

**KILPAILUOIKEUS JA OLIGOPOLIT**  
**ESIMERKKITAPAUKSENA PÄIVITTÄISTAVARAKAUPPA SUOMESSA**

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Oikeustaloustieteen projekti 2013–2014

Ohjaaja: Kristian Siikavirta

Pro gradu -tutkielma, maaliskuu 2014

Matti Sillanmäki



Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos/Institution– Department			
Oikeustieteellinen tiedekunta					
Tekijä/Författare – Author					
Matti Sillanmäki					
Työn nimi / Arbetets titel – Title					
Kilpailuoikeus ja oligopolit – Esimerkkitaipauksena päivittäistavarakauppa Suomessa					
Oppiaine /Läroämne – Subject					
Oikeustaloustiede					
Työn laji/Arbetets art – Level		Aika/Datum – Month and year		Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages	
Pro gradu -tutkielma		Maaliskuu 2014		XIII + 74 s.	
Tiivistelmä/Referat – Abstract					
<p>Tutkielmassa tarkastellaan lainoillisesti ja sääntelyteoreettisesti sitä, tulisiko ja millä tavalla kilpailuoikeudellista keinovalikoimaa täydentää oligopolivalvonnan osalta. Hypoteesina on, että kilpailuviranomaisilla ei nykyisellään ole tehokkaita keinoja puuttua oligopolimarkkinoilla ilmeneviin kilpailuongelmiin, eli hiljaiseen kolluusion ja yritysten kilpailulle haitallisiin menettelyihin. Kottimainen päivittäistavarakauppa toimii tutkielmassa havainnollistavana esimerkkinä ongelmalliseksi havaituista oligopolimarkkinoista. Kilpailulain uuden 4a §:n myötä yritykset ovat tällä alalla määräävässä markkina-asemassa 30 prosentin markkinaosuudella. Tutkielmassa esitellään sitä yhteiskunnallista tilannetta, joka on johtanut kilpailulain muuttamiseen.</p> <p>Oligopolimarkkinoiden hyvinvointivaikutuksia arvioidaan tutkielmassa taloustieteen avulla käyttämällä vertailukohtina täydellisen kilpailun mallia ja monopolia. Lähtökohtana on EU:n kilpailuoikeuden perimmäinen tarkoitus, kuluttajien hyvinvointi. Yrityksillä on vaihtelevassa määrin markkinavoimaa, eli kykyä hinnoitella yli rajakustannustensa. Oligopoliongelma tarkoitetaan sitä, että oligopolirytykset tiedostavat keskinäisen riippuvuutensa ja päätyvät omassa intressissään hiljaisesti koordinoituun toimintaan, eli hiljaiseen kolluusion, jonka johdosta hinnat ovat keinotekoisesti korkeita. Peliteorian avulla selitetään oligopolirytysten koordinaatiota.</p> <p>Kilpailuoikeudellista keinovalikoimaa oligopolivalvonnessa käsitellään kilpailuoikeuden päälohkojen jaottelun mukaisesti. Yrityskauppaavalvonnan avulla turvataan etukäteisesti kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä oligopolimarkkinoilla. SIEC-testin mukaisesti kaikki mahdolliset kilpailuhaitat otetaan huomioon. Kiellettyjen sopimusten alaan kuuluva yhdenmukaistetun menettelytavan käsite ei sellaisenaan sovellu hiljaiseen kolluusion, mutta sillä voi olla merkitystä arvioitaessa oligopolistien harjoittamaa koordinaatiota fasilitoivaa tietojenvaihtoa. Oligopolirytysten voidaan katsoa olevan yhteisessä määräävässä markkina-asemassa, mikäli ne taloudellisten yhteyksien johdosta toimivat markkinoilla yhtenä yksikkönä, mikä tuo ne väärinkäyttövalvonnan piiriin. Tutkielmassa argumentoidaan, että kuvatut keinot mahdollistavat teoriassa oligopolivalvonnan, mutta käytännössä ne eivät ole toimineet. Erityiskysymyksenä käsitellään SEUT 102(a) artiklan mukaista kohtuuttomien hintojen kieltoa. Sen soveltamiseen liittyy merkittäviä käytännön ongelmia, joiden vuoksi kieltoa ei tulisi soveltaa.</p> <p>Uuden oligopolisääntelyn tarvetta ja mahdollista sisältöä arvioidaan sääntelyteoreettisesti. Sääntelyä pohdittaessa on huomioitava yleiset hyvän sääntelyn vaatimukset. Alakohtaiseen sääntelyyn suhtaudutaan tutkielmassa kriittisesti ja yleistä oligopolikontrollia pidetään kannatettavampana. Nykyisten valvontakeinojen tehostaminen olisi mahdollista EU:n tuomioistuinten valvontamyönteisillä tulkintakannanotoilla. Tutkielmassa asetetaan kuitenkin varovaisesti kannattamaan EU-tasolla useissa jäsenvaltioissa käytössä olevaa sääntelymallia, jossa määräävä markkina-asema määritellään keskittymisasteen mukaan määritettävillä oligopolimarkkinoilla tiettyjen markkinaosuusrajojen avulla. Tämä sääntelyratkaisu tuo vahvat oligopolirytykset väärinkäyttövalvonnan piiriin ja sen etuna on, että se perustuu olemassaolevalle kilpailuoikeudelliselle käsitteistölle.</p>					
Avainsanat – Nyckelord – Keywords					
Kilpailuoikeus; oikeustaloustiede; päivittäistavarakauppa; oligopoli; määräävä markkina-asema					
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited					
Helsingin yliopiston pääkirjasto					
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information					
Ohjaaja: Kristian Siikavirta					

## Sisällys

Lähteet .....	v
Kirjallisuus ja artikkelit .....	v
Oikeuskäytäntö .....	ix
Virallisaineisto ja viranomaispäätökset .....	x
Muut lähteet .....	xii
Lyhenteet .....	xiii
1. Johdanto.....	1
1.1. Tutkimusaiheen taustaa.....	1
1.2. Tutkimusaihe ja sen rajaukset.....	1
1.3. Työn rakenne .....	3
1.4. Hyödynnetyt metodit ja teoriat .....	4
1.5. Euroopan unionin ja kansallisen kilpailuoikeuden suhteesta .....	6
2. Taustaksi: kilpailulain muutoksen taustat, sisältö, perustelut ja soveltaminen .....	10
2.1. Yleistä – lakimuutoksen taustaa .....	10
2.2. Kilpailulain muutos.....	14
2.3. Uuden säännöksen soveltaminen .....	16
3. Markkinarakenteiden määrittelyä ja hyvinvointivaikutusten arviointia .....	17
3.1. Kilpailuoikeuden tavoitteista .....	17
3.1.1. Lähtökohtia ja peruskäsitteistöä .....	17
3.1.2. Kilpailuoikeuden ja -politiikan tavoitteet.....	19
3.2. Täydellinen kilpailu .....	21
3.3. Markkinavoima ja monopoli.....	22
3.4. Oligopoli .....	27
3.4.1. Oligopoliongelman hahmottelua .....	27
3.4.2. Oligopolit ja peliteoria .....	30
3.4.3. Oligopolimarkkinoiden kilpailuongelmista – silta jo sanotun ja tulevan välille	32
4. Kilpailuoikeuden keinot oligopolien kontrolloimiseksi .....	33
4.1. Taustaksi: kilpailuoikeuden päälohkot .....	33
4.2. Yrityskauppa- ja oligopolit.....	34
4.3. Yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen soveltaminen oligopolimarkkinoilla .	37
4.3.1. Yhdenmukaistettu menettelytapa .....	37

4.3.2. Posnerin kolluusiteoria.....	41
4.4. Yhteinen määräävä markkina-asema.....	44
4.4.1. Yhteisen määräävän markkina-aseman toteaminen.....	44
4.4.2. Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.....	47
4.5. Rakenteelliset toimenpiteet.....	54
4.6. Yhteenvetoa – keinojen kokonaisvaltaisen vaikuttavuuden arviointia.....	55
5. Kilpailulainsäädännön uudistamistarpeen arviointia .....	56
5.1. Oligopolien sääntelystä.....	56
5.1.1. Yleistä sääntelyteoriaa .....	56
5.1.2. Oligopolimarkkinoiden sääntelyn tarve .....	58
5.2. Esimerkkejä sääntelystä muissa EU-maissa .....	60
5.3. Miten säännellä oligopoleja? .....	62
5.3.1. Tuomioistuintulkinta vastaan uusi lainsäädäntö, kansallinen vastaan EU-lainsäädäntö.....	62
5.3.2. Minkälainen säännös? .....	64
6. Yhteenveto ja johtopäätökset .....	67
6.1. Yhteenveto tutkimuskohteesta ja keskeisistä havainnoista .....	67
6.2. Lopulliset johtopäätökset – miten eteenpäin oligopolikontrollissa? .....	68
Liite .....	70

## Lähteet

### Kirjallisuus ja artikkelit

*Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY, Juva 1989. (*Aarnio*)

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

*Alese, Femi*: The economic theory of non-collusive oligopoly and the concept of concerted practice under Article 81. *European Competition Law Review*, Volume 20, Issue 7, 1999, s. 379–383. (*Alese*)

*Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin*: *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Second edition. Oxford University Press, Oxford 2012. (*Baldwin ym.*)

*Benini, Fabrizia – Bermig, Carsten*: The Commission proposes to repeal the liner conference block exemption. *European Commission Competition Policy Newsletter*, 1/2006, s. 43–48. (*Benini – Bermig*)

*Bennett, Matthew – Collins, Philip*: The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly. *European Competition Journal*, Volume 6, Issue 2, 2010, s. 311–337. (*Bennett – Collins*)

*Bishop, Simon – Walker, Mike*: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Third edition. Thomson Reuters, Lontoo 2010. (*Bishop – Walker*)

*Björkroth, Tom*: Joint Purchasing Agreements in the Food Supply Chain: Who's in the Sheep's Clothing? *European Competition Journal*, Volume 9, Issue 1, 2013, s. 175–198. (*Björkroth*)

*Black, Oliver*: Communication, concerted practices and the oligopoly problem. *European Competition Journal*, Volume 1, Issue 2, 2005, s. 341–346. (*Black*)

*Callery, Craig*: Considering the oligopoly problem. *European Competition Law Review*, Volume 32, Issue 3, 2011, s. 142–152. (*Callery*)

*Clarke, Roger – Davies, Stephen – Dobson, Paul – Waterson, Michael*: *Buyer Power and Competition in European Food Retailing*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2002. (*Clarke ym.*)

*Cooter, Robert – Ulen, Thomas*: *Law & Economics*. Fourth Edition. Pearson Addison Wesley 2004. (*Cooter – Ulen*)

*Dixit, Avinash K. – Nalebuff, Barry J.: Thinking Strategically. The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life. W.W. Norton Company, New York 1993. (Dixit & Nalebuff)*

*Dixit, Avinash K. – Skeath, Susan – Reiley Jr., David H.: Games of Strategy. Third edition. W.W. Norton & Company, New York 2009. (Dixit ym.)*

*Dobson, Paul W. – Inderst, Roman: Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers? European Competition Law Review, Volume 28, Issue 7, 2007, s. 393–400. (Dobson – Inderst)*

*Doyle, Chris – Inderst, Roman: Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust. European Competition Law Review, Volume 28, Issue 3, 2007, s. 210–219. (Doyle – Inderst)*

*Engel, Christoph: How Much Collusion – A Meta-Analysis of Oligopoly Experiments. Journal of Competition Law and Economics, Volume 3, Issue 4, 2007, s. 491–549. (Engel)*

*Evans, David S. – Padilla, Jorge A.: Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. Journal of Competition Law and Economics, Volume 1, Issue 1, 2005, s. 97–122. (Evans – Padilla)*

*Ezrachi, Ariel: Unchallenged Market Power? The Tale of Supermarkets, Private Labels, and Competition Law. World Competition, Volume 33, Issue 2, 2010, s. 257–274. (Ezrachi)*

*Fountaukakos, Kyriakos – Ryan, Stephen: A New Substantive Test for EU Merger Control. European Competition Law Review, Volume 26, Issue 5, 2005, s. 277–296. (Fountaukakos – Ryan)*

*Ganesh, Aravind R.: The Right to Food and Buyer Power. German Law Journal, Volume 11, Issue 11, 2010, s. 1191–1244. (Ganesh)*

*Gildehaus, Henrik: The rating agency oligopoly and its consequences for European competition law. European Law Review, Volume 37, Issue 3, 2012, s. 269–293. (Gildehaus)*

*Gjendemsjø, Ronny – J. Hjelmeng, Erling – Sjørgard, Lars: Abuse of Collective Dominance: The Need for a New Approach. World Competition, Volume 36, Issue 3, 2013, s. 355–372. (Gjendemsjø ym.)*

*Gormsen, Liza Lovdahl: The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC. European Competition Journal, Volume 3, Issue 2, 2007, s. 329–344. (Gormsen)*

*Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro, Helsinki 2011. (Hallberg ym.)*

- Hautamäki, Veli-Pekka*: Tuomioistuinaaktivismi tutkimuksen kohteena. *Oikeus* 2/2003, s. 170–180. (*Hautamäki*)
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Toinen, uudistettu painos. Talentum, Jyväskylä 2003. (*Hemmo*)
- Hirvonen, Ari*: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja. Helsinki, 2011. (*Hirvonen*)
- Kanninen, Heikki*: Tuomioistuinkontrollin laajuus EU:n kilpailuasioissa – suppeaa, normaalia vai laajaa kontrollia? *Defensor Legis* 4/2012, s. 456–469. (*Kanninen*)
- Kuoppamäki, Petri*: Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa. *Lakimies* 7-8/2008, s. 1077–1105. (*Kuoppamäki 2008*)
- Kuoppamäki, Petri*: Uusi kilpailuoikeus. 2. painos. SanomaPro, Helsinki 2012. (*Kuoppamäki 2012*)
- Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko*: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2012. (*Leivo ym.*)
- Lindberg, Leena*: Yrityskauppatesti vaihtuu – mitä eroa testeissä on ja mikä arvioinnissa muuttuu? *Defensor Legis* 6/2011, s. 757–767. (*Lindberg*)
- Mankiw, N. Gregory – Taylor, Mark P.*: Economics. Second edition. South-Western Cengage Learning, Hampshire 2011. (*Mankiw – Taylor*)
- McGregor, Lorna*: The future for the control of oligopolies following *Compagnie Maritime Belge*. *European Competition Law Review*, Volume 22, Issue 10, 2001, s. 434–442. (*McGregor*)
- Mezzanotte, Felix E.*: Tacit collusion as economic links in article 82 EC revisited. *European Competition Law Review*, Volume 30, Issue 3, 2009, s. 137–142. (*Mezzanotte 2009*)
- Mezzanotte, Felix E.*: Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error. *World Competition*, Volume 33, Issue 1, 2010, s. 77–102. (*Mezzanotte 2010*)
- Motta, Massimo*: Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press, Cambridge 2004. (*Motta*)
- Mähönen, Jukka*: Taloustiede lain tulkinnassa. *Lakimies* 1/2004, s. 49–64. (*Mähönen*)
- O'Donoghue, Robert – Padilla, A. Jorge*: The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, Oregon 2006. (*O'Donoghue – Padilla*)
- Ojanen, Tuomas*: Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. *Lakimies* 7-8/2005, s. 1210–1228. (*Ojanen*)

*Oker-Blom, Max*: Oikeustaloustieteen eli taloudellisten argumenttien merkityksestä Siltalan oikeuslähdeopissa. Julkaistu teoksessa *Oikeus ja kritiikki I* (toim. Esa Kolehmainen), Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Forum Iuris, Helsinki 2009. (*Oker-Blom*)

*Ortiz Blanco, Luiz (toim.)*: *EU Competition Procedure*. Third edition. Oxford University Press, Oxford 2013. (*Ortiz Blanco*)

*Podznakova, Alla*: Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position. *World Competition*, Volume 33, Issue 1, 2010, s. 121–139. (*Podznakova*)

*Posner, Richard A.*: Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach. *Stanford Law Review*, Volume 21, 1968, s. 1562–1606. (*Posner*)

*Raitio, Juha*: Eurooppaoikeuden periaatteet ja kilpailuoikeus. *Lakimies* 3/1999, s. 398–408. (*Raitio 1999*)

*Raitio, Juha*: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. 2., uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2010. (*Raitio 2010*)

*Richardson, Russell – Gordon, Clive*: Collective Dominance: The Third Way? *European Competition Law Review*, Volume 22, Issue 10, 2001, s. 416–423. (*Richardson – Russell*)

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

*Siltala, Raimo*: *Oikeustieteen tieteenteoria*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Vammala 2003. (*Siltala*)

*Slater, Donald – Thomas, Sebastien – Waelbroeck, Denis*: Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform? *European Competition Journal*, Volume 5, Issue 1, 2009, s. 97–143. (*Slater ym.*)

*Stroux, Sigrid*: Collective dominance under the Merger Regulation: a serious evidentiary reprimand for the Commission. *European Law Review*, Volume 27, Issue 6, 2002, s. 736–746. (*Stroux*)

*Timonen, Pekka*: Oikeustaloustiede – mitä se on? *Lakimies* 1/1998, s. 100–114. (*Timonen*)

*Van den Bergh, Roger J. – Camesasca, Peter D.*: *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. Second edition. Sweet & Maxwell, Lontoo 2006. (*Van den Bergh – Camesasca*)

*Varian, Hal R.*: *Intermediate Macroeconomics. A Modern Approach*. Sixth edition. W.W. Norton & Company, New York 2003. (*Varian*)

*Vecchi, Teresa*: Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance? *World Competition*, Volume 31, Issue 3, 2008, s. 385–400. (*Vecchi*)



*Viscusi, Kip W. – Harrington Jr., Joseph E. – Vernon, John M.: Economics of Regulation and Antitrust. Fourth edition. The MIT Press, Lontoo 2005. (Viscusi ym.)*

*Whish, Richard – Bailey, David: Competition Law. Seventh edition. Oxford University Press, Oxford 2012. (Whish – Bailey)*

*Wils, Wouter P.J.: EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention On Human Rights. World Competition, Volume 34, Issue 2, 2011, s. 189–213. (Wils)*

*Withers, Chris – Jephcott, Mark: Where to now for E.C. oligopoly control? European Competition Law Review, Volume 22, Issue 8, 2001, s. 295–303. (Withers – Jephcott)*

## **Oikeuskäytäntö**

### Korkein oikeus

KKO 1997:152

### Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (nyk. Euroopan unionin tuomioistuin)

Asia 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL*, tuomio 15.7.1964, Kok. 1964, s. 01141. (*Costa v. ENEL*)

Asia 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 14.7.1972, Kok. 1972, s. 00619. (*ICI v. komissio*)

Asia 27/76 *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 00207. (*United Brands*)

Asia 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 13.2.1979, Kok. 1979, s. 00461. (*Hoffmann-La Roche*)

Asia 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 9.11.1983, Kok. 1983, s. 03461. (*Michelin*)

Yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/25 ja C-129/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö ym. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 31.3.1993, Kok 1993, s. I-01307. (*Wood Pulp II*)

Asia C-393/92 *Commune Almelo ym. vastaan NV Energiebedrijf Ijsselmij*, tuomio 27.4.1994, Kok. 1994, s. I-01477. (*Almelo*)

Asia C-7/95 *John Deere Ltd vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 28.5.1998, Kok 1998, s. I-03111. (*John Deere*)

Yhdistetyt asiat C-395/96 ja C-396/96 *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA ja Dafra-Lines A/S vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 16.3.2000, Kok. 2000, s. I-01365. (*Compagnie Maritime Belge Transports*)

Asia C-167/04 *JCB Service vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 21.9.2006, Kok. 2006, s. I-08935. (*JCB v. komissio*)

Asia C-413/06 *Bertelsmann AG ja Sony Corporation of America vastaan Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, tuomio 10.7.2008, Kok. 2008, s. I-04951. (*Sony/BMG*)

Asia C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV vastaan Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, tuomio 4.6.2009, Kok. 2009, s. I-04529. (*T-Mobile*)

#### *Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (nyk. yleinen tuomioistuin)*

Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA ja PPG Vernante Pennitalia SpA vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-01403. (*Italian Flat Glass*)

Asia T-102/96 *Gencor Ltd vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 25.3.1999, Kok. 1999, s. II-00753. (*Gencor v. komissio*)

Asia T-228/97 *Irish Sugar plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 7.10.1999, Kok. 1999, s. II-02969. (*Irish Sugar*)

Yhdistetyt asiat T-191/98, T-212/98, T-213/98 ja T-214/98 *Atlantic Container Line AB ym. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s. II-03275. (*Atlantic Container Line*)

Asia T-342/99 *Airtours plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, s. 28.6.2004, Kok. 2004, s. II-01785. (*Airtours*)

Asia T-193/02 *Laurent Piau vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 26.1.2005, Kok. 2005, s. II-00209. (*Laurent Piau*)

Asia T-339/04 *France Télécom SA vastaan Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 8.3.2007, Kok. 2007, s. II-00521. (*France Telecom*)

## **Virallisaineisto ja viranomaispäätökset**

### Viranomaisten päätökset

*Kilpailuvirasto:*

Päätös *SOK / Suomen Spar*, dnro 657/81/2005, 4.1.2006.

Päätös *Elisa Oyj*, dnro 787/14.00.00/2009, 21.10.2010.

*Euroopan komissio:*

Päätös IV/M 1524 22.9.1999, *Airtourst / First Choice*, EYVL L 93, 13.4.2000, s. 1.

### Lakien esityöt

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta. HE 11/2004 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle kilpailulaiksi. HE 88/2010 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailulain muuttamisesta. HE 197/2012 vp

Kilpailulaki 2010 -työryhmän mietintö. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 4/2009.

### Komission tiedonannot

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoi-keuden kannalta. EYVL C 372 , 9.12.1997, s. 5.

Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta an- netun neuvoston asetuksen nojalla. EUVL C 31, 5.2.2004, s. 5.

Komission tiedonanto yhteistyöstä kilpailuviranomaisten verkostossa. EUVL C 101, 27.4.2004, s. 43.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan sovelta- misesta. EUVL C 101, 27.4.2004, s. 97.

Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovel- lettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyt- töön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. EUVL C 045, 24.2.2009, s. 7.

Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista. EUVL C 130, 19.5.2010, s. 1.

Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin. EUVL C 11, 14.1.2011, s. 1. (*Horison- taaliset suuntaviivat*)

### Muut

Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen eduskunnalle laiksi kilpailulain muuttamisesta. EV 62/2013 vp.

## **Muut lähteet**

### Ulkomainen lainsäädäntö

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Itävalta. BGBl I 61/2005.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Saksa. BGBl. I S. 1554.

Sherman Act, 15 U.S.C. 1, Yhdysvallat. (Ks. <http://uscode.house.gov/>)

### Viranomaisraportit

Euroopan komissio: DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Keskustelupaperi 2005. Ks. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (vierailtu 24.2.2014).

Euroopan keskuspankki: Structural features of distributive trades and their impact on prices in the Euro area. Structural Issues Report. 2011. Ks. <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/structuralfeaturesdistributivetrades201109en.pdf> (vierailtu 11.12.2013).

Kilpailuvirasto: Kilpailuviraston päivittäistavarakauppaa koskeva selvitys. Kuinka kaupan ostajavoima vaikuttaa kaupan ja teollisuuden välisiin suhteisiin? Kilpailuviraston selvityksiä 1/2012. Ks. <http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Kilpailuviraston-Selvityksia-1-2012-PT-kauppa.pdf> (vierailtu 28.10.2013).

### Internet-lähteet

*Kotilainen, Markku – Koski, Heli – Mankinen, Reijo – Rantala, Olavi*: Keskusteluaiheita – Elintarvikkeiden hinnanmuodostus ja markkinoiden toimivuus. ETLA – Elinkeinoelämän tutkimuslaitos 2010. Ks. <http://www.etla.fi/wp-content/uploads/2012/09/dp1209.pdf> (vierailtu 12.12.2013).

Päivittäistavarakauppa ry.: Päivittäistavarakauppa 2005-2006. Vuosijulkaisu. Ks. [http://www.ptv.fi/fileadmin/user\\_upload/tiedostot/Julkaisut/Vuosijulkaisut/FI\\_2005\\_vuosijulkaisu.pdf](http://www.ptv.fi/fileadmin/user_upload/tiedostot/Julkaisut/Vuosijulkaisut/FI_2005_vuosijulkaisu.pdf) (vierailtu 13.2.2014).

Päivittäistavarakauppa ry.: Nielsen julkisti päivittäistavarakaupan myyntitiedot ja markkinaosuudet 2012. Ks. <http://www.ptv.fi/1475.html> (vierailtu 28.10.2013).

### Muut

Kilpailu- ja kuluttajavirasto: Päivittäistavarakauppaa koskeva kilpailulain säännös voimaan 1. tammikuuta. Tiedote 2.1.2014.

*Kroes, Neelie*: European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices. Euroopan unionin kilpailukomissaarin puhe SPEECH/05/512, Lontoo 15.9.2005.

## Lyhenteet

BGBL.	Bundesgesetzblatt, säädöskokoelma
DG	Directorate General (pääosasto)
Dnro	Diaarinumero
ECN	European Competition Network
ETLA	Elinkeinoelämän tutkimuslaitos
EU	Euroopan unioni
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EV	Eduskunnan vastaus
EY	Euroopan yhteisö(t)
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
HE	Hallituksen esitys
Ibid	Ibidem, sama kuin edellinen
KKO	Korkein oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
Kok.	Unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen oikeustapauskokoelma
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SIEC	Significant impediment of effective competition
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
U.S.C.	United States Code
Vp	Valtiopäivät



# 1. Johdanto

## 1.1. Tutkimusaiheen taustaa

Päivittäistavarakauppaa koskeva kilpailulain muutos tuli voimaan 1.1.2014. Lakimuutoksen myötä päivittäistavarakaupan alalla 30 prosentin markkinaosuuden katsotaan luovan elinkeinonharjoittajalle tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymälle määräävän markkina-aseman. Suomen päivittäistavaroiden markkinoilla kahden suurimman toimijan, K-ryhmän ja S-ryhmän, yhteenlaskettu markkinaosuus on yli 80 prosenttia. Näiden toimijoiden noudattamia menettelytapoja suhteessa tavarantoimittajiin sekä hintakilpailun puutetta toimialalla on sekä Kilpailu- ja kuluttajaviraston julkaisuissa että julkisessa keskustelussa pidetty paitsi yleisesti haitallisina, myös kontrollia edellyttävinä ilmiöinä.<sup>1</sup>

Yleisten määräävää markkina-asemaa koskevien kriteerien perusteella kummankaan suuren toimijan ei voida katsoa olevan määräävässä asemassa. Tämä herättää kysymyksen kilpailuviranomaisen mahdollisuuksista valvoa kilpailun toimivuutta kuvatun kaltaisessa tilanteessa. Lainsäätäjä on kokenut tarpeelliseksi edistää valvontaa säätämällä toimialalle omat, helpommin täyttyvät määräävän markkina-aseman kriteerit. Kilpailulaista ei löydy vastaavia säännöksiä muiden toimialojen osalta. Tämä herättää nähdäkseni mielenkiintoisia ja tutkimisen arvoisia kysymyksiä sen suhteen, mitä tapahtuu, jos vastaavankaltainen tilanne ilmenee jollain muulla alalla.

## 1.2. Tutkimusaihe ja sen rajaukset

Kotimainen päivittäistavarakauppa on esimerkki oligopolistisista markkinoista, eli markkinoista, joilla toimii vain muutamia yrityksiä. Tämän tutkielman tutkimusaihe voidaan tiivistää seuraavasti: *tulisiko kilpailuoikeudellista keinovalikoimaa täydentää oligopolikontrollin osalta*. Jos vastaus tähän on myöntävä, on jatkokysymyksenä pohdittava *millä tavalla keinoja olisi täydennettävä*. Hypotesina on, että kilpailuviranomaisilla ei nykyisellään ole tehokkaita keinoja puuttua oligopolimarkkinoilla ilmeneviin kilpailuongelmiin. Nämä ongelmat voidaan tämän tutkielman kannalta jakaa kahteen ryhmään: 1) hiljaiseen kolluusioon eli hiljaisella yhteisymmärryksellä ylläpidettyyn kilpailullisen tason ylittävään hintatasoon; sekä 2) muihin oligopolirytysten harjoittamiin määräävän markkina-aseman

---

<sup>1</sup> Ks. tarkemmin luku 2.

väärinkäyttöä muistuttaviin toimintatapoihin, esimerkiksi ostajavoiman kyseenalaiseen hyödyntämiseen.

Oligopoli sijoittuu kilpailua rajoittavien sopimusten kiellon ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon väliselle ”harmaalle alueelle”, eikä kumpikaan näistä kilpailuoikeuden ydinkäsitteistä yleensä sellaisenaan sovellu. Nykyisellään käytettävissä olevista keinoista EU:n tuomioistuinten kehittänyt yhteisen määräävän markkina-aseman käsite antaa kilpailuviranomaisille ainakin teoriassa aseensa oligopoleja vastaan. Tällaisen aseman olemassaolon näyttäminen on kuitenkin käytännössä vaikeaa, puhumattakaan väärinkäytön osoittamisesta. Oligopolirytykset voivat fasilitoida hiljaisen kolluusion onnistumista tietojenvaihdon avulla ja kontrollia voidaan osaltaan tehostaa myös yhdenmukaistetun menettelytavan nykyistä tiukemmalla tulkinnalla. Päivittäistavarakauppa toimii tutkielmassa havainnollistavana esimerkkinä oligopolisääntelyn haasteista.

Kilpailun taloustieteen ja sääntelyteorian avulla on tarkasteltava sitä, onko oligopoleja ylipäätään tarvetta säännellä. Mitenkään itsestään selvästi ja perustelematta ei voida todeta oligopolioiden olevan kansantaloudelle haitallisia. Sääntelyn käytännön vaikutukset voivat myös sen hyvästä tarkoituksesta huolimatta olla tosiasiallisesti haitallisia. Hiljaisen kolluusion kohdalla nousee esille erityisesti hintasääntelyn vaikeus. Jos kuitenkin voidaan perustellusti katsoa, että sääntely on tarpeen, on pohdittava erilaisia sääntelytapoja sekä niiden hyötyjä ja haittoja. Kyseeseen tulee tällöin alakohtainen sääntely tai kaikilla toimialoilla soveltuva yleissääntely.

Yrityskauppavalvonnassa voidaan nykyisen SIEC-testin myötä yrityskaupan hyväksyttävyyttä arvioitaessa ottaa huomioon mikä tahansa kilpailua merkittävästi estävä vaikutus (*significant impediment of effective competition*). Tässä tutkielmassa pohditaan sitä, olisiko oligopolististen markkinoiden sääntelyssä kenties tarvetta vastaavankaltaiselle yleisesti muotoillulle säännökselle, joka tarvittaessa mahdollistaisi kilpailuviranomaisten joustavan ja tapauskohtaisen puuttumisen oligopolimarkkinoiden toimintaan. Tutkielmassa ehdotettu sääntelymalli perustuu määräävän markkina-aseman tavallisesta poikkeavaan määrittelyyn oligopolimarkkinoilla ja pohjautuu siten olemassa olevalle kilpailuoikeudelliselle käsitteistölle. Alakohtaisen sääntelyn käyttöön oligopoliongelman pidemmän aikavälin ratkaisunsa sen sijaan suhtaudutaan tässä tutkielmassa sen hitauden, pistemäisyyden ja joustamattomuuden vuoksi epäilevästi ja kriittisesti.



Huomautettakoon, että jäljempänä puhutaan useassa kohdin kilpailuviranomaisista erittelemättä sen tarkemmin, mistä viranomaisesta on kyse. Pääasiassa tällä viitataan näissä yhteyksissä Euroopan komissioon, koska tässä tutkielmassa pohditaan oligopoliproblematiikkaa nimenomaan koko Euroopan unionin näkökulmasta. Pääsääntöisesti esitetyt seikat kuitenkin pätevät myös suhteessa kansallisiin kilpailuviranomaisiin.

Lisäksi todettakoon, että tarkoituksena ei ole pohtia sitä, mitä yksittäisiä toimialoja olisi tarpeen säännellä tai millä aloilla tulisi mahdollisesti purkaa sääntelyä, vaikka päivittäistavarakauppa onkin valittu esimerkialaksi. Esimerkin tarkoituksena on vain erityisestä yleiseen siirtymällä havainnollistaa teoreettisia pohdintoja sekä hahmottaa oligopolisääntelyn kokonaisuutta. Tutkielmassa ei myöskään yleisluontoisten huomioiden esittämistä tarkemmin tutkita sitä, kuinka realistista uuden Euroopan unionin laajuisen sääntelyn aikaansaaminen tosiasiasa olisi, vaan tarkoituksena on pikemminkin arvioida tällaisen sääntelyn tarvetta. Epäreiluja sopimusehtoja koskeva lainsäädäntö on myös rajattu tutkielman ulkopuolelle.<sup>2</sup>

### **1.3. Työn rakenne**

Tutkielman aluksi esitellään esimerkkimarkkinoita, eli kilpailutilannetta Suomen päivittäistavaroiden markkinoilla ja toimialaa koskevaa uutta kilpailulain säännöstä sekä sen valmisteluaineistoa. Kyseessä on lainsäädäntötoimi, jolla säännellään sellaisia oligopolimarkkinoita, joilla kilpailun ei ole katsottu olevan toimivaa. Esimerkkitapauksen käsittely toivon mukaan konkretisoi tutkimusaihetta ja auttaa perustelevaan sen merkitystä kilpailuoikeuden kokonaisuuden kannalta.

Tämän jälkeen käydään läpi erilaisia markkinarakenteita ja niiden hyvinvointivaikutuksia, lähtien kilpailuoikeuden tarkoituksesta, eli kuluttajien hyvinvoinnin turvaamisesta. Tarkastelussa ovat täydellisen kilpailun malli, monopoli ja oligopoli. Lisäksi selvitetään peliteorian avulla hiljaisen koordinaation syntymistä oligopolimarkkinoilla. Seuraavassa luvussa

---

<sup>2</sup> Päivittäistavarakaupan osalta kilpailulain muutosta koskevassa hallituksen esityksessä (197/2012) todetaan seuraavaa: ”Kilpailuviraston lausunnossa on ehdotettu arvioitavaksi, voitaisiinko päivittäistavarakaupan ongelmiin puuttua esimerkiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain (1061/1978) tai elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä annetun lain (1062/1993) nojalla, mahdollisesti terävöittäen säännöksiä päivittäistavarakaupan kilpailuongelmien edellyttämällä tavalla. Ehdotettu malli ei vaikuta toteuttamiskelpoiselta. Edellä viitatu lait ovat olleet voimassa pitkään, mutta ne eivät ole osoittautuneet toimivaksi välineeksi kaupan ostajavoimasta seuranneiden ongelmien korjaamisessa. Lait edellyttävät asianosaisaloitteista oikeudenkäyntimenettelyä suuria kaupan toimijoita vastaan, mihin kaupan liikekumppaneilla ei saatujen lausuntojenkaan perusteella näytä olevan valmiuksia” (s. 21).

käsitellään kilpailuviranomaisten käytettävissä olevia keinoja yleisessä oligopolikontrollissa, keskittyen erityisesti yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteeseen ja yhteiseen määrävään markkina-asemaan.

Lopuksi arvioidaan kilpailulainsäädännön muutostarvetta. Ensin tarkastellaan sääntelyteoriaa ja pohditaan yleisesti sitä, olisiko oligopolikontrollin osalta syytä täydentää kilpailu oikeudellista keinovalikoimaa. Sitten eritellään mahdollisia sääntelykeinoja ja erityisesti alakohtaisen sääntelyn heikkouksia. Tutkielmassa tarkastellaan mahdollisuutta säätää oligopoleja koskeva yleissäännös ja pohditaan sen käytännön toteuttamista sekä potentiaalisia hyötyjä ja haittoja. Lopuksi otetaan käsiteltyjen keinojen ja sääntelyvaihtoehtojen pohjalta kokonaisvaltaisesti kantaa siihen, miten lainsäätäjän ja/tai tuomioistuinten ja kilpailuviranomaisten tulisi oligopolikontrollin suhteen edetä.

#### **1.4. Hyödynnetyt metodit ja teoriat**

Tämä tutkielma on yhtäältä oikeustaloustieteellinen, toisaalta lainopillinen. Oikeustaloustiede tutkii mikrotaloustieteen keinoin oikeudellisten sanktioiden, sekä yleisemmin oikeussääntöjen vaikutusta toimijoiden käyttäytymiseen. Oikeussäännöt ovat keinoja yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi ja oikeustaloustieteen avulla niitä voidaan arvioida normatiivisesti.<sup>3</sup> Oikeustaloustiede arvioi oikeussääntöjen tehokkuutta.<sup>4</sup> Taloustiede toimii tutkielmassa yksinomaan selittävänä taustamateriaalina, eikä tarkoituksena ole ottaa osaa taloustieteelliseen keskusteluun.

---

<sup>3</sup> Cooter – Ulen, s. 3–4. Timosen mukaan oikeustaloustieteelle ”on ominaista lainsäädännön taloudellinen analyysi, eli sääntelyvaihtoehtojen ja ratkaisukäytäntöjen taloudellisten vaikutusten arviointi sekä siihen perustuvat kannanotot eri vaihtoehtojen hyvistä ja huonoista puolista ja keskinäisestä paremmuudesta”. Oikeus vaikuttaa talouden toimintaan ja tämä suhde on otettava oikeudellisessa argumentaatiossa huomioon (Timonen, s. 100). Mikä sitten on oikeustaloustieteellisten argumenttien oikeuslähdeopillinen asema? Siltalalaisen oikeuslähdeopin järjestelmässä, jossa tehdään erottelu velvoittaviin, ohjeellisiin ja mahdollisiin oikeuslähteisiin, se voidaan sijoittaa lähinnä viimeiseen ryhmään (Siltala, s. 302, 307–308). Aarniolaisessa oikeuslähdeopissa puolestaan käytetään jaottelua vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin (Aarnio, s. 220–221), jolloin oikeustaloustieteellinen argumentaatio voidaan sijoittaa sallittujen oikeuslähteiden joukkoon. Oker-Blomin mukaan oikeudellisessa ”pelikentässä” tapahtuneet muutokset, kuten eurooppalaistuminen, pirstoutuminen ja kaupallistuminen, hajoittavat kuitenkin jaottelua vähemmän hierarkkiseen suuntaan ja korostavat taloudellisten argumenttien merkitystä (Oker-Blom, s. 195).

<sup>4</sup> Tehokkuudesta puhuttaessa on syytä määritellä, mistä kulloinkin puhutaan, koska tehokkuus voidaan määritellä lukuisin eri tavoin. Tehokkuudesta tämän tutkielman tutkimuskysymyksen puitteissa ks. alaluku 3.1.

Lainsäädäntöä kehitettäessä oikeustaloustieteellisillä seikoilla on huomattava rooli, mutta on selvää, että myös kilpailuoikeudellisen päätöksenteon on perustuttava vahvalla taloustieteelliselle argumentaatiolle.<sup>5</sup> Taloustieteen merkitys kilpailuoikeudessa on jatkuvasti kasvanut ja sen hyödyntäminen on *Kuoppamäen* mukaan nykyään täysin vakiintunutta. Oikein käytettynä tämä pienentää virheratkaisujen riskiä sekä luo tausta-aineistoa myös kilpailupoliittiseen päätöksentekoon.<sup>6</sup>

Tutkimuksessa kuvataan kilpailuoikeuden taustalla vaikuttavaa taloustiedettä eri taloustieteellisiä teorioita hyödyntämällä. Hyvinvointiteorian (*welfare economics*) avulla selitetään eri markkinarakenteiden hyvinvointivaikutuksia. Hyvinvointiteorialla tarkoitetaan sen tutkimusta, miten resurssien allokaatio vaikuttaa taloudelliseen hyvinvointiin.<sup>7</sup> Peliteoriaa käytetään selitettäessä hiljaisen kolluusion syntymistä ja ylläpitämistä oligopolimarkkinoilla. Peliteoria tutkii sitä, miten ihmiset käyttäytyvät strategisissa tilanteissa, eli tilanteissa, joissa henkilön toimiessaan on otettava huomioon, miten muut hänen valintoihinsa reagoisivat.<sup>8</sup> Sääntelyteoriaa puolestaan hyödynnetään arvioitaessa kilpailulainsäädännön muutostarvetta ja tähän liittyviä haasteita. Sääntelyteorian avulla voidaan tutkia sellaisia kysymyksiä kuten milloin ja millä keinoin kannattaa säännellä ja millaista on hyvä sääntely.<sup>9</sup>

Kuten todettua, voimassaolevaa oikeustilaa tarkastellaan myös lainopillisesti, mikä tietysti onkin välttämätöntä. Lainopin tutkimuskohteena on siis voimassaoleva oikeus, jota tulkitaan ja systematisoidaan. Tulkintaan kuuluu niin sen tutkiminen, mitä voimassaolevaan oikeuteen kuuluu (normikannanotto), kuin sen tulkitseminen, mikä merkitys oikeusnormeilla on (tulkintakannanotto). Systematisoinnissa puolestaan tutkitaan ja jäsennetään oikeudellisia käsitteitä, oikeusperiaatteita ja oikeudellisia teorioita oikeudenaloittain yleisten

---

<sup>5</sup> *Mähönen* on myös painottanut taloustieteen oikeuslähdeopillista merkitystä ja kritisoinut perinteisten oikeuslähdeopillisten käsitysten jäykkyyttä tässä suhteessa. Oikeuslähdeoppia on arvioitava uudelleen, jotta taloustieteelliselle argumentaatiolle löydetään siinä sille kuuluva paikka (*Mähönen*, s. 49–55). Hän itse suosittaa pragmaattista kokonaisharkintaa, jonka mukaan oikeudellisissa ratkaisuissa pyritään parhaaseen lopputulokseen nykyisyyttä ja tulevaisuutta silmälläpitäen (*ibid*, s. 56).

<sup>6</sup> *Kuoppamäki 2008*, s. 1078. Kilpailuteoria voi kuitenkin johtaa myös harhaan, esimerkiksi jos tapausta yritetään mahduttaa jonkin ennalta valitun teoreettisen mallin sisään. Toisaalta taloustieteessä vallitseva yksimielisyys ei lopulta ulotu kovin pitkälle ja kilpailupolitiikassa on tehtävä tieteestä erillään olevia arvovalintoja (*ibid*, s. 1105). Tämä seikka tuleekin jäljempänä havainnollisesti esille oligopolien osalta. *Mähönen* huomauttaa myös, että kilpailuoikeudessa oikeustaloustieteen rooli on niin vahva, että sen sivuuttaminen voi olla jopa tuomiovirhe (*Mähönen*, s. 58).

<sup>7</sup> *Mankiw – Taylor*, s. 138.

<sup>8</sup> *Ibid*, s. 364.

<sup>9</sup> Sääntely voidaan määritellä julkisten toimijoiden harjoittamaksi jatkuvaksi ja keskittyneeksi kontrolliksi, joka kohdistuu yhteisön arvottamaan toimintaan. Sen ei tarvitse välttämättä olla *lainsäätäjän* harjoittamaa, vaan siihen voidaan lukea kaikki *julkisvallan* taholta tapahtuva vaikutus, sekä yksityisten tahojen harjoittama itsesääntely (*Baldwin ym.*, s. 2–3).

oppien muotoon.<sup>10</sup> Nykyistä kilpailuoikeudellista keinovalikoimaa oligopolikontrollissa tarkastellaan lainopin keinoin, samoin päivittäistavarakauppaa koskevaa kilpailulain muutosta. Tarkoituksena on ennen kilpailulainsäädännön sääntelyteoreettista ja muutostarvetta arvioivaa käsittelyä selvittää, mitä keinoja oligopolikontrollissa on nykyisellään kilpailuviranomaisen käytettävissä ja minkälaisia edellytyksiä niiden käyttöön liittyy. Vasta tämän jälkeen voidaan ottaa kantaa näiden keinojen tehokkuuteen ja riittävyteen.

### **1.5. Euroopan unionin ja kansallisen kilpailuoikeuden suhteesta**

Työn aluksi on tarpeen käsitellä myös Euroopan unionin kilpailusääntöjen ja kansallisten kilpailusäännösten suhdetta ja käytännön soveltamista, sekä Euroopan komission ja kansallisten kilpailuviranomaisten toimivaltasuhteita ja näiden viranomaisten muodostamaa verkostoa. Järjestelmän kokonaisuuden hahmottamisesta on hyötyä pohdittaessa sitä, miten oligopolikontrolli olisi järkevintä järjestää.

EU:n kilpailuoikeuden kannalta keskeiset oikeuslähteet ovat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 101–106 artiklat, ns. kilpailuoikeudellinen täytäntöönpanoasetus (asetus 1/2003) ja unionin tuomioistuinten oikeuskäytäntö. Myös komission päätökset ja sen erinäiset tiedonannot (usein nimellä ”suuntaviivat”) ja muut asiakirjat, joissa se selittää kilpailuoikeudellista soveltamiskäytäntöään, ovat merkittäviä lähteitä.<sup>11</sup> Suomessa kilpailulaki (948/2011) on keskeinen säädös ja Kilpailu- ja kuluttajavirasto on niin ikään julkaissut suuntaviivoja kilpailulain soveltamisesta.<sup>12</sup> Kilpailulainsäädännön valmistelumateriaalit ovat toki myös tärkeitä lähteitä kotimaisen lainsäädännön osalta.<sup>13</sup>

Komission suuntaviivat voidaan katsoa SEUT 288 artiklan mukaisiksi suosituksiksi, eikä niillä ole oikeudellista sitovuutta tuomioistuimiin nähden. Ne kuitenkin selittävät merkittävällä tavalla komission ajatuksenjuoksua ja perustuvat suuressa määrin tuomioistuinikäy-

---

<sup>10</sup> *Hirvonen*, s. 21–23, 25. Joskin on huomattava, ettei normi- ja tulkintakannanotoilla ole selkeää eroa, vaan ne sekoittuvat toisiinsa.

<sup>11</sup> Suuntaviivoja on annettu esimerkiksi horisontaalisista sopimuksista, SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta sekä vertikaalisista rajoituksista. Asetuksen 1/2003 yhteyteen annetuista tiedonannoista, jotka olivat osa asetusta täydentävää ns. modernisaatiopakettia, ks. *Ortiz Blanco*, s. 7–9. Kattavasti tämä aineisto löytyy komission kilpailuosaston internet-sivuilta osoitteessa [http://ec.europa.eu/competition/publications/legislation\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/legislation_en.html).

<sup>12</sup> Kilpailuviraston suuntaviivat ovat saatavilla internetissä osoitteessa <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?luku=julkaisut&sivu=julkaisut>. Aiemmin erilliset Kilpailuvirasto ja Kuluttajavirasto yhdistyivät vuoden 2013 alusta yhteiseksi Kilpailu- ja kuluttajavirastoksi, ks. Laki Kilpailu- ja kuluttajavirastosta (661/2012) ja [www.kkv.fi](http://www.kkv.fi).

<sup>13</sup> Erityisesti hallituksen esitys kilpailulaiksi (HE 88/2010 vp) ja tämän tutkielman kannalta hallituksen esitys laiksi kilpailulain muuttamisesta (HE 197/2012 vp).

täntöön ja niillä on siten käytännössä suuri merkitys.<sup>14</sup> Sitovuus komission itsensä osalta on astetta mielenkiintoisempi kysymys. Yrityksethän saattavat sellaisissa tapauksissa, joissa komissio ei ole noudattanut omia suuntaviivojaan, vedota näistä päätöksistä nostamiensa kumoamiskanteiden tueksi eurooppaoikeudelliseen luottamuksensuojaperiaatteeseen sekä yhdenvertaisen kohtelun vaatimukseen. Lähtökohtana on oltava, että suuntaviivat sitovat komissiota sen päätöksenteossa. Oikeuskäytännön mukaan suuntaviivoista voidaan poiketa ”erityistapauksissa vain sellaisin perustein, jotka ovat sopusoinnussa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa.”<sup>15</sup>

Lähtökohtana EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhdetta arvioitaessa on eurooppaoikeuden etusijaperiaate, jonka EY-tuomioistuin muotoili *Costa v. ENEL* -tapauksessa<sup>16</sup> vuonna 1964. EU-oikeus on normihierarkkisesti kansalliseen oikeuteen nähden ylemmän-tasoista, mikä tarkoittaa sitä, että mahdollisessa ristiriitatilanteessa kansallinen säännös syrjäytyy. Edellytyksenä on lisäksi, että kyseinen unionin oikeussääntö on välittömästi vaikuttava, mikä tarkoittaa sitä, että oikeussubjekti voi suoraan vedota siihen kansallisessa tuomioistuimessa.<sup>17</sup> Kotimainen kilpailusääntely on nyttemmin pitkälti yhdenmukaistettu EU:n kilpailuoikeuden kanssa, mikä suurelta osin eliminoi ristiriitojen mahdollisuuden.<sup>18</sup>

Täytäntöönpanoasetuksen (1/2003) tarkoituksena oli tehostaa EU:n kilpailusääntöjen soveltamista jäsenvaltioissa ja samalla keventää komission työtaakkaa säilyttämällä soveltamisvastuuta osaltaan kansallisille viranomaisille. Komissio voi soveltamisen desentra-

---

<sup>14</sup> Esimerkiksi horisontaalisten suuntaviivojen 17 kohdassa todetaan, etteivät ne rajoita tulkintoja, joita EU-tuomioistuin voi antaa 101 artiklan soveltamisesta. Tämä maininta on toki vain informatiivinen ja asia on sanomattakin selvä – komissio ei tietenkään voi rajoittaa tuomioistuimen linjauksia.

<sup>15</sup> Ks. esim. asia C-167/04 *JCB v. komissio*, kohta 207. Luottamuksensuojaperiaatteesta tarkemmin ks. *Raitio 2010*, s. 306–310, jonka mukaan suosituksenluonteisten sääntöjen osalta luottamuksensuojan merkitystä on arvioitava tapauskohtaisesti. *Raitio* kiinnittääkin huomiota juuri komission toimivaltaan kilpailuasioissa suositusluontoisten sääntöjen suuren merkityksen vuoksi tällä oikeudenalalla. Nähdäkseni onkin perusteltua, että komission on toimittava itse antamiensa ohjeistusten mukaisesti, jotta yritykset voivat järkevästi suunnitella toimintaansa ja varmistua toimiensa kilpailusääntöjen mukaisuudesta.

<sup>16</sup> Asia 6/64.

<sup>17</sup> *Raitio 1999*, s. 398 ja 401.

<sup>18</sup> Asetus 1/2003 tuli voimaan 1.5.2004 alkaen, mikä aiheutti kotimaisen kilpailulainsäädännön uudistamistarpeen. Tuolloin voimassa ollutta lakia kilpailunrajoituksista (480/1992) muutettiin ja lakimuutosta koskeneessa hallituksen esityksessä (11/2004 vp) todetaan, että tavoitteena oli yhtenäistää kansallinen kilpailusääntely EU:n kilpailusääntöjen kanssa sekä parantaa kansallisen kilpailuviranomaisen edellytyksiä tehdä yhteistyötä ulkomaisten kilpailuviranomaisten kanssa (s. 4). Lakimuutos 318/2004 tuli voimaan samaan aikaan täytäntöönpanoasetuksen kanssa ja sen myötä keskeiset kielto-säännökset ovat yhdenmukaisia EU:n vastaaviin nähden. Myös tulkinnan on tarkoitus olla yhtenevä SEUT 101 ja 102 artiklojen tulkinnan kanssa (esim. HE 11/2004, s. 31). Kilpailuoikeussääntelyn kehityksestä Suomessa tarkemmin ks. *Kuoppamäki 2012*, s. 25–32.

lisoinnin myötä nykyään keskittyä kaikkein vakavimpiin kilpailunrajoituksiin.<sup>19</sup> Asetuksen 3 ja 5 artikloiden mukaan jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisilla on komission ohella toimivalta soveltaa SEUT 101 ja 102 artikloita (rinnakkaisen toimivallan järjestelmä), ja niiden on myös sovellettava näitä säännöksiä, jos kyseisellä asialla on vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (*kauppavaikutuskriteeri*).<sup>20</sup> Kun kauppavaikutuskriteeri täyttyy, ei yritysten välisiin sopimuksiin saa soveltaa SEUT:a tiukempia määräyksiä. Sen sijaan 102 artiklan mukaisten yritysten yksipuolisten toimien osalta jäsenvaltioilla on valta omaksua SEUT:a tiukempiakin kansallisia lakeja (asetuksen 3 artikla). Tämä artikla mahdollistaa esimerkiksi juuri päivittäistavara kauppaa koskevan kilpailulain muutoksen. Kansalliset kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet eivät saa antaa komission samaa asiaa koskevien päätösten kanssa ristiriitaisia ratkaisuja (16 artikla).

Komissio ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset muodostavat *Euroopan kilpailuviranomaisten verkoston* (ECN, European Competition Network<sup>21</sup>), joka tekee täytäntöönpanoasetuksen 11 artiklan mukaan tiivistä yhteistyötä kilpailutapausten käsittelyssä ja allokoinnissa.<sup>22</sup> Verkoston tarkoituksena on varmistaa tehokas työnjako ja EU:n kilpailusääntöjen johdonmukainen soveltaminen.<sup>23</sup> Verkostoa koskevassa komission tiedonannossa käsitellään tarkemmin työnjaon periaatteita kilpailuviranomaisten välillä. Kutakin tapausta voi käsitellä yksi tai useampi viranomainen, mutta tarkoituksena on, että viranomaiset keskustelevat keskenään siitä, kenen toimesta asia on perustelluinta käsitellä. Pääsääntö on, että se jäsenvaltio, jonka alueella kilpailunrajoitus vaikuttaa, on sopivin käsittelemään tapauksen.<sup>24</sup> Komission asema on siinä suhteessa kuitenkin vahva, että se voi aina ottaa kansallisen viranomaisen käsittelyssä olevan tapauksen itselleen, jolloin jäsenvaltio menettää

---

<sup>19</sup> *Ortiz Blanco*, s. 36–37.

<sup>20</sup> Kauppavaikutuksesta ks. esim. *Kuoppamäki 2012*, s. 47–49.

<sup>21</sup> Ks. verkoston kotisivut <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>.

<sup>22</sup> Ks. komission tiedonanto yhteistyöstä kilpailuviranomaisten verkostossa.

<sup>23</sup> Mainitun tiedonannon 3 kohta.

<sup>24</sup> Mainitun tiedonannon 10 kohta. Tiedonannon 8 kohdan mukaan viranomaisen voidaan katsoa soveltuvan käsittelemään asiaa kolmen edellytyksen täytyessä: 1) sopimuksella tai menettelytavalla on merkittäviä suoria tosiasiallisia tai ennakoitavia vaikutuksia kilpailuun sen alueella, sopimus tai menettelytapa pannaan täytäntöön sen alueella tai on saanut alkunsa sen alueella; 2) viranomainen pystyy tehokkaasti lopettamaan koko rikkomisen, eli se antaa lopettamismääräyksen, jolla rikkomisen saadaan loppumaan, ja se voi tarvittaessa rangaista rikkomisesta asianmukaisesti; ja 3) se voi kerätä, mahdollisesti muiden viranomaisten avulla, todisteet, joita tarvitaan rikkomisen toteuttamiseen.

toimivaltansa soveltaa SEUT 101 ja 102 artiklaa asiassa (täytäntöönpanoasetuksen 11(6) artikla). Kuten todettua, komissio keskittyy vakavimpiin tapauksiin.<sup>25</sup>

Euroopan unionin tuomioistuimet ovat nykyään unionin tuomioistuin ja yleinen tuomioistuin.<sup>26</sup> Unionin tuomioistuin käsittelee erityisesti SEUT 267 artiklan mukaisia jäsenvaltioiden tuomioistuinten lähettämiä ennakkoratkaisupyynnöitä. Yleinen tuomioistuin on kilpailuasioissa keskeinen, sillä se käsittelee SEUT 256(1) artiklan mukaisesti ensimmäisenä oikeusasteena komission päätöksistä nostetut kumoamiskanteet, jotka puolestaan perustuvat SEUT 263 artiklaan. Näihin päätöksiin voidaan oikeuskysymysten osalta hakea muutosta unionin tuomioistuimelta. EU:n tuomioistuimilla on siten tärkeä rooli linjanvetäjänä kilpailuoikeudellisissa asioissa ja ne pystyvät tulkintakannanotoillaan merkittävästi ohjaamaan kilpailusääntöjen soveltamisen suuntaa, kun ottaa huomioon kilpailusääntöjen sanamuodon yleisluontoisuuden.

Täytäntöönpanoasetuksen 6 artiklan mukaisesti myös kansallisilla tuomioistuimilla on toimivalta soveltaa SEUT 101 ja 102 artikloita.<sup>27</sup> Tämä luo teoriassa mahdollisuuden myös ristiriitaisille tulkinnoille EU:n ja kansallisen tason välillä, vaikka eurooppaoikeuden etusijaperiaate kieltääkin kansallisia tuomioistuimia antamasta EU-oikeuden kanssa ristiriitaisia päätöksiä. Mahdollisuus ennakkoratkaisujen pyytämiseen kuitenkin minimoi tätä mahdollisuutta, kuten myös sääntelypohjan yhtenäistäminen ja täytäntöönpanoasetuksen mukaiset komission ja tuomioistuinten väliset yhteistyön keinot (15 artikla), joten tätä huolenaihetta ei voida pitää kovin merkittävänä. Jos yritysten yksipuolisten toimien osalta on säädetty tiukempia kansallisia lakeja, on erilainen soveltaminen tällöin tietenkin sääntelyn luonnol-

---

<sup>25</sup> Komissio soveltuu käsittelemään asiaa silloin, kun se vaikuttaa neljässä tai useammassa jäsenvaltiossa, kun asia liittyy läheisesti muihin EU-säännöksiin, joiden soveltaminen kuuluu komission yksinomaiseen toimivaltaan, tai jos unionin etu muuten sitä edellyttää (kohdat 14–15). Tästä huomautettakoon, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen *France Telecom* -ratkaisun mukaan verkostoa koskevan tiedonannon sanamuoto ei anna yrityksille oikeutta siihen, että tietty viranomaisen käsittelee asian. Mitä tulee viranomaisten työnjakoon, sanamuodon ”voidaan” käyttö tiedonannon 8 kohdassa osoittaa, että kyseessä on pelkkä mahdollisuus tehtävien jakoon, eikä sen voida katsoa velvoittavan komissiota olemaan käsittelemättä asiaa tai tekemättä tutkimuksia asiaan liittyen, kun kyseisessä kohdassa mainitut edellytykset täyttyvät (kohdat 83–84). Yritys ei siten voisi vedota tiedonannon työnjakokriteereihin saadakseen itselleen suotuisaksi katsomansa viranomaisen käsittelemään asiaansa.

<sup>26</sup> Entisiltä nimiltään nämä ovat Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin, joka on toiminut 1.11.1989 lähtien (*Raitio 2010*, s. 139–140 ja 144). Ks. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 19 artikla.

<sup>27</sup> Tämän on toivottu edistävän erityisesti kilpailuoikeuden yksityisoikeudellista soveltamista, ks. *Ortiz Blanco*, s. 38–39.

linen seuraus, mutta tällaisissa tapauksissa kansallinen tuomioistuin soveltaakin kansallista säännöstä.

Edellä sanotun perusteella voidaan tehdä alustavia huomioita siitä, miten mahdollinen oligopolikontrollin tiukentaminen voitaisiin toteuttaa. Jäsenvaltiot voivat itsenäisesti säätää tiukempia kansallisia lakeja, mutta tehokkaampia ja yhtenäisempiä muutoksia saataisiin aikaan unionitason toimilla. Kilpailuoikeudelliset kieltosäännökset löytyvät primäärioikeuden tasolta perustamissopimuksesta, jonka muuttaminen ei ole järin helppoa, mutta luultavimmin ei myöskään tarpeellista. Keinon olisikin oltava sellainen, että se mahtuu olemassa olevien primäärioikeuden sääntöjen sisälle. Joko unionitason lainsäädännöllä tai komission soveltamiskäytäntöä ja tuomioistuinten suhtautumista tiukentamalla olisi mahdollista saavuttaa nykyisten kilpailusääntöjen avulla jyrkempi suhtautuminen oligopoleihin hyödyntämällä yhdenmukaistetun menettelytavan ja määräävän markkina-aseman käsitteitä. Jäljempänä käsitellään tarkemmin sitä, mitä tämä voisi käytännössä tarkoittaa.

## **2. Taustaksi: kilpailulain muutoksen taustat, sisältö, perustelut ja soveltaminen**

### **2.1. Yleistä – lakimuutoksen taustaa**

Ennen oligopoliongelman tarkempaa teoreettista käsittelyä on hyödyllistä perehtyä esimerkkimarkkinoihimme ja niitä koskevaan sääntelyyn. Jotta uuden kilpailulain muutoksen sisältöön päästäisiin käsiksi, on ensin syytä selostaa lyhyesti sen syntyyn johtanutta yhteiskunnallista tilannetta. Päivittäistavarakaupan keskittyminen on EU:n laajuinen ilmiö, mutta Suomessa ongelma on vielä erityisen korostunut verrattuna moniin muihin maihin. Euroopan keskuspankin vuonna 2011 laatiman vähittäiskauppaa koskevan raportin mukaan Suomessa on Slovenian ohella euroalueen keskittynein päivittäistavarakauppa. Elintarvikkeiden hinta on raportin mukaan Suomessa euroalueen kolmanneksi korkein Irlannin ja Luxemburgin jälkeen.<sup>28</sup>

Kotimainen päivittäistavarakaupan toimiala toimii siis tässä työssä ajankohtaisena ja havainnollistavana esimerkkinä sääntelyä edellyttävistä oligopolimarkkinoista. Kilpailulaki

---

<sup>28</sup> Ks. tarkemmin Euroopan keskuspankin raportti *Structural features of distributive trades and their impact on prices in the Euro area* (2011), erityisesti sivujen 103 ja 114–115 taulukot.



on yleislaki, jossa pääsääntöisesti ei säännellä erikseen yksittäisiä toimialoja. Se, että päivittäistavarakaupan osalta on nyt tehty poikkeus, kuvaa nähdäkseni sitä, että ongelma on katsottu erityisen merkittäväksi. Toisaalta se kuvaa sitä, että kilpailuviranomainen on tois- taiseksi voinut vain vierestä seurata toimialan alati etenevää keskittymistä. Keinoa estää haitalliseksi katsottua kehitystä ei ole ollut.

Kun käytetään esimerkkitapauksena päivittäistavarakauppaa, on toisaalta samalla muistet- tava toimialan erityinen luonne ja merkitys, jolla voidaan kenties jossain määrin perustella sitä, miksi tämä toimiala on valittu yksittäiseksi sääntelyn kohteeksi. Elintarvikkeet, jotka muodostavat keskeisimmän osan päivittäistavaroista<sup>29</sup>, ovat jokaisen ihmisen päivittäinen perustarve ja niiden saatavuuteen liittyy myös perus- ja ihmisoikeusulottuvuus. Taloudelli- sia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen<sup>30</sup>, johon myös Suomi on sitoutunut, 11 artiklan mukaan jokaisella on oikeus tyydyttävään elintasoon, käsittäen riittävän ravinnon, sekä oikeus olla vapaa nälästä (*right to food*).<sup>31</sup> Intuitiivisesti voidaan ajatella, että tämä puoltaisi alan sääntelemistä verrattuna muihin, päivittäisen elämän kannalta vähämerkityksellisempiin toimialoihin. Voitaisiin ajatella,

---

<sup>29</sup> Ks. päivittäistavaran määritelmä sivuilla 15-16.

<sup>30</sup> SopS 6/1976.

<sup>31</sup> Voidaan argumentoida sen puolesta, että mitään mahdollisia keinoja ei ole poissuljettu tämän tavoitteen toteuttamisesta. *Ganesh* on pohtinut tätä kysymyksenasettelua erityisesti liiallisen ostajavoiman näkökulmasta. Hän jaottelee valtion velvollisuudet TSS-sopimuksen 11 artiklan suhteen kunnioittamiseen, suojaamiseen sekä aktiiviseen toteuttamiseen (*Ganesh*, s. 1200). Kun kilpailuoikeuden tavoitteenakin on kuluttajien hyvinvoinnin turvaaminen, tavoitteet sopivat tältä osin yhteen ja kilpailuoikeutta voitaisiin käyttää *right to food* -oikeuden toteuttamiseksi, minkä puolesta *Ganesh* artikkelissaan argumentoi. Hän ehdottaa, että kilpailulainsäädäntöä tulkittaisiin *right to food* -oikeuden kanssa yhteensopivalla tavalla, mikä käytännössä tarkoittaisi sitä, että soveltaminen ostajavoimatapauksissa olisi nykyistä tiukempaa (*Ganesh*, s. 1223). Perustuslain 22 §:n mukaan julki- sen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen (*Hallberg ym.*, s. 809–818). Perustuslain 7 §:n mukaan jokaisella on oikeus elämään ja 19 §:n mukaan välttämättömään toimeentu- loon ja huolenpitoon. Yhdessä nämä säännökset turvaavat oikeudet elämän perusedellytyksiin (*Hallberg ym.*, s. 284). Tästä voitaisiin epäsuorasti johtaa myös velvollisuus kilpailuoikeuden pe- rusoikeusmyönteiseen soveltamiseen, joskaan perinteisen käsityksen mukaan näitä perusoikeuksia ei turvata tällä tavoin, vaan esimerkiksi viimesijaisen toimeentuloturvan keinoin ja 19 §:n otsikko- kin koskee sosiaaliturvaa (ks. tästä tarkemmin *Hallberg ym.*, s. 716–741). Ks. kilpailuoikeuden tavoitteista tarkemmin alaluku 3.1. Ottaen huomioon kilpailuoikeuden tavoite ja kuluttajien suo- jaamisen epäsuora luonne, ei nähdäkseni ole tarvetta eikä syytä sekoittaa perusoikeusulottuvuutta kilpailusääntöjen tulkintaan. On hieman epäselvää, mitä lisää tämä toisi tulkintoihin. Ostajavoima- tapauksen kriittisempi tarkastelu sinänsä voi olla aivan perusteltua tehokkuusnäkökulmasta. On kuitenkin kyseenalaista sanoa, että liian korkeita hintoja perimällä yritys loukkaisi kuluttajan *right to food* -perusoikeutta, ja vielä kyseenalaisempaa, jos ostajavoiman hyödyntäminen katsottaisiin tällaiseksi loukkaukseksi. *Ganesh* kuitenkin ulottaa tämän perusoikeustarkastelun myös ketjun toiseen päähän, ruoan tuottajiin (*Ganesh*, s. 1195–1196). On varsin yksiselitteistä, että kilpailuoikeuden tarkoitus ei ole suojata yksittäisiä kauppakumppaneita eikä heidän perusoikeuksiaan. Kil- pailuoikeuden ja perusoikeuksien suhteesta voidaan mielestäni osuvasti todeta, että toimivista markkinoista on muodostunut kirjoittamaton perusoikeus (*Aine*, s. 268–269).

että julkisen vallan olisi tällaisella toimialalla erityisen tarmokkaasti huolehdittava kilpailun toimivuudesta, erityisesti siitä että hintataso ei nouse kohtuuttoman korkeaksi. Tällaiset ”maalaisjärkeen” perustuvat oletukset eivät mielestäni kuitenkaan voi oikeuttaa sääntelyä.

Elinkeinoelämän tutkimuslaitos ETLA selvitti 2010 julkaistussa keskustelupaperissaan päivittäistavarakaupan kilpailun toimivuutta ja hinnanmuodostusta.<sup>32</sup> Keskeisenä tuloksena todetaan, että arvonlisäverotuksen kireys ja maatalouden heikko kilpailukyky ovat keskeiset syyt elintarvikkeiden korkealle hintatasolle. Ehkä hieman yllättäenkin kaupan hintakustannusmarginaaleja tarkastelemalla kilpailun kotimaisessa päivittäistavarakaupassa ei havaittu olevan kansainvälisesti vertaillen erityisen heikkoa. Selvityksessä todetaan myös, että pitkät kuljetusmatkat ja suuret kuljetuskustannukset myötävaikuttavat korkeaan hintatasoon.<sup>33</sup>

Kilpailuvirasto (nykyinen Kilpailu- ja kuluttajavirasto) puolestaan julkaisi vuonna 2012 viimeisimmän kattavan selvityksen päivittäistavarakaupan kilpailutilanteesta, keskittyen erityisesti kaupan ostajavoimaan.<sup>34</sup> Selvityksen tarkoituksena oli ”selvittää miten kaupan ostajavoima vaikuttaa tavarantoimittajien asemaan ja elintarvikeketjun sisällä käytävään kilpailuun.”<sup>35</sup> Virasto selvitti tarkemmin valikoimanhallinnan, kaupan omien merkkien, hyllymaksujen ja riskinsiirron vaikutuksia. Johtopäätöksenä oli, että vaikka nämä ”harmaalle alueelle” sijoittuvat käytännöt välttämättä itsessään eivät ole kilpailulain vastaisia, niiden kumulatiiviset vaikutukset kuitenkin uhkaavat kilpailun toimivuutta toimialalla.<sup>36</sup> Ongelmana päivittäistavarakaupassa ovat siis selvityksen mukaan olleet erityisesti vertikaaliset tuottajiin kohdistetut käytännöt, eikä niinkään hintakilpailun puute, joka julkisessa keskustelussa yleisimmin nousee esiin. Lisäksi selvityksessä huomautetaan, että myymälöiden sijoittumista ohjaava sääntely ja toimijoiden yhdenvertaisuuden toteutuminen kaavapäätösten yhteydessä määrittävät toimivan kilpailun edellytyksiä suuressa määrin.<sup>37</sup>

Minkälaisia kilpailun toimivuutta vaarantavia käytäntöjä päivittäistavarakaupassa käytännössä esiintyy? *Clarke ym.* toteavat, että useimmat kauppaketjut Euroopassa käyttävät sa-

---

<sup>32</sup> *Kotilainen – Koski – Mankinen – Rantala: Keskusteluaiheita – Elintarvikkeiden hinnanmuodostus ja markkinoiden toimivuus.*

<sup>33</sup> Ks. ”Yhteenvedo ja johtopäätökset” -luku selvityksen alussa (ei sivunumeroitu).

<sup>34</sup> Kilpailuviraston selvityksiä 1/2012: Kilpailuviraston päivittäistavarakauppaa koskeva selvitys. Kuinka kaupan ostajavoima vaikuttaa kaupan ja teollisuuden välisiin suhteisiin?

<sup>35</sup> Selvityksen s. 119.

<sup>36</sup> Selvityksen s. 120.

<sup>37</sup> Selvityksen s. 22.

mantyyllisiä vertikaalisia rajoituksia, jotka voivat olla haitallisia, kun ketjulla on huomattavaa markkinavoimaa: 1) hyllymaksuja (*listing fee*), eli tavarantoimittajan suorittamia maksuja tavaran saamisesta kaupan hyllylle; 2) maksuja siitä, että tuote sijoitetaan tietylle paikalle kaupassa (*slotting allowance*); 3) jälkikäteisiä maksuja riippuen esimerkiksi kuluneen vuoden myyntimäärästä (*retrospective payment*); 4) erityismaksuja uuden kaupan avajaisen tai remontin tukemiseksi; 5) laskujen maksun viivyttämistä, joka vertautuu ilmaiseen lainaan; sekä 6) suoranaisia tuoteboikotteja, jolloin ketju kieltäytyy ottamasta toimittajan tavaraa hyllyyn.<sup>38</sup> Boikotin voitaneen nähdä olevan lähinnä uhka, jolla tavarantoimittaja taivutetaan suostumaan muihin mainittuihin rajoituksiin, ja muutoin viime sijainen keino. Boikottejakin kuitenkin esiintyy ja uhka on siten todellinen.<sup>39</sup>

Tänä päivänä yhä enenevässä määrin myös kaupan omat merkit (*private label*) vahvistavat kaupan portaan neuvotteluasemaa. Kauppaketjusta tulee niiden myötä myös tavarantoimittajan kilpailija. Kaupan omien merkkien kilpailuvaikutukset ovat vaihtelevia. Ne esimerkiksi laskevat hintoja kautta linjan ainakin lyhyellä aikavälillä, siis myös brändituotteiden. Ne tuovat myös kustannussäästöjä. Omat merkit voivat pakottaa brändituotteiden valmistajan panostamaan innovointiin, mutta toisaalta ne voivat myös heikentää kannustimia innovoida, jos oma merkki tuodaan markkinoille liian nopeasti brändituotteen jälkeen. On myös hyvin mahdollista, että omat merkit valtaavat hyllytilaa vähämerkityksellisempien brändituotteiden tilalta, mikä vähentää kuluttajien valinnanvaraa.<sup>40</sup>

Hieman eri ilmiönä, mutta kuitenkin ostajavoimaa vahvistavana tekijänä, voidaan erottaa ns. yhteisostosopimukset (*joint purchasing agreement*), joilla useampi ostaja muodostaa yhteisen ostajaryhmän. Tällaisten sopimusten yhteydessä nousee esiin myös kysymys kilpailua rajoittavista sopimuksista ja mahdollisesta kolluusiosta. Kun yhteistyöhön osallistuvat kauppaketjut ovat pieniä, ne voivat yhteisostojen avulla vahvistaa asemaansa suhteessa suuriin toimijoihin, mikä edistää kilpailua.<sup>41</sup> Suurten toimijoiden kohdalla ne puolestaan pönkittävät jo entisestään vahvaa asemaa. Yhteisostosopimukset myös helpottavat kolluusiota muun muassa siksi, että ne yhtenäistävät yritysten kulurakennetta.<sup>42</sup> Kyse on siis SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n piiriin kuuluvista sopimuksista.<sup>43</sup> Näihin kohdistu-

---

<sup>38</sup> *Clarke ym.*, s. 18.

<sup>39</sup> *Ibid*, s. 19.

<sup>40</sup> *Ezrachi*, s. 257–264.

<sup>41</sup> *Björkroth*, s. 178, 184.

<sup>42</sup> *Ibid*, s. 181.

<sup>43</sup> Tarkemmin yhteisostosopimusten kilpailuoikeudellisesta arvioinnista ks. *ibid*, s. 185–196.

van kilpailuvalvonnan voidaan olettaa olevan varsin haastavaa tasapainottelua tehokkuusetujen ja kolluusion välillä.

## 2.2. Kilpailulain muutos

Hallitus antoi 20.12.2012 esityksen<sup>44</sup> ja eduskunta hyväksyi 6.6.2013 lakimuutoksen, jonka mukaisesti kilpailulakiin (948/2011) lisättiin 1.1.2014 voimaantullut uusi 4a §<sup>45</sup>:

Elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän, jonka markkinaosuus päivittäistavarakaupan vähittäismyynnissä Suomessa on vähintään 30 prosenttia, on katsottava olevan määräävässä markkina-asemassa Suomen päivittäistavarakaupan markkinoilla. Päivittäistavarakaupan markkinoihin kuuluvat sekä vähittäismarkkinat että hankintamarkkinat.

Lakimuutoksen tavoitteena on ”parantaa kilpailun toimivuutta Suomen vähittäiskaupan markkinoilla ja estää ennen kaikkea vahvaan markkina-asemaan nojautuva kohtuuttomien ja syrjivien kauppatapojen ylläpitäminen sekä varmistaa, että suuret kaupan toimijat eivät sulje markkinoilta kilpailijoitaan muilla keinoilla kuin kilpailemalla omilla ansioilla.”<sup>46</sup> Ehdotuksella arvellaan olevan myönteisiä vaikutuksia sekä tavarantoimittajien toimintaedellytyksiin että kuluttajien valinnanmahdollisuuksiin.<sup>47</sup>

Pykälää sovellettaessa on erotettava toisistaan määräävän markkina-aseman määrittelemiseksi tarvittavan 30 prosentin markkinaosuuden laskeminen ja toisaalta tämän seurauksena syntyvä määräävä markkina-asema. 30 prosentin markkinaosuus lasketaan päivittäistavarakaupan *vähittäismyynnistä*, siis kuluttajille tapahtuvasta viimeisen portaan myynnistä. Toisaalta yrityksellä katsotaan olevan määräävä markkina-asema sekä vähittäis- että hankintamarkkinoilla. Kaupan toiminta tulee siis valvonnan alaiseksi suhteessa tuotanto- ja myyntiketjun molempiin suuntiin, sekä ylemmän portaan tuottajiin tai tavarantoimittajiin että alemman portaan kuluttajiin. Näin on riippumatta siitä, kuinka vahvaa tasapainottavaa neuvotteluvoimaa esimerkiksi vahvalla tavarantoimittajalla saattaa olla.

---

<sup>44</sup> HE 197/2012 vp. Esitys perustui pitkään jatkuneeseen keskusteluun ja useisiin EU-tason ja kansallisiin selvityksiin, mm. tässä tutkielmassa edellä mainittuihin selvityksiin. Ks. tarkemmin hallituksen esityksen s. 3–5.

<sup>45</sup> Eduskunnan vastaus 62/2013 vp.

<sup>46</sup> HE 197/2012, s. 20.

<sup>47</sup> *Ibid*, s. 24.

Kilpailulaki säilyi sisällöllisesti muuten ennallaan. Uusi pykälä vaikuttaa siis ainoastaan määrävän markkina-aseman toteamiseen päivittäistavarakaupan alalla, ja tämän aseman väärinkäyttöä arvioidaan jatkossakin yleisten, kilpailulain 7 §:n mukaisten kriteerien mukaan.<sup>48</sup> Lainmuutoksen myötä Suomen päivittäistavarakaupan kaksi suurinta toimijaa, S-ryhmä ja K-ryhmä, ovat nykyisten markkinaosuksiensa perusteella automaattisesti määrävässä markkina-asemassa ja tulevat siten väärinkäyttövalvonnan alaisiksi.<sup>49</sup> Tämä on tietysti ollut myös merkittävä tekijä säädettävää markkinaosuusrajaa määritettäessä. Hyväksyttävää ei olisi ollut, että vain toinen kahdesta suuresta toimijasta olisi päätenyt uuden sääntelyn piiriin.

Tarkoitus on, että määrävän aseman väärinkäyttökielto koskee nimenomaan keskusliikkeitä (minkä takia pykälässä mainitaan erikseen elinkeinonharjoittajien yhteenliittymät), mutta ei sen sijaan yksittäisiä paikallisilla tai alueellisilla markkinoilla toimivia päivittäistavarakauppoja.<sup>50</sup> Väärinkäyttökielto ulottuu kuitenkin niidenkin toimintaan silloin, jos toimenpide tai menettely on seurausta ryhmän keskusliikkeen päätösten tai ohjeiden noudattamisesta tai sen myötävaikutuksella syntyneiden liiketoimintatarkaisujen toimeenpanosta tai muista vastaavista keskusliikkeen tai ryhmän yhteisistä toimenpiteistä. Kaikkien ryhmään kuuluvien elinkeinonharjoittajien myynti otetaan toisaalta huomioon laskettaessa 30 prosentin markkinaosuusrajan täyttymistä. Pykälässä puhutaan siis hieman sekavasti kahdesta eri asiasta, joiden erottaminen on tärkeää säännöksen sisällön ymmärtämiseksi.

Relevanttien maantieteellisten ja hyödykemarkkinoiden määrittely on määrävän markkina-aseman tapauksissa aina keskeistä. Säännöksessä todetaan nimenomaisesti, että kyse on alueellisesti valtakunnallisista markkinoista, mikä onkin luontevaa, koska isot kauppaketjut toimivat valtakunnallisella tasolla. Yksittäinen myymälä toimii luonnollisesti omilla alueellisilla markkinoillaan<sup>51</sup>, mutta ryhmää on syytä tarkastella kokonaisuutena.<sup>52</sup> Mitä tulee

---

<sup>48</sup> Tämä todetaan myös hallituksen esityksessä (s. 5).

<sup>49</sup> Markkinaosuudet Päivittäistavarakauppa ry:n mukaan vuonna 2012: S-ryhmä 45,6 %, K-ryhmä 34,7 % (<http://www.ptv.fi/1475.html>). Kun näitä lukuja verrataan vuoden 2004 vastaaviin, huomataan mielenkiintoista kehitystä. Vastaavat luvut olivat tuolloin S-ryhmän osalta 34,3 % ja K-ryhmän osalta 35,3 %. K-ryhmän markkinaosuus on siten polkenut paikallaan, kun taas S-ryhmä on selvästi erottautunut kilpailijastaan (ks. Päivittäistavarakauppa 2005–2006 -vuosijulkaisu). Kehitys on siinä suhteessa huomionarvoista, että ei liene poissuljettua, että K-ryhmän markkinaosuus tippuisi jossakin vaiheessa alle 30 %:n rajan, mikä olisi toimialan sääntelyn kannalta mielenkiintoinen tilanne.

<sup>50</sup> HE 197/2012, s. 23.

<sup>51</sup> *Kuoppamäen* mukaan kuluttajat ostavat päivittäistavarat noin puolen tunnin ajomatkan sisältä (*Kuoppamäki 2012*, s. 222).

<sup>52</sup> HE 197/2012, s. 8.

hyödykemarkkinoiden määrittelyyn, niin Kilpailuviraston *SOK / Suomen Spar* -päätöksen mukaisesti päivittäistavaroiden vähittäismyynnillä tarkoitetaan yleisesti päivittäistavaroiden koko sortimentin valikoimaa myyvää, pääasiassa itsepalveluperiaatteella toimivaa päivittäistavaramyymälää. Elintarvikkeiden ohella päivittäistavaramyymälöissä myydään myymälätyypistä riippuen myös ns. "non-food" -tuotteita, kuten tupakkatuotteita ja kodin käyttötavaroita.<sup>53</sup> Uuden lakimuutoksen esitöissä tarkennetaan, että päivittäistavaroihin luetaan ruoka, juomat, teknokeemian tuotteet, kuten puhdistus- ja pesuaineet, kodin paperit, tupakkatuotteet, lehdet sekä päivittäiskosmetiikka.<sup>54</sup> Tällaisen tuotevalikoiman tarjoavat myymälät kilpailevat keskenään ja muodostavat siten markkinat. Päivittäistavaroiden katsotaan edellä mainittujen kriteerien mukaisesti hallituksen esityksessä muodostavan oman relevantin markkinansa.<sup>55</sup>

### 2.3. Uuden säännöksen soveltaminen

Uusi kilpailulain 4a § tuli siis voimaan vuoden 2014 alusta, joten sen soveltamisen tarkemmista yksityiskohdista voi tässä vaiheessa vasta spekuloida. Kuten edellä todettiin, Kilpailuviraston mukaan päivittäistavarakaupassa ongelmallisia ovat olleet nimenomaan erilaiset kaupan ostajavoimaa ilmentävät edelliseen myyntiportaaseen kohdistuvat käytännöt. Kun on kysymys vertikaalisista sopimuksista, eli sopimuksista eri tuotanto- tai jakeluportailla toimivien yritysten välillä<sup>56</sup>, kilpailulain 5 § ja SEUT 101 artikla mahdollistavat puuttumisen jo nykyisellään, jos tällainen sopimus rajoittaa kilpailua.

Uusi säännös sen sijaan tuo KKV:n valvonnan piiriin sellaiset kaupan *yksipuoliset* toimenpiteet, jotka voidaan katsoa määräävän aseman väärinkäytöksi. Hallituksen esityksessä esitellään erilaisia väärinkäytön muotoja, jotka mahdollisesti voivat tulla kyseeseen päivittäistavarakaupassa.<sup>57</sup> Näitä voivat olla esimerkiksi liikesuhteesta kieltäytyminen, kauppakumppaneiden syrjintä tai tietynlaiset alennusjärjestelmät. Konkreettisina esimerkkeinä mainitaan sellainen alennusjärjestelmä, joka poistaa kannustimet tai mahdollisuudet toimittaa tuotteita kilpailevien vähittäiskauppojen valikoimiin, sekä sellainen yksinmyyntisopimus, joka poistaa tietyn tavarantoimittajan mahdollisuudet toimittaa muille jälleenmyyjille. Esitöissä puhutaan myös kohtuuttomien kauppaehtojen määräämisestä, mutta ei sinänsä

---

<sup>53</sup> Kilpailuviraston päätös, dnro 657/81/2005, 4.1.2006.

<sup>54</sup> HE 197/2012, s. 7.

<sup>55</sup> Ks. tarkemmin s. 7–8.

<sup>56</sup> Ks. komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, s. 3.

<sup>57</sup> HE 197/2012, s. 10–13.

kohtuuttomasta hinnoittelusta. Kuten edellä kävi ilmi, tavoitteena on kohtuuttomien ja syrjivien kauppatapojen estäminen.

On pidettävä erillään kilpailua rajoittavat vertikaaliset sopimukset ja yksipuolinen määräävän aseman väärinkäyttö sekä näiden käsitteiden soveltamisalat, vaikka määräävän aseman väärinkäytössä voikin sinänsä olla kyse vertikaalisesta sopimuksesta. Kun esimerkiksi kaupan portaan ketju pakottaa tavarantoimittajan maksamaan tietyn rahasumman saadaakseen tuotteensa kaupan hyllylle, kyse on yksipuolisesta toimesta – tavarantoimittaja ei voi muuta kuin suostua siihen tai jäädä pois kaupan hyllystä ja käytännössä kadota markkinoilta.

Uusi säännös laajentaa siis KKV:n toimivaltaa huomattavasti mahdollistamalla puuttumisen kaupan yksipuolisiin toimiin. Lienee odotettavissa, että virasto saa runsaasti tutkimuspyyntöjä ja aloittaa tutkimukset mahdollisten määräävän aseman väärinkäyttäjien osalta heti vuoden 2014 alkupuolella. KKV julkaisi 2.1.2014 tiedotteen uuden säännöksen voimaantulosta ja tämän aiheuttamista toimenpiteistä.<sup>58</sup> Tiedotteen mukaan KKV on syksyn 2013 aikana keskustellut päivittäistavarakaupan toimijoiden kanssa ”kilpailua koskevista huolenaiheista”, tavoitteenaan tunnistaa riskit määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ja välttää jo ennakolta ristiriidat lain kanssa. Lisäksi virasto on käynnistämässä tarkempia selvityksiä mm. kaupan kanta-asiakasjärjestelmistä.<sup>59</sup>

### **3. Markkinarakenteiden määrittelyä ja hyvinvointivaikutusten arviointia**

#### **3.1. Kilpailuoikeuden tavoitteista**

##### *3.1.1. Lähtökohtia ja peruskäsitteistöä*

Tässä luvussa käsitellään erilaisia markkinarakenteita ja niiden vaikutuksia yhteiskunnan taloudelliselle hyvinvoinnille hyvinvointitaloustieteen näkökulmasta. Tarkoituksena on erityisesti hahmottaa, miten oligopoli sijoittuu tähän joukkoon ja siksi myös muiden markkinarakenteiden kuvaaminen on tarpeen. Kuten jäljempänä havaitaan, luokittelu perustuu

---

<sup>58</sup> KKV:n tiedote: ”Päivittäistavarakauppaa koskeva kilpailulain säännös voimaan 1. tammikuuta”, julkaistu 2.1.2014.

<sup>59</sup> Kyse saattaa olla asiakkaiden sidonnasta, joka voi tietyissä tilanteissa määräävässä aseman olevan yrityksen osalta olla kiellettyä. Ks. tarkemmin *O’Donoghue – Padilla*, s. 477–518.

viime kädessä markkinavoiman käsitteelle, eli yrityksen kyvyille hinnoitella yli rajakustannustensa.<sup>60</sup> Aiheen käsittely havaitaan perustelluksi, kun ensin käydään läpi, mikä ylipäänsä on kilpailuoikeuden tarkoitus.

Kilpailuoikeuden tarkoitusta ja eri kilpailupoliittisia suuntauksia voidaan käyttää myös yhtenä argumenttina pohdittaessa mahdollisen oligopolisääntelyn oikeutusta, sillä ne ottavat kantaa siihen, missä kilpailuoikeudellisen sääntelyn rajojen tulisi kulkea. Tämä kysymys on siis keskeinen tutkimusaiheen kannalta ja siksi sitä on nähdäkseni perusteltua käsitellä hieman laajemmin. Kilpailuoikeuden tarkoitusta ja tavoitteita ei voi selittää hyödyntämättä mikrotaloustieteen ja erityisesti niin sanotun hyvinvointitaloustieteen käsitteistöä. Ne toimivatkin seuraavan esityksen pohjana.

Aluksi on syytä määritellä tietyt peruskäsitteitä. *Tehokkuus* on kilpailuoikeuden taloustieteellisessä tarkastelussa keskeinen käsite. Tehokkuudesta voidaan puhua useissa eri merkityksissä ja nämä merkitykset on pidettävä erillään. *Allokatiivisella tehokkuudella* tarkoitetaan sitä, että taloudelliset resurssit allokoituvat tehokkaimmalla mahdollisella tavalla. Käsitteen tarkempi sisältö selkiytyy jäljempänä käsiteltäessä täydellistä kilpailua. *Tuotannollisella tehokkuudella* taas tarkoitetaan sitä, että hyödykkeitä tuottavat ne yritykset, jotka pystyvät tekemään sen pienimmillä kustannuksilla. *Dynaaminen tehokkuus* puolestaan viittaa siihen, että yrityksillä on jatkuva kannustin innovointiin ja uusien asiakkaiden houkuttelemiseen tuotekehityksen kautta.<sup>61</sup> Eri tehokkuuskriteerit voivat olla keskenään ristiriidassa ja niiden välillä joudutaan tekemään priorisointeja, etenkin kun kaksi ensimmäistä ovat dynaamiseen tehokkuuteen nähden staattisia käsitteitä.<sup>62</sup>

Tehokkuuskäsitteiden lisäksi on syytä mainita kaksi vaihtoehtoista kilpailuoikeudellisen sääntelyn pohjana toimivaa kriteeriä: *paretokriteeri* ja *Kaldor-Hicks -kriteeri*. Paretotehokkaassa tilanteessa kenenkään asemaa ei voida parantaa huonontamatta samalla jonkun toisen asemaa. Paretokriteeri on hyvin rajoittava, koska se sallii vain sellaiset jonkin tahon asemaa parantavat toimenpiteet, joiden seurauksena kenenkään muun asemaa ei huonone.

---

<sup>60</sup> Rajakustannuksilla tarkoitetaan tuotantokustannusten muutosta tietyn tuotantomäärän lisäyksen myötä. Tyypillisesti kyse on siitä, paljonko yrityksen kustannukset nousevat, kun se tuottaa hyödykettä yhden yksikön lisää (Varian, s. 365).

<sup>61</sup> Whish – Bailey, s. 4–6.

<sup>62</sup> Van den Bergh – Camesasca, s. 30.



Kaldor-Hicks -kriteeri taas korostaa kokonaishyvinvointia. Muutos on sallittu, vaikka jonkun asema huononee, jos voittajien saama etu kompensoi häviäjien tappiot.<sup>63</sup>

### 3.1.2. Kilpailuoikeuden ja -politiikan tavoitteet

*Van den Berghin* ja *Camesasca*n mukaan kilpailupolitiikan mahdolliset tavoitteet voidaan jakaa kolmeen luokkaan: 1) tehokkuus mitattuna yhteiskunnan kokonaishyvinvointina, 2) kuluttajien hyvinvointi ja 3) muut tavoitteet.<sup>64</sup> Kuten pian huomataan, ns. täydellisen kilpailun vallitessa yhteiskunnan kokonaishyvinvointi, eli myyjien ja ostajien yhteenlaskettu hyvinvointi, on maksimaalinen. Markkinatasapaino on tällöin *paretotehokas*, eli kenenkään asemaa ei voi parantaa huonontamatta samalla jonkun toisen asemaa.<sup>65</sup>

Jos markkinoilla ei vallitse täydellinen kilpailu, syntyy hyvinvointitappio (*dead-weight loss*), mikä yleisesti ottaen ei ole yhteiskunnan kannalta toivottavaa. Kilpailuoikeuden olemassaolo voidaan pohjimmiltaan oikeuttaa tämän perustavanlaatuisen havainnon avulla.<sup>66</sup> Erityisesti on tässä vaiheessa kiinnitettävä huomiota siihen, että yhteiskunnan kokonaishyvinvointi ja kuluttajien hyvinvointi ovat kaksi eri asiaa. Kokonaishyvinvointiin luetaan sekä tuottajien että ostajien hyvinvointi, ja kuluttajien tappio voidaan Kaldor-Hicks -kriteerin mukaisesti kuitata tuottajien saamalla hyödyn lisäyksellä, jos kilpailupolitiikassa painotetaan nimenomaan kokonaishyvinvointia.

Euroopan unionin kilpailuoikeuden perimmäinen tavoite on kuluttajien hyvinvoinnin turvaaminen. Kilpailullisen markkinarakenteen vääristymät vahingoittavat epäsuorasti kuluttajia hyvinvointitappioiden muodossa. Kilpailuoikeus ei tietenkään ole kuluttajansuojaoikeutta, mutta sen avulla suojataan kilpailuprosessia ja sitä kautta viime kädessä kuluttajia.<sup>67</sup> EU:n kilpailuoikeus siis hylkää niin pareto- kuin Kaldor-Hicks -kriteerinkin. SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisen tehokkuuspuolustuksen yhtenä ehtona on, että kohtuullinen osuus saatavasta hyödystä siirtyy kuluttajille. Kuluttajanäkökulma käy havainnollisesti ilmi SEUT 101(3) artiklan soveltamista koskevista suuntaviivoista, joiden mukaan välitty-

<sup>63</sup> *Van den Berg – Camesasca*, s. 29–30.

<sup>64</sup> *Ibid*, s. 17–18.

<sup>65</sup> *Ibid*, s. 21.

<sup>66</sup> *Ibid*, s. 27.

<sup>67</sup> *Whish – Bailey*, s. 19. Kilpailukomissaari Neelie Kroes kuvasi EU:n kilpailuoikeuden tavoitteita vuonna 2005 näin: “Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy” (European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices. Puhe Lontoossa 15.9.2005).

vän hyödyn on kompensoitava kilpailunrajoituksesta kuluttajille aiheutuvat kielteiset vaikutukset. Nettovaikutuksen on oltava vähintään neutraali niiden kuluttajien näkökulmasta, joihin sopimus vaikuttaa.<sup>68</sup> Kuluttajanäkökulmaa korostaa se, että tehokkuuspuolustuksen edellytykset ovat yleisesti ottaen hyvin tiukat eikä puolustus yleensä menesty.

EU:n kilpailuoikeus on kuitenkin mielenkiintoista siinä suhteessa, että siihen sekoittuu myös muita tavoitteita kuin kuluttajien hyvinvointi. Näitä ovat esimerkiksi EU:n sisämarkkinoiden kaupan esteiden purkamisen tavoite, taloudellisen toimintavapauden turvaamisen tavoite sekä pienten ja keskisuurten yritysten suojaaminen.<sup>69</sup> Toisaalta edellä mainituissa suuntaviivoissa todetaan, että muita tavoitteita voidaan ottaa huomioon siltä osin kuin ne voidaan sisällyttää SEUT 101(3) artiklan edellytyksiin.<sup>70</sup> Muiden tavoitteiden roolin nähdään siis ilmeisesti nykyään olevan aiempaa pienempi. *Van den Berghin* ja *Camesasca*n mukaan kilpailuoikeus ei ole hyvä keino näiden tavoitteiden edistämiseen ja niitä pitäisikin edistää muilla lainsäädännöllisillä keinoilla.<sup>71</sup>

*Van den Berghin* ja *Camesasca*n kanta on siis heidän esittämänsä toive siitä, että kilpailuoikeuteen ei johdonmukaisuussyistä sekoitettaisi ylimääräisiä tavoitteita. Toisaalta *Bishop* ja *Walker* mainitsevat EU:n kilpailuoikeudella olevan kaksi erillistä tavoitetta: integraation edistäminen ja tehokkaan kilpailun edistäminen. Integraatitavoite on kirjoittajien mukaan keskeinen, koska ilman kilpailusääntöjä yksityiset toimijat voisivat omilla rajoituksillaan korvata ne valtioiden asettamat kaupan esteet, joita sisämarkkinahanke on pyrkinyt pois-

---

<sup>68</sup> Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, kohta 85. Samanlainen tehokkuuspuolustus on käytettävissä myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttötapauksissa, ks. *O'Donoghue – Padilla*, s. 229–234.

<sup>69</sup> Ks. tarkemmin *Van den Bergh – Camesasca*, s. 45–51. Kirjoittajat huomauttavat, että sisämarkkinoiden turvaaminen näkyy esimerkiksi siinä, että absoluuttiseen aluesuojaan on perinteisesti suhtauduttu jyrkän kielteisesti sen mahdollisista tehokkuuseduista huolimatta. EU:n kilpailusääntöjen muotoiluissa, erityisesti tiukassa suhtautumisessa määräävään markkina-asemaan, näkyy ns. ordoliberalin koulukunnan kädenjälki. Ordoliberalien keskeinen ajatus on, että taloudellisten toimijoiden toimintavapauden turvaamiseksi heitä on suojattava yksityiseltä taloudelliselta voimalta, ts. muiden markkinatoimijoiden markkinavoimalta. Toimivaan kilpailuun ei ordoliberalien mukaan päästä ”näkyttömän käden” ohjaamana, vaan se edellyttää valtiolta aktiivista roolia kilpailusääntöjen muodossa (*ibid.*, s. 65–67). Ordoliberali ajattelutapa korostaa pienten ja keskisuurten yritysten merkitystä kilpailun turvaajina. Markkinavoimaa omaavien yritysten on käyttäydyttävä ”ikäin kuin” kilpailu toimisi tehokkaasti (*O'Donoghue – Padilla*, s. 8–9). Ordoliberalissa ajattelutavassa keskeistä ei ole niinkään taloudellinen tehokkuus, vaan sosiaalinen oikeudenmukaisuus ja yksityisten toimijoiden vapaus. *Gormsen* asettaakin vastakkain ordoliberalien painottaman taloudellisen vapauden ja kilpailuoikeuden tavoitteena olevan kuluttajien hyvinvoinnin (*Gormsen*, s. 330–331, 333–334). Mahdollisen konfliktin ratkaisu piilee nähdäkseni siinä, että kilpailuoikeudella pyritään suojaamaan vain tehokkaita kilpailijoita.

<sup>70</sup> Kohta 42.

<sup>71</sup> *Van den Bergh – Camesasca*, s. 18 ja 45–51.

tamaan.<sup>72</sup> *Bishopin* ja *Walkerin* tulkinta näyttääkin perustellulta, kun otetaan huomioon edellä mainittu kilpailusääntöjen funktio sisämarkkinoiden turvaajana sekä se, että sisämarkkinoiden toteuttaminen on yksi EU:n keskeisimpiä tavoitteita, joka mainitaan Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 3 artiklan 3 kohdassa. Sisämarkkina- tai integraatiotavoitteen on siten mahdollisista ristiriitaisuuksista huolimatta katsottava yhä olevan tärkeä osa kilpailupolitiikkaa.

### 3.2. Täydellinen kilpailu

Markkinarakenteiden tarkastelu aloitetaan täydellisestä kilpailusta, joka on eräänlainen kilpailullisten markkinoiden ideaalimalli, jota vastaavia markkinoita ei käytännössä esiinny todellisuudessa. Se on teoreettinen malli, jolla tarkoitetaan markkinoita, jotka täyttävät seuraavat neljä kriteeriä: 1) markkinoilla on suuri määrä ostajia ja myyjiä; 2) myyjien tuotteet ovat keskenään (ainakin lähes) identtisiä; 3) ostajilla on kaikki tarvittava tieto markkinaolosuhteista ja tuotteista; ja 4) taloudelliset resurssit voivat siirtyä vapaasti sektorilta toiselle, eli markkinoille tulon ja markkinoilta poistumisen esteitä ei ole. Tällöin yksittäiset ostajat ja myyjät ovat hinnanottajia, eli ne eivät pysty omilla toimillaan vaikuttamaan markkinoilla vallitsevaan hintatasoon.<sup>73</sup>

Hyvinvointitaloustieteen mukaan vapaa kilpailu maksimoi yhteiskunnan *kokonaishyvinvoinnin* täydellisen kilpailun vallitessa. Kokonaishyvinvointi on ostajien saama hyöty vähennettynä myyjien kustannuksilla. Kysyntäkäyrä osoittaa ostajan ylijäämää (maksuhaluus vähennettynä maksetulla hinnalla) ja tarjontakäyrä tuottajan ylijäämää (saatu hinta vähennettynä tuotantokustannuksilla). Vapaat markkinat allokoivat tarjonnan niille ostajille, jotka arvostavat hyödykettä eniten, ja kysynnän niille myyjille, joiden tuotantokustannukset ovat pienimmät. Maksimaalinen kokonaisylijäämä saavutetaan vapaiden markkinoiden tasapainopisteen osoittamalla tuotantomäärällä, koska tasapainomäärää suuremmilla tuotantomäärillä myyjän kustannukset ylittävät ostajan saaman hyödyn.<sup>74</sup> Täydellisen kilpailun tilanne maksimoi myös *kuluttajien* hyvinvoinnin.<sup>75</sup> Koska hinta vastaa yritysten rajakustannuksia ja yritykset ovat hinnanottajia, ne eivät pysty ”varastamaan” itselleen kuluttajille kuuluvaa ylijäämää. Kuten pian huomataan, näin tapahtuu silloin kun yrityksillä on markkinavoimaa.

---

<sup>72</sup> *Bishop – Walker*, s. 1 ja 5.

<sup>73</sup> *Mankiw – Taylor*, s. 287–288.

<sup>74</sup> *Ibid*, s. 138–153. Ks. liite, kuvio 1.

<sup>75</sup> *Bishop – Walker*, s. 24.

Staattisesti tarkasteltuna kuvattu tilanne on allokatiivisesti ja tuotannollisesti tehokas.<sup>76</sup> Dynaamisesti tarkasteltuna taas voidaan argumentoida sen puolesta, että saavutettavissa oleva markkinavoima ja odotukset suuremmista voitoista nimenomaan kannustavat yrityksiä innovoimaan ja toisaalta markkinavoiman avulla saavutetut voitot ylipäänsä mahdollistavat tehokkaan tuotekehityksen ja sitä kautta entistä suuremman hyvinvoinnin.<sup>77</sup> Täydellisen kilpailun malliin ei pidä siksi liialti tuijottaa ja pitää kaikkea siitä poikkeavaa markkinoiden kilpailulliselle rakenteelle haitallisena, vaan kilpailutilanteen arvioimiseksi on löydettävä tarkempia ja ennen kaikkea realistisempia mittareita. Täydellisen kilpailun asemesta voidaan puhua ”toimivasta” tai ”tehokkaasta” kilpailusta, johon kilpailuoikeudella pyritään.<sup>78</sup>

### 3.3. Markkinavoima ja monopoli

Täydellinen kilpailu on siis teoreettinen malli, jota vastaavia markkinoita ei tosielämässä liene olemassa. Todellisuudessa markkinoilla toimivilla yrityksillä on vaihtelevassa määrin *markkinavoimaa*. Markkinavoima tarkoittaa yrityksen kykyä hinnoitella yli rajakustannustensa.<sup>79</sup> Kilpailusääntöjen soveltaminen edellyttää kuitenkin hieman käytännönläheisempää määritelmää. Komission määritelmässä puhutaan kyvystä korottaa hintoja ”merkittävästi” ja ”huomattavan pitkäksi ajaksi”.<sup>80</sup> Kilpailuoikeudessa on siten määritettävä se raja, jonka ylityttyä markkinavoima muodostaa uhkan kilpailun toimivuudelle.

Kun yrityksellä on tietty merkittävä määrä markkinavoimaa, sillä katsotaan olevan *määrävä markkina-asema* ja sen toiminta tulee erityisen kilpailuoikeudellisen dominanssival-

---

<sup>76</sup> Bishop – Walker, s. 24–26.

<sup>77</sup> Ibid, s. 45–47. Kirjoittajat mainitsevat klassisena esimerkkinä lääkealan, jossa kilpaillaan siitä, kuka saa ensiksi kehitettyä jonkin lääkkeen ja patentoitua sen, jonka jälkeen yritys saa (tietynsi ajaksi) monopolin lääkkeeseen. Tuotto-odotusten on oltava riittävät, jotta kalliiseen tuotekehitysprosessiin on kannattavaa lähteä. Tällaisessa tilanteessa myös tuotekehityskustannukset ovat valtavat suhteessa rajakustannuksiin tuottaessa lääkettä. Markkinoiden kilpailullisuuden arviointi vertaamalla hintaa ja rajakustannuksia olisi siksi mieletöntä. Yrityksen on saatava myös tuotekehityskustannukset takaisin. Van den Bergh ja Camesasca huomauttavat, että vasta-argumenttina voidaan väittää että monopolistilla ei välttämättä ole riittävää kannustinta innovoida. Empiirinen aineisto on tämän kysymyksen suhteen epäselvää (Van den Bergh – Camesasca, s. 30–31).

<sup>78</sup> Whish – Bailey, s. 16. Englannin kielessä käytetään termiä ”workable competition”. Siitä mitä ”workable competition” voisi käytännössä tarkoittaa, ks. Scherer – Ross, s. 52–55. Kirjoittajat kuvaavat mallin, jossa tarkastellaan lukuisia kriteereitä, jotka voidaan jakaa kolmeen ryhmään: rakenteellisiin, käyttäytymiseen liittyviin ja yritysten taloudelliseen tilaan liittyviin kriteereihin. Mallissa on suuri määrä eri kriteereitä ja sen käytännön sovellettavuus on perustellusti kyseenalaistettu.

<sup>79</sup> Motta, s. 115. Kilpailullisilla markkinoillahan hinta on yritykselle annettu, ja yritys maksimoi voittonsa asettamalla tuotantomäärän siten, että rajakustannukset vastaavat rajatuottoa.

<sup>80</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, s. 10.

vonnan piiriin, mikä rajoittaa huomattavasti yrityksen toimintavapautta. Kiellettyä on tietenkin myös keinotekoinen markkinavoiman saavuttaminen kilpailua rajoittavien sopimuksin. Kilpailullista hintatasoa ei kilpailututkimuksissa sinänsä pyritä määrittelemään<sup>81</sup>, vaan markkinavoimaa arvioidaan perinteisesti tutkimalla markkinaolosuhteita epäsuorasti kolmiportaisella testillä. Ensin tarkastellaan yrityksen ja muiden markkinatoimijoiden markkinaosuuksia. Tämän jälkeen arvioidaan markkinoilletulon esteitä ja tasapainottavaa ostajavoimaa.<sup>82</sup>

Monopoli on täydellisen kilpailun vastakohta ja määräävän markkina-aseman äärimuoto. Monopolissa markkinoilla on vain yksi myyjä. Monopoliyrityksellä on huomattava määrä markkinavoimaa eli se pystyy hinnoittelemaan tuotteensa reilusti yli kilpailullisen hintatason. Monopoli on niin ikään harvinainen markkinarakente – yleensä markkinoilla on useita yrityksiä, joilla on enemmän tai vähemmän markkinavoimaa.<sup>83</sup>

Myös monopoliyrityksen hinnoitteluvapaudella on tietenkin rajansa, koska yritys pyrkii voiton maksimointiin. Kysyntäkäyrä osoittaa monopolin toimintavapauden rajat. Kun monopolisti rajoittaa tuotantoa, tuotteen hinta nousee. Monopolin kysyntäkäyrä osoittaa alaspäin, siinä missä täydellisen kilpailun vallitessa yksittäisen yrityksen kohtaama kysyntäkäyrä on vaakasuora (ostajat vaihtavat myyjää heti jos hinta nousee). Tämän vuoksi monopolin rajatuotto on aina pienempi kuin hinta, koska nostaakseen myyntimäärää monopolin tulee laskea hintaa kaikkien yksiköiden osalta. Monopoli tuottaa sen määrän, jolla rajakustannukset ja rajatuotto vastaavat toisiaan, aivan kuten kilpailullisilla markkinoillakin. Koska hinta on monopolimarkkinoilla aina suurempi kuin rajatuotto, monopolin perimä hinta löytyy tarjontakäyrältä päätetyn tuotantomäärän avulla.<sup>84</sup>

Täydellisen kilpailun todettiin edellä tuottavan yhteiskunnan kokonaishyvinvoinnin kannalta optimaalisen tuloksen. Monopoli tuottaa hyödykettä yhteiskunnallisesti optimaalista määrää vähemmän ja myy sitä kalliimmalla hinnalla kuin kilpailun vallitessa. Sellaiset ostajat jäävät vaille hyödykettä, jotka arvostavat sen yli rajakustannusten, mutta alle mo-

---

<sup>81</sup> *Bishop – Walker*, s. 60.

<sup>82</sup> Ks. tarkemmin esimerkiksi *Motta*, s. 117–123. Ks. myös komission tiedonanto – ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, kohdat 12–18.

<sup>83</sup> Tyypillisesti monopoli on oikeudellinen monopoli, eli kyseessä on julkisen vallan myöntämä yksinoikeus, tai luonnollinen monopoli, jolloin yrityksen keskimääräiset tuotantokustannukset laskevat jatkuvasti tuotantomäärän kasvaessa ja markkinoilla on ”tilaa” vain yhdelle yritykselle. Ks. tarkemmin *Mankiw – Taylor*, s. 310–313.

<sup>84</sup> *Mankiw – Taylor*, s. 308–317. Ks. liite, kuvio 2.

nopolihinnan. Tästä syntyy hyvinvointitappio (*allokatiivinen tehokkuustappio, dead-weight loss*). Kuluttajien ylijäämä pienenee ja osa kokonaisyhyvinvoinnista verrattuna kilpailulliseen tilanteeseen menetetään kokonaan.<sup>85</sup> Samalla tapahtuu myös tulonsiirto. Osa kuluttajan ylijäämästä siirtyy monopolille.<sup>86</sup> Elinkeinonharjoittajien ei tulisi saada tällä tavoin markkinavoimaansa hyödyntäen ”varastaa” kuluttajille kuuluvaa ylijäämää ainakaan liiallisissa määrin.

Monopolin kustannuksiin on luettava myös sen hankkimisesta ja säilyttämisestä aiheutuvat kustannukset sekä niin sanottu x-tehottomuus, jolla tarkoitetaan sitä, että monopoliyritys voi kilpailun puuttuessa toimia tehottomasti eikä tähtää kulujen minimointiin yhtä tarmokkaasti. Lisäksi kannustin innovointiin voi olla heikompi ja kuluttajien valinnanvara ja tuotteiden laatu voi heiketä.<sup>87</sup>

Mistä markkinavoima ja markkinoiden keskittyminen sitten johtuu ja miksi täydellinen kilpailu ei vastaa todellisuutta? Ensinnäkin mahdolliset *tuotannon mittakaavaedut* edesauttavat keskittymistä. Tällä tarkoitetaan sitä, että keskimääräiset tuotantokustannukset pienenevät tuotantomäärän kasvaessa.<sup>88</sup> Toiseksi *Scherer ja Ross* mainitsevat *tuurin ja sattuman*. Vaikka yritykset aloittaisivat samoista olosuhteista, niiden markkinaosuudet kehittyisivät silti eri tavoin ja jostakin yrityksestä tulisi markkinajohtaja.<sup>89</sup> Kolmantena selityksenä voidaan mainita *politiikan ja sääntelyn* suorat ja epäsuorat vaikutukset markkinoihin, esimerkiksi valtion tekemät hankinnat. Merkittävä hankintakilpailun voitto voi vaikuttaa asetelmiin markkinoilla huomattavasti. Myös verotus vaikuttaa monin tavoin – sen kautta voi-

---

<sup>85</sup> *Mankiw – Taylor*, s. 320–323. Ks. liite, kuvio 3.

<sup>86</sup> *Kuoppamäki 2012*, s. 14.

<sup>87</sup> *Bishop – Walker*, s. 28.

<sup>88</sup> *Scherer – Ross*, s. 97–102. Mittakaavaedut voivat olla tuotekohtaisia, tuotantolaitoskohtaisia tai liittyä useiden tuotantolaitosten yhtäaikaiseen operointiin. Esimerkiksi jokaisella tuotantolaitoksella on oltava johtaja, jonka aiheuttamat kulut yksikköä kohden tietenkin pienenevät tuotantomäärän kasvaessa. Toisaalta tämä kehitys ei jatku loputtomiin – tuotantolaitoksen koon kasvaessa on jossain vaiheessa palkettava lisää työnjohtoa. *Scherer ja Ross* viittaavat *minimum efficient scale (MES)* -käsitteeseen, jolla tarkoitetaan tuotantomäärää, jolla kaikki saavutettavissa olevat kustannussäästöt on realisoitu. Mitä suurempi toimialan *MES* on, sitä vähemmän yrityksiä alalle ”mahtuu”. Ääritapaus on luonnollinen monopoli, mutta voidaan puhua myös luonnollisesta oligopolista (*ibid*, s. 111). Teknologinen kehitys vaikuttaa myös *MES*:n suuruuteen (*ibid*, s. 118). Niin ikään markkinoiden koko vaikuttaa keskittymisasteeseen. Kysynnän kasvu vähentää keskittyneisyyttä (*ibid*, s. 120).

<sup>89</sup> *Ibid*, s. 141–146. Voi käydä vaikkapa niin, että jokin yritys sattuu palkkaamaan erityisen pätevän johtajan, mikä antaa sille etulyöntiaseman.

daan vaikkapa kannustaa pienyrityksiä. Immateriaalioikeuksien avulla myönnetään yksinoikeuksia ja luodaan markkinoilletulon esteitä.<sup>90</sup>

Myös oikeudellisessa kielessä puhutaan näistä *markkinoilletulon ja tuotannon laajentamisen esteistä*.<sup>91</sup> Ilman tällaisia esteitä markkinoille tulisi uusia yrityksiä jakamaan tarjolla olevia voittoja, eikä markkinavoimaa pääsisi syntymään. Esteet voivat johtua joko markkinoiden ominaispiirteistä, kuten korkeista uponneista kustannuksista tai asiakaslojaalisuudesta, ulkopuolisista seikoista, kuten valtiovallan toimista, taikka sitten markkinoilla jo olevien yritysten ominaisuuksista tai toiminnasta.<sup>92</sup> Vaikka määräävän yrityksen toiminta voikin olla markkinoilletulon este, on se tässä yhteydessä siis tekijä, joka otetaan huomioon määräävän markkina-aseman *olemassaoloa* arvioitaessa, ja siten eri asia kuin tämän aseman *väärinkäyttö*.

---

<sup>90</sup> Scherer – Ross, s. 146–151. Immateriaalioikeuksien osalta ratkaisuna aiheutuviin kilpailuongelmiin voi olla velvollisuus lisensoida jokin välttämätön immateriaalioikeus kilpailijalle. Aiheeseen liittyy mielenkiintoista EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, josta tarkemmin ks. esim. O’Donoghue – Padilla, s. 427–433. Näiden tilanteiden taloustieteellisestä analyysistä ks. s. 415–421. Ongelmana tällaisissa tilanteissa on itsestään selvästi innovoinnin kannustimet ja pakkolisensoinnin kielteiset vaikutukset niihin.

<sup>91</sup> Ks. näistä O’Donoghue – Padilla, s. 116–129.

<sup>92</sup> Ks. O’Donoghue – Padilla, s. 117, sekä komission tiedonanto ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, jossa todetaan seuraavaa: ”Laajentumisen tai markkinoille tulon esteitä voi olla monenlaisia. Ne voivat olla oikeudellisia esteitä, kuten tariffeja tai kiintiöitä, tai ne voivat olla määräävässä asemassa olevan yrityksen saamia etuja, kuten mitta-kaavaetuja tai tuotevarioinnin etuja, etuoikeuksia olennaisten tuotantopanosten tai luonnonvarojen käyttöön, tärkeää tekniikkaa tai vakiintuneita jakelu- ja myyntiverkostoja. Niitä voivat olla myös esimerkiksi verkostovaikutuksista johtuvat kustannukset ja muut esteet, jotka kohdistuvat uuteen toimittajaan vaihtaviin asiakkaisiin. Myös määräävässä asemassa olevan yrityksen oma menettelytapa voi luoda markkinoilletulon esteitä esimerkiksi silloin, kun se on tehnyt merkittäviä investointeja, joihin markkinoilletulijoiden tai kilpailijoiden on vastattava tai kun se on tehnyt asiakkaidensa kanssa pitkäaikaisia sopimuksia, joilla on tuntuva markkinat sulkeva vaikutus. Jatkuvasti korkeat markkinaosuudet voivat olla osoitus markkinoilletulon ja laajentumisen esteistä” (kohta 17). Kyseisessä tiedonannossa on tämän tutkielman kannalta huomionarvoista, että se koskee vain markkinoiden sulkemista, eli eksklusionaarista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä (ks. alaluku 4.1.). Tiedonannon mukaan ”myös menettelytapa, joka perustuu suoraan kuluttajien hyväksikäyttöön, esimerkiksi veloittamalla liian korkeita hintoja, tai joka haittaa pyrkimyksiä saavuttaa yhdentyneet sisämarkkinat, on todennäköisesti 82 artiklan vastainen. Komissio voi puuttua tällaiseen menettelytapaan erityisesti silloin, kun kuluttajansuojaa ja sisämarkkinoiden moitteetonta toimintaa ei muuten voida varmistaa riittävästi. Ohjeiden antamiseksi ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista komissio käsittelee tässä vaiheessa vain markkinoiden sulkemista ja erityisesti sellaisia menettelytapoja, jotka sen kokemuksen mukaan näyttävät olevan tavallisimpia” (kohta 7). Suora kuluttajien hyväksikäyttö on komissiolle selkeästi toissijainen huomion kohde. Asiakirja ei koske myöskään yhteistä määräävää asemaa (kohta 4).

Myös samoilla markkinoilla toimivien yritysten tuotteiden väliset erot synnyttävät markkinavoimaa. Puhutaan *monopolistisesta kilpailusta ja tuotedifferentiaatiosta*.<sup>93</sup> Tässä päästään markkinamäärittelyyn – tuotteet, jotka ovat kuluttajien silmissä hyvin toisiaan korvaavia, muodostavat markkinat.<sup>94</sup> Täydellisen kilpailun mallissahan kilpailijoiden tuotteet ovat identtisiä ja siksi yritykset toimivat hinnanottajina. Monopolistisessa kilpailussa tuotteiden erot puolestaan mahdollistavat rajakustannuksia jonkin verran korkeampien hintojen perimisen ilman, että kaikki kuluttajat siirtyvät kilpailijoiden tuotteisiin. Mitä suuremmat erot kilpailijoiden tuotteiden välillä on, sitä enemmän niillä on markkinavoimaa.<sup>95</sup>

Elinkeinonharjoittajan markkinavoima voi kohdistua tuotantoketjussa molempiin suuntiin. Ostajavoimalla tarkoitetaan markkinavoimaa suhteessa edelliseen myyntiportaaseen. Jos markkinoilla on vain yksi ostaja, kyseessä on *monopsoni*.<sup>96</sup> Ostajavoimalla on tosin kaksi toisistaan poikkeavaa aspektia. Ensinnäkin se voi toimia myyjän markkinavoimaa tasapainottavana tekijänä, mikä voidaan ottaa huomioon arvioitaessa myyjän mahdollista määräävää markkina-asemaa. Toisaalta ostaja voi olla monopsoni tai muuten niin vahva, että se itse on määräävässä asemassa ostomarkkinoilla. Tällöin se pystyy vaikuttamaan ostohintoihinsa tai muihin sopimusehtoihin vastaavasti kuin monopoli myyntihintoihinsa tai muihin sopimusehtoihin.

Tällaisen tilanteen taloustieteellinen analyysi etenee saman logiikan mukaan kuin edellä monopolin yhteydessä kuvattiin. Siksi *O'Donoghuen* ja *Padillan* mukaan ostajavoimaa tulee kilpailuoikeudessa arvioida periaatteessa samoin metodein kuin myyntivoimaa.<sup>97</sup> On

---

<sup>93</sup> Selvyyden vuoksi huomautettakoon, että monopolistinen kilpailu terminä tarkoittaa siis eri asiaa kuin monopoli. Monopolirytyksestä saatetaan käyttää nimitystä monopolisti, mikä voi aiheuttaa epäselvyyttä tässä suhteessa.

<sup>94</sup> Merkityksellisten markkinoiden määrittely on itsestään selvästi kilpailuoikeudessa varsin keskeinen kysymys, joka voi huomattavasti vaikuttaa jutun lopputulokseen. Komission markkinamäärittelyä koskevan tiedonannon mukaan ”tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi” (kohta 7). Tarkemmin markkinamäärittelystä ks. esim. *Kuoppamäki 2012*, s. 215–224.

<sup>95</sup> *Varian*, s. 453–456. Kuluttaja saattaa esimerkiksi olla intohimoinen Coca-Colan ystävä, eikä siirry ostamaan Pepsiä, vaikka Coca-Cola olisikin hieman sitä kalliimpaa. Taloustieteen käsitteen monopolistisen kilpailun tilanteessa yrityksen kohtaama kysyntäkäyrä on alaspäin kaartuva, kun täydellisen kilpailun tilanteessa se on vaakasuora.

<sup>96</sup> *O'Donoghue & Padilla*, s. 640.

<sup>97</sup> *Ibid*, s. 641. Ks. monopsonitilanteen taloustieteellisestä analyysistä myös *Clarke ym.*, s. 10–17. *Doyle* ja *Inderst* kyseenalaistavat tämän näkökannan. Heidän mukaansa ostajavoimatilanne tulee nähdä ennemmin ostajan kykynä realisoida yksilöllisiä alennuksia. Vahvan ostajan saamat hinnanalennukset eivät siten vaikuttaisi markkinoilla yleisemmin hintatasoa alentavasti. Ostajavoimaproblematiikassa olisi näin ollen kyse kahden neuvotteluosapuolen välisestä ”taistelusta”, joka määrittää



pantava merkille, että ostajavoimaa arvioitaessa on aina otettava huomioon myös kilpailutilanne alamarkkinoilla, koska siitä riippuu, missä määrin vahva ostaja joutuu siirtämään tavarantoimittajilta saamansa edulliset hinnat tuotantoketjussa eteenpäin. Ostajavoima on kuluttajien kannalta hyödyllistä, jos se heijastuu ostajan seuraavalla myyntiportaalla perimissä hinnoissa alentavana tekijänä. Siten kilpailusääntöjen mukaisuus monopsonitilanteissa tulee verrattain harvoin arvioitavaksi. Lisäksi myös kilpailutilanne alamarkkinoiden myyjäpuolella on otettava huomioon.<sup>98</sup>

### 3.4. Oligopoli

#### 3.4.1. Oligopoliongelman hahmottelua<sup>99</sup>

Viimeiseksi käsitellään tutkielman varsinaista kohdetta, oligopolistisia markkinoita. Oligopolistisilla markkinoilla on vain muutamia myyjiä<sup>100</sup>. Toisaalta markkinoilla voi olla myös suurempi määrä toimijoita siten, että muutamat niistä dominoivat markkinoita, kuten esimerkkimarkkinoilla Suomen päivittäistavarakaupassa.<sup>101</sup> Uhkana on, että monopolin tavoin oligopolistit rajoittavat tuotantoa, mikä johtaa edellä kuvattuun tapaan hintojen nousuun ja hyvinvointitappioon. *Whish* ja *Bailey* muistuttavat kuitenkin, että myyjien määrä itsessään ei ole kilpailun toimivuuden kannalta ratkaisevaa, vaan niiden markkinavoima ja *todellinen*

---

osapuolten välisen saavutettavissa olevien tuottojen jaon. Tästä seuraa esimerkiksi se, että myös ostajan intressissä on maksimoida saavutettavissa oleva kokonaistuotto, eikä sen ole siten kannattavaa pakottaa myyjäpuolta liian ahtaalle ja liialti heikentää tämän kannustimia investoida tuotekehitykseen. Kirjoittajien mukaan keskeistä neuvotteluissa on osapuolten käytettävissä oleva sopimuksen ulkopuolinen vaihtoehto (*outside option*). Ostajavoiman kontrolloinnissa olisi pyrittävä vaikuttamaan näihin (*Doyle – Inderst*, s. 210–219).

<sup>98</sup> *Clarke ym.*, s. 23. Voi käydä niin, että vahvalle ostajalle antamiensa alennusten vuoksi myyjä joutuu nostamaan muilta ostajilta perimiään hintoja. Tällöin vahva ostaja saa kaksinkertaisen kilpailuedun – se itse hyötyy ja sen kilpailijat kärsivät (*waterbed effect*). Pelkona on, että vahvan ostajan asema vahvistuu näin entisestään. Konkreettiset vaikutukset ovat kuitenkin tapauskohtaisia. Kilpailijat haluaisivat siirtää kustannusten nousun kuluttajille, mutta kasvava kilpailupaine vahvan ostajan taholta voi pikemminkin kannustaa laskemaan hintoja. Ks. tarkemmin *Dobson – Inderst*, s. 391–400.

<sup>99</sup> Tarkastelu tässä on enimmäkseen teoreettista. Taloustieteellisistä kokeellisista oligopolitutkimuksista kootusti ks. *Engel*. Näissä tutkimuksissa tutkitaan tyypillisesti jonkin seikan vaikutusta oligopolistien hintaan tai tuotantomäärään (*Engel*, s. 493).

<sup>100</sup> Tai ostajia, jolloin voidaan puhua oligopsonista.

<sup>101</sup> *Mankiw – Taylor*, s. 356. Tarkkaa lukumäärällistä määritelmää sanalle ”muutama” ei voida tässä yhteydessä antaa. *Viscusi ym.* mukaan käytännössä kriteerinä on se, ottavatko yritykset kilpailijoiden toimet huomioon tehdessään omia päätöksiään (*Viscusi ym.*, s. 106). Tämä määritelmä kuitenkin toisi käytännössä kaikki markkinat oligopoli-määritelmän piiriin, mitä ei voida pitää mielekkäänä. Arvioinnin on oltava pikemminkin yksittäistapauksellisesta. Kun tarkastelukulmana on kilpailuoikeus, voidaan lähteä kilpailuongelmista ja siitä, millaisissa tilanteissa näitä esiintyy. Ongelmien esiintymisen todennäköisyys pienenee markkinatoimijoiden määrän kasvaessa.

kilpailutilanne – empiirinen tutkimusaineisto nimittäin osoittaa, että kilpailu oligopolimarkkinoilla voi olla täysin toimivaa ja kutakin tilannetta on siksi aina tarkasteltava erikseen.<sup>102</sup> Scherer ja Ross tiivistävätkin tämän havainnon osuvasti: ”oligopolimarkkinoilla mitä tahansa voi tapahtua”.<sup>103</sup>

Tämän tutkielman näkökulmasta niin sanotulla *oligopoliongelma*lla tarkoitetaan sitä, että oligopolirytykset tiedostavat keskinäisen riippuvuutensa ja päätyvät omassa intressissään hiljaisesti koordinoituun toimintaan, eli hiljaiseen kolluusioon.<sup>104</sup> Yhtäältä hinnanalennuksia ei kannata tehdä, koska muut yritykset vastaisivat niihin välittömästi. Toisaalta hinnankorotukset eivät myöskään ole mahdollisia, koska muutoin asiakkaat siirtyvät kilpailijoiden asiakkaiksi. Yritykset päätyvät näin ollen samaan strategiaan ja hintakilpailu markkinoilla jähmettyy. Hinta asettuu kilpailullisen tason yläpuolelle ilman varsinaista yritysten välistä kommunikaatiota.<sup>105</sup> Perusedellytys koordinaation onnistumiselle on, että yritykset pystyvät havainnoimaan toistensa toimintaa. Lisäksi käytössä on oltava tehokkaat sanktiot mahdollisten poikkeamien rankaisemiseksi. Ilmeisin esimerkki sanktioista on hintasota.<sup>106</sup>

Tätä oligopoliongelman kuvausta voi toisaalta kritisoida sen yksinkertaisuudesta ja perustumisesta osin epärealistisille olettamuksille, toisin sanoen sen liiallisesta teoreettisuudesta. Se ei juuri ota huomioon esimerkiksi oligopolirytysten kustannuksissa olevia eroja tai

---

<sup>102</sup> *Whish – Bailey*, s. 560–561. Scherer ja Ross mainitsevat konkreettisen esimerkin: 1980-luvun lopulla Phoenixissa Yhdysvalloissa Coca-Cola ja Pepsi hallitsivat kahta kolmasosaa markkinoista, mutta kolajuoman hinta supermarketissa kattoi hädin tuskin alumiinitölkkien kustannukset (*Scherer – Ross*, s. 199). Esimerkki kuvastaa osuvasti sitä, että oligopolimarkkinoiden kilpailullista dynamiikkaa on mahdotonta yleistää.

<sup>103</sup> *Scherer – Ross*, s. 199.

<sup>104</sup> Käytetystä terminologiasta huomautettakoon, että SEUT 101 artiklan piiriin kuuluvia kilpailijoiden välisiä sopimuksia voidaan kutsua nimenomaisesti tai eksplisiittiseksi kollusioksi. Näissäkin voi sinänsä olla kyse joko nimenomaisista tai hiljaisista sopimuksista, mutta erotuksena hiljaiseen kolluusioon on kilpailijakontaktien olemassaolo. Oikeuskirjallisuudessa näitä termejä näkee toisinaan käytettävän sekaisin.

<sup>105</sup> *Whish – Bailey*, s. 561. Hinta ei toki ole ainoa kilpailuparametri, ja vaikka hintakilpailu sinänsä olisi heikkoa, voi esimerkiksi laatukilpailu olla ankaraa. Voidaan kysyä, miten yritykset pääsevät yhteisymmärrykseen hinnasta. Kilpailullisen hintatason ja monopolitason välillä on lukemattomia hintavaihtoehtoja joista valita. Yhteisymmärrykseen pääytymistä voidaan yrittää selittää *focal point*-teorian avulla (suomeksi voidaan puhua vaikkapa *kiintopisteistä*, oma käänös). Monissa tapauksissa, joissa valintoja tehdään toisen valintaa tietämättä, päädytään yleisesti samaan ratkaisuun. Teorian isän *Thomas Schellingin* ”arkipäiväinen” esimerkki on, että henkilöiden on määrä tavata tietynä päivänä New Yorkissa, mutta he eivät tiedä tarkempaa aikaa tai paikkaa. Kyselyissä suuri osa vastaajista valitsi Grand Central Stationin kello 12. Hinnoittelussa kiintopisteenä voi toimia vaikka tietty tasaluku tai tietyn prosenttimäärän mukainen alennus (ks. *Scherer – Ross*, s. 265–268).

<sup>106</sup> *Whish – Bailey*, s. 563. Voidaan myös ajatella tilanne, jossa yritys pystyy nopeasti ottamaan lisäkapasiteettia käyttöön ja siten kaappaamaan itselleen suuremman osuuden markkinoista. Seurauksena tarjonnan lisäämisestä on toki myös hintojen aleneminen.

asiakaslojalisuutta. Lisäksi se herättää kysymyksen siitä, miten oligopoli oikeastaan päätyy yhteisymmärrykseen: toimiiko joku yrityksistä esimerkiksi hintajohtajana, jota muut seuraavat.<sup>107</sup> *Scherer* ja *Ross* huomauttavat että koordinointi on sitä vaikeampaa, mitä enemmän yrityksiä markkinoilla on ja mitä vaihtelevamman kokoisia ne ovat. Tuotteiden heterogeenisuus hankaloittaa myös koordinaatiota, kuten myös kustannusrakenteen muutokset ja yritysten saamien tilausten epäsäännöllisyys ja vaihteleva koko.<sup>108</sup> Tällaisten erojen voidaan todellisuudessa olettaa olevan yleisiä.

*Posner* on kritisoinut hiljaisen kolluusion teoriaa erityisen voimakkaasti. Hän toteaa, että jos kilpailijat huomaavat hinnanalennuksen vasta viiveellä tai niillä ei ole välittömästi käytössään tarvittavaa tuotantokapasiteettia, hinnanalennus voi olla kannattava. Lisäksi, kun yksi oligopolisti laskee hintoja, tämä lisää kysyntää ylipäänsä, joten tämän yrityksen myynnin nousu ei ole kokonaisuudessaan muilta pois. Hintajohtajuuden ongelma paljastaa myös teoriaan sisäänrakennetun ristiriidan – miten ylikorkealle hintatasolle yleensä päädytään, jos hintoja ei uskalleta myöskään korottaa siinä pelossa, että muut hyödyntävät tätä?<sup>109</sup> Näistä kriittisistä huomioista saa kuvan siitä, kuinka hankalaa ja epävarmaa hiljaisen kolluusion saavuttaminen ja ylläpitäminen voi olla. Edellä huomattiin että täydellisen kilpailun malli ei epärealistisuutensa tähden toimi käytännöllisenä mittapuuna kilpailuoikeuden soveltamisessa. Oligopolisääntelyn pohjaaminen hiljaisen kolluusion teorialle voidaan edellä esitetyn perusteella myös asettaa kyseenalaiseksi.

Kilpailusta ja yritysten päätöksenteosta oligopolimarkkinoilla on taloustieteessä kehitelty lukuisia teoreettisia malleja, joista tässä mainitaan lyhyesti muutamia.<sup>110</sup> *Cournot-mallissa* yritykset valitsevat tuotantomääränsä muiden yritysten tuotantopäätöksistä tekemiensä oletusten perusteella ja markkinoilla päädytään kilpailullisen tason ja monopolitason välillä olevaan hintatasoon. Kustannusten ja hinnan marginaali pienenee yritysten määrän kasva-

---

<sup>107</sup> *Whish – Bailey*, s. 564. Hintajohtajuudessa voidaan erottaa erilaisia malleja, joista ks. *Scherer – Ross*, s. 248–250. *Posner* argumentoi sen puolesta, että yritykset ovat haluttomia toimimaan hintajohtajina, koska muut yritykset saattavat tavoitella lyhyen tähtäimen hyötyjä pidättymällä hintojen nostamisesta johtajan perässä tai viivytämällä hinnan nostamista (*Posner*, s. 1568–1569).

<sup>108</sup> *Scherer – Ross*, s. 277–315.

<sup>109</sup> *Posner*, s. 1566–1569.

<sup>110</sup> Oligopolimallien tarkempi talousmatemaattinen analysointi on paitsi tämän työn tilarajoitusten puitteissa mahdotonta, myös ylipäänsä juristin osaamiskentän ulkopuolella. Nähdäkseni on kuitenkin kiinnostavaa huomata, kuinka ristiriitainen ja tutkittu aihe oligopolit ovat taloustieteessä. Tämä on hyvä muistaa myös oligopolien sääntelyä pohdittaessa – liian ehdottomiin johtopäätöksiin ei saa sortua, vaan oligopolien monimuotoisuus ja teoreettinen moniselitteisyys on jatkuvasti pidettävä mielessä.

essa.<sup>111</sup> *Bertrand-mallissa* yritykset puolestaan valitsevat hinnan ja päätyvät kilpailullisen tilanteen mukaiseen hintatasoon, eli marginaalikustannusten suuruiseen hintaan.<sup>112</sup> Mallit voivat perustua myös markkinajohtajan olemassaololle. *Von Stackelberg -mallissa* yksi yritys toimii johtajana, joka päättää oman tuotantomääränsä. Muut ottavat tämän määrän annettuna tehdessään omia tuotantopäätöksiään. *Forchheimerin mallissa* taas pienemmät yritykset ovat hinnanottajia ja päättävät tuotantomääristä annetun hinnan pohjalta.<sup>113</sup>

### 3.4.2. Oligopolit ja peliteoria

Oligopolististen markkinoiden ominaispiirre on myyjien keskinäinen riippuvuus. Markkinoilla vallitsee jännite kilpailun ja yhteistyön välillä.<sup>114</sup> *Peliteoria* tarkastelee siis strategisia tilanteita, eli tilanteita, joissa toimijat joutuvat valintoja tehdessään ottamaan huomioon sen, miten muut heidän valintoihinsa reagoisivat. Siksi se soveltuu oivallisesti oligopolimarkkinoiden teoreettiseen kuvaamiseen. Oligopolirytyksen saama voitto riippuu nimitäin paitsi sen omista tuotantopäätöksistä, myös muiden yritysten päätöksistä.

Oligopolitilannetta voidaan peliteoreettisesti tarkastella niin sanotun *vangin dilemman* avulla siten, että kukin yritys voi valita joko matalan tai korkean tuotantomäärän.<sup>115</sup> Yritysten yhteisessä intressissä olisi tehdä yhteistyötä ja mitoittaa yhteinen tuotantomääränsä monopolitasolle eli matalaksi maksimoidakseen yhteiset voittonsa. Oletetaan, että toiminnan nimenomainen koordinointi ei ole mahdollista, jolloin yrityksen on tehtävä tuotantopäätöksensä itsenäisesti. Jos toinen yritys valitsee matalan, kannattaa toisen ”huijata” ja valita korkea ja maksimoida siten omat voittonsa. Jos toinen taas valitsee korkean, kannattaa toisen tällöinkin valita korkea. Kummankin yrityksen dominantti strategia on valita

---

<sup>111</sup> Scherer – Ross, s. 200, 227–229. Ks. myös Motta, s. 556–559.

<sup>112</sup> Scherer – Ross, s. 201. Ks. myös Motta, s. 552–556.

<sup>113</sup> Tarkemmin näistä malleista ja niiden seurauksia koskevista johtopäätöksistä ks. Scherer – Ross, s. 221–225.

<sup>114</sup> Mankiw – Taylor, s. 364–373.

<sup>115</sup> Vangin dilemma on klassinen peli, jossa pelaajat tekevät valintansa yhtäaikaaisesti toisen valinnasta tietämättöminä ja pelaajilla on niin sanottu *dominantti strategia*, eli vastapelaajan valinnasta riippumatta pelaajalle paras mahdollinen strategia. Vangin dilemman taustalla on perinteisesti kahden rikoksesta epäillyn tarina: heidät on vangittu epäiltynä vahvoin perustein ja heitä pidetään toisistaan erillään. Poliisit kuulustelevat heitä ja he voivat joko kiistää syyllisyytensä tai tunnustaa. Syyllisyyden kiistäminen (vaikeneminen) on tässä yhteistyötä ja tunnustaminen siitä poikkeamista (vrt. oligopolitilanteeseen). Jos molemmat kiistävät, molemmat saavat vain lyhyen tuomion. Toisaalta jos molemmat tunnustavat, kumpikin saa keskipitkän tuomion. Sen sijaan jos toinen tunnustaa ja toinen kiistää, tunnustaja saa vain minimituomion ja kiistäjä pisimmän mahdollisen tuomion. Molempien kannattaa tällöin tietenkin tunnustaa, eikä vankien yhteisessä intressissä olevaan loppu-tulemaan päästä (*Dixit ym.*, s. 97–98). Ks. liite, kuvio 4.

korkea tuotantomäärä, eli se on yrityksen paras strategia riippumatta siitä, mitä toinen päättää tehdä. Kun yritykset valitsevat dominantin strategiansa, tästä seuraavaa tilannetta kutsutaan *Nash-tasapainoksi*. Kukin pelaaja valitsee parhaan strategiansa sen mukaan, miten muut pelaajat valitsevat.<sup>116</sup> Vangin dilemma näyttää siis viittaavan siihen, että oligopolistisen yhteistyön ei pitäisi onnistua, koska pelaajilla on kannustin huijata vastapelaajia.

Vangin dilemmassa lähtökohtaisena oletuksena kuitenkin on, että peli toistuu vain kerran. Tosielämässä peli toistuu yleensä määrittelemättömän monta kertaa, mikä auttaa selittämään, miksi yhteistyö usein onnistuu. Pelaajien tiedossa ei ole, milloin viimeinen kierros pelataan, esimerkiksi milloin vastapuoli poistuu markkinoilta.<sup>117</sup> Tällöin tuotantopäätöksiä tehtäessä on otettava huomioon vastapelaajien reaktiot tulevilla kierroksilla. Vastapuoli luultavasti vastaisi huijaamiseen omilla kustotoimilla, edellyttäen että kilpailijan toiminnan monitorointi on mahdollista. Hintasota ei ole kummankaan intressissä, jolloin tuotantomäärät päädytään hiljaisella yhteisymmärryksellä pitämään matalina ja hinnat korkealla. Pitkän aikavälin hyödyt ylläpidettävästä yhteistyöstä ovat hyvin luultavasti suuremmat kuin lyhyen aikavälin hyödyt koordinaatiosta poikkeamisesta.<sup>118</sup> Peliteoreettisissa tarkasteluissa voidaan määritellä pelaajien strategioita sen suhteen, miten vastapuolen tekemiin valintoihin suhtaudutaan. Voidaan puhua esimerkiksi *liipaisinstrategioista*. Pelaaja tekee yhteistyötä niin kauan kunnes vastapuoli poikkeaa yhteistyöstä, ja tästä poikkeamisesta rangaistaan vastapuolta. Yksi esimerkki on ”silmä silmästä” -strategia<sup>119</sup> (*tit-for-tat*), jossa pelaaja valitsee aina samoin kuin vastapuoli edellisellä kierroksella.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Ks. liite, kuvio 5. Nash-tasapainosta tarkemmin ks. *Dixit ym.* s. 92–96.

<sup>117</sup> Ratkaisun avain on juuri siinä, että pelin loppumishetki ei ole pelaajien tiedossa. Jos peli toistuu, mutta viimeinen kierros on pelaajien tiedossa, tulos on ainakin teoriassa sama kuin yhden kierroksen pelissä. Tällöin viimeisellä kierroksella on kannattavaa huijata, jolloin edelliselläkin kierroksella kannattaa huijata, ja niin edelleen ensimmäiseen kierrokseen asti (*Dixit ym.*, s. 400). Todellisuudessa saattaa tosin hyvinkin olla niin, että yhteistyö toimii tällaisessakin tilanteessa tiettyyn pisteeseen asti. Pelaajat saattavat testata, onko vastapuoli yhteistyöhaluinen, ja toimivat samoin jos havaitsevat näin olevan (s. 414). Jossain vaiheessa pelin lähestyessä loppuaan yhteistyö kuitenkin hajoaa.

<sup>118</sup> Tässä on punnittava nykyhetken suurempia voittoja ja vastapelurin kustotoimien aiheuttamia tulevaisuuden tappioita keskenään. Tietyn rahasumman saaminen nyt on parempi vaihtoehto kuin saman summan saaminen myöhemmin, koska raha tuottaa korkoa. Seuraavien kierrosten tappioille on laskettava nykyarvo, jota verrataan huijaamisesta tällä kierroksella saatavaan voittoon. Intuitiivisesti voi sanoa, että tulevaisuuden tappiot käyvät nopeasti kalliimmaksi, etenkin jos tuottoisa oligopolistien yhteistyö hajoaa kokonaan. Laskemisesta tarkemmin ks. *Dixit ym.*, s. 402–409.

<sup>119</sup> Oma käänös.

<sup>120</sup> Ks. tarkemmin *Dixit ym.*, s. 401. Tällainen strategia on anteeksiantava ja siten yhteistyömyönteinen – yhteistyöhön palataan, jos vastapuolikin tekee niin. Käytännöllisempää voi kuitenkin olla antaa vastustajalle pieni pelivara huijausten suhteen, koska niiden havaitsemisessa voi olla ongel-

### 3.4.3. Oligopolimarkkinoiden kilpailuongelmista – silta jo sanotun ja tulevan välille

Ennen kilpailuoikeuden keinovalikoiman käsittelyä on syytä tarkastella sitä, minkälaisia mahdollisesti sääntelyä edellyttäviä kilpailuongelmia oligopolistisilla markkinoilla voi esiintyä. Kuten aiemmin kävi ilmi, nämä ongelmat voidaan jakaa kahteen luonteeltaan erilaiseen ryhmään: 1) edellä kuvattuun ns. oligopoliongelmaan eli siihen, että yritykset ilman keskinäisiä sopimuksia, markkinaolosuhteisiin reagoimalla ylläpitävät kilpailullisen tason ylittäviä hintoja; sekä 2) muihin määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä muistuttaviin toimintatapoihin. Ensin mainittu on suoraa asiakkaiden hyväksikäyttöä, jälkimmäisessä taas voi olla kyse suoranaisesta kauppakumppaneiden hyväksikäytöstä tai sitten pyrkimyksestä sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Onnistunut poissulkeminen mahdollistaa hyväksikäytön, joten kategoriat kietoutuvat toisiinsa. Kuten edellä havaittiin, poissuljentaan tähtäävät toimenpiteet ovat komission priorisoima SEUT 102 artiklan soveltamis- kohde.

Jälkimmäisestä ryhmästä ostajavoimaan liittyvät menettelytavat ovat olleet tässä tutkiel- massa esillä johtuen siitä, että niitä esiintyy juuri päivittäistavarakaupan markkinoilla. Kil- pailupolitiikassa on havaittavissa halua kontrolloida tällaisia menettelyjä myös oligopo- liyritysten harjoittamina ainakin tietyissä tapauksissa, kuten uusi päivittäistavarakaupan sääntely osoittaa. Jälkimmäiseen ryhmään voidaan kuitenkin yhtä lailla lukea myös muut menettelyt, jotka kilpailuoikeudessa katsotaan väärinkäytöksi silloin, kun kyseinen yritys on määräävässä markkina-asemassa.

Hiljaisen kolluusion sääntely on monin tavoin hankalampi kysymys, kuten jäljempänä ha- vaitaan. Juuri hiljainen kolluusio on se teoreettinen kehikko, joka yleensä nostetaan esiin puhuttaessa oligopolin kilpailuongelmista. Sen suora kontrollointi edellyttää hintasäänte- lyä, eli sitä, että oligopoliyritysten perimille hinnoille asetetaan jokin katto, mihin jäljem- pänä kuvatulla tavalla liittyy huomattavia ongelmia. Niin ikään se edellyttää puuttumista

---

mia ja tapahtua virheitä. Yritysten kannalta olisi ikävää, jos yhteistyö kaatuisi väärinkäsitykseen (*Dixit – Nalebuff*, s. 109–113). Strategia voi olla esimerkiksi seuraavanlainen: pelaaja aloittaa te- kemällä yhteistyötä ja pitää kirjaa siitä, kuinka monesti vastapeluri on huijannut. Jos huijausten määrä ylittää hyväksyttävyyden rajan, siirtyy pelaaja silmä silmästä -strategiaan. Hyväksyttävyy- den rajaa arvioidaan lyhyellä, keskipitkällä ja pitkällä aikavälillä esimerkiksi siten, että jos huijaus- ten ja pelattujen kierrosten suhde on  $2/3$ ,  $3/20$  tai  $5/100$ , on hyväksyttävyyden raja ylittynyt. Tietyn pituisen rangaistuksen jälkeen voidaan taas palata yhteistyöhön (*Dixit – Nalebuff*, s. 113–115).

toimintaan, joka voidaan katsoa yritysten rationaaliseksi ja nykyisten kilpailusääntöjen puitteissa sallituksi reaktioksi markkinoilla vallitseviin olosuhteisiin.<sup>121</sup>

Ensisijaisesti kilpailuviranomaisten pyrkimyksenä on estää kohtuuton hinnoittelu *epäsuorasti*, yrityskauppavalvonnan, yhdenmukaistettujen menettelytapojen kiellon ja poissuljennan kiellon avulla. Siten on kyseenalaista, onko hiljaiseen kolluusioon löydettävissä tai onko siihen tarpeen löytää käyttökelpoista ratkaisua, vai onko se oleva pysyvä sokea piste kilpailukontrollissa ja mitä vaikutuksia tällä on kilpailuvalvonnan kokonaistehokkuuteen. Tähän kysymykseen pyritään vastaamaan seuraavissa luvuissa.

## **4. Kilpailuoikeuden keinot oligopoliin kontrolloimiseksi**

### **4.1. Taustaksi: kilpailuoikeuden päälohkot**

Kilpailuoikeuden ytimen muodostaa kilpailua rajoittavien sopimusten kielto (ks. SEUT 101(1) artikla, kilpailulain 5 §). Kilpailevien yritysten väliset kartellit voidaan karkeasti jakaa kolmeen ryhmään: 1) hintakartelleihin, joilla vahvistetaan hintoja myytäessä tuotteita kolmansille; 2) tuotannonrajoituskartelleihin, joilla rajoitetaan tuotantoa tai myyntiä; ja 3) markkinoidenjakokartelleihin, joilla jaetaan markkinoita, asiakkaita tai hankintalähteitä.<sup>122</sup> Myös tietyt *vertikaaliset*, eli eri tuotanto- tai jakeluportilla toimivien yritysten väliset sopimukset ovat kiellettyjä, pääsääntöisesti esimerkiksi vähimmäismyyntihinnan asettaminen.<sup>123</sup>

Toinen kilpailuoikeuden päälohkoista on määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto (ks. SEUT 102 artikla, kilpailulain 7 §).<sup>124</sup> Määräävässä asemassa oleva yritys pystyy olennaisessa määrin vaikuttamaan sopimusehtoihin ja sen kauppakumppanit ovat siitä riippuvaisia. Väärinkäyttö ilmenee yleensä kauppakumppaneille asetettuina kohtuuttomina sopimusehtoina (kauppakumppaneiden hyväksikäyttö eli eksploitatiivinen väärinkäyttö) taikka pyrkimyksenä sulkea kilpailijoita markkinoilta tai vaikeuttaa niiden toimintaa (pois-

---

<sup>121</sup> Ks. *Whish – Bailey*, s. 566.

<sup>122</sup> *Kuoppamäki 2012*, s. 107.

<sup>123</sup> Ks. tarkemmin *Kuoppamäki 2012*, s. 108–109.

<sup>124</sup> Terminologisena huomautuksena todettakoon, että jatkossa määräävää markkina-asemaa ja dominanssia käytetään synonyymeina, samoin määräävässä asemassa olevaa yritystä ja dominanttia yritystä.

suljenta eli eksklusionaarinen väärinkäyttö).<sup>125</sup> Seuraamuksena edellä mainituista kilpailunrikkomuksista käytetään kieltojen lisäksi sakkoa tai seuraamusmaksua (ks. kilpailu oikeudellisen täytäntöönpanoasetuksen 1/2003 23 artikla, kilpailulain 12 §).

Kolmas päälohko on yrityskauppavalvonta (ks. EU:n sulautuma-asetus 139/2004, kilpailulain 4 luku), johon on viimeaikaisten oligopolivalvontaa painottavien muutosten johdosta ja tämän työn kysymyksenasettelun näkökulmasta syytä tehdä lyhyt ekskursion. Sellainen yrityskauppa voidaan kieltää, joka toteutuessaan olennaisesti estää tehokasta kilpailua *erityisesti* siitä syystä, että sillä luodaan määräävä markkina-asema tai vahvistetaan sitä (ns. *SIEC-testi (significant impediment of effective competition)*, ks. sulautuma-asetuksen 2 artikla, kilpailulain 25 §). Yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on, että haitallisten markkinarakenteiden synty ja markkinoiden keskittyminen yrityskauppojen kautta voidaan etukäteisesti estää, mikä itsessään turvaa kilpailua ja lisäksi vähentää jälkikäteisvalvonnan tarvetta.<sup>126</sup> Yrityskauppavalvontaa käsitellään seuraavassa esityksessä sen etukäteisluonteen vuoksi ensimmäisenä ja tämän jälkeen käsitellään jälkikäteisvalvonnan keinoja.

#### 4.2. Yrityskauppavalvonta ja oligopolit

Yrityskauppavalvonnan aineellinen testi koski aiemmin pelkästään määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista (ns. *dominanssi-testi*)<sup>127</sup>, joten SIEC-testi on ainakin teoreettisesti merkittävä uudistus aiempaan nähden. Sulautuma-asetuksen resitaaliosan 25 kohdan mukaan on erityisen tärkeää säilyttää tehokas kilpailu oligopolimarkkinoilla. Aineellisen testin muuttamistarve ilmeni kun komissio kielsi yrityskaupan *Airtours / First Choice* -päätöksessään<sup>128</sup>, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin myöhemmin ku-

---

<sup>125</sup> Ks. tarkemmin *Kuoppamäki 2012*, s. 201 ja 237–241.

<sup>126</sup> Ks. tarkemmin *Kuoppamäki 2012*, s. 295.

<sup>127</sup> SIEC-testiin siirryttiin unionitasolla sulautuma-asetuksen myötä vuonna 2004 ja Suomessa kilpailulain säätämisen myötä 2011. Ensimmäinen yhteisön yrityskeskittymäasetus annettiin vuonna 1989 (asetus 4064/89) ja sitä muutettiin vuonna 1997 asetuksella 1310/97. Ensiksi mainitun asetuksen 2(3) artikla kuuluu seuraavasti: ”A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.” Kumotun kilpailunrajoituksista annetun lain (480/1992) 11d § kuului seuraavasti: ”Markkinaoikeus 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 oleellisella osalla.” Ks. EU:n yrityskauppavalvonnan aineellisen testin kehityksestä tarkemmin *Fountaukakos – Ryan*, s. 277–282.

<sup>128</sup> Päätös IV/M 1524 22.9.1999, *Airtours / First Choice*.



mosi<sup>129</sup>. Tapauksessa sulautuman seurauksena suurten markkinatoimijoiden määrä olisi pudonnut neljästä kolmeen, minkä johdosta ne komission mukaan olisivat pystyneet *yksipuolisesti* korottamaan hintojaan, jolloin niillä tulisi katsoa olevan yhteinen määräävä markkina-asema.<sup>130</sup> Tämä ei kuitenkaan tuomioistuimen mukaan mahtunut yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen piiriin.<sup>131</sup>

Tapauksen ytimessä oli jaottelu yrityskauppojen koordinoituihin eli yhteensovitetuihin ja ei-koordinoituihin eli yhteensovittamattomiin vaikutuksiin. Aukko yrityskauppavalvonnassa johtui siitä, että jälkimmäiset eivät mahtuneet yhteisen dominanssin piiriin ja tästä johtuen SIEC-testiin oli tarpeen siirtyä. Koordinoituidut vaikutukset tarkoittavat sitä, että yritykset sulautuman myötä paljon todennäköisemmin ja helpommin harjoittavat toimintojensa yhteensovittamista eli koordinaatiota.<sup>132</sup> Ei-koordinoituilla vaikutuksilla taas viitataan siihen, että keskittymä voi nostaa hintojaan taloudellisesti kannattavasti muista markkinatoimijoista riippumatta, ts. yksipuolisesti.<sup>133</sup> Sulautuma-asetuksen resitaaliosan 25 kohdassa viitataan juuri tällaisiin ns. koordinoimattomiin vaikutuksiin:

Tietyissä olosuhteissa keskittymät, jotka aiheuttavat sen merkittävän kilpailupaineen poistumisen, joka sulautuvilla osapuolilla oli toisiinsa nähden, sekä jäljelle jääviin kilpailijoihin kohdistuvan kilpailupaineen pienentyminen voivat jopa oligopolin jäsenten välisen koordinoinnin todennäköisesti puuttuessa olennaisesti estää tehokasta kilpailua.

Aineellisen testin muuttamisen tarkoituksena on myös kilpailulakia koskevan hallituksen esityksen mukaan nimenomaan turvata kilpailua oligopolimarkkinoilla, joiden osalta do-

---

<sup>129</sup> Asia T-342/99 *Airtours*.

<sup>130</sup> Ks. päätöksen kohta 54, jossa komissio toteaa: ”it is not a necessary condition of collective dominance for the oligopolists always to behave as if there were one or more explicit agreements (e.g. to fix prices or capacity, or share the market) between them.” Tarkemmin yhteisen dominanssin käsitteestä ks. alaluku 4.3.

<sup>131</sup> *Whish – Bailey*, s. 864–867. Tarkemmin sanottuna kyse on näytöstä, jonka osalta komission katsottiin tehneen virheitä. Yrityskaupan kieltäminen ei voi perustua vain siihen, että kaupan seurauksena jäljelle jäävät yritykset rajoittaisivat tuotantoa ja nostaisivat hintoja. Ks. tarkemmin tapauksen arvioinnista *Stroux*.

<sup>132</sup> Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, kohta 22.

<sup>133</sup> *Lindberg*, s. 760. Ks. myös suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, kohdat 22–57. Aiheeseen ei tässä yhteydessä syvennytä enempää, tarkemmin koordinoitujen ja ei-koordinoitujen vaikutusten eroista ks. myös *Whish – Bailey*, s. 869–873.

minanssitesti jätti valvontaan aukkokohtaan.<sup>134</sup> Esitöissä mainitaan potentiaalisena soveltamistilanteena yrityskauppa, jolla toiseksi ja kolmanneksi suurin markkinatoimija yhdistyvät, mutta uudesta yrityksestä ei tule markkinajohtajaa.<sup>135</sup> *Kuoppamäki* taas mainitsee tilanteen, jossa pieni, mutta aggressiivinen kilpailija ostetaan pois markkinoilta.<sup>136</sup>

Voidaan sanoa, että uusi testi paikkasi yrityskauppa-valvonnassa olleen aukkokohtaan tavalla, joka turvasi myös soveltamiskäytännön jatkuvuuden ja oikeusvarmuuden.<sup>137</sup> On kuitenkin kyseenalaista, onko aineellisen testin muuttamisella käytännössä mainittavaa merkitystä. Komission horisontaalisia sulautumia koskevissa suuntaviivoissa todetaan olevan odotettavissa, että useimmat kieltopäätökset perustuvat jatkossakin todettuun määrääväan asemaan.<sup>138</sup> Kilpailulaki 2010 -työryhmän mietinnössä todettiin tähän liittyen seuraavaa:

EY:n sulautuma-asetuksen soveltamisesta saatujen kokemusten perusteella voidaan todeta, että testin muuttaminen ei ole käytännössä johtanut suuriin muutoksiin Euroopan komissiolle ilmoitettavien yrityskauppojen arvioinnissa. Testin vaihtamisen jälkeen komissio on tutkinut yhteensä yli 1300 yrityskauppa. Tehtyjen päätösten tarkastelu osoittaa, että korkeintaan muutamissa yksittäisissä tapauksissa, joihin komissio on puuttunut, on ollut kyse sellaisista yrityskaupoista, joihin ei olisi voitu puuttua myös dominanssitestillä.<sup>139</sup>

Myös kilpailulain esitöissä todetaan, että tällaiset tapaukset ovat harvinaisia eikä uuden testin tarkoituksena ole ollut merkittävästi korottaa kieltokynnystä.<sup>140</sup>

Etukäteis- ja jälkikäteisvalvontaa ei tule sekoittaa keskenään, mutta oligopolimarkkinoiden kilpailun toimivuuden turvaamisen painottaminen yrityskauppa-valvonnan puolella on huomionarvoista yleisemminkin oligopoliproblematiikan kannalta. Kilpailun turvaamista tällaisilla markkinoilla on erityisesti korostettu, mikä herättää kysymyksen, onko valvonnan tiukentaminen yrityskauppa-valvonnan osalta riittävä uudistus, vai tarvitaanko vielä

---

<sup>134</sup> HE 88/2010 vp, s. 28 ja 70.

<sup>135</sup> Tässä on kyseessä samankaltainen tilanne kuin edellä mainitussa *Airtours*-tapauksessa. Lisäedellytyksenä SIEC-testin tarpeelle on siis tällaisessa tilanteessa se, että markkinajohtajalla ja yhdistymisen seurauksena syntyneellä yrityksellä ei voida katsoa olevan yhteistä määräävää markkina-asemaa (yhteisen dominanssin käsitteestä ks. alaluku 4.3.)

<sup>136</sup> *Kuoppamäki 2012*, s. 323.

<sup>137</sup> *Fountaukakos – Ryan*, s. 288–291.

<sup>138</sup> Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, kohta 4.

<sup>139</sup> Mietinnön s. 68.

<sup>140</sup> HE 88/2010, s. 71.

muita keinoja. Tältä osin on huomattava, että SIEC-testillä on pyritty paikkaamaan nimenomaan ei-koordinoitujen vaikutusten valvontaan jättämää aukkoa – hiljaisen kolluusion haittavaikutuksia on pystytty yrityskauppa-valvonnassa estämään jo aiemmin yhteiseen määräävään markkina-asemaan tukeutuen. Jälkikäteisvalvonnan tehokkuuden arvioinnin kannalta ei SIEC-testiin siirtymisestä siten pidä tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Uuden testin käytännön erojen vanhaan verrattuna voidaan katsoa olevan varsin minimaalisia ja realisoituvan harvoin, eikä se siten ratkaise oligopolisääntelyn ongelmia.

### **4.3. Yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen soveltaminen oligopolimarkkinoilla**

#### *4.3.1. Yhdenmukaistettu menettelytapa*

SEUT 101 artiklan soveltaminen ei edellytä nimenomaisen sopimuksen olemassaoloa. SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n mukaan sellaiset elinkeinonharjoittajien yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on merkittävästi estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy, rajoittuu tai vääristyy, ovat kiellettyjä. Siinä missä sopimuksella sovitaan yhteisestä toimintalinjasta nimenomaisesti, toiminnan yhdenmukaistaminen on epäsuorempi tapa rajoittaa kilpailua. Yksi keino puuttua oligopolien toimintaan voisikin olla yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen tulkinnan laajentaminen koskemaan hiljaista kolluusiota.

*Kuoppamäen* mukaan yhdenmukaistetun menettelyn tunnusmerkit ovat seuraavat: 1) yritysten välillä on havaittavissa suullista tai kirjallista yhteydenpitoa; 2) yhteydenpito sisältää yhteistoimintaa, joka luonteeltaan poikkeaa normaalista kilpailukäyttäytymisestä, esim. poistaa yrityksen tulevaa käyttäytymistä koskevan epävarmuuden; ja 3) yhteydenpito vaikuttaa yritysten markkinakäyttäytymiseen, joko säilyttämällä sen ennallaan tai muuttamalla käyttäytymistä.<sup>141</sup> Esimerkki yhdenmukaisesta menettelytavasta on tulevaa hinnoittelua koskevan tiedon luovuttaminen kilpailijalle. Tällä tavoin voitaisiin helposti kiertää nimenomaisen sopimuksen kieltoa ja siksi tällaisen tietojenvaihdon on oltava kiellettyä.<sup>142</sup>

Hiljaisella kolluusiolla taas tarkoitetaan edellä kuvattua oligopolitilannetta, jossa yritykset tunnistavat keskinäisen riippuvuutensa ja päätyvät yhdenmukaiseen toimintaan ilman ni-

---

<sup>141</sup> *Kuoppamäki 2012*, s. 110–111. Yhteisöjen tuomioistuimen määritelmän mukaan sellaisella menettelytavalla tarkoitetaan yritysten välistä yhteistoiminnan muotoa, jolla korvataan tietoisesti kilpailun riskit yritysten välisellä käytännön yhteistyöllä, ilman että tehtäisiin varsinaista sopimusta (ks. esim. asia C-08/08 *T-Mobile*, kohta 26).

<sup>142</sup> Ks. horisontaaliset suuntaviivat, kohdat 60 ja 73.

menomaisia tai epäsuoria kontakteja.<sup>143</sup> *Kuoppamäen* määritelmää seuraten hiljainen kolluusio ei mahdu yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen piiriin, koska yhteydenpitoa yritysten välillä ei ole. Kyse on EU:n ja Suomen kilpailuoikeuden tämän hetkisen käsityksen mukaan yritysten mukautumisesta havaitsemaansa kilpailijoiden toimintaan ja markkinaolosuhteisiin rationaalisella tavalla, mikä ei ole kiellettyä.

Kysymys yhdenmukaistetun menettelytavan kiellon soveltumattomuudesta ei ole kuitenkaan aivan näin yksinkertainen. Konkreettисessa tapauksessa analyysiä ja rajanvetoa on tehtävä sen suhteen, miten strateginen tieto päätyy kilpailijalle ja milloin kyse on kielletystä tietojenvaihdosta ja sitä kautta yhdenmukaistetusta menettelytavasta.<sup>144</sup> Oikeuskäytännön tarkastelu paljastaa havainnollisesti ongelman. EY-tuomioistuin totesi *ICI v. komissio* -ratkaisussa, että yritysten toiminnan samanlaisuutta ei voida sellaisenaan samaistaa yhdenmukaistettuun menettelytapaan. Jokaisella tuottajalla on mahdollisuus muuttaa vapaasti hintojaan ja ottaa siinä huomioon kilpailijoittensa todellinen tai oletettu toiminta.<sup>145</sup>

Samaan hengenvetoon tuomioistuin kuitenkin lausui, että yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaolo voi ”käydä ilmeiseksi osapuolten käyttäytymisestä” ja *yhdenmukainen* toiminta voi olla vahva indikaatio *yhdenmukaistetusta* toiminnasta, jos se johtaa sellaisiin kilpailuolosuhteisiin, jotka eivät vastaa markkinoilla normaalisti vallitsevia olosuhteita.<sup>146</sup> Hiljaisen kolluusion teoriahan ennustaa, että juuri näin tapahtuu. Tällaiset tilanteet ovat siis sellaisia, joissa kilpailijakontaktien olemassaoloa ei osoiteta fyysisin todistein vaan pi-

---

<sup>143</sup> *Whish – Bailey*, s. 559.

<sup>144</sup> Strategisella tiedolla tarkoitetaan tässä tietoa, joka pienentää strategista epävarmuutta markkinoilla, ja helpottaa yhteistyötä, siis toisin sanoen pienentää epävarmuutta kilpailijoiden tulevasta kilpailun kannalta merkityksellisestä toiminnasta (ks. horisontaaliset suuntaviivat, kohta 61). Strategisinta tietoa ovat hintoja ja tuotantomääriä koskevat tiedot, tämän jälkeen kustannuksia ja kysyntää koskevat (suuntaviivojen 86 kohta). Tietojenvaihdosta tarkemmin ks. horisontaalisten suuntaviivojen 2 luku.

<sup>145</sup> Asia 48/69, *ICI v. komissio*, kohdat 66 ja 118. Kyseessä on ns. väriainetapaus, jota on syytä selostaa lyhyesti tilanteen hahmottamiseksi. Väriainetuottajat implementoivat vuosina 1964–1967 kolme samanaikaista hintojen korotusta, joiden oikeuttamiseksi ne vetosivat hiljaisen kolluusion teoriaan ja siihen, ettei mitään sopimusta niiden välillä ollut. Komissio onnistui osoittamaan tarvittavat kilpailijoiden väliset kontaktit ennen hintojen nostamista ja siten yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaolon tapauksessa (*Alese*, s. 379–381).

<sup>146</sup> Kohdat 65–66. Seuraavassa kohdassa todetaan vielä, että erityisen epäilyttävää on, jos osapuolet pystyvät vakiinnuttamaan hintatason kilpailullisen tason yläpuolelle. *Black* on hahmotellut yhdenmukaistetun menettelyn ja kilpailijakontaktien ongelmaa teoreettisesti. Voidaan ajatella että puhuja kommunikoi *oman* intentionsa, jonka hän olettaa kuulijan tunnistavan, ja olettaa myös tämän tunnistamisen aiheuttavan kuulijassa tietyn reaktion. Tämän kommunikaation ja kuulijan reaktion välillä on oltava syy-yhteys, joka ei edellytä kuulijalta irrationaalisia ajatuskulkuja (*Black*, s. 341–346). *Blackin* artikkeli on mielenkiintoinen yritys tehdä yhdenmukaistetun menettelytavan määrittelyn edellyttämää rajanvetoa siitä, milloin kyseessä on kielletty kilpailijakontakti ja milloin ei.

kemminkin taloudellisella argumentaatiolla. Kilpailijakontaktien olemassaolo kuuluu siinä näiden linjausten mukaan tai niistä huolimatta yhdenmukaistetun menettelytavan määrittelymään, mutta se voitaisiin todistaa (arkijärjellä ajateltuna hieman nurinkurisen tuntuisesti) taloudelliseen aineistoon perustuen. Tosin *Alesen* mukaan tällaista ei käytännössä esiinny.<sup>147</sup> EY-tuomioistuin myös tarkensi ns. *Wood Pulp II* -tapauksessa, että tällainen on mahdollista vain, jos yhdenmukaiselle toiminnalle ei ole mitään muuta ajateltavissa olevaa selitystä.<sup>148</sup> Markkinoiden oligopolistinen tendenssi voi siten perustella hintojen yhtenevyyden.<sup>149</sup>

*John Deere* -ratkaisussa tuomioistuin puolestaan totesi yhdenmukaistettuun menettelytapaan liittyen tietojenvaihdosta seuraavaa:

jokaisen yrityksen on itsenäisesti määrättävä yhteismarkkinoilla noudattamukseen aikomastaan toimintalinjasta ja niistä sopimusehdoista, joita se aikoo tarjota asiakaskunnalleen. --- vaikka tämä itsenäisyysvaatimus ei sulje-kaan 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, jonka tarkoituksena tai vaikutuksena olisi sellaisten kilpailuolosuhteiden muodostuminen, jotka eivät vastaisi tavanomaisia olo-  
suhteita kyseisillä markkinoilla.<sup>150</sup>

Niin kauan kuin yritys tekee hinnoittelupäätöksensä itsenäisesti, sen toiminta on täysin sallittua. Eri asia on sitten se, miten rajanvetoa yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaolon suhteen käydään.<sup>151</sup> Mielenkiintoisia tilanteita syntyy esimerkiksi, jos tietoja julkaistaan julkisesti vaikkapa sanomalehdessä. Horisontaalisten suuntaviivojen 63 kohdan

---

<sup>147</sup> *Alese*, s. 383. Huom. hän käyttää hiljaisesta kolluusiosta termiä ”non-collusive oligopoly”. *Alese* huomauttaa myös, että vaikka hinnat olisivat samat, yritykset kilpailevat muilla kilpailutekijöillä, kuten laadulla ja alennuksilla (*Alese*, s. 380–381). Siksi tuomioistuimen linjaa väriainetapauksessa voidaan pitää varsin kyseenalaisena.

<sup>148</sup> Asia C-89/85 ym., kohta 71.

<sup>149</sup> *McGregor*, s. 434–435.

<sup>150</sup> Asia C-7/95, kohdat 86–87.

<sup>151</sup> Ks. erityisesti horisontaalisten suuntaviivojen kohdat 65–68.

mukaan kyse ei tällöin pääsääntöisesti olisi yhdenmukaistetusta menettelytavasta, pois lukien tilanteet, joissa tällaisessa ilmoituksessa kehoitetaan yhteistyöhön.<sup>152</sup>

Mielestäni näin yksioikoisesti ei asiaa kuitenkaan tule arvioida. Ratkaisevaa merkitystä ei tulisi olla tietojenvaihdon muodolla, vaan *John Deere* -tapauksen itsenäisyysvaatimukseen viitaten sillä, onko tällaisella julkisella ilmoituksella jokin toiminnan yhteensovittamisesta erillinen perusteltu syy. Jos tilanteiden tarkoitus ja vaikutukset ovat samat, ei kilpailuolueudessa tulisi suhtautua eri tavalla yritysten välisiin sähköposteihin ja sanomalehdessä julkaistuu ilmoitukseen. Voidaan myös olettaa, että yritykset pyrkivät välttämään selvästi epäilyttäviä toimintatapoja ja käyttämään harmaalle alueelle sijoituvia keinoja.

Käsitykseni mukaan oligopolistisilla markkinoilla olisikin syytä suhtautua tiukasti oligopoliyriyten harjoittamaan strategisten tietojen vaihtoon tai julkistamiseen, sillä se fasilitoi kolluusiota ja juuri tätä kilpailuviranomaiset pyrkivät ehkäisemään.<sup>153</sup> Yritysten tulisi pystyä perustelemaan tietojen julkaisemisen tehokkuusedut vakuuttavasti.<sup>154</sup> Jos havaitaan, että tällaisen julkisen ilmoituksen jälkeen kilpailijat ovat mukauttaneet toimintansa ilmoituksen mukaisesti, on tämä indikaatio siitä, että tietoja julkaissut yritys toimii oligopolissa hintajohtajana. On selvää, että yritysten oikeutta mukautua markkinaolosuhteisiin on kunnioitettava, mutta mielestäni perustellusti voidaan kysyä, mikä kolluusion fasilitoimisesta poikkeava peruste yrityksellä on tietojen julkaisemiseen. Jos yritys sitten pystyy osoittamaan tällaisen perusteen olemassaolon vakuuttavasti, ei yhdenmukaistetusta menettelytavasta ole kyse.

Horisontaalisten suuntaviivojen mukaan tietojenvaihdon kilpailuvaikutuksia on arvioitava tapauskohtaisesti. Jotta tietojenvaihdolla olisi kilpailua rajoittavia vaikutuksia, sillä on oltava tuntuva kielteinen vaikutus vähintään yhteen kilpailuparametriin.<sup>155</sup> Tietyt markkinaolosuhteet voivat johtaa siihen, että yhteensovittaminen on helpommin toteutettavissa tai että sen ylläpitäminen sisäisesti tai ulkoisesti on helpompaa. Tietojenvaihdon kilpailua

---

<sup>152</sup> Suuntaviivojen mukaan yhdenmukaistetusta menettelytavasta voi tällaisessa tilanteessa olla kyse esimerkiksi, kun ilmoituksen jälkeen muut kilpailijat antavat vastaavanlaisia ilmoituksia – tämä voi olla strategia päästä yhteiseen sopimukseen yhteensovittamisen ehdoista.

<sup>153</sup> Ks. *Bennett – Collins*, s. 320–324. Tässä voidaan erottaa kolme pääasiallista mekanismia: tietojenvaihto auttaa yhteisymmärryksen löytämisessä sekä edesauttaa koordinaation sisäistä ja ulkoista vakautta.

<sup>154</sup> Tehokkuuseduista ks. horisontaalisten suuntaviivojen kohdat 95–104. Ks. myös *Bennett – Collins*, s. 314–320.

<sup>155</sup> Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 75. Kilpailuparametrejä ovat esimerkiksi hinta, laatu ja tuotevalikoima.

rajoittavia vaikutuksia arvioitaessa on tärkeää ottaa huomioon sekä alkuperäiset markkinaolosuhteet että se, kuinka tietojenvaihto muuttaa näitä olosuhteita.<sup>156</sup> Oligopolimarkkinoilla tietojenvaihto helpottaa toiminnan yhteensovittamista, mikä on otettava huomioon kilpailuvaikutusten arvioinnissa. Tietojenvaihdon julkisuus pienentää komission mukaan kilpailuvastaisen lopputuloksen todennäköisyyttä.<sup>157</sup> Soveltamislinjan tiukentaminen tältä osin voisi toimia yhtenä osaratkaisuna tässä tutkielmassa kuvattuun oligopoliongelmaan. Yhdistettynä yhteisen määräävän markkina-aseman tehokkaampaan soveltamiseen tämä saattaisi mahdollisesti ratkaista ongelman ilman uutta sääntelyäkin.

#### 4.3.2. *Posnerin kolluusioteoria*

Unionin tuomioistuinten periaatteellinen linja yhdenmukaistetun menettelytavan suhteen on sinänsä vakiintunut ja selvä, vaikka käytännön soveltamisen osalta herääkin kysymyksiä. Tässä yhteydessä voidaan nostaa esille, että vielä pidemmälle meneviäkin näkemyksiä on esitetty. *Richard Posner* on argumentoinut laajemman tulkinnan ja muutoinkin perinteisestä vahvasti eroavan oligopoliteorian puolesta. Kuten edellä kävi jo ilmi, *Posner* on kritisoinut vahvasti perinteistä hiljaisen kolluusion teoriaa. Hänen mukaansa oligopolistinen markkinarakenne on yleensä välttämätön edellytys hintasopimuksen ylläpitämiselle, koska yritysten määrän kasvaessa myös erilaiset kartellin ylläpitoon liittyvät ongelmat moniker- taistuvat.<sup>158</sup>

*Posner* rinnastaa nimenomaisen kartellisopimuksen ja hiljaisen kolluusion toisiinsa. Hänen mielestään hiljainen kolluusio on kartelliin verrattavissa olevaa vapaaehtoista toimintaa, jota on pyrittävä kartellikiellon ja rangaistusten avulla ehkäisemään.<sup>159</sup> Taustalla on siis ajatus siitä, että niin sanottu ”hiljainen” kolluusio ei ylipäänsä ole valtaosassa tapauksia mahdollista, vaan taustalla on jonkinlaisia yritysten välisiä kontakteja, joita ei vain ole havaittu. Duopoliesimerkkiä käyttäen *Posnerin* mukaan voidaan ajatella että toinen yritys

---

<sup>156</sup> Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 76.

<sup>157</sup> Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 94.

<sup>158</sup> *Posner*, s. 1569–1571. Esimerkiksi kun uusia yrityksiä tulee markkinoille, ne pitää joko ottaa mukaan yhteistyöhön, mikä vähentää kunkin yrityksen voittoja, tai jättää ulkopuolelle ja kantaa tästä aiheutuvat riskit. Mitä enemmän yrityksiä on, sitä vaikeampaa on myös sopia kaikille sopivista hinnoista ja sopimisesta aiheutuvat kustannukset kasvavat. Myös sovitun linjan noudattamisen valvominen vaikeutuu ja käy kalliimmaksi.

<sup>159</sup> *Ibid*, s. 1575–1576. Amerikkalainen *Posner* kirjoittaa luonnollisesti Sherman Actista, jonka § 1 kuuluu seuraavasti: ”Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.” Sama ajatus voidaan sinänsä helposti siirtää SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n tulkintaan, joten *Posnerin* ajatuksia on tässä mahdollista arvioida eurooppalaisesta näkökulmasta.

tekee ”tarjouksen” rajoittamalla omaa tuotantoaan, jonka toinen yritys hyväksyy toimimalla samoin.<sup>160</sup> Tällainen tulkinta mahdollistaisi siis EU-kontekstissa hiljaiseen kolluusioon puuttumisen suoraan SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n kartellikiellon perusteella.

Arvioidaan tätä ajatusta ensin sopimusoikeudellisesti. Sopimuksella tarkoitetaan kahden osapuolen välillä vaikuttavia yksityisoikeudellisin määräämistoimin perustettuja velvoitteita ja niitä vastaavia oikeuksia.<sup>161</sup> Sopimuksen ei välttämättä tarvitse perustua havaittavissa oleviin tahdonilmauksiin. Edellä kuvatun kaltaista ”sopimusta” voidaan tarkastella Suomen oikeudessa *konkludenttisen* eli hiljaisen sopimuksen käsitteen avulla. Konkludenttisen sopimuksen olemassaolo tulee arvioitavaksi jos katsotaan, ettei nimenomaista sopimusta ole tehty missään muodossa (kirjallisesti eikä suullisesti). Tyypillisesti konkludenttinen sopimus tulee *Hemmon* mukaan käsille tilanteessa, jossa osapuolet harjoittavat yhteistoimintaa, joka osoittaa sopimussuhteen olemassaoloa, mutta sopimuksen syntyajankohtaa ja -tapaa ei kyetä osoittamaan.<sup>162</sup>

Konkludenttisiin sopimuksiin on suhtauduttava varauksella, jottei ketään vahingossa katsota sidotuksi oikeustoimeen, johon tämä ei ole ollut halukas ryhtymään.<sup>163</sup> Laventavalla tulkinnalla kilpailijoiden välinen hiljainen koordinaatio voisi kuitenkin mahtua määritelmän piiriin ja tulla katsotuksi sopimukseksi, koska ”yhteistoiminta”-kriteerin voidaan katsoa täyttyvän – posnerilainen tarjous on tällöin hyväksytty.<sup>164</sup> On kuitenkin muistettava, että kilpailuoikeuden sopimus-käsite on itsenäinen, eikä riippuvainen siviilioikeuden määritelmistä.<sup>165</sup> Kilpailuoikeudellisen sopimus-käsitteen sisältöä määrittelee viime kädessä EU-tuomioistuin, eikä se ole tulkinnassaan mennyt näin pitkälle.

---

<sup>160</sup> *Posner*, s. 1576.

<sup>161</sup> *Hemmo*, s. 13.

<sup>162</sup> *Hemmo*, s. 133–136. Tyypillinen tilanne on esimerkiksi sellainen, että osapuolet ovat käyneet sopimusneuvotteluja ja ryhtyneet toimimaan sopimuksen mukaisesti ilman, että sopimusta kuitenkaan on viimeistelty. Välttämätöntä kuitenkaan ei ole, että mitään neuvotteluja olisi käyty. *Hemmo* mainitsee tapauksen KKO 1997:152, jossa ammattiliiton ja työntekijän välillä ei ollut sovittu siitä, että liitto valvoisi työntekijän saatavia työnantajan konkurssissa. Liiton tosiasiallinen toiminta osoitti, että se oli ottanut valvonnan tehtäväkseen, jolloin konkludenttisen sopimuksen katsottiin syntyneen.

<sup>163</sup> *Hemmo*, s. 134.

<sup>164</sup> Laventavalla tulkinnalla tarkoitetaan lakitekstin soveltamista sen luonnollisen merkityssisällön ulkopuolelle (*Aarnio*, s. 258). Tämä on lähellä oikeusaukon täyttämistä analogiatulkinnalla, jossa ”laajennetaan” tulkinta olennaisesti samankaltaiseen tapaukseen (*Aarnio*, s. 173, 258). Oligopoliongelman kohdalla voitaisiin ajatella kyseessä olevan täyttämistä edellyttävä oikeudellinen aukokohta.

<sup>165</sup> *Leivo ym.*, s. 126.



*Posnerin* argumentaatio on yhtäältä houkuttelevaa, koska se olisi yksinkertainen ja nykyisten kilpailusääntöjen puitteissa toteutettavissa oleva tapa paikata oligopolikontrollin mahdollinen aukko. Toisaalta se törmää kysymyksenasettelun kannalta perustavanlaatuisen ja aina esiin tulevaan ongelmaan – näin toimimalla yrityksiä käytännössä pakotettaisiin toimimaan epärationaalisesti. Nähdäkseni tämän pulman älyllisesti tyydyttävässä ratkaisussa piilee viime kädessä koko oligopoliongelman ratkaisu ja siksi määräävän aseman käsitteen kautta operointi on oligopolisääntelyssä loogisempi vaihtoehto, kuten jäljempänä tarkemmin argumentoidaan.

Lisäksi ja erityisesti on otettava huomioon tietyt oikeusturvaperiaatteet, jotka estävät EU:n tuomioistuimia päätyvästä posnerilaiseen tulkintaan. SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n rikkomisesta voidaan määrätä hallinnollinen seuraamus, eli seuraamusmaksu. Kyseessä ei ole rikos, eikä rikosoikeudellinen seuraamus<sup>166</sup>, mutta tiettyjä rikosoikeudellisia periaatteita on silti noudatettava myös hallinnollisia seuraamuksia määrättäessä. EU:n tuomioistuimet viittaavat säännöllisesti kilpailuoikeudellisia tapauksia koskevissa ratkaisuisaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen<sup>167</sup> 6 artiklaan, jonka mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyyttestä.<sup>168</sup> EU:n perusoikeuskirja on SEU 6 artiklan mukaan primäärioikeuden tasoinen oikeuslähde. Perusoikeuskirjan 48 artiklan mukaan jokaista syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on näytetty toteen. Lisäksi jokaiselle syytetylle taataan oikeus puolustukseen. 49 artikla koskee rikosoikeudellista legaliteettiperiaatetta, jonka mukaan rangaistusten on perustuttava lakiin. Nämä perus- ja ihmisoikeudet tekevät kuvatun kaltaisen tulkinnan mahdottomaksi.

---

<sup>166</sup> Tämä todetaan kilpailuoikeudellisen täytäntöönpanoasetuksen (1/2003) 23(5) artiklassa.

<sup>167</sup> SopS 63/1999, yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi.

<sup>168</sup> *Ortiz Blanco*, s. 20–24, sekä *Kanninen*, s. 466–469. Joskin myös sellaisia näkemyksiä on esitetty, että kilpailuoikeudelliset seuraamukset olisivat rikosoikeudellisiksi katsottavia Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan merkityksessä (ks. tarkemmin *Slater ym.*, s. 99–121). Tältä osin voidaan tehdä erottelu rikosoikeuden 'kovaan ytimeen' ja rangaistuksiin, jotka eivät kuulu perinteisen rikosoikeuden alaan, jolloin kilpailuoikeudelliset seuraamukset kuuluvat jälkimmäiseen ryhmään. Erona on, että rikosoikeudellisia seuraamuksia voi ensimmäisenä asteena määrätä vain tuomioistuin, kilpailuoikeudellisten seuraamusten osalta toimivalta tähän voi olla yhtä hyvin kilpailuviranomaisella (*Wils*, s. 205–206).

## 4.4. Yhteinen määräävä markkina-asema

### 4.4.1. Yhteisen määräävän markkina-aseman toteaminen

SEUT 102 artiklan ja kilpailulain mukaan yhden *tai useamman* yrityksen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty. Säännösten sanamuodot siis mahdollistavat sen, että useamman yrityksen voidaan katsoa olevan yhteisesti määräävässä markkina-asemassa.<sup>169</sup> Tämä mahdollistaa oligopolirytysten katsomisen yhteisesti dominanteiksi ja sitä kautta niiden toiminnan tarkemman valvonnan. Esimerkiksi yhteistä toimintalinjaa noudattava duopoli voidaan siten tiettyjen edellytysten täytyessä katsoa ikään kuin yhdeksi entiteetiksi. *Leivo ym.* toteavat, että toistaiseksi yhteisen dominanssin tunnusmerkistö on vielä vakiintumassa ja hallinto- ja oikeuskäytäntöä on tarjolla vielä niukalti.<sup>170</sup> Kuten oikeuskäytännön tutkiminen osoittaa, arviointiin sovellettavat kriteerit ovat yhä jokseenkin epäselvät.

Yhteisen määräävän aseman käsitettä on muotoiltu EY:n tuomioistuinten oikeuskäytännössä ja kriteerit ovat suhteellisen tiukat. *Italian Flat Glass* -ratkaisun mukaan yhteisellä määrääväällä markkina-asemalla tarkoitetaan sitä, että kahta tai useampaa yritystä yhdistävät tietyillä markkinoilla sellaiset *taloudelliset siteet*, joiden ansiosta ne ovat määräävässä asemassa muihin markkinatoimijoihin nähden.<sup>171</sup> *Compagnie Maritime Belge* -ratkaisussa

---

<sup>169</sup> Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite on käytössä käytännössä samansisältöisenä sekä dominanssivalvonnassa että yrityskauppavalvonnassa. Huomioon on otettava kuitenkin näiden kahden kilpailuoikeuden lohkon lähtökohtainen näkökulmaero – ensin mainitussa tarkastellaan, mitä on jo tapahtunut, kun taas jälkimmäisessä kyse on siitä, mitä luultavasti tapahtuisi jos yrityskauppa sallittaisiin. Tämä luo välttämättä tarkasteluihin eron, mutta sinänsä yhteisen dominanssin kriteerit ovat kuitenkin molemmissa tapauksissa samat. Tämä alaluku käsittelee aihepiiriä pääosin jälkikäteisvalvonnan kannalta, mutta kuten edellä on jo todettu, yrityskauppavalvonta on yksi tärkeä keino oligopolimarkkinoiden kilpailullisuuden turvaamisessa. Toisaalta *Leivo ym.* pohtivat, että dominanssi- ja yrityskauppavalvonnan erilaiset tavoitteet voisivat perustella käsitteen erilaista soveltamista näillä lohkoilla ja että yhteisen määräävän aseman jälkikäteinen soveltaminen voi luoda liiketoiminnallista epävarmuutta – yritykset eivät oikein tiedä, mitä saavat tehdä (*Leivo ym.*, s. 734).

<sup>170</sup> *Leivo ym.*, s. 723.

<sup>171</sup> Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89 *Italian Flat Glass*, kohta 358. Tapaus koski kolmea italialaista lasivalmistajaa. Huomionarvoista on se, että tarkemmin ottaen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi ratkaisussa, että *periaatteessa* mikään ei *estä* tällaisen aseman olemassaoloa, joka muotoilu ei kuulosta erityisen lupaavalta tällaisen aseman käytännöllisen toteamisen kannalta. Esimerkkeinä tällaisista taloudellisista yhteyksistä mainittiin sopimukset ja lisenssit. Tuomioistuin lisäksi moitti komissiota ratkaisussa siitä, että se oli ”kierrättänyt” SEUT 101 artiklan rikkomisen toteamiseen johtaneita faktoja 102 artiklan rikkomisen toteamiseksi – kiellettyä yhteistyötä tehneiden yritysten ei voida niin vain katsoa tämän perusteella olevan yhteisessä määräävässä asemassa, puhumattakaan että ne tällä perusteella olisivat käyttäneet tällaista asemaa väärin. Nämä artikkelit on pidettävä erillään, vaikka ne toki voivatkin tulla sovellettaviksi samassa tapauksessa.

EY-tuomioistuimien tarkensi edellytyksenä olevan, että kyseiset yritykset esiintyvät tai toimivat yhdessä markkinoilla *yhtenä yksikkönä*.<sup>172</sup> Toisin sanoen näiden taloudellisten siteiden johdosta yritykset omaksuvat saman markkinakäyttäytymisen.<sup>173</sup> Sopimuksen tai muiden oikeudellisten siteiden toteaminen ei ole välttämätön edellytys yhteisen määräävän aseman toteamiselle – ”toteaminen voi perustua myös muihin vuorovaikutussuhteisiin ja riippua sekä taloudellisesta että erityisesti kyseistä markkinarakennetta koskevasta arvioinnista.”<sup>174</sup> Taloudellisten yhteyksien käsite on kuitenkin toistaiseksi epäselvä ja oikeuskäytännössä täsmentymätön.<sup>175</sup> Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on vielä tarkentanut yhdenmuukaisen markkinakäyttäytymisen vaatimusta siltä osin, että yhteisen määräävän aseman toteaminen ei edellytä, että kyseisten yritysten väliltä puuttuisi *kokonaan* kaikki kilpailu ja markkinakäyttäytyminen olisi kaikilta osin identtistä.<sup>176</sup>

Kun oikeudellisia siteitä ei edellytetä, taloudelliset siteet ja saman markkinakäyttäytymisen omaksuminen voisivat viitata juuri hiljaiseen kolluusion oligopolimarkkinoilla ja toimia yhteisen määräävän aseman synnyttävänä tekijänä. Erityisen merkittävä tässä suhteessa on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen linjaus *Gencor*-ratkaisussa:

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 osapuo-

---

Voi sanoa, että komission ajatuksenjuoksu tapauksessa on ollut varsin omalaatuista. Tuomioistuin siis totesi komission päättelyn kyseisessä tapauksessa virheelliseksi, mutta myönsi samalla että artiklan sanamuoto mahdollistaa yhteisen määräävän aseman olemassaolon.

<sup>172</sup> Yhdistetyt asiat C-395/96 ja C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports*, kohta 36. Tapauksessa oli kyse laivakonferenssista, jonka jäsenet alensivat yhteisesti rahtihintojaan tietyillä reiteillä pääkilpailijansa markkinoilta sulkemiseksi (*McGregor*, s. 435–436). Tällaisia konferensseja koski vuoteen 2006 saakka oma ryhmäpoikkeusasetus (4056/86), jonka mukaan ne saivat sopia hinnoista ja kapasiteeteistaan. Tämä oli historiallinen järjestely, jota oli perusteltu mm. luotettavien rahtipalvelujen turvaamisella (ks. tarkemmin näistä perusteluista ja asetuksen kumoamisen syistä *Benini & Bermig*). *Compagnie*-tapauksessa siteet yritysten välillä olivat siis sopimusperusteisia ja asetelma siten hyvin erilainen verrattuna hiljaisen kolluusion tilanteeseen. Kirjallisuudessa on esiintynyt hämmennystä sen suhteen, missä määrin tällaisia erityistapauksia koskevia linjauksia voidaan pitää yleisemminkin pätevinä.

<sup>173</sup> Ks. asia C-393/92 *Almelo*, kohta 42.

<sup>174</sup> Yhdistetyt asiat C-395/96 ja C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports*, kohta 45. Tämä kysymys oli *Italian Flat Glass* -tapauksen jälkeen herättänyt kysymyksiä tuossa tapauksessa mainittujen esimerkkien vuoksi.

<sup>175</sup> *Leivo ym.*, s. 733, *Callery*, s. 144.

<sup>176</sup> Yhdistetyt asiat T-191/98 ym. *Atlantic Container Line*, kohdat 653–655. Tämänkin kysymyksen voidaan kussakin tapauksessa olettaa aiheuttavan mielenkiintoisia rajanvetokysymyksiä.

let voivat ennustaa toistensa käyttäytymisen ja niillä on tämän vuoksi vahva houkutus yhdenmukaistaa käyttäytymisensä markkinoilla niin, että ne voivat maksimoida voittonsa rajoittamalla tuotantoa hintojen nostamiseksi.<sup>177</sup>

Tällaisissa tilanteissa joudutaan myös jälleen hankaliin rajanveto-ongelmiin sen suhteen, milloin kyse on “viattomasta” markkinaolosuhteisiin reagoimisesta ja milloin tarkemman huomion arvoisesta oligopolihinnoittelusta, ja miten nämä tulisi ylipäättään määritellä.<sup>178</sup>

*Gencor*-ratkaisu koski yrityskauppavalvontaa. Juuri yrityskauppavalvonnassa on perusteltua ottaa huomioon mahdollinen kaupan jälkeinen hiljainen kolluusio. Jälkikäteisvalvonnan kannalta kriteerit puolestaan ovat kilpailuviranomaisten kannalta varsin vaativat. *Vecchin* mukaan SEUT 102 artiklan soveltaminen oligopoleihin on kuitenkin yhteisen määräävän aseman käsitteen kehityksen looginen jatkumo.<sup>179</sup> *Mezzanotte* on toisaalta oikeuskäytännön perusteella kyseenalaistanut hiljaisen kolluusion toimimisen taloudellisena yhteytenä SEUT 102 artiklan osalta, koska tuomioistuimet eivät ole tätä suoraan vahvistaneet.<sup>180</sup> EU-tuomioistuin on kuitenkin yrityskauppatapauksessa vahvistanut hiljaisen kolluusion voivan toimia tällaisena yhteytenä, kun kyseessä oli ennen yrityskauppaa *olemassa ollut* yhteinen määräävä asema<sup>181</sup>, minkä voidaan mielestäni katsoa pätevän myös SEUT 102 artiklan kohdalla.

Yhteisen määräävän markkina-aseman toteamiselle on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen *Laurent Piau* -ratkaisussa asetettu kolme edellytystä: 1) yritysten kesken pystytään valvomaan sitä, miten muut käyttäytyvät; 2) yrityksillä ei ole kannustinta poiketa keskinäisestä koordinaatiosta; ja 3) aktuaalisten tai potentiaalisten kilpailijoiden tai kuluttajien reaktiot eivät vaaranna yhteistoiminnan odotettuja tuloksia.<sup>182</sup> *Leivo ym.* huomauttavat, että tuomioistuin ei kuitenkaan ratkaisussaan seurannut näitä kriteereitä, vaan tarkasteli yhtenä

---

<sup>177</sup> Asia T-102/96 *Gencor v. komissio*, kohta 276.

<sup>178</sup> Ks. *Callery*, s. 147: ”it is possible to envisage situations where it may be difficult to distinguish between undertakings which co-ordinate their conduct silently, and undertakings which have no intention of aligning their conduct but are nonetheless naturally drawn to do so because of market conditions. To use interdependence as a link would risk the censuring of innocent undertakings.” Ks. myös *Vecchi*, s. 387–389.

<sup>179</sup> *Vecchi*, s. 393.

<sup>180</sup> *Mezzanotte 2009*, s. 141.

<sup>181</sup> Asia C-413/06 *Sony/BMG*, erityisesti kohta 129.

<sup>182</sup> Asia T-193/02 *Laurent Piau*, kohta 111. Yrityskauppavalvonnan puolella samat kriteerit on muotoiltu jo aiemmin mainitussa *Airtours*-tapauksessa (asia T-342/99, kohta 62). Mainittuun kolmeen edellytykseen nähden tapauksessa mainitaan lisäedellytys, joskin itsestäänselvä sellainen, että markkinoilla on mahdollisuus löytää yhteisymmärrys noudatettavasta hinta- tai tuotantotasosta.

yksikkönä toimimista ja rakenteellisia yhteyksiä.<sup>183</sup> Näin ollen yhteisen määräävän aseman arvioinnissa voidaan erottaa ikään kuin kaksi eri testiä: *Compagnie Maritime Belge* -ratkaisun mukainen ”toimiminen yhtenä yksikkönä”-testi ja *Laurent Piau* -tapauksen kriteerien mukainen testi, joiden erot, soveltaminen ja keskinäinen suhde herättävät kysymyksiä. *Compagnie*-tapauksen faktat ovat toisaalta erityislaatuiset ja näiden testien voidaan katsoa soveltuvan hieman eri tilanteissa. Nimenomaan *Laurent Piau* -testi vaikuttaisi soveltuvan hiljaisen kolluusion tilanteisiin.<sup>184</sup>

Komissio ei ole toistaiseksi soveltanut SEUT 102 artiklaa hiljaisen kolluusion tilanteisiin, eikä *Mezzanotten* mukaan ole todennäköistä, että jatkossakaan näin tapahtuisi.<sup>185</sup> Hänen mukaansa 102 artiklaa ei tulisikaan soveltaa hiljaisen kolluusion kitkemiseen, koska komissio ei käytännössä pysty erittelemään, mistä toiminnan koordinoiti kulloinkin johtuu ja on mahdollista, että koordinaatio on tiedostamatonta. Kilpailuvalvonnassa on pyrittävä välttämään syyttömien yritysten rankaisemista. Komission olisi siten kyettävä osoittamaan ensimmäisen *Piau*-kriteerin mukainen yritysten välinen monitorointimekanismi.<sup>186</sup> Jos komissio pystyy näyttämään teoreettisen ja tapauksen seikkojen mukaan järkeenkäyvän monitorointimekanismin, voisi tämä nähdäkseni olla puuttumisen kannalta riittävää. Edellä esitetyn perusteella on kuitenkin todettava, että käytännössä soveltaminen on erittäin hankalaa.

#### 4.4.2. Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

Jos yhteinen määräävä markkina-asema saadaan todettua, herää kysymys sen väärinkäytöstä. Ovatko kriteerit samat kuin yhden yrityksen tapauksissa vai onko tilanteilla sellaisia eroja, jotka perustelevat erilaisen väärinkäytön tulkinnan? Pelkkä yhteisen määräävän aseman *toteaminen* ei vielä ole riittävää kilpailun turvaamiseksi oligopolimarkkinoilla, vaan jokin väärinkäyttö on pystyttävä toteamaan, jos kilpailutilanteeseen halutaan todella vaikuttaa. Vaikka yritykset tietenkin tarkkailevat omaa markkina-asemaansa ja pelkkä oletettu määräävän aseman olemassaolokin voi jo saada yrityksen muuttamaan toimintatapojaan, on tämän aseman väärinkäyttö kuitenkin se instrumentti, jolla kilpailuviranomainen toimintaan puuttuu.

---

<sup>183</sup> *Leivo ym.*, s. 729–731.

<sup>184</sup> Komissio käsitteli *Laurent Piau* -tapauksen mukaista testiä 102 artiklan soveltamista koskevassa keskustelupaperissaan ja vaikutti puoltavan sen käyttämistä (kohdat 46–50).

<sup>185</sup> *Mezzanotte 2010*, s. 84.

<sup>186</sup> *Ibid*, s. 91–94.

Kysymystä voi lähteä tarkastelemaan yhden yrityksen määräävän aseman kautta.<sup>187</sup> Kuten EY-tuomioistuin totesi *Michelin*-tapauksessa, määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus pidättäytyä toimintatavoista, jotka heikentävät toimivaa kilpailua.<sup>188</sup> Jos yhteinen määräävä asema todetaan, oligopolirytykset tulevat siten erityisen käyttäytymisvelvollisuuden piiriin. *McGregor* on pitänyt mahdollisena, että oligopolistisilla markkinoilla jo oligopolin olemassaolo itsessään voisi olla väärinkäyttöä.<sup>189</sup> Tämä olisi kuitenkin liian pitkälle menevä linjaus, koska oligopolin olemassaolo voi johtua markkinoiden ominaispiirteistä, eikä niinkään oligopolirytysten liiallisen ahneesta voitontavoittelusta.<sup>190</sup>

Väärinkäyttöä on siis arvioitava hienovaraisemmilla kriteereillä. Kuten edellä todettiin, SEUT 101 artiklan soveltamista koskien tuomioistuimet ovat todenneet, että yritykset saavat sopeutua parhaaksi katsomallaan tavalla kilpailijoidensa käyttäytymiseen. Tätä olisi perusteltua noudattaa myös 102 artiklan soveltamisessa. Tuomioistuin on myös todennut, että pelkkä hiljainen kolluusio itsessään ei voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.<sup>191</sup> Vaikka ratkaisu onkin ajalta ennen yhteisen määräävän aseman tarkempaa kehittämistä oikeuskäytännössä, ei ole syytä olettaa, että tuomioistuin olisi asiasta nykyään eri mieltä.

Väärinkäyttökategoriat lienevät yhteisen määräävän aseman tilanteissa samat kuin yleensäkin. Kyseeseen tulee edellä mainituin tavoin joko eksplotiivinen tai eksklusionaarinen väärinkäyttö, siis esimerkiksi kohtuuton hinnoittelu tai kilpailijoiden poissulkeminen vaikkapa saalistushinnoittelun avulla. Oikeuskäytännön perusteella on myös selvää, että kukin yksittäinen yritys voi syyllistyä yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöön.<sup>192</sup> Huomioon

---

<sup>187</sup> Väärinkäytön toteamista ei käsitellä tarkasti tässä yhteydessä, vaan ainoastaan mainitaan muutamia relevanteja seikkoja. Tarkemmin aiheesta ks. esim. *Whish – Bailey*, s. 192–210.

<sup>188</sup> Asia 322/81, kohta 57.

<sup>189</sup> *McGregor*, s. 437.

<sup>190</sup> *Callery*, s. 149.

<sup>191</sup> Ks. asia 85/76 *Hoffmann-La Roche*, kohta 39.

<sup>192</sup> Ks. esim. asia T-228/97 *Irish Sugar*, kohta 66, jonka mukaan (korostus tässä) ”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 määräävä markkina-asema, voivat siten käyttää tätä asemaa väärin joko yhdessä tai yritysakohtaisesti. Riittää, että nämä väärinkäyttöä merkitsevät menettelytavat liittyvät näillä yrityksillä olevan yhteisen määräävän markkina-aseman hyväksikäyttöön.”

on kuitenkin otettava tietyt erot, joita yksittäisen yrityksen ja yhteisellä määräävällä asemalla voidaan katsoa olevan.

*O'Donoghuen* ja *Padillan* mukaan on hyvin epätodennäköistä, että yritys voisi yhteisen määräävän aseman tilanteessa syyllistyä yksinään eksploitiiviseen väärinkäyttöön. Eksklusionaaristen väärinkäyttöjen osalta tämä puolestaan olisi mahdollista, edellyttäen että menettely on osa hiljaisesti sovittua toimintalinjaa.<sup>193</sup> Näkemykseen voidaan yhtyä, sillä dominantti kokonaisuushan toimii ikään kuin yhtenä kokonaisuutena ja jos on kyse yksittäisen oligopolirytyksen väärinkäytöstä, on nähdäkseen otettava huomioon myös kilpailun dynamiikka oligopolin sisällä. Yksittäinen yritys ei tällöin sinänsä ole määräävässä asemassa, eikä sen täysin yksinään ja itsenäisesti suorittamia toimia siten myöskään voida katsoa tämän aseman väärinkäytöksi. Yleisesti ottaen se ei myöskään pystyisi suorittamaan tällaisia toimia.

*Vecchi* puolestaan huomauttaa, että markkinavoiman hyväksikäyttö oligopolissa poikkeaa tyypillisestä SEUT 102 artiklan mukaisesta määräävän aseman tilanteesta siinä, että oligopolimarkkinoilla se aiheutuu markkinarakenteesta, joka luo yritysten välille keskinäisen riippuvuuden. Hänen mukaansa kun arvioidaan yksittäisen yrityksen suorittamaa yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöä, tulee varoa sitä, että tällaiseksi luettaisiin jotakin, joka on vain oligopolistien välisen ”tietoisin parallelismin” ilmaus. Siten tällaisen väärinkäytön onkin oltava nimenomaan yhteisen määräävän aseman ilmaus, kuten *Irish Sugar* -ratkaisusta käy ilmi. Toisin sanoen sen on hyödytettävä kaikkia oligopolirytyksiä. Esi-merkkinä *Vecchi* mainitsee hintajohtajan etukäteiset hintailmoitukset.<sup>194</sup>

*Withersin* ja *Jephcottin* mukaan yhteisen määräävän aseman väärinkäyttöä arvioitaessa tulee huomioida kunkin yrityksen oma markkina-asema. Tästä seuraisi se, että joissain tilanteissa menettely, joka isomman yrityksen suorittamana katsottaisiin väärinkäytöksi, jää pienen yrityksen suorittamana rankaisematta. Tämä turvaa sellaisia pienempiä yrityksiä, joilla yksinään ei ole merkittävää markkinavoimaa, mutta jotka dominantin kokonaisuuden osana joutuvat väärinkäyttövalvonnan alaisiksi, liian ankaralta soveltamiselta.<sup>195</sup> Tässä on kuitenkin otettava huomioon yritysten yhdenvertaisen kohtelun vaatimukset, joten kirjoittajien kantaa voidaan pitää jossain määrin ongelmallisena.

---

<sup>193</sup> *O'Donoghue – Padilla*, s. 162.

<sup>194</sup> *Vecchi*, s. 386–397.

<sup>195</sup> *Withers – Jephcott*, s. 303.

*Gjendemsjø ym.* ovat argumentoineet sen puolesta, että väärinkäyttöä tulisi arvioida hie-  
man eri tavalla yhteisen määräävän aseman tilanteissa verrattuna yhden yrityksen tilantei-  
siin. Tämä johtuu siitä, että näissä tilanteissa ilmenevät kilpailuongelmat poikkeavat toisis-  
taan. Kirjoittajien mukaan yhteisen määräävän aseman tilanteissa nimittäin määräävää  
asemaa vahvistetaan heikentämällä sisäistä kilpailua, eikä niinkään pyrkimällä poissulke-  
maan ulkopuolisia kilpailijoita.<sup>196</sup> Mahdollisen tulevan oikeuskäytännön varaan jää sen  
selvittäminen, miten tämä käytännössä otettaisiin huomioon. Tällaiset toimet on syytä  
huomioida ”perinteisten” väärinkäyttöjen ohella, mutta mitään väärinkäyttömuotoja ei lie-  
ne perusteltua sulkea soveltamisen ulkopuolelle.

Oligopolien osalta potentiaalisessa väärinkäytössä voi olla tyypillisesti kyse juuri hintojen  
nostamisesta kilpailullisen tason yläpuolelle ”yhteistuumin”, ja siten potentiaalisesti SEUT  
102(a) artiklan mukaisten kohtuuttomien kauppaehtojen määrittämisestä. Kohtuuttomien  
kauppaehtojen piiriin kuuluvat myös ostajavoiman hyödyntämiset muodot, jotka kohdistu-  
vat tuotantoketjussa edelliseen portaaseen. Tässä käsitellään kuitenkin tarkemmin asiak-  
kailta perittäviä kohtuuttomia hintoja ja sitä, onko oligopolihinnoitteluun käytännöllisesti  
katsoen edes mahdollista puuttua SEUT 102 artiklan avulla. Mielestäni SEUT 102 artiklaa  
ei tule tällaisissa tilanteissa soveltaa, seuraavaksi esitettävien perustein.

Vaikka oligopolihinnoittelussa on kyse keskinäisen riippuvuuden havaitsemisesta ja ratio-  
naalisesta reagoinnista markkinaolosuhteisiin, johon yrityksillä pääsääntöisesti on oikeus,  
on yhteisessä määräävässä asemassa olevilla yrityksillä kuitenkin *Michelin*-ratkaisun mu-  
kainen erityinen velvollisuus olla vääristämättä kilpailua, samalla tavalla kuin ”normaalil-  
la” dominantilla yrityksellä. Tähän kuuluu kielto asettaa kohtuuttomia hintoja. Hintojen  
kohtuuttomuuden vaatimus sulkee ainakin teoriassa pois sen, että korkealta vaikuttavia  
hintoja, jotka johtuvat esimerkiksi toimialan kulurakenteesta, pidettäisiin väärinkäyttönä.

Teoreettiseksi lähtökohdaksi kohtuuttomuuden arvioinnissa voitaisiin ottaa täydellisen  
kilpailun tuottama hintataso, mutta koska täydellistä kilpailua ei todellisuudessa esiinny, ei  
sen mukaista hintatasoa ole mieltä edellyttää, eikä sitä myöskään käytännössä pystyttäisi  
selvittämään. EY-tuomioistuimen mukaan hintaa voidaan pitää kohtuuttomana, jos se ei

---

<sup>196</sup> *Gjendemsjø ym.*, s. 367–371. Kirjoittajat viittaavat mm. niin sanottuihin *most-favoured customer*  
ja *meet competition* -lausekkeisiin. Ensin mainituilla tarkoitetaan lausekkeitä, joiden mukaan yritys  
lupaa asiakkaalle yhtä alhaisen hinnan kuin muillekin asiakkailleen, jälkimmäisillä taas lausekkeitä,  
joissa yritys lupautuu vastaamaan kilpailijansa hintaan, jos se on tämän omaa alhaisempi. Tällaiset  
lausekkeet voivat tosiasiallisesti estää hinnanalennukset ja ylläpitää siten korkeaa hintatasoa alalla  
(*Gjendemsjø ym.*, s. 362–364).



ole missään kohtuullisessa suhteessa myydyin hyödykkeen *taloudelliseen arvoon*. Kohtuuttomuutta arvioidaan kaksiosaisella kumulatiivisella testillä, jossa verrataan ensin kustannuksia ja hintaa ja otetaan kantaa siihen, onko näiden välillä huomattava epäsuhta. Tämän jälkeen arvioidaan onko hinta kohtuuton ja epäreilu joko itsessään tai verrattuna kilpailijoiden hintoihin.<sup>197</sup> Pelkästään kustannusten ja hinnan vertaaminen ei ole riittävää, sillä taloudelliseen arvoon vaikuttavat myös kuluttajien hyödykkeelle antamat arvostukset.<sup>198</sup> Mitä enemmän kuluttaja on valmis hyödykkeestä maksamaan, sitä arvokkaampi sen voidaan taloudellisesti katsoa olevan.

Oikeuskäytännössä muotoiltu testi on kaikilta osin epämääräinen ja hinnan kohtuuttomuuden määrittäminen sen avulla käytännössä hyvin hankalaa.<sup>199</sup> Epäselvää on ensinnäkin se, mitä hyödykkeen taloudellisella arvolla oikeastaan tarkoitetaan. Kysymysmerkkeinä voidaan mainita myös kustannusten oikeanlainen määrittäminen, mukaan lukien useita tuotteita valmistavat yritykset, sekä kohtuullisen voittomarginaalin määrittäminen. Arvioinnissa on niin ikään pystyttävä havaitsemaan sellaiset ”harmittomat” tilanteet, jossa korkeat hinnat johtuvat esimerkiksi toiminnan edellyttämistä suurista investoinneista. Jos yritysten kannustimiin investoida vaikutetaan negatiivisesti, on tämä pitemmällä aikavälillä kuluttajille haitallista.<sup>200</sup>

Hintojen on oltava huomattavasti kilpailullista tasoa korkeampia, jotta väärinkäyttö voitaisiin todeta, mikä turvaa sitä, että puuttumiskynnys on riittävän korkealla. Toisaalta tälle kriteerille ei ole mitään täsmällistä mittapuuta. Yritysten kustannusten täsmällinen mittaaminen on myös vaikeaa, puhumattakaan ”riittävän” kilpailullisen hintatason määrittämisestä. Vastausten löytäminen näihin käytännön ongelmiin edellyttää arvovalintojen tekemistä. Oikeusvarmuuden kannalta tällainen on epätoivottavaa – yritykset eivät kohtuudella pysty itse arvioimaan hintojaan SEUT 102(a) artiklan kannalta.<sup>201</sup> Yleisesti ottaen yritykset voivat olettaa, ettei hintoihin tulla puuttumaan, mutta mahdolliset tapaukset tulevatkin luultavasti yrityksille täytenä yllätyksenä.

---

<sup>197</sup> Asia 27/76 *United Brands*, kohdat 250–251.

<sup>198</sup> *O’Donoghue – Padilla*, s. 612.

<sup>199</sup> Ks. *O’Donoghue – Padilla*, s. 604, jossa todetaan SEUT 102 artiklan muotoilussa oletettavan, että korkeat hinnat ovat epäreiluja, että tuomioistuimet pystyvät tunnistamaan epäreilun korkeat hinnat ja että tuomioistuimet pystyvät korjaamaan tilanteen markkinoita paremmin. Käytännön testejä on useita: voidaan käyttää hinta-kustannusvertailuja, hintavertailuja markkinoiden tai kilpailijoiden välillä, maantieteellisiä vertailuja tai eri ajankohtien hintojen vertailuja (*ibid*, s. 613).

<sup>200</sup> *Ibid*, s. 612–616, 619, 621–622.

<sup>201</sup> *Ibid*, s. 612–616, 619, 621–622.

Mainituista syistä johtuen komissio onkin pääsääntöisesti ollut haluton toimimaan hintasääntelijänä, eikä se siten yleensä halua puuttua kohtuuttomiin hintoihin. Kansalliset viranomaiset ovat olleet tässä suhteessa hieman aktiivisempia.<sup>202</sup> Pääpaino vaikuttaa joka tapauksessa olevan niissä tekijöissä, jotka ylipäänsä mahdollistavat haitallisen korkean hintatason ylläpitämisen, siis markkinoilletulon esteissä ja kilpailijoiden poissuljentaan tähtäävissä toimenpiteissä.<sup>203</sup> *O'Donoghue* ja *Padilla* joka tapauksessa sanovat, että SEUT 102(a) artiklan olemassaolo ja soveltaminen on perusteltua, kunhan mainitut ongelmat otetaan asianmukaisesti huomioon.<sup>204</sup> Toisaalla *Padilla* ja *Evans* kuitenkin väittävät, ettei sellaista soveltamismittapuuta ole löydettävissä, joka täyttäisi oikeusvarmuuden ja tehokkuuden vaatimukset.<sup>205</sup>

SEUT 102(a) artiklan soveltaminen kohtuuttomaan hinnoitteluun joudutaan edellä mainituista käytännön syistä rajoittamaan kaikkein selvimpiin tapauksiin.<sup>206</sup> Hintojen pitäminen kurissa ja sitä kautta kuluttajien kukkaron suojaaminen on kilpailuoikeuden perimmäinen tavoite, mutta pääosin sitä pyritään toteuttamaan *epäsuorasti* turvaamalla kilpailua prosessina ja kilpailullista markkinarakennetta sekä suojaamalla tehokkaita kilpailijoita määräävän yrityksen väärinkäytöksiltä. Juuri tämä kilpailuvalvonnan perusluonne jättää aukon hiljaisen kolluusion kohdalle tältä osin. Myös oligopolivalvonnan on keskityttävä epäsuoriin keinoihin turvata kilpailullista hintatasoa.

Voidaan nimittäin kysyä, mitä järkeä hiljaiseen kolluusioon puuttumisessa kohtuuttoman hinnoittelun kiellon avulla olisi, jos hintasääntelyä ei yleisesti ottaen haluta harjoittaa kuin äärimmäisissä tapauksissa – voidaanhan olettaa, että hinnat oligopolimarkkinoilla ovat kuitenkin alemmalla tasolla kuin yhden yrityksen määräävän aseman vallitessa tai monopolissa. Eri yritysten tasapuolisen ja reilun kohtelun kannalta tämä ajatus tuntuu myös vai-

---

<sup>202</sup> *O'Donoghue – Padilla*, s. 629. Vuosina 2010–2011 Kilpailuvirasto hyväksyi teleoperaattoriyrityksiltä sitoumuksia, joiden mukaisesti ne laskivat talokaapelituotteidensa hintoja. Esimerkiksi Elisa ”nosti Talokaapeli-tuotteensa hintaa 2.3.2009 230 eurosta 1820 euroon” (Kilpailuviraston päätös dnro 787/14.00.00/2009, 21.10.2010). Hinnannousu mainitussa tapauksessa on ollut varsin huomattava (790 prosenttia), mikä heijastaa kohtuuttoman hinnoittelun tapausten yleistä linjaa. Puuttumiskynnys on korkealla. Mitään yleisluontoisia rajoja tästäkään asiasta ei kuitenkaan voida esittää, mikä alleviivaa jälleen soveltamisen vaikeutta.

<sup>203</sup> *O'Donoghue – Padilla*, s. 628.

<sup>204</sup> *Ibid*, s. 605.

<sup>205</sup> *Evans – Padilla*, s. 110–111.

<sup>206</sup> *Ibid*, s. 113. Soveltamisessa aiheutuvat virheet voidaan jakaa kahteen ryhmään: ykkösluokan virheisiin (*type I*) ja kakkosluokan virheisiin (*type II*): ensimmäisessä syytön yritys todetaan syylliseksi kilpailurikkomukseen, jälkimmäisessä puolestaan syyllinen yritys jää syylliseksi toteamatta. *Evans* ja *Padilla* puoltavat kantaa, jonka mukaan ensinmainittu virheryhmä on haitallisempi, juuri sen takia, että se heikentää kannustimia investoida tuotekehitykseen (*ibid*, s. 113–116).

keasti yhteen sovitettavalta. Sellaistakaan tilannetta ei voida pitää toivottavana, että johonkin väärinkäyttömuotoon suhtauduttaisiin paljon tiukemmin oligopolien osalta kuin yksittäisen yrityksen. Kaiken kaikkiaan lienee todettava, ettei SEUT 102(a) artiklaa nykyisellään ole mahdollista soveltaa hinnoitteluun oligopolimarkkinoilla. *Pozdnakova* on argumentoinut vastakkaisen kannan puolesta, mutta ei nähdäkseni ota mainittuja ongelmakohtia millään tapaa huomioon ja hänen argumentaationsa pysyy liian yleisellä ja teoreettisella tasolla.<sup>207</sup> Teoriassa SEUT 102(a) artikla soveltuu yhteisessä määräävässä asemassa olevaan oligopoliin, mutta käytännön soveltaminen ei ole mahdollista.

*Mezzanotten* ennustus siitä, että yhteistä määräävää markkina-asemaa ei tulla soveltamaan hiljaiseen kolluusioon, alkaa siten vaikuttaa mahdollisesti oikeaan osuvalta. On kuitenkin muistettava, että muut väärinkäyttömuodot ovat silti näissä tilanteissa käytettävissä. Koska tapausmateriaalia ei ole, on oikeustilaa tältä osin hankala arvioida tarkemmin. Jokseenkin epäselvää on esimerkiksi, millä edellytyksillä yhteisessä määräävässä asemassa oleva oligopoli voi syyllistyä kilpailijoiden poissuljentaan. Komission tiedonanto ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen ei myöskään käsittele lainkaan yhteistä määräävää markkina-asemaa, joten siitä ei ole tämän asian suhteen apua.<sup>208</sup>

Poissuljenta koskevassa keskustelupaperissaan komission kilpailupääosasto (DG Competition) puolestaan pohtii seuraavaa:

Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteaminen perustuu tyypillisesti sen näyttämiseen, että määräävässä asemassa olevat yritykset ovat hiljaisesti tai nimenomaisesti seuranneet yhteistä toimintalinjaa markkinoilla, ainakin väärinkäytöksi katsottavan toiminnan osalta. Yritykset saattavat esimerkiksi yhteisesti estää kilpailijalta pääsyn infrastruktuuriin tai periä asiakkailtaan kohtuuttomia hintoja. Väärinkäytön ei kuitenkaan tarvitse välttämättä tapahtua kaikkien yritysten toimesta. On riittävää, että sen voidaan todeta olevan yhteisen määräävän aseman ilmentymä.

Näin voi olla esimerkiksi jos kyetään osoittamaan, että dominanteilla yrityksillä on eri tehtävät, esimerkiksi siten, että kukin ”puolustaa” tiettyä aluetta

---

<sup>207</sup> *Pozdnakova*, s. 134–137.

<sup>208</sup> Kohta 4.

tai asiakasryhmää markkinoilletulon sattuessa, ja että väitetty väärinkäyttö on havaittu vain yhden yrityksen osalta sen vuoksi, että markkinoilletulo on tapahtunut vain sen alueen tai asiakasryhmän kohdalla, jota kyseisen yrityksen on ollut tarkoitus puolustaa.<sup>209</sup>

Keskustelupaperin mukaan esimerkiksi saalistushinnoittelu yhteisen määräävän markkina-aseman tilanteissa on harvinaista, koska saalistuksen erottaminen hintakilpailusta on tällöin vaikeaa eikä yrityksillä ole keinoa jakaa saalistuksen aiheuttamia kustannuksia.<sup>210</sup> Näistä huomioista saadaan osviittaa komission käsityksestä yhteisen määräävän aseman väärinkäytöstä, mutta periaatteiden konkretisointi erityisesti oligopolitilanteiden osalta jää vastaisen päätös- ja oikeuskäytännön varaan.

#### **4.5. Rakenteelliset toimenpiteet**

Pääasiallisesti kilpailunrikkomustapauksissa määrätään yritysten toimintaa koskevia korjaustoimenpiteitä, yleensä siis määräys lopettaa kilpailunrikkomus ja pidättyä siitä jatkossa. EU:n kilpailuoikeudellisen perusasetuksen (1/2003) 7 artikla kuitenkin mahdollistaa myös *rakenteelliset* korjaustoimenpiteet. Kyse on siis jonkinlaisista pakotetuista yritysjärjestelyistä markkinarakenteen korjaamiseksi – yritys esimerkiksi luopuu jostakin tytäryhtiöstään tai liiketoiminnasta. On syytä mainita, että komissio ei ole toistaiseksi asetuksen 1/2003 nojalla oma-aloitteisesti tällaisiin toimiin ryhtynyt, mutta useissa tapauksissa asianosaiset yritykset ovat tarjonneet komissiolle asetuksen 9 artiklan mukaisina sitoumuksina tällaisia toimenpiteitä.<sup>211</sup> Komission haluttomuus soveltaa oma-aloitteista mahdollisuuttaan on ymmärrettävää, koska 9 artiklan mukainen menettely on sen kannalta paljon turvallisempi.

Rakenteellisten toimenpiteiden käyttö on artiklan sanamuodon mukaan viimesijainen toimenpide, jollainen voidaan määrätä vain silloin, kun ei ole olemassa yhtä tehokasta keinoa menettelyn korjaamiseksi, tai kun mikä tahansa yhtä tehokas toimenpide menettelyn korjaamiseksi olisi asianomaiselle yritykselle raskaampi. Asetuksen resitaaliosan 12 kohdassa mainitaan, että rakenteelliset toimenpiteet olisivat oikeasuhteisia vain, jos on olemassa rikkomisen jatkumisen tai toistumisen huomattava vaara, joka johtuu *nimenomaan* yrityk-

---

<sup>209</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, kohdat 74–75. Oma käännös englanninkielisestä tekstistä.

<sup>210</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, kohta 98. Ks. myös kohta 128.

<sup>211</sup> *Whish – Bailey*, s. 254 ja 255–261.

sen rakenteesta. Kilpailulaissa ei ole vastaavaa säännöstä, joten kotimaisissa tapauksissa rakenteellisia keinoja ei voida käyttää.

Rakenteelliset toimenpiteet edellyttävät siis todettua kilpailunrikkomusta. Jos tällainen pystytään oligopolimarkkinoilla toteamaan, rakenteelliset toimenpiteet voisivat teoriassa olla mahdollisia. Eri asia sitten on, olisiko niille perusteltua tarvetta. Oligopolimarkkinoilla kilpailuhaitta aiheutuu usein juuri markkinarakenteesta. Jos markkina on ns. luonnollinen oligopoli, ei yritysten pilkkomista voida pitää perusteltuna. Toisaalta jos potentiaalisia kilpailijoita pidetään keinotekoisesti markkinoiden ulkopuolella, perustellumpaa olisi pyrkiä poistamaan nämä keinotekoiset markkinoilletulon esteet ja antaa kilpailun hoitaa loput. Lisäksi määräävän markkina-aseman omaaminen ei ole kilpailunrikkomus, vaan väärinkäytössä on kyse konkreettisesta yrityksen menettelystä, johon pystytään puuttumaan toimintaa koskevin toimenpitein. Näin ollen on vaikea kuvitella tilannetta, jossa rakenteellisia toimenpiteitä voitaisiin pitää perusteltuina.

#### **4.6. Yhteenvetoa – keinojen kokonaisvaltaisen vaikuttavuuden arviointia**

Kilpailuviranomaisten käytössä olevaa keinovalikoimaa on edellä esitelty seikkaperäisesti, jotta seuraavassa luvussa pystytään arvioimaan uusien keinojen tarvetta. Edellä esitettyä on lopuksi syytä vetää lyhyesti yhteen. Kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä turvaa yrityskauppalvonta, mutta kokonaisvaltainen kontrolli edellyttää myös tehokkaita jälkikäteen valvonnan keinoja. SEUT 101 artiklan ja yhdenmukaistetun menettelytavan soveltaminen oligopoleihin on haastava kysymys, koska kyse on ennemmin siitä, että yritykset tiedostavat keskinäisen riippuvuutensa ja mukautuvat vallitsevan tilanteeseen, kuin siitä, että ne tekisivät kiellettyjä hiljaisia sopimuksia. Toisaalta koordinaatiota helpottava tietojenvaihto voidaan katsoa yhdenmukaistetuksi menettelyksi, ja siihen olisi perusteltua suhtautua nykyistä ankarammin. Tämän tulkintalinjan tarkistuksen myötä myös SEUT 101 artikla voisi osaltaan toimia yhä tehokkaammin yhtenä oligopolivalvonnan osana.

Nykyisten kilpailusääntöjen puitteissa katse on vielä käännettävä SEUT 102 artiklaan ja yhteiseen määräävään markkina-asemaan, joka täydentää valvontakokonaisuuden. EU-tasolla yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö on todettu kahdesti, *Compagnie Maritime Belge* ja *Atlantic Container Line* -tapauksissa, eikä kumpikaan tapauksista koskenut hiljais-ta kolluusiota. Yhteinen määräävä asema on yhä pahasti keskeneräinen instituutio, jota komissio ei myöskään ole ollut innokas soveltamaan, etenkin oligopolitilanteisiin. Sen

soveltamiseen liittyy edellä kuvattuja ongelmia ja epäselvyyksiä, myös väärinkäytön toteutuksen osalta näissä tapauksissa.

Oikeuskäytäntö on yhteisen määräävän aseman osalta siis edelleen kehittymässä. Yritys-kauppavalvonnan, yhdenmukaistetun menettelytavan ja yhteisen määräävän markkina-aseman muodostama valvontakeinojen kokonaisuus nähdäkseni muodostaisi oligopolivalvonnan kannalta tehokkaan ja riittävän keinovalikoiman, jos sen kaksi viimeksi mainittua osaa toimisivat myös käytännön tasolla. Tällä hetkellä näin ei missään nimessä ole. Esitetyt ongelmakohdat huomioon ottaen ei mielestäni ole lainkaan selvää, onko yhteisestä määräävästä asemasta edes kehitettävissä tehokasta oligopolivalvonnan instrumenttia. Siten on perusteltua ainakin harkita kontrolloikeinojen laajentamista paitsi EU:n tuomioistuinten kontrollimyönteisten tulkintakannanottojen kautta, myös lainsäädännöllisesti. Seuraavassa luvussa tarkastellaan, mitä tämä voisi käytännössä tarkoittaa.

## **5. Kilpailulainsäädännön uudistamistarpeen arviointia**

### **5.1. Oligopolien sääntelystä**

#### *5.1.1. Yleistä sääntelyteoriaa*

Aluksi käsitellään muutamia yleisiä sääntelyteoreettisia asioita, jotka pyritään ottamaan huomioon jatkossa, kun pohditaan oligopolien sääntelyä tarkemmin. *Baldwin ym.* ovat luetelleet ”hyvän sääntelyn” tunnusmerkkejä.<sup>212</sup> Ensinnäkin voidaan kysyä, onko sääntelyllä riittävä parlamentaarinen tuki. Tällä viitataan siihen, että sääntelyä toteuttava taho on saanut lainsäätäjältä ohjeistuksen tiettyjen tavoitteiden saavuttamiseksi. Lainsäätäjän asettamat tavoitteet voivat olla hyvinkin epämääräisiä ja jättää toteuttajalle laajan harkintavallan.<sup>213</sup>

Kilpailuoikeudellinen sääntely voidaan nähdä kokonaisuutena, joka koostuu paitsi lainsäädäntötoimista ja kilpailuviranomaisten valvontatoimista, myös tuomioistuinten valvonnasta ja ohjauksesta. EU:n tuomioistuinten käytäntö voi nykyisten kilpailusääntöjen rajoissa ulottua laajallekin (esimerkiksi yhteisen määräävän aseman käsitteen laajemman muotoilun

---

<sup>212</sup> Englanniksi ”good regulation”. Kaikkia kriteerejä ei mainita tässä, tarkemmin ks. *Baldwin ym.*, s. 26–31.

<sup>213</sup> *Ibid*, s. 27.

kautta), mutta sikäli kuin tähän kokonaisuuteen katsotaan tarpeelliseksi tehdä merkittäviä muutoksia, olisi tämä mainitun sääntelyn laatukriteerin mukaisesti asiallista tehdä lainsäädäntölähtöisesti. SEUT 103 artiklan mukaanhan neuvosto antaa komission ehdotuksesta ja Euroopan parlamenttia kuultuaan aiheelliset asetukset ja direktiivit 101 ja 102 artiklassa tarkoitettujen periaatteiden soveltamiseksi.<sup>214</sup>

Sääntelyä toteuttavan tahon menettelyiden on oltava reiluja, saavutettavia ja avoimia<sup>215</sup> ja sääntelyn olisi oltava *tehokasta*<sup>216</sup>. Vaarana on ylisääntely ja se, että sääntely johtaa sen vastakohtaan, mihin sillä pyrittiin (*perversity*).<sup>217</sup> Kilpailuoikeudellisista tehokkuuskäsitteistä on puhuttu jo edellä, mutta liian tiukka kilpailuvalvonta johtaa siihen, että yritykset pidättäytyvät sellaisistakin toimista, jotka olisivat kuluttajien intressissä. Ylisääntelyn uhkaa on torjuttava asettamalla kilpailuviranomaisten puuttumiskynnys riittävän korkealle, mutta myös tehokkaalla tuomioistuinkontrollilla mahdollisten ylilyöntien varalta. Myös oikeusvarmuuden vaatimus kytkeytyy tähän problematiikkaan.<sup>218</sup> Viranomaisten toimintalinjan on oltava kohtuullisesti ennakoitavissa, jotta yritykset pystyvät suunnittelemaan toimintaansa. Tätä voidaan osaltaan turvata suuntaviivoin ja muin vastaavin ohjeistuksin.

Sääntelyn käytännön toteuttamisessa on paitsi pystyttävä havaitsemaan puuttumista edellyttävät tilanteet, myös löydettävä toimivat *keinot* sääntelyn toteuttamiseen. Näitä keinoja on arvioitava ja mukautettava tarpeen mukaan.<sup>219</sup> Huomiota ansaitsevien tilanteiden ja asianmukaisten keinojen löytäminen oligopolikontrollissa on osittain haastava kysymys, etenkin jos kyse on hiljaisen kolluusion aikaansaamasta ylikorkeasta hintatasosta, kuten edellä on havaittu. Viranomaisvalvonta ei saa olla vain näennäistä, vaan epäkohtiin on tarpeen tullen pystyttävä puuttumaan tehokkaasti. Toisaalta, nähdäkseni uuden oligopolisääntelyn myötä myös kilpailuviranomaisten tarjoama neuvonta ja neuvotteleva ote suhteessa yrityksiin ovat tärkeitä, etenkin alkuvaiheessa.<sup>220</sup>

---

<sup>214</sup> Unionin lainsäädäntöprosessien mahdollinen demokraattisuus tai epädemokraattisuus on tietenkin asia erikseen, mutta aihetta ei käsitellä tässä tarkemmin.

<sup>215</sup> *Baldwin ym.*, s. 29.

<sup>216</sup> *Ibid.*, s. 30–31.

<sup>217</sup> *Ibid.*, s. 70 & 73.

<sup>218</sup> Oikeusvarmuudesta tarkemmin ks. *Raitio 2010*, s. 290–300.

<sup>219</sup> *Baldwin ym.*, s. 227.

<sup>220</sup> Ks. *Baldwin ym.*, s. 238–243, jossa tehdään ero ns. ”compliance”- ja ”deterrence”-tyyppisen täytäntöönpanon välille. Näistä ensinmainittu on epämuodollisempaa ja siihen kuuluvat esimerkiksi juuri neuvonanto ja neuvottelut, jälkimmäisessä puolestaan ”syyttäjä-syytetty” -asetelma on selkeä. ”Compliance”-tyyppistä täytäntöönpanoa voidaan perustella mm. kustannustehokkuudella ja informaation paremmalla kulkemisella viranomaisen ja asianosaisen välillä. Ankarana ”deterrence”-

### 5.1.2. Oligopolimarkkinoiden sääntelyn tarve

Onko oligopolien tarkempi sääntely sitten tarpeen? Alaluvussa 3.4. käsiteltiin oligopolistisia markkinoita ja havaittiin, että kilpailuolosuhteet tällaisilla markkinoilla ovat aina yksittäistapauksellisesti arvioitavia eikä yleisiä totuuksia voida juurikaan esittää. Joka tapauksessa kilpailuhaittoja saattaa esiintyä. Luvussa 4 puolestaan pyrittiin osoittamaan, että nykyisellään EU:n kilpailuoikeus ei käytännössä tarjoa kilpailuviranomaisille aidon tehokkaita keinoja puuttua havaittuihin epäkohtiin. Tilanne on kaikessa epäselvyydessään ja epävarmuudessaan valitettava ja kaipaa jonkinlaista ratkaisua, olipa se sitten viranomaisten vetäytyminen oligopolien kontrolloinnista tai sääntelyn selventäminen ja tiukentaminen. Tällä hetkellähän oikein kenellekään ei tunnu olevan selvää, mikä EU:n komission tai tuomioistuinten linja suhteessa oligopoleihin on.

*O'Donoghuen* ja *Padillan* mukaan komissio on viime vuosina alkanut ottaa taloudellisia seikkoja yhä paremmin huomioon myös SEUT 102 artiklan soveltamisessa<sup>221</sup>, mikä lieventää huolia siitä, että puuttumiskynnys asettuisi uuden sääntelyn myötä liian matalaksi ja aiheuttaisi yrityksille epävarmuutta. Tämä huomioon ottaen olisi nähdäkseni perusteltua suoda komissiolle tehokas toimivaltaperuste puuttua oligopolimarkkinoilla esiintyviin kilpailuhäiriöihin. Selvä lainsäädännöllinen perusta oligopolikontrollille myös nähdäkseni ”pakottaisi” komission ottamaan proaktiivisemmän roolin oligopolien suhteen – nykyiselläänhän se on ollut sängen haluton näin toimimaan, vaikka perusteet tälle on oikeuskäytännössä luotu.

Vaikka käytännön soveltamistilanteet jäisivät kohtuullisen harvinaisiksi ulottuen vain selvimpiin tapauksiin, olisi johdonmukaista, että kilpailuvalvonta ulottuisi myös käytännössä kaikkiin mahdollisiin kilpailun toimivuutta uhkaaviin tilanteisiin.<sup>222</sup> Lisäksi, vaikka uusi

---

tyyppinen täytöntöönpano voi olla joustamatonta ja aiheuttaa vihamielisyyttä ja yhteistyöhaluttomuutta asianosaisessa. Käytäntö on toki näiden kahden mallin hybridi. Esimerkiksi EU:n kilpailuoikeudellisen perusasetuksen 9 artiklan mukaan yritykset voivat esittää komissiolle sitoumuksia, joiden tarkoituksena on poistaa kilpailuhaitat. Yritys varmasti sitoutuu tällaisiin sitoumuksiin tehokkaammin kuin yksipuoliseen viranomaisen kieltopäätökseen.

<sup>221</sup> *O'Donoghue – Padilla*, s. 19–20.

<sup>222</sup> Mielenkiintoisen käytännön esimerkin komissiolle päänvaivaa aiheuttaneesta oligopolista tarjoo luottoluokituslaitosten markkinat EU:ssa, joilla toimii kolme yritystä (S&P, Moody's ja Fitch). On väitetty, että nämä yritykset julkaisevat luokituksia pyytämättä ja yrittävät näin painostaa maksullisten luokitusten tilaamiseen siten, että yksipuoliset luokitukset ovat potentiaalisen tilaajan kannalta epäedullisempia, kuin tilattu luokitus olisi. Tätä voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, mutta yhteisen määräävän aseman toteamisen vaikeus hankaloittaa puuttumista (*Gildehaus*, s. 289–290).



sääntely ei poistaisi kaikkia tulkintaongelmia, mielestäni se kuitenkin aiheuttaisi yrityksille vähemmän harmaita hiuksia kuin nykyinen tilanne. Komissio voi myös tuottaa odotettavissa olevaa soveltamiskäytäntöään selventävää materiaalia epäselvyyksien vähentämiseksi.

Kuten todettua, yrityskauppa- ja valvonnassa on nykyään käytössä ns. SIEC-testi, jonka mukaan yrityskauppaan voidaan puuttua, jos se olennaisesti estäisi tehokasta kilpailua markkinoilla. Kilpailuviranomaisen kannalta valitettavasti oligopoli ei tietenkään välttämättä synny yrityskauppojen seurauksena. Eräs mahdollisuus kontrolloida oligopoleja voisi olla vastaavanlaisen yleissäännöksen käyttöönotto jälkikäteisvalvonnassa. Kilpailuviranomaisen olisi tietenkin kussakin yksittäisessä tapauksessa pystyttävä näyttämään haitalliset vaikutukset toteen.

Yrityskauppa- ja valvonnassa voidaan SIEC-testin avulla estää ennakolta haitallisten hiljaiselle kolluusion suotuisten markkinarakenteiden syntyminen. Kyse on siis aivan eri asiasta kuin puuttumisesta rationaaliin hinnoittelupäätöksiin. Siksi on varottava liialti perustele- masta yleissäännöksen tarvetta yrityskauppa- ja valvonnan vastaavalla säännöksellä, koska kyse on kahdesta erilaisesta ja eri tarkoituksia palvelevasta valvonnan muodosta, vaikka viimekätinen tavoite onkin sama, eli kuluttajien hyvinvoinnin turvaaminen. Oligopolien yleissäännöksen avulla tapahtuvan jälkikäteisvalvonnan oikeutus olisi siksi kyettävä peruste- lemaan paljon vakuuttavammilla argumenteilla.

Oligopolihinnoitteluun puuttumisessa on se ongelma, että hiljaiseen kolluusion johtaa yritysten rationaalinen toiminta oman voittonsa maksimoimiseksi. On tietyllä tapaa nurin- kurista lähteä rankaisemaan yrityksiä siitä, että ne toimivat järkevästi, tai kieltämään mark- kinoilla havaittuihin seikkoihin reagoimista.<sup>223</sup> Oligopolihinnoittelussa ei lähtökohtaisesti ole mitään moraalisesti arveluttavaa, toisin kuin esimerkiksi kartellihinnoittelussa. Lisäksi edellä on jo todettu, että kilpailuviranomaiset eivät pääsääntöisesti ole halukkaita ottamaan kantaa sopivaan hintatasoon. Kysehän olisi viime kädessä juuri tästä, jos oligopolihinnoit- teluun haluttaisiin puuttua. Edellisessä luvussa argumentoitiin sen puolesta, ettei SEUT 102(a) artiklaa sovellettaisi oligopolihinnoitteluun.

Toisaalta jos kyse on muista määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön rinnastuvista toimintatavoista, pitäisi puuttumiseen mielestäni niin ikään suhtautua tietyllä varauksella. Kilpailuoikeudessa on katsottu, että tietyt toimintatavat ovat haitallisia ja ne tulee kieltää,

---

<sup>223</sup> *Whish – Bailey*, s. 566.

jos yrityksellä on määräävä markkina-asema, jonka toteamiseksi edellytetään tietty määrä markkinavoimaa. Oligopolisäännös murentaisi yleisiä määräävän aseman kriteereitä, aivan kuten uusi kilpailulain muutoskin murentaa niitä. Yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen avulla tällaisiin toimintatapoihin voidaan toki puuttua. Viime kädessä on kuitenkin kilpailupoliittinen valinta, miten määräävä markkina-asema halutaan määritellä.

Löytämässäni teksteissä, joissa asiaa on sivuttu, on suhtauduttu varsin epäilevästi oligopolisääntelyn luomiseen. *McGregor* korostaa toki epäselvyyksien poistamista ja kilpailuoikeuden koherenssin turvaamista ja huomauttaa, että yritykset preferoivat oikeusvarmuutta, vaikka sen myötä soveltamislinja olisikin aiempaa tiukempi. Samaan hengenvetoon hän muistuttaa toimivan oligopolisääntelyn muotoilemisen vaikeudesta ja päätyy kannattamaan nykyistä linjaa.<sup>224</sup> *Callery* asettuu myös oligopolilainsäädäntöä vastaan muun muassa siksi, että tämä ratkaisu rajoittaisi sääntelyn mukauttamista ja muuttamista kulloinkin vallalla olevien koulukuntien linjojen mukaiseksi.<sup>225</sup> Joka tapauksessa useat EU:n jäsenvaltiot ovat jo kansallisissa laeissaan todenneet oligopolisääntelyn tarpeelliseksi.

## 5.2. Esimerkkejä sääntelystä muissa EU-maissa

Kilpailuoikeudellinen perusasetus mahdollistaa siis sen, että jäsenvaltiot voivat säätää yritysten yksipuolisten toimien osalta SEUT 102 artiklaa tiukempaa kansallista lainsäädäntöä. Näin onkin toimittu useissa jäsenvaltioissa ja nämä esimerkit, joista tässä keskitytään vain määräävän markkina-aseman määrittelyä koskeviin, on syytä pitää mielessä pohdittaessa koko EU:n kilpailuoikeuden tai vastaavasti kotimaisen kilpailulain mahdollista uudistamista.<sup>226</sup> Esimerkkeinä toimivat Saksa ja Itävalta, joiden kilpailulainsäädännössä määräävä markkina-asema määritellään oligopolimarkkinoilla tiettyjen markkinaosuusrajojen kautta.

---

<sup>224</sup> *McGregor*, s. 438, 442. Hän kirjoittaa: ”Basically, the best solution to the regulation of oligopolistic markets appears to be to allow the situation to stand.” Hän pohtii artikkelissa myös tarvetta korvata komissio kokonaan toisella kilpailuviranomaisella (ks. *McGregor*, s. 439–441), mutta aiheeseen ei tässä syvennyttä tarkemmin.

<sup>225</sup> *Callery*, s. 142–143.

<sup>226</sup> Ks. näistä HE 197/2012, s. 13–16, jossa ulkomaista lainsäädäntöä on tältä osin esitelty tarkemmin. Tässä yhteydessä nostetaan esiin vain joitain havainnollistavia esimerkkejä. Mainittakoon kuitenkin esityksen s. 13 luettelo (korostus tässä): ”Esimerkiksi Itävallassa, Bulgariassa, Tsekissä, Saksassa ja Liettuassa määräävä markkina-asema on määritelty *selvästi* tiukemmin. Näistä maista esimerkiksi Saksassa, Itävallassa ja Bulgariassa oletus määräävästä markkina-asemasta on kuitenkin *kumottavissa oleva*. Määräävä markkina-asema on määritelty *hieman* tiukemmin esimerkiksi Virossa, Latviassa ja Puolassa.”

Itävallan kartellilain säännös on esimerkki oligopolistien tiukemmasta sääntelystä. Sen mukaan yrityksellä on todistustaakka siitä, että se *ei* ole määräävässä markkina-asemassa relevanteilla markkinoilla jos 1) sillä on yli 5 prosentin markkinaosuus edellyttäen, että sen toimintaan kohdistuu kilpailua enintään kahden kilpailijan taholta, taikka 2) sen markkinaosuus on yli 5 prosenttia ja se kuuluu neljän suurimman toimijan joukkoon relevanteilla markkinoilla ja näillä on yhteenlaskettuna vähintään 80 prosentin markkinaosuus.<sup>227</sup> Toisin sanoen oligopolimarkkinoilla, joilla on vain kolme yritystä, tai jos neljän suurimman toimijan markkinaosuus on 80 prosenttia, kukin yrityksistä on määräävässä asemassa yli 5 prosentin markkinaosuudella.

Kyseessä on siis kumottavissa oleva oletama, mikä onkin tietysti perusteltua, koska kilpailutilanne oligopolimarkkinoilla on aina yksittäistapauksesta riippuva, eikä yritysten toimintaa ole perusteltua tarkastella kilpailuviranomaisten toimesta tarkemmin jos kilpailu markkinoilla on ankaraa. Huomionarvoista on myös se, että sääntely rajoittuu hyvin tiiviisiin muutaman yrityksen oligopoleihin. Kuten edellä on todettu, kolluusio on sitä helpompaa, mitä vähemmän yrityksiä markkinoilla on. Kilpailuongelmien esiintymistä ei voida sulkea pois muissakaan tapauksissa, mutta toisaalta kilpailuviranomaisten puuttumiskynnyksen pitäminen riittävän korkealla on niin ikään validi huolenaihe tämänkaltaisen sääntelyn kohdalla.

Saksan kilpailunrajoituslain mukaan puolestaan yritysryhmällä oletetaan olevan määräävä markkina-asema, jos enintään kolmesta yrityksestä muodostuvan yritysryhmän yhteinen markkinaosuus on vähintään 50 prosenttia ja enintään viidestä yrityksestä muodostuvan yritysryhmän yhteinen markkinaosuus on kaksi kolmasosaa. Oletus on Saksassakin kumottavissa oleva ja todistustaakka tällöin yrityksellä.<sup>228</sup> Tässä säännöksessä puhutaan siis yritysryhmällä olevasta, eli yhteisestä määräävästä asemasta. Tällaisen aseman toteamiseen vaadittavat markkinaosuudet ovat myös Itävallan säännöstä huomattavasti alhaisemmat. Tosin oletaman kumoaminen tuskin on järin vaikeaa alhaisilla markkinaosuustasoilla.

---

<sup>227</sup> HE 197/2012, s. 14. Itävallan kartellilaki 2005, *Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen* § 4 (2). Kyseiset kohdat ovat tosiasiaassa kohdat 2 ja 3, mutta kohta 1 koskee yksittäisiä yrityksiä, joten se on jätetty tästä pois.

<sup>228</sup> HE 197/2012, s. 14. Saksan kilpailunrajoituslaki 1998, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* § 19 (2).

### 5.3. Miten säännellä oligopoleja?

#### 5.3.1. Tuomioistuintulkinta vastaan uusi lainsäädäntö, kansallinen vastaan EU-lainsäädäntö

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, EU:n tuomioistuimet voivat merkittäväällä tavalla ohjata unionin kilpailusääntöjen soveltamista, joskin tietysti primääri- ja sekundaarioikeuden sääntöjen sanamuotojen osoittamissa rajoissa. Näin ollen on perusteltua pohtia vielä erikseen sitä, eikö oligopolikontrollia voida yhtä lailla tehokkaasti hoitaa nykysääntelyn nojalla tuomioistuinten ohjaamana. Nehän ovat tulkintakäytännössään vahvistaneet komissiolle oikeuden puuttua tietyn edellytyksin oligopolimarkkinoilla ilmeneviin kilpailuongelmiin, sen lisäksi että yrityskauppavalvonnalla pystytään etukäteisesti turvaamaan kilpailullista markkinarakennetta. Ne voisivat myös niin halutessaan tiukentaa oligopolikontrollia tulkintakäytännön muutoksilla ja rohkaista siten komissiota käyttämään valtuuksiaan. Näin vältettäisiin vaivalloinen ja epävarma lainsäädäntöprosessi. Edellytyksenä on toki se, että ”sopivia” tapauksia tulee tuomioistuinten käsiteltäväksi, jotta linjauksia voidaan tehdä. Tuomioistuinten linjauksilta voidaan lisäksi vaatia, että niiden olisi oltava taloustieteellisesti perusteltuja.

Näin ollen voidaan ajatella, että sikäli kuin oligopolisääntelyn uudistus mahtuu SEUT 101 ja 102 artiklojen piiriin, se voitaisiin toteuttaa tuomioistuinten aktiivisella oikeuskäytännön muovaamisella, tietenkin tähän sopivien tapausten tullessa käsille. Yhtäältä voidaan pohtia, missä määrin tällainen ”tuomioistuinaktivismi” on asiallista. Kyse on siis siitä, missä lain soveltamisen ja lain säätämisen ero kulkee. Tuomioistuinaktivismilla tarkoitetaan sitä, että tuomioistuimet toimivat *de facto* lainsäätäjän roolissa (tavalla, joka asettaa vallan kolmijako-opin kyseenalaiseksi).<sup>229</sup>

Toisaalta EU-tuomioistuin voi ns. teleologista tulkintaa käyttäen korostaa kilpailusääntöjen tavoitteita. Teleologisella tulkinnalla tarkoitetaan sitä, että oikeussääntöä tulkitaan sen tavoitteista käsin ja EU-tuomioistuin onkin usein tukeutunut siihen.<sup>230</sup> Kilpailuoikeuden päämääränä on kuluttajien suojaaminen, jonka toteuttamiseen tulkinnalla voitaisiin pyrkiä sopeuttamalla yhteisen määräävän markkina-aseman soveltamista tämän mukaiseksi. *Ojaisen* mukaan Euroopan integraatiolle on ominaista tuomioistuinten korostunut asema eu-

---

<sup>229</sup> Hautamäki, s. 170. Väljästi muotoillut säännökset jättävät tuomioistuinaktivismille enemmän tilaa (s. 171).

<sup>230</sup> Raitio 2010, s. 185–186.

rooppaoikeuden sisällön määrittämisessä, mikä tuo eurooppaoikeuteen aukollisuutta, ennakoinnattomuutta ja sattumanvaraisuutta.<sup>231</sup> EU:n tuomioistuinten aktiivisuus on siten eurooppaoikeuden arkipäivää, mutta tuo mukanaan omat ongelmansa.

Nähdäkseni ongelma ei kuitenkaan ole siinä, etteivätkö tuomioistuimet olisi muotoilleet oligopolikontrolliin tarvittavia oikeussääntöjä, vaan siinä, ettei komissiolla ole halukkuutta soveltaa SEUT 102 artiklaa oligopoleihin. Lisäksi tietyt seikat puhuvat melko vahvasti lainsäädäntömenettelyn puolesta, erityisesti edellä hyvän sääntelyn tunnusmerkkejä käsiteltäessä mainitut parlamentaarisen tuen ja sääntelyn tehokkuuden vaatimukset. Lainsäätäjän tuki antaa paitsi paljon vahvemman legitimaation käytännön viranomaisvalvonnalle, myös turvaa sääntelyn tehokkuutta ottaen huomioon, että komissio on nykyisellään ollut haluton ottamaan oligopolitapauksia käsittelyyn. Nykytilannetta voi mielestäni luonnehtia lähinnä näennäiseksi valvonnaksi. Konkreettisenä keinona voisi siten olla neuvoston asetus, jossa tarkemmin määritellään oligopolivalvontaa.

Voidaan tietysti myös kysyä, eikö ole riittävää, että jäsenvaltiot halutessaan säätävät oligopolilakeja ja EU-tasolla jatketaan nykymallilla. Kilpailuoikeudellinen perusasetushan sallii jäsenvaltioiden pitävän voimassa tiukempia yksipuoliseen markkinavoimaan liittyviä lakeja. Taustalla on varmasti ollutkin ajatus siitä, että sääntelytarpeet voivat poiketa toisistaan unionin ja kansallisen tason välillä. Tämän näkemyksen tueksi voidaan viitata siihen, että varsinkin pienemmissä jäsenvaltioissa ja kansallisilla markkinoilla oligopolisoituminen on yleisempää.

Toiselta puolen voidaan jäsenvaltioiden lainsäädäntötoimet nähdä unionin suuntaan muistutuksena siitä, ettei kilpailusääntöjen nykyisellään tarvitse olla kiveen hakattuja, vaan niitä voidaan edelleen kehittää. Jossain määrin kriittisesti voi myös ylipäättään suhtautua siihen, että vaikka kilpailuoikeudellinen säännöstö EU:n ja jäsenvaltioiden välillä on suurelta osin harmonisoitu, niin yksipuolisen markkinavoiman osalta komission ja kansallisen kilpailuviranomaisen suhtautuminen voivat poiketa toisistaan hyvinkin paljon.

Jos EU-lainsäädäntöön päädyttäisiin, kyse olisi SEUT 103 artiklan menettelystä, jonka mukaan neuvosto antaa komission ehdotuksesta ja Euroopan parlamenttia kuultuaan aiheelliset asetukset ja direktiivit 101 ja 102 artiklassa tarkoitettujen periaatteiden soveltamiseksi. Tätä menettelyä kutsutaan SEUT 289 artiklan mukaisesti erityiseksi lainsäätämisjär-

---

<sup>231</sup> *Ojanen*, s. 1211–1212. Ongelmana on, että oikeuskehitys riippuu ”tarjolle tulevista” jutuista.

jestykseksi. Kyseessä on SEU 16(3) artiklan mukaisesti määränemmistö päätös, mikä tarkoittaa että päätös edellyttää tuekseen vähintään 55 prosenttia neuvoston jäsenistä ja lisäksi siihen on kuuluttava vähintään viisitoista jäsentä, jotka samalla edustavat jäsenvaltioita, joiden yhteenlaskettu väestö on vähintään 65 prosenttia unionin väestöstä (SEU 16(4) artikla).<sup>232</sup>

### 5.3.2. *Minkälainen säännös?*

Tässä alaluvussa tarkastellaan sitä, millaista uusi oligopolisääntely voisi olla sekä mahdollisen sääntelyn hyviä ja huonoja puolia. Johtoa voidaan ottaa edellä esitellyistä muiden EU-maiden esimerkeistä. On toki mahdollista kohdistaa sääntely yksittäisiin toimialoihin, kuten kotimainen lainsäätävä on nyt päivittäistavarakaupan suhteen toiminut. Tämä ratkaisu on kuitenkin ongelmallinen monistakin syistä. Ensinnäkin toimialakohtaisen lainsäädännön valmistelu ja säätäminen on hidasta. Haitallinen kehitys lienee edennyt jo melko pitkälle, ennen kuin sääntelemistä aletaan edes harkita ja lainvalmistelu- ja säätämisen prosessi on tarvittaessa aina käytävä läpi jokaisen toimialan osalta erikseen. Alakohtainen sääntely ei myöskään siinä määrin mukaudu markkinaolosuhteiden muutoksiin kuin viranomaiskontrolli. Toiseksi käytännössä yksittäisiin yrityksiin kohdistuvaa lainsäädäntöä voi yhdenvertaisuus- ja moraalisyistä pitää melko arveluttavana.<sup>233</sup> Parempiakin keinoja puuttua oligopolistisiin markkinarakenteisiin on oltava olemassa. Lainsäätäjän tulisi nähdäkseni pysyä objektiivisena sen suhteen mitä yrityksiä milläkin markkinoilla toimii ja luoda sellaiset edellytykset, joiden avulla haitallisiin markkinarakenteisiin pystytään tarpeen tullen puuttumaan.

Näin ollen olisikin järkevämpää säätää kaikilla toimialoilla soveltuva yleissäännös. Miten tämä säännös sitten kannattaisi muotoilla? Tässä lähdetään siitä, että SEUT:n kilpailusääntöjen muuttaminen ei ole realistinen eikä tarpeellinen vaihtoehto, vaan oligopolisääntely toteutettaisiin sekundaarioikeuden keinoin, toisin sanoen SEUT 103 artiklan mukaisella neuvoston asetuksella. Koska tällaiset asetukset koskevat SEUT 101 ja 102 artiklojen tarkempaa soveltamista, on oligopolisääntelyn pohjattava joko kilpailua rajoittaviin sopimuk-

---

<sup>232</sup> Ks. tarkemmin *Raitio 2010*, s. 94–95. Uusi määränemmistö sääntely tulee itse asiassa voimaan vasta 1.11.2014.

<sup>233</sup> Kilpailulain muutoksen kohdistumisesta nimenomaan S- ja K-ryhmiin ks. esimerkiksi HE 197/2012 vp., s. 21–22, kappaleen 3.2. loppu. Vaikka kotimaisen päivittäistavarakaupan kilpailutilanne on jokaisen tiedossa, olisi hallituksen esityksessä silti voinut käyttää objektiivisempiakin muotoiluja. Onhan mahdollista, että tulevaisuudessa joku muu yritys, tai ainoastaan toinen mainituista, on vastaavassa asemassa.

siin tai määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön. 102 artiklan avulla päästään ainakin teoriassa käsiksi niihin kilpailuongelmiin, joita oligopolimarkkinoilla voidaan odottaa ilmenevän. Yhdenmukaistetun menettelytavan edellä suositettu tulkinta ei edellytä tuekseen uutta lainsäädäntöä, mutta se voi toimia uuden sääntelyn tukena ja vahvistaa valvonnan kokonaisvaikuttavuutta.

Siten voidaan pohtia sääntelymallia, joka pohjautuu määrävän markkina-aseman tavallista poikkeavaan määrittelyyn oligopolimarkkinoilla. Tähänkin kilpailulain tuore muutoskin perustuu, kuten myös edellä esitellyt Itävallan ja Saksan säännökset. Tällaista mallia käytettäessä on siis ensin määriteltävä, mitkä tunnuspiirteet markkinoiden on täytettävä, jotta säännös soveltuisi. Lisäksi on määriteltävä se, millä parametreilla tietty yritys tulee säännöksen soveltamisalaan. Lopulta säännöksessä todetaan, että näiden tunnusmerkkien täytyessä kyseiset yritykset ovat kyseisillä markkinoilla määrävässä markkina-asemassa.<sup>234</sup>

Säännös voisi siis kuulua esimerkiksi seuraavasti (tämä on vain yksi esimerkkimuotoilu, eikä välttämättä mitenkään paras tai järkevin mahdollinen):

Sellaisilla markkinoilla, joilla korkeintaan neljän yrityksen yhteenlaskettu markkinaosuus on yli 80 prosenttia, katsotaan kunkin näistä yrityksistä olevan määrävässä markkina-asemassa, jollei toisin osoiteta, edellyttäen, että yrityksen oma markkinaosuus on vähintään 10 prosenttia.

Markkinaosuusrajojen tarkempi määrittely on valintakysymys, jolla voidaan vaikuttaa viranomaisen puuttumiskynnyksen määräytymiseen. Toinen valinta on se, puhutaanko säännöksessä yhteisestä vai kunkin yrityksen itsenäisestä määrävästä asemasta. Edellä on todettu, että näillä tilanteilla voi olla eroa yksittäisen oligopolirytyksen väärinkäytön arvioinnin kannalta. Mahdollisten epäselvyyksien välttämiseksi lieneekin perusteltua, että kunkin yrityksen katsotaan olevan määrävässä asemassa. Olettama määrävästä asemasta on tämän muotoilun mukaan kumottavissa. Tämä lisäys on tärkeä, koska kaikkia oligopoliti-

---

<sup>234</sup> Huomautettakoon, että *Richardson* ja *Gordon* ovat argumentoineet sen puolesta, että perinteisessä määrävän aseman arvioinnissa tulisi ylipäättään päästä eroon ajatuksesta, että määrävä asema voi kerrallaan olla vain yhdellä yrityksellä. Jos markkinoilla on useita yrityksiä, jotka täyttävät asetetut kriteerit, tulisi niiden kaikkien katsoa heidän mielestään olevan määrävässä asemassa (*Richardson – Gordon*, s. 421–422). Tämä tulkintahan ajaisi oikeastaan saman asian kuin tässä esitettävä säännös.

lanteita ei ole tarvetta tuoda valvonnan piiriin, vaan ainoastaan sellaiset, joissa yrityksillä on tosiasiaassa huomattavaa markkinavoimaa.

Tällaisen sääntelyratkaisun etuna on, että se ei edellytä uudenlaisen käsitteistön tai sinänsä uusien keinojen luomista vaan pohjautuu olemassa olevalle säännöstölle ja on siten yksinkertainen. Ajatuksena on siis määräävän markkina-aseman periaatteiden analoginen soveltaminen markkinoille, joilla toimii vain muutamia yrityksiä. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei saa ryhtyä kaikkiin sellaisiin toimenpiteisiin, joihin ei-määräävä yritys saa. Samalla logiikalla voitaisiin ajatella, että oligopolirytyksen ei ole soveliasta tehdä kaikkea sitä, mitä kilpailullisilla markkinoilla toimiva yritys saa tehdä. Näin ollen oligopolirytyks ei saisi asettaa asiakkailleen kohtuuttomia sopimusehtoja tai pyrkiä sulkemaan (oligopolin ulkopuolisia) kilpailijoita pois markkinoilta. Nähdäkseni juuri tässä logiikassa piilee oligopolirytyksen rationaaliseen toimintaan puuttumisen ongelman ratkaisu.

Kuten on jo todettu, on toivottavaa ja luullakseni myös odotettavaa, että SEUT 102(a) artiklaa ei tulla soveltamaan oligopolirytyksen hinnoitteluun. Muiden väärinkäyttömuotojen osalta uusi oligopolisäännös tarjoaisi kilpailuviranomaisille tehokkaan keinon valvoa oligopolimarkkinoilla ilmeneviä ongelmallisia toimintatapoja. Hiljainen kolluusio ja siitä seuraava haitallinen korkea hintataso on markkinatilanteen seuraus, jota epäsuoralla määräävän markkina-aseman väärinkäytön valvonnalla pyritään hillitsemään. Tämä tapahtuu siten, että turvataan muille, yhtä tehokkaille yrityksille mahdollisuus tulla ja pysyä markkinoilla oligopolirytyksen estämättä. Kilpailun taloustieteen peruslogiikan mukaanhan uusi tulokkaiden aiheuttaman kilpailun pitäisi korjata ylikorkea hintataso.

Viitaten siihen, mitä edellisessä luvussa esitettiin yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, olisi kilpailuviranomaisilla ja tuomioistuimilla toki jonkin verran miettimistä siinä, miten väärinkäyttöä oligopolitalanteissa tulee arvioida verrattuna ”tavalliseen” määrääväan asemaan.<sup>235</sup> Näillä tilanteilla voidaan katsoa olevan tiettyjä eroja, jotka saattavat johtaa myös väärinkäytön hieman erilaiseen arviointiin. Epävarmaa on esimerkiksi se, missä määrin väärinkäytön tulisi olla yhteisen oligopoliaseman ilmaus. Tämä voisi uuden sääntelyn alkuvaiheessa aiheuttaa tiettyä epätietoisuutta yrityksille, mitä olisi tarpeen lieventää neuvonnalla ja mahdollisesti suuntaviivoilla.

---

<sup>235</sup> Ks. alaluku 4.4.2.



## 6. Yhteenveto ja johtopäätökset

### 6.1. Yhteenveto tutkimuskohteesta ja keskeisistä havainnoista

Tässä tutkielmassa on tarkasteltu oligopolistisia markkinoita ja niiden kilpailuoikeudellista valvontaa. Hypoteesina oli, ettei kilpailuviranomaisilla nykyisen keinovalikoiman puitteissa ole tehokkaita keinoja puuttua oligopolimarkkinoilla mahdollisesti esiintyviin kilpailuongelmiin. Kilpailunrikkomuksia ei hiljaisen kolluusion tilanteissa tai muiden ongelmataapausten kohdalla pystytä toteamaan, koska kyse ei ole kielletyistä sopimuksista, eikä oligopolirytyksillä pääsääntöisesti ole määräävää markkina-asemaa. Tässä työssä on tutkittu sitä, pitääkö esitetty hypoteesi paikkansa ja olisiko kilpailuoikeudellista keinovalikoimaa täydennettävä oligopolikontrollin osalta ja miten.

Päivittäistavarakauppa on malliesimerkki ongelmallisesta oligopolitoimialasta. Markkinoiden keskittyminen on korkeaa koko EU:ssa ja isojen toimijoiden tavarantoimittajiin kohdistamat kyseenalaiset sopimusehdot alan arkipäivää. Kotimainen lainsäätäjät on reagoinut säätämällä uuden kilpailulain 4a §:n määräävän markkina-aseman määrittelystä tällä alalla. Alan erityisluonne selittää osaltaan lainsäätäjän kiinnostusta päivittäistavarakauppaa kohtaan, mutta pohtimisen arvoista on se, missä määrin lakiuudistus kieli laajemmasta halukkuudesta oligopolien sääntelyyn. Säännöksen käytännön soveltaminen on vielä avoin kysymys.

Kilpailuoikeuden oikeutus löytyy kilpailun taloustieteen ja markkinarakenteiden hyvinvointivaikutusten arvioinnin avulla. EU:ssa kilpailuoikeuden tavoitteena on kuluttajien taloudellisen hyvinvoinnin turvaaminen, joka teorian tasolla maksimoituu täydellisen kilpailun vallitessa. Todellisuudessa yrityksillä on kuitenkin vaihteleva määrä markkinavoimaa, joka tietyn pisteen ylittyttyä edellyttää kilpailuoikeudellista sääntelyä. Oligopolimarkkinoiden kilpailuvaikutuksista ei voida tehdä juurikaan yleistyksiä, vaan arviointi on tilannekohtaista. Pelkona on, että hintataso nousee hiljaisen kolluusion johdosta haitallisen korkealle. Peliteorian avulla voidaan selittää oligopolin dynamiikkaa – kukin yritys maksimoi omaa etuaan ja yritysten intressit ovat yhteneväiset.

Yrityskauppavalvonnalla turvataan etukäteisesti kilpailullisen markkinarakenteen säilymistä. Valvonnassa otetaan huomioon potentiaalinen hiljainen kolluusio yrityskaupan jälkeen. Hiljaisessa kolluusiosta ei sinänsä ole kyse SEUT 101 artiklan mukaisesta kielletystä sopimuksesta, koska edellytetyt kilpailijakontakteja ei ole. Esimerkiksi hintatietojen julkai-

semisen osalta joudutaan kuitenkin hankaliin tilanteisiin sen suhteen, missä kielletyn tietojenvaihdon raja kulkee. Oligopolivalvontaa voidaan osaltaan tehostaa tulkitsemalla yhdenmukaistetun menettelytavan rajatapauksia tältä osin nykyistä ankarammin. SEUT 102 artikla pitää sisällään myös yhteisen määräävän markkina-aseman, joka voi oikeuskäytännön mukaan tulla sovellettavaksi hiljaiseen kolluusioon. Käytännössä näin ei kuitenkaan ole tapahtunut, joten valvonta SEUT 102 artiklan nojalla on lähinnä teoreettista. Siten esitetty hypoteesi oligopolivalvonnan aukollisuudesta näyttää pitävän paikkansa.

Mahdollista uutta sääntelyä pohdittaessa on huomioitava hyvän sääntelyn edellytykset, kuten sääntelyn tehokkuus ja riittävä parlamentaarinen tuki. Puuttumiskynnys on niin ikään asetettava tehokkuuden turvaavalle tasolle. Nämä edellytykset huomioon ottava oligopolisäännös turvaisi kilpailuvalvonnan kokonaisuuden johdonmukaisuutta paikkaamalla nykyvalvonnan jättämän aukon. EU-sääntely voitaisiin toteuttaa neuvoston asetuksen muodossa, mutta mahdollista on myös kehittää oligopolikontrollia EU:n tuomioistuinten proaktiivisella lainkäytöllä. EU:n laajuinen lainsäädäntö olisi tehokkaampi ja yhtenäisempi ratkaisu kuin yksittäisten jäsenvaltioiden oligopolisäännökset.

## **6.2. Lopulliset johtopäätökset – miten eteenpäin oligopolikontrollissa?**

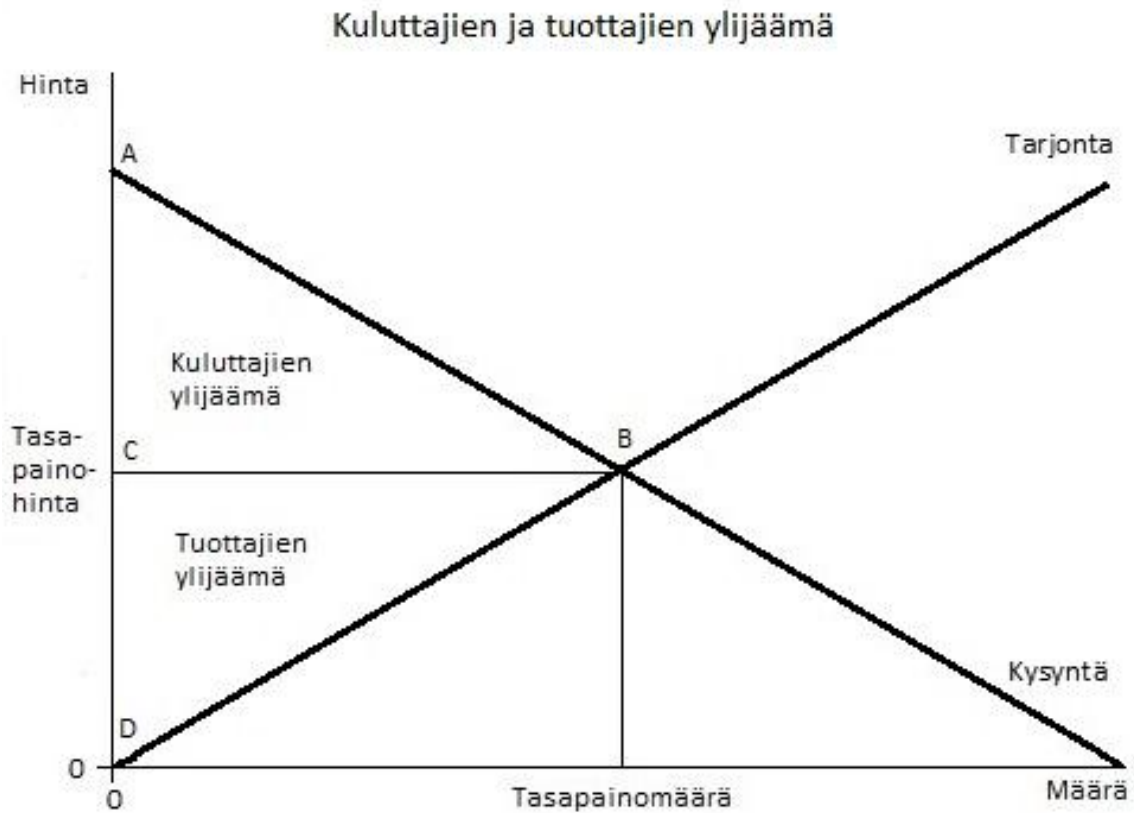
EU:n ja Suomen kilpailuoikeuteen voidaan hahmotella Saksan ja Itävallan mallin mukaista yleistä oligopolisäännöstä, jonka mukaisesti tiettyjen markkinaosuusrajojen ylittyessä oligopoliryityksen katsottaisiin olevan määräävässä markkina-asemassa. Päivittäistavarakaupan toimialaa koskeva säännös seuraa juuri tätä mallia. Se on helposti ymmärrettävä ja sovellettava oligopolikontrollin muoto, koska se ei edellytä mitään uusien oikeudellisten innovaatioiden kehittelyä, vaan pohjautuu olemassa olevaan kilpailuoikeuden peruskäsitteistöön. Kilpailuviranomaisten on siten helppo ryhtyä soveltamaan tällaista säännöstä. Jos oligopolikontrollia katsotaan tarpeelliseksi tiukentaa lainsäädännöllisesti, on mielestäni perusteltua käyttää juuri tätä sääntelymallia ja jäsenvaltioiden tasolla se onkin saanut suosiota.

Edellä on esitelty malli uudeksi oligopolisääntelyksi ja varovaisesti asetettu myös tukemaan sellaisen aikaansaattamista. On muistettava, että oligopolistiset markkinat ovat perusluonteeltaan arvaamattomia ja monimutkaisia ja olemassa oleviin oligopolikontrollin keinoihin liittyy paljon epävarmuutta sekä teoreettisia ja käytännöllisiä ongelmakohtia. Tässä tutkielmassa onkin pyritty välttämään liian ehdottomien johtopäätösten tekemistä.

Viime kädessä kyse on kilpailupoliittisesta valinnasta, jota tehtäessä voidaan ja on myös suotavaa käyttää apuna esitettyjä oikeus- ja taloustieteellisiä seikkoja. Ainakaan tällä hetkellä ei ole tiedossa, että uudistuksia olisi tältä osin suunnitteilla Euroopan unionissa. Jäsenvaltioiden tasolla halua tarkempaan oligopolisääntelyyn on havaittavissa, mutta vain aika näyttää, miten nämä asenteet välittyvät unionin tasolle.

Lopuksi on vielä muistutettava, että oligopolivalvonta koostuu useasta eri osasta – yritys-kauppavalvonnasta, SEUT 101 ja 102 artiklojen mukaisista keinoista, sekä tietenkin uudesta sääntelystä, jos sellaista saatettaisiin voimaan. Kaikkia kokonaisuuden osia voidaan ja tulee yhä kehittää siltä osin kuin niissä on edeltävässä käsittelyssä havaittu olevan kehittämisen tarvetta. Yhdessä ne muodostavat oligopolikontrollin ja jokaisella osalla on oma vaikutuksensa valvonnan kokonaisvaikuttavuuteen. On varmistettava, ettei kilpailuviranomaisten haavissa ole missään kohdin niin isoja repeämiä, että haitallinen oligopoli voi paeta niiden läpi. Näin varmistetaan kilpailuoikeuden perimmäisen tavoitteen, kuluttajien hyvinvoinnin, toteutuminen.

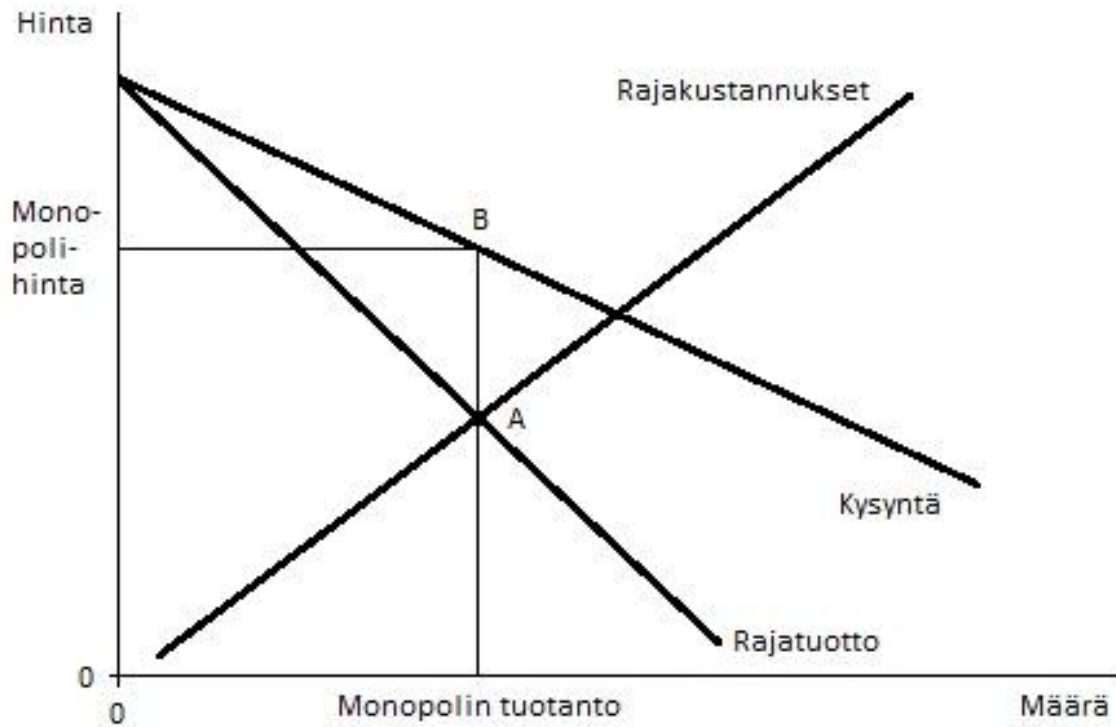
## Liite



Kuvio 1 (mukailtu lähteestä *Mankiw – Taylor*, s. 151).

Alue ABD on yhteiskunnan kokonaishyvintointi, joka on maksimaalinen täydellisen kilpailun vallitessa. Kuviossa markkinat ovat tasapainossa. Alue ABC kuvaa kuluttajien ylijäämää ja alue BCD tuottajien ylijäämää. Kysyntäkäyrä kuvaa kuluttajien arvostuksia, tarjontakäyrä puolestaan tuottajien kustannuksia. Tuottajille jää ylijäämää, kun hinta on kustannuksia suurempi, kuluttajille puolestaan, kun arvostus on hintaa suurempi.

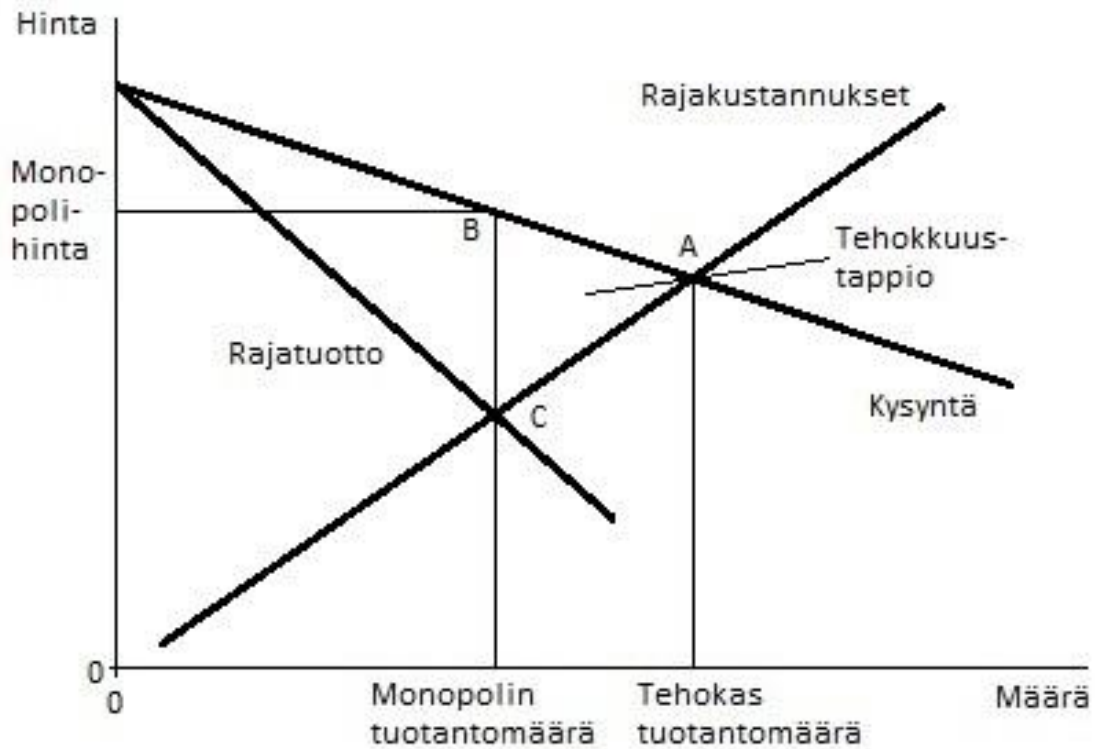
## Monopolin voitonmaksimointi



Kuvio 2 (mukailtu lähteestä *Mankiw – Taylor*, s. 317).

Monopolin hinnoitteluvapaudella on rajansa. Maksimoidakseen voittonsa monopoli asettaa rajakustannukset ja rajatuoton yhtä suuriksi, kuten kilpailullisilla markkinoilla toimiva yritys. Erona on, että monopolin rajatuotto on aina pienempi kuin hinta, kun kilpailullisilla markkinoilla nämä ovat yhtä suuret. Piste A, jossa rajakustannukset ja rajatuotto ovat yhtä suuret, kertoo monopolin tuotantomäärän. Monopoli valitsee hinnaksi tätä tuotantomäärää vastaavan kysyntäkäyrän kohdan, pisteen B.

### Monopolin aiheuttama hyvinvointitappio



Kuvio 3 (mukailtu lähteestä *Mankiw – Taylor*, s. 322).

Koska monopolin hinta on rajakustannusten yläpuolella, kaikki sellaiset kuluttajat, joiden arvostus on kustannuksia suurempi, eivät osta hyödykettä. Hyödykettä vaihdetaan siten vähemmän kuin olisi yhteiskunnan kannalta tehokasta. Yhteiskunnan kokonaishyvinvointi pienenee. Kolmio ABC kuvaa aiheutuvaa allokatiivista tehokkuustappiota (*dead-weight loss*).

## Vangin dilemma

		Vanki A:n valinta	
		Tunnustus	Vaikeneminen
Vanki B:n valinta	Tunnustus	<p>A:n tuomio 5 vuotta</p> <p>Yhteensä 10 vuotta</p> <p>B:n tuomio 5 vuotta</p>	<p>A:n tuomio 10 vuotta</p> <p>Yhteensä 11 vuotta</p> <p>B:n tuomio 1 vuosi</p>
	Vaikeneminen	<p>A:n tuomio 1 vuosi</p> <p>Yhteensä 11 vuotta</p> <p>B:n tuomio 10 vuotta</p>	<p>A:n tuomio 2 vuotta</p> <p>Yhteensä 4 vuotta</p> <p>B:n tuomio 2 vuotta</p>

Kuvio 4 (mukailtu lähteestä *Mankiw – Taylor*, s. 365).

Kuviossa on esitetty vangin dilemman pelaajien vaihtoehdot ja niistä seuraavat tulokset. Kummankin pelaajan kannattaa tunnustaa riippumatta siitä, mitä toinen tekee. Tämä havaitaan tarkastelemalla esimerkiksi vanki A:n vaihtoehtoja. Kun vanki B tunnustaa, saa A tunnustamalla viiden vuoden ja vaikenemalla kymmenen vuoden tuomion. Kun B vaikennee, saa A tunnustamalla vuoden ja vaikenemalla kahden vuoden tuomion. Siten A tunnustaa. Sama pätee vastaavasti B:hen. Vankien yhteisessä intressissä olisi vaieta, sillä tämä minimoisi tuomioiden yhteismitan. Koska kummankin dominantti strategia on tunnustaa, päädytään pelaajien kannalta suboptimaaliseen yhteensä kymmeneen vankeusvuoteen.

## Vangin dilemma - oligopolitilanne

		Yritys A	
		Korkea tuotantomäärä	Matala tuotantomäärä
Yritys B	Korkea tuotantomäärä	<p>A:n voitot 80 000 €</p> <p>Yhteensä 160 000 €</p> <p>B:n voitot 80 000 €</p>	<p>A:n voitot 60 000 €</p> <p>Yhteensä 180 000 €</p> <p>B:n voitot 120 000 €</p>
	Matala tuotantomäärä	<p>A:n voitot 120 000 €</p> <p>Yhteensä 180 000 €</p> <p>B:n voitot 60 000 €</p>	<p>A:n voitot 100 000 €</p> <p>Yhteensä 200 000 €</p> <p>B:n voitot 100 000 €</p>

Kuvio 5 (mukailtu lähteestä *Mankiw – Taylor*, s. 366).

Tässä kuviossa vangin dilemmaa on sovellettu duopolin tuotantopäätöksiin. Kunkin yrityksen saama voitto riippuu paitsi sen omasta, myös kilpailijan tuotantopäätöksestä. Yritysten yhteisessä intressissä olisi pitää tuotantomäärät matalina ja maksimoida yhteiset voitot. Korkea tuotantomäärä on kuitenkin kummankin dominantti strategia, vastaavalla tavoin kuin tunnustaminen edellisessä kuviossa.