailun toimivuudelle olisivat olleet merkittävämpiä kuin fuusion kieltämisen vaikutukset kyseisten yritysten kansainväliselle kilpailukyvylle. EY:n ulkopuolisten yritysten taholta tuleva aktuaalinen tai potentiaalinen kilpailu on säännönmukaisesti otettu huomioon yrityksen markkinavoimaa vähentävänä tekijänä. EY:n ulkopuolisen kilpailun voimakkuus johtaisi näissä olosuhteissa siihen, ettei keskittymisen seurauksena synny 2 (3) artiklan vastaista määräävää asemaa, joka merkittävästi estää kilpailua. Vahvojen amerikkalaisten tai japanilaisten kilpailijoiden olemassaololla on säännönmukaisesti disiplinoiva vaikutus EY:n yritysten hinnanmuodostukseen ja muuhun käyttäytymiseen. De Havilland -tapauksen markkinamäärittelyä voidaan pitää lyhyen aikavälin tarkastelussa perusteltuna ja fuusion kieltämistä sikäli oikeana ratkaisuna. Pidemmällä aikavälillä turbopropellikoneiden ylihinnoittelu johtaisi epäilemättä uusien vaihtoehtojen ilmaantumiseen markkinoille. Ottaen huomioon, että kyseessä käytännössä ovat maailmanmarkkinat ja että lentokonetuotantoon liittyy voimakas julkinen intressi, pysyvää monopolihinnoittelua tuskin olisi odotettavissa. Jos kuitenkin tavoitteena on torjua jo lyhyen ja keskipitkän tähtäimen haitat kuluttajille, ratkaisua on pidettävä oikeana. Lentokoneiden kehityskaaren

---

[265] *ATR/de Havilland*, kohta 8.

[266] *ATR/de Havilland*, kohdat 10 ja 16.

[267] Vastakkainen tilanne voidaan kuvitella sellaisilla aloilla, joilla EY itse noudattaa protektionistista kauppapolitiikkaa. Esimerkiksi autoteollisuuden osalta on japanilaisten autojen tuontia EY:hyn rajoitettu. Toisaalta EY:n markkinoiden suojaaminen juuri lisää yrityskauppavalvonnan tarpeellisuutta, koska se rajoittaa EY:n ulkopuolelta tulevaa kilpailua.

pituudesta johtuen markkinoiden itseoikaisu olisi odotettavissa vasta vuosien kuluttua. Tapauksen teollisuuspoliittiseen ulottuvuuteen palataan jäljempänä.

3.5.2.2 Volvo/Scania

Volvo/Scania -tapauksessa[268] komissio määritteli yrityskauppapäätöksen kannalta relevanteiksi hyödykemarkkinoiksi raskaiden kuorma-autojen (yli 16t) ja linja-autojen markkinat, jotka voitiin edelleen jakaa eri mallien mukaan alamarkkinoihin kuten "rigid trucks" ja "tractor trucks" tai matkailu-, inter-city- ja city-linja-autot. Hyödykemarkkinoiden määrittelystä ei syntynyt erimielisyyksiä komission ja yrityskaupan osapuolten välille. Relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelystä osapuolet ja komissio olivat selvästi eri mieltä.[269] Komissio katsoi, että sekä linja-autojen että raskaiden kuorma-autojen relevantit markkinat olivat kansalliset. Kaupan seurauksena tulevalle yhteenliittymälle olisi muodostunut raskaiden kuorma-autojen ja linja-autojen markkinoilla määräävä asema ainakin Ruotsissa, Norjassa, Suomessa ja Irlannissa sekä todennäköisesti myös Tanskassa ja kielsi kaupan. Näillä markkinoilla keskittymä olisi pystynyt toteuttamaan pysyvän ja merkittävän hinnankorotuksen voittoa tuottavalla tavalla. Komission mielestä hinnanerot jäsenvaltioiden välillä ja huoltoverkostojen kansallisuus osoitti sen, että kyse on erillisistä saarekkeista. Markkinoita eristivät toisistaan erot kuluttajien preferensseissä ja maiden säädöksissä esim. autojen maksimipainosta ja -pituudesta.[270] Kaupan ilmoittajien mielestä relevantit markkinat olivat EU:n laajuiset. Hinnanerot tulkittiin niin vähäisik-

---

[268] Komission päätös 15.3.2000 Asia IV/M.1672 – *Volvo/Scania*.

[269] Tapauskuvaus perustuu kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän loppuraportin liitteessä 1 esitettyyn. Ks. Kotimarkkinoiden toimivuus ja kansainvälinen kilpailukyky (2002) s. 93–96.

[270] Komissio luetteli markkinamäärittelylleen seuraavat perustelut: 1) Volvon ja Scanian markkinaosuuksissa on selviä eroja EU-valtioiden välillä; 2) asiakkaiden ostokäyttäytyminen vaihtelee eri maissa; joissakin maissa linja-autojen rungot ja matkustamot hankitaan erikseen, toisissa rungot ja matkustamot ostetaan yhdessä samalta valmistajalta; 3) uudet autot hankitaan kansallisilta markkinoilta; 4) tekniset vaatimukset ja asiakkaiden preferenssit vaihtelevat maittain ja 5) hinnat vaihtelevat maittain. Keskittymä olisi saanut määräävän aseman matkailulinja-autojen markkinoilla Suomessa ja Iso-Britanniassa, city- ja inter-city-linja-autojen markkinoilla Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa ja city-linja-autojen markkinoilla Irlannissa. Komission tutkimuksissa päädyttiin siihen, että eri kuorma-automallien myyntihintojen erot eri maissa olivat kokoluokaltaan 10–20 prosenttia. Tämän suuruisia eroja oli havaittavissa myös rajanaapureiden, kuten Ruotsin ja Tanskan, Saksan ja Tanskan sekä Iso-Britannian ja Irlannin välillä. Raskaiden kuorma-autojen hankinnat tapahtuvat kansallisten huoltoverkostojen kattavuudesta johtuen pääasiassa kansallisilla markkinoilla. Pohjoismaissa Volvolla ja Scanialla on selvästi kattavimmat huoltoverkostot. Komission selvitysten perusteella muiden eurooppalaisten valmistajien pitäisi tehdä huomattavia investointeja näissä maissa kasvattaakseen verkostonsa kilpailukykyiselle tasolle. Tämä edellyttää sitä, että maahan myyty oma autokanta saavuttaa tietyn "kriittisen massan", noin 10–15 prosenttia maassa käytössä olevasta kuorma-autokannasta markkinoiden koosta riippuen. Lopulta komissio totesi, että Volvon markkinaosuudet poikkesivat huomattavasti

si, ettei todellista mahdollisuutta hintadiskriminointiin olisi, sillä jokainen valmistaja oli edustettuina kussakin jäsenmaassa.[271]

> Komission tapauskäsittelyn yhteydessä teettämässä konsulttiselvityksessä arvioitiin kysynnän hintajoustoja ja hyödykkeiden keskinäistä korvaavuutta ekonometrisen mallin avulla. Tarkastelun kohteena olivat kuluttajien tekemät valinnat kolmen hyödykeryhmän välillä. Komission tutkimusta on arvosteltu siitä, että käytetty hintadata, joka perustui yhden modifioimattoman perusmallin listahintojen vertailulle 12 EU-maan ja Norjan markkinoilla, ei ollut sopiva lähtökohta yrityskaupan vaikutusten analysoimiseksi. Modifioimaton perusmalli ei ole edustava esimerkki raskailla kuorma-autoilla käytävästä kaupasta, sillä lähes kaikki asiakkaat haluavat autoihin lisävarusteita tai muita muokkauksia. Tarkasteltaessa listahintoja markkinoille tyypilliset asiakkaille myönnettävät alennukset jäävät tarkastelun ulkopuolelle. Tämän väitettiin mm. aiheuttavan sen, että hintajoustot muodostuvat liian pieniksi. Lisäksi tutkimusta arvosteltiin siitä, ettei siinä otettu riittävästi huomioon yrityskaupan seurauksena syntyviä tehokkuusetuja arvioitaessa yrityskaupasta aiheutuvien hinnankorotusten vaikutusta hyvinvointiin.[272]
>
> Komission tutkimuksen tekijät ovat vastanneet toteamalla, että tutkimuksessa käytettyyn malliin oli sisällytetty myös maa- ja automallikohtaisia kvalitatiivisia muuttujia asiakkaiden preferenssien huomioimiseksi, mistä johtuen hintajoustot olivat eri markkinoilla erisuuruisia. Käytetty ekonometrinen malli otti huomioon alennusten vaikutuksen kysynnän käyttäytymiseen eri maissa. Liian pienistä hintajoustoista esitetty argumentti voidaan kyseenalaistaa, sillä huomattavilla asiakkaille annettavilla alennuksilla, jotka perustuvat esimerkiksi ostojen volyymiin on nimenomaan asiakasuskollisuutta kasvattava ja siten kysynnän hintajoustoa pienentävä vaikutus. Tällöin voidaan nimittäin olettaa, että asiakkaalle aiheutuu toimittajan vaihtamisesta

---

sen ilmoittamasta 15 prosentista (Ruotsi 45 %, Suomi 34 %, Tanska 29 %, Norja 38 % ja 22–25 % Irlannissa, Belgiassa, Alankomaissa, Portugalissa ja Kreikassa) ja osuudet saattoivat vaihdella huomattavasti myös maastoltaan ja olosuhteiltaan samankaltaisten naapurimaiden kuten Saksan ja Tanskan välillä (8 % vs. 29 %). Markkinaosuudet olivat myös pysyneet jo pitkään korkeina nimenomaan niissä maissa, joissa keskittymälle olisi muodostunut määräävä markkina-asema. Kotimarkkinoiden toimivuus ja kansainvälinen kilpailukyky s. 93–94.

[271] Kaupan osapuolet perustelivat EU:n laajuisia *linja-autojen markkinoita* seuraavasti: 1) eri tyyppisten linja-autojen hintojen vaihteluväli lähes koko EU-alueella oli noin 10 prosenttia, toisin sanoen tehokasta hintadiskriminaatiota ei esiinny ja 2) valtioiden välillä ei ole markkinoille tuloa estäviä tekijöitä, koska kaikki linja-autojen johtavat valmistajat ovat edustettuina kaikissa EU-maissa. *Raskaiden kuorma-autojen* osalta osapuolet perustelivat EU:n laajuista markkinamäärittelyä sillä, että 1) hintatasot eri maissa eivät eroa huomattavasti toisistaan; 2) kaikki eurooppalaiset raskaiden kuorma-autojen ja linja-autojen valmistajat toimivat koko EU:n alueella ja näiden autojen tuonti EU:hun on kasvamassa; 3) markkinoille on ilmestynyt suuria yksityisiä hankkijoita, jotka tekevät hankintoja yli kansallisten rajojen; 4) suuret asiakkaat hankkivat kalustoonsa yleensä vähintään kahden eri valmistajan autoja; 5) EU:n laajuiset standardit ovat yleistyneet, mikä on vaikuttanut markkinoiden laajentumiseen ja 6) kansallisilla markkinoilla ei ole EU-alueella alalle tulon esteitä, jotka haittaisivat ulkomaisten valmistajien pääsyä jonkin yksittäisen maan markkinoille. Ks. edellinen alaviite.

[272] Ks. Kotimarkkinoiden toimivuus ja kansainvälinen kilpailukyky (2002) s. 94.

kustannuksia. Mahdollisten tehokkuusetujen syntyminen edellyttäisi tuotannon rajakustannusten pienenemistä ja erityisesti kustannussäästöjen siirtymistä kuluttajahintoihin. Komission laskelmien mukaan yrityskaupan hyvinvointivaikutukset muodostuisivat negatiivisiksi, vaikka marginaalikustannukset pienenisivät jopa viidellä prosentilla, mikä ylittää realistisesti odotettavissa olevan tason. Arvioitaessa hyötyjen eteenpäin siirtämisen todennäköisyyttä oli otettava huomioon, että oligopolimarkkinoilla kustannussäästöjen siirtyminen hintoihin on havaittu vähäiseksi.[273]

Perinteisesti markkinamäärittely on perustunut EY:ssä enemmän yleiseen tuntumaan kuin tarkkoihin taloustieteellisiin analyyseihin.[274] Yrityskauppavalvonnan käyttöönotto on lisännyt tarvetta tehdä nopeita päätöksistä, mistä syystä komission on täytynyt jäntevöittää ja yhtenäistää markkinamäärittelyssä käyttämäänsä metodiikkaa.[275] Komission relevanttien markkinoiden määrittelystä antamaa tiedonantoa[276] voidaan pitää tässä suhteessa merkittävänä askeleena. Markkinamäärittelyn tasoa on mahdollista nostaa käyttämällä hyväksi kehittyneitä ekonometrisia mittausvälineitä. Niiden teknisen suorituskyvyn ja keskinäisen paremmuuden arviointi kuuluu ekonomisteille ja jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle.[277] Muutama kilpailuoikeudellisesta lainkäytöstä hankittuun kokemukseen perustuva huomio on kuitenkin paikallaan. Ekonometrisen mallintamisen perusongelmana voidaan pitää sitä, ettei riittävän hyviä tietoja läheskään aina ole saatavilla. Toiseksi kyse on reduktionistisesta tarkastelusta. Mallin avulla pyritään etukäteen hahmottamaan tietyn toimenpiteen kilpailuvaikutuksia. Tällöin joudutaan käytännössä aina tekemään yksinkertaistavia reunaoletuksia, jotta mallista ei tulisi liian monimutkainen. Kolmantena ongelmana voidaan pitää yrityskauppatapauksille ominaista aikapainetta. Analyysi on suoritettava tapauskäsittelylle varattujen lyhyehköjen aikarajojen sisällä. Neljäntenä ongelmana voidaan pitää sitä, ettei riidanalaisen kilpailutapauksen käsittely muodosta erityisen hyvää ilmapiiriä ja olosuhteita monimutkaisten ekonometristen analyysien läpiviemiselle. Kullakin osapuolella on strateginen intressi voittaa juttunsa, joskin kilpailuviranomaisen osalta on voitava edellyttää, että se aidosti pyrkii mahdollisimman objektiiviseen totuuden selvittämiseen. Riidan osapuolet voivat ampua vastapuolen mallin alas kyseenalaistamalla mallin taustalla olevat reunaehdot. Tästä saatiin esimerkki *Volvo/Scania* -tapauksessa, jossa sekä komissio että kaupan ilmoittajat kritisoivat voimakkaasti toistensa

---

[273] Ks. edellinen alaviite, s. 95.
[274] Ks. esim. Goyder (1998) s. 325–327.
[275] Ks. Goyder (1998) s. 329–330.
[276] EYVL 1997 C 372/5.
[277] Markkinavoiman suoria mittausvaihtoehtoja on käsitelty lyhyesti tutkimuksen teoreettisessa osassa. Markkinavoiman määrittämisessä ja markkinamäärittelyn apuna käytettävien ekonometristen testien osalta ks. yleisesti esim. Breshanan (1989); Bishop/Walker (1999) s. 167–295; Van den Bergh/Camesasca(2001) s. 96–117.

selvityksiä. Kuvaavaa on, ettei komissio täysin uskaltanut luottaa ekonometristen tutkimustulostensa antiin, vaan antoi niille indision aseman. Vaikuttaa siltä, että nykyisessä kehitysvaiheessa ekonometriset mallit täydentävät tarkastelua. Tästä ei voida kuitenkaan tehdä sitä johtopäätöstä, että ekonometristen mallien kehittäminen olisi turhaa. Kvantitatiivisella analyysillä voidaan täydentää kvalitatiivista analyysiä. Kun tutkittavana oleva tapaus käydään läpi useammasta eri näkökulmasta, on tuloksena todennäköisesti tarkempi kokonaiskuva. Peruskysymyksenä säilyy taustalla olevien normatiivisten ja positiivisten reunaehtojen hyväksyttävyys. Kilpailuoikeudellinen harkinta ei ole matematiikkaa, joskin matemaattisiakin selvityksiä voidaan hyödyntää aineellisen harkinnan apuna. Markkinoiden määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, ja periaatteessa mitä tahansa menetelmää, joka tuottaa luotettavaa ja hyödyllistä lisäarviointia, voidaan hyödyntää.

Perusongelmana on se, että hyödykkeiden rajaaminen markkinoiden "sisäpuolelle" tai "ulkopuolelle" on rajatapauksissa liian karkea valinta. Yksiselitteinen vastaus on annettavissa vain, mikäli selvä aukko substituutioketjussa on osoitettavissa. Mikäli kyse on liukumasta, tarvitaan laajempaa harkintaa, jossa arviointia täydennetään normiston sisältöä ja tavoitteita koskevilla tekijöillä. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on perusteltu näkemystä, jonka mukaan rajatapauksessa tiettyä markkinamäärittelyä ei voida osoittaa tieteellisesti oikeaksi tai vääräksi. Yksittäistapauksessa suoritettua markkinamäärittelyä on arvioitava sen mukaan,

a) kuinka hyvin tarkastelu tuottaa sovellettavan oikeusnormin sisällön ja tavoitteiden kannalta hyödyllistä informaatiota;
b) kuinka hyvin kilpailuviranomaisen ratkaisu on linjassa aikaisempien samoilla markkinoilla annettujen ratkaisujen kanssa; yritysten yhdenvertaisuus edellyttää samanlaista kohtelua; ja
c) kuinka hyvin rajatapauksissa markkinamäärittelyä kontrolloidaan potentiaalista kilpailua koskevalla arvioinnilla; mikäli suppea vaihtoehto on valittu, tulee potentiaaliseen kilpailuun kiinnittää erityisen paljon huomiota.

Nähdäkseni *Volvo/Scania* oli markkinamäärittelyn kannalta absoluuttinen rajatapaus.[278] Yksityiskohtaisempi kannanotto markkinamäärittelyn puolesta tai sitä vastaan edellyttäisi perehtymistä komission käytössä olleeseen aineistoon

[278] Ks. kritiikin osalta Oker-Blom/Huhtaniska (2001); vrt. Sjöblom (2000) sekä erityisesti Ivaldi/Verboven (2002). Ivaldi ja Verboven päätyvät simulaatioanalyysin perusteella siihen, että Volvon ja Scanian fuusio olisi toteutuessaan vähentänyt kuluttajien hyvinvointia kuorma-autojen markkinoilla erityisesti Ruotsissa, Norjassa, Suomessa, Irlannissa ja Tanskassa. Vastaavasti yritysten voitot olisivat kasvaneet samoissa maissa. Tekijät arvioivat, että yrityskauppa olisi vähentänyt kokonaishyvinvointia. Ks. Ivaldi/Verboven (2000) s. 17. Tekijöiden simulaatio perustuu tyypillisiin rajakustannuksia, kysyntää, alennuksia ja yritysten käyttäytymistä koskeviin oletuksiin, jotka sinänsä on mahdollista kyseenalaistaa, joskin tekijät itse pitävät saamiaan tuloksia varsin robusteina. Ks. Ivaldi/Verboven (2002) s. 19–21.

kokonaisuudessaan – myös siltä osin, kuin se jää liikesalaisuuksien oikeussuojan perusteella julkisuuden ulkopuolelle. Ratkaisun pohjana olleet argumentit ovat sinänsä komissiolle tavanomaisia. Ongelmallisena voidaan pitää kuitenkin sitä, että kaupan ilmoittajien myynnistä 80 % meni Pohjoismaiden ulkopuolelle, mutta kuitenkin kauppa kiellettiin pitkälti Pohjoismaissa vallitsevien olosuhteiden perusteella. Yritysten kannalta keskeisenä tavoitteena lienee ollut synnyttää riittävän suuri yksikkö kansainvälistä kilpailua silmälläpitäen. Tähän nähden korkeita markkinaosuuksia kotialueilla voidaan pitää toisarvoisina.

Tapausta voidaan pitää esimerkkinä *pienten markkinoiden dilemmasta*, jossa kotimarkkinoilla saavutettava korkea markkinaosuus estää kansainvälisesti huomattavan yrityskoon saavuttamisen. Tähän on komission puolelta vastattu, että yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on suojella kuluttajia hintojen nousulta. Näin ollen jos keskittymästä aiheutuu haittaa kuluttajille Pohjoismaissa, ei sitä voida hyväksyä sillä perusteella, että yritys mahdollisesti olisi kilpailukykyisempi muissa maissa. Toisekseen on epätodennäköistä, että kotimaassaan monopoliasemaan tottunut yritys voisi pärjätä kansainvälisessä kilpailussa. Markkinamäärittelyn kannalta EU:n laajuisista markkinoista voidaan puhua vain silloin, jos hinnankorotus johtaisi siihen, että varsin lyhyen ajan sisällä muista maista ryhdyttäisiin toimittamaan hyödykkeitä tarkastelun kohteena olevalle alueelle. Uuden tarjonnan täytyy olla niin voimakasta, että se tekee hintojen korottamisesta kannattamattoman. Vain tällöin ulkomainen kilpailu rajoittaa riittävästi markkinavoimaa. Mikäli näin ei tapahtuisi, suppea markkinamäärittely on oikea, vaikkakin yritysten toimintakenttä on tätä laajempi. Mikäli kansallinen yrityskauppa ylittää kriittiset markkinaosuusrajat, vaihtoehtona on hakea suurempaa yrityskokoa kansalliset rajat ylittävillä yrityskaupoilla. Tätä strategiaa on toteutettu komission suuntaan menestyksellisesti esimerkiksi pohjoismaisia pankki- ja telemarkkinoita koskeneissa yritysjärjestelyissä.

Edellä mainittujen kahden kriittisen tapauksen läpikäynnillä ei voida tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Nähdäkseni yleisesti ei voida katsoa, että EY:n komissio määrittelisi alueelliset markkinat liian suppeasti. Pikemminkin ongelmia on hyödykemarkkinoiden puolella, ja niidenkin osalta ongelmallisia ovat 82 artiklaa koskevat tapaukset, joissa hyödykemarkkinat on määritelty merkkikohtaisesti. Yrityskauppavalvonnan puolella yhtä suppeita hyödykemarkkinoiden määrittelyjä ei näytetä omaksutun. Markkinamäärittelyä enemmän kysymyksiä herättää potentiaalisen kilpailun arviointi asiassa. Komission käytäntö vaikuttaa tässä suhteessa horjuvalta. Tämä herättää syystä voimakkaita epäilyksiä, kun potentiaalisen kilpailun voimakkuuden perusteella on aikaisemmin hyväksytty samantapainen yrityskauppa silloin, kun ilmoittajana olivat ison jäsenmaan yritykset *(Mercedes/Kässbohrer)*. Tätä näkökohtaa käsitellään jäljempänä.

3.6 ALALLEPÄÄSYN ESTEET JA POTENTIAALINEN KILPAILU

Sulautuma-asetuksen 2 artiklan kohdan 1 a) mukaan komission tulee ottaa huomioon "yhteisössä ja sen ulkopuolella sijaitsevien yritysten taholta tuleva nykyinen ja potentiaalinen kilpailu". Jos keskittymän seurauksena syntyy korkea markkina-asema, tutkii komissio säännönmukaisesti, *rajoittaako potentiaalinen kilpailu yrityksen mahdollisuuksia käyttäytyä kilpailijoista, asiakkaista ja viime kädessä kuluttajista riippumattomasti.* Keskeinen ero 82 artiklan alaiseen käytäntöön näyttäisi olevan, että potentiaaliselle kilpailulle ja alalle pääsyn esteille annetaan yrityskauppavalvonnassa yleensä suurempi merkitys kuin mitä 82 artiklan osalta on tehty. Erityistä merkitystä potentiaaliseen kilpailuun ja alallepääsyn esteisiin näytettäisiin kiinnitettävän silloin, kun komissio on valinnut suppean markkinoiden määrittelyn.[279]

3.6.1 Alallepääsyn esteet

Alalle pääsyn esteisiin kiinnitetään huomiota sekä alueellisten markkinoiden määrittelyssä että määräävän aseman arvioimisessa. Markkinoiden määrittelyvaiheessa ratkaistaan rajanveto aktuaalisten ja potentiaalisten kilpailijoiden välillä. Toisaalta yrityksen mahdollisuus käyttäytyä kilpailusta riippumattomasti riippuu oleellisesti potentiaalisen kilpailun voimakkuudesta, joka taasen oleellisesti riippuu alallepääsyn esteistä.[280] Tämän vuoksi määräävän aseman arvioinnissa kiinnitetään samoihin tekijöihin uudelleen huomiota. Yrityskauppavalvontaa koskevan käytännön perusteella alallepääsyn esteet voidaan karkeasti jakaa oikeudellisiin ja teknisiin esteisiin sekä tosiasiallisiin esteisiin.

3.6.1.1 Oikeudelliset ja tekniset esteet

Erityisen selkeinä oikeudellisina esteinä voidaan pitää kansalliseen lainsäädäntöön perustuvaa monopoliasemaa[281] tai sitä, että julkisen sääntelyn alaisella alalla kotimaisille valmistajille asetetaan tuotantokiintiöitä tuonnin ollessa rajoitettua.[282] Esteitä aiheutuu myös tulleista[283] tai japanilaisten autojen tuon-

---

[279] Kuoppamäki (1992) s. 146–151, 270–273.

[280] M.0018, *AG/Amev*, kohta 19, M.0017, *Aerospatiale/MBB*, kohta 20.

[281] Mineraaliöljyn osalta ks. *ELF/Ertoil*, kohta 14. ss., *ELF/BP/CEPSA*, kohta 11 ss.; *BP/Petromed*, kohta 6.

[282] *BP/Petromed*, kohta 6.

[283] Tapauksessa *ICI/Tioxide* komissio ei pitänyt 6 %:n tullia EY:n ulkopuolisille yrityksille merkityksellisenä, kun EY:n ulkopuolisten 10 %:n osuutta voitiin pitää osoituksena alallepääsyn esteiden alhaisuudesta. Ratkaisevaa lienee tullin osuus kokonaiskustannuksista ja sen vaikutus yrityksen katteelle. Ks. myös *Courtaulds/SNIA*, kohta 15.

tirajoituksista.[284] Jos toimilupia myönnetään kiinteä määrä ja kiintiö on jo täynnä, estää se uusien yritysten alalle pääsyn.[285] Oikeudellisina esteinä pidetään myös lain säännöksiä, jotka sinänsä kohtelevat kotimaisia ja ulkomaisia yrityksiä yhdenvertaisesti mutta jotka normien vaihdellessa jäsenvaltioittain tosiasiallisesti vaikeuttavat ulkomaisten yritysten alalletuloa. Tällaisia esteitä voi aiheutua esim. immateriaalioikeuksista aiheutuvista rajoituksista,[286] kielloista markkinoida tiettyä tuotetta tiettyä jakelukanavaa käyttäen[287] tai jäsenvaltioiden harjoittamasta hintasäännöstelystä.[288] Tekniset kaupan esteet kuten kansalliset erot tuotteiden tyyppihyväksynnässä, erilaiset tuotekohtaiset normit tai tuotteen myyntiin vaadittava viranomaisen lupa on otettu huomioon komission käytännössä, jos näiden esteiden ylittäminen vaatisi yrityksiltä kohtuuttoman suuria kustannuksia.[289] Jos sen sijaan yritys voi vähäisin kustannuksin sopeuttaa tuotantonsa vaadittuihin teknisiin normeihin, ei ole kyse alallepääsyn esteistä.[290]

3.6.1.2 Tosiasialliset esteet

Pelkkä julkisten alalle pääsyn esteiden poistaminen ei riitä estämään keskittymisen haitallisten vaikutusten syntymistä. Julkisten esteiden poistaminen on tarpeellista mutta ei vielä riittävää. Vaikka yhteismarkkinaohjelma vähentääkin kilpailua estävää kansallista markkinoiden sääntelyä, otetaan huomioon myös muut tekijät, jotka *tosiasiallisesti* tekevät alalletulon epätodennäköiseksi.[291] Näitä ovat taloudelliset tekijät, jotka de facto vähentävät kansalliset rajat ylittävää kauppaa vaikkei EY:n laajuiselle vaihdannalle olisikaan oikeudellisia tai teknisiä esteitä. Yrityksen sijainnista aiheutuvat kustannusedut voivat lisätä kansallisten yritysten markkinavoimaa, jos ne vaikeuttavat ulkomaisten yritys-

---

[284] *Nissan/R. Nissan*, kohta 4c).
[285] *ACCOR/Wagons-Lits*, kohta 25.
[286] *Varta/Bosch*, kohdat 56 ja 60; *AT&T/NCR*, kohdat 16–18; *Tetra Pak/Alfa Laval*, kohta 3.4.
[287] *Elf/BC/CEPSA*, kohta 11. Lääkeaineiden osalta alalle pääsyn esteenä on pidetty jäsenvaltioiden erilaisia säännöksiä siitä, mihin lääkkeisiin vaaditaan resepti tai mitä lääkeaineita saa myydä vain apteekeissa; *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 17.
[288] *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 18.
[289] *ELF/BC/CEPSA*, kohta 14; *Magneti Marelli/CEAc*, kohta 16 ss.; *Varta/Bosch*, kohta 31; *Alcatel/Telettra*, kohta 29; *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohta 20; *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 17; *Eridania/ISI*, kohta 20.
[290] Ks. *Aerospatiale/MBB*, kohta 18; *Alcatel/Telettra*, kohdat 41–43.
[291] Vrt. Suomen osalta 1991 vp – HE 162 s. 14–15, jossa ilmeisesti lähdetään siitä, että jo markkinoiden sääntelyä muuttamalla voitaisiin estää kielteisten vaikutusten syntyminen. Toisaalta on otettava huomioon, että markkinoiden sääntelyssä voidaan etusija antaa muille kuin puhtaan kilpailupoliittisille näkökohdille. Tällöin on olemassa riski, että tuontisuojan purkaminen tai muu markkinoiden sääntelyn muuttaminen jää muista kuin kilpailupoliittisista syistä käytännössä suorittamatta.

ten alalle pääsyä. Paras esimerkki ovat kuljetuskustannukset. Suhteettoman korkeat kuljetuskustannukset toimitusmatkan pidetessä johtanevat keskittymisen kilpailuvaikutusten arvioimiseen kansallisilla markkinoilla myös tulevaisuudessa, koska yhteismarkkinaohjelmalla ei liene niihin sanottavaa vaikutusta.[292] Hyödykkeen hintaan nähden pienet kustannukset eivät ole merkityksellisiä.[293] Toisaalta markkinoiden linkittyminen yhteen on voinut johtaa kansallisia markkinoita laajempaan määrittelyyn. Myös kieli- ja kulttuurierot[294] ovat tekijöitä, joilla voi olla merkitystä, mutta joihin yhteismarkkinaohjelmalla ei liene kovin suurta vaikutusta.

Markkinoilla toimivilla yrityksillä on usein kustannusetuja puolellaan, jotka rajoittavat uusien yritysten halua ja/tai mahdollisuuksia tulla markkinoille. Tällaisia tekijöitä ovat esim. vertikaalinen integraatio,[295] tuotevalikoiman laajuus,[296] kuluttajien suosimat kansalliset tavaramerkit[297] tai alallepääsyyn vaadittava know how, jos se selvästi puuttuu potentiaalisilta kilpailijoilta.[298] Keskittyneillä markkinoilla merkittäviä tekijöitä ovat kytkennät kysynnän ja tarjonnan välillä, jotka vaikeuttavat potentiaalisten kilpailijoiden alallepääsyä. Tällaisia tekijöitä ovat myyjän ja ostajan välinen kiinteä yhteistyö,[299] jakelukanavien puuttuminen uusilta yrittäjiltä,[300] ostajien sitominen tiettyihin toimittajiin pitkäaikaisilla sopimuksilla[301] sekä ostajan ja myyjän väliset omistuskytkennät, kun ostaja omistaa vähemmistöosuuden myyjän osakkeista.[302] Liikkuvuudelle on esteitä, jos valtiolliset monopoliyritykset suosivat hankinnoissaan kotimaisia toimittajia[303] tai tarjonta relevanteilla alueellisilla markkinoilla on huomattavan

---

[292] Esimerkiksi metalliteollisuuden raaka-aineiden osalta ne vähentävät ulkomaisen kilpailun merkitystä *Usinor/ASD*, kohta 8.

[293] Noin 3–5 %:n kuljetuskustannusten ei ole katsottu lisäävän kotimaisten toimittajien mahdollisuuksia käyttäytyä kilpailun paineista vapaasti, kun jo 1 %:n hinnankorotus lisäisi tuontia 100 %. Ks. *Eridania/ISI*, kohdat 21–25 ja 27.

[294] Esimerkiksi postimyyntiluettelojen kääntämisestä aiheutuvat kustannukset voivat tehdä EY:n laajuisen postimyynnin taloudellisesti kannattamattomaksi . *Otto Versand/Grattan*, kohta 11.

[295] *VIAG/Continental Can*, kohdat 41–51; *Tetra Pak/Alfa Laval*, kohdat 4 ja 5.

[296] *Aerospatiale/de Havilland*, kohta 32.

[297] *Sanofi/Sterling Drug*, kohta 19; *Magneti Marelli/CEAc*, kohta 16; *Varta/Bosch*, kohdat 25–27.

[298] *Courtaulds/SNIA*, kohta 27. Hyvä esimerkki teknisen know hown tuomasta kilpailuedusta löytyy tapauksessa Tetra Pak/Alfa Laval. Maidon pakkaaminen steriileihin tölkkeihin vaatii merkittävää teknistä tietämystä. Steriilisyyden puute ilmenee usein myöhäisessä vaiheessa ja aiheuttaa meijereille merkittäviä tappioita. Tästä syystä pakkausteollisuus suosii selvästi yrityksiä, joiden pakkauskoneet todistetusti toimivat ongelmitta. Pioneeriyritykset saavat merkittävän kilpailuedun. On epätodennäköistä, että etu kurottaisiin umpeen oppimalla tai imitoimalla, sillä markkinoiden kypsyys yhdessä korkeiden alkuinvestointien kanssa tekee uusien yritysten alalletulon epätodennäköiseksi. (Tetra Pak/Alfa Laval, kohta 3.4.) Yrityskauppa sallittiin vain, koskei se entisestään vahvistanut määräävää asemaa.

[299] *Magneti Marelli/CEAc*, kohta 16; *Varta/Bosh*, kohta 60; *VIAG/Continental Can*, kohta 15.

[300] *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohta 20 ss; *Usinor/ASD*, kohta 17.

[301] *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, kohdat 19 ja 22 (vi).

[302] *Alcatel/Telettra*, kohta 34.

[303] *Alcatel/Telettra*, kohta 39.

keskittynyttä, etenkin jos markkinoilla toimivien yritysten taloudelliset resurssit hillitsevät potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa.[304]

Alalle pääsy voi olla rajoitettua, koska jakelukanavien rakentaminen vaatisi odotettuihin voittoihin verrattuna liian korkeita investointeja. Yrityksen ei kannata investoida jo valmiiksi täysin palvelluille markkinoille. Komissio ottaakin huomioon yritysten taloudellisen kalkyylin – investointeihin liittyvän taloudellisen riskin – arvioidessaan potentiaalisen kilpailun todennäköisyyttä. Ratkaiseva kysymys kuuluu, onko alalle tulo post-entry hintatasolla kannattavaa. Merkittäviä ovat alalle pääsyn vaatimat *investoinnit* yhdessä *markkinoiden kehitysvaiheen* kanssa. Jos alalletulo vaatii suuria investointeja ja markkinat ovat kypsässä vaiheessa, on potentiaalisten kilpailijoiden tulo markkinoille epätodennäköistä.[305] Merkityksellistä on se, kuinka paljon alalletulosta aiheutuu uponneita kustannuksia. Jos alalletulo ei vaadi olennaisia investointeja verrattuna odotettavissa olevaan liikevaihtoon, ovat alalle pääsyn esteet alhaisia markkinoiden kehitysasteesta huolimatta.[306]

3.6.1.3 Bain versus Stigler

Komission käytännössä alalle pääsyn esteinä on pidetty kaikkia sellaisia tekijöitä, jotka oikeudellisista tai tosiasiallisista syistä rajoittavat potentiaalisen kilpailun merkitystä. EY:ssä on omaksuttu *J.S. Bainilta* periytyvä laaja markkinoille pääsyn esteiden määrittely. Toisin kuin *George Stiglerin* suppeammassa määrittelyvaihtoehdossa, myös sellaiset kustannusedut, jotka perustuvat tehtyihin investointeihin, luetaan alalle pääsyn esteeksi, jos ne tosiasiallisesti rajoittavat uusien yritysten alalletuloa ja siten lisäävät markkinoilla jo toimivien yritysten hinnoitteluvapautta. Myös Suomessa alallepääsyn esteitä tarkastellaan laajasti.

Kilpailuviranomaisten lähestymistapaa voidaan kritisoida, koska markkinavoima on tuotto aiemmasta investoinnista. Vahvat tuotemerkit on luotu panostamalla vuosia brandin luomiseen. Koska markkinavoiman lisääntyminen tiukentaa yrityksen toimintaa koskevia arviointiperusteita, markkinointiin panostaneita yrityksiä "rankaistaan" kehitystyöstä. Myöhäiset alalletulijat hyötyvät määrittelytavasta määräävässä asemassa olevalle yritykselle asetetun toimitusvelvollisuuden ja käyttäytymistä koskevien rajoitusten kautta. Kritiikkiin voidaan vastata, että alallepääsyn esteet määritellään arvoneutraalisti.[307] Alallepää-

---

[304] *Varta/Bosch*, kohta 58.

[305] *Aerospatiale/de Havilland*, kohta 53 ss.

[306] *Cargill/Unilever*, kohta 3; *Otto/Grattan*, kohta 21; *La Redoute/Empire*, kohta 20; *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, kohta 22 (v).

[307] Kyse on taloudellisten tosiseikkojen arvioinnista. Alalle pääsyn esteet eivät ole "hyviä" tai "pahoja"; ne vain ovat.

syn esteet ovat olemassa siitä riippumatta, ovatko ne syntyneet kuluttajia hyödyttävän vai haittaavan toiminnan seurauksena. Laajaa alallepääsyn esteiden määrittelyä voidaan puolustaa erityisesti eurooppalaisessa järjestelmässä, jossa kiellettyä ei ole määräävä asema, vaan ainoastaan väärinkäyttö. Yrityskauppavalvonnan osalta sama puolustus ei päde, sillä myös määräävä asema voi tulla kielletyksi. Tällöin markkinavoiman lisääntyminen ei liity kuitenkaan sisäiseen kasvuun, vaan kilpailijan tms. yrityksen haltuunottoon. Perusongelmana markkinoiden määrittelyssä on se, että se suoritetaan yleensä historiallisen aineiston perusteella. Tällöin kauppavirrat, alallepääsyn esteet tms. seikat antavat helposti liian suppean kuvan markkinoista verrattuna tilanteeseen, joka vallitsisi sen jälkeen, kun hintoja on yritetty nostaa. Erityisesti yrityskauppojen osalta olennaista on, millaiseksi markkinatilanne muodostuisi, jos hintoja pyrittäisiin nostamaan. Kilpailuanalyysiä on täydennettävä potentiaalisen kilpailun tarkastelulla.

3.6.2 Potentiaalinen kilpailu

Potentiaalinen kilpailu voidaan määritellä kilpailuksi, jota relevanteilla markkinoilla ei sillä hetkellä esiinny, mutta joka voisi ilmaantua markkinoille. Jos potentiaalinen kilpailu on riittävän voimakasta, markkinoilla toimivat yritykset eivät voi nostaa hintoja tai ali-investoida tuotekehittelyyn, sillä uusien yritysten ilmaantuminen markkinoille tekisi strategiasta kannattamattoman. Komissio tutkii myös, onko potentiaalista kilpailua odotettavissa määriteltyjen hyödykekohtaisten ja maantieteellisten markkinoiden ulkopuolella toimivien potentiaalisten kilpailijoiden taholta. Erityisesti, mikäli komissio on valinnut eri vaihtoehdoista suppeamman alueellisten markkinoiden määrittelyn, otetaan potentiaalinen kilpailu huomioon, jos hinnankorotukset todennäköisesti toisivat uusia yrityksiä markkinoille.[308] Potentiaalinen kilpailu voi tehokkaasti rajoittaa yrityksen toimintavapautta, jos alalle pääsyn esteet ovat alhaiset.[309]

Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten horisontaalisia yrityskauppoja koskevien soveltamisohjeiden tapaan voidaan potentiaalinen kilpailu huomioida seuraavien edellytysten vallitessa:

1. Alalletulon tulee tapahtua ajoissa,
2. alalletulon tulee olla todennäköinen, ja
3. alalletulon tulee olla riittävä.

Alalletulo tapahtuu *ajoissa,* kun se seuraa 2–3 vuoden sisällä keskittymisestä tehokkaan markkinoille tulon vaatimassa laajuudessa. Se on *todennäköinen*, jos

---

[308] *Lucas/Eaton*, kohta 37 e); *Courtaulds/SNIA*, kohdat 27–29.
[309] *Digital/Kienzle*, kohta 21.

se voi tapahtua ennen keskittymistä vallinneeseen hintatasoon, koska menestyksekkään alalletulon tulee laskea hintataso ennen keskittymistä vallinneelle tasolle. Todennäköisyyttä arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota paitsi oikeudellisiin ja teknisiin alallepääsyn esteisiin, myös muihin tekijöihin, jotka vaikeuttavat yrityksen etabloitumista tai tekevät sen investointiin liittyvän riskin vuoksi epätodennäköiseksi. Alalletulo on *riittävä* silloin, kun sen tuoma potentiaalinen uhka estää keskittymää nostamasta hintoja tai muulla tavalla käyttämästä väärin markkinavoimaansa. Alalletulo voi tapahtua joko aktuaalisten kilpailijoiden tuotantokapasiteettia laajentamalla tai kokonaan uusien yritysten tulolla markkinoille. Riittävyyttä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, että markkinoilla on vielä tilaa tuotannon laajentamiselle, potentiaaliset asiakkaat eivät ole rakenteellisten yhteyksien tai pitkäaikaisten sopimusten vuoksi estyneitä vaihtamaan toimittajaa ja että potentiaalisilla kilpailijoilla on riittävät jakelukanavat sekä alalletuloon vaadittavat resurssit ja know how. Alalletulo voi tapahtua joko aktuaalisten kilpailijoiden tuotantokapasiteettia laajentamalla tai kokonaan uusien yritysten tulolla markkinoille.[310]

De Havilland -tapauksessa komissio tutki, voisivatko suihkukoneita valmistavat yritykset ryhtyä valmistamaan regionaalisille lennoille tarkoitettuja turbopropellikoneita. Uuden konetyypin kehittäminen kestäisi 6–7 vuotta ja vaatisi huomattavia investointeja tuotekehittelyyn ja tutkimukseen. Uudelle valmistajalle aiheutuisi merkittäviä uponneita kustannuksia, joiden kuolettaminen myyntituloilla olisi epätodennäköistä. Komissio katsoi, että kyseisten markkinoiden kysynnän huippu oli jo saavutettu. Huolto-, koulutus- ja vastaavien kustannusten kurissapitämiseksi turbopropellikoneita käyttävät lentoyhtiöt tulevaisuudessa tilaisivat kyseisiä koneita siltä valmistajalta, jonka koneita niillä jo on laivastossaan. Näistä syistä komissio piti potentiaalisten kilpailijoiden markkinoilletuloa epätodennäköisenä.[311] Tapauksessa *Boeing/McDonnell-Douglass*[312] komissio perusteli kieltoa muun ohella sillä, että uuden suuren suihkukäyttöisen matkustajakoneen kehitystyö maksaa yli 10 miljardia dollaria. Ottaen huomioon vaaditun kehityspanoksen olennaisuuden, oppimiskäyrän vaikutuksen ja alan heikohkot kasvunäkymät, kokonaan uusien yritysten tuloa markkinoille pidettiin epätodennäköisenä. Tapauksessa *Kesko/Tuko* yrityskaupan katsottiin lisäävän markkinoille pääsyn esteitä ja heikentävän potentiaalista kilpailua. Tämän vaikutuksen arveltiin seuraavan jo ennestään keskittyneen jakelujärjestelmän keskittymisestä edelleen.[313] Sen sijaan esimerkiksi tapauksessa *Alcatel/Telettra* korkeaan

---

[310] Riittävyyttä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, että markkinoilla on vielä tilaa tuotannon laajentamiselle, potentiaaliset asiakkaat eivät ole rakenteellisten yhteyksien tai pitkäaikaisten sopimusten vuoksi estyneitä vaihtamaan toimittajaa ja että potentiaalisilla kilpailijoilla on riittävät jakelukanavat sekä alalletuloon vaadittavat resurssit ja know how. Alalletulo voi tapahtua joko aktuaalisten kilpailijoiden tuotantokapasiteettia laajentamalla tai kokonaan uusien yritysten tulolla markkinoille.

[311] *Aerospatiale/de Havilland*, kohdat 54–64.

[312] EYVL 1997 L 336/16.

[313] EYVL 1997 L 110/53; *Kesko v. komissio*, T-22/97, Kok. 1999 s. II-3775.

markkinaosuuteen johtava yrityskauppa sallittiin, koska markkinoiden avaamisen odotettiin lisäävän lähivuosina kilpailua.

Euroopan integraation syventyminen ja laajentuminen uusille alueille johtaa markkinoiden laajentumiseen. Viimeisen kymmenen vuoden kuluessa on ollut havaittavissa kehitys, jossa aiemmin suljetut kansalliset markkinat ovat avautuneet muista jäsenmaista tulevalle kilpailulle. Kysymys kuuluu, missä määrin käytännössä voidaan ottaa huomioon se, että todennäköisesti markkinat tulevat laajenemaan tulevaisuudessa. Integraatioprosessi voidaan ottaa huomioon, mikäli a) on varmuus siitä, että integraatioprosessin seurauksena määräävässä asemassa oleva yritys saa uusia kilpailijoita määritellyn lyhyen aikavälin sisällä ja b) keskittymän seurauksena syntyvä määräävä asema ei ole suhteettoman vahva verrattuna kohdassa a) määriteltyyn ajanjaksoon.[314] Ensimmäistä kriteeriä voidaan tulkita siten, ettei markkinoiden avaaminen ole riippuvainen poliittisista epävarmuustekijöistä (esim. että merkitykselliset asetukset ja direktiivit on jo hyväksytty ministerineuvostossa)[315] ja että lainsäädännön myönteiset vaikutukset ovat selvästi todennettavissa.[316] Jälkimmäinen kriteeri tarkoittaa, ettei yritys pysty nostamaan hintoja tai asettamaan muita epäedullisia ehtoja asiakkailleen, ilman että potentiaaliset kilpailijat tähän reagoivat, jolloin yritys menettäisi markkinaosuuttaan.[317] On vaikea vastata kysymykseen, kuinka pitkälle tulevaisuuteen integraation vaikutuksia voidaan huomioida.[318] Kukin tapaus tulee kuitenkin arvostella erikseen, jolloin merkityksellisten tekijöiden yhteisvaikutus vaihtelee tapauskohtaisesti. Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten tapaan nyrkkisääntönä voidaan pitää yrityskaupan vaikutusten arvioimista noin 2–3 vuotta eteenpäin.[319] Kyse on tapauskohtaisesta harkinnasta.

Tapauksessa *Mercedes Benz/Kässbohrer*[320] kahden linja-autonvalmistajan yhdistyminen hyväksyttiin siitä riippumatta, että se johti varsin korkeisiin markkinaosuuksiin Saksan markkinoilla. Huomiota kiinnitettiin siihen, kuinka nopeasti muista maista olevat bussien valmistajat tulevat markkinoille, jos

---

[314] Ks. esim. Overbury (1991) s. 82.

[315] Vrt. *Thomson/Pilkington*, kohdat 21 ja 22; *ACCOR/Wagons-Lits*, kohta 27.

[316] Vrt. *BP/Petromed*, kohta 10 ja *ELF/BC/CEPSA*, kohta 12, joissa monopoliaseman turvaavien lainsäännösten kumoamisen Espanjassa 1.1.1992 alkaen ei vielä katsottu avaavan markkinoita ulkomaiselle kilpailulle, koska markkinoiden rakenteiden katsottiin mm. vaadittavien korkeiden investointien vuoksi säilyvän pitkälle tulevaisuuteen kansallisina.

[317] *Renault/Volvo*, kohta 14; *Fiat Geotech/Ford New Holland*, kohta 29; *Lucas/Eaton*, kohta 37 b); *Metallgesellschaft/Safic Alcan*, kohta 24; *Courtaulds/SNIA*, kohta 20. Ks. myös *Aerospatiale/de Havilland*, kohta 69, viimeinen kappale.

[318] *Alcatel/Telettra* -tapauksessa komissio otti arvioinnissaan yhtenä tekijänä huomioon teleyritysten julkisia hankintoja koskevan direktiivin, joka tuli saattaa voimaan Espanjassa vuoden 1996 alkuun mennessä.

[319] Ks. esim. Ehlermann (1991) s. 312 ss. Selvästi liian pitkä on 10 vuoden ajanjakso. Ks. *ACCOR/Wagons-Lits*, kohdan 26 alakohdat 2 a) ja d).

[320] M.0477, EYVL 1995 L 211/1.

hintoja korotetaan. Komissio arvioi lopullisena kantanaan, että potentiaalinen kilpailu esti kilpailua merkittävästi estävän määräävän aseman syntymisen. Kässbohrer-päätöksen perustelut antavat potentiaalisen kilpailun osalta sijaa arvostelulle.[321] Ratkaisu herättää kysymyksen, miksei samaa argumenttia hyväksytty myöhemmässä tapauksessa *Volvo/Scania,*[322] jossa kyse oli osin saman alan yrityskaupan arvioinnista. Komissio kielsi yrityskaupan eikä hyväksynyt potentiaalista kilpailua koskevaa argumenttia. Enemmän huomiota oltaisiin voitu kiinnittää myös siihen, että Volvon ja Scanian tuotannosta noin 80 % suuntautui niiden alueiden ulkopuolelle, joilla yrityskaupan oli katsottu johtavan määräävään asemaan. Vaikkeivät tapaukset ole identtisiä keskenään, täysin erisuuntaista ratkaisutapaa on pidettävä hyvin häiritsevänä. Päätökset näyttäisivät olevan ristiriidassa keskenään.[323] Ristiriita on mahdollista purkaa myös siten, että Volvon ja Scanian kaupan lisäksi myös Mercedeksen ja Kässbohrerin välinen kauppa olisi tullut kieltää.[324] Herää kysymys, missä määrin suuren jäsenmaan poliittinen vaikutusvalta on vaikuttanut tapauksen saamaan lopulliseen ratkaisuun.[325]

---

[321] Päätöksessä viitataan potentiaaliseen kilpailuun yleisellä tasolla. Päätöksessä todetaan, että mm. merkkiuskollisuus ja vaihtamiskustannukset rajoittavat asiakkaiden halua vaihtaa automerkkiä. Kuitenkin markkinamäärittelyn osalta relevanttien hyödykemarkkinoiden rajaamista Saksan alueelle perusteltiin Saksan markkinoiden suljettuisuudella ja ulkomaisten toimittajien kohtaamilla vaikeuksilla. Ks. komission päätöksen kohdat 28-38. Markkinoiden arveltiin kuitenkin olevan avautumassa erityisesti julkisia hankintoja koskevien alakohtaisten direktiivien perusteella, jotka jo ensimmäisenä voimassaolovuotenaan olivat osoittaneet "merkittäviä vaikutuksia". Ks. komission päätöksen kohdat 88–100.

[322] *Volvo/Scania*, M.1672, komission päätös 15.3.2000.

[323] Ikävimpänä vaihtoehtona voitaisiin pitää johtopäätöstä, jonka mukaan yrityskauppavalvonnan nykyiset soveltamiskriteerit suosivat suuria ja syrjivät pieniä jäsenvaltioita. Vaikka suuren jäsenvaltion alueelle kohdistuvaa potentiaalista kilpailua periaatteessa voitaisiinkin pitää jonkin verran voimakkaampana, ei se oikeuttane päinvastaista analyysiä saman alan kaupoissa.

[324] Ratkaisukäytännön epäjohdonmukaisuudet ovat omiaan herättämään kysymyksen komission tasapuolisuudesta. Nähdäkseni perusteita ei ole osoitettavissa julkisuudessa esiintyneelle väitteelle, jonka mukaan komissio syrjisi pienten maiden yrityksiä. Tapauksessa *Mercedes/Kässbohrer* julkisuuteen tihkuneiden tietojen mukaan EY:n komissio olisi halunnut kieltää kaupan, mutta kielto kaatui teollisuuspoliittisilla argumenteilla EY:n komission kollegion tasolla. Mahdollisesti suopeampi tulkinta Kässbohrer-tapauksessa selittyy sillä, että komissio kollegiona antoi enemmän merkitystä teollisuuspoliittiselle argumentille.

[325] Kysymyksen arviointia ei helpota se, että EY:n komissio on ylimmällä päätöksentekotasolla poliittinen elin. Yritysten oikeusturvan ja tasapuolisen kohtelun kannalta ei ole hyväksyttävää, jos oikeudelliset ja poliittiset seikat sekoittuvat ratkaisukäytännössä tavalla, joka vaikeuttaa komission kantojen arviointia etu- ja jälkikäteen. Voitava olisi tehtävä sen hyväksi, että EY:n komission päätöskäytännöstä saataisiin nykyistä läpinäkyvämpää. Nykyistä tilannetta ei voida pitää täysin tyydyttävänä.

3.7 PIENTEN MARKKINOIDEN DILEMMA?

Komission käytäntöä voidaan kritisoida siitä, että integraation tulevien vaikutusten arvioinnissa ei oteta riittävästi huomioon niitä seikkoja, joihin yritykset joutuvat kiinnittämään huomiota esim. harkitessaan uusien tuotantolinjojen käyttöönottoa. Yleensä investointipäätökset tehdään 2–3 vuoden aikajännettä pidemmällä tähtäimellä. Voidaankin kysyä, tulisiko nykyistä suurempi merkitys antaa lainsäädäntötyölle, jolla nykyisiä vaihdannan esteitä ollaan poistamassa. Maapalloistuminen laajentaa yritysten toimintasädettä ja edellyttää suurempaa yrityskokoa. Yrityskaupoilla varaudutaan markkinoiden laajentumiseen. Jos alueelliset markkinat on määritelty kansallisiksi, voi keskittyminen johtaa määräävään asemaan tietyn jäsenvaltion alueella. Monilla vielä nykyään kansallisilla hyödykemarkkinoilla on lähitulevaisuudessa odotettavissa lisää kilpailua muista jäsenmaista. Yleisesti on arveltu, että euron käyttöönotto tulee lisäämään kilpailua paitsi rahoitusmarkkinoilla, myös muillakin sektoreilla, kun hintavertailujen tekeminen käy helpommaksi.[326] Samoin on kritisoitu sitä, että markkinat määritellään yleensä korkeintaan Euroopan laajuisiksi, vaikka merkittävää kilpailua tulee esim. Yhdysvalloista ja Kauko-Aasiasta. Yritysten näkökulmasta voidaan esittää argumentti, että nykyisessä ratkaisukäytännössä maapalloistumiseen kiinnitetään liian vähän huomiota. Markkinat tulisi määritellä laajemmin.[327] Komissio voisi luottaa enemmän markkinoiden omaan kykyyn korjata vääristymiä. Symbolin asemaan nousseen *Volvon ja Scanian* fuusion kilpailuvaikutuksia arvioitiin yksittäisten Skandinavian maiden markkinoiden kannalta, vaikka sulautuvien yritysten myynnistä noin 80 % suuntautui muihin Euroopan maihin ja sen ulkopuolelle. Ilmoittajien mukaan yrityskaupan tarkoituksena oli saavuttaa yhteismarkkinoiden vaatima yrityskoko. Kärjistäen voitaisiin jopa väittää, ettei kuorma- tai linja-autoja suunniteltaisi pelkästään Pohjoismaiden markkinoille, koska näin suppeat markkinat eivät toisi kehityskustannuksia takaisin. Suppea markkinamäärittely estää pienten jäsenvaltioiden yrityksiä kasvamasta globaaleiksi pelureiksi. Eräissä kommenteissa on menty jopa niin pitkälle, että komission on katsottu syrjivän pienten jäsenmaiden yrityksiä. Objektiivisemmassa muodossa komission katsotaan toimivan sinänsä puolueettomasti, mutta yrityskauppavalvonnan soveltamiskriteereitä pidetään pienten maiden yritysten kannalta epäedullisina.[328] Integraatiota koskevat ta-

---

[326] Kuitenkin on todettava, että hintavertailujen tekemisen mahdollisuus vaikuttaa ensi vaiheessa lähinnä yhteen tekijään eli markkinoiden läpinäkyvyyteen. Euron käyttöönotto ei siten miten-kään poista edellä käsiteltyjen alallepääsyn esteiden merkitystä. Yhteinen rahayksikkö ei myös-kään merkitse sitä, että esim. asiakkaiden toimintamahdollisuuksien perusteella määräytyvät päivittäistavaramarkkinat tästä olennaisesti laajentuisivat.

[327] Teollisuuden puolelta on osin peräti esitetty vaatimus, jonka mukaan alueelliset markkinat tulisi määritellä "aina vähintään Euroopan yhteisön laajuisiksi".

[328] Tämänsuuntaista kritiikkiä ovat esittäneet mm. Ruotsin ja Suomen pääministerit Persson (ks. Dagens Industrie 20.9.2001) ja Lipponen (Financial Times 5.10.2001).

voitteet ja johtopäätökset näyttäisivät olevan ristiriidassa keskenään. Vaikka EU:n keskeisenä tarkoituksena on laajan ja yhtenäisen markkina-alueen luominen, tavoitteen toteutumiseen ei luoteta markkinamäärittelyn yhteydessä.

Kritiikkiin voidaan vastata, ettei integraatiotavoitteen olemassaolosta voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tavoite olisi kaikilta osin toteutunut.[329] Esimerkiksi yhteinen rahayksikkö ei poista etäisyyden, kulttuurin tai alakohtaisten kilpailutekijöiden merkitystä. Vaikka yrityksellä itsellään olisi globaali kasvustrategia ja samat yritykset toimisivat useissa maissa, markkinat voivat olla paikalliset, alueelliset tai kansalliset, jos kysyntäsubstituutio rajoittuu tälle alueelle. Integraatioprosessin seurauksena alueelliset markkinat laajenevat ja kysynnän ja tarjonnan määrä kasvaa. Oikeudellinen harmonisointi ja minimistandardien asettaminen vähentää oikeudellisia ja teknisiä alalle pääsyn esteitä. Se on samalla myös "kilpailupolitiikkaa". Seurauksena on kilpailun lisääntyminen, mikä on myös 3 g) artiklan keskeinen tavoite. Integraatio vaikuttaa luotuihin, ei luontaisiin kaupan esteisiin. Toisaalta yhteismarkkinoiden luominen lisää yrityskauppavalvonnan tarpeellisuutta. Kotirauhaan tottuneet yritykset vastaavat kilpailun lisääntymiseen keskittymisellä. Vaarana on yhteisön laajuisten oligopolien syntyminen tai kansallisen "status quon" säilyttäminen fuusioilla. Yhteismarkkinaohjelma avaa markkinat ja yrityskauppavalvonta pitää ne avoimina. Keinot ovat toisiaan täydentäviä, eivät toisiaan korvaavia.

Markkinoiden laajuus on taloudellinen tosiasiakysymys. Vaikka yritys toimisi globaalisti, erityisesti kuluttaja-asiakkaiden ja pienyritysten kyky ostaa hyödykkeitä yhtä laajalta alueelta on rajoitettu. Ratkaisevaa ei ole se, onko hyödykkeiden ostaminen kauempaa mahdollista, vaan se, onko se taloudellisesti kannattava vaihtoehto. Vaikka internet laajentaa kestokulutushyödykkeiden potentiaalisia markkina-alueita,[330] useimpien hyödykkeiden ostaminen ja myyminen edellyttää paikallista läsnäoloa. Alueiden kielellinen ja kulttuurinen heterogeenisuus monimutkaistaa markkinamäärittelyä.[331] Kieli- ja kulttuurierojen vuoksi EU:ssa ei ole eikä välttämättä koskaan tule olemaankaan "yhteismarkkinoita" USA:n merkityksessä.

Voidaan myös kyseenalaistaa se, pitääkö väite suppeasta maantieteellisten markkinoiden määrittelystä yleisellä tasolla paikkaansa. Kilpailukomissaari *Mario Montin* Suomessa järjestetyssä seminaarissa esittelemien tilastojen mukaan vuoden 2001 loppupuolella oli edellisen viiden vuoden tilastojen perusteella ratkaistuista yhteensä 1295 tapauksesta 184 päätöksessä (14,2 %) markkinoiden on katsottu olevan kansalliset, kun 187 päätöksessä (14,4 %) markkinoita pidettiin yhden jäsenvaltion aluetta laajempina.[332] Valtaosassa eli 924 tapauksesta (71.4 %) markkinoiden laajuus jätettiin lopullisesti auki, koska yrityskaupan ei katsottu aiheuttavan kilpailuongelmia suppeimmallakaan

[329] Humen giljotiinia mukaillen siitä, miten pitäisi olla, ei voi johtaa sitä, miten on.
[330] Ks. Office of Fair Trading (2000).
[331] Näin myös Monti (2001 a) s. 7.
[332] Ks. Monti (2001 a) s. 10.

markkinamäärittelyllä.[333] Mitä tulee pohjoismaisten yritysten ilmoittamiin kauppoihin, yhteensä 228 päätöksestä 24 tapauksessa (10,5 %) markkinoiden katsottiin olevan kansallisia. Markkinoiden katsottiin olevan kansallisia laajemmat 30 tapauksessa (13,2 %) ja 174 päätöksessä (76,34 %) lopullinen määrittely jätettiin auki.[334] Myös kotimaisessa työryhmämietinnössä on katsottu, etteivät väitteet pienten maiden syrjinnästä ole perusteltavissa. Komission käsittelemistä yrityskauppatapauksista vain pieni osa on koskenut pienten maiden yrityksiä ja ratkaisukriteerit vaikuttavat samanlaisilta.[335] Kuitenkaan tilastot eivät koko kuvaa. Ratkaisevia eivät ole markkinamäärittelyn prosenttiosuudet, vaan se, mihin suuntaan kriittiset rajatapaukset kallistuvat.

Voidaan todeta, että tilastojen perusteella EY:n komission ei voida todeta kohtelevan pienten maiden yrityksiä eriarvoisesti. Tilastollisesti ero on pikemminkin lievästi pienten maiden yritysten eduksi, joskin otosta on pidettävä liian pienenä kestävien johtopäätösten tekemiseen.[336] Käymällä läpi yksittäisiä päätöksiä ei voi päätyä muuhun, kuin että markkinoiden määrittelykriteerit ovat samoja. Yksityiskohtaisemman vastauksen antaminen edellyttäisi huomion kiinnittämistä myös hyödykemarkkinoiden määrittelyyn. Kaikkia tapauksia olennaisempaa olisi tarkastella kriittisiä tapauksia, joissa yrityskauppa sallitaan vasta ehtojen jälkeen tai kielletään kokonaan. Teknisluontoista markkinoiden määrittelyä olennaisempana kysymyksenä voidaan pitää sitä, missä määrin ns. teollisuuspoliittinen harkinta mahdollistaa komissiolle kollegiona muiden kuin kilpailun turvaamiseen liittyvien näkökohtien huomioon ottamisen. Mitä enemmän asetuksessa jätetään pelivaraa ns. yleisen edun huomioon ottamiselle, sitä suuremmaksi muodostuu riski siitä, että suurten jäsenmaiden yritysten takana oleva kaupallinen ja poliittinen voima saa vastoin komission kilpailupääosaston kantaa aikaan po. ilmoittajia suosivia ratkaisuja. Kysymyksen arviointia ei helpota se, että EY:n komissio on ylimmällä päätöksentekotasolla poliittinen elin. Yritysten oikeusturvan ja tasapuolisen kohtelun kannalta ei ole hyväksyttävää, jos oikeudelliset ja poliittiset seikat sekoittuvat ratkaisukäytännössä tavalla, joka vaikeuttaa komission kantojen arviointia etu- ja jälkikäteen. Voitava olisi tehtävä sen hyväksi, että EY:n komission päätöskäytännöstä saataisiin nykyistä läpinäkyvämpää. Nykyistä tilannetta ei voida pitää täysin tyydyttävänä. Tosin yrityskoon kasvattaminen kansallisella tasolla ei ole ainoa tie kasvaa kansainvälisesti. Kilpailun heikkeneminen kotimarkkinoilla on voi pikemminkin heikentää teollisuuden kansainvälistä kilpailukykyä. Kysymys on varsin vaikea. Keskustelua käydään usein retorisella tasolla. Kysymykseen mahdollisesta pienten markkinoiden dilemmasta palataan tutkimuksen päätösjaksossa.

---

[333] Ibid.
[334] Ibid.
[335] Ks. Kotimarkkinoiden toimivuus ja kansainvälinen kilpailukyky. Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän loppuraportti (2002), s. 30–39, s. 36 ss.
[336] Vrt. Monti (2001a) s. 11.

4. Yhteinen määräävä asema

4.1 ONGELMAN KUVAUS

Yrityskauppavalvonnassa jaetun määräävän aseman käsite on hyvin merkityksellinen. Individuaalisen määräävän aseman perusteella kilpailuviranomainen voi kieltää yrityskaupan, jos keskittymisen seurauksena keskittymään osallisilla yrityksillä on yksin määräävä asema. Tällöin yhtä vahvojen kilpailijoiden markkinoilla olo säännönmukaisesti estää kaupan kieltämisen. Jos yrityskauppavalvonnalla voidaan puuttua kollektiivisen määräävän aseman syntymiseen, kilpailuviranomainen voi hieman yksinkertaistaen kieltää yrityskaupan, jonka seurauksena esim. kolmella yrityksellä kullakin olisi noin 25 %:n markkinaosuus eli ne yhdessä hallitsisivat 75 % markkinoista. Jos lähtökohdaksi otetaan individuaalinen määräävä asema, olisi 25 %:n markkinaosuus, kun markkinoilla on kaksi yhtä suurta kilpailijaa, hyvin vahva indisio yhden yrityksen määräävää asemaa vastaan.[337]

Yhteisen määräävän aseman käsitteen avulla yrityskauppavalvonta ulotetaan yhden yrityksen määräävää asemaa koskevien osamonopolien torjunnasta tiukan oligopolististen markkinarakenteiden torjuntaan. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty osoittamaan, ettei markkinoiden rakenne yksinään riitä arvioinnin mittapuuksi.[338] Markkinoiden keskittymistä ja kolluusiota ei pidä samaistaa keskenään. Kuitenkin mahdollista on, että oligopolin tiivistyminen luo olosuhteet hintojen nousulle. Individuaalisesta ja kollektiivisesta markkinavoimasta voi aiheutua samanlaisia hyvinvointitappioita, mistä syystä niiden käsitteleminen täysin toisistaan poikkeavalla tavalla ei vaikuta perustellulta. Edellä on päädytty siihen, etteivät kartellikielto ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttökielto riittävästi ratkaise oligopoliongelmaa. Kieltonormien soveltaminen tulee rajoitetusti kyseeseen puuttumalla nimenomaiseen kolluusioon ja kolluusiota edistäviin toimenpiteisiin kuten tietojenvaihtoon, signalointiin sekä kilpailun edellytykset poistaviin alennuskäytäntöihin. Mikäli kilpailutilanne

---

[337] Kyseessä on osin sama ongelma kuin väärinkäyttövalvonnassa 82 artiklan 7 §:n osalta. Voiko määräävä asema olla useammalla taloudellisesti itsenäisellä yrityksellä yhdessä, vai seuraako oligopolistien keskinäisestä riippuvuussuhteesta, ettei niistä yksikään voi käyttäytyä kilpailijoista riippumattomasti?

[338] Lähdettäessä liikkeelle Cournotin oligopolimallista markkinoiden keskittymisen odotetaan nostavan hintatasoa, mm. jos markkinat ovat läpinäkyvät, kustannusrakenne on sama ja alallepääsyn ja niiltä poistumisen esteet vakauttavat kollektiivista markkinavoimaa. Bertrandin malli viittaa kilpailulliseen lopputulokseen. Hyödyllisenä vaihtoehtona pidettiin rakenteellisen tarkastelun ja peliteorian synteesiä, joskin kilpailuoikeudellisia tarpeita silmällä pitäen koherentti ja kattava oligopoliteoria odottaa vielä kehittäjäänsä.

heikentyy yrityskaupan markkinarakenteessa aikaansaaman heikennyksen seurauksena, ongelmaa ei voida ratkaista yksinomaan tai edes pääasiallisesti jälkikäteisen käyttäytymisvalvonnan perusteella.

Lain tasolla oligopolikysymys on puutteellisesti säännelty sekä EY:n asetuksessa että kilpailunrajoituslain yrityskauppoja koskevassa luvussa. Pelkkä lain kieliopillinen tulkinta ei riitä, vaan avuksi tulee ottaa lain systematiikkaa ja tavoitteita koskevat apukeinot. Merkittävä tuomioistuinratkaisu tehtiin vuonna 1998, jolloin EY:n tuomioistuin hyväksyi, että yrityskauppa voidaan kieltää yhteisen määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen perusteella. Periaatteellinen ratkaisu muodostaa kuitenkin tarkastelun ensimmäisen vaiheen. Mielenkiinto siirtyy kysymykseen, millä edellytyksillä ja millä näytöllä EY:n kilpailuoikeudessa voidaan kieltää yhteiseen määräävään asemaan johtava yrityskauppa. Suurimman ongelman muodostaa juuri tasapainoisten ratkaisukriteerien löytäminen. Jaksossa otetaan kantaa myös Suomen tilanteeseen. Kysymystä tarkastellaan sekä oikeusdogmaattisesti että oikeuspoliittisesti.

4.2 EY:N KILPAILUOIKEUS

Seuraavassa käsitellään jaettua määräävää asemaa koskevan doktriinin kehittymistä EY:n kilpailuoikeudessa. Vanhemman käytännön osalta esitys perustuu vuonna 1992 julkaisemaani tutkimukseen.[339] Esityksen lyhentäminen olisi puhtaan de lega lata tiedonintressin näkökulmasta perusteltua. Nähdäkseni puolesta ja vastaan esitettyjen argumenttien kertaaminen on kuitenkin paikallaan, sillä niiden esittely mahdollistaa lukijalla kuvan muodostamisen siitä, vastaako EY:n tuomioistuimen ottama kanta asetuksen sanamuotoa ja henkeä. Toiseksi, jaetun määräävän aseman käsitteen kehittyminen osoittaa systemaattis-teleologisen tulkintametodin asemaa EY:n kilpailuoikeudessa. EY:n tuomioistuimet irrottautuvat varsin helposti näennäisen tiukoista sanamuodon ja ns. selvän valtuutuksen asettamista rajoista, jos laajentavan tulkinnan katsotaan palvelevan kilpailun turvaamista yhteismarkkinoilla. Säädösaineistoa korostavasta positivistisesta lähtökohdasta tätä voidaan arvostella juridisena aktivismina. Toisaalta finalistisesta näkökulmasta tulkinnalla vain vastataan yhteismarkkinoiden edistymisen tuomiin haasteisiin. Kolmanneksi, asetuksen tavoitteita ja sanamuotoa koskevalla tulkinnalla on edelleen merkitystä erityisesti arvioitaessa sitä, kuinka laajan oligopolikontrollin asetus mahdollistaa.

---

[339] Ks. Kuoppamäki (1992) s. 194 ss.

4.2.1 Yhteistä määräävää asemaa koskevan doktriinin kehittyminen EY:n kilpailuoikeudessa

4.2.1.1 Oikeuskirjallisuus 1990-luvun alussa

Jo pian asetuksen voimaantulon jälkeen kirjallisuudessa ryhdyttiin keskustelemaan asetuksen soveltamisalasta. Kysymyksen riidanalaisuutta lisäsi se, että asetus näytti vaikenevan kysymyksestä. Ensimmäisen mielipiteen mukaan määräävä asema 2 artiklan merkityksessä ulottui sekä individuaaliseen että kollektiiviseen määräävään asemaan.[340] Toisen mielipiteen mukaan asetuksen 2 (3) artiklan soveltaminen jaettuun määräävään asemaan ei ole mahdollista, sillä erotuksena 82 artiklasta asetuksen 2 artiklassa ei puhuta useamman yrityksen määräävästä asemasta.[341] Suppeaa tulkintaa perusteltiin asetuksen 2 artiklan sanamuodolla. Laajentavaa tulkintaa perusteltiin tarpeella säädellä oligopoleja ja sillä, että monien muidenkin maiden yrityskauppavalvonnassa tunnettiin jaetun määräävän aseman tai siihen rinnasteinen käsite. Osittain kysymys jätettiin tulevan käytännön ratkaistavaksi.[342] Kannanotot puolesta tai vastaan jäivät usein vain viittauksen varaan.[343]

4.2.1.1.1 Asetuksen sanamuoto

Erotuksena 82 artiklasta asetuksen 2 artiklassa ei puhuta "yhden tai useamman yrityksen" määräävästä asemasta. Sulautuma-asetuksen 2 (3) artiklassa puhutaan "määräävästä asemasta, joka merkittävästi estää kilpailua". *Italian Flatt Glass* -tapauksessa ensimmäisen asteen tuomioistuin perusteli kantaansa pitkälti juuri 82 artiklan sanamuodolla. Sanamuodon erilaisuudesta voitaisiin päätellä, että 2 (3) artiklan nojalla voidaan puuttua vain individuaalisen määräävän aseman syntymiseen. Myös määräävän aseman kvalifioiva kilpailun "merkittävä" estyminen viittaisi tähän suuntaan.[344] Jaettua määräävää asemaa vastaan näyttäisi puhuvan myös (kumottavissa oleva) presumptio, jonka mukaan keskittyminen ei merkittävästi heikennä kilpailua, jos siihen osallisten yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus on "vähäinen", ts. ei ylitä 25 prosenttia.[345] Kyseinen presumptio viittaisi siihen, että huomiota kiinnitetään vain keskittymään

---

[340] Bechtold (1990) s. 258–259; Ebenroth/Lange (1991) s. 845/853, s. 848; Janicki (1990) s. 195–205, s. 198; Schröter, G/T/E, Art. 87, Rdnr. 268.

[341] Epäilevällä kannalla 2 (3) artiklan soveltuvuudesta jaettuun määräävän asemaan tuolloin mm. Cook/Kerse (1991) s. 80.

[342] Varovaisen myönteisellä kannalla esim. Venit (1990 b) s. 531–544.

[343] Yksityiskohtaisemman analyysin osalta ks. kuitenkin Venit (1990b).

[344] Määreen lisääminen asetuksen valmistelun loppuvaiheessa viittaa siihen, että siitä haluttiin nostaa kieltokynnystä korkeammalle. Tämä puolestaan johtui poikkeuslupamahdollisuuden poistumisesta.

[345] Ks. asetuksen perustelujen kohta 13.

osallisten yritysten markkinaosuuteen. Tällöin sitä ei voitaisi soveltaa tiukkaan oligopoliin.[346]

Toisaalta 2 (3) artiklassa *ei* myöskään *nimenomaisesti* sanota, että määräävä asema täytyisi olla yhdellä yrityksellä. Myöskään asetuksen perusteluissa ei puhuta *yhden* yrityksen määräävästä asemasta. Keskittyminen tulisi kieltää, jos sen seurauksena syntyy *"asema*, joka merkittävästi estää kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla".[347] Määräävä asema on määritelty 2 (3) artiklassa hyvin yleisesti. Ratkaisevaa on keskittymisen seurauksena syntyvä markkinarakenne ja muut kilpailun toimivuuteen vaikuttavat olosuhteet. Artiklan 2 (3) sanamuodosta ei voida tehdä luotettavia johtopäätöksiä suuntaan tai toiseen.

4.2.1.1.2 Systemaattis-teleologinen tulkinta

Itse esitin 1992, että ratkaisua on etsittävä sulautuma-asetuksen ja Rooman sopimuksen kilpailusääntöjen tavoitteista. Perustelukuvio vastasi jälkikäteen tarkasteltuna EY-kilpailujuridiikan peruskaavaa, kun halutaan sääntelyn tehokkuussyistä ottaa laaja tulkinta kilpailuviranomaisen keinovalikoimaa koskevaan oikeuskysymykseen. Perustelut ja tulkintasuositus esitetään muuten alkuperäisessä muodossa, mutta artiklojen numerointi on korjattu vastaamaan Amsterdamin sopimuksen muutoksia.

4.2.1.1.2.1 Laajan tulkinnan perustelut

Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 a) mukaan fuusiovalvonnan tehtävänä on turvata toimiva kilpailu ja kehittää sitä. Tavoite on nähtävä yhtenä keinona Rooman sopimuksen artiklan 3 g toteuttamiseksi, jonka mukaan yhteisön tehtävänä on ottaa käyttöön järjestelmä, joka estää kilpailun vinoutumisen yhteismarkkinoilla. Tuomioistuimen tulkinnan mukaan artikla 3 g edellyttää 81 ja 82 artiklojen tulkitsemista ja soveltamista siten, että kilpailun toimivuus yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla turvataan. Tämän vuoksi puututaan myös menettelytapoihin, joista kuluttajille koituva vahinko on välillistä.[348] Artikla 3 g edellyttää vähintään, ettei kilpailua kokonaan poissuljeta.[349] Markkinoilla vaadittavan kilpailun toimivuus edellyttää niin paljon kilpailua, että Rooman sopimuksen perustavaa laatua olevat edellytykset täytetään ja erityisesti yhteismarkkinoiden luomiselle asetetut tavoitteet saavutetaan.[350]

---

[346] Tiukkana oligopolina voidaan pitää esim. tilannetta, jossa esimerkiksi viisi yritystä yhdessä hallitsee markkinoita. Jos niiden osuudet jakaantuvat tasaisesti, on kullakin 20 %:n osuus. Toisaalta yhteinen määräävä asema voisi olla poikkeus 25 %:n pääsäännöstä.

[347] Ks. asetuksen perustelujen kohta 14.

[348] Ks. *Commercial Solvents* ja *Hoffmann-La Roche*.

[349] Ks. *Continental Can*.

[350] Ks. *Metro/SABA I*.

Kilpailun toimivuutta voi epäilemättä uhata Euroopan laajuisten oligopolien syntyminen. Tilanne, jossa kolme tai neljä yritystä hallitsee EY:n markkinoita ja jossa kilpailua oligopolistien välillä ei yhdenmukaisen markkinakäyttäytymisen seurauksena esiinny, voi epäilemättä uhata artiklan 3 g) tavoitteita. Vaikkei keskittymisen seurauksena syntyisikään yhden yrityksen määräävää asemaa, voi kilpailu tosiasiallisesti merkittävästi estyä syistä, jotka liittyvät oligopolin rakenteisiin. RS 81 artikla ei sovellu pelkkään yhdenmukaiseen käyttäytymiseen. Tämän vuoksi se ei yksin riitä turvaamaan kilpailun toimimista.

Jaetun määräävän aseman soveltumattomuus johtaisi myös kilpailusääntöjen systematiikan kannalta outoon lopputulokseen. Jos jaettu määräävä asema soveltuu RS 82 mutta ei asetuksen 2 (3) artiklan osalta, voisi vain pari vuotta asetuksen voimaantulon jälkeen osoittautua, että 82 artikla olisikin paljon tehokkaampi keino keskittymisen valvontaan.[351] Tilanteen tekisi erityisen ironiseksi se, että asetuksen 22 artiklalla 82 artikla tehtiin käytännössä käyttökelvottomaksi fuusiovalvonnan osalta.[352] EY:n kilpailusääntöjä on niiden tehokkuuden ja normien välisen koherenssin turvaamiseksi pyrittävä tulkitsemaan siten, ettei niiden raja-alueille jää aukkoja. Fuusiovalvonta-asetus on luonteeltaan 82 artiklan soveltamista koskeva täytäntöönpanoasetus. Tämän vuoksi sitä on tulkittava 82 artiklan tavoitteita ja oikeuskäytännössä vahvistettuja periaatteita silmälläpitäen.[353] Tulkinta, joka johtaisi 82 artiklan aineellista soveltamisalaa suppeampaan lopputulokseen, on ongelmallinen.[354] Kun fuusiovalvonta-asetuksen tavoitteena on nimenomaan *tehostaa* keskittymien valvon-

---

[351] RS 82 artikla vaikuttaisi tehokkaammalta, jos hyväksytään *Continental Can* -opin soveltuminen myös jaetun määräävän aseman tilanteisiin. Tulkinta ei ole ongelmaton mutta se on täysin mahdollinen. Tällöin 82 artiklan nojalla voitaisiin kieltää yrityskauppa, jos määräysvallan hankkiminen entisestään merkittävästi vahvistaa jaettua määräävää asemaa. Esimerkiksi *Philip Morris* -tapauksen kaltainen tilanne voisi tulla arvosteltavaksi 81 artiklan sijasta tai sen ohella 82 artiklan mukaan. RS 82 artiklan potentiaaliset mahdollisuudet käyvät ilmeisiksi kun verrataan sitä GWB:n 23 a §:ään, jonka nojalla voidaan puuttua tiukkoihin oligopoleihin. Itse asiassa Saksan Bundeskartellamt kielsi samaisen Philip Morriksen ja Rothmansin välisen yrityskaupan, koska se johti GWB:n 23 a §:n vastaisesti määräävässä asemassa olevan oligopolin vahvistumiseen entisestään Saksan markkinoilla. (Ks. WuW/E BKartA 1943 ss. und OLG 3051 ss.). Saksan Kammergericht vahvisti Bundeskartellamtin päätöksen 1983 siltä osin kuin yrityskauppa koski saksalaisia tytäryhtiöitä. Kun Philip Morris EY:n komission kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen rajoitti omistuksensa alle 25 %:iin, johti se myöhemmin tapauksen käsittelyn raukeamiseen myös Saksassa.

[352] Asetuksen 22 artiklan 2 kohdassa säädetään, ettei asetusta 17/62 sovelleta sulautuma-asetuksen 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin. Näin ollen komissiolta otettiin pois tutkinta-, sakotus- ja muut valtuudet, joita 82 artiklan tehokas soveltaminen edellyttäisi.

[353] Ei ole esteitä sille, etteivätkö EY:n tuomioistuinten primäärioikeutta (tässä tapauksessa 82 artikla) koskevat myöhemmät tulkinnat voisi vaikuttaa myös sekundäärioikeuden (sulautuma-asetus) tulkintaan.

[354] Periaatteessa tällainen muutos pitäisi toteuttaa muuttamalla Rooman sopimuksen 82 artiklaa noudattaen 309 (ent. 236) artiklan menettelytapaa.

taa, voidaan jaetun määräävän aseman ulottamista myös fuusiovalvontaan pitää perusteltuna.[355]

4.2.1.1.2.2 Vuoden 1992 tulkintasuositus

Asetuksen 2 (3) artiklan sanamuodosta ei voida tehdä luotettavia johtopäätöksiä suuntaan tai toiseen. Systemaattis-teleologista tulkintametodia soveltaen fuusiovalvonta-asetuksen 2 (3) artiklan ja Rooman sopimuksen artiklan 3 [g] tehokkuuden (*effet utile*) turvaaminen näyttäisi kuitenkin edellyttävän, että 2 (3) artiklaa ainakin periaatteessa voidaan soveltaa jaettuun määräävään asemaan. Tällöin komission tulisi kieltää kilpailua merkittävästi estävän tiukan oligopolin syntyminen tai edelleen vahvistuminen, jos markkinoiden rakenne ja niiden oletettavissa oleva kehitys oikeuttavat johtopäätöksen, että kilpailu oligopolistien väliltä puuttuu.

Individuaalisen määräävän aseman tavoin on yrityskaupan kieltämisen edellytykseksi asetettava, että jaettu määräävä asema syntyy tai vahvistuu tutkittavana olevan yrityskaupan *seurauksena*. Vaikkei kilpailu oligopolistien välisten rakenteellisten yhteyksien tai muiden syiden vuoksi toimisikaan, ei 2 (3) artikla sovellu, jos keskittymisellä ei ole siihen sanottavia vaikutuksia. Jaettua määräävää asemaa voi vahvistaa kahden oligopolin jäsenen välinen fuusio, mutta myös oligopolin ulkopuolisen pienen yrityksen eliminoituminen kilpailijana. Sen sijaan kahden oligopolin ulkopuolisen yrityksen (fringe firms) fuusioituminen pikemminkin lisää kilpailua, jos se parantaa niiden mahdollisuuksia kilpailla oligopolistien kanssa. Lähtökohtaisesti kiellettyä olisi Euroopan laajuisen tiukan oligopolin syntyminen tai vahvistuminen. Jos yhteismarkkinaohjelman vaikutuksista huolimatta seurauksena on jäsenvaltioiden välisen kaupan merkittävä estyminen, voitaneen poikkeuksellisesti puuttua myös yksittäisen jäsenvaltion alueella vahvistuvaan tiukkaan oligopoliin.[356]

Seuraavassa tarkastellaan sitä, missä määrin viimeisen kymmenen vuoden aikana tapahtunut oikeuskehitys antaa aiheen muuttaa edellä olevaa lisensiaattityössä annettua tulkintasuositusta.

4.2.2 Oikeuskäytännön kehittyminen

4.2.2.1 EY:n komission varhainen käytäntö

Komission käytäntö on ensimmäisinä vuosina hyvin horjuvaa. Vaikuttaa siltä, ettei se osannut päättää, mille kannalle asettua.

---

[355] Kuoppamäki (1992) s. 198–200.
[356] Kuoppamäki (1992) s. 200–201.

Tapauksessa *VIAG/Continental Can* tietty osa markkinoista oli hyvin keskittynyt, kun keskittymään osallinen yritys yhdessä kolmen muun valmistajan kanssa hallitsi 95 % markkinoista. Komissio ei kuitenkaan päätynyt siihen, että näillä valmistajilla olisi jaettu määräävä asema, vaan katsoi, että vastaava oligopolistinen rakenne kysyntäpuolella rajoitti keskittymän markkinavoimaa.[357] Tapauksessa *Varta/Bosch* komissio lähettämässään virallisessa vasta-lauseessa selvästi sovelsi jaetun määräävän aseman käsitettä asetuksen perusteella. Keskittymän seurauksena uusi yrityskokonaisuus sai Espanjassa n. 44,5 %:n markkinaosuuden, mikä oli suunnilleen yhtä paljon kuin erään kolmannen yrityksen (Tudor SA) osuus samoilla markkinoilla. Lähettämässään virallisessa vastalauseessa komissio katsoi, että kahden yrityksen hallitessa n. 90 % markkinoista voisi tämä johtaa "tietoiseen paralleelikäyttäytymiseen", etenkin kun Espanjan markkinoilta puuttui kilpailijoita, jotka voisivat toimia näiden kahden yrityksen vastapainona.[358] Komissio kuitenkin luopui vastalauseesta lopullisessa päätöksessään.[359]

Tapauksessa *Alcatel/AEG Kabel* Alcatel osti AEG:n kaapeleita valmistavan tytäryhtiön. Saksan Bundeskartellamt katsoi keskittymän johtavan määräävään asemaan Saksan markkinoilla ja pyysi asetuksen 9 artiklan perusteella tapauksen siirtämistä sen käsiteltäväksi. Keskittymän markkinaosuus Saksassa yhdessä kahden muun yrityksen kanssa olisi yli 50 %, minkä markkinaolosuhteiden valossa oli Bundeskartellamtin mielestä katsottava johtavan jaettuun määräävään asemaan. Komissio ei halunnut ottaa nimenomaisesti kantaa 2 artiklan soveltumisesta keskittymisiin, jotka johtavat jaettuun määräävään asemaan. Joka tapauksessa asetus ei komission mielestä sisällä GWB:n 23 a §:n 2 momentin kaltaista presumptiota, jonka nojalla jaettu määräävä asema presumoitaisiin yritysten markkinaosuuden ylittäessä tietyt rajat.[360] Sulautuma-asetus ei sisällä todistustaakan kääntävää säännöstä. Päin vastoin komission on "kaikissa tapauksissa näytettävä toteen tehokkaan kilpailun puuttuminen, joka aiheutuu johtavien yritysten välillä vallitsevista rakenteellisista syistä erittäin keskittyneillä markkinoilla".[361] Tosiasiakysymyksenä komissio katsoi, ettei ollut aihetta olettaa tehokkaan kilpailun puuttuvan yritysten välillä tällä hetkellä tai tulevaisuutta silmällä-

---

[357] *VIAG/Continental Can*, kohdat 20–21. Jaettua määräävää asemaa oltaisiin voitu tutkia tarkemmin ainakin tapauksissa *Renault/Volvo*, *Fiat Geotech/Ford New Holland* ja *Mannesmann/VDO*. Ks. erityisesti *Mannesmann/VDO*, kohdat 25–27. Vrt. Siragusa/Subiotto, C.M.L.Rev. 1991 s. 919, alaviite 89.

[358] *Varta/Bosch*, kohta 32. Ks. myös *Magneti Marelli/ CEAc*, kohta 16 b).

[359] Komissio oli perustanut virallisen vastalauseensa a) individuaaliseen määräävään asemaan Saksan markkinoilla ja b) jaettuun määräävään asemaan Espanjan markkinoilla. Saksan osalta faktiset muutokset markkinarakenteessa ja Vartan antama sitoumus tiettyjen rakenteellisten yhteyksien purkamisesta johtivat komission kannan muutokseen (ks. päätöksen kohdat 44–64). On mielenkiintoista, ettei komissio sanallakaan perustele, mikä sai sen muuttamaan arviotaan Espanjan osalta.

[360] GWB:n 23 a §:n 2 momentin mukaan määräävä asema presumoidaan mm. jos kolmella yrityksellä on yli 50 %:n markkinaosuus. Tämän rajan yläpuolella keskittymään osallisten yritysten on todistettava, että markkinoiden keskittymisestä huolimatta yritysten välillä on huomattavaa kilpailua.

[361] *Alcatel/AEG Kabel*, komission päätös 18.12.1991, kohdat 20–22.

pitäen.[362] Komissio ei myöskään katsonut Saksan muodostavan erillisiä markkinoita asetuksen 9 artiklan 7 kohdan merkityksessä. Siksi se ei suostunut Bundeskartellamtin siirtopyyntöön.[363]

Näyttäisi siltä, että vasta ensimmäisen asteen tuomioistuimen *Italian Flatt Glass* -tapauksessa antaman ennakkopäätöksen jälkeen komissio ryhtyi tutkimaan johdonmukaisesti yhteisen määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista myös yrityskauppavalvonnassa. Tämä on ymmärrettävää, sillä konseptin omaksumisesta 82 artiklan osalta voitiin tulkita seuraavan, että sen täytyi olla olemassa myös yrityskauppavalvonnan puolella. Argumentti vaikuttaa painavalta, jos hyväksytään komission virallinen linja, jonka mukaan määräävän aseman merkityssisältö on täysin sama 82 artiklan ja yrityskauppavalvonnan 2 (3) artiklan osalta. Nähdäkseni vahvempana argumenttina voidaan pitää sitä, että oligopolin tiivistymiseen on helpompi puuttua rakenteellisen valvonnan kuin käyttäytymisvalvonnan avulla. Näin ollen, jos konsepti hyväksytään väärinkäyttö-valvonnan osalta, vaikuttaisi erikoiselta, ettei samaa argumenttia sovellettaisi yrityskauppavalvonnassa.

Tapauksessa *EMI/Virgin Music*[364] kaupan osapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus jäi sekä EY:n alueella että yksittäisissä jäsenvaltioissa alle 25 %:n. Komissio kuitenkin nimenomaisesti tutki, johtaisiko yrityskauppa yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai sellaisen vahvistumiseen entisestään. Äänitteiden markkinat olivat 1980-luvun puolestavälistä alkaen voimakkaasti keskittyneet. Viiden suurimman levy-yhtiön[365] EY:n laajuinen markkinaosuus ennen yrityskauppaa oli 77 % ja vaihteli jäsenvaltioittain 70 ja 80 %:n välillä. Keskittymisen seurauksena viimeinen pieni ja itsenäinen, mutta silti Euroopan laajuinen kilpailija poistui markkinoilta, jolloin suurten osuus nousi EY:n laajuisesti 83 %:iin ja jäsenvaltioittain 70–95 %:iin. Suurten levy-yhtiöiden välillä oli lukuisia yhteistyösopimuksia, ja hintakilpailu alalla oli tuotteiden luonteen vuoksi rajoitettua. Komission suorittamat markkinatutkimukset eivät kuitenkaan osoittaneet tehokkaan kilpailun puuttuvan

---

[362] Osoituksena efektiivisestä kilpailusta pidettiin sitä, että kaapelien hinnat Saksassa olivat viimeisen 10 vuoden aikana laskeneet noin 20 %. Tulevaisuutta silmälläpitäen kolmen suurimman yrityksen markkinaosuuden nousua 48 %:sta 53 %:iin ei pidetty osoituksena kilpailun vähenemisestä. Kaapelien kysynnästä vastaavat noin 80 %:n osalta 20 merkittävää julkista laitosta, mikä merkittävästi rajoitti kolmen suurimman kaapelinvalmistajan mahdollisuuksia vaikuttaa yhdenmukaisella käyttäytymisellä hintoihin tai muihin ehtoihin. Ks. päätöksen kohdat 23–25.

[363] Päätös herätti kritiikkiä Saksassa. Ks. WuW 1992 s. 227–229; Wagemann Markus, WuW 1992 s. 730–740. Saksan valtio oli aikeissa valittaa käsittelyn siirtämättä jättämisestä EY:n tuomioistuimelle. Ranskan valtion, joka katsoi kanteen vaarantavan ranskalaisen Alcatelin intressejä, väliintulon seurauksena Saksa kuitenkin sittemmin luopui kanteen nostamisesta. Ks. Handelsblatt 19.2.1992; Der Spiegel 2.3.1992; WuW 1992 s. 292.

[364] Komission päätös 27.4.1992. Ensimmäisen asteen tuomioistuin antoi päätöksensä *Italian Flatt Glass* -jutussa 10.3.1992.

[365] Thorn Emi, Sony, Polygram, Warner ja Bertelsmann.

oligopolistien välillä. Vaikka hintakilpailu olikin rajoitettua, yritykset kilpailivat keskenään mm. vähittäismyyjille myönnettävillä alennuksilla, artistien levytysbudjeteilla ja uusien julkaisujen määrällä. Dynaamisen aspektin yritysten väliseen kilpailuun toi tarve pysyä jatkuvasti muuttuvien muotivirtausten tasolla, koska menestys riippuu oleellisesti uusien menestysartistien löytämisestä ja "hittien" saamisesta. Komission mielestä keskittyminen ei olennaisesti muuttanut vallitsevia kilpailuolosuhteita. Vaikka yrityskauppa jonkin verran lisäsi keskittymisastetta, ei se sinänsä "havaittavasti" vähentänyt kilpailua.[366] Mainittakoon, että samalla alalla kahdeksan vuotta myöhemmin käsitellyssä tapauksessa *Time Warner/EMI* komissio näytti olevan valmis kieltämään yrityskaupan yhteisen määräävän aseman perusteella. Kaupan jälkeen 80 % levymyynnistä ETA:n alueella olisi ollut neljän kansainvälisen ketjun hallussa. Yrityskauppailmoitus kuitenkin vedettiin takaisin ennen komission virallista päätöstä.[367]

Ensimmäinen yhteisen määräävän aseman perusteella toiseen vaiheeseen mennyt yrityskauppa-tapaus oli *Nestlé/Perrier*. Komission päätös annettiin neljä kuukautta EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen Italian Flatt Glass -ratkaisun jälkeen. Lienee sattuma, että ensimmäinen tapaus koski Ranskan pullotetun kivennäisveden markkinoilla syntynyttä duopolia. *Auguste Cournotin* klassisessa mallissa vuodelta 1834 esimerkkinä oli käytetty kahden kilpailevan kivennäisvesilähteen omistajan duopolia! Nestlén (vihamielinen) valtaus Perrierissä[368] merkitsi kansallisilla markkinoilla toimivien suurten yritysten määrän vähenemistä kolmesta kahteen.

Kahden yrityksen keskittymisratio olisi nousut arvolla mitattuna 82 prosenttiin ja pullotetun veden määrässä mitattuna 75 prosenttiin. Nestlé ja BSN olisivat selvästi hallinneet markkinoita ja pienempien kilpailijoiden osuus olisi jäänyt hajanaiseksi. Komission päätöksen mukaan kahden yrityksen korkea keskittymisratio (C2) yhdessä markkinoiden ominaispiirteiden kanssa olisi johtanut Nestlén ja BSN:n jaettuun määräävään asemaan. Kilpailu

---

[366] *EMI/Virgin Music*, kohdat 28–41. 2 (3) artiklan soveltuvuus jaetun määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen näyttäisi komission osalta lopullisesti tulleen vahvistetuksi tapauksessa *Nestle/Perrier*. 22.7.1992 tehdyllä päätöksellä komissio hyväksyi yrityskaupan. Keskittyminen uhkasi alunperin johtaa jaettuun määräävään asemaan Ranskan mineraalivesien markkinoilla. Tämän vuoksi komissio vaati Nestleä myymään osan toiminnoista ulkopuoliselle yritykselle (ks. "Europe" 20/21 July 1992, s. 10). Sir Leon Brittanin mukaan tapaus vahvistaa periaatteen, jonka mukaan fuusiovalvonta-asetus soveltuu myös oligopolistisen määräävän aseman tilanteisiin. Päätös oli tarpeen tehdä, jottei fuusiovalvontaan jää aukkoa (ks. "Europe" 23 July 1992, s. 13/14).

[367] Ks. M.1852, *Time Warner/EMI*, IP/00/617, 14/06/2000. Toisin konsolidoinnin tarvetta voitiin selittää alan vaikeuksilla, tippuneella levymyynnillä tms. Joka tapauksessa osapuolet luopuivat kaupasta 5.10.2000 ennen komission virallista päätöstä. Temple Langin (2002) s. 291 mukaan kaupasta luopuminen selittyi mahdollisesti enemmän individuaalisella kuin yhteisellä määräävällä asemalla tietyillä sektoreilla.

[368] Nestle olisi pitänyt itsellään Volvicin lippulaivan – Perrier-tuotemerkin – ja alueelliset tavaramerkit ja olisi myynyt Volvic-merkin BSN:lle.

markkinoilla toimi jo ennen yrityskauppaa puutteellisesti; historia viittaisi paralleelikäyttäytymiseen, korkeisiin hintamarginaaleihin ja suuriin hinnaneroihin johtavien merkkien ja paikallisten toimittajien välillä. Pääkilpailijoiden määrän väheneminen kolmesta kahteen parantaisi kolluusion edellytyksiä.[369] Toiseksi, hyödykkeiden homogeenisuus yhdessä toimialajärjestöjen kautta saatavan markkinainformaation kanssa parantaisi duopolin mahdollisuuksia pitää hinnat korkealla.[370] Kolmanneksi, yritysten kustannusrakenne, tuotantokapasiteetti ja markkinaosuudet olivat samankaltaisia, joten duopolisteilla olisi kiihoke toimia yhdenmukaisesti.[371] Neljänneksi, kysyntä ja tuotantoteknologia olivat kypsässä vaiheessa, joten dynaamiset muutokset kysynnän ja tarjonnan olosuhteissa eivät lisäisi kilpailua.[372] Viidenneksi, duopolin ulkopuoliset yritykset eivät tarjoaisi riittävää kilpailullista vastapainoa Perrierille ja BSN:lle.[373] Kuudenneksi, Nestlén ja BSN:n aikaisempi toiminta samoilla ja muilla markkinoilla tosiaan kohtaan oli ollut kooperatiivista. Yhteistyö Perierin valtaamisessa ja suunnitelma merkkien jakamisesta viittasi siihen, että tarkoituksena oli estää uuden kilpailijan tulo markkinoille. Merkkien jakamista koskeva sopimus muodosti taloudellisen siteen yhtiöiden välille.[374]

EY:n komissio hyväksyi yrityskaupan sitoumusten jälkeen, joilla osapuolet velvoitettiin luopumaan osasta tavaramerkkejä ja myymään lähteitä kolmansille osapuolille. Sitoumuksilla pyrittiin luomaan markkinoille uusi vahva kolmas osapuoli kilpailutilanteen säilyttämiseksi.[375]

4.2.2.2 Kali & Salz

Tapauksessa kyse oli Kali & Salz AG:n ja Itä-Saksan teollisuuskombinaattien yksityistämisestä vastanneen Treuhand Anstaltin muodostamasta yhteisyrityksestä. Tarkoituksena oli myydä itäsaksalainen MdK länsisaksalaiselle markkinajohtajalle K&S:lle. Ongelmana ei pidetty markkinoiden voimakasta keskittymistä Saksassa, vaan kahden yrityksen yhteisen määräävän aseman syntymistä EU:n alueella. Komissio[376] hyväksyi keskittymän vasta ehtojen[377] jälkeen.

---

[369] Päätöksen kohdat 117–118, 120.
[370] Päätöksen kohdat 121–122.
[371] Päätöksen kohdat 123 ja 125.
[372] Päätöksen kohdat 93–94, 126.
[373] Päätöksen kohta 129.
[374] Päätöksen kohdat 123 ja 129.
[375] Päätöksestä valitettiin tuomioistuimeen, mutta ei yhteisen määräävän aseman osalta.
[376] Komission päätös 14.12.1993, EYVL 1994 L 186/30.
[377] Komissio edellytti, että osapuolet noudattavat seuraavia sitoumuksia: K&S ja MdK vetäytyvät Kali-Export-nimisestä vientikartellista, jossa K&S ja SCPA ovat toimineet yhteistyössä. K&S ja MdK perustavat yhteisössä, erityisesti Ranskassa, oman jakeluverkostonsa ja lopettavat nykyisen sidossuhteeseen perustuvan jakelu-yhteistyönsä SCPA:n kanssa. Ehtojen tarkoituksena oli ennen kaikkea katkaista K&S:n ja SCPA:n väliset siteet.

Saksan markkinoilla yrityskauppa johti käytännössä monopoliasemaan,[378] sillä ennen yrityskauppaa K&S:n markkinaosuus oli 79 prosenttia ja MdK:n markkinaosuus 19 prosenttia. Tätä ei pidetty ratkaisevana, sillä K&S:n määräävä asema vahvistuisi joka tapauksessa, vaikkei keskittymää toteutettaisi, koska MdK katoaisi nopeasti markkinoilta, jollei joku toinen yritys osta sitä. MdK:n poistuessa markkinoilta MdK:n markkinaosuus siirtyisi automaattisesti K&S:lle ja koska käytännössä voidaan sulkea pois se mahdollisuus, että joku muu yritys kuin K&S hankkisi MdK:n tai sen olennaisen osan omistukseensa (ns. failing company -puolustus).

Komissio katsoi,[379] että keskittymän seurauksena Saksan ulkopuolisilla yhteisön markkinoilla olisi kaksi yhteisessä määräävässä asemassa olevaa yritystä: K&S/MdK ja ranskalainen SCPA. K&S/MdK:sta ja SCPA:sta muodostuvan "duopolin" ulkopuolinen tarjonta oli hajaantunut lukuisten yritysten kesken. K&S/MdK:n ja SCPA:n yhteenlaskettu markkinaosuus oli noin 60 prosenttia. Ulkopuolista kilpailua pidettiin heikkona, koska se jakaantui pienempien yritysten kesken. "Duopolin" sisäisen kilpailun osalta komissio katsoi, ettei K&S/MdK:n ja SCPA:n välillä ollut tehokasta kilpailua kaliummarkkinoiden erityis-piirteiden, K&S:n ja SCPA:n aikaisemman käyttäytymisen ja yritysten kiinteiden ja pitkäaikaisten liikesiteiden vuoksi.

Suurten jäsenvaltioiden erilainen, kansallisesta traditiosta versova suhtautuminen oligopolien kontrolliin näkyy hyvin tapauksessa. Ranskan valtio ja kaksi ranskalaista yritystä, SCPA ja EMC riitauttivat komission tekemän päätöksen. Ranska vastusti asetuksen laajentavaa tulkintaa ja vaati päätöstä kumottavaksi. Kantajien mukaan sulautuma-asetuksen perusteella ei voitaisi puuttua yhteiseen määräävään asemaan, koska sellaisesta ei ole asetuksen 2 (3) artiklassa säädetty.[380] Saksa, jonka kansalliseen lainsäädäntöön oligopolikontrolli on kuulunut jo pitkään, tuki komission linjauksia.

Julkisasiamies *Tesauro* totesi ratkaisuehdotuksessaan, ettei sulautuma-asetuksen valmisteluasiakirjoissa mainita yhteisen määräävän aseman käsitettä. Vaikka jaetun määräävän aseman käsitteen soveltamisessa taloudellisesti olisi-

---

[378] Päätöksen 46 kohta.

[379] Päätöksen 51 kohta.

[380] Kantajat olivat vedonneet myös siihen, ettei säädösperusta riittäisi asetuksen ulottamiseen oligopolien valvontaan, koska tällaisesta ei ole säädetty myöskään 81 ja 82 artikloissa ja ettei asetuksessa ole erityisiä oikeusturvatakeita oligopolien suhteen. Kumpaakin perustetta on pidettävä eurooppaoikeudellisesti heikkoina argumentteina, joten tuomioistuimella oli helppo tehtävä hylätä väitteet. Asetus perustettiin Rooman sopimuksen relevanttien kilpailunormien ohella silloiseen 235, nykyiseen 308 artiklaan. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tämän jäsenmaiden yksimielisyyttä edellyttävän yleisavaimen nojalla voidaan antaa sekundäärilainsäädäntöä, joka lisää yhteisön toimivaltaa siitä, mikä se olisi pelkkien primäärioikeuden normien nojalla edellyttäen, että sääntely kuuluu primäärinormien alaan. RS 308 artiklaa voitaisiin pitää riittämättömänä silloin, kun mentäisiin kokonaan primäärisopimusten ulkopuolelle. Mistään tällaisesta ei voinut olla kysymys. Oikeusturvaa koskevat prosessuaaliset säännökset ovat samat siitä riippumatta, onko asetuksen kieltokynnys ylempänä vai alempana. Laajemman asianosaispiirin mukanaan tuomat kuulemiseen tms. liittyvät erityiskysymykset eivät voi ratkaista kysymystä jaetun määräävän aseman konseptin soveltuvuudesta. Ks. tuomion kohdat 165 ja 173–178.

kin mieltä, EY-tuomioistuimen ei tulisi tulkita asetusta laajentavasti. Tesauro katsoi, ettei asetus koskenut yhteistä, vaan ainoastaan yhden yrityksen määräävää asemaa. Asetuksen 15. johdantolauseen mukaan alle 25 %:n markkinaosuus on indisio siitä, että keskittymä soveltuu yhteismarkkinoille. Markkinaosuusraja viittasi siihen, ettei tarkoituksena ole ollut oligopolien kontrolloiminen. Samaan suuntaan viittasi se, ettei asetus velvoittanut kuulemaan kaikkia kollektiivista markkinavoimaa omaavia yrityksiä. Julkisasiamies ehdotti päätöksen kumoamista, koska komissio oli virheellisesti soveltanut asetuksen 2 (3) artiklaa yhteisen määräävän aseman tilanteeseen, joka ei ollut asetuksen kattama. Asetusta tulisi tulkita siten, että vain yhden yrityksen määräävään asemaan johtava keskittyminen voidaan kieltää.[381] *Tesauron* analyysi perustuu konservatiiviselle tulkinnalle, jossa muotoseikat painottuvat enemmän ja asetuksen tavoitteet vähemmän.

EY-tuomioistuin oli eri mieltä julkisasiamiehen kanssa ja vahvisti periaatteen, jonka mukaan sulautuma-asetusta voidaan soveltaa myös yhteiseen määräävään markkina-asemaan. EY:n tuomioistuin totesi, ettei asetuksen 2 artiklan sanamuodon perusteella voida päätellä, että asetusta sovellettaisiin ainoastaan sellaisiin yrityskeskittymiin, joilla luodaan yhden yrityksen määräävä asema. Asetuksen 2 artiklassa tarkoitetaan keskittymiä, joilla "luodaan ... määräävä asema tai vahvistetaan ... määräävää asemaa", eikä siinä sinänsä suljeta pois mahdollisuutta, että asetusta sovelletaan tapauksissa, joissa keskittymillä luodaan yhteinen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista, jolloin määräävä asema on keskittymän osapuolilla yhdessä keskittymän ulkopuolisen yrityksen kanssa. Koska asetuksen ja erityisesti sen 2 artiklan sanamuotoon tukeutuvan ja historiallisen tulkinnan perusteella ei voitu arvioida, minkä tyyppistä määräävää asemaa siinä tarkkaan ottaen tarkoitetaan, kyseistä asetusta on tulkittava sekä sen tarkoituksen että systematiikan perusteella.[382] Ratkaiseva merkitys annettiin asetuksen tavoitteille:

> "Yrityskeskittymä, jolla sen osapuolille ja keskittymän ulkopuoliselle yritykselle luodaan määräävä asema tai vahvistetaan tällaista asemaa, voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi. Jos katsotaan, että asetuksessa tarkoitetaan ainoastaan keskittymiä, joilla keskittymän osapuolille luodaan määräävä asema tai joilla niiden määräävää asemaa vahvistetaan, asetuksen tarkoitus, joka ilmenee erityisesti edellä mainituista asetuksen johdanto-osan perustelukappaleista, jäisi osittain toteutumatta. Tämä asetus menettäisi siten olennaisen osan tehokkaasta vaikutuksestaan, ilman että tämä olisi välttämätöntä keskittymien valvontaa koskevan yhteisön järjestelmän systematiikan kannalta".[383]

---

[381] Ks. julkisasiamies *Tesauron* ratkaisuehdotus, kohdat 81–98.
[382] Tuomion kohta 168. Tuomioistuin viittasi tältä osin asiaan 11/76, *Alankomaat v. komissio*, tuomio 7.2.1979, Kok. 1979, s. 245, 6 kohta.
[383] Tuomion kohta 171.

Tuomioistuin totesi asetuksen johdanto-osan kahdesta ensimmäisestä perustelukappaleesta ilmenevän, että perusajatuksena on sellaisen järjestelmän käyttöön ottaminen, joka estää kilpailun vääristymisen yhteismarkkinoilla, mikä on olennainen tavoite sisämarkkinoiden toteuttamiseksi ja niiden edelleen kehittämiseksi.[384] Lisäksi asetuksen johdanto-osasta[385] ilmenee, että 81 ja 82 artiklasta poiketen asetusta on tarkoitus soveltaa kaikkiin yhteisönlaajuisiin keskittymiin, jotka voivat osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomiksi.[386] Positivististen laintulkintaperinteiden mukaan jos asetuksen sanamuoto tai esityöt eivät näytä antavan viranomaiselle selkeää toimivaltaa, voitaisiin päätyä siihen, ettei valtuuksia kieltää yhteiseen määräävään asemaan johtavaa yrityskauppaa olisi. Myös perustuslaillisesta näkökulmasta viranomaisen valtuudet puuttua kansalaisten – tässä tapauksessa yritysten[387] – oikeusasemaan edellyttävät lainsäätäjän siunausta eikä viranomainen voi itse laajentaa omaa toimivaltaansa.[388] Systemaattis-teleologisen tulkinnan mukaan toteamus lain sanamuodon ja valmisteluasiakirjojen näennäisestä riittämättömyydestä muodostaa vain tarkastelun lähtökohdan.

Tuomioistuimen perustelut ja argumentaatiorakenne vastaavat vuonna 1992 antamaani tulkintasuositusta. Perustuslakiongelmaa voidaan pitää todellisena, mutta toisaalta eurooppa- ja kilpailuoikeuden perusolemukseen kuuluu tulkinnan dynaamisuus. Tosiasia on, että operoitaessa joustavilla oikeusnormeilla viranomaisten toimivalta laajenee ja supistuu tuomioistuinratkaisuilla.[389] Kilpailuoikeudessa uusia konstruktioita hyväksytään käyttöön tuomioistuimessa.[390] EY:n tuomioistuin perustelee ratkaisua yrityskauppavalvonnan tavoitteilla ja sillä, että tulkinta turvaa parhaiten kilpailuvalvonnan käytännöllisen tehokkuuden *(effet utile)*. EY-oikeudessa ratkaisut haetaan konkreettisessa soveltamistilanteessa ilmenevien tarpeiden mukaan. Nähdäkseni myös aikaisemmissa

---

[384] Tuomion kohta 169.

[385] Tuomioistuin viittasi erityisesti asetuksen 6., 7. 10. ja 11. perustelukappaleeseen.

[386] Tuomion kohta 170.

[387] Myös yritykset ovat perustuslain suojaamia muun ohella sillä perusteella, että yritysten takaa löytyy aina luonnollisia henkilöitä, joiden asemaan yritykseen kohdistetut haitalliset toimenpiteet säteilevät. Tätä klassista perustuslain kysymystä ei ole tarpeen lähteä käsittelemään laajemmin.

[388] Ei voida kiistää, etteivätkö viranomaisen valtuudet laajene olennaisesti, jos yhden yrityksen määräävään asemaan johtavan yrityskaupan ohella voidaan kieltää kahden tai kolmen juridisesti itsenäisen yrityksen yhteiseen määräävään asemaan johtava yrityskauppa.

[389] Minkä tahansa uuden kilpailuoikeudellisen konseptin käyttöönotto (sopimusverkoston kumulatiiviset vaikutukset, jaettu määräävä asema, avainasema, verkostoefekti, ankarampi suhtautuminen tietojenvaihtoon, määräävän aseman väärinkäyttö lähimarkkinoilla jne.) merkitsee asiallisesti toimivallan ulottamista alueelle, jonka aiemmin, esim. lain esitöiden tarkastelun perusteella on luultu jäävän sääntelyn ulkopuolelle.

[390] Kilpailuviranomainen on kuin innokas autonrakentaja, joka tuo säännöllisin väliajoin uudenlaisia ajopelejä tyyppikatsastettavaksi tuomioistuimeen. Läheskään kaikkia konstruktioita ei hyväksytä liikenteeseen.

82 artiklaa koskevissa ratkaisuissa *Italian Flatt Glass* ja *Almelo* omaksuttu linja oikeuttaa saman linjavalinnan yrityskauppavalvonnan puolella. Jos yhteinen määräävä asema hyväksytään väärinkäyttövalvonnassa, on vaikeata esittää kestäviä perusteita, miksei samaa konseptia sovellettaisi yrityskauppavalvonnan puolella. Tämä on taloudellisesti perusteltua erityisesti siksi, että individuaalisesta ja kollektiivisesta markkinavoimasta voi aiheutua varsin samanlaista haittaa kuluttajille ja kilpailun toimivuudelle. Eri asia on, ettei yhteisen määräävän aseman aineellisen merkityssisällön tarvitse olla täysin identtinen jälkikäteisessä markkinakäyttäytymisen valvonnassa ja ennakollisessa markkinarakenteen kilpailullisuuden turvaamisessa yrityskauppavalvonnan avulla.

Tuomioistuin kuitenkin katsoi, ettei komission näyttö riittänyt yhteisen määräävän aseman osoittamiseen. Yhteenlaskettu 60 %:n markkinaosuus (23 % ja 37 %) ei osoittanut jaettua määräävää asemaa, kun yritysten välisillä taloudellisilla siteillä ei ollut komission olettamaa merkitystä. K&S:n ja SCPA:n välisten rakenteellisten siteiden verkosto, joka on riidanalaisen päätöksen ytimenä, ei lopulta ollutkaan niin tiivis ja merkittävä kuin komissio oli esittänyt sen olevan. Kysyntä oli laskenut yli 30 %, minkä voitiin olettaa kiristävän kilpailua. Komissio ei myöskään ollut pystynyt näyttämään toteen, ettei markkinoilla olisi kilpailua aiheuttavaa todellista vastapainoa duopolille, jonka oli väitetty muodostuvan K&S/MdK:n ja SCPA:n välille. Siten komissio ei ollut näyttänyt toteen, että keskittymän seurauksena K&S/MdK:lle ja SCPA:lle syntyisi yhteinen määräävä asema, joka olennaisesti estäisi tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla. Vaikka päätös kumottiin,[391] jatkon kannalta paljon merkittävämpää oli se, että komissio voitti oikeudellisen pääkysymyksen.

Asetuksen soveltuminen yhteisen määräävän aseman tilanteisiin säilyi pitkään riidanalaisena[392] ja ratkesi lopullisesti vasta EY:n tuomioistuimen annettua ratkaisunsa asiassa *Kali & Salz*. EY:n sulautuma-asetuksen nojalla voidaan kieltää paitsi yhden yrityksen määräävän aseman syntyminen, myös kilpailua merkittävästi estävän useamman yrityksen jaetun määräävän markkina-aseman syntyminen tai vahvistuminen. Uudeksi ydinkysymykseksi näyttäisi nousevan,

---

[391] Komissio antoi myöhemmin uuden päätöksen, jossa se totesi, että tilanne oli muuttunut ensimmäisestä päätöksestä kuluneiden viiden vuoden aikana, koska keskittymän osapuolten markkina-asema oli heikentynyt. Ks. *Kali & Salz/MdK II*, M.1069.

[392] Asetuksen säätämisvaiheessa ministerineuvostossa kiisteltiin siitä, pitäisikö valvonta ulottaa oligopoleihin. Vuonna 1989 pattitilanne ratkaistiin kirjoittamalla 2 artikla niin kryptisesti, että kukin osapuoli saattoi tyytyä kompromissiin. Tämänkaltainen lainsäädäntötapa – joka muuten ei ole täysin tuntematonta Suomessakaan – merkitsee asiallisesti sitä – että lainsäätäjä delegoi normin sisältöratkaisun lainkäyttäjälle. Oikeuspositivismi toimii heikoiten silloin, kun lainsäätäjän positiivinen kannanotto puuttuu. EY-oikeudessa systemaattis-teleologinen metodi näyttää täyden merkityksensä vasta niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin selvästi astuu normien yli tai luo kokonaan uuden normin esim. perustamissopimuksen tavoitteista ja ympärillä olevista normeista. Tunnettuja esimerkkejä ovat EY-oikeuden suora soveltuvuus, direktiivien suora soveltaminen, EY-oikeuden etusija ja valtion vahingonkorvausvastuu sen rikkoessa yhteisöoikeutta.

edellyttääkö yrityskaupan kieltäminen *näyttöä kolluusiosta* vai voiko komissio kieltää yrityskaupan pelkän *markkinarakenteen keskittymisen luoman kolluusion riskin* perusteella. Ensimmäisessä vaihtoehdossa näyttökynnys on korkeampi kuin jälkimmäisessä.

4.2.2.3. Gencor & Lonrho

Kyse oli kahden eteläafrikkalaisen kaivosyhtiön yrityskaupasta.[393] South African Competition Board katsoi, ettei yrityskauppa ollut Etelä-Afrikan kilpailulainsäädännön kannalta ongelmallinen. EY:n komissio kuitenkin kielsi kaupan, koska Amplatsin ja Implats/LPD:n välille olisi muodostunut määräävä duopolistinen asema platinan ja rodiumin maailmanlaajuisilla markkinoilla, minkä vuoksi tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla olisi rajoittunut olennaisesti.

Kantaja vaati komission päätöksen kumoamista. Tässä yhteydessä kiinnostaa vain tuomion yhteistä määräävää asemaa koskeva osuus.[394] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksen ydinkohtana voidaan pitää jo 82 artiklan yhteydessä käsiteltyä lausumaa, jonka mukaan komissio voi kieltää yhteiseen määräävään asemaan johtavan yrityskaupan markkinarakenteen perusteella. Yritysten välisiä taloudellisia siteitä ei vaadita, vaan yhteinen määräävä asema voi syntyä yksinomaan tiiviin oligopolin keskinäisen riippuvuuden perusteella. Päätös poikkeaa tältä osin vuonna 1992 esittämästäni tulkinnasta.[395] Edellytyksenä ovat vain yleisesti markkinat, joilla vallitsee otolliset olosuhteet erityisesti keskittymisasteen, avoimuuden ja tuotteen homogeenisuuden vuoksi. Mikäli oligopolin osapuolet voivat ennustaa toistensa käyttäytymisen, niillä on tämän vuoksi vahva houkutus yhdenmukaistaa käyttäytymisensä markkinoilla niin, että ne voivat maksimoida voittonsa rajoittamalla tuotantoa hintojen nostamiseksi. Tällaisessa tilanteessa jokainen yritys tietää, että jos se ryhtyy voimakkaisiin kilpailutoimiin kasvattaakseen markkinaosuuttaan esim. hintoja alenta-

---

[393] *Gencor/Lonrho*, EYVL 1997 L 11/30.

[394] Kantaja väitti ensisijaisesti, että sulautuma-asetuksessa ei anneta komissiolle toimivaltaa tutkia kyseisen keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoille. Asetus 4064/89 ei olisi sovellettavissa, koska keskittymä koski kolmannen maan eli Etelä-Afrikan alueella tapahtuvaa taloudellista toimintaa ja koska Etelä-Afrikan viranomaiset olivat hyväksyneet kaupan. EY:n tuomioistuin hylkäsi väitteen. Asetuksen maailmanlaajuista ja yhteisönlaajuista liikevaihtoa koskevat kriteerit täyttyivät. Asetuksen 1 artiklassa määritetään, milloin keskittymällä voidaan katsoa olevan yhteisönlaajuista merkitystä. Säännöksessä ei edellytetä, että kyseisten yritysten pitäisi olla sijoittautuneina yhteisöön tai että keskittymään liittyvän tuotantotoiminnan täytyisi tapahtua yhteisön alueella. Kun yritykset myivät tuotteitaan yhteisön alueelle, ratkaisevaa merkitystä ei ollut sillä, että louhintatoiminta tapahtui yhteisön ulkopuolella. Kun oli ennustettavissa, että suunnitellulla keskittymällä olisi välittömiä ja merkittäviä vaikutuksia yhteisössä, asetuksen soveltaminen on sopusoinnussa kansainvälisen oikeuden kanssa. Tuomioistuin perusti toimivaltaratkaisunsa vaikutusperiaatteeseen.

[395] Vrt. Kuoppamäki (1992) s. 275.

malla, muut yritykset ryhtyvät samanlaisiin toimiin, minkä vuoksi kyseinen toimija ei hyödy aloitteestaan. Tällöin kaikki toimijat kärsivät hintojen laskusta.[396] Päätöksessä myös korostetaan korkean markkinaosuuden merkitystä. Kahden yrityksen saavuttama noin 80 %:n markkinaosuus oli vahva indisio yhteisestä määräävästä asemasta, varsinkin, kun markkinaosuuden voitiin ennustaa kasvavan tulevaisuudessa entisestäänkin. Yhteinen määräävä asema syntyi useamman eri tekijän[397] yhteisvaikutuksesta.[398] Erityisen merkittävä tekijä oli kahden yrityksen yhteenlaskettu suuri markkinaosuus.[399] Duopolisteilla oli samanlainen kustannusrakenne ja korkeat katteet.[400] Tuotteet olivat homogeenisia ja hinnat läpinäkyviä.[401] Yrityskauppa lisäisi paralleelihinnoittelun riskiä, jollaista oli ollut havaittavissa jo ennen keskittymistä.[402] Komissio ei ollut ylittänyt harkintavaltaansa kieltäessään yrityskaupan.[403]

> Ensimmäisen asteen tuomioistuin[404] totesi, että vaikka markkinaosuuksien merkitys voi vaihdella markkinoittain, voidaan perustellusti katsoa, että erittäin suuret markkinaosuudet ovat itsessään – poikkeustapauksia lukuun otta-

---

[396] *Gencor v. komissio*, tuomion kohta 276.

[397] Platinan ja rodiumin markkinoille on ominaista tuotteen homogeenisuus, markkinoiden suuri avoimuus, kysynnän joustamattomuus suhteessa nykyiseen hintatasoon, kysynnän maltillinen kasvu, täysin kehittynyt tuotantotekniikka, markkinoille pääsyn vaikeus, tarjontapuolen suuri keskittyneisyys, eri markkinoiden toimittajien väliset rahoitukselliset siteet ja yhteydet, kysyntävoiman merkityksettömyys, kilpailun vähäisyys ja se, että kilpailutekijöitä on ollut vain vähän.

[398] Ks. tuomion kohta 159.

[399] Keskittymän seurauksena Implats/LPD-ryhmällä ja Amplatsilla olisi kummallakin platinan maailmanmarkkinoista noin 35 %:n markkinaosuus (noin 70 %:n yhteenlaskettu markkinaosuus), joka kasvaisi kummankin osalta yli 40 %:iin (yhteenlaskettu markkinaosuus noin 80 %:iin) sen jälkeen, kun kahden vuoden kuluessa Venäjällä olevat varastot olisi kulutettu. Yhtiöiden yhteenlaskettu osuus maailman arvioiduista platinametallivaroista olisi 89 prosenttia, josta kummankin osuus olisi noin 50 %. Selvästi muita toimijoita korkeammat markkinaosuudet viittasivat eteläafrikkalaisten yritysten määräävään asemaan. Tuomion kohta 207.

[400] Tuomion kohdat 218–222.

[401] Tuomion kohdat 226–230.

[402] Tuomion kohdat 293–294.

[403] Ks. tuomion kohtaa 159, jossa siteerataan komission ratkaisun keskeisiä perusteita. EY-tuomioistuinten mukaan komissiolla on taloudellista harkintavaltaa sen tutkiessa määräävän aseman tunnusmerkistön täyttymistä ja taloudellisia siteitä yritysten välillä. Kun komissio arvioi, syntyisikö keskittymän seurauksena jaettu määräävä asema, sen on relevantteja markkinoita kartoittavan tutkimuksen perusteella arvioitava, johtaako sen käsiteltävänä olevan keskittymän toteuttaminen tilanteeseen, jossa keskittymän osapuolet ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys rajoittavat olennaisesti tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla sitä kautta, että näillä yrityksillä on yhdessä juuri keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja lopulta kuluttajiin (*Gencor/Lonrho*, tuomion kohta 163; *Ranska ym. v. komissio*, tuomion kohta 221). Ensimmäisen asteen tuomioistuin kuitenkin muistutti, että asetuksen aineellisissa säännöksissä ja "erityisesti sen 2 artiklassa" komissiolle annetaan "tiettyä harkintavaltaa" erityisesti taloudellisten seikkojen arvioinnissa (em. asia Ranska ym. v. komissio, tuomion 223 kohta). EY:n tuomioistuin näyttää lähinnä tutkineen, onko komission analyysia pidettävä joltain keskeiseltä osalta selvästi virheellisenä.

[404] *Gencor v. komissio*, T-102/96, Kok. 1999 s. 4 971.

matta – osoitus määräävän aseman olemassaolosta. Yrityksellä, jolla on tiettynä aikana erittäin suuri markkinaosuus, on tuotannon ja tarjonnan määränsä vuoksi vahva asema, jonka johdosta siitä tulee välttämätön kauppakumppani ja joka jo tämän takia varmistaa, että se voi ainakin varsin pitkän ajan toimia määräävälle markkina-asemalle ominaisella tavalla riippumattomasti, ilman että yritykset, joilla on huomattavasti pienemmät markkinaosuudet, voivat nopeasti tyydyttää markkinajohtajasta irtautumaan pyrkivän kysynnän.[405] Oligopolin osapuolten suurilla markkinaosuuksilla ei välttämättä ole samaa merkitystä kuin tutkittaessa yhden yrityksen määräävää asemaa, koska oligopolin täytyy kyetä toimimaan ryhmänä. Tästä huolimatta suuri markkinaosuus on erityisesti duopolin osalta vahva indisio[406] ellei vastanäyttöä ole esitetty.[407] Tapauksesta Italian Flatt Glass ei voitu päätellä, että taloudellisten siteiden käsitettä tulisi tulkita niin "suppeasti", että käsite kattaisi vain "rakenteelliset" yhteydet.[408] Taloudellisia "siteitä" voi aiheutua sekä taloudellisista siteistä suppeassa mielessä että oligopolin tyyppisistä markkinarakenteista, joille on ominaista se, että jokainen toimija voi saada tietoonsa yhteiset edut ja erityisesti saada hinnat nousemaan tarvitsematta turvautua sopimusten tekemiseen tai menettelytapojen yhdenmukaistamiseen.[409]

Vaikka päätöksessä ei EY:n tuomioistuimelle ominaiseen tyyliin tunnusteta minkäänlaista poikkeamaa aikaisempaan oikeuskäytäntöön, nähdäkseni kyseessä on selkeä irtiotto Italian Flatt Glass päätöksestä ja taloudellisten siteiden vaatimuksesta. Yritysten välillä ei tarvitse olla esim. sopimusjärjestelyjä tai ristiinomistuksia. Tuomioistuimen paralleelikäyttäytymistä koskevat perustelut ovat kuin suoraan mikrotaloustieteen oppikirjasta.[410] Tuomiossa näytettäisiin avattavan tie yrityskaupan kieltämiselle vastaavissa tilanteissa kuin Yhdysvalloissa, jossa haitallisesta oligopolikäyttäytymisestä käytetään termiä koordinoitu interaktio (coordinated interaction). Kehitystä on pääasiallisesti tervehditty myönteisesti kirjallisuudessa.[411] Kriittisempien kommenttien mukaan jaetun

---

[405] Tuomion kohta 205.

[406] Tuomion suomenkielisessä käännöksessä käytetään termiä erittäin tärkeä osoitus. Mielestäni termi vahva indisio vastaa paremmin englanninkielistä versiota, jossa lause kuuluu seuraavasti. Nevertheless, particularly in the case of a duopoly, a large market share is, in the absence of a evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position.

[407] Tuomion kohta 206.

[408] Tuomion kohta 275.

[409] Tuomion kohta 277.

[410] Etterin (2000) mukaan tuomioistuimen perustelut antavat ymmärtää, että jaetun määräävän aseman analyysi perustuu peliteoriaan (s. 133). Nähdäkseni johtopäätös on varsin rohkea, sillä tuomioistuin ei itse mainitse peliteoriaa ja mielestäni tuomioistuimen analyysi on varsin mainstream-tyyppinen. Kuten Etter itsekin toteaa, kilpailijoiden tulevien reaktioiden huomioon ottaminen ei ole mikään peliteorian tuoma uutuus, vaan samantapaisia ajatuksia, joskaan ei yhtä sofistikoidussa muodossa, esitti jo Chamberlin 1930-luvulla.

[411] Hawkin ja Huserin mukaan luopuminen taloudellisista siteistä yrityskauppavalvonnassa perustuu terveisiin kilpailupoliittisiin lähtökohtiin. Taloudellisten yhteyksien merkitys on arvioitava jokaisessa tapauksessa erikseen. Linkit voivat myös lisätä tehokkuutta. Toisaalta keskittyneillä, läpinäkyvillä ja homogeenisilla markkinoilla yritykset voivat toimia kollusiivisesti myös

määräävän aseman soveltamista rasittavat oligopoliteorian yleiset epävarmuustekijät. Markkinoiden keskittyessä haitallisen oligopolikäyttäytymisen riski kyllä kasvaa, mutta on paljon vaikeampaa määritellä ex ante, milloin riskit toteutuvat.[412]

Päätöksessä korostetaan markkinaosuuden merkitystä.[413] Myös yhteisen määräävän aseman osalta yhteenlaskulla saatava korkea markkinaosuus näyttäisi luovan presumption määräävästä asemasta. Onneksi tuomioistuin muistaa samalla mainita, ettei oligopolissa yhteenlasketuilla markkinaosuuksilla ole samaa merkitystä kuin yhden yrityksen korkealla markkinaosuudella. Oligopolistien markkinaosuuksien yhteenlaskeminen on rationaalia vain, mikäli sisäinen kilpailu oligopolistien väliltä puuttuu ja niillä on yhdessä mahdollisuus korottaa hinnat kannattavasti kilpailullisen tason yläpuolelle. Tuomioistuin toteaa tämän suhteellisen lievässä muodossa ja vie perusteluillaan huomion oligopolistien tulevan käyttäytymisen ennakoinnista markkinoiden rakenteellisiin tekijöihin.

Yrityskauppavalvonnan tehtävänä on turvata kilpailullinen markkinarakenne. Tämän vuoksi mielestäni yrityskauppavalvonnan osalta voidaan puoltaa sitä, ettei taloudellisia siteitä vaadita. Kuitenkaan yrityskauppavalvontaa ei voida rakentaa pelkän hintojen korottamista koskevan "houkutuksen" varaan.[414] Houkutus on aina olemassa, myös kilpailullisilla markkinoilla. Ratkaisevaa on se, avaako yrityskauppa ikkunan, jolla hintojen korotus saadaan – asiakkaiden vastareaktioista huolimatta – kohtuullisen suurella todennäköisyydellä toteutetuksi. Kyse on hintojen nousua tai muuta kilpailuhaittaa koskevan *riskin suuruuden* arvioinnista.

---

ilman että yritysten välillä tarvitsisi olla taloudellisia siteitä. Ottaen huomioon, että hiljaiseen kolluusioon ei voida puuttua kartellikiellon avulla, huomion kiinnittäminen samaan asiaan yrityskauppavalvonnassa paikkaa aukon Ks. Hawk/Huser (1996) s. 226–228. Ks. myös Korah (1999) s. 341.

[412] Ks. esim. Amstutz (1999) s. 49–51, joka suosittaa oikeusvarmuussyistä, että yhteisen määräävän aseman käsitettä ryhdyttäisiin soveltamaan vasta sitten, kun taloustiede (evolutionäärinen peliteoria) on kehittänyt riittävän täsmälliset analyysivälineet ongelmatapausten erottamiseksi muista tapauksista.

[413] Tuomioistuin viittaa tältä osin tapauksiin *Hoffmann-La Roche* ja *AKZO*, joissa erityisen korkea markkinaosuus voi yksinään osoittaa määräävän aseman olemassaolon tai luoda kumottavissa olevan presumption.

[414] Yrityksillä on nimittäin *aina* vahva houkutus maksimoida voittonsa. Pyrkimys tuloksentekoon lienee yleisin tai ainakin yksi yleisimmästä yritystoiminnan motiivista. Nykykielessä asia ilmaistaan erisävyisesti ja muodikkaammin puhumalla osakkeenomistajan arvon (shareholder value) maksimoinnista. Osakkeen arvoa voidaan nostaa hyödyllisesti toimimalla innovatiivisesti ja kilpailijoita tehokkaammin ja haitallisesti estämällä ja rajoittamalla kilpailua. Yrityskauppavalvonnan kannalta olennaista ei siten ole se, lisääkö yrityskauppa "houkutusta" korottaa hintoja.

4.2.2.4 Airtours

4.2.2.4.1 Komission ratkaisu

Kiistellyssä kieltopäätöksessä *Airtours/First Choice*[415] EY:n komissio pyrki viemään käytäntöään yhä enemmän rakenteellisen kontrollin suuntaan. Komissio kielsi seuramatkojen myyjien välisen yrityskaupan, jonka seurauksena oligopoli olisi tiivistynyt neljästä yrityksestä kolmeen. Keskittymä olisi saavuttanut 32 %:n markkinaosuuden, josta Airtoursin osuus oli 21 % ja First Choicen 11 %. Suurimmista kilpailijoista Thomson Travel Groupin osuus oli 27 % ja Thomas Cookin 20 %.[416] Komissio katsoi, että ilmoitettu keskittymä loisi Airtours/First Choicelle ja kahdelle muulle johtavalle matkanjärjestäjälle (Thomson Travel Group ja Thomas Cook) jaetun määräävän aseman. Päätöksellä kieltokynnystä alennettiin duopoleista triopoleihin. Kaupan seurauksena ainoa markkinoilla toiminut keskisuuri matkanjärjestäjä First Choice poistuisi markkinoilta sekä kolmen suuren yhtiön kilpailijana että tilauslentopaikkojen ja matkatoimistopalvelujen tarjoajana pienille matkanjärjestäjille. Kolmen suurimman matkanjärjestäjän yhdistetty markkinaosuus (CR3) nousisi 79 prosenttiin, kun se ennen kauppaa oli noin 68 prosenttia.[417] Komission ehtoja koske-

---

[415] EYVL 2000 L 93/1. Kieltopäätöksestä on valitettu EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimeen (*Airtours v. komissio*, T-342/99).

[416] Yrityskaupan seurauksena kolmen suurimman matkanjärjestäjän yhdistetty markkinaosuus (CR3) nousisi 79 prosenttiin, kun se ennen kauppaa oli noin 68 prosenttia. Mielenkiintoisen vertailukohdan tapaukselle tarjoaa kilpailuviraston *Fritidsresor*-ratkaisu (dnro 1076/81/99, kilpailuviraston päätös 5.4.2000), jossa kilpailuvirasto asetti matkatoimistoalalla ehtoja yrityskaupalle, joka viraston kannan mukaan muuten olisi johtanut yhteisen määräävän aseman syntymiseen.

[417] Tämä merkitsee keskittymisen huomattavaa lisääntymistä, varsinkin koska sulautuman jälkeen neljänneksi suurimman yrityksen (Cosmos) markkinaosuus olisi selvästi alle 5 prosenttia, kun nykyisin neljännellä sijalla olevan First Choicen markkinaosuus on huomattavasti suurempi. Komission arvion mukaani Herfindahl–Hirschmann-indeksi (HHI) oli 1700 ennen sulautumaa ja nousisi yli 450 pisteellä yli 2150:een sulautuman seurauksena. Yhdysvalloissa 1000 ja 1800 pisteen välille sijoittuvaa HHI:tä pidetään osoituksena lievän keskittyneistä markkinoista (moderately concentrated market), jolloin yli 100 pisteen nousun katsotaan aiheuttavan kilpailuongelmia. Nyrkkisäännön mukaan USA:n kilpailuviranomaiset eivät vaadi tuomioistuimessa yrityskaupan kieltämistä, jos kaupan jälkeinen HHI jää alle 1800 pisteen. Jos HHI nousee yli 2000 pisteen, markkinat ovat erittäin keskittyneet. Tällöin yli 50 pisteen nousun katsotaan voivan johtaa yrityskaupan kieltämiseen. HHI:n perusteella arvioituna vastaava kauppa olisi kielletty myös Yhdysvalloissa. HHI:n soveltamiseen oligopoleissa liittyy se ongelma, että mittaustapa korostaa markkinaosuuksissa olevien erojen merkitystä. Jos esim. kolmen suurimman yrityksen osuudet ovat 40, 25 ja 25 %, HHI on korkeampi kuin jos kullakin on 30 %. Kuitenkin jälkimmäinen tilanne voi olla kolluusion kannalta vaarallisempi, sillä markkinaosuuksien ollessa samat yritysten kustannusrakenteet todennäköisemmin vastaavat toisiaan, mikä lisää vahingollisen oligopolikäyttäytymisen riskiä. Mikäli kustannukset poikkeavat toisistaan, yritysten on vaikeampi löytää tasapainoa kilpailullisen hintatason yläpuolella. Kummassakin tilanteessa kolmen yrityksen keskittymisratio (CR3) on sama. Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 510–517. Tältä kannalta tarkasteltuna HHI mallintaa paremmin yhden yrityksen kuin jaettua määräävää asemaa.

vien päätösten perusteella kiellettäväksi voisi tulla myös yrityskauppa, jonka jälkeen oligopolisteja on 4–5.[418] Yritysten lukumäärää merkittävämpi kysymys lienee se, kuinka hyvät edellytykset markkinat antavat pitkäaikaiselle kolluusiolle.

> Relevantit hyödykemarkkinat koostuivat seuramatkojen osalta ulkomaisiin lähimatkakohteisiin suuntautuvien valmismatkojen markkinoista.[419] Maantieteellisten markkinoiden katsottiin rajoittuvan Yhdistyneen kuningaskunnan alueelle, sillä asiakkaat eivät sanottavassa määrin ottaneet huomioon ulkomaista tarjontaa.[420] Komission mielestä pakettimatkamarkkinoille oli tyypillistä markkinoiden läpinäkyvyys ja kypsyys, innovaatioiden vähäisyys, kustannusrakenteiden samankaltaisuus sekä taloudelliset siteet oligopolistien välillä. Neljä suurta yritystä olivat integroituneet vertikaalisesti sekä ylöspäin charter-lentoyhtiöihin että alaspäin palvelujen jakeluun omistamissaan matkatoimistoissa. Suurten matkanjärjestäjien toiminnan samankaltaisuus yhtenäistää kuluräkenteita.[421]
>
> Tapauksen avainkäsitteitä on *tarjonnan epäelastisuus*. Marginaalit ovat pieniä, joten kaupallinen menestys riippuu matkanjärjestäjien kyvystä saada charter-lennot mahdollisimman täyteen. Mahdollisuudet kasvattaa nopeasti tarjontaa ovat rajalliset. Majoituspalveluista vastaavat etupäässä paikalliset hotellinomistajat. Sitovat varaukset on tehtävä paikan päällä ennen sesonkia. Palvelupaketti kootaan 12–18 kuukautta ennen määräpäivää. Integroituneiden suurten matkatoimistojen ei kannata valita strategiaa, jossa ne pyrkisivät valtaamaan markkinaosuuksia aktiivisella hintakilpailulla. Ylitarjonta kävisi kalliiksi.

Komission kieltopäätös perustuu *oletettuun kapasiteettia koskevaan kolluusioon*. Ylitarjonnan riski saisi suuret matkanjärjestäjät pidättäytymään aktiivi-

---

[418] Ks. esim. M.1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, EYVL 1999 L 50/27.

[419] Tarkemmin kyse oli ulkomaille ja erityisesti Euroopan ja Pohjois-Afrikan (saaret ja mantere) suosittuihin matkakohteisiin (ns. lähikohteet) pääasiassa lentokoneella tehtävien seuramatkojen tarjonnasta Yhdistyneessä kuningaskunnassa asuville henkilöille.

[420] Komissio oli hyväksynyt aiemmissa päätöksissään näkemyksen, jonka mukaan ulkomaille suuntautuvien valmismatkojen markkinat Euroopassa ovat edelleen luonteeltaan pääasiassa kansalliset. Matkanjärjestäjät, jopa lomamatkoja useammissa maissa myyvät matkanjärjestäjät, tuottavat ja markkinoivat valmismatkojaan yleensä kansallisella tasolla, mikä merkitsee sitä, että lähtöjä järjestetään kaikista Euroopan yhteisön jäsenvaltioista erikseen, joissa matkoja markkinoidaan kyseisessä maassa asuville. Myös matkatoimistot markkinoivat tuotteitaan kansallisella tasolla. Tilauslentoyhtiöitä pidettiin luonteeltaan kansallisina, sillä ne lentävät alkuperämaansa alueelta ja sinne takaisin, ja näitä palveluja koskevia toimilupia hakevat ja palveluja kysyvät pääasiassa alkuperämaassa asuvat asiakkaat. Ks. komission päätöksen kohta 43. Myös jotkin käytännön seikat estävät kuluttajia varaamasta valmismatkaa sellaiselta matkanjärjestäjältä tai matkatoimistolta, joka ei ole sijoittautunut näiden kotimaahan. Ks. tältä osin päätöksen kohtaa 44.

[421] Yritysten välillä oli myös taloudellisia siteitä, joskaan niitä ei päätöksessä painoteta. Neljä suurta matkanjärjestäjää vuokrasivat matkustajapaikkoja toistensa omistamista lentoyhtiöistä ja jakelivat omistamissaan matkatoimistoissa myös kilpailevien yhtiöiden pakettimatkoja.

sesta markkinaosuuskilpailusta. Yrityskaupan jälkeen markkinoille jäävien suurimpien matkanjärjestäjien kannattaisi rajoittaa kokonaiskapasiteettia.[422] Yritykset kyllä jatkossakin kilpailisivat keskenään myyntikauden aikana pyrkimällä pääsemään eroon varatusta kapasiteetista mahdollisimman hyvin ehdoin. Kilpailun rajoittuminen ilmenisi ennen sesonkia tehtävissä kapasiteettipäätöksissä. Yhden suuren pelurin pudotessa pois jäljelle jäävän *triopolin* kannattaisi rajoittaa tarjontaa, koska se nostaa hintoja ja parantaa tulosta.[423] *Gencor*-päätöksessä kyse oli platinan maailmanmarkkinoista, kun taas Airtours-päätöksessä jo markkinamäärittely ja hyödykkeiden homogeenisuus on kyseenalaisempaa. Sinänsä juridiselta perustelutavaltaan komission Airtours-päätös ei poikkea ratkaisevasti EY-tuomioistuimen Gencor-päätöksestä. Komissio vetoaa ensimmäisen asteen tuomioistuimen tavoin siihen, että markkinoiden keskittyminen luo oligopolisteille houkutuksen hintojen korottamiseksi. Edellä lähestymistapaa on kritisoitu, koska olennaista ei ole hinnankorotuksen houkutus, vaan mahdollisuus viedä se läpi markkinoilla.[424]

4.2.2.4.2 Komission päätöksen kritiikkiä

Kirjallisuudessa päätöstä on kritisoitu kolmella perusteella. Pakettimatkojen luonnehtimista homogeeniseksi markkinaksi on arvosteltu tosiasiaratkaisuna. Päätöstä on arvosteltu myös siitä, ettei komissio kiinnittänyt riittävästi huomiota niihin mekanismeihin, joilla kolluusiota ylläpidetään. Kolmannen kritiikin aiheen on muodostanut se, ettei komissio itse asiassa kerro, mihin kapasiteettikolluusiota koskeva oletus oikeastaan perustuu.

> Markkinoiden luonnehtiminen homogeeniseksi vaikuttaa ensi silmäyksellä rohkealta varsinkin, kun tuotemarkkinoita ei pilkottu pienempiin segmentteihin matkatyypin ja kohteen perusteella. Hyödykemarkkinoiden tarkastelu suurena kokonaisuutena näyttäisi perustuvan siihen, että kaikkia matkoja myydään samoista pisteistä. Toisaalta kaikilla suurilla matkanjärjestäjillä on

---

[422] Tämä ei merkitse sitä, että komissio uskoisi sulautuman poistavan kilpailun markkinoilta kokonaan. Jopa sellaisissa tapauksissa, joihin on sisältynyt yhden yrityksen määräävä asema tai tiukkoja kartelleja, kilpailu poistuu harvoin markkinoilta kokonaan. Ks. päätöksen kohta 46.

[423] Komissio erotti toisistaan kapasiteettia koskevien päätösten tekemisen ennen myyntikauden käynnistymistä ja kapasiteetin myymisen myyntikauden aikana. Kokonaiskapasiteetin rajoittaminen ennen myyntikauden alkua ei sulje pois sitä, että myyntikauden aikana toteutetaan joitakin kilpailutoimenpiteitä, esimerkiksi erilaisia myyntikampanjoita. Markkinoilla käytössä olevan kapasiteetin kokonaismäärän rajoittaminen kuitenkin takaa markkinoiden pysymisen kireinä. Jos kapasiteettia rajoitetaan, hinnat kohoavat ja voitot kasvavat riippumatta myyntikauden aikana käytävästä kilpailusta. Komissio on päätellyt yleisesti, että sulautuma vaikuttaisi markkinoiden rakenteeseen, mikä kannustaisi markkinoille jääviä kolmea matkanjärjestäjää rajoittamaan kapasiteettia tässä kuvatulla tavalla.

[424] Nähdäkseni edellä siteerattujen kriitikkojen myönteisessä suhtautumisessa *Gencor*-päätökseen ja kielteisessä kannassa *Airtours*-ratkaisuun on tietty ristiriita, sillä jälkimmäinen päätös on seurausta edellisestä.

valikoimissaan samantyyppisiä paketteja ja mahdollisuus korvaavaan tarjontaan. Markkinoiden pilkkominen pienempiin segmentteihin ei ilmeisesti olisi ratkaisevasti muuttanut kilpailuanalyysiä. Skaalaedut puoltavat seuramatkojen tarkastelemista yhtenä kokonaisuutena.[425] Kaukomatkoja pidettiin ilmeisesti suuremman hinnan vuoksi erillisinä markkinoina.[426] Kun mainitut seikat otetaan huomioon, hyödykkeen luonnehtiminen homogeeniseksi ei vaikuta teennäiseltä. Etelän lomakohteisiin suuntautuvia seuramatkoja voidaan kohteiden variaatiosta huolimatta pitää kuitenkin suhteellisen standardisoituna tuotteena.[427]

Peliteoreettisen lähestymistavan mukaan kolluusio ei voi olla pitkäaikaista ellei kilpailijoilla ole käytettävissään uskottavaa rankaisumekanismia (*"find, detect, punish"*), jolla individuaalisen edun mukainen mutta kollektiivista etua loukkaava "huijaaminen" (ts. kilpailullinen toiminta) saadaan torjutuksi. *Nevenin* mukaan komission käytäntöä rasittaa epäjohdonmukaisuus, jossa kolluusion uskotaan olevan helppoa yrityskauppavalvonnan osalta, mutta vaikeaa 81 artiklan osalta.[428] Näyttövaatimukset eivät ole suhteessa toisiinsa. Näyttökynnys on kartellien osalta liian korkealla ja yrityskauppojen osalta liian matalalla.[429] *Strouxin* mukaan *Airtours*-päätös laajentaa tarkastelun kolluusioon johtavista yrityskaupoista sellaisiin, joissa kollusiivinen käyttäytyminen saattaa olla rationaalia. Komission pyrkimyksenä on laajentaa toimivaltaansa yleisesti oligopolististen markkinarakenteiden valvontaan.[430] On kyseenalaista, missä määrin laajentava tulkinta vastaa asetuksen 2 (3)artiklan sanamuotoa.[431] *Etterin* mielestä mahdollisuus rankaisutoimiin on *conditio sine qua non*, jota ilman kolluusio ei voi olla mahdollista.[432] Päätöksen

---

[425] Vastaavasti esim. kotimaisessa *Neste*-tapauksessa kaikki moottoripolttonesteet luettiin samoille hyödykemarkkinoille. Kilpailuneuvoston päätös liittyi siihen että moottoripolttonesteitä myytiin samoista pisteistä. Toisaalta Nesteen osuus kaikissa laaduissa oli varsin korkea, joten markkinoiden pilkkomisella segmentteihin ei olisi ollut kilpailuoikeudellista merkitystä. Tästä syystä kilpailuneuvosto hyväksyi markkinamäärittelyn *kyseisessä tapauksessa.* Samalla on selvää, ettei esim. 95 oktaanista bensiiniä voida korvata diesel-polttonesteellä. Toisin sanoen, hyödykemarkkinat voidaan määritellä jatkossa suppeammin, jos sillä on kilpailuoikeudellista merkitystä.

[426] Komission päätöksen mukaan matkailualalla luokitellaan yleensä kaukomatkoiksi kaikki ne matkakohteet, joiden lentoajat (Yhdistyneestä kuningaskunnasta lähtien) ovat selvästi yli kolme tuntia. Käytännöllisesti katsoen kaikki Euroopan (mantereen ja saarten) ja Pohjois-Afrikan lomakohteet luokitellaan näin ollen lähimatkakohteiksi, kun taas esimerkiksi Karibian, Pohjois- ja Etelä-Amerikan tai Kaakkois-Aasian lomakohteet ovat kaukomatkakohteita, joiden lentoajat ovat huomattavasti pidemmät (yleensä vähintään kaksi kertaa pidemmät). Ks. päätöksen kohta 13.

[427] Valitessaan esim. aurinkoloman kuluttaja tietää odottaa tietynlaista pakettia: lentomatkaa, bussikuljetusta, opaspalveluita, kuvastoa huonompaa hotellia puoli- tai täysihoidolla, hiekkarantaa, ostosmahdollisuuksia, rantakahviloita ja hieman kulttuuritarjontaa.

[428] Ks. Neven (2001) s. 56–70, s. 56, s. 60 ss. Neven toimi yrityskaupassa Airtoursin taloudellisena neuvonantajana, mikä käy ilmi sekä Nevenin artikkelista että komission päätöksestä.

[429] Neven s. 69–70.

[430] Stroux (2000) s. 39–40.

[431] Stroux s. 45.

[432] Etterin mielestä päätös on "maanvyörymä" ja merkitsee "täydellistä peliteorian kieltämistä". Kirjoittaja myös katsoo, että komission argumentointi on tarkoitushakuista, mikä vähentää jaetun määräävän aseman konseptin uskottavuutta. Ks. Etter (2000) s. 135–136.

kirjoittamiseen osallistuneet komission virkamiehet *Christensen ja Rabassa* ovat puolustautuneet toteamalla, että Airtours on aikaisemman käytännön mukainen. Ainoa todellinen uusi elementti tapauksessa liittyisi siihen, että duopolin sijasta nyt puututtiin kolmen yrityksen jaettuun määräävään asemaan.[433]

Komission päätöksen mukaan rankaisumekanismi ei ole yhteisen määräävän aseman välttämätön edellytys.[434] Riittää, että sulautuma tekee oligopolin jäsenten kannalta kannattavaksi toimia markkinaoloihin sopeutuessaan (itsenäisesti) tavoilla, jotka vähentävät huomattavasti niiden välistä kilpailua ja joiden seurauksena ne saattavat toimia selvästi kilpailijoista, asiakkaista ja kuluttajista riippumattomasti. Airtours oli rakentanut puolustuksensa sen varaan, että suurimpien matkanjärjestäjien olisi mahdotonta ryhtyä vastatoimiin siinä tapauksessa, että yksi osapuoli yrittäisi voittaa markkinaosuuksia toisilta lisäämällä kapasiteettiaan ja tarjoamalla edullisempia hintoja.[435] Komissio ei pitänyt tiukkaa vastamekanismia välttämättömänä. Mikäli, kuten tarkasteltavana olevassa tapauksessa, on olemassa voimakkaita kannustimia kilpailutoiminnan vähentämiseen, pakottaminen saattaa olla tarpeetonta. Komissio ei kuitenkaan hyväksynyt näkemystä, jonka mukaan kyseisillä markkinoilla ei olisi mahdollisuutta vastatoimiin.[436] Tarkoituksena näyttää olleen viedä tarkastelua rakenteelliseen suuntaan, jossa keskeistä on markkinarakenteen keskittymisestä aiheutuva yleinen riski kilpailun toimivuudelle.

Temple Lang pitää yllättävänä sitä, että komissio tulkitsi yhteisen määräävän aseman syntyvän jo siitä syystä, että yritykset olivat selvillä toistensa kapasi-

---

[433] Ks. Christensen/Rabassa, ECLR (2001) s. 227–237, s. 235 ss.

[434] Komission mukaan "toisin kuin Airtours näyttää uskovan, oligopolin jäsenten yhteinen määräävä asema ei aina välttämättä edellytä niiden käyttäytyvän ikään kuin ne olisivat tehneet keskenään yhden nimenomaisen sopimuksen tai useampia nimenomaisia sopimuksia (esimerkiksi hinnoista, kapasiteetista tai markkinoiden jakamisesta)". Ks. päätöksen kohta 54.

[435] Ks. päätöksen kohta 148. Airtours oli vedonnut myös ns. *Eckbo–Stillman*-testiin. Testissä yrityskaupan kilpailuvaikutuksia pyritään päättelemään kaupan julkistamisen jälkeisten osakekurssimuutosten perusteella. Mikäli yrityskaupan julkistamisen jälkeen kilpailijoiden osakekurssit laskevat, kaupan oletetaan lisäävän tehokkuutta. Kurssinousun oletetaan selittyvän sillä, että kilpailijat joutuvat tulevaisuudessa kohtaamaan entistä tehokkaamman kilpailijan. Jos kauppa johtaa jaettuun määräävään asemaan, tällöin kaikkien yritysten kurssien oletetaan nousevan. Airtours-kaupan jälkeen Thompsonin kurssi tippui merkittävästi, mikä Airtoursin mielestä viittasi siihen, että markkinat pitivät kauppa tehokkuutta lisäävänä. EY:n komissio piti kuitenkin testiä liian spekulatiivisena, eikä tehnyt johtopäätöksiä testin perusteella. (Ks. päätöksen kohdat 154–155). Ks. testistä lähemmin esim. Eckbo, Competition and Wealth Effects of Mergers, kirjassa Mathewsson/Trebilcock/Walker (1990) s. 293–332 sekä Halpernin kommentaaria samassa teoksessa s. 333–336. Mielestäni komission johtopäätös on oikea, sillä testi todellakin lienee liian spekulatiivinen, jotta sille voitaisiin antaa merkittävää roolia kilpailuoikeudellisessa lainkäytössä. Osakekurssit voivat nousta ja laskea monesta muustakin syystä, mikä vaikeuttaa kausaalisuhteiden selvittämistä. Toiseksi, markkinat voivat arvioida tilanteen yksinkertaisesti väärin.

[436] Ks. päätöksen kohta 55.

teettia koskevista päätöksistä. Markkinat eivät olleet kypsät. Hyödykkeet olivat differentioituja ja markkinaosuudet vaihtelevat. Yritysten kustannusrakenne ei ollut symmetrinen. Se, että kapasiteettipäätökset tulevat kilpailijoiden tietoon, ei vielä selitä sitä, miksei kapasiteettia voitaisi yrittää kasvattaa.[437] Edellä on katsottu, etteivät hyödykkeet niin kovin differentioituja ole. Sen sijaan kapasiteettikolluusion todennäköisyyttä koskevaan näkemykseen voidaan yhtyä. Mikäli yrityksillä on erilaiset kustannusrakenteet, herää kysymys, miksi niiden kannattaisi toimia yhdenmukaisesti. Yksi tapa perustella tätä ovat rankaisumekanismit, ellei sitten avoimesti haluta hyväksyä esim. Herfindahl–Hirschman-indeksin kaltaista rakenteellista testiä. Silloinkin lukuja olisi syytä täydentää käyttäytymistä koskevalla analyysilla. Tämän tutkimuksen teoreettisen osan perusteella johtopäätösten tekeminen pelkästään markkinarakenteen perusteella vaikuttaa liian uskaliaalta.

4.2.2.4.3 EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin[438] totesi, että yhteinen määräävä asema edellyttää näyttöä siitä, miten yhdenmukainen käyttäytyminen on ylläpidettävissä. Yritysten täytyy ensinnäkin pystyä seuraamaan toistensa käyttäytymistä, sillä muutoin ne eivät tiedä, toimivatko muut oligopoliyritykset samalla tavalla. Toiseksi kolluusiota pitää voida ylläpitää pidemmän aikaa, mikä edellyttää, että yrityksillä on kannustimet käyttäytyä yhdenmukaisesti ja pidättäytyä kolluusion rikkovista toimenpiteistä. Kolmanneksi komission pitää pystyä osoittamaan, että asiakkaiden ja kilpailijoiden reaktiot eivät tee kolluusion ylläpitämistä mahdottomaksi.[439] Kilpailuviranomaisen on siten osoitettava sekä oligo-

---

[437] Ks. Temple Lang (2002) s. 290–291.

[438] *Airtours v. komissio*, T-342/99, EY:n ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätös 6.6.2002, ei vielä raportoitu.

[439] Ks. *Airtours v. komissio*, tuomion kohta 62: "As the applicant has argued and as the Commission has accepted in its pleadings, three conditions are necessary for a finding of collective dominance as defined:
– first, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. As the Commission specifically acknowledges, it is not enough for each member of the dominant oligopoly to be aware that interdependent market conduct is profitable for all of them but each member must also have a means of knowing whether the other operators are adopting the same strategy and whether they are maintaining it. There must, therefore, be sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members' market conduct is evolving;
– second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market. As the Commission observes, it is only if all the members of the dominant oligopoly maintain the parallel conduct that all can benefit. The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the

polin sisäisen että sen ulkopuolisen kilpailun puuttuminen,[440] kuten tämän tutkimuksen teoreettisessa osassa on suositeltu.

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi komission päätöksen selvästi puutteellisen tosiasiaselvityksen vuoksi.[441] Tuomioistuin totesi, että kieltopäätöksessä näytön on oltava "vakuuttavaa".[442] Oikeusvaltiossa tätä onkin pidettävä perusvaatimuksena, sillä yrityskaupan kieltämisellä puututaan voimakkaasti kaupan osapuolten varallisuusoikeuksiin. Puuttuminen ei ole oikeutettua esim. pelkän teorian tai markkinoilla mahdollisesti toteutuvan hypoteettisen kehityskulun perusteella. Viranomaisella on oltava vankat perusteet rankalle ratkaisulle. Vaikka yrityskaupassa kyse on tulevaisuuden arvioinnista, olosuhteiden perusteella on saatava varsin suuri varmuus kilpailuhaitoista. Pitkälti tähän perustuu sulautuma-asetuksen 2 (3) artiklassa ja kilpailunrajoituslain 11 d §:ssä asetettu lisävaatimus kilpailun merkittävästä estymisestä.

4.2.2.4.4 Arviointia

EY:n tuomioistuimen päätös poikkeaa samalla tavalla komission linjasta kuin kilpailuneuvoston aikaisemmin antama ratkaisu *Telia/Sonera.*[443] Vastoin EY:n

---

dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative (see, to that effect, *Gencor* v *Commission*, paragraph 276);
– third, to prove the existence of a collective dominant position to the requisite legal standard, the Commission must also establish that the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, would not jeopardise the results expected from the common policy.

[440] Ks. tältä osin Airtours-tuomion kohtaa 63: "The prospective analysis which the Commission has to carry out in its review of concentrations involving collective dominance calls for close examination in particular of the circumstances which, in each individual case, are relevant for assessing the effects of the concentration on competition in the reference market (*Kali & Salz*, paragraph 222). As the Commission itself has emphasised, at paragraph 104 of its decision of 20 May 1998 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* (Case IV/M.1016) (OJ 1999 L 50, p. 27), it is also apparent from the judgment in *Kali and Salz* that, where the Commission takes the view that a merger should be prohibited because it will create a situation of collective dominance, it is incumbent upon it to produce *convincing evidence* thereof. The evidence must concern, in particular, factors playing a significant role in the assessment of whether a situation of collective dominance exists, such as, for example, the *lack of effective competition between the operators* alleged to be members of the dominant oligopoly and the *weakness of any competitive pressure* that might be exerted by other operators." Kursivoinnit tämän tutkimuksen tekijän.

[441] Virheitä katsottiin löytyvän lukuisista komission päätöksen kohdista, kuten keskittymisasteen muutoksen vaikutuksen arvioinnista, markkinoiden läpinäkyvyydestä, yrityskaupan vaikutuksista pienempien matkan-järjestäjien toiminnalle, taloudellisista siteistä, alallepääsyn esteistä tms. Ks. yhteenvedon osalta tuomion kohtia 278–293.

[442] Ks. edellä siteerattua tuomion kohtaa 63.

[443] *Telia Mobile Aktiebolagetin Suomen sivuliikkeen* (aikaisemmin Telia Finland Oy) valitus kilpailuviraston päätöksestä koskien epäiltyä kilpailun rajoittamista kansallisen verkkovierailun hinnoittelussa, d:o 22/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 11.12.2001. Mainitussa päätöksessä kolluusion edellytysten katsottiin puuttuvan mm. siksi, että markkinat olivat kasvavat. Vaikka Soneran ja Radiolinjan periaatteessa kannattaisi käyttäytyä yhdenmukaisesti estääkseen kilpailun lisääntymisen matkaviestinpalveluja koskevilla alamarkkinoilla päätöksentekotilanne ei vii-

komission kantaa riittävänä ei voida pitää sitä, että komissio luettelee joukon rakenteellisia tekijöitä, joiden perusteella se katsoo voivan syntyä kollusiivinen tasapainotila markkinoilla. Viranomaiselta edellytetään tätä enemmän, sen on osoitettava, että oligopolin sisäisistä tekijöistä johtuen kilpailun edellytykset yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten välillä ovat rajoittuneet. Tässä mielessä huomiota on kiinnitettävä sekä yhteistä käyttäytymistä koskevan informaation saatavuuteen että kannustimiin toimia yhdenmukaisesti. Tämän ohella kollektiivinen markkinavoima edellyttää sen osoittamista, että yhteinen hintanäkemys saadaan vietyä läpi markkinoilla asiakkaiden vaihtoehtojen puutteen, kilpailijoiden heikkouden ja alallepääsyn esteiden vuoksi. Päätöstä voidaan pitää järkevänä, sillä yhteisen määräävän aseman käsite sidotaan taloudellisesti mielekkäällä tavalla ei-kooperatiiviseen oligopoliteoriaan, mikä tekee kilpailuviranomaisten oligopolitilanteiden arvioimisesta paremmin ennustettavaa.[444]

Sekä taloudellisten siteiden että rankaisumekanismien osalta on havaittavissa, että vaikka niitä ei nosteta de jure jaetun määräävän aseman tunnusmerkistön välttämättömäksi osatekijäksi, niitä de facto selvitetään ja niihin vedotaan päätöksissä. Komission pyrkimyksenä on ollut laajentaa toimivaltaansa ja saada näyttökynnys mahdollisimman alhaiseksi. Pyrkimys oligopolikontrollin viemisestä rakenteelliseen suuntaan onnistui huonosti, mistä johtuen taloudellisiin siteisiin ja rankaisumekanismeihin tultaneen kiinnittämään jatkossa enemmän huomiota. Pääsyy komission päätöksen kumoamiselle näyttäisi olevan puutteellinen selvitystyö.

Itse yrityskaupan toteuttamiselle vuosia myöhemmin saatavalla tuomioistuimen ratkaisulla ei välttämättä ole sanottavaa merkitystä. *Airtours*-tapauksessa päätös tuli aivan liian myöhään, jotta jälkikäteen laillinen yrityskauppa oltaisiin voitu toteuttaa.[445] Tältä kannalta tarkastellen tuomioistuinkontrolli vaikuttaa tehokkaammalta ja yritysten oikeusturva paremmalta silloin, kun tuomioistuin päättää ensimmäisenä asteena yrityskaupan kieltämisestä.[446] Tämä tuo viran-

---

me kädessä tukenut oletusta yhdenmukaisesta käyttäytymisestä. Verkon vuokraamista koskeva sopimus oli kerran toistuva pelitilanne (one shot game) jossa kummankin kannattaisi tehdä sopimus, jos on pelkoa siitä, että toinen tekee sopimuksen. Näin tapauksessa oli käynytkin, joskin Telia ei ollut tyytyväinen Radiolinjan kanssa solmitun verkonvuokrasopimuksen ehtoihin. Olennaista kilpailuneuvoston päätöksessä oli tässä yhteydessä se, että komissio esitti, että kilpailuneuvoston tulisi vahvistaa Soneran ja Radiolinjan olevan yhteisessä määräävässä asemassa pelkästään kolluusiota tukevien rakenteellisten tekijöiden perusteella, minkä näkemyksen kilpailuneuvosto hylkäsi.

[444] Samalla kannalla myös Alborn, In Competition, June 2002, http://www.linklaters.com/in_competition.

[445] Ks. In Competition, June 2002, http://www.linklaters.com/in_competition

[446] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös tulee todennäköisesti vaikuttamaan ohjaavasti komission tulevaan käyttäytymiseen, mutta korjaava vaikutus valituksen tehneiden yritysten kannalta jää vähäiseksi.

omaisen ja asianosaisten väliseen asetelmaan tasapainoa ja pakottaa kilpailuviranomaisen harkitsemaan huolellisesti analyysiaan. Luonnollisesti tämä edellyttää sellaista prosessijärjestystä, jossa perusteltu päätös on mahdollista antaa muutamassa kuukaudessa jutun vireilletulosta.

4.3 YHTEISEN MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN TUNNUSMERKISTÖN LÄHEMPÄÄ TARKASTELUA

4.3.1 Yleistä

Yhteisen määräävän aseman käsite tuo merkittäviä muutoksia yrityskauppavalvontaan, sillä se laskee merkittävästi kieltokynnystä. Tähänastisessa käytännössä on puututtu etupäässä korkeisiin markkinaosuuksiin johtaviin *duopoleihin*. Airtours-tapauksessa kieltokynnyksen piiriin tulivat *triopolit*. Taloudelliset siteet yritysten välillä edesauttavat jaetun määräävän aseman syntymistä. Vain viikko Airtoursin jälkeen päätetyssä tapauksessa *Exxon/Mobil* tarkasteltiin neljän yrityksen määräävää asemaa polttonesteiden jakelumarkkinoilla toisistaan erillisillä kansallisilla markkinoilla. Keskittymä sallittiin vasta ehtojen jälkeen.[447] Tapauksessa *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* yli neljän yrityksen määräävää asemaa pidettiin epätodennäköisenä".[448] Tarkka numeerinen presumptio vaikuttaa oikeuskäytännön kehitysaste huomioon ottaen hieman ennenaikaiselta.[449] Kyseessä lienee korkeintaan väljähkö nyrkkisääntö. Käytännön horjuvuutta kuvaa se, että Merger Task Forcen vetäjän *Götz Drauzin* myöhemmän lausuman mukaan mitään yksiselitteistä numeerista rajaa ei voida asettaa.[450] Komission ehtoja koskevien päätösten perusteella kiellettäväksi voisi tulla myös yrityskauppa, jonka jälkeen oligopoliyrityksiä on 4–5.[451]

---

[447] *Exxon/Mobil*, M.1524. Tapauksissa *Pilkington-Techint/SVI* ja *EMI Virgin Music* viiden yrityksen jaetun määräävän aseman mahdollisuutta ryhdyttiin tarkastelemaan yhteisen markkinaosuuden ylittäessä 80 %.

[448] Komissio katsoi, että kuusi maailmanlaajuista tilintarkastusketjua hallitsi markkinoita. Kaupan seurauksena kaksi suurta toimistoa yhdistyi. Komissio ei ole kuitenkaan löytänyt selviä todisteita jaetusta määräävästä asemasta. Komissio totesi seuraavaa: "Yleisesti ottaen *useamman kuin kolmen tai neljän* toimittajan yhteinen määräävä asema *ei* ole *todennäköinen* pelkästään sen vuoksi, että keskinäiset suhteet muodostuisivat monimutkaisiksi ja sen myötä tulisi kiusaus poiketa yhteisistä toimintatavoista. Tällainen tilanne on epävakaa ja ajan mittaan kestämätön. Lisäksi kuten edellä esitettiin, kuuden suuren yrityksen suuryrityksille tarjoamien tilintarkastus- ja kirjanpitopalvelujen markkinoilla näyttää esiintyvän kilpailua pitkällä aikavälillä, koska asiakkaat jättävät joskus tarjouspyyntöjä ja siirtyvät joskus toisen kuuteen suureen kuuluvan tilintarkastustoimiston asiakkaiksi Ks. päätöksen kohta 103. Kursivointi tämän tutkimuksen kirjoittajan.

[449] Ks. tämänsuuntaisen kritiikin osalta Etter (2000) s. 130–131.

[450] Ks. Drauz (2000) s. 2.

[451] Ks. esim. *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, EYVL 1999 L 50/27.

EY:n komissio tarkastelee keskittymän kilpailuvaikutuksia markkinoiden rakenteen kannalta. Kilpailuanalyysissa kiinnitetään huomiota sekä markkinoiden historialliseen analyysiin että niiden tulevan kehityksen ennustamiseen. *Historiallinen analyysi* osoittaa kilpailun intensiteetin menneisyydessä. Tarkastelemalla hintojen ja markkinaosuuksien liikettä menneisyydessä voidaan arvioida yrityskaupan todennäköisiä vaikutuksia. Yritysten väliset siteet, kuten ristiinomistukset, ristikkäiset hallitusedustukset ja yhteistyösopimukset luovat insentiivin koordinoida käyttäytymistä. Aiempi kolluusiohistoria antaa aihetta kiinnittää samaan seikkaan huomiota. Toisaalta voimakkaan muutoksen alaisilla markkinoilla, esim. viestintä ja energia, historian painoarvo on pienempi.

Tulevaisuuteen suuntautuvan analyysin merkittävin tekijä on yrityskaupan seurauksena syntyvä markkinaosuus. Merkitystä on yhtäältä *syntyvillä markkinaosuuksilla*, toisaalta sillä, *kuinka paljon osuudet nousevat* kaupan seurauksena.[452] Markkinoiden keskittymisastetta koskeva analyysi muodostaa kuitenkin vain tarkastelun lähtökohdan. Komissiolla on käytössä erityinen kysymyslista, jonka perusteella jaetun määräävän aseman todennäköisyyttä pyritään selvittämään. Huomiota kiinnitetään mm. hyödykkeiden homogeenisuuteen, markkinoiden kehitysvaiheeseen, markkinoiden innovatiivisuuteen, yritysten kustannusrakenteeseen, kysynnän elastisuuteen, taloudellisiin siteisiin, alallepääsyn esteisiin ja potentiaaliseen kilpailuun.[453] Yritysten lukumäärää merkittävämpi kysymys lienee se, kuinka hyvät edellytykset markkinat antavat pitkäaikaiselle kolluusiolle.

Christensenin ja Rabassan mukaan komission analyysi voidaan jakaa seuraaviin vaiheisiin:[454]

1. yrityskaupan vaikutus markkinoiden keskittymisasteeseen,
2. oligopolin rakenne ja pienempien yritysten vaikutusmahdollisuudet,
3. koordinointia edistävien ja estävien markkinaolosuhteiden tarkastelu,
4. historiallisen kilpailun asteen ja luonteen tarkastelu,
5. yrityskaupan kilpailuvaikutusten kokoava tarkastelu.

4.3.2 Markkinoiden keskittymisaste

Korkea yhteenlaskettu markkinaosuus on yksi kollektiivisen markkinavoiman perusedellytyksistä.[455] Ratkaisevaa ei ole yhden yrityksen vaan yhteenlaskettu

---

[452] Markkinoiden keskittymistä on tarkasteltu keskittymisratioiden (C2, C3, C4, jne.) ja Herfindahl–Hirschmann-indeksin avulla.

[453] Kysymyslistan osalta ks. esim. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 465–466.

[454] Ks. Christensen/Rabassa (2001). Artikkelin ovat kirjoittaneet päätösten tekemiseen osallistuneet komission virkamiehet.

[455] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin viittasi *Gencor*-päätöksessä siihen, että erittäin korkea markkinaosuus voi osoittaa määräävän aseman olemassaolon. Korkea markkinaosuus voi luoda

markkinaosuus.[456] Ei voida yksityiskohtaisesti määritellä, mistä keskittymisasteesta alkaen oligopolistinen dominanssi muodostuu ongelmaksi. Christensenin *ja* Rabassan mukaan jaetussa määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on ollut yleisesti *vähintään* 60–70 %:n markkinaosuus. Mitä korkeampi yhteenlaskettu osuus, sitä helpompaa tuotannon rajoittaminen ja hintojen nostaminen periaatteessa on. *Immengan* mukaan yhteenlasketun markkinaosuuden tulee olla sitä korkeampi, mitä enemmän jaettuun määräävään asemaan kuuluu yrityksiä.[457] Yksiselitteisiä sääntöjä ei voida antaa, koska keskittymisasteen merkitys riippuu muista tekijöistä, jotka edistävät tai estävät markkinavoiman syntymistä. Nähdäkseni päätöstä *Kali & Salz* silmälläpitäen 60 %:n rajaa voidaan pitää varsin alhaisena. Pikemminkin 80 % vaikuttaisi sopivammalta nyrkkisäännöltä.[458]

4.3.3 Oligopolin rakenteelliset olosuhteet ja sisäinen kilpailu

Komissio kiinnittää huomiota rakenteellisiin tekijöihin, joiden katsotaan lisäävän tai vähentävän vahingollisen oligopolikäyttäytymisen riskiä. Jaettu määräävä asema riippuu mm. koordinaation helppoudesta ja oligopolin ulkopuolisten

---

kumottavissa olevan presumption. Kuitenkin mekanistinen markkinaosuuksien ynnääminen johtaisi virheellisiin lopputuloksiin. Esikysymyksenä on selvitettävä se, onko markkinaosuuksien laskeminen yhteen ylipäätään perusteltua. Tämä edellyttää näyttöä oligopoliyritysten välisen kilpailun puuttumisesta tai rajoittumisesta. Analyysi on yhden yrityksen määräävää asemaa monimutkaisempaa, mistä syystä markkinaosuudella ei liene yhtä suurta merkitystä kuin yhden yrityksen määräävän aseman tilanteissa.

[456] Sulautuma-asetuksen 15. johtolauseen mukaan alle 25 %:n markkinaosuus on indisio siitä, ettei yrityksellä ole määräävää asemaa. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen Gencor-päätöksen mukaan kieltokynnyksen täyttävät oligopolistiset markkinat ovat tavallisemmin sellaisia, että määräävässä asemassa olevien yritysten markkinaosuudet ovat yli 25 prosenttia. Oligopolistisen käyttäytymisen omaksumiselle ovat otollisimpia erityisesti sellaiset markkinarakenteet, että kahdella, kolmella tai neljällä tavarantoimittajalla on kaikilla suunnilleen sama markkinaosuus, eli esimerkiksi kahdella toimittajalla on kummallakin 40 prosentin markkinaosuus, kolmella toimittajalla on kullakin 25–30 prosentin markkinaosuus tai neljällä toimittajalla on kullakin noin 25 prosentin markkinaosuus. Asetuksen 15. perustelukappaleessa mainittu 25 prosentin kynnysarvo ylittyy kuitenkin kaikissa näissä tilanteissa (Ks. Gencor/Lonrho, tuomion kohta 134.) Airtours-tapauksen perusteella jaettuun määräävään asemaan voi kuulua sellaisiakin yrityksiä, joiden markkinaosuus on alle 25 %.

[457] Ks. Immenga/Mestmäcker (1997) s. 904–905. Esim. tapauksessa *Kali/Salz* duopolissa 60 %:n osuus olisi komission mielestä riittänyt, kun taas tapauksessa *Pilkington-Techint/SVI* ja *EMI Virgin Music* viiden yrityksen jaetun määräävän aseman mahdollisuutta ryhdyttiin tarkastelemaan yhteisen markkinaosuuden ylittäessä 80 %. Immengan mielestä kuuden yrityksen jaettu määräävä asema olisi reaktioyhteyden heikkouden vuoksi jo epätodennäköistä. Ks. myös Hawk/Huser (1996) s. 220–225.

[458] Periaatteessa markkinaosuutta merkittävämpi kysymys on kysyntä- ja tarjontajousto, sikäli kuin niitä pystytään käytettävissä olevassa ajassa luotettavasti mittaamaan. Voitaneen todeta, että markkinaosuus muodostaa tarkastelun lähtökohdan.

pienten kilpailijoiden ("fringe firms") halusta ja mahdollisuuksista häiritä oligopolirauhaa ("maverick firms").

Markkinoiden läpinäkyvyys lisää jaetun määräävän aseman todennäköisyyttä. Kilpailukäyttäytymisen koordinoiminen edellyttää sitä, että oligopolistit tuntevat toistensa hinta- ja kapasiteettiratkaisut. Yritysten täytyy myös voida havaita kilpailijoiden poikkeavat reaktiot. Jos esim. hinnanalennuksia voidaan antaa kilpailijoilta salaa, vähentää se kolluusion vakautta.[459] Täydellinen tietämys kilpailijoiden toiminnasta ei ole tarpeen, vaan riittävää on kilpailukäyttäytymisen koordinoimisen kannalta keskeisen informaation välittyminen asiakkaiden välillä. Läheskään aina tiedon välittyminen ei edellytä kilpailijoiden välistä suoraa tietojenvaihtoa. Hintajohtaja voi signaloida muutokset, joita muut seuraavat. Muita käytettyjä lähteitä ovat asiakaspalaute, tarjouskilpailujen ratkaisut, listahinnat,[460] toimialaliittojen tilastot, yleiset tilastot, ammattilehdistö ja muut tiedotusvälineet.[461] Käänteisesti läpinäkyvyyden puuttuminen johtaa koordinaatiota koskevan riskin vähenemiseen.[462]

Hyödykkeiden homogeenisuus lisää kolluusion riskiä, sillä samaan hintanäkemykseen päädytään helpommin, jos yritykset valmistavat samaa hyödykettä.[463] Valtaosa kartellitapauksista on koskenut sanotun kaltaisia hyödykkeitä. EY:n komissio on ulottanut oligopolirakenteiden valvonnan massahyödykkeiden ulkopuolelle. Pakettimatkojen ohella voidaan mainita tilintarkastustoimis-

---

[459] Läpinäkyvillä markkinoilla yrityksen on helppo seurata kilpailijoidensa valintoja ja sopeuttaa oma strategiansa niihin. Tiedot kilpailijoiden toimista auttavat kutakin tuottajaa valvomaan kilpailijoidensa toimia markkinoilla ja osaltaan mahdollistavat yhdenmukaisen markkinakäyttäytymisen. Lisäksi nopeasti saatavat tarkat tiedot kilpailijoiden toimista tekevät mahdolliseksi vastatoimien uhkaan perustuvan yhdenmukaisen kilpailun vastaisen käyttäytymisen markkinoilla. Läpinäkyvillä markkinoilla oligopolin jäsen voi nopeasti havaita jonkin yrityksen poikkeamat "sovitusta" yhdenmukaisesta hinnoittelusta tai muusta vastaavasta yhteisestä käyttäytymisestä ja se voi käynnistää vastatoimet tällaista yritystä kohtaan.

[460] Ks. esim. *Nestlé/Perrier*, päätöksen kohdat 121–122; *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohdat 83–88.

[461] Tiukassa oligopolissa, jossa toimijoita on vähän, yritys pystyy päättelemään yhtä ja toista omassa tilanteessaan tapahtuneista muutoksista. Ääriesimerkkinä duopolisti tietää, että menetetyt sopimukset ovat menneet ainoalle kilpailijalle. Markkinoiden kokonaistiedoista saadaan kilpailijan osuus vähentämällä siitä oma suoritus.

[462] Ks. esim. *Pilkington-Techint/SIV*, päätöksen kohta 36; *Enso/Stora*, päätöksen kohta 68.

[463] Jos homogeenisten tuotteiden markkinarakenne on oligopolistinen, kukin tuottaja pystyy havaitsemaan omien päätöstensä vaikutukset markkinoilla ja kykenee tuotantoaan rajoittamalla vaikuttamaan markkinahintaan. Vastaavasti yhden tuottajan voimakkaat hinnoitteluun, mainontaan tai muihin kilpailukeinoihin liittyvät toimenpiteet vaikuttavat merkittävästi kilpailijoiden tuotteiden menekkiin ja kilpailijoiden voittoihin, koska kysynnässä tapahtuu helposti merkittävää siirtymistä. Lisäksi homogeenisten tuotteiden valmistajien ja jakelijoiden kannusteet reagoida muutoksiin esimerkiksi lopputuotteiden kysynnässä tai tuotantopanosten hinnoissa ovat yhdenmukaisia. Nämä seikat edesauttavat kilpailukäyttäytymisen koordinointia ja auttavat lisäksi ylläpitämään hiljaiseen yhteisymmärrykseen perustuvaa hinnoittelua. Kolluusion riski on erityisen suuri perinteisillä massatuotealoilla, kuten esim. kemikaalien, öljytuotteiden, muovien, mineraalien ja muiden raaka-aineiden, paperituotteiden tai metalliteollisuuden perustuotteiden osalta. Näistä hyödykkeistä käytettiin vanhan kauppakaaren aikana termiä lajikauppa.

toja koskenut tapaus *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand.*[464] Komissio piti tilintarkastuspalveluja suhteellisen homogeenisena hyödykkeenä, vaikka myytävät palvelut eivät olleet täysin samanlaisia. Toisaalta edellä käsitellyssä varhaisessa tapauksessa *Thorn/Emi Music* ulkoisesti hyödykkeiden sisällöllinen erilaisuus ja kilpailun dynamiikka kumosivat jaettua määräävää asemaa koskevan hypoteesin. Lajituotteita on välillä luonnehdittu homogeeniseksi, välillä heterogeeniseksi.[465] Komission käytäntö vaikuttaa toistaiseksi vielä horjuvalta.[466] Tähänastisen käytännön perusteella voidaan tehdä se johtopäätös, että tuotedifferointi ei välttämättä estä jaetun määräävän aseman käsitteen soveltamista.[467] Usein toistuvat sopimukset lisäävät markkinoiden läpinäkyvyyttä. Sen sijaan, jos kaupat tehdään harvoin ja ne ovat suuruusluokaltaan huomattavia, koordinaatio käy vaikeammaksi.[468]

Markkinoiden kasvu ja innovatiivisuus. Jaetun määräävän aseman oletetaan olevan todennäköisempi kypsillä, taantuvilla tai ainoastaan vähän kasvavilla markkinoilla, joilla ei esiinny merkittäviä innovaatioita. Markkinaolosuhteiden täytyy yleensä olla suhteellisen vakaat, jotta tehokasta koordinaatiota esiintyy.[469] Vakiintuneilla markkinoilla kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen on helpompaa ja sen onnistumisen todennäköisyys on suurempi kuin kasvavilla markkinoilla.[470] *Christensenin* ja *Rabassan* mukaan jaettu määräävä asema on tähän mennessä löydetty markkinoilla, joilla kasvuprosentti on vaihdellut välil-

---

[464] *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, M.1016., EYVL 1999 L 50/27.

[465] Ks. Hawkin ja Huserin (1996) mainitsemia esimerkkejä s. 241–244.

[466] Markkinoiden luonnehtiminen homogeenisiksi tai heterogeenisiksi ei ole helppoa. Useimmat markkinat ovat siltä väliltä ja vastaus riippuu usein tarkastelukulmasta (tuotteen ominaisuudet, asiakkaiden erityistarpeet, ajallinen ja alueellinen saatavuus jne.). Luultavasti tarkastelussa edellytettäisiin nykyistä enemmän homogeenisuuden/heterogeenisyyden asteen mallintamista.

[467] Vaikka hyödykkeet alun perin olisivatkin erilaisia, julkinen tarjouskilpailu voi yhdenmukaistaa tarjontaa. *Julkisista hankinnoista* annetun lainsäädännön mukaan tarjousten tulee olla yhteismitallisia. Hankintayksikön tulee etukäteen yksilöidä laatuvaatimukset. Tarjousvertailuun pääseminen edellyttää, että tarjotut hyödykkeet ovat spesifikaatioiden mukaisia. Tarjouskilpailun seurauksena alun perin erilaiset hyödykkeet voivat muuntua varsin samanlaisiksi yritysten sopeutuessa hankintamenettelyn vaatimuksiin. Sitä vastoin salaiset ja ei-standardisoidut kauppatavat vähentävät merkittävästi kolluusion riskiä. Voidaan todeta, ettei jaetun määräävän aseman konsepti edellytä hyödykkeiden identtisyyttä.

[468] Panosten kasvaessa oligopolistien välinen etuyhteys rakoilee. Myös huijaaminen käy kannattavaksi, jos rankaisun mahdollistava seuraava transaktio seuraa suhteellisesti vasta pidemmän ajan kuluttua. Vaikka julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö lisää markkinoiden läpinäkyvyyttä ja siten kolluusion riskiä, olisi virheellistä pitää sitä haitallisena. Kolluusion ja ylihinnoittelun riski on huomattavasti suurempi, jos julkiset hankinnat annetaan aina samoille paikallisille urakoitsijoille tai kansallisille mestareille. Hankintalainsäädäntö avaa markkinoita, mikä onnistuessaan on tehokkain tapa lisätä kilpailua. Huomiota on kiinnitettävä tarjouspyyntöjen laatimiseen sellaisiksi, että ne kiinnostavat muitakin kuin oman maan yrityksiä.

[469] Ks. *Kali & Salz*, tuomion kohdat 231–245; *Gencor/Lonrho*, tuomion kohdat 231–237; *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, päätöksen kohdat 98–99.

[470] Haitalliselle oligopolikäyttäytymiselle otollista tilannetta kuvaavat hyvin saksalaiset termit *Oligopolfrieden* ja *Schlafmützenkonkurrenz.*

lä 2–4. Jos alallepääsyn esteet ovat korkeat, jaettu määräävä asema voisi olla mahdollinen myös voimakkaan kasvun markkinoilla.[471] Kypsän teknologian markkinoilla[472] oligopolin jäsenillä on samankaltaiset kannusteet reagoida muutoksiin lopputuotteiden kysynnässä taikka tuotantopanosten hinnoissa. Teknologisen kehityksen ollessa voimakasta määräävässä asemassa olevan oligopolin syntyminen lienee epätodennäköisempää, joskaan ei mitenkään mahdotonta.[473]

Kustannusten symmetrisyys lisää koordinaation riskiä. EY:n tuomioistuin on kiinnittänyt tapauksessa *Gencor/Lonrho* huomiota siihen, että jaettu määräävä asema on todennäköisempi silloin, kun johtavien yritysten markkinaosuudet ovat samalla tasolla.[474] Tätä ei voida pitää täysin tarkkana kriteerinä, sillä ennemminkin kyse on kustannusten samankaltaisuudesta. Yrityksillä voi olla erilainen kustannusrakenne, vaikka markkinaosuudet poikkeaisivat toisistaan. Toisaalta vaikka markkinaosuudet olisivat samalla tasolla, kustannukset voivat olla erilaiset. Mikäli kustannukset ovat samalla tasolla, hinnat todennäköisemmin päätyvät samalle tasolle.[475] Kustannusten ollessa eri tasolla tehokkaampi yritys voi vallata markkinaosuuksia hintakilpailun avulla. Komissio näyttää viime aikoina kiinnittäneen markkinaosuuksia enemmän huomiota juuri kustannusten samankaltaisuuteen. Symmetriset kustannukset ovat yleensä symmetrisiä markkinaosuuksia merkittävämpi indisio. Näin ollen yrityskaupan osapuolet ovat pyrkineet argumentoimaan kustannusten epäsymmetrisyydellä.[476]

Komissio kiinnittää huomiota myös *kiinteiden ja muuttuvien kustannusten väliseen suhteeseen.* Komission analyysin mukaan mitä suurempi kiinteiden kustannusten osuus kokonaiskustannuksista, sitä pienempi on kolluusion riski.[477] Käänteisesti mitä suurempi muuttuvien kustannusten osuus kokonaiskus-

---

[471] Christensen/Rabassa (2001) s. 231–232.

[472] Kypsän teknologian alalla erilaisten vastatoimien kohteeksi joutunut yritys ei voi yrittää välttää niiden vaikutuksia esimerkiksi tuotteistamalla sellaisia hallussaan olevia innovaatioita, joiden markkinoille vastatoimilla ei olisi suurta merkitystä. Jokaisella alalla esiintyy innovaatioita, joten vaatimusta teknisen kehityksen hitaudesta ei tule ymmärtää absoluuttisesti.

[473] Ks. *Kali & Salz*, tuomion kohta 240; *Gencor/Lonrho*, tuomion kohta 287; *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohdat 78 ja 129.

[474] Ks. esim. *Nestlé/Perrier*, päätöksen kohta 123; *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohdat 55 ja 59.

[475] Kun tuottajilla on yhdenmukaiset tuotanto- ja kustannusrakenteet, niillä on samankaltaiset kannusteet reagoida muutoksiin lopputuotteiden kysynnässä, tuotantopanosten hinnoissa sekä asiakkaiden ja tavarantoimittajien neuvotteluvoimaan. Tämä vähentää aihetta poiketa keskinäiseen koordinaatioon perustuvasta yhdenmukaisesta hinnoittelusta ja muusta markkinakäyttäytymisen yhteensovittamisesta. Ks. esim. *Pilkington-Techint/SIV*, päätöksen kohta 41; *Airtours/First Choice*, päätöksen kohdat 99–101; *Gencor/Lonrho*, päätöksen kohdat 247–263.

[476] Ks. esim. *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohdat 68–75.

[477] Tätä perustellaan sillä, että kiinteiden kustannusten muodostaessa huomattavan osan kokonaiskustannuksista yritysten intressissä on pyrkiä lisäämään tuotantoaan.

tannuksista, sitä todennäköisempää kolluusio.[478] Kolluusion riskin kasvaminen johtuu siitä, että yritys säästää enemmän rajoittaessaan tuotantoaan, kun muuttuvat kustannukset alenevat suhteessa nopeammin kuin kiinteät kustannukset.[479]

Ylikapasiteetti lisää kolluusion riskiä, sillä ylikapasiteettia voidaan käyttää rankaisemiseen. Käytettävissä oleva kapasiteetti luo uskottavan uhan.[480] Ylikapasiteetti voi vähentää potentiaalisten kilpailijoiden halua tulla markkinoille, sillä se pienentää alalletulon jälkeisiä voitto-odotuksia.[481] Symmetrinen ylikapasiteetti voi lisätä yritysten kiinnostusta myös kriisikartellin kaltaiseen tuotannon rajoittamiseen.[482] Erityisesti epäsymmetrinen ylikapasiteetti pienemmän yrityksen käsissä luo sille kannustimen pyrkiä lisäämään markkinaosuuttaan suurempien yritysten kustannuksella. Hintojen noustessa merkittävän ostajan voidaan olettaa kääntyvän pienempien yritysten puoleen, joilla on käyttämätöntä kapasiteettia.

Yritysten väliset taloudelliset siteet lisäävät kolluusion riskiä.[483] Esimerkiksi ristiinomistus luo yrityksille motiivin käyttäytyä kooperatiivisesti toisiaan koh-

---

[478] Ks. *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohta 69. Koska muuttuvat kustannukset muodostivat vain pienen osan kokonaiskustannuksista, rajakustannukset eivät alentuneet tuotannon kasvaessa riittävän voimakkaasti, jotta yrityksille syntyisi insentiivi murtautua ulos kolluusion kehästä. Johtopäätöstä tuki se, että kysyntä oli hintamuutosten osalta suhteellisen epäelastista ja oligopoliasteilla oli huomattavaa ylikapasiteettia, jota voitaisiin käyttää hintahäirikön rankaisemiseen.

[479] Hawk ja Huser pitävät komission käytäntöä eurooppalaisena erikoisuutena, sillä Yhdysvaltain yrityskauppavalvonnassa kiinteiden ja muuttuvien kustannusten välisen suhteen perusteella ei tehdä yhtä voimakkaita johtopäätöksiä. Ks. Hawk/Huser (1996) s. 231.

[480] Vastatoimilla uhkaaminen edellyttää, että tuottajilla on vapaata kapasiteettia tuotannon lisäämiseen vastatakseen aggressiivisen kilpailun tuottamaan menekin kasvuun. Joustamattoman kysynnän markkinoilla vapaan kapasiteetin tarve on kuitenkin vähäisempi, koska hinnanalennus johtaa suhteellisen vähäiseen menekin kasvuun. Ks. esim. *Mannesmann/Valourec/Ilva*, päätöksen kohdat 64–67; *Kodak/Imation*, M.1298, päätöksen kohta 57.

[481] Ks. esim. *Pilkington-Techint/SIV*, päätöksen kohta 44.

[482] Johtopäätöstä ylikapasiteetin kolluusion riskiä lisäävistä johtopäätöksistä voidaan puolustaa vain silloin, kun kyse on toistuvista pelitilanteista (repeated games), jolloin iteraatio selittää sen, miksi yritysten intressissä voi olla pidemmälläkin aikavälillä pitäytyä kollusiivisessa hinnoittelussa. Sen sijaan vain kerran toistuvissa pelitilanteissa (one shot game) ylikapasiteetti pikemminkin lisää insentiivejä poiketa kollusiivisesta hinnasta. Yhden yritysten muita suurempi ylikapasiteetti lisää tuon kilpailijan halukkuutta myydä enemmän ja halvemmalla.

[483] Kirjallisuudessa käytetään myös luokittelua, jossa erotetaan rakenteelliset ja taloudelliset siteet toisistaan. Tällöin "rakenteellisilla siteillä" tarkoitetaan ristikkäisomistusta, hallitusedustuksia ja yhteistyösopimuksia sekä "taloudellisilla siteillä" markkinoiden yleisiä rakenteellisia piirteitä(esim. hintojen läpinäkyvyys, markkinoiden kypsyys tms.). Ks. tällaisesta jaottelusta esim. Ritter/Braun/Rawlinson (1999) s. 465–466. Tässä tutkimuksessa jaottelua rakenteellisten ja muiden taloudellisten siteiden välillä ei käytetä, koska sitä pidetään epätarkkana. Toisaalta nähdäkseni yleisiä markkinaolosuhteita ei voida luonnehtia yritysten välisiksi siteiksi muutoin kuin hyvin abstraktissa merkityksessä. Taloudellisten siteiden käsitteen laajentaminen pitää sisällään tautologian vaaran ja riskin, että johtopäätöksiä tehdään pelkkien yleisten rakenteellisten tekijöiden perusteella kiinnittämättä riittävästi huomiota yrityskohtaisiin tekijöihin.

taan. Ristikkäinen hallitusedustus lisää tiedonsaantia. Yhteistyösopimukset tarjoavat mahdollisuuden rankaisutoimenpiteisiin toisen osapuolen "syyllistyessä alihinnoitteluun". Vaikkei taloudellisia siteitä *Gencor/Lonrhon* perusteella välttämättä edellytetäkään, komissio selvittää niitä joka tapauksessa. Taloudellisilla siteillä on merkittävän indision asema. Linkkejä on käsitelty useimmissa kielto- ja ehtopäätöksissä.[484]

4.3.4 Oligopolin ulkopuolinen kilpailu ja asiakkaiden reaktiot

Asiakkaiden ostovoima vähentää mahdollisuuksia hyödyntää kollektiivista markkinavoimaa. Keskittyneeseen markkinarakenteeseen johtava kauppa on voitu sallia, mikäli markkinoiden vastapuolella yritykset ovat yhtä keskittyneitä. Suuret ja ammattitaitoiset ostajat pystyvät paremmin kilpailuttamaan toimittajia keskenään kuin pienyritykset ja kuluttaja-asiakkaat.[485] Kysynnän elastisuuden ollessa alhainen asiakas on riippuvaisempi ja hinnankorotus todennäköisemmin mahdollinen.[486] Jos hyödykkeen kysyntä on joustamatonta aggressiiviset kilpailutoimenpiteet johtavat helposti merkittävään kannattavuuden laskuun, koska tuotteiden menekki ei esimerkiksi hinnan alennuksen seurauksena kasva. Tämä lisää erilaisten vastatoimien uhan merkitystä kilpailukeinojen koordinoinnissa.[487]

Merkitystä on myös pienempien kilpailijoiden reaktioilla. *Pieni, ärhäkkä ja tehokas kilpailija* ("maverick firm") voi käytännössä estää hintojen korottamisen. Komissio on ratkaisukäytännössään kiinnittänyt erityistä huomiota niihin riskeihin, joita tällaisen yrityksen ostamiseen liittyy. Esimerkiksi Airtours-tapauksessa yrityskauppa olisi poistanut ainoan keskikokoisen toimijan markkinoilta. Samalla pienyritysten sopimuskumppani olisi pudonnut pois. Tällais-

---

[484] Taloudellisia siteitä on käsitelty yksityiskohtaisemmin edellä. Mitä useammilla markkinoilla oligopolin jäsenet kohtaavat toisensa, sitä paremmin ne voivat ylläpitää hiljaiseen yhteisymmärrykseen perustuvaa kilpailun vastaista hinnoittelua ja muuta vastaavaa strategian muodostusta. Jos yksi oligopolin jäsen poikkeaa "sovitusta" toimintatavasta yksillä markkinoilla, muut oligopolin jäsenet voivat ryhtyä vastatoimiin useilla eri markkinoilla. Laajojen vastatoimien uhka toimii tehokkaampana rajoitteena poiketa "sovitusta" toimintatavasta, kuin vastatoimet vain yksillä markkinoilla.

[485] Ks. *Procter & Gamble/VP Schickedanz*, M.398, EYVL 1994 L 354/32, päätöksen kohdat 166–171.

[486] Ks. esim. *Mannesmann/Valourec/Ilva*, M.315, päätöksen kohdat 55 ja 89; 24. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 306.

[487] Kysynnän korkea elastisuus viittaa asiakkaan vaihtoehtoihin. Kysynnän elastisuuden osalta on otettava kuitenkin huomioon se, että mahdollisesti hinnat ovat olleet lähellä asiakkaan kipupistettä jo ennen yrityskauppaa. Asiakkaan vaihtoehtojen osalta voidaan viitata esitykseen yhden yrityksen määräävän aseman yhteydessä.

ten yritysten markkinoilla olo on toisaalta voinut johtaa muutoin ongelmallisen yrityskaupan sallimiseen.[488]

Markkinavoiman ulosmittaaminen ei ole mahdollista ilman *alallepääsyn esteitä*. Esimerkiksi tapauksessa *Ciba-Ceigy/Sandoz*[489] komissio salli Espanjassa ja Kreikassa 70–80 %:n markkinaosuuteen johtavan duopolin syntymisen, koska alallepääsyn esteet arvioitiin alhaisiksi.[490] Tapauksessa *Enso/Stora*[491] markkinoiden suhteellisen voimakkaasta keskittymisratiosta huolimatta sanomalehtipaperin kilpailuasetelmaa paransi jossain määrin kanadalaisten tuottajien taholta tullut potentiaalinen kilpailu. Paperia ostavilla suurilla lehtitaloilla oli merkittävää vastavoimaa. Yritysten määrän vähenemistä kuudesta viiteen ei pidetty ratkaisevana oligolistisen dominanssin syntymisen kannalta.

> Sanomalehtipaperin osalta kuuden johtavan tuottajan (UPM-Kymmene, Enso, Stora, Norske Skog, Modo ja Haindl) osuus oli noin 75 prosenttia. Pienistä tuottajista suurimman osuus kapasiteetista oli alle 5 prosenttia, ja se oli kooltaan yli puolet pienempi kuin pienin kuudesta suuresta tuottajasta. Kuuden suurimman toimittajan välinen kilpailu on ratkaisevan tärkeää markkinoiden kokonaistilanteen kannalta. Kysyntäpuoli koostuu muutamasta erittäin suuresta ostajasta sekä lukuisista keskisuurista ja pienistä ostajista. Suurimpien ostajien osuus markkinoista oli 25–35 prosenttia. Suurten toimittajien ja suurten ostajien väliset sopimusneuvottelut vaikuttavat ratkaisevasti sanomalehtipaperimarkkinoiden toimintaan. Komission mukaan oli syytä uskoa, että jos oligopoli onnistuu nostamaan suurimmilta ostajilta perimiään hintoja, tämä johtaa hintatason yleiseen nousuun markkinoilla.
>
> Komissio tutki, oliko toimenpide omiaan johtamaan jaetun määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Sanomalehtipaperimarkkinoiden piirteet osoittavat markkinoilla olevan vähän tekijöitä, jotka kannustavat oligopolin jäseniä kilpailemaan keskenään. Kysyntäpuolella kasvu oli ainoastaan kohtalaista, tarjontapuoli oli erittäin keskittynyt, tuote oli homogeeninen, tuotantotekniikka oli täysin kehittynyt, markkinoille pääsyn esteet olivat suuret ja kustannusrakenteet olivat samanlaiset. Tutkittuaan markkinat yksityiskohtaisesti komissio kuitenkin päätteli, ettei toimenpide johtaisi oligopolistisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Sanomalehtipaperin markkinat eivät olleet läpinäkyvät varsinkaan sellaisten avaintekijöiden kuin toimitusten ja hintojen suhteen. Erityisesti hintojen osalta merkityksellisiä olivat alalla myönnettävät salaiset alennukset. Komissio havaitsi myös, että potentiaalista kilpailua on jonkin verran, erityisesti Kanadasta. Lisäksi suurimmilla ostajilla näytti olevan jonkin verran tasapainotta-

---

[488] Ks. *AKZO/Nobel Industrier*, M.390, päätöksen kohdat 15 ja 16. Tapauksessa kauppa sallittiin ärhäkän kilpailijan vuoksi ensimmäisessä vaiheessa, vaikka kolmen yrityksen keskittymisratio nousi yli 90 %:n ja vaikka jotkut asiakasyritykset olivat tuoneet julki epäilyn kielteisistä kilpailuvaikutuksista.

[489] *Ciba Ceigy/Sandoz*, M.737, EYVL 1997 L 201/1.

[490] Potentiaalisen kilpailun osalta ks. myös esim. *Glaxo/Wellcome*, M.555, päätöksen kohdat 9 ja 28–31; *Upjohn/Pharmacia*, M.631, päätöksen kohdat 7–11 ja 25–32.

[491] *Enso/Stora*, M.1225, EYVL 1999 L 254/9.

vaa ostovoimaa. Tämän vuoksi oligopolin jäsenmäärän muuttuminen kuudesta viiteen ei ollut niin merkittävä seikka, että se johtaisi oligopolistisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.[492]

Tiukentuvaa linjaa kuvastaa kieltopäätös *SCA/Metsä Tissue*.[493] Kauppa olisi johtanut yhden yrityksen määräävään asemaan tietyillä yksityisille kuluttajille myytävien pehmopaperituotteiden markkinoilla Skandinavian maissa. Enimmillään keskittymä olisi saavuttanut jopa 90 %:n markkinaosuuden. Toisena kieltoperusteena vedottiin siihen, että yrityksille myytävillä pehmopapereiden markkinoilla kaupalla ostettiin pois markkinoilta duopolin hinnoitteluvapautta rajoittanut pienyritys (fringe firm). Vaikka SCA:lla on vain pieni markkinaosuus Suomessa, se oli yritys, joka uskottavimmin rajoitti Metsä Tissuen ja yhdysvaltalaisen Fort Jamesin muodostaman duopolin kilpailukäyttäytymistä. Duopolisteilla oli kummallakin hallussaan noin puolet Suomen pehmopaperimarkkinoista. Ehdotettu toimenpide, jossa Metsä Tissue ja SCA yhdistyisivät, poistaisi SCA:n hillitsevän vaikutuksen.[494]

Oligopolivalvonnan yleisenä vaikeutena on kilpailuanalyysin dynaamisuus. Mahdollisuus kollektiivisen markkinavoiman hyödyntämiseen edellyttää, että jokainen oligopolisti toimii yhteisen strategian mukaisesti. Alallepääsyn esteiden osalta ratkaisevaa on yhden yrityksen määräävän aseman tavoin se, kuinka nopeasti alalletulo voisi tapahtua ja kuinka tehokkaasti tuon mahdollisuuden arvellaan estävän hintojen nostamisen.

Kaupan kieltäminen vaikuttaa oligopolistien väliseen voimatasapainoon. *Cook ja Kerse* mainitsevat *seurannaisfuusioita* koskevan ongelman. Kahden oligopolistin yhdistyessä muille syntyy paineita vastata kilpavarusteluun samansuuruisella konsolidaatiolla. Kilpailuviranomainen voi sallia ensimmäisen fuusion, mutta katsoa, että seurannaisfuusio ylittää hyväksyttävänä pidettävät keskittymisrajat. Strategisesti yritysten on siten edullisempaa olla osallisena ensimmäisessä kuin toisessa yrityskaupassa.[495] Tilanne ei ole yritysten yhdenvertaisuuden kannalta täysin ongelmaton. Nähdäkseni kuitenkin parempi vaihtoehto on ottaa seurannaisfuusioiden riski huomioon ensimmäistä yrityskauppa koskevassa analyysissä kuin sallia haitallinen seurannaisfuusio sillä perusteella, että aiemmin kilpailijoillekin on lupa myönnetty. Seurannaisfuusiot ovat kilpailuteoriassa pitkään tunnettu ilmiö. Konseptin perusteella voidaan perustella alempaa kieltokynnystä. Toisaalta yhdenvertaisuuden osalta voidaan todeta, ettei ensimmäistä ja toista yrityskauppaa tehdä identtisessä markkinatilanteessa. Kiellettäessä yrityskauppa on yleensä aina käsillä tilanne, jossa jonkun toisen tekemän kaupan seurauksena markkinat ovat keskittyneet lähelle kriittisiä rajoja.

---

[492] Ks. *Enso/Stora*, päätöksen kohdat 61–68.
[493] M.2097, komission päätös 31.1.2001.
[494] Ks. komission lehdistötiedote IP/01/147, 31.1.2001.
[495] Ks. Cook/Kerse (2000) s. 172.

4.3.5 USA:n Horizontal Merger Guidelines

Tarkasteltaessa EY:n yrityskauppavalvonnan kehitystä 1990-luvulla huomio kiinnittyy siihen, että käytäntö on kehittynyt samaan suuntaan Yhdysvaltain yrityskauppavalvonnan kanssa. Yhdysvalloissa yrityskauppojen kilpailuoikeudellinen kohtelu on ollut voimakkaan heiluriliikkeen alaisena. Horisontaaliset yrityskaupat olivat 1960-luvulla lähes per se kiellettyjä kilpailunrajoituksia, sillä jo muutaman prosentin markkinaosuuden saavuttamiseen voitiin puuttua. Äärivaihtoehdon tiukan strukturalistiselle suhtautumiselle 1960-luvulla tarjoaa huomattavan lievä suhtautuminen presidentti *Reaganin* valtakaudella 1980-luvulla, jota voidaan pitää Chicagon koulun valtakautena Yhdysvaltain kilpailupolitiikassa. Yrityskauppoihin puututtiin vain harvoin. Tultaessa 1990-luvulle käytäntö alkoi uudelleen kiristyä, ilman että kuitenkaan olisi palattu aiempaan tiukkaan käytäntöön.[496] Oligopolien osalta tämä tarkoittaa sitä, ettei oligopolin tiukentumista sinänsä pidetä sen enempää haitallisena kuin tehokkuutta lisäävänä. Strukturoidun kysymyssarjan perusteella pyritään suodattamaan esille ne tapaukset, joissa haitalliset vaikutukset korostuvat mahdollisten tehokkuushyötyjen kustannuksella.

USA:n kilpailuviranomaisten linjaa ilmentävät erityiset fuusiovalvontaa koskevat soveltamisohjeet (merger guidelines). Jo tähänastisten ohjeiden mukaan on lähdetty siitä, että markkinoiden keskittyminen voi helpottaa yritysten välisiä kartellisopimuksia.[497] Vuodelta 1992 olevissa soveltamisohjeissa ("Horizontal Mergers Guidelines") yrityskauppavalvonnan tavoitteet ilmaistaan entistä selkeämmin.[498] Ohjeiden mukaan yrityskauppa tulee kieltää, jos sen seurauksena samoilla markkinoilla tuotetta myyvien yritysten välinen, kuluttajia haittaava "koordinoitu vuorovaikutus" (coordinated interaction) helpottuu, yleistyy

---

[496] *Hegelin* ajatusrakennelmaa lainaten harvardilainen keskittymisen torjuminen muodosti teesin, chicagolainen tehokkuusajattelu antiteesin ja nykyinen suhtautuminen yrityskauppoihin synteesin näiden välillä.

[497] Ks. Department of Justice, Merger Guidelines, 14.6.1984, 4 Trade Reg. Reports (CCH) 13, 103.

[498] Ks. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 2. April 1992, 4 Trade Reg. Reports (CCH) 13, 104. Ohjeita on uudistettu vuonna 1997. Kun USA:n fuusiovalvonta 1980-luvulla oli hyvin sallivaa, ovat kilpailuviranomaiset presidentti Bushin virkakaudella tiukentaneet käytäntöä. Esimerkiksi vuonna 1991 kilpailuviranomaisten avaamat fuusiovalvontaa koskevat tutkimusmenettelyt (ns. Second-Request) lisääntyivät 41 % edellisvuoteen verrattuna. USA:ssa fuusion kieltäminen vaatii tuomioistuimen päätöstä. Kilpailuviranomaiset myös nostivat aikaisempaa selvästi enemmän kanteita mutta hävisivät suurimman osan jutuista (ks. Sauermilch Thomas, EWS 1992 s. 217/226; Adler, European Business Law Review 1992 s. 135/155 ja 167/187). Tuomioistuimet usein perustelivat kanteen hylkäämistä sillä, etteivät kilpailuviranomaiset noudattaneet edes omia ohjeitaan (ks. Toepke s. 16 ss.). Aikaisemmat ohjeet osoittautuivat siten rasitteeksi. Fuusiovalvonnan tiukentaminen edellytti myös niitä koskevien ohjeiden muuttamista. Ohjeiden vaikutus USA:n oikeuskäytäntöön jää nähtäväksi.

tai tulee kannattavammaksi. Koordinoidulla vuorovaikutuksella tarkoitetaan EY:n tapaan tiukan oligopolin jäsenten välistä *yhdenmukaista* käyttäytymistä eikä pelkästään kartellikiellon alaisuuteen kuuluvaa toimintaa.[499]

Ohjeiden mukaan koordinoitua vuorovaikutusta voi estää erityisesti kaksi tekijää. EY:n tapaan voivat suuret asiakkaat kilpailuttamalla toimittajia keskenään painaa hintatasoa alas. Tätä pidetään mahdollisena vain silloin jos myös kysyntäpuoli on keskittynyt, koska muussa tapauksessa toimittajat pystyvät perimään erilaisia hintoja eri asiakkailta. Tämän ohella aggressiiviset yritykset ("maverick firms") voivat joissain tapauksissa estää kolluusion tai koordinoidun vuorovaikutuksen tai ainakin vaikeuttaa sitä. Nämä ovat yrityksiä, joilla on erityisiä syitä poiketa oligopolistien noudattamista ehdoista ja toimia niitä kilpailullisemmin.[500] Tällaisen yrityksen eliminoiminen kilpailijana voi siten erityisesti lisätä keskittymisen kilpailuhaittoja. EY:n komission tavoin arvellaan, että koordinoitu vuorovaikutus on helpompaa homogeenisten kuin heterogeenisten tuotteiden osalta.[501] Ohjeet vaikuttavat koordinoidun vuorovaikutuksen osalta samansuuntaisilta kuin viimeaikainen käytäntö yhteisen määräävän aseman selvittämisessä.[502]

Ohjeissa myös käsitellään kysymystä, milloin keskittymä voi yksipuolisella toiminnallaan vähentää kilpailua. Yhden yrityksen mahdollisuuksia nostaa hintoja tutkitaan erityisesti, jos kyseessä ovat "diversifioidut" tuotteet ja fuusioituvat yritykset toimittavat toisiaan "parhaiten tai toiseksi parhaiten korvaavia tuotteita". Markkinoiden keskittymisaste lasketaan edelleenkin ns. Herfindahl-Hirschman-indeksin (HHI) mukaan. Jos fuusion jälkeinen luku on yli 1800 ja nousu yli 100 pistettä, on yrityskauppa omiaan estämään kilpailua. Muiden edellytysten täyttyessä katsotaan keskittymän seurauksena syntyvän 35 %:n markkinaosuuden yleensä viittaavan siihen, että se aiheuttaa kilpailuhaittoja.[503] Yksipuolinen markkinavoiman käyttö on mahdollista myös silloin, kun fuusioituvat yritykset toimittavat "ei-diversifioituneita" tuotteita ja kaikkien toimittajien kapasiteetti on täydessä käytössä. Jos keskittymisen jälkeinen markkinaosuus on vähintään 35 % ja HHI:n ns. turvallisuusrajat ylitetään, on tämä

---

[499] Ks. Horizontal Merger Guidelines kohta 2.1: "Coordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommondating reactions of the others. This behavior includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself."

[500] Esimerkiksi kilpailijoita suurempi ylikapasiteetti on yllyke markkinaosuuksien kasvattamiseen hintoja alentamalla. Toisaalta ylikapasiteetti kilpailijoiden käsissä mahdollistaa "häirikön" rankaisemisen. Yllyke hinnanalennuksiin on myös silloin, kuin se voidaan tehdä kilpailijoilta salaa. Tämän vuoksi on merkittävää, kuinka paljon informaatiota kilpailijoiden toiminnasta on saatavissa.

[501] Ks. Horizontal Merger Guidelines, kohdat 2.1 – 2.12.

[502] Tarkastelutavan samankaltaisuuden on hiljattain todennut myös kilpailukomissaari Mario Monti. Ks. M. Monti (2001 b) s. 3–4.

[503] Ks. Horizontal Merger Guidelines, kohdat 2.2 – 2.212.

presumptio siitä, että fuusioituvat yritykset voivat kannattavasti hyödyntää markkinavoimaansa. Kirjallisuudessa on arvioitu, että komission tarkoituksena *Airtours*-tapauksessa oli viedä oikeuskehitystä amerikkalaisen SLC-testin suuntaan siten, että kolluusion todennäköisyyden sijasta painotettaisiin rakenteellista oligopolin tiivistymistä.[504] Mielestäni amerikkalaisen käytännön mahdollisesti suurempi "rakenteellisuus" ei aiheudu kieltotunnusmerkistöstä sinänsä (substantial lessening of competition), vaan siitä, miten kilpailun vähentymistä mitataan. Käytetty HH-indeksi mallintaa juuri oligopolin tiivistymistä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätös Airtours-asiassa ei sinänsä näyttäisi estävän oikeuskäytännön kehittymistä tähän suuntaan. Päätös kumottiin puutteellisen selvityksen eikä erilaisen teoreettisen lähtökohdan perusteella.

EY:n yhteistä määräävää asemaa koskeva käytäntö on kehittynyt erityisesti 1990-luvun jälkimmäisellä puoliskolla.[505] Samalla lähestymistapa EY:n ja Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten välillä näyttää lähentyneen. EY:n komissio on omaksunut amerikkalaista käytäntöä läheisesti muistuttavan tavan tarkastella oligopolistien välisen koordinoidun vuorovaikutuksen lisääntymistä. Tällä hetkellä Yhdysvaltain ja EY:n kilpailuoikeudessa suoritettavassa analyysissa ei ole tässä suhteessa suurtakaan eroa.[506] Lähentymiselle on osoitettavissa ainakin kaksi selitystä. EY:n ja Yhdysvaltain kilpailuviranomaiset tekevät läheistä yhteistyötä kummallekin ilmoitettujen yrityskauppojen käsittelyssä pyrkimyksenään löytää Atlantin molemmin puolin yhtenäisiä ratkaisulinjoja. Globaalistuvan kapitalismin toimivuus edellyttää, että *Boeing*-kaupan kaltaiset ristiriitaiset ratkaisut muodostavat poikkeuksen pääsäännöstä. Suurimpien yrityskauppojen kilpailuvaikutusten säteileminen laajalle yli jurisdiktioiden edellyttää valtio- ja talousblokkirajat ylittävää yhteistyötä. Toinen selitys löytyy mikrotalousteorian kasvavasta roolista yrityskauppavalvonnassa. Mikrotalousteoria on kansainvälistä ja lienee juridiikkaa vähemmän sidoksissa kansalliseen perinteeseen. Tähän nähden ei ole yllättävää, että yhteistä määräävää asemaa koskeva käytäntö lähentyy kaikissa niissä oikeusjärjestelmissä, joissa taloustiedettä hyödynnetään kilpailuoikeudellisessa analyysissa.

---

[504] Ks. esim. Whish (2001) s. 491; Temple Lang (2002) s. 291.

[505] Vielä 1996 julkaistussa teoksessa Hawk ja Huser luonnehtivat jaetun määräävän aseman käsitettä yhden yrityksen määräävän aseman "köyhäksi pikkuserkuksi" (ks. Hawk/Huser (1996) s. 216). Vuosituhannen vaihtuessa jaettu määräävä asema on vakiinnuttanut paikkansa yhden yrityksen määräävän aseman rinnalla.

[506] Ks. esim. Kolasky (2002). Ks. myös Baker (2002), joka käsittelee yksityiskohtaisesti tähänhetkistä analyysitapaa Yhdysvalloissa. Kolasky vertaa lähestymistapoja keskenään ja toteaa ne hyvin samankaltaisiksi. Tämä ei olekaan yllättävää, kun kummallakin puolella Atlanttia sovelletaan samaa mikrotaloustieteellistä analyysivälineistöä ja myös yrityskauppavalvonnan tavoitteet ovat tällä hetkellä pitkälti samat (consumer welfare).

4.4 YHTEISEN MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN KÄSITTEEN SOVELTAMINEN SUOMEN YRITYSKAUPPAVALVONNASSA

4.4.1 Kilpailuviraston kanta

Kilpailuvirasto julkaisi Suomen yrityskauppasäännösten voimaantulon yhteydessä tiedonannon, jossa on pyritty lakia yksityiskohtaisemmin selvittämään yrityskauppojen tutkintaa ja arviointia. Tiedonanto sisältää myös kilpailuviranomaisen linjauksia. Tiedonannon mukaan yritys saavuttaa määräävän aseman "pääsääntöisesti yksin, mutta joissakin tilanteissa asema saattaa olla yhteisesti useammalla elinkeinonharjoittajalla. Kilpailunrajoituslain 11 d §:ssä ei tehdä eroa sen suhteen, onko kyseessä yrityksen yksin saavuttama vai jaettu määräävä markkina-asema".[507] Yhteisen määräävän markkina-aseman vahvoja tunnusmerkkejä ovat tiedonannon mukaan esimerkiksi yritysten ristiinomistus ja tavanomaisia kaupallisia sopimuksia pidemmälle menevät sopimusjärjestelyt yritysten välillä.[508] Periaatteessa määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista tutkitaan samoin perustein riippumatta siitä, selvitetäänkö yhden yrityksen vai useamman elinkeinonharjoittajan yhteistä asemaa markkinoilla. Useamman yrityksen tapauksessa markkinaosuuksiin vaikuttavat kaikkien yritysten liikevaihdot, kilpailuedut, taloudelliset voimavarat ja muut määräävän aseman syntymiseen vaikuttavat tekijät.[509] Kilpailuvirasto on soveltanut yhteisen määräävän aseman käsitettä tapauksissa *Fritidsresor* ja *Carlsberg/Orkla* ja on sallinut mainitut yrityskaupat vasta ehtojen jälkeen. Konseptin soveltaminen on sikäli hieman riidanalaista, etteivät lain esityöt ole täysin yksiselitteisiä.

4.4.2 Lainvalmisteluaineisto

Yrityskauppavalvontaa koskevan työryhmän mietinnössä todetaan, että yrityskauppavalvonnassa voidaan kieltää paitsi yhden yrityksen määräävään asemaan, myös jaettuun määräävään asemaan johtava yrityskauppa. Työryhmämietintö sisälsi hallituksen esityksen muotoon kirjoitetut pykäläehdotukset perusteluineen.[510] Työryhmämietinnössä todetaan yrityskaupan kieltämistä koskevan 11 d §:n osalta jaetusta määräävästä asemasta seuraavaa:[511]

[507] Kilpailuviraston tiedonanto yrityskauppavalvonnasta 15.9.1998, s. 36.

[508] Ks. edellinen alaviite.

[509] Tiedonannossa esitetyt tulkinnat perustuivat pitkälti EY:n komission käytäntöön sekä kilpailulainsäädännön uudistamista pohtineen työryhmän mietintöön, jossa mainittiin mahdollisuus puuttua yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.

[510] Ks. Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppavalvonta ja toimivaltakysymykset (1998) s. 149–165.

[511] Kilpailulainsäädännön uudistaminen – yrityskauppavalvonta ja toimivaltakysymykset (1998) s. 159.

"Markkinoilla, jotka ovat duopoliset tai oligopoliset tai muutoin erityisen keskittyneet, vaarana on, että markkinoiden keskittyminen yrityskaupan seurauksena lisää kartellisoitumisen riskiä. Kilpailun väheneminen voi helpottaa kartellin ylläpitoa ja salaamista kilpailuviranomaisilta.

Tietyissä tilanteissa yritykset voivat toimia yhdenmukaisesti ilman, että ne olisivat olleet 6 §:n kieltämällä tavalla yhteistyössä keskenään. Usein tämäntapainen toiminta voi perustua signaaleihin, joita yritykset lähettävät toisistaan riippumattomasti markkinoille. Erityisesti jos tuote on homogeeninen ja alallepääsyn esteet ovat korkeat, saattaa syntyä tilanteita, joissa oligopolistit voivat yhdenmukaisella hinnoittelulla nostaa hintatason yli kilpailullisen tason. Edellä todettu tulee ottaa huomioon arvioitaessa yrityskaupan vaikutuksia keskittyneillä markkinoilla. Yhtenä tekijänä on arvioitava mahdollista jaettua määräävää asemaa. Toisaalta kilpailu oligopolissa voi olla hyvinkin toimivaa ja tehokasta."

Siteeratussa työryhmämietinnön kohdassa perusteellaan yhteisen määräävän aseman käyttöönoton tarpeellisuutta. Markkinoiden keskittyminen voi ensinnäkin lisätä kartellisoitumisen riskiä. Kartellin ylläpitäminen on muiden olosuhteiden säilyessä muuttumattomina sitä helpompaa, mitä vähemmän siihen kuuluu jäseniä. Ydinperustelu sisältyy sitaatin toiseen kappaleeseen. Markkinoiden keskittyessä riittävästi nimenomaiset kartellivälipuheet eivät välttämättä enää ole tarpeen. Yritykset voivat yhdenmukaistaa käyttäytymistään ilman lain kieltämiä välipuheita tai kontakteja yksinkertaisesti seuraamalla kilpailijoidensa toimintaa ja toimimalla kokemusperäisen tiedon perusteella sillä tavoin yhdenmukaisesti, että kaikki saavat paremman hinnan.[512] Sitaatissa mainitaan erityisesti duopolit, mikä vastasi EY:n kilpailuoikeuden tuonaikaista kehitysastetta, mutta siinä ei suljeta pois yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltamista myöskään esim. triopolissa. Työryhmämietinnössä ei nimenomaisesti listata kaikkia arvioinnissa relevantteja tekijöitä, vaan tämä jätetään oikeuskäytännön tehtäväksi.[513] Sitaatin lopussa kuitenkin nimenomaisesti tuodaan esille, se, ettei johtopäätöksiä voida tehdä pelkästään yritysten lukumäärän perusteella, sillä kilpailu oligopolissa voi olla myös toimivaa. Kyse ei kuitenkaan voi olla mistään automaatista, jolla yleisesti kiellettäisiin Suomessa jo ennestään yleiset oligopolistiset markkinarakenteet. Jaetun määräävän aseman osoittaminen edellyttää yhtä vahvoja perusteluja kuin yhden yrityksen määräävän aseman osoittaminen. Sovellettavat kriteerit ovat pitkälti samoja. Keskeistä on hintatason odotettu nousu yrityskaupan seurauksena.

Kilpailunrajoituslain 11 d §:ää koskevassa hallituksen esityksessä (HE 243/1997) ei nimenomaisesti mainita jaetun määräävän aseman syntymistä tai vah-

---

[512] Käyttäytymistä koskevien säännösten riittämättömyys kohtuullisen hintatason turvaamisessa on yksi merkittävimmistä syistä yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten tarpeelle.

[513] Relevanttien tekijöiden osalta voidaan viitata edellä olevaan EY:n yrityskauppavalvontaa koskevaan esitykseen.

vistumista, mutta toisaalta sitä ei myöskään ole poissuljettu. Mahdollisesti tarkoitus on ollut jättää asia oikeuskäytännön varaan. Varsin tavanomaista on se, että komiteamietintöjä lyhennetään hallituksen esityksen kirjoittamisvaiheessa. Tästä syystä hallituksen esityksen ohella huomiota on kiinnitettävä muuhunkin lainvalmisteluaineistoon. Työryhmämietinnössä (3/1997) liputetaan selkeästi yhteisen määräävän aseman käsitteen puolesta. Hallituksen esitys vaikenee kysymyksestä, mutta komiteamietinnössä asiaan otetaan myönteinen kanta. Kun hallituksen esitys ei ole ristiriidassa työryhmämietinnön kanssa, yleisten laintulkintasääntöjen mukaan johtoa voidaan hakea työryhmämietinnöstä. Lain esitöistä saadaan siten tukea sille, että myös Suomen yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten perusteella voidaan puuttua kilpailua merkittävästi estävän yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.

4.4.3 Oikeuskirjallisuus

Lehto toteaa, että yrityskauppavalvontasäännökset eivät nimenomaisesti kerro, voiko säännöksen mukaan määräävä asema olla useammalla kuin yhdellä yrityksellä samanaikaisesti.[514] "Koska säännöksissä ei ole toisaalta todettu, etteikö määräävä markkina-asema voisi olla yhteinen", Lehdon mukaan "säännöksiä on tulkittava siten, että jaettu määräävä asema voi olla olemassa". Tekijä viittaa kantansa tueksi 3 §:n 2 momenttia koskevaan kilpailuneuvoston käytäntöön ja EY:n kilpailuoikeutta koskevaan käytäntöön, jonka perusteella jaetun määräävän aseman käsite on rantautunut myös eurooppalaiseen kilpailuoikeuteen. Tekijä myös toteaa, että aiempi eurooppalainen, nyt voitettu "vastahakoinen suhtautuminen on poikennut selvästi Yhdysvaltojen käytännöstä, jossa yhteistä määrääväksi markkina-asemaksi tulkittava tilanne on ollut osana oikeuskäytäntöä jo vuosikymmenten ajan".[515] Lehto toteaa, että yhteinen määräävä asema viittaa tilanteeseen, jossa yritysten välillä vallitsee voimakas keskinäinen riippuvuus. Tällaisessa tilanteessa yrityksillä on niin selvästi saman suuntaiset tavoitteet markkinoilla, että yritykset käyttäytyvät lähes yhden määräävässä asemassa olevan yrityksen tavoin. Esimerkiksi hinnoittelun yhteydessä tämä ilmenee kilpailullista tasoa korkeampana hintatasona.

Olen itse viitannut vuoden 1997 työryhmämietintöön todeten samalla, että kysymys jätetään hallituksen esityksessä auki. Toisin kuin työryhmämietinnössä kilpailunrajoituslain 11 d §:ää koskevassa hallituksen esityksessä ei nimenomaisesti mainita jaetun määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista, mutta toisaalta konseptia ei myöskään ole poissuljettu. Kysymys jää oikeuskäytän-

---

[514] Ks. Lehto teoksessa Aalto-Setälä ym. (1999) s. 289.
[515] Ibid. s. 289.

nön varaan. Merkitystä on myös lain 3 §:n 2 momenttia koskevalla oikeuskehityksellä.[516] Edellä siteeratun tekstin kirjoittamisen jälkeen yhteisen määräävän aseman käsite on tullut 3 §:n 2 momentin nojalla hyväksytyksi kilpailuneuvoston *Finntugs*-päätöksessä.[517] Myös KHO totesi samassa asiassa, että 3 §:n 2 momentti koskee yhden yrityksen määräävän aseman ohella myös yhteistä määräävää asemaa.[518] Merkittävänä on pidettävä myös Soneran ja Telian matkapuhelinverkon vuokrauskiistassa annettua ratkaisua.[519] Kilpailuneuvoston päätöksessä käsitellään yksityiskohtaisesti niitä kriteerejä, joiden vallitessa kahdella itsenäisellä yrityksellä voidaan katsoa olevan yhteinen määräävä asema. Varhaisemmassa kirjallisuudessa kysymys on usein jätetty auki,[520] mutta uudemmassa kirjallisuudessa on todettu, että oikeuskäytännön perusteella yhteiseen määräävään asemaan voidaan puuttua myös yrityskauppavalvonnassa.[521]

4.4.4 Tulkintasuositus

Lain sanamuodon perusteella kysymys yhteisestä määräävästä asemasta ei ratkea. Lain 11 d §:n sanamuoto sallii yhtä hyvin yhden kuin useamman yrityksen määräävän aseman. Lain esityöt näyttävät kokonaisuudessaan tarkasteltuina tukevan sitä, että yhden yrityksen markkinavoiman ohella voidaan puuttua myös kollektiiviseen markkinavoimaan, mikä myös on taloudellisesti järkevää. Hallituksen esitys vaikenee, mutta komiteamietintö tukee jaetun määräävän aseman käsitettä. Mikäli komiteamietinnöstä olisi haluttu nimenomaisesti poiketa, olisi sitä koskeva maininta otettu hallituksen esitykseen. Lain esitöiden mukaan tarkasteltaessa määräävän aseman edellytyksiä 11 d §:n osalta tulkintaapua on haettava 3 §:n 2 momenttia koskevasta oikeuskäytännöstä.[522] Ottaen

---

[516] Ks. Kuoppamäki (2000) s. 212–213.

[517] D:o 23/359/98, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.

[518] KHO:n päätös 25.1.2002, taltio 182, d:o 2347/1/00.

[519] *Telia Mobile Aktiebolagetin Suomen sivuliikkeen* (aikaisemmin Telia Finland Oy) valitus kilpailuviraston päätöksestä koskien epäiltyä kilpailun rajoittamista kansallisen verkkovierailun hinnoittelussa, d:o 22/690/2000; kilpailuneuvoston päätös 11.12.2001.

[520] Ks. esim. Savia (1998).

[521] Ks. esim. Lehto, Aalto-Setälä ym. (2001) s. 386–391; ks. myös Kuoppamäki (2002 b) s. 345–354; vrt. kuitenkin vielä Åkermarck/Ramm-Schmidt (2001) s. 452. Viimeksi mainittu artikkeli on tosin kirjoitettu ennen KHO:n *Finntugs*-päätöstä.

[522] Lain esitöissä tämä todetaan toteamalla, että "määräävän aseman syntymisen tai olemassaolon arviointi vastaa lain 3 §:n 2 momentin mukaista arviointia. Huomiota kiinnitetään kuitenkin erityisesti markkinoiden tulevaan kehitykseen." Ks. HE 243/1997 vp. s. 23. Viimeinen lause kuvaa sitä, että yrityskauppavalvonnassa kyse on tulevien vaikutusten arvioinnista. Kun arvioinnin on tarkoitettu vastaavan lähtökohtaisesti 3 §:n 2 momenttia, vaikuttaa tämä vahvalta argumentilta sen puolesta, että yhteinen määräävä asema on olemassa myös 11 d §:n osalta samoilla edellytyksillä kuin 3 §:n 2 momentin osalta. Lisäksi täytyy edellyttää sitä, että kollektiivisen markkinavoiman syntyminen tai vahvistuminen yrityskaupan seurauksena on estää merkittävästi kilpailua Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla.

huomioon, että yhteisen määräävän aseman käsite on nyttemmin yksiselitteisesti hyväksytty oikeuskäytännössä 3 §:n 2 momentin osalta, ei voitane päätyä muuhun kuin siihen lopputulokseen, että sama konsepti soveltuu myös yrityskauppavalvonnassa.

Merkitystä on annettava EY-oikeuden kehitykselle. Vuoden 1998 hallituksen esityksen ja vuoden 1997 työryhmämietinnön mukaan tarkoituksena on ollut, että kotimaisen yrityskauppavalvonnan soveltamiskäytäntö vastaisi pitkälle EY:n käytäntöä. Tämä on todettu omaksumalla EY:n asetuksen arviointiperusteet ja lausumalla, että kieltokynnyksen tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa huomiota voidaan kiinnittää EY:n asetusta koskevaan oikeuskäytäntöön ottamalla kuitenkin huomioon Suomen markkinoiden erityispiirteet.[523] Yhteisen määräävän aseman käsite on tullut omaksutuksi olennaiseksi osaksi EY:n yrityskauppavalvontaa. EY:n oikeuskehitys ei siten voi olla heijastumatta kotimaisen lain tulkintaan. Ottaen huomioon, että EY-oikeutta ja kansallista oikeutta on tulkittava osana samaa kokonaisuutta, EY-oikeutta koskeva oikeuskäytännön selkiytyminen ei voi olla heijastumatta kotimaisten säännösten soveltamiseen.[524]

Reaalisena argumenttina on muistettava, että Suomen markkinoiden koko on varsin pieni verrattuna esim. EY:n sulautuma-asetuksen soveltamiskenttään. Varovaisuussyistä tämä antaa aiheen soveltaa jaetun määräävän aseman käsitettä pienillä kotimarkkinoilla suhteellisen varovaisesti.[525] Toisaalta vastakkaisesti argumentoiden pienillä markkinoilla yksittäisellä yrityskaupalla saadaan helpommin aikaiseksi huomattavaa kilpailuhaittaa kuin suurilla markkinoilla, joilla yritysten määrä ja potentiaalisen kilpailun merkitys luontaisesti on suurempi.[526] Kilpailuviraston soveltamisohjeet viittaavat siihen, että yhteisen määrää-

---

[523] Ks. HE 243/1997 vp. 23–24, jossa luetellaan samat arviointiperusteet, kuin jotka mainitaan EY:n sulautuma-asetuksen (4064/89) artiklassa 2(1).

[524] EY-argumentti ei ole välttämättä aivan yhtä voimakas kuin 7 §:n ja 3 §:n 2 momentin osalta. Kotimaisilla kilpailuviranomaisilla ja tuomioistuimilla on EY-oikeudellinen velvollisuus ottaa 82 artikla huomioon kansallista lakia koskevissa tulkinnoissaan. Yrityskauppavalvonnan osalta aivan samanlaista velvoitetta välttää ristiriitaisia päätöksiä ei synny. Yrityskauppavalvonta ei perustu rinnakkaisen, vaan yksinomaisen soveltamisen periaatteelle. Tulkintavaikutusta korostaa kuitenkin kotimaisen lainsäätäjän valinta, jossa kansallisille lain soveltajille on asetettu velvollisuus ottaa EY:n sulautuma-asetus huomioon tulkitessaan kotimaisia yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä. Samaan suuntaan vaikuttaa myös EY-asetuksen ja kotimaisen yrityskauppavalvonnan välinen yhteispeli. Esimerkiksi EY:lle tehdyn yrityskaupan siirtäminen kansallisille viranomaisille lienee vain vaikeuksin mahdollista, mikäli kotimaiset säännökset eivät mahdollista yhtä tehokasta käsittelyä kansallisella tasolla kuin mihin EY-säännökset antavat myötä.

[525] Suuria markkinoita vakuuttavammin voidaan argumentoida tehokkuus-puolustuksella, eli että kustannussyyt estävät jaetun määräävän aseman konseptin soveltamisen. Pienillä markkinoilla yleinen oligopolististen rakenteiden torjuminen ei vaikutakaan järkevältä.

[526] Suomi muodostaa monin paikoin edelleen reuna-alueen, jolle investoiminen ei ole kansainvälisen yrityksen näkökulmasta ensimmäinen strateginen tavoite. Tästä johtuen Suomessa kerran syntyvä jaettu määräävä asema voi olla suurempia ja keskeisimpiä markkina-alueita pysyväisluonteisempi. Se, että individuaalinen ja kollektiivinen markkinavoima voivat johtaa kuluttajan ja kilpailun toimivuuden kannalta yhtä huonoihin lopputuloksiin, osoittaa tarpeen tutkia jaetun määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista osana yrityskauppavalvontaa.

vän aseman konseptin soveltaminen on ennemmin poikkeus kuin sääntö. Tähän voidaan yhtyä. Kollektiivisen markkinavoiman tulee olla mahdollisimman selvää. Pääsääntöisesti kotimaisessa yrityskauppavalvonnassa tarkastellaan yhden yrityksen määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista. Kieltokynnyksen korkeutta kuvastaa osaltaan se, että yrityskaupan kieltäminen edellyttää kilpailun merkittävää estymistä.

4.4.5 Yhteisen määräävän aseman soveltamiskriteerit

Kilpailunrajoituslain 11 d §:n mukaisia yhteisen määräävän aseman soveltamiskriteerejä on toistaiseksi käsitelty varsin vähän oikeuskirjallisuudessamme. Oletettavaa kuitenkin on, että kriteerit ovat samoja kuin EY:n yrityskauppavalvonnassa. Tämä perustellaan sillä, että konseptin soveltamisessa mikrotaloustieteen rooli on suhteellisen suuri. Ilman yksityiskohtaisempaa lainsäädännöllistä ohjausta Saksan lain kaltaisten legaalisten olettamien omaksuminen ei vaikuta perustellulta. Jokainen tapaus on tutkittava omien premissiensä pohjalta.

Lehdon mukaan yhteinen määräävä asema voi syntyä, jos markkinoilla on yhtäältä muutama merkittävä yritys ja toisaalta joukko selvästi pienempiä yrityksiä. Kirjoittaja katsoo, että tarkastelussa yhdistyy määräävän aseman ja kartellin tarkastelu. Keskeistä yhteiselle määräävälle asemalle on, että markkinoilla on oltava joukko merkittäviä oligopolistisia yrityksiä, jotka käyttäytyvät kartellia muistuttavalla tavalla.[527] Johtavien oligopoliyritysten ohella markkinoilla voi olla pienempiä yrityksiä, joiden vaikutus markkinoiden hintatasoon on vähäinen. Lehto mainitsee tunnettuja tekijöitä, jotka parantavat yritysten mahdollisuuksia yhteisen määräävän aseman ylläpitoon. Näitä ovat markkinoiden läpinäkyvyys, myyntitapahtumien frekvenssi ja myynnin arvo, markkinaosuudet ja kustannusrakenteet, yritysten lukumäärä ja alalletulon esteet, tuotteiden homogeenisuus, markkinoiden kehitysvaihe ja innovointi sekä osapuolten väliset linkit ja keskinäisen kilpailun puute.[528] Viimeksi mainitun tekijäin osalta todetaan, etteivät taloudelliset siteet ole välttämätön edellytys koordinoinnin onnistumiselle. Keskinäisen kilpailun puute voi johtua pelkistä markkinoiden olosuhteista, jotka kannustavat tällaiseen käyttäytymiseen.[529] Tekijä kuitenkin toteaa, että kilpailuviraston käytäntö on ainakin toistaiseksi ollut EY:n komissiota varovaisempaa, sillä kilpailuvirasto näyttää antavan erityisen paljon pai-

---

[527] Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (1999) s. 290; Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 387.
[528] Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 388.
[529] Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (1999) s. 290–291; Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 387–388.

noa rakenteellisille yhteyksille välttämättömänä edellytyksenä yhteisen määräävän aseman olemassaololle. Tällä on tarkoitettu mm. ristikkäisiä omistuksia.[530] Nähdäkseni taloudellisten siteiden vaatiminen on kilpailunrajoituslain 11 d §:n nojalla juridisesti perusteltua. Yhteisen määräävän aseman käsite pohjautuu kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin elinkeinonharjoittajan yhteenliittymän käsitteeseen. Lain 3 §:n 2 momenttia koskevien esitöiden mukaan *pelkkä* yhdenmukainen käyttäytyminen oligopolissa ei täytä säännöksen edellytyksiä.[531] Tilanne muuttuu toiseksi silloin, kun yritysten välillä on taloudellisia siteitä, jotka luovat motiivin ja keinon yhdenmukaiselle käyttäytymiselle. Vaikka kollektiivisen markkinavoiman torjumista voidaan pitää taloudellisesti perusteltuna yrityskauppavalvonnan puolella myös silloin, kun yritysten välillä ei ole taloudellisia siteitä, 11 d §:n ja 3 §:n 2 momentin säännöstausta huomioon ottaen ja myös varovaisuussyistä on järkevää edellyttää taloudellisia siteitä myös 11 d §:ää sovellettaessa. Oikeustila näyttäisi tältä osin poikkeavan EY:n sulautuma-asetuksen 2 artiklan 3 kohdasta, sillä *Gencor*-päätöksen[532] perusteella yrityskauppa voidaan kieltää myös silloin, kun yritysten välillä ei ole taloudellisia siteitä. Käytännössä eron merkitystä näyttäisi vähentävän se, että myös EY:n puolella kieltopäätöksissä yhteisessä määräävässä asemassa olevien välillä on ollut taloudellisia siteitä.

Lehdon analyysiin voidaan pitkälti yhtyä. Mainitut tekijät kuuluvat taloustieteen ja kilpailuoikeuden perusohjelmaan yhteistä määräävää asemaa selvitettäessä. Kuitenkaan rinnastusta kartellitutkimuksiin ei voida täysin hyväksyä. On totta, että samat rakenteelliset olosuhteet edesauttavat sekä kartellien että kiellon ulkopuolelle jäävän paralleelikäyttäytymisen syntymistä ja säilymistä. Tästä syystä taloustieteilijät puhuvat usein yleisesti kolluusiosta tekemättä nimenomaisesti eroa sen suhteen, onko kyse kielletystä nimenomaisesta kolluusiosta (yhdenmukaistetusta käyttäytymisestä) tai sallitusta hiljaisesta kolluusiosta (yhdenmukainen käyttäytyminen). Juridisesti tämä ero on kuitenkin hyvin merkittävä, sillä pelkkä kilpailijoiden seuraaminen ilman yhdenmukaistettua menettelytapaa, esim. sopimusta tai tietojenvaihtoa, ei ole kartellina kiellettyä. Kolluusion käsitteleminen yhtenä ilmiönä on taloustieteellisesti myös sikäli perusteltua, että haittavaikutuksetkin ovat pitkälti samoja.[533] Taloudellisesti erona näyttäisi olevan se, että kartelli on yleensä mahdollinen olennaisesti suuremmalla yritysmäärällä kuin yritysten välinen koordinaatio ilman kiellettyjä välipuheita tai tietojenvaihtoa. Kartellissa voi olla esim. 4, 10, 20 tai peräti 40 jäsentä. Jaetun määräävän aseman käsilläoloa ryhdytään yleensä vakavasti harkitsemaan vasta silloin, kun markkinoilla toimivien suurten oligopoliyritysten

---

[530] Ks. Lehto, teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 391.
[531] HE 148/1987 vp. s. 17.
[532] *Gencor v. komissio*, T-102/96, [1999] Kok. 4971.
[533] Ks. esim. Neven (2001) s. 57–59.

määrä on laskenut välille 2–6. Kaikesta päätellen nimenomainen kartelli on mahdollinen olennaisesti suuremmalla joukolla yrityksiä kuin hiljainen kolluusio. Käyttäytyminen "sanattomasta yhteisymmärryksestä" käy keskimäärin sitä vaikeammaksi, mitä suuremmaksi yritysten lukumäärä kasvaa.

Voidaan olettaa, että yritykset turvautuvat sallittuihin koordinaatiomuotoihin kiellettyjen sijasta, milloin markkinoiden läpinäkyvyys, yritysten lukumäärä ja muut tekijät sen sallivat. Kartelli voi tuottaa enemmän voittoa, mutta se voi olla hiljaista kolluusiota epävakaampi ja lyhytikäisempi. Yleensä kartelli lienee yritysten kannalta huomattavien oikeudellisten riskien vuoksi second best -tyyppinen järjestely hiljaiseen kolluusioon verrattuna kaikissa niissä tapauksissa, joissa laillinen koordinaatio on mahdollista. Usein kartelliin turvaudutaan nimenomaan silloin, kun hiljainen koordinaatio ei ole tehokasta. Yrityskauppavalvonnalla pyritään torjumaan myös kartelleja, mutta ennen muuta menestykselliseen hiljaiseen kolluusioon johtavia markkinarakenteita. Kielletyn kartellin tutkimisessa pääpaino on todistusaineiston analysoinnissa, riittääkö asiakirjanäyttö osoittamaan yritysten väliset kielletyt kontaktit tai välipuheet. Taloudellisella näytöllä on lähinnä indision asema ja asiakirjanäytön luotettavuutta tukeva rooli. Yrityskauppatutkimuksissa tarkastelun kohteena on markkinarakenteen muuttumisen tulevien vaikutusten arviointi.

4.4.6 Tapauskäytäntöä

4.4.6.1 Fritidsresor

Ensimmäinen tapaus, jossa kilpailuvirasto sovelsi jaetun määräävän aseman käsitettä, koski yrityskauppaa, jossa Finnair myi Finnmatkojen osakekannan brittiläiselle Thomson-konserniin kuuluvalle Fritidsresorille.[534] Yrityskaupan yhteydessä osapuolet tekivät sopimuksen, jonka mukaan Fritidsresor sitoutui hankkimaan sekä Fritidsresorin, Hassen, Tema Toursin että Finnmatkojen tarvitsemat lennot Finnairilta. Kilpailuvirasto selvitti, johtaako Fritidsresorin ja Finnairin yhdessä saavuttama korkea markkinaosuus sekä kaupan yhteydessä solmittu lentoja koskeva sopimus yhtiöiden yhteisen määräävän markkina-aseman syntymiseen Suomen valmismatkamarkkinoilla.[535]

---

[534] Ks. *Fritidsresor Holding Ab/Oy Finnmatkat – Finntours AB*, Dnro 1076/81/99, kilpailuviraston päätös 5.4.2000, yrityskaupan hyväksyminen ehdollisena.

[535] EY:n komission *Airtours*-päätöksestä poiketen kilpailuvirasto ei jaa markkinoita erikseen lähi- ja kaukomatkoihin. Yrityskaupan ilmoittajien mielestä näin yksityiskohtaiselle jaottelulle ei ole perusteita, sillä samat asiakkaat ostavat molempia matkoja ja hinnat ovat suhteellisen lähellä toisiaan. Kilpailuvirasto perustelee laajempaa markkinamäärittelyä sillä, ettei hyödykemarkkinoiden jakaminen pienempiin segmentteihin muuttaisi tapauksen analyysia. Komission tapaan virasto pitää – perustelujen niukkuudesta huolimatta nähdäkseni lopputulokseltaan korrektisti – alueellisia markkinoita kansallisina. Ks. kilpailuviraston päätös, s. 2–4.

4.4.6.1.1 Kilpailuviraston päätös

Kilpailuviraston päätöksen mukaan yhteinen asema on mahdollinen, kun markkinoiden muutamat suuret yritykset voivat saavuttaa "yhteisymmärryksen" ja pitää hintoja kilpailullisen tason yläpuolella. Yhteisymmärryksen ei tarvitse olla selvästi ilmaistua tai perustua nimenomaisiin sopimuksiin, vaan se voi olla myös "salaista yhteisymmärrystä" (tacit collusion). Toisaalta oligopolin jäsenten pelkkä sopeutuminen markkinatilanteeseen saattaa aiheuttaa kilpailun kannalta haitallista käyttäytymistä, jonka kautta näille syntyy yhteinen määräävä markkina-asema. Viraston mukaan määräävässä markkina-asemassa oleva oligopoli synnyttää samanlaisia kilpailuongelmia kuin yksi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

Kilpailuvirasto mainitsee päätöksessään kolme jaetun määräävän aseman perusedellytystä ja sen todennäköisyyttä lisääviä lisätekijöitä. Ensimmäisenä perusedellytyksenä on, että *yritykset ovat tunnistaneet keskinäisen riippuvuussuhteensa*. Markkinoilla on riittävän pieni joukko tarjoajia, jolloin jokaisen tarjoajan täytyy ottaa huomioon kilpailijan toimet ja todennäköiset reaktiot sen omiin toimenpiteisiin tulevaisuudessa. Toinen perusedellytys ovat *riittävät alallepääsyn esteet*. Vain mikäli alalletulo on rajoitettua, johtavat yritykset voivat nostaa hintoja esimerkiksi rajoittamalla tuotantoa ilman, että niiden tarvitsee pelätä markkinoille tulijoiden tuomaa lisätarjontaa. Kolmantena edellytyksenä pidetään sitä, että yhteisymmärryksen saavuttaneilla yrityksillä tulee olla *mahdollisuus havaita poikkeaminen ja "rangaista" siitä*. Perusedellytysten täyttyminen ei vielä riitä osoittamaan yhteisen määräävän aseman olemassaoloa. Perusedellytysten ohella on tarkasteltava lisätekijöitä, jotka lisäävät koordinaation todennäköisyyttä.[536]

Suomen matkanjärjestämismarkkinoilla toimi keskittymän jälkeen kolme merkittävää yritysryhmää: Finnair (Aurinkomatkat, Top Club, Etumatkat), Thomson-ryhmä (Fritidsresor, Hasse, Finnmatkat) ja Airtours-konserni (Tjäreborg, Spies), joista kahden ensimmäisen ryhmän yhteinen markkinaosuus on noin 60–80 % ja Airtoursin noin 10–25 %. Yrityskaupan seurauksena matkanjärjestäjien lukumäärä ei sinänsä vähentynyt, mutta erot kahden merkittävimmän toimijan markkinaosuuksissa tasoittuivat. Finnair-konserni (20–40 %) ja Thomson-konserni (20–40 %) olivat yrityskaupan jälkeen markkinaosuuksilla mitaten suhteellisen lähellä toisiaan ja ero kolmanneksi suurimpaan matkanjärjestäjään olisi suuri. Loput markkinoilla toimivat yritykset olivat kooltaan erittäin pieniä suhteessa Fritidsresoriin ja Finnairiin. Kilpailuvirasto totesi, että yritysten koon symmetrisyyden on yleensä katsottu lisäävän koordinoinnin todennäköisyyttä.[537] Inspiraationa on selvästi ollut EY:n komission samoja hyödykemarkkinoita koskenut Airtours-ratkaisu. Virasto vetoaa samoihin tekijöihin kuin komissio, joiden se katsoo lisäävän yhteisen määräävän aseman todennäköisyyttä.

---

[536] Ks. kilpailuviraston päätös, s. 5.
[537] Kilpailuviraston päätös, s. 6.

Kilpailuviraston arvioi, että Suomen valmismatkamarkkinat ovat läpinäkyvät, mikä yleensä lisää koordinoinnin todennäköisyyttä.[538] Finnairin ja Fritidsresorin välillä solmitut sopimukset antoivat yrityksille mahdollisuuden vielä tarkempaan seurantaan.[539] Riippuvuutta ja läpinäkyvyyttä lisäsi myös se, että Finnair myi matkatoimistoissaan lähes kaikkien, myös Fritidsresor-ryhmään kuuluvien matkanjärjestäjien matkoja.[540] Alallepääsyä rajoitti sopivan lentokapasiteetti saatavuus.[541] Kilpailuvirasto piti epätodennäköisenä, että Suomen suhteellisen pienille valmismatkamarkkinoille olisi muutoin kuin yritysostojen kautta tulossa joku merkittävä ulkomainen kilpailija.[542] Matkanjärjestäjien asiakaskunta koostuu kuluttajista, joilla ei yksittäisinä asiakkaina ole merkittävää ostovoimaa, jota ne voisivat käyttää hyväkseen neuvotteluissa matkanjärjestäjien kanssa valmismatkoja ostaessaan.[543] EY:n komission tavoin kilpailuvirasto pitää valmismatkoja suhteellisen homogeenisena hyödykkeenä.[544] Virasto kiinnitti huomiota myös markkinoiden historiaan. Finnairin matkanjärjestäjien ja Fritidsresor-ryhmän markkinaosuuksissa valmismatkoissa ei ollut havaittavissa suuria muutoksia vuosina 1993–1998. Tätä pidettiin viitteenä siitä, että alalla ei ole myöskään aikaisemmin kiivaasti taisteltu markkinaosuuksista muutoin kuin yrityskauppojen kautta. Vakaana pysyneet markkinaolosuhteet lisäisivät haitallisen koordinoinnin todennäköisyyttä.[545]

---

[538] Yritykset voivat seurata toistensa kapasiteetin kehitystä ja sopimusehtoja monin eri tavoin. Matkaohjelmat lyödään lukkoon viimeistään 12 kuukautta ennen kunkin talvi- ja kesäkauden alkua. Läpinäkyvyyttä lisäävät mm. kilpailijoiden väliset taloudelliset siteet ja toimialayhdistysten tietojen välitys. Yrityksillä on mahdollisuus seurata toistensa toimia markkinoilla esitteiden, Suomen matkatoimistoalan liiton tarjontatilastoiden, lehti-ilmoitusten ym. markkinointikanavien, Amadeus-paikanvarausjärjestelmän ja matkatoimistojen myyntitilastojen kautta. Erityisen tarkasti tilanteesta olisi perillä Finnair, joka ainoana merkittävänä charter-lentojen tarjoajana on tietoinen kaikkien matkanjärjestäjien tarvitsemasta kapasiteetista ja sen muutoksista.

[539] Ks. viraston päätös, s. 6 ja 9–10.

[540] Viraston päätös, s. 15.

[541] Keskeisellä sijalla viraston analyysissä ovat kulutustottumukset: suomalaisten arvellaan haluavan käyttää suomalaista lentoyhtiötä. Valmismatkalaissa edellytetyn vakuuden todettiin rajoittavan pienten markanjärjestäjien tuloa Suomeen. Matkanjärjestämismarkkinoilla alalletulo edellyttää kattavan jakeluverkoston luomista.

[542] Edellisten kolmen vuoden aikana alalle oli markkinoille oli tullut vain yksi uusi yritys. Vähäinen kysynnän kasvu tai jopa lasku ei lisää valmismatkamarkkinoille tulon houkuttelevuutta. Alalla ei ollut myöskään odotettavissa merkittäviä kysyntään vaikuttavia teknisiä tai muita innovaatioita. Vaikka internetin osuus tuleekin oletettavasti lisääntymään valmismatkojen jakelukanavana, ei se kuitenkaan lähitulevaisuudessa tule poistamaan matkatoimistojen tai matkanjärjestäjien omien toimistojen merkitystä valmismatkojen jakelussa. Internet ei myöskään tulisi lisäämään valmismatkojen kysyntää Suomessa niin merkittävästi, että uuden matkanjärjestäjän alalle tulo muuttuisi houkuttelevaksi Ks. päätöksen sivut 10–11.

[543] Ks. s. 10.

[544] Jokaiseen matkaan sisältyy lento ja majoitus kohteessa. Koska Finnair lentää suurimman osan valmismatkoihin liittyvistä lennoista, ei eri matkanjärjestäjien lennoissa ole eroja. Hotelleissa on luonnollisesti eroja, mutta erojen suuruus samassa hintaluokassa ei asian käsittelyn kannalta ole ratkaiseva. Tuotteiden samankaltaisuus helpottaisi myös hinnoittelun tason seurantaa.

[545] Ks. päätöksen sivut 10–11.

Kilpailuvirasto kiinnitti huomiota myös oligopolistien välisiin taloudellisiin siteisiin. Kaupan sopijapuolten välillä solmittu Air Charter -sopimus loi taloudellisia siteitä.[546] Finnair ja Fritidsresor voisivat molemmat tarvittaessa rangaista toisiaan sopimusjärjestelyjen kautta, mikäli toinen osapuoli pyrkisi merkittävästi kasvattamaan markkinaosuuttaan muuttamalla kapasiteetti- tai hintatasoa yhteisesti ymmärretystä tasosta. Rankaiseminen voitaisiin toteuttaa esim. vähentämällä kilpailijalle myytävien lentopaikkojen määrää.[547]

Kilpailuvirasto päätyi siihen, että kaupan seurauksena Fritidsresorille ja Finnairille syntyisi yhteinen määräävä markkina-asema valmismatkamarkkinoilla. Markkinoiden läpinäkyvyys, alalle tulon esteet, vähäinen kysynnän kasvu, hyödykkeiden samankaltaisuus, asiakkaiden pieni neuvotteluvoima ja pitkään vakaana pysyneet markkinaolosuhteet mahdollistivat osapuolten kilpailukäyttäytymisen koordinoinnin ja jopa kannustavat siihen. Duopolin ulkopuoliset yritykset ovat selvästi pienempiä. Alalle tulon esteistä johtuen myöskään potentiaalinen kilpailu ei rajoittaisi riittävästi Fritidsresorin ja Finnairin kollektiivista markkinavoimaa, mistä johtuen yrityskauppa sallittiin vasta ehtojen jälkeen.[548]

4.4.6.1.2 Kommentti

Kilpailuviraston päätöksen yhtymäkohdat EY:n komission *Airtours*-ratkaisuun ovat silmiinpistävät. Tapaukset eivät kuitenkaan ole identtiset. Airtours-tapauksessa haitalliset kilpailuvaikutukset johtuivat kolmen suurimman yrityksen keskittymisration noususta ja ainoan keskisuuren kilpailijan poistumisesta markkinoilta. *Fritidsresor*-tapauksessa markkinaosuuksia siirtyi suurimmalta kilpailijalta toiseksi suurimmalle, joten markkinat eivät varsinaisesti keskittyneet. Suurimman yrityksen markkinaosuus laski. Keskeinen haitta nähtiin oligopolin symmetrisyyden lisääntymisessä ja kilpailun vähenemisessä lentopalveluissa. Markkina-osuuksien yhdenmukaistuessa myös kustannusrakenteet saattavat lähentyä toisiaan, mikä on omiaan lisäämään oligopolistisen koordinaation riskiä. Koska tämä ei ole mitenkään välttämätöntä, päätöksessä toivoisi enemmän analyysia kustannusrakenteiden samankaltaisuudesta. Tältä osin viraston päätöstä on pidettävä vajavaisesti perusteltuna.

Kilpailuvirasto on selvästi hyötynyt Airtours-päätöksestä ja sitä koskevasta kritiikistä. Argumentaation samankaltaisuutta ei voida pitää moitteena. Se on

---

[546] Finnairin ja Thomson-ryhmän välillä. Sopimus myös yhdenmukaistaisi kahden suurimman yhtiön kustannusrakenteita, mikä parantaisi yhdenmukaisen hinnoittelun edellytyksiä. Sopimuksella voitaisiin parantaa Fritidsresorin kilpailuasemaa ja vaikeuttaa uusien matkanjärjestäjien alalle tuloa Suomen valmismatkamarkkinoille. Air Charter -sopimus vähentäisi charter-lentoyhtiöiden kiinnostusta tulla Suomen markkinoille, koska pääosa lentopaikoista on jo sitouduttu hankkimaan ensisijaisesti Finnairilta. Yrityksillä oli yhteistyötä myös majoituspaikkojen hankinnassa (ns. bed sharing).

[547] Kilpailuviraston päätös, s. 9.

[548] Ehdoilla Fritidsresor ja Finnair sitoutuivat poistamaan ns. bed buying lausekkeen sopimuksesta sekä rajoittamaan Air Charter -sopimuksen alaa, sitovuutta ja voimassaoloaikaa. Ks. päätöksen s. 12.

pikemminkin luontevaa, onhan kyse kahdesta lyhyen ajan sisällä annetusta identtisiä hyödykemarkkinoita koskevasta päätöksestä ja sisällöltään varsin samankaltaisen lainsäädännön soveltamisesta EY:n komissiosta poiketen kilpailuvirasto nostaa rankaisumekanismin päätöksessään näkyvästi esille ja toteaa, että mahdollisuus kilpailuhäirikön rankaisemiseen on jaetun määräävän aseman perusedellytys. Kilpailuvirasto vetoaa samoihin seikkoihin, joihin EY:n komission olisi tullut kiinnittää enemmän huomiota. Tosiasioiden puutteellisen selvittämisen ohella keskeisenä puutteena komission päätöksessä oli pidettävä juuri sitä, ettei komissio ollut riittävästi perustellut, mihin väite kapasiteettikolluusiosta perustui.

Nähdäkseni kilpailuviraston päätöksen alkupäässä on horjuvuutta käsitteiden hyödyntämisessä. Tässä tutkimuksessa eroa laissa kielletyn ja lain salliman kolluusion välillä on kuvattu termein nimenomainen (kielletty) ja hiljainen (sallittu) kolluusio. Vaihtoehtoisesti voidaan puhua yhdenmukaisesta (sallittua) ja yhdenmukaistetusta (kiellettyä) toiminnasta. Termit sallittu ja kielletty eivät edellä viittaa menettelyn moraaliseen arviointiin tai sen vahingollisuuteen kuluttajille, vaan yksinkertaisesti siihen, täyttääkö yritysten käyttäytyminen kielletyn kartellin kilpailuoikeudellisen tunnusmerkistön. Mielestäni amerikkalaista termiä "tacit collusion" ei tarvita Suomessa.[549] Myös termin kääntämistä "salaiseksi yhteisymmärrykseksi" on pidettävä käsitteen juridista sisältöä vastaamattomana. Käännöksenä hiljainen yhteisymmärrys on parempi.[550] Yhdysvalloissa termin tacit collusion on ottanut laajempaan juridiseen käyttöön *Richard A. Posner*. Posnerilla termillä tarkoitetaan kiellettyä kartellia. Posnerin vähän kannatusta saaneen ajatuksen mukaan kielletty kartelli voitaisiin todistaa pelkän taloudellisen näytön perusteella ja pelkkää yhdenmukaista toimintaa voitaisiin tietyissä oloissa pitää kiellettynä. Analyysin ensimmäisessä vaiheessa tarkastellaan, suosiiko markkinarakenne kolluusiota[551] ja toisessa vaiheessa, esiintyykö kolluusiota markkinoilla.[552] Ajatuksena on, että yhdenmukainen tilanne ei synny itsestään vaan yritykset ovat siihen syypäitä valittuaan puolin ja toisin hintatasoa nostavan strategian.[553]

---

[549] Termin tacit collusion merkityssisällöstä ks. esim. OECD (1999) s. 201 ss.; Hovenkamp (1999) s. 164 ss.; Monti (1996); Hovard/Stanbury (1990) s. 238 ss.; Posner (1969) ja (1976) s. 55 ss. Juridisen ja taloudellisen kielenkäytön eroista ks. Neven (2001) s. 57–59.

[550] Kilpailuvirasto näyttääkin hyväksyneen tämän termin käyttöön. Ks. esim. Jokinen (2001) s. 53. Jos halutaan käyttää amerikkalaisperäisiä käsitteitä, termin tacit collusion sijasta on syytä käyttää termiä coordinated interaction, jota käytetään esim. Yhdysvaltojen kilpailuviranomaisten horisontaalisia yrityskauppoja koskevissa suuntaviivoissa. Coordinated interaction voi olla kiellettyä tai sallittua.

[551] Ks. Posner (1976) s. 55–61; Posner (2001) s. 69–79.

[552] Ks. Posner (1976) s. 62–71; Posner (2001) s. 79–100. Posnerin ehdottamaa lähestymistapaa on käsitelty yksityiskohtaisesti kartellien yhteydessä.

[553] Ks. Posner s. 71–77. Ks. myös Posner, Economic analysis of Law, Fifth edition (1998) s. 311–317.

4.4.6.2 Carlsberg & Orkla

4.4.6.2.1 Kilpailuviraston päätös

Yhteinen määräävä asema syntyi myös panimoalaa koskeneessa tapauksessa *Carlsberg/Orkla.*[554] Kaupalla norjalaisen Orklan panimo- ja virvoitusjuomaliiketoiminnot siirtyivät Carlsbergin määräysvaltaan. Kilpailuvirasto hyväksyi kaupan sitoumuksilla. Päätöksessään kilpailuvirasto perustelee lähemmin valvonnan ulottamista oligopoleihin. Yrityskaupan ilmoittaja oli esittänyt, että kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan vain yhdellä yrityksellä taikka yhdellä yritysten yhteenliittymällä voisi olla määräävä markkina-asema, ei sen sijaan usealla yrityksellä tai usealla yritysten yhteenliittymällä yhtä aikaa. Kilpailuvirasto hylkäsi väitteen toteamalla, että kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa määritellään kriteerit, joiden nojalla yrityksellä todetaan olevan määräävä markkina-asema. Tällainen asema on yrityksellä, jos se voi merkittävästi ohjata hyödykkeen hintatasoa tai vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin. Lain 3 §:n 2 momenttia koskevan oikeuskäytännön perusteella oli tulkittava, että yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen voidaan puuttua myös 11 d §:n perusteella.[555]

> Osapuolet sopivat panimoliiketoimintojensa yhdistämisestä uuteen Carlsberg Breweries A/S -yhtiöön, jonka osakkeista Carlsberg omistaa 60 % ja Orkla 40 %. Samalla Carlsberg tuli Orklan sijaan käyttämään määräysvaltaa Hartwallin kanssa mm. Baltian maissa ja Venäjällä toimivassa Baltic Beverages Holding Ab:ssa. Carlsberg omisti jo ennen kauppaa Hartwallin pääkilpailijan Sinebrychoffin. Suomen markkinat olivat jo ennen yrityskauppaa duopolistiset. Yritysjärjestely loi linkin, jonka myötä kahden ylivoimaisesti suurimman panimoyrityksen hallinta keskittyisi yksiin käsiin. Kauppa olisi synnyttänyt taloudellisia siteitä Suomen markkinoiden kahden pääkilpailijan

---

[554] *Carslberg AS/Orkla ASA:n panimoliiketoiminnot*, Dnro 573/81/2000, kilpailuviraston päätös 2.1.2001.

[555] Kilpailuvirasto viittasi yhteistä määräävää asemaa koskevan kantansa tueksi kilpailuneuvoston määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaan tapauskäytäntöön, jossa jaetun määräävän aseman käsite on hyväksytty. Kilpailuneuvosto oli todennut *Valio II* -päätöksessään, ettei Valioryhmän määräävä markkina-asema tärkeimpien maitotuotteiden markkinoilla Suomessa estänyt sitä, että *Normilk Oy:llä* oli samaan aikaan alueellinen määräävä markkina-asema maidon jalostuksessa toimialueellaan. Kilpailuneuvosto on *Alfons Håkans Oy:tä ja Finntugs Oy:tä* koskevassa päätöksessään todennut, että kyseisillä yrityksillä oli yhteinen määräävä markkina-asema. Kilpailuvirasto viittasi myös EY:n kilpailuoikeuteen. Ensimmäisen asteen tuomioistuin on *Gencor/Lonrho* -päätöksessään hyväksynyt, että EY:n sulautuma-asetus (4064/89) koskee myös oligopolistista määräävä asemaa, "vaikka asetuksen 2 ja 8 artiklat eivät edes mainitse elinkeinonharjoittajien yhteenliittymää". Näin on erityisesti tapauksissa, joissa yritysten välillä on taloudellisia siteitä. EY:n tuomioistuimen mukaan taloudellisena siteenä voidaan pitää tiukan oligopolin osapuolten välistä keskinäistä riippuvuutta, kun jäsenet voivat ennakoida toistensa käyttäytymistä ja niillä on vahvat houkuttimet yhdenmukaistaa toimintansa markkinoilla, erityisesti yhteisen voiton maksimoimiseksi tuotantoa rajoittamalla ja hintoja nostamalla.

eli Hartwallin ja Sinebrychoffin välille ja johtanut siihen, että näille yrityksille olisi muodostunut olut-, siideri-, long drink- ja virvoitusjuomamarkkinoilla yhteinen määräävä markkina-asema.[556]

Panimoalan markkinat Suomessa olivat keskittyneet. Sinebrychoffin ja Hartwallin yhteenlaskettu markkinaosuus eri olut-, siideri- ja long drink -markkinasegmenteillä vaihteli 60–100 %:n välillä. Näiden kahden yhtiön yhteenlasketut markkinaosuudet olivat oluissa ja siidereissä jonkin verran alle 90 %, long drink -juomissa yli 90 % sekä virvoitusjuomissa ja kivennäisvesissä noin 75 %.

Hinnoittelu oli jo ennen yrityskauppaa ollut yhtenäistä. Markkinat olivat läpinäkyvät, mitä kuvasi se, että Sinebrychoff ja Hartwall olivat muuttaneet hintojaan muutaman viikon sisällä ja hinnanmuutokset olivat lähes saman suuruiset. Tämä viittasi siihen, että kilpailijat voivat tarkasti seurata toistensa hinnoittelua ja muuta markkinakäyttäytymistä. Panimoiden tuotteiden ollessa homogeenisia kilpailijat eivät voi tehokkaasti välttää oligopolin jäsenen vastatoimia suuntaamalla tuotantonsa uudelleen tai keskittymällä vähäisemmän menekin omaaviin tuotteisiin. Alan teknologia oli kypsää, ja oligopolin jäsenillä on käytössään sama tuotantoteknologia. Tärkeimmät raaka-aineet hankitaan samoista tai samankaltaisista lähteistä. Tuotantolaitteistojen ja työvoiman hinnoittelu oli yhdenmukaista.

Päätelmää yrityskaupassa syntyvästä tai vahvistuvasta yhteisestä määräävästä asemasta vahvistivat taloudelliset siteet. Orkla oli merkittävä omistaja sekä Hartwallissa että Carlsberg Breweriessä. Yrityskauppa kutoi monisäikeisen sopimusverkoston yritysten välille, joka mahdollistaisi tietojenvaihdon ja käyttäytymisen yhteensovittamisen pääkilpailijoiden välillä. Sinebrychoff ja Hartwall toimivat yhteistyössä mm. alan järjestöissä ja kierrätysjärjestelmässä. Suurimmat osakkaat saattoivat yhdessä vaikuttaa markkinoille tulijan kustannuksiin.

Uponneet kustannukset rajoittivat alalletuloa. Uuden yrityksen täytyisi investoida tuotantolaitteistoihin ja markkinointiin. Hartwall ja Sinebrychoff nauttivat suurtuotannon eduista suhteessa pienempiin suomalaisiin panimoihin ja maahantuojiin, mikä mahdollisti halvemmat yksikkökustannukset. Hartwallilla ja Sinebrychoffilla oli tunnetut tuotemerkit.[557] Niillä oli myös suuret resurssit markkinointiin ja mainontaan. Kaupan rakenne on ketjuuntunut ja pääsy keskusliikkeiden valikoimiin saattaa edellyttää koko maan laajuista jakelua. Kun kysyntä oli tyydytettyä, uuden kilpailijan rakentama tuotantokapasiteetti olisi ylikapasiteettia. Erityisesti oluen kysyntäjousto oli alhainen. Hinnankorotukset olisivat paitsi mahdollisia, myös todennäköisiä.

---

[556] Carlsbergin ja Orklan välisestä yrityskaupasta olivat aiemmin joulukuussa 2000 antaneet päätöksensä myös Ruotsin ja Norjan kilpailuviranomaiset. Ruotsissa Carlsberg sitoutui luopumaan eräistä tuotemerkeistään ja lopettamaan yhteistyönsä Ruotsin Coca-Cola Companyn kanssa. Myös Norjassa Carlsberg lopettaa päätöksen seurauksena yhteistyönsä Coca-Colan kanssa.

[557] Kotimaisten oluttuotemerkkien vahvuutta Suomen markkinoilla kuvataan viraston päätöksessä sillä, että tunnetut kansainväliset tuotemerkit ovat saaneet yhteensä alle 1 % markkinaosuuden. Näin ollen ei ole uskottavaa, että johtavien toimittajien ulkopuolelta voidaan markkinoille helposti tuoda tuotemerkkejä, jotka aiheuttavat merkittävää kilpailupainetta oligopolille.

4.4.6.2.2 Kommentti

Mielenkiintoisesti kumpikaan kilpailuviraston käsittelemistä yhteiseen määräävään asemaan johtavista yrityskaupoista ei ole välittömästi lisännyt keskittymisastetta Suomessa. Markkinoilla vallitsi duopoli jo ennen kauppaa. Voidaan kuitenkin yhtyä kilpailuviraston johtopäätökseen negatiivisista kilpailuvaikutuksista. Kummassakin tapauksessa haitta syntyi rakenteellisen muutoksen aikaansaamasta oligopolin sisäisen kilpailun vähenemisestä. Carlsbergin hankkiessa Orklan Sinebrychoffin ja Hartwallin välille syntyi entisten yhteyksien lisäksi siinä määrin kiinteitä taloudellisia kytköksiä, että sinänsä juridisesti itsenäisten yhtiöiden tarkasteleminen yhtenä ryhmänä on kilpailuoikeudelliselta kannalta perusteltua. Omistusyhteyksiin ja yhteistyösopimuksiin perustuvien siteiden lisäksi kilpailuvirasto otti huomioon panimoalan markkinoiden rakenteen ja läpinäkyvyyden, alan kehitysvaiheen ja alalle tulon esteet Suomessa sekä tehokkaiden rankaisutoimien mahdollisuuden.[558]

Ilmoittajan mukaan markkinat ja erityisesti hinnoittelu panimoalan tukkumarkkinoilla eivät ole läpinäkyviä. Kilpailijoilla ei ole mahdollista suoraan saada tietoonsa asiakaskohtaisia alennuksia, joten listahinnat eivät kuvaa asiakkaiden todellisuudessa maksamia hintoja. Sama väite johti esim. Storan ja Enson yrityskaupassa kolluusiohypoteesin kumoutumiseen. Kilpailuvirasto kuitenkin katsoi, että vaikka asiakaskohtaiset hinnat eivät tulisikaan kilpailijoiden tietoon tarkasti, panimoilla oli muita keinoja seurata kilpailijoidensa toimia markkinoilla. Kysymystä on pidettävä keskeisenä, sillä salaiset alennukset voivat tehokkaasti estää kolluusion. Kulutuskysyntää pidettiin joustamattomana. Kaupan ostajilla itsellään on markkinavoimaa vähittäismarkkinoilla, mutta vähittäiskaupan asiakkailla ei ole neuvotteluvoimaa. Siksi vähittäiskauppa ja ravintolat voivat helposti siirtää panimoiden hinnankorotukset lopputuotteiden hintoihin. Kilpailuvirasto sovelsi EY:n komission noudattamaa läpäisyteoriaa: vaikka asiakkaalla olisi ostovoimaa, tällä ei ole ratkaisevaa merkitystä, jos asiakas voi siirtää hinnankorotuksen suoraan vähittäishintoihin kärsimättä itse siitä.[559] Haitta voidaan siirtää seuraavalle portaalle.

---

[558] Määräävä asema voi säilyä sen johdosta, että pienemmät yritykset paistattelevat monopolin varjossa, joka sallii niille paremmat voitot. Sopeutuminen markkinajohtajan toimintaan ja hiljainen kolluusio ovat saman kolikon kaksi puolta. Kummassakin lähestymistavassa yrityskauppaanalyysin tarkoitus on sama: sen selvittäminen, heikkenevätkö kilpailun edellytykset yrityskaupan seurauksena.

[559] Teoriaa voidaan pitää jossain määrin riidanalaisena. Lähestymistapaa voidaan puolustaa sillä, että yrityskauppavalvonnan tehtävänä on estää kuluttajia haittaava markkinoiden keskittyminen. Toisaalta monissa tapauksissa asiakkaiden ostovoima suojaa myös kuluttajia jakeluketjun alapäässä. Kysymys riippuu pitkälti siitä, kuinka voimakkaasti kilpailtuja ensimmäisen asiakkaan myymät palvelut ovat. Tässä tapauksessa viraston lähestymistapaa ei kuitenkaan voida pitää virheellisenä.

Kokonaisuutena arvioiden kilpailuviraston analyysi vaikuttaa taloudellisesti ja juridisesti pitävältä. Sama kauppa tutkittiin myös Ruotsissa ja Norjassa. Ruotsissa kauppa johti yhden yrityksen määräävään markkina-asemaan, Norjassa Suomen tapaan jaettuun määräävään asemaan. Kaikissa kolmessa Pohjoismaassa kauppa sallittiin vasta tavaramerkkien myyntiä ym. koskevien rakenteellisten ehtojen jälkeen. Elinkeinotoiminnan kansainvälistymisestä ja omistuksen ketjuuntumisesta seuraa, että ulkomailla tehty ja lähtökohtaisesti muun maan markkinoita koskeva yrityskauppa voi merkittävästi huonontaa kilpailuolosuhteita jopa panimoalan kaltaisella kansallisella markkinalla. Viraston valitsema lääke, taloudellisten linkkien katkaiseminen, on kansainvälisten esikuvien mukainen.

Tapauksen huolestuttava piirre liittyy kilpailuviraston toimivaltaan tutkia yrityskauppoja. Kilpailunrajoituslain 11 a §:n 1 momentin mukaan yrityskauppasäännösten soveltaminen edellyttää liikevaihtorajojen täyttymisen ohella, että ostettava yritys tai sen kanssa samaan yhteisöön kuuluva yhteisö harjoittaa liiketoimintaa Suomessa.[560] Kauppa kuului kilpailuviraston toimivaltaan vain siitä syystä, että myydyllä yrityksellä sattui olemaan Suomessa kokonaisuuden kannalta merkityksetön Rent a Cooler -liiketoiminto, joka myös siirtyi Carlsbergille.[561] Mikäli Suomessa ollut liiketoiminta olisi jo yrityskaupan tekohetkellä rajattu sopimuksen ulkopuolelle, ilmoitusvelvollisuus ei olisi täyttynyt. Toisaalta kilpailuvirasto on käytännössään edellyttänyt ilmoituksen tekemistä myös sellaisten kauppojen osalta, joiden suhteen mitään todellisia vaikutuksia Suomen kilpailuolosuhteisiin ei ole.[562]

Kilpailuvirasto on omaksunut tulkintalinjoja, jotka maksimoivat ilmoitusvelvollisuuden piiriin kuuluvien järjestelyjen määrän. Kilpailulainsäädännön

---

[560] Järjestelyssä Orklan panimo- ja virvoitusjuomaliiketoiminnot eli Pripps Ringnes -konserni ja sen omistamat Baltic Bewerages Holdings Ab:n osakkeet siirtyivät Carlsbergille. Mikään hankinnan kohteena olevista yrityksistä ei näyttänyt harjoittavan liiketoimintaa Suomessa, joten ilmoitusvelvollisuus oli alkuvaiheessa epäselvä. Ks. Jokinen (2001) s. 56.

[561] Kaupan osapuolet pyrkivät myöhemmin rajaamaan kyseisen Suomessa olevan liiketoiminnan kaupan ulkopuolelle, mutta kilpailuvirasto ei hyväksynyt jälkikäteisiä toimenpiteitä, joiden tarkoituksena olisi poistaa viraston toimivalta. Kilpailuviranomaisen toimivalta käsitellä Suomen markkinoilla merkittäviä kilpailuvaikutuksia omaava yrityskauppatapaus jäi riippumaan täysin sattumanvaraisesta seikasta. Carslbergin ja Orklan kauppaneuvotteluista vastanneet johtohenkilöt eivät edes olleet tienneet Rent a Coolerin aloittaneen liiketoimintaa Suomessa. Tieto perustuu Juhani Jokisen tapausta käsittelevään artikkeliin. Ks. Jokinen (2001) s. 56. Jokisen tieto perustuu yrityskaupan osapuolilta saatuun informaatioon.

[562] Ks. esim. tapausta *Flavors & Fragrances Inc/Bush Boake Allen Inc*, d:o 967/81/00, kilpailuviraston päätös 13.10.2000. Amerikkalainen yhtiö (IFF) oli tehnyt ostotarjouksen toisesta amerikkalaisesta yhtiöstä (BBA). BBA:lla oli yksi Suomessa toimiva, sen omaan organisaatioon kuuluva myyntiedustaja. Järjestely kuului siten yrityskauppasäännösten soveltamisalaan. Kauppa koski aromiyhdisteitä, joiden tarjonta on hyvin hajaantunutta ja kansainvälistä. Kilpailuviraston sivun mittaisesta päätöksestä ilmenee, että kaupalla ei ollut mitään olennaisia kilpailuvaikutuksia Suomen markkinoilla.

uudistamista miettineen työryhmän esityksen mukaan 11 a §:n 1 momentin toisen lauseen mukaan liikevaihto-kriteerien täyttymisestä huolimatta yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä ei sovellettaisi, jos yksikään sulautumaan osallinen yritys ei harjoita liiketoimintaa Suomessa *ja* yrityskaupalla ei muutoinkaan ole *vaikutusta Suomen markkinoilla.*[563] Viittaamalla vaikutusperiaatteeseen tarkoitus oli kattaa *Carlsberg/Orklan* kaltaiset tilanteet, joissa merkittäviä vaikutuksia omaava kauppa jää tutkimatta, ja toisaalta estää täysin mitättömien kauppojen kuuluminen sääntelyn piiriin.[564] Viime vaiheessa lain 11 a §:stä jätettiin pois vaikutusperiaatetta koskeva maininta. Hallituksen esityksessä ei lähemmin perustella, miksi säännöstä on muutettu. Ajatuksena lienee ollut välttää liian suuren ilmoitusmäärän syntyminen. Tosiasiallinen vaikutus näyttää olleen päinvastainen.[565] Vaikutusperiaatteen tehtävä on pehmentää pelkkien liikevaihtorajojen perusteella tehtävää tarkastelua. Nähdäkseni parempi ratkaisu olisi ollut lisätä työryhmän 11 a §:ään Suomessa olevaa liiketoimintaa koskeva vähimmäisraja ja säilyttää vaikutusperiaate. Lain systematiikkaa hylkivä säännös on johtanut ojasta allikkoon, jossa merkittäviä tapauksia jää soveltamisalan ulkopuolelle ja merkityksettömiä joudutaan ilmoittamaan kaikkine siihen liittyvine kustannuksineen. Suositeltavaa olisi, että epäonnistunutta lainkohtaa korjattaisiin seuraavan laintarkistuksen yhteydessä.[566] Mahdollisesti voitaisiin ottaa tulkinnallisesti nykyistä enemmän huomioon kilpailunrajoituslain 2 §:n 4 momentti, jonka mukaan lakia ei sovelleta kilpailunrajoitukseen, joka rajoittaa taloudellista kilpailua Suomen ulkopuolella eikä kohdistu suomalaiseen asiakaspiiriin. Virasto näyttäisi kiinnittävän huomiota vain 11 a §:ään, mitä voidaan perustella sillä, että säännös on *lex specialis* suhteessa 2 §:n 4 momenttiin.

---

[563] Ks. Kilpailulainsäädännön uudistaminen (1997), s. 154–155 ja 220.

[564] Ottaen huomioon, että muutetussa 11 a §:ssä ei ole asetettu minkäänlaista vähimmäisrajaa Suomessa olevalle liiketoiminnalle, miten pieni tahansa liikevaihto voi laukaista ilmoitusvelvollisuuden, vaikkei kaupalla olisi mitään todellisia kilpailuvaikutuksia Suomessa. Asianajopiireissä puhutaan kioskikauppojen ilmoitusvelvollisuudesta.

[565] Ongelmaa korostaa 11 b §:n 4 momenttiin sisältyvä ns. kahden vuoden sääntö, jonka mukaan hankinnan kohteen liikevaihtoa laskettaessa siihen lasketaan mukaan niiden samalla toimialalla toimivien yritysten liikevaihdot, joissa hankkija on hankintaa edeltävän kahden vuoden aikana hankkinut määräysvallan. Säännös lisättiin työryhmämietintöön vaiheessa, jossa 11 a §:n liikevaihtorajojen oletettiin muodostuvan olennaisesti laissa toteutuneita korkeammiksi. Kahden vuoden sääntöä olisi tullut täsmentää siinä vaiheessa, kun liikevaihdot olivat selvillä.

[566] Lain 11 a §:n toinen lause voisi kuulua esim. seuraavasti: "Lisäksi säännösten soveltaminen edellyttää, että hankinnan kohde tai sen kanssa samaan konserniin kuuluva yhteisö tai säätiö taikka perustettava yhteisyritys harjoittaa liiketoimintaa Suomessa ja Suomesta kertyvä liiketoiminta ylittää 15 miljoonaa euroa, tai että yrityskaupalla on merkittäviä vaikutuksia Suomen markkinoilla."

4.4.7 Yhteenveto

Mahdollisuus puuttua yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen laajentaa olennaisesti yrityskauppavalvonnan käyttöalaa. Osittain se myös kompensoi korkeista liikevaihtorajoista aiheutuvaa epäjohdonmukaisuutta. Kun yhteismarkkinaohjelma poistaa nykyisiä kaupan esteitä, näyttäisi tulevaisuuden kilpailupoliittinen pääongelma olevan individuaalisen määräävän aseman sijasta Euroopan laajuisten oligopolien syntyminen. Yrityskaupan kieltämisen edellytyksenä näyttäisi olevan, että

1. keskittymisen seurauksena syntyy tai vahvistuu yhteinen määräävä asema, joka merkittävästi estää kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla (oligopolin ulkoinen kilpailu),
2. tiukan oligopolin jäsenten väliltä puuttuu tehokas kilpailu (oligopolin sisäinen kilpailu),
3. keskittymisen seurauksena hinnat nousevat tai ainakin tätä koskeva merkittävä riski tai muu vaihtoehtoinen heikennys vaikuttaa hyvin todennäköiseltä.

Oligopolin ulkoisella kilpailulla tarkoitetaan yritysten yhteenlaskettua markkinavoimaa suhteessa pieniin kilpailijoihin (fringe firms) ja asiakkaisiin, jolloin merkittävä mutta yksinään riittämätön kriteeri on yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus. Yrityksillä on kollektiivista markkinavoimaa vain, mikäli ne pystyvät yhdessä nostamaan hintoja rajoittamalla tuotantoa. Tämä edellyttää korkeaa yhteenlaskettua markkinaosuutta ja kysyntäjouston epäelastisuutta, mikä vasta tekee hinnankorotuksesta kannattavan. Lisäksi huomiota tulee kiinnittää edellä käsiteltyihin muihin tekijöihin, kuten kauppakumppanien vastavoimaan, alallepääsyn esteisiin, potentiaalisen kilpailun voimakkuuteen ja yhteismarkkinaohjelman vaikutuksiin. Oligopolin sisäistä kilpailua koskeva kriteeri tarkoittaa tekijöitä, jotka luovat edellytykset yhdenmukaiselle käyttäytymiselle ja vakiinnuttavat sitä. Erityisolosuhteiden selvittämiseksi komissio on kiinnittänyt huomiota yritysten välisiin rakenteellisiin yhteyksiin ja niiden markkinakäyttäytymiseen sekä kolluusiota edistäviin markkinaolosuhteisiin. Keskeisiä tekijöitä ovat markkinoiden läpinäkyvyys, kustannusrakenteiden yhdenmukaisuus ja erilaiset tekijät, jotka tekevät yhdenmukaisesta käyttäytymisestä kannattavaa ja kilpailua lisäävistä liikkeistä kannattamattomia. EY:n komissio ei ole halunnut sitoa itseään rankaisumekanismien osoittamiseen, vaan näyttäisi pyrkivän viemään käytäntöä rakenteellisempaan suuntaan, joka vastaisi amerikkalaista SLC-testiä. Hintakilpailun puuttuminen on indisio kilpailun puuttumisesta. Tuotteen erityisominaisuuksista johtuvan hintakilpailun rajoittuneisuuden voivat kuitenkin korvata muut kilpailukeinot, jos ne ovat sille riittävä korvike. Yrityskaupan vaikutukset kilpailun toimivuudelle ratkaistaan aina kokonaisarvioinnin puitteissa.

Mielestäni on tärkeätä havaita, ettei yhteisen määräävän aseman merkityssisällön tarvitse olla täsmälleen sama määräävän aseman väärinkäyttökiellon ja yrityskauppavalvonnan osalta. Olen edellä suosittanut oikeusturvasyistä, että määräävän aseman väärinkäyttönormin osalta vaaditaan taloudellisia siteitä yritysten väliltä, joiden perusteella ne voivat ymmärtää olevansa yhteisessä määräävässä asemassa. Sen sijaan yrityskauppavalvonnassa, jossa kyse on markkinarakenteen kilpailullisuuden turvaamisesta ennakkoon, samaa edellytystä ei tarvitse asettaa, jos yrityskaupan haittavaikutukset ovat selkeästi muutenkin osoitettavissa.

Voidaan todeta, että kilpailuoikeuden tehokkuuteen liittyvät näkökohdat puoltavat selkeästi yrityskauppavalvonnan ulottamista tiukkojen oligopolien valvontaan. Ongelmana, joka vaatii vielä paljon tieteellistä tutkimusta, voidaan pitää riittävän selkeän ratkaisumetodin löytämistä päätöksentekijän avuksi. Cournotin mallissa lähestymistapa on pelkistetyn rakenteellinen. Mallin heikkoutena on pidetty sitä, ettei se selitä, miten yritykset pääsevät yhteisymmärrykseen hinnoista ilman nimenomaista kartellisopimusta tai ainakin kiellettyä tietojenvaihtoa. Iteratiivisten superpelien teoria selittää yhdenmukaisen käyttäytymisen. Peliteorian ongelmana on ainakin toistaiseksi mallien suhteellisen heikko ennustusarvo.

Peliteoria täydentää rakenteellista tarkastelua. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on kiinnitetty huomiota siihen, että päätöksentekotilanteita analysoivat peliteoreettiset mallit selittävät enemmän, mutta valitettavasti ennustavat vähemmän. Tästä syystä rankaisumekanismeilta ei pidä odottaa liikaa yritysten tulevan käyttäytymisen ennustamisessa. Käyttäytymisoletukset lepäävät yleensä markkinoilla suhteellisen helposti muuttuvien premissien varassa. Yrityskauppavalvonnassa analyysi tulee perustaa mahdollisimman vakaisiin seikkoihin. Yrityskauppavalvonnassa kyse on markkinarakenteeseen liittyvän riskin torjumisesta. Riskiä arvioidaan etupäässä markkinoiden keskittymisen (liike ja lopputulos) ja alallepääsyn esteiden perusteella.[567] Folk-teoreeman väittämä

---

[567] Samaan lopputulokseen näyttäisi päätyvän myös Krüger (1996) s. 135–154, s. 150–151: "Insgesamt hat die spieltheoretische Forschung mit ihrer Verhaltensorientierten Betrachtung der Oligopolsituationen zwar neue Perspektiven für die Beurteilung der Kollusionswahrscheinlichkeit eröffnet. Die in der Spieltheorie entwickelten Modelle kommen aber nicht ohne Bedingungen struktureller Art aus. Aussagen über das voraussichtliche Verhalten der Anbieter können auch nur auf der Grundlage von Faktoren gemacht werden, die über längere Frist als stabil angesehen werden können. Die Spieltheorie benötigt solche "Exogenitäten", um ihre Ergebnisse abzuleiten. Spielregeln und Strategieräume sind dafür Ausdruck. ... Bislang kann auch die neuere industrieökonomische Forschung nicht leisten, dass mit einiger Sicherheit vorhergesagt werden kann, was in Oligopolen tatsächlich passieren wird (was natürlich die konventionelle Theorie auch nicht erlaubt). ... Was die Spieltheorie jedoch erreicht hat, ist ein besseres Verständnis der strukturellen Charakteristika oligopolistischer wettbewerbssituationen. ... Nicht länger möglich sind simple Mustervoraussagen in der wettbewerbspolitischen Praxis. Die Relevanz einzelner Faktoren und ihr Zusammenwirken kann nur im Einzelfall abschliessend beurteilt werden."

suuresta joukosta mahdollisia lopputuloksia ei sinänsä välttämättä pidä paikkaansa evolutionäärisessä tarkastelussa. Yritykset oppivat aikaisemmista tilanteista ja havaitsevat, että pitäytyminen aggressiivisesta kilpailusta kasvattaa jokaisen oligopolistin voittoja. Asiaa käsittelevä kilpailuviranomainen tai tuomioistuin ei voi ryhtyä spekulaatioihin, vaan tarvitsee konkreettisia mittapuita[568] oligopolististen yrityskauppojen arvioimiseen.

Tarve säännellä oligopoleja yrityskauppavalvonnan perusteella voidaan ja tulee hyväksyä lähtökohdaksi. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, ettei kilpailuteoria näytä tarjoavan kovin selkeitä lähtökohtia "hyvien" ja "huonojen" oligopolien erottamiseksi toisistaan. Suositeltavaa olisi, että komissio julkaisisi erityisen tiedonannon yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltamisedellytyksistä. Se, mille tasolle kieltokynnys asetetaan, on viime kädessä normatiivinen kysymys. Yrityskauppavalvonnan osalta keskeinen kysymys kuuluu, luoko yrityskauppa sellaisen markkinarakenteen, jonka seurauksena syntyy huomattava *riski* oligopolistisesta koordinaatiosta. Vaatimus koordinaation todistamisesta ex ante asettaisi kieltokynnyksen liian korkealle. Yrityskauppavalvonnassa kriteerit voidaan asettaa alemmaksi kuin kielletyn käyttäytymisen valvonnassa kartelli- ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla, joiden osalta tutkitaan ex post, ovatko yritykset rikkoneet lain kieltoja. Painottaisin markkinarakenteen valvonnassa rakenteellisten tekijöiden selvittämistä.

EY:n komission Merger Task Forcen johtajan *Götz Drauzin* mukaan komission suhtautuminen oligopoleihin on käynyt läpi kolme vaihetta. Alun kokeiluvaiheen nimenomaisen kolluusion teorioista siirryttiin toisessa vaiheessa peliteoreettiseen mallintamiseen. Nyt olisi saavuttu kolmanteen vaiheeseen, jossa huomiota kiinnitetään ei-kooperatiivisiin koordinaatiomalleihin.[569] Tärkeitä ovat erityisesti hintajohtajuus, vertikaalinen integraatio, kapasiteettipäätökset sekä rankaisumekanismit. Rankaisumekanismien osalta relevantteja ovat erityisesti oligopolistien väliset sopimussuhteet ja yritysten toimiminen samoilla markkinoilla useiden periodien ajan peräkkäin. Nähdäkseni rajanveto Drauzin mainitsemien kolmen eri metodin välillä on häilyvä. Lausuma kuvastaa sitä, ettei komissio ole sitoutunut mihinkään yksittäiseen teoriaan tai lähestymistapaan, vaan pyrkii eklektisesti hyödyntämään kaikkea saatavilla olevaa aineistoa.[570] Nähtäväksi jää, mihin suuntaan komission käytäntö lähtee kehittymään

---

[568] Vrt. Temple Lang (2002) s. 272, joka pyrkii ratkaisemaan ongelman tiivistyksellä, jonka mukaan olennaista oikeuskäytännössä on sen tutkiminen, onko kilpailu tehokasta. Jos kilpailu on tehokasta, oligopoliin ei tule puuttua. Jos kilpailu ei ole tehokasta, viranomainen puuttuu asiaan. Tätä voidaan pitää lähes itsestään selvyytenä, mistä syystä Temple Langin yleistyksestä ei näyttäisi olevan ratkaisevaa hyötyä. Kilpailun tehokkuus tai toimivuus on kilpailuoikeuden tavoite, mutta kyse onkin siitä, miten tähän tavoitteeseen konkreettisesti päästään.

[569] Ks. Drauz (2000)s. 5 ss.

[570] On sinänsä järkevää, että kilpailuteorian tarjoamien instrumenttien toimivuutta testataan käytännössä. Komissiossa on myös tehty havainto, jonka mukaan rajanveto unilateraalisten efektien (yhden yrityksen määräävä asema) ja koordinatiivisten efektien (jaettu määräävä asema) välillä

sen jälkeen, kun ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi Airtours-päätöksen. Vaihtoehtoina ovat ainakin nykyistä selkeämmän tapausaineiston kerääminen ja valvonnan vieminen rakenteelliseen suuntaan muuttamalla lainsäädäntö SLC-testin mukaisesti. Nähdäkseni *Airtours*-päätöksestä ei ilmene, että ensimmäisen asteen tuomioistuin olisi periaatteellisesti eri kannalla komission kanssa. Komission päätös oli puutteellisesti valmisteltu tosiseikaston selvittämisen osalta.

Eklektisyys sisältää riskin periaatteettomuudesta. Komissiota on kritisoitu osin voimakkaastikin siitä, että se poimii päätökseensä kieltoa tukevat seikat, tarkoituksenaan myös ehkä tietoisesti laajentaa yhteisen määräävän aseman konseptin soveltamisalaa.[571] Lyhyistä käsittelyajoista johtuen komissio on ehkä liikaakin kilpailijoiden toimittaman informaation varassa. Yllättävänä on pidetty sitä, että kolluusion näyttökynnys on korkealla 81 artiklan osalta, mutta että yrityskauppavalvonnassa näyttö näytettäisiin löydettävän suhteellisen helposti rakenteen avulla.[572] Mielestäni tämä ei ole ristiriitaista, sillä 81 artikla koskee selvästi kiellettyä toimintaa, kun taas yrityskauppavalvonta on ennakollista ja rakenteellista.[573] Kritiikkiin voidaan yhtyä siltä osin, että yrityskauppavalvonnassa kolluusion todennäköisyydestä tulisi edellyttää vahvempaa näyttöä.[574] Tämä olikin keskeinen syy komission Airtours-päätöksen kumoamiselle. EY:ssä ongelmana voidaan pitää sitä, että sama taho ja samat virkamiehet suorittavat tutkimisen ja tekevät kieltopäätöksen. Yrityskaupoissakin tutkiminen, syyttäminen ja tuomitseminen ovat yksissä käsissä, mikä ei ole omiaan parantamaan yritysten oikeusturvaa.[575] Hearing-officer-instituutio on vaillinainen keino tämän rakenteellisen puutteen korjaamiseksi.[576] Todennäköisesti kil-

---

on häilyvä. Johtava oligopoliyritys voi tehdä osan päätöksistä itsenäisesti, osan hiljaisessa kolluusiossa kilpailijoiden kanssa. Yritykset voivat tehdä esim. kapasiteettipäätöksensä ottaen huomioon muiden tarjonnan. Tämän jälkeen yksittäisiä sopimussuhteita tai -alueita koskevia päätöksiä niillä alueilla, joilla yrityksen asema on erityisen vahva, tehdään itsenäisesti. Havainto on vaikuttanut siten, että komissio on ryhtynyt korostamaan markkinarakennetta käyttäytymisen sijasta.

[571] Ks. esim. Temple Lang (2002) s. 358: "One gets the impression that the Commission is sometimes reacting ingeniously but opportunistically to the facts of individual cases, trying to enlarge the scope of joint dominance without having clear resons for doing so. If there is any truth in the theory that the Commission is trying to see if the Community courts will interpret joint dominance such a way that the Merger Regulation can be used to prevent mergers which substantially lessen competition, that would explain the Commission's attitude in *Airtours*."

[572] Ks. Neven (2001) s. 61, 69–70.

[573] Sinänsä, kuten myös Neven toteaa, haitallisen kolluusion mahdollisuuteen tulee kiinnittää huomiota myös esim. 81 artiklan 3 kohdan mukaisessa poikkeuslupaharkinnassa.

[574] Ks. edellinen alaviite.

[575] Ks. Temple Lang (2002) s. 358.

[576] Entisen hearing-officerin voimakkaan kritiikin osalta ks. Temple Lang (2002) s. 358–359: Temple Lang katsoo, ettei komissio ole toistaiseksi kyennyt kehittämään johdonmukaista politiikkaa oligopolien valvonnassa. Tästä aiheutuu vaikeuksia mm. asianajajille, joiden on vaikea neuvoa asiakkailleen, miten komissio tulee tiettyyn järjestelyyn suhtautumaan tai esimerkiksi, tyytykö komissio EY:n tuomioistuimen kantaan vai pyrkiikö se saamaan läpi alkuperäisen

pailuviranomainen joutuu artikuloimaan kantansa selvemmin, jos se esim. USA:n ja Suomen järjestelmän tapaan joutuu ennen kiellon julistamista vakuuttamaan itsenäisen tuomioistuimen siitä, että konsepti, josta kolluusion katsotaan seuraavan, on sekä teoreettisesti validi että käytännön tosiseikoin tuettu. SLC-testin ohella tulisikin harkita sitä, tulisiko EY:ssä institutionaalisen uudistuksen yhteydessä siirtyä järjestelmään, jossa ensimmäisen asteen tuomioistuin päättää yrityskauppojen kieltämisestä.

Yhteismarkkinoiden avautuessa ja laajentuessa perinteiset kansalliset monopolit ja määräävät markkina-asemat ovat rapautumassa. Samanaikaisesti on kuitenkin havaittavissa vastakkainen konsolidoimiskehitys, jossa yrityskokoa suurennetaan kansallisella tasolla – jotta vastattaisiin EY:n laajuiseen kilpailuun – ja EY:n tasolla, jotta vastattaisiin maailmanlaajuiseen kilpailuun. Yrityskauppojen vaikuttimia ovat kustannussäästöjen aikaansaaminen, kansainvälisen toiminnan ja parempien neuvotteluasemien edellyttämän suuremman yrityskoon saavuttaminen ja kilpailun rajoittaminen aiemman voittotason turvaamiseksi.

Yhteisen määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen tulee kieltää myös kilpailunrajoituslain 11 d §:n nojalla, mikäli yrityskauppa toteutuessaan estäisi merkittävästi kilpailua Suomen markkinoilla tai niiden oleellisella osalla. Oligopolien osalta kotimaisten markkinoiden pienuus on yhden yrityksen määräävää asemaa aidompi ongelma. Markkinoiden pienuudesta johtuen kustannustekijät edellyttävät usein oligopolistista markkinarakennetta. Yrityskauppavalvonta tuleekin suhteuttaa vallitseviin realiteetteihin. Tarve estää oligopolien tiukentuminen EY:n tasolla ei siten automaattisesti merkitse sitä, että

---

kantansa, joka on ehkä tullut jossain tuomioistuinpäätöksessä torjutuksi. "This inconvenience is accentuated by the fact that in the Commission's procedures, in particular Merger Regulation cases but not only in those cases, the officials primarily involved sometimes give the impression that they have made up their minds in advance and are not open to evidence or argument, even in complex or difficult cases. This is serious, because the Commission has recently decided not to do nothing to cure the basic Objections and procedure that the same individuals write the Statement of Objections and the decision – that is, the same individuals act as "prosecutor" and "judge". An essentially unreformed and unsatisfactory procedure, combined with an unsure grasp of legal and economic principles, perhaps due to the inexperience of some Commission officials in antitrust matters, makes a strong argument for saying that EU antitrust decisions should be taken by the Community courts, not the Commission, in the future. This would involve an amendment of the Community Treaties which could be done as part of the revision of the Treaties, now planned for 2004." Temple Langin argumentointia on hyvä verrata kotimaiseen keskusteluun, jota käytiin 1997 yrityskauppavalvonnan yhteydessä. KTM ehdotti siirtymistä järjestelmään, jossa kilpailuvirasto tekisi ensimmäisen asteen päätökset ja kilpailuneuvosto toimisi muutoksenhakuasteena. Suunnitelmasta luovuttiin sittemmin valtioneuvostossa, koska sen katsottiin vaarantavan liiaksi yritysten oikeusturvaa. Nähdäkseni tutkimisen ja tuomitsemisen erottaminen toisistaan on perusteltua, kuten EY:ssä käytävä keskustelukin osoittaa, joskin kaikkien valtuuksien kumuloiminen virastolle lisäisi kilpailuviraston mahdollisuuksia kehittää vapaasti tulkintoja haluamaansa suuntaan. Tosiasia kuitenkin on, että ennakollinen tuomioistuinvalvonta on jälkikäteisvalvontaa tehokkaampaa.

samantasoinen oligopolivalvonta olisi syytä ottaa käyttöön myös Suomessa. Toisaalta markkinoiden syrjäisyys, kyllästyneisyys ja kielellinen erillisyys voi johtaa siihen, että oligopoliongelmat voivat korostua meillä esim. Keski-Euroopan ydinalueita voimakkaammin.[577] Toivottavaa olisi, että kilpailuvirasto soveltaisi jatkossakin yhteisen määräävän aseman käsitettä maltillisesti ja vaatisi yrityksiltä toimenpiteitä vain silloin, kun oligopolistinen koordinaatio vaikuttaa hyvin selvältä. Yhteisen määräävän aseman käsite on merkittävä lisä kilpailuviranomaisen työkalupakissa, ei kuitenkaan yleisavain, jolla kilpailuongelmat saataisiin ratkaistuksi. Konseptin potentiaalisesti laajasta soveltamisalasta johtuen sillä voidaan saada aikaiseksi myös taloudellista vahinkoa estämällä sopeutuminen uuteen markkinatilanteeseen ja kustannusten karsiminen.

Yhdysvaltain kilpailuoikeudessa yrityskauppa voidaan kieltää, jos se merkittävästi vähentää kilpailua ("substantially lessens competition"). Nimenomaisena tavoitteena on estää sellaisten yrityskauppojen toteuttaminen, joiden seurauksena syntyvä markkinarakenne mahdollistaa oligopolistien yhteispelin.[578] Kieltokynnys määräytyy haitallisen oligopolistien välisen interaktion todennäköisyyden perusteella, eikä uhkana olevan yhteispelin tarvitse olla lainvastaista ("coordinated interaction, which may or may not be illegal").[579] EY:n komission yrityskauppavalvontaa koskevassa vihreässä kirjassa esitetään kysymys, tulisiko sulautuma-asetuksen nykyinen kilpailua merkittävästi estävän määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista koskeva testi korvata amerikkalaisperäisellä kilpailun merkittävää vähentymistä koskevalla SLC-testillä.[580] Jälkimmäiseen on siirrytty hiljattain esim. Yhdistyneessä Kuningaskunnassa.

---

[577] Esim. julkisia hankintoja koskevien EY:n direktiivien kynnysarvot ylittävien tarjouspyyntöjen yhteydessä on ollut havaittavissa, että direktiiveissä sallittu ja asiakkaan kannalta kohtuullinen vaatimus tarjouksen tekemisestä suomen kielellä karkottaa tehokkaasti sellaisia potentiaalisia ulkomaisia tarjoajia, joilla ei ole Suomessa edustusta tai muutoin palveluksessaan suomenkielentaitoista henkilökuntaa. Toisena valvontaa tukevana seikkana on otettava huomioon, että markkinoiden pienuudesta johtuen ne ovat myös suuria markkinoita haavoittuvammat. Yhdellä yrityskaupalla saadaan keskimäärin enemmän kilpailullista vahinko aikaiseksi kuin suurilla markkinoilla, joilla pelaajia on enemmän. Pienillä markkinoilla panokset kasvavat siten paitsi kustannusetujen, myös kilpailuriskien osalta.

[578] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 490 ss.; Posner (2001) s. 118 ss.

[579] Ks. Horizontal Merger Guidelines (1992, 1997).

[580] Ks. vihreä kirja neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 tarkistamisesta, Bryssel 11.12.2001, KOM(2001). 745 lopullinen, s. 38. Julkaisu löytyy EY:n komission kotisivuilta osoitteesta http://europa.eu.int.

5. Tehokkuus- ja Failing Company -puolustukset

5.1 ONGELMAN KUVAUS

Kilpailuoikeudellisessa kokonaisharkinnassa otetaan huomioon kilpailun vähentymisen ohella järjestelyn tehokkuusvaikutukset. Usein markkinavoiman kasvulla on sekä positiivisia että negatiivisia seurauksia. Yrityskauppa voi samanaikaisesti vähentää kilpailua ja rationalisoida toimialaa. Yrityskaupan seurauksena hintataso voi nousta, mutta tuotanto tehostua. Tehokkuusaspekti on sikäli aina relevantti, että valvonnassa tulee kiinnittää huomiota yrityskaupan syihin ja kilpailuvaikutuksiin kokonaisuudessaan.[581] Tyypillisesti yrityskauppa voi nostaa hintoja ja tehostaa tuotantoa. Tehokkuushyödyt voidaan ryhmitellä seuraavasti:

1) tuotannon rationalisointihyödyt;
2) mittakaavaedut;
3) teknologinen edistys;
4) säästöt ostokustannuksissa;
5) yritysten johdon tehostaminen.[582]

Yrityskauppojen tehokkuushyötyjä ja haittoja on käsitelty tutkimuksen teoreettisessa osassa, jonka perusteella johtopäätöksiä voidaan pitää suhteellisen ambivalentteina. Tähän nähden yleisesti ei voida olettaa, että yrityskaupat automaattisesti lisäisivät tehokkuutta.[583] Ne voivat sen tehdä, mutta tehokkuus voi myös vähentyä.

---

[581] Kilpailuoikeudessa kyse ei koskaan ole pelkästä mekanistisesta markkinaosuuksien laskemisesta yhteen. Tätä syvällisempää kilpailuanalyysia edellyttää jo kilpailunrajoituslain 1 §:ssä tavoitteeksi asetettu kuluttajan edun huomioon ottaminen. Yrityskaupan syihin perehtyminen antaa kilpailuviranomaiselle osviittaa todennäköisistä kilpailuvaikutuksista. Yrityskauppojen kokonaisarvioinnissa tehokkuusvaikutukset otetaan huomioon.

[582] Ks. Röller/Stennek/Verboven (2000) s. 12–21.

[583] Tuotannon rationalisointia voidaan saavuttaa esimerkiksi sulkemalla tehtaita ja keskittämällä tuotantoa kannattavimpiin toimipaikkoihin. Tähän liittyen saavutetaan mittakaavaetuja tuotannossa. Usein merkittävää säästöä saadaan aikaiseksi työvoimakustannuksissa. Yrityskauppa voi edistää teknologista kehitystä kokoamalla yhteen tuotekehitysresursseja, siirtämällä teknistä tietotaitoa yritykseltä toiselle tai lisäämällä tuotekehityksen insentiivejä. Suurempi yksikkö saavuttaa säästöjä suurempien tilausten ja ostovoiman lisääntymisen kautta. Yrityskaupoilla voidaan myös tehostaa yritysten johtamista; niiden paine voi toimia myös preventiivisesti tehottomuutta vastaan. Yrityskauppojen tehokkuusvaikutukset ovat kuitenkin kaikkea muuta kuin selvät. Tutkimukset viittaavat siihen, etteivät yrityskaupat paranna kannattavuutta; toisaalta niillä on havaittu olevan myönteinen vaikutus pörssikursseihin. Kilpailun paineen heikentyminen voi vähentää painetta tehokkaaseen toimintaan. Ostovoiman lisääntymiseen liittyviä kustannuksia voidaan tarkastella myös tulonsiirtona eikä varsinaisena tehokkuushyötynä. Ks. esim. edellisessä alaviitteessä mainittua lähdettä.

Kilpailuoikeudessa tehokkuuspuolustuksella tarkoitetaan sitä, että kilpailua estävä yrityskauppa voidaan hyväksyä, jos yrityskaupalle spesifisten tehokkuushyötyjen arvioidaan ylittävän markkinoiden keskittymisestä aiheutuvat yhteiskunnalliset kustannukset.[584] Yrityskauppoihin liittyvät tehokkuushyödyt voidaan ottaa huomioon

1) sallimalla nimenomainen tehokkuuspuolustus markkinavoimaa lisääville yrityskaupoille,
2) ottamalla tehokkuushyödyt implisiittisesti huomioon nostamalla yrityskauppojen kieltokynnystä.
3) arvioimalla jälkikäteen tehokkuuden toteutuminen.

Ensimmäisessä vaihtoehdossa yrityskaupan hyötyjä ja haittoja punnitaan kustannus-hyöty-analyysin avulla. Toisessa vaihtoehdossa tehokkuusseikat vaikuttavat analyysiin, mutta kieltokynnyksen ylittyminen säilyy joko-tai-kysymyksenä. Kolmannessa, kaksivaiheisessa mallissa yrityskauppa hyväksytään ehdollisena kaupan osapuolten esittämien tehokkuustavoitteiden perusteella; mikäli ne eivät toteudu, kilpailuviranomainen pidättää itsellään oikeuden vaatia kauppaa purettavaksi.[585]

Yrityskauppavalvonnan keskeinen ongelma liittyy siihen, että samalla yrityskaupalla voi olla samanaikaisesti sekä kielteisiä että myönteisiä seurauksia. Se voi estää kilpailua, mutta samalla esimerkiksi tehostaa tuotteiden valmistusta tai jakelua. Jos yritys toimii useammilla markkinoilla, vaikutukset voivat myös vaihdella sen mukaan, mitä markkinoita tarkastellaan. Toinen ongelma on se, että erilaiset yhteiskuntapoliittiset tavoitteet voivat yksittäistapauksissa olla ristiriidassa keskenään. Esimerkiksi työllisyys- tai aluepoliittiset tai kansainväliseen kilpailukykyyn liittyvät näkökohdat voisivat puoltaa tietyn yrityskaupan sallimista, vaikka se puhtaan kilpailupoliittisista syistä tulisikin kieltää.[586] Tehokkuuspuolustuksen hyväksymiseksi voidaan edellyttää, että

---

[584] Ks. yrityskauppojen tehokkuuspuolustuksesta lähemmin esim. Williamson (1968) ja (1977); Posner (1976) s. 112–113; (Bork 1978) s. 204–210; Lande R.H. (1982); Scherer (1987); Brodley (1996); Fisher A.A ja Lande R.H. (1983); Fisher/Johnson/Lande (1989); Afonso (1992); Yao/ Dahdouh (1993); Kattan (1994); Gilbert/Sunshine (1995); OECD (1996); Brodley (1996); Bechtold (1996); Griffin/ Sharp (1996); Berry (1996); Sanderson (1997); Banks (1997); Nöel (1997); Flynn (1998); Lande (1989); Camesasca (1999); Conrath/Widnell (1999); Hammer (1999); Hovenkamp (1999) s. 499–505; Halliday (1999); Hammer (2000); Posner (2001) s. 132–136.

[585] Ks. yleisesti testien esittelystä esim. Camesasca (1999) ja Halliday (1999).

[586] EY:n sulautuma-asetuksen sanamuoto on monin paikoin tulkinnanvarainen. Kirjallisuudessa onkin kiisteltyä, missä määrin komissio voi soveltaa Ranskan mallin mukaista *talouspoliittista kokonaisarviointia* (bilan economicue), jolloin kilpailupoliittisten näkökohtien lisäksi otettaisiin huomioon yleisempiä teollisuuden kilpailukykyyn ja työllisyys- ja aluepolitiikkaan liittyviä tekijöitä. Myös kilpailupolitiikkaa korostava Saksan fuusiovalvonta sisältää takaportin, joka mahdollistaa yleisempien näkökohtien ottamisen huomioon. Jos Bundeskartellamt kieltää yrityskaupan, voivat siihen osalliset yritykset pyytää kauppa- ja teollisuusministeriltä poikkeuslupaa yrityskaupan toteuttamiseen. GWB:n 24 §:n 3 momentin mukaan keskittyminen voidaan sallia

1) tehokkuuden lisäys on kausaalisuhteessa yrityskauppaan;
2) samaa tehokkuuden lisäystä ei voida saavuttaa vähemmän kilpailua rajoittavin keinoin;
3) tehokkuushyödyt arvioidaan kilpailuhaittoja merkittävimmiksi;
4) yrityskauppa lisää kuluttajien hyvinvointia (*consumer surplus/welfare standard*) tai yhteiskunnan kokonaishyvinvointia (*total surplus/welfare standard*), tai;
5) yrityskauppa sallitaan poliittisista syistä, esimerkiksi koska sen uskotaan lisäävän kansainvälistä kilpailukykyä tai palvelevan vallitsevaa teollisuuspoliittista näkemystä.

Tehokkuuspuolustusten edellytyksistä ensimmäistä ja toista voidaan pitää suhteellisen ongelmattomina ja riidattomina. Aidosta tehokkuuden lisäyksestä voidaan puhua vain mainittujen edellytysten vallitessa. Sen sijaan kolmannen edellytyksen arvioiminen tuottaa jo vaikeuksia. Aidon kustannus-hyöty-analyysin tekeminen edellyttää sitä, että yrityskaupasta seuraavat hyödyt ja haitat voidaan kvantifioida, minkä jälkeen niitä voidaan verrata keskenään. Lisäksi vertailtavuus edellyttää yhteismitallisuutta. Perusongelma on se, että hyödyt ja haitat ilmenevät vasta kaupan toteuttamisen jälkeen, kun niitä pitäisi pystyä arvioimaan etukäteen. Tämä pätee sekä markkinarakenteen keskittymisen perusteella tehtävään usein epävarmaan arvioon kaupan kilpailuhaitoista että kaupan osapuolten ilmoittamiin usein ylioptimistisiin arvioihin saavutettavista tehokkuushyödyistä.

Lähtökohtaisesti kilpailuviranomaisten tehtävänä on osoittaa kilpailun vähentymiseen liittyvät vaikutukset. Ottaen huomioon, että kaupan osapuolilla on parempi tietämys tavoitelluista tehokkuusvaikutuksista, järkevänä on pidettävä sääntöä, jonka mukaan yrityskaupan osapuolten asiana on esittää näyttö tehokkuusvaikutuksista, joihin yrityskaupan sallimiseksi halutaan vedota. Noudatettaessa virallisperiaatetta tuomioistuimen on itse kiinnitettävä huomiota kaupan kieltämisen ja sallimisen puolesta puhuvaan aineistoon ja tarpeen vaatiessa ohjattava prosessia siihen suuntaan, että kaikki tarpeellinen näyttö tulee esille. Näyttökynnystä ja aineellista prosessinjohtoa koskevat säännöt eivät ratkaise varsinaista ongelmaa eli hyödyllisten ja haitallisten kauppojen todentamiseen liittyvää epävarmuutta.

---

sen kilpailuoikeudellisesta tuomittavuudesta huolimatta, jos keskittymän kansantaloudelliset hyödyt ylittävät sen kilpailuhaitat tai jos keskittymisen salliminen on "erittäin merkittävän yleisen edun" mukaista. Lupa voidaan myöntää vain, jos keskittymisen seurauksena oleva kilpailun rajoittuminen ei "uhkaa markkinataloudellista järjestystä". Talousministeri voi asettaa keskittymisen hyväksymiselle rajoituksia ja ehtoja, joiden tarkoituksena ei kuitenkaan saa olla yritysten asettaminen jatkuvan markkinakäyttäytymistä koskevan valvonnan alaiseksi. Tällainen ns. "ministerilupa" on kuitenkin myönnetty suhteellisen harvoin. Ks. Emmerich (2001) s. 419 ss.

Oliver J. Williamsonin esittämän ns. *naiivin mallin* mukaan tehokkuuspuolustus tulee hyväksyä, mikäli yrityskaupan aikaansaama tuotannollisen tehokkuuden lisäys ylittää kilpailun vähenemisestä aiheutuvan allokatiivisen tehokkuustappion.[587] Williamsonin mallissa hyväksytään nimenomainen tehokkuuspuolustus *(affirmative efficiency defence)*, jossa kilpailua rajoittava yrityskauppa sallitaan suurempien hyötyjen perusteella. Williamsonin mallissa kauppa hyväksytään, jos tuotannossa ja hallinnossa saavutettavien kustannussäästöjen tms. oletetaan ylittävän hintojen noususta aiheutuvan allokatiivisen tehokkuustappion.[588] *Williamsonin* viitoittamaa polkua on seurattu innokkaasti taloustieteellisessä kirjallisuudessa.[589] Williamsonin staattista analyysiä on pyritty täydentämään dynaamisen tehokkuuden tarkastelulla.[590] Erilaisten variaatioiden määrä on huomattava. Sitä vastoin *Robert Bork*[591] ja *Richard A. Posner*[592] ovat argumentoineet varsin voimallisesti, ettei nimenomaista tehokkuuspuolustusta tulisi hyväksyä, sillä tehokkuusetujen arviointi olisi yksittäistapauksissa käytännössä mahdotonta[593]. Taloudellinen tehokkuus on Borkin ja Posnerin

---

[587] Ks. Williamson (1968); Williamson (1977). Williamson katsoi, että jo varsin vähäinen tehokkuuden lisäys riittää kompensoimaan kilpailun vähentymisen seurauksena odotettavissa olevan haitan. Väittämä on riidanalainen, sillä johtopäätösten tekeminen riippuu a) haittoja koskevasta arviosta, b) hyötyjä koskevasta arviosta ja c) siitä, mitä tekijöitä haittoja ja hyötyjä punnittaessa otetaan huomioon. Vrt. esim. Lande (1982).

[588] Williamson (1977).

[589] Ks. esim. Scherer/Ross (1990) s. 187 ss.

[590] Ks. esim. Gilbert ja Sunshine (1995).

[591] Ks. Bork (1978) s. 204–210.

[592] Ks. Posner (1976) s. 112–113 ja (2001) s. 132–136.

[593] Vaikka Posner on ehkä tunnetuin taloudellisen tehokkuuden puolestapuhuja oikeudellisen tulkinnan ohjenuorana, kanta ei näytä muuttuneen tehokkuuspuolustuksen osalta myönteisemmäksi. Ajatuksena Posnerilla on, että tehokkuus tulisi ottaa huomioon luomalla yleisesti niiden saavuttamisen kannalta hyödyllisiä päätösstandardeja, ei punnitsemalla yksittäistapauksessa hyötyjä ja haittoja. Ks. Posner (2001) s. 133–134: "I said back then that there should be no general defence of efficiency. It is rarely feasible to determine by the methods of litigation the effect of a merger on the cost of the firm created by the merger. If the merger has not yet been consummated, the realization of cost savings lies in the future and is thus a matter of speculation flavored by hope. If the merger has been consummated, disentangling its effect from other influences on the firm's costs is likely to be intractable. And in both situations it will be necessary, but usually impossible, to determine how soon the efficiences might have been realized without a merger, that is, by internal growth or managerial changes. In addition, any estimate of the cost savings enabled by the merger would have to be weighed against the merger's effect in facilitating collusion – and we still don't know enough about the effect of marginal increases in concentration under different conditions to be able to predict the price effects, let alone the social costs likely to be imposed as a result of those effects, of a challenged merger, to weigh against any likely cost savings. Those savings, moreover, may be dissipated by expenditures on measures for engrossing the expected monopoly profits made larger by those savings – expenditures, for example, on persuading the courts, legistlatures, or regulatory bodies to permit the merger to take place. A final consideration weighing against a defence of efficiency is that the less encompassing the prohibition of horizontal mergers, the less need there is to worry about the adverse consequences of ignoring the efficiency justifications of challenged mergers; most such mergers will no longer be subject to being challenged."

mielestä tärkeä, itse asiassa ainoa kilpailuoikeuden päämäärä. Kuitenkin huomattavista informaatio-ongelmista johtuen tehokkuus tulisi ottaa huomioon nostamalla kieltokynnystä. Samalla kannalla ovat olleet tulonsiirtojen merkitystä korostavista kirjoittajista esim. *A.A. Fisher ja Robert J. Lande.*[594] Voidaan myös ajatella, että korkeahkot liikevaihtorajat, jollaisia ei sovelleta kartellien ja määräävän aseman väärinkäytön osalta, ovat epäsuora ilmentymä "tehokkuuspuolustuksesta".[595] Tavallaan kaikkia niitä yrityskauppoja, joita ei tutkita tai jotka jäävät kieltokynnyksen alapuolelle, pidetään "tehokkuutta lisäävinä". *Van den Bergh ja Camesasca* toteavat, että Williamsonin "vaihtokaupan" tekeminen edellyttää yksityiskohtaista tietoa mm. kysynnän elastisuudesta ja tehokkuuseduista, mitä yritysten ja ainakin viranomaisten on vaikea saada. Tarkastelu on staattista ja korostaa ehkä liikaa hintoja ja keskittymisastetta. Tästä huolimatta sitä voidaan pitää hyödyllisenä kuvaamaan yrityskauppavalvonnan taustalla olevia ajatuskulkuja.[596]

Hyötyjen ja haittojen vertaaminen on epäsymmetrisen ja epätäydellisen informaation vallitessa erityisen vaativa tehtävä[597] ja virheratkaisujen vaara on huomattava.[598] Mikäli halutaan pitäytyä affirmatiivisessa puolustuksessa, ratkaisuksi on suositettu *kaksivaiheista menettelyä (two-stage procedure)*, jossa kauppa hyväksytään ehdollisena asianosaisten ilmoittamien tehokkuushyötyjen perusteella. Mikäli ilmoitetut hyödyt eivät toteudu, kauppa voidaan määrätä jälkikäteen purettavaksi.[599] Kilpailuviranomaisen ratkaisussa ikään kuin kuvattaisiin kaksi vaihtoehtoista päätöspolkua, jotka johtaisivat myöhemmin erilaiseen lopputulokseen. Kaupan osapuolilla olisi insentiivi toimia siten, että luvatut hyödyt toteutuvat, jotta kaupan purkamisen edellytykset eivät laukea. Kaksivaiheisesta menettelystä olisi hyötyä erityisesti uuden talouden markkinoilla, joilla dynaamista markkinoiden kehitystä on vaikea ennakoida. Menettely ratkaisisi kauppojen etukäteisarviointiin liittyvät vaikeudet, mutta synnyttäisi samalla mahdollisesti vielä suuremman ongelman, joka liittyy keskittymien jälkikäteiseen purkamiseen.[600] Suuryritysten pilkkominen on periaatteessa mahdol-

---

[594] Ks. Fisher ja Lande (1983) s. 1643.

[595] Liikevaihtorajojen alapuolelle jäävien yrityskauppojen jääminen tutkimatta perustuu työekonomisten seikkojen ohella ajatukselle, jonka mukaan erityisesti pienten yritysten tekemät yrityskaupat voivat lisätä tehokkuutta, sillä todennäköisesti niiden osalta tarve kasvattaa yrityskokoa on merkittävämpi kuin suuryritysten osalta. Ks. esim. Camesasca (1999) s. 19; Halliday (1999) s. 108.

[596] Ks. Van den Bergh/Camesasca (2001) s. 310–313.

[597] Ks. esim. Yao ja Dahdoud (1993).

[598] Ks. esim. Conrath/Widnell(1999).

[599] Ks. Brodley (1987) ja (1996).

[600] Yrityskauppojen etukäteisvalvontaa voidaan pitää keskittymien pilkkomiseen nähden ensisijaisena vaihtoehtona. Yrityskaupan määrääminen jälkikäteen purettavaksi synnyttää ajolähtötilanteen, jossa ostajan on luovuttava hankkimastaan omaisuudesta määräajassa myymällä se viranomaisten kilpailukykyisenä kilpailijana pidetylle kolmannelle taholle. Jo toteutetun investoinnin peräyttämisestä aiheutuu uponneita kustannuksia. Ostajan riskiä voidaan lieventää otta-

lista Yhdysvalloissa, mutta instrumenttia on viime vuosikymmeninä käytetty hyvin säästeliäästi.[601] EY:ssä ja Suomessa yrityskaupan määrääminen purettavaksi on mahdollista lähinnä silloin, kun täytäntöönpanokieltoa on rikottu, kauppa on pantu täytäntöön ennen hyväksyvän päätöksen lainvoimaisuutta, kaupan ilmoittaja on selvästi johtanut viranomaisia harhaan tai asetettuja ehtoja on merkittävällä tavalla rikottu. Mikäli nimenomainen tehokkuus-puolustus halutaan ottaa käyttöön nykyisin käytettävissä olevien oikeudellisten instrumenttien avulla, täytynee siitä saada operationaalinen siten, että relevantteja tekijöitä on mahdollista verrata *ex ante* tehtäessä hyväksyvää tai kieltävää päätöstä eikä vasta *ex post* eli sen jälkeen, kun kaupan toteutuneet vaikutukset on selvitetty. Mikäli kaksivaiheinen testi hyväksytään, johdonmukaisuuden nimissä täytynee hyväksyä myös kirjallisuudessa kiistelty pilkkominen, jollainen EY-kilpailuoikeuden osalta tullaankin lisäämään keinovalikoimaan ns. modernisaatiopaketin yhteydessä.

Poliittisesti ongelmallinen kysymys liittyy siihen, millä standardilla tehokkuushyötyjä arvioidaan.[602] Erityisesti neoklassisessa taloustieteessä kannatetaan yhteiskunnan kokonaishyvinvointiin liittyvää tarkastelutapaa *(total welfare standard)*. Kilpailun vähentymisen haitta rajataan pelkästään Harbergerin kolmion tarkasteluun.[603] Tässä lähestymistavassa yrityskauppa tulee sallia, jos allokatiivinen tehokkuustappio arvioidaan yrityskaupalla saavutettavia tehokkuushyötyjä pienemmäksi. Sitä, että monopolin syntymisen seurauksena varallisuutta siirtyy kuluttajilta monopolistille, pidetään allokatiivisen tehokkuuden näkökulmasta merkityksettömänä, sillä varallisuus ei häviä, vaan ainoastaan vaihtaa omistajaa.[604] Tällainen lähestymistapa tehokkuushyötyjen arviointiin

---

malla sopimukseen purkava ehto, joka palauttaa sopimussuhteet yrityskauppaa edeltäneeseen tilanteeseen. Tällöin Musta Pekka siirtyy alkuperäiselle myyjälle. Julkistettu myyntihalukkuus ja rakennejärjestelyn kariutuminen ovat omiaan laskemaan osakkeen hintaa ainakin tilapäisesti. Kilpailuviranomaisille vaatimus kaupan jälkikäteisestä purkamisesta synnyttää poliittisia paineita. Toteutettu yrityskauppa voidaan kokea markkinoilla ja poliittisten päättäjien taholla valmiiksi lopputulokseksi, jota ei enää jälkikäteen tule horjuttaa.

[601] Viimeinen raportoitu tapaus näyttää oleva telemonopolisti AT&T:n pilkkominen vuonna 1982. Microsoftin asiassa Yhdysvaltain oikeusministeriö luopui pilkkomisvaatimuksesta sen jälkeen, kun muutoksenhakutuomioistuin oli palauttanut alemman instanssin päätöksen muotoperusteilla uuteen käsittelyyn.

[602] Ks. standardien taustalla olevista normatiivisista oletuksista esim. Page (1991) ja Jacobs (1995). Yrityskauppa-valvonnan osalta ks. esim. Berry (1996).

[603] Tulonsiirtokysymykset rajataan "epätieteellisinä" tarkastelun ulkopuolelle. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty osoittamaan, että kyse on tutkimustraditioon liittyvästä työnjaollisesta seikasta. Taloustieteellä ei sinänsä ole mitään erityistä kontribuoitavaa sen suhteen, mikä on tietyn politiikanlohkon oikea tavoite. Näin ollen on aivan yhtä tieteellistä väittää, että kilpailuoikeuden tulee suojata kuluttajia sellaisilta monopoleilta, jotka johtavat hintojen nousuun ja varallisuuden siirtymiseen kuluttajilta monopolisteille, kuin väittää, että kilpailupolitiikan ainoaksi tavoitteeksi tulisi rajata allokatiivisen tehokkuuden edistäminen ja allokatiivisten tehokkuustappioiden torjuminen.

[604] Ks. esim. Hammer (2000); Berry (1996); Halliday (1999).

oli esillä eräässä Kanadan[605] yrityskauppavalvontatapauksessa,[606] jossa muutoksenhakutuomioistuin kuitenkin kumosi päätöksen.[607] Kysymys lienee edel-

[605] Standardi hyväksyttiin kanadalaisen erikoistuomioistuimen (Competition Tribunal) päätöksessä Super Propane, jossa Kanadan markkinoilla olisi syntynyt noin 70 %:n markkinaosuus. Competition Tribunalin enemmistö olisi sallinut yrityskaupan tehokkuuspuolustuksen perusteella. Standardina viitattiin nimenomaan kokonaishyvinvointiin. Super Propane -ratkaisun myönteisen arvioinnin osalta ks. Facey, Assaf ja Cohen (2000). Artikkelin kirjoittaneet jutun puolustusasianajajat pitävät standardia oikeana. Kirjoittajat toteavat, että total surplus -standardiin viitattiin Kanadan kilpailuviranomaisten ohjeissa vuodesta 1991. "Although the Tribunal had found that competition was prevented and lessened substantially, it also found that the merger was saved by the efficiency defense. In interpreting the defense, the Tribunal applied what is known as the "total surplus standard"– an economic concept that can be used to analyze the effects of a merger on the use of an economy's resources. Under this standard, mergers are permitted if:

(i) the likely gains to society, as a whole, from a merger in terms of cost (or resource) savings (i.e., the benefits from the freeing up of resources to more valued uses, in this case approximately $30 million annually) exceed

(ii) the misallocation of resources caused by the merger (i.e., the loss from consumers switching to inferior substitutes because of, for example, price increases relating to the merging parties' products, which is known as the deadweight loss, in this case approximately $6 million annually).The Tribunal applied this standard under which all other effects of anticompetitive mergers, such as job losses, plant closures, the concentration of wealth, the protection of small business, and wealth transfers are not considered relevant to the efficiency defense analysis under Section 96."

..."There are other more effective policies for the redistribution of resources (such as foreign ownership restrictions, taxation on income and goods and services, environmental regulation, employment standards, regional development policies, and national health care) which are better suited to promote the objectives that the Counterpoint would promote with the blunt tool of merger law.

[606] Vrt. toisaalta Fisher, Lande ja Ross (2000), jotka pitävät kuluttajille aiheutuvien hyvinvointitappioiden sivuuttamista päätöksessä virheellisenä (s.1) : The Competition Tribunal could have implemented an efficiency tradeoff by including wealth transfers from consumers to merging firms due to higher prices as an economic harm that efficiency gains must offset, or by adopting the United States standard that requires that efficiencies be sufficient to avoid post-merger price increases. The "total welfare" standard is unsound competition policy for any democratic nation that believes that legislation should benefit most of its citizens, because it tolerates mergers, some with trivial expected efficiency gains, when the market power is so large and the demand for the product so inelastic that there would be little expected "deadweight loss" from consumers shifting to less desirable goods or services. Finally, we believe that a comprehensive estimate of the total welfare effects from a single merger are so complex that there are serious questions whether a comprehensive total welfare inquiry, done in a manner consistent with economic theory, would be administrable. Artikkeleista käy hyvin ilmi puolesta ja vastaan esittävät argumentit. Vrt. toisaalta Lehto kirjassa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 384, joka esittää hieman harhaanjohtavasti kokonaishyvinvointiin perustuvan standardin valinnan taloustieteellisenä "tutkimustuloksena". Selvää on, että kyse on normatiivisesta valinnasta. Eri asia on se, että tutkijoilla voi olla ja on varsin erilaisia näkemyksiä siitä, mikä standardi edistää parhaiten kokonaishyvinvointia ja/tai muita kilpailupolitiikalle asetettuja tavoitteita. Luonnollisesti normatiivista valintaa voidaan perustella erilaisilla positiivisilla arvioinneilla siitä, mitkä ovat minkäkin päätösstandardin todelliset tai todennäköiset vaikutukset. Tämä ei muuta sitä tosiseikkaa, ettei arvoja voida todistaa tieteellisesti "oikeiksi" tai "vääriksi", varsinkaan siten, että normatiivisia johtopäätöksiä tehdään oman tutkimuskohteen rajauksen perusteella.

[607] Federal Court of Appeal, April 5, 2001, *the Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc*, 2001 FCA 104. Muutoksenhakutuomioistuimen enemmistö katsoi, ettei kilpailun rajoittumista voitu perustella esitetyillä tehokkuusnäkökulmilla. Alemman asteen tuomioistuimen katsottiin soveltaneen virheellistä standardia (Justice Evans): "According to the Tribunal, the fact that the merged entity of Superior and ICG will eliminate all consumer choice,

leen lopullisesti ratkaisematta.[608] Kokonaishyvinvointia koskevaan standardiin viitataan esimerkiksi Australian yrityskauppavalvontaa koskevissa ohjeissa.

> Neoklassista standardia voidaan puolustaa sillä, että ratkaisevia ovat yrityskaupan kansantaloudelliset kokonaisvaikutukset, ei se, minkä intressiryhmän etuja kauppa palvelee.[609] Perustelu on linjassa sen kanssa, että neoklassisessa taloustieteessä tulonjakovaikutusten katsotaan jäävän tehokkuustarkastelun ulkopuolelle. Rajaus ei näyttäisi perustuvan niinkään taloustieteellisiin tutkimustuloksiin, vaan yleiseen pyrkimykseen pitää taloustiede "puhtaana" arvovalinnoista.[610] Kuitenkin standardin omaksuminen pitää itsessään sisällään arvovalinnan, jonka mukaan kuluttajien etuun ei tule kiinnittää erityistä huomiota.[611] Positiivisella tasolla luotetaan laajalti markkinoiden itseoikaisuun. Markkinoiden oletetaan toimivan kilpailullisesti ja korjaavan itsestään vääristymät. Taustalla on *Kaldorin ja Hicksin* tehokkuuskriteeri, jossa riittävää on tehokkuushyötyjen siirtämisen teoreettinen mahdollisuus, ei se, kuka hyödyn todellisuudessa korjaa.[612] Standardin voidaan todeta johtavan käytännössä varsin sallivaan kilpailupolitiikkaan.[613] Ottaen huomioon, että kyse on kieltokynnyksen muuten ylittävän yrityskaupan sallimisesta poikkeussyillä, osakkeenomistajien etujen lisäksi tulisi tarkastella sitä, missä määrin väitetyt tehokkuusedut konkreettisesti hyödyttävät kuluttajia, markkinoiden toimivuutta ja yhteiskuntaa kokonaisuudessaan.[614] Poliit-

---

and remove all competition, in the propane supply market, as it is likely to do in Atlantic Canada, for example, is not an 'effect' that legally can be weighed under section 96 against the efficiency gains from the merger. Again, such a conclusion seems to me so at odds with the stated purpose of the Act, namely 'to maintain and encourage competition', and the statutory objectives to be achieved thereby, as to cast serious doubt on the correctness of the Tribunal's interpretation of section 96."

[608] Ks. Facey ja Assaf (2001), joiden mukaan tapauksen käsittely jatkuu Kanadan korkeimmassa oikeudessa.

[609] Ks. esim. Berry (1997); Halliday (1999) Facey, Assaf ja Cohen (2000). Ks. myös Bork (1978, 1993) s. 427 ss., joka tosin käyttää total efficiency -standardista nimitystä consumer welfare. Perusteena on, että myös esim. määräävässä asemassa olevien pörssiyhtiöiden omistajakunnasta tai niiden taustalta löytyy kuluttajia. Varallisuus siirtyy siis viime kädessä kuluttajalta toiselle. Tällainen kuluttajan määritelmä on nähdäkseni tautologinen. Oikeammin varallisuutta siirtyy välillisesti luonnolliselta henkilöltä toiselle, mikä on eri asia kuin kuluttajien edun suojaaminen.

[610] Ks. Rothschild (1992) s. 17–22, 60–70.

[611] Ks. Rothschild (1992) s. 83–90.

[612] Yleensä viitataan samalla siihen, että tulonjakokysymykset on ratkaistava sosiaalipolitiikalla tms. Kilpailupolitiikassa kyse ei ole kuitenkaan tulonsiirtojen positiivisesta edistämisestä, vaan kilpailumekanismin tulonjakofunktion turvaamisesta. Kilpailupoliittisesti perusteltu, oman suorituksen paremmuuteen perustuva tulonjako ei toteudu, mikäli markkinarakennetta keinotekoisesti keskitetään yrityskauppojen avulla.

[613] Vaikka standardi nimetään abstraktisella tasolla tenhoavasti kokonaishyvinvoinniksi, käytännössä tarkastelu rajataan lähinnä siihen, missä määrin keskittymisestä koituu hyötyjä siihen osallisten yritysten osakkeenomistajille. Kokonaishyödyn (total welfare) sijasta olisi oikeampaa puhua määräävän aseman saavuttavien yritysten hyvinvoinnista *(monopolist's welfare)*.

[614] Tarkasteltaessa haittoja pelkästään allokatiivisen tehokkuustappion avulla joudutaan paradoksaaliseen tilanteeseen. Yrityskaupat markkinoilla, joilla kilpailu jo ennestään on merkittävästi vähentynyt, näyttävät aiheuttavan vähemmän haittaa kuin ne kaupat, joilla kilpailu vielä on toimivaa. Tämä johtuu siitä, että keskittymän kyky nostaa hintoja määräytyy markkinaosuuden ohella kysynnän elastisuuden ja potentiaalisen kilpailun perusteella. Määräävässä asemassa oleva

tisesti kannanotto on yhtä mahdollinen ja yhtä hyvä kuin muutkin näkemykset, mutta se näyttäisi olevan ristiriidassa EY:n ja Suomen kilpailuoikeuden julkilausuttujen tavoitteiden kanssa.

EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa kilpailuoikeuden yhtenä tehtävänä nähdään kuluttajien suojaaminen sellaisilta yrityskaupoilta, jotka nostaisivat hintatasoa ja johtaisivat tulonsiirtoon kuluttajilta monopolistille.[615] Kuluttajien hyvinvointiin *(consumer welfare)* perustuvaa standardia voidaan perustella sillä, että kilpailuoikeuden tehtävänä on edistää kuluttajien hyvinvointia.[616] Päähuomio kiinnitetään siihen, nousevatko hinnat yrityskaupan seurauksena.[617] Tässä tutkimuksessa toimivat markkinat nähdään julkisena hyödykkeenä ja markkinatalouden institutionaalisena rakenne-elementtinä, jota ei voida vaihtaa tilanne- ja yrityskohtaisiin hyötyihin. Kansantalouden tehokkuutta ja kokonaishyvinvointia katsotaan palveltavan tehokkaammin kieltämällä hintatasoa nostavat yrityskaupat, elleivät kaupan osapuolet pysty osoittamaan hyvin konkreettisia kompensoivia hyötyjä. Yrityskaupan tehokkuushyödyt voidaan ottaa huomioon ainoastaan, mikäli hyödyt kohtuullisessa määrin siirtyvät asiakkaille ja kuluttajille. Näin perustellen operatiivisella tasolla sovellettavan kuluttajien etuun perustuvan tehokkuuspuolustuksen voidaan katsoa johtavan makrotasolla kokonaishyvinvoinnin lisääntymiseen. Ero standardien välillä ei välttämättä ole suuri.[618] Consumer welfare -standardi näytetään omaksutun EY:n asetuksessa,

---

yritys on jo yleensä mitannut ulos ainakin osan markkinavoimastaan nostamalla hintojaan. Kysynnän elastisuus lähestyy unitaarisen elastisuuden pistettä. Määräävän aseman vahvistamisesta ei olisi yhtä paljon haittaa kuin määräävän aseman saavuttamisesta. Ongelma on sama kuin ns. sellofaani-erehdyksessä, jossa markkinoiden määrittely senhetkisen hinnankorotusvaran perusteella aliarvioi monopolivoimaa. Vastaavasti tehokkuushaittojen määrittäminen pelkän Harbergerin kolmion perusteella aliarvioi keskittymisen haittoja ja yliarvioi hyötyjä. Tarkastelun ulkopuolelle jää kokonaan se, että ainakin osa määräävän aseman hyödyistä käytetään rent seeking -toimintaan. Systemaattisiin haittoihin ei kiinnitetä huomiota. Vaikkei yrityskauppa välittömästi nostaisi hintoja, koska hinnat jo ennestään on nostettu lähelle kuluttajien kipupistettä, pienemmän kilpailijan eliminoiminen voi vähentää merkittävästi potentiaalista kilpailua ja aiheuttaa määräävän aseman ajallisen pidentymisen. Samat puutteet liittyvät myös kuluttajien etuun huomiota kiinnittävään tehokkuuspuolustukseen.

[615] Kyse ei ole tulonsiirtopolitiikasta, vaan siitä, että kuluttajia suojataan haitallisilta kilpailunrajoituksilta, eräänlaisesta negatiivisesta utilitarismista.

[616] Ks. esim. Lande (1982) ja (1999); Sanderson (1997); Flynn (1998); Fisher, Lande ja Ross (2000).

[617] Ks. Fisher, Johnson ja Lande (1989) s. 809 ss. Tekijät toteavat, että hintojen nousun selvittäminen on tehokkuuden lisääntymisen selvittämistä olennaisesti yksinkertaisempaa, sillä mallintaminen on suoraviivaisempaa ja muuttujia on vähemmän. Mallin soveltaminen edellyttää sen selvittämistä, kuinka suuret kustannussäästöt ovat tarpeen, jotta hinnat eivät nouse. Vaikka jo tämän selvittäminen "todennäköisesti ylittää tuomioistuinmenettelyn mahdollisuudet", suorien ja epäsuorien tehokkuusvaikutusten selvittäminen on monin verroin monimutkaisempaa, sillä tehokkuusvaikutuksia pitäisi pyrkiä ennakoimaan vielä senkin jälkeen, kun on todettu, että yrityskauppa tulee johtamaan hintojen nousuun ja tuotannon rajoittumiseen.

[618] Ks. esim. Easterbrook (1986) s. 1702–1703.

jonka mukaan keskittymisen arvioinnissa voidaan ottaa huomioon "tekninen ja taloudellinen kehitys, edellyttäen, että se on kuluttajien etujen mukainen eikä muodosta kilpailun estettä". Suomen yrityskauppavalvonnan kannalta on selvää, että mahdollisten tehokkuushyötyjen tulee siirtyä kohtuullisessa määrin asiakkaille ja kuluttajille[619]. Useimmissa yrityskauppavalvontajärjestelmissä näytetään edellytettävän, että tehokkuushyödyt koituvat tavalla tai toisella kuluttajien hyväksi.[620]

Yhdysvalloissa on havaittavissa kehitys, jossa tehokkuuspuolustuksen merkitys on asteittain lisääntynyt. Vielä 1960-luvulla tuomioistuimet suhtautuivat varsin skeptisesti tehokkuusselityksiin. Lainsäädäntöä tulkittiin siten, että sen tehtävänä on torjua keskittymistä siihen liittyvien yhteiskunnallisten haittojen vuoksi. Tehokkuusetuja pidettiin vaatimattomina ja monopolisoimismotiivia todennäköisimpinä selityksenä yrityskaupoille. Käytäntö muuttui Chicagon koulun vaikutuksesta 1970-luvun puolestavälistä alkaen. Rajapyykkinä pidetään yrityskauppapäätöstä *General Dynamics*.[621] Nykyään tehokkuuspuolustuksella on vakiintunut asema yrityskauppavalvonnassa, joskaan sillä ei voi katsoa olevan ratkaisevaa asemaa. Yhdysvaltain korkein oikeus ei ole sittemmin ottanut kantaa yrityskauppojen kieltostandardiin, vaan tulkinnat ovat muotoutuneet kilpailuviranomaisten ja alempien tuomioistuinten ratkaisukäytännön perusteella.

Yhdysvaltain yrityskauppavalvonnassa pyritään erityisesti torjumaan oligopolistisia markkinarakenteita, joiden seurauksena hinnat tulisivat nousemaan ("coordinated effects"). Tehokkuusetujen peilaaminen markkinarakennetta vasten liukuvan asteikon avulla vaikuttaa perustellulta. Mitä enemmän yrityksillä on markkinavoimaa, sitä riippumattomammin se voi käyttäytyä. Yhden yrityksen määräävän aseman määritelmä ("unilateral effects")[622] pitää sisällään sen, ettei mahdollisia tehokkuushyötyjä tarvitse siirtää asiakkaille ja kuluttajille, jolloin yrityskauppaa ei voida hyväksyä.[623] Käytännössä hyötyjen siirtymisen

---

[619] Ks. HE 243/1997 s. 24.

[620] Ks. esim. OECD:n julkaisua Efficiency Claims in Mergers and other Horizontal Agreements, OECD/GD(96)65. Tämä johtopäätös tehdään myös vuoden 2001 lopulla julkistetussa yrityskauppavalvonnan uudistamista koskevassa vihreässä kirjassa. Ks. COM (2001) 745/6 final s. 40–41.

[621] *United States v. General Dynamics*, 415 U.S. 486, 503 (1974).

[622] Ks. Starek/Stockum (1995).

[623] Yrityskauppa kiellettiin yksipuolisten kilpailuvaikutusten (unilateral effects) perusteella tapauksessa *FTC v. Office Depots*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997). Kaupassa kaksi Yhdysvaltain suurinta toimistotavaraketjua olisi yhdistynyt. Keskittymän arvioitiin pystyvän nostamaan hintoja, sillä kaupan jälkeen keskittymällä olisi määräävä asema lukuisilla paikallisilla markkinoilla. Hintojen arveltiin nousevan keskimäärin 7,3 % niillä markkina-alueilla, joilla kumpikin fuusioituvista yrityksistä toimi ennen yrityskauppaa. HHI nousisi kaupan seurauksena keskimäärin 2715 pistettä. Analyysi on varsin lähellä eurooppalaista yhden yrityksen määräävän aseman määritelmää. Tehokkuuspuolustus hylättiin sillä perusteella, että hyötyjä ei siirrettäisi kuluttajille. Tapausta on pidetty malliesimerkkinä ekonometristen analyysien soveltamisesta yrityskauppavalvonnassa. Ks. Dalkir ja Warren-Boulton (1999); kriittisesti Vernail (1998).

todennäköisyyttä arvioidaan pitkälti keskittymisasteen perusteella. Mitä enemmän HHI nousee kaupan seurauksena, sitä voimakkaampia perusteita liiketaloudellisten seikkojen huomioon ottaminen edellyttää.

Tehokkuuspuolustus voidaan hyväksyä, mikäli yrityskauppa johtaa tehokkuuden lisääntymiseen, jollaista ei kohtuudella voida saavuttaa muulla tavalla, ja hyödyn voidaan olettaa kompensoivan yrityskaupan hintatasoa nostavat vaikutukset.[624] Tehokkuus voi liittyä kustannussäästöihin tai esim. parempaan tuotekehittelyyn.[625] Jos samat hyödyt voitaisiin saavuttaa muulla tavoin, kyse ei ole suhdespesifistä tehokkuusedusta. Ratkaisukäytännössä on edellytetty, että tehokkuushyödyt siirretään kohtuullisessa määrin kuluttajille. Toisin ilmaisten tehokkuushyötyjen tulee olla tarpeeksi suuria, jotta ne estävät hintoja nousemasta. Tätä korostetaan myös horisontaalisia yrityskauppoja koskevassa tiedonannossa.[626] Status quo -ajattelulla tavallaan kierretään kysymys siitä, kiinnitetäänkö yrityskauppavalvonnassa päähuomio kuluttajien vaiko yritysten etuihin.[627]

Tuomioistuinten käytännössä näytettäisiin hyväksytyn lähinnä tuotantolinjojen volyymin kasvattamiseen liittyviä mittakaava- tms. konkreettisia tehokkuushyötyjä, jotka alentavat rajakustannuksia. Hyödykkeiden markkinointiin ja jakeluun sekä yrityksen johtamiseen liittyvät edut ovat harvoin ratkaisevia, sillä ne on yleensä mahdollista saavuttaa myös muilla keinoin kuin yrityskaupan avulla. Tarkastelussa korostuvat lyhyen aikavälin vaikutukset. Pitkän aikavälin dynaamiset tehokkuusedut ovat periaatteessa hyvin merkittäviä. Voidaan jopa sanoa, että uuden talouden markkinoilla dynaamiset vaikutukset ovat allokatiivista tehokkuutta merkittävämpi tekijä. Käytännössä niiden huomioon ottamista vaikeuttaa kehityksen indeterministisyys: yhtäältä yrityskauppa niputtaa yhteen merkittäviä tuotekehitysresursseja, mutta toisaalta kilpailun paineen vähentyminen heikentää tuotekehitysinsentiivejä. Tuomioistuimet tarkastelevat sitä, mikä on kilpailua vähiten rajoittava tapa tehokkuushyötyjen saavuttamiseksi. Yleisin syy tehokkuuspuolustuksen hylkäämiselle ovat näyttöseikat. Tuomioistuimet ottavat tehokkuuden yhtenä argumenttina huomioon, mutta välttävät tekemästä muodollista punnintaa kilpailun rajoittumisen haittojen ja tehokkuuden lisääntymisen hyötyjen välillä. Oikeuskäytännössä hyötyjen arviointi on yleensä varsin tiukkaa.[628]

---

[624] Ks. US Department of Justice and Federal Trade Commission Guidelines (1992 as revised 08/04/97); http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm. Tehokkuuspuolustusta käsitellään suuntaviivojen kohdassa 4.

[625] Sen sijaan yrityskauppaa ei voida perustella pelkällä ostovoiman lisääntymisellä.

[626] Ks. 1997 horizontal guidelines, kohta 4.37. Ks. myös Sullivan/Grimes (2000) s. 608–609.

[627] Tämä on ilmaistu horisontaalisia yrityskauppoja koskevissa suuntaviivoissa toteamalla, että "whether cognizable efficiences likely would be sufficient to reverse the merger's potential to harm consumers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in the market". Ks. myös esim. Hovenkamp (1999) s. 502–503.

[628] Ks. lähemmin esim. Sullivan/Grimes (2000) s. 608–612.

Edellä tehokkuuspuolustusta on arvioitu kilpailupoliittisella asteikolla. Laajempaa kokonais-vaikutusten arviointia edellytetään Ranskassa, jossa yrityskaupan arvioinnin on katsottu edellyttävän talouspoliittista kokonaisarviointia *(bilan economique)*. Yrityskauppavalvonta nähdään yhtenä talouspoliittisena instrumenttina, jonka avulla voidaan edistää ranskalaisten yritysten kansainvälistä kilpailuasemaa kasvattamalla kansallisesti johtavia yrityksiä *("national champions")*. Vaikka Ranskan kilpailupolitiikan onkin arvioitu liikkuneen viime vuosina dirisgismistä kilpailullisempaan suuntaan, traditio näkyy edelleen suhtautumisessa yrityskauppavalvontaan.[629] Ranskalaisessa ja englantilaisessa järjestelmässä päätöksen kaupan tutkimisesta tekee talousministeri.[630] Vaikka Saksan yrityskauppavalvonnassa korostetaan selkeästi kilpailupoliittisia näkökohtia ja yrityskauppojen tutkiminen määräytyy liikevaihtokriteerien perusteella, lakiin sisältyy jälkikäteinen varaventtiili, jonka perusteella talousministerillä on valtuudet sallia kilpailuviranomaisten jo kieltämä kauppa talouspoliittisilla perusteilla *(Ministererlaubnis)*.[631] Voidaan kysyä, mikä merkitys tulisi antaa

---

[629] Ks. esim. Gerber (1994); Jenny, Fordham Corp. L. Inst. 1995 (1996), s. 203, 229 ss; Jenny, kirjassa Musati (1995) s. 163–200, s. 195–196: "If the French Government has progressively abandoned the aggressive pro-merger policy it favoured in the sixties, there is still a lingering feeling among public officials that large size firms are better able to withstand international competition than smaller firms and that therefore, in general, one should not interfere with the attempts of French firms to increase their size trough mergers. Most of the mergers which have been sent to review to the Conseil de la concurrence over the last few years involved a foreign firm acquiring either a French firm or a French subsidiary of another foreign firm. This has led to claims that merger control was in fact used by the Minister in charge of economic affairs to further protectionist goals rather than to further competition"... "Whatever one might think of the goals pursued by the Minister of economic affairs in deciding which mergers to control, the competition authorities have tended to stick to strictly technical considerations in their opinions... The first question is whether or not the merger can be controlled... The second question is whether the merger could have the effect on restraining competition... When it finds that a merger could decrease competition, the Conseil de la Concurrence must then ask itself whether or not the merger is likely to contribute to economic progress. Finally the last question competition authorities must answer, and by no means the easiest one, when they have found that an anticompetitive merger contributes to economic progress is whether or not the advantages of the merger outweigh its disadvantages."

[630] Ks. esim. Whish (2001) s. 803–852, s. 809 ss., 818 ss. Ks. myös Veljanowski, kirjassa Musati (1995) s. 133–162. valvonnan sokeana pisteenä on pidettävä sitä, että Ranskan tavoin yrityskaupan saattamisesta tutkittavaksi päättää talousministeri, joskin niin kutsutun Tebbitin doktriinin mukaan kriteerit, joilla yrityskaupan tutkimisen tarpeellisuutta arvioidaan, ovat kilpailupoliittisia.

[631] Ministerilupaa koskevaa GWB:n 26 §:ää on sovellettu harvoin, joskin kilpailuviranomaisen päätöksen kumoaminen yleisillä syillä on nostattanut välillä korkeita laineita. Esimerkiksi Daimlerin ja ABB:n fuusion hyväksyminen 1989 ministeriluvalla johti monopolikomission silloisen puheenjohtajan eroon. Ks. Immenga (1992). Ministeriluvasta lähemmin esim. Mestmäcker teoksessa Immenga/Mestmäcker, GWB (1992) s. 1148 ss. Ks. myös Gerber (1998) s. 326–327. Emmerich toteaa, että Saksassa vuodesta 1973 alkaen notifioiduista tuhansista yrityskaupoista on kielletty noin 130. Lisäksi noin 300 kaupasta on luovuttu ennen kieltopäätöstä (Vorfeldwirkung). Vuoteen 2001 mennessä oltiin tehty yhteensä 16 ministerilupaa koskevaa hakemusta, joista 6 hyväksyttiin, 5 hylättiin ja lopuista luovuttiin heikkojen läpimenomahdollisuuksien vuoksi ennen talousministerin päätöstä. Ks. Emmerich (2001) s. 249–250 ja s. 306–310.

muille poliittisille argumenteille, esimerkiksi aluepolitiikalle tai työllisyyden turvaamiselle.[632]

Päätöksenteko yrityskaupoista voidaan uskoa kilpailuviranomaiselle, tuomioistuimelle tai poliittisille päättäjille. Kahdessa ensimmäisessä vaihtoehdossa päätöksenteon tulisi perustua selkeästi kilpailuoikeudelliseen analyysiin. Päätöksenteko on laillisuusharkintaa, jossa keskeinen sija on taloudellisten tosiseikkojen arvioinnilla. Todennäköisesti tuomioistuimet ovat kaikkein haluttomimpia ottamaan huomioon poliittisen harkinnan piiriin kuuluvia kysymyksiä. Kolmaskin vaihtoehto voidaan valita, jos se yhteiskuntapoliittisesti harkitaan tarkoituksenmukaiseksi. Tällöin yrityskauppojen arviointi irrotetaan siitä kehikosta, jota silmällä pitäen kilpailuoikeudellinen yrityskauppojen valvontajärjestelmä on omaksuttu. Poliittista päätöksentekoa voidaan puoltaa vain, jos yrityskauppavalvonta nähdään enemmän yhteiskuntapoliittisena suunnitteluna kuin kilpailuoikeudellisena tehtävänä.

Havaitaan, että tehokkuuspuolustus on suhteellisen ambivalentti ilmestys sekä teknisesti tehokkuusvaikutusten mittaamisen ja todentamisen kannalta että poliittisesti sen suhteen, mitä tekijöitä arvioinnissa tulisi ottaa huomioon. Seuraavassa kysymystä tarkastellaan EY:n että Suomen kilpailuoikeuden kannalta.

5.2 EY:N ASETUS

Voiko EY:n komissio sallia keskittymisen, joka sinänsä estää kilpailua mutta jolla on myös myönteisiä vaikutuksia? Seuraavassa käsitellään yrityskaupan sallimisen puolesta puhuvia tekijöitä. Tällaisia syitä voisivat olla tehokkuuden lisäys, konkurssin välttäminen, aluepoliittiset syyt tai kansainvälisen kilpailukyvyn turvaaminen.

5.2.1 Tehokkuuden lisäys

Keskeinen kiistakysymys asetuksen valmisteluvaiheessa liittyi siihen, mikä merkitys tulisi antaa mahdollisille tehokkuusvoitoille. Voiko komissio sallia keskittymisen, joka johtaa määräävään asemaan mutta samalla parantaa tuotantoa tai muuten lisää tehokkuutta?

---

[632] Mitä enemmän hyväksytään argumentteja, jotka eivät liity kilpailun vähentymiseen ja hintojen nousuun, sitä enemmän kilpailuoikeudellinen arviointi korvautuu poliittisella tarkoituksenmukaisuusharkinnalla, jossa myös kaupan ulkopuoliset, esim. poliittisiin suhdanteisiin liittyvät kysymykset voivat vaikuttaa arviointiin.

5.2.1.1 Asetuksen valmistelu

Vielä huhtikuun 1988 esitys[633] lähti siitä, että komissio saattoi myöntää RS 81 artiklan 3 kohdan mallin mukaisen poikkeusluvan yrityskaupalle. Komissio saattoi sallia keskittymän joka esti kilpailua, jos painavat syyt sitä puolsivat. Silloisen esityksen 2 artiklan 3 kohdan mukaan keskittyminen, jonka seurauksena syntyisi tai ennestään vahvistuisi asema, jonka seurauksena tehokkaan kilpailun ylläpitäminen tai sen kehittäminen yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla estyisi, olisi lähtökohtaisesti kiellettävä. Keskittyminen olisi voitu kuitenkin sallia komission myöntämällä poikkeusluvalla, jos yrityskauppa parantaisi tuotantoa ja jakelua, edistäisi teknistä tai taloudellista kehitystä tai parantaisi kilpailurakennetta yhteismarkkinoilla. Lisäksi edellytettiin, että keskittymisen positiiviset vaikutukset olisivat merkittävämpiä kuin sen seurauksena kilpailulle aiheutuvat haitat. Poikkeusluvan myöntämisen edellytyksiä harkittaessa tuli lisäksi kiinnittää huomiota kyseisen teollisuudenalan kansainväliseen kilpailukykyyn ja kuluttajien etuihin. 81 artiklan 3 kohdan mallin mukaisesti poikkeusluvan myöntämisen edellytyksenä olisi ollut, ettei asianomaisille yrityksille aseteta rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä yrityskaupan toteuttamiseksi ja ettei keskittymään osallisille yrityksille suoda mahdollisuutta poistaa kilpailua kyseessä olevien tuotteiden tai palvelusten oleellisella osalta.

Edellä kuvatusta intressivertailusta kuitenkin luovuttiin asetuksen valmistelun myöhemmissä vaiheissa. Tämän on arveltu johtuneen eräiden jäsenvaltioiden pelosta, että tehokkuus oli liian laajasti määritelty. Pelättiin, että komissio saisi liikaa valtaa teollisuuspolitiikan määrittelyssä.[634] Samalla kun tehokkuuspuolustus poistettiin asetuksen 2 artiklasta, keskittymisen kieltokynnystä nostettiin. Kieltotunnusmerkistön sanamuoto "tehokkaan kilpailun ylläpitämistä tai sen kehittämistä estävän aseman" syntyminen tai vahvistuminen muutettiin tiukempaan muotoon. Keskittymisen kieltämisen edellytykseksi asetettiin "kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla *merkittävästi* estävän *määräävän* aseman" syntyminen tai vahvistuminen.[635]

Voimaansaatetun asetuksen 2 artiklan testi on yksivaiheinen. Keskittyminen joko on tai ei ole soveltuva yhteismarkkinoiden kanssa. Jos keskittyminen johtaa 2 (3) artiklan mukaiseen määräävään asemaan, komission on se kiellettävä. Sillä ei ole mahdollisuutta myöntää poikkeuslupaa. Ainoa takaportti on edellä käsitelty mahdollisuus muuttaa yrityskaupan ehtoja keskittymään osal-

---

[633] Amended proposal for a Council Regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings, 25 April 1988, OJ C 130, 19.5. 1988 s. 4.

[634] George/Jacquemin (1992) s. 155 ss. Ks. myös Monopolkommission, Sondergutachten, s. 47.

[635] Voidaan olettaa, että kieltokynnystä korottamalla riski kilpailua edistävien tai kilpailulle vaarattomien fuusioiden kieltämiselle pienenee. Samalla myös vähenee poikkeusmahdollisuuden tarve.

listen yritysten antamilla sitoumuksilla kilpailua vähemmän estävään suuntaan, jos nämä muutokset riittävät tekemään yrityskaupan 2 (2) artiklan mukaan sallituksi.

5.2.2 Asetuksen tulkinta

Sulautuma-asetuksen 2 artiklan arvioinnin yksivaiheisuus herättää kysymyksen, voiko komissio – ja jos niin missä määrin – ottaa huomioon aiemmassa versiossa lueteltuja keskittymän sallimisperusteita. Asetuksen saama sanamuoto ei lähtökohtaisesti näyttäisi sallivan tehokkuusetujen ottamista huomioon. Vaikkei näitä näkökohtia nimenomaisesti olekaan kirjattu asetuksen 2 artiklaan, ei tästä vielä välttämättä seuraa, että kyseiset tekijät tosiasiallisesti olisivat täysin vailla merkitystä.

Tehokkuusetuihin voisi ehkä viitata 2 artiklan kohdassa 1 b) mainittu "tekninen ja taloudellinen kehitys, edellyttäen, että se on kuluttajien etujen mukainen eikä muodosta kilpailun estettä". Kyseinen kriteeri ei ole yrityksen markkinavoiman tyypillinen indikaattori. Tämä viittaisi siihen, että huomiota tulisi kiinnittää muuhunkin kuin määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Komission ministerineuvoston protokollaan antaman tulkintalausuman mukaan se tulkitsee teknistä ja taloudellista kehitystä 81 artiklan 3 kohdan sisältämien periaatteiden mukaisesti, siten kuin ne ilmenevät EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.[636] RS 81 artiklan 3 kohdan mukaisen poikkeusluvan edellytyksenä on, että kilpailunrajoituksen positiiviset vaikutukset poikkeuksellisesti ylittävät kilpailunrajoituksesta aiheutuvat haitat.

5.2.2.1 Bilan economicue

Kriteerin "tekninen ja taloudellinen kehitys" laajan tulkinnan mukaan asetuksen 2 kohta sisältäisi yleisen intressivertailun keskittymisen kilpailuvaikutusten ja tehokkuusetujen välillä. Tämän näkökannan mukaan keskittyminen ei "merkittävästi" heikennä kilpailua, jos sen tuomat rationalisointihyödyt ovat merkittävämpiä kuin keskittymisen aiheuttamat kilpailuhaitat. Milloin rationalisointihyödyt painavat kilpailun estymistä enemmän, tulisi ratkaista kussakin yksittäistapauksessa erikseen. Keskittymisen sallimisen edellytyksenä olisi edelleen, että tehokkuusedut koituvat kuluttajien eduksi.[637] Hyötyjä ja haittoja verrattaisiin toisiinsa tavalla, joka muistuttaisi Ranskan bilan economicuea. Keskittyminen kiellettäisiin vain silloin, kun määräävän aseman syntymistä tai

[636] Tulkintalausumien kohta 2 d), WuW 1990, s. 241.
[637] Miersch (1991) s. 191.

vahvistumista eivät kompensoisi kilpailun vaarantumista merkittävämmät kuluttajien hyödyksi koituvat kokonaistaloudelliset edut.[638]

5.2.2.2 "Puhtaan kilpailuoikeudellinen" testi

Edelliselle vastakkaisen näkemyksen mukaan asetuksen 2 artiklan saama sanamuoto on osoitus kilpailuoikeudellisten kriteerien etusijasta yrityskauppojen mahdollisiin tehokkuusetuihin verrattuna. 2 artiklan sanamuodon mukaan keskittymisen kieltoperusteena on määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen. Kilpailua merkittävästi estävät yrityskaupat olisi kiellettävä siitä riippumatta, edistävätkö ne taloudellista tai teknistä kehitystä. Kantaa on perusteltu asetuksen kilpailuoikeudellista arviointia korostavalla sanamuodolla. Selvän sanamuodon mukaan tekninen ja taloudellinen kehitys voidaan ottaa huomioon nimittäin vain silloin, kun se ei muodosta kilpailun estettä. Yrityskaupan tehokkuusedut voitaisiin ottaa huomioon korkeintaan rajatapauksissa eli silloin, kun määräävän aseman syntymisestä tai vahvistumisesta ei ole varmuutta. Toisaalta tehokkuusetujen tutkiminen kieltokynnyksen, ts. määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen, alapuolella on tavallaan merkityksetöntä. Jos keskittyminen ei johda määräävään asemaan, on se sallittua siitä riippumatta, onko sillä tehokkuutta lisääviä vaikutuksia vai ei.[639] Tätä saksalaisperäistä lähestymistapaa voidaan arvostella siitä, ettei kilpailua ja tehokkuutta voida erottaa analyysissä toisistaan erillisiksi saarekkeiksi. Ennakoitujen tehokkuusvaikutusten arviointi antaa osviittaa kaupan motiiveista ja todennäköisistä kilpailuvaikutuksista. Kyse on paremminkin siitä, mikä merkitys tehokkuudelle halutaan antaa puolustuksellisena argumenttina milläkin keskittymisasteella.

5.2.2.2.1 Välittävä kanta

Välittävän kannan mukaan kriteeri "tekninen ja taloudellinen kehitys" ei ole määräävän aseman indikaattori. Tämän vuoksi, ei ole poissuljettua, että myös tehokkuusnäkökohdilla olisi merkitystä arvioitaessa keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoiden kanssa. 2 artiklan kohdan 1 b) sanamuodon mukaan tekninen ja taloudellinen kehitys voidaan ottaa huomioon vain silloin, jos se on kuluttajien edun mukainen eikä muodosta kilpailun estettä. Tästä näyttäisi seuraavan, ettei komissio voi sallia keskittymistä, joka johtaa 2 artiklan 3 kohdan mukaiseen määräävään asemaan, vaikka se toisikin tehokkuushyötyjä.

Kirjallisuudessa on viitattu siihen, että keskittymisen vaikutuksia usein joudutaan arvioimaan useammilla markkinoilla samanaikaisesti. Tällöin olisi mah-

---

[638] Edellinen alaviite, s. 237.
[639] Immenga, WuW 1990 s. 371/381, s. 377 ss; Janicki, WuW 1990 s. 195/205, s. 196 ss.

dollista sallia keskittyminen, joka johtaa määräävään asemaan tietyillä vähämerkityksellisillä markkinoilla mutta samanaikaisesti edistää kilpailua toisilla merkityksellisimmillä markkinoilla.[640] Kyseessä olisi siten tehokkuusetujen huomioiminen verrattaessa keskittymisen vaikutuksia eri markkinoilla toisiinsa. Kokonaisarvioinnin puitteissa voidaan tällöin huomioida keskittymisen myönteiset vaikutukset kuluttajille.[641]

5.2.2.2.2 Komission käytäntö

Komission käytännössä tehokkuusvaikutuksia on tarkasteltu paitsi myönteisenä seikkana, myös tekijänä, joka voi antaa keskittymälle kilpailuedun ja siten myötävaikuttaa määräävän aseman syntymiseen.[642] Esimerkiksi tapauksessa *AT&T/NCR* komissio tutki, voivatko yrityskaupan osapuolet hyödyntää keskittymisen seurauksena saamiaan synergia- ja muita etuja kilpailun rajoittamistarkoituksessa. Näitä etuja voivat olla teknisen tai kaupallisen know hown välittyminen yhdeltä kaupan osapuolelta toiselle, yhden keskittymään osallisen yrityksen rahoitukselliset resurssit, mittakaavaedut tai asiakkaille tarjottavan tuotevalikoiman laajeneminen. Tehokkuuspuolustusta on pidetty merkittävänä erona EY:n ja Yhdysvaltain yrityskauppavalvonnan välillä.[643] Yhdysvalloissa teknisen ja kaupallisen know how:n siirtymistä olisi pidetty kilpailua edistävänä tehokkuuden lisäyksenä.[644]

EY:n komissio ei ole lopullisesti lyönyt lukkoon, milloin tehokkuusetuja käsitellään yrityksen markkinavoimaa lisäävänä negatiivisena seikkana ja milloin teknistä ja taloudellista kehitystä edistävänä positiivisena tekijänä.[645] Ensimmäinen kriittinen testi oli tapaus *de Havilland*. Keskittymään osalliset yritykset katsoivat, että kauppa tehostaisi materiaalihankintoja ja myyntitoimintaa. Lisäksi saavutettaisiin hyötyjä mm. johtamisessa. Komissio piti osapuolten esittämiä tehokkuusperusteluita liian yleisinä, osin todistamattomina ja vähäisinä verrattuna keskittymästä aiheutuviin kilpailuhaittoihin. Päätöksessä annetaan kuitenkin ymmärtää, että komissio voisi olla valmis ottamaan huomioon esimerkiksi uuden teknologian kehittämiseen liittyvät tehokkuus- ja mittakaavaedut.[646]

---

[640] Schröter, Art. 87, Rdnr. 273; Bechtold (1990) s. 257.

[641] Bechtold (1990) s. 258; Koch (1990) s. 69; Niederleithinger (1990) s. 77 ss.; yksityiskohtaisesti ratkaisukäytännön perusteella Bechtold (1996).

[642] *AT&T/NCR*, kohdat 23–31. Ks. myös *Delta Air Lines/ Pan Am*, kohta 20 ss. Toisaalta Briones toteaa, että monissa ensimmäisen vaiheen päätöksissä keskittymän tuomia kilpailuetuja tarkastellaan mahdollisina määräävän aseman syinä. Kilpailuetu otetaan huomioon määräävää asemaa vahvistavana seikkana kuitenkin vain silloin, kun kilpailuetu ei ole kilpailijoiden toisinnettavissa. Ks. Briones (1998) s. 145.

[643] Ks. esim. Pitofsky (1998) s. 113–114.

[644] Ks. Business Law Brief, October 1991, s. 5.

[645] Kysymys jätettiin auki tapauksessa *VIAG/Continental Can*; ks. kohta 35.

[646] Tähän viittaisi nimenomainen maininta de Havilland -tapauksessa, vaikkeivät osapuolet olleet niihin vedonneet. Ks. *ATR/de Havilland*, M.0053, kohta 66.

Keskittymään osallisten yritysten mukaan yksi syy de Havillandin hankkimiseen olivat kustannussäästöt, jotka seuraisivat rationalisoinnista materiaalinhankinnassa, myyntitoiminnassa ja markkinoinnissa.[647] Keskittyminen myös tehostaisi de Havillandin kansainvälisten toimintojen johtamista[648] ja vähentäisi dollarin kurssivaihteluista aiheutuvia valuuttariskejä.[649] Komissio totesi, ettei se halunnut ottaa yleisesti kantaa siihen, ovatko kustannussäästöt tekijä, joka voidaan ottaa huomioon asetuksen 2 artiklaa sovellettaessa. Osapuolten esittämät kustannussäästöt olisivat noin 5 miljoonaa euroa vuodessa, mikä vastaisi noin 0,5 % keskittymän liikevaihdosta. Komission mielestä näin pienillä säästöillä olisi joka tapauksessa vain vähäinen vaikutus ATR:n ja de Havillandin liiketoimintaan. Yrityksen johdon tehostamisesta aiheutuvia kustannussäästöjä ei oltu täsmennetty, ja samat säästöt voitaisiin saavuttaa myös de Havillandin nykyisen omistajan tai jonkun muun uuden omistajan toimenpitein.[650] Komissio viittasi myös siihen, etteivät keskittymän osapuolet olleet edes esittäneet, että ATR:n ja de Havillandin tutkimus- ja tuotekehittelytoiminnan liittämisellä yhteen saavutettaisiin kustannussäästöjä.[651] Yrityskauppa ei myöskään turvaisi ATR:ää valuuttariskeiltä, koska tämä voitaisiin saavuttaa vain tuotantolaitosten siirroilla Euroopan ja Pohjois-Amerikan välillä. Vain de Havilland hyötyisi mahdollisista (tarkemmin täsmentämättömistä) valuuttariskien minimoinnista koituvista hyödyistä. Ei ollut olemassa käytännön syitä, jotka puhuisivat sen puolesta, että ATR:n tuotantoa siirrettäisiin laajamittaisesti Kanadaan.[652] Edellä olevista syistä komissio piti osapuolten esittämiä tehokkuusetuja joko kokonaan todistamattomina tai vaikutukseltaan merkityksettöminä.

Komissio myös vertasi väitettyjä tehokkuusetuja yritysten asemaan markkinoilla ennen keskittymistä ja sen jälkeen. Komissio katsoi, että ATR:llä oli jo ennen keskittymistä niin vahva markkina-asema ja tehokas tuotannon johto, ettei sen tarvinnut hankkia lisää kapasiteettia tai markkinaosuuksia turvatakseen pitkäaikaisen menestyksensä merkittävänä regionaaliseen käyttöön tarkoitettujen lentokoneiden valmistajana.[653] Näistä syistä keskittyminen ei johtaisi tekniseen tai taloudelliseen kehitykseen asetuksen 2 artiklan kohdan 1 b) merkityksessä.

Vaikka tehokkuusetuja syntyisikin, ei niitä siirrettäisi kuluttajille. Kuluttajat joutuisivat nimittäin asioimaan määräävässä asemassa olevan keskittymän kanssa, jonka tuotevalikoimaan kuuluisivat markkinoiden suosituimmat lentokoneet. Keskittymisen seurauksena kuluttajien valintamahdollisuudet rajoittuisivat, ja olisi olemassa vaara, että ATR:n ja de Havillandin määräävä asema pian muuttuisi monopoliksi.[654]

---

[647] *ATR/de Havilland*, kohta 65.

[648] *ATR/de Havilland*, kohta 65, kappale 2.

[649] *ATR/de Havilland*, kohta 68.

[650] *ATR/de Havilland*, kohta 65.

[651] Tämä liittyi komission mukaan siihen, että ATR oli antanut Kanadan viranomaisille sitoumuksen siitä, että de Havillandin kaikki toiminnot lentokoneiden valmistajana säilytetään keskittymisen jälkeen. ATR/de Havilland, kohta 66.

[652] Toisaalta ATR oli antanut Kanadan viranomaisille sitoumuksen siitä, että de Havillandin tuotanto säilyy Kanadassa. Ks. *ATR/de Havilland*, kohta 68.

[653] *ATR/de Havilland*, kohta 67.

[654] *ATR/de Havilland*, kohta 69. Vastaavaa perustelua käytettiin tapauksessa *ACCOR/Wagons-Lits*, jossa keskittymä olisi saavuttanut määräävän aseman Ranskassa moottoriteiden varsilla

Selkeämmin tehokkuuspuolustus torjuttiin tapauksessa *MSG Media Service.*[655] Komissio totesi, että sulautuma-asetuksessa mainittu tekninen ja taloudellinen kehitys voidaan ottaa huomioon ainoastaan, mikäli keskittymä ei johda määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Kilpailun turvaaminen markkinoilla menee tehokkuuden edelle. Määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen johtavaa keskittymää ei voida sallia väitettyjen tehokkuushyötyjen perusteella. Toisaalta juuri määräävän aseman syntymisen katsottiin tekevän tehokkuushyödyistä epätodennäköisiä.[656] Mahdollisesti tehokkuushyödyille olisi tullut antaa enemmän painoarvoa ratkaisussa *Nordic Satellite Distribution,*[657] jossa tarkoituksena oli perustaa uusi pohjoismainen televisiosatelliittikanava vuokraamalla yhdessä lähetyskapasiteettia, ottamalla käyttöön digitaalinen lähetystapa ja kehittämällä uusia palveluita. Komission päätöksen mukaan kaupan toteuttaminen olisi saattanut tuottaa osin merkittäviäkin tehokkuushyötyjä – joskaan ei lyhyellä[658] niin kuitenkin pitkällä aikavälillä.[659] Koska kaupan

---

sijaitsevien kahviloiden ja kioskien osalta. Komissio katsoi, etteivät osapuolet olleet todistaneet tehokkuusvoittoja. Vaikka tehokkuusvoitot oletettaisiin, ei määräävässä asemassa olevalla yrityksellä kysynnän ollessa epäelastinen olisi mitään intressiä siirtää niitä kuluttajille. Ks. ACCOR/ Wagons-Lits, kohdan 26 alakohta 2 f).

[655] M.0469, EYVL 1994 L 364/1.

[656] *MSG Media Service*, komission päätöksen kohdat 100–101.

[657] M.0490, EYVL 1996 L 53/21.

[658] Kaupan ilmoittajien mukaan yhteisyritys NSD johtaisi taloudelliseen ja tekniseen kehitykseen. Pohjoismaisen "Hot Birdin" luominen johtaisi lyhyellä ja keskipitkällä aikavälillä satelliittitelevisiojakelun parantumiseen Pohjois-maiden alueella. Pitkällä aikavälillä digitoinnin jälkeen NSD mahdollistaisi kaapelitelevisiotoiminnan harjoittajille ja SMATV-keskusantenniverkoille toiminnan olennaisen järkeistämisen kuluttajien hyödyksi. Komission mielestä NSD:n perustaminen ei johtaisi lyhyellä eikä keskipitkällä aikavälillä Pohjoismaiden alueen satelliittitelevisiojakelun parantumiseen, koska NSD ei toisi uutta transponderikapasiteettia. Tämän vuoksi toimenpiteellä ei ollut "mitään vaikutusta pohjoismaisille katselijoille lyhyellä aikavälillä tarjottavien satelliittitelevisiokanavien määrään". Komissio totesi, että satelliittitoiminnan harjoittajan on välttämättä pystyttävä kohentamaan omaa satelliittipaikkaansa, mutta katsoi, ettei vertikaalinen integraatio ollut välttämätöntä tavoitteen saavuttamiseksi. Toimenpide vaikuttaisi todennäköisesti enemmän tapaan, jolla käytettävissä olevaa transponderikapasiteettia osoitetaan yleisradioille.

[659] Asianosaisten mukaan pitkällä aikavälillä, kun digitaalitekniikka on otettu käyttöön, osapuolet käyttävät NSD:tä luodakseen integroidut perusrakenteet satelliittitelevisiojakelun ja muiden siihen liittyvien palvelujen käyttöön. Digitaaliympäristössä tarkoituksena oli ottaa käyttöön yhteinen pohjoismainen salausjärjestelmä käytettäväksi suoran kotivastaanoton, SMATV-keskusantennien ja kaapelitelevision markkinoilla. Yksittäiset televisiotaloudet tarvitsevat ainoastaan yhden dekooderilaatikon riippumatta siitä, ottavatko ne vastaan signaaleja kaapelin välityksellä vai satelliittilautasantennin välityksellä. Yhden järjestelmän käyttöönotto laskisi merkittävästi kustannuksia ja parantaisi eri palveluntarjoajien pääsyä satelliittijakelun piiriin. Komissio tarkasteli asiaa kuitenkin siten päin, että koska NSD:llä on määräävä asema pohjoismaisten transpondereiden televisiokanavien toimittajana, valtaosa suoran kotivastaanoton talouksista ja riippumattomista kaapelitoiminnan harjoittajista Pohjoismaissa joutuisi käyttämään NSD:n käyttämää salausjärjestelmää. Yleisradiot, jotka pyrkivät kohdistamaan lähetyksensä pohjoismaisille katselijoille, joutuisivat vuokraamaan NSD:n järjestelmän. NSD:n yhteispohjoismaisesta salausjärjestelmästä tulisi Pohjoismaiden alueen hallitseva järjestelmä. Komissio tunnusti pitkän aikavälin taloudelliset hyödyt siitä, että käytettävissä on integroitu järjestelmä satelliittitelevisio-ohjelmien lähettämiseksi. "Näin ollen oli mahdotonta arvioida", missä määrin NSD:n suunnitelmat yhteispohjoismaiseksi salausjärjestelmäksi antaisi NSD:lle mahdollisuu-

osapuolet olisivat saavuttaneet määräävän aseman useammilla hyödykemarkkinoilla ja sopimusjärjestelyä ei pidetty ainoana tapana saavuttaa tavoitellut edut,[660] komissio päätyi kaupan kieltämiseen. Kilpailuhaitat nähtiin vertikaalisessa integraatiossa ja yhteisen standardin luomisen aikaansaamissa riskeissä kilpailun toimivuudelle.[661] Uuden teknologian markkinoilla poissulkemisen riskiin on suhtauduttava vakavasti. Kuitenkin julkistetun päätöksen perusteella enemmän huomiota olisi voitu kiinnittää siihen, että satelliittijärjestelmän ja digitaalisen lähetystekniikan käyttöönotosta aiheutuu Pohjoismaiden pienehköihin markkinoihin suhteutettuina huomattavia aloituskustannuksia. Kaupan osapuolten tarve kattaa investoinnit lisää yksinomaisuussopimusten tarvetta. Yhteisen standardin luomista ei tulisi tällaisessa tapauksessa pitää haittana vaan hyötynä, mikäli syrjimätön pääsy jakeluverkkoon voidaan taata.[662]

Voidaan todeta, että EY:n yrityskauppavalvonnassa tehokkuus otetaan yhtenä tekijänä huomioon kokonaisarvioinnin yhteydessä, mutta sillä ei ole itsenäisen puolustuksen asemaa. Määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista ei ole hyväksytty sillä perusteella, että kauppa lisäisi tehokkuutta.[663] Toisaalta

---

den sulkea yleisradiot Pohjoismaiden katselijoille lähetettävien televisiokanavien ulkopuolelle. Suljettu salausjärjestelmä voisi tehdä uusista perusrakenteista erittäin kilpailuvastaisen. Sama koskisi avointa järjestelmää, jos siitä tulisi hallitseva ja ulkopuoliset eivät pääsisi mukaan tällaiseen järjestelmään. Ks. komission päätöksen kohdat 147–150.

[660] Tehokkuushyötyjä ei siten pidetty nimenomaan yrityskaupan aikaansaamina (merger specific).

[661] Komissio katsoi, että osapuolten kuvauksen mukaiset perusrakenteet voisivat olla "erittäin tehokkaita ja hyödyllisiä kuluttajille". Niiden tulee kuitenkin olla avoimia perusrakenteita, joihin kaikilla asiasta kiinnostuneilla on pääsy. Komissio oli erityisesti sillä kannalla, että niin vahvan yleisradioyhtiön kuin Kinnevikin osallistuminen NSD:n toimintaan merkitsi suurta riskiä siitä, että pääsy ei toteutuisi. Sen vuoksi olisi ollut todennäköistä, että toimenpide johtaa vastaisuudessa vähäisempään erilaisuuden vaihtoehtojen tarjontaan Pohjoismaiden televisio-talouksille. Komission kantana on myös, että ehdotetun toimenpiteen vertikaalisesti integroitu luonne ei ole tarpeen tällaisten integroitujen perusrakenteiden luomiseksi. Osapuolten teknistä ja taloudellista edistystä koskevia perusteluja ei hyväksytty, koska sulautuma-asetuksen 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan edellytykset eivät toteudu. Ks. komission päätöksen kohdat 150–152.

[662] Tältä osin ratkaiseva merkitys on sillä, kuinka hyvin tasapuolinen markkinoille pääsy pystytään takaamaan yrityskaupalle asetettavien ehtojen ja viestintämarkkinoiden regulaation avulla. Yhteisyrityksen osapuolilla on strateginen intressi toimia itseä hyödyttävällä ja kilpailevia ohjelmantoimittajia haittaavilla tavalla. Toisaalta hankkeen lyöminen itsensä läpi alalla edellyttää uskottavuutta ja siksi usein myös syrjimättömyyttä.

[663] OECD:n vuonna 1995 järjestämän horisontaalisten sopimusten tehokkuuspuolustuksia koskevan seminaarin yhteydessä komission puolelta todettiin (s. 53) seuraavaa: "The test within the Merger Regulation for the prohibition of concentration is the creation of a dominant position, a test which requires a very high burden of proof as is shown by the one per cent prohibition rate amongst cases considered under the Merger Regulation. There is no real possibility of justifying an efficiency defence under the Merger Regulation. Efficiences are assumed for all mergers up to the limit of dominance – the 'concentration privilege'. Any efficiency issues are considered in the overall assessment to determine whether dominance has been created or strengthened and not to justify or mitigate that dominance in order to clear a concentration which would otherwise be prohibited." OECD: Efficiency claims in Mergers and Other Horizontal Cooperative Agreements (Nov. 1995); OECD/GD/(96)65. Ks. myös esim. Jones/Gonzalez-Diaz (1992) s. 153–156; Hawk/Huser (1996) s. 265–269 ja Cook/Kerse (2000) s. 178.

komissio on hiljattain todennut, että tehokkuuspuolustus on vain harvoin muodostunut kriittiseksi kysymykseksi.[664] Vaikkei sulautuma-asetuksen ole tulkittu sallivan varsinaista tehokkuuspuolustusta, tehokkuusargumentit muodostavat osan kokonaisarvioinnista. Huomioon on otettu konkreettiset kustannussäästöt ja uuden teknologian kehittämiseen liittyvät tehokkuus- ja mittakaavaedut.[665] Ensinnäkin kyse täytyy olla *konkreettisista synergiahyödyistä, jotka pysyvästi alentavat hyödykkeen valmistamisesta tai jakelusta koituvia kustannuksia.* Toiseksi tehokkuuden lisäyksen tulee olla *kausaaliyhteydessä keskittymiseen*: kysymys ei ole yrityskaupan tehokkuutta lisäävistä vaikutuksista, jos samat edut voitaisiin saavuttaa ilman yrityskauppaa.[666] Ei voida lähteä siitä, että suurempi yrityskoko automaattisesti lisäisi tehokkuutta.[667] Tehokkuustekijöiden todellisen merkityksen arviointia vaikeuttaa se, ettei puolustuksella ole virallista asemaa. Kirjallisuudessa on katsottu, että rajatapauksissa tehokkuus on otettu implisiittisesti huomioon, vaikka päätöksessä keskittymän sallimiseen päästään valitsemalla laajempi vaihtoehtoinen markkinamäärittely tai korostamalla potentiaalisen kilpailun merkitystä.[668]

Tehokkuusnäkökohtien suhteellisen vähäinen merkitys komission tähänastisessa käytännössä näyttäisi selittyvän asetuksen valmisteluvaiheissa tehdyillä muutoksilla, joilla keskittymisen kieltokynnystä nostettiin. Huhtikuun 1988 versiossa keskittymisen kieltoperusteena ollut "tehokkaan kilpailun ylläpitämistä tai sen kehittämistä estävän aseman syntyminen tai vahvistuminen" muutettiin muotoon "kilpailua yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla *merkittävästi* estävän *määräävän* aseman" syntyminen tai vahvistuminen. Ensimmäisen vaihtoehdon mukaan huomattavasti enemmän yrityskauppoja olisi lähtökohtaisesti kuulunut kielletyn keskittymisen piiriin. Tällöin tarve huomioida myös keskittymisen puolesta puhuvia seikkoja olisi ollut suurempi. Tähän mennessä kieltokynnyksen on ylittänyt noin 1 % tutkituista yrityskaupoista.

---

[664] Ks. yrityskauppavalvonnan uudistamista koskeva vihreä kirja, COM(2001) 745/6 final, s. 40.

[665] Tähän viittaisi nimenomainen mainінta de Havilland -tapauksessa, vaikkeivät osapuolet olleet niihin vedonneet. Ks. *ATR/de Havilland*, kohta 66.

[666] Ks. esim. Mario Monti (2001 b) s. 6: "By 'efficiency gain' I do not refer to any cost reduction resulting from the merger, but to the types of efficiences, which are relevant for antitrust authorities that is, a long-term and structural reduction in the marginal cost of production and distribution, which comes as a direct and immediate result of the merger, which cannot be achieved by less restrictive means and which reasonably will be passed on to the consumer on a permanent basis, in terms of lower prices or increased quality."

[667] *Yritystoiminnan* keskittymistä ei saa sekoittaa *yritysten toiminnan* keskittämiseen. Pelkkä yritysten omistuspohjan keskittäminen yksiin käsiin ei vielä johda yksittäisten tuotantolaitosten koon suurentumiseen. Jo maantieteellinen etäisyys tuotantolaitosten välillä voi estää mittakaavaetujen hyödyntämisen sanan perinteisessä merkityksessä. Ennemminkin hyötyjä voisi tällöin odottaa muutoksilla tuotantolaitosten työnjaossa lisäämällä tiettyjen tehtaiden käyttöastetta ja sulkemalla toisia. Toisaalta hyötyjä voidaan saavuttaa tehokkaamman johtamisen kautta.

[668] Ks. esim. Neven, Nuttall ja Seabright (1993); Hawk/Huser (1996) s. 267–269; Camesasca (1999); Röller, Stennek ja Verboven (2000) s. 69.

Tehokkuusnäkökohtiin vetoaminen yrityskaupan sallimisperusteina ei ole tarpeen, jos keskittyminen muutenkin on sallittua.[669] Toisaalta jos keskittyminen johtaa kilpailua merkittävästi estävään määräävään asemaan, on tehokkuusetujen huomioiminen sikäli tarpeetonta, että niiden koituminen kuluttajien hyödyksi on vähintäänkin epätodennäköistä. Jos yritys voi nostaa hintoja tai asettaa asiakkailleen muita epäedullisia ehtoja ilman että se menettää markkinaosuuttaan, se tuskin siirtää tehokkuusetuja kuluttajille halvempina hintoina.

5.3 TEHOKKUUSVAIKUTUKSET KILPAILUNRAJOITUSLAIN MUKAAN

Suomen yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset eivät tunne varsinaista tehokkuus-puolustusta. Lain 11 d §:n perusteella yrityskauppa on kiellettävä kieltotunnusmerkistön täyttyessä. Toisin kuin 4–6 §:n tunnusmerkistön täyttävien kilpailunrajoitusten osalta, joille voidaan myöntää 19 §:n nojalla tehokkuusperusteinen poikkeuslupa, lain 11 d §:n ei tätä mahdollisuutta salli. Sääntely rinnastuu tältä osin lain 7 §:ään. Myöskään 19 §:n nojalla poikkeuslupaa ei voida myöntää, jos kilpailun paineen vähäisyyden vuoksi mahdolliset tehokkuushyödyt eivät siirtyisi kuluttajille. Lupaa ei ole myönnetty, jos kilpailunrajoituksen seurauksena syntyy määräävä markkina-asema.

Kilpailunrajoituslain 11 d §:ssä ei ole säädetty nimenomaista tehokkuuspuolustusta sen vuoksi, että säännöksessä kieltokynnys on nostettu varsin korkealle. Dominanssikynnyksestä johtuen erillistä tehokkuuspuolustusta ei omaksuttu. Yrityskaupan kieltäminen edellyttää määräävän markkina-aseman syntymistä ja kilpailun merkittävää estymistä. Tehokkuusvaikutukset voidaan ottaa huomioon joko säätämällä erityisestä tehokkuuspuolustuksesta tai nostamalla lain tutkimis-, puuttumis- ja kieltämiskynnyksiä. EY:n sulautuma-asetuksen tapaan Suomessa on valittu jälkimmäinen vaihtoehto.

Kotimaisen lain esitöissä lähtökohtana on ollut, että tehokkuusvaikutukset otetaan huomioon kaupan kokonaisarvioinnin yhteydessä. Ensinnäkin huomiota tulee aina kiinnittää kaupan tavoitteisiin. Tämä muodostaa osan rationaalista kilpailuanalyysistä. Tehokkuusvaikutukset otetaan yhtenä argumenttina huomioon kilpailun merkittävän estymisen arvioinnin yhteydessä. Mikäli kaupan pääasiallisena tavoitteena on sulautuvien yritysten suorituskyvyn parantaminen, viittaa se usein siihen, ettei kauppa vähennä kilpailua, vaan pikemminkin

---

[669] Ratkaisevaa näyttäisi olevan, rajoittaako keskittymän markkinakäyttäytymistä riittävän voimakas aktuaalinen tai potentiaalinen kilpailu, jolloin tehokkuusetujen siirtäminen kuluttajalle on todennäköistä. Missään tapauksessa keskittyminen – mahdollisista tehokkuusnäkökohdista riippumatta – ei saa johtaa siihen, että yritys saa aseman, jossa se voi toimia kilpailijoista, asiakkaista tai kuluttajista riippumattomasti. Tämä johtuu siitä, että tällöin puuttuvat 2 artiklan edellyttämät takeet siitä, että tehokkuusvoitot käytetään yhteiskuntaa hyödyttävällä tavalla.

lisää sitä. Toisekseen usein kaupan vaikutuksia joudutaan arvioimaan samanaikaisesti useilla markkinoilla. Arvioitaessa sitä, aiheutuuko yrityskaupasta merkittävää kilpailun estymistä, otetaan yhtäältä huomioon yrityskaupan aiheuttama kilpailun vähentyminen ja toisaalta yrityskaupan mahdolliset tehokkuusvaikutukset. Lain 11 d §:ää koskevissa esitöissä on todettu, ettei kyse ole varsinaisesta tehokkuuspuolustuksesta, jolla kilpailun merkittävä estyminen kompensoitaisiin, vaan siitä, että tehokkuusvaikutukset otetaan yrityskaupan kokonaisarvioinnissa huomioon. Voidakseen olla kilpailuoikeudellisesti relevantteja, tehokkuusetujen tulee ilmentyä Suomen markkinoilla eli koitua suomalaisten asiakkaiden ja kuluttajien hyväksi, ei kuitenkaan välttämättä juuri samoilla hyödykemarkkinoilla, joilla määräävä asema syntyy. Esitettyjen tehokkuusvaikutusten täytyy olla konkreettisia ja todennettavissa olevia. Tehokkuusvaikutusten arvioinnin kannalta keskeistä on lain esitöissä asetettu nimenomainen vaatimus siitä, että tehokkuusetujen tulee siirtyä asiakkaille tai kuluttajille.[670] Samaa edellyttää myös kilpailunrajoituslain 1 §, jonka mukaan lain tulkinnassa tulee ottaa erityisesti huomioon kuluttajien etu. Yrityksen tuotannollisen tehokkuuden lisäys ei siten ole riittävää, elleivät kuluttajat pääse siitä nauttimaan alempina hintoina tai muussa muodossa.

Lain esitöissä on todettu, että mitä keskittyneempään markkinarakenteeseen yrityskauppa johtaa, sitä todennäköisemmin haittavaikutukset ylittävät hyödyt tai hyötyjä ei siirretä asiakkaille tai kuluttajille.[671] Juuri *hyötyjen siirtämisen vaatimus* asettaa rajansa tehokkuushyötyjen ottamiselle huomioon. Määräävän markkina-aseman määritelmä pitää yleensä jo sisällään sen, ettei tehokkuushyötyjä tarvitse siirtää kuluttajille. Toisaalta jos yrityskauppa ei johda määräävään asemaan, tehokkuusetujen arvioiminen ei sikäli ole ratkaisevaa, ettei kieltokynnys muutoinkaan täyty. Lainsäätäjän valitsemalla korkeahkolla kieltokynnyksellä erillinen tehokkuuspuolustus kariutunee yleensä siihen, että syntyvät kilpailuhaitat ovat tehokkuushyötyjä suuremmat, tai siihen, että mahdollisia hyötyjä ei riittävän kilpailun puuttumisen vuoksi tarvitse siirtää asiakkaille ja kuluttajille.

> *Digita*-tapauksessa[672] kilpailuneuvosto otti tehokkuushyötynä huomioon sen, että kauppa mahdollisti uuden digitaalisen teknologian kehittämisen. Kilpailuneuvosto totesi, että ilman riittävän tehokkaita ehtoja asiassa on näytetty yrityskaupan kieltämisen edellytykset digitaaliseen televisioverkkoon pääsyä koskevien edellytysten osalta. Perinteisillä aloilla ja erityisesti kypsillä markkinoilla yrityskaupan kilpailuvaikutukset ovat helpommin näytettävissä toteen ja todennäköisemmin kielteisiä kuin ratkaistussa korkean teknologian kehittämiseen liittyvässä hankkeessa.[673] Digita-kaupan riskinä

[670] HE 243/1997 s. 24.

[671] Ibid.

[672] *Kilpailuviraston esitys Sonera Oyj:n ja Yleisradio Oy:n välisen Digita Oy:tä koskevan yrityskaupan kieltämiseksi*, d:o 53/690/2000, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.

[673] Kilpailuneuvosto totesi, että perinteisillä aloilla ja erityisesti kypsillä markkinoilla yrityskaupan kilpailu-vaikutukset ovat helpommin näytettävissä toteen ja todennäköisemmin kielteisiä kuin ratkaistussa korkean teknologian kehittämiseen liittyvässä hankkeessa.

oli erityisesti teknologisen tulpan syntyminen, jolloin Soneran kilpailijoiden pääsy digitaaliseen jakeluverkkoon vaikeutuisi. Kilpailuriskien vastapainona oli se, että kaupan kieltämisellä "saatettaisiin estää kilpailua ja kuluttajien hyvinvointia edistävä kehitystyö".[674] Kilpailuneuvosto joutui punnitsemaan keskenään uuden teknologian kehittämiseen liittyviä *dynaamisia tehokkuushyötyjä* ja kaupan kilpailuhaittoja päätyen siihen, että kauppa voidaan sallia ehdollisena.

Argumentaatiota, jossa neutraalit tai kuluttajia hyödyttävät synergiahyödyt luettaisiin yrityskaupan ilmoittaneiden yritysten vahingoksi, ei edellä mainituissa tapauksissa hyväksytty. Tässä mielessä tehokkuusvaikutuksiin lienee suhtauduttu Suomessa ehkä hieman EY:tä myönteisemmin.

5.4 TEHOKKUUSPUOLUSTUKSEN PAINOARVOSTA EY:SSÄ JA SUOMESSA

Tehokkuuspuolustuksen painoarvo ei ole erityisen merkittävä EY:ssä tai Suomessa, mikä johtuu korkeasta kieltokynnyksestä. Tehokkuusargumentti hyväksytään implisiittisesti siten, että suurin osa liikevaihtorajat ylittävistä yrityskaupoista hyväksytään ilman ehtoja. Tehokkuusetujen ottaminen huomioon vaikuttaa mahdolliselta tilanteissa, joissa yrityskaupan vaikutuksia arvioidaan useammilla markkinoilla samanaikaisesti. Tällöin korkeakin markkinaosuus tietyillä markkinoilla voidaan sallia, jos yrityskaupan seurauksena keskittymään osalliset yritykset saavat mahdollisuuden tehokkaasti kilpailla sellaisilla merkityksellisillä markkinoilla, joilla niillä ei ennestään ole riittävän kilpailukykyistä asemaa. Tehokkuusetujen liittäminen kuluttajien etuihin näyttäisi tarkoittavan sitä, että yrityskaupan seurauksena saatavien kustannus- tai muiden etujen siirtämistä kuluttajille halvempina hintoina tai muulla tavoin voidaan pitää todennäköisenä. Tällöin ei kuitenkaan ole kyseessä puhdas tehokkuuspuolustus, vaan tekninen ja taloudellinen kehitys otetaan huomioon positiivisena tekijänä kokonaisarvioinnin puitteissa.

EY:n käytäntöä on kritisoitu monien ekonomistien taholta. Voimakkaimman kritiikin mukaan EY:ssä tehokkuutta ei tarkasteltaisi puolustuksena, vaan pikemminkin yrityskaupan kieltämisen lähemmäksi tuovana tekijänä ("efficiency offence").[675] Kritiikkiä on pidettävä ylimitoitettuna, joskin erityisesti ensimmäisen vaiheen päätöksissä komission argumentoinnissa on havaittavissa hor-

[674] Kilpailuneuvosto katsoi, että myös viimeksi mainittuun näkökohtaan liittyen ehdot ovat kieltoon nähden ensisijaisia silloin, kun odotettavissa ja nähtävissä olevat kilpailuongelmat ovat hallittavissa yrityskaupan toteuttamiselle asettavilla ehdoilla, viestintämarkkinoiden regulaatiolla ja sellaisella uudella lainsäädännöllä, jolla turvataan rajapintojen avoimuus sekä kaikille kilpaileville yrityksille pääsy verkkoon samaan hintaan ja muutoinkin tasapuolisin ehdoin.

[675] Ks. esim. Jenny, 1993 Fordham. Corp. L. Inst. (1994); Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 116–117; Bishop/Walker (1999) s. 160–161.

juvuutta.[676] Myös kotimaista yrityskauppavalvontaa on arvosteltu, koska siihen ei ole liitetty erillistä tehokkuuspuolustusta.[677] Nimenomaisen tehokkuuspuolustuksen puolesta puhuisi se, että yrityskauppavalvonnan, kuten kilpailuoikeuden yleensäkin, keskeisenä (ainoana) tavoitteena voidaan pitää kuluttajien tai kansantalouden hyödyn maksimointia, varsinkin jos kysymystä tarkastellaan (pelkästään) neoklassisen taloustieteen näkökulmasta. Laajemmassakin kilpailupolitiikan kokonaistavoitteet huomioon ottavassa tarkastelussa vaikuttaa luontevalta, että valvonnassa pyritään sallimaan ne yrityskaupat, jotka lisäävät kuluttajien hyvinvointia, ja kieltämään ne, jotka sitä vähentävät.

Erillinen tehokkuuspuolustus voisi lisätä lain joustavuutta ja estää kilpailuviranomaisten ylilyöntejä. Ajatuksena on, että kunkin yrityskaupan hyödyt ja haitat punnitaan erikseen kustannus-hyöty-analyysin avulla. Haittana saattaisi olla kieltotunnusmerkistön sumentuminen, viranomaisten harkintavallan liiallinen kasvaminen tai kilpailuoikeudellisen päätöksenteon altistuminen ulkopuolisille vaikutusyrityksille.[678] Kyse on samalla myös siitä, mikä painoarvo halutaan antaa teollisuuspoliittisille argumenteille.

Käytännön operatiivisen päätöksenteon tasolla yrityskaupan hyödyt ja haitat eivät välttämättä ole yhteismitallisia, eikä niitä useinkaan pystytä mittaamaan.[679] Kyse on pikemminkin tehokkuuden ennustamisesta kuin sen mittaamisesta.[680] Johtopäätöksiä tehdään enemmän "sumealla logiikalla" kaupan tavoitteiden ja markkinaolosuhteiden perusteella kuin varsinaisesti hyötyjen ja

---

[676] Ei voitane nimittäin kiistää sitä, että kilpailuedut ovat yksi keskeinen määräävän aseman syntymistä ja säilymistä edesauttavista tekijöistä. Ks. esim. M. Virtanen (1998) s. 101–126. Jos tehokkuusedut ovat merkityksellisiä, on luontevaa, että niihin kiinnitetään huomiota määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen arvioinnin yhteydessä. Eri asia on, ettei yrityskauppaa tule kieltää, jos sen voidaan arvioida lisäävän kuluttajien hyvinvointia. Nähdäkseni tällaisia perusteluita EY:n käytännössä ei olekaan käytetty. Päinvastoin, määräävän aseman on katsottu tekevän tehokkuushyödyistä ja niiden siirtämisestä kuluttajille epätodennäköistä. Relevantti kysymys kuuluu, kuinka todennäköisenä voidaan pitää sitä, että kilpailua merkittävästi estävään määräävään asemaan johtava yrityskauppa tuottaisi yhteiskunnan kannalta merkittäviä tehokkuusetuja, jotka jäävät saavuttamatta kaupan kieltämisen seurauksena.

[677] Ks. M. Virtanen (1998) s. 299; P. Lehto teoksessa Aalto-Setälä ym. (2001) s. 383–384.

[678] Riskinä on se, että tehokkuuspuolustusta käytetään alibina tapauksissa, joissa kauppa halutaan sallia "yleisistä" syistä. Puolustuksen väärinkäytön riski on sitä suurempi, mitä enemmän päätöksentekijä on altis poliittisille vaikutuksille.

[679] Voidaan yhtyä edellä selostettuun Posnerin kantaan, jonka mukaan kilpailuviranomaisilla ei ole käytössään erityisen hyviä välineitä kilpailuhaittojen ja tehokkuushyötyjen punnintaan yksittäisissä yrityskauppatapauksissa.

[680] Ks. myös Clark, OECD Journal of Competition Law & Policy No. 3/1999, s. 248: "No matter whether efficiency claims arise in a merger or non-merger context, the arguments over efficiency will essentially turn on the credibility and completeness of information provided by the parties. Given the inherent informational disadvantage facing competition authorities, efficiency claims and supporting evidence must be assessed with caution."

haittojen kvantitatiivisen mallintamisen perusteella.[681] Vaikuttaa siltä, että kyse on epätäydellisen informaation olosuhteissa tehtävistä approksimaatioista, ei varsinaisesta kustannusten ja hyötyjen arvioinnista. Taloustieteellisten standardiesitysten[682] kolmiot ja laatikot ovat omiaan luomaan harhan sellaisesta tehokkuusarvioinnin eksaktisuudesta, jollaista reaalitodellisuudessa ei tavata.[683] Produktiivinen tehokkuuden lisäys lienee arvioitavissa suhteellisen tarkasti,[684] allokatiivisesta tehokkuudesta voidaan esittää enemmän tai vähemmän osuvia hahmotelmia,[685] mutta dynaamisen tehokkuuden tai tehottomuuden lisäys kaupan seurauksena jää pitkälti arvailujen varaan.[686] Odotukset parempien hyödykkeiden syntymisestä ovat konkreettisesti verifioitavissa vasta jälkikäteen. Arvio hyötyjen syntymisestä kuluttajille tehdään pitkälti kilpailutilanteen perusteella. Mikäli yrityskaupan jälkeinen kilpailun paine vielä on riittävä, oletetaan, että tehokkuushyödyt siirretään kuluttajille. Sama pätee pitkälti siihen, kuinka tehokkaasti yrityksen on ponnisteltava säilyttääkseen asemansa markkinoil-

---

[681] *Oliver Williamsonin* alkuperäisessä *naiivissa mallissa* naiiviudella tarkoitettiin sitä, että a) mallin soveltamiseen tarvittavia tietoja ei käytännössä koskaan ole kokonaisuudessa saatavilla ja b) malli kattaa vain osan yrityskaupan arvioinnin kannalta relevanteista seikoista. Ks. Williamson (1968). Valitettavasti mallin soveltamisen käytännön vaikeudet ovat jääneet myöhemmässä kirjallisuudessa usein vähemmälle huomiolle.

[682] Ks. esim. Williamson (1968); Puhakka (1993); Lehto ja Aalto-Setälä (1998).

[683] Vaihtokauppamallissa asia yksinkertaistetaan siten, että Harbergerin kolmion osoittamaa allokatiivista tehokkuustappiota verrataan produktiivisen tehokkuuslisän osoittamaan neliömuotoiseen alaan. Mikäli kolmio on neliötä suurempi, kauppa tulee kieltää. Mikäli neliö on kolmiota suurempi, kaupan hyödyt ylittävät sen haitat. Helppoa ja yksinkertaista? Ongelma on siinä, että vaihtokauppamalli osoittaa ainoastaan relevantin kysymyksen, ei sen sijaan sitä, miten löydettäisiin vastaus. Yksinkertaistaen: emme tunne kolmion ja neliön kokoa. Osuvan, pitkäaikaiseen asianajokokemukseen perustuvan analyysin osalta ks. Rowe (1984). Samansuuntaisen, tehokkuus-tarkastelun todellisen eksaktiuden kyseenalaistavan tarkastelun osalta ks. myös Jenny (1998). Jennyn johtopäätöksenä näyttäisi olevan, että ekonomistit usein kuvittelevat tietävänsä vastauksen kysymyksiin. Jennyn suosituksena on, ettei talousteoriaa tulisi painottaa kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa. Itse katsoisin, ettei kilpailuteorialta tule odottaa sellaista, mihin se jo luonteensa vuoksi ei voi antaa vastausta.

[684] Vaikeutena toisaalta on se, että yrityskulttuurien yhteensovittamisen vaikeudesta aiheutuvia synergiahaittoja yleisesti aliarvioidaan.

[685] Allokatiivisen tehokkuuden arvioiminen edellyttää suhteellisen tarkkoja arvioita siitä, kuinka paljon yrityskauppa nostaa hintoja ja mitä seurannaisvaikutuksia tällä on yritysten markkinaosuuksiin.

[686] Viime kädessä kyse on siitä, onnistuvatko sulautuvat yritykset esim. suunnitelluissa tuotekehitys-panostuksessaan, vai epäonnistuuko hanke. Suunniteltua hanketta tulee verrata niihin toteutumatta jääviin hankkeisiin, joihin markkinoilla mahdollisesti olisi ryhdytty, mikäli kauppaa ei olisi tehty. Asian helpottamiseksi voidaan yksinkertaisesti olettaa, että yritykset tekevät yrityskaupan, koska sen odotetaan lisäävän tehokkuutta. Mikäli tehokkuutta ei odotettaisi, yrityskauppaa ei tehtäisi. Viimeinen argumentaatio sisältää loogisen virheen, sillä tehokkuutta koskevasta tavoitteesta ei voida johtaa oletusta siitä, että tavoitteessa tullaan onnistumaan. Toisaalta tunnettua on se, että yrityskauppoja toteutetaan myös kilpailun rajoittamistarkoituksessa. Yleensä tavoitteet menevät lomittain. Kolmanneksi yrityskauppavalvonnassa tavoitteita tärkeämpiä ovat vaikutukset.

la.[687] Johtopäätöksiä tehdään pitkälti sillä perusteella, mihin suuntaan markkinarakenteen muutoksen voidaan olettaa vaikuttavan.[688] Mikäli yrityskaupan voidaan havaita vähentävän merkittävästi kilpailua, tuomioistuimet ovat suhteellisen haluttomia tekemään muodollista vaihtokauppaa kilpailun rajoittumisen haittojen ja keskittymisen hyötyjen välillä. Pikemminkin pyritään tekemään yksi intuitiivinen analyysi, johon punnittaessa painotetaan vastakkain kumpaakin tekijää. Tuomioistuinten menettelyyn epäilemättä vaikuttavat tuomion perustelemista koskevat vaatimukset. Päätökset on perustettava tosiseikkoihin tai konkreettisten seikkojen perusteella tehtävään arvioon. Lainkäyttäjällä ei ole ekonomistin vapautta valita mallien välillä tai olettaa esim. marginaalikustannuksia tai kysynnän elastisuutta konstanteiksi. Toisaalta jos on näyttöä selkeästä ja voimakkaasta kilpailun vähentymisestä yrityskaupan seurauksena, kaikki seikat huomioon ottaen haitat todennäköisesti ylittävät hyödyt.

Erillisen tehokkuuspuolustuksen tarve on sitä suurempi, mitä alempana yrityskauppavalvonnan kieltokynnys on. Mitä korkeammalla kieltokynnys on, sitä pienemmäksi muodostuu todellinen riski siitä, että yrityskauppavalvonnalla estettäisiin yleisen edun kannalta hyödyllistä keskittymistä. Arvioitaessa erillisen tehokkuuspuolustuksen tarvetta keskeistä on, millä keskittymisen tasolla kieltokynnys laukeaa. Yrityskauppavalvonnassa olennaista on, puututaanko yleisesti jo kilpailun vähentymiseen oligopolissa vai edellytetäänkö määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista.[689]

Yhden yrityksen määräävän aseman yhteydessä tehokkuustarkastelun suurin konkreettinen hyöty lienee siinä, että se saa kilpailuviranomaiset esittämään "oikeita kysymyksiä". Yksi yrityskauppavalvonnan keskeisimmistä riskeistä on liian suppea arviointikehikko, jossa kilpailuvaikutuksia arvioidaan teknisesti pelkästään markkinaosuuksien ja muiden rakenteellisten seikkojen perusteella.

---

[687] Dynaamisen tehokkuuden toteutuminen riippuu monista yrityskaupan ulkopuolisista tekijöistä. Perinteisen Schumpeteriltä periytyvän arviointikehikon mukaan resurssien kasaaminen yhteen lisää keskittymän tuotekehittelypotentiaalia, mutta toisaalta kilpailun väheneminen vähentää painetta investoida tutkimukseen ja erityisesti saattaa innovaatiot markkinoille. Yhtä hyvin voidaan argumentoida Geroskin tapaan, että markkinoiden keskittyminen on usein omiaan heikentämään dynaamista tehokkuutta.

[688] Ottaen huomioon tehokkuuden arviointiin liittyvät ongelmat, Röller, Stennek ja Verboven ehdottavat kaksivaiheista tehokkuustestiä. Valtaosa tapauksista karsitaan ilman tehokkuustarkastelua ja tehokkuuspuolustus rajataan kriittisiin tapauksiin. Keskittymän hyväksymisen vaatima vähimmäislisäys tehokkuudessa (minimum required efficiences, MREs) laskettaisiin vertaamalla yrityskaupan odotettua kilpailun vähentymistä (hintojen nousua) siihen, kuinka suuria tehokkuushyötyjen tulisi olla, ennen kuin ne kompensoivat kuluttajille keskittymisestä aiheutuvat kilpailuhaitat. Kirjoittajien mukaan tietokonesimulaatioilla voidaan lieventää tehokkuuden mittaamiseen liittyviä informaatio-ongelmia. Ks. Röller/Stennek/Verboven (2000) s. 95–123.Todennäköisesti näin on, joskin keskeisiä ongelmia liittyy premissien valintaan ja tulevan kehityksen ennustamiseen. Kaksivaiheista testiä voidaan sinänsä pitää työekonomisesti järkevänä.

[689] Ks. esim. Kuoppamäki 1992, s. 218–220; Immenga teoksessa Immenga/Mestmäcker (1997) s. 889 ss.

Tasapainoista kilpailuanalyysiä ei voida tehdä, ellei huomiota kiinnitetä kaupan osapuolten tavoitteisiin ja saavutettavissa oleviin kustannussäästöihin. Tehokkuuspuolustusta voidaan käyttää *heuristisena apuvälineenä*, jonka avulla huomiota kiinnitetään myös liiketaloudellisiin seikkoihin.

Tällä hetkellä merkittävin tehokkuuspuolustuksen tarvetta lisäävä seikka on *lisääntynyt mielenkiinto yhteisen määräävän aseman konseptia kohtaan*, mikä asiallisesti merkitsee *siirtymää yhden yrityksen dominanssin torjumisesta oligopolistisen markkinarakenteiden torjuntaan*. Tehokkuuspuolustuksen rooli jatkossa tulee määräytymään nähdäkseni sen mukaan, tullaanko edellyttämään vahvaa kolluusionäyttöä vai pidetäänkö riittävänä oligopolistisen markkinarakenteen tiukentumisen luomaa kolluusion riskin lisääntymistä. Tehokkuuspuolustuksen käyttöala kasvaa yleisesti, jos lain määritelmää lasketaan amerikkalaiselle tasolle "kilpailun merkittävä estyminen". Varsin yleisesti taloustieteellisessä kirjallisuudessa tehokkuuspuolustusta käsitellään annettuna suureena kiinnittämättä riittävästi huomiota siihen, millä tasolla kieltokynnys kunkin maan kilpailulainsäädännössä on.[690] Kilpailuoikeudellisesti kieltokynnyksen korkeus ja mahdollinen tehokkuuspuolustus ovat kiinteässä yhteydessä toisiinsa. Kyse on lainsäätäjän kokonaisharkinnasta painotettaessa eri suuntiin vieviä tekijöitä keskenään.

5.5 FAILING COMPANY -PUOLUSTUS

Jos yritystä uhkaa konkurssi, voi ainoa tapa jatkaa toimintaa olla sen myyminen paremmassa taloudellisessa tilanteessa olevalle yritykselle. Yrityksen saneeraaminen on usein konkurssimenettelyä edullisempi vaihtoehto. Failing company -puolustus liittyy tilanteeseen, jossa konkurssiuhan alaisen yrityksen myyminen estää kilpailua mutta samalla pelastaa myytävän yrityksen. Näennäisesti markkinaosuutta nostavan yrityskaupan kilpailuvaikutukset eivät välttämättä olekaan merkittäviä, jos kyseessä on ainoa kyseeseen tuleva vaihtoehto kohdeyrityksen toiminnan jatkamiseksi, toisin sanoen markkinat keskittyisivät yhtä paljon tai vielä enemmän, vaikka kilpailuviranomaiselle ilmoitettua yrityskauppaa ei toteutettaisi.

Yhdysvalloissa failing company -puolustus esiintyi tapauksessa *International Shoe v. FTC*[691] ja hyväksyttiin fuusiovalvontaa koskevaan lainsäädäntöön

---

[690] Vrt. kuitenkin esim. Röller, Stennek ja Verboven (2000) s. 6 ja 56 ss., jotka havaitsevat kieltokynnyksen merkityksen ja näkevät tehokkuuspuolustuksen tarpeen suhteessa siihen, millä tasolla yrityskauppavalvonnan kieltokynnys on. Kyse on EY:n komission toimeksiannosta tehdystä selvityksestä, jossa tarkastellaan tehokkuuspuolustuksen käyttöönoton tarpeellisuutta ja toteuttamismahdollisuuksia EY:n sulautuma-asetuksen soveltamiskäytännössä.

[691] 280 US (1930) 291, 302–303.

1950-luvulla tehdyillä muutoksilla.[692] Tapauksessa *Citizen Publishing Co. v. United States*[693] failing company -puolustukselle asetettiin kolme edellytystä:

a) ostettavan yrityksen taloudellisen tilanteen täytyy olla niin huono, että pääoman vähentymisen ja tervehdyttämisen epätodennäköisyyden vuoksi yrityksen konkurssi on todennäköinen vaihtoehto,
b) ostavan yrityksen täytyy olla ainoa tarjolla oleva ostaja, ja
c) ostettavan yrityksen on täytynyt bona fide yrittää löytää muita kilpailua vähemmän rajoittavia vaihtoehtoja.

Tuomioistuinten ja kilpailuviranomaisten käytännössä failing company -puolustus on hyväksytty suhteellisen harvoin.[694] Merkittävimpänä syynä tähän voitaneen pitää vaikeuksia todistaa, että yrityskauppa on ainoa tarjolla oleva vaihtoehto. Puolustus on kuitenkin hyväksytty horisontaalisia yrityskauppoja koskevissa suuntaviivoissa, joten sitä voidaan pitää vakiintuneena.[695] Puolustus voi koskea myös yrityksen osaa.[696]

Saksassa saneerausfuusioita arvioidaan GWB:n 24 §:n 1 momentin nojalla. Sen mukaan keskittymät, jotka johtavat määräävään asemaan tai ennestään vahvistavat jo olemassa olevaa määräävää asemaa, voidaan poikkeuksellisesti sallia, jos keskittymään osalliset yritykset todistavat, että keskittyminen johtaa myös kilpailuolosuhteiden paranemiseen ja nämä parannukset ovat merkittävämpiä kuin määräävästä asemasta aiheutuvat haittavaikutukset. Saneeraus-

---

[692] Briggs, An Outline of General Principles, Current Enforcement Practices and Recent Cases Arising under US Law Relating to Mergers and Acquisitions, s. 40.

[693] 394 US (1969) 131, 137–138.

[694] Ks. esim. Hovenkamp (1999) s. 546–547.

[695] Suuntaviivojen kohdassa 5.1 puolustuksesta todetaan seuraavaa: "A merger is not likely to create or enhance market power or facilitate its exercise if the following circumstances are met: 1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; 2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter ll of the Bankruptcy Act(*); 3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm(**) that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and 4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market.

* 11 U.S.C. §§ 1101–1174 [1988])

** Any offer to purchase the assets of the failing firm for a price above the liquidation value of those assets — the highest valued use outside the relevant market or equivalent offer to purchase the stock of the failing firm — will be regarded as a reasonable alternative offer."

[696] Suuntaviivojen kohdassa 5.2 todetaan seuraavaa: "A similar argument can be made for "failing" divisions as for failing firms. First, upon applying appropriate cost allocation rules, the division must have a negative cash flow on an operating basis. Second, absent the acquisition, it must be that the assets of the division would exit the relevant market in the near future if not sold. Due to the ability of the parent firm to allocate costs, revenues, and intracompany transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agency will require evidence, not based solely on management plans that could be prepared solely for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market. Third, the owner of the failing division also must have complied with the competitively-preferable purchaser requirement of Section 5.1."

fuusio ei edistä kilpailua, jos yrityksen konkurssin seurauksena olisi todennäköisesti, että markkinoilta poistuneen yrityksen markkinaosuus jakaantuisi tasaisesti kaikkien sen kilpailijoiden kesken. Tällöin saneerausfuusio markkinajohtajan kanssa heikentäisi kilpailua konkurssia enemmän. Saneerausfuusio ei ole sallittu myöskään silloin, kun konkurssi voidaan välttää kilpailua vähemmän rajoittavilla tavoilla, esimerkiksi yritysten välisellä yhteistyöllä. Saneerausfuusio on sallittu, jos konkurssi johtaisi fuusiota suurempiin haittoihin kilpailun toimivuudelle tai jos useampi itsenäinen yritys joutuisi ilman fuusiota poistumaan markkinoilta.[697]

5.5.1 EY:n asetus

EY:n sulautuma-asetus ei sisällä nimenomaisia säännöksiä saneerausfuusioista. Kilpailua merkittävästi estävään määräävään asemaan johtava keskittyminen on lähtökohtaisesti kiellettyä siitä riippumatta, mitkä ovat yrityskaupan syyt. Kirjallisuudessa on kuitenkin arveltu, että saneerausfuusiot voitaisiin Saksan mallin mukaisesti hyväksyä tilanteissa, joissa merkittävän yrityksen konkurssi itse asiassa heikentää kilpailua saneerausfuusiota enemmän.[698]

Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 b) viittaus "kaikkien markkinoiden rakenteeseen" näyttäisi mahdollistavan intressivertailun keskittymän eri markkinoilla ilmenevien vaikutusten välillä. Asetuksen teksti jättää sitä vastoin avoimeksi sen, missä määrin konkurssin välttäminen voidaan ottaa huomioon, jos keskittymisellä ei ole kilpailun ylläpitämisen kannalta positiivisia seurauksia. Voitaisiin ajatella, että rajatapauksissa yhden jäsenvaltion alueella syntyvä määräävä asema voidaan hyväksyä, jos kansallisten markkinoiden avaaminen lähivuosina tuo kyseisille markkinoille uusia kilpailijoita. Asetuksen tarkoituksena ei ole estää yhteismarkkinoiden luomisen tuoman rakennemuutoksen läpiviemistä, kunhan yhteismarkkinoiden toimivuutta ei vaaranneta.

EY:n ratkaisukäytännössä failing company -tilannetta on tarkasteltu *kausaliteettiin* liittyvänä kysymyksenä. Mikäli konkurssin uhkaama kilpailija joka tapauksessa tulisi päätymään haltuun ottavan yrityksen määräysvaltaan konkurssin toteutuessa, yrityskauppa ei ole markkinoiden keskittymisen todellinen syy. Todellisena syynä on tällöin pidettävä yrityksen heikkoa taloudellista tilannetta, ja haltuunotto on ainoastaan seuraus. Kilpailupoliittisesti argumentin heikkoutena on pidettävä sitä, ettei konkurssi yleensä johda tuotantopanosten

---

[697] Ks. Emmerich (2001) s. 305–306. Saneerausfuusioiden salliminen saattaa lisäksi tulla kyseeseen ns. ministeriluvan myöntämisenä.

[698] Ks. Langeheine (1990) s. 491, jonka mukaan failing company -puolustus olisi sallittu vain ääritapauksissa, esim. jos määräävässä asemassa olevan yrityksen konkurssi johtaisi ainoan alalle jäävän yrityksen monopoliasemaan.

poistumiseen markkinoilta, vaan niiden siirtymiseen uusille omistajille. Tässä mielessä ratkaiseva kysymys ei kuulu, mitä tapahtuu konkurssin uhkaamalle yritykselle, vaan mitä tapahtuu sen tuotantokoneistolle.[699] Haltuunotolla voidaan turvata immateriaalisten arvojen säilymistä ja työpaikkoja ylimenokauden ajaksi.[700] Failing company -puolustuksen laaja hyväksyminen voi heikentää taloudellista tehokkuutta, jos se jarruttaa rakennemuutoksen toteutumista.[701] Myös failing company -tilanteissa tulisi kiinnittää huomiota siihen, että markkinoilla säilyy riittävä kilpailu yrityskaupan jälkeen. Toisena erotteluna on kiinnitettävä huomiota siihen, onko kyse konkurssin uhkaamasta yrityksestä vaiko ennen pitkää hiipuvasta yrityksestä. Ensimmäisessä tapauksessa kyse on failing company -puolustuksesta, jälkimmäisessä pikemminkin siitä, rajoittaako keskittyminen pitkällä aikavälillä kilpailua. Kilpailuviranomaisten ei tule pyrkiä estämään luonnollista rakennemuutosta, mikä ei olekaan mahdollista kuin huomattavien subventioiden avulla.

Tapauksessa *Aerospatiale/de Havilland*[702] osapuolet viittasivat siihen, että kohdeyritys oli hiipuva yritys, jolla ei pidemmän päälle ollut itsenäistä tulevaisuutta. Kauppa ei pidemmän päälle vahvistaisi Aeorospatialen asemaa, sillä haltuunotettu kilpailija tulisi joka tapauksessa poistumaan ennen pitkää markkinoilta. Puolustusta ei hyväksytty, sillä kohdeyrityksen toiminnan jatkamiseksi olisi mahdollista tehdä muunkinlaisia rakenteellisia järjestelyjä.[703] Tapauksessa

---

[699] Konkurssipesä myy tuotantolinjat uusille yrittäjille kokonaisuutena, paloina tai jalostettuina. Usein omaisuuden myyntiä edellyttää tervehdyttämisjakso, jonka tarkoituksena on turvata konkurssiomaisuuden arvo. Yrityskauppavalvonnan tehtävänä on estää resurssien liiallinen keskittyminen yksiin käsiin. Tämän periaatteen voisi kuvitella pätevän myös niissä tilanteissa, joissa joku kilpailijoista ajautuu konkurssitilaan. Resurssien keskittymisen näkeminen väistämättömänä tapahtumana vastaisi lähinnä Karl Marxin kasautumisteoriaa. Eri asia on se, että tehottomien yritysten poistuminen markkinoilta ja uusien tuleminen tilalle muodostaa osan markkinatalouden normaalista kiertokulusta. Kilpailuviranomaisten ei tule pyrkiä estämään luonnollista rakennemuutosta, mikä ei olisikaan mahdollista kuin huomattavien julkisten subventioiden avulla.

[700] Yleisesti ottaen yrityskaupat ovat harvinaisen heikko tapa edistää työllisyyttä. Tämä johtuu siitä, että erityisesti hiipuvan yrityksen tilanteissa yrityskaupan pääasiallinen ratio on liian tuotantokapasiteetin poistaminen markkinoilta keskittämällä tuotanto kannattavimpiin yksiköihin ja lakkauttamalla työpaikat sieltä, missä kannattavuus on suhteellisesti heikointa. Emmerich toteaa, että Saksassa ns. ministerilupia on annettu erityisesti työllisyyden turvaamiseksi, mutta että käytännössä tavoite ei ole toteutunut. Ks. Emmerich (2001) s. 306–310. Mitenkään välttämättä ei kuitenkaan pidä hyväksyä monopolin tapaisten tilanteiden syntymistä, sillä luonnollisen monopolin argumentti on validi vain hyvin harvoilla markkinoilla.

[701] Hovenkamp korostaa sitä, että failing company -puolustuksen laaja soveltaminen voi heikentää taloudellista tehokkuutta, jos se säilyttää markkinoilla oikeastaan elinkelvottoman yksikön. Ks. Hovenkamp (1999) s. 544–547, s. 545 ss. Tämä on yksi puoli asiasta. Toisaalta failing company -puolustuksen hyväksi voidaan lukea samanlaisia argumentteja, joilla puolustetaan yrityssaneerausmenettelyä. Toisaalta yrityssaneeraus voi säilyttää tehottomia yrityksiä markkinoilla. Yrityssaneerauksen kilpailuvaikutuksista ks. esim. Kuoppamäki (1995).

[702] M.0053, EYVL 1991 L 334/42.

[703] Ks. *Aerospatiale/de Havilland*, päätöksen kohta 31.

Boeing/McDonnell Douglas[704] amerikkalaiset kilpailuviranomaiset hyväksyivät saman argumentin kilpailuanalyysinsa perustaksi,[705] joskaan muodollisesti kyse ei ollut failing company -puolustuksesta. Failing company -puolustuksen implisiittinen hyväksyminen Boeing-tapauksessa vaikuttaa kyseenalaiselta ja viittaa teollisuuspoliittiseen motiiviperustaan. EY:ssä puolustusta ei hyväksytty myöskään kieltopäätöksissä *Blokker/Toys R US*[706] ja *Bertelsmann/Kirch/Premiere,*[707] joissa jälkimmäisessä kyse oli yrityksen osan väitetystä hiipumisesta.[708] Komissio on nähnyt puolustuksen käyttöalan suhteellisen suppeana.

EY:n kilpailuoikeudessa johtavana prejudikaattina pidetään EY:n tuomioistuimen päätöstä *Treuhandanstalt/MdK/Kali & Salz*. Kyse oli yrityskaupasta, jolla entisen DDR:n yritysten yksityistämisestä vastannut viranomainen Treuhandanstalt myi itäsaksalaisen MdK:n länsisaksalaiselle kilpailijalleen. Komissio totesi päätöksessään, että yrityskauppaa, jonka olisi normaalisti katsottava luovan ostavalle yritykselle määräävän markkina-aseman tai vahvistavan sitä, ei voida pitää määräävän aseman varsinaisena syynä, jos haltuunottava yritys väistämättä saisi määräävän aseman tai vahvistaisi sitä siinäkin tapauksessa, että keskittymä kiellettäisiin. Yrityskauppaa ei voida pitää kilpailurakenteen heikkenemisen *syynä*, jos on "varmaa", että:

a) kohdeyritys katoaisi nopeasti markkinoilta, jollei joku muu yritys ota sitä haltuunsa,
b) ostava yritys saisi ostettavan yrityksen markkinaosuuden, jos tämä katoaisi markkinoilta,
c) yritysoston toteuttamiselle ei ole olemassa muuta vaihtoehtoa, josta kilpailulle aiheutuisi vähemmän vahinkoa.[709]

EY:n komission asettamat edellytykset ovat samantapaiset, joskaan eivät identtiset yhdysvaltalaisen käytännön kanssa. EY:n tuomioistuin vahvisti komission noudattamat arviointiperusteet, joskin komission asettamien kriteerien täyttymistä näytetään arvioidun todennäköisyyden, ei varmuuden perusteella.[710] Huomio kiinnittyy siihen, että amerikkalaisessa käytännössä on tarkasteltu sitä, kuinka todennäköistä markkinoiden keskittyminen joka tapauksessa olisi. EY:n komission päätöksessä puhutaan varmuudesta. EY:ssä edellytetään näyttöä siitä, että ostaja saisi joka tapauksessa haltuunsa ostettavan yrityksen markkina-

---

[704] *Proposed Accuisition of McDonnell Douglas Corp.* The Boeing Co., File No. 971–0051 (FTC July 1, 1997). Vrt. EY:n komission tiukempaa päätöstä *Boeing/Mc Donnell Douglas*, EYVL L 336/16 (1997).
[705] Ks. Pitofsky (1998) s. 20–21.
[706] M.0801, EYVL 1998 L 316/1.
[707] M.0993, EYVL 1999 L 334/42.
[708] Komission ratkaisukäytännön kuvauksen osalta ks. Fiedler (2001).
[709] Komission päätöksen kohta 71.
[710] Ks. C-68/94 & C-30/95, tuomion kohdat 113–125.

osuuden, kun taas USA:ssa riittävää on sen osoittaminen, että kohdeyritys on *bona fide* pyrkinyt löytämään kilpailun toimivuuden kannalta paremman ostajan, mutta että sellaista ei ole löytynyt. Amerikkalainen linja vaikuttaa sikäli perustellummalta, että varmuutta ei voida koskaan saavuttaa hypoteettisesta seikasta.

Komissio näyttää lieventäneensä failing company -puolustuksen edellytyksiä tapauksessa *BASF/Pantochim/Eurodiol,*[711] jossa kyse oli konkurssihallinnon valvonnassa olevan yrityksen ostamisesta. Vaikka keskittymä rajoitti kilpailua eräiden kemikaalien markkinoilla, komissio otti huomioon sen, että konkurssihallinto oli bona fide yrittänyt löytää kilpailua vähemmän rajoittavaa vaihtoehtoa siinä kuitenkaan onnistumatta. Komissio otti huomioon sen, että ilman yrityskauppaa kohdeyrityksen tuotantolinja voisi poistua markkinoilta, mikä voisi johtaa lyhyellä tähtäimellä alitarjontaan ja hintojen nousuun.[712] Päätöstä on pidettävä myönteisenä, sillä komissio näyttää irtautuvan edellä kritisoidusta kausaliteettia koskevasta standardista ja siirtyvän markkinoilla tapahtuvien kilpailuvaikutusten kokonaisarviointiin.[713]

5.5.2 Suomen yrityskauppavalvonta

Kilpailunrajoituslain esitöissä[714] on todettu, että yrityskaupan ei voida katsoa merkittävästi estävän kilpailua, jos yrityskaupan toteutumatta jääminen aiheuttaisi hankinnan kohteen poistumisen markkinoilta esimerkiksi kohdeyrityksen konkurssin seurauksena. Yrityskaupan osapuolten tulee tällaisessa tilanteessa kuitenkin osoittaa, että kyseinen yrityskauppa on ainoa käytettävissä oleva, liiketaloudellisesti järkevä keino välttää omaisuuden poistuminen markkinoilta. Lisäksi on osoitettava, ettei vähemmän kilpailua rajoittavaa vaihtoehtoa ole

[711] M.2314, komission päätös 11.7.2001.

[712] Ks. päätöksen kohdat 135–163.

[713] Tähän arvioon päätyvät Fiedler (2001) ja Strohm (2001) s. 22–23. EY:n komission lehdistötiedotteen (IP/01/984,11.7.2001) mukaan päätöksessä otettiin nimenomaisesti huomioon amerikkalaiset suuntaviivat. Kun kyse on vasta ensimmäisestä ratkaisusta, johtopäätösten osalta on oltava vielä varovainen.

[714] HE 243/1997 vp, s. 24. Lain esitöissä puolustuksesta on todettu seuraavaa: "Tietyissä tilanteissa yrityskaupan ei voida katsoa merkittävästi estävän kilpailua, jos yrityskaupan toteutumatta jääminen aiheuttaisi hankinnan kohteen poistumisen markkinoilta (ns. failing firm -tilanne). Jos yrityskaupan vaihtoehtona on esimerkiksi kaupan osapuolen konkurssi, eivät markkinat yrityskaupan jälkeen ole välttämättä sen keskittyneemmät kuin ne olisivat siinä tapauksessa, että kauppaa ei olisi toteutettu ja kyseessä oleva omaisuus olisi poistunut markkinoilta. Yrityskaupan vaikutukset kilpailuolosuhteisiin voivat tällaisissa olosuhteissa olla vähäisiä, koska markkinat keskittyisivät joka tapauksessa ilman yrityskauppaakin. Yrityskaupan osapuolten tulee kuitenkin tällaisessa tilanteessa osoittaa, että kyseessä oleva yrityskauppa on ainoa käytettävissä oleva, liiketaloudellisesti järkevä keino välttää omaisuuden poistuminen markkinoilta eikä vähemmän kilpailua rajoittavaa vaihtoehtoa ole käytettävissä."

käytettävissä.[715] Tällainen vaihtoehto saattaisi olla yrityksen myyminen sellaiselle markkinaosapuolelle, ettei seurauksena ole määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen.

Kotimaisessa ratkaisukäytännössä failing company -tilanne oli esillä *Valio Oy:n Kainuun Osuusmeijerin, Osuuskunta Maito-Pirkan ja Aito Maito Fin Oy:n meijeri- ja markkinointi-liiketoimintojen hankintaa* koskeneessa yrityskaupassa,[716] vaikkei kilpailuviraston päätöksessä puolustusta hyväksyttykään. Kohdeyrityksen talousvaikeudet otettiin kuitenkin huomioon ehtoja asetettaessa.

> Kilpailuviraston päätöksessä todetaan osuvasti,[717] että maitomarkkinoiden hallinnan kannalta keskeinen tekijä on maitolitrojen hallinta.[718] Suomessa kerätään vuosittain yhteensä noin 2 300 milj. l raakamaitoa. Vuonna 1998 Valio-ryhmän osuus tästä oli 70–75 %, Aito Maito -ryhmän 5–10 %, Ingman Foods Oy Ab:n ja sen kanssa yhteistyössä toimivien osuusmeijerien noin 10 % ja muiden yhteensä noin 10 %. Keskittymän seurauksena Valioryhmän valtakunnallinen markkinaosuus maidon hankinnassa kasvoi 75–85 %:iin. Valioryhmän määräävä asema maidon hankinnassa vahvistuisi yrityskaupan johdosta. Valion osuus nestemaitotuotteiden markkinoilla oli 60–65 % ja Aito Maito -ryhmän 10–15 %. Ingmanin valtakunnallinen markkinaosuus on 5–10 %, Satamaidon 5–10 %, Milkan 0–5 % ja Maitokolmion 0–5 %. Kaupalla markkinoilta poistui Valion aggressiivisin valtakunnallinen kilpailija.
>
> Kaupan osapuolet vetosivat failing company -puolustukseen. Ilmoittajien mielestä maitolitroja tulisi joka tapauksessa siirtymään Valiolle, sillä kaupan kohteiden tilityskyky oli heikentynyt. Ryhmän rahoitusaseman heikentyminen näytti johtuvan liian aggressiivisesta hintakilpailusta, jolla oli pyritty kasvattamaan valtakunnallista markkinaosuutta. Viraston päätöksen mukaan ongelmana ei voinut olla kohdeyrityksen liian pieni koko, sillä Suomen markkinoilla toimi menestyksellisesti ostokohdetta pienempiä meijereitä. Sikäli kuin vaikeuksien syynä ovat epäonnistuneet strategiavalinnat eikä esimerkiksi alan kriisi, yrityksen heikkolaatuinen ja kannattamaton tuotantokapasiteetti taikka muu sellainen syy, vaikeuksista voidaan selvitä strategiavalintoja muuttamalla taikka toimintoja uudelleen järjestelemällä. Tällaisessa tapauksessa yrityskauppaa ei voida menestyksellisesti perustella failing firm -puolustuksella. Valio tai Aito Maito -ryhmä eivät myöskään olleet osoittaneet, että kohdeyritysten kapasiteetti joka tapauksessa poistuu markkinoilta, elleivät ne solmi yrityskauppaa kilpailijan kanssa. Yhteistyöstä oli

---

[715] Ibid.

[716] Dnro 1151/81/99, kilpailuviraston päätös 20.6.2000. Ks tapauksen osalta myös Jokinen (2001) s. 56–58.

[717] Tämä näkökohta oli esillä myös kilpailuneuvoston päätöksissä *Valio I*, *Valio II* ja *Valio III*.

[718] Yritys pystyy laajentamaan tuotantoaan vain hankkimiensa raaka-ainevarantojen osoittamassa suhteessa. Kyseeseen tulevat sopimukset maidontuottajien kanssa ja raakamaidon hankkiminen muilta meijereiltä. Meijereiden välisestä kilpailutilanteesta johtuen ensimmäinen hankintakanava on ensisijainen. Kilpaileva meijeri on yleensä valmis luopumaan vain sellaisesta raaka-aineesta, jota se itse ei tarvitse.

neuvoteltu myös muiden suomalaisten meijeriyritysten kanssa. Muiden meijerialan yritysten kanssa olisi mahdollista solmia erilaisia yhteistyöjärjestelyjä. Valittuun ratkaisuun oli päädytty hintasyistä.

Kilpailuvirasto totesi, etteivät osapuolet olleet selvittäneet, (i) että Aito Maito -ryhmän kapasiteetti tulee poistumaan markkinoilta ilman jotakin yrityskauppaa; (ii) että Aito Maito -ryhmän markkinaosuus mahdollisen konkurssin tai muun järjestelyn yhteydessä tulee joka tapauksessa pääosin siirtymään Valiolle; (iii) ettei Aito Maito -ryhmällä ole muita kilpailua vähemmän rajoittavia vaihtoehtoja käytettävissä kuin yrityskauppa Valion kanssa.

Kilpailuviraston päätöksen failing company -puolustuksen kriteeristön osalta antamia perusteluja voidaan pitää perusteltuina. Puolustus sovitetaan yhteen kilpailun suojaamisen tarpeen kanssa. Voidaan yhtyä viraston johtopäätökseen, etteivät edellytykset täyttyneet tässä tapauksessa.[719] Tähän nähden kysymyksiä herättää se, miksi failing company -puolustus kuitenkin implisiittisesti hyväksyttiin ehtojen määrittämistä koskevassa päätösvaiheessa.[720] Valio sitoutui toimittamaan pienemmille yrityksille tietyn määrän raakamaitoa. Rakenteen heikkenemisen kompensoiminen vaikeasti valvottavilla käyttäytymisehdoilla on ongelmallista.

5.6 ALUEPOLIITTISET JA SOSIAALISET NÄKÖKOHDAT

EY:n sulautuma-asetuksen perustelujen 13. kohdan toisen lauseen mukaan komission täytyy keskittymisen arvioinnissa ottaa huomioon Rooman sopimuksen 2 artiklan yleiset tavoitteet sekä yhteisön taloudellinen ja sosiaalinen yhtenäisyys 158 artiklan merkityksessä. Rooman sopimuksen 2 artiklan mukaan yhteisön tehtävänä on mm. "edistää taloudellista ja sosiaalista edistystä sekä työllisyyden korkeaa tasoa ja saavuttaa tasapainoinen ja kestävä kehitys etenkin luomalla alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja, lujittamalla taloudellista ja sosiaalista yhteenkuuluvuutta sekä perustamalla talous- ja rahaliiton, johon tämän sopimuksen määräysten mukaisesti lopulta sisältyy yhteisvaluutta". Vuoden 1986 yhtenäisyysasiakirjalla sopimukseen lisättiin aluepolitiikkaa koskeva artikla 130 a, joka on nykyiseltä Amsterdamin sopimuksen mukaiselta numeroinniltaan RS 158 artikla. Artikla 158 kuuluu seuraavasti: "Edistääkseen

[719] Kilpailuviraston päätöksen mukaan failing company -tilanne oli syntynyt vasta kaupan ilmoittamisen jälkeen, joskin ennen viraston ratkaisua. Laki ei asettane estettä sille, että huomioon otettaisiin ilmoitusvelvollisuuden syntymisen jälkeen, mutta ennen viraston päätöstä tapahtuneet olennaiset muutokset olosuhteissa

[720] Sitoumusten harkinnassa virasto "otti huomioon... saamansa selvitykset Aito Maito ryhmän taloudellisesta tilanteesta, ryhmän tulevaisuuden näkymistä sekä vaihtoehtoisten järjestelyjen toteuttamismahdollisuuksista nykytilanteessa."

koko yhteisön sopusointuista kehitystä, yhteisö kehittää ja harjoittaa toimintaansa taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden lujittamiseksi. Yhteisö pyrkii erityisesti vähentämään alueiden välisiä kehityseroja sekä muita heikommassa asemassa olevien alueiden tai saarien jälkeenjääneisyyttä, maaseutu mukaan luettuna." Artikla 158 on aluepoliittinen yleislauseke, jonka tavoitteena on EY:n sisäisen ja kansainvälisen kilpailukyvyn parantaminen kaikilla alueilla ja sektoreilla sekä alueellisten kehityserojen tasoittaminen.[721]

Asetuksen perustelujen 13. kohta herättää kysymyksen, missä määrin aluepoliittisia kysymyksiä voidaan ottaa huomioon keskittymisen arvioinnissa. Mahdollinen tulkinta olisi, että asetuksen 2 artiklan 3 kohtaa sovellettaisiin sallivammin keskittymisiin yhteismarkkinoiden alikehittyneillä osilla kuin muilla alueilla, jos keskittyminen edistää sosiaalista koheesiota yhteismarkkinoilla.[722] Toisaalta komission tulee muutenkin ottaa huomioon Rooman sopimuksen määräykset toiminnassaan.[723] Voidaan kuitenkin olettaa, että viittauksen tarkoituksena on ohjata komission ratkaisutoimintaa. Voidaan myös kysyä, missä määrin asetuksen nojalla voidaan kiinnittää huomiota työllisyysnäkökohtiin.

Perustelujen 13. kohta otettiin asetukseen eteläeurooppalaisten jäsenvaltioiden vaatimuksesta. Ne pelkäsivät, että sulautuma-asetuksen säätäminen voisi vaikeuttaa alikehittyneiden alueiden ponnisteluja kehitysetumatkan kuromiseksi umpeen.[724] Komission ministerineuvoston protokollaan antaman tulkintalausuman mukaan tulee keskittymän hyväksyttävyyttä arvioitaessa perustelujen 13. kohdan mukaisesti ottaa huomioon erityisesti niiden yritysten kilpailukyky, jotka toimivat kehitysalueilla, joilla tarve rakennemuutokseen on erityisen suuri.[725]

Komission mielestä keskittymisen arviointikriteerit ovat selkeän kilpailupoliittisia.[726] Myös enemmistö muista kommentaattoreista lähtee kilpailupoliittisten näkökohtien ensisijaisuudesta, joskin asetuksen saama sanamuoto nähdään ilmauksena poliittisesta kompromissista. Aluepoliittisten tekijöiden potentiaalista merkitystä rajatapauksissa ei kiistetä.[727] Sama koskenee sosiaalista koheesiota, joka voidaan nähdä työpaikkoja ja alueellista elintasoa koskevana kysymyksenä.

---

[721] Ks. Stabenow, kirjassa Grabitz (1990), Art. 130 a), Rdnr. 2, 6; Joutsamo ym. (1999) s. 709–717.
[722] Voitaisiin esimerkiksi ajatella, että komissio voisi hyväksyä keskittymän, joka estää kilpailua Pohjois-Euroopassa, mutta samalla edesauttaa teollistumista EY:n alikehittyneissä eteläisissä osissa. Ks. tältä osin Albers (1990) s. 447.
[723] Ks. Langenheine (1990) s. 497–500.
[724] Müller-Laube (1991) s. 189.
[725] Ministerineuvoston protokolla, WuW 1990, s. 240 ss., kohta 2 a).
[726] Sir Leon Brittan, Anwendung der Fusionskontrollverordnung, WuW 1991, s. 29/30 ja The Law and Policy of Merger Control in the EEC, The European Law Reviev 1990, s. 351 ss.; Ehlermann, WuW 1991 s. 543; Schröter, G/T/E, Art. 87, Rdnr. 274.
[727] Ks. esim. Koch, s. 70; Niederleihinger s. 78; Ebenroth/Lange, s. 848 ss.

Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 a) mukaan komission tulee ylläpitää ja *kehittää* tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla. Huomiota tulee kiinnittää muun muassa kaikkien markkinoiden rakenteeseen ja aktuaaliseen tai potentiaaliseen kilpailuun yritysten taholta, jotka toimivat yhteismarkkinoilla tai niiden ulkopuolella. Luettuna yhdessä perustelujen 13. kohdan kanssa tämä voidaan ymmärtää niin, että aluepoliittiset ja sosiaaliset tekijät voidaan ottaa huomioon tietyin edellytyksin. Sallittuja ovat yrityskaupat, jotka tekevät alikehittyneillä alueilla toimivat yritykset kilpailukykyiseksi muiden EY-maiden yritysten kanssa. Työpaikkojen turvaaminen voi aktualisoitua failing company -puolustuksen yhteydessä. Keskittymisen vaikutuksia arvioitaessa tulee kiinnittää erityistä huomiota aikatekijään. Vaikka keskittyminen johtaisi korkeaan markkinaosuuteen vielä kansallisilla markkinoilla, voidaan se sallia, jos integraatioprosessi varmuudella tuo uusia kilpailijoita. Jos keskittyminen sen sijaan on omiaan sulkemaan kansalliset markkinat, on se 2 (3) artiklan nojalla kiellettävä, vaikka se sinänsä parantaisi fuusioituvien yritysten kilpailukykyä suhteessa muiden EY-maiden yrityksiin.[728] Samaa periaatetta voidaan suosittaa noudatettavaksi kotimaisen yrityskauppavalvonnan osalta.

> Työllisyysnäkökohta voisi periaatteessa vaikuttaa kahteen suuntaan. Yhtäältä voitaisiin positiivisesti ajatella, että sallitaan kilpailua rajoittava yrityskauppa, jos saadaan takeet uhanalaisten työpaikkojen säilymisestä. Kuitenkin yleensä yrityskaupoilla on pikemminkin tarkoitus vähentää kuin lisätä työpaikkoja. Mahdollisuus tuottaa sama määrä hyödykkeitä pienemmällä työvoimalla on yksi merkittävimmistä yrityskauppojen motiiveista. Tavanomaisesti fuusiota seuraa ilmoitus työpaikkojen vähentämisestä. Fuusioiden voidaan ajatella turvaavan työpaikkoja välillisesti, sillä purkamalla tarpeettomaksi käynyttä kapasiteettia voidaan turvata loput työpaikat. Vaihtoehtoisesti työntekijöiden edut voidaan ottaa negatiivisesti huomioon siten, ettei työpaikkojen vähentämisestä yrityksille koituvia säästöjä voida lukea kilpailun vähentämistä kompensoivaksi tehokkuushyödyksi ilman että hyödystä vähennetään työntekijöille työpaikan menetyksestä koituva haitta. Tällä tavalla työntekijöiden edun huomioon ottaminen vähentäisi tehokkuuspuolustuksen merkitystä. Näkökantaa voitaneen perustella yhteiskunnan kokonaishyödyn kannalta sikäli, ettei työpaikkojen vähentämistä voida pitää positiivisena seikkana ellei samalla voida esittää selvitystä siitä, että irtisanotut työntekijät todennäköisesti löytävät uuden työpaikan. Työmarkkinat eivät yleensä toimi täydellisesti. Rakenteellisen työttömyyden vallitessa yhteiskuntapoliittisesti arvokasta ei ole työpaikkojen vähentäminen vaan niiden luominen.

Vittel-tapauksessa työntekijöitä edustava ammattiliitto[729] valitti komission yrityskauppapäätöksestä *Nestlé/Perrier* sillä perusteella, ettei komissio ollut kiin-

---

[728] Mikäli ulkomaisen kilpailun paine rajoittaa keskittymän mahdollisuuksia nostaa hintoja, näkyy tämä korrektisti suoritetussa kilpailuanalyysissä.

[729] *Comité Central d'Entreprice de la Société Anonyme Vittel v. komissio*, T-12/93, Kok. 1995 s. II-1247. Ks. myös samaa asiaa koskevaa tapausta CCE Grandes Sources v. komissio, T-96/92, Kok. 1995 s. II-1213.

nittänyt riittävästi huomiota siihen, mitä vaikutuksia ratkaisulla olisi työntekijöiden asemalle. Liitto epäili, että komission yrityskaupan ehdoksi asettama Vittelin myynti kolmannelle taholle heikentäisi työntekijöiden asemaa erottamalla nämä vakiintuneesta työntekijöiden yhteisöstä ja johtaisi myöhemmin irtisanomisiin. Komissio vaati hakemuksen jättämistä tutkimatta sillä perusteella, etteivät työntekijöiden asemaan liittyvät kysymykset kuulu lainkaan arvioitaviksi yrityskauppavalvontaa koskevan asetuksen yhteydessä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin tutki asian.[730]

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että sulautuma-asetuksen 4064/89 2 artiklan 1 kohdan alakohdassa b) komissio velvoitetaan ottamaan huomioon keskittymän taloudelliset vaikutukset, joita arvioitaessa voidaan tarvittaessa ottaa huomioon sosiaalisia tekijöitä. Tämä on vahvistettu asetuksen 13. perustelukohdassa, jonka mukaan "komission on pidettävä arviointinsa lähtökohtana perustamissopimuksen 2 artiklassa tarkoitettujen peruspäämää-

---

[730] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että sulautuma-asetuksen nojalla tehty komission päätös yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille koskee perustamissopimuksen 173 artiklan neljännessä kohdassa tarkoitetulla tavalla erikseen asianomaisten yritysten työntekijöiden edustajia, joiden asema on tunnustettu kansallisessa oikeudessa. Tämä johtuu siitä, että asetuksessa 4064/89 – jonka mukaan komissio voi ottaa huomioon keskittymän sosiaaliset seuraukset, jos nämä voivat vaikeuttaa perustamissopimuksen 2 artiklassa tarkoitettujen sosiaalisten tavoitteiden saavuttamista – työntekijöiden edustajat mainitaan nimenomaisesti sellaisten ulkopuolisten joukossa, joilla on asiassa riittävä etu, jotta komission on kuultava niitä suunniteltua keskittymää koskevassa tutkimusmenettelyssä ja riippumatta niiden tosiasiallisesta osallistumisesta tähän menettelyyn. Sitä vastoin yrityskauppavalvonnassa annettu päätös ei periaatteessa koske työntekijöiden edustajia suoraan, ellei poikkeuksellisista olosuhteista muuta johdu. Toisaalta päätös, jolla keskittymä on hyväksytty sen jälkeen kun sitä on tutkittu yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, ei sinänsä itse asiassa vaikuta mitenkään asianomaisten yritysten työntekijöiden edustajien omiin oikeuksiin, vaikka keskittymän hyväksymisen edellytykseksi olisi päätöksessä asetettu se, että yksi asianomaisista yrityksistä luovuttaa osan toiminnastaan kolmannelle yritykselle. Keskittymästä johtuvan yrityksen luovutuksen yhteydessä mainittujen oikeuksien sisältö määräytyy kansallisessa oikeudessa määriteltyjen sääntöjen mukaan. Päätöksellä ei suoraan loukata kyseisten työntekijöiden etuja, koska yrityksen toiminnan osan luovutus voi vaikuttaa työntekijöiden etuihin ainoastaan välillisesti. Luovutus ei sinänsä voi muuttaa työsopimuksen ja työehtosopimuksen mukaista työsuhdetta, kuten työntekijöiden oikeuksista yrityksen luovutuksen yhteydessä annetusta direktiivistä 77/187 ilmenee. Jos keskittymän jälkeen ryhdytään työntekijöiden etuihin vaikuttaviin toimenpiteisiin, se on asianomaisten yritysten asia. Kansalliset tuomioistuimet valvovat, ovatko tällaiset toimenpiteet sekä yhteisön että kansallisen työlainsäädännön mukaisia. Koska asetuksessa N:o 4064/89 kuitenkin myönnetään työntekijöiden edustajille menettelyllisiä oikeuksia, joiden kunnioittamista yhteisöjen tuomioistuimet voivat valvoa periaatteessa vasta siinä vaiheessa, kun ne valvovat komission lopullisen päätöksen laillisuutta, mainituille edustajille on myönnettävä kanneoikeus, joka rajoittuu niiden menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvontaan. Siten niille on annettava oikeus nostaa kanne mainitun päätöksen vuoksi, jotta ne voivat saattaa yhteisöjen tuomioistuinten tutkittavaksi sen, onko hallinnollisessa menettelyssä kunnioitettu – tai loukattu – niitä menettelyllisiä oikeuksia, joihin työntekijöiden edustajat voivat vedota edellä mainitun asetuksen 18 artiklan nojalla. Ellei kanneperusteena ole asetuksen N:o 4064/89 säännösten aineellinen rikkominen, komission päätös voidaan kumota mainitun kanneoikeuden käytön yhteydessä ainoastaan, jos työntekijöiden edustajien menettelyllisiä oikeuksia on olennaisesti loukattu. Ks. tuomion kohdat 38–42.

rien saavuttamista ja [158] artiklassa tarkoitettua yhteisön taloudellisen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuuden vahvistamista". Tämä yhdistettynä siihen, että asetuksessa[731] vahvistetaan nimenomaisesti po. yritysten työntekijöiden edustajien oikeus tulla pyynnöstään kuulluksi, on osoitus halusta turvata se, että mainittujen työntekijöiden yhteiset edut otetaan huomioon hallinnollisessa menettelyssä.[732] Näin ollen tuomioistuin katsoi, että "komissio voi päätöstä tehdessään tietyissä tapauksissa ottaa huomioon kyseiseen keskittymään osallistuvien yritysten työntekijöiden aseman".[733] Kanne hylättiin sillä perusteella, ettei komission päätöksellä oltu näytetty olevan suoria vahingollisia vaikutuksia työntekijöiden asemaan, kun otettiin huomioon, että työntekijöitä suojasi direktiivi työntekijöiden oikeuksista yrityksen luovutuksen yhteydessä (77/187).[734]

Tuomioistuimen perustelut viittaavat siihen, että komission on otettava rajoitetusti huomioon myös työntekijöiden asemaan liittyviä tekijöitä suorittaessaan asetuksen 2 artiklan mukaista kokonaisharkintaa.[735] Vaikka keskittymään osallisten yritysten työntekijöiden hyväksytyillä edustajilla on asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdan mukaan oikeus hakemuksesta esittää komissiolle huomautuksensa, komission ei ole pakko ilmoittaa niille suunnitellusta keskittymästä, jota koskevan ilmoituksen yksi asianomaisista yrityksistä on tehnyt komissiolle. Direktiivin 77/187 6 artiklan mukaan yritysten itsensä velvollisuutena on ilmoittaa asiasta työntekijöiden edustajille ja tämän velvollisuuden noudattaminen kuuluu kansallisten viranomaisten valvontaan.[736]

Komission tähänastisessa käytännössä aluepoliittisilla ja sosiaalisilla tekijöillä on ollut suhteellisen vähäinen merkitys. Tietyissä tapauksissa keskittymä on hyväksytty korkeasta markkinaosuudesta huolimatta pidentämällä tarkasteluaikaväliä, mitä voidaan pitää osoituksena tulkinnan suurpiirteisyydestä.[737]

---

[731] Ks. asetuksen 4064/89 18 artiklan 4 kohta ja 19. johdantolause.

[732] Ks. tuomion kohdat 38–40.

[733] Tämän vuoksi asetuksessa on yksilöity tällaisten yritysten työntekijöiden hyväksytyt edustajat, jotka päätöksenteon ajankohtana muodostavat suljetun ja selvästi rajatun ryhmän, koska mainitussa asetuksessa nimenomaisesti ja erityisesti myönnetään tällaisille edustajille oikeus esittää huomautuksensa hallinnollisessa menettelyssä. Tällaisilla toimielimillä, joiden tehtävänä on niiden edustamien työntekijöiden yhteisten etujen puolustaminen, on merkittävä intressi niihin sosiaalisiin seikkoihin nähden, jotka komissio tarvittaessa ottaa huomioon arvioidessaan keskittymän laillisuutta yhteisön oikeuden kannalta. Tuomion kohta 40.

[734] Ks. tuomion kohdat 38–42. Voidaan perustella näkemystä, että kanneoikeus koskee vain työntekijäjärjestön prosessuaalisten oikeuksien loukkaamista. Ks. Marenco (2000) s. 14–16. Kysymys lienee oikeuskäytännön vähäisyydestä johtuen vielä lopullisesti ratkaisematta.

[735] Ks. myös Cook/Kerse (2000) s. 180. Cook ja Kerse toteavat toisaalta, että tapauksessa *Kali & Salz* EY:n tuomioistuin ei antanut painoarvoa asetuksen johtolauseille, kun samaa tavoitetta ei löytynyt itse asetuksen tekstistä. Argumentti ei vaikuta välttämättä täysin pitävältä, sillä tuomioistuin luki 13. johdantolausetta yhdessä asetuksen 2 artiklan kohdan 1 b) kanssa.

[736] Ks. tuomion kohdat 41–64.

[737] Esimerkiksi tapauksessa *Alcatel/Telettra* komissio hyväksyi 80 %:n markkinaosuuden syntymisen Espanjan markkinoilla. Toisaalta keskittymisen hyväksyttävyys riippui olennaisesti komission arvioinnista, että integraatioprosessin seurauksena kyseisten tuotteiden markkinat tulisi-

Alue- ja työllisyyspoliittiset näkökohdat sopinevat yleensä paremmin niiden edistämisestä vastaavien viranomaisten toimenkuvaan. Oikeuskäytäntöä voidaan tulkita siten, että työllisyyteen ja työntekijöiden sosiaaliseen asemaan liittyvät argumentit voidaan ottaa yhtenä tekijänä huomioon kiperissä punnintatilanteissa.

5.7 TEOLLISUUDEN KANSAINVÄLINEN KILPAILUKYKY

Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 a) mukaan komission tulee ottaa huomioon tarve säilyttää yhteismarkkinoilla toimiva kilpailu ja kehittää sitä. Arvioinnissa on otettava huomioon muun muassa kaikkien kyseessä olevien markkinoiden rakenne ja yhteisössä ja sen ulkopuolella sijaitsevien yritysten taholta tuleva aktuaalinen ja potentiaalinen kilpailu. Komission ministerineuvoston protokollaan antaman tulkintalausuman mukaan viittaus kaikkien markkinoiden rakenteeseen tarkoittaa "paitsi EY:n sisäisiä myös niiden ulkopuolisia markkinoita".[738] Viittaukset EY:n ulkopuoliseen kilpailuun herättävät kysymyksen, voidaanko EY:n teollisuuden kansainväliseen kilpailukykyyn[739] liittyviä tekijöitä ottaa huomioon keskittymisen valvonnan yhteydessä. Voitaisiin ajatella, että rakennekriisiin joutuneen merkittävän teollisuudenalan saneeraaminen sallittaisiin "teollisuuspoliittisella" sulautuma-asetuksen soveltamisella.[740] Teollisuuspoliittisen argumentoinnin tarvetta voidaan perustella myös sillä, että Maastrichtin sopimuksella 1993 tehdyllä lisäyksellä 3 artiklaan lisättiin nykyinen alakohta m) yhteisön kilpailukyvyn lujittaminen.[741]

Teollisuuspoliittisen arvioinnin tarpeellisuutta korostavan näkemyksen mukaan määräävään asemaan EY:n sisällä johtava keskittyminen voitaisiin sallia,

---

vat avautumaan kansainväliselle kilpailulle. Arvioinnissa toisaalta otettiin huomioon julkisia hankintoja koskevan direktiivin vaikutukset, joka tuli saattaa voimaan Espanjassa vasta viiden vuoden päästä eli vuoden 1996 alkuun mennessä. Alcatel/Telettra, kohdat 13–14. Toisaalta kyseisen keskittymisen hyväksymisen keskeisiä elementtejä olivat myös osapuolten antamat sitoumukset joilla keskittymisen haitallisia kilpailuvaikutuksia rajoitettiin. Ks. myös *Mercedes Benz/Kässbohrer*, EYVL 1995 L 211/1.

[738] WuW 1990 s. 241, kohta 2 c.

[739] Ks. EY:n teollisuuspolitiikasta ja sen suhteesta kilpailupolitiikkaan yleisesti Schmidt/Schmidt (1997) s. 103–122. Ks. yksityiskohtaisemmin Sauter (1998).

[740] Albers (1990) s. 447.

[741] Saksalaisessa neoliberaalissa kirjallisuudessa RS 3 artiklan muutokseen on nähty liittyvän merkittäviä kilpailun toimivuuteen liittyviä riskejä, sillä teollisuuspolitiikka on nostettu ikään kuin samalle tasolle kilpailupolitiikan kanssa. Ks. esim. Möschel (1992). Ks. myös Schmidt/Schmidt (1997) s. 119–122. Nähdäkseni yhteisön kilpailupolitiikka ei muuta suuntaansa muita politiikanlohkoja koskevaan tavoitenormistoon tehtyjen yleisluonteisten lisäysten perusteella, joten saksalaisessa kirjallisuudessa esitettyjä pelkoja on pidettävä ylimitoitettuina. Teollisuuspolitiikan ylilyöntiasemaan suhteessa kilpailupolitiikkaan ei viittaa myöskään se, että vuosituhannen vaihteessa EY:n yrityskauppavalvonnassa annettavien kieltopäätösten määrä on noussut.

jos suurempi yrityskoko olisi tarpeen, jotta eurooppalaiset yritykset pärjäisivät maailmanlaajuisessa kilpailussa aasialaisten ja amerikkalaisten suuryritysten kanssa. Esimerkiksi mikroelektroniikka, lentokoneenrakennus, autoteollisuus, telekommunikaatio, lääketeollisuus ja biotekniikka on mainittu aloina, joilla tutkimuksen ja tuotekehittelyn vaatimat investoinnit vaativat erittäin suurta yrityskokoa. Maailmantaloudessa on syntynyt asetelma, jossa markkinoita hallitsevat yritykset, jotka sijaitsevat kolmiossa Kaukoitä – NAFTA – EU. Vastaargumenttina voidaan esittää, että uudessa taloudessa korostuu pikemminkin informaation kuin tuotekehitysresurssien merkitys. Verkostotaloudessa yksittäisten tuotantolinjojen koon merkitys on vähenemässä joustavuuteen verrattuna. Kansainväliset rahoitusmarkkinat mahdollistavat resursoinnin hyviksi ennakoiduille hankkeille. Toisaalta innovaatioiden luonteen muuttuminen ja immateriaalisten arvojen korostuminen ei merkitse sitä, että hyödykkeiden markkinoille saattamisen edellytykset muuttuisivat. Kansainvälinen markkinointi ja sananvallan saaminen standardeista päätettäessä edellyttävät suuren yrityksen muskeleita ja neuvotteluvoimaa.

Kilpailupolitiikkaa korostavan näkemyksen mukaan olisi virheellistä tulkita asetusta siten, että kilpailua estävä keskittyminen sallittaisiin tarkoituksessa jalostaa eurooppalaisia markkina-johtajia ("European Champions") globaalisia tavoitteita silmälläpitäen.[742] Asetuksen 2 artiklan kohdan 1 a) ja ministerineuvoston protokollan viittaukset maailmanmarkkinoihin tarkoittavat vain ja ainoastaan sitä, että myös EY:n ulkopuolelta tuleva kilpailu on otettava huomioon, jos se rajoittaa keskittymiseen osallisten yritysten mahdollisuuksia käyttäytyä kilpailun paineista vapaasti.[743] Tämä ei vaikuta asetuksen tavoitteeseen, joka on torjua kilpailua merkittävästi estävien määräävien asemien syntyminen EY:n sisällä. Jos kaupan esteet rajoittavat EY:n ulkopuolisten yritysten taholta tulevaa kilpailua, olisi tehokkaan kilpailun eliminoituminen EY:n sisällä maailmanlaajuisia tavoitteita silmälläpitäen Rooman sopimuksen artiklan 3 g) vastaista.[744] Tavoite luoda "Euroopan mestareita" kilpailua rajoittamalla voisi sitä paitsi jäädä tuloksettomaksi. Yritykset, jotka eivät joudu vastaamaan tehokkaaseen kilpailuun kotimarkkinoillaan, ovat tuskin myöskään kansainvälisesti kilpailukykyisiä.[745]

EY:n asetuksessa korostuvat kilpailuoikeudelliset näkökohdat. Asetusteksti ei näytä sisältävän edes Saksan lain kaltaista varaventtiiliä. Myös Merger Task Forcen johdon taholta on korostettu sitä, ettei asetus mahdollista yleisten teollisuuspoliittisten näkemysten huomioon ottamista.[746] Toisaalta voidaan ajatella,

---

[742] Immenga s. 377 ss.; Schröter, GTE, Art. 87, Rdnr. 272, Langenheine (1990) s. 492 ss.
[743] Immenga/Mestmäcker (1992), Vor § 23, Rdnr. 203 ja 204.
[744] Schröter, GTE, Art. 87, Rdnr. 272.
[745] Langenheine s. 494.
[746] Ks. esim. Drautz (1997) s. 220.

että päätöksentekojärjestelmä vaikuttaa yrityskauppojen arviointiin. Kauppojen kieltämisestä päättää komissaarien muodostama kollegio. Komission jäsenet on valittu poliittisella mandaatilla. Päätöksentekojärjestelmä näyttääkin johtaneen teollisuuspoliittisten näkökohtien huomioon ottamiseen joissakin rajatapauksissa.

Ensimmäinen kieltopäätös *de Havilland* näytti osoittavan, että asetusta tulkitaan kilpailupoliittisesti. Komissio lähti maailmanmarkkinoista, kun esteitä vaihdannalle ei ollut ja kun markkinoiden rakenne osoitti kilpailun olevan maailmanlaajuista. Komissio ei hyväksynyt "teollisuuspoliittista" tulkintaa. Kilpailun estymistä yhteismarkkinoilla ei voitu kompensoida EY:n teollisuuden saamilla mahdollisilla hyödyillä maailmanmarkkinoilla. Kun keskittyminen olisi johtanut kilpailua merkittävästi estävään määräävään asemaan yhteismarkkinoilla, se kiellettiin.

Komission sisällä näyttää olevan näkemyseroja. De Havilland -fuusio kiellettiin ainoastaan yhden äänen enemmistöllä.[747] Myös EY:n parlamentti katsoi, että fuusiovalvonnassa tulisi kiinnittää huomiota myös yleisempiin poliittisiin näkökohtiin. Arvostelijat näkivät de Havilland -kaupan ainutlaatuisena tilaisuutena eurooppalaiselle lentokoneteollisuudelle saada jalansijaa Pohjois-Amerikan markkinoilta. Komission päätöksen puolesta ja sitä vastaan käydyn värikkään keskustelun[748] jälkeen parlamentti äänestyksen jälkeen hyväksyi fuusiovalvontaa kritisoivan päätöslauselman. Päätöslauselman mukaan sulautuma-asetuksessa korostuvat kilpailupoliittiset näkökohdat. Tämän vuoksi komissio oli pakotettu kieltämään fuusion. Parlamentin enemmistö katsoi, että yrityskauppojen arviointi edellyttäisi kilpailupoliittisen arvioinnin rinnalla myös teollisuuden kansainvälisen kilpailukyvyn samoin kuin sosiaalisten, alueellisten ja ympäristöpoliittisten näkökohtien ottamista huomioon.[749] De Havilland -tapauksen synnyttämän kritiikin seurauksena komissiossa otettiin käyttöön sisäinen menettelyohje, jolla tulevia konflikteja pyritään välttämään. Menettelyohjeen mukaan komission yhteismarkkinoiden luomisesta vastaava direktoraatti samoin kuin ne komission teollisuuskysymyksiä käsittelevät osastot, joita fuusio koskee, voivat osallistua fuusiovalvontaa koskevien päätösten valmisteluun. Jos kilpailudirektoraatti aikoo esittää fuusion kieltämistä, on kilpailuasioista vastaavan komissaarin etukäteen informoitava muita komissaareja, joita asia koskee.[750]

---

[747] Tosin on epäselvää, johtuiko niukka äänestyspäätös periaatteellisista näkemyseroista vaiko enemmän "päivänpoliittisista" syistä. Päätöksen syntytaustojen osalta ks. Reynolds (1991) s. 21–23 ja Kleinmann (1992) s. 345–351.

[748] Ks. Verhaldlungen des Europäischen Parlaments 8.10.1991, 3–049 s. 106 ss. ja 10.10.1991, 3-049 s. 342 ss.

[749] Ks. EY:n parlamentin päätöslauselma 10.10.1992, Dok. B3-1637/91; EC Bulletin 10/1991, kohta 1.2.24.

[750] EuZW 1992, s. 195–196. Yhteismarkkinaohjelmasta tuolloin vastannen komissaarin Martin Bangemannin mukaan uusi menettelytapa turvasi "teollisuuspoliittisten näkökohtien ottamisen huomioon hyvissä ajoin fuusiovalvonnassa". Kilpailupoliittisten näkökohtien ensisijaisuuteen fuusiovalvonta-asetuksen tekstissä ei uudella menettelytavalla sinänsä ole merkitystä.

Tapauksessa *Mannesmann/Valourec/Ilva*[751] komission päätös on kirjoitettu ikään kuin kielto-päätöksen muottiin, mutta lopputulemana yllättäen on, että potentiaalinen kilpailu sittenkin turvaa riittävän kilpailun säilymisen pitkällä aikavälillä. Fuusion sallimiseen lienee vaikuttanut pyrkimys turvata eurooppalaisen terästeollisuuden kilpailukyky suhteessa japanilaisiin kilpailijoihinsa.[752] Julkisuuteen tihkuneiden tietojen mukaan kilpailukomissaarin yrityskaupan kieltämistä koskenut esitys kaatui komissiossa yhden äänen enemmistöllä.[753] Tapauksessa *Mercedes Benz/Kässbohrer*[754] Saksan silloinen talousministeri vaikutti Brysselin suuntaan kaupan hyväksymisen puolesta, koska fuusiota pidettiin alue- ja työvoimapoliittisesti tärkeänä.[755] Fuusio hyväksyttiin Saksan ulkopuolisen potentiaalisen kilpailun perusteella, vaikka keskittymän markkinaosuudet nousivat Saksassa yli 75 %:n. Se, että muun ohella jäsenmaiden ja kolmansien maiden hallitukset ja johtavat poliitikot pyrkivät vaikuttamaan komission päätöksentekoon yrityskaupoissa, joihin katsotaan liittyvän kansallisia etuja, käy plastisesti ilmi entisen kilpailukomissaarin *Karel van Miertin* muistelmista.[756] Yrityskauppa *Boeing/McDonnell Douglas*[757] sallittiin Yhdysvalloista viime hetkellä saapuneiden ehtoja koskeneiden myönnytysten perusteella.[758] Ennen ehtoihin myöntymistä esille oli noussut esille myös kauppasodan mahdollisuus.[759] Vaikka kyse on aikalaismuistelmista, kuvausta voidaan pitää uskottavana, kun se yhdistetään muista lähteistä saatavaan kuvaan.[760] Muistelmien perusteella yksi merkittävä vaikuttamiskanava on paineen kohdistaminen muihin komission jäseniin kuin kilpailukomisaariin. Ajoittain vaikuttaminen on ollut tuloksellista ja on johtanut suunniteltua lievemmän vaihtoehdon omaksumiseen.[761] EY:n komission kilpailupääosaston linja vaikuttaa selkeän kilpailupoliittiselta. Tämä koskee erityisesti sallivia päätöksiä. Teollisuuspoliittiset nä-

---

[751] EYVL 1994 L 102/15.
[752] Ks. esim. Schmidt, kirjassa Oberender (2000) s. 22.
[753] Ks. Schmidt/Schmidt (1997) s. 115.
[754] EYVL 1995 L 211/1.
[755] Ks. Schmidt, kirjassa Oberender (2000) s. 9–26, s. 20–21.
[756] Karel Van Miertin muistelmateos Markt, Macht, Wettbewerb – Meine Erfahrungen als Komissar in Brüssel (2000) tarjoaa mielenkiintoista sisäpiirin tietoa suuriin yrityskauppoihin liittyvistä poliittista paineista ja painostuksesta.
[757] M.0877, EYVL 1997 L 336/16.
[758] Van Miert (2000) s. 292–318, s. 314 ss.
[759] Schmidt, kirjassa Oberender (2000) (s. 23) arvioi, että Boeing tapauksessa presidentti Clintonin painostus vaikutti siihen, että komissio oli valmis hyväksymään kaupan ehdoilla. Toisaalta on otettava huomioon, että amerikkalaiset kilpailuviranomaiset olivat jo hyväksyneet yrityskaupan.
[760] Ks. esim. Neven/Nuttall/Seabright (1993) s. 214–227; Wilks/McGovan, kirjassa Doern/Wilks (1996) s. 225–267, s. 254 ss.; Cini-McGovan (1998) s. 126–134; Schmidt (2000).
[761] Ingo Schmidtin mukaan näin on käynyt tapauksissa *Kali&Salz/MdK/Treuhand*, *Mercedes Benz/Kässbohrer*, *Alcatel/AEG-Kabel*, *Mannesmann/Valourec Ilva* ja *Boeing/Mc Donnell Douglas*. Toisaalta esim. tapauksissa *Aerospateale/de Havilland* ja *Bertelsmann/Kirch/Telecom* yrityskauppa kiellettiin teollisuuspoliittisista paineista/painostuksesta huolimatta.

kökohdat nousevat aika ajoin esille kriittisissä tapauksissa tehtäessä ratkaisua komission jäsenten muodostaman kollegion[762] tasolla.[763] Kaikkien kollegion jäsenten sitoutuminen kilpailupolitiikkaan tahi sen ymmärrys ei kaikissa tilanteissa ole välttämättä ollut optimaalisella tasolla.[764] Tutkimuksellista arviointia vaikeuttaa se, että komission päätökset ovat muodollisesti yksimielisiä.[765] Johtopäätökset joudutaan perustamaan havaittuihin epäjohdonmukaisuuksiin ja/tai ulospäin vuotaneisiin tai vuodatettuihin kertomuksiin päätösten "todellisista" taustoista.

Komission päätöksentekojärjestelmää ei nykyisellään voida pitää läpinäkyvyyden kannalta täysin riittävänä. Menettely vaikuttaa tässä suhteessa paremmin järjestetyltä esim. Yhdysvalloissa ja Suomessa, jossa kilpailuviranomainen nostaa kanteen tuomioistuimessa, joka päättää yrityskaupan kieltämisestä. Kriittisen yrityskaupan kieltämisen/sallimisen edellytykset selvitetään aidosti kontradiktorisessa menettelyssä. Näytön esittäminen ja päätöksen perusteleminen on selkeämmin normeerattua. Yrityksen puolustautumismahdollisuudet ovat laajemmat, mutta toisaalta mahdollisuudet vaikuttaa päätöksentekijään poliittisesti "yläkautta" ovat vähäisemmät. Päätöksenteon riippumattomuutta voitaisiin lisätä myös toteuttamalla Saksan 1990-luvun puolivälissä esittämä suunnitelma itsenäisen kartelliviraston perustamisesta[766]. EY:n komissio on

---

[762] Cini ja McGovan toteavat asian seuraavasti: "...MTF is frequently accused of taking an overtly political approach to decision-taking. It should be remembered that it is the College of Commissioners, and not the MTF or DG IV, which is ultimately responsible for merger decisions. So even if the MTF would wish it so, there can be no guarantee that the competition criterion will override other policy considerations at the end of the day. The constraints based on the College are those that exist within the MCR, though there is a certain amount of leeway. Indeed, merger policy allows for a greater degree of political bargaining than some governments feel is tolerable. National interests and preferences, differing ideological approaches and the intensive lobbying of Commissioners by sectional interests can all influence and determine policy outcomes. Indeed, this can also be frustrating for the MTF which is powerless to prevent political considerations overriding its own analyses and policy preferences." Cini/McGovan (1998) s. 126–127.

[763] Voitaisiin jopa argumentoida, että teollisuuspoliittista mielenkiintoa omaavissa tapauksissa komissaarien käsittely toimii eräänlaisena "tarkoituksenmukaisuusvalituksena" DG Comp:n kannanottoihin.

[764] Van Miert (2000):Ks. luku 11 (Tauziehen zwischen Europa und den USA; erityisesti alaotsikot s. 298: "Kümmern Sie sich um ihre eigene Angelegenheiten"; s. 301: Drohungen Präsident Clintons; s.304: Grosses Theater in Brüssel)sekä luku 12 (Baltanz der Medien; erityisesti alaotsikot s. 325: Digitales Fingerhakeln ja s. 334: Der Bundeskanzler schreitet ein). Ks. myös Kerse (1994) s. 244 ja Schmidt (2000) s. 20–23.

[765] Ks. myös Sauter (1998) s. 230: "It is, however difficult to trace the role of industrial policy considerations play in individual Commission decisions. This is so because these decisions are merely subject to restricted judicial review, not to a fundamental policy appraisal. Consequently, there are concerns over the lack of transparency and the danger of government and industry capture of Community competition policy."

[766] Ks. esim. Wolf, 1996 Fordham Corp. L. Inst. (1997) s. 169–173. Luonnollisesti riippumattomuus edellyttäisi sitä, että virastosta tehtäisiin operatiivisessa toiminnassaan komissiosta ja jäsenvaltioista riippumaton. Päättäminen instituutioiden muuttamisesta ei kerro vielä sitä, että saavutettava lopputulos olisi nykyistä parempi. Ajatus ei ole sinänsä uusi, vaan itsenäistä virastoa

vastustanut suunnitelmaa, koska sen mielestä kilpailupolitiikan käytännön toteuttamista ei ole tarkoituksenmukaista eriyttää lainsäädäntötyöstä.[767] Nykyistä tilannetta voitaisiin parantaa myös julkaisemalla jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisista muodostuvan neuvoa-antavan komitean lausunnot rutiininomaisesti ja laatimalla selventäviä tiedonantoja kieltotunnusmerkistön aineellisoikeudelliseen soveltamiseen liittyvistä ydinkysymyksistä.

Vaikka teknisluontoinen vaihtokauppamalli ja poliittisluonteinen kokonaisarviointi tulee käsitteellisesti erottaa toisistaan, käytännössä ne menevät lomittain. Teknisen tehokkuuspuolustuksen omaksuminen johtaa ratkaisukäytännössä ministeriluvan kaltaisten tekijöiden punnintaan.[768] Toisaalta määritelmästä riippuu, mitä pidetään kilpailuanalyysinä ja mitä teollisuuspolitiikkana. Pidentämällä tarkasteluajanjaksoa ja tekemällä markkinoiden itseoikaisua koskevia oletuksia päästään rajatapauksissa johtopäätökseen, että potentiaalisesta kilpailusta johtuen määräävä asema ei näyttäydy erityisen vahingollisena.[769] Kyse on näkemyksestä ja kilpailuteoreettisesta tarkastelutavasta. Merkittäviä kallistumia tarkastelukulmassa aiheutuu myös poliittisluonteisesta valinnasta, kuinka suurena ylipäätään nähdään tarve vaikuttaa markkinoihin viranomaistoimenpitein.[770] EY:ssä on painotettu kuluttajien etua, mistä johtuen hintojen

---

esitettiin jo 1960-luvulla. Ks. Cini/McGovan (1998) s. 220–223. Kilpailuviraston itsenäisyys poliittisesta päätöksenteosta muodostaa keskeisen osan ordoliberaalista kilpailupoliittisesta konseptista. Saksan hallituksen ajamassa aloitteessa ideana oli, että Euroopan kilpailuvirasto toimisi Bundeskartellamtin tapaisena itsenäisenä ratkaisuelimenä RS 81 ja 82 sekä sulautuma-asetuksen soveltamisessa. Päätöksenteossa korostuisivat laillisuusseikat. Yrityskauppojen osalta EY:n komissio voisi myöntää ministeriluvan, jos kartelliviraston kieltämää kilpailua rajoittavaa yrityskauppa pidetään välttämättömänä laajemmasta teollisuuspoliittisesta näkökulmasta tarkasteluna. Ajatuksen hyötynä voitaisiin pitää sitä, että teollisuuspolitiikkaa koskevat argumentit tulevat todellisessa muodossaan esille eivätkä nykyisen kaltaisessa laajojen markkinoiden ja potentiaalisen kilpailun automatiikkaa korostavassa kirjoitustavassa. Ministerilupa lisäisi yrityskauppavalvonnan läpinäkyvyyttä. Riskinä olisi se, ettei etukäteen tiedettäisi, saisiko ministerilupa Saksan oikeuden kaltaisen marginaalisen merkityksen, vai muodostuisiko siitä uuden politiikan keskeinen instrumentti. Ks. myös Kerber (2000) s. 90, joka toteaa, että erillisen Euroopan kartelliviraston perustaminen ja erillisen ministeriluvan käyttöönotto voisi johtaa siihen, että komissiossa teollisuuspoliittiset argumentit voittaisivat jalansijaa. Nykyisin komission on tehtävä ratkaisut pääosin kilpailupoliittisen perustein, ja keskittymän "yleishyödyllisyyttä" koskevat argumentit on sovitettava yhteen kilpailun turvaamista koskevan tavoitteen kanssa.

[767] Ks. Ehlermann (1995); Van Miert, 1995 Fordham Corp. L. Inst. (1996) s. 285–295. Ehlermann vastusti ajatusta lyhyellä tähtäimellä, mutta näki itsenäisen viraston perustamisen pitkällä aikavälillä tarpeellisena. Sen sijaan Van Miert vastusti ajatusta periaatteelliselta kannalta. Van Miertin mukaan kilpailupolitiikka on – politiikkaa.

[768] Samansuuntaisesti Kerber (2000) s. 86–94.

[769] Ks. esim. Hoppmann (1972), jossa yrityskauppavalvonnan tarpeellisuutta tarkastellaan evolutionäärisestä ja uusitävaltalaisesta näkökulmasta. Vähemmän yllättävää on se, että yrityskauppavalvonnan tarve nähdään suhteellisen vähäisenä. Tarkastelutapa poikkeaa radikaalisti esim. Shepherdin (1997) lähestymistavasta, jossa korostetaan markkinavoiman vähentävän tehokkuutta ja kuluttajien hyvinvointia.

[770] Teollisuuspoliittisten argumenttien painoarvo on pienempi markkinoiden vapautta ja sääntelyn minimaalisuutta korostavissa neoliberaalissa tarkastelutavoissa kuin esim. toimivan kilpailun

nousua ei ole yleensä sallittu keskittymään osallisille yrityksille syntyvien kilpailuetujen perusteella. Joka tapauksessa kysymys teollisuuspolitiikan huomioon ottamisesta on oikeutettu, jos samanlaisissa kilpailutapauksissa päädytään poikkeaviin lopputuloksiin. EY:ssä teollisuuspolitiikan painottaminen näkyy ajoittain potentiaalisen kilpailun ylikorostamisena.[771] Julkisuutta saaneet ongelmalliset tapaukset, joissa kilpailumyönteiseltä linjalta on lipsuttu, muodostavat kuitenkin vähemmistön eivätkä muuta kokonaisarviota: EY:n yrityskauppavalvonta rakentuu selkeästi kilpailuoikeudellisten seikkojen painottamisen varaan.[772]

Kotimaista yrityskauppavalvontaa valmistelleen työryhmän mietinnössä poliittisen päätöksenteon vaihtoehdon torjumista perusteltiin ulospäin erityisesti sillä, että kauppa- ja teollisuusministeriö on merkittävä omistajataho valtionyhtiöissä. Tämän katsottiin sopivan huonosti yhteen sen kanssa, että sama instanssi käyttäisi kilpailuoikeudellista päätösvaltaa. Periaatteellisempi ja tärkeämpi syy ministerilupaa koskevien ajatusten torjumiselle oli se, että kilpailuoikeudellisen päätöskäytännön katsottiin ylipäätään kuuluvan operatiivisesta toiminnasta vastaaville hallinnollisille viranomaisille ja lainkäyttöelimille.[773] Muista

---

erilaisissa variaatioissa, joissa kilpailupolitiikalla nähdään laaja tavoitelista ja sitä itseään tarkastellaan vain yhtenä vaihtoehtoisista keinoista saavuttaa yhteiskuntapolitiikan päämääriä. Neoliberaali pitää "teollisuuspolitiikkana" yleisesti markkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavia viranomaistoimenpiteitä. Tämä johtuu siitä, että valtion rooli markkinoiden sääntelijänä nähdään minimalistisesti. Sääntelyn tulisi olla epäsuoraa ja suorista vaikuttamiskeinoja tulisi välttää. Ks. tällaisesta lähestymistavasta esim. Mestmäcker (1988). Jos taas hyväksytään laajempi markkinoihin puuttuminen, kilpailu- ja teollisuuspolitiikka palvelevat samoja hyvinvointiin, edistykseen ja kilpailukykyyn liittyviä tavoitteita. Kysymys on tällöin siitä, miten vedetään tarkoituksenmukaisimmin raja epäsuoran sääntelyn (esim. kilpailupolitiikka) ja suoran sääntelyn (esim. yrityksille myönnettävät tuet tutkimukseen ja tuotekehittelyyn) välillä. Ks. esim. Joerges (1991) ja (1994). Ristiriita kilpailu- ja teollisuuspolitiikan välillä on joka tapauksessa konkreettinen, jos kilpailupoliittisella analyysivälineistöllä selkeästi vahingollinen kilpailunrajoitus, esimerkiksi kilpailua merkittävästi estävään määräävään asemaan johtava yrityskauppa, sallitaan siksi, että sen katsotaan edistävän kyseisen teollisuusalan kansainvälistä kilpailukykyä.

[771] Jos teollisuuspolitiikan rooli nähdään tämän tutkimuksen kirjoittajasta poiketen liian pienenä, argumentti voidaan muotoilla niin päin, että teollisuuspolitiikan puute näkyy potentiaalisen kilpailun alikorostamisessa.

[772] Vrt. Ingo Schmidtin kriittistä analyysiä, Schmidt, kirjassa Oberender (2000) s. 23–25, jossa päädytään nykyisen systeemin toimivuuden kannalta paljon kielteisempään lopputulemaan. Schmidtin mukaan päätöksenteossa ovat painottuneet liiaksi teollisuuspoliittiset argumentit, mikä johtuu siitä, että muiden kuin kilpailukomissaarien sitoutuminen kilpailun edistämiseen on ollut puutteellista, sekä siitä, että jäsenvaltiot ovat liiaksi pyrkineet edistämään kansallisia erityisetujaan. Schmidtin mukaan teollisuuspolitiikkaa ajavat erityisesti romaaniset jäsenvaltiot, mutta myös muut – Saksa mukaan lukien – ovat lobanneet kilpailua rajoittavien yrityskauppojen sallimisen puolesta, silloin kun siihen on ollut osallisina oman maan yrityksiä. Schmidtin mukaan Saksan periaatetason kilpailupolitiikan korostaminen on ollut ristiriidassa käytännön toimenpiteiden kanssa yksittäisissä tapauksissa.

[773] Mietinnössä todetaan, että yrityskauppojen kieltovaltuuksien uskominen kilpailuvirastolle ja kilpailuneuvostolle ovat suunnilleen yhtä hyviä vaihtoehtoja, mutta että kolmas vaihtoehto, päätösvallan uskominen ministeriölle, olisi selvästi heikompi valinta.

maista saadut kokemukset viittaavat siihen, että poliittisessa yrityskauppavalvonnassa syntyy läpinäkymättömiä toimintatapoja, joissa todelliset syyt yrityskauppojen valvonnalle tai valvomatta jättämiselle eivät läheskään aina tule päivänvaloon. Suomessa päätöksenteko näyttää tapahtuneen selkeästi kilpailuoikeudellisin perustein. Teollisuuspoliittisia näkökohtia ei ole hyväksytty kuin ehkä kilpailuviraston *Valio*-päätöksessä.

Vaikuttaisi siltä, että kehityksen tässä vaiheessa EY:n yrityskauppavalvonnassa suurimman ongelman muodostavat tiukentuvat oligopolit. Samaa ajatuskuviota ei voida kuitenkaan siirtää ongelmitta kansalliselle tasolle tarkasteltaessa Suomen kaltaista pientä markkina-aluetta. Huomattava markkinaosuus Suomessa sulaa vaatimattomaksi, kun tarkastelukameran objektiivia säädetään kansainväliseksi. Edellä markkinamäärittelyä koskevassa jaksossa päädyttiin siihen, että oikein suoritetussa markkinamäärittelyssä kansainvälisen kilpailun paine näkyy analyysissa, jos se rajoittaa yrityksen toimintavapautta kansallisilla markkinoilla. Jos taas kansainvälinen kilpailu ei tosiasiassa rajoita yrityksen mahdollisuutta nostaa hintoja, ei ole mitään syytä siihen, miksi kilpailuviranomaisten tulisi sallia kuluttajia vahingoittavan yrityskaupan toteuttaminen. Nokian esimerkki osoittaa, että kansainvälinen menestys on saavutettavissa ilman pyrkimyksiä luoda monopolinluontoinen asema omassa maassa. Yritys on kasvanut etupäässä sisäisesti. *Michael S. Porterin* tutkimukset viittaavat siihen, ettei kansallisesta monopolista ole kansainvälisessä kilpailussa ainakaan ratkaisevaa hyötyä, sillä kansainvälisesti menestyneet yritykset ovat säännönmukaisesti ensin karaistuneet kotimaisessa kilpailussa.[774] Kotimaisen kasvun sijasta suurempaa yrityskokoa voidaan hakea kansainvälisillä yrityskaupoilla, jotka eivät keskitä markkinoita yhtä voimakkaasti. Uudessa taloudessa korostuvat yrityskoon ja skaalaetujen sijasta tekninen osaaminen, innovatiivisuus, nopeus, kielitaito ja kommunikaatio, joustavat TK-yhteistyömuodot ja markkinointikyvyt. Ei voida yhtyä siihen, että luomalla kansallinen monopoli luotaisiin edellytykset kansainvälisillä markkinoilla pärjäämiselle. Ongelman ydin on pyrittävä kaivamaan esiin yrityskauppojen sääntelyyn liittyvän retoriikan alta.

5.8 KILPAILUKYVYN JA KILPAILUPOLITIIKAN KESKINÄISESTÄ SUHTEESTA

EY:n ja kotimaisten kilpailuviranomaisten ja tuomioistuimen käytännössä korostuvat kilpailupoliittiset näkökohdat. Keskeisellä sijalla on markkinarakenteen valvonta, jolloin kiellettyä on ns. kvalifioidun määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen entisestään keskittymisen seurauksena. Komissio on

[774] Ks. Porter, Kansakuntien kilpailuetu (1989) s. 707–710.

omaksunut lähinnä Saksan mallin mukaisen rakenteellisen kontrollin. Asiallisesti komission linjauksiin näyttää vaikuttavan eniten amerikkalainen yrityskauppatapauksia koskeva ratkaisukäytäntö. Tähänastisen käytännön perusteella ei ole perusteltua puhua Ranskan mallin mukaisen bilan economiquen soveltamisesta, jossa markkinarakenteen haitalliset muutokset voitaisiin kompensoida teollisuuden kansainväliseen kilpailukykyyn tai työllisyys- ja aluepolitiikkaan liittyvillä näkökohdilla.[775]

EY:n komission omaksuma linja ei toisaalta merkitse sitä, että perimmäinen ristiriita markkinarakenteen valvontaa ja teollisuuspolitiikan merkitystä korostavien näkemysten väliltä olisi poistunut. EY:n sisällä on keskittymispolitiikka nähty myös keinona edistää yritysten koon kasvamista. Tällöin yritysten koon kasvattamista ei ole nähty ainoastaan keinona edistää teknistä ja taloudellista kehitystä tai rakennemuutosta vaan myös keinona EY:n poliittisen vaikutusvallan kasvattamiseksi maailmassa. Tämän näkemyksen mukaan markkinoiden rakenne, taloudellistekninen edistys ja teollisuuden kilpailukyky ovat aivan liian tärkeitä kysymyksiä, jotta ne voitaisiin jättää ainoastaan tai edes ensisijaisesti kilpailupolitiikan varaan.[776]

Edellä olevaa ei pidä ymmärtää niin, että EY:n teollisuuspolitiikka ja fuusiovalvonta de facto olisivat sovittamattomassa ristiriidassa keskenään. Ristiriidan todellisuus riippuu olennaisesti siitä, mitä teollisuuspolitiikalla tarkoitetaan. Rooman sopimuksen artikloissa 163–173 määritellyn teollisuuspolitiikan pääpaino on epäsuorissa toimenpiteissä, joiden tarkoituksena on luoda teollisuudelle otollinen toimintaympäristö.

---

[775] Ks. esim. kieltopäätöstä *Schneider Electric/Legrand,* M.2283. Komissio julisti ehdotetun yrityskeskittymän yhteismarkkinoille soveltumattomaksi 10.10.2001. Yrityskauppa vähensi kilpailua etenkin pienjännitetuotteiden osalta. Nämä ovat järjestelmiä, joita käytetään kotitalouksien, toimistojen ja teollisuusrakennusten sähkönjakeluun ja virtapiirien valvontaan. Näitä ovat esim. jakotaulut, kytkimet ja katkaisijat sekä kaapeliradat. Keskittymä olisi saavuttanut 40–90 %:n markkinaosuuksia eri jäsenvaltioissa. Keskittyminen oli erityisen voimakasta Ranskan markkinoilla ja olisi useimpien tuotteiden osalta johtanut määräävän aseman vahvistumiseen. Komissio arvioi, ettei ulkomaisten kilpailijoiden toiminnan merkittävä lisääntyminen lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä olisi todennäköistä. Kilpailuongelmia havaittiin myös Tanskassa, Espanjassa, Kreikassa, Italiassa, Portugalissa ja Englannissa. EY:n komissio totesi lehdistötiedotteessaan (IP/01/1393, 10.10.2001), että "tehty kielteinen päätös on asetettava laajempaan yhteyteen, jossa kaksi samasta jäsenvaltiosta peräisin olevaa yritystä yhdistyy tarkoituksenaan luoda kansallinen markkinajohtaja. Tällaista toimenpidettä ei voida hyväksyä, ellei tehokkaita kilpailuedellytyksiä, kuten kohtuullisten hintojen takaamista kuluttajille, säilytetä tai palauteta nopeasti. Joissain komission jo käsittelemissä hankkeissa, kuten TotalFinan ja Elfin fuusiossa, tämä toteutettiin merkittävien korjaustoimenpiteiden avulla, toisissa, kuten Volvo/Scanian tapauksessa sekä nyt käsiteltävässä asiassa, näin ei ole käynyt." Komission kieltopäätös kumottiin sittemmin EY:n tuomioistuimessa, ei kuitenkaan teollisuuspolitiikkaan liittyvistä syistä, vaan siksi, että tuomioistuin piti EY:n komission markkinamäärittelyä virheellisenä. Ks. *Schneider Electric v. komissio*, T-77/02, Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätös 22.10.2002.

[776] Ks. Mestmäcker (1988).

Artikla 163 mainitsee teollisuuspolitiikan keinoina tutkimustoiminnan tukemisen, julkisten hankintojen markkinoiden avaamisen, teknisten normien harmonisoimisen sekä yritysten välistä yhteistyötä vaikeuttavien oikeudellisten ja verotuksellisten esteiden poistamisen. Tutkimuksen ja teknologian kehittämisellä pyritään luomaan otollinen toimintaympäristö ja fuusiovalvonnalla turvaamaan markkinarakenne, jossa teollisuuspolitiikan luomia etuja voidaan hyödyntää. Jos teollisuuspolitiikka ymmärretään yleisiksi toimenpiteiksi, joilla parannetaan yritysten toimintaedellytyksiä, periaatteellista ristiriitaa teollisuuspolitiikkaan ei ole. Sen sijaan jos se ymmärretään pistekohtaiseksi tiettyjen yritysten tukemiseksi ja kilpailupolitiikan odotetaan kantavan kortensa kekoon, ristiriita on ilmeinen. EY:n primäärioikeuden säännösten tasolla ristiriitaa ei näyttäisi syntyvän, sillä teollisuuspolitiikka ymmärretään ennemminkin epäsuoriksi toimenpiteiksi.[777] Toisaalta operatiivisella tasolla yhteisö harjoittaa myös strategista teollisuuspolitiikkaa, jolla pyritään parantamaan tiettyjen avainalojen kilpailukykyä.[778] Teollisuuden kilpailukyvyn kannalta on löydettävä otollinen suhde kansainvälisen kilpailukyvyn ja EY:n sisäisten kilpailuolosuhteiden turvaamisen välillä. Mille, joissa on kansainvälisesti kilpailukykyisiä teollisuudenaloja, on ominaista, että markkinoilla on useampia yrityksiä, vaikka kotimarkkinat olisivatkin pienet. Yritysten välinen kotimainen kilpailu on osoittautunut merkittäväksi tekijäksi kansainvälisen menestyksen kannalta.[779]

Tehokkuuspuolustuksella ja kansainvälisellä kilpailukyvyllä lienee argumenttina itsenäistä merkitystä rajatapauksissa, joissa kaupan vaikutuksia joudutaan arvioimaan samanaikaisesti useammilla markkinoilla. Saman yrityskaupan vaikutukset voivat nimittäin olla yksillä markkinoilla myönteisiä ja toisilla kielteisiä. Voidaan ajatella, että kaupan kilpailuvaikutukset eroavat merkittävästi toisistaan ylä- ja alamarkkinoilla (esim. raaka-aineen osto ja lopputuotteen myynti), maan sisäisesti eri toimialueilla tai hyödykekohtaisesti. Tällöinkin peruslähtökohtana on se, että kilpailuhaitat poistetaan asettamalla rakenteellisia ja muita riittävän tehokkaita ehtoja niillä alueilla, joilla kilpailuongelmia uhkaa ilmentyä. Aina tämä ei kuitenkaan ole mahdollista.

Hyväksyttävä peruste ei voi olla esimerkiksi monopolivoittojen kerääminen kotimaan markkinoilta, jolla rahoitettaisiin laajentuminen ulkomailla. EY:n ja

---

[777] Ks. Sauter (1998) s. 163 ss. ja 230–233. Sauter käyttää esimerkkinä telepolitiikkaa, jossa kilpailun lisäämistä on käytetty keinona teollisuuspoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Telepolitiikka käykin esimerkiksi politiikanlohkosta, jossa kilpailu- ja teollisuuspolitiikka käyvät pitkälti käsi kädessä. Toisaalta tilanne on olennaisesti ongelmallisempi esim. valtiontukien osalta, joilla yhtäältä pyritään parantamaan tietyn sektorin tai yrityksen kansainvälistä kilpailuasemaa, mutta samalla vääristetään kilpailua.

[778] Ks. Schmidt/Schmidt (1997) s. 105–106, joka Sauterista poiketen näkee EY:n teollisuuspolitiikan pääpainon olleen dirigistisissä toimenpiteissä. Tekijät katsovat, että EY:n teollisuuspolitiikalla on vääristetty kilpailua, minkä lisäksi se on ollut tehotonta.

[779] Ks. esim. An Industrial Competiveness Policy for the European Union, COM (94) 319, final (Brussels, 14 Sept. 1994).

Suomen kilpailuoikeudessa on omaksuttu Yhdysvalloissa noudatetun kaltainen kuluttajan intressiä korostava lähestymistapa (*consumer welfare standard*). Olisi myös kyseenalaista olettaa, että määräävän aseman luominen tai vahvistaminen yleisesti ottaen edistäisi ainakaan pitkällä aikavälillä kansainvälistä kilpailukykyä. Päinvastoin, ollakseen kilpailukykyisiä yritysten tulee karaistua kotimarkkinoillaan. Kilpailun opetteleminen vasta vientimarkkinoilla ei onnistu.[780] Pienessä ja avoimessa kansantaloudessa kansainvälisen kilpailun paine on omiaan lieventämään kansallisten markkinoiden keskittymisestä aiheutuvia haittoja. Monet ennen kansalliset markkinat ovat kehittymässä kansainväliseen suuntaan. Toisaalta osa markkinoista säilyy jatkossakin kansallisina. Kansainvälisen kilpailun paine tulee ottaa kussakin tapauksessa tosiasiakysymyksenä huomioon määriteltäessä relevantteja markkinoita sekä arvioitaessa yrityksen markkinavoimaa ja potentiaalisen kilpailun merkitystä.

[780] Ks. esim. Porter, Kansakuntien kilpailuetu (1989) s. 642. ss.

6. Yrityskaupan hyväksymiselle asetettavat ehdot

Asetuksen 8 artiklan 2 kohdan mukaan komissio voi asettaa keskittymisen hyväksymiselle ehtoja, joiden tarkoituksena on saattaa keskittyminen 2 artiklan 2 kohdan mukaisesti soveltuvaksi yhteismarkkinoiden kanssa. Säännöksen tarkoituksena on lieventää 2 artiklan testin yksivaiheisuutta. Vaikka keskittyminen kaupan osapuolten alkuperäisesti tarkoittamassa muodossa olisikin 2 (3) artiklan vastainen, voidaan yrityskaupan ehtoja komission kanssa käytyjen neuvottelujen tuloksena muuttaa kilpailua vähemmän rajoittavaan suuntaan. Komissio voi päätöksessään asettaa tiedonanto- yms. velvoitteita, joilla turvataan keskittymisen hyväksymiselle asetettujen ehtojen noudattaminen.

Ehtojen käytännön merkitystä kuvaa se, että tutkimistaan noin 2800 tapauksesta komissio on kokonaan kieltänyt vain 18 yrityskauppaa. Kieltopäätösten pienehkö lukumäärä ei kerro koko totuutta, sillä osa tapauksista raukeaa, kun ilmoitus vedetään pois ennen odotettavissa olevaa kieltopäätöstä.[781] Valtaosa ongelmallisiksi koetuista tapauksista on ratkaistu ehtojen avulla. Vuoden 2001 loppuun mennessä ehtoja oli asetettu noin 150 tapauksessa. Ehtojen tavoitteena on pienentää keskittymän osapuolten markkinavoimaa ja palauttaa tehokkaan kilpailun edellytykset. Ratkaisun tulee purkaa yrityskaupan synnyttämä kilpailua merkittävästi estävä määräävä asema. EY:n komissio julkaisi vuonna 2001 *tiedonannon,*[782] jossa käsitellään tähänastista käytäntöä ehtojen asettamisessa ja kuvataan komission ratkaisulinjoja.

Yleensä sitoumuksia asetetaan menettelyn toisessa vaiheessa yksityiskohtaisten tutkimusten jälkeen. Vuodesta 1997 alkaen sitoumuksia on voitu hyväksyä jo menettelyn ensimmäisessä vaiheessa.[783] Käytännössä sitoumuksia annettiin jo tätä ennen myös ensimmäisessä vaiheessa.[784] Sitoumukset voidaan hyväksyä jo kuukauden tutkimusten perusteella, jos kilpailuongelma on helposti tunnistettavissa ja korjattavissa.[785] Keskittymää voidaan tarjoutua mukautta-

---

[781] Kieltopäätösten pieni prosentuaalinen lukumäärä selittyy myös sillä, että käytettäessä pelkästään liikevaihtorajoja kilpailuviranomaisten tutkittavaksi tulee paljon tapauksia, joissa mitään ongelmia ei ole ja joita kilpailuviranomaiset eivät itse ottaisi edes tutkittavaksi aineellisilla perusteilla.

[782] Komission tiedonanto neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 ja komission asetuksen (EY) N:o 447/98 mukaan hyväksyttävistä korjaustoimenpiteistä, EYVL 2001 C 68/03.

[783] muksia annettiin jo tätä ennen myös ensimmäisessä vaiheessa.

[784] Ks. esim. *Repola/Kymmene*, M.646, komission päätös 30.10.1995.

[785] Ks. tiedonannon kohta 11. Ensimmäisen vaiheen sitoumukset on toimitettava komissiolle kolmen viikon sisällä yrityskaupan ilmoittamisesta. Kuukauden määräaika pitenee kuuteen viikkoon, mikäli asianosaiset esittävät ratkaisuksi sitoumuksia ensimmäisessä vaiheessa. Säännösten tarkoituksena on lisätä joustavuutta tapauksissa, joissa asian ratkeaminen sovinnollisesti vaikuttaa mahdolliselta.

maan ja sitä voidaan mukauttaa jo ennen komission päätöstä keskittymän hyväksymisestä. Yleisempää kuitenkin on, että osapuolet esittävät sitoumukset, joilla on tarkoitus muuttaa keskittymä yhteismarkkinoille soveltuvaksi tietyn ajan kuluessa hyväksymispäätöksen jälkeen.[786] Tarvittavien sitoumusten luonne riippuu markkinoiden rakenteesta ja erityispiirteistä sekä toimijoiden asemasta markkinoilla. Harkittaessa, palauttaako keskittymä tehokkaan kilpailun markkinoille, komissio ottaa huomioon esitetyn korjaustyypin luonteen, laajuuden ja soveltamisalan sekä osapuolten mahdollisuudet toteuttaa sitoumukset onnistuneesti, täydellisesti ja oikeaan aikaan.[787] Ehtojen tehokkuuden varmistamiseksi tehdään yleensä ns. markkinatestaus, jossa asiakkailta, tavarantoimittajilta ja kilpailijoilta kysytään mielipidettä siitä, miten hyvin tarjotuilla sitoumuksilla voidaan poistaa kaupan haitalliset kilpailuvaikutukset. Markkinatestaus voi koskea myös yrityskaupan kilpailuvaikutuksia.[788]

Ehtojen asettamisen edellytyksenä on, että ilman ehtoja keskittymä loisi määräävän aseman, joka merkittävästi estää kilpailua. Tätä voidaan perustella sillä, että ehtoja voidaan käyttää ainoastaan sellaisen kilpailuongelman poistamiseen, joka ylittää asetuksessa säädetyn puuttumiskynnyksen.[789] Komissio lähtee siitä, että yritysten itsensä tulee osoittaa ehtojen riittävyys.[790] Tiedonannossa todetaan, että komission tehtävä on osoittaa, että keskittymä luo tai vahvistaa markkinarakenteita, jotka ovat omiaan olennaisesti estämään tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla. Osapuolten tehtävä puolestaan on osoittaa, että sen jälkeen kun ehdotetut korjaustoimenpiteet on toteutettu, toimenpide estää komission havaitseman määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen

---

[786] Ks. tiedonannon kohta 5.

[787] Ks. tiedonannon kohta 7.

[788] Testauksen yhteydessä on otettava huomioon, että yrityksillä, joilta lausuntoa pyydetään, on yleensä oma intressinsä asiassa. Tämä koskee erityisesti kilpailijoita. Tunnetun paradoksin mukaan kilpailijat suhtautuvat yleensä myötämielisemmin kilpailua rajoittaviin yrityskauppoihin. Tämä johtuu siitä, että hintojen noustessa myös ne itse tekevät paremman tilin. Sen sijaan aidosti tehokkuutta lisäävä yrityskauppa vaarantaa niiden aseman. Asiakkaiden ja tavarantoimittajien intressit liittyvät ylijäämän jakamiseen keskittymän kanssa. Monimarkkinoilla strateginen tilanne on komplisoidumpi. Markkinatestaus on hyödyllinen, suorastaan välttämätön apuväline kilpailuviranomaisille, jolla pystytään vähentämään ongelmaa, joka aiheutuu informaation epätasaisesta jakautumisesta sääntelijän ja säänneltävän välillä. Tarkoituksena on kiinnittää huomiota siihen, että lausuntojen antamisen lähtökohtatilanne tulee pitää mielessä.

[789] Asetuksen 2 artiklan 3 kohdassa tätä ei nimenomaisesti sanota julki. Kun otetaan kuitenkin huomioon, että ehtojen tarkoituksena on poistaa asetuksen 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu kilpailun merkittävä estyminen, päästään tulkintaan, jonka mukaan ehtojen asettaminen edellyttää de jure kieltokynnyksen täyttymistä ilman ehtoja. Eri asia on, että käytännössä ehtoja asetetaan usein rajatapauksissa. Komission virkamiehet ilmaisevat huolensa tiettyjen seikkojen suhteen, ja yritykset pyrkivät tarjoamaan kilpailutilanteen palauttavan ratkaisun. Samalla kannalla esim. Canenbley (2000) s. 3–4.

[790] Ks. Drautz (1997) s. 222. Rakovsky perustelee komission passiivisuutta informaation epäsymmetrisyydellä, sillä yritykset tuntevat oman toimialansa komission virkamiehiä paremmin ja ovat sikäli paremmassa asemassa esittämään ratkaisuja, joilla kilpailutilanne voidaan palauttaa. Ks. Rakovsky (2000) s. 2–3.

ja palauttaa pysyväisluonteisesti tehokkaan kilpailun edellytykset yhtenäismarkkinoilla.[791] Kyse on tulevien vaikutusten arvioinnista, mihin luonnostaan liittyy epävarmuustekijöitä.[792]

6.1 RAKENNETTA VAI KÄYTTÄYTYMISTÄ KOSKEVAT EHDOT?

Pitkään selkiytymätön kysymys oli se, mitä komission ehdot tarkalleen voivat koskea. Sulautuma-asetuksen tavoitteesta suojata markkinarakennetta näyttäisi seuraavan, että komission keskittymisen hyväksymiselle asettamien ehtojen tulisi liittyä *keskittymisen seurauksena syntyvään markkinarakenteeseen* ja sen aiheuttamiin kilpailuvaikutuksiin.[793] Asetus ei näyttäisi sallivan ehtoja, jotka koskevat yrityksen tulevaa markkinakäyttäytymistä, esim. ettei se tule "kohtuuttomasti nostamaan hintojaan". Tällaisten ehtojen asettaminen ei yhtäältä näyttäisi kuuluvan komission toimivaltaan eikä toisaalta näyttäisi oikeuttavan komissiota sallimaan keskittymää, jos 2 (3) artiklan soveltamisedellytykset täyttyvät. Toisaalta keskittymän haittavaikutuksia voidaan usein lieventää asettamalla käyttäytymisehtoja. Löytyy myös tilanteita, joissa käyttäytymisehdolla voidaan rakenteellista ehtoa paremmin turvata kilpailun säilyminen markkinoilla. Määräävän aseman väärinkäyttö on erikseen kielletty 82 artiklassa. Näin ollen lupaus hyvästä käyttäytymisestä ei yleensä riitä korvikkeeksi siitä haitasta, joka markkinoiden liiallisesta keskittymisestä aiheutuu. Käyttäytymisehdoista aiheutunee myös enemmän valvontakustannuksia kuin rakenteellisista ehdoista. Toisaalta vaikuttaa erikoiselta, jos kilpailuhaitta olisi käyttäytymisehdolla poistettavissa, mutta viranomainen silti kieltäisi kaupan teoreettisista syistä.

Kysymys käyttäytymisehtojen sallittavuudesta säilyi pitkään riidanalaisena.[794] Asiaan saatiin kuitenkin lisävalaistusta tapauksessa *Gencor/Lonrho*.

> EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että jos komissio katsoo, että keskittymä loisi määräävän aseman tai vahvistaisi sitä, sen *on* kiellettävä yrityskauppa, vaikka siihen osalliset yritykset antaisivat komissiolle sitoumuksen siitä, etteivät ne käytä väärin määräävää asemaansa.[795] Koska asetuksen tavoitteena on estää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla olennaisesti rajoittavien markkinarakenteiden syntyminen tai vahvistuminen täl-

---

[791] Tiedonannon kohta 7.
[792] Ks. tiedonannon kohta 8.
[793] Ks. Tällä kannalla oltiin vielä esim. yrityskauppavalvontaa koskevan teoksen Cook/Kerse ensimmäisessä painoksessa. Ks. Cook/Kerse (1991) s. 85 ss.
[794] Asetuksen alkuvuosina komission itsensäkin piirissä mahdollisuuteen asettaa käyttäytymistä koskevia ehtoja suhtauduttiin epäilevästi. Ks. esim. Drautz (1997) s. 204.
[795] Tuomion kohta 316. Kursiivi tämän tutkimuksen kirjoittajan.

laisten tilanteiden syntymistä ei voida hyväksyä sillä perusteella, että kyseiset yritykset sitoutuvat olemaan käyttämättä väärin määräävää markkina-asemaansa, vaikka sitoumusten noudattamisen valvonta olisi helppoakin.[796] Tästä seuraa, että asetuksessa komissiolle on annettu toimivalta hyväksyä ainoastaan sellaiset sitoumukset, joiden vuoksi kyseinen yrityskauppa muuttuu yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Yritysten ehdottamien sitoumusten on oltava sellaisia, että komissio voi niiden vuoksi katsoa, että keskittymä ei luo eikä vahvista määräävää asemaa asetuksen 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa tarkoitetulla tavalla.[797]

Tarjottujen sitoumusten riittävyyttä ei ollut ratkaistava sillä perusteella, voidaanko ehdotettua sitoumusta pitää käyttäytymiseen liittyvänä vai rakenteellisena. Rakenteelliset sitoumukset, kuten keskittymän tuloksena syntyvän yksikön markkinaosuuden alentaminen myymällä tytäryhtiö, ovat asetuksen tavoitteen valossa periaatteessa ensisijaisia, koska niillä estetään lopullisesti tai ainakin pitkäaikaisesti määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen. Rakenteellisten ehtojen hyötynä on myös se, etteivät keskipitkän tai pitkän aikavälin valvontatoimenpiteet ole tarpeen. Ei kuitenkaan voida automaattisesti sulkea pois sitä, että määräävän aseman syntyminen ja vahvistuminen voitaisiin estää myös ensi näkemältä käyttäytymiseen liittyvillä sitoumuksilla, kuten esimerkiksi tavaramerkin käyttämättä jättämisellä tietyksi aikaa tai antamalla kilpailijoille mahdollisuus käyttää keskittymän tuloksena syntyvän yrityksen tuotantokapasiteettia, tai yleisemmin mahdollisuus käyttää olennaista infrastruktuuria syrjimättömillä edellytyksillä.[798]

Voidaan todeta, että tuomioistuimen päätöksessä etusija asetetaan rakenteellisille ehdoille, mutta joustavuuden ja osumatarkkuuden nimissä myös käyttäytymiseen liittyvät ehdot sallitaan. Linjausta voidaan pitää kilpailupoliittisesti oikeana. Tuomioistuimen mainitsemia tilanteita voidaan pitää relevantteina. Ehtojen tulee olla myös suhteellisuusperiaatteen ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteen mukaisia. Käyttäytymisehdoista ei saisi muodostua pysyviä. Ratkaisujen tulee olla riittäviä ja uskottavia, mutta ei ylimitoitettuja. Ehtojen tulee liittyä keskittymään kausaalisuhteessa olevan kilpailuongelman poistamiseen, eikä niitä saisi käyttää muiden "hyvien asioiden" ajamiseen.

6.2 KOMISSION KÄYTÄNTÖÄ EHTOJEN ASETTAMISESSA

6.2.1 Rakenteelliset ehdot

Valtaosassa toisessa vaiheessa hyväksytyistä tapauksista komissio on edellyttänyt rakenteellista toimenpidettä, jolla yritys luopuu tietystä tai tietyistä yrityksistä tai liiketoiminnoista kaupan hyväksymisen ehtona. Tällaiset ehdot ovat

[796] Tuomion kohta 317.
[797] Tuomion kohta 318.
[798] Tuomion kohta 319.

erityisen tavallisia horisontaalisissa yrityskaupoissa, joissa keskittymälle syntyy korkeita markkinaosuuksia tietyillä markkinasegmenteillä. Keskittymän markkinavoiman vähentämiseksi komissio on vaatinut yritystä luopumasta määräysvallan tuottavasta osuudesta kilpailijassaan, jolloin keskittymän markkinaosuus pienenee.[799] Tehokkaampana toimenpiteenä yleensä vaaditaan sitä, että koko yritys tai liiketoiminto myydään.

Komission tiedonannossa divestointeja perustellaan sillä, että kieltojen ohella tehokkaimpia keinoja kilpailun säilyttämiseksi ovat sellaisten olosuhteiden luominen, joissa uusi kilpailukykyinen toimija pääsee markkinoille tai nykyisten kilpailijoiden asemaa vahvistetaan luovutusten avulla.[800] Voidaan puoltaa rakenteellisten ehtojen ensisijaisuutta. Kilpailupoliittisesti oikeampaa olisi puhua kilpailun rakenteellisten edellytysten turvaamisesta kuin kilpailijoiden aseman vahvistamisesta. Komission käyttämä retoriikka on herättänyt huomiota amerikkalaisessa kirjallisuudessa, jossa komission on tulkittu pyrkivän pienempien kilpailijoiden suojelemiseen. Asiallisesti asetetut ehdot vaikuttavat varsin samanlaisilta Atlantin molemmin puolin, joskin eroja syntyy jonkin verran erilaisesta lainsäädännöstä tai alueellisesti erilaisten kilpailuvaikutuksien johdosta.

Tapauksessa *Neste/IVO*[801] yhdistettiin Nesteen öljytoiminnot ja IVO:n sähköliiketoiminta Fortumiksi. Kauppaa voidaan pitää perusluonteeltaan konglomeraattina yrityskauppana siinä mielessä, että sähkö ja öljy eivät kuulu samoille hyödykemarkkinoille. Valtionyhtiöistä etenkin Nesteellä oli varsin dominoiva asema Suomen markkinoilla ja IVO:kin oli lähellä määräävää asemaa.[802] Komission päätöksessä keskeinen kilpailuvaikutus näytetään nähdyn eri energiamuotojen välisen potentiaalisen kilpailun vähentymisessä. Maakaasu tarjoaa yhden vaihtoehtoisen energialähteen sähköntuotannossa.

---

[799] Ks. *Magneti Marelli/CEAc*, kohdat 19 ja 20. Fiat sitoutui vähentämään osakeomistuksensa CFEC:ssä 10 %:iin ja rajoittamaan edustuksensa yhtiön hallintoelimissä yhteen edustajaan.

[800] Ks. tiedonannon kohta 24.

[801] M.931, komission päätös 2.6.1998.

[802] Nesteen markkinaosuus oli noin 90 % polttonesteiden tukkumarkkinoista ja IVO hallitsi noin 40 %:n osuutta tukkusähkömarkkinoista. Mikäli teollisuuden omaan käyttöön rakentama ns. sidottu sähkö rajataan markkinoiden ulkopuolelle, IVO:n osuus olisi ollut huomattavasti korkeampi. Yhtiöt kilpailivat myös talojen lämmityksessä, jossa IVO dominoi sähkölämmityksen ja Neste öljylämmityksen energiatoimituksia. Komissio kuitenkin katsoi, etteivät sähkö- ja öljylämmitys ole toistensa suoria kilpailijoita, sillä kuluttajan tekemät investoinnit mahdollistavat vain yhden lämmitystekniikan käyttämisen ja vaihtokustannukset ovat hyvin korkeat. Ottaen huomioon, että maantieteellisten markkinoiden katsottiin rajoittuvan Suomeen, laajemman hyödykemarkkinoiden määrittelyn omaksumisesta olisi todennäköisesti seurannut vaikeuksia kaupan läpisaamiselle. Tällöin nimittäin kyse olisi ollut horisontaalisesta yrityskaupasta, joka kasvattaa merkittävästi osapuolten markkinaosuutta ja todennäköisesti johtaa määräävän aseman syntymiseen. Tilanne muuttuu toiseksi, jos myös väitteet alueellisten markkinoiden laajuudesta hyväksytään. Tähän ei kuitenkaan ollut eväitä senhetkisen oikeuskäytännön perusteella. Tapaus käy esimerkiksi siitä, ettei laajan markkinamäärittelyn läpisaaminen kaikissa tapauksissa ole ilmoittajille edullista.

Neste oli harjoittanut kymmeniä vuosia tuontia Venäjältä ja omisti enemmistön yhteisyritys Gasumin osakkeista. Vertikaalisen integraation katsottiin voivan estää tuontia Suomeen. Komissio hyväksyi yrityskaupan sillä edellytyksellä, että Neste laskee omistusosuuttaan Gasumissa 75 %:n osuudesta 25 %:iin. Osakkeista 24 % piti myydä Suomen valtiolle ja 26 % riippumattomille kolmansille yrityksille. Tarkoituksena oli sellaisen omistusrakenteen luominen, jossa keskittymä ei pysty omistajanvaltansa turvin estämään itselleen epäedullisia kilpailua lisääviä Gasumin toimenpiteitä.[803]

Sittemmin osapuolten erimielisyyksiin rauenneessa yrityskaupassa *Telia/Telenor*[804] kaupan hyväksymisen ehtona oli, että pääsy paikallisiin televerkkoihin vapautetaan turvaamalla kilpaileville operaattoreille esteetön pääsy paikallisverkkoon. Kyse on tältä osin samanlaisesta asiasta kuin mistä kilpailuneuvosto antoi päätöksen määräävän aseman väärinkäyttönormin perusteella tapauksissa *Elisa Oyj, Turun Puhelin Oy ja Salon Seudun Puhelin Oy*.

Tapauksessa *Nestlé/Perrier*[805] olisi syntynyt duopoli, joka hallitsee 80 %:n osuutta Ranskan kivennäisvesimarkkinoista. Keskittymän ehdoksi asetettiin, että osapuolet myyvät kolmannelle riippumattomalle taholle yhteensä 7 kivennäisvesilähdettä. Immenga kritisoi päätöstä siitä, ettei ehto ollut riittävän tehokas. Myytävät lähteet merkitsivät vain 8 %:n osuutta markkinoista, joten duopolilla säilyi ehtojen jälkeenkin 72 %:n markkinaosuus. Komissio perusteli ehtoa sillä, että myytävien lähteiden tuotantokapasiteetti vastasi noin 50 % mahdollisesta tuotannosta.[806] Lähteet mahdollistivat siten tuotannon lisäämisen. Kolluusion murtamisen osalta ratkaisevaa on yhdenmukaisen toiminnan taloudellisten edellytysten horjuttaminen. Lisäksi ehtopaketti sisälsi tuotemerkkien luovutuksen.[807] Myöhemmän oikeuskäytännön perusteella voidaan kysyä, muuttiko duopolin laajentaminen triopoliksi sittenkään ratkaisevasti kilpailuasetelmaa edullisempaan suuntaan. Tällaiseen kysymykseen voidaan antaa vastaus vasta jälkikäteen suoritetun empiirisen tutkimuksen avulla, jossa tarkastellaan sitä, nousivatko hinnat yrityskaupan seurauksena ja kuinka paljon. Ehtojen tehokkuus on pyrittävä varmistamaan kehittämällä päätöksentekijän avuksi orientoitumisen helpottamiseksi yleisiä kriteerejä, joiden täyttymisestä on saatava ex ante selvitys hyväksymispäätöksen yhteydessä.[808]

Jotta yrityksen luovutusta voidaan pitää tehokkaana korjaustoimenpiteenä, tähänastisen ratkaisukäytännön perusteella edellytetään seuraavien ehtojen täyttymistä:

---

[803] Ks. lähemmin päätöksen kohdat 55–61.

[804] Ks. 29. kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohdat 173–174.

[805] M.0190, EYVL 1992 L 365/1.

[806] Vrt. Immenga (1992) s. 30–31, jonka mukaan markkinavoima täytyy määrittää aktuaalisen markkinaosuuden eikä potentiaalisen tuotantokapasiteetin perusteella. Tämä pitää paikkaansa, mutta myös mahdollisuudet lisätä tuotantokapasiteettia ovat merkittävä tekijä, sillä kilpailija voisi helposti lisätä tuotantoaan, jos duopoli nostaa hintoja.

[807] Tähän näkökulmaan viittasi jo Immenga (1992) s. 31.

[808] Arvokasta tietoa saadaan seuraamalla ex post, miten hyvin suunnitellut korjaustoimenpiteet ovat toteutuneet.

1) luovutettavan liiketoiminnon täytyy olla itsessään elinkelpoinen kokonaisuus (elinkelpoisuuskriteeri);
2) yritys tai liiketoiminto täytyy luovuttaa sellaiselle taholle, jolla on kyky ja kiihokkeet kilpailla tehokkaasti keskittymän kanssa, ostava taho ei saa olla sellainen, että kaupan toteuttamisesta aiheutuu uusia kilpailuongelmia (kilpailukriteeri);
3) luovutettavaa omaisuutta on hallinnoitava luovutukseen asti erillään keskittymän omaisuudesta (erillisyyskriteeri);
4) keskittymä ei saa ryhtyä toimenpiteisiin, joilla se hankkisi haltuunsa luovutettavan tahon luottamuksellista tietotaitoa tai muulla tavoin vähentäisi luovutettavan kohteen arvoa tai kykyä kilpailla myöhemmin keskittymän kanssa (säilyttämiskriteeri);
5) omaisuudesta on luovuttava kohtuullisessa ajassa (aikakriteeri);
6) ehdoissa on kuvattava riittävät valvontamekanismit; yleensä ehtojen toteuttaminen annetaan ulkopuolisen konsultti-, tilintarkastus- tai asianajotoimiston valvottavaksi (valvontakriteeri).

Kaksi ensimmäistä edellytystä menevät usein päällekkäin siitä riippuen, millaisia liiketoimintoja luovutetaan. Luovutettava omaisuus on sitä elinkelpoisempi, mitä itsenäisemmän kokonaisuuden se muodostaa. Tehokkaana ei voida pitää sellaisen palan erottamista, joka käytännössä jäisi joltain merkittävältä osalta riippuvaiseksi keskittymästä. Komissio edellyttää, että luovutettavat liiketoiminnot muodostavat yksin itsenäisen ja elinkelpoisen kokonaisuuden. Tätä perusteellaan sillä, että mikäli uusi yritys koostuu luovuttajan ja ostajan liiketoimintojen muodostamasta kokonaisuudesta, yritysten yhdistämiseen liittyvät riskit vähentävät potentiaalisesti sitoumusten tehokkuutta.[809] Joissakin tapauksissa elinkelpoisuuden turvaamiseksi on jopa edellytetty, että luovutettavaan omaisuuteen liitetään liiketoimintoja sellaisilta markkinoilta, joilla kilpailuongelmia ei ole havaittu.[810] Toisaalta jos luovutuksen saajalla on itsellään samantasoiset tai paremmat toiminnot, voi tämä korjata itsenäisyyden puutteen.[811] Ostavan yrityksen täytyy olla keskittymästä riippumaton ulkopuolinen taho. Markkinaolosuhteiden perusteella on pystyttävä päättelemään, että uusi yritys tulisi kilpailemaan aktiivisesti keskittymän kanssa. Ostajatahosta tulee kehittyä "uusi kilpailullinen voima" markkinoille.

Yleensä komissio asettaa määräajan, jonka kuluessa elinkelpoinen liiketoiminta täytyy siirtää sopivalle ostajalle. Määräaikaa ei yleensä julkisteta. Tätä on pidettävä tarkoituksenmukaisena, sillä julkistaminen voi vähentää myytävän omaisuuden arvoa, jos ostajakandidaatit ryhtyvät taktisesti odottamaan

[809] Ks. tiedonannon kohdat 15–17.
[810] Ks. esim. *Siemens/Elektrowatt*, M.913, EYVL 1999 L 88/1.
[811] Ks. esim. *Crown Cork & Seal/Carnaud Metallbox*, M.603, EYVL 1996 L 75/38.

hinnan laskemista siinä vaiheessa, kun määräaika on umpeutumassa. Kriittinen tasapainottelua vaativa kysymys on ajanjakso, jonka kuluessa luovutuksen tulee tapahtua. Komission määräajat ovat ilmeisesti vaihdelleet noin 6 kuukaudesta kahteen vuoteen. Omaisuusarvojen häviämisen estämiseksi ajanjakson tulee olla riittävän pitkä.[812]

Kilpailutilanne tulee palauttaa riittävän nopeasti. Erityisesti uuden talouden markkinoilla uuden omistajan kilpailuasema riippuu siitä, että vahva asema saavutetaan siinä vaiheessa, kun markkinat ovat muotoutumassa. Esimerkiksi tapauksessa *Worldcom/MCI*[813] divestointi, jossa osa internettoiminnoista tuli myydä uudelle tulokkaalle, epäonnistui, jos asiaa tarkastellaan komission kannalta. Ostajayhtiö Cable&Wireless ei pysynyt internetin kehityksen vauhdissa, mistä syystä sen markkinaosuus laski dramaattisesti. Tämän vuoksi luovutuksen määräaikaan kiinnitettiin erityistä huomiota[814] seurannaisfuusiossa *MCI-Worldcom/Sprint,*[815] jonka komissio kielsi. Itsenäisen ja riippumattoman ostajan löytäminen on erityisen vaikeaa oligopolistisilla markkinoilla, joilla riittävät resurssit omaavat yritykset ovat kaikki läheisissä tekemisissä keskenään. Kilpailuviranomaisen täytyy voida vakuuttua siitä, että tarjotut ehdot ovat riittäviä ja että ne toteutetaan.

Ehtopaketin liiallinen monimutkaisuus tai perustellut epäilykset valvonnan onnistumisesta viittaavat siihen, etteivät ehdot ole riittävä keino kilpailutilanteen palauttamiseksi.[816] Joissakin epäselvissä tapauksissa komissio on vaatinut, että sulautumiseen osalliset yritykset osoittavat jo ennen kaupan hyväksymistä sen yrityksen, jolle liiketoiminnot tullaan myymään (*upfront-buyer*).[817] Toisaalta komissio on voinut suhtautua epäilevästi etukäteen suunniteltuihin sitoumuspaketteihin (*turn-key*), jotka vain esitetään viranomaisen siunattaviksi. Yrityksen kannalta hyvä taktiikka on luovia näiden kahden ääripään välissä. On luonnollista, ettei ilmoittajilla aina ole maksimaalista intressiä panostaa kilpailua lisäävien sitoumusten täyttämiseen sen jälkeen, kun kauppa on hyväksytty. Hyväk-

---

[812] Rakovsky toteaa USA:n FTC:n 1999 tekemään tutkimukseen viitaten, että komissio on asettanut pikemminkin liian pitkiä kuin lyhyitä määräaikoja. Lyhyt määräaika ei ole ongelma, jos myytävä kohde on erityisen haluttu "kruunujalokivi". Tällöin ongelmia voi aiheutua pikemminkin liian hätäisistä kaupoista ostajakandidaattien pyrkiessä turvaamaan saaliin itselleen. Ks. Rakovsky (2000) 8–9. Toisaalta kilpailuviranomaisten yksityiskohtainen tietämys tällaisten seikkojen osalta on rajallinen, joten varovaisuuteen on syytä.

[813] M.1038, EYVL 1999 L 116/1.

[814] Ks. Rakovsky (2000) s. 7.

[815] M.1741, komission päätös 28.6.2000.

[816] Ks. Monti (2000). Vrt. Canenbley (2000) jonka mielestä ehtojen monimutkaisuus tai niiden valvomisen viranomaiselta vaatimat resurssit eivät olisi peruste ehtojen hylkäämiselle. Itse olen Montin kannalla. Ehtojen tosiasiallinen tehokkuus on keskeisimpiä arviointiin liittyviä kysymyksiä. Vaikka käyttäytymistä koskevat ehdot voidaan osittain sallia, perusteita ei ole sille, että rakenteellinen valvonta kierrettäisiin luomalla monimutkaisia ja teholtaan kyseenalaisia hinnoittelua ja muuta käyttäytymistä koskevia normeerauksia.

[817] Ks. esim. *Bosh/Rexrodt,* M.2060, komission päätös 13.12.2000. EY:n viranomaiset ovat käyttäneet ehtoa Yhdysvaltain viranomaisia vähemmän, koska lyhyet määräajat eivät mahdollista ostajan etsimistä. Ks. Rakovsky (2000) s. 11.

sytyn yrityskaupan määrääminen purettavaksi tulee käytännössä kysymykseen poikkeuksellisissa tilanteissa, esim. jos yritykset ovat selvästi johtaneet viranomaisia harhaan. Lievempänä sanktiona voidaan käyttää kruununjalokiveä (*crown jewels*) koskevaa ehtoa, jossa komissiolla tai määrätyllä valvojalla on oikeus lisätä sitoumuspakettiin uusia kohteita, mikäli divestituurin ehtoja rikotaan. Tällaista ehtoa ei voida pitää täysin ongelmattomana suhteellisuus- ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteen kannalta, mutta punktuaalisissa tilanteissa se voidaan hyväksyä.[818] Tavallaan määräajat toimivat samaan suuntaan, sillä omaisuudesta on päästävä nopeasti eroon määräajan päättyessä, vaikkei ostaja sitä tietäisikään. Keskittymän osapuolet ovat joskus lisänneet omatoimisesti myytävään kohteeseen ylimääräisiä houkuttimia nopeiden kauppojen varmistamiseksi.[819]

6.2.2 Käyttäytymistä koskevat ehdot

Komission käyttäytymisehdot ovat liittyneet alalle pääsyn esteiden ja määräävää asemaa vahvistavien tekijöiden poistamiseen. Joustavalla käytännöllä on voitu sallia keskittymiä, jotka alkuperäisessä muodossaan olisivat olleet 2 (3) artiklan vastaisia. Käytännössä ero rakenteellisen ja käyttäytymistä koskevan ehdon välillä on liukuva. Esimerkiksi pitkäaikaisen, institutionaalisesti vakiintuneen muodon saaneen sopimusjärjestelyn purkamista voidaan tarkastella myös "rakenteellisena" järjestelynä, vaikka markkinarakenne ei sen johdosta muutu. Lisäksi rakenteelliset ja käyttäytymistä koskevat ehdot menevät komission päätösharkinnassa tiukasti lomittain. Usein käyttäytymistä koskevien ehtojen tarkoituksena on turvata rakenteellisten ehtojen toimivuus. Esimerkiksi irrotettaessa keskittymästä itsenäiseksi kilpailijaksi tarkoitettu yritys entiset emoyhtiöt voidaan velvoittaa toimittamaan uudelle kilpailijalleen määräajaksi teknistä apua ja tietotaitoa. Komission vaatimat ehdot näyttävät liittyvän paitsi kyseisen yrityskaupan yksityiskohtiin, myös kaupan ulkopuolisiin, yleisiin kilpailun toimivuuteen vaikuttaviin tekijöihin. Keskittymän seurauksena liiketoiminnoista myydään keskittymän ulkopuoliselle riippumattomalle taholle.[820]

---

[818] Tiedonannon kohtien 22. ja 23. mukaan kaupan osapuolet voivat esittää sitoumuspaketissaan vaihtoehtoisia luovutuskohteita sen varalta, ettei epävarmaksi todettua ensisijaista sitoumusta onnistuta toteuttamaan.

[819] Tapauksessa *BP Amoco/Atlantic Richfield* (EYVL 2001 L 18/1) komissio oli edellyttänyt, että öljy-yhtiöt myyvät osuuksia tietyissä kaasuputkissa ja käsittelylaitoksissa Pohjanmerellä. Lisätäkseen ostokohteen kiinnostavuutta osapuolet myivät samalla kaupalla myös osuuksia kaasukentistä.

[820] *ACCOR/Wagons-Lits*, komission päätöksen artiklat 1–3.

Tapauksessa *Alcatel/Telettra*[821] ehdot liittyivät monopoliasemassa olevan ostajan Telefonican ja keskittymään osallisten yritysten välisten kytkentöjen poistamiseen. Syntyvän 82 %:n markkinaosuuden säilyminen riippui oleellisesti siitä, tulisiko Telefonica tulevaisuudessakin suosimaan kyseisiä yrityksiä ostopolitiikassaan. Komissio asetti tämän vuoksi keskittymän hyväksymisen ehdoksi, että Telefonica luopuu vähemmistöosuuksistaan Alcatelissa ja Telefonicassa.[822] Vastaavasti Alcatel sitoutui olemaan myymättä ilman komission suostumusta Telefonicalle osuuksia Alcatel -ryhmästä, ennen kuin mm. telealan julkisia hankintoja koskeva peruspalveludirektiivi (90/531/EEC) oli saatettu voimaan Espanjassa.[823]

Hyväksyessään keskittymän, jolla viiden maan postilaitokset perustivat yhteisyrityksen pika- ja kuriiripalveluja varten, komissio vaati, etteivät postilaitokset välillisesti tue yhteisyritystä tekemällä sen kanssa sopimuksia edullisimmilla ehdoilla, kuin mitä ne myöntävät yhteisyrityksen kanssa kilpaileville yrityksille. Lisäksi edellytettiin, että kaikkia postin palveluja tarjotaan samoilla ehdoilla myös kilpailijoille.[824] Keskittymän ulkopuolisten yritysten kanssa tehtyjä sopimuksia koskevia ehtoja voidaan pitää rajatapauksena. Näkökannan mukaan niitä voidaan pitää joko alalle pääsyn esteinä tai yrityksen markkinakäyttäytymisenä. Postilaitoksia koskevassa tapauksessa komissio tulkitsi säännöstä suhteellisen laveasti.

Yhden yrityksen määräävän aseman seurauksena *epäsymmetria* markkinajohtajan ja lähimpien kilpailijoiden välillä kasvaa niin suureksi, että yksi yritys voi vaikuttaa merkittävästi kilpailun ehtoihin. *Jaetun* määräävän aseman tilanteissa ongelmana on markkinoiden yleisen keskittymisasteen lisäksi *symmetria*, läpinäkyvyys ja linkit johtavien yritysten välillä. Yhteisen määräävän aseman tilanteissa merkittävän rakenteellisten ehtojen ryhmän muodostavat erilaiset järjestelyt, joilla taloudelliset siteen oligopolistien väliltä pyritään katkaisemaan. Vastaavasti on edellytetty yksinomaisen lisenssisopimuksen purkamista yhden keskittymään osallisen yrityksen ja erään sen kilpailijan välillä[825] sekä edustajien lukumääräistä rajoittamista kilpailevan yhtiön hallintoelimissä[826] tai sen turvaamista, etteivät samat henkilöt istu kilpailevien yhtiöiden hallintoelimissä.[827]

---

[821] M.0042, EYVL 1991 l 122/48.

[822] Ks. *Alcatel/Telettra*, komission päätöksen 2 artikla.

[823] Vastaavanlainen ostajan ja myyjän väliseen vertikaaliseen suhteeseen liittyvä ehto asetettiin tapauksessa *Fiat Geotech/Ford New Holland*. Keskittymän hyväksyminen jo esitutkimusvaiheessa 6 l b) kohdan nojalla, kun Fiat sitoutui irtisanomaan yksinomaisen jälleenmyyntisopimuksen Italian markkinoilla keskeisen ostajan kanssa. Kun kyseisellä jälleenmyyjällä oli selvästi suurin jakeluverkosto Italiassa, piti komissio po. sopimusta kilpailijoiden kannalta merkittävänä alalle pääsyn esteenä. Fiat Geotech/Ford New Holland, kohta 30.

[824] *TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post and Sweden Post*; kohdat 48–52.

[825] *Varta/Bosch*, kohta 63 ja komission päätöksen artikla 2 a).

[826] *Magneti Marelli/CEAc*, kohta 19 ja päätöksen 2 artikla.

[827] *Varta/Bosch*, kohta 63 ja päätöksen 2 b) artikla. *VEBA/Degussa*, EYVL 1998 L 201/102.

Tapauksessa *Enso/Stora*[828] komissio hyväksyi yrityksen myymistä koskevan ehdon lisäksi hinnoittelua koskevan rajoituksen sekä sitoumuksen olla vastustamatta tuontikiintiöitä. Merkille pantavaa on se, että sitoumukseen osallistuivat myös Suomen ja Ruotsin hallitukset.[829] Vaikka ehdot turvaavat kilpailutilannetta ja tarkoitus ehkä pyhittää keinot, voidaan niitä pitää sikäli arveluttavina, että hinnoittelua koskeva ehto on regulatiivinen ja tuontikiintiöistä päätetään viranomaisten toimesta. Mielenkiintoisesti aikaisemmassa tapauksessa *Saint Gobain/Wacker Chemie/NOM*[830] osapuolet tarjosivat sitoumusta, jolla keskittymä sitoutuu olemaan kannattamatta polkumyyntitullien asettamista, mikä tulisi lisäämään tuontia. Komissio totesi, ettei sitoumuksen antaminen ollut ratkaiseva, sillä on komission asia päättää, asetetaanko suojatulli vai ei.[831] Nähdäkseni komission aikaisemmassa päätöksessä ilmaistu kanta on oikea. Fuusiopäätöksen koplaaminen tuontisuojaa koskevaan asiaan vaikuttaa jossain määrin kyseenalaiselta. Kilpailun toimivuuden ja kuluttajien hyvinvoinnin näkökulmasta samaa on tosin sanottava monista polkumyyntisyytteistä.

Yksinomaisuussopimusten kilpailuoikeudellinen arviointi riippuu merkittävästi osapuolten markkinaosuuksista. Tämän vuoksi on luonnollista, että komissio on vaatinut, että markkinaosuuksien noustessa erityisesti pitkäaikaisista yksin-

---

[828] M.1225, EYVL 1999 L 254/9.

[829] "101) Komissio panee merkille, että vastauksena väitetiedoksiantoon osapuolet ovat esittäneet seuraavat sitoumukset:

a) Osapuolet ovat sitoutuneet tarjoamaan pienemmille asiakkaille hintasuojajärjestelmän viiden vuoden ajaksi sulautuman toteuttamisesta. Osapuolet ovat erityisesti sitoutuneet siihen, että suurimmilta asiakkailta veloitettaviin hintoihin tehtävät prosenttimääräiset korotukset eivät ole pienempiä kuin pienemmiltä asiakkailta veloitettavien hintojen korotukset. Suurimmilta asiakkailta veloitettavien hintojen prosenttimääräiset alennukset eivät myöskään ole suurempia kuin pienemmiltä asiakkailta veloitettavien hintojen prosenttimääräiset alennukset. Poikkeukset tästä säännöstä ovat mahdollisia tiettyjen rajojen sisällä ja myös silloin, kun erityiset tekijät kuten objektiiviset kustannuserot oikeuttavat eroihin suurimpien ja pienempien asiakkaiden maksaman hinnan prosenttimääräisessä korotuksessa tai alennuksessa. Osapuolet ilmoittavat komissiolle sellaisista prosenttimääräisten hinnankorotusten tai -alennusten eroista, jotka eivät ole sallittujen rajojen sisällä tai oikeutettuja objektiivisten kustannuserojen perusteella. Riippumaton tilintarkastaja, jota sitoo tiukka velvoite luottamuksellisuudesta, tarkastaa hintasuojajärjestelmän vuosittain.

b) Kun yksi tai useampi jalostaja tai valmistaja yhteisössä hakee nestepakkauskartongille tullivapaata kiintiötä, osapuolet tekevät sitoumuksensa mukaan kaiken mahdollisen helpottaakseen tällaisen kiintiön myöntämistä eivätkä vastusta tällaista kiintiötä. Lisäksi osapuolet ovat toimittaneet Suomen ja Ruotsin hallitusten kirjeet, joiden mukaan Suomen ja Ruotsin hallitukset eivät vastustaisi tällaisen kiintiön myöntämistä.

c) Ensolla on jonkin verran yhteistä jalostustoimintaa Elopakin kanssa Lahdessa, Suomessa. Enso on sitoutunut myymään kaikki osuutensa tästä toiminnasta Elopakille. Myynti poistaisi kaikki huolet siitä, että tämä yhteys pienentäisi Elopakin tasapainottavaa ostovoimaa. Jos Elopak ja Enso eivät pääse sopimukseen myynnistä, Enso on sitoutunut olemaan jatkamatta nykyistä sopimusta sen voimassaolon päätyttyä. Siinä tapauksessa nämä toiminnot myydään Elopakille Elopakin ja Ensonin välisen sopimuksen ehtojen mukaisesti."

[830] M.0774, EYVL 1997 L 241/1.

[831] Ks. päätöksen kohta 262.

omaisuusehdoista luovutaan.[832] Tunnetuin tapaus lienee *Boeing/McDonnell Douglas,*[833] jossa komissio vaati keskittymää purkamaan 20 vuoden pituiset yksinomaisuussopimukset lentoyhtiöiden kanssa.[834] Mikäli yksinomaisuusehdon poistamista ei pidetä riittävänä korjaustoimenpiteenä, komissio on voinut edellyttää koko sopimuksen purkamista. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus *Guinness/Grand Metropolitan,*[835] jossa komissio vaati jakelusopimusten purkamista niissä jäsenvaltioissa, joissa keskittymä olisi saanut korkean markkinaosuuden.[836]

Tapaus *RTL/Veronica/Endemol*[837] käy esimerkistä siitä, miten kerran kiellettyä yrityskauppaa voidaan strukturoida siten, että se kelpaa kilpailuviranomaisille. Tapauksessa kaksi radio- ja televisioyhtiötä RTL ja Veronica muodostivat yhdessä riippumattoman ohjelmantuottajan Endemolin kanssa yhteisyrityksen, joka tulisi hallinnoimaan yhteensä kolmea julkisen palvelun televisiokanavaa. Tarkoituksena oli muuttaa kanavat mainosrahoitteisiksi kaupallisiksi kanaviksi. Komissio kielsi yrityskaupan, koska se olisi synnyttänyt Hollannissa määräävän aseman televisiomainonnan markkinoilla ja vahvistanut Endemolin dominanssia kansallisessa ohjelmantuotannossa.[838] Koska yrityskauppa oli ehditty panna täytäntöön,[839] komissio kehotti kaupan osapuolia esittämään toimenpiteitä keskittymän purkamiseksi. Endemol vetäytyi hankkeesta ja hanke rajattiin kahteen julkisen palvelun kanavaan. Komissio hyväksyi uuden kaupan sen jälkeen, kun ilmoittajat olivat sitoutuneet siihen, etteivät ne seuraavan viiden vuoden aikana muuta olennaisesti kanavan ohjelmasisältöä hyväksyttämättä muutosta ensin EY:n komissiolla.[840]

6.2.3 Tilanteita, joissa ehdot eivät riitä

Keskittymän purkaminen on vaikeaa sellaisten horisontaalisten yrityskauppojen osalta, joissa kaupan osapuolten päällekkäisyydet ovat erityisen suuret. Ehtojen löytäminen ei ole yleensä mahdollista, mikäli yhdestä yrityksestä tulee

---

[832] Ks. esim *AGFA Gevaert/DuPont*, EYVL 1998 L 211/12.
[833] M.0877, EYVL 1997 L 336/16.
[834] Lisäksi Boeingin tuli lisensioida tiettyjä patentteja ei-eksklusiiviselta pohjalta ja toimittaa tietoja tietyistä tutkimus- ja tuotekehittelyhankkeistaan.
[835] M.0938, EYVL 1998 L 288/24.
[836] Ks. myös jo varhaista päätöstä *Fiat Geotech/Ford New Holland*, M.0009, komission päätös 8.2.1991.
[837] M.0553, EYVL 1996 L 134/21; L 294/14.
[838] EYVL 1996 L 134/21.
[839] Yrityskauppa jäi asetuksen liikevaihtorajojen alapuolelle, mutta sen käsittely siirrettiin komissiolle Hollannin kilpailuviranomaisten päätöksellä. Hollannin kansallinen yrityskauppavalvonta ei ollut vielä voimassa.
[840] EYVL 1996 L 294/21.

selvästi muita suurempi ja keskittymästä ei ole erotettavista sellaista itsenäistä toiminnallista kokonaisuutta, jonka avulla kilpailutilanne voitaisiin palauttaa kohtuulliseksi. Esimerkiksi tapauksessa *Kesko/Tuko*[841] kaupan osapuolten toiminnot olivat laajalti päällekkäiset ja keskittyminen johti hyvin selkeästi määräävään asemaan Suomen markkinoilla.[842] Tällaisessa tapauksessa ei ole löydettävissä sellaisia tehokkaita ehtoja, joilla kilpailutilanne markkinoilla voitaisiin palauttaa. Yhteisen määräävän aseman osalta samanlainen korjaamaton tilanne syntyi tapauksessa *Gencor/Lonrho,*[843] jossa aiottiin yhdistää kaksi maailman suurinta platinantuottajaa. Vertikaalisessa yrityskaupassa *MSG Media Service*[844] komissio piti kaupan poissuljentavaikutuksia niin voimakkaina, etteivät ehdot olleet riittäviä. Tämä on ymmärrettävää sikäli, että haitallinen kilpailuvaikutus liittyi digitaalisen salaustekniikan, kaapeliverkkojen ja elokuvaoikeuksien yhteen niputtamiseen, joka samalla oli kaupan olennaisin liiketaloudellinen perusta.[845] Ehtojen asettaminen tulee kyseeseen silloin, kun kaupasta voidaan erottaa osia ilman, että sopimukselta putoaa pohja pois. Jättäytyminen pelkkien käyttäytymisehtojen varaan on harvoin tyydyttävä ratkaisu. Ehtojen asettaminen voi kaatua myös siihen, että kaupan ehtojen muuttaminen alkuperäisestä sopimuksesta horjuttaa sopimustasapainoa tavalla, jota toinen osapuolista pitää itselleen epäedullisena. Tällöin kauppa raukeaa siihen, etteivät osapuolet pääse sopimukseen siitä, miten ehtojen aiheuttama muutos otetaan huomioon osapuolten

---

[841] EYVL 1997 L 110/53.

[842] Kesko tarjosi sitoumusta, jolla myytäisiin noin 55 prosenttia Tukon aikaisemmista päivittäistavaroiden tukkukauppaan liittyvistä toiminnoista ja kaikki Tukon noutotukkumyymälät, tietty määrä vähittäismyymälöitä. Ajatuksena oli muodostaa perusta uuden vähittäiskauppiasryhmän perustamiselle markkinoille (Newco). Edellä mainittujen vähittäismyymälöiden lisäksi tähän uuteen "ryhmään" kuuluisi neljä vähittäiskaupparyhmää, Stockmann, Wihuri, Sentra ja Tarmo. Newcon yhdistetty markkinaosuus olisi Keskon mukaan noin 11 prosenttia. Komissio piti uutta ryhmittymää liian pirstaleisena, sillä se muodostuisi viidestä eri vähittäiskauppaorganisaatiosta, joista kunkin valtakunnallinen markkinaosuus oli noin 2 prosenttia. Newco olisi kilpailullisesti epäedullisessa asemassa erityisesti suhteessa Keskoon, koska sen asema suurissa myymälöissä olisi erittäin heikko ja sillä ei olisi mitään yhteistä omaa merkkituotetta tai kanta-asiakasohjelmaa. Sama koskisi myös logistiikkaa. Newco olisi kilpailullisesti epäedullisessa asemassa myös hankinnoissa, koska se pystyisi tekemään ainoastaan sellaisia hankintasopimuksia, jotka olisivat määrältään korkeintaan viidenneksen Keskon hankintamäärästä. Myöskään markkinatestauksen perusteella uudesta ryhmittymisestä ei tulisi tehokasta uutta kilpailijaa. Keskon ehdotusta pidettiin selvästi riittämättömänä poistamaan kilpailuongelmia. Ks. päätöksen kohdat 162–172. Komission analyysiin voidaan yhtyä. Tehokkaan sitoumuksen aikaansaaminen edellyttäisi niin voimakkaita muutoksia keskittymän rakenteeseen, että todennäköisesti yrityskaupalta putoaisi liiketaloudellinen pohja pois. Toisaalta päätöksestä saatavien tietojen perusteella voidaan arvioida, että mahdollisesti kaupan keskeisenä tavoitteena on ollut kilpailun vähentäminen Suomen vähittäismarkkinoilla. Kun tämä joka tapauksessa olisi ollut kaupan keskeisin seuraamus, ei ole yllättävää, ettei sellaisia sitoumuksia ollut löydettävissä, joilla kauppa voitaisiin toteuttaa.

[843] M.0619, EYVL 1997 L 11/30; T-102/96, Kok. 1999 s. II-879.

[844] M.0469, EYVL 1994 L 364/1.

[845] Sama ongelma oli jatkotapauksissa *Bertelsmann/Kirch/Premiere* EYVL 1999 L 53/1 ja *Deutsche Telekom/Beta Research* EYVL 53/1.

keskinäisissä väleissä. Yksi syy kauppojen raukeamiseen on lyhyt aika, joka ehtojen löytämiselle on käytettävissä. Esimerkiksi tapauksessa *Schneider/ Legrand*[846] komissio jätti huomiotta osapuolten viime hetken sitoumukset, koska niitä tarjottiin vasta asetetun määräajan jälkeen.[847] Ehtojen asettaminen ei myöskään ole riittävää silloin, kun osapuolten todellisena tarkoituksena on ollut kilpailun rajoittaminen yrityskaupan avulla.

6.2.4 Yhteenveto

Keskittymään osalliset yritykset ja EY:n komissio ovat osoittaneet suurta mielikuvitusta ehtojen muotoilemisessa. Pelkästään yrityksen markkinakäyttäytymiseen liittyviä ehtoja ei voida kuitenkaan pitää ongelmattomina. Sama pätee ehtoihin, joilla kaupan hyväksyminen on sidottu jäsenvaltion menettelyyn ministerineuvostossa. Komission käytännössä välillä tarkoitus pyhittää keinot. Samalla on saatu läpi yleisiä integraatiopoliittisia tavoitteita. Joustavuuden varjopuolena on se, että ehtojen ennakoiminen etukäteen voi olla yrityksille vaikeaa. Tätä ongelmaa tosin lieventää se, että ehdot pääsääntöisesti ovat yritysten itsensä komissiolle ehdottamia, joskin ne tietysti ovat syntyneet komission kanssa käytyjen keskustelujen pohjalta. Neuvottelutasapainoa voidaan pitää epäsymmetrisenä, sillä yritykset ovat valmiita tekemään suuriakin myönnytyksiä välttääkseen kieltopäätöksen. Komission asemaa vahvistaa vielä se, ettei valitusoikeus EY:n tuomioistuimeen ole useinkaan varteenotettava vaihtoehto pörssiyhtiöille, koska komission antama kielto on pantava joka tapauksessa täytäntöön ja koska valituksen seurauksena olisi vähintään vuoden kestävä välitila. Ehtojen tietynlaista sillisalaattimaisuutta selittää osittain lyhyt aika-

---

[846] IP/01/1393, 10.10.2001. Tapauksessa määräaika sitoumusten esittämiselle umpeutui 14. syyskuuta, minkä jälkeen komissio olisi voinut hyväksyä viime hetken sitoumukset vain, jos niistä olisi käynyt välittömästi ja yksiselitteisesti ilmi, että kilpailuedellytykset voidaan niiden avulla palauttaa. Schneider toimitti uusia sitoumuksia 24. syyskuuta, mutta myytäväksi ehdotettujen yksikköjen kilpailukyky herätti komissiossa epäilyksiä. Epäilykset koskivat erityisesti pääsyä Ranskan jakelumarkkinoille ja kaupallisia riskejä, joita uuden yhtymän ulkopuolelle jäämisestä aiheutuisi kyseisille yksiköille. Koska kyseessä olivat viime hetken ehdotukset, epäselvyyksiä ei ehditetty selvittää asetetussa määräajassa. Komission lehdistötiedotteen mukaan Schneiderin ehdotukset eivät myöskään tarjonneet todellista ratkaisua useilla maantieteellisillä ja/tai tuotemarkkinoilla, joilla oli havaittu kilpailuongelmia. EY:n komission lehdistötiedote jatkuu: "Tämä valitettava lopputulos osoittaa, että selviä kilpailuongelmia aiheuttavan fuusion osapuolten on ehdottomasti pohdittava mahdollisia korjaustoimenpiteitä jo suunnitelmiensa alkuvaiheessa ja aloitettava viipymättä keskustelut kilpailuviranomaisten kanssa", toteaa kilpailukomissaari Mario Monti ja lisää: "Näin vältytään viime hetken korjaustoimenpiteiltä, jotka jo luonteensa puolesta voivat olla soveltumattomia ja aiheuttaa epävarmuutta, jota ei ehditä poistaa jäljellä olevassa lyhyessä ajassa."

[847] Tapauksessa *Time Warner/EMI* yrityskauppaa koskeva ilmoitus vedettiin viime hetkessä takaisin ilmeisesti siksi, että ajan ei katsottu riittävän ehtoneuvottelujen käymiseen. Ks. Whish (2001) s. 786.

jänne. Sen jälkeen kun kilpailuongelmat on saatu todennuttua virallisen vastalauseen muodossa, ehtojen käsittelylle ei jää aikaa kuin pari viikkoa. Vaikuttaisi tarkoituksenmukaiselta joustavoittaa asetusta säännöksellä, jossa lopullisen päätöksen tekemiselle varattua määräaikaa voitaisiin erityisistä syistä pidentää EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimelle tehtävällä hakemuksella esim. ehtoneuvottelujen loppuun saattamiseksi.[848]

6.3 EHTOJEN ASETTAMINEN KILPAILUNRAJOITUSLAIN NOJALLA

Kilpailunrajoituslain 11 d §:n 1 momentin mukaan kilpailuneuvosto voi kilpailuviraston esityksestä kieltää tai määrätä purettavaksi kilpailua merkittävästi estävään määräävään markkina-asemaan johtavan yrityskaupan tai vaihtoehtoisesti asettaa yrityskaupan toteuttamiselle ehtoja. Ehtoja voidaan asettaa jo virastovaiheessa. Kilpailunrajoituslain 11 d §:n 3 momentin mukaan, jos 1 momentissa tarkoitettu kilpailun estyminen voidaan välttää asettamalla yrityskaupan toteuttamiselle ehtoja, kilpailuviraston tulee yrityskaupan kieltämisen sijasta neuvotella ja vahvistaa noudatettavaksi tällaiset ehdot. Mainittujen säännösten nojalla ehtojen asettamisella on ensisijainen asema suhteessa yrityskaupan kieltämiseen. Yrityskauppa kielletään ainoastaan siinä tapauksessa, etteivät kaupan osapuolten esittämät muutokset tai viranomaisten asettamat ehdot riitä turvaamaan kilpailun ylläpitämistä Suomen markkinoilla. Kilpailuvirasto tekee esityksen yrityskaupan kieltämisestä kilpailuneuvostolle katsoessaan, ettei ehdoilla voida poistaa yrityskaupasta aiheutuvaa kilpailun merkittävää estymistä. Kieltämisen sijasta kilpailuneuvosto voi 11 d §:n 1 momentissa tarkoitetuin tavoin asettaa yrityskaupan toteuttamiselle kilpailun turvaamiseksi tarpeellisena pitämiään ehtoja, jos se virastosta poiketen pitää ehtojen asettamista riittävänä.[849]

---

[848] Tällainen määräajan pidentäminen on mahdollistettu kilpailunrajoituslain 11 e §:n 2 momentissa. Whish (s. 786) kannattaa niinikään kellon pysäyttämistä ehtoneuvotteluja varten mutta jättää avoimeksi, millainen menettelyn tulisi olla. Suomen lakiin säännös kirjoitettiin siksi, että tiedossa oli, että aikataulun joustamattomuus aiheuttaa välillä ongelmia. Säännöstä on sovellettu toistaiseksi kaksi kertaa. Nyttemmin EY:n komissio on hyväksynyt tämän lähtökohdan edellä mainitussa vuoden 2002 lopussa tekemässään esityksessä.

[849] Kilpailunrajoituslain 11 d §:n 3 momentin mukaan kilpailuvirasto tai kilpailuneuvosto voi asettaa 1 momentissa tarkoitetun kiellon tai yrityskaupan purkamista koskevan määräyksen tai 2 momentissa mainitun ehdon tehosteeksi uhkasakon. Uhkasakon määrää maksettavaksi kilpailuneuvosto. Uhkasakon asettamisessa ja maksettavaksi määräämisessä noudatetaan muutoin, mitä kilpailunrajoituslakia koskevan esityksen 14 §:n 4 momentissa ja 17 §:ssä ja 25 §:ssä ja uhkasakkolaissa (1113/1990) säädetään. Yritysten oikeusturvan kannalta on olennaista, että asetettujen ehtojen osalta muutoksenhakutie on avoinna. Kilpailuviraston yrityskaupalle asettamista ehdoista voidaan kilpailunrajoituslain 21 §:n 1 momentin mukaisesti valittaa kilpailuneuvostoon.

Yrityskauppaan osallisilla elinkeinonharjoittajilla on käsittelyn kuluessa tilaisuus esittää muutoksia järjestelyyn haitallisten kilpailuvaikutusten poistamiseksi. Ehtoja on syytä esittää niin aikaisessa vaiheessa, että ne ehditään ottaa huomioon asian käsittelyssä. Yrityksillä on luonnollisesti myös mahdollisuus peruuttaa yrityskauppa, jos ne kilpailuviraston vaatimien muutosten tai ehtojen vuoksi eivät katso aiheelliseksi toteuttaa kauppaa. Jos kauppa peruutetaan, asian käsittely virastossa raukeaa. Yrityskauppavalvonnalla ei tule rajoittaa yritysten sopimusvapautta enempää kuin kilpailun turvaaminen välttämättä edellyttää. Viraston tulee ehtoja asettaessaan kiinnittää erityistä huomiota kaupan osapuolten liiketaloudellisten intressien turvaamiseen. Ehtoja asetettaessa tulee ottaa huomioon suhteellisuus- ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteet.

Kilpailunrajoituslain esitöiden mukaan ehtojen tulee olla "pääasiassa rakenteellisia". Yrityskauppaan osalliset yritykset voidaan velvoittaa esimerkiksi myymään tietty tytäryhtiö, liiketoiminta tai omaisuus, esimerkiksi immateriaalioikeus, kokonaan tai osittain, purkamaan tietty yhteistyöjärjestely tai eroamaan siitä. Ostajan on oltava kaupan osapuoliin nähden itsenäinen ja riippumaton ja sillä tavoin elinkelpoinen ja merkittävä taho, että myynnillä voidaan kompensoida yrityskaupasta muuten aiheutuva kilpailuhaitta. Ehdot sisältävät määräajan, jonka kuluessa ne on täytettävä. Lisäksi voidaan antaa ehtojen valvomiseksi tarpeellisia määräyksiä. Lainkohdassa ei suljeta pois myöskään yrityksen käyttäytymiseen liittyviä ehtoja, esimerkiksi, että yritys velvoitetaan lisensioimaan immateriaalioikeuksia tai toimittamaan hyödykkeitä kolmansille osapuolille. Rakenteellisten ehtojen ensisijaisuudella tarkoitetaan lain esitöissä sitä, että yrityskauppavalvonnan tehtävänä on nimenomaan suojata kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä, ei esimerkiksi kompensoida kilpailun loppumista sillä, että määräävässä asemassa oleva yritys saatettaisiin jatkuvan käyttäytymiskontrollin alaiseksi.

> Kilpailuneuvosto totesi *Digita*-päätöksessä, että käyttäytymisehtoja voidaan kuitenkin käyttää esimerkiksi silloin, kun kilpailuhaitat ovat luonteeltaan väliaikaisia, ne tulevat korjaantumaan lainsäädännöllä tai muut erityiset syyt puhuvat käyttäytymisehtojen puolesta. Kriittinen kysymys kuului, oliko kauppa ylipäätään sallittavissa ehdoilla. Kyse oli lähinnä vertikaalisen integraation aiheuttamista kilpailuriskeistä. Ostamalla osuuden Digitasta Sonera, jolla oli ennestään määräävä asema mm. matkaviestinnän puhelumarkkinoilla, saisi mahdollisuuden luoda itselleen edulliset standardit digitaaliseen televisioon ja vaikeuttaa kilpailijoiden markkinoille pääsyä. Tapauksen teki erityisen ongelmalliseksi se, ettei käytettävissä ollut tehokkaita rakenteellisia ehtoja.[850] Tapauksella on tältä osin yhtymäkohtia esimerkiksi edellä käsitel-

[850] Rakenteellisten ehtojen asettamisessa ongelmaksi muodostuisi myös se, että markkinoiden nopeasta muutoksesta johtuen ehdot voisivat osoittautua epätarkoituksenmukaisiksi syntyvien kilpailuongelmien korjaamiseksi

tyyn komission tapaukseen *MSG Media Service*.[851]

Kaupan sallimista ehdollisena voidaan pitää kriittisenä rajatapauksena. Kieltopäätös oli varsin lähellä. Yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten lähtökohtana on, ettei markkinarakenteen keskittymisestä aiheutuvia ongelmia pyritä kompensoimaan asettamalla määräävän aseman saavuttava yritys pysyvän käyttäytymiskontrollin alaiseksi. Käsillä olevassa tapauksessa käyttäytymistä koskevien ehtojen puolesta puhui kuitenkin se, että kilpailuviraston näkemät kilpailuongelmat liittyvät olennaisesti kaupan osapuolten myöhempään käyttäytymiseen. Kauppa ei sinänsä keskittänyt ratkaisevasti markkinarakennetta yhtiöiden pääasiallisilla toimialoilla, matkaviestin- ja palvelujärjestelmämarkkinoilla ja yleisradiotoiminnan lähetyspalveluissa. Kilpailuongelmat liittyvät olennaisesti osapuolille syntyvään mahdollisuuteen estää kilpailijoiden tasapuolista pääsyä avainaseman luonteen omaaviin Digitan palveluihin. Kilpailuongelmat olivat myös sikäli väliaikaisia, että ne liittyvät pääosin käyttöön otettavan uuden teknologian kokeilu- ja sisäänajovaiheeseen.[852] Yrityskauppa tulisi vahvistamaan merkittävästi Soneran määräävää markkina-asemaa uuden talouden markkinoilla. Myös Digitan asema voisi vahvistua, jos se käyttäisi väärin vertikaalista integraatiotaan suunnittelemiensa integroitujen ratkaisujen toteuttamisessa.

Yrityskauppa päätettiin lopulta sallia ehdollisena, koska markkinoille pääsyyn liittyvää ongelmaa pidettiin sittenkin luonteeltaan väliaikaisena ja koska kaupalla nähtiin kilpailun ja kuluttajien kannalta myönteistä potentiaalia. Kilpailuvirasto oli viitannut yhtenä kieltoperusteena siihen, että yrityskauppa toisi merkittäviä tehokkuushyötyjä digitaalisen televisiotekniikan ja sen rajapintojen ja palveluohjelmien kehittämisessä. Viraston mukaan synergiahyödyt antaisivat Soneralle ja Digitalle merkittävän kilpailuedun suhteessa muihin kotimaisiin yrityksiin. Kilpailuneuvosto kuitenkin katsoi, ettei yhteistyöllä saavutettavia teknologisia hyötyjä voitu pitää kilpailunrajoituslain 11 d §:ssä tarkoitettuna negatiivisena seikkana kun otettiin huomioon, että Digitalle voidaan asettaa velvoite yhteistyöhön myös muiden osapuolien kanssa ja se seikka, että kilpailu digitaaliteknologian uusien sovellutusten osalta tulee myös Suomen rajojen ulkopuolelta.[853] Päätös tulee ymmärtää niin, että kilpailuneuvosto torjui samanlaisen "tehokkuushyökkäyksen", jollaisesta EY:n komissiota on aika ajoin arvosteltu. Kauppaan liittyviä dynaamisia tehokkuushyötyjä oli pidettävä lähtökohtaisesti positiivisena eikä negatiivisena seikkana.

Kilpailuneuvosto katsoi, että ilman riittävän tehokkaita ehtoja asiassa on näytetty yrityskaupan kieltämisen edellytykset. Kilpailuongelmat tulisivat

---

[851] EYVL 1994 L 364/1.

[852] Kilpailuneuvostossa kuultu alan keskeinen viranomaissääntelijä liikenneministeriö oli katsonut olevansa kykenevä poistamaan sanotut ongelmat regulaatiolla ja jo valmisteilla olevilla lainsäädäntömuutoksilla, mistä syistä ministeriö oli lausunnossaan esittänyt kaupan hyväksymistä. Viestintäverkkojen konvergoituminen yhtäältä lisää, mutta toisaalta vähentää yrityskaupan osapuolten mahdollisuuksia toimia kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin edellyttämällä tavalla riippumattomasti. Syntyvä kilpailutilanne tulee riippumaan teknologisesta ja kaupallisesta kehityksestä.

[853] Viimeksi lausuttu potentiaalista kilpailua koskeva huomio ei ole ristiriidassa sen kanssa, että kilpailuvirasto oli esityksessään tosiseikkoja oikein tulkiten todennut kaikkien esityksessä tarkoitettujen relevanttien markkinoiden rajoittuvan Suomen alueelle tai sitä suppeammalle alueelle.

aktualisoitumaan vasta uuden teknologian aikaansaamaan viestintämarkkinoiden konvergenssikehityksen myötä, joka synnyttäisi vertikaalisen linkin Digitan ja Soneran tuotevalikoimien välille. Kilpailuneuvosto näki uuden tekniikan käyttöönoton aikataulun ja toteutumisen kilpailuvirastoa epävarmempana seikkana. Digitaalisen tekniikan käyttöönottoon liittyi olennaisia kaupallisia ja teknologisia riskitekijöitä.[854] Nämä oli otettava huomioon arvioitaessa sitä, millä ehdoin yritykset hankkeeseen sitoutuvat.[855] Perinteisillä aloilla ja erityisesti kypsillä markkinoilla yrityskaupan kilpailuvaikutukset ovat helpommin näytettävissä toteen ja todennäköisemmin kielteisiä kuin korkean teknologian kehittämiseen liittyvässä hankkeessa.[856] Esille tuotujen kilpailuriskien vastapainona oli se, että kaupan kieltämisellä saatettaisiin estää kilpailua ja kuluttajien hyvinvointia edistävä kehitystyö. Myös viimeksi mainittuun näkökohtaan liittyen "ehdot ovat kieltoon nähden ensisijaisia silloin, kun odotettavissa ja nähtävissä olevat kilpailuongelmat ovat hallittavissa yrityskaupan toteuttamiselle asettavilla ehdoilla, viestintämarkkinoiden regulaatiolla ja sellaisella uudella lainsäädännöllä, jolla turvataan rajapintojen avoimuus sekä kaikille kilpaileville yrityksille pääsy verkkoon samaan hintaan ja muutoinkin tasapuolisin ehdoin".[857]

Kilpailuneuvosto päätyi lopullisessa ratkaisuharkinnassaan siihen, että kaupan salliminen edellytti pisteen laittamista Soneran vertikaaliselle integraatiolle. Yrityskaupan kilpailuvaikutukset olivat hallittavissa lähinnä käyttäytymistä koskevilla ehdoilla siinä tapauksessa, ettei Soneralla ole välitöntä määräysvaltaa siihen, mitä informaatiota digitaalisessa televisioverkossa siirretään. Mikäli Sonera integroituisi edelleen televisiolähetystoimintaan ja saisi kanavanipun osan hallinnan kautta määräysvaltaa siirtokapasiteettiin, yrityskaupan kilpailuhaitat korostuisivat merkittävästi. Sonera velvoitettiin olemaan hakematta valtioneuvostolta toimilupaa digitaaliseen televisiotoimintaan sinä aikana, jona Sonera omistaa Digitan osakkeita. Kyse oli samalla rakenteellisia piirteitä omaavasta ehdosta, mikä helpotti kaupan hyväksy-

---

[854] Suurin epävarmuustekijä liittyi siihen, missä määrin digitaalisen television ansaintalogiikka oli toteutettavissa Suomen kaltaisessa maassa, jossa televisiokanavia tulisi suurehko määrä asukaslukuun verrattuna. Palveluiden läpilyönti tulisi edellyttämään sellaisten uusien kuluttajia kiinnostavien lisäpalveluiden kehittämistä, joista kuluttajat ovat valmiita maksamaan. Teknologinen riski liittyi siihen, ettei Suomessa valitun standardin läpilyönti muualla ollut varmaa. Digitaalisen television vaatiman lisälaitteen hinta tulisi halpenemaan vasta siinä vaiheessa, kun sitä tuotetaan riittävän suuria eriä kansainvälisessä sarjatuotannossa.

[855] Uuden talouden markkinoilla investoinnit ovat voimakkaan etupainotteisia. Tämän vuoksi yritykset edellyttävät ainakin mahdollisuutta prosessuaaliseen monopoliin, jos tuotekehityspanostukset tuottavat hedelmää. Liian voimakas kilpailun turvaaminen saattaa johtaa siihen, ettei uuteen teknologiaan investoida riittävästi.

[856] Tätä voidaan perustella sillä, että markkinoiden muuttuessa nopeasti määräävä asema myös saattaa rapautua nopeammin. Kilpailuneuvoston päätöksessä esitetty argumentti on kuitenkin kaikkea muuta kuin ongelmaton. Telemarkkinoiden kaltaisilla verkostomarkkinoilla johtavan aseman saavuttaminen voi johtaa monopolia muistuttavaan asemaan, jos kaikki asiakkaat pyrkivät käyttämään yhtä standardia ja vain yksi yritys voi tuon standardin tarjota. Tästä johtuen määräävä asema voidaan myös saavuttaa nopeammin kuin perinteisillä aloilla. Määräävän aseman horjuttamiseen eivät riitä pienet parannukset, vaan yleensä se vaatii kokonaan uutta teknologista lähestymistapaa, joka syrjäyttää aikaisemman johtavan standardin.

[857] Ks. kilpailuneuvoston päätöksen johtopäätösjaksoa, s. 110.

mistä. Sonera piti kuitenkin digitaalisen televisioluvan hakemista koskevaa ehtoa liian rajoittavana ja päätti mieluummin luopua yrityskaupan toteuttamisesta.

Kilpailuvirasto käsitteli vuosina 1999–2000 yhteensä yli 300 yrityskauppatapausta ja teki noin 200 yrityskauppoja koskevaa päätöstä. Ehdollisia päätöksiä tehtiin kahden vuoden aikana yhteensä 10. Kilpailuneuvostoesityksiä kaupan kieltämiseksi tehtiin vastaavana aikana yksi. Kilpailunrajoituslain 11 d § näyttäisi eroavan EY:n asetuksen 2 artiklasta sikäli, että säännöstekstissä näytetään korostettavan kilpailuviranomaisten omakohtaista velvollisuutta selvittää ehtojen riittävyys. Toisaalta markkinaoikeudelle on annettu itsenäinen rooli ehtojen arvioinnissa. Vaikuttaa kuitenkin siltä, ettei erolla ole merkittävää vaikutusta sikäli, että aloitteen ehtojen esittämisessä on katsottu säännöksestä huolimatta kuuluvan ilmoituksen tekijöille.

Kilpailuviraston käytännöstä voidaan mainita yrityskauppa *Danisco/Cultor*,[858] jossa Tanskan ja Ruotsin sokerimarkkinoita hallitseva Danisco hankki Suomen markkinoilla määräävässä asemassa olevan Cultorin. Kilpailuviraston päätöksen mukaan edellytykset kauppaan puuttumiseen olivat olemassa, vaikkei Daniscolla ja Cultorilla ollut päällekkäisiä toimintoja Suomessa. Tätä perusteltiin sillä, että kauppa vahvisti entisestään Cultorin määräävää markkina-asemaa, kun maantieteellisesti lähimmän kilpailijan eli Daniscon aiheuttama potentiaalisen kilpailun uhka poistui. Cultorilla oli superdominanssi, yli 90 %:n markkinaosuus Suomessa. Puuttumista jo potentiaalisen kilpailun vähenemiseen voidaan pitää perusteltuna silloin, kun määräävä asema on näin vahva. Kilpailuvirasto hyväksyi kaupan sen jälkeen, kun Danisco oli antanut sitoumuksen Lännen Tehtaille asetetun kilpailukiellon poistamisesta. Kilpailukiellosta, joka esti Lännen Tehtaita ostamasta sokeria Cultorin kilpailijoilta, oli aikoinaan sovittu vuonna 1990 Lännen Tehtaiden ja Cultorin yhdistäessä sokerintuotantonsa. Lännen Tehtaat vastasi Cultorin sokerin jakelusta vähittäiskauppaan.

Tieto/Enator -tapauksessa[859] kilpailuvirasto arvioi, että kauppa loisi tai vahvistaisi Tiedon määräävää markkina-asemaa eräillä tietojärjestelmien asiantuntijapalveluiden markkinoilla. Yrityskauppa hyväksyttiin sen jälkeen, kun osapuolet olivat antaneet virastolle rakenteellisia ja käyttäytymiseen liittyviä sitoumuksia. Enatorin suomalainen tytäryhtiö oli myytävä riippumattomalle kilpailijalle. Tietoenator sitoutui siihen, ettei se käytä sitovia ehtoja tietotekniikka- ja tietoliikennepalvelujen tarjoamisessa. Lisäksi Sonera sitoutui puolittamaan 27 prosentin omistuksensa Tietoenatorissa.

Tapauksessa *CSM/Huhtamäki*[860] yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus sokerimakeisten kaupassa muodostui noin 35–40 prosentiksi, mutta ksylitolilla makeutettujen purukumien markkinoilla se olisi noussut noin 70 prosenttiin, mikä herätti virastossa epäilyn määräävän aseman syntymisestä.

---

[858] D:o 246/81/99, kilpailuviraston päätös 14.5.1999.
[859] D:o 185/81/99, kilpailuviraston päätös 15.6.1999.
[860] D:o 420/81/1999, kilpailuviraston päätös 28.5.1999.

CSM ilmoitti kuitenkin jo käsittelyn alkuvaiheessa, että se tulee luopumaan Stimorol-purukumin jakelusta Suomessa siirtymäajan kuluessa. Kilpailuvirasto hyväksyi kaupan kuukauden määräajassa.[861]

Tapauksessa *Fritidsresor*[862] yrityskauppa uhkasi johtaa yhteisen määräävän aseman syntymiseen. Käsittelyn aikana Fritidsresor ja Finnair sitoutuivat mm. muuttamaan tilauslentoja koskevaa sopimustaan siten, että yksinostoehto koskee ainoastaan Finnmatkojen nykyistä kapasiteettia vastaavaa lentopaikkojen tarvetta. Lisäksi osapuolet sitoutuivat lyhentämään sopimuksen voimassaoloaikaa. Yrityskaupan hyväksymisen edellytykseksi asetettuihin ehtoihin kuului myös matkanjärjestäjien tasapuoliseen kohteluun liittyvä sitoumus.[863]

Yhteisestä määräävästä asemasta oli kyse myös tapauksessa *Carlsberg/ Orkla.*[864] Kaupan hyväksymisen pääehdoksi asetettiin se, että Orkla luopuu omistamistaan Hartwallin osakkeista eikä aseta edustajaansa Hartwallin hallitukseen tai muihin toimielimiin.[865] Siltä varalta, että osapuolet eivät toteuta edellä kuvattuja sitoumuksia, Carlsberg määrätään päätöksessä joko myymään omistamansa Sinebrychoffin osakkeet tai vaihtoehtoisesti toteuttamaan sellainen järjestely, jonka tuloksena Carlsberg tai Hartwall tai niiden yritysryhmään kuuluvat yritykset eivät omista BBH:n osakkeita. Kruununjalokiveä koskevan ehdon tarkoituksena on varmistaa Carlsbergin ja Orklan antamien sitoumusten täyttäminen. Sitoumusten noudattamista valvoi kilpailuviraston hyväksymä riippumaton asiantuntija, jonka määräämisestä, oikeuksista ja tehtävistä oli määrätty päätöksessä.

---

[861] Edellä mainittujen kolmen päätöksen osalta ks. Jokinen, Kokemuksia yrityskauppavalvonnasta, Kilpailuviraston uutisia 3/99.

[862] D:o 1076/81/99, kilpailuviraston päätös 5.4.2000.

[863] Päätöksessään kilpailuvirasto toteaa, että Finnairin ja Fritidsresorin luopuminen sopimuksen yksinostoehdosta paransi uuden tilauslentoyhtiön mahdollisuuksia tulla Suomen valmismatkamarkkinoille. Sopimuksen voimassaoloajan lyhentäminen toisi siirtymäajan jälkeen myös Finnmatkojen lentokapasiteettitarpeen vapaasti kilpailtavaksi. Kilpailuvirasto katsoi, että sitoumuksilla varmistetaan muiden matkanjärjestäjien yhtäläiset mahdollisuudet saada lentokapasiteettia Finnairilta. Tämän vuoksi sitoumusten katsottiin riittävän poistamaan Fritidsresorin ja Finnairin yhteiseen määräävään markkina-asemaan valmismatkamarkkinoilla liittyvät merkittävät kilpailuongelmat.

[864] D:o 573/81/2000, kilpailuviraston päätös 2.1.2001.

[865] Tämä ei kuitenkaan yksin riittänyt poistamaan kaupasta aiheutuvia kilpailuongelmia, koska Carlsbergillä ja Hartwallilla olisi tämänkin jälkeen läheinen kytkentä toisiinsa nopeasti kasvavilla Baltian ja Venäjän markkinoilla toimivan Baltic Beverages Holdingin (BBH) yhteisomistuksen kautta. Päätökseen sisällytettiin sen vuoksi lisäehtoja, joilla estetään samojen henkilöiden nimittäminen Sinebrychoffin ja BBH:n hallituksiin ja toimivaan johtoon. Ehdolla vaikeutetaan kilpailukäyttäytymiseen liittyvien tietojen siirtymistä Hartwallin ja Sinebrychoffin välillä. Lisäksi ehdoissa määrättiin päätöksentekomenettelystä eräissä BBH:ta koskevissa asioissa. Jos Carlsberg ja Hartwall ovat eri mieltä määrätyistä investoinneista tai BBH:n voitonjaosta, Carlsberg siirtää asian omalta osaltaan Kilpailuviraston hyväksymän riippumattoman kolmannen osapuolen ratkaistavaksi. Tällä estetään Carlsbergiä toimimasta BBH:ssa tavalla, joka olisi omiaan painostamaan Hartwallia pidättäytymään kilpailusta Suomen markkinoilla. Lisäksi päätökseen sisältyi ehto, jolla Carlsberg sitoutuu huolehtimaan siitä, että AB Pripps Bryggerier lakkauttaa jakelusopimuksensa Hartwallin kanssa Lapin Kullan osalta Ruotsissa, tuontisopimuksensa Hartwallin kanssa Ramlösan Suomen tuonnin osalta sekä lisenssisopimuksensa Hartwallin kanssa Pommacin osalta. Tämän ohella Carlsberg sitoutuu lakkauttamaan sopimuksensa Tuborgin lisenssivalmistuksesta Hartwallin kanssa.

Kilpailuviraston ehtoja koskeva harkinta näyttää ainakin päälinjoiltaan vastaavan EY:n komission noudattamia ratkaisuperiaatteita. Viraston käytäntöä voidaan pitää varsin tasapainoisena lukuun ottamatta ehkä edellä failing company -puolustuksen yhteydessä kritisoitua *Valio*-päätöstä,[866] jossa kilpailuvirasto näyttäisi hyväksyneen Valion määräävää asemaa merkittävästi estävän yrityskaupan ilman adekvaatteja rakenteellisia ehtoja.

6.4 JOHTOPÄÄTÖS

Yrityskauppavalvonnan luonteesta rakenteellisena valvontakeinona seuraa, että pääpaino ehtojen asettamisessa tulee asettaa rakenteellisille ehdoille, joilla keskittymän heikentämä kilpailutilanne palautetaan entiselleen. Myös käyttäytymiseen liittyviä ehtoja voidaan käyttää, mutta niiden tulisi lähinnä tukea rakenteellisia ratkaisuja. Rakenteellisen ehtojen ensisijaisuutta puoltavat myös tarkoitussidonnaisuuden periaate ja pyrkimys välttää interventionistisia ehtoja, jotka rajoittavat yritysten operointikykyä ja joiden valvominen on hankalaa, kallista ja aikaavievää. Keskittymän tulevaan käyttäytymiseen liittyviä ehtoja voidaan puoltaa silloin, kun kyse on luonteeltaan väliaikaisesta tai pistekohtaisesta ongelmasta. Sen sijaan tulisi välttää sitä, että fuusioituvat yritykset asetetaan pysyvän käyttäytymiskontrollin alaiseksi. Tällöin rakenteellisen yrityskauppavalvonnan avulla voitaisiin luoda kokonaan uudentyyppisiä markkinakäyttäytymistä koskevia sääntelykeinoja. Tarkoitus ei ole, että kilpailullinen markkinarakenne kompensoitaisiin esim. pysyväisluonteisella hintasäännöstelyllä. Päinvastoin yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on pitää markkinat sellaisessa tilassa, ettei hintasäännöstelyä tarvita. Mikäli pysyväisluontoinen yrityksen hintojen ja käyttäytymisen säännöstely vaikuttaa tarpeelliselta kilpailun turvaamiseksi, viittaa se siihen, että yrityskauppa tulisi kieltää, tai siihen, että kilpailuanalyysi on virheellisesti suoritettu.

6.5 UUDEN TALOUDEN ERITYISONGELMIA

Uuden talouden keskeisenä ongelmana markkinamäärittelyn kannalta voidaan pitää sitä, että markkinamäärittelyt menettävät aiemman selväpiirteisyytensä.[867] Markkinoiden nopea muutos vaikeuttaa myös potentiaalisen kilpailun arviointia. Tekniselle kilpailuedulle perustuva määräävä asema rapautuu aiempaa nopeammin. Tämä johtuu nopean kehityksen ohella siitä, että kilpailuedut liittyvät enemmän informaatioon kuin tuotantovälineiden hallintaan. Saman-

[866] D:o 1151/81/99, kilpailuviraston päätös 20.6.2000.
[867] Hyvästä yhteenvedosta ks. esim. Minda (1995).

aikaisesti verkostoefekti voi johtaa pitkäaikaiseen monopolia muistuttavaan tilanteeseen. Uusi talous muodostaa yhden rintamalinjan kilpailuoikeudellisen sääntelyn kannattajien ja sen vastustajien välillä. Yhtäältä uusi talous on nähty perusteena lieventää kilpailuoikeudellisia standardeja myös yrityskauppavalvonnan puolella, koska tulevaisuus on epävarma.[868] Toisaalta uuteen talouteen on nähty liittyvän uudenlaisia riskejä kilpailun toimivuudelle ja haasteita kilpailuviranomaisille.[869]

Tapauksessa *Vodafone Airtouch/Mannesmann*[870] kilpailuongelmia nähtiin erityisesti yrityksille tarjottavan uuden matkapuhelintekniikan palvelumarkkinoilla. Yrityskaupan ehdoksi asetettiin merkittävä divestointiohjelma, jossa Vodafone sitoutui myymään Orange-nimisen teleoperaattorin osakkeet. Lisäksi oli ratkaistava markkinoille pääsy niillä segmenteillä, joilla keskittymä tulisi jonkin aikaa olemaan ainoa toimija. Keskittymälle asetettiin ehtoja, jotka koskivat syrjimättömien palveluiden tarjoamista kilpailijoille, teknistä tukea, kirjanpidon eriyttämistä ja välimiesmenettelyn hyväksymistä verkkoon pääsyä koskevien kiistojen ratkaisumekanismiksi. Komissio asetti kaupan hyväksymiselle tiukahkoja ehtoja, vaikka keskittymän synnyttämät kilpailuedut tulisivat olemaan luonteeltaan väliaikaisia. Tapauksessa *Microsoft/Liberty-Media/Telewest*[871] markkinoiksi määriteltiin edistyneen digitaalisen kaapelitelevision ohjelmistomarkkinat. Komissio näki kaupan osana Microsoftin strategiaa, jossa hankkimalla vähemmistöosuuksia teleoperaattoreista pyritään vaikuttamaan niiden tuleviin ohjelmistoja koskeviin ratkaisuihin. Yrityskauppailmoitus vedettiin takaisin ja Microsoftin omistusosuutta alennettiin tasolle, jolla ilmoitusvelvollisuuden laukaisevaa tosiasiallista määräämisvaltaa ei synny.

Kotimaisessa ratkaisussa *Sonera/Yleisradio/Digita*[872] kilpailuongelma syntyi vasta odotettavissa olevan viestintämarkkinoiden konvergenssin seurauksena. Kaupalle asetettiin niinikään mm. verkkoon pääsyä koskevia ehtoja. Jos kauppaa olisi arvioitu sen toteuttamishetken tilanteen mukaan, kyse olisi ollut varsin ongelmattomasta konglomeraatista yrityskaupasta. Kahdessa viimeksi mainitussa tapauksissa ongelmia aiheutui erityisesti verkostoefektistä, joka syntyy, kun ennestään määräävässä asemassa oleva toimija pyrkii laajentamaan markkinavoimaansa uusille alueille. Päätökset kuvaavat sitä, että kilpailuviranomaisten käytännössä markkinoiden dynaamisuudesta ei ole tehty sitä johtopäätöstä, että kilpailupolitiikkaa tulisi lieventää. Vaikka määräävä asema saattaa rapautua helpommin, dynaamisilla ja toisiinsa verkottuneilla markkinoilla

---

[868] Ks. esim. Ahlborn, Evans ja Padilla (2001).

[869] Ks. esim. Shapiro (1999); Baer/Balto (1999); Alhlborn/Evans/Padilla (2001); Bishop/Caffara (2001); Posner (2001b); Porter (2001); Weller (2001); Baker/Salop (2001); M. Virtanen (2001) ja (2002); Mustonen (2001).

[870] M.1795, komission päätös 12.4.2000.

[871] JV 27, art. 6(1)(c), 22.03.2000, IP 00/287.

[872] D:o 53/690/00, kilpailuneuvoston päätös 29.6.2000.

kilpailuedut korostuvat. Niiden merkitys on osiensa summaa suurempi. Kun asiakkaat käyttävät yhdessä tuotepaletteja ja kun yritykset toimivat keskenään läheisessä yhteistyössä, merkittävä kilpailuetu johtaa helpommin määräävään asemaan.

Ahlborn, Evans ja Padilla[873] kritisoivat komission käytäntöä liiasta staattisuudesta. Markkinat määritellään yritysten hintavallan perusteella. Jos yritys voi nostaa hintoja 5–10 %, hyödykkeet kuuluvat eri markkinoille. Uuden talouden erityispiirteisiin kuuluu investointien etupainotteisuus ja voimakas riskipitoisuus, jossa todellinen kysymys kuuluu, saako yritys ylipäätään katetta tehdylle investoinnille. Monopolivoitto on palkkio siitä, että investointi onnistui ("winner-takes-most"). Mahdollisuus hinnoitella yli rajakustannuksin ei tällöin kerro markkinavoimasta, sillä uusien kappaleiden valmistaminen esim. tietokoneohjelmasta on mahdollista lähes olemattomin rajakustannuksin. Vaikka markkinaosuus olisi 40–45 %, yritys ei ole määräävässä asemassa, jos tuotekehittely alalla on voimakasta.[874] *Bishop ja Caffara* toteavat lievemmin, että komission yrityskauppavalvontaa koskevassa käytännössä markkinoiden dynamiikka antaisi aihetta nykyistä suurempaan varovaisuuteen johtopäätösten tekemisessä.[875] Kilpailuviranomaisen näkökantaa ilmentää *M. Virtasen* esitys, jossa korostetaan vaikeuksia, joita kilpailuviranomaiselle aiheutuu siitä, että staattisen tehokkuuden sijasta korostuu dynaaminen tehokkuus, pyrkimys entistä parempien hyödykkeiden kehittämiseen. Yritysten väliset "allianssit" ovat monimuotoisempia ja epämuodollisempia kuin teolliselle massatuotannolle perustuvissa yhteistyöjärjestelyissä.[876] Virtanen arvelee, että uuden talouden tuotannollisissa olosuhteissa paljaat kilpailunrajoitukset ovat epätodennäköisempiä kuin massatuotantoon perustuvassa teollisuustaloudessa.[877] Kilpailuvaikutusten osalta ongelmana on dynamiikasta johtuva epävarmuus. "Uusi allianssikapitalismi" lisää trendinomaisesti sellaisia kilpailunrajoituksia, joiden tehokkuustavoitteet ovat näkemyksellisiä ja joissa on myös kilpailua rajoittavien vaikutusten uhka. Uhka on kuitenkin vain yksi tulevaisuuden vaihtoehto eikä toisaalta riippumaton tehokkuusvaikutusten synnystä.[878] M. Virtasen mukaan näissä olosuhteissa paine ehdollisten ratkaisujen tekemiseen kasvaa. Rakenteellisen yrityskauppavalvonnan ex ante -kontrolli vaikeutuu juuri mainitusta syystä.

---

[873] Ks. esim. Ahlborn, Evans ja Padilla (2001). Kirjoitus koskee uuden talouden ongelmia yleisesti.

[874] Kirjoittajien mukaan Nokia menettäisi markkina-asemansa parissa vuodessa, mikäli se lopettaisi panostukset tuotekehittelyyn. Ks. Ahlborn/Evans/Padilla (2001) s. 162. Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa sama esimerkki annetaan Microsoftista.

[875] Toisaalta tekijät myöntävät, että verkostoefekti muodostaa kilpailuviranomaisille legitiimin perusteen säännellä markkinavoimaa. Ks. Bishop/Caffara (2001) s. 33. Ks. myös esim. Krauss/Gotts (2000).

[876] Ks. M. Virtanen (2002) s. 160 ss.

[877] M. Virtanen (2002) s. 167.

[878] M. Virtanen (2002) s. 173.

Tämä lisännee tarvetta ex post -kontrolliin ja hajotusvaltuuksien käyttöön. Sekä ehdollisten ratkaisujen että viivästettyjen rakenteellisten keinojen käyttöönoton tarve saattaa olla merkittävin uuden talouden aiheuttama muutos kilpailulainsäädäntöön.[879] M. Virtanen kiteyttää kilpailuviranomaisen toimintaan kohdistuvat haasteet seuraavan listan muotoon:

1. päätökset tulee tehdä nopeammin;
2. dynaamiselle tehokkuudelle tulee antaa enemmän painoa päätöksenteossa;
3. dynaamista tehokkuutta tulee arvioida visionäärisemmin;
4. toimialoittaista ja teknologista erityisosaamista tarvitaan enemmän;
5. tarvitaan enemmän epämuodollisia ja konsultoivia menettelytapoja;
6. kilpailuviranomaisten kansainvälistä yhteistyötä tarvitaan enemmän;
7. yritysstrategisesti ja teknisesti orientoituneiden henkilöresurssien merkitys kasvaa;
8. kilpailuviranomaisen organisaatio muodostuu projektiluontoisemmaksi ja ulkopuolisen asiantuntemuksen merkitys kasvaa;
9. markkinoiden seurantaa tarvitaan enemmän.

Ahlbornin, Evansin ja Padillan kritiikkiin voidaan vastata, että kilpailuedun säilyttäminen suorituskilpailun keinoin on aina sallittua. Mitään takeita ei ole siitä, että määräävässä asemassa oleva yritys investoisi enemmän kuin yritys, joka ei hallitse markkinoita. Yrityskauppavalvonnassa ongelmaksi muodostuu se, ettei yrityskaupan kieltäminen edellytä väärinkäyttöä, vaan riittävää on "liiallisen" markkinavoiman saavuttaminen.[880] Hyvän keksinnön avulla määräävän aseman saavuttanut yritys asetetaan "fuusiokieltoon" sen toimittua kilpailijoitaan tehokkaammin. Kritiikki voidaan esittää toisessakin muodossa korostamalla sitä, että tarkasteluajankohdan täytyy olla riittävän pitkä. Vaikka yrityksellä olisikin staattisessa tarkastelussa markkinavoimaa, se ei kuitenkaan ole evolutionäärisessä tarkastelussa pysyvää.[881] Uhkana on, että liian tiukkojen kriteerien asettaminen johtaa tuotekehittelyä koskevien kannustimien heikentymiseen.[882] Uusi talous, dynaaminen tehokkuus ja verkostoituminen ovat iskusanoja, joilla ei voida sen enempää perustella kilpailupolitiikan alasajamista kuin sen lisäämistä. Kysymys ei ole perustavoitteissa tapahtuvasta muutoksesta vaan

---

[879] M. Virtanen (2002) s. 173.

[880] RS 82 artiklasta poiketen ainakaan selkeää eroa ei voida tehdä määräävän aseman ja väärinkäytön välillä.

[881] Perusongelma ei ole markkinamäärittelyssä, joka on heuristinen apuväline. Todellinen ongelma on siinä, että analyysi uhkaa typistyä tekniseksi harjoitukseksi, jossa johtopäätöksiä tehdään suppeilla markkinamäärittelyillä saavutettujen korkeiden markkinaosuuksien tai keskittymisindeksien perusteella. Pelkistetyt numeropelit ovat omiaan vähentämään tehokkuutta. Erityisen groteskeja tuloksia on saavutettavissa uuden talouden markkinoilla, jotka ovat jatkuvassa liikkeessä ja joilla markkinamäärittely voi menettää mielekkyytensä jo parissa vuodessa.

[882] Ks. myös Bishop/Caffara (2001) s. 31.

toimintaympäristön muutoksen edellyttämistä täsmennyksistä kilpailuanalyysin suorittamistapaan ja painopisteiden asettamiseen.

M. Virtasen analyysi on hyvin mielenkiintoinen. Esimerkiksi kilpailuneuvoston *Digita*-päätös kuvaa "tulevaisuuden ennustamiseen" liittyviä ongelmia, kun ollaan tekemisissä uuden talouden yrityskaupan kanssa. Vaikuttaisi siltä, että uuden talouden yrityskaupoissa markkinamäärittelyn merkitys vähenee itsenäisenä tapauskäsittelyn vaiheena. Uuden talouden markkinoita koskevissa tapauksissa markkinoiden määrittely ja määräävän aseman arviointi menevät aikaisempaa selvemmin lomittain. Kilpailuneuvosto ratkaisi tapauksen myöntämällä luvan tavanomaisin ehdoin kuitenkin sillä lisäedellytyksellä, ettei yritys jatka vertikaalista integraatiota hakemalla digitaalista televisiolupaa. Tämä koettiin niin voimakkaaksi ehdoksi, että yrityskauppa raukesi. Sen sijaan voidaan kysyä, kuinka perusteltu on ehdotus rakenteellisten pilkkomisvaltuuksien käyttämiseksi. Ehdotus ratkaisee tiedon kulkemiseen liittyvän dilemman tilanteissa, joissa dynaamisen kehityskulun ensimmäisessä vaiheessa ei tiedetä, mitä toisessa vaiheessa tulee tapahtumaan. Toisessa vaiheessa vaihtoehtoina ovat toimivan kilpailun säilyminen ja monopolin muodostuminen. Rakenteellinen päätös tehtäisiin viivytetysti vasta siinä vaiheessa, kun toisen vaiheen toteutunut tilanne on tiedossa. Ongelmana on kuitenkin se, että mikäli kyseessä ovat dynaamisesti kehittyvät markkinat, toista vaihetta seuraa todennäköisesti kolmas vaihe, joka sekään ei ole etukäteen tiedossa. Näin ollen toisessa vaiheessa tehty rakenteellinen ratkaisu voi osoittautua virheelliseksi kolmatta vaihetta silmällä pitäen aivan samalla tavalla kuin ensimmäisessä vaiheessa tehty ratkaisu toista vaihetta silmällä pitäen.

Yrityskauppavalvontaa tarvitaan myös uuden teknologian aloilla, koska paras tae edistää innovaatiokilpailua on pitää markkinarakenne kunnossa ja markkinat avoimina, jolloin kilpailu pakottaa yritykset panostamaan tuotekehittelyyn. Innovaatiokilpailussa muita paremman tuotteen tuoma kilpailuetu on tilapäinen ilmiö, elleivät markkinoiden olosuhteisiin ja määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymiseen liittyvät seikat rajoita kilpailijoiden mahdollisuuksia kuroa etumatkaa kiinni. Kilpailupolitiikalla ei tulisi puuttua prosessuaalisiin monopoleihin, jotka edustavat vain yhtä vaihetta teknologisen kilpailun jatkumossa. Ongelmana on sellaisten ratkaisukriteerien löytäminen, joilla ilmiselvää epävarmuutta voidaan hallinnoida. Varovaisuusperiaatteen[883] nojalla voidaan suosittaa sitä, ettei uuden talouden yrityskauppoihin puututtaisi kuin poikkeuksellisesti. Voidaan myös kysyä, mikä on markkinarakenteen yleinen merkitys indisiona uuden talouden yrityskaupoissa.[884] Nähdäkseni se muodostaa

---

[883] Varovaisuusperiaatetta sovellettiin esim. kotimaisessa *Digita*-tapauksessa.

[884] Porter (2001) s. 17 ss. suosittaa, että uuden talouden aloilla kilpailun toimivuutta tulisi arvioida sillä perusteella, miten hyvin markkinat tuottavat innovaatioita ja mikä on niiden kasvuprosentti. Tavoitteena on suunnata kilpailuanalyysia uudelleen siten, että se palvelisi nykyistä paremmin dynaamisen kasvun tavoitetta. Porterin lähestymistapa perustuu hänen tutki-

edelleen tarkastelun lähtökohdan. Dynaamisessa kehitysvaiheessa olevilla markkinoilla on erityisesti varottava ylikorostamasta keskittymismittareiden merkitystä. Jos kilpailua käydään pikemminkin markkinoista kuin markkinoilla ja tuotettavat hyödykkeet uusiintuvat nopeasti, staattinen tarkastelu voi ylikorostaa markkinavoiman merkitystä ja heikentää markkinoiden kykyä tuottaa innovaatioita. Toisaalta voidaan etsiä ratkaisuvaihtoehtoja, joilla säilytetään kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehokkuus viranomaistoiminnan painopistettä siirtämällä. Yhtenä linjana voidaan nähdä puuttuminen yrityskauppoihin, joiden voidaan olettaa heikentävän kilpailijoiden tuotekehitysmahdollisuuksia. Edellä on käsitelty teknologisen tulpan synnyttäviä vertikaalisia yrityskauppoja. Toinen vaihtoehto olisi yrityskaupan salliminen ehdollisena siten, että lopullinen hyväksyminen jäisi riippumaan tulevasta markkinakehityksestä.[885] Kilpailuviranomaisen päätöksessä kuvattaisiin ikään kuin vaihtoehtoisia päätöspolkuja.[886] Kysymys on oikeastaan päätöksestä, jossa keskittymä sallitaan, mutta viranomainen pidättää itsellään oikeuden määrätä se myöhemmin purettavaksi, mikäli vaihtoehtoisista skenaarioista toteutuu kilpailua rajoittava vaihtoehto. Riskinä on se, että epävarmuus lisääntyy liiaksi joustavuuden kustannuksella. Kannustimet panostaa tuotekehitykseen heikkenevät, jos mahdollisuudet hyödyntää hedelmiä tuotekehityksen ja markkinoille saattamisen onnistuessakin jäävät riippumaan ex post suoritettavasta kilpailuoikeudellisesta arvioinnista. Mahdollisesti ehdollisia päätöksiä ei voida välttää. Voidaanko tästä johtaa yleinen tarve rakenteellisten pilkkomisvaltuuksien käyttöönotolle, on vaikeampi kysymys. Kysymys vaatisi jatkotutkimusta. Uuden talouden markkinat muodostavat – pörssikuplan puhkeamisen jälkeen oletettua pienemmän – osan kansantaloudesta. Teollinen massatuotanto ei näyttäisi olevan häviämässä. Tarvitaan jatkossakin myös "perinteisiä" ratkaisuja.

---

muksen teoreettisessa osassa käsitellyn, strategisen kilpailun tutkimuksessa kehitetyn viiden voiman analyysikehokon hyödyntämiseen kilpailuoikeuden puolella. Porter katsoo, että yrityskauppoihin ei tulisi puuttua 50 %:n rajapyykin alapuolella. Ks. tältä osin myös Porter (2001 b) s. 945. Vrt. Bakerin ja Salopin (2001) kommenttia, jossa todetaan, ettei uuden talouden esiin murtautuminen merkitse sitä, että rakenteellisista kriteereistä yrityskauppojen valvonnassa tulisi tai edes voitaisiin luopua. Itse asettuisin Bakerin ja Salopin kannalle siinä, että rakenteellista tarkastelua tarvitaan jatkossakin. Porterin tarkastelussa korostetaan hyvin olennaisia seikkoja, mutta malli ei tarjoa ainakaan toistaiseksi riittävästi välineitä "perinteisten" analyysivälineiden sivuuttamiseksi. Nähdäkseni Porter menee analyysissään muutoinkin liian pitkälle. Erityisesti näkemys alle 50 %:n markkinaosuuden "vähäisestä" merkityksestä alamarkkinoilla vaikuttaa hätäiseltä ja huonosti perustellulta. Tosin uuden talouden markkinoilla ei voi liiaksi korostaa dynaamisen tarkastelun välttämättömyyttä rakenteellisen tarkastelun perusteella tehtyjen alustavien johtopäätösten täydentämisessä ja korjaamisessa. Kuten yleensäkin, olennaisia eivät ole numerot vaan numeroiden taustalta löytyvät tosiseikat ja kehitystrendit.

[885] Ks. esim. Yao/Dahdouh (1993).

[886] Ks. esim. M. Virtanen (2001); Purasjoki/Jokinen (2001).

C. NÄKÖALOJA JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

1. Markkinavoiman sääntelyn haasteita

1.1 KILPAILUVAPAUS JA VALLAN PARADOKSI

Markkinatalous perustuu makrotasolla periaatteelle, jonka mukaan hyödykkeiden hinnat määräytyvät vapaasti kysynnän ja tarjonnan perusteella. Kilpailumekanismi allokoi resurssit parhaimpaan käyttöönsä, edistää teknis-taloudellista kehitystä ja turvaa jokaiselle suorituksensa mukaisen elintason. Yksilötasolla ajatuksena on, että sopimuksen osapuolet voivat vapaasti harkita itselleen parhaimman vaihtoehdon (*individualistinen etiikka*). Talouden subjektit voivat kukin päättää itse, mitä hyödykkeitä he ostavat. Yritykset ja kuluttajat eivät suinkaan ole vapaita, vaan tiukkojen taloudellisten lainalaisuuksien alaisia. Talouden lainalaisuuksiin perustuva valta on luonteeltaan anonyymiä ja siinä mielessä helpommin hyväksyttävissä kuin kulutusta koskevat suorat viranomaismääräykset ja kontrolli tai toisen yksityisen talouden subjektin taholta tuleva ohjaus. Markkinatalous edellyttää vapaata vaihdantaa, ja vapaa vaihdanta voi täyttää tehtävänsä ainoastaan jos kilpailu on toimivaa. Erillinen kysymys on se, missä määrin kilpailun aikaansaamaa lopputulosta tasoitetaan esim. verotuksen ja tulonsiirtojen avulla. Tämä on tarpeen yksistään jo kilpailun edellytysten ja kilpailukyvyn säilyttämiseksi. Tulonsiirtojen tarve ei poista kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarvetta, sillä siirrettävä tulo syntyy pääsääntöisesti paremmin kilpailumekanismin kuin keskussuunnittelun kautta (*kollektiivinen etiikka*).

Markkinavoiman sääntelemisen taustalla olevat motiivit käyvät ilmi, kun sääntelyn tavoitteita verrataan kilpailumekanismilta odotettuihin vaikutuksiin. Täydellisen kilpailun idealisoidussa mallissa taloudellinen päätöksenteko on täysin desentralisoitua. Yksikään yritys ei voi itse vaikuttaa määräävästi markkinoiden toimintaan. Talous ohjautuu kuin näkymättömän käden ohjaamana. Kilpailuoikeudellinen käsite markkinavoima kuvaa tilannetta, jossa päätöksenteko ei ole desentralisoitu. Talous ei ohjaudukaan itsestään, vaan tietyllä yrityksellä tai useamman yrityksen muodostamalla ryhmällä on mahdollisuus merkittävässä määrin vaikuttaa markkinoiden toimintaan. Markkinavoimainen yritys voi joko suoranaisesti itse ohjata markkinoita tai ainakin toimia niistä riippumattomasti. Markkinavoimaa säädellään, koska taloudellisen voiman liiallisen kasaantumisen on arveltu vähentävän hyvinvointia (taloudellista tehokkuutta) kansantaloudessa kilpailumekanismin häiriintyminen seurauksena; johtavan markkinoilla toimivien yritysten vapauden rajoituksiin, johtavan tulonsiirtoihin kuluttajilta markkinavoimaisille yrityksille sekä keskittävän taloudellista valtaa, jolloin uhkaksi voi muodostua suuryritysten liiallinen valta poliittisessa päätöksenteossa.

Markkinatalous perustuu ajatukselle, ettei suorituskilpailun keinoin toimiva yritys vastaa kilpailijoilleen aiheuttamastaan taloudellisesta vahingosta. Vielä on arvioitu, että taloudellinen vallan keskittyminen voi uhata poliittisen päätöksentekomekanismin riippumattomuutta. Tilanne, jossa lainsäätäjä ja viranomainen antavat normeja ja ratkaisuja demokraattisessa järjestyksessä sovittujen yleishyödyllisten päämäärien saavuttamiseksi, voikin kääntyä päälaelleen tilanteeksi, jossa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys tai elinkeinonharjoittajien etujärjestö säädättää itselleen edullista lainsäädäntöä. Tämä lisää entisestään taloudellisen vallanjaon epäsymmetrisyyttä. Raja taloudellisen ja poliittisen vallan välillä osoittautuu liukuvaksi. Taloudellinen valta on rivaliteettien ja vastareaktioiden uhkaamaa. Markkinavoima voi olla markkinoiden kehityksen luonnollinen ja hyväksyttävä seuraus. Toisaalta huomattavat mittasuhteet saavutettuaan valta voi alkaa kasvaa korkoa.

Kilpailuoikeudessa operoidaan yhtäältä yleislausekkeilla ja toisaalta ankarilla sanktioilla. Aina ei ole etukäteen selvää, milloin yrityksellä on määräävä asema tai milloin suorituskilpailusta on liiaksi poikettu. Perusluonteeltaan suhteellisen avoimen kieltotunnusmerkistön täyttyminen johtaa korkeahkoon seuraamusmaksuun tai suunnitellun yrityskaupan kieltämiseen. Yritysten oikeusturvaa voidaan pyrkiä parantamaan kirjaamalla yrityksen puolustautumisoikeudet lakiin tai erottamalla tutkiminen, syyttäminen ja tuomitseminen toisistaan, kuten mm. Suomessa on menetelty kilpailuviraston ja markkinaoikeuden toimivaltuuksien sääntelyssä. Kilpailuprosessin ja asianosaisten kannalta keskeistä ei ole ainoastaan oikeudenmukainen prosessi vaan nimenomaan oikea lopputulos. Luonnollisesti prosessitakeet ovat yksi edellytys, mutta aineellisoikeudellisesti kyse on ennen muuta siitä, että sääntely täyttää sille asetetut tehtävät ja että päätökset edistävät joltiseltaankin niitä tavoitteita, joita lainsäädännössä on asetettu – tehokkuutta, edistystä, kuluttajan etua, elinkeinonharjoittamisen vapautta.

Markkinavoiman sääntely ei ole viranomaiselle yksinkertaista. Taloudellisen vallan *liiallinen* keskittyminen luo seuraavia uhkakuvia:

1) kilpailumekanismin häiriintyminen heikentää allokatiivista ja dynaamista tehokkuutta; jolloin seurauksena on hintatason nousu, edistyksen hidastuminen ja bruttokansantuotteen tippuminen;
2) liiallinen markkinavoima johtaa ansaitsemattomiin tulonsiirtoihin;
3) taloudellisen vallan keskittyminen harvoihin käsiin vähentää muiden markkinatoimijoiden vapautta samassa suhteessa kuin määräävässä asemassa olevan yrityksen valta markkinoilla kasvaa;
4) vapaaseen vaihdantaan perustuvan markkinatalouden oikeudelliset, poliittiset, ja moraaliset premissit joutuvat kyseenalaisiksi;
5) suoran mutta tehottoman viranomaissääntelyn lisääntymiseen ja/tai pysyväisluonteisempaan vallan siirtymään taloudellisen ja poliittisen vallan sulautuessa yhteen.

Liian tiukka tai joustamaton kilpailulainsäädäntö/soveltamiskäytäntö luo seuraavia uhkakuvia:

1) yritysten produktiivisen tehokkuuden heikentyminen optimaalisen yrityskoon jäädessä saavuttamatta;
2) dynaamisen tehokkuuden heikentyminen tuotekehitysresurssien tai kannustimien jäädessä liian vaatimattomiksi tai viranomaisen estäessä potentiaalisesti hyödyllisen yhteistyön;
3) kilpailun ohjausfunktio heikkenee jos lainsäädäntö estää yrityksiä sopeutumasta perusolosuhteissa tapahtuviin muutoksiin;
4) markkinakilpailun korvautuminen hallinnoidulla kilpailulla, jossa kilpailuviranomainen sanelee esim. hintatason tai sallitut sopimusehdot;
5) viranomaissääntelyn ja julkisen vallan liiallinen korostuminen yksityisten markkinatoimijoiden vapaan toimeliaisuuden sijasta.

Taloudellisen vallan kontrollointi on metatavoitteena taustalla, vaikka se ei nouse esille päivittäisessä teknisluontoisessa analyysissa. Vähintään yhtä paljon on varottava sitä, ettei kilpailuviranomaisen valta ylikorostu. Tämä edellyttää, että kilpailuoikeuden soveltaminen perustuu oikeudelliselle harkinnalle, ei tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Tehokas muutoksenhaku on järjestettävä ja mielellään eriytettävä asian tutkiminen, syyttäminen ja tuomitseminen toisistaan. Viimein on turvattava kilpailuviranomaisen itsenäisyys suhteessa poliittiseen päätöksentekoon. Aineellisen oikeuden kannalta tämä merkitsee sitä, että normien on oltava sääntelyn ennakoitavuuden nimissä mahdollisimman yksiselitteisiä ja velvoittavia. Prosessiperiaatteiden osalta on pyrittävä säilyttämään institutionaalinen tasapaino kilpailuviranomaisten tehokkaiden tutkimisvaltuuksien, yritysten legitiimien intressien ja oikeusturvaa antavien lainkäyttöviranomaisten välillä.

1.2 KILPAILUTEORIAN KOULUKUNNAT JA MARKKINAVOIMAN SÄÄNTELY

Markkinavoimaa voidaan pyrkiä sääntelemään joko estämällä sen syntyminen tai saattamalla valtaa omaava suoran tai epäsuoran valvonnan alaiseksi. Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa määräävä markkina-asema ei ole kielletty. Taloudellisen vallan keskittyminen sallitaan, mutta tietyn rajan (dominanssi) ylittymisestä alkaen yritys on erityisen, markkinavoiman väärinkäyttöä koskevan valvonnan alaisena. Sääntelykeinona on epäsuora sääntely. Suoraa monopoliyrityksen hintojen tai tuloksen sääntelyä on käytetty lähinnä vahvasti luontaisen monopolin piirteitä omaavien markkinoiden sääntelyssä sektoreilla, joilla markkinat eivät itsessään toimi. Laissa on kielletty yleisesti vahingollisten markkinavoiman väärinkäyttönä pidettyjen toimintatapojen käyttäminen. Vää-

rinkäyttövalvonnan painopiste on siirtynyt asiakkaiden kohtuuttoman hyväksikäytön estämisestä sen sääntelemiseen, ettei määräävässä asemassa oleva yritys sulje kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailija voidaan sulkea markkinoiden ulkopuolelle joko ottamalla tältä pois asiakkaat tai estämällä markkinoille pääsy. Kilpailuoikeus suojaa kilpailuprosessia, ei kilpailijoita. Toisaalta kilpailu edellyttää jo käsitteellisesti vähintään yhden kilpailijan olemassaoloa. Erottelu kilpailun ja kilpailijoiden suojelemisen välillä ei ole niin selkeä ja yksiselitteinen kuin miltä ensi näkemältä vaikuttaisi.

Markkinavoiman määrittämisessä ja sen haitallisten muotojen torjunnassa hyödynnetään kilpailuteorian tutkimustuloksia. Tutkimus on osoittanut, ettei taloustiede anna valmiita tai riidattomia vastauksia eikä se korvaa kilpailuoikeudellista analyysiä. Taloustiedettä voidaan ja kannattaa hyödyntää päätöksenteon apuna. Taloustiede antaa kilpailujuristille nyrkkisääntöjä, työhypoteeseja ja tutkimusmetodeja. Kilpailuoikeudessa oikeus- ja taloustiede sekoittuvat toisiinsa eikä voida tarkalleen määrittää, mihin oikeustiede loppuu ja mistä taloustiede alkaa. Kyse ei siten ole reaaliargumentista tai tieteenalan ulkoisesta tekijästä, vaan oikeudenalan osatekijästä. Eri asia on, että taloustieteen termit täytyy kääntää talouden kieleltä oikeuden kielelle ja tutkimusmenetelmiä muokata siten, että ne ovat paremmin hyödynnettävissä oikeudellisessa päätöksenteossa. Myös taustalla olevat arvovalinnat vaikuttavat analyysiin. Relevantti kysymys ei kuulu, hyödynnetäänkö taloustiedettä, vaan *kenen taloustiedettä* hyödynnetään. Tämän hahmottamiseksi tutkimuksessa on suosittu termin kilpailun taloustiede sijasta kattavampaa *kilpailuteorian* käsitettä.

1.2.1 Koulukuntien vertailua

Harvardilaisessa kirjallisuudessa korostetaan sitä, että markkinoiden rakenne vaikuttaa yritysten markkinakäyttäytymiseen, joskin jyrkimmästä strukturalismista on luovuttu. Markkinavoiman yleisestä haitallisuudesta johdetaan vaatimus kartellien ja vertikaalisten kilpailunrajoitusten tiukasta sääntelystä, tiukasta yrityskauppavalvonnasta ja haitallisten keskittymien purkamisesta. *Chicagolaiset* kiistävät markkinoiden keskittymisen ohjaavan käyttäytymistä ja näkevät kausaalisuhteen pikemminkin päinvastaisena. Siinä missä harvardilaiset korostavat markkinavoiman haittoja, chicagolaiset uskovat markkinoiden kilpailullisuuteen ja kykyyn purkaa valtakeskittymiä, ellei sitten julkinen valta aseta esteitä markkinoille pääsylle. Kilpailuoikeudellinen sääntely tulisi rajoittaa lähinnä kartellien ja monopoliin johtavien yrityskauppojen estämiseen. Päähuomio tulisi kiinnittää julkisten kilpailunrajoitusten purkamiseen. Chicagolaisessa ajattelussa kilpailupolitiikka nähdään deregulaation täydentäjänä. *Uusitävaltalaiset* kiistävät niin harvardilaisten kuin chicagolaisten kyvyn ennustaa markkinoiden kehitystä. *Hayekista* alkaen uusitävaltalaiset ovat korostaneet

sääntelijän tiedossa olevan informaation puutteellisuutta ja kilpailun yllätyksellisyyttä siinä mielessä, ettei lopputulos, oletus markkinavoiman hyödyllisyydestä tai haitallisuudesta, voi olla kenenkään tiedossa etukäteen. Johtopäätöksenä on joko vaatimus kilpailuoikeudellisen sääntelyn purkamisesta tai vaihtoehtoisesti kilpailuoikeuden perustaminen per se -tyyppisille säännöille, jotka jättävät lain soveltajalle mahdollisimman vähän harkintavaltaa ja erehtymismahdollisuuksia.

Ordoliberaalit korostavat tarvetta torjua markkinavoimaa paitsi tehokkuussyistä, myös jotta turvataan demokraattinen päätöksenteko. Ordoliberalismi eroaa uusitävaltalaisuudesta erityisesti siinä, että valtiovallalla nähdään keskeinen rooli kilpailun turvaamisessa. Yhteistä Hayekin ajattelulle on suunnitelmatalouden ja pistekohtaisen keskussuunnittelun kritisoiminen. Toisin kuin libertaristit, ordoliberaalit korostavat sosiaalista oikeudenmukaisuutta. Markkinoita ja etiikkaa ei voida erottaa toisistaan. Koko harjoituksen taustalla on ordoliberaalien subjektiivinen käsitys siitä, millainen on hyvä ja oikeudenmukainen yhteiskunta. Markkinoiden toimivuuden nimissä elinkeinoelämän suora sääntely, esim. hintojen ohjaaminen, tulee rajoittaa minimiinsä. Koulukunnan sisällä kannat hajoavat sen suhteen, mitä minimillä tarkoitetaan. Voidaan kannattaa liberaalia markkinataloutta tai sosiaalista markkinataloutta. Valtiovallan elinkeinopoliittinen perustehtävä nähdään markkinatalouden instituutioiden luomisessa ja yleisten pelisääntöjen asettamisessa. Voimakkaimmin yritysten toimintaan puututaan kilpailupolitiikalla. Markkinavoima on torjuttava, koska se rapauttaa hintamekanismin ohjauksen ja koordinaation ja vaikuttaa pidemmän päälle haitallisesti myös poliittiseen päätöksentekoon. Kilpailupolitiikan varsin voimakasta roolia perustellaan sillä, että koko rakennelma sortuu, jos kilpailu häiriintyy. Kilpailupolitiikka nähdään eräänlaisena demokraattisen markkinatalousjärjestelmän henkivartijana. Näen ordoliberalismin arvon ennen muuta kilpailun yhteiskunnallisen roolin ja markkinavoiman systeemisten haittavaikutusten osoittamisessa. Tältä osin koulukunnan näkemyksiin on pitkälti yhdytty tässä tutkimuksessa. Eri asia on se, ettei yksioikoista markkinavoiman torjumista enää voida pitää perusteltuna.

1.2.2 Kilpailupolitiikan tavoitteet

Talouspolitiikan tavoitteet voidaan jakaa metatavoitteisiin (vapaus, hyvinvointi, oikeudenmukaisuus) ja toisaalta konkreettisiin tavoitteisiin, esimerkiksi kilpailulliset markkinat. Se, että historiallisen kokemuksen mukaan metatavoitteita ei pystytä turvaamaan suorilla yrityksillä välittömästi ohjata markkinoita, ei merkitse sitä, että sanotut tavoitteet voitaisiin kokonaan sivuuttaa kilpailuoikeudessa. Vastoin *Hayekin* tai useimpien chicagolaisten edustamaa kantaa moraalikysymyksiä ei voida kokonaan sivuuttaa markkinakilpailussa, aivan kuten ei

muissakaan sosiaalisen kanssakäymisen muodoissa. Säänneltäessä ihmisten välisiä suhteita esimerkiksi kilpailulainsäädännön avulla selitysyritykset, jotka rajoittuvat vain yhden kategorian säännönmukaisuuden mallintamiseen (esimerkiksi hintojen reagoiminen kysynnän määrässä tapahtuviin muutoksiin) mutta vaativat silti itselleen yksinomaisen, autoritäärisen selitysmallin asemaa, ovat jo lähtökohtaisesti tuomittuja epäonnistumaan. Sitä paitsi epäeettisten kilpailukeinojen yleistyminen on myös omiaan vähentämään markkinakilpailun tehokkuutta.

Taloustieteessä vallitsee tällä hetkellä varsin laaja yhteisymmärrys siitä, että paljaat kartellit, hintojen keinotekoiseen ylöspäin vedättämiseen tähtäävät kilpailijoiden välipuheet, ovat yleisesti vahingollisia, tai että tavanomaisia määräyksiä sisältävä jakelusopimus on harmiton, jos sopimuksen osapuolilla ei ole lainkaan markkinavoimaa. Yhtä selvää lienee monopolin haitallisuus verrattuna täydelliseen kilpailuun. Tämän osoittaminen ei edellytä tuekseen laajaa taloustieteellisen kirjallisuuden referointia. Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa mielenkiinto kohdistuu *rajatapauksiin*. Toisaalta taloustiede ei ainakaan yksinään vastaa kysymykseen, milloin markkinoita hallitsevan yrityksen toiminta muuttuu vahingolliseksi tai mistä alkaen horisontaaliset yrityskaupat ovat vahingollisia. Ensinnäkin taloustiede on rajatapauksissa monisäikeinen tiede, jossa positiiviset näkemykset menevät voimakkaasti ristiin. Toisekseen, kilpailuoikeudessa kieltokynnys ylittyy siinä vaiheessa, kun sen *halutaan* ylittyvän. Kyse on lainsäätäjän ja sen soveltajan tekemistä nimenomaisista tai hiljaisista valinnoista. Kilpailuteoriassa mallinnetaan yritysten käyttäytymistä markkinoilla ja tehokkuusvaikutuksia. On luonnollista ja hyväksyttävää, että markkinoilla rajalliset resurssit pyritään saamaan mahdollisimman hyvään käyttöön. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että kilpailuoikeus pelkistyisi mikrotalousteorian soveltamiseksi käytäntöön. Kilpailuteoria eroaa kilpailupolitiikasta siinä, että jälkimmäinen edellyttää aina arvovalintoja. Arvovalintoja ei voitane osoittaa tieteellisesti oikeaksi tai vääriksi. Kyse on siitä, mitä tavoitteita kilpailuoikeudella halutaan edistää. Taloustieteellä ei voitane osoittaa tiettyä päämäärää tai keinoa virheelliseksi, mahdollisesti kyllä tuoda esille tietyn vaihtoehdon puolesta tai sitä vastaan puhuvia asia-argumentteja. Tällöinkin edellytyksenä on, että keskustelua käyvä auditorio hyväksyy taloustieteellisen ajattelun taustalla olevat premissit oikeiksi ja kilpailupoliittisen ja -oikeudellisen päätöksenteon arvopohjan kannalta riittävän kattaviksi.

Taloustieteellinen lähestymistapa on kiistatta nostanut kilpailuoikeudellisen argumentoinnin tasoa, muttei sittenkään liene yksinään ratkaiseva läpimurto. Kilpailuoikeus on ja sen myös tulee säilyä oikeutena eikä transformoitua mikrotaloustieteen käytännön sovellutukseksi. Edellä todettu ei vähennä taloustieteen arvoa kilpailuoikeustieteen rinnalla. Kilpailuoikeuden teknisen toteutuksen tasolla on tarkasteltu, miten taloudellisia lähestymistapoja ja työmenetelmiä voidaan hyödyntää oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Pyrkimyksenä on

ollut kokoava, eklektinen lähestymistapa. Kilpailuoikeudella puututaan tilanteisiin, joiden seurauksena

a) hyödykkeiden hinnat nousevat ja tuotanto rajoittuu kuluttajan edun vastaisesti
b) keinotekoisesti estetään tai rajoitetaan toisten elinkeinonharjoittajien pääsyä markkinoille tai rajoitetaan niiden toimintaa markkinoilla
c) tulkintaperiaatteina ovat tehokkuuden lisääntyminen (kuluttajien hyvinvointi) ja elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaaminen (suorituskilpailu).

1.2.3 Markkinavoiman vahingollisuuden arvioiminen

Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta suurimmat vaikeudet liittyvät sen arvioimiseen, milloin markkinavoima on vahingollista. Valta kuuluu luontaisena elementtinä kaikkeen elinkeinotoimintaan. Valtaa itsessään ei voitane luokitella positiiviseksi tai negatiiviseksi. Esimerkiksi uuden tuotteen markkinoille saattaminen edellyttää valtaa paitsi yrityksen sisällä, kohtuullisessa määrin myös tuotekehitykseen osallisten itsenäisten toimijoiden keskinäisissä suhteissa. Vasta ylimittaiseksi kasvettuaan valta muuttuu negatiiviseksi ilmiöksi. Vallan syntymisen kategorinen estäminen ei ole sen enempää järkevää kuin mahdollista. Suunnitelmataloudesta saadut historialliset kokemukset osoittavat, ettei yksityisen vallan korvaaminen julkisella vallalla ole toteuttamiskelpoinen vaihtoehto, jos kansalaisille halutaan turvata olennainen vapauspiiri ja poliittinen päätöksentekojärjestelmä säilyttää demokraattisena. Suunnitelmatalous ei nimittäin näyttäisi vähentävän vaan lisäävän vallan epäsymmetrisyyttä yhteiskunnassa. Taloudellisen vallan olemassaolon kieltäminen tai sen sääntelemättä jättäminen näyttäisi johtavan markkinoiden monopolisoitumiseen ja niinikään päätöksenteon keskittymiseen. Kilpailuoikeudellinen sääntely on tarpeen. Kenellä valtaa on, ei voi olla vapaa, koska valta mahdollistaa muiden vahingoittamisen. Ongelmana on löytää järkevä demarkaatiolinja hyödyllisen (tehokkuutta edistävän) tai vaarattoman ja haitallisen taloudellisen vallan välillä. Mitä enemmän valtaa, sitä enemmän voidaan saada aikaan vahinkoa. Mitä enemmän markkinavoimaa, sitä kovempi kontrolli, koska valtaa pitää kontrolloida.

Kilpailuoikeuden teknisellä tasolla ongelmia liittyy markkinavoiman mittaamiseen ja otollisimman keinojen keskinäisen suhteen löytämiseen. Mikä on otollisin käyttäytymisen valvonnan ja rakenteellisen valvonnan välinen suhde? Yrityksen markkinoilla pitämää voimaa voidaan pyrkiä mittaamaan suoraan yrityksen käyttäytymistä koskevien indeksien perusteella tai epäsuorasti markkinoiden rakenteen kannalta. Kiistanalaista on, mikä merkitys tulisi antaa riippuvuussuhteille ja toisaalta arviolle taloudellisen vallan säilymisestä tulevaisuudessa. Kilpailuoikeuden johtava paradigma on taloudellisen vallan lähesty-

minen rakenteellisen tarkastelun kautta (dynamisoitu SCP-malli). Konseptissa Akilleen kantapääksi muodostuu relevanttien markkinoiden määrittely.

Kilpailuoikeuden keinovalikoimassa tärkeimpiä instrumentteja ovat kartellikielto, määräävän aseman väärinkäyttökielto ja yrityskauppavalvonta. Kartellikiellolla puututaan kilpailua rajoittaviin sopimuksiin ja yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin. Määräävän aseman väärinkäyttökiellolla puututaan määräävässä asemassa olevan yrityksen yksipuolisiin toimenpiteisiin, joilla se pyrkii sitomaan asiakkaitaan, estämään kilpailijoiden toimintaa tai kohtuuttomasti hyödyntämään markkinavoimaansa. Yrityskauppavalvonnalla pyritään turvaamaan kilpailullinen markkinarakenne. Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite eroaa kartellista siinä, että kun kartellikiellolla puututaan markkinavoimaa tuottaviin sopimuksiin, yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon avulla puututaan sellaiseen yksipuoliseen markkinavoiman väärinkäyttöön, jonka syy löytyy oligopoliyritysten välisistä suhteista, jotka mahdollistavat yksipuolisen toiminnan suhteissa asiakkaisiin. Kysymys on näiden instrumenttien keskinäisestä optimoinnista.

1.3 MARKKINAVOIMAN MITTAAMINEN

Markkinavoiman suorat mittaamistavat pyrkivät selvittämään yrityksen käytettävissä olevia vaihtoehtoja erityisesti hinnoittelussa. Hinnoitteluvapautta voidaan selvittää joko yrityksen omien kustannusten tai yrityksen kohtaaman rivaliteetin perusteella taikka tekemällä johtopäätöksiä toteutuneiden voittojen tasosta. Rakenteellisessa tarkastelussa pääpaino kohdistuu keskittymisasteen ja alallepääsyn esteiden selvittämiseen. Markkinavoimaa lähestytään epäsuorasti. Huomiota ei kiinnitetä välittömästi tutkimuksen kohteena olevan yrityksen käyttäytymisen osoittamaan riippumattomuuteen, vaan markkinatoimijoiden kokoeroihin ja muihin pysyväisluonteisiin morfologisiin tekijöihin, jotka voivat perustaa ja säilyttää kilpailun paineista riippumattoman aseman.

Korkea hinnoittelu voi *indisoida* määräävää markkina-asemaa. Jos lähtökohtana on myös asiakkaan pyrkimys voiton maksimointiin, voidaan olettaa, ettei korkeaa hintaa maksettaisi ilman pakottavaa syytä. Etuna rakenteelliseen tarkasteluun on se, ettei määräävää markkina-asemaa tarvitse johtaa kiistellystä kausaalisuhteesta markkinarakenteen ja yrityksen riippumattoman aseman välillä. Pyrittäessä mittaamaan yrityksen markkinavoimaa hinnoittelun perusteella ongelmaksi näyttäisi muodostuvan implisiittinen oletus, että yritys pyrkii maksimoimaan lyhyellä aikavälillä hintansa. Kilpailuetu ja sen ulosmittaaminen rahassa eivät ole sama asia. Toiseksi, yrityksen hinnoittelu muodostaa vain yhden relevanteista kilpailukeinoista. Muita ovat esimerkiksi yrityksen laatupolitiikka ja pyrkimys pitkäaikaisiin sopimuksiin. Ainakaan yhden yrityksen tasolla tarkasteltuna toteutunut hinnoittelu ei kerro välttämättä paljoakaan hin-

noittelun syistä. Toteutunut hintamarginaali voi kuvata pikemminkin yksikön tehokkuutta tai tehottomuutta kuin markkinavoimaa tai sen puuttumista. Kilpailuoikeudellisesti ilmaisten ongelmaksi muodostuu hinnoittelun ja markkinavoiman välisen kausaalisuhteen hataruus. Valtaosa viranomaisten ratkaistavaksi tulevista kilpailutapauksista sijoittuu näiden äärimmäisten markkinamuotojen välimaastoon. Samasta syystä täydelliseen kilpailuun perustuvien hinnoittelumallien (esim. Lernerin indeksi) selitysvoima on rajallinen. Se, ettei kilpailu ole täydellistä, vaan että lähes kaikilla yrityksillä on ainakin vähän markkinavoimaa, on tiedossa jo etukäteen.[1] Huomio, että yritys on voinut hinnoitella yli rajakustannustensa tai keskimääräisten muuttuvien kustannusten, tai on toiminut voitollisesti, ei ole ratkaiseva tieto harkittaessa kysymystä määräävän markkina-aseman olemassaolosta.[2]

Määräävän markkina-aseman mittaamiskeinojen osalta olennaista on, että kriteerit ovat *mahdollisimman selkeitä ja todennettavissa olevia*. Mikäli valinta tulee tehdä käytettävissä olevien vaihtoehtoisten metodien välillä, kilpailuoikeutta soveltavan lainkäyttöelimen näkökulmasta tarkasteltuna luotettavimmalta vaihtoehdolta vaikuttaa markkinavoiman epäsuora määritteleminen rakenteellisen tarkastelun avulla. Useamman vuoden ajan hallussa pidetty korkea markkinaosuus yhdessä todennettujen alallepääsyn esteiden kanssa indisoi määräävää markkina-asemaa. Asiakkaat eivät voi vapaasti vaihtaa toimittajaa, koska kilpailijoiden kapasiteetti ei riitä koko kysynnän tyydyttämiseen. Menetelmän heikkoutena on, että se perustuu valintoja edellyttävään relevanttien markkinoiden määrittelyyn.

Relevanttien markkinoiden määrittely on varsin kaukana optimaalisesta metodista, mutta se on ilmeisesti toistaiseksi keksityistä metodeista kelvollisin tapa todentaa määräävä markkina-asema, kun huomioon otetaan markkinavoiman määrittelyn käytännön tarpeet, tyypillisesti viranomaisten käytettävissä oleva aineisto sekä kontradiktorinen soveltamistilanne. Tuomioistuimeen asti päätyvissä kilpailuasioissa jutun asianosaisten (kilpailuviranomainen, epäilty tai kiellon kohteena oleva yritys, kilpailunrajoituksen kohteena oleva yritys) intressit markkinamäärittelyn lopputuloksen suhteen poikkeavat yleensä toisis-

---

[1] Elzinga on todennut saman asian seuraavasti: "The bipolar models of perfect competition and monopoly, while conceptually of enormous use in economic analysis, have been inadequate for policy purposes in the antitrust arena. If a policy agaist monopoly was to be pursued, it was not especially useful to rely upon a model, such as that of perfect competition, in which all price-searching firms are by definition monopolists." Elzinga (1989) s. 13.

[2] Tästä syystä kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 kohdassa puhutaan mahdollisuudesta ohjata alan hintatasoa eikä vain mahdollisuudesta ylittää omat kustannukset. Relevantti testi kuuluu, voiko yritys nostattaa koko alan hintatasoa supistamalla omaa tuotantoaan. Yrityksen hinnoittelua koskevan selvittelyn tulisi pureutua juuri tähän kysymykseen. Kuitenkin hintavalta on aina relatiivista. Kuten tunnettua, edes monopolisti ei ole täysin vapaa hinnoittelussaan. Hintavaltaa kuvaavaa aineistoa voidaan epäilemättä hyödyntää määräävän aseman todentamisessa, sikäli kuin luotettava todistusaineisto saadaan kokoon.

taan. Usein valinta suppean tai laajan markkinamäärittelyn välillä ratkaisee asiallisesti kysymyksen määräävän aseman olemassaolosta.

Kahden hyödykkeen välisen elastisuuden määrittäminen on empiirinen kysymys. Tietyn hyödykkeen hinnanmuutoksen vaikutus vertaillun hyödykkeen kysyntään voidaan mitata ja saatu mittaustulos falsifioida. Sitä vastoin ratkaisevana pidettävän ristijouston asteen vahvistaminen edellyttää viranomaiselta valintoja sen toteamiseksi, luetaanko kaksi hyödykettä tai hyödykeryhmää samoille vai eri markkinoille. Sitä vastoin kulloistakin markkinamäärittelyä voidaan ja on syytä arvioida kriittisesti siltä kannalta, *kuinka tarkoituksenmukainen valittu määrittely on selvityksen kohteena olevan asiantilan todentamiseksi tai kuinka hyvin määritelmä on linjassa aikaisemman tapauskäytännön kanssa. Kilpailuoikeudessa markkinamäärittelyyn liittyvä sidottuisuus ja oikeusvarmuus ovat saavutettavissa vain riittävän laajan ja yksityiskohtaisen tapauskäytännön kautta.* Samalla on pidettävä huoli siitä, ettei kerran omaksuttu kanta muodostu tulpaksi uuden löytämiselle. Markkinamäärittely on perusluonteeltaan taloudellinen tosiasiakysymys. Jos markkinamäärittelyn taustalla olevat tosiseikat muuttuvat ratkaisevasti, aiemmat kannanotot menettävät merkitystään.

Relevanttien markkinoiden määrittely muodostaa ajatusrakennelman, jossa syy- ja seuraussuhteet ovat varsin monimutkaisia. Liian suppea markkinamäärittely tuo määräävän markkina-aseman alle yrityksiä, joilla todellisuudessa ei ole realistisia mahdollisuuksia sen enempää hinnoitella yli kilpailullisen hintatason kuin sulkea kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle. Kyse voi olla esim. differoinnin tuomasta näennäisestä riippumattomuudesta, jota ei ole mahdollista väärinkäyttää ilman kilpailijoiden vastareaktioita. Mikäli tuomioistuin samaistaa liian yksioikoisesti korkean markkinaosuuden ja määräävän markkina-aseman, virheratkaisujen vaara on ilmeinen. Ollakseen luotettava markkinamäärittelyä on säännönmukaisesti täydennettävä tarjonnan korvaavuutta, alallepääsyn esteitä ja potentiaalista kilpailua koskevalla tarkastelulla. Määräävän aseman todentaminen edellyttää kokonaisarvostelua, jossa moninaisia ja mahdollisesti eri suuntiin vaikuttavia tekijöitä punnitaan keskenään.

Ekonometrista aineistoa näytetään sovelletun toistaiseksi enimmäkseen yrityskauppavalvonnan puolella.[3] Tämä selittynee osittain aineiston helpommalla sovellettavuudella ja toisaalta sillä, että yrityskauppavalvonta luo väärinkäyttöä otollisemman ilmapiirin ekonometristen menetelmien soveltamiselle. Valtaosassa yrityskauppatapauksia sekä kilpailuviranomaisen että sulautuvien yritysten intressissä on vaikuttaa kaikin keinoin tapauksen nopeaan ratkaisuun. Ilmapiiri on vaikeampi tilanteissa, joissa suurta yritystä epäillään määräävän aseman väärinkäytöstä. Yleensä taustalla on kilpailijan toimenpidepyyntö. Toisaalta markkinavoiman jälkikäteisen selvittämisen voisi olettaa olevan tulevai-

[3] Ks. esim. tapaukset *Nestlé/Perrier* ja *Volvo/Scania*.

suuden ennustamista yksinkertaisempaan. Toisin kuin väärinkäyttövalvonnassa, yrityskauppavalvonnassa kyse on aina tulevaisuuden ennustamisesta, jolloin sofistikoiduimmatkaan apuvälineet eivät anna kuin todennäköisen ratkaisun. Ekonometriset laskelmat sisältävät usein ceteris paribus -oletuksia, joiden taustalla olevat premissit joutuvat koetukselle kontradiktorisessa menettelyssä. Vastustajalla on usein keinoja, joilla malli voidaan ampua hajalle tuomioistuimessa. Ekonometristen apuvälineiden rooli tulee todennäköisesti jatkossa korostumaan. Instrumenttien hiominen kilpailuoikeudellisiin tarpeisiin on vasta työn alla. Esimerkiksi SSNIP-testi tarjoaa ratkaisijalle analyyttisen apuvälineen, jonka avulla markkinamäärittelyssä osataan esittää oikeita kysymyksiä. Ainakin toistaiseksi kyse on enemmän "sumeasta logiikasta" kuin matemaattisten mallien soveltamisesta käytäntöön. Ekonometrisissa malleissa kyse näyttäisi olevan uusien työmenetelmien soveltamisesta ennestään tuttujen tosiseikkojen arvioinnissa.[4]

Markkinavoiman todentamisen ongelma säilyy akuuttina siitä riippumatta, missä muodossa, verbaalisessa vai matemaattisessa, kysymys esitetään. Hinnoittelua ja muuta markkinakäyttäytymistä koskevalla tarkastelulla täydennettynäkin relevanttien markkinoiden määrittely muodostaa kilpailuoikeuden *Akilleen kantapään.* Toisaalta on muistettava, että lainkäytössä saavutettava totuus on aina luonteeltaan prosessuaalista ja eri asteen todennäköisyyksiin perustuvaa, ei varmaa tai absoluuttista. Markkinamäärittelyyn liittyvät epävarmuudet voidaan ottaa uudemman kerran tarkastelun kohteeksi kilpailuanalyysin myöhemmässä vaiheessa selvitettäessä tarjonnan korvaavuuden ja potentiaalisen kilpailun voimakkuutta. Tässä mielessä markkinamäärittely toimii vasta demarkaatiolinjana kilpailuanalyysin toisiaan seuraavien vaiheiden välillä. Jutun lopputuloksen kannalta ei ole ratkaisevan tärkeää, missä vaiheessa analyysia riidanalaiseen tosiseikkaan otetaan kantaa. Markkinamäärittelyyn liittyviä ongelmia on tässä tutkimuksessa pyritty lieventämään kiinnittämällä täydentävästi huomiota hintavaltaan, strategiseen käyttäytymiseen ja kauppakumppanin riippuvuuteen.

---

[4] Ekonometriset työvälineet eivät poista markkinamäärittelyn taustalla olevia arvostuskysymyksiä. Mitään periaatteellista estettä ei ole hyödyntää kaikkea sitä taloustieteellistä aineistoa ja erilaisia metodeja, joita jutun osapuolet tarjoavat. Päinvastoin, tehtävän monimutkaisuus edellyttää kaiken saatavilla olevan informaation hyödyntämistä ottaen kuitenkin huomioon jutun käsittelykustannukset ja -aika. Olennaista on se, ettei markkinamäärittely perustu oletuksiin ja väittämiin, vaan että taloudelliset johtopäätökset perustetaan empiirisesti todennettavissa oleviin tosiseikkoihin ja että analyysin peruslähtökohdat ovat luotettavalla pohjalla. Markkinamäärittelyssä käytettävät instrumentit on suhteutettava selvitettävänä olevaan kysymykseen. Taloustieteellisten selvittämismetodien soveltaminen täydentää kilpailuoikeudellista päätöksentekoa, ei korvaa sitä.

2. Kollektiivinen markkinavoima

Tutkimuksen yhtenä tavoitteena on ollut tuoda esille, että ero kartellien ja määräävän aseman välillä on pienempi kuin miltä pelkässä juridisessa tarkastelussa ensi alkuun vaikuttaisi. Markkinavoima nousee keskeiseen asemaan poikkeuslupaharkinnassa. Poikkeuslupaa ei myönnetä, jos sopimusosapuolet saavuttaisivat sopimuksen seurauksena niin vahvan aseman markkinoilla, että kilpailun toimivuus vaarantuu. Ottaen huomioon, että poikkeuslupakäytännöstä ollaan luopumassa, en ole katsonut tarkoituksenmukaiseksi laajentaa tutkimusta myönnettyjen poikkeuslupien yksityiskohtaisella tarkastelulla. Markkinavoiman merkitys on korostunut myös eksplisiittisesti uusissa horisontaalisissa ja vertikaalisissa ryhmäpoikkeusasetuksissa.

Tarkasteltujen tapausten valossa Rooman sopimuksen 81 artiklan ja kilpailunrajoituslain 6 §:n välillä ei ole osoitettavissa normitasolla merkittäviä eroja. Merkittävin ero on lievempi suhtautuminen *vertikaalisiin* rajoituksiin, joskin tämäkin ero on pienentynyt komission uuden asetuksen ja suuntaviivojen myötä. Horisontaalisten rajoitusten osalta käytäntö on varsin *samanlaista*, joskin *tietojenvaihtoon* on puututtu Suomessa hieman suoraviivaisemmin kuin EY:ssä. Käytäntö näyttäisi tosin olevan tiukentumassa myös EY:ssä, kun klassillinen sopimuskriteeri jää yhä enemmän taustalle. Samankaltaisuus ei ole yllättävää, sillä jo lain esitöissä viitataan EY:n kilpailuoikeuteen. Pyrkimys *lähentää* lainsäädäntöä EY:n kilpailuoikeuteen oli yksi syy vuoden 1992 kilpailunrajoituslain säätämiselle. Huomion kiinnittämistä EY-oikeuteen voidaan perustella myös tarpeella pitää kotimaisen ja eurooppalaisen kilpailuoikeuden välinen ero mahdollisimman pienenä. Vaikkei kilpailuoikeutta olekaan harmonisoitu EU:ssa, normien ennakoitavuus ja yhteensovittaminen edellyttävät eron pitämistä hallinnoitavana. Kahden rinnakkaisen normiston systeemi voi toimia tyydyttävästi vain, mikäli aineellisissa säännöissä olevat erot pysyvät niin pieninä, ettei toisten sääntöjen noudattaminen edellytä toisista tinkimistä. Vastakkaiset ratkaisut asettaisivat yritykset käytännössä mahdottomaan tilanteeseen ja heikentäisivät kohtuuttomasti oikeusturvaa. Normiston ei tarvitse olla identtinen. Kansalliset piirteet voidaan ottaa huomioon. Suomessa yksi tällainen erityispiirre on markkinoiden pieni koko, mistä syystä esim. markkinoiden keskittymisasteesta ei voida tehdä yhtä jyrkkiä johtopäätöksiä kuin laajemmilla yhteismarkkinoilla. *Erot EY-oikeuteen tai jäsenvaltioiden kansallisten lakien välillä eivät saa muodostua niin suuriksi, että yhteismarkkinoiden toimivuus tästä heikentyy.* Mitä pidemmälle yhteismarkkinat etenevät sitä yhdenmukaisemmaksi markkinavoiman sääntelyn tulisi muuttua. Mitä enemmän samat yritykset toimivat eri maissa, sitä merkittävämmäksi muodostuu argumentti erilaisen sään-

telyn tuomasta kilpailuedusta tai -haitasta. Toisaalta systeemien välisen kilpailun perusteella eroja voidaan sallia sillä perusteella, että paras järjestelmä lyö itsensä aikaa myöten läpi.

Yhdenmukainen tulkinta ei kuitenkaan saa olla itsetarkoitus. EY-jäsenyyden ensi vaiheessa on hyväksyttävää, että lainkäytössä pyritään omaksumaan EY-oikeuden sisältö ja mukautumaan EY:n komission ja tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön. Sisäänajovaiheen tarkoituksena on ollut integroida EY-oikeudellinen lähestymistapa osaksi kansallista oikeusjärjestelmäämme. Tilanteen vakiinnuttua on siirryttävä uuteen vaiheeseen, jossa arvioidaan kriittisesti EY-oikeudessa omaksuttuja tulkintalinjoja. Mahdollista pitää olla myös sen, että kansallisella tasolla omaksutuista ratkaisuista otetaan mallia pyrittäessä kehittämään EY-oikeuden sisältöä.

2.1 MITEN SALLIA HYÖDYLLISET SOPIMUKSET?

2.1.1 Kartellikiellon kattavuuden ongelmat

Kilpailulainsäädännössä kartellikielto on pyrittävä kirjoittamaan kattavaksi, koska muussa tapauksessa lakiin jää aukkoja, jotka mahdollistavat sen kiertämisen monimutkaisin sopimusjärjestelyin. Myös ennakkoestävyyden kannalta välttämättömät sanktiot edellyttävät kartellin perustunnusmerkistöltä selkeyttä, joka on saavutettavissa vain kytkemällä kiellettävyys menettelytapaan eli sopimiseen tai yhdenmukaistettuun menettelytapaan esim. vaihdettaessa tulevan kilpailukäyttäytymisen koordinoimisen kannalta relevanttia tietoa. Tunnusmerkistön kattavuuden varjopuolena on se, että teknisesti kiellon piiriin tulee suuri määrä sellaisiakin sopimuksia, jotka ovat kilpailun toimivuuden ja tehokkuuden kannalta neutraaleja tai myönteisiä.

Erityisesti vertikaalisissa rajoituksissa EY-oikeuden *soveltamiskynnys* oli *liian alhaalla* tosiasialliseen *kieltokynnykseen* eli siihen *verrattuna*, mitä käytännössä pidetään yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta vahingollisena. Useimmat muuta kuin hinnoittelua koskevat vertikaaliset rajoitukset ovat harmittomia, mikäli kilpailu relevanteilla hyödykemarkkinoilla on toimivaa. Sama pätee moniin kilpailijoiden välisiin horisontaalisiin sopimuksiin, esimerkiksi yritysten väliseen yhteistyöhön tutkimuksessa ja tuotekehityksessä. Kilpailuoikeudellisen analyysin tulisi keskittyä sopimusten muodon sijasta rajoitusten vaikutuksiin. Taloudellisia tekijöitä, joilla tulisi olla erityistä merkitystä muiden kuin paljaiden kilpailunrajoitusten arvioinnissa, ovat muun ohella yritysten markkinavoima, hyödykkeen luonne, tarve tarjota oheispalveluja ja investoida jakeluverkostoon sekä kuluttajien tarpeet.

EY:n uusissa asetuksissa sopimusehtojen sääntelystä on siirrytty lähestymistapaan, jossa sääntelyä lievennetään ja käyttöön otetaan markkinaosuusrajoihin

perustuvia turvasatamia. Sääntelyn voidaan katsoa vastaavan aikaisempaa paremmin taloudellista lähestymistapaa. Sopimuksilla voi olla todennäköisemmin kilpailuhaittoja silloin, kun markkinat ovat keskittyneet. Uudistuksen tavoitteena on ollut pienentää sopimusten ilmoitusvelvollisuudesta yrityksille ja komissiolle aiheutuvaa työtaakkaa ja kustannuksia. Samalla on pyritty varmistamaan, että olennaista markkinavoimaa omaavien yritysten välisiä sopimuksia valvotaan tehokkaasti. Uudet asetukset sisältävät *markkinavoimaa koskevan turvasataman (market power screen)*. Perinteisiä mustan listan ehtoja lukuun ottamatta yritykset saavat vapaasti päättää sopimusten sisällöstä ilman että niitä tarvitsisi ilmoittaa komissiolle.

Komission uudessa lähestymistavassa korostuu *markkinaosuuksien merkitys*,[5] vaikka markkinaosuusraja ei yksinään kerro riittävästi markkinavoimasta. Huomioon tulisi ottaa myös asiakkaiden vaihtoehdot ja alallepääsyn esteet. Markkinaosuusrajoja käytetään, koska tarvitaan yksinkertaisia sääntöjä, joilla lainsäädännössä *prima facie* hyödylliset tilanteet erotetaan haitallisista. Markkinaosuuksien keskeistä merkitystä voidaan kuvata seuraavasti:[6]

1) Jos yrityksen markkinaosuus on yli 50 %, sillä on todennäköisesti määräävä markkina-asema.
2) Markkinaosuuden ylittäessä 40 % yrityksellä voi olla määräävä asema.
3) Markkinaosuuden ylittäessä vertikaalisten sopimusten osalta 30 % ja horisontaalisten sopimusten osalta 20 tai 25 %, ryhmäpoikkeusasetukset eivät sovellu. Suuntaviivojen perusteella arvioitava yksittäispoikkeus on vielä mahdollinen.
4) Markkinaosuuden ollessa vertikaalisten sopimusten osalta alle 30 % ja horisontaalisten sopimusten osalta alle 20 tai 25 % vaikka sopimus rikkoisi 81 artiklan (1) kohtaa, kuuluu se ryhmäpoikkeuksen piiriin edellyttäen, että sopimus ei sisällä mustan listan ehtoja.
5) Markkinaosuuden ollessa vertikaalisten sopimusten osalta alle 15 % ja horisontaalisten sopimusten osalta alle 10 % sopimus jää vähämerkityksellisenä 81 (1) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle edellyttäen, ettei kyse ole hard core -kilpailunrajoituksesta.

Keskeisenä tavoitteena on ollut asettaa puuttumiskynnys mahdollisimman kustannustehokkaasti. Jäsenvaltioiden välistä kauppaa ja muiden mustan listan ehtojen osalta ratkaisuna on selväpiirteinen kieltonormi. Muiden osalta noudatetaan liukuvaa asteikkoa, jossa suhtautuminen tiukkenee samassa suhteessa, kun yrityksen markkinavoima kasvaa. Sopimuksiin liittyvän laajahkon harmaan alueen osalta ongelmana on käyttökelpoisen kriteerin löytäminen. Jousta-

---

[5] Markkinaosuusrajat eivät ole sinänsä mikään uutuus EY:n kilpailuoikeudessa. Esimerkiksi de minimis -sääntö on perustunut jo pitkään markkinaosuusrajoille. Myös aiemmissa ryhmäpoikkeusasetuksissa, muun ohella patenttilisenssisopimuksien osalta tiettyjen sopimuslausekkeiden sallittavuus on kytketty markkinaosuusrajan alittumiseen.

[6] Ks. myös Whish (2001) s. 547.

vuudeltaan ja osumatarkkuudeltaan optimaalinen säännös voisi olla yleislauseke, jonka mukaan kiellettyjä ovat sellaiset rajoitukset, jotka nostavat hintatasoa tai estävät uusien yritysten alallepääsyn. Osapuolten toimintavapautta rajoittavat ehdot olisivat sallittuja, milloin kilpailu on toimivaa ja kiellettyjä, milloin kilpailu ei ole toimivaa. Säännös mahdollistaisi tapauskohtaisen analyysin, jossa markkinakohtaiset olosuhteet pääsevät täysimääräisesti esille. Operoitaessa kieltoperiaatteella säännös olisi käyttökelvoton, sillä se ei antaisi sopimuksen osapuolille riittävästi osviittaa kielletyn ja sallitun välisestä erosta. Tunnusmerkistö on kytkettävä joko käyttäytymisnormiin tai muuhun selkeään kriteeriin, jonka täyttyminen on suhteellisen yksinkertaisesti etukäteen selvitettävissä. Yritysten oikeusvarmuus edellyttää selkeitä sääntöjä. Täysimittaisen kilpailuanalyysin edellyttäminen ei tätä vaatimusta täyttäisi. Markkinaosuusrajat on hyväksyttävä, koska parempaakaan lainsäädännöllistä ratkaisua ei ole tullut esille.

Yritysten oikeusturvan kannalta markkinaosuusrajan heikkoutena on pidettävä sitä, että sopimusten laillisuusarviointi riippuu markkinamäärittelystä. Markkinaosuusrajat ylittyvät tai alittuvat sen mukaisesti, valitaanko laajempi vai suppeampi markkinoiden määrittely. Välttääkseen myöhemmän kilpailuoikeudellisen intervention yrityksen on tiedettävä, mitä vaihtoehtoa mahdollisista markkinamäärittelyistä kilpailuviranomainen pitää oikeana. Sopimuslausekkeiden tarkistamisen korvautuminen markkina-analyysillä lisännee yritysten oikeudellisten neuvonantajien työtä ja tarvetta yhteydenpitoon kilpailuviranomaisten kanssa. Jos taloudellisten seikkojen merkitystä halutaan lisätä, voidaan kysyä, mikä olisi markkinaosuusrajan vaihtoehto.[7]

---

[7] Periaatteessa voitaisiin ajatella liikevaihtokriteerejä. Niiden heikkoutena on kuitenkin se, ettei liikevaihto anna riittävästi informaatiota järjestelyn merkityksestä toimialalla, sillä liikevaihdot vaihtelevat toimialakohtaisesti. EY:n ja Suomen yrityskauppavalvonnassa säännösten soveltamisala määräytyy puhtaasti liikevaihtorajan perusteella. Säännösten valmisteluvaiheessa markkinaosuuskriteeri hylättiin sen vuoksi, että markkinaosuusrajan ja seuraamusmaksun uhkaaman ilmoitusvelvollisuuden yhdistelmää pidettiin ennakoitavuuden kannalta liian ongelmallisena. Liikevaihtorajoihin perustuvia rajauksia voidaan arvostella siitä, etteivät liikevaihtorajat kerro paljoakaan yrityskaupan kilpailuvaikutuksista. Jotta liikevaihtorajat voisivat kuvata yrityskauppojen todennäköisiä toimialakohtaisia vaikutuksia, liikevaihtorajojen tulisi vaihdella toimialan koon mukaisesti. Markkinaosuusrajan korvaaminen liikevaihtorajalla parantaisi oikeusvarmuutta, mutta heikentäisi ratkaisevasti kilpailuoikeudellista osumatarkkuutta. Tästä huolimatta markkinaosuuskriteerejä ei ole kuitenkaan haluttu käyttää ilmoitusvelvollisuuden laukaisevana tekijänä, koska tällöin ilmoitusvelvollisten yritysten tulisi voida päätellä, mitkä ovat kilpailuviranomaisen mielestä relevantit markkinat. Liikevaihtokriteerin soveltamisesta aiheutuva keskeinen ongelma on kuitenkin se, että ilmoitusvelvollisuuden piiriin tulee runsaasti sellaisia yrityskauppoja, joiden osalta syntyvien markkinaosuuksien pienuuden perusteella on jo ennakkoon selvää, ettei kaupalla voi olla havaittavia vaikutuksia kilpailun toimivuudelle. Ongelmaa on pyritty hallitsemaan yhtäältä pyrkimällä optimoimaan liikevaihtokriteerejä, toisaalta luomalla mekanismeja, joilla ilmoitusvelvollisuutta selvissä tapauksissa lievennetään ja käsittelyaikataulua nopeutetaan. Tähän nähden vaikuttaisi todennäköiseltä, ettei markkinaosuuskriteerin korvaaminen liikevaihtokriteerillä olisi omiaan optimoimaan vertikaalisten rajoitusten sääntelyyn käytettäviä resursseja.

EY:n komissio otti ryhmäpoikkeusasetuksia koskevassa uudistuksessa tavoitteekseen lisätä *taloudellisen analyysin* merkitystä. Aiemmin noudatettujen muodollisten kriteerien kiistattomana etuna oli selväpiirteisyys, haittana joustamattomuus ja taloudellisen todellisuuden vieraus. Kilpailuoikeuden paradokseihin kuuluu, että sääntelijät ja sääntelyn kohteet toivovat normeilta joustavuutta siihen asti, kunnes joustavuus toteutetaan. Yleisemmin ilmaisten kyse on optimaalisen *tasapainon* hakemisesta normien *joustavuuden* ja niiden *ennakoitavuuden* välillä. Mitä joustavampia normit ovat, sitä heikommin ennakoitavissa ne yleensä ovat tai sitä enemmän työtä niiden sisällön selvittäminen yksittäistapauksessa edellyttää. Mitä ehdottomampia normit ovat, sitä vähäisemmäksi jää niiden soveltamiseen liittyvä tulkinnanvaraisuus. Ehdottomuuden lisääminen tapahtuu yleensä joustavuuden kustannuksella. Jakelusopimusten kaltaisten massasopimusten osalta selkeää hyötyä on kilpailuviranomaisten ratkaisujen ennakoitavuudesta. Lisättäessä taloudellisen analyysin merkitystä haittapuolena on epävarmuuden lisääntyminen ja selvittämiskustannusten nousu. Markkinaosuusrajojen jyrkkyyttä lieventävät olennaisesti EY:n komission julkaisemat vertikaalisia ja horisontaalisia sopimuksia koskevat suuntaviivat. Markkinaosuusrajat ylittävätkään sopimukset eivät ole automaattisesti kiellettyjä, vaan niiden sallittavuutta on arvioitava suuntaviivoissa asetettujen ratkaisuperiaatteiden perusteella. Suuntaviivat sisältävät enemmän ratkaisuperusteita ja informaatiota kuin lyhyehköinä pidetyt asetukset.

Toisaalta lainsäädännöstä poiketen suuntaviivat eivät ainakaan muodollisesti sido tuomioistuimia. Voidaan olettaa, että niillä tulee olemaan huomattava merkitys, ei vähiten sovellettaessa 81 artiklaa kansallisella tasolla. Uudistus vaikuttaa kokonaisuutena arvioiden onnistuneelta, joskin lopullisten johtopäätösten tekeminen on mahdollista vasta muutaman vuoden kuluttua, kun enemmän soveltamiskokemusta on kertynyt.

2.2 MITEN KARTELLIKIELLON SOVELTAMISTA VOITAISIIN TEHOSTAA?

Kartellien torjumisen osalta keskeisimpänä ongelmana voidaan pitää niiden kiinni saamista. Toisen ongelman muodostaa kysymys siitä, kuinka laajalti oligopoliteoriaa voidaan käyttää hyväksi kartellien selvittämisessä. Tämä kysymys ratkeaa yhtäältä talousteorian, toisaalta kartellikiellon juridisen tunnusmerkistön perusteella. Yksittäistapauksessa voi olla vaikea ratkaista, onko kysymys yhdenmukaisesta vai yhdenmukaistetusta toiminnasta. Asiakirjanäytön ohella voidaan nojautua taloudelliseen näyttöön. Esimerkiksi jos yritykset nostavat hintojaan yhdenmukaisesti, vaikka alalla vallitsisi laskusuhdanne, voi tämä viitata kartelliin. Mitä ristiriitaisempana oligopoliteorioita pidetään, sitä vähemmän niiden varaan voidaan rakentaa tuomioistuinkäytännössä. Mikäli

kartellikieltoa ei pidetä riittävän tehokkaana, herää kysymys, miten lainsäädännön tehoa tältä osin voitaisiin lisätä. Vaihtoehtoja ovat ainakin

1) kartellikiellon tunnusmerkistön laajentaminen laissa,
2) nykyisen tunnusmerkistön tulkitseminen aikaisempaa laajemmin,
3) näyttökynnyksen alentaminen,
4) kiinnijäämisen riskin lisääminen kartellitutkimuksia tehostamalla,
5) seuraamusten tekeminen ankarammiksi,
6) puuttuminen kartellia tukeviin toimenpiteisiin,
7) kartellien ennakollinen tai jälkikäteinen torjuminen markkinarakenteeseen kohdistuvien toimenpiteiden avulla.

Komissio on korostanut kartellien torjumista koskevan tavoitteen tärkeyttä myös soveltamisasetuksen 17/62 uudistamista koskevassa valkoisessa kirjassa.[8] Komission mukaan liikaa resursseja menee 81 artiklan 3 kohdan nojalla tehtävien poikkeuslupahakemusten käsittelyyn, mistä syystä 1.5.2004 alkuun siirrytään järjestelmään, jossa yksittäisiä poikkeuslupia ei voi enää hakea. Myös vertikaalisia ja horisontaalisia sopimuksia koskevien ryhmäpoikkeusasetusten uudistamisen taustalla voidaan nähdä pyrkimys resurssien siirtämisestä kartellien valvontaan. Kartellisäännösten soveltamisen tehokkuutta lisäävien toimenpiteiden ohella oligopolin jättämää aukkoa on tilkitty preventiivisesti soveltamalla yrityskauppavalvontaa laajentavasti siten, että kieltokynnys koskee yhden yrityksen määräävän markkina-aseman ohella myös yhteistä määräävää asemaa. Mielenkiinto on nyttemmin herännyt myös 82 artiklan soveltamiseen oligopoleihin.

2.2.1 Posnerin ja Turnerin lähestymistavat

Posnerin ja *Turnerin* debatti osoittaa, että rajanveto nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välillä on veteen piirretty viiva. Debatissa nousee mielenkiintoisesti esille erilainen suhtautuminen oligopoliteoriaan. Turnerin lähestymistapa perustuu perinteiselle harvardilaiselle SCP-ajattelulle. Markkinoiden rakenne determinoi yritysten käyttäytymistä. Kun markkinat ovat keskittyneet, yritysten oletetaan käyttäytyvän kollusiivisesti. Hiljainen kolluusio on markkinoiden rakenteen seurausta ja yritykset vain rationaalisti sopeutuvat rakenteen antamiin muotteihin. Tästä syystä kartellikieltoa ei voida soveltaa, vaan ongelma on ratkaistava rakenteellisilla keinoilla. Posner sitä vastoin noudattaa *Stiglerin* lähestymistapaa. Käyttäytyminen ei ole ennalta määrättyä, vaan yritykset vaikuttavat markkinoiden rakenteeseen omalla käyttäytymisellään. Käyttäytymi-

[8] EYVL 1999 C 132/1.

nen pikemminkin determinoi rakennetta. Näin ollen rakenteelliset toimenpiteet eivät ole perusteltuja, mutta toisaalta kartellikieltoa voidaan soveltaa aktiivisemmin. Kun kolluusio ei seuraa suoraan rakenteesta, voidaan olettaa, että yritykset myötävaikuttavat siihen omalla käyttäytymisellään. Niinpä hiljainen kolluusio ei saakaan immuniteettia, koska sen ei uskota olevan hiljaista, vaan yritysten itsensä aikaansaamaa. Hintojen yhdenmukaisuudesta voidaan usein päätellä, että yritykset ovat yhdenmukaistaneet toimintaansa.

Tässä tutkimuksessa Posnerin ja Turnerin ottelu päättyy ratkaisemattomaan, sillä kummankin oligopoleja koskeva toimenpidesuositus hylätään. Posnerin esittämän kartellikiellon laajan soveltamisen puolesta puhuisi sinänsä talousteorian mukaisuus. Hinnat voivat nousta esimerkiksi siten, että yritykset johdonmukaisesti ylläpitävät hiljaiselle kolluusiolle otollisia olosuhteita, esimerkiksi lisäävät keinotekoisesti markkinoiden läpinäkyvyyttä tai nostavat potentiaalisten kilpailijoiden alalle tulon kynnystä näennäisesti harmittoman teknisen yhteistyön avulla. Siirtämällä vedenjakajaa hiljaisen kolluusion suuntaan päästään paremmin kiinni ongelmatapauksiin kuin pelkällä sopimusten metsästämisellä.

Posnerin esityksessä ongelmana on se, että näyttökysymys jää liiaksi ilmaan. Kartellikiellon kaltaisen sanktionormin soveltamisessa on syytä edellyttää tarkkuutta. Kilpailunrajoituslain esitöiden mukaan seuraamusmaksua määrättäessä on kiinnitettävä huomiota myös rikosoikeudessa vakiintuneisiin periaatteisiin. Vastaajan toimintaa on arvioitava tekohetkellä tiedossa olevien seikkojen ja tuolloin noudatettavina olleiden säännösten ja määräysten valossa. Legaliteettiperiaatteesta seuraa, että tuomitseminen voi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, kun sanktioidun menettelyn tunnusmerkistö on riittävän täsmällisesti määritelty ja vastaaja on voinut ymmärtää toimintansa moitittavuuden. Euroopassa kartellit on sanktioitu muodollisesti hallinto-oikeudellisella, joskin ilmeisesti Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen kannalta rikosoikeudellisella maksuseuraamuksella. Ongelma luonnollisesti korostuu Yhdysvaltain kaltaisessa oikeusjärjestyksessä, jossa kartellit on kriminalisoitu ja uhkana on ehdoton vankeusrangaistus. Huolimatta Chicagon koulun suosiosta 1980-luvun ja 1990-luvun ensimmäisen puoliskon amerikkalaisessa kilpailupolitiikassa Posnerin kartelleja koskevaa toimenpidesuositusta ei näytetä hyväksytyn sielläkään oikeuskäytännössä.

Posnerin mainitsemat tekijät lisäävät olennaisesti kolluusion riskiä, mutta vain harvoin yksinään todistavat sen olemassaolon. Sopimuksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan todistaminen pelkän taloudellisen näytön perusteella on periaatteessa mahdollista, mutta edellyttää erityisen vakuuttavaa näyttöä. EY:n tuomioistuimen linjaus, jonka mukaan taloustieteellisen näytön tulee sulkea pois muut selitysmallit, on hyväksyttävä. Perustelen kantaani seuraavasti:

1) rangaistuksen luonteisten sanktioiden tuomitseminen kartellikiellon rikkomisesta edellyttää moitittavaa menettelyä;

2) moitittavana ei voida pitää toimintaa, joka on rationaalia ja selittyy markkinoiden rakenteellisilla olosuhteilla;
3) viranomaisilla ei ole käytettävissä riittävän selkeitä kriteerejä, joilla "haitallinen" hiljainen kolluusio voitaisiin määritellä ja erottaa "normaalista" tai "hyödyllisestä" hiljaisesta kolluusiosta;
4) hiljaisen kolluusion haitat eivät ole niin yksiselitteisiä, että menettelytavan saattaminen seuraamusmaksun alaiseksi olisi perusteltua;
5) oikeusjärjestyksen yleisten lainalaisuuksien mukaan tietty toiminta kannattaa kieltää ja saattaa rangaistuksen uhan alaiseksi vain silloin, kun asetettua normia on mahdollista valvoa riittävän tehokkaasti.

2.2.2 Toimenpidesuosituksia

EY:n kartelleja koskevaa oikeuskäytäntöä voidaan luonnehtia pitkäaikaiseksi, kattavaksi ja pääosin onnistuneeksi. Haettaessa kriittistä näkökulmaa, EY:n tuomioistuimen yhdenmukaistettua käyttäytymistä koskevaa oikeuskäytäntöä leimaa kaksi ongelmaa: yhtäältä pitäytyminen perinteisessä sopimuskriteerissä, toisaalta vaikeudet pitää erillään ne tilanteet, joissa yhdenmukaista käytäntöä koskeva näyttö on tarpeellista ja ne, joissa se ei ole. Jos yhdenmukaista käyttäytymistä edellytetään silloinkin, kun asiakirjanäyttö osoittaa kielletyt kontaktit, uhkaksi muodostuvat virhetyypin II päätökset, joissa kartelli voi selvästä asiakirjanäytöstä huolimatta jäädä olennaisilta osilta tuomitsematta. Erityisen selvästi ongelmat näkyvät ambivalentissa ja liian lievässä suhtautumisessa tietojenvaihtoon. Tietojenvaihtoon voitaisiin suhtautua nykyistä ankarammin silloin, kun kyse on tulevaa käyttäytymistä koskevan arkaluontoisen tiedon vaihtamisesta kilpailijoiden kesken. Sama pätee silloin, kun tietojenvaihdossa kyse on kartellin valvontajärjestelmästä. Menettelyn vahingollisuus tulisi määritellä vaihdettavan tiedon luonteen ja tietojenvaihdon muiden olosuhteiden perusteella. Jos kyse on "kuumasta" materiaalista, kiellettävyyden suhteen oikeudellista merkitystä ei tulisi antaa sille, ovatko yritykset hyödyntäneet tietoa myöhemmässä käyttäytymisessään. Ratkaisevaa merkitystä ei tulisi antaa myöskään sille, millainen markkinarakenne on. Kieltostandardin hyötynä on soveltamisen helppous, ymmärrettävyys ja suuntautuminen olennaisiin kysymyksiin. Kilpailuneuvoston käytännön perusteella kotimainen oikeustila on jo tällainen, elleivät myöhemmät ratkaisut muuhun johda. Myös EY:n käytäntö näyttäisi olevan kehittymässä samaan suuntaan.

2.2.2.1 Kieltostandardi – EY:ssä nykyistä enemmän huomiota tietojenvaihtoon

Kartellin tunnusmerkistön tulee täyttyä kielletyllä välipuheella tai luottamuk-

sellista tietoa koskevalla tietojenvaihdolla. Olennaista on menettelyn aikaansaama *riski* kilpailun merkittävästä rajoittumisesta, ei se enemmän tai vähemmän sattumanvarainen seikka, miten laajalti käyttäytymistä tosiasiallisesti yhdenmukaistetaan tai osallistuuko jokainen yritys välipuheeseen sovitulla tavalla. Mielestäni oikea tapa on erottaa toisistaan tapaukset, joissa a) asiakirjanäyttö osoittaa kielletyn yhteistyön ja b) yksinään riittämätöntä asiakirjanäyttöä tuetaan yritysten symmetristä käyttäytymistä koskevilla havainnoilla. Tilanteessa a) tuomio on annettava siitä riippumatta, ovatko yritykset käyttäytyneet yhdenmukaisesti. Tilanteessa b) tietojenvaihdon jälkeistä yhdenmukaista käyttäytymistä koskevan kilpailuviranomaisen olettama on relevantti, jolloin oletaman kumoutumisen tulee johtaa päätöksen kumoamiseen. Toisin sanoen, yritysten käyttäytymistä koskevat arviot on pääsääntöisesti rajattava niihin tilanteisiin, joissa asiakirjanäyttö ei yksinään riitä.[9]

Sen sijaan suositeltavana ei voida pitää yrityksiä perustaa kartellia koskeva näyttö pelkästään taloudellisen analyysin varaan. EY:n sellutapauksessa asettamaa näyttökynnystä ei ole mahdollista alentaa, koska tällöin vaarana olisi oikeusjärjestyksen kannalta erityisen hankalan virhetyyppi I:n (syyttömän tuomitseminen) yleistyminen. Taloustieteellisestä näkökulmasta voidaan esittää vahvoja perusteita nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välisen eron kaventamiselle, jos kerran molemmat voivat johtaa samaan lopputulokseen. Kilpailupoliittisesti ei kuitenkaan vaikuta mahdolliselta mahdollista ulottaa kartellikieltoa kilpailijoiden seuraamiseen. Oikeusvaltiossa pelkkää tietämystä ja omaehtoista toimintaa siitä lähtökohdasta, että todennäköisesti myös kilpailija hyödyntää keskittynyttä markkinarakennetta voittojensa maksimoimiseksi, ei voida luokitella kielletyksi konspiraatioksi.

Mitä edellä on todettu ankarammasta suhtautumisesta tietojenvaihtoon, ei kuitenkaan koske sellaisenaan uuden talouden markkinoita, sikäli kuin yritykset tekevät yhteistyötä uusien standardien luomiseksi. Keskeistä on dynaamisten tehokkuushyötyjen arviointi.

2.2.2.2 Sanktioiden taso Suomessa

Kotimaisen oikeuskäytännön osalta riittävästi kartellitapauksia ei ole vielä ratkaistu tilanteen kartoittamiseksi. Kartellitapauksia on tullut vireille niukasti, joskin tiettävästi sellaisia on parhaillaan tutkittavana. Kilpailuvirasto on arvostellut kotimaista sakkotasoa liian alhaiseksi.[10] Kilpailuviraston omaa toimintaa

---

[9] Luonnollisesti löytyy tilanteita, joissa käyttäytymiseen voidaan viitata viranomaisen asiakirjanäyttöä koskevien johtopäätösten kumoamiseksi sillä perusteella, että viranomainen on tulkinnut asiakirjanäyttöä virheellisesti. Tätä tilannetta on kuitenkin pidettävä poikkeuksena. Pääsääntöisesti yritysten tehtävänä on esittää vastanäyttöä, jolla kilpailuviranomaisen johtopäätökset kumotaan.

[10] Ks. esim. M. Purasjoki, Kilpailuviraston vuosikirja 2002 s. 4–5.

seuraamusmaksujen suhteen ei voida pitää erityisen johdonmukaisena.[11] Seuraamusmaksua koskevat esitykset ovat vaihdelleet laidasta laitaan.[12] Olennaista ei ole se, kuinka hyvin tietty tuomioistuinratkaisu vastaa kilpailuviraston omaa kantaa samassa asiassa (joskin syyttäjän näkökulmasta "optimaalinen" ratkaisu ehkä vastaa syyttäjän omaa näkemystä) vaan se, miten hyvin seuraamusmaksu täyttää tai ei täytä sille kilpailuoikeudellisessa järjestelmässä kuuluvan rankaisevan ja ennakkoestävän funktion. Tästä huolimatta on syytä kysyä, missä määrin nykyinen käytäntö vastaa lain tavoitteita. KHO:n metsäkartellissa määräämä 3 miljoonan seuraamusmaksu yhtiötä kohden[13] vaikuttaa alhaiselta,[14] jos

---

[11] Purasjoki (s. 4) kirjoittaa tapauksesta *Neste Oy* seuraavaa. "Kotimainen valtionyhtiö toimi välikappaleena, kun Suomen säännellyillä polttonestemarkkinoilla vaurastuneet toimijat yrittivät savustaa uusilla kilpailukeinoilla markkinoille tunkeutuvaa yritystä ulos. Monimutkaisen vuorotanssin jälkeen yhtiö sai tuomionsa – pari miljoonaa markkaa. Virasto oli vaatinut sataa." Kilpailuviraston ylijohtajan tapauksen kilpailuoikeudellisesta puolesta esittämä uusi tulkinta, jos se on tarkoitettu vakavasti otettavaksi (mihin julkaisupaikka viittaa), herättää kysymyksen, miksei kilpailuvirasto vaatinut seuraamusta kilpailunrajoituslain 6 §:n perusteella. Myöskään seuraamusmaksuesitystä koskeva kuvaus ei ole korrekti. Neste Oy:n asiassa kilpailuvirasto esitti aluksi, ettei sakkoa määrättäisi lainkaan, koska kyse viraston mielestä oli ollut tulkinnallisesta asiasta ja koska yhtiö oli edesauttanut asian selvittämisessä. Tämä on luettavissa jutun julkisista asiakirjoista. Kilpailuvirasto pyörsi kantansa tapauksen käsittelyn loppuvaiheessa ja vaati, että sakko sittenkin määrättäisiin. Määräävän aseman väärinkäyttöä koskevissa jutun faktoissa ei ollut ilmennyt mitään uutta. Muutos tapahtui ainoastaan siinä, että Neste Oy kiisti viraston esityksen, myös määräävän aseman osalta. Maksun määrän virasto jätti tässä vaiheessa avoimeksi eli kilpailuneuvoston harkintaan. Kilpailuneuvosto hylkäsi sakkoesityksen (viraston alkuperäisessä esityksessä mainituista syistä), mutta KHO kumosi neuvoston päätöksen tältä osin. Kolmannella kerralla virasto päätyi esittämään 100.000.000 markan seuraamusmaksua. Kilpailuneuvoston määrättyä 2.000.000 markan maksun kilpailuvirasto on arvostellut julkisuudessa maksua liian pieneksi. Kilpailuneuvosto katsoi, ettei asianajajan ottamista ja puolustautumista tuomioistuimessa voitu pitää sellaisena seikkana, jonka perusteella tulisi määrätä korkea maksu. (Virasto vetosi siihen, että Neste Oy:n esiintyminen kilpailuneuvostossa osoitti sellaista piittaamattomuutta, että maksu tulikin määrätä.) Kilpailuneuvoston seuraamusmaksuun ottama kanta sijoittui kilpailuviraston samassa asiassa maksun osalta ilmaiseman ensimmäisen, toisen ja kolmannen mielipiteen välimaastoon. Mahdollisesti lopputulos olisi ollut toinen, jos juttu olisi tullut vireille muutamaa vuotta myöhemmin. Kyse oli ensimmäisestä merkittävästä kilpailunrajoitusasiasta vuoden 1992 lain nojalla. Lähtökohtana seuraamusmaksujen osalta alussa oli, että ensin pelisäännöt täytyy saada yrityskentässä selväksi, minkä jälkeen käytäntö tulee kovenemaan. Nähtäväksi jää, miten käytäntö Suomessa tulee tulevina vuosina kehittymään.

[12] Ns. *Hakorannan* kartellijutussa (2001) kilpailuvirasto jätti päätöksellään seuraamusmaksuesityksen kokonaan tekemättä, vaikka kyse oli lähes paljaasta tarjouskartellista, johon osallistuivat Suomen suurimmat rakennusyritykset. Sen jälkeen kun kilpailuneuvosto kumosi kilpailuviraston päätöksen 8 §:n vastaisena, kilpailuvirasto esitti 500.000 markan suuruisen seuraamusmaksun määräämistä.

[13] Tapauksessa kilpailuvirasto oli esittänyt 20 miljoonan sakkoa. Kilpailuneuvosto tuomitsi kymmenen miljoonaa markkaa yritystä kohden. Korkein hallinto-oikeus pudotti sakot 3 miljoonaan per yritys.

[14] KHO perusteli maksutasoa seuraavasti: "Korkein hallinto-oikeus katsoi samoin kuin kilpailuneuvosto, että yritykset olivat rikkoneet kilpailunrajoituksista annetun lain 6 §:n säännöksiä sellaisella tietojen vaihtamisella, jolla voidaan rajoittaa elinkeinonharjoittajien välistä hintakilpailua ja kilpailua hankintalähteistä. Yritysten menettelyä ei erityisesti ottaen huomioon menettelyjen ajoittuminen neljän vuoden ajalle ja yritysten asema puukaupan markkinoilla Mikkelin

vertailukohdaksi otetaan yritysten liikevaihto ja EY:n sakkotaso.[15] Voidaan kysyä, mikä on päätöksen merkitys ennakkoestävyyden kannalta;[16] tosin tarkastelussa täytyy ottaa huomioon myös muut viralliset ja epäviralliset seuraamukset. Olennaista on myös teon arviointi, jos vertailua esim. EY:n tapauksiin halutaan suorittaa.[17] Tätä kirjoitettaessa kilpailuneuvoston eräälle puhelinyhtiölle määräämä 25 miljoonan markan seuraamusmaksu oli suurin Pohjoismaissa määrätty maksu. Hard core -kartelleja koskevia tapauksia ei ole vielä

---

seudulla ollut pidettävä vähäisenä. Koska seuraamusmaksun määräämistä ei näissä oloissa ollut kilpailun turvaamisen kannalta muutoinkaan pidettävä perusteettomana, yrityksille oli tullut, kun otettiin huomioon kilpailunrajoituksista annetun lain 8 §:n 1 momentti, määrätä seuraamusmaksu. Kilpailuneuvosto oli seuraamusmaksua määrätessään ylittänyt kilpailunrajoituksista annetun lain 8 §:n 2 momentissa säädetyn seuraamusmaksun normaaliasteikon enimmäismäärän. Lainkohdan mukaan seuraamusmaksun normaaliasteikon enimmäismäärä saadaan ylittää, jos se kilpailunrajoitus ja olosuhteet huomioon ottaen on perusteltua. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että seuraamusmaksua yrityksille määrättäessä oli tullut ottaa huomioon, että tietojenvaihtoa oli jatkettu yhtäjaksoisesti vuodesta 1993 vuoteen 1997 ja että menettely oli ollut luonteeltaan sellaista, joka nimenomaisesti on todettu kielletyksi vuoden 1994 poikkeuslupapäätöksessä. Lieventävänä seikkana oli tullut ottaa huomioon, että tietojen vaihto oli suurelta osin tapahtunut myyjien läsnäollessa myyjäpuolen aloitteesta järjestetyissä seurantakokouksissa. Toiminta oli ollut alueellisesti rajoitettua. Seurantakokouksilla oli osoitettu olleen myös hyödyllisiä vaikutuksia puukaupan kannalta. Kilpailunrajoituksista aiheutuneesta seuraamusmaksun määrään vaikuttavasta taloudellisesta hyödystä ei ollut selvitystä. Suoranaisesta hinnoista sopimisesta oli vain viitteitä. Kun otettiin huomioon edellä mainitut lieventävät tekijät, jotka kilpailuneuvostokin oli todennut ottaneensa huomioon, verrattuna edellä mainittuihin raskauttaviin seikkoihin, korkein hallinto-oikeus katsoi, vaikkakin yritysten liikevaihdot ovat huomattavat, ettei kilpailunrajoituksista annetun lain 8 §:n 2 momentissa säädettyjä edellytyksiä seuraamusmaksun normaaliasteikon ylittämiselle ollut. Kun otettiin huomioon toisaalta kilpailunrajoitusten kestoaika ja menettelyjen vuoden 1994 poikkeuslupapäätöksen vastaisuus sekä yritysten suuret liikevaihdot ja toisaalta edellä mainitut lieventävät tekijät, korkein hallinto-oikeus katsoi ottaen huomioon kilpailunrajoituksista annetun lain 8 §:n 1 momentin, että seuraamusmaksu oli määrättävä kullekin yritykselle 3 000.000 markan suuruisena." Ks. KHO 20.12.2001, 3670/2/00, taltio 3179.

[15] Jäljempänä olevassa listassa mainitaan komission vuoden 2001 loppuun mennessä määräämät kymmenen suurinta sakkoa kokonaismäärän mukaan laskettuna. Kaikissa tapauksissa kyse on ollut ns. hard core -kartelleista. 2001 Vitamiinit 855,23 milj. euroa; 2001 itsejäljentävä paperi, 313,69; 1998 TACA 272,94; 2001 Grafiittielektrodit, 218,8; 2001 Sitruunahappo 135,22; 1994 Kartonki*, 119,38; 2000 Aminohapot, 109,990; 1994 Sementti* 109,335; 2001 Vaihtopalkkiot/saksalaiset pankit, 108,0; 1999 Saumattomat teräsputket, 99,0. Tähdellä merkittyjen tapausten osalta sakot ovat pudonneet EY:n tuomioistuimessa. Useimmat tapaukset ovat niin uusia, että valitusprosessi on vielä kesken. Tarkoitus on antaa hyvin karkea kuva sakkojen yhteismäärästä, jolla kaikkein räikeimmissä tapauksissa on liikuttu. Listasta näkee, että suurin osa suurista sakoista on annettu aivan parin viimeisen vuoden aikana. Kotimaisia tapauksia ei näihin voida verrata, sillä vakavuusasteeltaan tällaisia tapauksia ei toistaiseksi ole tullut Suomessa tuomiolle. Taulukko osoittaa kuitenkin yhteenlaskettunakin ja kaikilla varauksilla, että sakkotaso on EY:ssä korkeampi kuin Suomessa.

[16] Purasjoki (s. 5) kirjoittaa: "Sakkojen putoaminen lisenssimaksujen tasolle on herättänyt melkoista kansainvälistä huomiota. Suomen merkittäviin yrityksiin kuuluvat, globalisoitumisessaan pitkälle edenneet toimijat syyllistyivät kotimarkkinoillaan jatkettuun kiellettyyn toimintaan, jonka rangaistavuudesta heillä on kirkas tieto – ja selvisivät käytännöllisesti katsoen kuivin jaloin."

[17] Ks. edellä olevaa KHO:n sitaattia lievennysperiaatteista. Nämä huomioon ottaen kyse ei ollut ns. hard core -kartellista, eikä sitä tule sellaisiin EY:n sakkopäätöksiin verrata.

ratkaistu Suomessa. Näin ollen vertailua sen suhteen, millaiseksi sakkotaso muodostuu vakavissa tapauksissa verrattuna EY:öön, on ennenaikaista esittää. Seuraamusmaksuista käytävälle julkiselle keskustelulle on ollut tyypillistä, että huomiota ei ole kiinnitetty riittävästi käsiteltyjen kilpailunrajoitustapausten laatuun eikä yritysten oikeusturvaan. Seuraamusmaksun määrääminen voidaan asiallisesti rinnastaa rikosoikeudellisen seuraamuksen määräämiseen, joskin muodollisesti kyse on hallinto-oikeudellisesta maksusta. Tämän tulee näkyä oikeusturvatakeissa sekä ennen modernisaatiota että sen jälkeen.

Lainsäätäjän tulisi seuraavan lainuudistuksen yhteydessä harkita, tulisiko seuraamusmaksujen tasoa koskevaa kilpailunrajoituslain 8 §:ää muuttaa. Tämä merkitsisi asteikon korottamista nykyisestään, ja esim. sen selkeyttämistä, ettei perusasteikon ylittäminen edellytä esim. "kilpailunrajoituksen jatkuvaa uudistamista". Uudistustyö tulee eteen viimeistään ns. modernisaatiopaketin hyväksymisen jälkeen, yksistään jo siitä syystä, että forum shopping -tyyppisten ilmiöiden välttämiseksi seuraamusmaksujen taso ei saa kovin voimakkaasti vaihdella maasta toiseen. Mahdollisesti seuraamusmaksu olisi syytä kytkeä nykyistä kiinteämmin menettelystä koituviin todennäköisiin hyötyihin, joskin niiden arvioiminen ei tule olemaan jatkossakaan helppoa. Tähän tosin tarjoaa mahdollisuuden nykyinen lakikin. Samalla olisi syytä miettiä, mitä voitaisiin tehdä Suomessa alisovellettujen siviilioikeudellisten sanktioiden tehostamiseksi.

2.2.2.3 Leniency-ohjelma

Kartelleihin liittyvä "salaisuuden verho" voidaan pyrkiä läpäisemään antamalla ensiksi kilpailuviranomaisille ratkaisevaa informaatiota toimittaneelle kartellin jäsenelle huomattava alennus seuraamuksesta tai jopa sakot kokonaan anteeksi. Komissio on hiljattain laventanut leniency-tiedonannon soveltamisalaa,[18] koska se on pitänyt siitä saatuja kokemuksia hyvinä. Sakoista vapauttamisella palkitaan ne yritykset, jotka toimittavat komissiolle tärkeitä sisäpiiritietoja ja todisteita kartellitutkimuksen kahdessa keskeisessä vaiheessa eli paljastavat siihen asti salassa pysyneen kartellin tai toimittavat siihen asti tuntemattomia keskeisiä todisteita, jotka johtavat kartellin jäsenten rankaisemiseen. *Täydellisen vapautuksen* sakoista voi saada vain se yritys, joka *ensimmäisenä* toimittaa ratkaisevat tiedot. Saadakseen täydellisen vapautuksen sakoista yrityksen on tehtävä komission kanssa *kattavaa ja jatkuvaa yhteistyötä*, toimitettava *kaikki hallussaan olevat todisteet*, lopetettava *rikkominen välittömästi* eikä se ole saanut *pakottaa* muita yrityksiä osallistumaan kartelliin.[19] Yleensä kyse on

[18] Ks. myös IP/02/247, 13.2.2002 ja MEMO/02/23, 13.02.2002.
[19] Ks. tiedonannon kohdat 8–11.

sakon alentamisesta, sillä tähän mennessä alennus on myönnetty täytenä vain kolmelle yritykselle. Alennuksen saamisen perusteena on ilmiantajan komissiolle tuoma lisäarvo. Alennus vaihtelee välillä 50–20 %. Alennus porrastetaan sen mukaan, kuinka monta yritystä on sitä ennen tietoja toimittanut.[20] Komission mukaan vuodesta 1996 alkaen vapautusta tai alennusta on hakenut yhteensä 80 yritystä. Komissio on ratkaissut yhteensä 16 kartellitapausta.[21]

Vuoden 1996 tiedonannon perusteella täydellisen vapautuksen ulkopuolelle jäivät yritykset, jotka olivat olleet kartellin aloittajia tai joilla oli ollut siinä ratkaiseva asema. Nyttemmin hieman yllättäen jopa kartellin *ringleader* voi saada täydellisen anteeksiannon sakoista. Uudet säännöt poikkeavat vuoden 1996 tiedonannosta myös siinä suhteessa, että aiemmin edellytettiin yrityksen esittävän "ratkaisevan" näytön. Kummatkin edellä mainituista rajoituksista jäävät nyt pois.[22] Tätä perustellaan uudessa tiedonannossa sillä, että molemmat edellytykset olivat tulkinnanvaraisia, mikä johti epäselvyyteen siitä, millainen oli ratkaiseva näyttö ja mitä tarkoitettiin aloitteen tekemisellä tai ratkaisevalla asemalla. Vapautuksen ehdot täyttävä yritys saa komissiolta "viranomaisen palveluperiaatteen" mukaisesti välittömästi kirjeen, jossa vahvistetaan, että yritys vapautetaan sakoista, jos tiedonannossa asetettuja ehtoja noudatetaan. Kyseinen kirje lähetetään viimeistään samana päivänä kuin väitetiedoksianto. Uusilla säännöillä pyritään parantamaan yritysten oikeusturvaa ja järjestelmän avoimuutta ja ennustettavuutta. Voidaankin katsoa, että järjestelmä on ainakin jossain määrin voinut vaarantaa oikeusvarmuutta.

Pohjoismaisen juristin näkökulmasta sakkojen anteeksi antaminen vaikuttaa aluksi yllättävältä. Yleensä meillä on totuttu ajattelemaan, että rangaistuksen luonteinen seuraamus kytketään teon moitearvosteluun eikä tunnustamiseen. Kilpailunrajoituksen selvittämiseen myötävaikuttamista on pidetty lieventävänä seikkana.[23] Täydellistä seuraamuksen anteeksi antamista tästä ei kuitenkaan voida johtaa kuin lievissä tapauksissa, jollaisena paljasta kartellia ei voida pitää. Tiedonannon käyttöönoton voidaan ajatella kuvaavan sitä, että panokset kovenevat. Tiedonanto vaikuttaa kuitenkin tarkoituksenmukaiselta, sillä tavoit-

---

[20] Ks. tiedonannon kohdat 20–23.

[21] Ks. MEMO/02/23, 13.02.2002, s. 1.

[22] Komission mukaan EU:n uudet säännöt muistuttavat Yhdysvaltain omaksumia kilpailusääntöjä, joiden nojalla kartellin paljastumiseen johtavia tietoja antaville yrityksille määrätään sakkoja "nolla dollaria", sekä Kanadan viranomaisten vastaavia sääntöjä. Jäsenvaltioista leniency-säännöt on mm. Saksalla, Ranskalla, Yhdistyneellä kuningaskunnalla ja Irlannilla. Lisäksi monet jäsenvaltiot (mm. Tanska, Alankomaat ja Ruotsi) harkitsevat parhaillaan mahdollisuutta ottaa käyttöön vastaavat säännöt. Ks. komission muistio 02/23, 13.2.2002.

[23] Kilpailunrajoituslain 8 §:n nojalla yrityksen myötävaikutus asian selvittämiseen voidaan ottaa huomioon seuraamusmaksua lieventävänä seikkana. Ks. esim. Kuoppamäki (2000) s. 51 ss. Tähänastisessa ratkaisukäytännössä tiedonannon kaltaisia "huojennuksia" ei ole myönnetty eikä etenkään tariffia ole laadittu. Ilman erillistä lainsäädäntöä mahdollinen oikeusperusta vaatisi erityistä selvittelyä.

teena on luoda kannustin, joka saa osalliset yritykset paljastamaan kartelleja.[24] Tavoitteita voidaan kuvata tutkimuksen teoreettisessa osassa käsitellyn kilpailuteoreettisen aineiston perusteella. Peliteoreettisesti kilpailuviranomaiset pyrkivät luomaan *vangin ongelman*, jossa yksittäisen yrityksen kannattaa tunnustaa kartellin olemassaolo, koska se joutuu olettamaan, että muussa tapauksessa joku muu epäillyistä yrityksistä todennäköisesti niin joka tapauksessa tekee. Ehtimällä ensin yritys varmistaa itselleen joka tapauksessa pienemmät sakot kuin siinä tilanteessa, että toinen kartellin jäsen tunnustaa ensin. Yrityksen individuaalinen etu (sakon välttäminen tai pienentäminen) pyritään saamaan ristiriitaan kartellin jäsenten kollektiivisen edun (kartellin pysyminen salassa) kanssa. Viimeisten uudistusten tarkoituksena näyttäisi olevan vähentää ilmiantajan kokemaa pelkoa tulla komission "huijaamaksi", koska tällainen epäilys epäilemättä vähentää halukkuutta tietojen antamiseen. Yhteiskunnan menettämät kartellisakot kompensoituvat tuomituille määrätyillä seuraamusmaksuilla ja kartellin selvittämiskustannusten säästymisellä. Ennen muuta tavoitteena on luoda sellaiset olosuhteet ja ilmapiiri, joissa kiinnijäämistä pidetään siinä määrin todennäköisenä, että se yhdessä odotettavissa olevien kumulatiivisten seuraamusten kanssa vaikuttaa kartelleja torjuvasti. Tiedonannon haittana on kuitenkin pidettävä sitä, että sen voidaan katsoa ainakin jossain määrin rapauttavan torjuvaa suhtautumista kartelleihin.

Kotimaisen oikeusjärjestyksen näkökulmasta leniency-ohjelma ei ole legaliteettiperiaatteen näkökulmasta ongelmaton. Ajatuksellisesti taustalla on amerikkalaistyyppinen *plea-bargining*. Tosin varsinaista sopimusta sakon alentamisesta ei tehdä, vaan komissio arvioi itsenäisesti päätösharkinnassaan informaation arvon ja merkityksen seuraamusmaksulle. Tiedonantoa voidaan perustella kartellien selvittämiseen liittyvillä hyödyillä. Kartellisakkojen alentamista koskeva tiedonanto näyttää toimivan varsin hyvin sikäli, että EY:n komissio näyttää saaneen läpimurtoon johtaneita tietoja päästyään ensin itse "jäljille".[25] OECD:n kilpailukomitean piirissä on hyväksytty yleinen leniency-ohjelmien käyttöönottoa koskeva suositus. Nähdäkseni kilpailuoikeuden kaltaisella markkinoiden sääntelyyn liittyvällä alalla se voidaan hyväksyä. Tämä edellyttää kuitenkin sitä, että kriteerit on määritelty sitovasti lain tasolla. Toiseksi edun myöntämisestä tulisi päättää tuomioistuimen muun seuraamusharkinnan yhteydessä. Lakiin olisi kirjattava myös vaatimus yritysten yhdenmukaisesta kohtelusta järjestelmän sisällä. Kilpailunrajoituslain uudistuksen yhteydessä tulisi päättää siitä, että uudistuksen toimivuutta, hyötyjä ja yhteensopivuutta oikeus-

---

[24] Komission tiedonannon kohdassa 4 korostetaan sitä, että vaikka kartellit ovat tuomittavia, kuluttajien ja kansalaisten edun kannalta pidetään tärkeämpänä sitä, että kartellit paljastuvat, kuin että niitä yrityksiä rangaistaan, jotka tekevät kartellin paljastamisen mahdolliseksi.

[25] Toisaalta kansainvälisten kartellien selvittämisessä EY:n komissio on hyötynyt myös Yhdysvaltain viranomaisten keräämästä aineistosta.

järjestyksemme kanssa arvioidaan ennalta sovitun kokeilujakson jälkeen uudelleen. Ilman seuraamusmaksua koskevien säännösten uudistamista sakkojen kokonaan anteeksi antamista ei liene pidettävä mielekkäänä tai edes oikeudellisesti mahdollisena.

2.2.3 Kilpailunrajoituslain 9 §:n soveltaminen

Lain 9 § näyttäisi tarjoavan kartellikieltoa ja yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökieltoa järkevämmän instrumentin puuttua hiljaiseen kolluusioon. Kieltonormin soveltaminen edellyttää vahingollisuuslauseketta suurempaa ennakoitavuutta. Kuten edellä on todettu, määräävän aseman väärinkäyttöseuraamuksen soveltaminen siitä lankeavine sanktioineen on ongelmallista nimenomaan siitä syystä, että yritysten oikeusturva voi vaarantua.

Lain 9 §:n soveltaminen edellyttää selvän eron tekemistä kartelleihin, sillä näyttötaakan kiertäminen 9 §:n avulla olisi lain 6 §:n hengen vastaista. Toisekseen 9 §:n soveltaminen edellyttää pidättyväisyyttä ja tervettä liiketaloudellista harkintaa. Vahingolliset toimenpiteet on pystyttävä riittävän selkeästi erottamaan niistä, jotka ovat kaikille oligopoleille tyypillisiä kauppatapoja. Kuten amerikkalainen tuomioistuin osuvasti määritteli, oligopoli on olosuhde, ei kilpailunrajoitus. Pyrkimykset oligopolien "lakkauttamiseen" tai niille tyypillisen reaktioyhteyden yleiseen kieltämiseen ovat tuhoon tuomittuja yrityksiä. Jos viranomainen ei ole kohtuullisen varma toimenpiteidensä seuraamuksista, usein parempi vaihtoehto on antaa ajan kulua ja katsoa, josko markkinat itsessään luovat lisää kilpailua. Mahdollisuus soveltaa lain 9 §:ää tuo yhden lisäkeinon lähestyä oligopolille tyypillisiä kilpailunrajoituksia, jotka monimutkaisuudessaan ylittää kaikki muut tässä teoksessa käsitellyt markkinarakenteet.

3. Yhteinen määräävä asema

3.1 OIKEUSTILA

Yhteisen määräävän aseman käsite lisää kilpailuoikeuden keinovalikoimaa ongelmalliseksi koetussa sokeassa pisteessä. Alueellisten markkinoiden laajentuessa aiempi monopoliongelma on monin paikoin muuttumassa oligopoliongelmaksi. Yhden yrityksen määräävä asema korvautuu Euroopan- tai maailmanlaajuisella oligopolilla. Mikäli kilpailun toimivuus ja kuluttajien etu halutaan turvata, tarvitaan sekä käyttäytymisen valvonnan että markkinarakenteen kilpailullisuuden turvaamisen puolella instrumenttia, jolla mahdollistetaan puuttuminen haitallisiin oligopoleihin. Eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa uuden keinon tähän tarjoaa yhteisen määräävän aseman käsite. Käytännössä erottelun yhden yrityksen ja kollektiivisen markkinavoiman välillä liottaa pois yhteisen määräävän aseman käsite. Kyse on kollektiivisesta markkinavoimasta, lähinnä ei-kooperatiivisen oligopoliteorian piiriin kuuluvasta ilmiöstä. Kuitenkin yhteiseen määräävään asemaan puuttuminen edellyttää, että kollektiivi voi käyttäytyä yhden yrityksen tavoin.

Oligopoliyritysten mahdollisen yhteisen määräävän aseman selvittäminen edellyttää sen tarkastelua, a) puuttuuko oligopoliyritysten väliltä tehokas kilpailu ja b) onko yrityksillä yhdessä markkinavoimaa, joka mahdollistaa kilpailijoiden tai asiakkaiden vahingoittamisen. Pelkän yritysten lukumäärän perusteella ei voida tehdä johtopäätöksiä. Yhteisessä määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten pitää pystyä yhdessä dominoimaan markkinoita suhteessa asiakkaisiin ja kilpailijoihin. Jotta kaksi tai useampi yhtiö olisi yhteisessä määräävässä asemassa, on lisäksi välttämätöntä, joskaan ei riittävää, että relevanteilla markkinoilla yritysten välillä ei ole todellista kilpailua.

EY:n tuomioistuimen tähänastisen käytännön perusteella on havaittavissa, että RS 82 artiklaa on sovellettu yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön etupäässä tilanteissa, joissa väärinkäyttö on tavalla tai toisella kytkeytynyt sopimus- tai omistusjärjestelyyn. Taloudelliset siteet luovat pysyvyyttä ja kiinteyttä yritysten välisiin suhteisiin siten, että niiden voidaan katsoa muodostavan yhteisen taloudellisen yksikön.

3.2 MITÄ HYÖTYÄ JA MITÄ HAITTAA ON YHTEISEN MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN KONSEPTISTA?

Yhteisen määräävän aseman konsepti on hyödyllinen instrumentti kilpailujuristin ja ekonomistin työkalupakissa, sillä se kattaa kartellikiellon jättämän aukon. Tosiasiakysymyksenä kollektiivisen markkinavoiman osoittaminen on yhden yrityksen markkinavoiman todistamista monimutkaisempaa. Oligopolissa yritykset hyötyvät yhdenmukaisesta käyttäytymisestä, mutta ne säilyvät silti toistensa kilpailijoina, mikä tekee tilanteen yhden yrityksen määräävää asemaa dynaamisemmaksi. Jos yhteinen määräävä asema perustuu sopimukseen, lainkäyttäjän on ratkaistava päällekkäisen soveltamisen ongelma. Väärinkäyttökiellon avulla paikataan kartellikiellon katveeseen jääviä ilmiöitä.

Konkreettisen sopimusjärjestelyn synnyttämät taloudelliset siteet oikeuttavat varsin turvallisesti yhteisen yksikön *(collective entity)* olemassaoloa koskevan päättelyn. Lainkäyttäjällä on tukenaan ns. *kovaa faktaa*, jonka perusteella jaetun määräävän aseman olemassaoloa ja väärinkäyttöä on mahdollista arvioida. Sen sijaan jos yhteisen määräävän aseman olemassaolo perustetaan yksinomaan markkinoiden rakennetta ja peliteoreettisia käyttäytymisoletuksia koskevaan päättelyyn, joudumme helpommin kaltevalle pinnalle. Mielestäni yhteisen määräävän aseman väärinkäytön osoittaminen puhtaan taloudellisen näytön perusteella tulee olemaan lähes yhtä vaikeaa kuin kartellin todistaminen pelkän taloudellisen näytön perusteella. Toisaalta yhteisen määräävän aseman käsite tuo eniten lisäarvoa juuri silloin, kun sitä sovelletaan puhtaaseen oligopolistien väliseen vuorovaikutukseen ilman taustalla olevaa sopimusjärjestelyä. Lopputuloksena näyttäisi olevan kilpailuoikeudelle tyypillinen paradoksi, jossa oikeusvarmuus ja normien tehokkuus vetävät eri suuntiin.

Sitä, voidaanko *Gencor*-päätöstä soveltaa sellaisenaan myös RS 82 artiklan osalta, on pidettävä toistaiseksi ratkaisemattomana kysymyksenä. Suomessakin yrityskauppavalvonta soveltuu myös oligopolitilanteisiin. Tähän viittaavat lain esityöt, jotka saavat tukea kilpailuviraston ratkaisukäytännöstä. Tämä olisi suositeltavaa myös 82 artiklan osalta. Muuten väärinkäyttökiellosta tulee liian lavea ja epämääräinen. Kilpailuviranomaisten valta korostuisi liiaksi ja yritysten oikeusturva kaventuisi. Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttia koskevien esitöiden perusteella vaikuttaa selvältä, ettei yhteinen määräävä asema voi syntyä pelkästään oligopoliyritysten yhdenmukaisen käyttäytymisen perusteella.

Oikeuspoliittisesti on vaikea vetää rajaa hyväksyttävän ja tuomittavan oligopolikäyttäytymisen välillä. Voidaan myös kysyä, millä tavoin kilpailuviranomainen voisi "tehostaa" oligopolistien välistä kilpailua. Kilpailuoikeudessa käyttäytymisen valvonta perustuu moitittavana pidettyjen menettelytapojen kieltämiseen, ei positiivisten käyttäytymisohjeiden antamiseen.[26] Käyttäyty-

[26] Luonnollisesti kieltopäätöksen yhteydessä voidaan antaa tarkempia määräyksiä siitä, miten lainvastainen toiminta on lopetettava. Ks. tältä osin Kuoppamäki (2000) s. 48–51.

misvalvonta soveltuu huonosti puhtaiden oligopolitilanteiden käsittelyyn. Oligopoli on olosuhde, ei kilpailunrajoitus. Määräävä asema ei ole itsessään kielletty, joten väärinkäytön sanktioiminen edellyttää moitittavaa, syyksi luettavaa menettelyä. Esimerkiksi oligopolistien hinnoittelun valvominen johtaisi helposti hintavalvontaa muistuttavaan tilanteeseen. Nähdäkseni samat syyt, jotka estävät kartellikiellon soveltamisen oligopolistien väliseen paralleelikäyttäytymiseen, rajoittavat mahdollisuuksia soveltaa määräävän aseman väärinkäyttövalvontaa samaan ilmiöön. Kieltonormien osalta kyse on seuraamuksen määräämisestä laissa kielletystä menettelystä. Tämä edellyttää kilpailuoikeudellisesti saavutettavissa olevaa ennakoitavuutta ja kieltotunnusmerkistöltä selkeyttä. Katsoisin, että yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon pääasiallinen soveltamisala on tilanteissa, joissa yritysten välillä on taloudellisia siteitä. Sillä on olennaisesti enemmän merkitystä yrityskauppa- kuin väärinkäyttövalvonnassa.

Määräävän aseman väärinkäytössä kyse on haitallisen markkinakäyttäytymisen sanktioimisesta jälkikäteisesti; yrityskauppavalvonnalla turvataan kilpailullinen markkinarakenne. Näkökulmaerosta voi hyvin seurata, ettei normien soveltamisen tarvitse olla identtistä. Lienee syytä olla varovainen, ennen kuin kierrättää yrityskauppavalvontaa koskevia määritelmiä ja standardeja suoraan väärinkäyttövalvontaan.

4. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön torjuminen

4.1 EKLEKTINEN MÄÄRÄÄVÄN ASEMAN MALLI

Määräävän markkina-aseman käsitettä voidaan lähestyä lukuisista eri näkökulmista. Horisontaalisella tasolla yrityksellä on määräävä asema, kun se on selvästi kilpailijoitaan suurempi ja voi hyödyntää asemaansa ilman että kilpailijat vievät sen asiakkaat. Rakenteellisesti määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan keskittynyttä, epäsymmetristä markkinarakennetta, jossa yksi yritys on selvästi kilpailijoitaan suurempi. Strategisen kilpailun näkökulmasta määräävässä asemassa oleva yritys voi sulkea kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle. Määräävässä asemassa olevan yritysten asiakkaiden kannalta kyse on riippuvuudesta. Toisaalta yritys voi olla riippuvainen kauppakumppanistaan ilman, että kyse välttämättä on markkinoiden hallinnasta. Yrityksellä voi olla markkina- tai sopimusvoimaa suhteessa tiettyihin asiakkaisiinsa. Tällöin ei ole selvää, onko perusteltua puhua määräävästä markkina-asemasta, jos markkinavoima ilmenee pelkästään vertikaalisessa suhteessa (myyjä-ostaja) mutta ei perustu rakenteelliseen markkinoiden hallintaan horisontaalisessa suhteessa (myyjä-myyjä). Tällöin asiakas ei ole jo alun perin (ex ante) riippuvainen sopimuskumppanistaan. Kyse voi olla esimerkiksi tietyn asiakasryhmän erityisolosuhteista tai vasta sopimuksen teon (ex post) aiheuttamasta riippuvuudesta. Voiko määräävä markkina-asema perustua sellaiseen riippuvuuteen, joka on itse aiheutettua, joka perustuu esimerkiksi valittuun liiketoimintakonseptiin tai sitoutumiseen sopimukseen toisen osapuolen kanssa?

4.1.1 Määräävän markkina-aseman nykyinen määritelmä

Määräävän aseman väärinkäytössä ja yrityskauppavalvonnassa tunnusmerkistön täyttyminen on kytketty eksplisiittisesti markkinavoimaan. EY:n tuomioistuin on yleensä määritellyt määräävän aseman siten, että se on "taloudellisen voiman yritykselle antama asema, jonka johdosta se voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoista, asiakkaista ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana". Määräävä markkina-asema on kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan "elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajan yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellai-

nen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla". Kilpailunrajoituslain määritelmässä korostetaan yrityksen mahdollisuutta aktiivisesti vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin, esimerkiksi nostaa hintoja tai sulkea muita yrityksiä markkinoiden ulkopuolelle. EY:n tuomioistuimen määritelmässä määräävän aseman elementtejä ovat valta estää tehokas kilpailu ja valta käyttäytyä merkittävässä määrin kilpailun paineista riippumattomasti. Määritelmissä on paljon yhteistä mutta myös eroja. Kummallekin määritelmälle on ominaista määräävässä asemassa olevan yrityksen riippumattomuus ja asiakkaiden riippuvuussuhde. Riippumattomuus on suhteellinen käsite, eikä edes oikeudellisesti suojatun monopoliaseman haltija rationaalisesti toimiessaan voi hinnoitella täysin vapaasti.

Kilpailunrajoituksesta epäillyn yrityksen kannalta määräävän markkina-aseman vahvistaminen voi käytännössä olla paljon merkittävämpi kysymys kuin suurenkin seuraamusmaksun määrääminen. Yritys, jolla määräävää asemaa ei ole, saa vapaasti hinnoitella tuotteensa tarkoituksenmukaisena pitämällään tavalla – edellyttäen tietenkin, että valitulla strategialla pärjätään kilpailussa. Asiakkaiden hinnanerot määräytyvät hintaneuvotteluissa. Sen sijaan määräävässä asemassa oleva yritys ei saa eriyttää hintojaan ilman kustannusperusteista syytä, saalistaa tai myöntää uskollisuusalennuksia. Tähän nähden on pidettävä merkittävänä oikeusturvaongelmana, jos määräävän aseman toteavasta päätöksestä ei voi erikseen valittaa. Yritys joutuu joko alistumaan kilpailuviranomaisen markkinamäärittelyyn ja muuttamaan toimintaansa, tai sitten yritys jatkaa kuin mitään ei olisi tapahtunut. Tällöin yritys joutuu ottamaan merkittävän sakkoriskin. Sitä, että yritys saadakseen asiansa tuomioistuinkäsittelyyn joutuisi provosoimaan käyttäytymisellään oikeudenkäynnin, ei voida pitää myöskään lainkuuliaisuuden ylläpitämisen kannalta hyvänä kehityksenä.

Käytännössä niin Suomessa kuin EY:ssäkin määräävä markkina-asema määritellään pääasiallisesti rakenteellisen tarkastelun avulla. Ensin määritellään relevantit hyödykekohtaiset ja maantieteelliset markkinat. Samoihin tuotemarkkinoihin luetaan asiakkaiden näkökulmasta toisiaan kohtuullisesti korvaavat vaihtoehdot. Korvaavuutta voidaan selvittää hintajouston avulla. Jos pieni hinnankorotus johtaa siihen, että merkittävä osa asiakkaista siirtyy käyttämään toista tuotetta, nämä kuuluvat yleensä samoihin tuotemarkkinoihin. Huomiota kiinnitetään myös tarjonnan korvaavuuteen eli siihen, missä määrin ja millä aikavälillä muut yritykset voisivat ryhtyä valmistamaan samaa tuotetta. Maantieteellisiä markkinoita määritettäessä otetaan huomioon tarkastelun kohteena olevan yrityksen ja sen asiakkaiden toiminta-alueet. Maantieteelliset markkinat voidaan määritellä alueeksi, jolla yritykset kilpailevat keskenään ja jolla kilpailuolosuhteet kyseessä olevan tuotteen osalta ovat objektiivisesti samanlaiset kaikille myyjille.

Markkinoiden määrittelyn jälkeen tarkastellaan yrityksen asemaa relevanteilla markkinoilla. Markkinaosuuden ohella merkityksellisiä tekijöitä ovat muun ohella vertikaalinen integraatio, yrityksen rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus kilpailijoihin verrattuna sekä toisaalta asiakkaiden vaihtoehdot. Rakenteellisten tekijöiden ohella huomiota kiinnitetään yrityksen käyttäytymiseen. Kiistanalaista on, kuinka suuri merkitys tulee antaa markkinoiden tulevalle kehitykselle ja potentiaaliselle kilpailulle. Käytännössä markkinoiden määrittely voi olla lopputuloksen kannalta ratkaiseva työvaihe. Usein se menee lomittain määräävän aseman arvioinnin kanssa. Esimerkiksi alallepääsyn esteillä on merkitystä kummassakin työvaiheessa.

Rooman sopimuksen 82 artiklalla suojellaan riippuvuussuhteessa olevia yrityksiä. Monopolisoinnin ohella sitä on sovellettu myös menettelytapoihin, jotka voitaisiin luokitella epäasiallisiksi kilpailukeinoiksi. On syytä keskustella siitä, onko valittu *keino*, suppea markkinamäärittely, tarkoituksenmukainen. Voidaan esittää valittua linjaa puoltavia ja sitä kyseenalaistavia näkökohtia. Mikäli pistekohtaisiin riippuvuustilanteisiin halutaan puuttua, edellyttää se suppeaa määrittelyä. EY-oikeudessa ei ole erillistä normia, joka soveltuisi markkinavoiman väärinkäyttöön dominanssikynnyksen alapuolella. Puuttuminen edellyttää ekstensiivistä 82 tai 81 artiklan tulkintaa. Relevanttien markkinoiden rajaamista yrityksen omiin tuotteisiin voidaan pitää suhteellisen opportunistisena lähestymistapana. Jos markkinat rajataan yrityksen omiin tuotteisiin, määräävä asema on lähes aina selviö. Tämä on tilanne EY:n kilpailuoikeudessa. Konsepti lisää lain joustavuutta ja ulottaa valvonnan kaikkiin markkinavoiman väärinkäyttötapauksiin. Käytettävien kilpailukeinojen yleisen hyväksyttävyyden turvaaminen ja pienten ja keskisuurten yritysten oikeusturva voivat edellyttää kilpailuviranomaisen toimenpiteitä.

Toisaalta ongelma piilee juuri konseptin kattavuudessa. Jos markkinat rajataan "mikroskooppisen" pieniksi tietyn asiakasryhmän riippuvuuden perusteella, raja markkinavoiman ja määräävän markkina-aseman välillä hämärtyy. Haittana on myös oikeusvarmuuden vaarantuminen. Yritysten on vaikea ennakoida kilpailuviranomaisen markkinamäärittelyjä ja sitä, koska yrityksellä mahdollisesti on määräävä asema. Sääntelyn legitimiteetti vaarantuu, jos markkinamäärittelyn epäillään tapahtuvan "tarpeiden mukaan" eli siten, että lopputulokseksi saadaan aina haluttaessa menettelytapaan puuttumisen mahdollistava määräävä markkina-asema. Hyödykemarkkinoiden rajaaminen yrityksen omiin tuotteisiin on varmin tapa "tavoitteen" saavuttamiseksi. Näin kapea markkinamäärittely on myös antiteesi niille perusteille, joiden nojalla rakenteellista markkinoiden määrittelyä on edellä pidetty markkinavoiman suoraa mittaamista luotettavampana vaihtoehtona. Argumentaatio on kehämäinen. Mahdollisuudesta korottaa hintoja tai aiheuttaa kauppakumppanille vahinkoa lopettamalla toimitukset johdetaan määräävän markkina-aseman olemassaolo. Toisaalta se, että elinkeinonharjoittajalla on määräysvalta omiin hyödykkeisiinsä ja suhteessa suoran

valtapiirinsä alaisiin toimijoihin, ei kerro vielä paljoakaan siitä, missä määrin kyseinen subjekti voi omalla toiminnallaan saada aikaiseksi vahinkoa kuluttajille tai kilpailumekanismin toimivuudelle. Suomessa näin suppeaan markkinamäärittelyyn ei ole siksikään mitään syytä, koska kilpailunrajoituslain 9 § mahdollistaa puuttumisen yksipuoliseen markkinavoiman väärinkäyttöön.

Markkinoiden rajaamista yrityksen omiin hyödykkeisiin on syytä arvostella myös kilpailuoikeuden tehokkuuden näkökulmasta. Merkkikohtaisen markkinamäärittelyn mahdollisuus tarjoaa aseen puuttua yrityskohtaista riippuvuutta koskeviin ongelmatapauksiin. Joustavuuden ja "opportunistisen" tehonlisäyksen varjopuolena on lain ennakoitavuuden heikkenemisen ohella kilpailuviranomaisen työmäärän kasvu. Markkinavoiman kynnystä alentava päätös tuo väärinkäytönkontrollin piiriin paitsi kyseisen ongelmallisen tapauksen, myös kaikki muut vastaavat tapaukset, joissa yhtä suppea markkinamäärittely periaatteessa on mahdollinen. Suppean markkinamäärittelyn seurauksena voi olla kilpailuviranomaiselle tehtävien toimenpidepyyntöjen määrän voimakas kasvu. Uusien toimenpidepyyntöjen käsittely vie viranomaisen resursseja merkittävimpien tapausten käsittelyltä. Resurssien uhraaminen määrättyyn tapaustyyppiin edellyttää sitä, että asialla on asianosaisten liikesuhteiden ja keskinäisen tulonjaon yli menevää yleistä merkitystä kilpailun toimivuudelle. Ottaen huomioon viranomaisen yleinen velvollisuus antaa perusteltu ratkaisu toimenpidepyynnön tekijälle, liian suppea markkinamäärittely on omiaan vähentämään kilpailuoikeuden tehokkuutta.

4.1.2 Mitä muutoksia eklektinen malli tuo määräävän aseman arviointiin?

Eklektinen malli tarkoittaa ensinnäkin sitä, että määräävää asemaa selvitetään monipuolisesti eri mittareilla. Tärkeimpänä selvityskeinona käytetään rakenteellista tarkastelua eli perinteistä relevanttien hyödyke- ja alueellisten markkinoiden määrittelyä. Luotettavampien johtopäätösten saavuttamiseksi voidaan käyttää apuna ekonometrisiä mittausvälineitä. Mitään taloustieteessä kehitettyä menetelmää ei sinänsä kannata sulkea pois. Ydin on siinä, että kaikkia neljää mittaamistapaa hyödynnetään rinnakkain. Lähdetään liikkeelle markkinarakenteesta. Tämän jälkeen tarkastellaan, onko yrityksellä hintavaltaa ja onko näyttöä siitä, että se on sulkenut kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Lisäksi tarkastellaan asiakasnäkökulmasta riippuvuutta ja vastavoimaa. Näistä ensimmäinen tukee johtopäätöstä määräävästä asemasta, jälkimmäinen on indisio sitä vastaan.

Eklektisen lähestymistavan ydin on siinä, että kun kaikki lähestymistavat ovat relevantteja, niitä kaikkia on myös käytettävä hyväksi analyysissa. Voidaan puhua *Robert Alexyn* tavoin argumenttien tyydyttymisestä *(Sättigung der Argu-*

mente). Alexy käyttää kielikuvaa kuvaamaan sitä, että lainkäyttäjän tulee hyödyntää selvittäessään lain sisältöä kaikkia ns. neljää kaanonia (kieliopillinen, historiallinen, systemaattinen ja teleologinen tulkinta), kunnes on voitu vakuuttua tietyn laintulkinnan oikeellisuudesta. Samaa ajatusta voidaan soveltaa määräävän aseman selvittämisessä. Kilpailuviranomainen ei voi valita mainitusta neljästä sitä, joka sattuu tukemaan argumenttia kyseisessä tapauksessa. Esimerkiksi määräävää asemaa ei voida määritellä lähtien liikkeelle pelkästään yrityskohtaisesta riippuvuudesta. Näin vältetään väärinpäin suoritettu analyysi, jossa lähdetään liikkeelle riippuvuudesta ja tämän jälkeen valitaan niin suppea markkinamäärittely, että riippuvuus voidaan osoittaa. Tämä ei tarkoita sitä, että kaikilla neljällä olisi sama painoarvo tapauksissa.

Ensinnäkin rakenteellista lähestymistapaa on pidettävä pääargumenttina, eräänlaisena "pääkaanonina". Hinnoittelua, poissulkemista ja riippuvuutta apuargumentteina. Tämä seuraa jo siitä, että laki edellyttää sekä Suomessa että EY:ssä markkinoiden määrittelyä, kun taas muilla tekijöillä on oikeuskäytännön perusteella indision asema. Asiallisesti johtopäätöstä voidaan perustella sillä, että markkinavoiman mittaaminen epäsuorasti markkinamäärittelyn avulla on kaikista puutteista huolimatta sittenkin luotettavin tapa todentaa tai sulkea pois määräävä markkina-asema. Toisin sanoen rakenteellinen tarkastelu muodostaa välttämättömän lähtökohdan, minkä lisäksi määräävän aseman todentaminen edellyttää tuekseen vähintään yhtä, mieluummin kahta apuargumenttia. Olennaisen osan mallia muodostaa dynaaminen analyysi. Tarkastelua ei voida rajoittaa vain sen hetkiseen tilanteeseen, vaan markkinoiden kehittyminen on olennainen tekijä. Tulevaisuudessa mallia voidaan ehkä parantaa integroimalla siihen kiinteämmin kilpailuedun pysyvyyttä koskeva tarkastelu. Tällä en tarkoita yleistä oletusta määräävän aseman rapautumisesta, vaan ennen muuta strategisen business-kirjallisuuden nykyistä kiinteämpää integroimista osaksi kilpailuoikeudellista perusohjelmaa. Vaikeutena on sellaisten indikaattorien löytäminen, jolla tulevaa kehitystä voitaisiin ennakoida edes jonkinlaisella luotettavuudella. On havaittavissa mielenkiintoinen ero strategisen kirjallisuuden ja hintateorian välillä. Hintateoriassa markkinavoima oletetaan korkeintaan väliaikaiseksi, kun taas business-kirjallisuudessa tarkastellaan sitä, miten määräävä asema voitaisiin saavuttaa. Realismin ja monipuolisuuden lisääminen analyysiin tulee edellyttämään juristien ja ekonomistien, teoreetikkojen ja käytännön ammattilaisten yhteisiä voimanponnisteluja.

Yksi eklektisen mallin pääasiallisista hyödyntämistavoista on kilpailuanalyysin virheiden löytäminen. Jos esimerkiksi yrityksellä on 90 %:n markkinaosuus, mutta sillä ei ole hintavaltaa, asiakkaat eivät ole riippuvaisia ja poissuljentaa ei ole havaittavissa, todennäköisesti markkinat on määritelty väärin tai sitten markkinakäyttäytymisen kannalta olennaisia elementtejä ei ole löydetty. Malli ei tuo mitään radikaalia uutta. Voisi jopa väittää, että kyse on jo nyt pitkälti vallitsevan käytännön kuvaamisesta. Oman kilpailulainkäytöstä hank-

kimani kokemuksen perusteella näin ei ole asian laita. Varsin usein näkee kilpailuanalyyseja, jossa markkinavoima todennetaan yksipuolisesti rakenteellisten tekijöiden perusteella pyrkimättäkään mittaamaan millään lisäkeinolla sitä, missä määrin korkea markkinaosuus kertoo jotain olennaista yrityksen liikkumavarasta markkinoilla. Vielä heikompiin johtopäätöksiin päästään riippuvuussuhteen perusteella asetettavalla suggestiivisella kysymyksellä, voidaanko tietyn yrityksen tietty hyödyke korvata saman yrityksen samalla hyödykkeellä jostain toisesta lähteestä hankittuna. Tämä oli tilanne esim. *Otava*-tapauksessa. Mallilla näyttäisi olevan uutuusarvoa kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa.

Eklektinen malli on vasta alkutekijöissään ja vaatii tutkijoiden ja käytännön juristien ja ekonomistien soveltamiskokemuksia. Vasta sen jälkeen voidaan todeta, onko mallista käytännön hyötyä. Vaikka se ei olisi sellaisenaan sovellettavissa, todennäköisesti malli kuitenkin edesauttaa tulevaisuudessa eri ajattelutapojen sovittamista yhteen, jolloin kilpailuanalyysi muodostuu nykyistä monipuolisemmaksi. Välittömänä johtopäätöksenä näyttäisi kuitenkin olevan, että määräävän aseman todentaminen pelkän yrityskohtaisen riippuvuuden perusteella ei ole mahdollista. Tämän mallin valossa vaikuttaisi siltä, että esimerkiksi EY:n tuomioistuimen *Hugin*-tapaus on selkeästi väärin ratkaistu.

4.2 VÄÄRINKÄYTTÖTILANTEIDEN ARVIOINTIA

Määräävä asema perustuu rakenteelliseen markkinoiden hallintaan, mikä erottaa sen "pelkästä" markkinavoimasta. Yleensä määräävä markkina-asema ei perustu oikeudelliseen tai luonnolliseen monopoliin, vaan tosiasialliseen markkinoiden hallintaan. Tosiasiallinen markkinoiden hallinta voi johtua esimerkiksi teknologisesta tai taloudellisesta ylivoimaisuudesta kanssakilpailijoihin verrattuna Määräävän aseman saavuttamisessa ei ole itsessään kilpailupoliittisesti mitään tuomittavaa. Päinvastoin, mahdollisuus markkinoiden valtaamiseen luo kannustimen tuotanto- ja tutkimusyhteistyölle. Kilpailuprosessin toimiessa normaalilla tavalla markkinavoima on ohimenevä ilmiö. Markkinavoima säilyy vain yhtä kauan kuin sen taustalla olevat kilpailuedut. Määräävästä asemasta voidaan puhua vasta sitten, kun kilpailuetu on pysyväisluonteinen. Käytännössä määräävä asema voidaan todentaa tarkastelemalla tilannetta 2–3 vuotta taaksepäin. Mikäli markkinaosuudet ja tilanne markkinoilla on vakaa, yleensä määräävästä asemasta voidaan puhua. Kilpailuvalvonnan tehtävänä ei ole torjua sisäisen kasvun avulla saavutettua hallitsevaa asemaa, vaan pitää huoli siitä, ettei asemaa vahvisteta tai sen säilymistä pitkitetä pidempään kuin mitä yrityksen oma suoritus oikeuttaa. Kilpailuprosessin toimiessa hintojen korottaminen johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille, jolloin markkinavoima jää väliaikaiseksi. Kilpailuvalvonnan painopiste on tämän vuoksi markkinoille tuloa

keinotekoisesti rajoittavien menettelytapojen torjunnassa. Mikäli määräävä asema on erityisen vahva, asiakkaisiin kohdistuva väärinkäyttö käy mahdolliseksi. Tällöin kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön ohella huomiota on kiinnitettävä asiakkaisiin kohdistuvan väärinkäytön torjumiseen.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi kohdistua joko kauppakumppaneihin tai kilpailijoihin. Kauppakumppaneihin kohdistuvana väärinkäyttönä voidaan pitää muun ohella monopolihinnoittelua tai toimintavapautta kohtuuttomasti rajoittavien ehtojen asettamista asiakkaille. Haittavaikutukset kohdistuvat määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaisiin. Kilpailijoihin kohdistuvaa väärinkäyttöä ovat normaalista suorituskilpailusta eroavat menettelytavat, joiden tarkoituksena tai seurauksena on kilpailijoiden poissulkeminen. Menettely on määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaiden kannalta lyhyellä tähtäimellä neutraalia tai jopa hyödyllistä. Tyypillinen esimerkki on saalistushinnoittelu, jossa määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii rajakustannukset alittavalla hinnoittelulla ajamaan pienemmän kilpailijansa markkinoilta. Sen jälkeen kun tavoite on saavutettu ja asiakkaiden valinnanvaraa kavennettu, kauppasodan kustannukset katetaan monopolihinnoittelulla. Toisaalta on katsottu, ettei saalistushinnoittelu useinkaan ole kannattavaa. Strategisen kilpailun näkökulmasta välittömänä tavoitteena ei niinkään ole yrityksen tuloksen parantaminen vaan varteenotettavan uhan ja ennakkotapauksen luominen alalle tuloa harkitseville yrityksille. Usein väärinkäyttö kohdistuu samanaikaisesti sekä asiakkaisiin että kuluttajiin. Esimerkiksi sidonnassa tietyn hyödykkeen toimittaminen edellyttää toisen hyödykkeen ostamista. Sidonnalla yritys pyrkii laajentamaan määräävää asemaansa yksiltä markkinoilta toisille tai puolustamaan asemaansa sellaisilla markkinoilla, joilla se on uhattuna. Toisaalta sidonta saattaa lisätä tehokkuutta, jos se laskee kustannuksia tai estää teknisesti yhteen sopimattomien hyödykkeiden yhteiskäytön. Määräävän aseman väärinkäytön osalta jää harmaa alue, jolla tietty menettelytapa voi olla sallittu tai kielletty olosuhteista riippuen.

4.2.1 Mikä on väärinkäyttövalvonnassa keskeistä?

Kilpailulainsäädännössä operoidaan oletuksella, jonka mukaan markkinoiden rakenne vaikuttaa markkinakäyttäytymiseen ja markkinakäyttäytyminen puolestaan markkinatuloksiin. Esimerkiksi keskittynyt markkinarakenne yhdistettynä homogeeniseen tuotteeseen ja korkeisiin alallepääsyn esteisiin saa tyypillisesti aikaiseksi kartelleja tai muuta kollusiivista käyttäytymistä, mikä puolestaan nostaa hyödykkeiden hintatasoa. Markkinoiden keskittyessä vielä tästä eteenpäin yksi määräävässä asemassa oleva yritys voi saavuttaa aseman, jossa se pystyy kontrolloimaan markkinoita. Jos kilpailunrajoituksen perimmäinen syy on liian keskittyneessä markkinarakenteessa, markkinarakenteeseen puut-

tuminen on tehokkain ja ensisijainen keino *(prevention before cure)*. Käytännössä määräävän aseman syntymistä ei aina voida estää, sillä se voidaan saavuttaa sisäisen kasvun avulla. Pitäisi pyrkiä erottamaan toisistaan tilapäinen ja pysyvä markkinavoima ja keskittää valvonta niihin tilanteisiin, joissa markkinoiden hallinta on väärinkäytön seurauksena tai siitä huolimatta muodostumassa pysyväisluonteiseksi. Lisäksi on puututtava vain sellaiseen toimintaan, jota ei voida pitää suorituskilpailun mukaisena. Yrityksellä täytyy olla oikeus vahvistaa asemaansa kilpailijoitaan tehokkaammalla toiminnalla. Väärinkäyttövalvonnan osalta riski on erityisen suuri sen suhteen, että kilpailuviranomaiset suojelevat kilpailuprosessin sijasta pienempiä kilpailijoita. Tätä on ollut havaittavissa erityisesti joissakin EY:n komission linjauksissa (esim. *British Midland, Hugin*). Huomion kiinnittämisen pienempien kilpailijoiden asemaan täytyy tapahtua sitä kautta, ettei markkinavoimaa keinotekoisesti hyödynnetä markkinoille pääsyn estämiseksi. Tätä voidaan arvioida vain kokonaisharkinnan perusteella. Sitä vastoin pienemmän kilpailijan poistuminen markkinoilta ei ole oikea mittatikku, sillä tehoton yritys joutuu lopettamaan toimintansa myös suorituskilpailussa. Eklektisessä tarkastelussa on järkevää käyttää rinnakkain käytössä olevia analyysivälineitä kuten tehokkuustarkastelua, suorituskilpailua ja intressivertailua. Kysymys on niin monitahoisesta ongelmasta, ettei mitään yleisavainta ole löydettävissä. Empiirisen analyysin ja liiketoiminnallisten motiivien huomioon ottamisen tarve korostuu.

Määräävässä asemassa olevien yritysten toimintaan on syytä puuttua, silloin kun ne pyrkivät *keinotekoisesti* sulkemaan kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle tai perivät asiakkailta kohtuuttomia hintoja. Hintojen sääntelyä tehokkaampana nähdään yleensä kilpailuprosessin ylläpitäminen. Määräävän aseman väärinkäyttötilanteissa tulee ensisijaisesti puuttua markkinoille pääsyn esteisiin ja vasta toissijaisesti asiakasehtoihin. Paras tapa edistää kilpailua on poistaa alallepääsyn esteitä ja jättää loppu markkinamekanismin itsensä hoidettavaksi. Poistamalla alallepääsyn esteitä puututaan lievemmin yritysten toimintavapauden rajoituksiin kuin sopimusehtojen sääntelyllä. Kilpailuviranomaisten ei myöskään tarvitse arvuutella oikeaa hintatasoa, vaan se voidaan jättää markkinoiden itsensä päätettäväksi. Ongelmaksi jää kuitenkin se, että vain osa alallepääsyn esteistä johtuu määräävän aseman väärinkäytöksi luokiteltavasta toiminnasta. Valtaosa alallepääsyn esteistä johtuu markkinoiden rakenteesta, esimerkiksi siitä, että niille mahtuu vain tietty määrä kannattavasti toimivia yrityksiä tai että investoinnista aiheutuvat uponneet kustannukset koetaan liian korkeiksi verrattuna siihen, millaisen tuloksen uusi yrittäjä arvelee alalle tulon jälkeisellä hintatasolla voivansa saavuttaa. Suuri osa alalle tulon esteistä jää kilpailuviranomaisten toimivallan ulkopuolelle, eivätkä ne voi niihin tehokkaasti vaikuttaa. Periaatteessa on helppo määrittää, että väärinkäyttönä tulee puuttua keinotekoiseen poissulkemiseen. Ongelmana vain on se, että tehokkaassa suorituskilpailussa ja poissulkemisessa kummassakin lopputulos on

sama: kilpailun hävinnyt joutuu poistumaan markkinoilta. Esimerkiksi kovan hintakilpailun ja saalistushinnoittelun erottaminen toisistaan on vaativa ja aikaa vievä tehtävä.

Hinnoittelun ja kustannusten selvittämiseen liittyy jäljempänä käsiteltäviä metodisia ongelmia. Periaatteellinen vaikeus liittyy siihen, ettei kilpailuviranomainen välttämättä ole erityisen hyvä taho päättämään siitä, millaisia ovat kohtuulliset kaupan ehdot. Viranomainen joutuu ikään kuin kaupan osapuolten puolesta ottamaan kantaa oikeaan hintatasoon. Kolmantena ongelmana voidaan pitää sitä, että hintavalvonta vaatii paljon resursseja ja johtaa helposti jäykkiin ratkaisuihin. Lopputulos voi olla antiteesi kilpailuviranomaisten idealisoimille vapaille ja dynaamisille markkinoille. Hintatason arviointiin liittyvien vaikeuksien johdosta painopiste on siirtynyt markkinatulosten (kohtuullisen hintatason) sääntelystä kilpailuprosessin (dynamiikan) ylläpitämiseen. Ilman ulosmittausta tukevia menettelytapoja monopolihinnoittelu johtaa tyypillisesti uusien yrittäjien tulemiseen markkinoille. Hintatasoon puuttuminen edellyttää, ettei markkinoiden itseoikaisu ole esim. legaalisen tai luonnollisen monopolin vuoksi mahdollista tai että kyse on erityisen selkeästä ja voimakkaasta ylihinnoittelusta. Sääntelykeinoja voidaan koventaa liikuttaessa markkinavoimaa koskevan liukuvan asteikon ylärajoilla. Harkittaessa puuttumista, huomiota on kiinnitettävä myös kilpailuviranomaisen toimenpiteistä aiheutuviin kustannuksiin. Puhtaasti taloudelliselta kannalta puuttuminen ei ole perusteltua, jos kustannusten voidaan olettaa ylittävän hyödyt.[27] Luottaminen markkinoiden itseoikaisuun ei saa jäädä hurskaaksi toivomukseksi, vaan oletuksen on perustuttava markkinoilla havaittuun konkreettiseen muutosprosessiin.

Kilpailuprosessin toimiessa normaalilla tavalla määräävä asema on yleensä ohimenevä ilmiö. Määräävä asema säilyy vain yhtä kauan kuin sen taustalla olevat kilpailuedut. Kilpailuvalvonnan tehtävänä ei ole torjua sisäisen kasvun avulla saavutettua hallitsevaa asemaa, vaan pitää huoli siitä, ettei asemaa vahvisteta tai sen säilymistä pitkitetä pidempään kuin mitä yrityksen oma suoritus oikeuttaa. Kilpailuprosessin toimiessa hintojen korottaminen johtaa uusien yritysten tuloon markkinoille, jolloin markkinavoima jää väliaikaiseksi. Kilpailu-

---

[27] Kilpailulainsäädännön soveltamisessa painottuvat taloudelliseen tehokkuuteen ja elinkeinopoliittisiin tavoitteisiin liittyvät näkökohdat. Toisaalta hyvin harvoin lainsäädännön soveltaminen perustuu yksittäistapauksessa suoritettavaan kustannus-hyöty-analyysiin. Ilmeisesti esim. rikosoikeuden soveltamisessa kustannukset ylittävät hyödyt, jos hyötynä huomiota kiinnitetään vain rikoksesta aiheutuvaan taloudelliseen tappioon. Taloudellinen hyöty on luonteeltaan systemaattista eli tilannetta pitää verrata siihen, jos tietyntyyppiseen tekoon ei puututtaisi. Vastaavalla argumentaatiolla määräävän aseman väärinkäyttöön puuttuminen voi olla perusteltua, vaikka kustannukset ylittävätkin välittömät hyödyt, jos esim. kyse on markkinoiden yleisen toimivuuden kannalta haitallisesta teosta. Tällöin viranomaisen puuttumattomuus lähettää markkinoille signaalin siitä, ettei väärinkäytöstä ole odotettavissa kielteisiä seuraamuksia, jolloin vahingollinen käyttäytyminen voi yleistyä.

valvonnan painopiste on tämän vuoksi markkinoille tuloa keinotekoisesti rajoittavien menettelytapojen torjunnassa. Mikäli määräävä asema on erityisen vahva, asiakkaisiin kohdistuva väärinkäyttö käy mahdolliseksi. Tällöin kilpailijoihin kohdistuvan väärinkäytön ohella huomiota on kiinnitettävä asiakkaisiin kohdistuvan väärinkäytön torjumiseen. Yleensä kilpailuviranomaiset pyrkivät kuitenkin viimeiseen asti välttämään hintaregulaattorin roolia. Tämä tukee lähestymistapaa, jossa asiakasehtoihin puututaan yleensä silloin, kun kyse on puhtaassa monopoliasemassa olevasta yrityksestä, jolloin kilpailun aikaansaaminen ei ole mahdollista tai kyse on syrjinnästä tai asiakkaan sitomisesta.

Painottamalla asiakassuhteiden sääntelyn osalta kilpailijoita haittaavia toimenpiteitä, kuten pitkiä yksinomaisuussopimuksia, hintasyrjintää ja sitomista, kilpailuviranomaisten resurssit suunnataan niihin tilanteisiin, joissa kyse ei ole pelkästä edun ulosmittaamisesta, vaan menettelytavan voidaan olettaa entisestään heikentävän kilpailijoiden markkinoille tulon edellytyksiä. Vaikuttaa siltä, että yleensä määräävän aseman väärinkäyttöön syyllistytään siinä vaiheessa, kun hallitseva yritys saa varteenotettavan haastajan. Kilpailuviranomaisten tehtävä on huolen pitäminen siitä, ettei määräävää asemaa ylläpidetä pidempään kuin mihin oma tehokkuus antaa aiheen. Kilpailuviranomaisilla ei tulisi olla syitä estää oman suorituksen tehokkuuteen perustuvien hallitsevien asemien syntymistä jossa yritys hetkellisesti saavuttaa määräävän aseman, mutta menettää sen aikaa myöten kilpailijoiden imitoinnin ja vastareaktioiden seurauksena.[28]

EY:n kilpailuoikeudessa on muodostunut per se -tyyppisiä sääntöjä esimerkiksi uskollisuus- ja tavoitealennusten suhteen. Oikeusvarmuuden saavuttamiseksi kerran tehtyjä linjauksia muutetaan harvoin. Kyse on yleensä pikemminkin uusista poluista ja näkökulmista kuin täyskäännöksistä. Taloudellisen analyysin merkitys on suuri määräävää markkina-asemaa koskevien normien soveltamisessa, erityisesti määriteltäessä relevantteja markkinoita. Toisaalta aiempaa oikeuskäytäntöä on aika ajoin syytä tarkastella siltä kannalta, missä määrin vanhat prejudikaatit soveltuvat taloudellisissa olosuhteissa tapahtunei-

---

[28] *Schumpeter* tarkastelee kilpailuprosessia luovana tuhoamisena, jossa määräävässä asemassa oleva yritys syrjäytyy uuden hallitsijan tieltä, kunnes kilpailuprosessi tuottaa taas uuden voittajan. Vaikka yritys aikanaan on saavuttanut määräävän aseman tehokkaalla tuotekehittelyllä ja vaikka se todennäköisesti jossain vaiheessa tulee asemansa menettämään, ei se oikeuta aseman keinotekoista pitkittämistä asiakkaita sitomalla ja kilpailijoita pois sulkemalla. Määräävä asema kuvaa tilannetta, jossa markkinat eivät riittävästi kontrolloi taloudellista valtaa. Määräävä asema ei ole kielletty, ainoastaan väärinkäyttö. Määräävää asemaa säännellään, koska monopolivoimaa omaava yritys voi muutoin asettaa asiakkaille kohtuuttomia ehtoja ja sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Vaikka määräävä asema rapautuu pitkällä aikavälillä ja vaikka monopolihinnoittelu todennäköisesti nopeuttaa tuota prosessia, puuttumiskynnys ylittyy, jos menettelystä voidaan arvioida aiheutuvan olennaista haittaa ennen markkinoiden omaa korjausreaktiota. Markkinoiden omat korjaustoimenpiteet pitkällä aikavälillä eivät ole riittävä peruste olla puuttumatta väärinkäyttöön *J. M. Keynesin* sanoin "in the long run we are all dead."

siin muutoksiin. Ottaen huomioon lain väljyys taloustieteellinen analyysi tarjoaa mahdollisuuden systematisoida oikeuskäytäntöä ongelmakeskeisellä tavalla ja tarkastella tehtyjen ratkaisujen vaikutuksia. Taloustiede on kuitenkin valjastettava palvelemaan oikeudelliselle sääntelylle asetettuja tavoitteita.

4.2.2 Kilpailuprosessi ja kilpailun lopputulos kilpailuoikeudellisen intervention vaihtoehtoisina oikeuttamisperusteina; suora ja epäsuora sääntely

Tarkasteltaessa *kilpailuprosessia* keskeisellä sijalla ovat markkinoille pääsy ja yritysten käyttämät kilpailukeinot. Kiinnitettäessä huomio *kilpailun lopputulokseen* selvittelyn kohteeksi nousevat tarjottavien hyödykkeiden hintataso, laatu, "edistyksellisyys" tms. seikat.[29] Markkinataloudessa kilpailu on itseohjautuva prosessi, jonka lopputulos ei ole ennakolta tiedossa. *Suorituskilpailu* ei tarkoita sitä, että etukäteen pyrittäisiin määrittelemään "sallitut kilpailutavat", vaan sitä että menestys perustuu oman suorituksen paremmuuteen eikä kilpailijan keinotekoiseen poissulkemiseen. Painopiste on ollut EY:n kilpailuoikeudessa ja Suomessa jo vuosia kilpailuprosessin turvaamisessa, sillä se on tehokkain tapa edistää kuluttajien hyvinvointia.

Kilpailuoikeudella vaikutetaan *markkinakäyttäytymiseen*, *markkinarakenteeseen* ja *markkinatuloksiin*. Käytännössä kilpailunmekanismin ylläpito on lopputulosta tärkeämpi ohjenuora; kilpailuviranomaisten kyky simuloida kilpailun aikaansaamia markkinatuloksia esim. hinnoittelun tasoa koskevan ohjeistuksen avulla on rajallinen. Pääpainon tulee olla haitallisen markkinakäyttäytymisen torjumisessa ja kilpailullisen markkinarakenteen turvaamisessa. Markkinatuloksiin pyritään yleensä vaikuttamaan epäsuorasti kahden ensiksi mainitun sääntelykeinon avulla. Poikkeuksellisesti markkinatuloksiin voidaan vaikuttaa suoraan monopolihinnoittelua koskevan kiellon avulla.

Monopolihinnoittelun kielto on sinänsä merkityksellinen osa kilpailuvalvontaa, mutta laki edellyttää ylihinnoittelun tunnusmerkistön täyttymistä; hintamarginaalin merkitys; "optimaalista" voittotasoa koskevat laskentakaavat eivät yksinään todista monopolihinnoittelua. Tähän tarkoitukseen keskimääräistä tuottoa koskevat mallit ovat aivan liian häiriöherkkiä ja yksinkertaisia. Alakoh-

[29] Tätä lähestymistapaa voidaan pitää staattisena, sillä siinä pyritään suoraan vaikuttamaan kuluttajahintoihin tms. hyviksi koettuihin asioihin. Kilpailuprosessiin pääpainon asettava lähestymistapa on dynaaminen, sillä tarkastelun kohteena ei ole tietyn hyödykkeen (A1) senhetkinen hinta, vaan ne tekijät joihin panostamalla hinta tulevaisuudessa voisi olla alempi tai ei ainakaan nousisi nykyisestä, tai joiden seurauksena markkinoille saadaan entistä tehokkaampia hyödykkeitä (An, Bn, Cn...).

taisten erityisviranomaisten toimivaltuuksista on säädetty erikseen, eikä alakohtaisen sääntelyn metodeja voida sellaisenaan kierrättää väärinkäyttövalvontaan. Monopolitilanteessa hintatason sääntelytarve on suurempi kuin "pelkän" määräävän aseman tilanteessa. Luonnollisen monopolin ominaisuuksia omaavien siirtoverkkojen hinnoittelun sääntely on täysin rationaalia, sillä niiden osalta "kilpailun avaaminen" ei ole mahdollista.

Monopolihinnoittelun määrittämisen suurin ongelma liittyy riittävän luotettavan vertailukohdan löytämiseen. Hintojen kohtuuttomuuden toteaminen edellyttää, että toteutuneita hintoja verrataan johonkin objektiivisesti todennettavissa olevaan suureeseen. Hintoja voidaan verrata yrityksen omiin tuotantokustannuksiin. Kustannusten kohdentaminen eri tuotteiden kesken voi olla ongelmallista esimerkiksi kiinteiden kustannusten tai vajaakäytössä olevan kapasiteetin osalta. Monopolihinnoittelua ei saada selvitettyä yksinomaan pelkistetyn kustannuslaskennan keinoin. Toisaalta hintoja voidaan verrata joillakin toisilla tuotemarkkinoilla tai maantieteellisillä markkinoilla perittyihin hintoihin. Voidaan myös pyrkiä päättelemään, millaisia hinnat olisivat kilpailun toimiessa. Ratkaisu edellyttää myös kannanottoa siihen, kuinka suuri on kohtuullinen tuotto.

Kilpailuviranomaisten tehtäviin ei yleisesti kuulu vahvistaa yrityksille tiettyä hinnoittelujärjestelmää tai määrätä hintatasosta. Markkinatalouden keskeisiin periaatteisiin kuuluu se, että hinnat määräytyvät markkinoilla. Kilpailuviranomaisten toimivalta ulottuu hinnoittelussa ilmenevän väärinkäytön kieltämiseen ja määräysten antamiseen sen suhteen miten, mitä periaatteita noudattaen ja missä järjestyksessä väärinkäytöksi todettu markkinatilanne poistetaan. Yleensä tehokkaampi tapa vaikuttaa hintatasoon on puuttua siihen, ettei markkinoille syntyvää kilpailua pyritä muilla tavoin estämään. Monopolihinnoittelua koskeva säännös on kuitenkin tarpeen paitsi ennakkoestävistä syistä, myös selvien väärinkäyttötapausten sanktioimiseksi.

Verkkoon pääsyn suora sääntely myös yleisen kilpailuoikeuden avulla on tarpeen siitäkin syystä, että verkonhaltijalla on strateginen intressi olla päästämättä sopimukseen kilpailevan operaattorin kanssa sellaiseen hintaan, joka voisi luoda varteenotettavaa kilpailua paikallismarkkinoille. Yleensä ylihinnoittelu on monopolin loppu, sillä korkeampi voittotaso houkuttelee alalle uusia yrittäjiä. Ylikorkean verkkohinnoittelun osalta tilanne on päinvastainen, sillä ylihinnoittelulla ylämarkkinoilla voidaan estää kilpailijoiden pääsy paikallisille puhelin- ja energiamarkkinoille ja säilyttää monopoliin rinnastuva asema alamarkkinoilla. Ottaen huomioon, että verkon haltijalle voi olla kannattavaa maksaa itsekin ylihintaa verkon käyttämisestä, myöskään verkkovuokran tasoon puuttumista ei voida kokonaan välttää. Verkkoon pääsyn sääntelyssä painopisteen tulisi olla hintaruuvin, ei sinällään hintatason sääntelyssä. Tarkastelukulmana tulisi olla pikemminkin hinnoittelun vaikutukset markkinoille pääsyn ja alamarkkinoilla toteutuvien asiakashintojen kannalta kuin hinnoittelun

oikeudenmukaisuus.[30] Verkkohinnoittelun osalta puuttumiskynnys ylittyy, jos intervention voidaan olettaa johtavan kilpailun lisääntymiseen alamarkkinoilla ja sitä kautta tarjonnan lisääntymiseen ja kuluttajahintojen alentumiseen. Jos sen sijaan seurauksena on ainoastaan tulonsiirto verkonhaltijalta verkon vuokraajalle ilman todellista hyötyä kuluttajille, hinnoitteluun ei tule puuttua. Poikkeuksen muodostavat monimarkkinatilanteet, joissa määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii tietoisesti vahingoittamaan tai ohjaamaan tietyn kilpailijan toimintaa.

Yleisen kilpailuoikeuden puolella kyse ei ole hintasääntelystä, vaan pyrkimyksestä estää sellaisten markkinatilanteiden syntyminen, joissa hintatason suoraa sääntelyä tarvittaisiin. Kilpailuoikeuden keinoin hintatasoon vaikutetaan *ensisijaisesti* alentamalla markkinoille pääsyn esteitä, puuttumalla poissuljentaan ja syrjintään (esim. hintaruuvi ja syrjivät tai sitovat alennukset) ja turvaamalla kilpailullinen markkinarakenne preventiivisen yrityskauppavalvonnan avulla. Suora puuttuminen hintatasoon on *toissijainen* keino niissä tilanteissa, joissa edellä mainitut ensisijaiset keinot eivät tehoa tai eivät ole käytettävissä. Kilpailuviranomaisten todellisena haasteena on pitää markkinat sellaisessa tilassa, ettei hintatason suoraa sääntelyä tarvita.

---

[30] Säänneltäessä verkon hintoja keskeisen tärkeää on riittävän pitkän vertailukohdan valitseminen. Muussa tapauksessa tulokset voivat olla kovin sattumanvaraisia. Kannattavuuslaskelmat kertovat viivan alla olevan viimeisen luvun, eivät sitä, mistä keskimääräistä parempi (tai huonompi) tuotto johtuu. Monopoliyritysten osalta on syytä epäillä rahastusta, mutta mahdollista on myös se, että yritys toimii muita saman alan yrityksiä tehokkaammin. Tämän vuoksi tuoton kohtuullisuutta ei voida arvioida kiinnittämättä huomiota *mahdollisiin* tehokkuusselityksiin. Sääntelyviranomaiset puuttuvat markkinoihin kilpailuviranomaisia interventionistisemmin. Tämä on rationaalia, sillä toiminta kohdistuu luonnollisen monopolin valvontaan, jonka osalta liikutaan markkinavoiman asteikon yläpäässä. Yleinen pyrkimys lisätä kilpailua ja avata markkinoita ei tehoa luonnollisiin monopoleihin, sillä niiden osalta jo määritelmän mukaan tehokkain tapa järjestää tuotanto on antaa toiminto yhden yrityksen hoidettavaksi. Superdominanssitilanteissa yhteiskunnan käyttämät keinot markkinavoiman sääntelyssä kovenevat. Siirtoverkkojen osalta todellista vaihtoehtoa ei liene osoitettavissa alakohtaiselle sääntelylle. Erityistä huolta on kuitenkin kannettava siitä, ettei liian jäykällä rate of return -sääntelyllä luoda vääriä kannustimia, joiden seurauksena tulostaan maksimoivat yritykset joko yli- tai ali-investoivat verkkoon. Alakohtaisessa sääntelyssä tasapainon löytäminen joustavuuden ja vaikuttavuuden osalta on vaativa tehtävä ja epäonnistumisen riski on suuri.

5. Yrityskauppavalvonta

5.1 POTENTIAALISESTI HAITALLISET YRITYSKAUPAT

Yrityskauppavalvonnalla pyritään estämään liiallisena pidetyn markkinavoiman saavuttaminen yrityskaupan avulla. Yrityskauppavalvonta eroaa edellä käsitellyistä kilpailuoikeuden sääntelyinstrumenteista siinä, että markkinavoimaa säännellään puuttumalla sellaisiin uhkaaviin markkinarakenteen muutoksiin, joiden arvellaan estävän toimivan kilpailun ylläpitämisen. Kartellien ja markkinavoiman väärinkäyttövalvonnalla vaikutetaan sitä vastoin yritysten markkinakäyttäytymiseen. Kilpailuoikeudellisesti keskeisimpinä pidetään horisontaalisia yrityskauppoja, koska ne lisäävät suoraan hintavaltaa. Epäsuoran hintavallan käyttäminen nimittäin edellyttää usein lisätoimenpiteenä määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi tai vahingolliseksi kilpailunrajoitukseksi luokiteltavaa toimenpidettä, johon viranomainen voi erikseen puuttua. Markkinoiden rakenteesta lähtevää epäsuoraa hintavaltaa kontrolloidaan markkinavoiman väärinkäyttöä koskevien normien avulla. Myös monopolihinnoittelu on kielletty. Käytännössä kuitenkin monopolihinnoitteluun puututaan varsin harvoin normin soveltamiseen liittyvien mittaamis- ja arvostusongelmien vuoksi. Ero hinnoittelun tason ja toisaalta kilpailijoiden poissulkemista koskevan väärinkäyttövalvonnan käytännöllisessä tehokkuudessa lienee yksi keskeinen syy siihen, miksi horisontaalisiin yrityskauppoihin suhtaudutaan vertikaalisia ja konglomeraatteja ankarammin.

Kilpailijoiden välisten horisontaalien yrityskauppojen valvonta on erityisen tärkeä instrumentti juuri sen vuoksi, että asiakkaisiin kohdistuvan ylihinnoittelun kontrolloimisessa ei toistaiseksi ole onnistuttu. Vertikaalisia yrityskauppoja tulee arvioida strategisen kilpailun näkökulmasta silmälläpitäen erityisesti niiden vaikutuksia markkinoille pääsyn tai markkinoilta poissulkemisen potentiaalin lisääntymisen kannalta. Kannanotto konglomeraattisten yrityskauppojen kilpailuvalvontaan edellyttää kannanottoa siihen, mikä rooli kilpailuvalvonnalla nähdään suhteessa yleisempään taloudellisen vallan kontrollin tarpeeseen tai kontrolloitavuuteen kilpailuoikeuden keinoin. Toisaalta, vaikka väärinkäyttövalvonta sinänsä olisi tehokasta, yrityskauppavalvonta ei käy tarpeettomaksi. Tämä johtuu siitä, että väärinkäyttövalvonnan laukeaminen edellyttää aina väärinkäyttökynnyksen ylittymistä.

Periaatteessa voidaan tehdä selvä ero markkinakäyttäytymisen ja markkinarakenteen välillä. Markkinakäyttäytymisen valvonta on sikäli yksinkertaisempaa, että tapauskohtaisesti voidaan puuttua haitallisiksi havaittuihin menettely-

tapoihin. Menettelyn vaikutukset ovat yleensä nähtävissä siinä vaiheessa, kun kilpailuviranomaisen päätöstä kirjoitetaan. Yrityskauppavalvonnassa joudutaan arvioimaan tulevia kilpailuvaikutuksia. Sama ongelma tavataan kartellikielloista myönnettäviä yksittäispoikkeuksia koskevien hakemusten käsittelyssä. Yrityskauppavalvonnan kiistanalaisuus sääntelykeinona liittyy paljolti siihen, hyväksytäänkö niin sanottu SCP-ajattelu, jonka mukaan markkinarakenne vaikuttaa markkinakäyttäytymiseen siten, että markkinoiden keskittyessä hyödykkeiden hintataso nousee. Tämä on premissi yrityskauppavalvonnassa. Taloustieteen valtavirrassa lähtökohdan oikeutus tunnustetaan oikeaksi, joskin aikaisemmat, staattiselle tarkastelulle ja deterministisille johtopäätöksille perustuvat mallit ovat vaihtumassa dynaamiseen tarkasteluun, jossa syy- ja seuraussuhteet nähdään aiempaa oletettua monimutkaisempina ja epävarmempina. Yrityskauppavalvonnassa keskeinen ongelma liittyy sen arvioimiseen, *millä keskittymisasteella* rakenteellinen muutos *todennäköisesti* saa aikaiseksi niin voimakkaita kilpailuhaittoja, että yrityskauppa on syytä kieltää. Huomiota on kiinnitettävä markkinoiden koeteltavuuteen eli siihen, johtaisivatko yritykset ulosmitata keskittymisen tuomaa markkinavoimaa uusien yritysten tuloon markkinoille. Yrityskauppavalvonnassa voidaan päätyä eri tason kieltokynnykseen:

1) kolluusion riski
2) kolluusion todennäköisyys
3) määräävä markkina-asema
4) määräävä markkina-asema, joka merkittävästi estää kilpailua.

EY:n asetuksen kieltotunnusmerkistö edellyttää, että seurauksena on sellaisen määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla estyy merkittävästi. Edelleen jossain määrin auki on se, muodostaako kilpailun merkittävä estyminen itsenäisen tunnusmerkistön. Yrityskauppavalvontaa koskevasta hallituksen esityksestä käy ilmi, että kilpailunrajoituslain luvussa 3a määräävä markkina-asema ja kilpailun merkittävä estyminen ovat itsenäiset tunnusmerkistöt. Lainsäätäjä on tehnyt selväksi, että yrityskaupan kieltäminen edellyttää ensinnäkin määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista ja toiseksi kilpailun merkittävää estymistä. Lisäedellytyksenä kiellolle on asetettu, ettei yrityskaupan kilpailuhaittojen poistaminen ole mahdollista ehtoja asettamalla.

Sulautuma-asetuksen (4064/1989) perusteella on puututtu sellaisiin yrityskauppoihin, joiden on arveltu johtavan yhteisen määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen. Yhteinen määräävä markkina-asema on voinut perustua taloudellisiin siteisiin, mutta konseptia on voitu soveltaa myös puhtaamman markkinarakenteen tarkastelun perusteella. Kun yhteisen määräävän aseman käsite on tullut hyväksytyksi ylimmän ratkaisuinstanssin toimesta 3 §:n 2 momentin ja 7 §:n osalta, enää ei liene esitettävissä sen enempää juridisesti kuin varsinkaan reaalisesti vakuuttavia perusteluja, joiden nojalla yrityskaup-

pavalvonnassa voitaisiin ottaa toisenlainen kanta. Vertailukohtana kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentti edellyttää joka tapauksessa, että yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten välillä on taloudellisia siteitä. Kotimaisen lain esitöissä on todettu ja oikeuskäytännössä vahvistettu, ettei yhteistä määräävää asemaa voida todentaa pelkästään sillä perusteella, että yritykset käyttäytyvät yhdenmukaisesti oligopolissa.

5.2 HAASTEELLISIA LINJAUKSIA

EY:n komission käytäntö oli pitkään varovaista mm. ensimmäisen kieltopäätöksen *(De Havilland)* osakseen saaman kritiikin vuoksi. Viime vuosina käytäntö näyttää kuitenkin kiristyneen ja muodostuneen ehkä osin liiankin tiukaksi. Hieman kyseenalaisena pidän komission pyrkimyksiä laajentaa kieltovaltuutensa konglomeraattien yrityskauppojen puolelle. Tapauksessa *Tetra/Sidel* kaupan kieltäminen perustui leveraging-teoriaan, jossa ostajan oletettiin pyrkivän laajentamaan markkinavoimaansa uusille alueille. Tämä voidaan sinänsä hyväksyä, mutta kilpailuvaikutusten tulisi olla konkreettisia. On perusteltua, että EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi komission päätöksen.

Mielenkiintoisesti komission kaikista kolmesta yhteistä määräävää asemaa koskevasta kieltopäätöksestä (*Kali & Salz, Gencor/Lonrho, Airtours/First Choice*) on valitettu, ja kahdessa tapauksessa komission päätös kumottiin. Tämä osaltaan osoittaa yhteistä määräävää asemaa koskevan konseptin vaikeutta. Toisaalta kyse on ollut myös komission pyrkimyksestä laajentaa reviiriään ja lisätä toimivaltaansa alhaisella kieltostandardilla, johon tuomioistuin reagoi. Vuonna 2002 EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin kumosi kaikki kolme kieltopäätöstä, joista sille oli valitettu. *Airtoursin* lisäksi kumotuiksi tulivat päätökset *Schneider/Legrand* ja *Tetra Laval/Sidel*. Mielenkiintoinen kysymys kuuluu, missä määrin tämä heijastaa laajempia näkemyseroja yhteisön toimielinten välillä. Kieltopäätösten välittömänä seurauksena näyttää olleen se, että keskustelu yrityskauppavalvonnan tavoitteista ja toimintatavoista on saanut uutta pontta.

Yrityskauppavalvonnan perimmäisenä tarkoituksena on estää hintatasoa nostava keskittyminen, ja tähän tulisi keskittyä tutkinnassa. EY:ssä kieltopäätöksistä valitetaan harvoin, mikä selittynee valituksen käsittelyyn liittyvällä, asian luonteeseen nähden pitkähköllä odotusajalla. Pörssiyhtiölle nykyinen odotusaika on liian pitkä aika pitää transaktiota epäselvässä välitilassa. Komission kielteinen päätös lähettää markkinoille signaalin, jonka mukaan yrityskauppa ei ole kilpailuoikeudellisesti mahdollinen. Vuotta tai kahta vuotta myöhemmin saatava toisenlainen viesti tulee yleensä liian myöhään. Nähtäväksi jää, pystytäänkö tilannetta parantamaan riittävästi EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen käyttöön ottamalla nopeutetulla menettelyllä. Itse kannattaisin laajempaa järjestelmän muuttamista.

Kilpailuvirasto on onnistunut järjestämään yrityskauppatapausten käsittelyn annettuihin resursseihin nähden erinomaisella tavalla. Kieltoesitysten vähäisestä määrästä johtuen laajoja johtopäätöksiä aineellisesta puolesta ei voida vielä tässä vaiheessa tehdä. Kilpailuviraston linjaukset näyttäisivät seuraavan EY:n komission ratkaisukäytäntöä. Tähänastisen käytännön perusteella ei ole pääteltävissä, että yrityskauppavalvonnan käyttöön ottaminen olisi heikentänyt suomalaisen teollisuuden kansainvälistä kilpailukykyä, kuten valvonnan vastustajat pelkäsivät. Toisaalta voidaan kysyä, onko sääntely ollut tarpeellista.

5.3 KANNATTAAKO YRITYSKAUPPAVALVONNASSA SIIRTYÄ SLC-TESTIIN?

Lopuksi on syytä käsitellä esille noussutta kysymystä siitä, tulisiko yrityskauppojen arvioinnissa siirtyä SLC-testiin. EY:n komission yrityskauppavalvontaa koskevassa vihreässä kirjassa esitetään kysymys, tulisiko sulautuma-asetuksen nykyinen kilpailua merkittävästi estävän määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista koskeva testi korvata amerikkalaisperäisellä kilpailun merkittävää estymistä koskevalla SLC-testillä.[31]

5.3.1 Sovellettavan kilpailutestin yleisestä merkityksestä

Kieltokynnys "kilpailun merkittävä vähentyminen" vaikuttaa ainakin periaatteessa alhaisemmalta kuin "määräävä asema, joka merkittävästi estää kilpailua". Tämä johtuu siitä, että kilpailu voi vähentyä muistakin syistä kuin siitä, että kaupan seurauksena syntyy tai vahvistuu määräävä asema. On katsottu, että määräävän aseman osalta mahdollisuus käyttäytyä merkittävässä määrin kilpailun paineista riippumattomasti, on käytännössä vaikea selvittää. Samaan aikaan kieltokynnyksen laskeminen edellyttäisi nimenomaisen tehokkuuspuolustuksen käyttöön ottamista.[32] Tietyissä tilanteissa pienemmät yritykset voivat nostaa hintoja, vaikka niillä itsellään ei olisi määräävää asemaa. Ajatuksena on, että differoituneilla markkinoilla yrityskauppa voi luoda yksittäiselle yritykselle unilateraalisesti mahdollisuuden korottaa hintoja, vaikkei mikään yritys saavuttaisi määräävää asemaa yrityskaupan seurauksena. Tämä aukko perustelisi tar-

---

[31] Ks. vihreä kirja neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 tarkistamisesta, Bryssel 11.12.2001, KOM(2001). 745 lopullinen, s. 38. Julkaisu löytyy EY:n komission kotisivuilta osoitteesta http://europa.eu.int.

[32] Ks. ekonomistien lausuntojen osalta http://europa.eu.int/ comm/competition/mergers/review/comments/ ref124_collectivelettertommontipostdeadline.pdf. Tekijät katsovat, että lausunnon lopputulos ei riipu siitä, noudatetaanko consumer welfare standardia (kuten nykyisin) vaiko total welfare -lähestymistapaa.

vetta siirtyä SLC-testiin.[33] Sitä vastoin Saksan *Bundeskartellamtin* laatimassa selvityksessä päädytään siihen, ettei perusteita nykyisen testin muuttamiselle ole.[34] EY:n testillä on voitu puuttua käytännössä samoihin tapauksiin kuin Yhdysvalloissa. Muuttamalla testiä menetettäisiin saavutettu oikeuskäytäntö.[35] Oligopolitilanteiden arviointi alkaisi ikään kuin alusta, jolloin oikeusvarmuus kärsisi. Myös Suomen vihreästä kirjasta antamassa lausunnossa päädyttiin siihen, ettei testin muuttamiselle toistaiseksi ole perusteita.

Kysymys on mielenkiintoinen. Testin muuttamisen puolesta puhuisi se, että yrityskauppavalvonnassa kyse on pohjimmiltaan rakenteellisesta arvioinnista. Testin muuttaminen ottaisi paremmin huomioon sen, että kyse on myös kollektiivisen markkinavoiman arvioinnista. Perinteisesti määräävää asemaa on tarkasteltu osamonopolina, eikä yhteisen määräävän aseman käsitteen omaksuminen ja siihen liittyvä ei-kooperatiivisen oligopoliteorian nostaminen monopolitestin rinnalle ole tapahtunut täysin vaivatta. SLC-testi saattaisi kilpailuteoreettisesti selkeyttää tilannetta. Myönteisenä olisi pidettävä myös sitä, että testin muuttaminen tekisi komissiolle helpommaksi luopua virallisesta mantrasta, jonka mukaan määräävä asema olisi sulautuma-asetuksen ja 82 artiklan osalta kaikissa tilanteissa sama asia.[36] Kuten edellä on todettu, kaikki ne argumentit, jotka puoltavat rakenteellisen yrityskauppavalvonnan ulottamista oligopolitilanteisiin, eivät oikeuta johtopäätöstä, että yhdenmukaiseen käyttäytymiseen tulisi puuttua yhtä hanakasti määräävän aseman väärinkäyttönormin perusteella.

Toisaalta ajatus SLC-testistä näyttäisi pitävän sisällään näköharhan, jonka mukaan sen soveltaminen olisi jotenkin helpompaa. Kyse on samojen oligopolitilanteiden arvioimisesta kummankin testin osalta. Ongelmat liittyvät tulevaisuuden ennustamisen vaikeuteen ja oligopolien dynaamiseen luonteeseen. SLC-testiin liittyvät samat markkinamäärittelyn epävarmuustekijät kuin dominanssitestiinkin. On myös muistettava, että esim. Yhdysvalloissa SLC-testiä on vuosikymmenten saatossa sovellettu hyvin eri tavoin. Oikeuskäytäntö on vaih-

---

[33] Komissiolle lausunnon antaneiden ekonomistien esimerkin mukaan markkinaosuudet voivat olla vaikka 55 %, 22 % ja 12 %. Tällöin suurimman yrityksen sulautuminen jommankumman mainitun yrityksen kanssa vahvistaisi yhden yrityksen määräävää asemaa. Sen sijaan kahden pienemmän yrityksen fuusio ei tätä tee, mutta se saattaa silti lisätä keskittymän mahdollisuutta korottaa hintoja. Ks. edellinen alaviite, s. 2–3.

[34] Selvityksessä selvitettiin käytäntöä EY:ssä, Saksassa, Yhdysvalloissa, Australiassa, Yhdistyneessä Kuningaskunnassa ja Uudessa Seelannissa. Johtopäätöksenä oli, ettei testin erilaisuudesta voitu tehdä ratkaisevia johtopäätöksiä. Kummankaan testin perusteella ei ollut havaittavissa mitään kovin selkeää, yhdenmukaista metodiikkaa. Toisaalta kaikissa oikeusjärjestelmissä kiinnitettiin huomiota samoihin asioihin, kuten markkinaosuuteen, alallepääsyn esteisiin, markkinoiden kehitysvaiheeseen, vastavoimaan tms. Markkinavoiman torjuminen oli kaikissa järjestelmissä päämäärä. Myös tehokkuuteen kiinnitettiin kaikissa järjestelmissä huomiota, joskin enemmän niissä maissa, joissa noudatetaan SLC-testiä. Ks. Bundeskartellamt (2001) s. 35–37.

[35] Ks. myös esim. Kolasky (2002).

[36] Ks. tältä osin jäljempänä käsiteltävän uutta sulautuma-asetusta koskevan esityksen perustelujen johtaa 57.

dellut heilurin tavoin laidasta laitaan.[37] Ei voida olettaa, että sanonnan "kilpailun merkittävä vähentyminen" omaksuminen toisi mitään ratkaisevaa "valaistusta" yrityskauppojen käsittelyyn. Nykyinen Yhdysvaltain kilpailuviranomaisten lähestymistapa ei perustu SLC-testiin sinänsä, vaan pikemminkin horisontaalisia yrityskauppoja koskeviin suuntaviivoihin vuodelta 1997 ja HH-indeksiin. Nähdäkseni kohtuullisiin tuloksiin voidaan päästä laatimalla laajapohjaisen valmistelutyön pohjalta samankaltaiset suuntaviivat, joita koskeva työ onkin aloitettu.[38] EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen *Airtours*-ratkaisu on tasapainoinen prejudikaatti, jota komissio voi hyvin seurata ja jonka pohjalta oligopolitilanteiden analyysia on mahdollista kehittää edelleen.

5.3.2 Komission esitys

Komissio näyttää itse päätyneen siihen, ettei siirtyminen SLC-testiin ole tarkoituksenmukaista. Komissio esittää *11.12.2002 päivätyssä esityksessä uudeksi sulautuma-asetukseksi*[39] asetuksen 2 artiklaan muutosta, jossa nykyistä selkeämmin tuotaisiin ilmi, että yhden yrityksen määräävän aseman ohella voidaan puuttua myös useamman itsenäisen yrityksen ns. yhteiseen määräävään asemaan.[40] Kieltosäännöksen uusi sanamuoto (2 artiklan 2 kohta) kuuluisi seuraavasti: "Tässä asetuksessa yhden tai useamman yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa, jos niillä yhteen sovittamista harjoittamalla tai ilman on taloudellinen valta vaikuttaa tuntuvasti ja pysyvästi kilpailutekijöihin, erityisesti hintoihin, tuotantoon, tuotannon laatuun, jakeluun tai innovointiin tai estää kilpailua tuntuvasti".

Komission esittämää uutta sanamuotoa voidaan osin perustella lainsäädännön selkeysvaatimuksella. Nykyisestä asetuksesta tai sen esitöistä ei nimittäin lainkaan ilmene, että sitä sovelletaan myös yhteiseen määräävään asemaan. Uuteen 2 artiklaan kodifioidaan nyt viime vuosien tuomioistuinkäytäntö. Ongelmallinen komission esitys on kuitenkin erityisesti sikäli, ettei komissio

---

[37] Ks. amerikkalaisen oikeuskäytännön kehityksen osalta esim. Posner (2001) s. 118–158.

[38] Ks. luonnos komission tiedonannoksi horisontaalisten sulautumien valvonnasta, Bryssel 11.12.2002, KOM (2002).

[39] Ehdotus neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta, Bryssel 11.12.2002, KOM (2002) 711 lopullinen, 2002/0296 (CNS).

[40] Se, missä määrin nykyinen asetus 4064/89 soveltuu kollektiiviseen markkinavoimaan, oli asetuksen ensimmäisinä soveltamisvuosina kiistanalaista. Asetuksen säätämisvaiheessa kysymys jätettiin lainsäädännöllisesti auki ja oikeuskäytännön ratkaistavaksi. Oikeuskäytäntö on osin selkiintynyt EY-tuomioistuimen sulautuma-asetuksen tulkintaa koskevien ratkaisujen *Kali&Salz, Gencor/Lonrho ja Airtours/First Choice* myötä. Se, että sulautuma-asetuksen perusteella voidaan kieltää myös yhteisen määräävän aseman syntyminen, on selvää. Sen sijaan tämän suhteellisen haastavan ja monimutkaisen kilpailuoikeudellisen konseptin tarkemmat tulkintalinjat ovat vasta kehittymässä.

lähemmin perustele, mitä muutoksia uusi 2 artikla aiheuttaisi nykyiseen soveltamiskäytäntöön. Vaikka uutta 2 artiklan sanamuotoa voidaan sinänsä pitää perusteltuna, samaa ei voida sanoa ehdotuksen pintapuolisista perusteluista.[41] Riskinä on, että uusi sanamuoto lisää ainakin aluksi oikeudellista epävarmuutta. Potentiaalisesti se kasvattaa kiellettäviksi tulevien yrityskauppojen määrää.

Ilmeisesti komission tarkoitus on saada ns. "unilateraaliset vaikutukset" nykyistä selkeämmin artiklan 2 kattamiksi. Se, kuinka laajalti näihin vaikutuksiin voidaan nykyään puuttua, on oikeuskäytännön keskeneräisyydestä johtuen vielä toistaiseksi epäselvää. Taloustieteessä *"unilateraalisilla vaikutuksilla"* tarkoitetaan tilannetta, jossa yritys voi yksipuolisesti korottaa hintoja, vaikka sillä ei ole määräävää asemaa.[42] Tällaisen tilanteen on katsottu voivan syntyä markkinoilla, joilla kilpailijat tarjoavat differentoituja hyödykkeitä tai joilla yritysten kustannukset poikkeavat merkittävästi toisistaan.[43] Oletetaan, että markkinoilla toimii viisi yritystä, joiden markkinaosuudet ovat A 15 %, B 10 %, C 25 %, D 30 % ja E 20 % prosenttia. Oletetaan lisäksi, että A:n osalta vain yritys B:n hyödykkeet muodostavat täydellisen substituutin A:lle. Muiden yritysten hyödykkeet korvaavat A:n hyödykkeitä vain epätäydellisesti, mistä syystä ne eivät rajoita A:n hinnoitteluvapautta läheskään yhtä hyvin kuin B:n toiminta markkinoilla. Jos tällöin A ja B yhdistyvät, hinnat voivat nousta merkittävästi, vaikkei keskittymä saavuta määräävää markkina-asemaa. Vaikuttaa siltä, että komission tarkoituksena on saada tällaiset tilanteet kieltokynnyksen piiriin.

Ei ole kuitenkaan itsestään selvää, miten perusteltu komission esitys on. Ensinnäkin täytyy kysyä, mihin perustuu oletus, ettei A:lla ja B:llä ole määräävää asemaa. Jos A ja B voivat nostaa merkittävästi hintoja, esim. 5–10 % pidempiaikaisesti ja kannattavalla tavalla, SSNIP-testin mukaan tämän täytyisi johtaa suppeampien markkinoiden määrittelyyn. SSNIP-testin raja-arvoa alhaisempi hinnankorotus on mahdollinen ilman merkittäviä asiakkaiden siirtymiä, mutta tällöin korotus jää vaatimattomammaksi. SSNIP-testin arvo tulee valita siten, että markkinoiden monopolisoiminen ei ole kannattavaa. Kyse on tältä osin kilpailupoliittisesta valinnasta. Mikäli A ja B voivat nostaa merkittävästi hintoja, viittaa tämä siihen, että markkinat on liian laajasti määritelty. Määrittelemällä markkinat suppeammin A:n ja B:n markkinaosuus nousee ja keskittymällä saattaa olla määräävä asema. Toiseksi on kysyttävä, mihin perustuu oletus, että A ja B, jotka ovat oligopolin jäseniä, voivat korottaa hintojaan "itsenäisesti" eli ilman muiden oligopoliyritysten hiljaista "myötävaikutusta".

---

[41] Ks. komission esityksen perustelujen kohdat 53–57, jotka ovat varsin lyhyet ja epäselvät. Ottaen huomioon aineellisoikeudellisen testin käytännön merkitys, tulisi siihen esitettävät muutokset perustella huolellisemmin.

[42] Unilateraalisten vaikutusten osalta ks. esim. van den Bergh/Camesasca (2001) s. 313–315; Starek/Stockum (1995); Weiner (1997) ja Burton (1999).

[43] Ks. Starek/Stockum (1995) s. 801–802. Kritiikin osalta ks. esim. Weiner (1997) ja Burton (1999).

Eikö kyse ole tyypillisestä kollektiivisen markkinavoiman tilanteesta, johon voidaan puuttua yhteisen määräävän aseman perusteella? Yhteinen määräävä asema voi syntyä myös differentoitujen hyödykkeiden markkinoilla. Se, että tällaista tapausta ei löydy, ei merkitse vielä sitä, etteikö oikeuskäytäntö voisi myöhemminkin kehittyä tällaiseen suuntaan, mikäli komissio voi osoittaa selvästi haitallisen yrityskaupan, jonka kieltäminen on perusteltua. Nykyisen asetuksen 2 artikla on osoittautunut varsin joustavaksi instrumentiksi. Kolmanneksi täytyy todeta, ettei tuotedifferointia pidä sekoittaa määräävän asemaan. Selvää on, että panostamalla esim. mainontaan tavoitellaan oman hyödykkeen erilaistamista suhteessa saman alan yrityksiin. Tätä voidaan pitää todellisena ongelmana ainoastaan, jos referenssitilanteeksi otetaan täydellisen kilpailun teoreettinen malli, jota käytännössä ei juurikaan tavata. Tutkimuksen teoreettisessa osassa on pyritty perustelemaan, miksi yrityksen kyky hinnoitella yli omien tuotantokustannustensa on pidettävä erillään hintavallasta, jolla tarkoitetaan kykyä nostaa markkinoiden hintataso kilpailullisen tason yläpuolelle.

Voidaan todeta, että "unilateraaliset vaikutukset" näyttävät ainakin pääsääntöisesti olevan hoidettavissa markkinamäärittelyn ja/tai yhteisen määräävän aseman perusteella. Mahdollista on, säännösten väliin jää pienehkö ongelmallinen alue. Toisaalta kilpailuviranomaisten ei tule pyrkiä ratkaisemaan kaikkia potentiaalisia ongelmia, vaan olennaisempaa olisi keskittyä yleisesti haitallisimpiin tilanteisiin. Ennen lainsäädännöllisen muutoksen tekemistä tulisi selvittää, missä määrin kyse ylipäätään on sellaisesta kilpailupoliittisesta epäkohdasta, joka vaatii erityisiä lainsäätäjän toimenpiteitä. Riskinä on muun ohella se, että uuden konseptin käyttöön ottaminen sekoittaa lopullisesti jo ennestään monimutkaisen ratkaisukäytännön. Toisaalta mikäli ongelma on pieni, siihen voitaisiin puuttua myös valmisteilla olevissa suuntaviivoissa. Mitä edellä on todettu EY:n tuomioistuinten oikeuskäytännön tuoman oikeusvarmuuden menettämisestä, on otettava huomioon myös uutta esitystä käsiteltäessä. Kilpailupoliittinen kysymys – jota komission esityksessä ei lähemmin käsitellä, kuuluu – halutaanko EU:n alueella nykyistä enemmän yrityskauppoja kieltojen piiriin. Mikäli muutos asetuksen 2 artiklaan halutaan toteuttaa, komission pitäisi nykyistä yksityiskohtaisemmin perustella, miksi se on tarpeellinen. Mikäli tarkoituksena on vain vahvistaa nykyinen oikeuskäytäntö, tulisi tämä todeta nykyistä selkeämmin.

5.3.3 Arviointia

Se, halutaanko kieltokynnystä alentaa, on normatiivinen kysymys. Tähän asti keskustelua on käyty enemmän teknisellä tasolla. Testin muuttaminen palauttaisi tilanteen käytännössä siihen, mitä komissio esitti ensimmäisissä yrityskauppavalvontaa koskevissa luonnoksissaan 1970-luvun alkupuolella. Tuolloin

lähtökohtana oli kilpailun merkittävä estyminen ja tehokkuuspuolustus. Joka tapauksessa olisi syytä täsmentää, ettei yrityskaupan seurauksena lisääntyvää tehokkuutta voida pitää kielteisenä seikkana. Vaikka nimenomainen *"efficiency defence"* jäisi jatkossakin asetuksen ulkopuolelle, *"efficiency offence"* pitää joka tapauksessa torjua. Ero määräävää asemaa vahvistavien kilpailuetujen ja tehokkuushyötyjen välillä tulee tehdä sillä perusteella, missä määrin ne tullaan siirtämään kuluttajille alempina hintoina tai parempina hyödykkeinä. Tehokkuuspuolustuksen arviointia vaikeuttaa se, että hyödyt aikaisempaa useammin ovat dynaamisia. Vaikkei erillistä tehokkuuspuolustusta voidakaan varauksitta suositella, tulisi tehokkuuden näkyä kilpailuviranomaisen ajattelussa siten, että yrityskaupan liiketoiminnalliset tavoitteet otetaan huomioon, hyötyjä ja haittoja punnitaan kokonaisvaltaisesti ja pelkän teknisen markkinaosuuksien tai ekonometrisen analyysin sijasta pyritään fokusoitumaan niihin yrityskauppoihin, joiden todella voidaan olettaa nostavan hintoja tai muulla tavalla haittaavan kuluttajia.

Oikeuskäytännön laajentuminen yhteisen määräävän aseman tilanteisiin kattaa samantapaiset tilanteet kuin Yhdysvaltain kilpailutesti, vaikkakin jälkimmäinen testi vaikuttaa sanamuotonsa perusteella eurooppalaista testiä laajemmalta. Yhteisen määräävän aseman käsite mahdollistaa jo nykyisin puuttumisen yrityskauppoihin, jotka johtavat oligopoliyritysten väliseen koordinaatioon. Vaikuttaisi siltä, että yhteinen määräävä asema ja SLC-testi ovat kaksi ilmaisua yrityskauppavalvonnan yhteydessä tutkittavaksi tulevalla kollektiiviselle markkinavoimalle. Jos tarkoituksena on laskea kieltokynnystä nykyistä alemmaksi, edellyttää se myös sitä, että tehokkuusvaikutuksiin kiinnitetään nykyistä enemmän huomiota.[44] Tehokkuuspuolustuksen käyttöönotto ei luotettavan tehokkuusnäytön hankkimiseen liittyvistä syistä ole ongelmatonta. Voidaan esittää argumentteja myös sen puolesta, että kieltokynnystä pidetään korkeammalla ja tehokkuus otetaan implisiittisesti huomioon kaikissa niissä tapauksissa, jotka jäävät kieltokynnyksen ulkopuolelle. Kokonaisarviona päätyisin alustavasti siihen, ettei muutos ole nykytilanteessa tarpeen. Mitä tulee "unilateraalisiin vaikutuksiin", toistaiseksi on kyseenalaista, kuinka todellisesta kilpailupoliittisesta ongelmasta on kysymys. Tarvetta saada yksittäinen haitallinen tapaus valvonnan piiriin on verrattava siihen haittaan, jota uuden testin aiheuttamasta oikeudellisesta epävarmuudesta aiheutuu.

Yrityskauppavalvonnassa todelliset vaikeudet liittyvät markkinoiden määrittelyyn, yritysten markkinavoiman arviointiin ja ylipäätään tulevaisuuteen kohdistuvan arvioinnin haasteellisuuteen. Tämä pätee kaikkiin kilpailuoikeusjärjestelmiin siitä riippumatta, sovelletaanko dominanssi- vai SLC-testiä. Kummankin testin osalta markkinat pitää määritellä ja lopputulosta joudutaan arvioimaan jonkinlaisen markkinoiden keskittymisastetta koskevan mittarin, esim.

---

[44] Kieltokynnyksen ja tehokkuuspuolustuksen välisestä suhteesta ks. Kuoppamäki (2000) s. 214–216.

markkinaosuuden tai HH-indeksin perusteella.[45] Tyypillinen ongelma on liian staattinen tarkastelu, jossa markkinaosuuksiin kiinnitetään liian paljon ja markkinoiden dynaamiseen tarkasteluun liian vähän huomiota. Näihin todellisiin ongelmiin ei ole havaittavaa merkitystä sillä, sovelletaanko SLC- vai dominanssitestiä. Yrityskauppavalvonnan aineellisoikeudellinen kehitys riippuu ennen muuta siitä, miten viranomaisten arviointiperusteita pystytään kehittämään. Prosessuaalisesti yritysten kannalta tärkeätä on lisätä mekanismeja, joilla kilpailuoikeudellisesti vaarattomat kaupat saataisiin hyväksytyiksi nykyistä nopeammin ja pienemmin kustannuksin.

5.4 ASIOIDEN KÄSITTELYYN JA VIRANOMAISTEN TOIMIVALTAAN LIITTYVIÄ HUOMIOITA

Prosessuaalisesti merkittävä ongelma liittyy pakollisen ennakkoilmoitusvelvollisuuden ja yrityskauppojen suhteellisen pienen kieltoprosentin väliseen suhteeseen. Kansainvälisesti selvänä trendinä on havaittavissa, että vapaaehtoisesta yrityskauppojen ilmoittamisesta siirrytään pakolliseen ilmoittamisvelvollisuuteen. Jos yrityskaupan ilmoittaminen on vapaaehtoista, riittävää varmuutta ei saada siitä, että potentiaalisesti ongelmalliset yrityskaupat tulevat ajoissa kilpailuviranomaisten tietoon. Yrityskauppojen jälkikäteinen purkaminen on sinänsä mahdollista, mutta se on keinona ennakkokontrollia jyrkempi. Oikeussuhteiden jälkikäteisen horjuttamisen haittana on muun ohella uhka yrityksen arvon alentumisesta. Jos potentiaaliset ostajat tietävät kilpailuviranomaisen myyjälle asettamasta myyntivelvoitteesta, joka on täytettävä tietyn määräajan kuluessa, ajolähtötilanne synnyttää ostajan markkinat.

Yrityskaupoissa yleensä *ex ante* kontrollia voidaan pitää *ex post* kontrollia parempana vaihtoehtona. Toisaalta tehokas ex ante kontrolli edellyttää ennakkoilmoitusvelvollisuutta, mikä taas edellyttää selkeitä kriteereitä ilmoitusvelvollisuuden syntymisestä. Liikevaihtokriteereitä voidaan pitää niihin liittyvien laskentasääntöjen monimutkaisuudesta huolimatta kuitenkin markkinaosuusrajoja selkeämpinä. Jos yrityskauppa tulisi ilmoittaa esim. markkinaosuuden noustessa yli 25 %:n, ennakkovalvonnan piiriin suodattuisivat potentiaalisesti merkityksellisimmät tapaukset. Ongelmana on kuitenkin se, että ilmoitusvelvollisuuden täyttäminen edellyttäisi ennakkotietoa siitä, miten viranomainen määrittelee relevantit markkinat. Tunnetusti yritykset pitävät usein markkinoita kilpailuviranomaisia laajempina. Markkinamäärittelyn epävarmuustekijöistä

[45] Vaikka Yhdysvalloissa unilateraalisia vaikutuksia on viime aikoina pyritty mallintamaan ekonometristen menetelmien avulla, tuomioistuimet ovat kuitenkin edellyttäneet tämän rinnalle "perinteisempää" markkinoiden määrittelyn varaan rakentuvaa arviointia. Ks. esim. Burton (1999).

johtuen ennakkoilmoitusvelvollisuus kytketään yleensä liikevaihtokriteereiden täyttymiseen. Liikevaihto on kuitenkin hyvin epätarkka mittari indikoimaan yrityskaupan potentiaalisia kilpailuvaikutuksia.[46] Oikeusturvaa lisätään osumatarkkuuden kustannuksella. Liikevaihtokriteerien heikosta osumatarkkuudesta seuraa, että kilpailuviranomaisille tehdään varsin paljon notifikaatioita, joista kokenut, markkinat tunteva ratkaisija havaitsee jo alustavassa tarkastelussa, ettei kaupalla voi olla puuttumiskynnyksen ylittäviä olennaisia kilpailuvaikutuksia. Kansainvälisten tilastojen perusteella noin muutama prosentti ilmoitetuista yrityskaupoista menee jatkotutkimukseen ja alta prosentti ilmoituksista johtaa lopulta yrityskaupan kieltämiseen. Muiden kuin kilpailuoikeudellisesti haitallisten yrityskauppojen osalta olisi siten syytä pyrkiä ratkaisuihin, jotka mahdollistavat mahdollisimman nopean ja vähän kustannuksia aiheuttavan käsittelyn.

Suomessa komiteamietinnössä ehdotettiin toimivaltamuutosta, jossa valta antaa kieltopäätöksiä olisi annettu kilpailuviranomaiselle. Esitystä perusteltiin päätöksenteon nopeudella, joskaan järjestelyä ei nähty oikeusturvan kannalta ongelmattomana. Mietintö oli toimivaltamuutoksen osalta erimielinen. Muutosesitys sai lausuntovaiheessa tukea viranomaistahoilta, mutta sitä vastustivat kilpailuneuvoston ohella erityisesti elinkeinoelämän järjestöt. Hallitustasolla lakiuudistuksessa päätettiin palata toimivaltajärjestelyyn, jossa kieltopäätöksen tekee kilpailuviraston esityksestä lainkäyttöelin. Oikeusturvan arveltiin olevan parempi järjestelmässä, jossa asian tutkiminen kieltoesityksen tekeminen annetaan virastolle ja päätöksenteko uskotaan riippumattomalle lainkäyttöelimelle. Vaikka kieltovalta onkin markkinaoikeudella, nykyisessäkin järjestelmässä yrityskauppavalvonnan painopiste on selkeästi kilpailuvirastossa. Markkinaoikeuden toimivalta rajoittuu kriittisten tapausten käsittelyyn.

Suorat kieltovaltuudet lisäävät hallinnollisen kilpailuviranomaisen neuvotteluvoimaa ja siten mahdollisesti tehostavat asioiden käsittelyä. Toisaalta osa kilpailuoikeuden tutkijoista kokee EY:n järjestelmässä ongelmallisena juuri sen, että sama viranomainen suorittaa tutkimuksen ja tekee lopullisen päätöksen.[47] EY:ssä mahdollisuutta valittaa jälkikäteen kielteisestä yrityskaupparatkaisusta ei voitane pitää erityisen tehokkaana oikeuskeinona, etenkään kun komission päätös on yleensä joka tapauksessa pantava täytäntöön ennen tuomioistuinratkaisun saamista.[48] Komission kieltopäätös voi olla *fait accompli,* jota

---

[46] Ollakseen täysin osumatarkka ilmeisesti lähes jokaiselle alalle tulisi säätää omat liikevaihtorajansa.

[47] Ks. esim. Waelbroeck/Frignani (1999) s. 984.

[48] Mahdollista on komission päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämistä koskevan määräyksen hakeminen, mutta yrityksellä ei yleensä ole erityisen hyvää ennustetta siitä, että määräys annetaan esim. epäselvässä tapauksessa.

pari vuotta myöhemmin saatavissa oleva oikeusvoitto ei enää muuttaisi.[49] Valitustien ongelmiin viittaa nähdäkseni myös se, että EY:ssä valitus on jätetty vain noin neljäsosassa kieltopäätöksistä.[50] Määrää on pidettävä alhaisena verrattuna 81 ja 82 artiklaa koskeviin kieltopäätöksiin. Vaikka ns. toisen vaiheen ehtopäätöksissä yritys joutuu tekemään varsin pitkälle meneviä myönnytyksiä komission kilpailuanalyysiin (johon se itse ei ehkä yhdy), käytännössä ehtopäätöksistä ei valiteta juuri koskaan. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin on uudistanut menettelysääntöjään siten, että yrityskauppatapausten käsittelyä voitaisiin nopeuttaa. Tätä on pidettävä myönteisenä kehityssuuntana.

Nähdäkseni kotimaista päätöksentekojärjestelmää on pidettävä yritysten oikeusturvan kannalta sikäli edistyksellisempänä, että tutkimisen ja tuomitsemisen suorittaa eri viranomainen. Todennäköisesti kilpailuviranomainen harkitsee yrityskaupan kieltämistä tarkemmin, silloin kun se jo esitystä tehdessään varautuu siihen, että kiellon perusteena olevat taloudelliset ja oikeudelliset seikat pystytään näyttämään toteen riippumattomassa tuomioistuimessa. Voitaneen tehdä yleistys, jonka mukaan tuomioistuin tutkii kilpailunrajoitustapauksen keskimäärin tarkemmin silloin, kun sillä itsellään on ensimmäisen asteen päätöksentekijän vastuu. Tällöin kysymys kuuluu, onko kilpailuviranomaisen kieltoesitys riittävän perusteltu kun sitä punnitaan vastaajan esittämää selvitystä ja näyttöä vastaan. Sen sijaan toimiessaan valitusinstanssina tuomioistuin tarkastelee paremminkin sitä, rasittaako hallintoviranomaisen päätöstä jokin niin olennainen virhe, että päätös tämän vuoksi on syytä kumota siitä huolimatta, että päätös jo on synnyttänyt tietynlaisen uuden konstellaation markkinoilla. Vaikka samanlaiseenkin tutkimisen tasoon periaatteessa voidaan päästä, käytännössä asianosaisen oikeusturva vaikuttaa paremmin järjestetyltä silloin, kun tuomioistuin tekee ensimmäisen asteen päätöksen. Toisaalta tehokkuusnäkökohdat ja kansainvälisen yhteistyön vaatimukset voivat johtaa järjestelyyn,

---

[49] Ilmiötä kuvaa EY:n komission Keskon ja Tukon yrityskaupan yhteydessä tekemä prosessiväite. Komissio oli määrännyt Keskon myymään hankkimansa Tukon osakkeet kolmannelle osapuolelle. Kesko valitti päätöksestä EY:n tuomioistuimeen. EY:n komissio vaati valituksen jättämistä tutkimatta sillä perusteella, että kun yritys jo oli komission päätöksen mukaisesti joutunut myymään osakkeet ennen asian käsittelyä EY:n tuomioistuimessa, Keskolla ei olisi "oikeudellista intressiä" valittaa päätöksestä. EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin hylkäsi prosessiväitteen ja tutki asian. Nähdäkseni ilmiön luonnetta ei kuvaa EY:n tuomioistuimen lopputulokseltaan ilmeinen ja helposti tehty päätös, vaan se, että tällainen toimivaltaväite ylipäätään esitettiin. Prosessioikeus on mielestäni kilpailuoikeudessa se osa-alue, jossa pohjoismaisella oikeuskulttuurilla on kaikkein vähiten opittavaa EY-oikeudesta.

[50] Vertailun vuoksi esim. Yhdysvalloissa kieltopäätökset ovat Suomen tapaan tuomioistuimen takana. Saksassa päätöksen tekee tuomioistuimen tapaan organisoitu kilpailuviranomainen. Lievähkönä sattumuksen luonteisena indisiona EY:n yrityskauppavalvontaan liittyvistä prosessuaalisista ongelmista voidaan pitää myös sitä, että yritysten oikeuksista komissiossa vastannut hearing officer John Temple Lang erosi virastaan syksyllä 2000 protestiksi sille, että yrityskaupan ilmoittaneiden yritysten oikeusturvaan suunnitellut uudistusesitykset komissiossa olivat kariutuneet.

jossa muut seikat asetetaan yrityksen oikeusturvan edelle. Erityisesti jäljempänä käsiteltävän perusasetuksen 17/62 uudistuksen ja siihen sisältyvän kilpailuviranomaisten verkoston toimivuuden voidaan katsoa lisäävän painetta kilpailu-oikeudellisten päätöksentekojärjestelmien harmonisointiin EU:n jäsenmaiden tasolla.[51] Mikäli Suomessa päädytään siihen, että päätöksentekovaltaa siirretään tuomioistuimilta kilpailuviranomaisille, erityisen tarkkaan tulee harkita sitä, mitä kompensoivia toimenpiteitä tarvitaan hallinnollisella tasolla. Esimerkiksi kilpailuviraston nykyisen päällikkövirastojärjestelmän lienee katsottava soveltuvan varsin huonosti yhteen kilpailuviraston toimivallan lisäämisen kanssa, sillä muutoin erittäin merkittävää taloudellisjuridista päätöksentekovaltaa keskittyisi käytännössä vain yhdelle henkilölle. EY:n modernisaation vaikutukset kansalliselle päätöksenteolle edellyttävät viileätä harkintaa, jossa eri ratkaisujen puolesta ja niitä vastaan puhuvia argumentteja harkitaan kokonaisvaltaisesti ja päätöksiä tehdään vasta monipuolisen ja avoimen julkisen keskustelun jälkeen.

Kustannus-hyötyanalyysin perusteella voidaan verrata lainsäädännöstä saatavaa hyötyä siitä aiheutuviin haittoihin ja kustannuksiin. Jos vain hyvin pieni osa kaupoista kielletään, voidaan kysyä, mihin tarvitaan yrityskauppavalvontaa. Suomen vuoden 1987 ja 1992 komiteamietinnöissä yrityskauppojen pientä kieltoprosenttia käytettiin perusteena torjuvalle suhtautumiselle yrityskauppavalvontaan. Yrityskauppavalvonta perustuu havainnolle, että mainittu prosentti sisältää markkinoiden toimivuuden kannalta keskeisiä järjestelyjä, joiden seurauksena kilpailu voi merkittävästi estyä ja markkinoiden hallinta keskittyä pitkäksi ajaksi eteenpäin. Myös kartellikieltoa voitaisiin vastustaa toteamalla, että valtaosa *kaikista* yritysten tekemistä sopimuksista ei rajoita kilpailua ja että vahingolliset sopimukset muodostavat kokonaisuutena tarkastellen suhteellisen pienen murto-osan. Tilastoja koskeva havainto osoittaa prosessuaalisen ongelman, ei yrityskauppavalvonnan tarpeettomuutta. Luvut eivät kerro koko totuutta yrityskauppavalvonnan tehosta. Osasta kauppoja luovutaan käsittelyn kuluessa, jolloin nämä tapaukset eivät näy tilastoissa kiellettyinä kauppoina. Osasta kaupoista luovutaan kauppaa edeltäneiden epävirallisten ja luottamuksellisten keskustelujen perusteella, jos kilpailuviranomainen viestittää kielteistä suhtautumista kauppaan jo alkuvaiheessa. Yrityskauppavalvonta toimii preventiivisesti torjuen jo ennakollisesti määräävään asemaan johtavien kauppojen syntymistä. Yritykset luopuvat jo ennakkosuunnitteluvaiheessa sellaisten kauppojen valmistelusta, jotka johtavat erityisen korkeisiin markkinaosuuksiin.

Yrityskauppavalvonta toimii ensisijaisesti ehtojen ja vasta toissijaisesti kieltojen perusteella, joten kieltopäätökset eivät ole oikea vertailukohta tarkasteltaessa lainsäädännön tarpeellisuutta. Samalla yrityskauppavalvonta tuottaa viran-

[51] Etukäteen ratkaistuna itsestään selvänä kysymyksenä ei voida pitää sitä, mikä malli tulisi omaksua.

omaisille reaaliaikaista informaatiota markkinoiden kehityksestä, jota on mahdollista hyödyntää myös kartellien torjunnassa ja relevanttien markkinoiden määrittelyssä väärinkäyttövalvonnan puolella. Vaadittujen resurssien määrä riippuu olennaisesti siitä, miten säännökset kirjoitetaan. Kyse on ennen muuta valvonnan tarkoituksenmukaisesta tasosta ja toteuttamisesta. Seuraavaksi tulisi harkita sitä, mitä teknisiä korjauksia laki tarvitsee (ns. kahden vuoden sääntö, kotimaan liikevaihdon puuttuminen). Dynaamisilla markkinoilla, joilla tuotettavat hyödykkeet uusiintuvat nopeasti, rakenteellisia seikkoja ei tule ylikorostaa. Yleisemminkin markkinaosuuden tulisi muodostaa ainoastaan tarkastelun lähtökohta, jota tulee täydentää yleisemmällä asiakkaiden vaihtoehtoja ja neuvotteluvoimaa, potentiaalista kilpailua, markkinoiden koeteltavuutta ja alallepääsyn esteitä sekä tapauskohtaisesti relevantteja kilpailutekijöitä koskevalla tarkastelulla.

5.5 KÄRSIVÄTKÖ PIENTEN MAIDEN YRITYKSET KILPAILUHAITASTA?

Edellä on päädytty siihen, ettei markkinoiden määrittelyssä voida havaita mitään poikkeavaa kohtelua Pohjoismaiden ja muiden jäsenmaiden tapausten välillä. Markkinamäärittely toteutetaan oikein sitä silmällä pitäen, mikä tarkoituskin on. Relevanttien markkinoiden määrittäminen on taloudellinen tosiasiakysymys. Markkinamäärittelyn tarkoituksena on selvittää, onko yrityksillä markkinavoimaa eli voiko yritys nostaa hintoja ilman että asiakas kääntyy toisen yrityksen puoleen. Mikäli jollakin toisella alueella toimivan yrityksen tarjonta estää hintojen nostamisen, po. yrityksen tuotteet on luettava mukaan markkinamäärittelyyn. Relevantit kilpailuoikeudelliset markkinat ovat yleensä suppeammat kuin mitä yritys itse (täysin legitiimisti) pitää toiminta-alueenaan. Tästä syystä yritysten ja komission määritelmät poikkeavat usein toisistaan. Toki taustalla on muitakin, myös taktisia syitä. Yksittäistä markkinamäärittelytapausta on tarkasteltava sitä taustaa vasten, miten hyvin tai huonosti se sopii edellä mainitun kysymyksen hahmottamiseen eli määräävän aseman todentamiseen tai poissulkemiseen.

Toisaalta on syytä kysyä, onko järjestelmässä korjaamisen varaa. Samalla on tutkittava sitä, millaisia tapauksia ilmoitetaan. Pohjoismaisten yritysten EY:n kilpailuviranomaisten kanssa kohtaamien vaikeuksien taustalla näyttäisi olevan paitsi markkinoiden koko, osin myös kulttuurinen murros. Pehmeän kilpailusääntelyn olosuhteissa toimineet yritykset eivät ole vielä tottuneet yrityskauppavalvonnan kaltaisiin instrumentteihin. EY:n ja Suomen kilpailupolitiikassa keskeisellä sijalla on kilpailuprosessin ylläpitäminen ja kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen. Jos keskittymä saavuttaa määräävän aseman, se voi nostaa hintoja tai toimia muutoin kuluttajien etujen vastaisesti. Tämän vuoksi edelly-

tetään konkreettista näyttöä siitä, että potentiaalinen kilpailu turvaa asiakkaiden aseman. Perusedellytyksen kilpailussa pärjäämiselle antavat yrityksen hyödykkeet ja tehokas yritysjohto. Määräävän aseman saavuttaminen kansallisilla markkinoilla ei yleisesti paranna yrityksen kansainvälistä kilpailukykyä, sillä yritys, joka ei kohtaa tehokasta kilpailua kotikentällään, ei välttämättä ole erityisen kilpailukykyinen laajemmilla kansainvälisillä markkinoilla.

EU:n tarkoitus on syventää integraatiota. Voidaan arvioida, että euron käyttöönotto tulee monilla toimialoilla aikaa myöten laajentamaan maantieteellisiä markkinoita nykyisestä. Tiettyjen hyödykkeiden osalta markkinat ovat paikalliset (esim. kunnallinen vesijohtolaitos), alueelliset (esim. monet päivittäistavarat), maanlaajuiset, pohjoismaiset, Pohjois-Eurooppaa koskevat, EU:n laajuiset, länsimaiden laajuiset tai maailmanlaajuiset. Kieleen, kulttuuriin, kuluttajien toimintamahdollisuuksiin, kuljetuskustannuksiin tai uponneisiin investointeihin liittyvät syyt johtavat siihen, että monet markkinat jatkossakin ovat kansallisia. Suomi on syrjäinen alue, jolla on eksoottinen kieli. Tämä vaikuttaa toisilla markkinoilla, toisilla taas ei.

Viranomaisten tulee määritellä markkinat mahdollisimman johdonmukaisesti ja ennalta arvattavalla tavalla. Yritykset nojautuvat sisäisessä valmistelussaan aiempiin ennakkopäätöksiin, ja pyrkivät niiden perusteella määrittelemään oman kilpailuoikeudellisen asemansa. Markkinoiden määrittely ei saa olla horjuvaa tai perustua opportunistisiin markkinavoiman todistamista koskeviin tavoitteisiin. Poikkeaminen aikaisemmasta käytännöstä edellyttää selkeitä syitä ja on perusteltava. Samalla aiemmin omaksutun markkinamäärittelyn pitää voida muuttua. Tietty hyödyke voi teknisen kehityksen johdosta ajan mittaan kelvata toisen hyödykkeen korvikkeeksi, vaikka näin alun perin ei olisi ollut asian laita. Käänteisesti tuotedifferoinnin lisääntyminen voi johtaa hyödykemarkkinoiden supistumiseen. Markkinamäärittelyn tarkoituksena ei ole yrittää vastata siihen, miten tarjonnan tai kulutuksen tulisi suuntautua, vaan ainoastaan tehdä neutraaleja johtopäätöksiä yritysten senhetkisestä markkinavoimasta. Yrityskauppavalvonnassa kysymys kuuluu, voivatko keskittymän osapuolet nostaa hintoja tai toimia muutoin kuluttajien edun mukaisesti yrityskaupan jälkeen. Toinen kysymys kuuluu, mitä vaikutuksia yrityskaupan kieltämisellä mahdollisesti on sitä yrittäneiden yhtiöiden kansainväliselle kilpailukyvylle. Ottaen huomioon kilpailuoikeuden tavoitteet, ristiriitatilanteissa ensimmäistä kysymystä pidetään tärkeämpänä. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö kilpailuviranomaisen analyysi voisi olla virheellinen esim. liian suppean markkinamäärittelyn tai kilpailun dynamiikan laiminlyömisen seurauksena. Yrityskauppavalvonnan yhtenä riskinä on staattinen, historialliseen tilanteeseen perustuva analyysi. Mitä pienemmästä markkina-alueesta tai mitä suppeammasta hyödykesegmentistä on kyse, sitä enemmän pitäisi ottaa huomioon tuleva kehitys. Yrityskauppaa ei kannata kieltää, ellei kyseisten markkinoiden monopolisoiminen olisi pidemmän päälle kannattavaa. Euroopan integraatio ja talouden kansainvälisty-

minen laajentavat alueellisia markkinoita. Mikäli markkinat ovat muuttumassa ratkaisevalla tavalla, tämän tulisi heijastua yrityskaupan arviointiin.

Tarkasteltaessa EY:n komission kieltopäätöksiä Pohjoismaat näyttäisivät olevan asukaslukuun ja taloudelliseen painoarvoon verrattuna yliedustettuina. Vuoden 2001 loppuun mennessä annettiin 18 kieltopäätöstä, joista 5 on koskenut Pohjoismaiden markkinoita ja yrityksiä.[52] Toisaalta tämä voi selittyä Pohjoismaiden markkinoiden suuremmalla keskittymisasteella, joka selittyy asukastiheyden ohella mm. yrityskauppavalvonnan myöhäisellä toteuttamisajankohdalla. Mahdollista myös on, että pohjoismaiset yritykset pyrkivät toteuttamaan suuria jäsenmaita enemmän kilpailua rajoittavia yrityskauppoja. Tätä voidaan pyrkiä selittämään esim. markkinoiden pienuudella tai kilpailukulttuurin nuoruudella.

Vaikka markkinamäärittely suoritetaankin syrjimättömästi, on silti mahdollista katsoa, että järjestelmä nykyisten sääntöjen sisällöstä johtuen on pienten maiden yrityksille epäedullinen. Suuremmilla markkinoilla toimivat yritykset voivat kasvaa huomattavasti pienten maiden yrityksiä suuremmaksi, ennen kuin keskittymiskehityksen kilpailuoikeudelliset rajat tulevat vastaan. Voidaan antaa erilaisia vastauksia sen suhteen, mitä pienten maiden kilpailuaseman turvaaminen edellyttää. Yritysten käytettävissä ovat kaikki vaihtoehtoiset markkinastrategiat, jotka eivät johda määräävän aseman syntymiseen. Yrityskaupat voidaan tehdä jäsenvaltioiden rajat ylittäen, jolloin markkinaosuus tietyssä maassa ei kasva liian suureksi. Tätä strategiaa on noudatettu esimerkiksi pohjoismaisilla pankki- ja telemarkkinoilla. Toisena vaihtoehtona on sisäinen kasvu. Mikäli kyse markkinamäärittelyn mielessä on kotimarkkina-alasta, mutta samat yritykset toimivat kansainvälisesti monissa maissa, pienten markkinoiden ongelma voi muodostua todelliseksi. Tällöin suuren jäsenmaan yritys voi saavuttaa suuremman yrityskoon pienemmällä prosentuaalisella osuudella jäsenmaan markkinoista kuin pienen jäsenmaan yritys.

---

[52] "Pohjoismaisia" kieltopäätöksiä olivat *Nordic Satellite Distribution*, *Kesko/Tuko*, *Volvo/Scania*, *SCA/Metsä Tissue* ja *Tetra Laval/Sidel*. Tosin viimeksi mainittua ratkaisua voidaan pitää "pohjoismaisena" vain omistuskytkennän kautta. Listalta puuttuu ruotsalainen pankkifuusio, jossa notifikaatio vedettiin pois komission virallisen vastalauseen jälkeen ja rakennusteollisuusjärjestely, jossa divestituuri muodollisesti toteutettiin ehdollisena hyväksyntänä. Samoin ei ole käsitelty niitä tapauksia, joissa yritysjärjestely on ollut esillä, mutta siitä on luovuttu kilpailuoikeudellisen ennusteen vuoksi. Yhtä kaikki, 5/18 osuus vaikuttaa suurelta, jos tarkastellaan Pohjoismaiden väestöllistä tai taloudellista osuutta EU:n muodostamasta kokonaisuudesta.

6. Normien yhteispeli

6.1 OLIGOPOLIKYSYMYS

Oligopolissa syntyvää riskiä hintojen nousemisesta kilpailullisen tason yläpuolelle kuluttajia haittaavalla tavalla voidaan torjua eri vaiheissa tapahtuvalla ja eri asteisella valvonnalla: 1) kartellien kieltämisellä, 2) määräävän aseman väärinkäytön laajalla tulkinnalla ja 3) yrityskauppavalvonnalla. Kaikilla keinoilla voidaan periaatteessa saavuttaa samansuuntainen lopputulos; kartellien osalta tunnusmerkistöä tiukentamalla ja näyttökynnystä alentamalla, laajentamalla määräävän aseman oikeudellista merkityssisältöä tai laskemalla preventiivisesti toimivan yrityskauppavalvonnan kieltokynnystä. Kaikki keinot ovat jo käytössä – kyse on siitä, miten painopisteet asetetaan. Ratkaisevaa ei ole yksittäisten oikeusnormien sisältö yksinään tarkasteltuna, vaan se, miten hyvin normit pelaavat joukkueena yhteen.[53]

Periaatteessa oligopoliongelmaan voidaan puuttua myös 4) pilkkomalla oligopoliyrityksiä. Tämä ei ole nykyisten sääntöjen mukaan mahdollista, mutta instrumentti on nyttemmin hyväksytty käyttöön kilpailusääntöjen modernisaatiopaketin[54]

---

[53] Esimerkiksi jääkiekkovalmentaja ei pyri optimoimaan yksittäisen pelaajan tai pelipaikan, vaan joukkueen suoritusta. Samaan tapaan kilpailuoikeudessa huomiota tulee kiinnittää siihen, että joku instrumenteista kattaa todistetusti ongelmallisen tilanteen. Samalla on mietittävä sitä, mikä vaihtoehtoisista instrumenteista soveltuu tehokkuuden, joustavuuden, osumatarkkuuden ja ennustettavuuden kannalta parhaiten kussakin tilanteessa.

[54] Pilkkomisvaltuuksia koskeva säännös sisältyy jäljempänä käsiteltävän uuden asetuksen 7 artiklaan. Komissio voi määrätä 81 ja 82 artiklassa tarkoitetun menettelyn lopettamiseksi tarpeellisia rakenteellisia toimenpiteitä. Rakenteelliset toimenpiteet eivät sinänsä ole uusia, sillä ne ovat jo käytössä yrityskauppavalvonnassa ja 81 artiklan 3 kohdan mukaisessa poikkeuslupaharkinnassa. Sen sijaan uutta olisi rakenteellisten toimenpiteiden määrääminen määräävän aseman väärinkäytön jälkiseuraamuksena. Monopoliasemaansa väärinkäyttäneiden yritysten pilkkominen on mahdollista Yhdysvalloissa. Microsoft-tapaus on herättänyt uudelleen kilpailuviranomaisten kiinnostuksen instrumenttia kohtaan. RS 82 artiklan osalta jonkinasteisena ennakkotapauksena voidaan ehkä viitata *Continental Can* -päätökseen (6/72, Kok. 1973 s. 215), jossa 82 artiklaa sovellettiin yrityskauppavalvonnan korvikkeena. Ilman uutta EY-tuomioistuimen päätöstä en kuitenkaan olisi valmis johtamaan päätöksestä oikeutta rakenteellisten toimenpiteiden käyttämiseen väärinkäytön sanktiona. Ymmärtääkseni komission pääasiallisena tavoitteena on saada käyttöön instrumentti, jolla se voisi vaatia esim. verkonhaltijaa erottamaan siirtoverkon ja oman palvelutuotantonsa omiin yhtiöihin. Tämä saattaisi olla kilpailun avautumisen kannalta monissa tilanteissa järkevää. Paljon kyseenalaisempaa olisi, jos pilkkomisvaltuuksien tulkittaisiin ulottuvan yhteisen määräävän aseman kattamiin oligopolitilanteisiin. Laajaa tulkintaa vastaan puhuu se, että 7 artiklan mukaan rakenteellisia keinoja voidaan käyttää viimekätisenä keinona silloin, kun on osoittautunut, että dominanssiongelmaa ei saada riittävästi torjuttua käyttäytymisen valvonnan avulla. Rakenteelliset toimenpiteet ovat viimekätinen keino, joita käytettäessä pitää lisäksi ottaa huomioon suhteellisuus- ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteet.

yhteydessä, jolla uudistetaan kokonaan perusasetus 17/62. Ottaen huomioon, että 82 artiklaa voidaan soveltaa myös yhteiseen määräävään asemaan, oligopolien pilkkominen lienee jatkossa periaatteessa mahdollista. Uusien rakenteellisten valtuuksien osalta painopiste näyttäisi kuitenkin olevan yhden yrityksen määräävän aseman puolella. Komission pääasiallisena tavoitteena lienee puuttua sellaisiin rakenteisiin, jotka estävät muista jäsenmaista olevien yritysten pääsyä markkinoille. Oligopoliyritysten osalta pilkkomisen hyötyihin ja haittoihin liittyvän arvion tekeminen edellyttää hankalaa kustannus-hyöty-analyysia. Tästä syystä en pidä oligopolien pilkkomista suositeltavana terapiana. Todennäköisesti pilkkomisesta aiheutuvat tehokkuustappiot ja hallintokustannukset ylittäisivät kilpailun lisääntymisestä saatavan hyödyn. Oligopoliongelman ratkaisua lieneekin haettava nykyisten sääntelyinstrumenttien optimoinnista. Asettaisin painopisteet seuraavasti:

1) Kartellikiellon soveltamista tiukennetaan puuttumalla nykyistä johdonmukaisemmin kilpailijoiden väliseen tietojenvaihtoon; sen sijaan kartellikiellon täyttymisen osoittaminen pelkän taloudellisen näytön perusteella olisi jatkossakin vain hyvin poikkeuksellisesti mahdollista.
2) Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen rajataan tilanteisiin, joissa yritysten välillä on taloudellisia siteitä; väärinkäyttönä ei voida pitää pelkkää kilpailijoiden seuraamista.
3) Signaloinnin kaltaisten menettelytapojen osalta, milloin kyse ei ole tietojenvaihtokartellista, voidaan harkita kilpailunrajoituslain 9 §:n kaltaisten vahingollisia vaikutuksia koskevien lausekkeiden soveltamista.
4) Yrityskauppavalvonnalla voidaan puuttua oligopolien tiukentumiseen ilman täyttä näyttöä kolluusiosta; markkinarakenteen heikentymisestä aiheutuvaa riskiä kilpailun toimivuudelle voidaan pitää riittävänä.[55]

6.2 YHDEN YRITYKSEN DOMINANSSI

Yhden yrityksen dominanssi muodostaa määräävän aseman sääntelyn perinteisen alueen. Väärinkäyttökiellon tehtävänä on turvata edistystä ja kohtuullista hintatasoa puuttumalla asiakkaan sitomiseen ja kilpailijan poissulkemiseen sekä suoranaiseen pienemmän yrityksen vahingoittamiseen. Markkinoille pääsy on ollut jo vuosia keskeinen päämäärä EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Yksinään tämä tavoite ei riitä, sillä markkinoille pääsy voi olla estynyt legaalisesta tai luonnollisesta syystä tai siksi, etteivät potentiaaliset kilpailijat näe alalle tuloa houkuttelevana heikkojen tuotto-odotusten ja hallitsevan aseman vuoksi. Vaikka markkinoille pääsyn tavoite sinänsä on tärkeä, kilpailuviran-

[55] Samalla on kuitenkin kiinnitettävä riittävästi huomiota yrityskauppojen tehokkuussyihin ja siihen, ettei markkinamäärittely ole todellista tilannetta suppeampi.

omaisen mahdollisuudet edistää sitä ovat rajalliset. Lähinnä voidaan puuttua keinotekoiseen poissulkemiseen. Mikäli määräävän aseman leimaamille markkinoille ei tule uusia yrityksiä esim. korkeiden uponneiden kustannusten vuoksi, viranomaisen kyky alentaa niitä on rajallinen, ellei sitten kyse ole selkeästi kilpailijan kustannusten nostattamisesta. Viranomaista sitoo myös tasapuolisuusperiaate, joka estää sitä tavoittelemasta tietoisesti tiettyjen yritysten etua. Kilpailuoikeuden tehtävä on suojella kilpailuprosessia eikä yksittäisiä kilpailijoita. Yleisemmin määräävän aseman väärinkäyttökiellolla suojataan suorituskilpailua eli sitä, että menestys markkinoilla määräytyy oman suorituksen paremmuuden perusteella verrattuna kilpailijaan. Tämä on tärkeätä paitsi markkinoiden tehokkaan toiminnan kannalta, myös kilpailun ja markkinatalousjärjestelmän legitimiteetin kannalta.

Voidaan todeta, että tehokkain tapa puuttua hintatasoon on turvata kilpailullinen markkinarakenne yrityskauppavalvonnan avulla. Yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on estää sellaiset yrityskaupat, joiden seurauksena hinnat nousevat tai kilpailu muuten vähentyy kuluttajia vahingoittavalla tavalla joko kollektiivisen tai yhden yrityksen määräävän aseman seurauksena. Määräävän aseman sääntelyllä ei voida yksinään turvata kilpailullista hintatasoa, joten rakenteellinen valvonta ja käyttäytymisen valvonta täydentävät toisiaan. Määräävän aseman väärinkäyttökielto on puutteellinen instrumentti hintojen sääntelyyn, viranomaiselle oikean hinnan tai kohtuullisen katteen määrittäminen on hankalaa ja helposti päädytään tilanteeseen, jossa hintasääntely korvaa markkinoiden oman sääntelyn. Hintojen ja/tai katteiden sääntelyä tarvitaan luonnollisissa monopoleissa, koska niiden osalta jo määritelmän mukaan ei ole mahdollista saada aikaiseksi toimivaa kilpailua. Korkeintaan voidaan kilpailuttaa monopolioikeuden haltija määräajoin, joskin siitäkin voi aiheutua investointihalukkuuteen liittyviä ongelmia.

6.3 KILPAILUNRAJOITUSOIKEUDEN EI TARVITSE YKSINÄÄN SUORIUTUA KAIKESTA

Tutkimuksen ensimmäisessä osassa tehtiin erottelu sopimusvoiman, markkinavoiman ja monopolivoiman välillä. Markkina- ja monopolivoima kuuluvat kilpailulainsäädännön alaan, pelkkä sopimusvoima ei. Jos kahden osapuolen välinen voimatasapaino on häiriintynyt, ongelmaan voidaan puuttua siviilioikeudellisten kohtuullisuuslausekkeiden avulla. Sen sijaan ei ole syytä ulottaa kilpailuoikeutta pistekohtaisten oikeussuojaongelmien ratkaisemiseen.

Lähtökohtaisesti kilpailuoikeuden tehtävänä ei ole tasoittaa sopimusoikeudellisia puntteja osapuolten välillä. Tämä tapahtuu paremmin esim. siviilioikeudellisilla kohtuullisuusnormeilla. Kilpailuoikeudessa fokusoidutaan niihin tilanteisiin, joissa osapuolten välinen epätasapaino johtuu kilpailuolosuhteista tai

joissa menettelytapa joko yksin tai kumulatiivisesti yhdessä muiden yritysten noudattamien vastaavien menettelytapojen kanssa vaikuttaa haitallisesti markkinoiden toimintaan. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa kiinnitetään yleisen edun ohella huomiota siihen, ettei toisen elinkeinonharjoittamista haitata kohtuuttomalla tavalla. Toisaalta puuttuminen kaikkiin sopimusepätasapainoa koskeviin tapauksiin veisi kilpailuviranomaisten rajalliset resurssit pois markkinoiden toimivuuden kannalta merkityksellisimmistä tapauksista. Ratkaistaessa riippuvuussuhteita koskevia toimenpidepyyntöjä on tärkeätä löytää tasapaino yhtäältä *kilpailun suojelemisessa instituutiona* ja toisaalta *individuaalisen suojan* välillä. Kilpailuoikeudessa kilpailun institutionaalinen suojelu ja väärinkäytön kohteeksi joutuneen yrityksen individuaalinen suojelu ovat saman kolikon kaksi puolta. Kilpailuoikeuden julkisoikeudellista tehtävää – toimimista markkinatalouden henkivartijana – on pidettävä ensisijaisena. Kuitenkin vain ottamalla kohtuullisella tavalla huomioon myös elinkeinonharjoittajien kohtuulliset intressit julkinen tehtävä voi tulla kunnialla suoritetuksi.

Kilpailuoikeudelliseen ongelmaan voidaan puuttua myös muun yhteismarkkinalainsäädännön, esim. tavaroiden ja palveluiden vapautta, julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tai verotuksen syrjintäkiellon avulla. Esimerkin viimeksi mainitusta tarjoaa yhteismarkkinaoikeus. Suomen autoverotapauksessa rinnakkaistuonnin vapautta koskevilla kilpailuoikeudellisilla periaatteilla ei ollut verotussyistä juuri mitään merkitystä tuotaessa autoja Suomeen päin ennen kuin veroraja poistui EY:n tuomioistuimen päätöksellä. Tämä palauttaa mieliin tutkimuksen kilpailuteoreettisessa osassa käsitellyn periaatteen. Toimivan kilpailun vaatimukset on otettava huomioon kokonaisvaltaisesti kaikessa yhteiskuntapolitiikassa. Jos markkinat jossain yhteydessä halutaan syrjäyttää, sille tulee artikuloida vahvat perusteet. Tarvitaan kokonaisvaltaista ajattelua. Yhden osan muodostaa keskustelu siitä, millaiset puitteet Euroopan kilpailusääntelylle luodaan.

7. Perusasetusta koskeva uudistus

7.1 UUDISTUKSEN TAUSTAA

EY:n komissio esitti huhtikuussa 1999 esitti kilpailusääntöjen uudistamista koskevassa valkoisessa kirjassa[56] merkittäviä muutoksia kilpailuasioiden käsittelyä koskeviin, vuodelta 1962 peräisin oleviin sääntöihin. Artiklojen 81 ja 82 soveltaminen keskitettiin tuolloin käytännössä komissiolle, mikä on näkynyt mm. siinä, että ainoastaan komissiolla on oikeus myöntää 81 artiklan 3 kohdan mukaisia poikkeuslupia. EY:n komissio julkaisi syyskuussa 2000 asetusehdotuksen,[57] jolla korvattaisiin nykyinen perusasetus 17/62. Uusi perusasetus[58] hyväksyttiin 26.11.2002 EY:n ministerineuvostossa noin kahden vuoden käsittelyn jälkeen. Uusi asetus tulee voimaan 1. päivänä toukokuuta 2004.

Nyt voimassa olevassa järjestelmässä kansalliset viranomaiset voivat soveltaa 81 artiklan 1 ja 2 kohtia ja 82 artiklaa mutta vain siihen asti, kunnes komissio avaa virallisen menettelyn samassa asiassa. Päätösvallan keskittäminen komissiolle oli luontevaa, sillä 1960-luvun alussa silloisista jäsenmaista ainoastaan Saksassa oli tehokasta kieltoperiaatteelle perustuvaa kilpailulainsäädäntöä.[59] Tilanne on kuitenkin muuttunut, sillä nykyisin EY-oikeutta läheisesti muistuttavaa kilpailulainsäädäntöä on jokaisessa 15:ssa jäsenmaassa. Lainsäädäntöä soveltavat erityiset kilpailuviranomaiset. Yleiset kansalliset tuomioistuimet soveltavat 81 ja 82 artiklaa normien suoran sovellettavuuden perusteella. EY:n tuomioistuimen *Walt Wilhelm* -päätöksen[60] mukaan EY:n kilpailuoikeutta

---

[56] Komission ohjelma no 99/027, EYVL 1999 C 132/1, 12.5.1999.

[57] EYVL 2000 C 365E/284.

[58] Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), annettu 16. päivänä joulukuuta 2002; EYVL L 1/1, 4.1.2003.

[59] Ks. esim. Gerber (1998) s. 348–351, joka painottaa sitä, että artiklassa 9 (3) komissiolle annettiin yksinomainen rooli sen vuoksi, etteivät komission ratkaisut joutuisi ristiriitaan varsin erilaista ideologiaa edustavien kansallisten kilpailusäännöstöjen kanssa. Toimivallan keskittämistä tarvittiin myös odotettavissa olevien notifikaatioiden hallinnoimiseksi. Gerber arvelee, ettei ministerineuvosto enää nykyään myöntäisi komissiolle yhtä vahvoja oikeuksia, mikäli asia tulisi uudelleen esille. Tämä saattaa pitää paikkaansa ja olla yksi selitys sille, miksei komissio halua toteuttaa kokonaisuudistusta, jossa myös artikloja 81 ja 82 uudistettaisiin. Ks. myös Goyder (1998) s. 34–51, joka myös mainitsee yhtenä keskittämiseen johtaneena syynä sen, että jäsenvaltioiden lainsäädäntö perustui väärinkäyttöperiaatteelle. Tämä pätee Saksaa lukuun ottamatta, jossa kieltoperiaatteeseen siirryttiin kartellien osalta 1.1.1958, määräävän aseman väärinkäytön osalta tosin vasta vuosikymmeniä myöhemmin. Yhteytenä Saksaan on myös ordoliberaalin ajattelun korostuminen alkuaikoina. Ideologinen ristiriita syntyi ranskalaisen planifikaation ja saksalaisen ordoliberalismin välillä. Ks. Gerber (1998) s. 344. Gerber (2001) mainitsee ordoliberalismin Saksassa yhtenä syynä sille, että Saksa on vastustanut komission modernisaatioehdotusta.

[60] *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, 14/68, Kok. 1969 s. 1.

ja kansallisia sääntöjä voidaan soveltaa rinnakkain edellyttäen, ettei kansallisen lain soveltaminen vaaranna EY-oikeuden yhdenmukaista soveltamista tai käytännöllistä tehokkuutta. RS 81 ja 82 artiklojen soveltuminen tai soveltaminen ei estä kansallisen lain soveltamista samassa asiassa, joskaan kansallisen lain nojalla annetut ratkaisut eivät saa olla perustavaa laatua olevassa ristiriidassa EY:n kilpailuoikeuden kanssa. Rinnakkaisen soveltamisen periaate mahdollistaa kansallisiin olosuhteisiin suhteutetun kilpailupolitiikan. Toisaalta riskinä ovat ristiriitaiset ratkaisut. Elinkeinoelämä on kannattanut sääntöjen yksinkertaistamista, sillä rinnakkaisten säännöstöjen soveltaminen lisää oikeudellista epävarmuutta ja soveltamiskustannuksia. EY:n komissio pyrki 1990-luvulla lisäämään 81 ja 82 artiklan soveltamista jäsenvaltioilla julkaisemalla tiedonannot yhteistyöstä yleisten tuomioistuinten[61] ja kansallisten kilpailuviranomaisten[62] kanssa. Komissio on myös pyrkinyt aikaansaamaan sen, että kansalliset viranomaiset velvoitettaisiin soveltamaan suoraan 81 ja 82 artikloja kaikissa niissä tapauksissa, joissa kauppavaikutus täyttyy. Noin puolessa jäsenmaista on suoraan soveltamiseen velvoittava säännös kansallisessa lainsäädännössä. Näissäkin maissa kansalliset viranomaiset näyttävät soveltaneen etupäässä kansallisia säännöksiään. Kansallisissa tuomioistuimissa nostetut kilpailuoikeudelliset siviilikanteet ovat säilyneet suhteellisen vähälukuisina verrattuna potentiaaliseen soveltamisalaan. EU on päättänyt ottaa uusia jäsenmaita. Jäsenmäärän noustessa 25:een keskitetty järjestelmä muodostuu liian kankeaksi. Komission valkoisessa kirjassa 28.4.1999 esitettiin seuraavat vaihtoehdot:

a) 81 (1) artiklan tulkinnan lieventäminen (rule of reason);
b) 81 (3) artiklaa koskevan toimivallan jakaminen kansallisten kilpailuviranomaisten kanssa;
c) ennakkoilmoittamista koskevan tarpeen vähentäminen;
d) komission päätöksentekomenettelyn yksinkertaistaminen;
e) kauppavaikutuskriteerin uudelleen tulkitseminen.

Rule of reason -periaatteen ja kauppavaikutuskriteerin soveltaminen perustuvat 81 (1) artiklaa koskevaan EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, joten rule of reason -periaatteen nykyistä laajempi tulkinta[63] tai nykyistä suurempien vaatimusten asettaminen kauppavaikutuskriteerille[64] edellyttäisivät joko EY:n tuo-

---

[61] Komission tiedonanto komission ja kansallisten tuomioistuinten välisestä yhteistyöstä perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklaa sovellettaessa, EYVL 1993 C 39/5.

[62] Komission tiedonanto komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten välisestä yhteistyöstä perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisalaan kuuluvien asioiden käsittelyssä, EYVL 1997 C76/9.

[63] Tällä kannalla esim. Wesseling (2001) s. 376–378.

[64] Periaatteessa mahdollinen olisi tulkinta, jossa kauppavaikutuskriteerin täyttymiskriteerejä nostettaisiin EY:n tuomioistuimen käytännössä. Näin on tapahtunut tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan 28 artiklan osalta. *Keck*-päätöksellä 28 artiklaa ryhdyttiin tulkitsemaan aikai-

mioistuimen linjanmuutosta tai vaihtoehtoisesti Rooman sopimuksen 81 ja 82 artikloiden sisällön muuttamista. Kun uudistus haluttiin toteuttaa ilman sopimusmuutoksen edellyttämää hallitusten välistä konferenssia, jäljelle jäivät vaihtoehdot, jotka ovat toteutettavissa asetusta 17/62 muuttamalla. Komission valkoisessa kirjassa kuvailtua ehdotusta voidaan pitää yhdistelmänä kohdista b, c ja d. Uudistus perustuu EY:n komission ja kansallisten viranomaisten toimivallanjaossa tehtävien muutosten varaan. Samanaikaisesti on pyritty toteuttamaan aineellisoikeudellisella puolella muutoksia, jotka vähentävät yritysten tarvetta ilmoittaa sopimuksensa komissiolle. Valkoisen kirjan keskeisiä piirteitä olivat seuraavat:

1) EY:n komissio keskittyy jatkossa aidosti EY-dimension omaaviin tapauksiin, joilla on erityisen suurta taloudellista, juridista tai poliittista merkitystä yhteismarkkinoiden soveltamisen kannalta.
2) Kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet käsittelevät kaikki muut tapaukset.
3) Nykyisestä ilmoitusmenettelystä ja poikkeuslupien myöntämisestä luovutaan ja siirrytään lakisääteisiin poikkeuksiin (exception légale; vrt. KilpRajL 6.2 §).
4) Komissio ja kansalliset kilpailuviranomaiset toimivat verkostona. Kansallisen päätöksenteon merkitys korostuu; komissiolla varmistava ja koordinoiva rooli.

7.2 NYKYTILANTEEN ARVIOINTIA

Yhden esteen EY-kilpailuoikeuden nykyistä laajemmalle soveltamiselle on muodostanut 81 ja 82 artikloja koskevien nimenomaisten valtuuksien puuttuminen kilpailunrajoituslaista. Nykyisen lain 20 §:n nojalla kilpailuvirastolla on oikeus ja velvollisuus antaa virka-apua EY:n komissiolle tämän Suomen alueella suorittamissa tutkimuksissa. Sen sijaan laki vaikenee viraston omasta oikeudesta soveltaa EY-normeja. Kuitenkin tarkemmin ottaen oikeusperusta löytyy EY:n asetuksen 17/62 9 artiklan 3 kohdasta yhdistettynä perustamissopimuksen 88 artiklaan. Viraston päätöksissä EY-oikeuteen on viitattu tulkinta-argumenttina. Kilpailuneuvosto ja erityisesti KHO ovat soveltaneet 81 ja/tai 82 artiklaa myös suoraan.

EY:n komissio on pyrkinyt edistämään EY-kilpailuoikeuden pyrkimällä aktiivisesti vaikuttamaan siihen, että jäsenvaltioiden tulisi lisätä 81 ja 82 artiklan suoraan soveltamiseen velvoittava säännös kansalliseen lakiin. Sääntö on omaksuttu tällä hetkellä noin puolessa kansallisista järjestelmistä. *Walt Wilhelm*

---

sempaa suppeammin silloin, kun kyse on syrjimättömästä jäsenvaltion markkinointia koskevasta lainsäädännöstä. Periaatteessa samaa periaatetta voitaisiin soveltaa 81 artiklaan, mikäli EY:n tuomioistuin pitäisi tätä järkevänä. Ks. esim. Kuoppamäki (1998). Ei kuitenkaan ole yllättävää, että komissio valitsi ratkaisutien, joka ei vähennä vaan lisää 81 artiklan soveltamista.

-periaate ei nimittäin velvoita kansallisia kilpailuviranomaisia soveltamaan 81 ja 82 artiklaa, jos kansallinen kilpailulainsäädäntö johtaa samaan lopputulokseen. (ks. tarkemmin edellä). Nimenomainen soveltamiseen velvoittava säännös muuttaa tilannetta siten, että kansallisille viranomaisille tulee velvollisuus soveltaa 81 ja 82 artiklaa kauppavaikutuskriteerin täyttyessä. Tarkasteltaessa nykyistä tilannetta esteen laajemmalle soveltamiselle asettaa se, ettei kansallisilla viranomaisilla ole oikeutta soveltaa 81 artiklan 3 kohtaa. Toisaalta jäsenvaltion viranomaisilla säilyy toimivalta ainoastaan siihen asti, kunnes komissio avaa oman menettelyn asetuksen 17/62 nojalla. Käytännössä merkittävän esteen 81 ja 82 artiklan soveltamisen lisäämiselle asettaa sanktioiden puuttuminen. Periaatteesta *nulla poena sine lege* seuraa, ettei esim. kilpailunrajoituslain 8 §:n seuraamusmaksusäännöstä voida soveltaa 81 tai 82 artiklan vastaiseen menettelyyn ilman nimenomaista valtuutussäännöstä. Jos EY:n kilpailuoikeuden soveltamista kansallisella tasolla halutaan lisätä, tarkoituksenmukaisuuteen, sanktioiden tehokkuuteen ja oikeusvarmuuteen liittyvät syyt puoltavat kotimaisen lainsäätäjän toimenpiteitä. Kansallisten viranomaisten näkökulmasta keskeistä on puuttua tehokkaasti havaittuihin kilpailunrajoituksiin ja huolehtia oikeusturvatakeiden täyttymisestä. EY-oikeuden soveltaminen ei saa vaarantaa kansallisen kilpailuvalvonnan tehokkuutta. Ottaen huomioon, että nykyisellään kansallinen kilpailulainsäädäntö vastaa teholtaan EY:n kilpailuoikeutta ja että kansallisten kilpailuviranomaisten toimivaltuudet ovat olennaisesti suppeammat EY-oikeutta sovellettaessa, kansallisen kilpailuviranomaisen motivaatio soveltaa 81 ja 82 artikloja on ollut suhteellisen vähäinen. Kansalliset viranomaiset ovat osoittaneet kiinnostusta soveltaa EY-oikeutta lähinnä tilanteissa, joissa kansallisen kilpailulainsäädännön alaa on kavennettu alakohtaisilla poikkeuksilla.[65] Tilannetta voidaan arvostella yritysten näkökulmasta. Mikäli 81 ja 82 artiklaa ei vakavasti harkita, riskinä on ristiriitaisten ratkaisujen syntyminen kansallisella ja EY-tasolla. EY-oikeuskäytännön yhdenmukaisuus edellyttäisi 81 ja 82 artiklojen laajempaa soveltamista kansallisella tasolla. Toimivallan puutteellinen sääntely vaikeuttaa soveltamistyötä, sillä EY-oikeuden soveltamisen lisääminen voisi tuoda mukaan paljon epävarmuutta ja toimivaltaristiriitoja. Lopulta pallo on annettava lainsäätäjälle. Suomen eduskunta ei ole toistaiseksi liittänyt lakiin 81 ja 82 artiklan soveltamiseen velvoittavaa normia.

Mitä Suomeen tulee, kokonaisuutena tarkastellen EY:n kilpailuoikeuden merkitystä voidaan nykyisinkin pitää huomattavana. EY:n kilpailuoikeus vaikuttaa kansallisella tasolla *suoran soveltamisen*, *epäsuoran soveltamisen* ja *epäsuoran vaikutuksen* kautta. EY-oikeuden normia *sovelletaan suoraan* esim. silloin, kun EY-oikeuden normi menee edelle sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lain säännöksen kanssa (esim. Suomen käytettyjen autojen maahan-

[65] Ks. Kuoppamäki (1998).

tuontia koskenut ratkaisu), jolloin ristiriidassa oleva kansallinen säännös jää soveltamatta. Toinen tilanne on kyseessä, kun kilpailunrajoitus kielletään esim. RS 81 artiklan nojalla. Tähän voidaan rinnastaa myös tilanne, jossa tuomioistuin toteaa, että elinkeinonharjoittaja on rikkonut 82 artiklaa (esim. KHO tapauksessa *Valio III*). *Epäsuora soveltaminen eli tulkintavaikutus* on kyseessä, kun EY-oikeuden sisältö otetaan huomioon tulkittaessa kansallisen lain säännöstä, jolloin EY-oikeuden normi vaikuttaa ratkaisevasti kansalliselle normille annettavaan merkityssisältöön. Esimerkkeinä voidaan mainita esim. direktiivinmukainen tulkinta tai 82 artiklaa koskevien EY-tuomioistuimen päätösten huomioon ottaminen tulkittaessa kilpailunrajoituslain 7 §:n hintasyrjinnän kieltoa (esim. kilpailuneuvosto tapauksessa Valio III). Käytännössä ero suoran ja epäsuoran soveltamisen välillä on liukuva. *Epäsuoralla vaikutuksella* tarkoitan sitä, että EY-oikeus vaikuttaa muulla tavalla kansallisen lain sisältöön. EY:n kilpailuoikeus oli vuoden 1992 kilpailunrajoituslain ja vuoden 1998 yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten osittaisena esikuvana. Esikuvavaikutus on säteillyt takaisin tukintavaikutukseen, sillä se legitimoi EY-oikeuteen viittaamisen ratkaisuargumenttina. Toinen keskeinen syy EY-oikeuteen vetoamiselle on ollut se, että juopa kansallisen ja ylikansallisen kilpailuoikeuden välillä on haluttu säilyttää mahdollisimman pienenä. Mikäli ero olisi suuri, riski kilpailuviranomaisten päätösten konfliktista kasvaisi. Elinkeinoelämän olisi vaikea toimia tilanteessa, jossa sille asetettaisiin ristiriitaisia vaatimuksia kansallisten regulaattorien toimesta. Kotimaisen kilpailuoikeuden yhteneväisyys EY-oikeuden kanssa on samalla keskeinen selittävä tekijä sille, miksi EY-kilpailuoikeuden suoraa soveltamista koskevia tapauksia on niin vähän. Kun kansallinen säännös johtaa samaan lopputulokseen, pakottavaa tarvetta EY-oikeuden suoralle soveltamiselle ei ole. Ilmiö vaikuttaa yleisemmältä kansainväliseltä trendiltä. Vaikka EY-tasolla ei kilpailuoikeutta ei ole harmonisoitu, käytännössä järjestelmät ovat aineellisen sisällön osalta pitkälti konvergoitumassa keskenään. Globaalilla tasolla samaan suuntaan vaikuttaa esim. OECD:n piirissä järjestettävät pyöreän pöydän keskustelut, joissa annetaan suosituksia, sekä käytännön yhteistyö esim. EY:n komission ja amerikkalaisten kilpailuviranomaisten välillä. Tämä yhteistyö ei kuitenkaan poista sitä seikkaa, että talouden globaalistuessa kilpailuoikeudellinen sääntely laahaa hieman perässä. Kansallisilla tai kaupparyhmittymien kilpailuviranomaisilla ei ole yksinään mahdollisuuksia säännellä kattavasti markkinavoimaa, eikä tilalle ole syntynyt maailman kilpailuviranomaista. Suvereniteettiin liittyvistä syistä ei ole nähtävissä, että tähän olisi tulossa mitään muutosta. Tämän vuoksi onkin erityisen tärkeätä luoda EU:n sisälle nykyistä kattavampi ja yhdenmukaisempi järjestelmä.

7.3 UUDEN ASETUKSEN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ

Uudistuksen tarkoituksena[66] on mahdollistaa komission resurssien tehokkaampi kohdentaminen ja lisätä EY:n kilpailusääntöjen soveltamista kansallisella tasolla.[67] Artiklan 1 mukaan jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisilla on velvollisuus soveltaa suoraan perustamissopimuksen 81 ja 82 artikloja. RS 81 ja 82 artiklassa kielletyt sopimukset, päätökset ja menettelytavat, ovat kiellettyjä ilman että tämä edellyttäisi ennakolta tehtyä päätöstä. Mainitun periaatteen seurauksena 81 ja 82 artikloja sovelletaan jatkossa kaikissa niissä tapauksissa, joissa kauppavaikutus täyttyy.[68] Uudistus tulee johtamaan merkittäviin periaatteellisiin muutoksiin jäsenvaltioiden ja komission toimivallanjaossa kilpailupolitiikan alalla. EY:n komissio ja jäsenmaiden kilpailuviranomaiset muodostavat verkoston, jossa tapauksia voidaan siirtää viranomaiselta toiselle. Tarkoitus on löytää joustavasti kullekin tapaukselle "paras" käsittelypaikka. Kansallisten kilpailuviranomaisten on informoitava komissiota vähintään kuukausi etukäteen 81 ja 82 artiklan soveltamista koskevista päätöksistään. EY:n komissio johtaa verkoston toimintaa ja voi ottaa kansallisen viranomaisen tapauksen itselleen käsiteltäväksi Brysseliin.[69] EY:n komissio pyrkii vaikuttamaan myös tuomioistuinten toimintaan mm. antamalla niille (*amicus curiae*) lausuntoja 81 ja 82 artiklan soveltamiseen liittyvissä kysymyksissä.[70] Informaatiota, siirtämistä ja neuvontaa koskevien säännösten tarkoituksena on turvata mahdollisimman yhdenmukainen kilpailusääntöjen soveltaminen kaikissa jäsenvaltioissa. Tähän on nähty erityistä tarvetta nyt kun unioniin on liittymässä 10 uutta

---

[66] Jäljempänä oleva esitys perustuu laatimaani muistioon, jota hyödynnettiin Suomen kantojen muodostamisessa syksyllä ja jonka jaoin eduskunnalle keväällä 2001 asetuksen eduskuntakäsittelyn asiantuntijakuulemisten yhteydessä talous- ja perustuslakivaliokunnissa. Olen sittemmin muokannut argumentaatiota. Perusnäkemykseni uudistukseen on pysynyt koko ajan samana. Valtioneuvosto on informoinut eduskuntaa asiasta 30.11.2000 (valtioneuvoston kirjelmä U 71/2000). Komission asetusehdotusta arvioivien artikkelien osalta ks. esim. Siragusa (2000); Paulweber (2000); Schaub (2000); Wesseling (2001); Wils (2001); Gerber (2001); Wahl (2002); Lever (2002); Aine (2002).

[67] Asetuksessa säädetään uuden järjestelmän perusteiden (I luku) lisäksi komission, jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten ja kansallisten tuomioistuinten toimivallasta (II luku), komission päätöksistä (III luku), yhteistyöstä kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten kanssa (IV luku), komission ja jäsenvaltion viranomaisten tutkintavaltuuksista (V luku), seuraamuksista (VI luku), vanhentumisajoista (VII luku) sekä kuulemisesta ja salassapidosta (VIII luku) samoin kuin ryhmäpoikkeuksista (IX luku).

[68] Asetuksen 3 artiklan 1 kohta.

[69] Ks. asetuksen 11 artikla.

[70] Ks. asetuksen 15 artikla. Kansalliset kilpailuviranomaiset voivat omasta aloitteestaan esittää tuomioistuimille kirjallisia huomautuksia 81 ja 82 artiklan soveltamisesta (15 artiklan 3 kohta). Komissio menettelee näin yleensä jäsenvaltion tuomioistuimen pyynnöstä (15 artiklan 1 kohta), mutta voi antaa lausunnon omasta aloitteestaankin, mikäli se katsoo 81 ja 82 artiklan yhdenmukaisen soveltamisen tätä edellyttävän (15 artiklan 3 kohta). Kilpailuviranomaisten lausunnot täydentävät EY:n tuomioistuimelle tehtäviä ennakkoratkaisupyyntöjä koskevaa RS 234 artiklaa.

jäsentä, jolloin 25 maan ylikansallisen organisaation on katsottu edellyttävän nykyistä tiiviimpää viranomaisten yhteistoimintaa.

Nykyisistä poikkeusluvista ja mukavuuskirjeistä luovutaan. Yritykset arvioivat jatkossa itse sen, täyttääkö sopimus 81 artiklan 3 kohdan poikkeuksen edellytykset vai ei. Tarkoituksena on, että ryhmäpoikkeusasetuksia ja suuntaviivoja soveltamalla yritys itse selvittää relevantit markkinat, yhteistyön tehokkuusvaikutukset ja mahdolliset haitat ja arvioi muutenkin kilpailuoikeudellisen asemansa. Kilpailuviranomaisten resurssit siirretään sopimusten ennakkokontrollista jälkikontrolliin. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten tutkimista tehostetaan mm. mahdollistamalla tarkastukset kotitiloissa epäillyissä vakavissa rikkomustapauksissa[71] ja sallimalla myös liikesalaisuuksia sisältävien tietojen vaihtaminen kilpailuviranomaisten kesken.[72] Määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa jälkikontrollin tehostaminen näkyy siten, että määräävän aseman väärinkäyttötilanteissa viimekätisenä keinona otetaan käyttöön rakenteelliset toimenpiteet, joilla yritysrakenne voidaan määrätä purettavaksi.[73]

Uudistuksesta seuraa 81 ja 82 artiklan soveltamisen hajauttamisen ohella toimivallan keskittäminen, joka johtuu siitä, että komissio saa nykyistä olennaisesti vahvemman aseman suhteessa kansallisiin kilpailuviranomaisiin. EY:n komissio saa mahdollisuuden vaikuttaa ja viime kädessä päättää merkittävistä kansallisista kilpailunrajoitustapauksista. Ottaen huomioon, että kauppavaikutuskriteeri täyttyy käytännössä myös merkittävissä yhden jäsenvaltion alueelle rajoittuvissa kilpailunrajoitustapauksissa, uusi asetus merkinnee todellisuudessa kansallisten säännösten harmonisoimista EY:n kilpailuoikeuden kanssa.

7.4 ONKO POIKKEUSLUVISTA LUOPUMINEN JÄRKEVÄÄ?

Yksi uudistuksen kulmakivistä on se, että nykyisestä 81 artiklan 3 kohdan tapauskohtaiseen harkintaan perustuvasta poikkeuslupajärjestelmästä luovutaan. EY:ssä tullaan siirtymään kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 momenttia muistuttavaan legaalipoikkeusjärjestelmään (*exception légale*). Jatkossa komissiolle ei siten tarvitse tai edes voi ilmoittaa sopimuksia, vaan yritysten täytyy pääsääntöisesti itse arvioida se, täyttyvätkö 81 (3) artiklan poikkeusedellytykset. Jälkikäteen komissio voi omasta aloitteestaan tehdä päätöksen, että 81 artiklan 1 ja 3 kohdan soveltamisedellytykset täyttyvät tai eivät täyty. Komission työssä painopiste siirretään ennakkovalvonnasta jälkikäteiskontrolliin. Asetuksen 5 artiklan mukaan kansallisilla viranomaisilla on oikeus kieltää menettely,

[71] Ks. asetuksen 21 artikla.
[72] Ks. asetuksen 12 artikla.
[73] Ks. asetuksen 7 artikla.

määrätä sakkoja ja hyväksyä sitoumuksia, mutta ei tehdä ns. myönteisiä päätöksiä. Kansallisilla viranomaisilla on oikeus todeta, ettei asia anna aihetta toimenpiteisiin. Asetus ei tunne myöskään nykyisen kaltaista sakkoimmuniteettia.

EY:n komissio on perustellut poikkeuslupahakemuksista luopumista sillä, että nykyinen järjestelmä on osoittautunut tehottomaksi ja vaatii liikaa komission resursseja, jotka ovat pois merkittävimpien kilpailunrajoitusten käsittelystä. Komission tavoitteena on 81 artiklan tehokkuuden lisääminen. Asia voidaan ilmaista siten, että poikkeuslupaharkinnassa tutkimiskynnys on ollut liian alhaalla puuttumiskynnykseen verrattuna. Nykyinen järjestelmä on tuottanut suhteellisen heikkoja tuloksia. Aikaisemmassa valkoisessa kirjassa julkaistut tilastotiedot näyttäisivät viittaavan uudistuksen tarpeellisuuteen. Poikkeuslupaasioihin oli käytetty 58 % komission resursseista, mutta vuosien 1962 ja 1997 välillä komissiolle poikkeuslupahakemusten perusteella oli tehty vain 9 kieltopäätöstä.

Kirjallisuudessa on herätetty kysymys, onko uudistus sopusoinnussa 81 artiklan kanssa.[74] Voiko 81 (3) artikla olla suoraan sovellettavissa? Perustamissopimuksen 81 (3) artiklan sanamuoto ei anna yksiselitteistä vastausta, sillä jotkut kieliversiot viittaavat yksittäistapauksia koskevaan harkintaan. Toisaalta vuoden 1962 asetusta edeltäneessä ns. *Deringerin* raportissa pohdittiin juuri vaihtoehtoina yksittäispoikkeuksille perustuvaa järjestelmää ja lain tason poikkeuksia.[75] Tuolloisen ratkaisun tausta-aineisto puhuisi uuden asetuksen lainmukaisuuden puolesta. Kuitenkaan Euroopan parlamentin valmisteluasiakirja vuodelta 1962 ei kerro muuta kuin sen laatimiseen osallistuneiden henkilöiden tuonaikaisen käsityksen siitä, miten 81 (3) artiklaa on tulkittava. Viime kädessä vastaus on saatavissa vain EY:n tuomioistuimelta. Alustavaa ratkaisua lienee haettavissa sekundaarilainsäädännön puolelta. Mikään ei näyttäisi estävän sitä, että poistetaan yrityksiltä velvollisuus ilmoittaa sopimukset, kun kerran tällainen velvollisuuskin on syntynyt vasta asetuksella 17/62. Käänteinen kysymys primaarioikeuden tasolla kuuluu, voidaanko sopimusten ilmoittamista, perustellun ratkaisun saamista ja sakkoimmuniteettia koskevat oikeudet poistaa ilman, että samalla luodaan kompensoivia mekanismeja, joilla yritysten oikeusturva säilytetään riittävällä tasolla. Reaalisesti komission esittämän uudistuksen puolesta puhuu tarve yksinkertaistaa hallintoa. Primaarinormiston tasolla rajoituksena ovat oikeusvarmuuden periaatteen ilmentymät, siten kuin ne ovat näkyneet EY:n tuomioistuimen ja Euroopan neuvoston ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä.[76]

Notifikaatio-oikeuden poistamista voidaan perustella sillä, että yleisesti elinkeinonharjoittajilla on vastuu toimintansa lainmukaisuudesta. Ennakkotiedon

---

[74] Ks. esim. Deringer (2000); Wolf (1999).

[75] Ks. Goyder (1998) s. 37; Gerber (1998) s. 349.

[76] Oikeusvarmuuden periaatteesta ks. esim. Raitio (2002). Raitio ei kuitenkaan käsittele uutta asetusta tai sen valmistelua, eikä myöskään kilpailulainsäädännöltä hyväksyttävää vähimmäistasoa tässä mielessä. Uusi asetus muodostaa mielenkiintoisen jatkotutkimuksen aiheen.

mahdollisuus lienee hallinto-oikeudessa suhteellisen harvinainen, joskin se on käytössä suhteellisen yleisesti esim. verotuksessa. Toisaalta kilpailuoikeudelle on tyypillistä epäselvien sääntöjen ja potentiaalisesti drakonisten sanktioiden kombinaatio, mikä puhuisi normaalia vahvempien ennakollisten oikeussuojamekanismien puolesta. Komissio on antamillaan uusilla ryhmäpoikkeuksilla pyrkinyt vähentämään tarvetta ilmoittaa sopimuksia ottamalla käyttöön muiden kuin paljaiden kilpailunrajoitusten osalta markkinaosuusrajoihin perustuvia turvasatamia. Yksityiskohtaisilla suuntaviivoilla on pyritty vähentämään säännösten soveltamiseen liittyvää epävarmuutta. Asetuksen 10 artiklassa mainitaan amerikkalaisesta kilpailuoikeudesta tunnettu ns. business review letter -järjestelmä (soveltamatta jättämisen toteaminen). Komissio voisi oman harkintansa mukaan antaa selventävän kannanoton 81 artiklan 1 tai 3 kohdan ja 82 artiklan tulkinnasta, kokonaan uusissa soveltamistilanteissa, joista ei ole riittävästi aikaisempaa oikeuskäytäntöä. Edellytyksenä on, että yleinen etu tätä vaatii. Päätös kirjeen antamisesta on kuitenkin komissiolla, eikä yrityksellä ole oikeutta vaatia sellaista.

EY:n komissio on perustellut sopimuksen ilmoittamiseen liittyvien oikeuksien poistamista erityisesti sillä, että 81 artiklan soveltamisedellytyksiä koskeva oikeuskäytäntö on laajaa ja yksityiskohtaista. Aikaisempaan ratkaisukäytäntöön perehtymällä voidaan selvittää se, miten vastaavia tapauksia aikaisemmin on ratkaistu. Tarpeen vaatiessa on käännyttävä kilpailuoikeuteen perehtyneen asianajajan puoleen. Ongelmana ei kuitenkaan ole oikeuskäytännön riittävyys, vaan se, mitä kilpailuoikeudellisia johtopäätöksiä taloudellisista tosiasioista kussakin tapauksessa on tehtävä. Toisekseen sopimuksen ilmoittava yritys ei hae niinkään ratkaisua siihen, mikä olisi tilanteessa "paras" tai "oikea" kilpailuoikeudellinen tulkinta, vaan varmuutta siihen, ettei kilpailuviranomainen tule jälkikäteen puuttumaan sopimukseen. Sakkojen välttämisen ohella halutaan varmistua siitä, ettei sopimustasapaino järky kilpailuviranomaisen intervention seurauksena.

Voidaan todeta, ettei tilanne ole muodostumassa yritysten kannalta optimaaliseksi. Toisaalta on vaikeaa esittää vaihtoehtoista ratkaisua, joka turvaisi ilmoituksista luopumisen hyödyt mutta säilyttäisi yrityksillä nykyisen laajuiset oikeudet. On ymmärrettävää, ettei komissio halua hyväksyä mitään vaihtoehtoista järjestelmää, joka käytännössä merkitsisi poikkeuslupien paluuta toisella nimellä. Käytännössä tilanne tultaneen ratkaisemaan siten, että yritykset kysyvät nykyistä useammin neuvoja kansallisilta viranomaisilta, jolloin riskinä on se, että resurssiongelma siirtyy toiseen paikkaan. Nähdäkseni poikkeuslupainstrumentista luopumista voidaan kuitenkin puoltaa edellyttäen, että hallinnossa vapautuvat resurssit suuntautuvat kaikkein vahingollisimpien kilpailunrajoitusten, erityisesti kartellien torjuntaan, eivätkä kulu systeemimuutoksen seurauksena toisaalla lisääntyvään byrokratiaan. Systeemin toimivuus tulee jatkossa riippumaan olennaisesti siitä, kuinka hyvin uusilla ryhmäpoikkeusasetuksilla pystytään erottamaan toisistaan hyödylliset ja haitalliset sopimukset.

7.5 PILKKOMISVALTUUDET

Uutena toimivaltuutena komissiolla olisi oikeus määrätä rakenteellisia korjaustoimenpiteitä kilpailunrajoituksen lopettamiseksi (7 artiklan 1 kohta), joka kuuluu seuraavasti: "Jos komissio toteaa kantelun perusteella tai omasta aloitteestaan, että perustamissopimuksen 81 tai 82 artiklaa rikotaan, se voi päätöksellään määrätä asianomaiset yritykset ja yritysten yhteenliittymät lopettamaan todetun rikkomisen. Tässä tarkoituksessa komissio voi määrätä ne toteuttamaan kaikki toimintaa koskevat tai rakenteelliset korjaustoimenpiteet, jotka ovat olosuhteisia tehtyyn rikkomiseen nähden ja välttämättömiä sen tosiasialliselle lopettamiselle. Rakenteellisia korjaustoimenpiteitä voidaan määrätä vain joko silloin, kun ei ole olemassa yhtä tehokasta keinoa menettelyn korjaamiseksi, tai kun mikä tahansa yhtä tehokas toimenpide olisi asianomaiselle yritykselle raskaampi toimenpide kuin kyseessä oleva rakenteellinen toimenpide. Jos komissiolla on oikeutettu etu asiassa, se voi myös todeta rikkomisen tapahtuneen menneisyydessä."

Pilkkomisvaltuudet näyttävät nousseen uudelleen kansainväliseen keskusteluun *Microsoft*-tapauksen myötä. Asetuksen 7 artiklan 1 kohta lienee laadittu lähinnä määräävän aseman väärinkäyttökieltoa silmällä pitäen. Nähtäväksi jää, missä määrin 82 artiklan merkittävän rikkomisen seurauksena jatkossa tulee olemaan määräävässä asemassa olevan yrityksen pilkkominen pienemmiksi osiksi. Yhdysvalloissa pilkkomisvaltuuksia on sovellettu viime vuosikymmeninä säästeliäästi. Asetuksen 7 artiklalle voidaan nähdä myös vähemmän dramaattisia soveltamiskohteita. Säännöksen perusteella esimerkiksi avainaseman haltija voitaisiin velvoittaa erottamaan hallitsemansa verkko tai muu välttämättömyyshyödyke omasta palvelutoiminnastaan erilliseen yhtiöön, jolloin yritysten markkinoille pääsy tulee paremmin turvatuksi. Vaatimusta voidaan pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena. Sen sijaan oligopolien pilkkominen on ongelmallisempaa. Suhteellisuusperiaate edellyttää, että käytettävä keino on kohtuullinen päämäärän saavuttamiseksi eikä liian ankara. Mikäli keinolla voidaan vain epätäydellisesti saavuttaa tavoiteltu päämäärä ja samanaikaisesti yrityksille aiheutetaan huomattavaa haittaa, menettely on todennäköisesti suhteellisuusperiaatteen vastaista. Voidaan kysyä, olisiko määräävässä asemassa olevien yritysten tai oligopoliyritysten pilkkominen ilman edellä käyvää kilpailulainsäädännön rikkomista ja ilman varmuutta pilkkomisen tehokkuutta lisäävistä vaikutuksista kohtuullisuusperiaatteen mukaista.

Käsiteltäessä asetusehdotusta Suomessa, keskusteluun nousivat valtiosäännölliset ongelmat. Omaisuudensuojasäännökset eivät sinänsä estä sen enempää markkinakäyttäytymisen kuin markkinarakenteen sääntelyyn perustuvan kilpailulainsäädännön käyttöön ottamista. Tarkasteltaessa perustuslain omaisuudensuojasäännöstä vastakkain ovat paitsi sääntelyn kohteen varallisuusoikeudet, myös kilpailunrajoituksesta haittaa kärsivien tahojen varallisuusoikeudet

sekä yleinen intressi kilpailun toimivuudesta. Kilpailulainsäädännöllä suojataan varallisuusoikeuksia, sillä ilman toimivaa kilpailua esimerkiksi sopimusvapaus menettää todellisen merkityksensä. Sopimusvapaus nimittäin perustuu sille oletukselle, että kummallakin sopimusosapuolella on todellinen mahdollisuus valita. Monopolitilanteessa mahdollisuutta ei todellisuudessa ole kuin monopoliyrityksellä. Asiakkaalla on tallella *de jure* päätäntävapaus, mutta ei *de facto* valinnanvapautta. Kilpailulainsäädännöllä pyritään suojelemaan tasapuolisesti kaikkien markkinoilla toimivien subjektien toimintavapauksia. Nähdään, että kilpailuoikeuden suhde omaisuudensuojasäännökseen on varsin monitasoinen, eikä tarkastelua suinkaan voida typistää sen kysymyksen tarkasteluun, aiheutuuko lainsäädännöstä rajoituksia kilpailunrajoituksen toimeenpanijalle. Valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta kilpailulainsäädäntöä on tarkasteltava kolmiokentässä kilpailunrajoituksen aikaansaaja – kilpailunrajoituksen kohde – yleinen etu kilpailun toimivuudesta. Suomen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta myös perustuslakivaliokunta on hiljattain todennut, etteivät omaisuuden suojaa koskevat säännökset sinänsä estä pilkkomisvaltuutusten käyttöön ottamista. Uuden asetuksen 7 artiklan 1 kohdan mukaan komissio voi määrätä yrityksen lopettamaan EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan määräysten rikkomisen sekä asettaa yritykselle kaikki rikkomisen lopettamiseksi tarvittavat velvoitteet, mukaan lukien rakenteelliset korjaustoimenpiteet. Tällaisiin toimenpiteisiin voi kuulua myös esimerkiksi yritykselle annettava määräys luopua joistakin omaisuuseristä. Ehdotusta on näiltä osin arvioitava perustuslain 15 §:ssä turvatun omaisuuden suojan kannalta. Omaisuuden suoja kuuluu perusoikeutena myös EY:n oikeuden yleisiin oikeusperiaatteisiin ja se on mainittu EU:n perusoikeuskirjan 17 artiklassa. Perustuslakivaliokunta toteaa lausunnossaan seuraavaa mainitun rakenteellisia valtuuksia koskevan esityksen osalta seuraavaa:

> "Kilpailuoikeuden sääntöjen rikkominen on valiokunnan mielestä sinänsä hyväksyttävä peruste määrätä yritykselle sen omaisuuteen kohdistuvia rajoituksia. Rajoitusten asettamisen edellytyksistä tulee kuitenkin säätää ehdotettua täsmällisemmin. Käytettäväksi tarkoitettujen rajoitustoimien olennaisen sisällön tulee niin ikään käydä ilmi asetuksesta. Sääntelyssä on kiinnitettävä riittävästi huomiota myös vaatimukseen rajoitustoimen välttämättömyydestä kilpailusääntöjen noudattamisen varmistamisen kannalta. Rajoitukset eivät myöskään saa olla suhteellisuusperiaatteen vastaisesti epäasiallisen ankaria".[77]

Erona yleiseen oligopolien pilkkomisvaltuuteen on se, että esityksessä kyse on kilpailulainsäädännön normien rikkomisen perusteella määrättävästä seuraa-

[77] PeVL 12/2001 vp. Perustusvaliokunnan lausunto perustuu rakenteellisten toimenpiteiden osalta tämän tutkimuksen kirjoittajan perustuslakivaliokunnalle antamaan asiantuntijalausuntoon. Allekirjoittanut oli asiantuntijana kuultavana perustuslakivaliokunnassa.

muksesta. Tämä ilmenee lausunnosta sivulauseesta, jossa puhutaan rajoitustoimien välttämättömyydestä kilpailusääntöjen noudattamisen varmistamiseksi. Sen sijaan, jos pilkkominen määrätään yksinomaan hintatason korkeuden perusteella, ilman että yritykset ovat rikkoneet kartellikieltoa tai määräävän aseman väärinkäyttökieltoa, pilkkomisen määrääminen on ongelmallisempaa. Valtiosääntöön ja oikeusturvaan liittyvistä syistä komission esitystä täsmennettiin loppuvaiheessa siten, että rakenteellisia toimenpiteitä voidaan käyttää joko viimeisenä keinona tai tilanteissa, joissa muut vaihtoehdot olisivat niiden kohteeksi joutuvan yrityksen kannalta vielä ankarampia. Yhdysvaltain kokemusten perusteella ei vaikuttaisi todennäköiseltä, että pilkkomisvaltuuksia tullaan kovin hanakasti käyttämään. Vastauksen siihen, pitääkö tämä oletus paikkaansa, tuo tuleva oikeuskäytäntö.

7.6 TAPAUSTEN ALLOKOIMINEN KILPAILUVIRANOMAISTEN VÄLILLÄ

Kilpailuoikeudella on keskeinen asema markkinoiden sääntelyssä. Vaikuttaa siltä, että oikeudenalan yhteiskunnallinen merkitys on kasvussa. EY-säännösten soveltaminen jäsenvaltioissa ei tulle markkinaolosuhteissa ja oikeuskulttuurissa olevista eroista johtuen koskaan olemaan täysin identtistä. Kyse on eurooppaoikeudessa ja kv. yksityisoikeudessa varsin tunnetusta ilmiöstä. Yhteismarkkinoiden toimivuus edellyttää, että *sallitun variaation tulee säilyä hallittavana*, ts. se ei saa johtaa selvästi toisistaan poikkeavien ratkaisukäytäntöjen vakiintumiseen yhteisön eri osissa. *EY:n näkökulmasta* tarvitaan siis oikeudellisia mekanismeja yhdenmukaisen soveltamisen turvaamiseksi. Toisaalta *kansallisesta näkökulmasta* kansallisille viranomaisille tulee turvata sellainen itsenäinen ja riippumaton asema, ettei EY-kilpailuoikeuden soveltamisen lisääminen johda kansallisen kilpailuvalvonnan tehon putoamiseen esim. siitä syystä, ettei kansallisilla viranomaisilla enää olisi itsellään riittäviä toimivaltuuksia, rajalliset viranomaisresurssit kuluisivat EY:n laajuisen koordinaation hallinnointiin tai kansallisista päätöksistä luodaan ylimääräinen "valituskanava". *Yritysten näkökulmasta* keskeisiä ovat kustannukset ja oikeusturvanäkökohdat. Oikeusturvan kannalta keskeistä on säännösten ennakoitavuus ja se, että kilpailuasioiden lainkäytöllä säilyy sille kuuluva itsenäinen ja riippumaton asema. Lainkäytössä EY-oikeuden yhdenmukaista soveltamista turvaa Rooman sopimuksen 234 artiklan mukainen ennakkoratkaisumekanismi.

Asetuksen tarkoituksena on saada kansalliset kilpailuviranomaiset toimimaan eräänlaisena *yhteistyöverkostona*. Yksittäiset kilpailunrajoitustapaukset ratkaistaisiin joko jäsenvaltiotasolla tai EY:n komission tasolla sen mukaisesti, missä se on tarkoituksenmukaisempaa. Käsillä olevan kaltaisessa lainsäädännössä tulisi määritellä ainakin pääpiirteittäin se, mikä mahdollisista viranomai-

sesta on toimivaltainen. Säänneltäväksi tulisivat siis ne tilanteet, joissa kauppavaikutuskriteeri täyttyy eli sopimus tai muu menettelytapa voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Näin on asianlaita varsin monissa nykyään kansallisella tasolla kansallisen lain nojalla ratkaistavissa asioissa. Viranomaisten keskinäinen toimivalta tulisi määritellä asetuksessa sekä vertikaalisesti (EY:n komissio suhteessa kansallisiin viranomaisiin) että horisontaalisesti (jäsenvaltioiden viranomaisten väliset toimivaltakysymykset tapauksissa, joissa kilpailunajoituksella on vaikutuksia useamman jäsenvaltion alueella). Toimivallan jakosäännös on luonnollisesti keskeinen. Tähän nähden on yllättävää, että asetuksessa ei näyttäisi olevan minkäänlaista allokointisäännöstä, jonka nojalla olisi pääteltävissä, mikä viranomainen on missäkin tilanteessa toimivaltainen.

Asetuksen perusteella juttujen jakautuminen näyttäisi perustuvan hallinnollisten kilpailuviranomaisten väliseen epämuodolliseen *ad hoc* -tyyppiseen sopimiseen ja viime kädessä EY:n komission suorittamaan tarkoituksenmukaisuusharkintaan. EY:n komissiolla on halutessaan oikeus ottaa tapaus itselleen missä menettelyn vaiheessa tahansa. Kilpailunrajoitusasioihin liittyvien huomattavien omaisuusintressien vuoksi olisi suotavaa, että asianosaisille yrityksille olisi jo ennakolta selvää, minkä maan viranomaiselle ilmoitukset ja vastineet on jätettävä ja mistä oikeusjärjestyksestä päin sanktioita mahdollisesti on uhkaamassa. Muutokset tulevat todennäköisesti vähentämään lain ja lisäämään epävirallisen vaikuttamiskeinojen roolia. Lain merkityksen korostaminen on jatkoa silmälläpitäen erityisen tarpeellista, jotta myös pienten maiden yritysten näkökulmat tulisivat yhdenmukaisesti otetuiksi huomioon päätöksenteossa. Suomen kaltaisen poliittiselta vaikutusvallaltaan suhteellisen pienen jäsenmaan intressissä on, että yritysten oikeudet ja velvollisuudet ja viranomaisten toimivallan rajat perustuvat mahdollisimman selkeisiin lain säännöksiin. Asetusta tulisi täydentää periaatteella, jonka mukaan määräytyvät toimivaltaperusteet, olkoonkin että tällaisen säännöksen lisääminen asetukseen mahdollisesti lisää toimivaltaa koskevia oikeustapauksia EY-tuomioistuimessa. Tätä ei voida pitää varsinaisena puutteena, sillä viranomaisten toimivallan kontrolloiminen on eräs tuomioistuinlaitoksen perusfunktioista.

7.7 LAKILEIKKURI?

Komission syksyllä 2000 julkaistu ehdotus poikkesi eräissä merkittävissä kohdissa valkoisesta kirjasta. Valkoisessa kirjassa lähtökohtana oli *Walt Wilhelm* -periaate, jonka mukaan EY:n ja kansalliset säännökset voivat tulla sovellettavaksi rinnakkain. Eniten keskustelua jäsenvaltioiden taholla herätti asetusehdotuksen 3 artikla, jonka mukaan kauppavaikutuskriteerin täyttyessä EY-oikeus syrjäyttäisi automaattisesti kansallisen lainsäädännön. Mikäli 81 ja 82 artiklan soveltumisedellytykset täyttyisivät, tulisi niitä aina soveltaa kansallisten sään-

nösten sijasta. Kansallisia sääntöjä voitaisiin soveltaa ainoastaan silloin, kun kauppavaikutuskriteeri ei täyty, mikä herätti vastustusta erityisesti suurten jäsenvaltioiden taholta. Tilanne vastaisi yrityskauppavalvonnassa jo omaksuttua yhden luukun periaatetta sillä erotuksella, ettei asetusluonnoksessa ole selkeitä toimivaltasääntöjä. Ottaen huomioon, että kauppavaikutuskriteerin täyttymiseksi riittää, että järjestely voi vaikuttaa jäsenvaltioiden välisiin kauppavirtoihin aktuaalisesti tai potentiaalisesti, kansallisen oikeuden syrjäytyminen on selvästi laaja-alaisempaa kuin yrityskauppavalvonnassa, jonka liikevaihtorajat ovat esim. Suomen markkinoita silmälläpitäen varsin korkeat.

Voidaan kysyä, kuinka hyvin kauppavaikutuskriteeri soveltuu leikkuriksi, jolla suljetaan pois kansallisen lain soveltaminen. Sovellettaessa EY:n kilpailuoikeutta ja kansallisia säännöksiä rinnakkain, EY:n kilpailuoikeus voidaan ottaa tulkinnallisesti huomioon päätösharkinnassa, vaikkei varmuutta kriteerin soveltuvuudesta olisikaan. Tilanne on kuitenkin täysin toinen uudessa järjestelmässä, jos kauppavaikutuskriteerin täyttyminen merkitsee sitä, ettei asiassa voida soveltaa lievempiä tai tiukempia kansallisia säännöksiä.[78] Kauppavaikutuskriteeri on toimivaltaleikkuriksi liian epätäsmällinen.[79] Kauppavaikutuskriteerin

---

[78] Toisin sanoen kansalliset kieltotunnusmerkistöt kuuluvat jatkossa: "Menettelytapa a on kielletty, edellyttäen, ettei menettely voi vaikuttaa aktuaalisesti tai potentiaalisesti, välittömästi tai välillisesti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Mikäli kauppavaikutuskriteeri täyttyy, menettelyä arvioidaan 81 artiklan perusteella. Mikäli kauppavaikutus ei täyty, seuraamuksena on x euron suuruinen seuraamusmaksu. Mikäli kauppavaikutuskriteeri täyttyy, sovelletaan EY:n komission suuntaviivoja sakon määräämisestä." Esimerkki kuvaa, millaisiin soveltamisongelmiin voidaan joutua. Ongelman vakavuutta lisää se, ettei EY:n komissio ole esittänyt säännöstöjen aineellisen sisällön, prosessisääntöjen tai seuraamusten harmonisointia. Pitäisin selvänä, että suhteellisen laajaan harmonisointiin täytyy mennä, mikäli säännösten soveltamisen yhdenmukaistaminen halutaan viedä loppuun asti.

[79] Asia on kiteytetty varsin hyvin eduskunnan talousvaliokunnan komission asetusehdotuksen johdosta antamassa lausunnossa (TaVL 4/2001 vp – U 71/2000 vp): "Valiokunta katsoo, että ehdotuksen mukaista kansallisten kilpailuviranomaisten ja komission työnjakoa tulee selkeyttää. Ennakkoilmoitusmenettelystä luopuminen siirtää vastuuta yrityksille, sillä ne eivät voisi jatkossa saada poikkeuslupia tai puuttumattomuustodistuksia eivätkä näin ollen sakkoimmuniteettia. Tämä edellyttää yksiselitteisiä sääntöjä, joiden yhdenmukaiseen tulkintaan yritykset voivat luottaa kaikissa jäsenvaltioissa. Esitettyyn kauppakriteeriin perustuvaa lainvalintasäännöstä yhteisön ja kansallisen lainsäädännön välillä tulee tarkentaa. Yhteisön oikeuskäytäntö osoittaa, kuinka paljon tulkinnanvaraa nykyisissä kilpailusäännöissä on ja kuinka vaikea on määritellä, vaikuttaako yritysten välinen sopimus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kilpailupolitiikan toimivuudella on ratkaiseva merkitys sisämarkkinoiden kehittämisessä, mutta sitä varten ei tule kuitenkaan luoda muusta oikeudenkäytöstä poikkeavaa järjestelmää. Jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten toimintakykyyn tulee luottaa myös kilpailuasioissa. Ehdotuksen mukainen lainvalinta ei ole ennakoitavissa ja johtaisi kansallisten kilpailusääntöjen merkityksen vähenemiseen. Ehdotuksen mukaan jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet saisivat oikeuden soveltaa yhteisön kilpailusääntöjä. Tämä on valiokunnan mielestä kannatettavaa, sillä markkinoita koskeva tieto on usein paremmin jäsenvaltioiden viranomaisten saatavilla. Tältäkin osin tulee kuitenkin pystyä takaamaan yhdenmukainen soveltaminen eri jäsenvaltioissa. Yhteisön kilpailuoikeuden suora soveltaminen asettaa jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisille ja erityisesti tuomioistuimille uusia vaatimuksia. Kansallisten tuomioistuinten päätösten kilpailuoikeudellinen taso ja yhdenmukaisuus EY-oikeuden kanssa turvataan parhaiten panostamalla kilpailuoikeudelliseen lainkäyttöön. Tämä edellyttää erikoisalan asiantuntemusta ja riittäviä resursseja tuomioistuinlaitokselta."

ennakoitavuutta voidaan parantaa nykyisestä komission antamalla tiedonannolla. Perusongelmana säilyy kriteerin kuminauhamaisuus. Mikäli halutaan siirtyä rinnakkaisen soveltamisen järjestelmästä yhden normiston järjestelmään, tulisi se toteuttaa sulautuma-asetuksen tapaan liikevaihtokriteerillä tai jollain muulla yksityiskohtaisemmalla tavalla.

Komissio antoi ministerineuvostossa hieman periksi alkuperäisestä kannastaan. RS 81 ja 82 artiklan soveltaminen on turvattu säätämällä, että niitä on kauppavaikutuksen täyttyessä sovellettava aina silloin, kun kansallinen kilpailuviranomainen tai tuomioistuin soveltaa asiassa kansallista kilpailulainsäädäntöä.[80] Ministerineuvostossa hyväksytyn kompromissin mukaan mahdollisuus rinnakkaiseen soveltamiseen 81 artiklan soveltamisalalla säilyy, jos kansallisten kartellisäännöt ovat identtisiä 81 artiklan kanssa eli niiden soveltaminen johtaa 81 artiklan kanssa samaan lopputulokseen. Sen sijaan RS 82 artiklan osalta kauppavaikutuskriteerin täyttyminen ei estä tiukemman kansallisen lain soveltamista yritysten yksipuolisiin toimenpiteisiin (ns. relatiivinen markkinavoima). Hyväksytyn asetustekstin mukaan EY-oikeus dominoi, vaan ei kokonaan sivuuta kansallista lainsäädäntöä.[81]

RS 81 artiklan samanlaista soveltamista koskeva vaatimus merkitsee käytännössä sitä, että kartellien osalta oikeustila tulee yhdenmukaistumaan. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon osalta varataan mahdollisuus säilyttää ne normit, joilla yksipuoliseen toimintaan voidaan puuttua dominanssikynnyksen alapuolella. Näin ollen jatkossakin kilpailunrajoituslain 9 §:ää voitaisiin soveltaa näissä tilanteissa. Tätä mahdollisuutta kannattaa käyttää, sillä määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen pistekohtaisissa tilanteissa, joissa kyse on "vain" markkinavoimasta, rapauttaa dominanssikynnyksen ja sotkee kilpailulainsäädännön systematiikan oikeusvarmuutta horjuttavalla tavalla. Toisen potentiaalisen soveltamiskohteen 9 §:lle tarjoavat julkiset kilpailunrajoitukset.

---

[80] Ks. asetuksen 3 artiklan 1 kohta.

[81] Uuden asetuksen artiklan 3 kohdassa 1 todetaan jäsenvaltion kilpailuviranomaisten ja kansallisten tuomioistuinten velvollisuus soveltaa kansallisen kilpailulainsäädännön rinnalla suoraan 81 ja 82 artiklaa aina kun niiden soveltamisedellytykset täyttyvät. Asetuksen 3 artiklan kohdat 2 ja 3 kuuluvat seuraavasti: "2. Kansallisen kilpailulainsäädännön soveltaminen ei saa johtaa sellaiseen sopimusten, yritysten yhteenliittymien tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen kieltämiseen, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mutta jotka eivät rajoita kilpailua perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla tai jotka täyttävät perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdassa määrätyt edellytykset tai jotka kuuluvat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamiseksi annetun asetuksen piiriin. Jäsenvaltioita ei saa tämän asetuksen nojalla estää hyväksymästä ja soveltamasta alueellaan tiukempia kansallisia lakeja, joissa kielletään tai säädetään rangaistavaksi yritysten toteuttamat yksipuoliset toimet. 3. Edellä olevia 1. ja 2. kohtaa ei sovelleta, kun jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset ja kansalliset tuomioistuimet soveltavat yrityskeskittymien valvontaa koskevaa kansallista lainsäädäntöä, eivätkä ne estä sellaisten kansallisen lainsäädännön määräysten soveltamista, joiden pääasiallinen tavoite eroaa perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitetusta tavoitteesta, sanotun rajoittamatta yhteisön lainsäädännön yleisten periaatteiden ja muiden säännösten soveltamista."

Todennäköistä joka tapauksessa on, että RS 81 ja 82 artiklojen soveltamisen säätäminen pakolliseksi saattaa alulle kehityksen, jossa EY:n kilpailuoikeuden painoarvo korostuu ja kansallisten sääntöjen merkitys vähenee. Kun kuitenkin jatkossakin tarvitaan kansallisia sääntöjä paikallisten kilpailuongelmien poistamiseen, haasteena on löytää järjestely, jolla uusi yhteiselo voitaisiin toteuttaa. Jatkossa edessä lienee kehitys, jossa Ruotsin tapaan säännöt ovat lähes identtiset EY-oikeuden kanssa sillä erotuksella, ettei kansallisen lain soveltaminen edellytä kauppavaikutuskriteeriä. Siihen että kansallista oikeutta pidemmälläkin aikavälillä tarvitaan, viittaa esim. Yhdysvaltojen tilanne jossa liittovaltion oikeuden rinnalla on osavaltioiden kilpailuoikeutta.

7.8 EY:N KOMISSIO JA KANSALLISET TUOMIOISTUIMET

Asetusehdotuksessa oli silmiinpistävää, ettei siihen ollut otettu mitään nimenomaisia säännöksiä komission menettelyn suhteesta kilpailuasioiden kansalliseen tuomioistuinkäsittelyyn. Asetusteksti oli tulkinnanvarainen, mutta komissio ilmoitti, että asetuksen 5 ja 15 artikla koskisivat vain ns. siviilituomioistuimia. Asetuksessa näytettiin siten puhuttavan kansallisista kilpailuviranomaisista ja toisaalta yleisistä (siviili)tuomioistuimista, ei sen sijaan kilpailuasioita käsittelevistä erityistuomioistuimista tai kilpailuviranomaisten päätösten valitusasteena toimivista tuomioistuimista. Kuitenkin eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa varsinainen kilpailuoikeudellinen lainkäyttö, ts. kielloista ja seuraamusmaksuista päättäminen sekä kilpailuviraston päätöksistä tehtyjen valitusten käsittely erityisasiantuntemusta omaavissa lainkäyttöelimissä, on ollut ja mitä ilmeisimmin jatkossakin tulee olemaan merkitykseltään monin verroin keskeisempää kuin suhteellisten vähälukuisten kilpailulainsäädännön kieltoihin liitännäisten vahingonkorvaus- ja pätemättömyyskanteiden käsittely siviilituomioistuimissa.[82]

Kilpailuasioiden varsinaista lainkäyttöä koskevien säännösten puuttumista voidaan perustella sillä, että menettelysäännösten harmonisointi voisi olla tässä vaiheessa liian kunnianhimoinen tavoite. Kuitenkin komission asetusluonnos näytti johtavan asetuksen muiden artiklojen seurauksena varsin laajakantoiseen toimivallan siirtymiseen kansalliselta lainkäytöltä EY:n komissiolle ilman että toimivallan siirtoa olisi yksityiskohtaisesti käsitelty tai perusteltu asetusluonnoksessa. Asetuksella toimivaltamuutoksia olisi toteutunut implisiittisesti. Tämä merkitsisi käytännössä sitä, että päätöksenteko muuttuisi lainkäytöstä hallinnoksi. Kehitys olisi ollut oikeusturvan kannalta ongelmallista, sillä lailli-

[82] Esimerkiksi Suomessa tai Ruotsissa kilpailuoikeudellisia siviilikanteita ei ole nostettu juuri lainkaan, joskin ensimmäiset merkittävämmät tapaukset ovat tulleet hiljattain vireille.

suusnäkökohtien sijasta päätöksenteossa saattavat korostua kaupallispoliittiset tarkoituksenmukaisuusseikat.

Kilpailuasioita käsittelevät erityiset lainkäyttöelimet rinnastettaisiin kilpailuviranomaisiin[83] ja niitä koskee mm. asetuksen 11 artikla. Nykytulkinnalla markkinaoikeutta on pidettävä asetuksessa 17/62 tarkoitettuna kilpailuviranomaisena, sillä se on kilpailuasioiden käsittelyä varten perustettu erityinen lainkäyttöelin. Epäselvempää on, mihin kategoriaan korkein hallinto-oikeus kuuluu. KHO toimii valitusinstanssina markkinaoikeuden päätöksistä, millä perusteella KHO:n rooli voitaisiin rinnastaa markkinaoikeuden asemaan suhteessa asetukseen 17/62. Toisaalta KHO on perusluonteeltaan hallintoasioiden yleistuomioistuin, millä perusteella sitä ei voida markkinaoikeuden tapaan rinnastaa kilpailuviranomaisiin. Vaikuttaisi epäselvältä, onko KHO sellainen asetuksessa tarkoitettu tuomioistuin, joille asetuksessa on turvattu suhteellisen riippumaton asema. Asetuksen 6 artiklassa "tuomioistuimilla" näytettäisiin tarkoitettavan lähtökohtaisesti vahingonkorvausta ja pätemättömyyttä koskevia siviilikanteita *inter partes* ratkovia lainkäyttöelimiä.[84] Tällainen siviilituomioistuimen rooli on Suomessa kilpailunrajoituslain 18 ja 18 a §:n nojalla käräjä- ja hovioikeuksilla sekä korkeimmalla oikeudella. EY:n komission haaveena on lisätä merkittävästi kilpailuasioiden käsittelyä pätemättömyyttä ja vahingonkorvausta koskevien siviilikanteiden avulla, koska kilpailuoikeuden yksityisoikeudellinen soveltaminen vähentäisi kilpailuviranomaisiin kohdistuvaa painetta.

Asetusesityksen läpikäynnin perusteella näytti syntyvän riski siitä, että komission esityksen toteutuessa esitetyssä muodossa kansallisten kilpailuviranomaisten ohella myös kilpailuasioita *erga omnes* ratkovat tuomioistuimet, markkinaoikeus ja välillisesti korkein hallinto-oikeus, saatetaan de facto komission valvonta- ja ohjausvallan alaisiksi. Tämä olisi seurannut siitä, että kilpailuviranomaisiin rinnastettavilla tuomioistuimilla olisi velvollisuus ennakkoon informoida komissiota ratkaisuistaan ja toimittaa asiakirjat Brysseliin luettaviksi. Mikäli komission esittämä asetusehdotus olisi toteutettu, komissiolla olisi ilmeisesti oikeus ottaa markkinaoikeudessa vireillä oleva asia itselleen käsiteltäväksi. Seurauksena olisi ollut, että kaikissa merkittävissä kansallisissa

---

[83] Tämä ei ilmene itse asetustekstistä, vaan perustuu juridisesti EY:n tuomioistuimen määritelmiin; ks. *BRT v. SABAM*, 127/73, Kok. 1974 s. 51, tuomion kohdat 14–20. Tuon käytännön perusteella markkinaoikeuden kaltainen kilpailuasioiden käsittelyä varten perustettu erityinen lainkäyttöelin rinnastetaan kilpailuviranomaisiin EY:n komission ryhmittelyssä, vaikkakin kyse selkeästi on lainkäytöstä kansallisen lain ja Rooman sopimuksen 234 artiklan näkökulmasta. Ks. esim. Kerse, E.C. Antitrust Procedure (1998) s. 358–360.

[84] Asetusteksti on sinällään epäselvä, mutta komissio on ainakin aikaisemmin ilmoittanut, että 6 ja 15 artiklassa tarkoitetaan pätemättömyys- ja vahingonkorvauskanteita käsitteleviä yleisiä tuomioistuimia. Tähän viittaavat myös 6 artiklan perustelut, joissa viitataan nimenomaan pätemättömyys- ja vahingonkorvauskanteita käsitteleviin tuomioistuimiin. Komissio on myös aiemmissa tiedonannoissaan lähtenyt siitä, että "tuomioistuimia" ovat siviilikanteita käsittelevät yleiset tuomioistuimet.

kilpailuasioissa, joissa kauppavaikutuskriteeri voisi täyttyä, lopullinen toimivalta siirtyisi kansallisilta viranomaisilta EY:n komissiolle.

EY:n perustamissopimuksen mukaisesti EY:n kilpailuoikeuden yhdenmukainen soveltaminen on turvattu siten, että markkinaoikeudella ja KHO:lla on oikeus ja/tai velvollisuus pyytää EY:n tuomioistuimelta ennakkoratkaisu sellaisessa tulkintatilanteessa, jossa kyse on EY-oikeuden soveltamisesta. Mikäli aidosti avoin EY-oikeudellinen tulkintakysymys on päätöksen lopputuloksen kannalta ratkaiseva, asiaa viimeisenä asteena käsittelevällä lainkäyttöelimellä on velvollisuus ennakkoratkaisupyynnön tekemiseen. Lainkäytön riippumattomuus turvataan siten, että ennakkoratkaisua pyydetään toiselta tuomioistuimelta, joka toimii samantapaisten menettelysäännösten ja periaatteiden nojalla. En pidä ongelmallisena järjestelyä, jossa tuomioistuimella halutessaan on oikeus pyytää tietoja EY:n komissiolta. Komissiolta tietoa on ilmeisesti saatavissa nopeammalla aikataululla kuin EY:n tuomioistuimesta. Huomauttamista ei ole myöskään 15 artiklan *amicus curiae* -järjestelmän käyttöönottoon, jonka perusteella komissiolla on halutessaan oikeus antaa tuomioistuimelle lausunto asiassa. Amicus curiae -menettelyä voidaan pitää hyödyllisenä lisänä. Tuomioistuimen tulee ottaa lausunto asianmukaisesti huomioon, mutta päätösvalta säilyy aina lainkäyttöelimellä itsellään.

Nyt kuitenkin esitettiin järjestelyä, jossa 11 artiklan kautta EY:n komissiolle annettaisiin eräänlainen *otto-oikeus* myös kilpailuasioiden lainkäytössä. Kilpailuasioita käsittelevät erikoistuomioistuimet joutuisivat asetuksen 11 artiklan nojalla informoimaan komissiota etukäteen ratkaisuistaan ja käytännössä hyväksyttämään sillä päätöksensä (11 artiklan 4 kohta). Komissiolla olisi oikeus ottaa kilpailuasioiden käsittelyä varten perustetussa erikoistuomioistuimessa vireillä oleva asia itselleen käsiteltäväksi sillä seurauksella, että lainkäyttöelin menettäisi toimivaltansa käsitellä asiaa (11 artiklan 6 kohta). Esitetty järjestely vaaransi perustuslaissa taatun tuomioistuinten riippumattomuuden sekä ratkaisujen sisältöä koskevan ennakkoilmoitusvelvollisuuden että hallintoviranomaiselle myönnettävän otto-oikeuden osalta. Todennäköisesti komission esittämä muutos olisi ollut toteutettavissa Suomessa vain perustuslain säätämisjärjestyksessä.[85]

---

[85] Ongelmiin viittaa myös perustuslakivaliokunnan asiassa antama lausunto. Ks. perustuslakivaliokunnan lausunto 12/2001 vp. – Valtioneuvoston kirjelmä Euroopan komission ehdotuksesta neuvoston asetukseksi EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta ja asetusten (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 2988/74, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N. Lausunnossa todetaan EY:n komission ja kansallisten tuomioistuinten välisen suhteen osalta seuraavaa: "Kieltosäännön soveltaminen kuuluu Suomessa yleisille tuomioistuimille. Poikkeussäännön soveltamista koskevat lainkäyttöasiat sen sijaan kuuluisivat Suomen tuomioistuinjärjestelmässä ensi asteessa kilpailuneuvostolle ja viime kädessä korkeimmalle hallinto-oikeudelle. Asetuksen jatkovalmistelussa on syytä kiinnittää vakavaa huomiota Suomen perustuslain säännöksiin tuomioistuinlaitoksen jakamisesta yleisiin tuomioistuimiin ja yleisiin hallintotuomioistuimiin.

Asetusta on sittemmin *täsmennetty* siten, että *ennakkoilmoitusvelvollisuus koskee hallinnollisia viranomaisia, ei tuomioistuimia.* Eri asia on, että tuomioistuintenkin päätökset toimitetaan komissiolle tiedoksi sen jälkeen kun ne on annettu. Otto-oikeutta koskeva asia ratkaistiin ministerineuvostossa kompromissilla, joka näyttää turvaavan ainakin muodollisella tasolla kilpailuasioita käsittelevien erikoistuomioistuinten asemaan. Komission oikeus ottaa asia itselleen ei ensinnäkään koske kilpailuasioiden muutoksenhakutuomioistuimia.[86] Ensimmäisen asteen päätöksentekoelimenä toimivien erikoistuomioistuinten osalta asetuksen 35 artiklan 4 kohtaan lisättiin erityinen *"Finnish clause"*, joka kuuluu seuraavasti: "Sen estämättä, mitä 3 kohdassa säädetään, jäsenvaltioissa, joissa viranomainen tiettyjen 5 artiklassa tarkoitettujen eri päätösten hyväksymistä varten tekee jonkin asian käsittelystä esityksen oikeusviranomaiselle, joka on erillinen tai muu kuin esityksen tehnyt viranomainen, ja edellyttäen, että tämän kohdan vaatimukset täyttyvät, 11 artiklan 6 kohdan vaikutukset koskevat ainoastaan kyseisessä asiassa esityksen tehnyttä viranomaista, jonka on peruttava oikeusviranomaiselle tekemänsä esitys silloin, kun komissio aloittaa menettelyn, ja tämä peruuttaminen lopettaa tosiasiallisesti kansallisen menettelyn." Muutos merkitsee käytännössä sitä, että kilpailuvirastolla on velvollisuus vetää esityksensä pois markkinaoikeudesta, jos komissio päättää avata itse virallisen menettelyn asiassa. Komission ilmoituksella menettelyn avaamisesta on siten *de facto* sama vaikutus, eli kansallinen tuomioistuin

---

Komission ja kansallisen tuomioistuimen yhteistyö. Asetusehdotuksen 15 artiklan 3 kohdan mukaan komissio voi yhteisön yleistä etua koskevista syistä omasta aloitteestaan esittää tuomioistuimelle huomautuksia perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan soveltamista koskevista kysymyksistä. Komission tällainen lausunto ei sido kansallista tuomioistuinta eikä lausunnon antaminen rajoita ennakkoratkaisumenettelystä EY:n perustamissopimuksen 234 artiklassa annettujen määräysten soveltamista. Vaikka on jossain määrin erikoista säätää komissiolle oikeus antaa omasta aloitteestaan lausunto kansalliselle tuomioistuimelle tämän toimivaltaan kuuluvassa asiassa, ei ehdotettu sääntely lausunnon sitomattomuus huomioon ottaen valiokunnan mielestä loukkaa tuomioistuimen riippumattomuutta (vrt. PeVL 14/1994 vp.). Jatkovalmistelussa on valiokunnan mielestä syytä pyrkiä selkeyttämään sitä, että säännöksellä ei rajoiteta EU:n jäsenvaltion riippumattomille tuomioistuimille kuuluvaa perusluonteista toimivaltaa soveltaa Euroopan yhteisön oikeutta sellaisena kuin se ilmenee yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännössä." Lausunto kuvaa varsin hyvin asetusehdotuksen synnyttämää ongelmaa, joskin kieltosäännöksen soveltaminen ei vastoin lausunnossa esitettyä suinkaan kuulu yksinomaan yleisille tuomioistuimille. Todettakoon, että hyväksytyn asetuksen 16 artiklan mukaan jäsenvaltioiden tuomioistuimet ja kilpailuviranomaiset eivät saa tehdä päätöksiä, jotka olisivat ristiriidassa EY:n komission jo tekemän päätöksen kanssa. Tämä periaate on jo ennestään vakiintunut EY-oikeudessa, eikä sen osalta ole huomauttamista. Olennaista tältä osin on kuitenkin huomata, ettei 16 artikla rajoita Rooman sopimuksen 234 artiklan soveltamista, mikä on lausuttu nimenomaisesti julki hyväksytyssä asetuksessa. Näin ollen ollessaan eri mieltä jostain komission tulkinnasta kansallisella tuomioistuimella n mahdollisuus tehdä EY:n tuomioistuimelle RS 234 artiklassa tarkoitettu ennakkoratkaisupyyntö. Väliajan tulee kuitenkin yleisesti komission päätöstä noudattaa, mikä seuraa jo komission päätösten täytäntöönpanokelpoisuudesta ja EY-oikeuden etusijasta, milloin se on ristiriidassa kansallisen oikeuden kanssa.

[86] Ks. asetuksen 35 artiklan 3. kohta.

menettää toimivaltansa, vaikka asia olisi loppusuoralla tuomioistuimessa. Tämä on kuitenkin nyt toteutettu tavalla, joka ei ainakaan suoranaisesti loukkaa tuomioistuimen riippumattomuutta.

Voidaan todeta, että asetukseen on saatu olennaisia parannuksia ministerineuvostossa. Kilpailuhallinnon toimivuuden kannalta vaarallista jatkon kannalta voi olla kuitenkin se, että uudella asetuksella siirrytään järjestelmään, jossa komission valtaa lisätään ja kansallisten viranomaisten valtaa leikataan. Olennaisinta ei ole kuitenkaan tämä, vaan se, ettei uudessa asetuksessa ole varsinaisia toimivaltasäännöksiä. Toimivalta siirtyy niissä tapauksissa, joissa komissio harkitsee sen *ad hoc* tarkoituksenmukaiseksi Tällainen toimivallan järjestely avaa tien kaikenlaiselle epävirallisille vaikuttamiselle komission suuntaan. Parempi olisi, jos toimivaltakysymykset olisivat selkeillä säännöksillä ratkaistu edeltä käsin ennustettavalla ja läpinäkyvällä tavalla. Mielestäni todennäköistä on, että asetusta joudutaan varsin pian korjaamaan tai täsmentämään alemman-asteisilla normeilla. Mahdollisesti taustalla onkin ajatus siitä, että ensi vaiheessa hankitaan poliittinen hyväksyntä perusratkaisulle ja tämän jälkeen ryhdytään miettimään sitä, mitä konkreettisia lainsäädäntötoimenpiteitä muutos käytännössä edellyttää. Mikäli kumpikin harjoitus olisi tehty samanaikaisesti, riskinä olisi ollut, että poliittinen ratkaisu jää syntymättä.

EY-oikeuden yhdenmukaisen soveltamisen turvaaminen jäsenvaltioissa on luonnollisesti tärkeää. Kyse on keskeisestä periaatteesta, jolla on merkitystä kaikilla EY-oikeuden lohkoilla. Yhdenmukaisuuden merkitys ei siten rajoitu pelkästään kilpailuoikeuden alalle. Kilpailuneuvoston käytännössä tähän kiinnitettiin erityistä huomiota. EY:n kilpailuoikeutta suoraan soveltamalla ja ottamalla se tulkinnallisesti huomioon on vältetty ristiriidan syntyminen EY:n kilpailuoikeuden kanssa.[87] Yhdenmukaisuuden turvaaminen ei kuitenkaan edellytä lainkäytön riippumattomuuden kannalta kyseenalaisten järjestelyjen hyväksymistä. Ongelma on mahdollista ratkaista yhdenmukaisen soveltamisen tavoitetta vaarantamatta 1) määrittelemällä kilpailuasioita käsittelevät erityistuomioistuimet ja niitä valitusasteena ratkovat hallintotuomioistuimet asetuksen 6 artiklassa selkeästi tuomioistuimiksi, 2) lisäämällä asetukseen selkeät allokointisäännöt, joiden perusteella toimivaltainen viranomainen on edeltä käsin selvitettävissä, 3) soveltamalla asetuksessa esitettyä komission amicus curiae -menettelyä sekä 4) käyttämällä hyväksi perustamissopimuksen 234 artiklan ennakkoratkaisumenettelyä, jonka perusteella markkinaoikeus ja KHO voivat jo nykyisin pyytää EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisun tilanteissa, joissa EY-oikeuden oikea tulkinta on epävarmaa. Asetusta voitaisiin parantaa lisäämällä 6 artiklaan tuomioistuimia koskeva määritelmä, jonka mukaan asetuksessa tuomioistuimilla tarkoitetaan lainkäyttöelimiä, joilla EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on oikeus tehdä perustamissopimuksen

[87] Kilpailuneuvoston käytännöstä ks. esim. Kuoppamäki (2000); erit. s. 38–41.

234 artiklassa tarkoitettu ennakkoratkaisupyyntö EY:n tuomioistuimelle. Tämä selkeyttäisi tilannetta ja järjestäisi EY:n komission ja kansallisten tuomioistuinten suhteet selkeämmälle pohjalle.

7.9 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Siitä riippumatta, kuinka täydellisesti lainsäädäntöä jatkossa tullaan harmonisoimaan, syntyvässä uudessa tilanteessa on erityisen tärkeää, että kilpailusäännöt ovat mahdollisimman yksiselitteisiä. Tämän kanssa sopii huonosti yhteen 81 artiklan 3 kohtaan sisältyvä laaja kilpailupoliittinen harkinta, jota esim. EY:n tuomioistuimet eivät juurikaan kontrolloi. Yhtenä esteenä kilpailusääntöjen soveltamisen hajauttamiselle on nähty EY:n komission poikkeuslupamonopoli. EY:n komission ratkaisuna on myöntää kansallisille viranomaisille oikeus soveltaa 81 artiklan 3 kohtaa, kuitenkin siten, että poikkeuslupainstrumentti käytännössä lakkautetaan. Samalla 81 (3) artiklan soveltaminen muodostunee nykyistä oikeudellisemmaksi, mitä on pidettävä positiivisena kehityksenä.[88] Modernisaatiopaketin toteuttaminen nyt valitussa muodossa näyttäisi edellyttävän luopumista nykyisistä yksilöllisistä poikkeusluvista. Poikkeusluvista luopuminen on hyödyllistä myös kilpailuviranomaisten työn suuntaamiseksi vakavien kilpailunrajoituksen torjuntaan. Ottaen huomioon, että uudesta asetuksesta puuttuvat toimivaltasäännökset, olennaisena riskinä kuitenkin on, että vapautuvat resurssit uppoavat uuden järjestelmän hallinnointiin.

Kansallisella tasolla tulee nyt harkita sitä, kuinka pitkälle kansallinen laki kannatta harmonisoida EY-oikeuden kanssa. Uuden asetuksen 3 artikla asettaa varsin pitkälle meneviä yhdenmukaisuuteen kohdistuvia vaatimuksia kansallisille kartellisäännöksille. Harkittavaksi tuleekin, kannattaisiko kansallinen lainsäädäntö Ruotsin tapaan yhdenmukaistaa EY:n kilpailusääntöjen kanssa, jolloin ainoana erona olisi se, ettei kansallisen lainsäädännön perusteella edellytetä kauppavaikutusta. Käytännössä tämä edellyttäisi myös ryhmäpoikkeuksien omaksumista, sillä kilpailunrajoituslain 6 §:n 2 kohta ei anna suppeudessaan yrityksille riittävästi ohjausta. Toisaalta ryhmäpoikkeusasetusten markkinaosuusrajat eivät välttämättä kaikilta osin sovi Suomen pienille markkinoille. EY-oikeuden täydellinen omaksuminen merkitsisi kansallisen päätäntävallan

[88] Säännöksen oikeudellistumisella tarkoitetaan tässä sitä, että 81 (3) artiklan soveltamista ohjaavat nykyistä enemmän ennalta julkistetut säännöt ja ratkaisuperiaatteet ja nykyistä vähemmän yksittäistapaukseen liittyvät poliittiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat. Tätä on pidettävä kilpailuoikeuden tason ja yritysten tasapuolisen kohtelun kannalta positiivisena kehityksenä. Säännösten oikeudellistumisella ei tässä yhteydessä tarkoiteta sitä, että taloudellisen argumentaation merkitys vähenisi; nähdäkseni se on tullut jäädäkseen. Ollakseen operationaalista taloudellinen argumentaatio on käännettävä oikeudelliselle kielelle, mikä tekee siitä uudelleen "oikeudellista".

kaventumista, kun ryhmäpoikkeusasetuksia ja muuta aineistoa jouduttaisiin päivittämään EY:n muutosten sanelemassa tahdissa. Toisaalta osittaisuudistus ei vaikuta järkevältä, jos tarkoituksena on vähentää EY:n ja kansallisen lainsäädännön eroja. Nopeaa uudistusaikataulua vastaan taas puhuu se, ettei vielä ole täysin tiedossa, kuinka uudistus lähtee toimimaan ja mitä käytännön vaatimuksia se jatkossa asettaa. Varovaisuusperiaate puhuisi sen puolesta, että ensi alkuun katsottaisiin, mitä uudistus tuo eteen.

Komission tavoite EY-oikeuden soveltamisen lisäämiseksi on erityisesti kilpailusäännöstön yhdenmukaisen soveltamisen näkökulmasta kannatettava. Integraation syveneminen ja uusien jäsenvaltioiden mukaantulo puoltavat yhteisten pelisääntöjen tiivistämistä. Asetus sisältää kuitenkin lukuisia ongelmallisia kohtia. Ongelmia liittyy erityisesti säännösten selkeyteen ja oikeusvarmuuteen, EY:n ja kansallisten viranomaisten väliseen toimivallanjakoon, yritysten oikeusturvaan ja tuomioistuinten aseman määrittelyyn. Uudessa asetuksessa ei ole täysin onnistuttu tasapainottamaan komission toimivaltaa koskevia ratkaisuja ja oikeusvarmuuden vaatimuksia.

8. Lopuksi

Tutkimuksen aluksi esitettiin kysymys, mitä aineellisoikeudellisia muutoksia EY-kilpailuoikeuden läpilyönti kansallisella tasolla toisi niiden kilpailunrajoitusasioiden käsittelyyn, jotka nyt on ratkaistu kansallisen lain perusteella. Kuten johdannossa todettiin, kysymykseen vastaaminen edellyttää EY:n ja kansallisen oikeuden vertaamista.

Kysymykseen voidaan vastata, että aineellisen oikeuden tasolla muutoksesta ei aiheudu kovin suuria muutoksia. Ensinnäkin perustamissopimuksen 81 ja 82 artikla ovat jo nyt kansallisen lain rinnalla suoraan sovellettavaa oikeutta maassamme. Toiseksi sääntely on kartellikiellon ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon osalta jo nyt varsin samansuuntaista. Tämä johtuu siitä, että EY:n kilpailuoikeutta on käytetty tulkinta-argumenttina sovellettaessa kansallista lakia. Taloustieteen hyödyntäminen myös lähentää tulkintoja. Kartellikieltoa on sovellettu samansuuntaisesti. Suomessa kiellettyyn tietojenvaihtoon on suhtauduttu jonkin verran ankarammin, mutta EY:n oikeuskehitys on menossa samaan suuntaan. Vertikaalisten kilpailunrajoitusten osalta muutos olisi suurin, sillä siirryttäisiin väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen. Kilpailuviraston vertikaalisia sopimuksia koskeva käytäntö on ollut lievähköä. Nykyistä enemmän huomiota tulisi kiinnittää esim. rinnakkaistuonnin vapauteen.

Määräävän aseman tulkintaperiaatteet ovat suunnilleen samat. Merkittävimpänä erona voidaan pitää sitä, että kilpailunrajoituslain 9 § mahdollistaa puuttumisen yksipuoliseen toimintaan myös dominanssikynnyksen alapuolella, mikä auttaa sopimusvoiman, markkinavoiman ja monopolivoiman pitämisessä toisistaan erillään. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten osalta sakkotaso tulee todennäköisesti nousemaan merkittävästi. Yrityskauppavalvontaa modernisaatiopaketti ei välittömästi koske, mutta senkin osalta käytäntö on ollut samansuuntaista.

Merkittävimmät muutokset uusi perusasetus tuo instituutioiden puolelle. Siirrytään järjestelmään, jossa nyt itsenäiset kilpailuviranomaiset toimivat komission alaisuudessa verkostona. Julkaistun aineiston perusteella ei ole vielä pääteltävissä, miten verkosto käytännössä tulee toimimaan. Aihetta huoleen antaa se, etteivät oikeusturvanäkökohdat ole saaneet uudistuksessa niille kuuluvaa asemaa. Modernisaation asemasta olisi oikeampaa puhua *post-modernisaatiosta*, sillä uudistuksen jälkeen säännöt, toimintatavat ja viranomaisten itseymmärrys ovat ainakin aluksi vähemmän selkeitä kuin ennen uudistusta. Todennäköistä on, että suhteellisen pian havaitaan tarve lisäuudistuksille, joilla nyt auki jääneitä prosessuaalisia kysymyksiä ratkotaan.

Uudistuksen jälkeen kansalliselle kilpailulainsäädännölle jää nykyistä pienempi rooli. Muutos antaa aiheen huoleen, jos painotetaan kansallisesti omalei-

maisen kilpailupolitiikan merkitystä. Uudistusta voidaan pitää positiivisena kehityksenä, jos korostetaan yhdenmukaisten kilpailusääntöjen tarvetta yhteismarkkinoilla (*level playing field*) ja säännöstön aineellisoikeudellista yksinkertaisuutta. Tämän tutkimuksen tekijä on kirjan valmistuessa päätynyt painottamaan yhdenmukaisuutta. Keskipitkällä tähtäimellä kilpailusääntöjen tulee olla joka puolella unionia samat.

Summary

Petri Kuoppamäki

THE REGULATION OF MARKET POWER IN EC AND FINNISH COMPETITION LAW

1. The Aims of the Study

This study concerns the regulation of market power under EC and Finnish competition law. Market power can be defined as the power to raise prices beyond a competitive level, or the power to exclude competitors from the market. Market dominance means having a substantial amount of market power. A restrictive agreement or abuse of a dominant position can increase market power in a way that harms the competitive process, which can lead to higher prices, the suppression of innovation and/or the exclusion of potential alternatives of production. This harms the market economy and causes larger-scale competitive disadvantages. On the other hand, a cooperation agreement or merger can be necessary for many reasons, e.g., to obtain sufficient resources for R&D or reach the turnover needed to be globally competitive.

Competition laws aim to fight harmful restrictions on competition. The core of competition laws, in the strictest sense of the word, consists *first* of rules prohibiting cartels and other arrangements that restrict competition, *second*, rules prohibiting abuse of a dominant position in order to prevent the exploitation of economic power in relation to customers and/or competitors; and *third*, merger control rules that aim to ensure a competitive market structure and prevent mergers or acquisitions that bring about harmful effects as referred to above. In essence, all of these norms are about *market power*. Market power is the connecting link that makes it possible to investigate competition laws in a coherent and meaningful way. In broad terms, market power can be divided to individual and collective market power. In the traditional economic analysis, market dominance is based on (partial) monopoly theory, whereas cartels are analyzed using the complicated instruments of oligopoly theory. This distinction has been blurred, however, by the emergence of the concept of joint or oligopolistic dominance in Europe. Agreements that lead to collective market power have traditionally been controlled by means of cartel prohibition; today, collective market power is also controlled by means of the abuse and merger rules. It is important to note that there is a sliding scale of economic power where transitions from one category to another are not quite clear. As far

as individual market power is concerned, a distinction must be made between market dominance, market power and contract power. There is a difference between horizontal dominance of a market and a dependent relationship between two parties, even if, from the point of view of the dependant party, the situation may seem similar. A new systematic approach to market power, in all its facets, has become necessary.

This study consists of two main parts. Part I discusses the general aspects of competition legislation. This chapter aims to develop *general principles* of competition law and attempts to incorporate economic analysis into competition law in an *eclectic* manner, building on insights from several schools of thought. Part II contains the dogmatic part of the study. Regulation of market power in EC and Finnish competition law is discussed in separate chapters concerning cartels and other restrictive agreements, abuse of a dominant position and merger control. Finnish and EC law are compared. Also American antitrust law is analyzed as a point of comparison. The primary aim of the chapter is to present and discuss the regulation of market power in a concise and problem-orientated way. The final chapter of the study synopsizes and discusses the EC modernization project that will dramatically alter the application of competition laws within the European Union.

2. The Goals and Methods of Competition Law

The first chapter investigates the goals of competition legislation. Thereafter, competing visions of classical, neo-classical, Harvard, Chicago, Post-Chicago, Neo-Austrian and Ordo-liberal schools of thought are compared on a normative as well as practical level. The aim of this chapter is to pinpoint to the normative premises of these schools of thought. We defend the idea that an eclectic view is not only possible but, at least from the point of jurisprudence, necessary in order to tackle the problems of day to day competition law "enforcement" in authorities and companies. One of the law's central goals is *efficiency*. Competition law aims to prevent practices that decrease allocative, dynamic or productive efficiency. The *consumer welfare* standard was explicitly chosen under EC and Finnish competition law. This means that some relevant pass-on to consumers must be shown in any case in order to allow a defense based on efficiency. The aim of the law is not restricted to efficiency; *freedom to compete* is and should be protected. On a more general level, the aim of the competition laws is to prevent excessive concentration of *economic power*. On a meta-level, competition laws also have to fulfill a democratic goal. Freedom to contract loses much of its economic and ethical value if markets are so concentrated that one party is able to "dictate" the content of agreement negotiated between parties. It is clear that competition laws not only restrict but also promote

freedom of contract. Concentration of economic power can have harmful spillover effects on a systemic or political level, which, in turn, can produce economically harmful outcomes. Thus, competition laws must be seen as the *constitution of the market economy.*

Competition law enforcement must strive to strike a *balance between efficiency and legal certainty.* This means first that norms must be flexible enough to allow for practices that promote consumer protection. At the same time, the open texture of the norms, combined with draconic sanctions they impose, require that the principle of legality be given due respect. Only those violations that could have been foreseen by the parties should be severely punished. For example, narrow market definitions can lead to surprises. In an open society power must be controlled. This applies to dominant companies as well as to competition authorities. Access to courts, therefore, must be materially effective in every aspect of the word.

3. Market Power Theoretically Contemplated – an Eclectic View

One of the ideas presented in the book is that economic power should be viewed as it really is, i.e., on a *sliding scale.* The problem is that we tend to concentrate on just one point on the scale. If a company is dominant, trading partners will be dependent of it, but there can also be several other reasons for the dependency, for instance a long term contractual relationship, asset specificity, differences in skills and knowledge, external effects, seasonal fluctuations, good or bad luck, etc. One mistake antitrust decision makers sometimes make is to confuse market dominance and dependency, although the legal system has many other ways so solve balance of power problems, for instance, via contract law. Antitrust must deal only with those power problems that harm the competitive process and consumers, not just one party to the deal. This view is widely accepted as a basic rule of antitrust enforcement. The problem now is how to filter out those cases that are relevant to antitrust in the judicial process.

The book's methodology is based on distinction between three categories; 1) market dominance (monopoly power), 2) market power and 3) contract power. *Market power* is a sliding scale that starts with a situation that differs from perfect competition (in practice all cases brought before antitrust courts differ from this standard) and ends with a legal or natural monopoly. We have defined market dominance as a substantial amount of market power. An eclectic view has been developed in the Finnish literature, and this study aims to develop that approach from a judicial perspective.

The point is that while market dominance and market power are concerns for antitrust law, *contract power* is not. The second point is that one's freedom of action in a legal system is more strictly controlled the more one has power. This

makes sense (not only in economic markets) because those with power can harm others, and, therefore, there must be control mechanisms in place. This applies generally in an open society; think about how leading politicians are controlled compared with ordinary citizens.

Turning back to antitrust, we will now develop an *eclectic view of market dominance*. A company can be regarded to be dominant when:

1) the undertaking can *raise its price* above a competitive level for a significant period of time,
2) the undertaking can *exclude* its competitors,
3) trading partners are *dependant* on the company in their commercial relations, and
4) the company is *structurally* dominant, i.e., it has a substantial high market share, and there are significant barriers to entry in its market.

Of course, all four points are in themselves relative issues. Essentially, point 1) would be sufficient if there was a reliable tool to measure what a competitive price is in the courtroom. We think that tool does not exist. For this reason, we must to look at points 1 through 4 simultaneously. One may have a pricing problem (if there is any problem) that is caused by the oligopolistic structure, which is a different issue from a monopoly. But if A is dependent of B, B can raise its prices to A by 20 % and A still has no alternatives. The reason could be that A specializes in the products of B and has restricted his own freedom of action. B can raise the price in relation to A but not to C, D or E. Maybe A has signed a bad contract. Or consumers are willing to pay for some product more than for others. In practice, there is no single cause, and all of these explanations are significant in some way. In Europe, the rule of thumb is that, for the structural element, 50 % will normally suffice in Europe if entry barriers are significant, but one really must analyze all four elements simultaneously.

The above-mentioned aspects have been used in different manner and in varying contexts in defining market dominance in competition law cases. This book reaches the conclusion that, in order to decide cases in a meaningful way, *at least two of the four elements must be present in order to find dominance*. The structural analysis serves as a basis despite the fact that market definition is regarded as an Achilles heel of competition law. The three other "canons" are used to substantiate the analysis and to reduce the risk that misinterpretations will lead to substantial mistakes in the competitive analysis. For instance, in the EC case *Hugin* and the Finnish case *Lukiolaisten Kirjakauppa*, the court reached incorrect result mainly because of a competitive analysis that was too thin. If the question of market dominance is approached from several angles simultaneously, the analysis wins in depth. At the same time, the risk of making implicit normative value judgments by means of "positive" analysis becomes

somewhat less severe when competing views based on differing normative propositions are taken under consideration.

In many cases there will be competition problem if the strong market participant does not fulfill certain requirements from 1) to 4), but this is not a monopoly problem. In these cases, one has market power but that market power is not enough to fulfill the dominance threshold. In these cases, we must use other tools in the antitrust toolbox. In Finland, that tool is § 9 of the competition act, the "harmful effects clause" as it is called. According to this clause, one looks at the competitive effects on the market. A practice is deemed to have harmful effects if it a) decreases efficiency or b) unduly restricts the commercial freedom of an entrepreneur. This clause does not mention market power but builds upon effects of the practice and reasons behind the action. Of course, the entrepreneur needs to have some market power in order to be capable to cause harmful effects on the market. The analysis is somewhat similar to rule of reason analysis. § 9 is a flexible tool; vertical restraints except RPM are analyzed according it.

The difference with the dominance standard is that, as the dominance rule (§ 7 of the Competition Act, Art. 82 of the Rome Treaty) sets *ex ante* conduct rules and abuse is prohibited by the law and subject to a high fine, § 9 is applied *ex post*. The measure can be prohibited and a conditional fine can be set in order to secure compliance. The problem with applying the dominance rule in "pure" dependency cases is that it sets a precedent where it is possible to be dominant only if one of the four requirements mentioned above is met. Antitrust law is about market regulation. Important court cases set out general conduct standards for the market whether we like it or not. An antitrust decision sends a signal to market participants. Most antitrust issues do not end up in the official "pipeline" but companies try to comply with court decisions on their own. An inflated dominance standard blurs the dominance threshold and restricts the freedom of action of all companies that have some market power because the antitrust liability is so severe. Thus, especially in Europe, level at which the dominance threshold is drawn is very important.

Whereas *individual market power* concerns domination by just one company, under the heading *collective market power* such situations are analyzed in which several independent undertakings can together influence the price and other conditions if they hold together. This may happen in an oligopoly. Both cooperative and non-cooperative oligopoly theories are reviewed. The old structural thesis that concentration more or less deterministically leads to collusion has lost much of its appeal. Collusion can be analyzed with the basic tool of prisoner's dilemma. Collusion may be unstable because there is an inherent conflict between a collective interest to raise prices and an individual interest to depart from the common practice if this remains unnoticed by other players. In recent years game theory has been applied to show that a cartel is not

necessarily unstable if other members can detect cheating and punish it with such efficacy that this makes chiseling unprofitable ("find, detect, punish"). Unfortunately game theory explains more but predicts less. In any case a synthesis of game theory and traditional Industrial Organization analysis provides a more viable concept to analyze collusion. Legally the distinction between prohibited express collusion and not prohibited silent collusion is vital. From the point of view of competition policy it is challenging that silent collusion, if administrable on the markets, can be even more stable than outright cartels since there is no need to hide those practices from authorities in order to avoid sanctions. In that sense "ideal" is not price fixing but a market in which express fixing of the prices is no longer necessary for the prices to rise. That is why the concept of joint dominance has been introduced in Europe.

4. Cartels and other Restrictive Agreements

The chapter on cartels forms the first bulk of the dogmatic part the study. The first part of the chapter deals with prohibited cartels. The distinction between prohibited concerted action and lawful oligopoly behavior is analyzed in detail. As a rule of thumb an undertaking has the freedom to intelligently adapt to the actions of other members of the oligopoly provided that it happens independently and without direct contacts with the competitors. This is not prohibited, but for instance sharing of confidential information is as well as outright agreements on prices, production quotas or market sharing arrangements.

The harmful effects of cartels are widely accepted today. The main question, therefore, is how to fight cartels more effectively, in light to the fact that secret cartels are difficult to detect. Two principal routes are possible. According to an *economist's approach*, a cartel can be shown by merely analyzing market data. Cartels can be proven by collecting sufficient data to show that peculiar price movements and capacity decisions could only lead to the conclusion that a cartel exists in the market. On the other hand, the *copper's approach* aims to secure evidence via dawn raids, imposing severe penalties and leniency programs to create a prisoner's dilemma between the cartel members, in which at least one member thinks that admitting guilt and giving evidence to the authorities is economically more advantageous than not doing so. In this study, the *copper's approach* is generally recommended for the sake of legal certainty, although all available economic tools should be utilized to collect information about potential infringements and to support hard evidence, the "smoking gun", that proves prohibited activity. A leniency program should be introduced in Finland as well, although it contains an element of plea-bargaining that is alien to Nordic legal systems. To date, no hard-core cartels have been prosecuted

in Finland. As a sort of compensation, publicly known yet less harmful restrictions are sometimes attacked harshly. Cartels are the most serious competition restrictions and everything possible should be done to make the enforcement of the law more effective in that respect.

The ban on cartels is usually written in an over-inclusive manner in order to not leave any loopholes in the legislation. This creates the problem of allowing beneficial agreements that technically fulfill the criteria of a cartel but that are increasing efficiency and promoting consumer welfare or that are neutral from a competitive point of view. EC law has developed from legalistic group exemptions to a more economically rooted approach. This development should be welcomed, although there is a price to be paid in terms of legal certainty. The economic soundness of the old style group exemptions have often been questioned, however, they provided a high level of legal certainty as the kinds of contract clauses that were allowed and what kind of clauses were prohibited was expressly stipulated. The new style block exemptions use market share thresholds of 20 to 30 % (safe harbors) and leave the content of the agreement to the companies concerned, even though black-listed restrictions are, as usual, prohibited. While this sounds quite flexible, undertakings must define the relevant markets in order to determine their legal position. The problem is made more severe by the fact that, after 1 May 2004, it is no longer possible to apply for a negative clearance, exemption or even a comfort letter. The companies will have to determine for themselves what the position of the competition authorities would be if the agreement is scrutinized. This applies both to the analysis of restriction of competition under Article 81 (1) as well as to possible efficiency benefits under Article 81 (3). These changes will increase the competition law skills required, especially within corporations that possess some level of market power. On the other hand, flexibility is increased under the new system, since companies will no longer need to clear their agreements in advance.

5. Abuse of a Dominant Position

A dominant position can be abused in relation to customers or in relation to competitors. In both cases, the law prohibits unilateral action that can be regarded oppressive and harmful to the consumers. The study discussed several alternatives to the general principles – performance competition, comparing of interests involved, the traditional tools of EC law – proportionality and needs of the European integration – as well as efficiency analysis in the tradition of the law and economics school. It concludes that there is no master key but that these tools of analysis can and should be used together rather than separately as alternatives. The basic premise should be that even dominant companies should

be allowed to defend and strengthen their position by means of competition on the merits. The aim is to protect the competitive process as such, and not competitors *per se*, even if by protecting competition even smaller competitors are sometimes protected, since there can be no competition without competitors. The intervention of a competition authority, however, is legitimate only if the action does not benefit a certain competitor but competition as a whole. The old saying that "a company should be not turned upon when it wins a competitive race" is even more important in new economy, where companies compete not only in the market but also for the markets themselves. Abuse control that is too strict creates the risk of diminishing incentives to invest in infrastructure or risky research and development. At the same time, network effects can create a situation where competitive advantages can be transformed to enduring monopoly problems. Thus, the emergence of the "new economy" does not render competition policy unimportant – nor even less important – but, rather, it forces authorities, academics and lawyers to consider new methods of analysis. For instance, the traditional analysis of predatory pricing, i.e., on the basis of marginal costs, does not make very much sense in "new" markets where there are substantial upfront investments and negligible marginal costs once the product has been successfully launched in the market. The aim of the intervening competition authority is to protect efficient outcomes, consumer interests and market economy as a whole. This can be seen clearly in cases relating to essential facilities. An obligation to share an essential facility should be imposed only if this increases competition on an adjunct market and thereby serves a larger public interest. One must look at the effects of a certain practice both individually and on the basis of what kind of effects a certain practice generally is likely to cause.

Traditionally, it was thought that Article 82 aimed primarily at prohibiting actions that harm consumers directly, e.g. monopoly pricing. Methods were also developed in the theoretical literature in order to enable authorities to measure the degree at which the pricing differs from an ideal situation of perfect competition. However, perfect competition would be too ambitious as a point of reference, as has been discussed in dept in the theoretical part of this study. As late as the 1970's, it was shown that the approach of direct regulation, e.g., of a dominant company's price level, is too regulative. It would be incorrect, however, to conclude that pricing practices of a dominant company should not be controlled at all. Pricing is the main weapon of a dominant company. A laissez faire attitude towards pricing, therefore, would mean a laissez faire attitude towards abuse in practice. Weight must be placed on various kinds of rebates that tie customers to the dominant firm, thereby excluding smaller competitors. Consequently, the concern is not so much price level but rather price discrimination, exclusionary pricing and non-pricing practices. This means not only promoting market access by reducing artificial

barriers (as far as these can be effectively attacked by the means of competition law) but also fighting anti-competitive practices of an incumbent that prevent the competitive process from functioning. Certainly, differential pricing itself should not be taken as *prima facie* evidence of anticompetitive pricing. Even if differential pricing sometimes can serve as an anti-competitive strategy, it can be necessary to recover costs and to create new products in the first place. If a dominant company differentiates the pricing towards customers that are *prima facie* similar, a cost-based or other acceptable justification for the discrimination must be given. On a more general level, by protecting competition on the merits, the functioning of a market economy, and even its ethical base, are protected as well. Competition laws aim to keep markets in a state where direct regulation of prices is unnecessary. Price levels are protected in an indirect way. Direct regulation of prices is necessary only if the primary tools of protecting the competitive process and market structure have failed. At the outset, direct price regulation is needed in natural monopolies and bottlenecks. Generally, an interventionist price or rate of return regulation is better suited for regulatory authorities established specifically for that purpose, rather than competition authorities. Special competition regimes should be the exception to the rule and temporary in nature, leading the way from monopoly to competitive markets where general competition law is sufficient.

One of the most important developments over the past 10 years has been the breakthrough of the concept of a *joint dominant position*, which was set forth by the author of this study in a 1992 book. The instrument of joint dominance is necessary to cover the gap between cartel prohibition and abuse of a dominant position held by just one company. Oligopolies challenge the credibility of antitrust laws, because there is no single way to tackle the problem in a satisfactory manner. The new concept of joint dominance creates a set of new problems, the first being that it erases the classic demarcation line between monopoly theory and oligopoly theory as far as competition law is concerned. Non-cooperative oligopoly theory is used to analyze Article 82. In order to find joint dominance, it must be shown that there is no effective competition between the oligopoly firms, and that one or several of these companies can abuse their market power vis-à-vis customers or competitors. While this may sound radical, a closer look shows that the difference between individual and collective market power has in fact always been elusive, both as a matter of competition theory and as a matter of competition law. The requirements of a joint dominant position under Article 82 are now more or less clear after the case law has evolved especially, in the second half of the 1990s. The latest clarification has been the *Airtours* decision in 2002. The competition authority must now not only show that the structural criteria for a joint dominance are fulfilled but also that there is an effective sanction mechanism in order to prevent cheating between the oligopoly members. Much more unclear is what

exactly can be regarded as abuse. In this study, a *cautious* position is taken in that respect, and the author feels that the competition authorities should not try to attack parallel pricing directly with Article 82 on a regular basis. Further, Article 81 has been rarely applied to parallel pricing. The competition authority must bear the burden of proof that a concerted action exists. For the same sake of legal certainty the boundaries of Article 82 as a prohibition norm should be drawn narrowly rather than broadly. Current case law applies Article 82 in situations where there are economic links between joint-dominant companies, even if Commission at least thinks that *economic links* are, as such, not mandatory to prove abuse of joint dominance. Abuse should be sanctioned only in such situations where the companies have reason enough to believe that they will be considered jointly dominant. The prospect of "solving" the oligopoly problem should not lead to a hasty widening of the concept of abuse, which will be regretted later.

What has been said above applies to Finnish competition law as well, with the difference that the preparatory works of the Competition Act state explicitly that there must be some kind of economic link between the parties and that mere reactive interaction in oligopoly cannot constitute market dominance. However, it is otherwise clear that Section 3.2 of the Act applies to joint dominance in a similar manner as that in Article 82 of the Rome Treaty. A rather careless analysis in previous literature reached the conclusion that Finnish law would not apply to oligopoly situation – a conclusion that is neither substantiated by the law and preparatory works nor by the case law of Finnish courts. Also the need to take EC law into account in applying national law leads to the same result. Even if the concept of joint dominance applies, what has been said about prudence should count twice in small markets such as Finland's. Efficiency concerns must also be taken very seriously

6. Merger Control

Merger control rules aim to ensure a competitive market structure. Whether or not this goal is important has at times been contested both within the EC and in Finland. Merger control was introduced in the EC in 1989 and in Finland as late as 1998. The need prove mergers has to do with the prohibitions of cartels and dominant positions. Legislation based solely on the control of market conduct leaves a too big loophole that companies can utilize in order to reach anti-competitive outcomes. At the same time, it is plainly clear that, of all mergers, only a minority are anti-competitive. Many are neutral or even enhance efficiency. The problem is deciding *ex ante* between these two scenarios while, and at the same time, upholding procedural solutions that cause as little cost as possible to tax payers and companies.

The material merger control rules are analyzed in this study. The Finnish merger rules were drafted similarly to the EC rules in order to make living with the two regimes somewhat easier. The most critical analysis is reserved for *horizontal* mergers between direct competitors that lead to high market shares. The basic question to be asked is, does the merger lead to higher prices or lower quality directly by leading to as single or joint dominant position, or indirectly as a result of less R&D or potential competition? A typical and correct prohibition decision was reached in the Finnish *Kesko-Tuko* case. This case also shows a situation in which a merger could not be saved by giving undertakings because the primary effect of the merger was anti-competitive. Generally, the definition of the relevant markets is a key issue in every merger case. A *vertical* merger can lead indirectly to higher prices by blocking market access. The commission aims to prevent the emergence of technological barriers in emerging markets. The Commission has shown interest in attacking conglomerate mergers as well, even if these mergers are normally viewed as being favorable in modern competition theory. In the notorious case *Tetra Laval/Sidel*, the Commission based its prohibition on the leverage theory, ruling that "super-dominance" in one market could be transferred to other market. While it is theoretically valid possibility that that *leveraging* can be both profitable and harmful, it is for the competition authority to show that a real, dangerous risk of leveraging is present. The decision of the competition authority was overturned by the Court of First Instance because it was based more on assumptions than hard evidence. The fact that Commission lost 3 major merger cases in Court in 2002 raises the question of the adequacy of the present decision making procedures. This study sets forth the opinion that it is preferable to the present system for prohibition decisions to be made by a judicial body since in that case the legal certainty of the companies would be better protected than under the present system. If the competition authority must go to court for a prohibition decision, it must first consider what it can prove and what is simply its own opinion. Separating the roles of investigator, prosecutor and judge would not only stress legal protection, but probably also improve the level of EC competition law. This applies not only to merger control but to Articles 81 and 82 as well.

The author of this study sees no need to replace the present dominance test with the American test of a *significant lessening* of competition (the "SLC-test"). First, there is not enough evidence to prove that there are significant competition problems that are not remediable under the present test, which has been proven to be flexible in the past. *Second*, by giving up the present test, we would lose the valuable case law developed over the past 15 years and have to essentially start the analysis over again. *Third*, and likely most important, the SLC-test is not as clear or concise as is sometimes believed. This is shown only by the fact that the case law has moved from one extreme to another and back

again during almost hundred years of American judicial interpretation of antitrust cases. In fact, the real problems lie not in the wording of the law, but in the definition of a market, and generally in evaluating *ex ante* acceptable concentration levels and in analyzing barriers to entry and anticipating potential competition. These basic problems are alike on both sides of the Atlantic. It is more important to discuss how the competition analysis can be improved. These critical comments do not, however, challenge the need for structural instruments.

In the Nordic countries, the question has been asked whether companies from smaller EU Member States are discriminated under EC merger control. The Commission often decides that markets are national, even when an internal market should be in place. If Nordic companies are not allowed to grow, they will remain provincial and will not be able to compete with incumbents from the big Member States on a level playing field. The *Volvo/Scania* case has become a symbol in this respect. It must be stated first that there is no evidence that the Commission discriminates companies from Nordic states; there are no double standards in this respect. Second, the definition of the relevant market is a matter of fact. If a company can increase prices without losing too many customers, such that the increase becomes unprofitable, it is incorrect to state that the market is somehow wider than what the economic facts show. Even if the internal market is a goal, many markets are and remain national. This applies especially to consumer products. On the other hand, the new decision structure could lead to a situation where the importance of law is diminished and the importance of diplomacy and political power becomes more important than it is today. It would be in the interest of the smaller Member States keep the process judicial in the future. At the Commissioner level as well, aspects other than those strictly relating to competition law seem to play a role from time to time.

The study shows that the role of the *efficiency defense* is limited at the moment. This has to do with the high prohibition threshold of "dominance that significantly impedes competition". Another valid reason is the consumer welfare standard. If it is believed that competition should benefit consumers, then it is logical to take into account only those efficiency benefits that do not remain solely within the company but are passed on to consumers. At the same time, a dominant position means that efficiencies, if any, must not be passed to consumers, since the merged companies can behave independently of competitors, customers and ultimately consumers. On the other hand, efficiency is implicitly taken into account in the vast majority of all those merger cases in which the prohibition threshold is not reached. The position is taken that there is no need for an explicit efficiency defense. In addition to theses reasons, the famous "Williamson's trade-off" model works out much better in theory than in practice. In a real life situation, enforcers usually lack the required information and tools to compare the harms and benefits in a structured and concise way,

and even undertakings themselves may not have reliable information in advance as to what the real efficiencies of the merger will be.

Another solution proposed in relation to dynamic, and therefore elusive, *new markets* is to allow the merger on a probation basis and order divestiture later if it turns out that the disadvantages of the merger outweigh its advantages. It must be asked, however, whether it is fair to impose the risk of an incorrect evaluation to the companies concerned. The prospect of having a merger divested *ex post* without fault might well diminish the incentives to make the investment in the first place. Further, the second wave divestiture might prove to be incorrect in a later development phase. The need for divestitures is clearly an issue that should be analyzed in greater detail. This becomes even more important in the future, since the new EC basic regulation that comes into force on 1 May 2004 will allow divestitures if a dominant position is abused and there is no alternative, less serious way of remedying the competitive harm of the dominance.

7. The Interplay of the Norms

The general approach to competition law over the past decades has focused primarily on instrumental and technical issues. It should be obvious that a coherent analysis of antitrust laws is only possible when the scope and role of the various instruments is analyzed simultaneously. Only in this way can a general picture be drawn and recommendations as to the scope and functions of individual norms given. As in ice hockey or any other team sport, the most relevant issue is not how individual players act but much more how they play together to fulfill the general aims set out by the coach, or legislator.

Collective market power can be controlled by means of cartel prohibition, abuse of dominant position and merger rules. Antitrust enforcers should take a stricter pose towards information exchanges between direct competitors. It is shown that most cartels utilize some form of *information exchange* arrangements, since it is very important to prevent cheating if price fixing, market sharing or capacity collusion is to last for any long duration. In classic cartel markets with homogenous products and barriers to entry, if the market structure is a tight oligopoly nothing more than information about the future actions of the few remaining competitors for prices to rice could be needed. It seems impossible to solve the oligopoly problem by stretching the limits of cartel and abuse of dominance prohibitions to cover not only concerted practices but also similar behavior in an oligopoly. This is so *first*, because it is rational to imitate competitors in an oligopoly and *second*, cases such as the *Dyestuffs* case show that there are normally explanations for similar behavior other than there being a cartel. Normally, the requirement established in

Woodpulp, i.e., that there can be no explanation other than cartel, cannot be fulfilled. Oligopoly theory is quite dynamic and multi-facetted. *Third* and probably most importantly, there seems to be no real remedy to prevent companies from following their competitors. What can be controlled, however, is exchange of confidential information that can be used to coordinate actions on the market. This leads to the conclusion that oligopolies as such should be mainly controlled *ex ante* with merger control rules in order to secure a competitive market structure. This is by no means easy, because it is difficult to predict an oligopoly's behavior. Some but not all oligopolies are harmful. The lower the prohibition threshold, the higher that the efficiency explanations should count. In technical, new economy markets, it is useful to allow competitors to cooperate as far as standards and R&D cooperation are concerned. This is necessary, since developments cost can be very high and products tend to have a short life span. Oligopolies should not be split apart because the risks involved are generally greater than the clear advantages would be from a general point of view. It remains to be seen what the role of the new divestiture instrument will be in Europe.

Merger rules are also necessary to prevent companies from raising prices, lowering the quality of the products or hampering technical development. As far as abuse control is concerned, in the future, emphasis should also be placed on fighting pricing and other contractual practices that tie customers and exclude competitors. Market dynamics gain in importance, since most economic growth stems from innovation. Not all kind of bundling, therefore, should be regarded as harmful, because both quality and economics of scope and scale should be taken seriously. In the application of abuse norms, it is important that the need to cover risky R&D investments is taken into account, especially in new economy markets. Of course, this does not mean that dominant companies should get a free ticket simply because research and development and new markets are involved. The network effects can lead to serious dominance problems. Competition on the merits, based genuinely on better products and marketing, should always be allowed, and the economic profits given to the actual winner that earns them by superior skill, foresight and industry at that moment. Like referees, competition authorities must not aim to deciding game or altering the result, but "merely" ensure that all participants follow the rules of the game.

8. Modernization

The new basic regulation is analyzed at the end of the study. The main aim of the reform seems to have been to secure an efficient means of decision-making capability for the competition authorities. Although the modernization project

was marketed as a decentralization of decision making from EC Commission to national competition authorities, the outcome seems to be more of a centralization of decision-making powers with the EC commission. Even the independent position of special courts dealing with competition matters was at risk, but, at the end of the day, a "Finnish clause" was added to the new regulation that seems to secure the independent status of courts as required in the Constitution. The new European decision-making structure for competition law matters can be seen as an embryo of the European Competition Authority, with a main office in Brussels and regional outlets in EU Member States. This development was driven by the need to ensure consistent decision-making in a European Union of 25 members. A somewhat worrying aspect of the new regulation is that it provides very little guidance as to the vertical allocation of cases between Commission and national competition authorities, and horizontally between national authorities. This is a classic conflict between flexibility and legal certainty. The new regulation maximizes flexibility, as the allocation of cases is agreed upon on an ad hoc basis and the Commission has the right to pick up cases from national decision makers when it deems that that particular case is better dealt with in Brussels. This comes at cost of legal certainty because, in the future, it will be difficult for undertakings to predict which authority will make the final decision in cross-border situations. This is relevant, as the national procedures and sanctions have yet to be harmonized. The Commission should review whether a secondary regulation, dealing with issues left open in Regulation 1/2003, is necessary. In a democracy, significant power must be controlled, as that kind of power makes it possible to harm others and creates risks of abuse. As a rule, the more power, the stricter the control mechanisms must be. This rule also applies to competition law, since the rules become stricter in relation to one's market power. The *paradox of power* lies in the fact that control of power can lead to new kinds of uncontrolled power. In competition policy, this means that the actions of powerful companies must be controlled but that, at the same time, efficient control mechanisms must prevent the competition authorities from becoming too powerful because of a too wide discretionary power. In a democracy, the courts have been given this controlling role in individual cases. From a small Member States' perspective, it is important that the application of competition legislation remains based on the rule of law so that it can fulfill its role as the constitution of a market economy.

9. Concluding Remarks

One of the aims of this study was to compare EC and Finnish competition law in order to determine what kind of material changes will appear if the EC law

"takes over" national law as a result of the modernization of EC decision-making structure. It was determined that, as far as the substantive rules are concerned, the rules regarding cartels, abuse of a dominant position and mergers are already quite similar in substance. The only real exception is the rules regarding vertical restraints, which are more lenient in Finland than in the EC. Today, most important differences are procedural in nature.

It seems that the modernization project will accelerate development, whereas national rules will be *de facto* harmonized with the EC rules. One can ask whether this is good or bad thing. If one stresses the importance of having a competition policy based on national peculiarities and needs, this is certainly a negative development. If one gives more weight to globalization and the need of similar treatment all over Europe, however, this development should be welcomed. The author of this study reaches the conclusion that the *level playing field* is more important. In the medium term, competition laws should be the same in all parts of the union.

Asiasanahakemisto

Ajallinen markkinoiden määrittely 680
Alallepääsy
- Chicagon koulukunta 170
- Esteet 259, 326, 701
- Harvardin koulukunta 159
- Horisontaaliset yrityskaupat 1052
- Markkinavoima 219
- Määräävä markkina-asema 242, 256, 632, 636, 1075
- Uusitävaltalaisuus 178
- Yrityskaupat 1049, 1131
- Yrityskauppavalvonta 1060
  - Oikeudelliset esteet 1131
  - Tekniset esteet 1131
  - Tosiasialliset esteet 1132

Alennus 923
- Funktionaalinen 926
- Määrä 924
- Sitova 936
- Tavoite 932
- Uskollisuus 929

Alueelliset näkökohdat, yrityskaupat 1238
Allokatiivinen tehokkuus 32
Allokatiivinen tehokkuustappio 377, 382
Asiakirjanäyttö, kartelli 548
Autokauppaa koskeva ryhmäpoikkeus 517
Avainasema 784, 791
Barometrinen hintajohtajuus 248
Bertrandin malli 362
Bilan Economicue 1218
Boikotti, kollektiivinen 445
Bronner, Oscar 806
Bundling (ks. niputtaminen)
Chicagon koulukunta 28, 164
- Alallepääsy 170
- Kilpailupolitiikka 164
- Kilpailuteoria 164
- Taloudellinen tehokkuus 166

Colgate-doktriini 783
Contestability (ks. koeteltavuus)
Cournotin malli 360
Cournot-Nash-tasapainomalli 370
de Minimis -sääntö 471
Dilemmateesit (ks. tavoitekonfliktit)
Dyestuffs (ks. väriainejuttu)
Dynaaminen tehokkuus 36, 392, 393
Dynaaminen tehottomuus 392
Ehdot, yrityskaupan 1254
- EY 1254
- Käyttäytymistä koskevat 1262
- Rakenteelliset 1257
- Suomi 1268
- Uusi talous 1274, 1279

Ehtokartelli 446
Eklektinen teoria 228, 232, 242, 1201, 1312, 1315
- M. Virtanen 234
- Määräävä asema 225
- Peruslähtökohdat 232
- Oma lähestymistapa 242

Elastisuus, kysynnän 304
Elinkeinonharjoittaja
- Käsite 450
- Yhteenliittymä 461, 1029, 1038

Englantilainen lauseke 931
Epäelastisuus, kysynnän 304, 310
Epäsuora hintavalta 254
Epätäydellinen kilpailu 81, 142
Erikoistumissopimukset, ryhmäpoikkeus 526
Essential facilities ks. avainasema
EY:n sulautuma-asetus 1060
- Määräävä asema 1075
  - Alallepääsy 1084
  - Kilpailun merkittävä estyminen 1076
  - Kilpailuvaikutukset 1082
  - Markkinaosuus 1083, 1094
  - Määritelmä 1076
  - Vertikaalinen integraatio 1084
- Uusi 1330

Failing Company -puolustus 1204, 1231
– EY 1231
– Suomi 1236
Finnish clause 1363
Finnpap-päätös 573
Funktionaalinen alennus 926
Freiburgin koulukunta (ks. ordoliberalismi)
Hallituskartelli 445
Harbergerin kolmio 376, 377, 399, 405
Harvardin koulukunta 28, 156
– Alallepääsy 159
– Kilpailupolitiikka 156
– Kilpailuteoria 156
– SCP-malli 157, 161
Herfindahl-Hirschman-indeksi (HHI) 317, 1179
Hiljainen kolluusio 333, 538, 994
– Normien yhteispeli 1341
Hinnoittelu, kohtuuton 903
Hintajohtajuus 247
Hintakartelli 443
Hintamarginaali 298
Hintaruuvi 910, 972
Hintasuositus, toimialajärjestöjen 466
Hintasyrjintä 904
– Alennukset 923
– Alueellinen 908
– EY 908
– Kansallisuuteen perustuva 912
– Kilpailuun vastaaminen 919
– Suomi 915
Hintavalta 246
– Horisontaaliset yrityskaupat 1092, 1106
Horisontaalinen markkinavoima 221
Horisontaaliset ryhmäpoikkeukset 523
Horisontaaliset sopimukset 503
Horisontaaliset suuntaviivat, USA 1178
Horisontaaliset yrityskaupat 1052, 1092
– Alallepääsy 1101
– Hintavalta 1093
– Markkinaosuus 1094
– Poissulkeva monopolivoima 1107
– Portfoliovoima 1099
– Rahoituksellinen vahvuus 1098
– Taloudellinen vahvuus 1098
– Vastavoima 1104
– Verkostoefekti 1100
Huijaus, kartellissa 347
Hyvinvointi 31, 67
– Markkinavoima 375
Hyödykemarkkinat 643, 684
– Hyödykkeiden korvaavuus 643, 644
– Kysynnän korvaavuus 643
– Kysynnän ja tarjonnan rakenne 648
– Kysynnän ristijousto 305, 657
– Käyttötarkoitus 647
– Merkkikohtainen määrittely 651
– Raaka-aineet 649
– SSNIP-testi 657
– Tarjonnan korvaavuus 655
– Väärinkäyttö lähimarkkinoilla 650
Hyödyllinen yhteistyö 447
Hyödylliset sopimukset 488
Immateriaalioikeudet 713, 831
– Määräävän aseman väärinkäyttö 831
– EY 841
– Suomi 847
Integraatiotavoite, EY:n kilpailuoikeus 59, 761
Intent-teoria (monopolisoimistarkoitus) 784
Inter-brand -kilpailu 284
– Riippuvuus 729
Inter-brand -rajoitukset 284
Intra-brand -kilpailu 284, 570
– Riippuvuus 284, 729
Intra-brand -rajoitukset 284
Intressivertailu 770
Julkinen yritys 454
Julkiset monopolit 885
Jälkimarkkinat 285, 723, 728
Jälleenmyyntirajoitukset 881
Kaldor-Hicks tehokkuus 34, 1211
Kansantalouden tehokkuus 1056
Kartelli 5, 335, 439
– EY 440
– Jatkumona 550
– Kesto 356
– Kiinnisaanti 535
– Selvittäminen 611

- Suomi 567
- Syntyminen 341, 349
- Toteennäyttäminen 537, 542, 547,552, 558, 584, 588, 597, 601, 609, 611, 1298, 1341
- Tyyppejä 448
- Vahingollisuus 336
- Yhdysvallat 595
- Yleistä 15
- Ylläpitäminen 340, 351

Kartellihyödyke 341
Kartellikielto 439, 443, 566, 567, 595, 601, 616, 1298
- Osumatarkkuus 616
- Tehostaminen 1298

Kauppaedustaja 451
Kauppakumppanin mahti 289
Kauppavaikutuskriteeri 475, 674
Keskittymisindeksi 317
Keskittymis-kolluusiohypoteesi 364
Keskittynyt markkinarakenne 1056
Kieltoperiaate, kilpailunrajoituslaki 76
Kilpailijan poissulkeminen 268, 312
Kilpailijoiden seuraaminen 468
Kilpailu
- Epätäydellinen 80, 134
- Oligopolin sisäinen 998, 1170, 1198
- Oligopolin ulkoinen 998, 1175, 1198
- Taloudellinen 112
- Toimiva 18, 63, 81, 145, 205
- Täydellinen 79, 131, 169, 205

Kilpailuedun elinkaari 260
Kilpailukyky, teollisuuden, yrityskaupat 1243, 1250
Kilpailuoikeus
- Markkinatalouden perustuslakina 40
- Rinnakkainen soveltaminen 478
- Soveltamisala 450
- Tavoitteet 21, 28, 55, 62
- Tulkintaperiaatteet 23

Kilpailun merkittävä estyminen 1076, 1088, 1090
Kilpailunrajoitukset
- Horisontaaliset 503
- Vertikaaliset 503, 853

Kilpailun säilyminen, poikkeuslupa 498
Kilpailuvapaus 118, 1283
Kilpailupolitiikka 18, 96
- Chicagon koulukunta 164
- Harvardin koulukunta 156
- Ordoliberalismi 189
- Post-Chicago174
- Strateginen kilpailu 269
- Systeemiteoreettinen koulukunta 186
- Tavoitteet 1283, 1287
- Toimiva kilpailu 145
- Uusitävaltalaisuus 178,186
- Yhteiskunnalliset arvostukset 206
- Yrityskaupat 1049
- Yrityskauppavalvonta 1058

Kilpailuun vastaaminen 919
Kilpailuteoria 18, 96, 206,
- Chicagon koulukunta 164
- Harvardin koulukunta 156
- Kehitys 121
- Kilpailuoikeuden metodi 213
- Klassinen 123
- Koulukunnat 1286
- Käytännön merkitys 209
- Neoklassinen 130
- Ordoliberalismi 189
- Post-Chicago174
- Strateginen kilpailu 269
- Systeemiteoreettinen koulukunta 186
- Toimiva kilpailu 145
- Uusitävaltalaisuus 178, 186
- Yhteiskunnalliset arvostukset 206

Klassinen kilpailuteoria 123
Koeteltavuus, markkinoiden 262
Koko, yrityksen 710
Kollektiivinen boikotti 445
Kollektiivinen markkinavoima 332, 1294
- Kartelli 335, 439

Kolluusio, hiljainen 333, 538, 994
- Normien yhteispeli 1341

Kolluusio, nimenomainen 333, 538, 994
Konsernisuhde 451
Koulukunta 18, 295, 1286
- Chicago 164
- Freiburgin (ks. ordoliberalismi)

– Harvard 156
– Ordoliberaalit 189
– Post-Chicago 174
– Systeemiteoreettinen 186
– Uusitävaltalainen 178, 186
Kustannukset, taloudellisen vallan 424
Kuluttajien etu 65, 1212
Kustannus-hyöty-ajattelu 643, 836, 1058
Kysynnän korvaavuus 308, 643
Kysynnän ristijousto 305, 657
Kysyntäjousto 304
Käyttörajoitukset 881
Laissez-faire 123, 128, 419
Lakileikkuri 1357
Legaalipoikkeus, kilpailunrajoituslaki 500, 576
Leniency-ohjelma 536, 1305
Lernerin indeksi 299
Leveraging (ks. vipuvarsi)
Liikesuhteesta kieltäytyminen 782, 820
– EY 787
– Suomi 824
– Yhdysvallat 784
Lähimarkkinat 650, 778
Maantieteelliset markkinat 668, 686
– Kauppavaikutuskriteeri 674
– Yhteismarkkinoiden oleellinen osa 673
Maatalous 458
Markkinakäyttäytyminen 83, 311
– Määräävä markkina-asema 741
Markkinamäärittely 319, 324, 741, 1338
– (ks. markkinoiden määrittely)
Markkinaosuus
– Horisontaaliset yrityskaupat 1094
– Määräävä markkina-asema 257, 697
  – EY 692
  – Suomi 696
– Ryhmäpoikkeusasetukset 531
– Yrityskauppavalvonta 1094
Markkinarakenne 83
– Keskittynyt 1056
– Markkinavoima 230
– Määräävä markkina-asema 256, 633
– Tarkastelu 256
Markkinatulokset 83, 313, 710
– Määräävä markkina-asema 743
Markkinavoima 7, 219, 280
– Alallepääsy 233, 259
– Hintoja nostava 270
– Horisontaalinen 221
– Hyvinvointivaikutukset 375
– Individuaalinen 7, 219
– Jälkimarkkinat 285
– Kollektiivinen 7, 332, 1294
– Käsite 17, 219
– Markkinoiden rakenne, 230
– Mittaaminen 297, 1290
– Epäsuora 316, 403
– Suora 298, 402
– Määrittely 91, 219
– Poissulkeva 270
– Rajakustannukset 228
– Relatiivinen 282, 725
– Ryhmäpoikkeusasetukset 531
– Sopimuskriteeri 460
– Suhdespesifi 288
– Systeemiset haittavaikutukset 407
– Sääntely 91, 1283
– Taloudellinen valta 410
– Tehokkuus 90
– Tuotannollinen tehokkuus 383, 387
– Vahingollisuus 1289
– Vertikaalinen 222
Markkinoiden jako, kartelli 444
Markkinoiden keskittymisaste 317, 1169
Markkinoiden määrittely 319, 324, 641, 682
– (ks. markkinamäärittely)
– Ajallinen 680
– Funktiot kilpailuoikeudessa 641
– Hyödykemarkkinat 643
  – EY 643
  – Suomi 661
– Maantieteelliset markkinat 668
  – EY 669
  – Suomi 676
– Markkinamäärittelyn ongelmia 324
– Määräävä asema 638
– Yrityskaupat 1087, 1123

Markkinoiden sääntely 20
Markkinoille pääsy 701, 1101
– (ks. myös alallepääsy)
Merkkikohtainen markkinavoima 282, 651, 739
Mittakaavaetu 385, 1051
Monialayrityskaupat 1053, 1116
Monopolin varjo 252
Monopolivoima 280, 1090
– Hintavalta 1106
– Poissulkeva 1107
Monopolihinnoittelu 971, 987
Monopoli, julkinen 885
Monopolistinen kilpailu 81, 142
Monopolisoimistarkoitus (intent-teoria) 784, 785
Määräalennus 924
Määrähinnoittelu 505
Määräävä markkina-asema 7, 232, 625
– Alallepääsy 272, 701
– Hintajohtajuus 249
– Immateriaalioikeudet 713
– Jälkimarkkinat 723, 728
– Kauppakumppanin riippuvuus 279
– Kilpailijan poissulkeminen 268
– Markkinakäyttäytyminen 741
– Markkinaosuus 257, 692, 696, 697
– Markkinarakenne 256, 633
– Markkinatulokset 743
– Markkinoiden määrittely 319, 641
– Määritelmä, EY 632, 1312
– Määritelmä, Suomi 636, 1312
– Potentiaalinen kilpailu 701
– Puolustaminen 395
– Rakenteellinen tarkastelu 256, 638
– Riippuvuus 713
– Sääntely 628
– Tavoittelu 395
– Tekninen etumatka 707
– Torjuminen 1312
– Vahvistaminen 868, 888
– Väärinkäyttö (ks. määräävän markkina-aseman väärinkäyttö)
– Väärinkäyttö lähimarkkinoilla 650
– Yhteinen 358, 992, 1002, 1309, 1342
– Yrityksen koko ja taloudelliset resurssit 710
– Yrityskauppavalvonta 1075
Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö 747
– Arviointia 1317
– Erityinen vastuu 761
– Hinnoittelu, kohtuuton 908
– Hintasyrjintä 904
– Immateriaalioikeudet 831
– Integraatio 759
– Intressivertailu 770
– Julkinen yritys 885
– Jälleenmyyntirajoitukset 881
– Kauppakumppaneihin kohdistuva 756
– Kausaalisuus 778
– Kilpailijoihin kohdistuva 758
– Käyttörajoitukset 881
– Lainkäyttäjän näkökulma 776
– Liikesuhteesta kieltäytyminen 782
– Lähimarkkinat 650, 778
– Monopolihinnoittelu 971
– Ristiinsubventointi 966
– Saalistushinnoittelu 944
– Sidonta 866
– Suorituskilpailu 765
– Tehokkuusarviointi 772
– Vertikaaliset sopimusehdot 853
– Viranomaisvaikuttaminen 882
– Väärinkäyttökielto 625, 747
– Väärinkäyttövalvonta 747, 1317
– Yleiset opit, määrittäminen 758
– Yrityskauppa 888
Neoklassinen kilpailuteoria 130
Nimenomainen kolluusio 333, 538, 994
Niputtaminen (Bundling) 869
Normien yhteispeli, oligopoli 1341
Oikeudelliset alallepääsyn esteet 1131
Oikeudenmukaisuus 47
Oligopoli
– Bertrand 362
– Cournot 360
– Cournot-Nash-tasapainomalli 370
– Keskittymis-kolluusiohypoteesi 364
– Ongelma 1341

– Peliteoria 367
– Pilkkominen 629
– Sisäinen kilpailu 998, 1170, 1198
– Ulkoinen kilpailu 998, 1175, 1198
– Stackelberg 363
– Stigler 348, 355
– Yrityskauppavalvonta 1142
Oligopolistinen hintajohtajuus 249
Oligopolistinen interdependenssi 332, 358
Oligopolistinen kilpailu 81, 332
Ordoliberalismi 189
Oscar Bronner 806
Ostovoima 711
OTP-oppi 717
Pakollinen kauppakumppani 288, 717
Pareto-optimi 32, 132
Peliteoria
– Markkinoille pääsyn estäminen 272
– Oligopoli 367
– Strateginen kilpailu 269
Per se -kiellot 87
– Kartellit 493
Perusasetus 1345
– Lakileikkuri 1357
– Pilkkomisvaltuudet 1354
– Poikkeuslupa 1351
– Uudistus 1345
Pienten markkinoiden dilemma 1130, 1139, 1338
Pilkkominen 629, 1341, 1354
Poikkeuslupa (yksittäispoikkeus)
– Edellytykset 496
– EY 494
– Perusasetusta koskeva uudistus 1351
– Suomi 500, 568
Poissulkeminen 272, 882, 1111
Poissulkeva monopolivoima 270, 1107
Polypropyleenikartelli 552
Porterin viisi voimaa 266
Portfoliovoima 1099
Post-Chicago 174
Potentiaalinen kilpailu 320, 326, 701
– Yrityskauppavalvonta 1135
Public Choice -tutkimus 399
Päätöskartta (sopimusten arviointi) 449
Rahoituksellinen vahvuus 1098
Rajakustannukset 298
– markkinavoima 228
Rankaisumekanismit 352
Reiluustavoite, EY:n kilpailuoikeus 61
Relatiivinen markkinavoima 282, 725
Relevantit markkinat
– Määrittely 319, 682
Rent seeking 395, 399
Riippuvuus, kauppakumppanin 279, 713, 739, 747
– EY 713, 717, 722, 731
– Suomi 734
– Yhdysvallat 726
Rinnakkainen soveltaminen, kilpailuoikeuden 478
Ristiinsubventointi 423
– Määräävän aseman väärinkäyttö 966
Rule of Reason 87
– Kartelli 489
– Teknologinen sidonta uudessa taloudessa 878
Ryhmäpoikkeusasetukset 513
– Autokauppaa koskeva 517
– Erikoistumissopimukset 526
– Tutkimus- ja kehityssopimukset 523
– Vertikaalisia sopimuksia koskeva 517
Saalistushinnoittelu 944
– EY 955
– Kustannusten takaisinsaanti 960
– Suomi 958
Sanktioiden taso, kartellit
– ennakkoestävyys 350
– Suomi 1302
Schumpeter-kilpailu 151
Schumpeter-monopoli 392
SCP-malli 82, 157, 161
Selektiivinen jakelu 826
Sellutapaus (Woodpulp) 545
Sidonta 866, 880
– EY 872
– Suomi 874
– Teknologinen 875
– Yhdysvallat 871
Signalointi 145, 274, 945, 1015

Sisäinen kilpailu, oligopolin 998, 1170, 1198
Sitova alennus 936
Skaalaetu 385, 1051
SLC-testi 1178, 1328
Sopimuskriteeri 460, 488
Sopimusvapaus 40, 754, 1354
Sopimusvoima 280, 721, 745
Sosiaaliset näkökohdat, yrityskaupat 1238
SSNIP-testi 307, 325, 607
Stackelbergin malli 363
Strategisen kilpailun teoria 269
– Haasteita 277
– Hintoja nostava markkinavoima 270
– Määräävä markkina-asema 272
– Poissulkeva markkinavoima 270
– Uusi talous 276
Suhdespesifi markkinavoima 288, 714
Suhteellisuuskriteeri, poikkeuslupa 497
Sulautuma-asetus 1060
– Määräävä asema 1075
  – Alallepääsy 1084
  – Kilpailun merkittävä estyminen 1076
  – Kilpailuvaikutukset 1082
  – Markkinaosuus 1083, 1094
  – Määritelmä 1076
  – Vertikaalinen integraatio 1084
– Uusi 1330
Suuntaviivat
– Horisontaalisia sopimuksia koskevat 527
– Horizontal Merger (USA) 1178
– Vertikaalisia sopimuksia koskevat 521
Suora hintavalta 254
Suorituskilpailu 560, 765
Systeemiset haittavaikutukset 407
Systeemiteoreettinen koulukunta 186
Sääntely
– Kollektiivisen markkinavoiman 332
– Markkinavoiman 91, 1283
– Määräävän markkina-aseman 628
Taloudellinen kilpailu 112
Taloudellinen näyttö, kartelli 601, 604, 609, 611, 616, 1299, 1301, 1341
Taloudellinen vahvuus 1084
Taloudellinen valta 410
– Aktiivinen 416
– Kustannukset 424
– Lähteet 420
– Passiivinen 416
– Välineet 423
Taloudelliset resurssit, yrityksen 710
Taloudelliset siteet, yhteinen määräävä asema 1002, 1004, 1042
Taloustiede 10, 25, 89, 219, 1290
Tarjonnan korvaavuus 320, 655
Tarjouskartelli 445, 587
Tavoitealennus 932
Tavoitteet
– Kilpailuoikeus 28
– EY:n kilpailuoikeus 57
– Kilpailunrajoituslaki 62
– Kilpailupolitiikan 1287
– Määräävän-aseman väärinkäyttövalvonnan 749
– Tavoitekonfliktit (dilemmateesit) 383
– Toimiva kilpailu 205
Tehokkuus
– Allokatiivinen 32
– Chicacon koulukunta 166
– Dynaaminen 36, 391, 392, 393
– Kaldor-Hicks 34, 1211
– Kansantalouden 1056
– Määräävän aseman väärinkäyttökielto 772
– Pareto 32
– Produktiivinen l. tuotannollinen 36, 387, 388
– Puolustus 1204, 1227, 1333
– Taloudellinen 31
– Tavoite 77
– Tulonsiirrot 49, 405
Tehokkuushypoteesi 388
Tehokkuuskriteeri, poikkeuslupa 496
Tehokkuuspuolustus 709, 1204, 1227, 1333
– EY 1216
– Suomi 1225
Tekninen etumatka, yrityksen 707
Tekniset alallepääsyn esteet 1131
Teknologinen sidonta 875

Teknologinen tulppa 1115
Teollisuuden kilpailukyky, yrityskaupat 1243
Tietojenvaihto 446, 1301
Tietojenvaihtokartelli 446, 561, 582, 598, 616, 620, 621, 1301
– EY 561
– Suomi 582
– Yhdysvallat 598
TLO-tapaus 593
Toimialajärjestön hintasuositus 466
Toimiva kilpailu 81, 145, 205, 835
– Immateriaalioikeudet 831, 835
– Yrityskaupat 1050
Tosiasialliset alallepääsyn esteet 1132
Tulonsiirrot 49, 67, 405
Tuotannonrajoitukset, kartelli 445
Tutkimus- ja kehityssopimukset 447, 516
– Ryhmäpoikkeus 523
Työmarkkinat 453, 456
Täydellinen kilpailu 84,131, 205
– Chicagon koulukunta 169
Ulkoinen kilpailu, oligopolin 998, 1175, 1198
Unilateraaliset vaikutukset 1331, 1332
Uskollisuusalennus 929
Utilitarismi 35
Uudistus, EY:n perusasetusta koskeva 1345
– Lakileikkuri 1357
– Pilkkomisvaltuudet 1354
– Poikkeuslupa 1351
Uusi talous 276, 833, 1115, 1274
– Ehdot yrityskaupalle 1274
– Informaation merkitys 833
– Keskittymismittareiden merkitys 1279
– Kilpailu markkinoista 834
– Markkinamäärittelyn ongelmia 1274, 1276
– Standardeja koskeva yhteistyö 835, 1302
– Strateginen kilpailu 276
– Tipping Effect 834
– Verkostoilmiö 833
– Vertikaaliset yrityskaupat 1115
– Viranomaistoiminnan haasteet 1277
Uusitävaltalainen koulukunta 178
Vaihdettavuuden aste 645
Valio I 571
Valkoiset pisteet 549
Vallan paradoksi 43, 1283
Valta, taloudellinen 410
Vangin ongelma 369, 1283
Vapaus, kilpailun 38, 73
Vastamyrkkyteesi 145
Vastavoima, kauppakumppanin mahti 292
– Horisontaaliset yrityskaupat 1104
Verkostoilmiö 833, 1100
Vertikaalinen integraatio 421, 703, 787
– Yrityskaupat 1110
Vertikaalinen markkinavoima 222
Vertikaaliset rajoitukset 503
– Hinnoittelua koskevat 505
– Muut kuin hinnoittelua koskevat 510
Vertikaaliset sopimusehdot 853
– Yksinomaisuussopimukset 511, 854
Vertikaalinen sopiminen 503, 510
– Ryhmäpoikkeusasetus 517
Vertikaaliset yrityskaupat 1054, 1110
– Poissuljenta 1111
– Teknologinen tulppa 1115
– Uusi talous 1115
– Vertikaalinen integraatio 1113
Vexatious litigation 882
Vipuvarsi (leveraging) 276, 784, 785, 867, 1119, 1121, 1122, 1327
– Monialayrityskaupat 1121
Viranomaisvaikuttaminen 882
Vähämerkityksellinen 471
Väriainejuttu (dyestuffs) 540
Väärinkäyttökielto, määräävän aseman 747
Väärinkäyttöperiaate, kilpailunrajoituslaki 76
Väärinkäyttövalvonta, määräävän aseman 747
– Tavoitteet 749
Walt Wilhelm -periaate 8, 478, 1345, 1357
Williamsonin malli 51, 167, 168, 169, 1207
Woodpulp (ks. sellutapaus)
X-tehottomuus 387
Yhden luukun periaate 482, 1062

Yhdenmukainen toimenpide 468, 539, 614, 947, 1015, 1030, 1142, 1298, 1341
Yhdenmukaistettu toiminta 467, 539, 540, 545, 549, 552, 558, 574, 582, 616, 1016, 1142, 1298, 1341
Yhteenliittymä, elinkeinonharjoittajien 461, 1019, 1029, 1038
– Päätös 461
Yhteinen määräävä markkina-asema 358, 992, 1309
– Edellytykset 992, 1002
– Kilpailuoikeus 1002
– Käsite
  – EY 996, 1000
  – Suomi 1019
– Taloudelliset siteet 1002, 1004, 1042
– Yrityskauppavalvonta 1142
  – EY 1143
  – Suomi 1181
Yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö 1008, 1041
– EY 1008, 1015
– Suomi 1019
– Väärinkäyttövalvonnan ongelmia 1041
Yhteismarkkinoiden oleellinen osa 673
Yhteistyö, hyödyllinen 447
Yksinomaisuussopimus 511, 854
– EY 511, 512, 513, 858
– Suomi 511, 860
Yksittäispoikkeus (poikkeuslupa) 494, 1351
Yrityskaupat 1050
– Ehdot 1254
– Horisontaaliset 1052, 1092
– Kilpailupolitiikka 1058
– Markkinamäärittely 1123
– Moniala 1059, 1116
– Määräävä asema 1073
– Potentiaalisesti haitalliset 1325
– Vaikutus kilpailuun 1050
– Vertikaaliset 1054, 1110
Yrityskauppavalvonta 15, 1049, 1325
– Alallepääsy, esteet 1131
  – Oikeudelliset 1131
  – Tekniset 1131
  – Tosiasialliset 1132
– Alueelliset näkökohdat 1238
– EY:n sulautuma-asetus 1060
– Failing Company -puolustus 1204, 1231
– Jälkikäteinen 1208
– Kilpailunrajoituslaki 1067
– Kilpailupolitiikka 1250
– Markkinamäärittely 1123
– Määräävä asema 1075
– Pienten markkinoiden dilemma 1130, 1139
– Potentiaalinen kilpailu 1135
– Preventiivinen 1325
– SLC-testi 1180, 1328
– Sosiaaliset näkökohdat 1238
– Tehokkuuspuolustus 1204
– Teollisuuden kilpailukyky 1243
– Uusi talous 1119, 1274
– Yhteinen määräävä asema 1142
  – EY 1143
  – Suomi 1181

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 239

Tutkimuksen kohteena on markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä hinnoitella yli kilpailullisen hintatason tai muutoin vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin esim. sulkemalla muita yrityksiä markkinoiden ulkopuolelle. Kilpailijoiden välinen kartelli tai määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi nostaa järjestelyyn osallisten yritysten markkinavoimaa tavalla, joka haittaa kilpailun toimivuutta. Merkittävä yrityskauppa voi keskittää markkinarakennetta ja estää tehokkaan kilpailun. Seurauksena voi olla innovaatiokilpailun hiipuminen tai tehokkaan tuotantovaihtoehdon syrjäytyminen markkinoiden ulkopuolelle. Merkittävän tuotannontekijän kalleus, huono saatavuus tai laatuun liittyvät ongelmat heikentävät koko kansantalouden kilpailukykyä. Toisaalta järjestely voi olla tarpeen kansainvälisen kilpailun edellyttämän yrityskoon tai riittävien tutkimus- ja tuotekehitysresurssien saavuttamiseksi.

Kilpailuoikeudessa haetaan tasapainotilaa sääntelyn tehokkuuden ja oikeusturvan välillä. Normien tulisi olla yhtäältä joustavia, mutta tärkeätä on myös niiden ennakoitavuus. Tutkimuksessa selvitetään, milloin markkinavoiman hankkiminen on hyödyllistä ja tehokkuutta lisäävää ja toisaalta, milloin se on haitallista. Tutkimuksessa pyritään löytämään ratkaisuperusteita ja antamaan tulkintasuosituksia kilpailuoikeudelliselle päätöksenteolle.

Tutkimuksen teoreettisessa osassa luodaan perusta kilpailuoikeuden metodille ja yleisille opeille. Määräävän aseman käsitettä lähestytään eklektisesti neljästä eri näkökulmasta. Lisäksi luodaan pohja kollektiivisen markkinavoiman myöhemmälle tarkastelulle. Punaisena lankana tutkimuksen metodisessa osassa haetaan välineitä talous- ja oikeustieteellisen lähestymistavan yhteensovittamiseksi. Tutkimuksen laajassa oikeusdogmaattisessa osassa käsitellään perusteellisesti kolmea ongelmakokonaisuutta: kartelleja, määräävän aseman väärinkäyttöä ja yrityskauppavalvontaa. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa valittuja ratkaisuja verrataan toisiinsa. Pyrkimyksenä on samalla kaiken aikaa käytännön tulkintasuositusten antaminen. Johtopäätösosassa vedetään langat yhteen ja pohditaan sitä, mitä muutoksia EY:n kilpailuoikeuden modernisaatio tuo kilpailuasioiden käsittelyyn.

Väitöskirjan merkitys liittyy toisaalta oikeudenalan taloudellis-yhteiskunnallisiin perusteisiin ja tieteelliseen metodiikkaan, toisaalta oikeuden substanssiin. Tutkimus tulee epäilemättä muodostamaan Suomen kilpailuoikeudellisen kirjallisuuden perusteoksen.

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 603 567, f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 0356-7206
ISBN 951-855-207-X