

TAMPEREEN YLIOPISTO

Oikeustieteiden laitos

---

Anni Pärnänen

Yhteisen määräävän aseman arviointi EY:n  
yrityskauppa- ja valvonnassa

---

Pro Gradu –tutkielma

Yritysjuridiikka

Tampere 2008

## TIIVISTELMÄ

Tampereen yliopisto Oikeustieteiden laitos, yritys juridiikka

Tekijä: PÄRNÄNEN ANNI

Tutkielman nimi: Yhteisen määräävän aseman arviointi EY:n yritys kauppavalvonnassa

Pro gradu – tutkielma: XI + 63 s.

Valmistumisaika: Huhtikuu 2008

---

Markkinataloudessa yhtenä päämääränä on toimiva kilpailu. Yritys kauppavalvonnalla pyritään puuttumaan markkinoiden liialliseen keskittymiseen, jotta markkinarakenne pysyisi tasapainoisena. Erityisesti oligopolistisilla markkinoilla keskittymisen vaara on suuri. Tämän vuoksi yhteisen määräävän aseman käsitteen hyväksyminen yritys kauppavalvontaan on ollut tärkeää. Yhteisellä määräävällä asemalla tarkoitetaan oligopolissa syntyvää tilannetta, jossa useammalla kuin yhdellä yrityksellä on yhdessä markkinavoimaa.

Tutkielman tarkoituksena on selvittää yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen muotoutumista ja soveltamista sekä ne kriteerit, joiden perusteella yrityksillä voidaan sanoa olevan yhteinen määräävä asema EY:n yritys kauppavalvonnassa.

Tutkimusote on lainopillinen kilpailuoikeuden taloustieteellistä puolta unohtamatta. Tutkielman pohjana ovat sulautuma-asetus sekä siihen liittyvät tiedonannot, erityisesti suuntaaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista. Yhteisen määräävän aseman käsite on muotoutunut oikeuskäytännössä, joten sillä on myös keskeinen merkitys lähteenä.

Tapaus *Airtours vs. Komissio* oli yhteisen määräävän aseman käsitteen kannalta tärkeä tuomioistuintratka. Tuomioistuin asetti päätöksessään kriteerit, jotka täytyy selvittää yhteistä määräävää asemaa arvioitaessa. EY:n komission hävittyä *Airtours*-tapauksen ja lisäksi muitakin tapauksia tuomioistuimelle, sulautuma-asetusta uudistettiin ja komissio julkaisi suuntaaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista, joihin se sisällytti tuomioistuimen asettamat kriteerit.

Yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltaminen ei kuitenkaan ole yritys kauppavalvonnassa aukotonta ja selkeää. Saman käsitteen käyttäminen yritys kauppavalvonnan lisäksi myös 82 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa johtaa mielestäni epäselviin tilanteisiin. Sulautuma-asetuksen arviointiperusteet sekä suuntaaviivojen kriteerit ovat käytännössä lähinnä suuntaa-antavia. Tällä hetkellä suuret odotukset kohdistuvat EY:n tuomioistuimen ja komission tulevaan oikeuskäytäntöön, koska siitä riippuu miten ja mitä käsitettä sovelletaan tulevaisuudessa.

## SISÄLLYS

<b>TIIVISTELMÄ</b> .....	<b>II</b>
<b>LÄHTEET</b> .....	<b>V</b>
<b>LYHENTEET</b> .....	<b>XI</b>
<b>1 Johdanto</b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 Tutkimusteema</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 Tutkielman tavoite ja rajaukset</b> .....	<b>3</b>
<b>1.3 Tutkimustapa ja lähdeaineisto</b> .....	<b>5</b>
<b>2 Kilpailuoikeuden tavoitteet</b> .....	<b>6</b>
<b>2.1 Kilpailuoikeuden yleiset tavoitteet</b> .....	<b>6</b>
2.1.1 Taloudellinen tehokkuus.....	8
2.1.2 Kuluttajien etu .....	9
<b>2.2 EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet</b> .....	<b>10</b>
2.2.1 Kilpailutavoite .....	10
2.2.2 Integraatiotavoite .....	11
<b>3 Yrityskeskittymien valvonta</b> .....	<b>13</b>
<b>3.1 Yrityskauppavalvonnan tavoitteet ja merkitys kilpailunvalvonnassa</b> .....	<b>13</b>
<b>3.2 Horisontaaliset keskittymät</b> .....	<b>13</b>
<b>3.3 EY:n sulautuma-asetus</b> .....	<b>14</b>
<b>3.4 Sulautuma-asetuksen soveltamisedellytykset</b> .....	<b>15</b>
3.4.1 Yrityskeskittymän määritelmä ja keskittymään osallistuvat yritykset.....	15
3.4.2 Yhteisölaajuisuus ja liikevaihtorajat .....	16
<b>3.5 Sulautuma-asetuksen aineellinen testi</b> .....	<b>17</b>
3.5.1 Ennen sulautuma-asetuksen uudistusta 2004.....	17
3.5.2 Sulautuma-asetuksen uudistuksen jälkeen 2004.....	18
<b>3.6 SLC-testi USA:n yrityskauppavalvonnassa</b> .....	<b>22</b>
3.6.1 Historiaa horisontaalisten yrityskauppojen valvonnasta USA:n kilpailuoikeudessa .....	22
3.6.2 SLC-testi.....	24
<b>3.7 Arviointi aineellisten testien avulla</b> .....	<b>24</b>
<b>4 Määrävä markkina-asema yrityskauppavalvonnassa</b> .....	<b>27</b>
<b>4.1 Markkinavoima</b> .....	<b>27</b>
<b>4.2 Määrävän markkina-aseman käsite</b> .....	<b>29</b>
<b>4.3 Yhteisen määrävän markkina-aseman käsite</b> .....	<b>30</b>
<b>4.4 Markkinoiden määrittely</b> .....	<b>32</b>
4.4.1 Merkityksellisten markkinoiden määrittely .....	32
4.4.2 Relevantit hyödykemarkkinat.....	33
4.4.3 Relevantit maantieteelliset markkinat.....	35
<b>4.5 Markkinaosuudet ja markkinoiden keskittyneisyys</b> .....	<b>37</b>

<b>5</b>	<b>Yhteinen määräävä asema.....</b>	<b>40</b>
<b>5.1</b>	<b>Sulautuma-asetuksen soveltuminen yhteiseen määräävään asemaan .....</b>	<b>40</b>
5.1.1	Soveltumisongelma .....	40
5.1.2	Kali & Salz -tapaus.....	41
<b>5.2</b>	<b>Yhdenmukainen markkinakäyttäytyminen ja rakenteelliset yhteydet.....</b>	<b>42</b>
5.2.1	Tarve soveltaa yhteisen määräävän aseman käsitettä oligopoleihin .....	42
5.2.2	Edellyttääkö yhteinen määräävä asema rakenteellisten siteiden olemassaoloa?.....	43
5.2.3	Gencor v. Komissio .....	45
<b>5.3</b>	<b>Yhteisen määräävän aseman arvioinnin kriteerit .....</b>	<b>47</b>
5.3.1	Airtours-tapauksen tausta .....	47
5.3.2	Airtours v. Komissio -ratkaisu.....	48
5.3.3	Yhteisen määräävän aseman edellytykset.....	50
5.3.4	Airtours-tapauksen arviointia .....	51
<b>5.4</b>	<b>Yhteisen määräävän aseman tunnusmerkistön lähempää tarkastelua .....</b>	<b>52</b>
5.4.1	Kilpailuvaikutusten arvioinnin analyysi .....	52
5.4.2	Yhteinen määräävä aseman ja markkinoiden keskittymisaste.....	53
5.4.3	Sisäinen kilpailu ja rakenteelliset tekijät .....	54
5.4.4	Oligopolin ulkopuolinen kilpailu ja ulkopuoliset reaktiot .....	57
5.4.5	Sulautuman vaikutus kilpailutilanteeseen.....	59
<b>6</b>	<b>Päätelmät.....</b>	<b>61</b>

# LÄHTEET

## Virallislähteet

Asetus 4064/89 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 1989 L 395/1.  
(Vuoden 1989 sulautuma-asetus)

Asetus 139/2004 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 2004 L 24/1.  
(Sulautuma-asetus)

Ehdotus neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 2003 C 20/4.

Euroopan yhteisön perustamissopimus (Konsolidoitu toisinto), EYVL 2002 C 325/33.  
(Perustamissopimus)

Horizontal Merger Guidelines 1992. Federal Trade Commission. Bureau of Competition.  
Saatavilla [www-muodossa <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>](http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm) 22.11.2007.  
(USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat)

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoi-  
keuden kannalta, EYVL 1997 C 372/5.  
(Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä)

Komission tiedonanto yrityskeskittymän käsitteestä yrityskeskittymien valvonnassa anne-  
tun asetuksen (ETY) N:o 4064/89 mukaan, EYVL 1998 C 66/5.

Komission tiedonanto keskittymään osallistuvien yritysten käsitteestä yrityskeskittymien  
valvonnasta annetun neuvoston asetuksen N:o 4064/89 mukaan, EYVL 1998 C  
66/14.

Komission tiedonanto liikevaihdon laskemisesta yrityskeskittymien valvonnasta annetun  
neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 mukaan, EYVL 1998 C 66/25.

Komission tiedonanto hyväksyttävistä korjaustoimenpiteistä, EYVL 2001 C 68/3.

Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta an-  
netun neuvoston asetuksen nojalla, EYVL 2004 C31/5.  
(Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat)

Vihreä kirja neuvoston asetuksen (ETY) n:o 4064/89 tarkistamiseksi. 2001.  
(Vihreä kirja)

## Kirjallisuus

*Aalto-Setälä, Ilkka – Laine, Antti – Lehto, Petri – Petäjämäki-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti:* Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. 3. uud. p. Pieksämäki 2003. (Kilpailulait 2003)

*Alkio, Mikko – Wik, Christian:* Kilpailuoikeus. Jyväskylä 2004.

*Bellamy, Christopher – Child, Graham:* European Community Law of Competition. 5.p. Sweet & Maxwell. London 2001.

*Goyder, D.G:* EC Competition Law. European Community Law Series. 3. p. Oxford University Press. Oxford 2003.

*Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle:* Taloustieteellinen näkemys kilpailuoikeuteen. Lakimiesliiton Kustannus. Saarijärvi 2001.

*Kuoppamäki, Petri:* Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 293. Jyväskylä 2003.

*Kuoppamäki, Petri:* Uusi kilpailuoikeus. Vantaa 2006.

*Leivo, Kirsi – Leivo, Timo:* Euroopan yhteisön kilpailuoikeus. Lakimiesliitonkustannus. Jyväskylä 1997.

*Lindsay, Alistair:* The EC merger regulation: Substantive issues. Sweet & Maxwell. London 2003.

*Lindsay, Alistair:* The EC merger regulation: Substantive issues. 2. uud. p. Sweet & Maxwell. London 2006.

*Ojala, Marjo:* EU-kilpailuoikeus. Helsinki 2005.

*Palm, Jukka:* Yrityssotot ja määräysvaltamarkkinat. Tutkimus kilpailuoikeudellista yritys-kauppavalvontaa ja arvopaperimarkkinaoikeudellista julkista ostotarjousta koskevan sääntelyn ja sen soveltamisen kehittämistarpeista. Helsinki 2005.

*Posner, Richard:* Antitrust law. 2. p. University of Chicago Press. Chicago and London 2001.

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

*Whish Richard:* Competition law. 5. p. Butterworths. London 2003.

## Artikkelit ja puheet

*Bernitz, Ulf – Gutu, Irina:* The Effect of EU Merger Policy on Large Multinationals Based on Sweden and other Smaller Member States: Is the Policy Discriminatory? *European Competition Law Review* 2003, s. 19–29.

*Christensen, Peder – Rabassa, Valérie:* The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance? *European Competition Law Review* 2001, s. 227–237.

*Hautala, Jaana:* Kommentti Markku Stenborgin artikkeliin ”Onko oligopoli kilpailuongelma? Viimeaikaisen tutkimuksen opit ja välineet kilpailupolitiikalle”. *Talous ja yhteiskunta, kilpailupolitiikka taloustieteen valokeilassa* 4/2004, s. 16–18. Saatavilla [www-muodossa <www.labour.fi/talousjayhtk/lehtipdf/ty42004.pdf>](http://www.muodossa.com/www.labour.fi/talousjayhtk/lehtipdf/ty42004.pdf) 10.12.2007. (Hautala 2004a)

*Hautala, Jaana:* The EC merger review – a direction of further convergence with the US merger control regime. *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja. Suomen kilpailuoikeudellinen yhdistys ry.* 2004, s. 165–179. (Hautala 2004b)

*Hautala, Jaana:* Yrityskauppavalvonnan kilpailutesteistä – Näkökohtia vihreän kirjan keskustelualoitteeseen. *Kilpailuviraston vuosikirja* 2002, s. 43–50. Saatavilla [www-muodossa <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?luku=julkaisut&sivu=vuosikirjat>](http://www.muodossa.com/www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?luku=julkaisut&sivu=vuosikirjat) 29.11.2007.

*Kokkoris, Ioannis:* The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case—the Eagerly Expected Debate: *SLC v Dominice Test.* *European Competition Law Review* 2005, s. 37–47.

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

*Lehto, Petri:* Yhteinen määräävä markkina-asema ja komission suuntaviivat yrityskauppojen horisontaalisista vaikutuksista. *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja. Suomen kilpailuoikeudellinen yhdistys ry.* 2004, s. 157–163.

*Monti, Mario:* European Commissioner for Competition Policy. Convergence in EU-US antitrust policy regarding mergers and acquisitions : an EU perspective. *UCLA Law First Annual Institute on US an EU Antitrust Aspects of Mergers and Acquisitions.* Los Angeles, 28 February 2004, *Speech/04/107.* Saatavilla [www-muodossa <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_commissioner.html>](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html) 29.11.2007.

## VIII

- Monti, Mario:* European Commissioner for Competition Policy. Merger control in the European Union: a radical reform. European Commission/IBA Conference on EU Merger Control. Brussels, 7 November 2002, Speech/02/545.  
Saatavilla [www-muodossa](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)  
<[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_commissioner.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)> 18.1.2008.
- Monti, Mario:* European Commissioner for Competition Policy. Antitrust in the US and Europe: a History of Convergence. Washington DC General Counsel Roundtable - American Bar Association. Washington DC, 14 November 2001, Speech/01/540.  
Saatavilla [www-muodossa](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)  
<[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_commissioner.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)> 18.1.2008.
- Pate, R. Hewitt:* Current Issues on International Antitrust Enforcement. Speech New York 2004. Saatavilla [www-muodossa](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.htm)  
<<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206479.htm>> 4.12.2007.
- Ruohoniemi, Erko:* EY:n sulautuma-asetuksen muutokset ja niiden merkitys käytännössä. Defensor Legis 2004/3, s.418–431.
- Savia, Elena:* Ajankohtaista eurooppaoikeutta – Aktueellt inom europarätten. Fuusiovalvonta-asetuksen soveltaminen kollektiiviseen määräävään asemaan. Defensor Legis 1998/6, s. 1076–1085.
- Vickers, John:* Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect. European Competition Law Review 2004, s. 455–463.



## **Oikeustapaukset**

### **EY:n tuomioistuimen ratkaisut**

Asia 6/72, Continental Can, 1973 ECR 215.

Asia 26/76, Metro I, 1977 ECR 1875.

Asia 27/76, United Brands, 1978 ECR 207.

Asia 85/76, Hoffmann–La Roche, 1979 ECR 461.

Asia 322/81, Michelin, 1983 ECR 3461.

Asia C-393/92, Almelo, 1994 ECR I-1477.

Yhdistetyt asiat C-68/94 ja C-30/95, Ranska v. Komissio (Kali&Salz), 1998 ECR I-1375.

Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge, 2000 ECR I-1365.

### **EY:n ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisut**

Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89, Italian Flat Glass, 1992 ECR 1403.

Asia T-221/95, Endemol, 1999 ECR 1299.

Asia T-102/96, Gencor, 1999 ECR 753.

Asia T-342/99, Airtours, 2002 ECR II-2585.

### **Komission päätökset**

Asia IV/M.190, Nestlé/Perrier, EYVL 1992 L356/1.

Asia IV/M.308, Kali&Salz/MdK/Treuhand, EYVL 1994 L186/38.

Asia IV/M.477, Mercedes-Benz/Kässbohrer, EYVL 1995 L 211/1.

Asia IV/M.619, Gencor/Lonrho, EYVL 1997 L11/30.

Asia IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz, EYVL 1997 L201/1.

Asia IV/M.1524, Airtours/First Choice, EYVL 2000 L 93/1.

Asia COMP/M.1672, Volvo/Scania, EYVL 2001 L 143/74.

Asia COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue, EYVL 2002 L 57/1.

**USA:n korkeimman oikeuden päätökset**

U.S. v. Philadelphia Nat. Bank 83 S.Ct. 1715 U.S.Pa. 1963

Saatavilla www-muodossa <<http://supreme.justia.com/us/374/321/case.html>>  
23.11. 2007.

**LYHENTEET**

ECR	European Court Reports
ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
SIEC	significant impediment to effective competition
SLC	substantial lessening of competition
USA	Yhdysvallat

# 1 Johdanto

## 1.1 Tutkimusteema

Kilpailuoikeuden merkitys on kasvanut voimakkaasti viime aikoina, ja sen asema on muuttunut merkittävästi myös maailmanlaajuisesti, ei vain Suomessa ja EU:n alueella. Keskeinen syy tähän on ollut talouksien kehitys sääntelytalouksista avoimeen markkinatalouteen. Sääntelytalouksissa yleensä valtio ohjaa hyödykkeiden tuottamista ja vaihtamista kuluttajille. Markkinataloudessa annetaan vapaan kilpailun hoitaa hyödykkeiden tuotantoon liittyvät ongelmat; kysyntä ja tarjonta kertovat, mitä hyödykkeitä tuotetaan ja kuinka paljon. Useimmiten vapaa kilpailu tuottaa tuotantopanosten tehokkaan jakaantumisen ja näin ollen hyvinvoinnin kasvun. Kilpailuoikeuden tarkoitus on asettaa käyttäytymisen ehdot näille avoimessa markkinataloudessa toimiville yrityksille.<sup>1</sup>

Markkinataloudessa kilpailulla ja siten myös tehokkuudella sekä hinnoilla on keskeinen merkitys. Kilpailun tuoma uhka asiakkaiden menetyksestä kannustaa yrityksiä jatkuvaan toiminnan tehostamiseen, joten resurssit markkinoilla kohdentuvat mahdollisimman hyvin. Lisäksi jatkuvassa kilpailussa myös tietotaitoa täytyy ylläpitää ja parantaa jatkuvasti. Hintamekanismin ohjatessa hintatasoa, hyödykkeen hinta nousee ja laskee kysynnän sekä tarjonnan mukaisesti. Tietyn hyödykkeen kasvanut kysyntä nostaa hintatasoa, mikä kannustaa yrityksiä lisäämään kyseisen hyödykkeen tuotantoa. Tämä taas laskee hintatasoa, kunnes kysyntä ja tarjonta ovat taas tasapainossa. Näin ollen yksittäinen yritys ei voi hinnoitella hyödykkeitään huomioimatta kilpailijoitaan.<sup>2</sup>

Täydellisesti kilpailtuja markkinoita ei kuitenkaan käytännössä ole olemassa. Markkinoille syntyy tilanteita, joissa yritys pystyy itse määräämään tuotannostaan ja hinnoittelustaan tai ainakin vaikuttamaan niihin. Kun yritys pystyy ylihinnoittelemaan itsensä kilpailulliseen tasoonsa nähden tai voi muuten vaikuttaa olosuhteisiin, puhutaan yrityksen markkinavoi-

---

<sup>1</sup> Alkio – Wik 2004, s. 3, Kuoppamäki 2006, s. 2–6 ja Whish 2003, s. 1

<sup>2</sup> Kuoppamäki 2006, s. 2–3, Kuoppamäki 2003, s. 31 ja Alkio – Wik 2004, s. 36–37.

masta. Markkinavoima on yksi kilpailuoikeuden taloudellisista ydinkäsitteistä. Kun yrityksellä on huomattavan paljon markkinavoimaa, yritykselle voi syntyä esimerkiksi monopoli-asema tai määräävä markkina-asema. Tavoitteena on toimiva kilpailu ja siksi yrityskauppa- ja valvonnalla pyritään etukäteen estämään markkinavoiman kasvu ja siitä seuraava määräävä markkina-asema tai muu kilpailulle haitallinen aseman väärinkäyttö. Markkinavoimaa sinällään ei voida pitää haitallisena, kuten ei määräävää asemaakaan, mutta sitä on syytä tarkkailla väärinkäytösten estämiseksi.<sup>3</sup>

Usealle yritykselle voi yhdessä syntyä yhteinen määräävä asema oligopolistisilla<sup>4</sup> markkinoilla yrityskaupan seurauksena. Yhteisellä määräävällä asemalla tarkoitetaan ”tiukassa oligopolissa syntyvää tilannetta, jossa pienellä joukolla yrityksiä on yhdessä markkinavoimaa”<sup>5</sup>. Yhteinen markkina-asema syntyy helposti keskittyneille, duopolistisille<sup>6</sup> tai tiukan oligopolistisille markkinoille ja lisää kolluusion riskiä. Kolluusiolla tarkoitetaan yritysten yhdenmukaista toimintaan ilman, että ne olisivat perustamissopimuksen<sup>7</sup> 81 kieltämällä tavalla yhteistyössä keskenään.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Kuoppamäki 2006, s. 6–10.

<sup>4</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, alaviite 29.

Oligopolistisilla markkinoilla tarkoitetaan markkinarakennetta, jossa on rajoitettu määrä suuria yrityksiä. Yhden yrityksen käyttäytymisellä on tuntuva vaikutus yleisiin markkinaolosuhteisiin ja siten välillisesti kunkin yrityksen tilanteeseen, ja sen vuoksi oligopolirytykset ovat riippuvaisia toisistaan.

<sup>5</sup> Kuoppamäki 2003, s. 992.

<sup>6</sup> Savia 1998, s. 1078.

Duopoliset markkinat ovat yksi oligopolisten markkinoiden muoto, jossa markkinoilla toimii kaksi tietyn palvelun tai tuotteen tarjoajaa. Duopoli- ja oligolutilanne, jossa kaksi yritystä tai muutama yritys hallitsee yhteisön markkinoita, voi estää kilpailun toimivuutta. Tällöin markkinoilla voi esiintyä yhdenmukaista käyttäytymistä, joka ei perustu kiellettyihin kartelleihin, vaan juuri markkinarakenteeseen.

<sup>7</sup> Euroopan yhteisön perustamissopimus (Konsolidoitu toisinto), EYVL 2002 C 325/33.

<sup>8</sup> Kuoppamäki 2006, s. 267–268.

Yrityskauppavalvonnan<sup>9</sup> sääntely muuttui 2004, kun EY:n vuoden 1989 sulautuma-asetusta<sup>10</sup> uudistettiin ja uusi sulautuma-asetus<sup>11</sup> annettiin. Aiemmin yrityskaupan kieltäminen edellytti määräävän markkina-aseman olemassa oloa, minkä seurauksena tehokas kilpailu estyisi. Tätä määräysvaltatestiä kutsutaan dominanssitestiksi. Sulautuma-asetuksen uudistuksen vuoksi keskittymiä arvioitaessa tarkastellaan erityisesti tehokkaan kilpailun estymistä, eikä määräävän markkina-aseman olemassa olon arvioiminen ja olemassaolo ole välttämätöntä<sup>12</sup>. Uutta aineellista testiä kutsutaan SIEC-testiksi. Tällä uudistuksella haluttiin rajata mukaan myös tilanteet, joissa selvää määräävää asemaa tai sen vahvistumista ei synny (unilateraaliset vaikutukset). Uudistuksen myötä haluttiin selventää myös yhteisen määräävän aseman käsitettä yrityskauppavalvonnassa.

## 1.2 Tutkielman tavoite ja rajaukset

Tutkielman tarkoituksena on selvittää yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen muotoutumista, soveltamista sekä edellytyksiä EY:n yrityskauppavalvonnassa eli selvittää milloin yrityskauppa voidaan julistaa yhteismarkkinoille soveltumattomaksi siitä syystä, että sillä luotaisiin yhteinen määräävä markkina-asema. Tarkoituksena on selvittää keskittymästä aiheutuvat kilpailunvastaiset vaikutukset ja ne kriteerit, joiden perusteella yrityksillä voidaan sanoa olevan yhteinen määräävä asema. Koska kansallinen kilpailunrajoituslaki on harmonisoitu EY:n säädösten mukaiseksi, tutkielma tulee perustumaan EY:n kilpailulainsäädäntöön.

---

<sup>9</sup> Alkio – Wik 2004, s. 393.

Termi ”yrityskauppa” on vakiintunut käytettäväksi Suomen kansallisen yrityskauppavalvonnan yhteydessä erotuksena termistä ”keskittymä”, joka puolestaan on käytössä EY:n yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä. Termit vastaavat kuitenkin sisällöllisesti toisiaan ja siksi käytän molempia termejä sekä termiä fuusio.

<sup>10</sup> Asetus 4064/89 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 1989 L 395/1.

<sup>11</sup> Asetus 139/2004 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 2004 L 24/1.

<sup>12</sup> Hautala 2004, s. 167–168.

Tutkielman kokonaisuuden kannalta on tarkoituksenmukaista esitellä kilpailuoikeuden ja yrityskauppalvonnann tavoitteet sekä selvittää sulautuma-asetuksen aineellista testiä ennen ja jälkeen uudistusta. Lisäksi aineellisten testien vertailun yhteydessä tarkastellaan USA:n kilpailuoikeuden historiaa, koska uudistuksen myötä EY:n kilpailuoikeuden katsotaan siirtyneen USA:ssa käytössä olevan SLC-testin suuntaan, jonka periaatteena on tutkia seuraako yrityskaupasta huomattava kilpailun vähentyminen<sup>13</sup>. USA:n yrityskauppalvonnann pääpaino on yhteisen määräävän aseman arvioinnissa. Yhteisen määräävän aseman arviointi täytyy aloittaa määrittelemällä merkitykselliset markkinat ja sitä kautta selvittämällä yritysten markkinaosuudet. Markkinoiden keskittymistasot on myös määriteltävä, koska ne antavat viitteitä markkinoiden rakenteesta.

Vasta näiden määrittelyjen jälkeen voidaan tarkastella yrityskaupan mahdollisia kilpailunvastaisia vaikutuksia, sekä näitä vaikutuksia tasapainottavia voimia, joita ovat markkinoille pääsyn esteet, ostajien neuvotteluvoima, tehokkuusedut sekä failing company-puolustus (yrityksen pelastaminen konkurssilta).<sup>14</sup> Nämä tasapainottavat tekijät on rajattu tutkielman ulkopuolelle. Koska yhteinen määräävä asema syntyy yleensä horisontaalisen yrityskaupan<sup>15</sup> seurauksena, vertikaaliset yrityskaupat<sup>16</sup> sekä monialayrityskaupat<sup>17</sup> on rajattu tutkielman ulkopuolelle. Kilpailunvastaiset vaikutukset ovat jaettavissa yhteensovittamattomiin ja yhteensovitettuihin vaikutuksiin. Tutkielmassa keskitytään yhteiseen määräävään asemaan liittyen ainoastaan yhteensovitettuihin vaikutuksiin.

---

<sup>13</sup> Posner 2001, s. 119.

<sup>14</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 11.

<sup>15</sup> Kuoppamäki 2006, s. 238–239.

Horisontaalisilla yrityskaupoilla tarkoitetaan kahden tai useamman yrityksen yhteenliittymistä, jotka toimivat samoilla markkinoilla tai samalla tuotantoportaalla ja joiden tuotteet ovat toisensa korvaavia.

<sup>16</sup> Kuoppamäki 2006, s. 239–240.

Vertikaalisilla yrityskaupoilla tarkoitetaan yritysten yhteenliittymistä, jotka toimivat jalostusketjun eri portailla.

<sup>17</sup> Kuoppamäki 2006, s. 240.

Monialayrityskaupoilla tarkoitetaan yritysten yhteenliittymää, jotka toimivat eri markkinoilla.

### 1.3 Tutkimustapa ja lähdeaineisto

Tutkimusmetodina tutkielmassa on lainoppi eli oikeusdogmatiikka. Tarkoituksena on selvittää yhteistä määräävää asemaa voimassa olevien EY:n kilpailusäännösten perusteella. Kilpailuoikeus oikeudenalana on kuitenkin sellainen, että taloustiedettä ei voida ohittaa. Vain taloustieteen käsitteiden mukaan voimme määritellä markkinat, markkinavoiman, tehokkuuden ja muut kilpailuoikeudessa keskeiset termit. Aihetta tullaan käsittelemään sekä lainopin että taloustieteen kannalta.

Tutkielma perustuu EY:n perustamissopimuksen<sup>18</sup> kilpailua sääteleviin artikloihin, sulautuma-asetukseen<sup>19</sup> sekä siihen liittyviin tiedonantoihin. Erityisesti horisontaalisten keskittymien suuntaviivat<sup>20</sup> ovat tärkeä tiedonanto keskittymien kilpailuvaikutuksia arvioitaessa. Kilpailuoikeudessa oikeuskäytännöllä on keskeinen merkitys säännösten konkreettisen sisällön muotoutumisessa erityisesti yhteisen määräävän aseman käsitettä tutkittaessa, koska käsitteen kriteerit ja soveltamisala ovat peräisin oikeuskäytännöstä. Sen vuoksi tärkeä lähde on keskeinen komission ratkaisukäytäntö ja yhteisön tuomioistuinten oikeuskäytäntö.

---

<sup>18</sup> Euroopan yhteisön perustamissopimus (Konsolidoitu toisinto), EYVL 2002 C 325/33.

<sup>19</sup> Asetus 4064/89 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 1989 L 395/1 ja asetus 139/2004 yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 2004 L 24/1.

<sup>20</sup> Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, EYVL 2004 C31/5.



## 2 Kilpailuoikeuden tavoitteet

### 2.1 Kilpailuoikeuden yleiset tavoitteet

Kilpailuoikeudessa on kyse markkinavoiman sääntelystä. Oletuksena on, että markkinat on paras tapa hoitaa tuotannontekijöiden jakaantuminen. Markkinatalous johtaa korkeampaan hyvinvointiin kuin tilanne, jossa markkinoilla on vain harvoja yrityksiä valtion määrätessä tuotannontekijöistä.<sup>21</sup> Markkinataloudessa markkinoiden itseohjautuvuuden häiriintyessä, paine kilpailulliseen toimintaan kilpailijoiden välillä voi laskea ja yritykset voivat periä kilpailun heikkenemisen seurauksena monopolivoittoja. Tämän vuoksi toimiva ja tehokas kilpailu on edellytys toimivalle markkinataloudelle. Kilpailulainsäädännön tehtävä onkin suojella kilpailua prosessina ja instituutiona.<sup>22</sup>

Yhteiskunnallisista tavoitteista, joiden edistymistä kilpailulakien tulee turvata, on eroavia mielipiteitä ja taloustieteellisiä koulukuntia. Chicagon koulukunnan kannattajat pitävät talouden tehokkuuden lisäämistä ainoana yhteiskunnallisena päämääränä. Harvardin koulukunnan edustajat taas pitävät talouden tehokkuuden lisäksi tärkeinä päämäärinä elinkeinonharjoittamisen vapauden turvaamista, kuluttajien ja pienyritysten suojaamista sekä taloudellisen ja poliittisen vallan keskittymisen estämistä. Chicagon koulukunnan mukaan markkinat ovat itseohjautuvia, kun Harvardin koulukunnan mukaan markkinat edellyttävät sääntelyä.<sup>23</sup>

Harvardin koulukunta arvioi yritysten kilpailutilannetta markkinoiden rakenteen kautta. Heidän mukaan markkinoiden rakenne määrää sen tavan, jolla yritys toimii markkinoilla. Mitä keskittyneemmät markkinat, sitä korkeampia hintoja tuotteista todennäköisesti peritään ja näin yritysten voitot ovat suurempia. Tätä mallia kutsutaan *SCP-paradigmaksi*. Ly-

---

<sup>21</sup> Alkio – Wik 2004, s. 36.

<sup>22</sup> Kuoppamäki 2003, s. 28.

<sup>23</sup> Kuoppamäki 2003, s. 28–29 ja Palm 2005, s. 27.

henne muodostuu sanoista structure (rakenne), conduct (markkinakäyttäytyminen) ja performance (markkinatulokset).<sup>24</sup>

Chicagolaisen näkemyksen mukaan kilpailuoikeudessa tulisi kieltää vain sellainen käyttäytyminen, joka haittaa resurssien tehokasta allokoitumista. Heidän mielestään olennaista on esimerkiksi, merkitseekö yrityskauppa suurtuotannon etuja, joista seuraa suurempi tehokkuus<sup>25</sup>. Harvardilaisen näkemyksen mukaan tällaista pelkkää lyhyen aikavälin tehokkuutta tärkeämpiä ovat tulevaisuuteen pitkällä aikavälillä kohdistuvat dynaamiset vaikutukset kuten teknologiset innovaatiot. Tämän näkemyksen perusteella tehokkuutta lisääviin ja kustannuksia alentaviin yrityskauppoihin tulee suhtautua kriittisesti, jos yritysten määrän vähenemisen seurauksena innovaatiokilpailu vähenee.<sup>26</sup>

Kilpailuoikeuden tavoitteista on näkemyseroista johtuen useita mielipiteitä. *Kuoppamäki* on jakanut kilpailuoikeuden yleiset tavoitteet vapautteen, tehokkuuteen ja oikeudenmukaisuuteen<sup>27</sup>. Kirjallisuudessa tavoitteet on myös näin jaettu kolmeen päämäärään:

- 1) taloudellisen vallan hajauttaminen sekä siihen liittyvän yksilönvapauden suojaaminen, jonka kannalta monopolit ja muu taloudellisen vallan keskittyminen yrityksiin ovat keskeinen ongelma;
- 2) markkinaosapuolten taloudellisen vapauden suojaaminen, jossa osapuolten suojaaminen on etusijalla itse kilpailuprosessiin nähden;
- 3) kuluttajien hyvinvoinnin varmistaminen edistämällä sekä allokativista että tuotannollista tehokkuutta, jolloin kilpailulainsäädännön tehtävänä on tehottomuuden poistaminen ja keskeisenä kriteerinä ylisuurten voittojen kertyminen.<sup>28</sup>

*Alkio ja Wik* ovat jakanut tavoitteet taloudellisen tehokkuuden ylläpitämiseen, kuluttajien etuun ja kilpailijoiden suojeluun.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Alkio – Wik 2004, s. 54. SCP-paradigmasta enemmän esim. Timonen 1997, s. 227 ss.

<sup>25</sup> Palm 2005, s. 28.

<sup>26</sup> Kuoppamäki 2003, s. 28–29.

<sup>27</sup> Kuoppamäki 2003, s. 31.

<sup>28</sup> Timonen 1997, s. 219.

<sup>29</sup> Alkio – Wik 2004, s. 7–9.

### 2.1.1 Taloudellinen tehokkuus

Markkinoiden tehtävä on hyödykkeiden tuottaminen kuluttajille. Koska resurssit ovat aina rajalliset, on rationaalista pyrkiä tuottamaan hyödykkeet mahdollisimman edullisella tuotos–panos -suhteella. Tämän markkinatalouden tehokkaan toiminnan katsotaan lisäävän kuluttajien taloudellista hyvinvointia. Kilpailumekanismin luoma tehokkuus voidaan jakaa staattiseen tehokkuuteen (allokatiivinen ja produktiivinen tehokkuus) sekä dynaamiseen tehokkuuteen.<sup>30</sup>

*Allokatiivisella tehokkuudella* tarkoitetaan, että olemassa olevat tuotantoresurssit kohdentuvat mahdollisimman tehokkaasti tavaroiden ja palveluiden tuottajien kesken. Hyödykkeitä valmistetaan optimaalinen määrä ja hinnat ovat mahdollisimman lähellä tuotantokustannuksia. Ostajat, jotka ovat valmiita maksamaan hyödykkeestä sen tuottamisen vaihtoehtoiskustannukset kattavan hinnan, voivat ostaa hyödykkeen. Näin ollen hyödykkeet jakaantuvat kuluttajien välillä sen mukaan kuin kuluttajilla on ostovoimaa suhteessa hintaan.<sup>31</sup> Tällöin tuotantopanokset allokoituvat siten, että syntyy taloudellisesti suurin mahdollinen hyöty. Ideaalitulanteena tälle on täydellisen kilpailun malli, jossa hinta on rajakustannusten tasolla. Sen sijaan allokatiivista tehottomuutta lisää kilpailun rajoittuminen, joka antaa mahdollisuuden hintojen nostolle.<sup>32</sup>

*Produktiivisella tehokkuudella* tarkoitetaan tuottavuuden tasoa. Kilpailun paineessa yritykset tuottavat hyödykkeitä pienimmillä mahdollisilla kustannuksilla eli mahdollisimman vähällä työvoimalla ja pääomalla. Tämä on seurausta siitä, että pitkällä tähtäimellä tehotomien yritysten toiminta muuttuu tappiolliseksi, koska ne eivät pysty laskemaan tuotantokustannuksiaan riittävän alas. Markkinoille jäävät yritykset ovat optimaalisen kokoisia yrityksiä tuottamaan kysyntää vastaavan määrän hyödykkeitä kilpailuteoreettisen oletuksen mukaisesti. Yhteiskunta saa hyödykkeet halvimmalla mahdollisella kustannuksella hintojen

---

<sup>30</sup> Kuoppamäki 2003, s. 31–32.

<sup>31</sup> Kanniainen – Määttä 2001, s. 93 ja Whish 2003, s. 3.

<sup>32</sup> Kanniainen – Määttä 2001, s. 93–94, Kuoppamäki 2003, s. 32 ja Alkio – Wik 2004, s. 36–37.

löytäessä teoreettisen miniminsä. Yleensä kilpailun katsotaan kannustavan yrityksiä tuotantotehokkaaseen toimintaan, koska vain tehokkaat pysyvät markkinoilla.<sup>33</sup>

*Määttän* mukaan oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa pitäydytään usein vain allokatii-visen ja produktiivisen tehokkuuden tarkastelussa, mutta huomioon on syytä ottaa myös *dynaaminen tehokkuus*<sup>34</sup>. Dynaaminen tehokkuus tarkoittaa yritysten pyrkimystä kehittyä tuottamalla entistä parempia hyödykkeitä aikaisempaa tehokkaammilla menetelmillä. Kilpailun paine johtaa produktiivisen tehokkuuden lisäksi myös dynaamiseen tehokkuuteen, koska säilyttääkseen asemansa markkinoilla tulee yritysten jatkuvasti panostaa tutkimukseen ja tuotekehittelyyn. Keskeinen merkitys on siis tutkimuksen ja tuotekehittelyn tuottamalla innovaatioilla.<sup>35</sup>

### 2.1.2 Kuluttajien etu

Perustamissopimuksen 81 (3) artiklan mukaan 81 (1) artiklan mukainen kilpailua rajoittava sopimus, päätös tai yhdenmukaistettu menettely voidaan sallia, jos järjestely tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajalle kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä. Toisaalta taas kuluttajien etua valvotaan myös toisinpäin eli puututaan esimerkiksi määrävässä asemassa olevien yritysten hinnoitteluun ja hintojen vahvistamiseen seuraavalle myyntiportaalle.<sup>36</sup> Tehokas kilpailu tuottaa kuluttajille hyötyjä kuten alhaiset hinnat, korkealaatuiset tuotteet, laajan tuote- ja palveluvalikoiman ja innovaatiot. Yrityskauppa- ja kilpailuviranomaisen avulla komissio estää sulautumat, jotka todennäköisesti veisivät kuluttajilta nämä hyödyt lisäämällä merkittävästi yritysten markkinavoimaa.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Kannianen – Määttä 2001, s. 94, Kuoppamäki 2003, s. 36 ja Whish 2003, s. 4.

<sup>34</sup> Kannianen – Määttä 2001, s. 94.

<sup>35</sup> Kuoppamäki 2003, s. 36–37 ja Whish 2003, s. 4.

<sup>36</sup> Alkio – Wik 2004, s. 8.

<sup>37</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 8.

## 2.2 EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet

Koska Rooman sopimuksen kilpailusääntöjä koskeva luku ei sisällä tavoitelausumaa, määntyvät EY:n kilpailuoikeuden tavoitteet perustamissopimuksen alkuun sijoitettujen yleisten tavoitelausumien perusteella. Lisäksi tulkinnassa apuna voidaan käyttää EY:n komission kilpailupolitiikkansa tavoitteita koskevia lausumia sekä EY:n tuomioistuimen ratkaisuja.<sup>38</sup>

Perustamissopimuksen 2 artiklan mukaan yhteisön päämääränä on yhteismarkkinoiden toteuttaminen, kansallisten rajojen poistaminen, taloudellisen toiminnan sopusointuinen, tasapainoinen ja kestävä kehitys, hyvän kilpailukyvyn edistäminen ja jatkuva taloudellinen kasvu. Näiden tavoitteiden toteuttamiseksi 3 artiklassa on säädetty toimintatavat. 3 artiklan g-kohdan mukaan yhteisön toimintaan kuuluu järjestelmä, jolla estetään kilpailun vääristyminen sisämarkkinoilla. Lisäksi 3 artiklan c-kohdan mukaan yhteisön sisämarkkinat täytyy turvata eli tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääoman vapaata liikkuvuutta rajoittavat esteet on poistettava jäsenvaltioiden väliltä. Nämä kaksi, kilpailutavoite ja integraatiotavoite, ovat EY:n kilpailuoikeuden tärkeimmät tavoitteet. Lähtökohtana tavoitteille on talouspolitiikka, jota 4 artiklan mukaan tulee harjoittaa vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti.<sup>39</sup>

### 2.2.1 Kilpailutavoite

Kuten kilpailuoikeudessa yleensä, EY:n kilpailusäännöillä pyritään ylläpitämään toimivaa kilpailumekanismia. Tarkoituksena on vahvistaa tehokasta kilpailua ja estää yrityksiä teke-

---

<sup>38</sup> Kuoppamäki 2003, s. 55–56.

<sup>39</sup> Kirjallisuudessa EY:n kilpailupolitiikan tavoitteeksi kilpailu- ja integraatiotavoitteen lisäksi on mainittu yritysten kilpailukyvyn lisääminen ja pienten ja keskisuurten yritysten suosiminen. Ks. Leivo – Leivo 1997, s. 3–5.

EY:n kilpailupolitiikan tavoitteista myös esim. Bellamy – Child 2001, s. 39–43.

mästä kilpailua rajoittavia keskinäisiä sopimuksia sekä tätä kautta turvata kilpailullinen markkinatalousjärjestelmä.<sup>40</sup>

Tapauksessa *Metro I* EY:n tuomioistuin totesi, että tavoitteena on toimivan kilpailun aikaansaaminen. Tuomioistuimen mukaan kilpailun toimivuus (workable competition) tarkoittaa tarpeeksi korkeaa kilpailuastetta, joka riittää varmistamaan EY:n perustamissopimuksen perusvaatimusten ja tavoitteiden saavuttamisen.<sup>41</sup> Tavoitteena ei siis ole täydellinen kilpailu vaan toimiva ja tehokas kilpailu.<sup>42</sup>

Tätä toimivaa kilpailua suojataan säädöksin. Perustamissopimuksen artiklassa 81 kielletään jäsenvaltioiden väliseen kauppaan vaikuttavat sopimukset, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla. Artikla 82 kieltää määräävän aseman väärinkäytön, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Yrityskauppojen valvontaa koskevan sulautuma-asetuksen 2 (3) artiklan mukaan keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos se olennaisesti estää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla erityisesti siitä syystä, että keskittymällä luodaan määräävä asema tai vahvistetaan sitä.

## 2.2.2 Integraatiotavoite

Yhteismarkkinoiden luominen muodostaa siis EY:n kilpailuoikeuden toisen tavoitteen. Tämä on näkynyt selkeästi komission päätöksissä ja EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä, sillä tätä sisämarkkinatavoitteen toteutumista on tuettu oikeuskäytännössä.<sup>43</sup> Tämä on tullut ilmi myös *Continental Can* -tapauksessa, jonka tuomiossa tuomioistuin totesi, että koska perustamissopimuksen 3 artiklan g-kohdassa määrätään järjestelmästä, jolla estetään kilpailun vääristyminen sisämarkkinoilla, siinä edellytetään, että kilpailua ei poisteta. Tämä

---

<sup>40</sup> Kuoppamäki 2003, s. 58–59 ja Alkio – Wik 2004, s. 9–10.

<sup>41</sup> Asia 26/76, *Metro I*, 1977 ECR 1875, kohta 20.

<sup>42</sup> Kuoppamäki 2003, s. 58.

<sup>43</sup> Alkio – Wik 2004, s. 11.

edellytys on tuomioistuimen mukaan niin olennainen, että ilman sitä perustamissopimuksen useat määräykset menettäisivät merkityksensä. Kilpailun heikkeneminen saattaisi vaarantaa yhteismarkkinoiden päämäärät.<sup>44</sup>

Integraatitavoite näkyy erityisesti rinnakkaistuonnin suojaamisena. Jotta yhteismarkkinat voisivat toimia tehokkaasti, hyödykkeiden tulee voida vapaasti liikkua maasta toiseen. Suhtautuminen yksittäistapauksessa voi integraatitavoitteesta johtuen olla tiukempaan tai lievempään verrattuna suhtautumiseen pelkkien kilpailuoikeudellisten argumenttien perusteella. Ei voida kuitenkaan katsoa, että integraatitavoitteen ja kilpailutavoitteen välillä olisi mitään syvällisempää perusristiriitaa.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Asia 6/72, *Continental Can*, 1973 ECR 215, kohta 24.

<sup>45</sup> *Kuoppamäki* 2003, s. 59–61 sekä *Alkio – Wik*, 2004, s. 11–12.

### **3 Yrityskeskittymien valvonta**

#### **3.1 Yrityskauppavalvonnan tavoitteet ja merkitys kilpailunvalvonnassa**

Yrityskauppavalvonnalla pyritään torjumaan liiallista markkinoiden keskittymistä. Yhteiskunnallisella tasolla keskittymisestä puhutaan markkinoiden keskittymisenä. Keskittymisellä tarkoitetaan prosessia, jonka seurauksena siihen asti itsenäiset yritykset yhdistyvät suuremmiksi taloudellisiksi kokonaisuuksiksi. Tuloksena on välitön markkinarakenteen muutos ja jäljelle jäävien yritysten vallan kasvu. Yrityskaupoissa kyse on taloudellisesta järjestelystä, josta seuraa niin hyötyjä kuin haittoja. Nämä hyödyt ja haitat menevät usein lomitain. Huomattavaa kuitenkin on, että toisin kuin kartellit tai määräävän aseman väärinkäyttö, yrityskaupat eivät ole kiellettyjä kilpailunrajoituksia.<sup>46</sup>

Yrityskauppavalvonnalla rajoitetaan sopimusvapautta, jolle markkinatalous pääosin rakentuu, jos yritykset pyrkivät päämääriin, jotka ovat ristiriidassa kilpailun tehokkuuden kanssa. Yrityskauppavalvonnassa törmätään ongelmaan, kun yrityskauppa johtaa kilpailua väärinä vaikutuksiin, mutta myös tehokkuuden lisäykseen. Esimerkiksi kartelli toteuttaa kilpailunrajoituksen sellaisenaan, eikä tällaista ristiriitaa synny. Ristiriita positiivisten ja negatiivisten vaikutusten välillä on keskeinen asia yritystoiminnan keskittymistä koskevassa arvioinnissa.<sup>47</sup>

#### **3.2 Horisontaaliset keskittymät**

Horisontaalisilla yrityskaupoilla tarkoitetaan kahden tai useamman yrityksen yhteenliittymistä, jotka toimivat samoilla markkinoilla tai samalla tuotantoportaalla, ja joiden tuotteet ovat toisensa korvaavia. Ennen keskittymistä yritykset olivat toistensa kilpailijoita. Keskittymän seurauksena yritysten kapasiteetti yhdistyy ja markkinoille jää kahden kilpailevan

---

<sup>46</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1049–1050.

<sup>47</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1050.



yrittäjien sijaan yksi yritys tarjoamaan tuotteita ostajille. Näin ollen keskittymisen seurauksena markkinoilta häviää kilpailijoiden kannalta kilpailija, ostajien kannalta hankintalähde ja toimittajien kannalta ostaja. Tämä vaikuttaa heti markkinarakenteeseen. Markkinoiden keskittyessä hintataso voi nousta.<sup>48</sup>

Keskittymisen johtaessa määräävään asemaan, yritys voi tietyissä tilanteissa periä monopolivoittoja jo ennen monopoliaseman saavuttamista. Tällöin yrityksen käyttäytymistä ei kontrolloi riittävässä määrin potentiaalisten tai aktuaalisten kilpailijoiden paine (individuaalinen määräävä markkina-asema). Kilpailupaineen ja ostajan toiseksi parhaan vaihtoehdon poistuminen voi johtaa kilpailunvastaisiin unilateraalisiin vaikutuksiin ilman määräävää asemaa. Myös tiukan oligopolistisen markkinarakenteen syntyminen voi heikentää kilpailua, jos syntyneet olosuhteet luovat edellytykset kolluusiolle (kollektiivinen eli yhteinen määräävä asema).<sup>49</sup>

Koulukunnat, joilla on sallivampi suhtautuminen yrityskauppoihin, eivät kiistä kielteisten vaikutusten mahdollisuutta, mutta korostavat, että yrityskaupat voivat johtaa tehokkuuden lisäykseen. Yrityskauppoja tehdäänkin esimerkiksi mittakaavaetujen ja skaalaetujen vuoksi. Näitä tehokkuusetuja on kuitenkin myös kritisoitu ja väitetty keskittymisen seurauksena saavutettuja tehokkuusetuja yliarvioitun.<sup>50</sup>

### 3.3 EY:n sulautuma-asetus

EY:n perustamissopimukseen ei sisälly säännöksiä yrityskauppavalvonnasta. Yrityskauppoja on arvioitu kilpailuoikeudellisesti 81 ja 82 artiklojen pohjalta 21.9.1990 asti, jolloin tuli voimaan vuoden 1989 sulautuma-asetus. Tämän asetuksen lainsäädännöllinen perusta on perustamissopimuksen 83 artikla.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Kuoppamäki 2006, s. 238–239.

<sup>49</sup> Kuoppamäki 2006, s. 238–239.

<sup>50</sup> Kuoppamäki 2006, s. 238–239.

<sup>51</sup> Alkio – Wik 2004, s. 392, 394.

Komissio antoi 11.12.2001 vihreän kirjan vuoden 1989 sulautuma-asetuksen tarkastamisesta<sup>52</sup>. Vihreässä kirjassa esiin otettiin kolme tärkeintä aihealuetta, joihin haluttiin muutosta. Ensimmäisenä vihreässä kirjassa on esitetty toimivaltaa koskevat seikat. Toisena on käsitelty aineellisoikeudellisia seikkoja koskeva testi, jota komissio käyttää keskittymien arvioinnissa. Kolmantena on pyydetty huomautuksia menettelyyn liittyvistä seikoista ja lisäksi muutoksenhausta sulautuma-asioissa ja valvontajärjestelmän sisältämistä oikeusturvatakuista.<sup>53</sup>

Vihreän kirjan hyväksymisen jälkeen todettiin, että yhteisön yrityskeskittymien valvontaa pidettiin onnistuneena, mutta havaittiin kuitenkin useita heikkouksia. Komissio ehdottikin puutteiden ja yrityskeskittymien valvonnan toimivuuden parantamiseksi sulautuma-asetuksen korvaamista uudella sulautuma-asetuksella. Uusi sulautuma-asetus annettiin 1.5.2004.<sup>54</sup>

### **3.4 Sulautuma-asetuksen soveltamisedellytykset**

#### **3.4.1 Yrityskeskittymän määritelmä ja keskittymään osallistuvat yritykset**

Sulautuma-asetuksen tarkoituksena on valvoa sellaisia keskittymiä, jotka aiheuttavat pysyvän rakenteellisen muutoksen järjestelyyn osallistuvien yritysten määräysvaltasuhteissa ja samalla pysyvän muutoksen markkinoiden rakenteessa<sup>55</sup>. Yritysryhmän sisäiset järjestelyt eivät kuitenkaan kuulu sulautuma-asetuksen soveltamisalaan<sup>56</sup>.

Sulautuma-asetuksen artiklan 3(1) mukaan keskittymän katsotaan syntyvän, jos määräysvalta siirtyy pysyvästi seurauksena siitä, että

---

<sup>52</sup> Vihreä kirja neuvoston asetuksen (ETY) n:o 4064/89 tarkistamisesta 2001.

<sup>53</sup> Vihreä kirja, s. 4–6.

<sup>54</sup> Palm 2005, s. 14–15.

<sup>55</sup> Sulautuma-asetus, johdanto-osa, kohta 20.

<sup>56</sup> Komission tiedonanto yrityskeskittymän käsitteestä, EYVL 1998 C 66/5, kohta 8.

- a) kaksi yritystä tai yrityksen osaa tai useampi yritys tai yrityksen osa, jotka ovat aikaisemmin olleet itsenäisiä, sulautuu; taikka
- b) yksi tai useampi henkilö, jolla jo on määräysvalta ainakin yhdessä yrityksessä, tai yksi tai useampi yritys hankkii ostamalla osakkeita tai osuuksia taikka varoja, sopimuksella tai muulla tavoin suoran tai välillisen määräysvallan, joka koskee yhtä tai useampaa yritystä kokonaisuudessaan tai jotakin sen tai niiden osaa.

Tämä artikla tarkoittaa siis sulautumia ja omistusosuuksien tai omaisuuserien hankkimista. Komission tiedonannossa yrityskeskittymän käsitteestä<sup>57</sup> on tarkennettu artiklan soveltamisalaa.

### 3.4.2 Yhteisölaajuisuus ja liikevaihtorajat

Kun tiedetään mitä yrityskeskittymällä tarkoitetaan, täytyy selvittää keskittymään osallistuvat yritykset. Sulautuma-asetuksen 1 ja 5 artikloissa puhutaan keskittymään osallistuvista yrityksistä. Näiden yritysten tunnistaminen voi kuitenkin olla vaikeaa. Tätä tunnistamista helpottamaan komissio on antanut tiedonannon keskittymään osallistuvien yritysten käsitteestä<sup>58</sup>. Analyysin perusteella voidaan laskea keskittymään osallistuvien yritysten liikevaihdot, jotta voidaan määritellä yrityskeskittymän yhteisölaajuisuus.<sup>59</sup>

Sulautuma-asetuksen 1 artiklassa säädetään, että sulautuma-asetus soveltuu vain yhteisölaajuisiin yrityskeskittymiin. Yrityskeskittymien valvontajärjestelmän selkeällä toimivalta-jaolla on tarkoitus luoda ns. ”yhdessä luukun periaate” (*one-stop shop*)<sup>60</sup>, jonka mukaan yrityskauppa kuuluu aina joko kansallisten kilpailuviranomaisten tai EY:n komission yksinomaiseen toimivaltaan. Periaatteen mukaan keskittymät, joilla on jäsenvaltioiden rajat ylittäviä vaikutuksia, tulisi voida ratkaista yhdessä prosessissa. Sulautuma-asetuksen soveltu-

---

<sup>57</sup> Komission tiedonanto yrityskeskittymän käsitteestä, EYVL 1998 C 66/5.

Ks. lisää yrityskeskittymän määritelmästä esim. Alkio – Wik 2004, s. 399–410.

<sup>58</sup> Komission tiedonanto keskittymään osallistuvien yritysten käsitteestä, EYVL 1998 C 66/14.

Ks. lisää esim. Alkio – Wik 2004, s. 410–415.

<sup>59</sup> Alkio – Wik 2004, s. 410.

<sup>60</sup> Sulautuma-asetus, johdanto-osa kohta 8.

essa sekä muut yhteisön kilpailuoikeusnormit että jäsenmaiden kansalliset yrityskauppavalvontasäännökset syrjäytyvät.<sup>61</sup>

Tämä keskittymän yhteisölaajuisuus määräytyy keskittymään osallistuvien yritysten liikevaihtojen perusteella. Liikevaihtoja koskevat raja-arvot on määritelty 1 artiklassa ja liikevaihdon laskeminen 5 artiklassa. Liikevaihtojen laskemista helpottamaan komissio on antanut tiedonannon<sup>62</sup>, jossa selvennetään sulautuma-asetuksen määritelmiä.

### 3.5 Sulautuma-asetuksen aineellinen testi

#### 3.5.1 Ennen sulautuma-asetuksen uudistusta 2004

Keskeinen kysymys yrityskauppavalvonnassa on, milloin ja miksi yrityskauppa tulisi julistaa soveltumattomaksi markkinoille tai vähintään asettaa yrityskaupalle ehtoja. Jatkossa käsitellään sulautuma-asetuksen mukaista aineellista testiä sekä lisäksi vertaillaan sitä USA:ssa sovellettavaan *SLC-testiin* (*substantial lessening of competition, kilpailun merkittävän vähenemisen testi*). Sekä EY:ssä että USA:ssa arvioidaan, aiheuttaako keskittymä markkinavoiman syntymisen tai lisääntymisen. Aineellisen testin tavoitteena on määritellä sellainen markkinavoiman aste, jonka arvioidaan olevan kilpailulle haitallinen. Molemmissa testeissä oletetaan tietyn määrän markkinavoimaa olevan haitallinen kilpailulle.<sup>63</sup>

Sulautuma-asetuksen 2 artiklan mukaan komission on arvioitava asetuksen soveltamisalaan kuuluvat keskittymät, jotta se voi tutkia, soveltuvatko ne yhteismarkkinoille. Asetuksen 2 artiklan mukaan keskittymä joko soveltuu tai ei sovellu yhteismarkkinoille. Tämä ei anna mahdollisuutta tehdä tästä määrävän aseman syntymisen tai vahvistumisen kieltokynnyksestä poikkeuksia. Keskittymän soveltuvuus markkinoille ratkaistaan yksivaiheisen menet-

---

<sup>61</sup> Alkio – Wik 2004, s. 393, 420 ja Kuoppamäki 2006, s. 43.

<sup>62</sup> Komission tiedonanto liikevaihdon laskemisesta, EYVL 1998 C 66/25.

<sup>63</sup> Hautala 2004a, s. 167 ja Hautala 2002, s. 45.

telyn mukaan. Tästä seuraa, että 2 artiklan yksittäisten tunnusmerkkien merkitys korostuu.<sup>64</sup>

Vuoden 1989 sulautuma-asetuksen 2(3) artiklan mukaan keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos sillä luodaan sellainen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittäväällä osalla olennaisesti estyisi. Tätä arviointiperustetta kutsutaan *dominanssieli määräysvaltatestiksi*.

Tunnusmerkistö muodostuu kahdesta osasta. Keskittymä tulee kieltää, jos siitä seuraa

1. määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen, ja
2. tehokkaan kilpailun merkittävä estyminen yhteismarkkinoilla tai niiden oleellisella osalla.<sup>65</sup>

Lisäksi arvioitaessa keskittymien soveltuvuutta täytyy huomioida 2(1) artiklassa ilmaistut sulautuma-asetuksen tavoitteet. Dominanssitestin mukaisen arvioinnin lähtökohtana voidaan pitää yksinomaista määräävää markkina-asemaa. Jos tällaista asemaa ei synny tai vahvisteta, arvioidaan, johtaisiko keskittymä jaetun määräävän markkina-aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.<sup>66</sup>

### 3.5.2 Sulautuma-asetuksen uudistuksen jälkeen 2004

Komissio aloitti keskustelun kilpailutesteistä yrityskeskittymien valvonnan tarkistamista koskevassa vihreässä kirjassa 2001. Komission tarkoituksena oli keskustella komission soveltaman dominanssitestin ja kilpailun vähenemistä mittaavan, mm. USA:n<sup>67</sup> yrityskaup-pavalvonnassa sovellettavan SLC-testin eduista. Komissio katsoi, että uudelleenarviointi oli

---

<sup>64</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1075–1076 ja Ojala 2005, s. 362–363.

<sup>65</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1076.

<sup>66</sup> Hautala 2002, s. 46.

<sup>67</sup> SLC testiä sovelletaan myös mm. Australiassa, Iso-Britanniassa ja Kanadassa.

perusteltua, koska se mahdollistaisi sulautuma-asetuksen arviointiperusteiden linjaamisen muiden keskeisten lainkäyttöalueiden kriteereihin, jotka perustuvat SLC-testiin. Keskustelun katsottiin olevan ajankohtainen keskittymiskehityksen kansainvälistymisen vuoksi.<sup>68</sup>

Komissio totesi kuitenkin, että muuttamisesta voisi seurata haittojakin. Keskittymien valvontamenettelyiden tuloksia olisi alkuvaiheessa vaikeampi ennustaa, koska oikeuskäytäntö perustui määräysvaltatestiin ja näin oikeusvarmuus voisi heikentyä. Lisäksi jäsenvaltiot ovat linjanneet säännöksensä määräysvaltaan perustuvan arvioinnin kanssa.<sup>69</sup>

Komission mukaan dominanssitestin soveltamisesta saadut kokemukset eivät olleet paljastaneet suuria ongelmia tai aukkoja testin soveltamisalassa. Samassa komissio myös totesi, että dominanssitestin soveltaminen ei myöskään ole yleensä johtanut SLC-testistä poikkeaviin tuloksiin.<sup>70</sup> Myös EY:n komissio ja USA:n kilpailuviranomaiset ovat päätyneet hyvin samansuuntaisiin lopputuloksiin tilanteisiin, joissa kilpailuvaikutukset ovat olleet samantyyppiset EY:n ja USA:n markkinoilla.<sup>71</sup>

Kuitenkin markkinoiden toiseksi ja kolmanneksi suurimman yrityksen, joiden tuotteet ovat substituutteja, yhdistyessä voi syntyä tilanne, jossa uudella keskittymällä ei ole määräävää markkina-asemaa, mutta keskittymä voisi silti toiminnallaan vähentää kilpailua ja aiheuttaa kilpailunvastaisia vaikutuksia. Kun markkinoilta poistuu kuluttajien tai asiakkaiden ns. toiseksi paras vaihtoehto, puhutaan unilateraalisista vaikutuksista. Tällaisessa tilanteessa kilpailun väheneminen on helppo todeta SLC-testin perusteella, mutta dominanssitestin soveltaminen vaatisi yhteisen määräävän aseman syntymistä keskittymän ja markkinajohtajan välille tai yhteisen määräävän aseman käsitteen laajentamista sisältämään myös nämä unilateraaliset vaikutukset. Tämän vuoksi SLC-testi on dominanssitestiä joustavampi väline puuttuttaessa yrityskauppojen sarjaan, jossa koordinoinnin riski on vasta alkuvaiheessa,

---

<sup>68</sup> Vihreä kirja, s. 4, 38.

<sup>69</sup> Vihreä kirja, s. 38.

<sup>70</sup> Vihreä kirja, s. 38–39.

<sup>71</sup> Monti 2001.

mutta joka toteutuessaan lopulta johtaisi kilpailua estävän markkinarakenteen syntyiseen.<sup>72</sup>

Komissio katsoi ehdotuksessa neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta<sup>73</sup>, että selventämällä itse asetusta saavutetaan parhaiten tavoite parantaa oikeusvarmuutta. Näin ollen sulautuma-asetuksen 2(3) artiklan uuden sanamuodon mukaan keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos se *olennaisesti estää tehokasta kilpailua (significantly impede effective competition, SIEC-testi)* yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävässä osalla erityisesti siitä syystä, että keskittymällä luodaan määräävä asema tai vahvistetaan sitä.

Ennen testin uudistusta ei siis voitu puuttua kuin keskittymiin, joille syntyi määräävä asema. Uuden testin soveltamisalaan otettiin yhden ja yhteisen määräävän aseman lisäksi ne tilanteet, joissa kilpailu vähenee oligopolistisilla markkinoilla ilman jäljelle jäävien yritysten toimintatapojen yhtensovittamista (unilateraaliset vaikutukset). Uuden testin sanamuoto perustuu asetuksen aikaisempaan sanamuotoon, mutta uudessa testissä pääpaino on nimenmaan tehokkaan kilpailun estämisellä eikä määrävällä asemalla. Tässä mielessä testin soveltamisalaa on laajennettu. Tärkeämpää kuin sanamuoto on kuitenkin testin tuleva käytännön soveltaminen.<sup>74</sup>

*Komisaari Mario Monti* on todennut, että sulautuma-asetusta muutettiin ennen kaikkea aineellisen testin selventämiseksi. *Monti* uskoo, että EY:n ja USA:n välinen kiulu aineellisen testin osalta häviää sulautuma-asetuksen uudistuksen myötä. Nyt on selvää, että asetuksen soveltamisalaan kuuluvat kaikki keskittymät, jotka olennaisesti estävät tehokasta kilpailua.<sup>75</sup> Voidaankin katsoa, että uudistetun testin sanamuoto viittaa SLC-testin tyyppiseen

---

<sup>72</sup> Hautala 2002, s. 47.

<sup>73</sup> Ehdotus neuvoston asetukseksi yrityskeskittymien valvonnasta, EYVL 2003 C 20/5, kohta 55.

<sup>74</sup> Sulautuma-asetuksen johdanto-osa, kohta 25, Hautala 2004b, s. 17–18 ja Ruohoniemi 2004, s. 429–430.

<sup>75</sup> Monti 2004.

testiin, koska testien avain kriteerit, tehokkaan kilpailun olennainen estäminen sekä kilpailun merkittävän väheneminen, ovat lähellä toisiaan<sup>76</sup>.

Uudistus vahvisti yhteisen määräävän aseman käsitteen laajuutta, koska käsitettä ei tarvinnut laajentaa sisältämään näitä unilateraalisia vaikutuksia. *Airtours*-tapauksen yhteydessä komissio yritti laajentaa yhteisen määräävän aseman käsittämään myös unilateraaliset vaikutukset.<sup>77</sup> Oikeusvarmuuden kannalta ja käsitteiden selkeyden kannalta uudistus oli erittäin tarpeellinen, vaikka yhteisen määräävän aseman ja unilateraalisten vaikutusten välistä rajaa voikin olla vaikea määritellä ja arvioida.

Testiä ja sulautuma-asetusta selvennettiin komission antamilla horisontaalisten keskittymien suuntaviivoilla. Näiden laatimiselle lähtökohtana olivat komission häviämät tapaukset EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimessa eräiden komission ratkaisemien yrityskauppatapausten kohdalla.<sup>78</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan uudistuksen jälkeenkkin haitalliset kilpailuvaikutukset perustuvat määräävään asemaan, koska yhden yrityksen hallussa oleva määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen sulautuman seurauksena on ollut yleisin peruste päätelmälle, että keskittymä johtaisi tehokkaan kilpailun olennaiseen estymiseen. Lisäksi mainitaan, että sulautuma-asetusta sovelletaan myös oligopolisilla markkinoilla toimiviin yrityksiin, kun kyse on yhteisestä määräävästä asemasta.<sup>79</sup> On kuitenkin huomattava, että määräävän aseman luominen tai vahvistuminen on vain yksi, vaikkakin tärkein, esimerkki tehokkaan kilpailun olennaisesta estämisestä<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Pate 2004.

<sup>77</sup> Vickers 2004, s. 459.

<sup>78</sup> Lehto 2004, s. 157.

Erityisesti *Airtours/First Choice*.

<sup>79</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 4.

<sup>80</sup> Kokkoris 2005, s. 44.



### 3.6 SLC-testi USA:n yrityskauppa- valvonnassa

#### 3.6.1 Historiaa horisontaalisten yritys- kauppojen valvonnasta USA:n kilpailuoikeu- dessa

Yhdysvalloissa on huomattavasti aiemmin kuin EY:ssa alettu puuttumaan kilpailunrajoituksiin. Sherman Act, USA:n tärkein kilpailuoikeuden säädös, annettiin jo 1890. Sen tarkoituksena oli suojata kuluttajia monopoli- ja kartellien aiheuttamilta hintojen korotuksilta ja tuotannon leikkauksilta. Yrityskauppa-  
valvonnasta säädettiin ensimmäisen kerran 1914 Clayton Act- sääntelyssä, jonka tarkoituksena oli suojella pieniä yrityksiä suurten yritysten epäpareilulta kohtelulta.<sup>81</sup>

Tämä pienten yritysten suojelun lähestymistapa oli erityisen vahvassa asemassa varsinkin 1960-luvulla, joka oli taloustieteellisen Harvardin koulukunnan valta-aikaa. Tällöin horisontaalisiin yrityskauppoihin voitiin puuttua, vaikka kaupan tuloksena syntyvä markkinaosuus olisi ollut hyvin vähäinen. Tällöin tuomioistuimet estivät yrityskauppoja sillä perusteella, että ne loivat tehokkuutta. Tällä vuosikymmenellä kiellettiin useita fuusioita suurten panimoiden ja pienten alueellisten panimoiden välillä. Yrityskaupat olisivat alentanut tuotantokustannuksia ja tuotantoa olisi voitu lisätä alhaisemmilla hinnoilla, mutta se oli vastoin Clayton Act- sääntelyn tavoitetta suojella pieniä paikallisia yrityksiä.<sup>82</sup>

Harvardin koulukunnan keskeisiin painotuksiin kuului ajatus, että keskittymä itsessään oli selvä todiste markkinavoiman olemassa olosta. Heidän mukaansa yritykset pyrkivät saamaan suuren markkinaosuuden voiton maksimoimisen vuoksi. Oikeuskäytännössä keskittymistä seuraavia kilpailullisia ongelmia tulkittiin ankarasti.<sup>83</sup>

Chicagon koulukunnan tavoitteenasettelu erosi huomattavasti Harvardin koulukunnan opeista. Chicagon koulukunta alkoikin voimakkaasti kritisoida tällaista oikeuskäytäntöä ja

---

<sup>81</sup> Palm 2005, s. 26.

<sup>82</sup> Palm 2005, s. 25–27, 115.

Harvardin koulukunnan oppeja. Chicagon koulukunnan mukaan kilpailunrajoituslakien tulee olla sidottuja vain taloudellisen tehokkuuden toteuttamiseen ja lisäämiseen. Tärkeää heidän mielestään on, merkitseekö yrityskauppa suurtuotannon etuja, josta seuraa suurempi tehokkuus. Tämä koulukunta pystyi osoittamaan, että keskittyminen ei luonut niin vaarallista markkinavoimaa kuin Harvardin koulukunta esitti. Koska oikeuskäytännössä pyrittiin torjumaan fuusioita varsin epämääräisin perustein, Chicagon koulukunnan osoittama kritiikki upposi USA:ssa otolliseen maaperään.<sup>84</sup>

1970-luvulla oikeuskäytäntö muuttui keskittymiä kohtaan myönteisemmäksi ja huomio painottui yritysten toiminnan vaikutuksiin tehokkuuteen ja kuluttajien hyvinvointiin nähden. Chicagon koulukunnan esittämä kritiikki näkyy vuoden 1982 Horizontal Merger Guidelines- soveltamisohjeissa, joissa uudistettiin horisontaalisia yrityskauppoja koskevaa valvontaa. Soveltamisohjeisiin otettiin *HHI-indeksi (Herfindahl Hirschmanin indeksi)*, joka laskee markkinoiden keskittymisasteen. Näitä soveltamisohjeita on uudistettu useita kertoja mm. vuosina 1992<sup>85</sup> ja 1997. Vuonna 1997 lisättiin tehokkuuspuolustusta koskeva 4 luku.<sup>86</sup>

USA:n kilpailuoikeudessa yrityskauppaluvonnan päähuomio on koordinoitussa yhteistoiminnassa<sup>87</sup>, jota EY:n kilpailuoikeudessa kutsutaan yhteiseksi määrääväksi asemaksi. Vasta vuoden 1992 uudistettuihin soveltamisohjeisiin on otettu kriteerit, joiden mukaan arvioidaan yrityskaupasta seuraavia yksinomaisia eli unilateraalisia<sup>88</sup> vaikutuksia.

---

<sup>83</sup> Palm 2005, s. 27–28.

<sup>84</sup> Palm 2005, s. 28–30.

<sup>85</sup> Horizontal Merger Guidelines 1992. Federal Trade Commission. Bureau of Competition.

<sup>86</sup> Palm 2005, s. 30–31.

<sup>87</sup> USA:n korkein oikeus on käsitellyt koordinoitua yhteistoimintaa jo 1960-luvun alussa tapauksessa *U.S. v. Philadelphia Nat. Bank*.

<sup>88</sup> Ks. kuitenkin 2006, s. 281.

Unilateraalisilla vaikutuksilla tarkoitetaan tilannetta, jossa yritys pystyy korottamaan hintoja yksipuolisesti ilman määräävän markkina-aseman voimassaoloa.

Vrt. Palm 2005, s. 116.

Unilateraalisten vaikutusten arviointi eroaa USA:ssa ja EU:ssa huomattavasti toisistaan.

Päähuomio ei siis ole ollut individuaalisen määrävän aseman tarkastelussa niin kuin EY:ssä. USA:n kilpailuviranomaiset eivät sovellakaan määräysvaltatestiä<sup>89</sup>, vaan SLC-testiä, jonka ensisijaisena huomion kohteena on markkinoiden keskittymisaste kokonaisuudessaan.<sup>90</sup>

### 3.6.2 SLC-testi

SLC-testi otettiin Clayton Act- sääntelyn 7 §:ään vuonna 1914. SLC-testin ideana on tutkia, voiko yrityskaupasta seurata huomattava kilpailun vähentyminen<sup>91</sup>. Clayton Actin 7 §:ssä ei käytetä dominanssin käsitettä vaan huomio kohdistetaan markkinoiden rakenteen keskittymiseen. Huomioon otetaan kaikkien markkinoilla toimivien yritysten markkinaosuudet ja kullakin alalla vallitseva kilpailutilanne.<sup>92</sup>

SLC-testi kontrolloi enimmäkseen kollektiivista markkinavoimaa. Tarkkailun alla ovat yrityskaupat, jotka lisäävät nimenomaisen (erikseen sovitun) tai äänettömän kolluusion riskiä. Erityisen kilpailuoikeudellisen tutkinnan kohteena USA:ssa ovat fuusioit, joiden seurauksena oligopolisilla markkinoilla yritykset hinnoittelevat tuotteensa yhtenäisellä tavalla ja voivat nostaa hintoja.<sup>93</sup>

## 3.7 Arviointi aineellisten testien avulla

Niin EY:ssä kuin USA:ssakin horisontaalisten keskittymien suuntaviivat antavat ohjeet keskittymien arvioinnista. Molemmissa ohjeissa arvioinnin peruseriaatteet ovat samat.

---

<sup>89</sup> Määräysvaltatestillä tarkoitetaan dominanssitestiä.

<sup>90</sup> Palm 2005, s. 115–116.

<sup>91</sup> Posner 2001, s. 119.

<sup>92</sup> Palm 2005, s. 116.

<sup>93</sup> Palm 2005, s. 121.

Markkinaosuudet ja keskittymistasot antavat ensimmäisen hyödyllisen viitteen markkinoiden rakenteesta sekä sulautuman osapuolten ja niiden kilpailijoiden merkityksestä<sup>94</sup>.

Toinen arvioitava elementti on todennäköisyys, että sulautumalla olisi kilpailunvastaisia vaikutuksia merkityksellisillä markkinoilla tasapainottavien tekijöiden puuttuessa. Nämä kilpailunvastaiset vaikutukset jaetaan yleensä kahteen osaan: *yhteensovittettuihin ja yhteensovittamattomiin vaikutuksiin*.

EY:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa yhteensovittamattomat vaikutukset on jaettu kahteen eli vaikutukset voivat johtua joko yksinomaisesta määräävästä asemasta (individuaalinen määräävä markkina-asema) tai syntyä ilman määräävää asemaa kilpailupaikeen poistuessa yhdeltä tai useammalta yritykseltä (unilateraaliset vaikutukset).<sup>95</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa tätä jakoa ei ole tehty.<sup>96</sup> Yhteensovitetut vaikutukset voivat johtua USA:n horisontaalisten suuntaviivojen mukaan nimenomaisesta tai hiljaisesta toimintojen yhteensovittamisesta ja hintojen korottamisesta<sup>97</sup> ja EY:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan yhteisestä määräävästä asemasta<sup>98</sup>.

Kun nämä kilpailunvastaiset vaikutukset on arvioitu, huomioon on otettava merkitykselliset tasapainottavat tekijät. Kolmas molemmille maille yhteinen kriteeri on arvioida todennäköisyys, että markkinoille tulo säilyttäisi tehokkaan kilpailun merkityksellisillä markkinoilla. Neljäs elementti on todennäköisyys, että tehokkuusedut toimisivat vastapainona sulautumasta muutoin mahdollisesti aiheutuville haitallisille vaikutuksille. Viidentenä tulee ottaa huomioon maksukyvyttömän yrityksen pelastamista koskevan periaatteen (failing firm defence) soveltamisedellytykset. Lisäksi EY:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa erillisiksi kohdaksi on otettu todennäköisyys, että ostajien neuvotteluvoima (ostajan mark-

---

<sup>94</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 14.

<sup>95</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kappale IV.

<sup>96</sup> Yhteensovittamattomista vaikutuksista käytetään USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa ainoastaan termiä unilateral effects.

<sup>97</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 2.1.

Yhteensovitetuista vaikutuksista käytetään USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa termiä coordinated interaction.

kinavoima) tasapainottaisi sulautuman seurauksena olevaa markkinavoiman lisääntymistä.<sup>99</sup> Tutkielmassa keskitytään ainoastaan kilpailunvastaisiin vaikutuksiin ja sivuutetaan nämä tasapainottavat tekijät.

---

<sup>98</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 39.

<sup>99</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 11 sekä kappaleet V–VIII.

## 4 Määräävä markkina-asema yrityskauppavalvonnassa

### 4.1 Markkinavoima

Jotta voitaisiin täysin ymmärtää, miksi kilpailua suojellaan ja yrityskauppoja valvotaan, täytyy ymmärtää mitä käsitteellä markkinavoima tarkoitetaan. Käsite on yksi kilpailuoikeuden taloudellisista ydinkäsitteistä. Kun yritys pystyy nostamaan tuotteidensa hintoja tai voi muuten vaikuttaa olosuhteisiin kuten voi sulkea kilpailijansa markkinoiden ulkopuolelle, puhutaan yrityksen markkinavoimasta.<sup>100</sup>

Kilpailuoikeuden yksi tehtävä on puuttua haitalliseen markkinavoimaan ennakoivasti tai jälkikäteen. Kartelleissa, määräävän aseman väärinkäytössä ja yrityskauppavalvonnassa on kaikissa kyse juuri markkinavoimasta. Yrityskauppavalvonnan tavoitteena on estää liiallisena pidetyn markkinavoiman saavuttaminen yrityskaupan avulla. Yrityskauppavalvonnalla säännellään markkinavoimaa puuttumalla toimivan kilpailun estävään markkinarakenteen keskittymään. Yritysten liiallinen markkinavoima vähentää allokatiivista ja dynaamista tehokkuutta. Markkinavoimaa sinällään ei voida pitää kilpailulle haitallisena. Kilpailuoikeuden vaikeimpia asioita on markkinavoiman positiivisten ja negatiivisten vaikutusten erottaminen. Mitä enemmän tietyllä yrityksellä on markkinavoimaa, sitä suuremmaksi kasvaa tarve kontrolloida taloudellista valtaa<sup>101</sup> ja erottaa positiivinen ja negatiivinen markkinavoima.<sup>102</sup>

Kirjallisuudessa markkinavoimalle annetut määritelmät ovat saman suuntaisia, mutta eroavat kuitenkin yksityiskohdissa. Markkinavoimaa käsitellään yleensä hinnoittelun avulla. Yrityksillä katsotaan olevan aina enemmän markkinavoimaa, mitä enemmän hinnat ylittävät kustannukset. Yleisimmin kirjallisuudessa markkinavoiman ja määräävän markkina-

---

<sup>100</sup> Kuoppamäki 2006, s. 9–10 sekä Kuoppamäki 2003, s. 219.

<sup>101</sup> Kuoppamäki 2003, s. 219.

<sup>102</sup> Kuoppamäki 2006, s. 9–10.

aseman sekä monopolivoiman käsitteiden sisällöt ovat todettu samanlaisiksi. Varsin yleisesti todetaan markkinavoiman ja määräävän markkina-aseman olevan sama asia. Osa kirjoittajista kuitenkin tekee selvän eron näiden käsitteiden välille. Heidän mielestään määrävällä asemalla tarkoitetaan huomattavaa määrää markkinavoimaa. Käsitteitä voidaan käyttää implisiittisesti joko toistensa synonyymeinä tai kuvaamaan markkinavoiman aste-eroja. Toinen vaihtoehto on käyttää käsitteitä tietoisesti toistensa vastikkeina. Kolmas vaihtoehto on tehdä selkeä ero käsitteiden välille ja tällöin määrävä asema kuvaa huomattavaa yrityksen markkinoilla hallitsemaa taloudellista valtaa.<sup>103</sup>

Markkinavoiman arvioiminen on monimutkainen tehtävä, koska markkinavoiman arvioimiseen vaikuttavat useat tekijät. Vaikuttavia tekijöitä ovat markkinoilla toimivien kilpailijoiden määrä ja markkinaosuudet<sup>104</sup>, alalle tulon esteet ja potentiaalinen kilpailu, esteet tuotannon laajentamiselle, tuotteiden ominaisuuksien erilaisuus sekä luontaisen oligopolisten yhteistyön vaikutukset. Aikaisempien vuosien markkinaosuudet antavat hyödyllistä tietoa, mutta korkea markkinaosuus relevanteilla markkinoilla ei vielä tarkoita, että yrityksellä olisi markkinavoimaa. Jos yrityksellä korkean markkinaosuus, markkinoille tulon esteet ovat korkeat, eikä vastaavia hyödykkeitä (substituutteja) ole, yrityksellä on todennäköisesti markkinavoimaa.<sup>105</sup>

Markkinavoiman tutkimiseen on kehitetty lukuisia taloustieteellisiä arviointimenetelmiä, joista tunnetuimmat ovat *Lernerin indeksi* ja *HHI-indeksi* eli *Herfindahl Hirschmanin indeksi*. HHI-indeksi, jota kilpailuviranomaiset Euroopassa ja Yhdysvalloissa käyttävät, soveltuu paremmin yrityskauppojen arviointiin, koska se mittaa markkinoiden yleistä keskittymisastetta. Lernerin indeksin avulla voidaan teoreettisesti laskea yrityksen markkinavoiman suuruutta.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Kuoppamäki 2003, s. 219, 225–226.

<sup>104</sup> Markkinaosuudet voidaan arvioida merkityksellisten markkinoiden määrittelyn avulla.

<sup>105</sup> Alkio – Wik 2004, s. 75–77.

<sup>106</sup> Alkio – Wik 2004, s. 77.

## 4.2 Määräävän markkina-aseman käsite

Koska yrityskauppa- ja kilpailunvalvonnan tavoitteena on toimiva ja tehokas kilpailu, yrityksille ei saa muodostua yrityskaupan seurauksena liian suurta markkinavoimaa, jotta heille muodostuisi määräävä markkina-asema. Perustamissopimuksen 82 artikla ei sisällä määräävän markkina-aseman määritelmää vaan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon. Määräävän markkina-aseman on määriteltävä EY:n tuomioistuimen käytännössä. Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* EY:n tuomioistuin määritteli määräävän markkina-aseman seuraavasti:

Määrävällä markkina-asemassa tarkoitetaan yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää toimivan kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisihinsa ja lopulta kuluttajiin.<sup>107</sup>

EY:n tuomioistuin totesi tapauksessa *Michelin*, että yrityksen määräävän aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta syytös, vaan se merkitsee ainoastaan, että kyseisellä yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla, riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu<sup>108</sup>. Määrävä markkina-asema ei siis ole sellaisenaan kielletty, mutta määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kiellettyä.<sup>109</sup>

Määrävä asema ei kuitenkaan tarkoita monopolia. Tapauksessa *Hoffmann-La Roche* EY:n tuomioistuin on todennut, että määrävä markkina-asema ei sulje pois tietynasteista kilpailua toisin kuin monopoli. Samassa kohdassa tuomioistuin on erottanut määräävän markkina-aseman käsitteen yritysten käyttäytymisen samansuuntaisuudesta, joka on oligopoleille ominaista. Tuomioistuimen mukaan määrävissä asemassa olevan yrityksen toiminta on suuressa määrin yksipuolisesti määriteltä, kun taas oligopolissa yritykset ovat käyttäytymisellään vuorovaikutuksessa toisten yritysten käyttäytymiseen.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 1979 ECR 461, kohta 38.

<sup>108</sup> Asia 322/82, *Michelin*, 1983 ECR 3461, kohta 57.

<sup>109</sup> Alkio – Wik 2004, s. 272.

<sup>110</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 1979 ECR 461, kohta 39.



Jotta voidaan määritellä onko yrityksellä määräävä markkina-asema, täytyy määritellä relevantit merkitykselliset markkinat ja sitä kautta yrityksen markkinaosuus. *Hoffmann-La Roche* tapauksessa EY:n tuomioistuim on kuitenkin todennut, että vaikka yrityksellä on huomattava markkinaosuus, ei ole näyttöarvoltaan muuttumaton todiste tutkittaessa sitä, onko tämä yritys määräävässä asemassa, ja tällaisen markkinaosuuden merkitys vaihtelee markkinoittain kulloistenkin markkinoiden rakenteen mukaan erityisesti tuotannon, tarjonnan ja kysynnän osalta.<sup>111</sup>

Markkinaosuus ei siis ole ainoa ratkaiseva tekijä ja markkinatilanteen muuttuessa myös arvio yrityksen määräävästä markkina-asehasta voi muuttua.<sup>112</sup> Markkinaosuus on kuitenkin tärkein tekijä määräävää asemaa määriteltäessä. Samassa *Hoffmann-La Roche* tapauksessa EY:n tuomioistuim on todennut, että poikkeuksellisia tilanteita lukuun ottamatta hyvin isot markkinaosuudet ovat jo sellaisenaan näyttö määräävästä markkina-asehasta<sup>113</sup>.

Markkinaosuuden lisäksi huomioon täytyy ottaa alalle pääsyn esteet ja potentiaalinen kilpailu, yrityksen tekniset resurssit (onko yrityksellä teknistä etumatkaa kilpailijoihinsa nähden), yrityksen koko ja yrityksen taloudelliset resurssit, yrityksellä olevat immateriaalioikeudet, yrityskohtaisen riippuvuuden olemassaolo (onko yrityksen kauppakumppaneilla vaihtoehtoisia kauppakumppaneita, vai onko olemassa riippuvuussuhde määräävässä asemassa olevaan yritykseen) ja markkinakäyttäytyminen sekä yrityksen markkinatulokset.<sup>114</sup>

### 4.3 Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite

*Kuoppamäen* mukaan yhteisellä määräävällä asemalla tarkoitetaan tiukassa oligopolissa syntyvää tilannetta, jossa yhdenmukaisesti käyttäytyvällä pienellä joukolla yrityksiä on

---

<sup>111</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 1979 ECR 461, kohta 40.

<sup>112</sup> Alkio – Wik 2004, s. 272–273.

<sup>113</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 1979 ECR 461, kohta 41.

<sup>114</sup> *Kuoppamäki* 2003, s. 692–746.

yhdessä markkinavoimaa. Yhteinen määräävä asema<sup>115</sup> eroaa edellä esitetystä sikäli, että yrityksillä on määräävä asema vain yhdessä. Yhden yrityksen määräävässä asemassa korostuu kilpailueduista johtuva epäsymmetria, mutta yhteisen määräävän aseman tapauksessa esille tulee symmetria eli esimerkiksi samanlaiset intressit, mikä voi johtaa oligopoliyritysten yhdenmukaiseen käyttäytymiseen.<sup>116</sup>

Joidenkin markkinoiden rakenne voi siis olla sellainen, että yritykset katsovat mahdolliseksi, taloudellisesti järkeväksi ja sen vuoksi suotavaksi ryhtyä noudattamaan markkinoilla pysyvästi yhdenmukaistettua toimintatapaa. Sulautuma keskittyneillä (oligopolistisilla) markkinoilla voi olennaisesti estää tehokasta kilpailua yhteisen määräävän aseman luomisen tai vahvistamisen kautta, koska se lisää todennäköisyyttä, että yritykset pystyvät sovitamaan toimintonsa hiljaisesti yhteen.<sup>117</sup> Kun määräävä asema on yhdessä, markkinoiden hallinta perustuu kollektiiviseen markkinavoimaan, mutta markkinavoimaa voidaan väärinkäyttää joko yhdessä tai erikseen.<sup>118</sup>

Tällaista toimintojen yhteensovittamista voi olla monenmuotoista. Eräillä markkinoilla todennäköisin yhteensovittamisen muoto on hintojen pitäminen kilpailukykyisen tason yläpuolella. Toisilla markkinoilla yhteensovittamisen tavoitteena saattaa olla tuotannon tai markkinoille tuotavan uuden kapasiteetin rajoittaminen. Eräs yhteensovittamisen muoto on, että yritykset jakavat markkinat, maantieteellisesti tai muiden asiakasominaisuuksien mukaan, tai jakavat sopimukset tarjouskilpailumarkkinoilla.<sup>119</sup> Yhteensovitettujen vaikutusten selvittämisen tarkoituksena on arvioida voivatko uusi keskittymä ja muut yritykset yhdessä muuttaa käyttäytymistään niin, että kilpailun toimivuus olisi vaarassa heikentyä.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Kuoppamäki 2003, s. 993.

Kirjallisuudessa käytettyjä termejä yhteinen määräävä asema (joint dominance), jaettu määräävä asema shared monopoly), oligopolistinen dominanssi (oligopolistic dominance), kollektiivinen määräävä asema (collective dominance).

<sup>116</sup> Kuoppamäki 2003, s. 992–993.

<sup>117</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 39.

<sup>118</sup> Kuoppamäki 2003, s. 992–993 ja Kuoppamäki 2002, s. 316–317.

<sup>119</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 40.

<sup>120</sup> Lehto 2004, s. 157–158.

## 4.4 Markkinoiden määrittely

### 4.4.1 Merkityksellisten markkinoiden määrittely

Euroopan komission tiedonannossa merkityksellisistä markkinoista<sup>121</sup> markkinoiden määrittely on todettu olevan väline, jonka avulla tunnistetaan ja määritetään yritysten välisen kilpailun rajat. Tiedonannon mukaan päätavoite on selvittää yritysten kohtaamat tosiasialliset kilpailurajoitukset markkinoilla toimiessaan. Markkinoiden laajuus tulee selvittää sekä tuotteen että maantieteellisen ulottuvuuden kannalta. Tällä pyritään selvittämään sellaiset todelliset kilpailijat, jotka voivat vaikuttaa ja rajoittaa yritysten käyttäytymistä. Markkinoiden määrittely mahdollistaa muun muassa markkinaosuuksien laskemisen, joiden perusteella saadaan merkityksellistä tietoa markkinavoimasta määrävän aseman arviointia ja sitä kautta yrityskauppa- ja valvontaa varten.<sup>122</sup> USA:ssa merkityksellisten markkinoiden määrittelystä on säädetty USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa<sup>123</sup>.

Markkinoiden määrittelyn tarkoituksena on tunnistaa sellaiset tuotteet sekä palvelut, jotka ovat kuluttajille toistensa substituuotteja ja tällä korvaavuudella aiheuttavat tuotteiden tuottajille kilpailuasetelman. Yritysten kohtaamaa kilpailua samoin kuin yrityksen markkinavoimaa on mahdotonta selvittää ilman relevanttien markkinoiden määrittelemistä.<sup>124</sup> Merkitykselliset markkinat määritellään yhdistämällä tuotemarkkinat ja maantieteelliset markkinat<sup>125</sup>. Keskittymien arvioinnissa ensimmäinen vaihe onkin keskittymän relevanttien markkinoiden määrittely<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL 1997 C 372/5.

<sup>122</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 2.

<sup>123</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 1–1.322

<sup>124</sup> Alkio – Wik 2004, s. 58–59.

<sup>125</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 9.

<sup>126</sup> Alkio – Wik 2004, s. 431.

#### 4.4.2 Relevantit hyödykemarkkinat

Relevanttien hyödykemarkkinoiden rajaaminen on erittäin tärkeää, koska kilpailun mahdollisuudet voidaan arvioida ainoastaan kyseessä olevien tuotteiden sellaisten ominaisuuksien perusteella, joiden johdosta tuotteet ovat vain vähäisessä määrin vaihdettavissa muihin tuotteisiin<sup>127</sup>. Euroopan komission tiedonannossa relevanttien markkinoiden määrittelystä antaman tiedonannon mukaan merkitykselliset markkinat määritellään seuraavasti:

Kyseisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi.<sup>128</sup>

Tuotemarkkinoiden määrittelyssä on kyse *kysynnän korvattavuuden arvioinnista* eli onko hankkijan mielekästä hankkia tavaran A sijasta vaihtoehtoisesti tavara B. Kysynnän korvattavuutta arvioitaessa on selvitettävä, mitä tuotteita kuluttaja pitää toisiaan korvaavina tuotteina. Tämä selvitetään arvioimalla, miten pieni pysyvä muutos hinnoissa vaikuttaa asiakkaiden käyttäytymiseen. Erityisesti huomiota tulee kiinnittää siihen, missä määrin kuluttaja voi korvata hyödykkeen jonkun toisen valmistajan hyödykkeellä. Ratkaisevia tekijöitä vertailussa ovat hinta, ominaisuudet ja käyttötarkoitus. Myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijouksoon<sup>129</sup> ja markkinoiden erityispiirteisiin täytyy kiinnittää huomiota. Kyse on siis siitä, kuinka suurta korvaavuuden astetta pidetään riittävänä hyödykkeiden lukemiselle samoille markkinoille.<sup>130</sup>

*SSNIP-testin* ("small but significant and non-transitory increase in prices") mukaan hyödykkeet kuuluvat samoille markkinoille, jos 5–10 %:n hinnankorotus tuotteessa x aiheuttaisi sen, että merkittävä osa tuotteen ostajista vaihtaisi tuotteeseen y. Tämä testi on omaksut-

---

<sup>127</sup> Asia 3/72, Continental Can, 1973 ECR 215, kohta 14.

<sup>128</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 7.

<sup>129</sup> Kuoppamäki 2006, s. 170.

Kysynnän ristijoukolla tarkoitetaan tuotteen x ja y keskinäistä hintajoukkoa. Tämä voidaan prosentuaalisesti määrittellä muutokseksi, jonka tuotteen y hinnassa tapahtuvaa muutos aiheuttaa tuotteen x kysyntään.

<sup>130</sup> Alkio – Wik 2004, s. 61–62 ja Kuoppamäki 2006, s. 169–170.

tu tiedonantoon merkityksellisten markkinoiden määritelmästä<sup>131</sup> USA:n kilpailuoikeudesta. Se esitettiin ensi kertaa USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa. Testin mukaan yrityksellä on markkinavoimaa vain, jos se voi kannattavasti korottaa hintojaan. Mikäli tuotteen x valmistaja menettää rahassa mitattuna enemmän asiakkaita kuin mitä se hyötyy suuremmasta katteesta, tuotteet x ja y kuuluvat samoille markkinoille.<sup>132</sup>

Kysynnän korvattavuuden lisäksi täytyy arvioida *tarjonnan korvattavuus*. Tarjonnan korvattavuus ei kuitenkaan ole markkinoiden määrittelyn kannalta yhtä tärkeässä asemassa kuin kysynnän korvattavuuden määrittelemine.<sup>133</sup> Komissioin tiedonannon mukaan tarjonnan korvattavuus otetaan huomioon määriteltäessä markkinoita sellaisissa tapauksissa, joissa tavarantoimittajat voivat vaihtaa tuotannon merkityksellisten tuotteiden tuotantoon ja saattaa tuotteet markkinoille lyhyellä aikavälillä ilman, että tästä seuraa merkittäviä lisäkestannuksia tai riskiä. Jos nämä edellytykset toteutuvat, markkinoille saatettu lisätuotanto hillitsee asianosaisten yritysten kilpailukäyttäytymistä. Tällaisia tilanteita esiintyy tavallisesti, kun yritykset markkinoivat yhden tuotteen useita laatuja tai lajeja.<sup>134</sup>

Relevanttien hyödykemarkkinoiden epäonnistunut määrittely voi antaa vääristyneen kuvan yritysjärjestelyn kilpailullisista vaikutuksista. Mitä suppeammin markkinat määritellään, sitä helpommin kilpailun este tai rajoitus identifioidaan. Näin ollen voidaan sanoa, että mitä suppeampi määrittely on, sitä laajempi valta kilpailuviranomaisilla on puuttua yrityskauppaan. Mikäli markkinat määritellään laajasti, markkinoilla on usein niin paljon kilpailua, että yrityskauppaan ei puututa. Markkinoiden määrittelyllä on siis suora vaikutus yritysjärjestelyn osapuolten oikeusasemaan.<sup>135</sup>

---

Lisäksi ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 641.

<sup>131</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 17.

<sup>132</sup> Kuoppamäki 2006, s. 170–171 ja Ojala 2005, s. 87.

Ks. SSNIP-testistä tarkemmin esim. Lindsay 2006, s. 100 ss. sekä Bellamy – Child 2001, s. 388 ss.

<sup>133</sup> Alkio – Wik 2004, s. 69.

<sup>134</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohdat 20 ja 21.

<sup>135</sup> Palm 2005, s. 45.

Kirjallisuudessa on todettu, että komission markkinoiden määrittelyille on aiemmin ollut ominaista, että tuotemarkkinat on usein määritelty hyvin kapeasti.<sup>136</sup> Esimerkki suppeasta ongelmallisesta markkinoiden määrittelystä on *United Brands v. Commission*- tapaus<sup>137</sup>, jossa komission lisäksi myös yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että banaanit muodostivat muista hedelmistä erilliset omat markkinansa. Empiirisesti oli kuitenkin osoitettu, että eri vuodenaikoina toteutuva hintakilpailu heijastui myös banaanin hintaan ja myyntimäärään. Määrittely tehtiin perustuen lähinnä oikeudelliseen eikä taloudelliseen analyysiin, vaikka tuomioistuin perustelikin päätöstään sillä, että kysynnän ristijousto banaanien ja muiden hedelmien välillä ei esiintynyt. Kapea määrittely johti siihen, että määräävän markkina-aseman katsottiin olevan olemassa.<sup>138</sup>

#### 4.4.3 Relevantit maantieteelliset markkinat

Maantieteelliset markkinat voivat ulottua paikallisista aina maailmanlaajuisiin markkinoihin. *Goyderin* mukaan maantieteelliset markkinat voivat olla yhden jäsenvaltion laajuiset tai vain alueelliset yhdessä jäsenvaltiossa, useiden jäsenvaltioiden laajuiset, koko yhteisön laajuiset ja nykyään jopa maailmanlaajuiset.<sup>139</sup> Markkinoita ovat laajentaneet talouden integraatio, informaatioteknologia ja maapalloistuminen. Markkinoiden laajentumista estäviä tekijöitä taas ovat esimerkiksi suuret kuljetuskustannukset ja asiakkaiden erilaiset kulutustottumukset.<sup>140</sup>

Euroopan komission tiedonannossa merkitykselliset maantieteelliset markkinat määritellään seuraavasti:

---

<sup>136</sup> Palm 2005, s. 47. Ks. lisäksi Whish 2003, s. 25.

<sup>137</sup> Asia 27/76, *United Brands*, 1978 ECR 4173.

<sup>138</sup> Palm 2005, s. 48.

<sup>139</sup> Goyder 2003, s. 358.

<sup>140</sup> Kuoppamäki 2006, s. 174.

Kyseiset maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluja, jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.<sup>141</sup>

Maantieteelliset markkinat määritellään yleensä osapuolten ja niiden kilpailijoiden markkinaosuusien jakautumista koskevien yleisluonteisten tietojen perusteella sekä hinnoittelua ja hintaeroja kansallisella, EU:n ja ETA:n tasolla koskevien tietojen perusteella. Jos hintojen ja markkinaosuusien erot eri alueilla muodostuvat suuriksi, kysymyksessä saattaa olla kahdet eri maantieteelliset markkinat.<sup>142</sup> Varsinkin yrityskauppavalvonnassa maantieteellisten markkinoiden tarkka määrittely on tärkeää, sillä jos markkinat määritellään kansallisiksi, yrityskaupan tuloksena syntyvän keskittymän markkinaosuus kasvaa ja keskittymällä katsotaan olevan enemmän markkinavoimaa.<sup>143</sup>

Pohjoismaiden näkökulmasta kysymys maantieteellisistä markkinoista on tärkeä. Muuhun Eurooppaan nähden markkinat täällä ovat usein etäiset. Lisäksi kaikissa pohjoismaissa markkinat ovat pienet verrattuna esimerkiksi Saksan markkinoihin. Tämän takia pohjoismaissa yrityskaupan tuloksena syntyneellä keskittymällä on helpommin määräävä asema markkinoilla kuin valtioissa, joissa väkiluku ja markkinat ovat suuremmat. Ongelmana on, että miten suhtautua pienillä markkinoilla toimiviin suuriin yrityksiin. Maailman keskuspankin mukaan tyypillistä pienille markkinoille on, että kullakin alalla on harvoja toimijoita ja markkinat ovat keskittyneet.<sup>144</sup>

Koska suurimmat pohjoismaiset yritykset ovat vahvasti vientiin suuntautuneita yrityksiä, maantieteellisten markkinoiden määrittely vain kansallisiksi rajoittaa niiden mahdollisuutta laajentaa ja siten myös estää niitä saavuttamasta kilpailukykyistä asemaa maailmanlaajuisilla markkinoilla.<sup>145</sup> Komission oikeuskäytäntö onkin herättänyt närkästystä pohjoismaissa.

---

<sup>141</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 8.

Ks. myös sulautuma-asetuksen 9 artiklan 7-kohdan määrittely merkityksellisistä markkinoista.

<sup>142</sup> Alkio–Wik 2004, s. 71.

<sup>143</sup> Palm 2005, s. 87.

<sup>144</sup> Palm 2005, s. 87–88.

<sup>145</sup> Bernitz – Gutu 2003, s. 19.

Ruotsin entisen pääministerin *Göran Perssonin* mukaan EY:n kilpailuoikeuden soveltaminen syrjii Ruotsia ja kilpailuoikeussäännöissä on rakenteellinen virhe. *Palm* kuitenkin haluaa korostaa, että niin sanottu syrjintäepäily on tullut ajankohtaiseksi vain kahdessa ratkaisussa: Volvo/Scania<sup>146</sup> ja SCA/Metsä Tissue<sup>147</sup>. Useissa uudemmissa ratkaisuisa komissio on kohdellut pohjoismaisia markkinoita suojeasti.<sup>148</sup>

#### 4.5 Markkinaosuudet ja markkinoiden keskittyneisyys

Komission horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan markkinaosuudet ja keskittymistasot antavat hyödyllisen ensimmäisen osviitan markkinoiden rakenteesta sekä sulautuman osapuolten ja niiden kilpailijoiden merkityksestä kilpailun kannalta<sup>149</sup>. Myös USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan markkinoiden keskittyminen on hyödyllinen indikaattori arvioitaessa keskittymän potentiaalisia kilpailunvaikutuksia<sup>150</sup>. Tavoitteena on arvioida yhdistyvien osapuolten markkinavoimaa markkinoilla yrityskaupan jälkeen<sup>151</sup>.

Merkityksellisten markkinoiden määrittäminen auttaa selvittämään kyseisillä markkinoilla toimivat tavarantoimittajat ja asiakkaat. Tämän perusteella voidaan laskea markkinoiden koko. Jokaisen toimittajan markkinaosuus voidaan taas laskea sen perusteella, kuinka paljon tämä myy merkityksellisiä tuotteita merkityksellisellä alueella. Vaikka markkinaosuuk-

---

<sup>146</sup> Asia COMP/M.1672, Volvo/Scania, EYVL 2001 L 143. Tapauksessa Volvo/Scania komissio kielsi kaupan, koska komission mielestä relevantit maantieteelliset markkinat olivat edelleen kansalliset.

<sup>147</sup> Asia COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue, EYVL 2002 L 57. Tapauksessa SCA/Metsä Tissue komissio kielsi kaupan, koska sen tuloksena olisi komission mielestä syntynyt määräävä asema Ruotsissa, Norjassa, Suomessa ja Tanskassa.

<sup>148</sup> Palm 2005, s. 88–89.

Palm on pohtinut kysymystä kohteleeeko komission suorittama arviointi yhdenmukaisesti pieniä ja suuria jäsenvaltioita. Hän on todennut diskriminaation sijaan kyseen olevan siitä, että pohjoismaiden markkinat ovat epäedullisessa asemassa muihin jäsenvaltioihin verrattuna.

Ks. lisää Palm 2005, s. 87 – 110 sekä Bernitz – Gutu 2003, s. 19 ss.

<sup>149</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 14.

<sup>150</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 1.51.

<sup>151</sup> Alkio – Wik 2004, s. 78.



sien laskeminen perustuukin yleensä myyntiin, on myös muita tekijöitä, jotka voivat tarjota hyödyllistä tietoa tuotteesta tai alasta riippuen.<sup>152</sup>

Yleensä komissio käyttää nykyisiä markkinaosuuksia kilpailuanalyysissään. Sulautuman jälkeiset markkinaosuudet lasketaan olettaen, että sulautuvien osapuolten sulautuman jälkeinen yhteenlaskettu markkinaosuus on niiden sulautumaa edeltävien markkinaosuuksien summa.<sup>153</sup> Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan erittäin suuret markkinaosuudet (50 prosenttia tai enemmän)<sup>154</sup> voivat olla todiste individuaalisesta määräävästä markkina-asemasta. Komissio on useissa tapauksissa katsonut, että sulautumat, joiden seurauksena syntyvien yritysten markkinaosuudet ovat 40–50 prosenttia ja joissakin tapauksissa alle 40 prosenttia, johtavat määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen.<sup>155</sup>

Markkinoiden keskittyneisyys on puolestaan matemaattisesti selvitettävissä yritysten lukumäärän ja niiden markkinaosuuksien kautta.<sup>156</sup> Horisontaalisten yrityskauppojen arvioinnin yhteydessä käytetään *HHI-indeksiä* (*Herfindahl Hirschmanin indeksiä*) keskittymistasojen laskemiseksi. Tiedonannon mukaan HHI määritellään laskemalla yhteen toiseen potenssiin korotetut yritysten markkinaosuudet. Esimerkiksi markkinoiden, joilla toimii viisi yritystä ja joiden markkinaosuudet ovat 40 %, 20 %, 15 %, 15 %, ja 10 %, HHI on 2550. HHI vaihtelee lähes nolasta 10 000:een. Mitä pienempi indeksi on, sitä hajaantuneemmat markkinat on kysymyksessä. Kun kyseessä on täydellinen monopoli, indeksi on 10 000. Suurten yritysten markkinaosuudet painottuvat suhteellisesti enemmän HHI:ssä. Indeksien käytön kannalta ei ole välttämätöntä, että pienet yritykset, joiden HHI on hyvin pieni, otetaan mukaan indeksiin. Niiden vaikutus indeksissä on hyvin rajallinen.<sup>157</sup>

HHI:n absoluuttisen tason lisäksi täytyy laskea HHI:n muutos eli delta, joka on hyödyllinen osoitus sulautuman aiheuttaman keskittymistason muutoksesta. Tiedonannon mukaan ko-

---

<sup>152</sup> Tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 53–54, ks. myös kohta 55.

<sup>153</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 15.

<sup>154</sup> Ks. esimerkiksi asia 221/95, Endemol, 1999 ECR 1299, kohta 134 ja asia 102/96, Gencor, 1999 ECR 753, kohta 205.

<sup>155</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat kohta 17.

<sup>156</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 1.5.

missio ei todennäköisesti tutki yrityskauppoja, joissa yhteenlaskettu HHI yrityskaupan jälkeen on alle 1000. Myöskään deltan ollessa alle 250 ja HHI:n ollessa alle 1000-2000 tai deltan ollessa alle 150 ja HHI:n ollessa yli 2000 komissio ei todennäköisesti havaitse keskittymässä horisontaalisia kilpailuongelmia.<sup>158</sup>

Myös USA:ssa markkinoiden keskittymisasteen arviointiin käytetään HHI-indeksiä. USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa on määritelty milloin markkinat ovat HHI-indeksin pisteiden mukaan keskittyneet. Suuntaviivojen mukaan on tärkeää arvioida markkinoiden keskittyneisyys ennen yrityskauppaa ja yrityskaupan jälkeen ja katsoa kuinka paljon sulautuminen nostaa HHI-pistearvoa. Kun markkinat ovat kohtuullisen keskittyneet (keskittymisaste on 1000-1800 pistettä) ja HHI-arvo nousee yli 100 pistettä yrityskaupan seurauksena, fuusio saattaa vaatia lisäselvitystä. Jos keskittymisaste on yli 1800 pistettä ja HHI-arvo nousee yli 100 pistettä, syntyy oikeudellinen oletama fuusion lainvastaisuudesta.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 16.

<sup>158</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohdat 16, 18–19.

<sup>159</sup> USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 1.5 ja 1.51.

## 5 Yhteinen määräävä asema

### 5.1 Sulautuma-asetuksen soveltuminen yhteiseen määräävään asemaan

#### 5.1.1 Soveltumisongelma

1990-luvulle asti kiisteltiin siitä, soveltuuko 82 artikla yhteisen määräävän aseman väärinkäyttö tilanteisiin, ja jos soveltuu, missä määrin. 82 artiklan mukaan ”yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö yhteismarkkinoilla” on kiellettyä. Tätä tulkittiin kahdella tavalla. Joko ajateltiin ”yhden tai useamman yrityksen” viittaavan näiden yritysten toiminnan määräävän aseman väärinkäyttämiseen (viittaa vain väärinkäyttöön, ei yritysten asemaan) tai näiden yritysten asemaan eli yhteiseen määräävään asemaan.

Yhteinen määräävä asema hyväksyttiin ensimmäisen kerran 1992 EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisussa *Italian Flat Glass*<sup>160</sup>. Ensimmäisen asteen tuomioistuin katsoi, että usealla itsenäisellä yrityksellä voi olla kollektiivinen määräävä asema, jos niitä yhdistävät erityiset taloudelliset siteet. Tämän jälkeen yhteinen määräävä asema on hyväksytty tuomioistuimen ratkaisuissa sekä 82 artiklan että sulautuma-asetuksen osalta.<sup>161</sup> Kysymykseen yhteisen määräävään aseman olemassaolosta suhtauduttiin pitkään kielteisesti osittain siitä syystä, että yhteisen määräävän aseman olemassaoloa on vaikea todentaa käytännössä.<sup>162</sup>

Merkittävimpiä muutoksia yhteisen määräävän aseman käsitteen hyväksyminen toi yritys-kauppa- ja valvontaan, jossa se laski merkittävästi kieltokynnystä. Ensimmäinen yhteisen määräävän aseman perusteella tutkittu yrityskauppa oli *Nestlé/Perrier*<sup>163</sup>. Tapauksessa komissio katsoi, että sulautuma-asetuksen soveltamisen edellytys ei voinut olla jaottelu yhden

---

<sup>160</sup> Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89, *Italian Flat Glass*, 1992 ECR 1403.

<sup>161</sup> Kuoppamäki 2002, s. 328–329 ja Kuoppamäki 2003, s. 1000–1001. Ks. myös Leivo – Leivo 1997, s. 331–332.

<sup>162</sup> Kilpailulait 2003, s. 422.

<sup>163</sup> Asia IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, EYVL 1992 L356/1.

yrityksen ja kollektiivisen määräävän aseman välillä. Tätä komissio perusteli sillä, että molemmat tilanteet voivat olennaisesti estää tehokasta kilpailua markkinoilla ja erityisesti juuri oligopolistisilla markkinoilla.<sup>164</sup>

### 5.1.2 Kali & Salz -tapaus

*Kali & Salz*<sup>165</sup> on ensimmäinen ratkaisu, jossa EY:n tuomioistuin kumosi komission päätöksen yrityskauppa- ja sulautumismääräyksen valvonnassa. Kyseessä oli komission riidanalainen päätös, joka koski kahden saksalaisen keskittymän välistä sulautumasuunnitelmaa.<sup>166</sup> Komission mukaan keskittymällä saatettiin luoda yhteinen määräävä asema Saksan ulkopuolisille yhteisön markkinoille. Komissio totesi keskittymän soveltuvaksi yhteismarkkinoille, mutta asetti sen hyväksymiselle ehdot.<sup>167</sup>

Ranska ja lisäksi kaksi ranskalaista yritystä valittivat asiasta. Ranskan valitus liittyi tärkeään kysymykseen sulautuma-asetuksen soveltumisesta yhteiseen määräävään asemaan ja siihen miten tämä asema olisi määriteltävä. Ranskalaiset yritykset puolestaan valittivat, koska niiden katsottiin olevan keskittymän osapuolten kanssa kollektiivisessa määräävässä asemassa ja keskittymän sallimisen ehdot vaikuttivat vahingollisesti näihin yrityksiin.<sup>168</sup>

Sulautuma-asetuksessa ei ole määriteltä, onko kyseessä yhden vai useamman yrityksen määräävä asema, kuten perustamissopimuksen 82 artiklassa, jossa viitataan ”yhden tai useamman yrityksen” määräävän aseman väärinkäyttöön. Yhteisöjen tuomioistuin kumosi ko-

---

<sup>164</sup> Asia IV/M.190, Nestlé/Perrier, EYVL 1992 L356, kohdat 112–113.

<sup>165</sup> Yhdistetyt asiat C-68/94 & C-30/95, Ranska v. Komissio (Kali&Salz), 1998 ECR I-1375.

<sup>166</sup> Savia 1998, s. 1076.

<sup>167</sup> Asia IV/M.308, Kali&Salz/MdK/Treuhand, EYVL 1994 L 186/38.

<sup>168</sup> Savia 1998, s. 1077.

mission tekemän päätöksen tosiseikkojen virheellisen arvioinnin vuoksi<sup>169</sup> ja vahvisti sen, että sulautuma-asetus soveltuu myös yhteiseen määräävään asemaan<sup>170</sup>.

## 5.2 Yhdenmukainen markkinakäyttäytyminen ja rakenteelliset yhteydet

### 5.2.1 Tarve soveltaa yhteisen määräävän aseman käsitettä oligopoleihin

Tosiasiallinen kartellia vastaava tilanne saattaa syntyä oligopolin jäsenten huomattavassa olevansa riippuvaisia muiden yritysten käyttäytymisestä. Yritysten yrittäessä jatkaa kilpailullista markkinakäyttäytymistä se todennäköisesti aiheuttaisi niille kielteisiä vaikutuksia. Aggressiivisesta hinta- tai muusta kilpailusta poissa pysyminen turvaa yrityksen paremman tuloksen. Tämän vuoksi yhdenmukainen markkinakäyttäytyminen saattaa syntyä, kun yritykset huomaavat keskinäisen riippuvuutensa. Näin yritykset tunnustelevat toistensa reaktioita ja oppivat tuntemaan toisensa. Yritysten edustajat eivät kuitenkaan neuvottele keskenään kuten *nimenomaisessa kolluusiassa* (explicit collusion), vaan koordinointi tapahtuu epäsuorasti kokemusten ja päättelyn perusteella. Tällöin kysymys on *hiljaisesta kolluusiosta* (tacit collusion). Nimenomaisessa kolluusiassa tehdään yritysten välisiä sopimuksia, joista esimerkkinä ovat kartellisopimukset.<sup>171</sup>

Hiljaista ja nimenomaista kolluusioita voidaan verrata yhdenmukaiseen ja yhdenmukaistettuun<sup>172</sup> toimintaan. Perustamissopimuksen 81 artiklan perusteella pelkkää yhdenmukaista käyttäytymistä ei voida pitää kiellettyinä. Jotta kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy, yritysten täytyy aktiivisesti toimia koordinaation aikaansaamiseksi. Passiivinen kilpailijoiden seuraaminen ei ole kiellettyä. Hiljaisen ja nimenomaisen kolluusion sekä yhdenmukaisen ja yhdenmukaistetun toiminnan välillä raja on liukuva.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Savia 1998, s. 1081.

<sup>170</sup> Yhdistetyt asiat C-68/94 & C-30/95, Ranska v. Komissio (Kali&Salz), 1998 ECR I-1375, kohta 178.

<sup>171</sup> Kuoppamäki 2002, s. 318 ja Christensen – Rabassa, s. 228.

<sup>172</sup> Ks. yhdenmukaistetuista menettelytavoista Leivo – Leivo 1997, s. 31–35.

<sup>173</sup> Kuoppamäki 2002, s. 318–319.

Jos menettelytapa ei täytä 81 artiklan kartellikiellon tunnusmerkistöä, yritykset voivat toimia avoimesti, ja tällöin se on nimenomaista kolluusioita parempi strategia yritykselle, mikä tekee hiljaisen kolluusion erityisen huolestuttavaksi. Kartellisyytöksiä vastaan voidaan puolustautua perustelemalla, että yhdenmukainen markkinakäyttäytyminen johtuu oligopolistisesta reaktioyhteydestä. Tämän vuoksi EY:n kilpailuoikeudessa kartellikiellon lisäksi on otettu yhteisen määräävän markkina-aseman käsite, jolla pyritään tarttumaan ongelmallisiin oligopoleihin. Ongelmaksi muodostuu ns. hyvien ja pahojen oligopoliien erottaminen toisistaan. Lähtökohtana on puuttua vain tiukkoihin oligopoleihin, joissa markkinat ovat erityisen keskittyneet.<sup>174</sup>

### 5.2.2 Edellyttääkö yhteinen määräävä asema rakenteellisten siteiden olemassaoloa?

EY:n tuomioistuimen mukaan kollektiivisen määräävän aseman olemassaolo edellyttää sitä, että yritykset ovat keskenään *riittävässä määrin sidoksissa toisiinsa* omaksuakseen yhdenmukaisen käyttäytymisen markkinoilla<sup>175</sup>. Perustamissopimuksen 82 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä ei aiemmin ollut selkeästi osoitettu, millaiset yhteydet itsenäisten yritysten välillä voivat johtaa yhteiseen määräävään markkina-asemaan.<sup>176</sup> Tapauksessa *Compagnie maritime belge* EY:n tuomioistuin on määritellyt artiklan 82 perustuvaa yhteisen määräävän aseman olemassaoloa näin:

Yhteisen määräävän aseman olemassaolo voi siis perustua sopimuksen luonteeseen ja sanamuotoon, sen täytäntöönpanotapaan ja siitä aiheutuviin yritysten välisiin yhteyksiin tai vuorovaikutussuhteisiin. Sopimuksen tai muiden oikeudellisten yhteyksien olemassaolo ei kuitenkaan ole yhteisen määräävän aseman välttämätön toteamisedellytys, sillä toteaminen voi perustua myös muihin vuorovaikutussuhteisiin ja riippua sekä taloudellisesta että erityisesti kyseistä markkinarakennetta koskevasta arvioinnista.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> Kuoppamäki 2002, s. 319–320.

Ks. tiukan oligopolin määrittämisestä ja oligopoliin taloustieteellisestä mallintamisesta Kuoppamäki 2002, s. 320–326.

<sup>175</sup> Ks. esimerkiksi asia C-393/92, Almelo, 1994 ECR I-1477, kohta 42.

<sup>176</sup> Savia 1998, s. 1078.

Samassa tuomiossa tuomioistuin on määritellyt, että on tarpeen tutkia asianomaisten yritysten välisiä taloudellisia yhteyksiä tai vuorovaikutussuhteita, jotta yhteisen yksikön voitaisiin katsoa olevan olemassa<sup>178</sup>.

EY:n tuomioistuimen *Kali & Salz* -tapauksen mukaan yhteinen määräävä asema on olemassa, jos keskittymä johtaisi tilanteeseen, ”jossa keskittymän osapuolet ja yksi tai useampi ulkopuolinen yritys estävät olennaisesti tehokasta kilpailua relevanteilla markkinoilla, kun näillä yrityksillä on yhdessä juuri keskinäisten siteidensä vuoksi mahdollisuus omaksua sama toimintalinja markkinoilla ja toimia huomattavassa määrin muista kilpailijoista, asiakkaistaan ja lopulta myös kuluttajista riippumatta<sup>179</sup>”.

Tällä sanamuodolla tuomioistuin poikkeaa kollektiivisen markkina-aseman yhteydessä aiemmin käyttämästään terminologiasta (rakenteelliset siteet, taloudelliset yhteydet tai yhdenmukaiseen käyttäytymiseen johtavat yhteydet). Tuomioistuimen sanavalinta osoitti jo *Kali & Salz* -ratkaisussa, ettei rakenteellisten siteiden olemassaolo olisi välttämätön edellytys yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltamiselle. Voidaan kuitenkin katsoa EY:n tuomioistuimen jättäneen vielä tässä ratkaisussaan avoimeksi sen, millaiset siteet yritysten välillä voivat johtaa kollektiiviseen määräävään asemaan.<sup>180</sup> Uudeksi ydinkysymykseksi nousi se, edellyttääkö yrityskaupan kieltäminen näyttöä kolluusiosta vai voiko komissio kieltää yrityskaupan pelkän markkinarakenteen keskittymisen luoman kolluusion riskin perusteella.<sup>181</sup> *Kali & Salz* -ratkaisu synnytti näin suurta oikeudellista epävarmuutta.

---

<sup>177</sup> Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, 2000 ECR I-1365, kohta 45.

<sup>178</sup> Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, 2000 ECR I-1365, kohta 41.

<sup>179</sup> Yhdistetyt asiat C-68/94 & C-30/95, *Ranska v. Komissio (Kali & Salz)*, 1998 ECR I-1375, kohta 221.

<sup>180</sup> Savia 1998, s. 1076, 1082–1083.

<sup>181</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1155–1156.

### 5.2.3 Gencor v. Komissio

Tapauksessa *Gencor/Lonrho* oli kyse kahden eteläafrikkalaisen kaivosyhtiön yrityskaupasta<sup>182</sup>. EY:n komissio kielsi kaupan, koska se katsoi yritysten välille muodostuvan määräävän duopolistisen aseman platinan ja rodiumin maailmanlaajuisilla markkinoilla. Komission mukaan tämän määräävän aseman vuoksi tehokas kilpailu olisi rajoittunut olennaisesti yhteismarkkinoilla.<sup>183</sup>

Komission päätöstä vaadittiin kumottavaksi. *Gencor v. Komissio* -ratkaisussa yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että *yhteinen määräävä asema voi olla olemassa, vaikka yritysten välillä ei olisi rakenteellisia yhteyksiä*<sup>184</sup>. Komissio voi täten kieltää yhteiseen määräävään asemaan johtavan yrityskaupan markkinarakenteen perusteella. Yritysten välisiä taloudellisia siteitä ei vaadita, vaan kollektiivinen määräävä asema voi syntyä tiiviin oligopolin keskinäisen riippuvuuden perusteella. Edellytyksenä tälle ovat markkinat, joilla vallitsee otolliset olosuhteet erityisesti markkinoiden keskittymisasteen, avoimuuden ja tuotteen homogeenisuuden vuoksi.<sup>185</sup>

Mikäli oligopolin osapuolet voivat ennustaa toistensa käyttäytymisen, niillä on tämän vuoksi vahva houkutus yhdenmukaistaa käyttäytymisensä markkinoilla niin, että ne voivat maksimoida voittonsa rajoittamalla tuotantoa hintojen nostamiseksi. Tällaisessa tilanteessa jokainen toimija tietää, että jos se ryhtyy voimakkaisiin kilpailutoimiin kasvattaakseen markkinaosuuttaan esimerkiksi hintoja alentamalla, muut toimijat ryhtyvät samanlaisiin toimiin, minkä vuoksi kyseinen toimija ei hyödy aloitteestaan. Näin kaikki kyseiset toimijat joutuvat kärsimään aiheutuneesta hintojen laskusta.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> Asia IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, EYVL 1997 L11/30.

<sup>183</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1156.

<sup>184</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 275. Ks. tapauksesta Whish 2003, s. 533–536.

<sup>185</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 276.

<sup>186</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 276.



Tuomioistuimen mukaan tapauksesta *Italian Flat Glass*<sup>187</sup> ei voitu päätellä, että taloudellisten yhteyksien käsitettä tulisi tulkita suppeasti niin, että tämä käsite kattaisi vain rakenteelliset yhteydet.<sup>188</sup> Taloudellisia siteitä voi muodostua sekä taloudellisista yhteyksistä suppeassa mielessä että oligopolin tyyppisistä markkinarakenteista, joille on ominaista se, että jokainen toimija voi saada tietoonsa yhteiset edut ja erityisesti saada hinnat nousemaan tarvitsematta turvautua sopimusten tekemiseen tai menettelytapojen yhdenmukaistamiseen.<sup>189</sup>

Tuomioistuimen mukaan yhteinen määräävä asema muodostui useamman tekijän yhteisvaikutuksesta.<sup>190</sup> Merkittävä tekijä oli kahden yrityksen yhteenlaskettu suuri markkinaosuus<sup>191</sup> sekä duopolistien samanlaiset kustannusrakenteet ja korkeat katteet<sup>192</sup>. Lisäksi tuotteet olivat homogeenisiä ja hinnat läpinäkyviä<sup>193</sup>.

*Kuoppamäen* mielestä kyseessä on selkeä irtiotto *Italian Flat Glass* -päätöksestä ja taloudellisten siteiden vaatimuksesta. Yrityskauppavalvonnan tehtävä on turvata kilpailullinen markkinarakenne ja sen vuoksi hänen mielestään yrityskauppavalvonnan osalta voidaan puoltaa sitä, ettei taloudellisia siteitä vaadita. Hänen mukaansa on perusteltua, että yrityskauppavalvonnassa kiinnitetään vähemmän huomioita taloudellisten siteiden olemassa oloon kuin määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa tapauksessa *Compagnie Maritime Belge* edellytetään komission pysyvän osoittamaan, että jaetun määräävän aseman väärinkäytöksestä epäillyt yritykset käyttäytyvät yhtenäisen yksikön tavoin eli käytännössä vaaditaan osoitettavan taloudellisia siteitä.<sup>194</sup>

Yrityskauppavalvonnan yhteydessä komissio onkin soveltanut yhteisen määräävän aseman käsitettä laajempaan ja 82 artiklan oikeuskäytännöstä poikkeavana. Komissio on kiistänyt,

---

<sup>187</sup> Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89, *Italian Flat Glass*, 1992 ECR 1403.

<sup>188</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 275.

<sup>189</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 277.

<sup>190</sup> Ks. Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 159.

<sup>191</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 207.

<sup>192</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 218–222.

<sup>193</sup> Asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 226–230.

että kollektiivisen määräävän aseman arviointiperusteiden täytyisi olla samat sovellettaessa perustamissopimuksen 82 artiklaa ja sulautuma-asetusta.<sup>195</sup> Myös komissaari *Mario Monti* on todennut, että sulautuma-asetuksen määräävän aseman käsitettä ei tule sekoittaa 82 artiklan määritelmään.<sup>196</sup>

### 5.3 Yhteisen määräävän aseman arvioinnin kriteerit

#### 5.3.1 Airtours-tapauksen tausta

Erityisen merkittävä yhteisen määräävän aseman kehittymisen kannalta on ollut *Airtours v. Komissio* -tapaus<sup>197</sup>. Airtours yhtiö oli Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautunut yritys, joka toimi pääasiassa matkanjärjestäjänä ja tarjosi valmismatkoja. Se ilmoitti vuoden 1999 huhtikuussa aikomuksestaan hankkia kokonaan omistukseensa First Choise -yhtiön, joka oli sen kilpailija samasta valtiosta. Komissio teki samana vuonna kesäkuussa päätöksen, jonka mukaan keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille oli vakavia epäilyjä ja aloitti yksityiskohtaisen tutkintamenettelyn.<sup>198</sup>

Keskittymän seurauksena valmismatkojen järjestäjien lukumäärä olisi pudonnut neljästä kolmeen. Yhdelläkään näistä yrityksistä ei ollut määräävää markkina-asemaa markkinoilla. Syntyvän keskittymän markkinaosuus olisi ollut 32 prosenttia ja kolmen suurimman yrityksen markkinaosuus yhdistymisen jälkeen olisi noussut 79 prosenttiin, kun se ennen kauppaa oli noin 68 prosenttia. Näiden lisäksi markkinoilla oli suuri joukko pieniä valmismatkojen järjestäjiä. Näiden ei kuitenkaan katsottu muodostavan riittävää vastavoimaa kolmelle suurimmalle yritykselle. Komissio katsoi päätöksessään keskittymän johtavan yhteiseen määräävään markkina-asemaan.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1007–1008, 1158–1159.

<sup>195</sup> Savia 1998, s. 1078, 1083.

<sup>196</sup> Monti 2002.

<sup>197</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585.

<sup>198</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585, kohdat 1–3.

<sup>199</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1160.

Päätöksellään komissio poikkesi aiemmasta käytännöstään ja laajensi kieltokynnyksen koskemaan myös triopoleja eikä vain duopoleja.<sup>200</sup> Komissio perusteli päätöstään sillä, että First Choice ainoana keskisuurena matkanjärjestäjänä poistuisi markkinoilta ja kolmen suurimman matkanjärjestäjän oligopoli tiivistyisi ja markkinaosuus nousisi. HHI-indeksi<sup>201</sup> ennen kauppaa oli 1700 ja se olisi noussut yli 450 pisteellä yli 2150:een keskittymän seurauksena. HHI:n perusteella kauppa olisi kielletty myös USA:ssa.<sup>202</sup> Myös nykyisten EY:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan tällaisessa keskittymässä voitaisiin havaita horisontaalisia kilpailuongelmia.<sup>203</sup>

Komissio piti markkinoita alttiina kolluusiolle, koska sen mielestä markkinoilla vallitsi suuntaus kohti kapasiteettia koskevien toimintojen yhteensovittamista. Yrityskaupan jälkeä markkinoille jäävien kolmen suurimman yrityksen kannattaisi rajoittaa kokonaiskapasiteettia, koska ylitarjonnan riski saisi ne pidättäytymään aktiivisesta markkinaosuuskilpailusta. Komissio ei kuitenkaan uskonut sulautuman poistavan kilpailua markkinoilta kokonaan, mutta rajoittavan olennaisesti markkinoiden keskittymisen aiheuttaessa oligopolissa mahdollisesti hinnankorotuksi.<sup>204</sup>

### 5.3.2 Airtours v. Komissio -ratkaisu

Komission *Airtours/First Choice* -päätös heikensi yhteisen määräävän aseman käsitteen uskottavuutta ja lisäsi oikeudellista epävarmuutta, vaikka tavoitteena oli selkeyttää oikeustilaa.<sup>205</sup> Komission päätös saikin osakseen paljon kritiikkiä ja siitä valitettiin tuomioistuimeen. Kirjallisuudessa päätöstä on kritisoitu kolmella perusteella. Ensinnäkin paketti-matkamarkkinoiden luonnehtimista homogeenisiksi markkinoiksi on arvosteltu. Lisäksi

---

<sup>200</sup> Kokkoris 2005, s. 38.

<sup>201</sup> HHI-indeksin (Herfindahl Hirschmanin indeksi) avulla lasketaan markkinoiden keskittymisaste.

<sup>202</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1160.

<sup>203</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 20.

<sup>204</sup> Asia IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, EYVL 2000 L 93, kohdat 51–56.

Kuoppamäki 2003, s. 1161–1162 ja Palm 2005, s. 163.

<sup>205</sup> Kokkoris 2005, s. 39.

päätöstä on arvosteltu kolluusiota ylläpitävien mekanismien ohittamisesta ja kapasiteettikolluusiota koskevien perustelujen puutteesta.<sup>206</sup>

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin totesikin, että komissio ei ollut oikeudellisesti riittävällä tavalla osoittanut, että markkinat todella olivat alttiita kolluusiolle. Lisäksi se totesi, että yhteinen määräävä asema edellyttää näyttöä siitä, miten yhdenmukainen käyttäytyminen on ylläpidettävissä.<sup>207</sup>

Oikeuskäytännön mukaan komissiolla täytyy olla vahvat todisteet, jos se katsoo keskittymän kiellettäväksi siksi, että se luo yhteisen määräävän markkina-aseman. Todisteita on oltava seikoista, jotka ovat tärkeitä arvioitaessa sitä, syntyykö yhteinen määräävä markkina-asema, kuten toimivan kilpailun puuttumisesta niiden toimijoiden välillä, joiden väitetään olevan määräävässä asemassa olevan oligopolin jäseniä (sisäinen kilpailu), ja siitä, että muiden toimijoiden mahdollisuudet saada aikaan kilpailupainetta ovat heikot (ulkoisen kilpailu).

Kilpailuviranomaisten on täten osoitettava sekä sisäisen että ulkoisen kilpailun puuttuminen, jos se aikoo kieltää keskittymän. Tuomioistuin kumosi komission päätöksen juuri puutteellisen tosiasiaselvityksen puuttumisen vuoksi, koska kieltopäätöksessä näyttötaakka on komissiolla ja näytön on oltava vakuuttavaa.<sup>208</sup> Tuomioistuin myös korosti tyyppillisten olosuhteiden merkitystä yhteisen määräävän aseman syntymisessä. Markkinoiden keskittynisyys, läpinäkyvyys, tuotteiden homogeenisuus ja osapuolten toimien ennakoitavuus lisäävät yhteensovittamisen vaaraa.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1162.

<sup>207</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1165 ja Palm 2005, s. 164–165.

<sup>208</sup> Asia T-342/99, Airtours, 2002 ECR II-2585, kohta 63.

Ks. yhdistetyt asiat C-68/94 & C-30/95, Ranska v. Komissio (Kali&Salz), 1998 ECR I-1375, kohta 222.

<sup>209</sup> Asia T-342/99, Airtours, 2002 ECR II-2585, kohta 60.

### 5.3.3 Yhteisen määräävän aseman edellytykset

*Airtours*-tapauksessa tuomioistuin selvensi kolme kriteeriä, joiden perusteella yhteisen määräävän aseman olemassaoloa on arvioitava. Näiden edellytysten juuret löytyvät 1970-luvun alkuvuosien talousteoreettisesta tutkimuksesta. Tällöin pystyttiin ensimmäistä kertaa esittämään matemaattisesti täsmällinen perustelu kolluusion olemassaololle peliteorian avulla.<sup>210</sup> Myös komissio on omaksunut nämä kolme kriteeriä horisontaalisten keskittymien suuntaviivoihin.<sup>211</sup>

Ensinnäkin kunkin määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsenistä on voitava saada tieto muiden jäsenten käyttäytymisestä voidakseen tarkistaa, toimivatko muut oligopolirytykset samalla tavalla. Markkinoiden on näin ollen oltava riittävän läpinäkyvät, jotta määräävässä asemassa olevan oligopolin jokainen jäsen voi saada riittävän tarkasti ja nopeasti tietoonsa kaikkien muiden jäsenten markkinakäyttämisen muutokset.<sup>212</sup> (*markkinoiden läpinäkyvyys*)

Toiseksi kolluusion on oltava pitkäkestoista, mikä edellyttää yrityksillä olevan kannusteita käyttäytyä yhdenmukaisesti ja olla poikkeamatta yhteisestä toimintalinjasta markkinoilla. Määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsenet voivat hyötyä tilanteesta ainoastaan, jos kaikki jäsenet käyttäytyvät yhdenmukaisesti. Tähän edellytykseen liittyvät pakotteet, joita sovelletaan, jos yhden jäsenen käyttäytyminen poikkeaa yhteisestä toimintalinjasta.<sup>213</sup> (*ranksutoimet*)

Kolmanneksi jotta komissio voi osoittaa oikeudellisesti riittävällä tavalla yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolon, sen on myös selvitettävä, että nykyisten ja potentiaa-

---

<sup>210</sup> Lehto 2004, s. 158–159.

<sup>211</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 41.

<sup>212</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585, kohta 62.

<sup>213</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585, kohta 62.

listen kilpailijoiden sekä kuluttajien ennakoitavissa oleva reaktio ei vaaranna yhteisestä toimintalinjasta odotettavia tuloksia.<sup>214</sup> (*riippumattomuus*)

Yhteisen määräävän aseman toteaminen vaatii edellä mainittujen kolmen kriteerin täyttymistä. *Alistair Lindsayn* mukaan testissä on kolme porrasta. Ensimmäisenä pitää vastata kysymykseen, voivatko osapuolet saavuttaa yhteisen määräävän aseman hiljaisesti. Hiljainen kolluusio vaatii jonkin niin sanotun tarkistuspisteen, kuten hinnan tai markkinaosuuden, jonka osapuolet voivat havaita ja tarkkailla hiljaisesti. Jos todetaan, että tämä on toteutettavissa, täytyy tarkastella toista kysymystä.<sup>215</sup>

Toinen kysymys liittyy osapuolten riippumattomuuteen. Jos katsotaan, että osapuolten hiljainen koordinointi ei ole vaarassa ulkopuolisten reaktioiden, kuten ostajien neuvotteluvoiman tai maverick-yritysten<sup>216</sup>, vuoksi, voidaan edetä testin viimeiseen kysymykseen. Koordinoidut vaikutukset ovat todennäköisiä ja yhteinen määräävä markkina-asema voidaan todeta, jos osapuolilla on kannustin toimia koordinoitusti ja heillä on luotettava rankaisumekanismi.<sup>217</sup>

### 5.3.4 Airtours-tapauksen arviointia

Yhteisen määräävän aseman käsitteen kehityksen kannalta *Airtours*-tapaus oli suuri maanmerkkitapaus, jolla tulee olemaan suuri merkitys myös tulevaisuudessa. Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty eriäviä mielipiteitä siitä, miten tämä tuomio tulisi ymmärtää. Tuomion on katsottu merkitsevän aivan uuden analyttisen viitekehityksen omaksumista.<sup>218</sup> Kuitenkin esimerkiksi *Kuoppamäen* mukaan tuomioistuin kumosi komission päätöksen pelkästään puutteellisten selvityksen perusteella eikä niinkään erilaisen teoreettisen lähtökohdan vuok-

---

<sup>214</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585, kohta 62.

Ks. vastaavasti asia T-102/96, *Gencor*, 1999 ECR 753, kohta 276.

<sup>215</sup> Lindsay 2003, s. 310–314.

<sup>216</sup> Pieni ja tehokas kilpailija.

<sup>217</sup> Lindsay 2003, s. 310–314.

<sup>218</sup> Palm 2005, s. 166.

si. Tästä syystä ratkaisu ei estä oikeuskäytännön kehittämistä samaan suuntaan kuin USA:ssa, jolloin myös muihin kuin 3–2 -duopolitilanteisiin voitaisiin puuttua.<sup>219</sup> Toisaalta on myös esitetty, että tapaus ei poikkea suuresti aiemmasta oikeuskäytännöstä. Se vain tämentää arviointiin liittyvät edellytykset.<sup>220</sup>

## 5.4 Yhteisen määräävän aseman tunnusmerkistön lähempää tarkastelua

### 5.4.1 Kilpailuvaikutusten arvioinnin analyysi

EY:n komissio tarkastelee keskittymän kilpailuvaikutuksia markkinoiden rakenteen kannalta. Huomioon otetaan sekä historiallinen analyysi että tulevan kehityksen ennustaminen. Tarkastelemalla hintojen ja markkinaosuuksien liikkeitä historiassa voidaan arvioida yrityskaupasta seuraavat mahdolliset vaikutukset. Yritysten väliset siteet ja yhteistyö lisäävät koordinoitun käyttäytymisen mahdollisuutta.<sup>221</sup>

*Christensenin ja Rabassan* mukaan komission analyysi voidaan jakaa viiteen vaiheeseen:

1. yrityskaupan vaikutus markkinoiden keskittymisasteeseen
2. oligopolin rakenne ja pienempien yritysten vaikutusmahdollisuudet
3. koordinoitua edistävien ja estävien markkinaolosuhteiden tarkastelu
4. historiallisen kilpailun asteen ja luonteen tarkastelu
5. yrityskaupan kilpailuvaikutusten kokoava tarkastelu.<sup>222</sup>

Keskittymän seurauksena syntyvä markkinaosuus on tulevaisuuteen suuntautuvan analyysin keskeisin tekijä. Merkitystä on syntyvillä markkinaosuuksilla ja sillä, kuinka paljon osuudet nousevat. Markkinoiden keskittymisaste, jota usein arvioidaan HHI-indeksin avulla, perustaa vain tarkastelun lähtökohdan. Yhteisen määräävän aseman todennäköisyyttä

---

<sup>219</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1180.

<sup>220</sup> Palm 2005, s. 166.

<sup>221</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1169.

komissio pyrkii selvittämään erityisen kysymyslistan avulla. Listan mukaan huomiota tulee kiinnittää esimerkiksi tuotteiden homogeenisyyteen, markkinoiden innovatiivisuuteen, yritysten kustannusrakenteeseen, taloudellisiin siteisiin sekä alallepääsyn esteisiin ja potentiaaliseen kilpailuun.<sup>223</sup>

#### 5.4.2 Yhteinen määräävä aseman ja markkinoiden keskittymisaste

Yhteisen määräävän aseman muodostumisen todennäköisyys kasvaa normaalisti markkinoiden keskittymisasteen noustessa.<sup>224</sup> Yhteisen määräävän aseman yksi perusedellytys onkin korkea yhteenlaskettu markkinaosuus. Toisin kuin yhden yrityksen määräävää asemaa arvioitaessa ratkaisevaa ei ole yhden yrityksen markkinaosuus vaan yhteenlaskettu markkinaosuus. *Kuoppamäen* mukaan keskittymisastetta, josta alkaen oligopolistinen määräävä asema muodostuu ongelmaksi, ei voida yksityiskohtaisesti määrittellä.<sup>225</sup>

Komissio on käyttänyt päätöksissään markkinaosuuksia ja keskittymisasteita kuvaavina mittareina lyhenteitä C2, C3, C4<sup>226</sup> jne. Paremmin markkinoiden keskittymistä oligopolistisilla markkinoilla kuvaa HHI-indeksi, jota komissio käyttää useimmissa tapauksistaan. Komissio ei kuitenkaan ole pitänyt pelkästään keskittymisastetta päätöksensä perustana.<sup>227</sup>

Komission virkamiesten *Christensenin* ja *Rabassan* mukaan yhteisen määräävän aseman yrityksillä on yleensä vähintään 60–70 %:n markkinaosuus.<sup>228</sup> Huomioon täytyy kuitenkin ottaa yhteisen määräävän aseman muodostavien yritysten lukumäärä. EY:n kilpailuoikeudessa yleensä huomion kohteena ovat olleet tilanteet, joissa kahden yrityksen muodostaman

<sup>222</sup> Christensen – Rabassa 2001, s. 229–235. Artikkelin ovat kirjoittaneet päätösten tekemiseen osallistuneet virkamiehet.

<sup>223</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1169.

<sup>224</sup> Christensen – Rabassa 2001, s. 230.

<sup>225</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1169–1170.

<sup>226</sup> Christensen – Rabassa 2001, s. 230.

C2 on markkinoiden kahden suurimman yrityksen yhteinen markkinaosuus, C3 on kolmen suurimman, C4 neljän suurimman jne.

<sup>227</sup> Christensen – Rabassa 2001, s. 230.



duopolin yhteinen markkinaosuus on ollut hyvin korkea (80–90 prosenttia). Kyseessä on ollut 3–2 -tilanteet. USA:ssa on puututtu myös enimmäkseen 3–2 -tilanteisiin, mutta myös 4–3 - ja 5–4 -tilanteisiin.<sup>229</sup>

*Airtours*-tapauksessa komissio antoi kieltopäätöksen 4–3 -tilanteessa, mutta tuomioistuimen kumosi päätöksen. Tuomioistuimen ratkaisussa oikeuskäytännön kanta jäi tältä osin avoimeksi, koska markkinoiden keskittymisastetta ei käsitelty.<sup>230</sup> Ratkaisukäytännön ennakoitavuuden kannalta myönteistä ovat kuitenkin nykyiset horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa todetut keskittymistasot, joiden perusteella komissio ei todennäköisesti puutu kauppaan.<sup>231</sup>

### 5.4.3 Sisäinen kilpailu ja rakenteelliset tekijät

Yhteisen määräävän aseman toteaminen edellyttää näyttöä siitä, että oligopolin ulkopuolinen tehokas kilpailu ei rajoita markkinavoimaa sekä ettei oligopolirytysten välillä ole riittävästi kilpailua. Sisäistä kilpailua komissio tutkii kiinnittämällä huomiota rakenteellisiin tekijöihin, joiden katsotaan lisäävän tai vähentävän oligopolikäyttäytymisen riskiä. Tällöin tarkastellaan koordinoitua edistäviä ja estäviä markkinaolosuhteita.<sup>232</sup>

Kun tarkastellaan sisäisen kilpailun puuttumista, voidaan erottaa kaksi tilannetta. Ensimmäisessä tilanteessa yritysten välillä on jonkinasteisia rakenteellisia yhteyksiä tai muita taloudellisia siteitä, ja toisessa tilanteessa yritysten yhdenmukainen markkinakäyttäytymisen johtuu ainoastaan oligopolistisesta markkinarakenteesta. Tarkastelussa keskeisesti esiin nousevat sisäiset tekijät, joilla viitataan seikkoihin, jotka vaikuttavat yritysten kykyyn saavuttaa ja ylläpitää hiljainen kolluusio eli yhteisymmärrys.<sup>233</sup>

---

<sup>228</sup> Christensen-Rabassa 2001, s. 230.

<sup>229</sup> Palm 2005, s. 168.

<sup>230</sup> Palm 2005, 168.

<sup>231</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohdat 19–20.

<sup>232</sup> Kuoppamäki 2003, s. 998, 1170 ja Kuoppamäki 2002, s. 326.

<sup>233</sup> Palm 2005, s. 170, Kuoppamäki 2003, s. 998–999 ja Kuoppamäki 2002, s. 326.

Kilpailukäyttäytymisen koordinoiminen edellyttää sitä, että yritykset voivat tarkkailla kilpailijoiden hinta- ja kapasiteettiratkaisuja. Läpinäkyvillä markkinoilla yritysten on helppo seurata kilpailijoidensa valintoja ja sopeuttaa myös oma strategiansa niihin. *Markkinoiden läpinäkyvyys* helpottaa myös yritysten poikkeamien seuraamista. Mikäli joku yritys yrittää poiketa sovitusta yhdenmukaisesta käyttäytymisestä, muut voivat käynnistää vasta- tai rangaistus- toimet tätä yritystä kohtaan. Markkinoiden ei kuitenkaan täydy olla täysin läpinäkyvät, jotta läpinäkyvyys lisäisi koordinoinnin riskiä. Liikesalaisuudet voivat pysyä hyvin salassa läpinäkyvilläkin markkinoilla. Läpinäkyvyys on tärkeää vain yhdenmukaiseen käyttäytymiseen vaadittavilta osin eli esimerkiksi hintojen osalta.<sup>234</sup>

On todettu, että yhteinen määräävä asema syntyy helpommin homogeenisten tuotteiden markkinoille, koska *tuotteiden homogeenisuus* lisää markkinoiden läpinäkyvyyttä ja helpottaa hiljaista kolluusioita. Jos yritykset valmistavat samaa hyödykettä, niiden on helpompi päätyä samaan hintanäkemykseenkin. On kuitenkin huomattava, että hyvin harvat hyödykkeet ovat todella homogeenisia. Huomio täytyykin kiinnittää pelkän tuotteen sijaan tuotteen luonteeseen ja hinnoitteluun ja tarkastella, onko niitä differoitu.<sup>235</sup>

Yhteisen määräävän aseman oletetaan olevan todennäköisempi ainoastaan kypsillä, taantuvilla tai vähän kasvavilla markkinoilla. Lisäksi oletetaan, että näillä markkinoilla ei esiinny merkittäviä innovaatioita. Tarvitaan suhteellisen vakaat markkinaolosuhteet, jotta tehokasta koordinointia voi esiintyä. Vakiintuneilla markkinoilla koordinoiva käyttäytyminen on helpompaa ja sen onnistumisen todennäköisyys on suurempi kuin *kasvavilla ja innovatiivisilla markkinoilla*. Kasvavilla markkinoilla on enemmän kannustimia kilpailulle ja uusien yritysten markkinoille tulolle. On mahdotonta määritellä tiettyjä markkinoiden kasvun rajoja, jolloin kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen olisi vielä mahdollista. Komissio on ha-

---

<sup>234</sup> Christensen – Rabassa, s. 231 ja Kuoppamäki 2003, s. 1171.

Horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa puhutaan markkinoiden avoimuudesta eikä läpinäkyvyydestä. Ks. suuntaviivojen kohdat 49–50.

<sup>235</sup> Christensen – Rabassa, s. 231 ja Kuoppamäki 2003, s. 1171–1172.

vainnut yhteensovittamista kasvavilla markkinoilla, joiden kasvuvauhti on 2–4 prosenttia.<sup>236</sup>

Yhteensovittaminen on helpompaa, jos taloudellinen ympäristö on taloudellinen ja vakaa. Mitä enemmän markkinoilla on toimijoita ja differoituja tuotteita, sitä vaikeampaa koordinoitu yhteistoiminta on. Markkinoiden *stabiilisuus* eli vakaa kysyntä ja tarjonta lisää toimintojen yhteensovittamisen vaaraa.<sup>237</sup>

Tietyissä olosuhteissa *ylikapasiteetti* voi edistää koordinoivaa käyttäytymistä. Symmetrinen ylikapasiteetti voi lisätä kiinnostusta esimerkiksi kriisikartellin kaltaiseen tuotannon rajoittamiseen. Epäsymmetrinen ylikapasiteetti voi luoda erityisesti pienemmälle yritykselle kannustimen lisätä markkinaosuuttaan. Tällöin hintojen noustessa markkinoilla voidaan olettaa ostajien kääntyvän pienempien yritysten puoleen, joilla on käyttämätöntä ylikapasiteettia. Toisaalta ylikapasiteettia voidaan käyttää myös rankaisemiseen. Käytettävissä oleva kapasiteetti luo uskottavan uhan.<sup>238</sup>

*Yritysten väliset taloudelliset siteet* lisäävät kolluusion riskiä. Vaikka taloudellisia siteitä ei *Gencor vs. Komissio* -tapauksen perusteella edellytetäkään<sup>239</sup>, komissio selvittää niitä jokaisessa tapauksessa. Taloudellisilla siteillä on merkittävän indision asema.<sup>240</sup> Esimerkiksi osakkeiden ristiinomistus tai osallistuminen yhteisyhtiöksiin saattavat auttaa yhteensovittamiseen osallistuvia yrityksiä yhdenmukaistamaan toimiaan.<sup>241</sup>

Yritysten voi olla helpompi sopia yhteensovittamisen ehdoista, jos ne ovat suhteellisen *symmetriset*<sup>242</sup>, erityisesti kustannusrakenteiden, markkinaosuuksien, kapasiteettitasojen ja

---

<sup>236</sup> Christensen – Rabassa, s. 231 ja Kuoppamäki 2003, s. 1172.

Ks. yhdistetyt asiat C-68/94 ja C-30/95, Ranska v. Komissio (Kali&Salz), 1998 ECR I-1375, kohdat 231–245 ja asia T-102/96, Gencor, 1999 ECR 753, kohdat 231–237.

<sup>237</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 45.

<sup>238</sup> Christensen – Rabassa, s. 232 ja Kuoppamäki 2003, s. 1174.

<sup>239</sup> Asia T-102/96, Gencor, 1999 ECR 753, kohta 275.

<sup>240</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1174–1175.

<sup>241</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 48.

<sup>242</sup> Ks. esim. T-102/96, Gencor, 1999 ECR 753, kohdat 222.

vertikaalisen integraation tason osalta.<sup>243</sup> Suurin osa komission tutkimista tapauksista on liittynyt symmetrisiin oligopoleihin. Markkinaosuuksien symmetrisyyttä tärkeämpänä komissio kuitenkin pitää kustannusrakenteiden symmetrisyyttä, koska kustannusten ollessa samalla tasolla myös hinnat päätyvät todennäköisemmin samalle tasolle.<sup>244</sup>

Komissio kiinnittää huomiota myös *kiinteiden ja muuttuvien kustannusten väliseen suhteeseen*. Mitä pienempi on muuttuvien kustannusten osuus ja suurempi kiinteiden kustannusten osuus, sitä pienempi on kolluusion riski ja toisinpäin. Yritys säästää enemmän rajoittaessaan tuotantoaan, kun muuttuvat kustannukset kasvavat suhteessa nopeammin kuin kiinteät kustannukset, mikä lisää kolluusion riskiä.<sup>245</sup>

#### 5.4.4 Oligopolin ulkopuolinen kilpailu ja ulkopuoliset reaktiot

Ulkoisen kilpailun puuttuminen voidaan todeta laskemalla yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten markkinaosuudet yhteen ja tarkastelemalla näiden markkinavoimaa kilpailijoihin ja asiakkaisiin verrattuna. Vaikka sisäiset tekijät viittaisivat yritysten mahdollisuuteen saavuttaa hiljainen yhteisymmärrys, kollektiivinen markkinavoima on ehdoton edellytys yhteiselle määräävälle asemalle. Ulkopuoliset reaktiot eivät saa vaarantaa yhteensovittavien yritysten toimintaa ja yhteensovittamisesta odotettuja tuloksia, jotta yrityksillä voidaan sanoa olevan yhteinen määräävä asema.<sup>246</sup>

Komissio pitää *alalle pääsyn esteiden* olemassaoloa tärkeänä seikkana yhteistä määräävää asemaa arvioitaessa. Jos alalle pääsyn esteet ovat vähäiset, ei ole koordinoivan käyttäytymisen uhkaa. Tapauksessa *Ciba-Geigy/Sandoz*<sup>247</sup> komissio salli duopolin syntymisen, vaikka yhteinen markkinaosuus oli 70–80 %, koska alalle pääsyn esteet arvioitiin vähäisiksi.

---

<sup>243</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 48.

<sup>244</sup> Christensen – Rabassa, s. 232.

<sup>245</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1173–1174.

<sup>246</sup> Kuoppamäki 2003, s. 999, Kuoppamäki 2002, s. 327, Palm 2005, s. 172.

Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 56.

<sup>247</sup> Asia IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz, EYVL 1997 L201/1.

Toisaalta jos alalle pääsyn esteiden todetaan olevan suuret, kolluusion riski on suurempi ja kilpailu on riippuvaista oligopolin jäsenistä.<sup>248</sup>

Toinen tärkeä seikka komission arvioissa oligopolin ulkoista kilpailua on *asiakkaiden tasapainottava neuvotteluvoima*<sup>249</sup>. Jos ostajilla on tasapainottavaa ostovoimaa, yhteinen määräävä asema on epätodennäköinen. Asiakkaiden ostovoima nimittäin vähentää mahdollisuuksia hyödyntää kollektiivista markkinavoimaa. Suuret ja ammattitaitoiset ostajat pysyvät paremmin kilpailuttamaan toimittajia keskenään toisin kuin pienyritykset ja kuluttaja-asiakkaat.<sup>250</sup>

Suuri merkitys on myös pienempien kilpailijoiden reaktioilla. *Maverick-yritys eli pieni ja tehokas kilpailija* voi estää koordinoivan käyttäytymisen ja esimerkiksi hintojen korottamisen. Tämän vuoksi komissio on kiinnittänyt erityistä huomioita tällaisiin yrityksiin, koska tällaisen yritykseen liittyy huomattavia riskejä. *Airtours*-tapauksessa<sup>251</sup> yrityskauppa olisi poistanut ainoan keskikokoisen yrityksen markkinoilta ja samalla pienten yritysten sopimuskumppani olisi poistunut markkinoilta. *Maverick*-yritysten markkinoilla olo voi johtaa ongelmallisen yrityskaupan sallimiseen.<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Christensen – Rabassa, s. 233 ja Kuoppamäki 2003, s. 1176.

Ks. alalle pääsyn esteistä horisontaalisten keskittymien suuntaviivoista, kohdat 57, 68–75.

<sup>249</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 64.

Tässä yhteydessä tasapainottava neuvotteluvoima on ymmärrettävä neuvotteluvoimaksi, joka ostajalla on myyjään nähden kauppaneuvotteluissa sen perusteella, kuinka suuri se on, mikä on sen kaupallinen merkitys myyjälle ja millaiset mahdollisuudet sillä on siirtyä käyttämään vaihtoehtoisia toimittajia.

<sup>250</sup> Christensen – Rabassa, s. 233 ja Kuoppamäki 2003, s. 1175.

Ks. asiakkaiden tasapainottavasta neuvotteluvoimasta horisontaalisten keskittymien suuntaviivoista, kohdat 57, 64–66.

<sup>251</sup> Asia T-342/99, *Airtours*, 2002 ECR II-2585.

<sup>252</sup> Kuoppamäki 2003, s. 1175–1176.

### 5.4.5 Sulautuman vaikutus kilpailutilanteeseen

Vaikka sisäiset ja ulkoiset tekijät viittaisivat yhteensovittamisen mahdollisuuteen, viime kädessä kysymys on sulautuman aiheuttamista rakenteellisista muutoksista sekä yhteensovittamisen todennäköisyydestä. Horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen mukaan komissio tutkii, olisiko yhteensovittamisen ehdoista mahdollista sopia ja olisiko yhteensovittaminen todennäköisesti kestävä. Tältä osin komissio ottaa huomioon sulautuman aiheuttamat muutokset. Markkinoilla toimivien yritysten määrän väheneminen voi jo sinällään olla tekijä, joka helpottaa yhteensovittamista.<sup>253</sup> Yritysten määrän väheneminen ei kuitenkaan tarkoita välttämättä sitä, että toimintojen yhteensovittaminen olisi todennäköistä. Jos yritysten markkinaosuudet on hyvin symmetriset, koordinoiva käyttäytyminen on todennäköisempää.<sup>254</sup>

Komission arvioidessa yhteensovitettujen vaikutusten todennäköisyyttä se ottaa huomioon kaikki käytettävissä olevat merkitykselliset tiedot kyseessä olevien markkinoiden ominaisuuksista, niin rakenteelliset piirteet kuin yritysten aikaisemman käyttäytymisenkin. Erityisesti aikaisempaa yhteensovittamista koskevat todisteet ovat tärkeitä, jos merkityksellisten markkinoiden ominaisuudet eivät ole muuttuneet tuntuvasti tai ne eivät lähitulevaisuudessa todennäköisesti muutu tuntuvasti, koska niiden perusteella yrityksillä voidaan sanoa olevan edelleen kannustin yhteensovittamiseen ja markkinatilanteen katsotaan edistävän koordinoitua. Samoin todisteet yhteensovittamisesta samankaltaisilla markkinoilla voivat osoittautua hyödyllisiksi. Tällaisille historiallisille tiedoille ei voi kuitenkaan asettaa liian suurta painoarvoa keskittymän vaikutuksia arvioitaessa.<sup>255</sup>

Yhteensovittamisen riskiä ja todennäköisyyttä on vaikea yksiselitteisesti todeta. Useasti osa kriteereistä puoltaa koordinoivaa käyttäytymistä ja osa on sitä vastaan. Tämän vuoksi on vaikeaa arvioida, millä tavalla keskittymä lopulta vaikuttaa kilpailutilanteeseen. Näyttö

---

<sup>253</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 42.

<sup>254</sup> Palm 2005, s. 173.

<sup>255</sup> Horisontaalisten keskittymien suuntaviivat, kohta 43 ja Lindsay 2006, s. 353–354.

aiemmasta koordinoivasta käyttäytymisestä onkin ainoa seikka, joka suhteellisen objektiivisesti ja selkeästi puoltaa sitä, että keskittymän toteuttaminen johtaisi yhteensovitettuun käyttäytymiseen.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Palm 2005, s. 173–174.

## 6 Päätelmät

Yrityskauppavalvonnalla pyritään puuttumaan markkinoiden liialliseen keskittymiseen, jotta markkinarakenne pysyisi tasapainoisena. Oligopolistisilla markkinoilla keskittymisen vaara on suuri, ja siksi on tärkeää, että yrityskauppavalvonnalla voidaan puuttua keskittymistä edistäviin yrityskauppoihin. Kun yhteisen määräävän aseman käsite hyväksyttiin yrityskauppavalvonnan puolelle, se laski huomattavasti kieltokynnystä. Käsitettä sovellettiin kuitenkin ensin määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä arvioitaessa, jossa käsite hyväksyttiin ensimmäisen kerran tuomioistuinratkaisussa 1992 (*Italian Flat Glass*).

Yhteisen määräävän aseman käsite yrityskauppavalvonnassa on muotoutunut EY:n tuomioistuinratkaisujen perusteella. Vasta vuonna 1998 tuomioistuin vahvisti, että sulautuma-asetus soveltuu myös yhteiseen määräävään asemaan (*Kali & Salz*). Komissio oli kuitenkin tutkinut yrityskauppoja käsitteen perusteella jo aiemmin (*Nestlé/Perrier*). Hyväksymisen jälkeen käsite alkoi vähitellen oikeustapausten myötä muotoutua ja samalla erottautua sisälöltään erilliseksi käsitteeksi verrattuna määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa käytettyyn yhteisen määräävän aseman käsitteeseen.

Oikeustila jäi aluksi avoimeksi sen suhteen, että edellyttääkö yrityskaupan kieltäminen näyttöä kolluusiosta vai voiko komissio kieltää yrityskaupan pelkän markkinarakenteen keskittymisen luoman kolluusion riskin perusteella. Myöhemmin tuomioistuin vahvisti, että yhteinen määräävä asema voi olla olemassa, vaikka yritysten välillä ei olisi rakenteellisia yhteyksiä, eli komissio voi kieltää yrityskaupan vedoten pelkkään kolluusion luomaan riskiin (*Gencor*). Tuolloin jäi vielä epäselväksi, millä kriteereillä komission pitäisi arvionsa perustella. Tuomioistuin selvensi nämä arvioinnin kriteerit kumotessaan komission *Airtours*-päätöksen.

Samoihin aikoihin komission *Airtours/First Choice* -päätöksen kanssa komissio alkoi valmistella vuoden 1989 sulautuma-asetuksen tarkastamista. Tätä varten se julkaisi Vihreän kirjan, jossa pohdittiin erityisesti aineellisen testin vahvuuksia ja heikkouksia. Vuoden



2004 sulautuma-asetuksessa aineellista testiä muutettiin. Dominanssitestistä ei periaatteessa kokonaan luovuttu, vaan käyttöön otettiin SIEC-testi, jonka mukaan yrityskauppoja arvioidaan sen perusteella estääkö kauppa olennaisesti kilpailua. SIEC-testin perusteella arvioinnin piiriin saatiin uutena unilateraaliset vaikutukset eli tapaukset, joissa keskittymälle ei synny määräävää asemaa, mutta markkinoilta poistuu kuluttajien tai asiakkaiden toiseksi paras vaihtoehto, ja näin kilpailu vähenee oligopolistisilla markkinoilla ilman jäljelle jäävien yritysten toimintatapojen yhteensovittamista. Määräävä asema on kuitenkin edelleen tärkein peruste yrityskauppoja arvioitaessa.

Vuonna 2004 komissio antoi horisontaalisten keskittymien suuntaviivat ohjaamaan uudistetun testin pohjalta yrityskauppojen arviointia. Komissio on omaksunut suuntaviivoin tuomioistuimen antamat yhteisen määräävän aseman arvioinnin kriteerit sekä komission soveltaman kilpailuvaikutusten arvioinnin analyysin (sisäiset tekijät, ulkoiset tekijät sekä sulautuman vaikutus kilpailurakenteeseen), mutta suuntaviivojen jaottelu on valitettavasti hieman epäsystemaattinen. Suuntaviivojen tarjoama kehys on tuomioistuinten argumentoimaa kehystä laajempi, ja suuntaviivat muistuttavat huomattavasti USA:n horisontaalisten keskittymien suuntaviivoja.

Testin uudistuksen myötä yhteisen määräävän aseman käsitettä ei tarvinnut laajentaa sisältämään unilateraalisia vaikutuksia oligopolistisilla markkinoilla. Positiivista on erottelu yhteensovitetujen ja yhteensovittamattomien vaikutusten välillä unilateraalisten vaikutusten ohjautuessa yhteensovittamattomiin vaikutuksiin, vaikka vaikutusten välinen raja voi olla vaikea määritellä. Tästä erottelusta huolimatta käsitteiden käytössä on mielestäni epäkohtia.

Verrattaessa yhteensovitetuja vaikutuksia horisontaalisten keskittymien suuntaviivojen ja yhteisen määräävän aseman käsitettä esimerkiksi *Airtours*-tapauksen mukaan, huomataan käsitteiden vastaavan toisiaan. Yrityskauppalvonnassa olisi mielestäni mielekkäämpää käyttää ainoastaan yhteensovitetujen vaikutusten käsitettä kuvaamaan kilpailunvastaisia vaikutuksia oligopolistisilla markkinoilla. Näin ratkaistaisiin saman, mutta eri sisältöisen

käsitteen käyttämisen ongelma yrityskauppa- ja 82 artiklan määräävän markkina- aseman väärinkäytön arvioinnin väliltä. Yhteensovitetut vaikutukset olisi joustavampi käsite markkinoiden keskittymisen arvioinnissa kuin yhteisen määräävän aseman käsite. Tämä antaisi myös suuremman vapauden kehittää termejä molempien tarpeiden mukaan omiin suuntiin.

Vaikka aineellista testiä on uudistettu ja on annettu ohjeistavat suuntaviivat sekä tuomioistuintratkaisuja, yhteisen määräävän aseman käsitteen soveltaminen yrityskauppa- ja 82 artiklan määräävän markkina- aseman väärinkäytön arvioinnissa ei silti ole täysin aukoton ja selkeä. Sulautuma-asetus sinällään on selkeä, mutta se ei sisällä riittävästi informaatiota arviointiperusteista. Horisontaalisten keskittymien suuntaviivoissa- kaan ei anneta täsmällisiä kriteereitä, vaan lähinnä todetaan seikkoja, jotka lisäävät tai vähentävät toimintojen koordinoinnin todennäköisyyttä. Tämänhetkinen suurin ongelma ei olekaan käsite tai aineellinen testi, vaan selvän rajan tekeminen kilpailullisen oligopolin ja kilpailulle haitallisen oligopolin välille. Vaikka yhteisen määräävän markkina- aseman arvioimiseksi on luotu asetuksia ja ohjeita, ne ovat käytännössä lähinnä suuntaa-antavia eivätkä tyhjentäviä.

Suuret odotukset kohdistuvat tulevaan oikeuskäytäntöön. Kilpailuoikeus on jatkuvasti muuttuva oikeudenala ja tulevaisuutta on vaikea ennustaa, ja siksi oikeudentilan voidaan katsoa olevan yhteisen määräävän aseman osalta edelleen avoin ja kehittymässä. EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä riippuu, miten käsitettä tulevaisuudessa sovelletaan. On mielenkiintoista seurata, laajennetaanko yhteisen määräävän aseman käsitettä koskemaan 3–2 -tilanteiden lisäksi myös muita tilanteita. Tähän asti käsitettä on sovellettu vain 3–2 -tilanteisiin, sillä yhteensovittamisen vaara on ollut hyvin suuri. Epäselväksi on jäänyt, rajoitetaanko käsitteen soveltaminen koskemaan vain tilanteita, joissa markkinat ovat hyvin keskittyneet, läpinäkyvät ja tuotteet homogeenisiä vai onko ratkaisevaa, lisääkö keskittymä toimintojen yhteensovittamisen vaaraa ja luoko se merkittävän kollektiivisen markkinavoiman.