

**MÄÄRÄÄVÄSSÄ MARKKINA-ASEMASSA OLEVAN YRITYKSEN  
TARJOAMAT EHDOLLISET ALENNUKSET JA NIIDEN ARVIOINTI**

Ari Lehtinen – 508127

Syventävät opinnot - kilpailuoikeus

Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta

OTM-tutkielma

2.10.2018

TURUN YLIOPISTO  
Oikeustieteellinen tiedekunta

LEHTINEN, ARI: Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tarjoamat ehdolliset alennukset ja niiden arviointi  
OTM-tutkielma, 69 s.  
Oikeustiede, kilpailuoikeus  
Lokakuu 2018  
Turun yliopiston laaturjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

-----

Tutkielmassa tarkastellaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tarjoamia ehdollisia alennuksia ja niiden arviointia EU:n kilpailuoikeudessa. Ehdollisten alennusten arviointi on ollut yksi viime vuosien eniten keskustelua herättäneistä aiheista EU:n kilpailuoikeuden saralla. Syyskuussa 2017 annettu päätös *Intel*-tapauksessa jätti ilmaan useita keskeisiä kysymyksiä ehdollisten alennusten arviointiin liittyen, joihin toivottavasti saadaan vastaukset lähivuosina.

Tutkielman metodina toimii pääosin lainoppi, eli oikeusdogmatiikka, mutta lisäksi on hyödynnetty paikoitellen taloustieteellisiä metodeja. Kilpailuoikeudella pyritään vaikuttamaan taloudellisiin konstruktioihin, joten taloustieteelliset metodit tulevat väistämättä eteen kilpailuoikeudellista tutkielmaa tehdessä. Taloustiedettä on käytetty apuna erityisesti arvioitaessa ehdollisten alennusten eri arviointimenetelmiä.

Euroopan unionin oikeuskäytännössä ehdolliset alennukset ovat tyypillisesti jaettu kolmeen kategoriaan muotonsa perusteella ja kategoria on määritellyt alennuksen sallittavuuden. Ensimmäiseen kategoriaan kuuluvat paljousalennukset, joihin on oikeuskäytännössä suhtauduttu myönteisesti poikkeustilanteita lukuun ottamatta. Toiseen kategoriaan kuuluvat uskollisuusalennukset, joita on pidetty kilpailuoikeuden vastaisina tutkimatta tarkemmin tapauksen yksityiskohtia. Viimeiseen kategoriaan kuuluvat uskollisuutta lisäävät alennukset, joiden sallittavuus on ratkaistu tapauskohtaisella arvioinnilla.

Tutkielma osoittaa, ettei alennuksia tulisi jaotella lähtökohtaisesti kiellettyihin ja sallittuihin. Alennuksen muoto ei määrittele alennuksen kilpailuvaikutuksia, vaan kilpailuvaikutukset tulisi arvioida aina tapauskohtaisesti, jotta virheellisiltä ja tarpeettomilta puuttumisilta vältyttäisiin.

Avainsanat: ehdolliset alennukset, määräävä markkina-asema, määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, kilpailunrajoitus

# SISÄLLYS

## Sisällysluettelo

<b>SISÄLLYS</b> .....	<b>II</b>
<b>LÄHDELUETTTELO</b> .....	<b>IV</b>
<b>LYHENTEET</b> .....	<b>XII</b>
<b>1 JOHDANTO</b> .....	<b>1</b>
1.1 Tutkimuksen tausta.....	1
1.2 Tutkimusmenetelmät.....	2
1.3 Tutkimuksen rakenne.....	3
<b>2 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA</b> .....	<b>4</b>
2.1 Markkinoiden määrittely.....	4
2.1.1 Relevantit tuotemarkkinat.....	4
2.1.2 Relevantit maantieteelliset markkinat.....	7
2.2 Määräävän markkina-aseman arviointi.....	9
2.2.1 Yrityksen markkinaosuus.....	9
2.2.2 Alallepääsyn esteet ja potentiaalinen kilpailu.....	11
2.2.3 Asiakkaiden tasapainottava neuvotteluvoima.....	13
2.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.....	14
<b>3 MÄÄRÄÄVÄSSÄ MARKKINA-ASEMASSA OLEVAN YRITYKSEN TARJOAMAT EHDOLLISET ALENNUKSET</b> .....	<b>17</b>
3.1 Alennukset ja hintakilpailu.....	17
3.2 Yleistä ehdollisista alennuksista.....	19
3.2.1 Jälkikäteen myönnettävät alennukset.....	19
3.2.2 Lisäalennukset.....	21
3.3 Paljousalennukset.....	23
3.4 Uskollisuusalennukset.....	26
3.4.1 Määrittely ja taustaa.....	26
3.4.2 Syitä käyttää uskollisuusalennuksia yritystoiminnassa.....	29
3.4.3 Mahdolliset kilpailunvastaiset vaikutukset.....	33
3.4.4 Keskeisiä tapauksia.....	36
3.5 Uskollisuutta luovat alennukset.....	48
<b>4 EHDOLLISTEN ALENNUSTEN ARVIOINTI</b> .....	<b>51</b>
4.1 Muodollinen arviointi.....	51
4.1.1 Määrittely ja taustaa.....	51
4.1.2 Muodollisen arviointitavan hyödyt.....	53
4.1.3 Muodollisen arviointitavan haitat.....	54
4.2 Taloustieteellinen arviointi.....	56
4.2.1 Määrittely ja taustaa.....	56
4.2.2 AEC-testi.....	58
4.2.3 Taloudellisen arviointitavan hyödyt.....	64
4.2.4 Taloudellisen arviointitavan haitat.....	66
<b>5 JOHTOPÄÄTÖKSET</b> .....	<b>67</b>

# LÄHDELUETTTELO

## Kirjalliset lähteet

*Ahlborn, Christian – Carsten, Grave*: Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective. *Competition Policy International*, Vol. 2, No 2. 2006. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1585797](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585797). Vierailtu 10.9.2018. (Ahlborn – Grave 2006)

*Alkio, Mikko – Wik, Christian*: Kilpailuoikeus, 2. uudistettu painos. Helsinki, Talentum. (Alkio - Wik 2009)

*Baumol, William J*: Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing. *The Yale Law Journal*. Vol. 89. No. 1. 1979. s. 1–26. (Baumol 1979)

*Bellamy, Christopher – Child, Graham*: *European Union Law of Competition*. 7<sup>th</sup> edition, Oxford University Press 2013. (Bellamy – Child 2013)

*Bishop, Simon – Walker, Mike*: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Third edition. Sweet & Maxwell, London, 2010. (Bishop – Walker 2010)

*Blanco, Luis Ortiz – Colomo, Pablo Ibanez – Korah, Valentine – Mestmäcker, Ernst-Joachim – Pace, Lorenzo Federico – Prieto, Catherine – Wish, Richard*: *European Competition Law: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102*. Edward Elgar Publishing Limited. 2011. (Blanco et al. 2011)

*Broms, Juuli*: Intel – Kohti taloudellista vaikutusanalyysia alennusten arvioinnissa. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2017. Grano Oy. 2018. (Broms 2018)

*Clarke, Julie*: The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form? *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 40, No. 2, 2017. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3040366](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040366). Vierailtu 3.9.2018. (Clarke 2017)

*Colomo, Pablo I.*: Beyond the ‘more economics-based approach’: a legal perspective on Article 102 TFEU case law. LSE Research Online. *Common Market Law Review*. 2016. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2755656](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755656). Vierailtu 5.9.2018. (Colomo 2016)

*Colomo, Pablo I.*: Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy. LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2530878](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878). Vierailtu 10.9.2018. (Colomo 2014)

*Dorsey, Elyse – Jacobson, Jonathan M.*: Exclusionary Conduct in Antitrust. *St. John’s Law review* 2015, Vol. 89, s. 101–141. Saatavilla osoitteessa:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3165261](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165261). Vierailtu 13.9.2018.  
(Dorsey – Jacobson 2015)

*Elhauge, Einer*: How loyalty discounts can perversely discourage discounting. *Journal of Law & Economics*. 2009. Saatavilla osoitteessa: <https://doi-org.ezproxy.utu.fi/10.1093/joclec/nhn035>. Vierailtu 15.9.2018. (Elhauge 2009)

*Elhauge, Einer – Wickelgren, Abraham*: Anti-Competitive Exclusion and Market Division Through Loyalty Discounts. The University of Texas School of Law. Law and Economics Research Paper No. 216. 2011. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1937658](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937658). Vierailtu 14.9.2018. (Elhauge – Wickelgren 2011)

*Etro, Federico – Kokkoris, Ioannis*: Competition Law and The Enforcmenet Of Article 102. Oxford University Press. 2010. (Etro – Kokkoris 2010)

*Faella, Gianluca*: The Antitrust Assessment Of Loyalty Discounts And Rebates, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 4, Issue 2, 1 June 2008, Pages 375–410, Saatavilla osoitteessa: <https://doi-org.ezproxy.utu.fi/10.1093/joclec/nhn004>. Vierailtu 20.9.2018. (Faella 2008)

*Faull, Jonathan – Nikpay, Ali*: The Eu Law of Competition. Third edition. Oxford University Press. 2014. (Faull – Nikpay 2014)

*Geradin, Damien*: The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm? TILEC Discussion Paper No. 2010-022. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1490114](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490114). Vierailtu 16.9.2018. (Geradin 2009)

*Geradin, Damien*: Loyalty Rebates After *Intel*: Time For The European Court Of Justice To Overrule Hoffman-La Roche. *Journal of Law & Economics*. 2015. Saatavilla osoitteessa: <https://doi-org.ezproxy.utu.fi/10.1093/joclec/nhv023>. Vierailtu 12.9.2018. (Geradin 2015)

*Geradin, Damien*: The Opinion of AG Wahl in Intel: Bringing Coherence and Wisdom into the CJEU’s Pricing Abuses Case-Law, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No.18/2016, 4, 2016. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2865714](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865714). Vierailtu 13.9.2018. (Geradin 2016)

*Granslandt, Matias*: New Rules for Dominant Firms in Europe. The Research Institute of Industrial Economics, Stockholm. 2006. Saatavilla osoitteessa: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/064.pdf>. Vierailtu 12.9.2018. (Granslandt 2006)

*Gual, Jordi et al.*: Report by the EAGCP. “An Economic Approach to Article 82”. 2005. Saatavilla osoitteessa: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf). Vierailtu 1.9.2018. (Gual 2005)

*Hirvonen, Ari*: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. *Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17*, Helsinki. 2011. Saatavilla osoitteesta: [https://www.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/hirvonen\\_mitka\\_metodit.pdf](https://www.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/hirvonen_mitka_metodit.pdf). Vierailtu 8.9.2018. (Hirvonen 2011)

*Jeram, Jan - Jourdan, Jérémie – Killick, James - Dr. Komninos, Assimakis - MacLennan, Jacquelyn - Sakellariou-Witt, Strati - Axel Schulz*: New era dawning in EU competition law? CJEU endorses an effects- based assessment of rebates and sets aside lower court’s judgment in *Intel. White & Case*. Publications & Events. 7.9.2017. Saatavilla osoitteessa: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/new-era-dawning-in-eu-competition-law-cjeu-endorses-an-effects-based-assessment-of-rebates-and-sets-aside-lower-court-s-judgment-in-intel.pdf>. Vierailtu 10.9.2018. (Jourdan et al. 2017)

*Jones, Alison*: Distinguishing legitimate price competition from unlawful exclusionary behaviour: reconciling and rationalising the case-law. King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 2015–29. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2614413](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614413). Vierailtu 14.9.2018. (Jones 2015)

*Kanakari, Christina*: Consumer welfare as a guiding principle in competition law: reflection on the Intel case. *International Trade Law & Regulation*. 2016. Saatavilla osoitteessa: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.utu.fi/maf/wluk/app/document?&srguid=i0ad6ada600000166248a7cf0ec5ce439&docguid=ID8A7C100B88211E5B67183AC9D833AA6&hitguid=ID8A7C100B88211E5B67183AC9D833AA6&rank=1&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=21&resolvein=true>. Vierailtu 20.9.2018. (Kanakari 2016)

*Khoo, Sheryl*: Advocate General Wahl's Opinion in Intel Corporation Inc. v European Commission: blurred lines and false dilemmas?, *European Competition Law Review*, 2018. Saatavilla osoitteessa: <https://login-westlaw-co-uk.ezproxy.utu.fi/maf/wluk/app/document?&srguid=i0ad6ada600000166248e70dd7aaa32c0&docguid=I211EFB60F7FB11E7908EC73FA3BD350D&hitguid=I211EFB60F7FB11E7908EC73FA3BD350D&rank=1&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=35&resolvein=true>. Vierailtu 21.9.2018. (Khoo 2018)

*Kuoppamäki, Petri*: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Helsinki. Suomalainen lakimiesyhdistys. 2003. (Kuoppamäki 2003)

*Kuoppamäki, Petri*: Uusi kilpailuoikeus. Helsinki. Sanoma pro. 2012. (Kuoppamäki 2012)

*Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko*: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. Helsinki. Talentum, 2012. (Leivo et al. 2012)

*Lundqvist, Björn*: Post Danmark II, now concluded by the ECJ: clarification of the rebate abuse, but how do we marry Post Danmark I with Post Danmark II?, *European Competition Journal*, 11:2-3, 557-573. Saatavilla osoitteessa: <https://www-tandfonline->

com.ezproxy.utu.fi/doi/full/10.1080/17441056.2016.1152846. Vierailtu 5.9.2018. (Lundqvist 2016)

*Marinova, Miroslava*: Should the rejection of the “as efficient competitor” test in the Intel and Post Danmark II judgements lead to dismissal of the effect-based approach?, *European Competition Journal*, 12:2-3, 387-408. Saatavilla osoitteessa: <https://www-tandfonline-com.ezproxy.utu.fi/doi/full/10.1080/17441056.2017.1289706>. Vierailtu 11.9.2018. (Marinova 2017)

*Motta, Massimo*: *Competition Policy*. Cambridge. 2004. (Motta 2004)

*Mutanen, Juha-Pekka*: Määrävässä asemassa olevan yrityksen myöntämät alennukset kilpailuoikeudessa – Onko halvalla myyminen laitonta? *Defensor Legis* 2005/5, s. 1097–1124. (Mutanen 2005)

*Neven, Damien*: Some remarks on pricing abuses. Lisbon conference on competition law and economics. January 14, 2010. Saatavilla osoitteessa: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/lisbon\\_conference\\_2010.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/lisbon_conference_2010.pdf). Vierailtu 3.9.2018. (Neven 2010)

*Nihoul, Paul*: The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law? *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8. Saatavilla osoitteessa: <https://academic.oup.com/jeclap/article/5/8/521/1821424>. Vierailtu 12.9.2018. (Nihoul 2014)

*O'Donoghue, Robert – Padilla, A. Jorge*: *The Law And Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing. 2013. (O'Donoghue – Padilla 2013)

*Padilla, Jorge*: The role of supply-side substitution in the definition of the relevant market in merger control. A report for DG enterprise A/4, European Commission. 2001. (Padilla 2001)

*Peeperkorn, Luc*: Conditional pricing: Why the General Court is wrong in *Intel* and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates. *Concurrences* N° 1-2015 1 pp. 43-63. Saatavilla osoitteessa: [https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/05.b.concurrences\\_1-2015\\_doctrines\\_1\\_peeperkorn-2.pdf](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/05.b.concurrences_1-2015_doctrines_1_peeperkorn-2.pdf). Vierailtu 21.9.2018. (Peeperkorn 2015)

*Petit, Nicolas*: Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU, *European Competition Journal*, 11:1, 26-68. Saatavilla osoitteessa: <https://www-tandfonline-com.ezproxy.utu.fi/doi/full/10.1080/17441056.2015.1033215>. Vierailtu 19.9.2018. (Petit 2015)

*Petit, Nicolas*: The Advocate General's Opinion In *Intel V Commission*: Eight Points Of Common Sense For Consideration By The Cjeu, *Concurrences Review*, 2017. Saatavilla osoitteessa: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2875422](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875422). Vierailtu 11.9.2018. (Petit 2017)

*Raitio, Juha*: Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 2005/3, s. 276–297. 2005. (Raitio 2005)

*Raitio, Juha*: Näkökulmia eurooppaoikeuden tulkinnasta, teoksessa: *Oikeustiede – Jurisprudentia XXIX*. Jyväskylä, Gummerrus Kirjapaino Oy, s. 297–365. 1996. (Raitio 1996)

*Rey, Patrick – Venit, James S.*: An Effects-Based Approach to Article 102: A response to Wouter Wils. *World competition*. Volume 38. 2015. (Rey – Venit 2015)

*Scherer, F. M.*: “Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment.” *Harvard Law Review*, vol. 89, no. 5, 1976, pp. 869–890. (Scherer 1976)

*Sher, Brian*: Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on *Intel*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 6, Issue 4, 1 April 2015, Pages 219–220, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv020>. Vierailtu 3.9.2018. (Sher 2015)

*Spector, David*: Loyalty Rebates: An assessment Of Competition Concerns And A Proposed Structured Rule Of Reason. 2005. Saatavilla osoitteessa: <http://www.cepremap.fr/depot/docweb/docweb0514.pdf>. Vierailtu 15.9.2018. (Spector 2005)

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

*Venit, James*: Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward. *European Competition Journal* 2014, Vol. 10, No. 2, s. 203–230. Saatavilla osoitteessa: <http://dx.doi.org/10.5235/17441056.10.2.203>. Vierailtu 4.9.2018. (Venit 2014)

*Venit, James*: The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*. Saatavilla osoitteessa: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2017.1382249>. Vierailtu 16.9.2018. (Venit 2017)

*Verouden, Vincent*: Vertical Agreements: Motivation and Impact. In *ABA Section of Antitrust Law: Issues in Competition Law and Policy* 3. ABA Section of Antitrust Law. Chicago, 2008, s. 1813–1840. Saatavilla osoitteessa: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical\\_agreements.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical_agreements.pdf). Vierailtu 15.9.2018. (Verouden 2008)

*Virtanen, Martti*: Kilpailu- ja kuluttajapolitiikka toimivassa markkinajärjestyksessä – ordoliberalistinen näkökulma. *Kansantaloudellinen aikakauskirja*. 1/2015. (Virtanen 2015)

*Vitzilaiou, Lia*: Rebates: Formalism, Effects and the Real World. *Competition Policy International*. 2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Europe-Column-June-Full-1.pdf>. Vierailtu 14.9.2018. (Vitzilaiou 2016)

*Waelbroeck, Denis: Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?, Journal of Competition Law & Economics*, Volume 1, Issue 1, 1 January 2005, Pages 149–171, Saatavilla osoitteessa: <https://doi-org.ezproxy.utu.fi/10.1093/joclec/nhi001>. Vierailtu 1.9.2018. (Waelbroeck 2005)

*Whish, Richard: Intel v Commission: Keep Calm and Carry on! Journal of European Competition Law & Practice* 2015, Vol. 6, No. 1, s. 1–2. Saatavilla osoitteessa: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu108>. Vierailtu 14.9.2018. (Whish 2015)

*Whish, Richard – Bailey, David: Competition Law*, 8. Edition. Oxford, Oxford University Press. 2015. (Whish – Bailey 2015)

*Wils, Wouter P. J.: The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance. World Competition* 2014, Vol. 37, No. 4, s. 405–434. (Wils 2014)

*Zenger, Hans: Loyalty Rebates And The Competitive Process, Journal of Competition Law & Economics*, Volume 8, Issue 4, 1 December 2012, Pages 717–768, Saatavilla osoitteessa: <https://doi-org.ezproxy.utu.fi/10.1093/joclec/nhs023>. Vierailtu 13.9.2018. (Zenger 2012)

Özkan, Ahmet Fatih: The Intel judgment: the Commission threw the first stone but the EU courts will throw the last, *European Competition Journal*, 11:1, 69-85. Saatavilla osoitteessa: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2015.1033213>. Vierailtu 11.9.2018. (Özkan 2015)

## **Virallisaineisto**

### **Euroopan unionin virallisaineisto**

Court of Justice of the European Union: PRESS RELEASE no 90/17. Luxembourg 6.9.2017. Judgement in Case C-413/14 P. Intel Corporation Inc. v Commission. (CJEU 2017)

Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs, Competition Committee: Roundtable Discussion On Predatory Foreclosure. Note by the European Commission. DAFPE/COMP/WD(2004)50. (Discussion on predatory foreclosure 2004)

Euroopan komissio: DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Directorate-General for Competition. 2005. (Discussion paper 2005)

Euroopan komissio: Glossary of terms used in EU competition policy. Directorate-General for Competition. 2002. (Glossary of terms 2002)

European Economic & Marketing Consultants: More Economics Based Approach In Article 102 Tefu: New Test Procedures, Competition Competence Report.

European Economic & Marketing Consultants: Modernisation of Article 102 TFEU: Use of Economic Analysis for Conditional Rebates, Competition Competence Report.

Euroopan unionin virallinen lehti: 2014/C 395/31

Komission tiedonanto – Merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, 09/12/1997 (Komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto)

Komission tiedonanto - Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, 2004, C 31/03. (Komission horisontaalisia sulautumia koskeva tiedonanto)

Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, EUVL 2009, C 45/02. (Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto)

### **Muu virallisaineisto**

OECD: Barriers to Entry, Policy Roundtables, 2005. (OECD 2005)

OECD: Loyalty and Fidelity Discounts and rebates, OECD Report of 4 February 2003. (OECD 2003)

OECD: Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law, 1993. (OECD 1993)

Office of fair trading: Selective price cuts and fidelity rebates. Economic discussion paper. 2005. (OFT 2005)

U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 1 issued 19 August 2010.

## **Oikeuskäytäntö**

### **Euroopan unioni**

#### **Unionin tuomioistuin**

Asiat 56 ja 58/64, Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio, Kok. 1966 s. 299.

Asia 6/72 Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio (1973) Kok. II/89.

Asia C-26/76, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. komissio, Kok. 209 (1978) (United Brands)

Asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio, Kok. 461 (1979)

Asia 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. komissio, Kok. 3461 (1983) (Michelin I)

Asia C-62/86 *AKZO Chemie BV v komissio*, Kok. XI/I-261. C-234/89, 1991. (AKZO)

Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/06 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000, Kok., s. I-1365

Asia C-333/94 P, Tetra Pak International SA v. komissio, Kok. I-05951 (1996) (Tetra Pak)

Asia C-202/07 P, France Télécom SA v. komissio, Kok. I-02369 (2009) (France Telecom)

Asia C-52/09, Konkursverket v TeliaSonera Sverige AB, Kok. I-527. (2011)

Asia C-549/10 P, Tomra Systems ym. v. komissio, EU:C:2012:221

Asia C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, annettu 27.3.2012.

Asia C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, EU:C:2015:651

Asia C-413/14 P - Intel v. komissio

### **Unionin yleinen tuomioistuin**

T-30/89, Hilti v Commission [1991] Kok. II-1439

T-83/91 *Tetra Pak II International SA v komissio*, annettu 6.10.1994.

T-228/97 Irish Sugar plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio (1999) Kok. II-2969. T-65/98, 2003 (Irish Sugar)

T-219/99 British Airways. Kok 2003 II-05917

T-203/01 Michelin II, Kok. 2003 II-04071.

T-57/01 *Solvay SA v komissio*, annettu 17.12.2009

T-155/06 Tomra Systems *and* Others v Commission [2010] ECR II-4361

T-286/09 – Intel v. komissio

## **Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset**

Case C-413/14, *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Opinion of AG Wahl (Opinion of AG Wahl)

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Fennelly 29 päivänä lokakuuta 1998. *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P)*, *Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P)* ja *Dafra-Lines A/S (C-396/96 P)* vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. (Fennelly 1998)

## **Komission päätökset**

Asia IV/29.020 — Vitamins

Asia IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways

Asia IV/31.900, BPB Industries pic

Asia COMP/C-3/37.990 – Intel

Asia COMP/E-2/36.041/PO – Michelin

## **Amerikan yhdysvaltojen oikeuskäytäntö**

*United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct 994 (1956)

## **Muut lähteet**

Kilpailu- ja kuluttajaviraston järjestämä seminaari 23.8. - 24.8.2018. Luc Peeperkorn: Conditional pricing and the AEC test: A happy marriage or an awkward couple? (Peeperkorn 2018)

## **LYHENTEET**

AVC	Average variable costs
AAC	Average avoidable costs
AEC	As efficient competitor
EU	Euroopan unioni
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto

LRAIC	Long run average incremental costs
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkimuksen tausta

Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on yhtä lailla kannustimia myöntää asiakkailleen alennuksia kuin pienillä yrityksillä. Alennukset ovat keskeinen hintakilpailun keino, joka lisää kuluttajien taloudellista hyvinvointia. Alennusten avulla tuotteen kysyntä tavallisesti kasvaa, joka hyödyttää myös alennuksia tarjoavaa yritystä. Määrävä asema tuo mukanaan kuitenkin erityisen velvollisuuden rajoittaa toimia, jotka voivat olla haitallisia kilpailun toimivuuden kannalta. Toiminnan haitallisuuden osoittaminen ei kuitenkaan ole yksiselitteistä, eikä tavasta, jolla haitallisuus tulee osoittaa olla yksimielisiä.

Alennusten arviointia käsittelevä keskustelu on ollut asiantuntijoiden keskuudessa käynnissä jo vuosikymmenten ajan ja se jatkuu edelleen. Euroopan komission tasolla alettiin vuonna 2005 keskustelemaan tarpeesta uudistaa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 102<sup>1</sup> artiklaan liittyvää arviointia.<sup>2</sup> SEUT 102 artiklaa koskevan uudistuksen taustalla oli pyrkimys varmistaa, että myös määräävässä asemassa oleva yritys saa kilpailla tavalla, joka lisää kuluttajien hyvinvointia.<sup>3</sup> Tähän liittyi keskeisesti komission ja Euroopan unionin (EU)<sup>4</sup> tuomioistuinten ratkaisukäytäntö koskien määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia, jota oltiin kritisoitu vahvasti. Kritiikki koski ennen kaikkea tapaa, jolla alennuksia oltiin tyypillisesti arvioitu unionin kilpailuoikeuden piirissä.

Tutkielmaa ohjaa kysymys siitä, miten määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiä ehdollisia alennuksia arvioidaan Euroopan unionin viitekehyksessä. Vaikka komissio julkaisi jo vuonna 2009 määräävää asemaa koskevan tiedonannon, jossa annettiin ohjeita muun muassa ehdollisten alennusten arviointiin liittyen, on aihe edelleen ajankohtainen, sillä tuomioistuimet ovat kuitenkin viime kädessä se taho, joka määrittelee

---

<sup>1</sup> Kirjoittaja on tietoinen SEUT 102 artiklan aikaisemmista numeroinneista. Esitysteknisistä syistä tutkielmassa käytetään ainoastaan 102 artiklaa.

<sup>2</sup> Broms 2018, s. 1.

<sup>3</sup> Rey – Venit 2015, s. 4.

<sup>4</sup> Kirjoittaja on tietoinen Euroopan unionin ja sen tuomioistuinten aikaisemmista nimistä. Esitysteknisistä syistä tutkielmassa käytetään Euroopan unionin oikeuskäytäntöä ja tuomioistuinta, vaikka tapaus olisi käsitelty Euroopan yhteisöjen aikana.

alennusten arviointikehikon, eikä tiedonannon jälkeistä alennuksia käsittelevää oikeuskäytäntöä voida pitää yksiselitteisenä.<sup>5</sup>

Tutkielman aihe on yhteiskunnallisesti merkittävä. Se, miten ehdollisten alennusten kilpailunvastaiset vaikutukset tulee osoittaa, vaikuttaa määräävässä asemassa oleviin yrityksiin, kansallisiin kilpailuviranomaisiin sekä tuomioistuimiin. Yksiselitteistä vastausta siihen, mikä on paras tapa arvioida ehdollisia alennuksia, on hankala antaa.

Kirjoittaja työskentelee tällä hetkellä tutkijana Kilpailu- ja kuluttajavirastossa (KKV tai Virasto) kilpailuvastuualueella, jossa on konkreettisesti päässyt näkemään kilpailuviranomaisen toimintaa.<sup>6</sup> KKV:ssa työskentely on havainnollistanut, mitä käytännön hankaluuksia tapausten arviointiin voi liittyä. Virastossa työskentely on vahvistanut näkemyksen tutkielman aiheen merkittävyydestä.

## 1.2 Tutkimusmenetelmät

Tutkielman päämenetelmänä toimii oikeustieteelliselle tutkimukselle tyypillinen menetelmä, lainoppi eli oikeusdogmatiikka. Lainoppilaisen tutkielman tavoitteena on systematisoida ja tulkita voimassaolevaa oikeutta.<sup>7</sup> Keskeinen tehtävä on selvittää oikeussääntöjen sisältöä ja esittää normi- ja tulkintakannanottoja.<sup>8</sup> Tämän lisäksi tutkitaan muiden oikeuslähteiden merkitystä voimassaolevan oikeuden kannalta.<sup>9</sup> Lainoppi sisältää useita menetelmiä, joista tässä tutkielmassa on hyödynnetty muun muassa teleologista eli tavoitteellista tulkintaa, jota hyödynnetään usein viitekehyksen ollessa eurooppaoikeudessa.<sup>10</sup> Teleologisen tulkinnan tavoitteena on selvittää normiston tarkoitus ja päämäärä.<sup>11</sup> Oikeuskirjallisuudessa on usein esitettykin kysymys, ketä ehdollisten alennusten kieltämisellä lopulta suojataan. Teleologisen tulkinnan avulla vastataan tähän kysymykseen.

---

<sup>5</sup> Tiedonannon jälkeisiä alennuksia käsitteleviä tapauksia: asia C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, asia C-549/10 P, *Tomra v. Komissio*, asia C-23/14, *Post Danmark v. Konkurrencerådet* sekä asia T-286/09 *Intel v. komissio* ja asia C-413/14 P *Intel v. komissio*

<sup>6</sup> Tutkielmassa esitetyt näkemykset ovat kirjoittajan omia, eivätkä välttämättä vastaa KKV:n kantoja.

<sup>7</sup> Hirvonen 2011, s. 22.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.* Muihin oikeuslähteisiin luetaan mm. Euroopan unionin tuomioistuinten ratkaisukäytäntöä.

<sup>10</sup> Raitio 1996, s. 336 – 340.

<sup>11</sup> Raitio 2005, s. 278.

Taloustieteellä on keskeinen rooli määrävän aseman väärinkäytön arvioinnissa. Oikeuskirjallisuudessa on jopa lausuttu, ettei kilpailuoikeuden lainopillisia ja taloustieteellisiä osia ole tarpeen erotella, sillä ne nivoutuvat niin vahvasti yhteen.<sup>12</sup> Lainopin lisäksi tässä tutkielmassa on paikoitellen hyödynnetty taloustiedettä. Mitään yksittäistä taloustieteellistä menetelmää tai teoriaa ei ole tutkielmassa suosittu, vaan pyrkimyksenä on ollut hyödyntää taloustiedettä eklektisen<sup>13</sup> metodin avulla. Taloustiedettä on hyödynnetty etenkin alennusten arviointiin liittyvissä kysymyksissä.

### 1.3 Tutkimuksen rakenne

Tutkielma koostuu johdannon lisäksi kolmesta pääluvusta ja johtopäätöksistä. Ensimmäinen pääluku keskittyy taustoittamaan määrävää markkina-asemaa yleisellä tasolla. Kyseinen luku vastaa muun muassa siihen, miten relevantit markkinat määritellään, ja mitä ongelmia markkinoiden määrittelyyn voi liittyä, sekä mitkä tekijät ovat keskeisessä asemassa määrävää markkina-asemaa määriteltäessä. Näiden lisäksi luvussa keskitytään määrävän aseman väärinkäyttöön.

Toisessa pääluvussa perehdytään tarkemmin määrävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiin ehdollisiin alennuksiin ja niiden perinteiseen luokitteluun. Pääpaino luvussa on kuitenkin uskollisuusalennuksissa. Uskollisuusalennusten kohdalla käydään tarkemmin lävitse *Intel*-tapausta, joka on kiistatta yksi viime vuosien isoimmista alennuksista käsittelevistä tapauksista unionin oikeuskäytännössä.

Kolmas pääluku syventyy alennusten arvioinnissa perinteisesti sovellettuun muodolliseen arviointitapaan sekä uudempaan, alennusten tosiasiallisten vaikutusten arviointiin pohjautuvaan arviointitapaan. Luvussa käsitellään molempien arviointitapojen taustalla olevia koulukuntia ja ideologioita sekä heikkouksia ja vahvuuksia. Tutkielman loppuun on koottu keskeisimmät johtopäätökset.

---

<sup>12</sup> Kuoppamäki 2003, s. 25.

<sup>13</sup> Esimerkiksi Martti Virtasen väitöskirjassa (1998) eklektisen metodin tavoitteeksi oli määritelty uuden synteesin luominen. Tässä tutkielmassa eklektinen metodi on lähempänä Petri Kuoppamäen väitöskirjassa lausuttua: ”Eklektisessä tarkastelussa tutkitaan rinnan eri lähestymistapoja.” Ks. Kuoppamäki 2003, s. 232.

## 2 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA

### 2.1 Markkinoiden määrittely

#### 2.1.1 Relevantit tuotemarkkinat

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) artikla 102 sekä kilpailulain 7 § koskevat ainoastaan tapauksia, joissa yrityksellä on määräävä markkina-asema markkinoilla. Määräävän aseman toteennäyttämisen edellyttää, että tapausta tutkiva toimielin selvittää konkreettisesti ne tuote- ja maantieteelliset markkinat, joilla väitetty väärinkäyttö on tapahtunut.<sup>14</sup> Komission tiedonannossa, jossa käsitellään merkityksellisten markkinoiden määrittelyä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, on mainittu, että relevanttien markkinoiden määrittelyllä tunnistetaan ja määritellään yritysten välisen kilpailun rajat.<sup>15</sup> Tällä tarkoitetaan sitä, että selvitetään tutkittavana olevan yrityksen sellaiset kilpailijat, jotka voivat tosiasiallisesti rajoittaa yrityksen käyttäytymistä markkinoilla ja toimimista kilpailupaineista vapaana.<sup>16</sup>

Yrityksen markkinavoimaa arvioitaessa relevanttien markkinoiden määrittely on vasta ensimmäinen vaihe, mutta sillä on huomattava merkitys kilpailuoikeudellisen arvioinnin kohdalla.<sup>17</sup> Markkinoiden määrittelyllä on erittäin keskeinen rooli siinä, katsotaanko yrityksen olevan määräävässä asemassa vai ei. Mitä kapeammaksi markkinat tapauksessa määritellään, sitä todennäköisemmin yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa markkinoilla.<sup>18</sup> Tilanne on puolestaan päinvastainen tapauksessa, jossa markkinat määritellään liian laajaksi. Tällöin yrityksen harjoittamat kilpailunvastaiset toimenpiteet eivät välttämättä tule tuomituksi SEUT 102 artiklan tai kilpailulain 7 § valossa. Kuten huomata saattaa, molemmat tilanteet ovat kilpailuoikeudellisesti kestäättömiä.<sup>19</sup>

Relevantteja tuotemarkkinoita määriteltäessä on keskeistä selvittää ne tuotteet ja palvelut, jotka ovat asiakkaiden silmissä riittävän samanlaisia, jotta niitä voidaan pitää toisilleen

---

<sup>14</sup> Kuoppamäki 2003, s. 641.

<sup>15</sup> Komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto, kohta 2.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Leivo et al. 2012, s. 59.

<sup>18</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 95.

<sup>19</sup> Ibid.

korvaavina eli substituutteina.<sup>20</sup> Tuotemarkkinoita määriteltäessä huomiota annetaan etenkin kysynnän korvattavuudelle. Mielenkiintoinen kysymys on puolestaan se, kuinka vahva substituutioaste tulee olla, jotta kyseinen hyödyke katsotaan kuuluvan samoille markkinoille.<sup>21</sup> Unioni on oikeuskäytännössään ottanut useampaan otteeseen kantaa tähän kysymykseen. Ensimmäisten tapauksen joukossa oli *Hoffmann-La Roche*. Kyseisen tapauksen perustelut eivät kuitenkaan anna aukotonta selitystä sille, milloin tuotteet katsotaan substituuteiksi. Tapauksen perusteluiden mukaan:

Relevanttien markkinoiden käsitteeseen kuuluukin, että siihen kuuluvien tuotteiden välillä voi olla tehokasta kilpailua; tämä edellyttää, että kaikki samoihin markkinoihin kuuluvat tuotteet ovat riittävästi keskenään korvattavissa, kun kyse on samasta käyttötarkoituksesta.<sup>22</sup>

Oikeusvarmuuden kannalta ”riittävästi keskenään korvattavissa” ei ole paras mahdollinen määritelmä epätarkkuuden vuoksi. Unionin tuomioistuin selvensikin korvattavuuteen liittyviä kysymyksiä tapauksen *Michelin I* perusteluissa:

Vaikka kilpailusuhteen olemassaolo kahden tuotteen välillä ei edellytä täydellistä keskinäistä korvattavuutta tietyn käyttötarkoituksen osalta, määräävän aseman toteaminen tietyn tuotteen osalta ei myöskään edellytä muiden, osittain korvaavien tuotteiden taholta tulevan kilpailun täydellistä puuttumista, jos kilpailulla ei ole vaikutusta yrityksen valtaan vaikuttaa huomattavasti kilpailuedellytyksiin tai joka tapauksessa toimia pitkälti tarvitsematta ottaa tuota kilpailua huomioon ilman, että tästä olisi sille kielteisiä seurauksia.<sup>23</sup>

Kysynnän korvattavuutta arvioidaan käytännön tilanteissa usein SSNIP-testin (Small but Significant, Non-transitory Increase in Price) avulla. Kyseisestä testistä käytetään myös nimeä hypoteettisen monopolin -testi. Testin avulla selvitetään sitä, miten osapuolten asiakkaat reagoisivat pieneen (5 – 10 %), mutta pysyvään hinnanmuutokseen kyseisten tuotteiden kohdalla.<sup>24</sup> Mikäli yritys pystyy nostamaan tuotteensa hintaa 5 – 10 % ilman, että asiakkaat siirtyvät käyttämään kilpailevan yrityksen tuotteita, tapausta tutkiva toimielin katsoo, etteivät tuotteet kuulu samoille relevanteille markkinoille, sillä muut tuotteet eivät rajoita merkittävästi yrityksen toimintaa markkinoilla.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Kuoppamäki 2003, s. 643.

<sup>21</sup> Leivo et al. 2012, s. 66.

<sup>22</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio*, kohta 26.

<sup>23</sup> *Michelin I*, kohta 8

<sup>24</sup> Ks. esim. Discussion paper 2005, s. 7, Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, kohta 17, Motta 2004, luku 3, s. 2.

<sup>25</sup> Leivo et al. 2012, s. 61.

SSNIP-testi on alun perin kehitetty Yhdysvalloissa yrityskauppavalvontaa varten<sup>26</sup>, joten se on aikojen saatossa kohdannut tiettyjä ongelmia sovellettaessa sitä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön liittyviin tapauksiin. Yksi SSNIP-testin keskeisimmistä ongelmista liittyy siihen, että testissä arvioinnin pohjana toimivat yrityksen sen hetkiset kustannukset. Jos yritys on ollut määräävässä asemassa markkinoilla jo jonkin aikaa, on se luultavasti kyennyt jo nostamaan tuotteensa hintatasoa markkinoilla.<sup>27</sup> Tämän kaltaisessa tilanteessa 5 - 10 %:n hinnannousulla saattaa olla merkittävä vaikutus asiakkaiden halukkuuteen vaihtaa toisiin tuotteisiin, joita he eivät välttämättä normaaliolosuhteissa pitäisi edes korvaavina tuotteina.<sup>28</sup> SSNIP-testin soveltaminen saattaa siis johtaa markkinoiden määrittelyyn liian laajoiksi tapauksissa, joissa yritys on jo kerennyt nostamaan tuotteensa hintaa tavanomaisen kilpailutason yläpuolelle. Tämä taas saattaa johtaa siihen tilanteeseen, ettei yrityksellä katsota olevan määräävää asemaa markkinoilla.<sup>29</sup> Kyseinen SSNIP-testiin liittyvä ongelma tunnetaan myös nimellä sellofaaniharha (cellophane fallacy)<sup>30</sup>.

Komissio on ottanut sellofaaniharhaan kantaa vuoden 2005 keskusteluasiakirjassaan. Komission mukaan relevanttien markkinoiden määrittely vaatii useamman taloustieteellisen keinon käyttämistä, jotta markkinat tulevat määritellyksi oikein.<sup>31</sup> Kaikkia markkinoiden määrittelyyn liittyviä keinoja ei ole kuitenkaan tämän tutkielman kannalta mielekäästä käydä läpi. Kyseisessä keskusteluasiakirjassa komissio on todennut, että SSNIP-testiä käytettäessä tulee markkinat arvioida sen hintatason mukaan, joka markkinoilla olisi, jos kilpailu toimisi normaalisti.<sup>32</sup> Komissio ei kuitenkaan tarjoa mitään ehdotuksia sille, miten kyseinen hintataso voidaan selvittää ja ottaa huomioon. Toimivien markkinoiden hintatason selvittäminen voi todellisuudessa olla lähes mahdotonta.<sup>33</sup> Sellofaaniharhaan on esitetty useita muitakin ratkaisuvaihtoehtoja, mutta en koe tarpeelliseksi käydä niitä enempää lävitse.<sup>34</sup> Sellofaaniharha ei kuitenkaan tee SSNIP-

---

<sup>26</sup> Ks. tarkemmin: U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 1 issued 19 August 2010.

<sup>27</sup> Motta 2004, s. 5.

<sup>28</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 113.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Nimi on saanut alkunsa Yhdysvaltalaisesta tapauksesta, jossa oli osallisena sellofaanin valmistaja. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S.Ct 994 (1956).

<sup>31</sup> Discussion paper 2005, s. 7.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Bishop – Walker 2010, s. 127.

<sup>34</sup> Ks. esim. O'Donoghue – Padilla 2013, s. 113 – 115.

testistä käyttökelpotonta. Simon Bishop ja Mike Walker ovat lausuneet SSNIP-testin merkityksestä muun muassa:

Mikäli relevantit markkinat määritellään tavalla, joka ei ole sopuoinnussa SSNIP-testin viitekehyksen kanssa, ei ota huomioon tärkeimpiä kilpailupaineita, jotka tarjonta- ja kysyntäsubstituutiot aiheuttavat. Tämän johdosta markkinaosuuslaskelmat eivät tarjoa mitään hyödyllistä viitettä markkinavoiman olemassaolosta.

Edellä on käsitelty tuotemarkkinoihin liittyen kysynnän korvattavuutta. Toinen mahdollisesti huomioon otettava seikka on tarjonnan korvattavuus. Tarjonnan korvattavuutta tutkittaessa selvitetään sitä, kuinka vaivattomasti toiset yritykset pystyvät aloittamaan kilpailevan tuotteen valmistamisen. Tässä otetaan huomioon muun muassa tuotannon muuttamisesta aiheutuvat kustannukset sekä tuotannon muuttamiseen kuluva aika.<sup>35</sup> Komission markkinoiden määrittelyä koskevassa tiedonannossa on lausuttu, että tarjonnan korvattavuus otetaan huomioon sellaisissa tapauksissa, joissa sen vaikutukset vastaavat kysynnän korvattavuuden vaikutuksia tehokkuudeltaan ja välittömyydeltään.<sup>36</sup> Jotta yritykset pystyvät vaivattomasti aloittamaan kilpailevan tuotteen valmistamisen edellyttää se yleensä, että tuotteen valmistajalla on jo hallussaan kaikki kilpailevan tuotteen valmistukseen tarvittavat resurssit.<sup>37</sup> Tuotteen valmistamiseen käytettävien resurssien lisäksi yrityksellä tulee myös olla tuotteen jakeluun tarvittavat kanavat sekä kyky tavanomaisten myynninedistämistoimenpiteiden suorittamiseen, jotta tarjonnan korvattavuus otetaan huomioon markkinoiden määrittelyssä.<sup>38</sup>

Relevanttien tuotemarkkinoiden määrittelyyn liittyy lukematon määrä erilaisia tulokulmia, joista voisi kirjoittaa, mutta tutkielman rajausten takia tämä ei ole perusteltua. Seuraavassa kappaleessa käydään vielä lävitse pääpiirteet relevanttien maantieteellisten markkinoiden määrittelyssä.

### 2.1.2 Relevantit maantieteelliset markkinat

Relevanttien hyödykemarkkinoiden määrittelyllä ei ole merkitystä ilman, että määriteltäisiin hyödykkeen maantieteellinen ulottuvuus.<sup>39</sup> Tapauksen *United Brands*

---

<sup>35</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 102.

<sup>36</sup> Komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto, kohta 20.

<sup>37</sup> Padilla 2001, s. 4.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 124.

perusteluissa on todettu: ”Jotta 86 (nykyään 102) artiklaa voitaisiin soveltaa määräävässä markkina-asemassa olevaan yritykseen, on yhteismarkkinoista rajattava selkeällä tavalla se merkittävä osa, jolla tämä yritys voi mahdollisesti turvautua tehokasta kilpailua estäviin väärinkäytöksiin ja, jonka alueella tuotteen objektiivisten kilpailuedellytysten on oltava samankaltaisia kaikille taloudellisille toimijoille.”<sup>40</sup> On huomioitava, ettei markkinoiden määrittely maantieteellisten ja hyödykemarkkinoiden osalta eroa toisistaan suuresti, vaan ne pikemminkin täydentävät toisiaan.<sup>41</sup> Molempia selvitetessä otetaan kysynnän ja tarjonnan korvattavuus huomioon.<sup>42</sup> Myös maantieteellisten markkinoiden määrittelyssä voidaan ja käytetäänkin usein edellisessä kappaleessa kuvattua SSNIP-testiä.<sup>43</sup>

Unionin oikeuskäytännössä on maantieteellisiä markkinoita määriteltäessä annettu painoarvoa muun muassa todisteille, jotka liittyvät markkinaosuusjakautumiseen, hyödykkeen hintaan, kauppavirtoihin sekä kaupan esteisiin.<sup>44</sup> Esimerkiksi hintoja vertailemalla voidaan havaita, että tuotteen hinta eroaa huomattavasti eri alueiden välillä. Tämän voidaan katsoa indikoivan sitä, etteivät markkinat ole yhteiset.<sup>45</sup> Komission markkinoiden määrittelyä koskevassa tiedonannossa on myös todettu, että hintojen ja markkinaosuusjakautumisen syyt on selvitetävä.<sup>46</sup>

Maantieteellisten markkinoiden määrittelyllä on perustavanlaatuinen merkitys jo sen vuoksi, ettei SEUT 102 artiklan perusteella tutkita määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, mikäli esimerkiksi alennuskäytännöllä ei ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. *Intel*-tapauksessa markkinat määriteltiin maailmanlaajuisiksi muun muassa sillä perusteella, että x-86-prosessorin suurimmat tarjoajat toimivat kaikki maailmanlaajuisesti, suurimmat asiakkaat toimivat maailmanlaajuisesti sekä prosessorien toimituskustannukset ympäri maailmaa olivat matalat.<sup>47</sup>

---

<sup>40</sup> United Brands, kohta 44.

<sup>41</sup> Leivo et al. 2012, s. 82.

<sup>42</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 124.

<sup>43</sup> Motta 2004, s. 113.

<sup>44</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 125 – 127.

<sup>45</sup> Kuoppamäki 2003, s. 671.

<sup>46</sup> Komission markkinoiden määrittelyä koskeva tiedonanto, kohta 29.

<sup>47</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, s. 253.

Kun relevantit markkinat on saatu määriteltyä, voidaan siirtyä tutkimaan sitä, onko yrityksellä määräävä asema kyseisillä markkinoilla. Tähän asiaan keskitytään seuraavassa kappaleessa.

## 2.2 Määrävän markkina-aseman arviointi

### 2.2.1 Yrityksen markkinaosuus

Määrävää markkina-asemaa ei voida määritellä tietyn yksittäisen tekijän avulla, vaan se vaatii aina, että olosuhteet arvioidaan kokonaisuudessaan.<sup>48</sup> *United Brands* oli ensimmäinen tapaus EU:n oikeuskäytännössä, jossa otettiin kantaa määrävän markkina-aseman määrittelyyn. Tapauksen perusteluiden mukaan:

Määrävällä markkina-asemalla tarkoitetaan yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää todellisen kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin.<sup>49</sup>

Määrävän aseman määritelmää on unionin myöhemmässä oikeuskäytännössä selkeytetty, mutta yksinkertaisuudessaan siinä arvioidaan sitä, onko yrityksellä mahdollisuus vaikuttaa kilpailuedellytyksiin markkinoilla ja toimia kilpailupaineesta vapaana ilman, että sille aiheutuu toiminnasta haittaa.<sup>50</sup> Käytännössä tämä edellyttää huomattavaa markkinavoimaa.<sup>51</sup>

Yrityksen markkinavoima ei siis ole vain yhden tekijän summa, vaan siihen vaikuttavat useat seikat, jotka tulee ottaa huomioon markkinavoimaa arvioitaessa. Ensimmäinen ja EU:n oikeuskäytännössäkin keskeisen roolin määrävää asemaa arvioitaessa on saanut markkinaosuuksien arviointi, kuten tapauksen *Hoffmann-La Roche* perusteluista huomaa:

Määrävän markkina-aseman olemassaolo voi johtua useista tekijöistä, jotka yksinään eivät välttämättä ole ratkaisevia, mutta joista erittäin merkityksellinen tekijä on hyvin suuret markkinaosuudet<sup>52</sup>

Komission määrävää asemaa koskevassa tiedonannossa on todettu, että markkinaosuus on sitä tärkeämpi osoitus määrävästä asemasta, mitä suurempi yrityksen markkinaosuus

---

<sup>48</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 143.

<sup>49</sup> *United Brands*, kohta 65.

<sup>50</sup> Leivo et al. 2012, s. 692.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio*, Kok. 461 (1979), kohta 39.

on, ja mitä kauemmin yrityksellä on kyseinen markkinaosuus ollut.<sup>53</sup> Kyseisessä tiedonannossa on myös lausuttu, ettei komissio tavallisesti tee lopullista päätelmää määräävästä asemasta ottamatta huomioon muita tekijöitä, jotka voivat rajoittaa yrityksen riippumatonta toimintaa markkinoilla.<sup>54</sup>

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on syntynyt tiettyjä markkinaosuusrajoja, joiden avulla voidaan tehdä alustavia päätelmiä määräävästä markkina-asemasta. Tapauksessa *United Brands* yrityksen katsottiin olevan määräävässä asemassa 40 – 45 %:n markkinaosuuden turvin, kun otettiin huomioon kilpailevien yritysten lukumäärä, niiden vahvuus sekä muut *United Brandsin* markkinavoimaa mahdollisesti lisäävät tekijät.<sup>55</sup> Tapauksen *Hoffmann-La Roche* perusteluissa on todettu, että erittäin suuret markkinaosuudet ovat jo itsessään todiste määräävästä markkina-asemasta, poikkeustapauksia lukuun ottamatta.<sup>56</sup> Unionin oikeuskäytännössä on katsottu, että mitä korkeampi yrityksen markkinaosuus on, sitä poikkeuksellisemmat olosuhteet markkinoilla tulisi olla, jotta voitaisiin kumota olettamus yrityksen määräävästä markkina-asemasta. Tapauksen *Akzo* perusteluissa todettiin, viitaten *Hoffmann-La Rochen* perusteluihin, että 50 %:n markkinaosuus on jo riittävä todiste määräävästä markkina-asemasta.<sup>57</sup> Käytännössä yli 70 %:n markkinaosuutta on pidetty jo niin selvänä osoituksena määräävästä asemasta, että yrityksen on erittäin hankala perustella, miksi se ei korkeasta markkinaosuudesta huolimatta olisi dominantti yritys.<sup>58</sup>

Markkinaosuuksia tutkimalla saadaan hyvä ensivaikutelma siitä, minkälainen tilanne markkinoilla vallitsee, mutta se ei saa korvata kokonaisvaltaista taloudellista arviointia varsinkaan epäselvissä tapauksissa.<sup>59</sup> Taloustieteilijöiden keskuudessa on jopa kannatettu lähestymistapaa, jonka mukaan markkinaosuuksien ei katsottaisi todistavan määräävää asemaa, vaan laaja-alainen kilpailuanalyysi tulisi suorittaa jokaisen tapauksen kohdalla.<sup>60</sup> On myös muistettava, että korkeat markkinaosuudet saattavat johtua virheellisesti määritellyistä markkinoista.<sup>61</sup> Tutkittavana olevan yrityksen sekä sen kilpailijoiden

---

<sup>53</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, kohta 15.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Kuoppamäki 2003, s. 694.

<sup>56</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio*, Kok. 461 (1979), kohta 41.

<sup>57</sup> AKZO, kohta 60. Ks. myös *Irish Sugar*, kohta 70.

<sup>58</sup> Ks. esim. T-30/89, *Hilti v Commission* [1991] Kok. II-1439, kohta 92.

<sup>59</sup> Bellamy – Child 2001, s. 707.

<sup>60</sup> Kuoppamäki 2003, s. 700.

<sup>61</sup> Kuoppamäki 2012, s. 210.

markkinaosuuksien ja niiden pysyvyyden lisäksi merkittäviä tekijöitä arvioitaessa yrityksen määräävää asemaa ovat alalle tulon esteet/potentiaalinen kilpailu ja asiakkaiden neuvotteluvoima.<sup>62</sup> Kyseisiä tekijöitä käsitellään seuraavissa kappaleissa.

### 2.2.2 Alallepääsyn esteet ja potentiaalinen kilpailu

Yrityksen markkina-asemaa arvioitaessa ei voida kiinnittää huomiota ainoastaan vallitsevaan kilpailutilanteeseen markkinoilla. Unionin oikeuskäytännössä on annettu määräävää asemaa arvioitaessa painoarvoa sille, kuinka helposti uudet yritykset voivat tulla markkinoille ja täten rajoittaa korkean markkinaosuuden omaavan yrityksen käyttäytymistä.<sup>63</sup> Komission määräävää asemaa koskevassa tiedonannossa on mainittu, että markkinoille tulon täytyy olla todennäköistä, oikea-aikaista ja riittävää, jotta se voisi tosiasiallisesti vaikuttaa markkinoilla entuudestaan toimiviin yrityksiin.<sup>64</sup>

Taloustieteilijöiden keskuudessa on pitkään vallinnut erimielisyys sen suhteen, miten markkinoille tulon esteet tulisi määritellä.<sup>65</sup> Petri Kuoppamäki on listannut markkinoille tulon esteet seuraavasti:

- 1) legaaliset alalle tulon esteet
- 2) absoluuttiset kustannusedut
- 3) suhteelliset kustannusedut
- 4) strateginen käyttäytyminen, joka estää alalle tuloa.<sup>66</sup>

Edellä listatut markkinoille tulon esteet voidaan myös jakaa rakenteellisiin ja strategisiin alalle tulon esteisiin. Käytännössä markkinoille tulon esteillä tarkoitetaan kaikkia niitä tekijöitä, jotka estävät tai hidastavat yrityksiä pääsemästä markkinoille.<sup>67</sup> Mikäli markkinoille tuloon ei ole legaalisia esteitä, kuten tariffeja tai kiintiöitä<sup>68</sup>, tulee arvioida, kuinka kannattavaa markkinoille tulo on potentiaalisten kilpailijoiden näkökulmasta. Potentiaalinen kilpailu on sitä voimakkaampaa, mitä matalammat alallepääsyn esteet ovat.<sup>69</sup> Alalle tulon kannattavuuteen vaikuttavat komission mukaan markkinoilla

---

<sup>62</sup> Utton 1995, s. 71.

<sup>63</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 151.

<sup>64</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 7.

<sup>65</sup> OECD 2005, s. 17.

<sup>66</sup> Kuoppamäki 2003, s. 702.

<sup>67</sup> Ks. määrittelystä esim. Glossary of terms 2002, s. 17.

<sup>68</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 7.

<sup>69</sup> Kuoppamäki 2003, s. 702

toimivien yritysten reaktiot uusiin yrityksiin, epäonnistumisen riski sekä taloudelliset tekijät.<sup>70</sup>

Useissa tapauksissa keskeinen markkinoille tulon este tai ainakin hidaste on taloudelliset tekijät.<sup>71</sup> Mitä korkeammat kustannukset alalle tuleminen vaatii, sitä korkeammat alalta saatavien voittojen tulisi olla, jotta yrityksen olisi kannattavaa tulla markkinoille.<sup>72</sup> Uponneet kustannukset ovat keskeinen tekijä, joka vaikuttaa siihen, kuinka kannattavaksi yritys kokee uusille markkinoille menemisen. Uponneet kustannukset ovat investointeja, joita markkinoille tulo vaatii, mutta joita yritys ei saa takaisin, mikäli yritys poistuu markkinoilta.<sup>73</sup> Uponneita kustannuksia ovat esimerkiksi mainoskulut, lisenssimaksut sekä tutkimus- ja kehityskustannukset.<sup>74</sup>

Unionin tuomioistuin on kiinnittänyt useissa kilpailuoikeudellisissa tapauksissa huomiota uponneisiin kustannuksiin arvioidessaan markkinoille tulon esteitä. Ensimmäisten tapausten joukossa oli *United Brands*, jonka perusteluissa otettiin huomioon muun muassa se, että banaaniviljelmien perustaminen ja ylläpito vaatii huomattavan suuria pääomasijoituksia, joita yritys ei saa takaisin, mikäli se epäonnistuu markkinoille tulossa.<sup>75</sup> Tapauksen *BPB Industries plc* perusteluissa puolestaan mainittiin, että potentiaalinen kilpailu on markkinoilla vähäistä sen vuoksi, että uuden kipsilevytuotannon perustaminen, myynti ja teknisen tukiverkoston laatiminen vaatii valtavia investointeja.<sup>76</sup> *Intel*-tapauksessa alalle tulon esteitä arvioitaessa kiinnitettiin niin ikään huomiota siihen, että x86-prosessorien suunnittelu ja tuotantolaitosten hankkiminen olisi potentiaaliselle kilpailijalle valtava taloudellinen sijoitus, jota se ei saisi ainakaan kokonaisuudessa takaisin markkinoilta poistuessaan.<sup>77</sup>

Kaikkia alalle tulon esteitä ei ole tämän työn rajausten vuoksi tarpeen käydä yksityiskohtaisesti lävitse. Alalle tulon esteillä on kuitenkin kiistaton merkitys lähes kaikissa kilpailuoikeudellisissa tapauksissa, lukuun ottamatta räikeimpiä

---

<sup>70</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 7

<sup>71</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 157.

<sup>72</sup> Discussion paper 2005, s. 13.

<sup>73</sup> Ks. määrittelystä esim. Leivo et al. 2012, s. 94 tai Kuoppamäki 2003, s. 702.

<sup>74</sup> OECD 2005, s. 19.

<sup>75</sup> *United Brands*, kohta 122.

<sup>76</sup> *Asia IV/31.900, BPB Industries pic*, kohta 120.

<sup>77</sup> *Asia COMP/C-3/37.990 – Intel*, s. 257.

kilpailuoikeuden rikkomuksia, kuten yritysten välistä hinnoista sopimista.<sup>78</sup> Seuraavassa luvussa käydään lävitse toinen keskeinen tekijä, joka voi vaikuttaa yrityksen riippumattomaan käyttäytymiseen markkinoilla, eli asiakkaiden tasapainottava neuvotteluvoima.

### 2.2.3 Asiakkaiden tasapainottava neuvotteluvoima

Yrityksen kilpailupaineesta vapaata käyttäytymistä voi rajoittaa toisten yritysten lisäksi asiakkaat, jos kyseisillä asiakkailla on vahva neuvotteluasema suhteessa vahvaan yritykseen.<sup>79</sup> Kuten aiemmin kappaleessa 2.2.1 on lausuttu, määräävän markkina-aseman määrittelyyn kuuluu se, että yrityksellä on mahdollisuus toimia itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja lopulta kuluttajiin nähden.<sup>80</sup> Mikäli asiakkailla on tosiasiallisesti mahdollisuus rajoittaa yrityksen toimimista markkinoilla, ei kyseistä yritystä välttämättä pidetä määräävässä asemassa olevana.<sup>81</sup>

Komission horisontaalisia sulautumia koskevassa tiedonannossa on määritelty asiakkaiden tasapainottava neuvotteluvoima seuraavasti:

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>82</sup>

Kyseisestä määrittelystä käy hyvin ilmi ne seikat, jotka voivat vaikuttaa asiakkaiden neuvotteluvoimaan. Asiakkaat voivat lisätä neuvotteluvoimaansa myös esimerkiksi edistämällä kilpailevan yrityksen markkinoille tuloa tai integroitumalla vertikaalisesti.<sup>83</sup>

Useissa unionin määräävää markkina-asemaa käsittelevissä tapauksissa tutkinnan kohteena oleva yritys on vedonnut asiakkaiden neuvotteluvoimaan välttyäkseen määrääväältä asemalta. Tapauksessa *Irish Sugar* kantaja vetosi siihen, että sen tärkeimpien asiakkaiden neuvotteluvoima estää sen toimimasta kilpailupaineesta vapaana. Tämän osoittaakseen kantaja esitti todisteeksi kirjeitä, joista ilmeni, että kyseisiltä asiakkailta veloitettu hinta vastaa sitä hintaa, jonka he olivat itse kyenneet neuvottelemaan.

---

<sup>78</sup> OECD 2005, s. 9.

<sup>79</sup> Komission horisontaalisia sulautumia koskeva tiedonanto, kohta 60.

<sup>80</sup> Michelin 1, kohta 30.

<sup>81</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 166.

<sup>82</sup> Komission horisontaalisia sulautumia koskeva tiedonanto, kohta 60.

<sup>83</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 8.

Tuomioistuin ei hyväksynyt kantajan näkemystä, vaan totesi, ettei kyseinen seikka kuitenkaan osoita sitä, että kyseistä hintaa olisi sovellettu muihin Irish Sugarin teollisuusasiakkaisiin.<sup>84</sup> Intel niin ikään vetosi sitä koskevissa määräävän markkina-aseman väärinkäytön syytöksissä siihen, ettei sillä voinut olla määräävää asemaa, koska alkuperäisillä laitevalmistajilla oli niin vahva neuvotteluvoima.<sup>85</sup> Komissio ei yhtynyt Intelin näkemykseen, vaan lausui, että Intel sivutti perusteluissaan kokonaan sen perustavanlaatuisen seikan, että Intel oli kyseisille laitevalmistajille välttämätön kauppakumppani. Tähän lisättyä se tosiasia, että Intel on hallinnut 70 – 80 %:a markkinoista tutkittavana olevien vuosien aikana osoitti, ettei Inteliltä voitu katsoa puuttuvan määräävää markkina-asemaa.<sup>86</sup>

### 2.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

Edellä tässä pääluvussa on käsitelty yleisiä määräävään markkina-asemaan liittyviä seikkoja. Euroopan unionin kilpailuoikeuden kannalta määräävän aseman todentaminen ei vielä johda mihinkään, sillä ainoastaan kyseisen aseman väärinkäyttö on kielletty.<sup>87</sup> Unionin oikeuskäytännössä on todettu, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla rajoittamatta vääristymätöntä ja toimivaa kilpailua yhteismarkkinoilla.<sup>88</sup>

Unionin perussopimuksissa ei ole määritelty mitä määräävän aseman väärinkäytöllä tarkoitetaan, mutta SEUT 102 artikla sisältää esimerkkilistauksen tilanteista, joiden voidaan katsoa olevan määräävän aseman väärinkäyttöä.<sup>89</sup> Kyseisen artiklan mukaan väärinkäyttöä voi olla etenkin a) kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen; b) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi; c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin

---

<sup>84</sup> Irish Sugar, kohta 100.

<sup>85</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, s. 267.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Ks. esim. Michelin I, kohta 57 tai yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/06 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000, Kok., s. I-1365, kohta 37 tai asia C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, kohta 21.

<sup>88</sup> Michelin I, kohta 10.

<sup>89</sup> Kuoppamäki 2003, s. 747

kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla; d) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppataivan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.

Määrävän markkina-aseman väärinkäytönmuotoja voidaan luokitella usealla eri tavalla, mutta kilpailuoikeutta koskevassa kirjallisuudessa väärinkäytönmuodot ovat usein jaettu hyväksikäyttäviin (*exploitative abuses*) ja markkinoiden sulkemiseen tähtääviin (*exclusionary abuses*) väärinkäytön muotoihin.<sup>90</sup> Hyväksikäyttävillä toimenpiteillä tarkoitetaan määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytapoja, joilla on suoraan negatiivisia vaikutuksia kuluttajien hyvinvointiin.<sup>91</sup> Käytännössä hyväksikäyttävillä toimenpiteillä viitataan SEUT 102 artiklan a-kohdan mukaisiin toimenpiteisiin.<sup>92</sup> Selkein esimerkki hyväksikäyttävästä toimenpiteestä on hyödykkeen tai palvelun liian korkea hinnoittelu.<sup>93</sup> Komission määrävää asemaa koskevassa tiedonannossa on todettu, että mikäli kuluttajansuojaa ja sisämarkkinoiden toimivuutta ei voida muuten varmistaa, voi komissio puuttua hyväksikäyttävään toimenpiteeseen.<sup>94</sup> Komissio keskittää voimavaransa menettelytapoihin, jotka ovat kuluttajien kannalta haitallisimpia.<sup>95</sup> Kyseisessä tiedonannossa keskitytään kuitenkin tarkemmin vain markkinoita sulkeviin toimenpiteisiin, eikä unionin tasolla ole luotu vastaavia suuntaviivoja markkinavoimaa hyväksikäyttävien toimenpiteiden varalta.<sup>96</sup>

Käytännössä tärkeimmän ja yleisimmän väärinkäytönmuodon muodostavat markkinoiden sulkemiseen tähtäävät menettelytavat.<sup>97</sup> Kyseisillä menettelytavoilla tarkoitetaan toimenpiteitä, jotka heikentävät toimivaa kilpailua markkinoilla esimerkiksi pakottamalla nykyiset kilpailijat pois markkinoilta tai kasvattamalla alalle tulon esteitä, jotta potentiaalinen kilpailu vaikeutuu.<sup>98</sup> Toisin kuin hyväksikäyttävät menettelytavat, markkinoita sulkevat toimenpiteet haittaavat kuluttajia epäsuorasti, sillä nykyisten tai

---

<sup>90</sup> Leivo et al. 2012, s. 687.

<sup>91</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 214.

<sup>92</sup> Leivo et al. 2012, s. 747.

<sup>93</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 214.

<sup>94</sup> Komission määrävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 5.

<sup>95</sup> Ibid. s. 4.

<sup>96</sup> Leivo et al. 2012, s. 743.

<sup>97</sup> Bellamy – Child 2013, s. 791.

<sup>98</sup> Ibid.

potentiaalisten kilpailijoiden poistuessa markkinoita hallitseva yritys kykenee nostamaan hyödykkeensä hintoja.<sup>99</sup>

Unionin tuomioistuin määritteli markkinoiden sulkemiseen tähtävään väärinkäytön tapauksen *Hoffmann-La Roche* perusteluissa seuraavasti:

Väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämän yritys käyttää muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden liiketoimiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.<sup>100</sup>

Kyseisestä määritelmästä ei saa yksiselitteistä kuvaa siitä, milloin määräävän aseman omaavan yrityksen toimenpiteiden voidaan katsoa rikkovan unionin kilpailulainsäädäntöä. Tämä on sinänsä täysin ymmärrettävää, sillä yritys voi useilla eri keinoilla rajoittaa tehokasta kilpailua markkinoilla. Esimerkkejä markkinoiden sulkemiseen tähtävistä väärinkäytönmuodoista ovat ehdolliset alennuskäytännöt, saalistushinnoittelu<sup>101</sup> sekä toimituksista kieltäytyminen.<sup>102</sup> Tapauksen *Hoffmann-La Roche* määritelmän mukaan määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on kuitenkin yhtäläinen oikeus kilpailla markkinoilla tavanomaisilla<sup>103</sup> kilpailukeinoilla. Käytännössä tavanomaisilla kilpailukeinoilla tarkoitetaan hinnalla, laadulla ja toimivuudella kilpailemista.<sup>104</sup>

Käytännön tapauksissa eron tekeminen hyväksikäyttävien ja markkinoiden sulkemiseen tähtävien väärinkäytönmuotojen välille voi toisinaan olla jopa näennäistä, sillä jotkut väärinkäytönmuodot, kuten toimituksista kieltäytyminen, voi täyttää molempien muotojen ominaispiirteet.<sup>105</sup> Lopulta merkitystä on kuitenkin sillä, miten yrityksen toimenpiteet vaikuttavat kilpailuun relevanteilla markkinoilla.

---

<sup>99</sup> Bishop – Walker 2010, s. 230.

<sup>100</sup> Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio*, Kok. 461 (1979), kohta 91.

<sup>101</sup> Saalistushinnoittelulla tarkoitetaan lyhyesti sanottuna sitä, että yritys, joka on määräävässä markkina-asemassa, hinnoittelee tuotteensa alle tuotantokustannusten ajaakseen kilpailijan pois markkinoilta. Ks. määrittelystä esim. Kuoppamäki 2003, s. 944.

<sup>102</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 215.

<sup>103</sup> Tavanomaisen kilpailun käsite ei kuitenkaan ole ongelmaton. Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 758.

<sup>104</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 218.

<sup>105</sup> Bellamy – Child 2013, s. 791.

Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä on todettu, ettei SEUT 102 artiklan tavoitteena ole varmistaa yritysten, jotka ovat vähemmän tehokkaita kuin määräävässä asemassa oleva, säilymistä markkinoilla.<sup>106</sup> Tästä johtuen kilpailijan poistuminen markkinoilta ei tarkoita välttämättä sitä, että dominantti yritys olisi käyttänyt väärin asemaansa, vaan kilpailijan poistuminen voi olla seurausta yksinkertaisesti toimivasta laatukilpailusta, johon vähemmän tehokas yritys ei kykene vastaamaan.<sup>107</sup> Arviointi siitä, voiko dominantin yrityksen toiminta sulkea yhtä tehokkaan kilpailijan (as efficient competitor, AEC) pois markkinoilta on puolestaan monitahoisempi kysymys, johon palataan myöhemmin tässä tutkielmassa.

Tämän pääluvun luettuaan lukijalla on viimeistään yleiskuva määräävästä markkina- asemasta ja sen väärinkäyttöön kuuluvista peruselementeistä. Seuraavassa pääluvussa keskitytään tarkemmin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tarjoamiin ehdollisiin alennuksiin, etenkin uskollisuusalennuksiin, jonka yhteydessä otetaan hieman tarkemmin käsittelyyn muutama oikeustapaus, jotka havainnollistavat uskollisuusalennusten arviointia ja siihen liittyvää problematiikkaa.

### **3 MÄÄRÄÄVÄSSÄ MARKKINA-ASEMASSA OLEVAN YRITYKSEN TARJOAMAT EHDOLLISET ALENNUKSET**

#### **3.1 Alennukset ja hintakilpailu**

Oli sitten kyseessä yritys, jolla on huomattavaa markkinavoimaa tai yritys, joka on juuri aloittanut toiminnan markkinoilla, lähtökohtaisesti molempien on tarkoitus tuottaa voittoa mahdollisimman paljon. Poikkeustilanteita<sup>108</sup> lukuun ottamatta voidaan todeta, että mitä enemmän yritys saa tuotteita myytyä, sitä enemmän se tuottaa voittoa. Hyvin yleinen tapa edistää tuotteiden menekkiä on tarjota asiakkaille alennuksia. Yksinkertaisimmillaan alennusten tarjoamista voidaan perustella sillä, että asiakkaan ostaessa suuremman määrän hyödykkeitä, siitä syntyy myyjälle kustannussäästöjä.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Asia C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrenserådet, kohta 21.

<sup>107</sup> Ibid. kohta 22.

<sup>108</sup> Esimerkiksi mikäli yritys harjoittaa saalistushinnoittelua, jokainen myyty hyödyke tuottaa tappiota.

<sup>109</sup> Kuoppamäki 2003, s. 923.

Asiakkaat hyötyvät alennuksista, sillä niiden avulla he saavat tuotteen halvemmalla kuin normaalitilanteessa, minkä johdosta heidän ylijäämänsä<sup>110</sup> on suurempi.<sup>111</sup>

Hintakilpailu on markkinoiden toimivuuden kannalta hyvin keskeinen tekijä, johon yrityksiä tulisi kannustaa.<sup>112</sup> Tämä perustuu siihen, että mitä voimakkaampi kilpailutilanne markkinoilla on, sitä tehokkaampaan tuotantoon katsotaan sen ajavan yrityksiä, mikä puolestaan laskee tuotteen myyntihintaa lähemmäs valmistuskustannuksia. Toimiva hintakilpailu lisää siis kuluttajien hyvinvointia.<sup>113</sup> Euroopan unionin julkisasiamiehenä toiminut Nial Fennelly on lausunut hintakilpailun merkityksestä seuraavaa:

Hintakilpailu on keskeinen osa vapaata ja avointa kilpailua, jonka toteuttaminen sisämarkkinoilla on yhteisön politiikan tavoite. Hintakilpailu suosii tehokkaammin toimivia yrityksiä ja on kuluttajien edun mukaista sekä lyhyellä että pitkällä aikavälillä. Paitsi, että määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on oikeus harjoittaa hintakilpailua, niitä pitäisi kannustaa siihen. On yleisempää, että niillä on markkinoilla sellainen valta, joka avulla ne pystyvät pitämään hinnat korkeampina kuin kilpailun vallitessa. Tämän vuoksi on syytä tarkastella ensiksi tosiseikkoja, joiden perusteella määräävän aseman väärinkäyttö on todettu, ja toiseksi sitä, miten asiassa merkityksellisiä oikeusperiaatteita on sovellettu.<sup>114</sup>

Lähtökohtaisesti voitaisiin ajatella, että yrityksen myöntämällä alennuksilla on ainoastaan positiivisia vaikutuksia markkinoiden toimivuuteen ja kuluttajien hyvinvointiin. Unionin oikeuskäytännössä on kuitenkin havaittu, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tarjoamalla alennuksilla voi olla kilpailunvastaisia vaikutuksia. Kilpailunvastaiset vaikutukset liittyvät useimmiten siihen, että määräävässä asemassa oleva yritys sitoo asiakkaita itseensä alennusten avulla, minkä johdosta kilpailevat yritykset sulkeutuvat pois markkinoilta.<sup>115</sup> Oikeuskäytännössä on usein toissijaisena väärinkäytön perusteena käytetty sitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen alennukset ovat syrjiviä, mikä vääristää asiakkaiden välistä kilpailua markkinoilla.<sup>116</sup>

Alennusten kohdalla unionin oikeuskäytännössä on annettu huomiota etenkin seuraaville tekijöille:

---

<sup>110</sup> Kuluttajan ylijäämällä tarkoitetaan sitä hyötyä, jonka kuluttaja saa ostamalla tuotteen halvemmalla kuin olisi ollut valmis maksamaan.

<sup>111</sup> Leivo et al. 2012, s. 777.

<sup>112</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 291.

<sup>113</sup> Ibid. s. 290.

<sup>114</sup> Fennelly 1998, kohta 117.

<sup>115</sup> Mutanen 2005, s. 1097.

<sup>116</sup> Ibid.

- 1) kuinka tarkasti alennukset seuraavat määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksia;
- 2) mitkä ovat alennuksen vaikutukset asiakkaan tosiasialliseen toimintavapauteen;
- 3) mitkä ovat alennuksen vaikutukset kilpailijoiden markkinoille pääsyn kannalta;
- 4) mitkä ovat alennuksen muut vaikutukset kilpailun toimivuuteen markkinoilla.<sup>117</sup>

Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on yhtäläinen oikeus tarjota asiakkaalle alennuksia kustannussäästöjen perusteella. Oikeuskäytännössä onkin noudatettu linjaa, jonka mukaan alennukset ovat lähtökohtaisesti sallittuja, mikäli ne noudattavat yrityksen saamia kustannussäästöjä.<sup>118</sup> Tästä ei kuitenkaan tule tehdä johtopäätöksiä siihen suuntaan, että yritysten tarjoamat alennukset olisivat aina kilpailuoikeuden vastaisia, jos ne eivät noudata tarkasti yrityksen kustannussäästöjä. Tämänkaltainen lähtökohta olisi taloustieteellisestä näkökulmasta kestävä. Käytännössä yrityksellä voi olla useita muita syitä tarjota alennuksia kuin pelkästään kustannussäästöt.<sup>119</sup> Merkittävä osa määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuksista katsottaisiin kilpailunvastaisiksi, mikäli oikeuskäytännössä noudatettaisiin tiukkaa linjaa alennusten ja kustannussäästöjen vastaavuuden suhteen.<sup>120</sup>

## 3.2 Yleistä ehdollisista alennuksista

### 3.2.1 Jälkikäteen myönnettävät alennukset

Yritykset voivat tarjota asiakkailleen erilaisia alennuksia, joista useat eivät sisällä mitään erityistä ehtoa alennusten saamiselle. Kilpailuoikeudellisesti mielenkiintoisimpia ovat kuitenkin ehdolliset alennukset (conditional rebates), eli alennukset, joiden saamiseksi ostajan tulee esimerkiksi hankkia tietty määrä myyjän hyödykkeitä tietyn ajanjakson aikana. Yksinkertaisimmillaan ehdolliseksi alennukseksi voidaan laskea yleisesti

---

<sup>117</sup> Kuoppamäki 2003, s. 923.

<sup>118</sup> Ibid. Ks. myös tapaukset T-219/99 *British Airways*, kohdat 283–284 sekä T-203/01 *Michelin II*, kohdat 58–60.

<sup>119</sup> Mutanen 2005, s. 1109.

<sup>120</sup> Ibid.

käytössä oleva osta 3 maksa 2 –tarjous. Ehdollisten alennusten avulla myyjä siis palkitsee ostajaa tietynlaisen ostokäyttäytymisen johdosta.<sup>121</sup>

Ehdolliset alennukset sisältävät useita eri alennusmuotoja, joihin syvennyttään tarkemmin seuraavissa alaluvuissa. Yhteistä eri alennusmuodoille on kuitenkin se, että alennukset myönnetään joko jälkikäteen kaikista ostoista (retroactive rebates) tai ainoastaan tietyn ostorajan ylittävistä ostoista (lisäalennus, incremental rebates).<sup>122</sup> Unionin oikeuskäytännössä on kielteisemmin suhtauduttu jälkikäteen myönnettäviin alennuksiin. Mikäli alennus myönnetään tietyn rajan ylittyessä kaikista ostetuista tuotteista, luo se ostajalle voimakkaan kannustimen keskittää ostoksensa kyseiseen yritykseen, varsinkin mitä lähemmäksi asetettua kynnystä on päästy (ns. alennusten imuvaikutus)<sup>123</sup> Mitä korkeampi raja asiakkaalle on asetettu alennusten saamiselle sekä mitä suurempi jälkikäteinen alennus myönnetään, sitä hankalampaa on määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden myydä tuotteitaan kyseiselle asiakkaalle.<sup>124</sup>

Jälkikäteen myönnettyjen alennusten kohdalla kilpailuoikeuden kannalta ongelmalliseksi on etenkin koettu alennusten imuvaikutus (suction effect). Tällä tarkoitetaan siis sitä ostajalle syntyvää kannustinta hankkia loput hyödykkeet samalta yritykseltä, kun lähestytään alennukseen oikeuttavaa kynnystä.<sup>125</sup> Viimeisten tuotteiden efektiivinen eli tosiasiallinen hinta ennen alennukseen oikeuttavaa kynnystä saattaa olla huomattavasti matalampi, jopa negatiivinen, kuin ensimmäisten ostettujen tuotteiden.<sup>126</sup> Komission vuoden 2005 keskusteluasiakirjassa on esitetty seuraavanlainen esimerkki jälkikäteen myönnettävästä alennuksesta ja tosiasiallisesta hinnasta:

Yritys saa 2,5 % alennusta kaikista ostoista, mikäli se ostaa tarkasteluaikana vähintään 1 000 000 yksikköä

Yksi yksikkö maksaa 100 euroa ennen alennusta

Yksi yksikkö maksaa 97,5 euroa alennuksen jälkeen

Taloudellisesti kannattava ostomäärä on 5 % eli 50 000 yksikköä

Alennuksen kanssa:  $1\,000\,000 \times 97,5 = 97\,500\,000$  euroa

---

<sup>121</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 15.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 478.

<sup>124</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 16.

<sup>125</sup> Discussion paper 2005, s. 44.

<sup>126</sup> Ibid.

Ilman alennusta:  $950\,000 \times 100 = 95\,000\,000$  euroa

Erotus:  $97\,500\,000 - 95\,000\,000 = 2\,500\,000$ .  $2\,500\,000$  euroa on siis se määrä, joka yrityksen tulee maksaa viimeisestä  $50\,000$  yksiköstä. Jälkikäteen myönnettävän alennuksen imuvaikutuksen vuoksi viimeisten yksiköiden yksikköhinta on siis  $(2\,500\,000 / 50\,000 =) 50$  euroa.<sup>127</sup>

Viimeisten  $50\,000$  yksikön kohdalla kilpailevien yritysten tulisi siis tarjota vastaavaa tuotettaan  $50$  euron yksikköhintaan, joka voi pahimmassa tapauksessa alittaa tuotteen valmistamiseen kuluneet kustannukset. Tällöin kilpailevien yritysten on käytännössä mahdotonta vastata määräävässä markkina-asetmassa olevan yrityksen tarjoamaan hintaan. Jälkikäteen myönnettävien alennusten negatiivisiin kilpailuvaikutuksiin ja arviointiin palataan tarkemmin myöhempanä.

### 3.2.2 Lisäalennukset

Niin sanotuilla lisäalennuksilla tarkoitetaan alennuksia, jotka myönnetään tietyn ostorajan ylittävistä ostoista.<sup>128</sup> Kun edellisessä kappaleessa mainitut alennukset myönnetään tietyn ostorajan ylittyessä myös aiemmin ostettuihin tuotteisiin, lisäalennusten kohdalla alennus kohdistuu ainoastaan ostorajan jälkeisiin tuotteisiin. Uskollisuutta luovan vaikutuksen kannalta on erittäin keskeistä se, myönnetäänkö alennus kaikista tuotteista ostorajan ylittyessä vai ei.<sup>129</sup> Kun alennus myönnetään ainoastaan tietyn ostorajan ylittävistä tuotteista, on muilla yrityksillä paremmat mahdollisuudet kilpailla asiakkaista, sillä lisäalennusten luoma imuvaikutus ei yleensä ole yhtä voimakas kuin jälkikäteen kaikista ostoista myönnettävien alennusten kohdalla.<sup>130</sup>

Mikäli lisäalennuksia tarjoava yritys pyrkii maksimoimaan alennuksista saatavan hyödyn, on sen kannattavinta asettaa alennuksiin oikeuttava ostoraja mahdollisimman lähelle sitä määrää, jonka asiakas ostaisi siinäkin tapauksessa, ettei kyseistä alennusta myönnettäisi. Tämä perustuu siihen, että näin toimimalla yrityksen on mahdollista saada asiakas ostamaan enemmän kuin se oli alun perin suunniteltu, jotta se saisi hyödynnettyä

---

<sup>127</sup> Discussion paper 2005, s. 46.

<sup>128</sup> Leivo et al. 2012, s. 780.

<sup>129</sup> Discussion paper 2005, s. 51.

<sup>130</sup> T-203/01 Michelin II, kohdat 86 – 88.

lisäostoista saadut alennukset.<sup>131</sup> Todellisuudessa yritykset eivät voi usein tarkkaan tietää asiakkaan tarvitsemaa määrää, ellei kyseessä ole esimerkiksi pitkään jatkunut asiakassuhde, jonka aikana asiakkaan vuosittaiset ostotarpeet eivät ole suuresti muuttuneet.

Lisäalennusten uskollisuutta luova vaikutus riippuu etenkin siitä, kuinka suuri alennus myönnetään ostorajan ylittävälle tuotteelle.<sup>132</sup> Mikäli asiakkaalle myönnetään 10 000 ostetun tuotteen jälkeen esimerkiksi 40 %:n alennus seuraavista ostoista, voi sille syntyä voimakas kannustin tehdä lisäostoja kyseiseltä yritykseltä. Tämä tietysti riippuu myös siitä, minkälainen tuote on kyseessä. Mikäli kyseessä on esimerkiksi helposti pilaantuva elintarvike, ostaja ei välttämättä voi hankkia suuria määriä tuotetta varastoon, jolloin alennuksen uskollisuutta luova vaikutus on heikko.

Komission vuoden 2005 keskusteluasiakirjassa on lausuttu, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamalla lisäalennuksilla, joissa kynnysrajat on asetettu joko prosentuaalisiksi ostajan kokonaistarpeesta tai jokaisen ostajan kohdalla erikseen, voi olla kilpailunvastaisia vaikutuksia ainoastaan silloin kun alennusten jälkeinen hinta on saalistava.<sup>133</sup> Kyseisessä keskusteluasiakirjassa on myös todettu, että lisäalennuksilla, joissa alennuksiin oikeuttavat kynnysrajat ovat kaikille samat, ei yleensä ole kilpailunvastaisia vaikutuksia. Tämä perustuu siihen, että osalle asiakkaista kynnysrajat ovat liian korkealla ja osalle liian matalalla, jonka vuoksi alennusten uskollisuutta luova vaikutus jää heikoksi.<sup>134</sup>

Saalistushinnoittelua koskeva unionin oikeuskäytäntö on lähtöisin tapauksesta *Akzo* (1991). Kyseisen tapauksen ratkaisun pohjalta ovat muodostuneet ne lähtökohdat, jonka valossa saalistushinnoittelua arvioidaan. Unionin tuomioistuimien lausui saalistushinnoittelun arvioinnista seuraavasti:

Keskimmäisiä muuttuvia kustannuksia (toisin sanoen niitä kustannuksia, jotka vaihtelevat valmistetun määrän mukaan) alhaisempien hintojen, joilla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii syrjäyttämään kilpailijan, on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä. Lisäksi keskimääräisiä kokonaiskustannuksia, joihin kuuluvat sekä kiinteät että muuttuvat

---

<sup>131</sup> Discussion paper 2005, s. 51.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Ibid. s. 52.

kustannukset, alhaisempien, mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia korkeampien hintojen on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä, jos ne on määritetty osana sellaista suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailijan syrjäyttäminen.<sup>135</sup>

Lisäalennusten saalistavuutta arvioidaan siis käytännössä vertaamalla tuotteen valmistuskustannuksia ja myyntihintaa. Saalistushinnoittelun arviointiin on olemassa useita erilaisia kustannustestejä, joista ensimmäinen unionin oikeuskäytännössä sovellettu testi oli Philip Areedan ja Donald F. Turnerin kehittämä testi, jonka keskiössä ovat keskimääräiset muuttuvat kustannukset (average variable costs, AVC) ja niiden vertailu tuotteen myyntihintaan.<sup>136</sup> Testin ongelmaksi on osoittautunut kuitenkin kiinteiden ja muuttuvien kustannusten määrittelyn hankaluus sekä se, miten ne tulisi kohdentaa useamman tuotteen välillä.<sup>137</sup> Kyseisten ongelmien ratkaisemiseksi kehitettiin keskimääräisten vältettävien kustannusten testi (average avoidable cost test, AAC), jonka päivitetty versio, yhtä tehokkaan kilpailijan testi, toimii nykyään perustana, kun komissio arvioi sitä, onko määräävässä asemassa oleva yritys myynyt tuotettaan tappiolla.<sup>138</sup>

### 3.3 Paljousalennukset

Euroopan unionin oikeuskäytännössä alennukset jaetaan usein kolmeen kategoriaan, joihin suhtaudutaan lähtökohtaisesti eri tavalla. Ensimmäiseen kategoriaan kuuluvat ns. paljousalennukset, joihin on oikeuskäytännössä suhtauduttu lähes poikkeuksetta positiivisesti.<sup>139</sup> Positiivinen suhtautuminen paljousalennuksiin on lähtöisin *Hoffman-La Roche* –tapauksesta, jonka jälkeen unionin tuomioistuin on useaan otteeseen vahvistanut sen lähtökohdan, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus myöntää paljousalennuksia.<sup>140</sup> Paljousalennusten tulee kuitenkin korreloida niitä tehokkuusetuja, joita yritykselle syntyy suurempien myyntimäärien johdosta.<sup>141</sup>

---

<sup>135</sup> AKZO, tiivistetyt kohdat 71 – 72. Vastaavanlaiset perustelut ks. esim. Tetra Pak, kohta 41 sekä France Telecom, kohta 33.

<sup>136</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 296.

<sup>137</sup> Ibid. s. 297. Philip Areedan ja Donald F. Turnerin kehittämään testiin kohdistuvaa kritiikkiä ks. esim. Scherer 1976, s. 890 ja Baumol 1979, s. 1-2.

<sup>138</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 21. Käytännössä AAC-testi antaa paremman kuvan siitä, olisiko yrityksen taloudellisesti järkevämpää lopettaa tuotteen valmistus vai jatkaa saalistushinnoittelua, Bishop – Walker 2010, s. 303.

<sup>139</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 486.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Leivo et al. 2012, s. 783.

Tapauksen *Solvay* perusteluissa tuomioistuin seurasi vahvasti oikeuskäytännön linjaa paljousalennusten kohdalla lausueessaan seuraavasti:

Paljousalennusjärjestelmillä, jotka liittyvät yksinomaan määräävässä asemassa olevalta yritykseltä suoritettujen ostojen määrään, ei yleensä katsota olevan EY 82 artiklassa kiellettyä markkinat sulkevaa vaikutusta. Jos toimitetun määrän lisäys alentaa tavarantoimittajan kustannuksia, tällä on oikeus siirtää tämä alennus asiakkaalleen edullisemman hinnan muodossa. Paljousalennusten katsotaan siten heijastavan määräävässä asemassa olevan yrityksen saamia tehokkuusetuja ja suurtuotannon etuja<sup>142</sup>

Samassa tapauksessa tuomioistuin lausui, että paljousalennukset, joissa alennusprosentti kasvaa ostetun määrän mukaan ovat kilpailuoikeuden vastaisia ainoastaan, mikäli alennuksen myöntämiselle ei löydy taloudellista vastasuoritusta, vaan sen tavoitteena on estää asiakkaiden mahdollisuus ostaa tuotteita kilpailevilta yrityksiltä.<sup>143</sup> Arvioidessaan sitä, onko paljousalennukset SEUT 102 vastaisia, tuomioistuin keskittyy etenkin alennusten myöntämisperusteisiin sekä myöntämistapaan.<sup>144</sup>

Vaikka unionin oikeuskäytännössä on mainittu useaan otteeseen, että paljousalennukset ovat lähtökohtaisesti sallittuja, sai Michelin tuomion määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä tapauksessa *Michelin II*. Tapauksessa oli kyse siitä, että Michelin myönsi jälleenmyyjille vuosittain paljousalennuksia, mikäli he saavuttivat etukäteen kaikille jälleenmyyjille yhteisesti sovitut liikevaihtorajat.<sup>145</sup> Lähtökohtaisesti voidaan ajatella, että kyseinen tapaus ei noudattanut unionin oikeuskäytännön linjaa koskien paljousalennusten sallittavuutta. Tapauksen tosiseikastoon kuului kuitenkin useita poikkeavia olosuhteita verrattuna aikaisempiin paljousalennuksia koskeviin tapauksiin, minkä johdosta tuomioistuin katsoi Michelinin syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön.<sup>146</sup>

Keskeisiä tekijöitä Michelinin väärinkäyttöä perusteltaessa olivat muun muassa alennuksiin oikeuttavan viiteajanjakson pituus, alennusprosenttien huomattava vaihtelu portaiden välillä sekä alennuksen perustuminen kokonaisliikevaihtoon.<sup>147</sup> Kun tähän lisätään se tosiseikka, että jälleenmyyjät joutuivat myymään renkaita tappiolla, jonka ne

---

<sup>142</sup> Asia T-57/01 *Solvay SA v komissio*, annettu 17.12.2009, kohta 318.

<sup>143</sup> Ibid. kohta 319.

<sup>144</sup> Ibid. kohta 320.

<sup>145</sup> T-203/01 *Michelin II*, Kok. 2003 II-04071, kohta 7.

<sup>146</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 488.

<sup>147</sup> T-203/01 *Michelin II*, Kok. 2003 II-04071, kohta 95.

saivat katettua vasta Michelinin maksaessa niille bonukset ja palkkiot,<sup>148</sup> tuomioistuin katsoi Michelinin toiminnan rajoittavan kilpailua relevanteilla markkinoilla.

Unionin oikeuskäytännössä on otettu kantaa myös siihen, ovatko paljousalennukset SEUT 102 artiklan c-kohdan tarkoittamalla tavalla syrjiviä. Esimerkiksi tapauksessa *Portugali vs. komissio* on käsitelty aihetta seuraavasti:

Määrävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on oikeus myöntää asiakkailleen paljousalennuksia, jotka perustuvat yksinomaan siltä suoritettujen ostojen määrään. Näitä alennuksia ei kuitenkaan voida laskea siten, että eri kauppakumppaneihin sovelletaan erilaisia ehtoja samankaltaisten suoritusten osalta perustamissopimuksen 86 (nyk. 102) artiklan toisen kohdan c alakohdan vastaisesti.<sup>149</sup> Paljousalennusjärjestelmän olennainen piirre on juuri se, että ne ostajat tai käyttäjät, jotka hankkivat eniten kyseistä tuotetta tai palvelua, hyötyvät alhaisemmista keskimääräisistä yksikköhinnoista tai - mikä johtaa samaan lopputulokseen - niille myönnetään suuremmat keskimääräiset alennusprosentit kuin sellaisille ostajille tai käyttäjille, jotka hankkivat vähemmän tätä tuotetta tai palvelua.<sup>150</sup>

Lähtökohtaisesti paljousalennukset eivät siis ole 102 artiklan kannalta syrjiviä. Tapauksen *Portugali vs. komissio* perusteluissa on kuitenkin kuvattu tilanne, jolloin alennusjärjestelmä voi olla SEUT 102 artiklan tarkoittamalla tavalla syrjivä. Perusteluiden kohdan 52 mukaan:

Jos kuitenkin eri alennusluokkiin oikeuttavat kynnysmäärät, joiden mukaan sovellettavat alennusprosentit määräytyvät, johtavat siihen, että alennuksista tai lisäalennuksista hyötyvät ainoastaan tietyt kauppakumppanit, jotka näin saavat sellaista taloudellista etua, jota ei voida perustella niiden tuoman liiketoiminnan määrällä tai mahdollisilla mittakaavaeduilla, jotka hyödykkeen tuottaja voi niiden ansiosta saavuttaa kilpailijoihinsa nähden, paljousalennusjärjestelmän seurauksena on se, että samankaltaisten suoritusten osalta sovelletaan erilaisia ehtoja.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Asia COMP/E-2/36.041/PO – Michelin, kohta 218.

<sup>149</sup> C-163/99 *Portugali v komissio*, annettu 29.3.2001, kohta 50. Ks. myös T-57/01 *Solvay SA v komissio*, annettu 17.12.2009, kohta 396.

<sup>150</sup> C-163/99 *Portugali v komissio*, annettu 29.3.2001, kohta 51.

<sup>151</sup> *Ibid.* kohta 52.

### 3.4 Uskollisuusalennukset

#### 3.4.1 Määrittely ja taustaa

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on suhtauduttu poikkeuksellisen negatiivisesti niin kutsuttuihin uskollisuusalennuksiin (loyalty / fidelity rebates).<sup>152</sup> Uskollisuusalennukset ovat eräs ehdollisten alennusten muoto, joka pitää sisällään useita erilaisia alennustyyppejä.<sup>153</sup> Uskollisuusalennuksille ei ole annettu eksaktia määritelmää, mutta vakiintuneen käytännön mukaan uskollisuusalennuksilla tarkoitetaan alennuskäytäntöjä, joissa asiakasta palkitaan siitä, että se hankkii tai sitoutuu hankkimaan suuren määrän tarpeistaan alennuksen myöntävältä yritykseltä. Uskollisuusalennus voi myös olla sidottu siihen, että asiakas hankkii tai sitoutuu hankkimaan suuremman määrän hyödykkeitä alennuksen myöntäjältä kuin edellisenä vuotena.<sup>154</sup> Uskollisuusalennuksille on myös tyypillistä se, ettei alennuksen perustana ole varsinaisesti ostettujen tuotteiden määrä vaan se, että ostettujen tuotteiden määrä kattaa oleellisen osan ostajan tarpeista.<sup>155</sup>

Simon Bishop ja Mike Walker ovat teoksessaan ”The Economics of EC Competition Law” jakaneet uskollisuusalennukset seuraaviin alennustyypeihin:

- 1) Yksinostoalennukset, joissa ostajalle myönnetään alennus, mikäli se hankkii koko tarpeensa tai huomattavan osan siitä samalta myyjältä.
- 2) Yksilöidyt määräalennukset, joissa alennus edellyttää, että ostaja hankkii tietyn määrän tuotteita tietyn ajanjakson aikana.
- 3) ”Kasvualennukset”, joissa alennus on sidottu siihen, että ostajan hankinnat tämänhetkisen ajanjakson aikana ylittävät tietyn kuluneen ajanjakson aikana tehdyt hankinnat.
- 4) Sitovat alennukset, joissa alennuksen saaminen ei riipu yhden tuotteen hankinnan määrästä, vaan alennus on sidottu siihen, että ostaja hankkii myyjältä eri hyödykkeitä tietyn määrän.<sup>156</sup>

Euroopan unionin oikeuskäytännössä noudatettu poikkeuksellisen vihamielinen suhtautuminen määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamia uskollisuusalennuksia

---

<sup>152</sup> Leivo et al. 2012, s. 783.

<sup>153</sup> OECD 2003, s. 7.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Bishop – Walker 2010, s. 257.

<sup>156</sup> Ibid.

kohtaan on herättänyt runsaasti kritiikkiä ja keskustelua vuosien varrella.<sup>157</sup> Keskeinen kritiikki liittyy siihen, että unionin tasolla on yleisesti noudatettu linjausta, jonka mukaan uskollisuusalennukset ovat kiellettyjä riippumatta siitä, minkälaisia vaikutuksia alennuksilla on kilpailun kannalta juuri kyseisen tapauksen olosuhteet huomioon ottaen.<sup>158</sup> Tämä niin kutsuttu muodollinen arviointitapa ei ota huomioon sitä tosiseikkaa, että uskollisuusalennuksilla voi yhtä hyvin olla sekä myönteisiä että kielteisiä vaikutuksia kilpailun kannalta.<sup>159</sup> Määräävä asema ei poista sitä tosiasiaa, että uskollisuusalennuksilla voidaan saavuttaa tehokkuusetuja. Mikäli tapauksen arvioinnissa sivuutetaan mahdolliset positiiviset vaikutukset, kuten kuluttajien suurempi ylijäämä alennusten ansiosta, voi lopputuloksena olla se, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tuomitsemisella kilpailunrikkomuksesta suojataan ainoastaan tehottomampia kilpailevia yrityksiä kuluttajien kustannuksella.

Toinen kritiikin kohde on ollut oikeuskäytännössä käytetty kieli, joka on toisinaan ollut monitulkintaista ja epätarkkaa.<sup>160</sup> Esimerkiksi tapauksen *Michelin II* perusteluissa komission näkemyksen mukaan yksi väärinkäyttöä osoittava tekijä oli alennusten kantaasiakkuuteen sitouttava vaikutus.<sup>161</sup> Kärkkäästi ajateltuna lähes kaikilla alennuksilla on kyseinen vaikutus. Epätarkan kielenkäytön johdosta voisi tehdä päätelmän, että mikä tahansa alennus, jonka johdosta asiakas ostaa enemmän määräävässä asemassa olevalta yritykseltä on kilpailunvastainen.<sup>162</sup> Toisaalta oikeuskäytännössä tilanne on usein ollut nimenomaan se, että mikäli dominantti yritys tarjoaa uskollisuusalennuksia, väärinkäytön perusteluiksi on todettu, että kyseisen yrityksen takia kilpailu on jo merkittävältä osin poistunut markkinoilta, joten alennuksia myöntämällä yritys rikkoo erityistä velvollisuuttaan olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa kilpailua yhteismarkkinoilla.

Euroopan unionin kilpailupolitiikassa on 2000-luvun alusta alkaen otettu SEUT 102 artiklan väärinkäyttötapausten kohdalla askeleita kohti taloustieteellisempää arviointitapaa, jossa dominantin yrityksen menettelytavan tosiasiallisille vaikutuksille annetaan painoarvoa. Komission vuoden 2005 keskusteluasiakirjassa oli jo näkyvissä

---

<sup>157</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 462. Aihetta käsittelevää keskustelua koskien katso esim. *Zenger 2012, Faella 2008, Waelbroeck 2005 sekä Spector 2005*.

<sup>158</sup> Whish – Bailey 2015, s. 210.

<sup>159</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 463.

<sup>160</sup> *Ibid.* s. 463.

<sup>161</sup> T-203/01 *Michelin II*, Kok. 2003 II-04071, kohta 134.

<sup>162</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 463.

muutoksia koskien alennusten arviointia. Keskusteluasiakirjan ehdotusten mukaan alennusten arvioinnissa tulisi tarkastella muun muassa sitä, miten suuren osan asiakkaan tarpeista alennus kattaa, miten alennukseen oikeuttavat kynnyksrajat on laadittu sekä johtaako alennukset siihen, että yhtä tehokkaat yritykset joutuisivat myymään tuotteitaan tappiolla, mikäli he haluaisivat voittaa dominantin yrityksen alennuksia saavat asiakkaat itselleen.<sup>163</sup>

SEUT 102 artiklan uudistuksen voidaan nähdä kiteytyvän komission vuonna 2009 julkaisemaan määräävää asemaa koskevaan tiedonantoon.<sup>164</sup> Kyseisen tiedonannon alennuksia koskevaan sisältöön perehdytään paremmin myöhemmin tässä tutkielmassa. Vaikka sekä vuoden 2005 keskusteluasiakirja että vuoden 2009 määräävää asemaa koskeva tiedonanto molemmat osoittavat kilpailupolitiikan muutosta koskien SEUT 102 artiklan toimenpiteitä, ei siitä tule kuitenkaan vetää suoranaista johtopäätöstä siihen, että unionin oikeuskäytännössä välttämättä noudatettaisiin vastaavaa linjausta. Määräävää asemaa koskevassa tiedonannossa on nimenomaisesti otettu kantaa kyseisen asiakirjan mahdollisiin vaikutuksiin seuraavasti:

Tämän asiakirjan tarkoituksena ei ole muodostaa selvitystä sovellettavasta laista eikä se vaikuta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tulkintaan 82 artiklasta.<sup>165</sup>

Kyseinen kohta ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tiedonannolla olisi mitään merkitystä unionin kilpailuoikeuden kannalta. Tiedonanto on kuitenkin käännetty kaikille unionin virallisille kielille, julkaistu Euroopan unionin virallisessa lehdessä sekä hyväksytty komission tasolla.<sup>166</sup> Tiedonanto sisältää lisäksi useita kohtia, joissa on annettu selkeitä kannanottoja sen suhteen, miten tapausta tutkivan toimielimen tulisi lähestyä tiettyjä SEUT 102 artiklan rikkomuksia.<sup>167</sup>

Vuoden 2005 keskusteluasiakirjan ja vuoden 2009 tiedonannon merkitystä on mielekästä käsitellä sen vuoksi, että unionin oikeuskäytäntö tuntuu olevan jokseenkin epälooginen sen suhteen, minkälaista painoarvoa kyseisille asiakirjoille annetaan. Esimerkiksi *Intel*-tapauksen kohdalla komissio totesi, ettei tiedonantoa sovelleta tässä tapauksessa, koska

---

<sup>163</sup> Discussion paper 2005, s 47 – 51.

<sup>164</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 73.

<sup>165</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, kohta 3.

<sup>166</sup> Blanco et al. 2011, s. 20.

<sup>167</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 76.

se oli julkaistu vasta sen jälkeen, kun Intelille oli varattu tilaisuus lausua asiassa.<sup>168</sup> Tämän jälkeen komissio kuitenkin totesi, että tapaus tullaan tutkimaan tavalla, joka on linjassa tiedonannon esittämien suuntaviivojen kanssa.<sup>169</sup> Myös esimerkiksi tapauksessa *Post Danmark II* tuomioistuin totesi, ettei tiedonannossa esitetyn yhtä tehokkaan kilpailijan testin käyttämiselle ole mitään oikeudellista velvoitetta alennuksia arvioitaessa.<sup>170</sup> Kiteytetysti voidaan todeta, että uskollisuusalennuksia koskeva oikeustila on epäselvä.

### 3.4.2 Syitä käyttää uskollisuusalennuksia yritystoiminnassa

Kuten komissio on vuoden 2009 tiedonannossa todennut, ehdollisia alennuksia myönnetään yleisesti.<sup>171</sup> Perimmäinen syy niin uskollisuusalennusten kuin muidenkin alennustyyppien käytölle on myydä enemmän hyödykkeitä, mikä tuottaa enemmän voittoa yritykselle, poikkeustilanteita lukuun ottamatta.<sup>172</sup> Uskollisuusalennusten käytöllä voi olla hyvinkin positiivisia vaikutuksia yrityksen toiminnan kannalta. Tästä on selvänä osoituksena se, että uskollisuusalennuksia käyttävät niin pienet kuin määräävässä asemassa olevat yritykset.<sup>173</sup> Uskollisuusalennuksia käytetään myös jatkuvasti aloilla, joilta puuttuu määräävässä asemassa oleva yritys.<sup>174</sup>

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on kuitenkin pitkään ollut näkemys, ettei uskollisuusalennusten käytölle voi olla muuta perusteltua syytä kuin pyrkimys kilpailevan yrityksen sulkemiseen pois markkinoilta.<sup>175</sup> Tähän liittyen hyvä esimerkki on tapaus *British Airways*, jonka perusteluissa tuomioistuin lausui seuraavasti:

BA:lla ei voisi olla mitään muuta intressiä soveltaa palkkiojärjestelmiään kuin poissulkea kilpailevat lentoyhtiöt markkinoilta ja estää näin ollen olemassa olevan kilpailuasteen säilyminen tai tämän kilpailun kehittyminen lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa.<sup>176</sup>

---

<sup>168</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, kohta 916.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Asia C-23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet*, EU:C:2015:651, kohta 57. Tapaukseen liittyen katso esim. *Lundqvist 2016*.

<sup>171</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, kohta 37.

<sup>172</sup> Bishop – Walker 2010, s. 263.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Spector 2005, s. 92.

<sup>175</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 464.

<sup>176</sup> T-219/99 *British Airways*. Kok 2003 II-05917, kohta 288.

Tuomioistuimen näkemykselle ei löydy vankkaa taloustieteellistä perustelua.<sup>177</sup> Pelkästään se tosiasia, että uskollisuusalennuksia käyttää yritys, jolla on huomattavaa markkinavoimaa ei voi perustella sitä, etteikö kyseisen alennusmuodon käyttämiselle ole muuta syytä, kuin pyrkimys kilpailijan sulkemiseen markkinoilta. Dominantin yrityksen tavoitteena voi hyvinkin olla esimerkiksi jähmettää kilpailutilanne markkinoilla, kuitenkin pyrkimättä sulkemaan kilpailijoita markkinoilta. David Spector on käsitellyt aihetta osuvasti lausumalla ”ettei kukaan epäile, että lähikahvilan motiivi tarjota ilmaista espressoja 10 euron myynnin välein olisi sulkea kilpailijat markkinoilta.”<sup>178</sup>

Taloustieteilijät ovat esittäneet useita perusteluja uskollisuusalennusten käytölle. Ensimmäinen maininnan arvoinen perustelu on se, että uskollisuusalennusten avulla yritys voi saada tehokkaammin katettua kiinteät kustannukset.<sup>179</sup> Monilla toimialoilla on tyypillisesti sellainen tilanne, että tuotannon kiinteät kustannukset ovat korkeat ja muuttuvat kustannukset matalat, jolloin tuotteen myyntihinnan on oltava riittävästi marginaalikustannuksia korkeampi, jotta yrityksen toiminta on kannattavaa pitkällä ajanjaksolla.<sup>180</sup> Hyödykkeen hintaa ei voida kuitenkaan loputtomasti nostaa heikentämättä myynnin volyymia.<sup>181</sup> Käytännössä yrityksen on järkevintä pyrkiä kattamaan suuri osa kiinteistä kustannuksista myymällä se osa hyödykkeistä korkeammalla hinnalla, joiden kysynnän joustavuus<sup>182</sup> on heikkoa ja puolestaan tarjota hyödykettä halvemmalla sille osalle, jonka kysynnän joustavuus on voimakkaampaa.<sup>183</sup>

Otetaan hypoteettinen tilanne esimerkiksi, jossa ostaja on valmis maksamaan myyjän pyytämän listahinnan ensimmäisen 500 kappaleen kohdalla. Yhden kappaleen listahinta on 50 euroa, joista marginaalikustannusten osuus on 5 euroa. 500 ostetun kappaleen jälkeen ostajan taloudelliset resurssit riittävät siihen, että hän voi maksaa 25 euroa kappaleelta seuraavista tuotteista. Sekä myyjän että ostajan kannalta on järkevää, että

---

<sup>177</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 464.

<sup>178</sup> Spector 2005, s. 92. Kirjoittajan vapaa suomennos.

<sup>179</sup> Kiinteät kustannukset ovat kustannuksia, joiden määrä ei riipu tuotannonmäärästä. Esimerkiksi liiketilan vuokratkustannukset kuuluvat kiinteisiin kustannuksiin. Ks. tarkemmin esim. Leivo et al. 2012, s. 21.

<sup>180</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 465.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Kysynnän joustavuudella tarkoitetaan sitä, miten herkästi asiakkaat reagoivat hyödykkeen hinnannousuun. Mikäli hinnan korottaminen ei vaikuta merkittävästi tuotteen kysyntään on kysynnän jousto heikkoa/joustamatonta. Ks. tarkemmin esim. Leivo et al. 2012, s. 17 – 18.

<sup>183</sup> Bishop – Walker 2010, s. 255.

myyjä myöntää tämänlaisessa tilanteessa 50 %:n uskollisuusalennuksen rajapyykin ylittävistä ostoista. Tällaisessa tilanteessa yhtä tehokas kilpailija pystyisi helposti kilpailemaan dominantin yrityksen tarjousten kanssa ja tekemään voittoa.

Toinen perustelu uskollisuusalennusten käytölle on se, että niiden avulla voidaan luoda erilaisia kannustimia jälleenmyyjille. Jälleenmyyjän toiminnalla voi olla huomattava vaikutus siihen, kuinka tehokkaasti tuote menee kaupaksi.<sup>184</sup> Tietyillä aloilla jälleenmyyjien tarjoamat lisäpalvelut, kuten tuotteen mainostaminen tai tuotteen ominaisuuksista kertominen asiakkaille voi tuoda selvää hyötyä tuotteen valmistajalle, mutta samalla lisäkustannuksia jälleenmyyjille.<sup>185</sup>

Otetaan esimerkiksi tilanne, jossa valmistaja on lanseerannut uuden älypuhelimien, joka on kilpailevaa tuotetta edistyksellisempi monessa suhteessa, esimerkiksi tarkempi kamera ja kestävämpi akku. Valmistaja on tietoinen siitä, että tuotteen erityispiirteistä informointi asiakkaille on erittäin keskeisessä roolissa myynnin kannalta. Tällaisessa tilanteessa valmistajan/toimittajan on järkevintä tarjota jälleenmyyjille kannustimia tehdä erityisponnisteluja myynnin edistämiseksi.<sup>186</sup> Selkein ratkaisu tähän tilanteeseen olisi tehdä sopimus osapuolten välille, jossa on ilmaistu tarkasti se minimitaso myynninedistämispalveluja, joita jälleenmyyjän tulee suorittaa.<sup>187</sup> Tarkan sopimuksen tekeminen koskien tarjottavien myynninedistämispalvelujen määrää on kuitenkin hankala tehdä ja sopimuksen ehtojen seuraamisesta saattaisi syntyä huomattavia kustannuksia valmistajalle tai tavarantoimittajalle, joten uskollisuusalennusten käyttäminen on molempien osapuolten kannalta perusteltu ratkaisu.<sup>188</sup>

Kolmas peruste uskollisuusalennusten käytölle on se, että niiden avulla voidaan välttää kaksinkertaiset marginaalit tuotteen loppuhinnassa, mikä lopulta hyödyttää kuluttajaa. Kaksinkertaisten marginaalien ongelma syntyy tyypillisesti tilanteessa, joissa ennen myyntiin tulemistä tuote kulkee yhden tai useamman välikäden kautta, esimerkiksi tuotteen valmistajalta jälleenmyyjälle, joista molemmilla on huomattavaa

---

<sup>184</sup> Bishop – Walker 2010, s. 264.

<sup>185</sup> OFT 2005, s. 107.

<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Bishop – Walker 2010, s. 265.

<sup>188</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 466.

markkinavoimaa.<sup>189</sup> Kaksinkertaiset marginaalit syntyvät, kun tuotteen valmistaja asettaa tuotteen myyntityhinnan niin korkeaksi, että se sisältää yrityksen tavoitteleman voittomarginaalin, jonka jälkeen jälleenmyyjä toimii vastaavalla tavalla.<sup>190</sup> Kaksinkertaisten marginaalien ongelma syntyy siis lähtökohtaisesti siitä, ettei tuotteen valmistaja taikka tuotteen jälleenmyyjä ota huomioon oman voittomarginaalin lisäyksen vaikutuksia toisen osapuolen taikka kuluttajan kannalta.<sup>191</sup>

Sekä valmistajan että jälleenmyyjän kannalta optimaalisin tilanne olisi se, että tuotteen lopullinen myyntihinta ei sisältäisi molempien osapuolten lisäämää korkeaa voittomarginaalia, sillä se lähtökohtaisesti vähentää myyntimääriä.<sup>192</sup> Vertikaalinen integraatio mahdollistaisi kaksinkertaisten marginaalien pienentämisen (ainakin pitkällä tähtäimellä), mutta helpompi tapa on käyttää uskollisuusalennuksia. Mikäli jälleenmyyjälle tarjotaan alennusta, joka oikeuttaa jälkikäteeseen alennukseen kaikista tehdyistä ostoista tietyn kynnyksen ylittyessä, luo se jälleenmyyjälle kannustimen alentaa tuotteen lopullista myyntihintaa ja tekemään myyntityhennämiseksi ponnisteluja.<sup>193</sup> Taloustieteilijät ovat osoittaneet sen, että kahdenkertaisten marginaalien välttämiseksi jälkikäteen myönnettävät, kaikkiin myyntityihin tuotteisiin ulottuvat alennukset ovat paljon tehokkaampi keino kuin tietyn kynnyksen jälkeisiin tuotteisiin myönnettävät alennukset.<sup>194</sup>

Uskollisuusalennusten avulla voidaan myös jakaa riskejä valmistajan ja jälleenmyyjän välillä ja täten ratkaista hold-up -ongelmat.<sup>195</sup> Kyseisillä ongelmilla tarkoitetaan yleisesti tilannetta, jossa sopimuksen osapuoli ei ole halukas tekemään liiketoiminnan kannalta positiivisia investointeja, koska niiden tuoma lisäarvo on voimakkaasti sidottu kyseiseen sopimussuhteeseen.<sup>196</sup> Tällöin riski sopimussuhteen päättymisestä ja sen myötä menetetyistä investoinneista laskee investointien houkuttelevuutta.<sup>197</sup> Tilanne voi olla esimerkiksi se, että tuotteen valmistajan olisi kannattavaa tarjota jälleenmyyjille koulutusta tuotteen myyntiin edistämiseksi. Koulutuksen tarjoamiseen liittyy kuitenkin

---

<sup>189</sup> Bishop – Walker 2010, s. 192.

<sup>190</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 467.

<sup>191</sup> Verouden 2008, s. 1818.

<sup>192</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 467.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Ibid.

<sup>195</sup> OFT 2005, s. 110.

<sup>196</sup> Leivo et al. 2012, s. 469.

<sup>197</sup> Ibid.

riski, että jälleenmyyjä siirtää koulutuksesta saadut tiedot vastaavien, mutta kilpailevan yrityksen valmistamien tuotteiden myynnin edistämiseen.<sup>198</sup>

Uskollisuusalennusten avulla jälleenmyyjä voi sitoutua ostamaan suuren osan tarpeistaan valmistajalta, joka on investoinut kyseisen jälleenmyyjän koulutukseen.<sup>199</sup> Tilanne on molempien kannalta positiivinen, sillä valmistajan tekemien investointien riski pienenee ja samalla jälleenmyyjä saa hyödyllistä koulusta. Kuten kaksinkertaisten marginaalien kohdalla, hold-up -ongelmien ratkaisemiseksi tehokkain keino on käyttää jälkikäteen myönnettäviä, kaikkiin ostoihin sovellettavia alennuksia, sillä niiden luoma kannustin ostojen keskittämiseen tietyltä yritykseltä on voimakkaampi kuin monien muiden alennusmuotojen kohdalla.<sup>200</sup>

Tässä alaluvussa on esitetty muutamia taloustieteelliseltä pohjalta perusteltavia syitä uskollisuusalennusten käytölle. Se tosiseikka, että yritys on määräävässä asemassa, ei vaikuta kyseisten perusteluiden soveltuvuuteen. Tämä osoittaa jo sen, että toisin kuin Euroopan unionin tuomioistuin on usein lausunut, määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on muitakin motiiveja uskollisuusalennusten käytölle, kuin kilpailijan sulkeminen pois markkinoilta.<sup>201</sup>

### 3.4.3 Mahdolliset kilpailunvastaiset vaikutukset

Vaikka uskollisuusalennusten käyttö on yleistä niin pienten kuin suurtenkin yritysten toiminnassa ja niiden käytölle löytyy usein selvät taloudelliset perustelut, löytyy kuitenkin tilanteita, joissa uskollisuusalennusten käyttö saattaa johtaa kilpailun kannalta haitallisiin seuraamuksiin.<sup>202</sup> Uskollisuusalennusten kohdalla on esimerkiksi esitetty näkemys, että niiden luoma kannustin ostojen keskittämiseen määräävässä asemassa olevalta yritykseltä olisi yhtä vahva kuin suoranaisten yksinostosopimusten kohdalla.<sup>203</sup> Näkemys on sinänsä perusteltu, mikäli uskollisuusalennusten saamiselle asetettu

---

<sup>198</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 467.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Zenger 2012, s. 748. Ks. myös esim. Elhauge 2009 sekä Elhauge – Wickelgren 2011.

<sup>203</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 468.

kynnysraja on lähellä määrää, jonka asiakas ostaisi joka tapauksessa dominantilta yritykseltä.

Osa taloustieteilijöistä on puolestaan esittänyt väitteen, että perustelut uskollisuusalennusten kilpailunvastaisille vaikutuksille pohjautuvat olettamuksiin, jotka eivät usein vastaa markkinoiden tai yritysten todellista tilaa.<sup>204</sup> Uskollisuusalennusten mahdollisten negatiivisten vaikutusten kannalta merkittävä tekijä on muun muassa se, ovatko kilpailevat yritykset jo markkinoilla ja täten maksaneet uponneet kustannukset.<sup>205</sup> Uskollisuusalennukset voivat myös estää uutta ja potentiaalisesti yhtä tehokasta kilpailijaa saavuttamasta pienimmän tehokkaan mittakaavan markkinoilla.<sup>206</sup>

Perustelut alennusten mahdollisista negatiivisista vaikutuksista pohjautuvat usein olettamukseen, että kilpailevat yritykset tarjoavat täysin samoja tuotteita, mikä kuitenkin harvoin lienee täysin realistinen tilanne.<sup>207</sup> Yleinen oletamus on myös se, että uskollisuusalennuksia tarjoavalla yrityksellä on huomattavaa markkinavoimaa, jopa lähellä monopoliasemaa.<sup>208</sup> Mitä lähempänä yritys on määräävän markkina-aseman rajaa, sitä todennäköisemmin sen harjoittamalla alennuskäytännöillä ei suljeta kilpailevia yrityksiä markkinoilta.<sup>209</sup> Tämä myös puoltaa uskollisuusalennusten tapauskohtaista arviointia.

Uskollisuusalennusten negatiiviset kilpailunvaikutukset liittyvät usein siihen, että niiden avulla yritys kykenee lisäämään myyntiään kilpailun ulkopuolelle kuulualta osalta kilpailun piiriin kuulualle osalle.<sup>210</sup> Kilpailun ulkopuolisella osalla tarkoitetaan sitä osaa määräävässä asemassa olevan yrityksen myynnistä, jonka asiakas ostaisi alennuksista huolimatta.<sup>211</sup> Yrityksen tarjoama hyödyke voi esimerkiksi olla asiakkaiden mielestä tavalla tai toisella vastaavaa, mutta kilpailijan tarjoamaa hyödykettä parempi, minkä johdosta asiakas hankkii suuren osan tarpeistaan kyseiseltä yritykseltä.<sup>212</sup>

---

<sup>204</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 468.

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> Peeperkorn 2018, s. 3.

<sup>207</sup> OFT 2005, s. 113.

<sup>208</sup> Ibid.

<sup>209</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 468.

<sup>210</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 15.

<sup>211</sup> Bishop – Walker 2010, s. 274.

<sup>212</sup> Ibid.

Mikäli määrävässä asemassa oleva yritys tietää, että asiakas hankkii siltä joka tapauksessa esimerkiksi 50 hyödykettä vuodessa, joka on 60 % asiakkaan vuosittaisesta tarpeesta, on sillä uskollisuusalennuksia myöntämällä mahdollisuus kilpailla tehokkaasti asiakkaan jäljelle jääneestä tarpeesta. Kilpailun kannalta negatiiviset vaikutukset syntyvät silloin kun määrävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamat uskollisuusalennukset johtavat siihen, että kilpailevien yritysten tulisi tarjota hyödykkeitään tappiolla tai lähellä tappiota, jotta asiakas kohdistaisi ostonsa kyseisille yrityksille.<sup>213</sup> Jos uskollisuusalennukset johtavat siihen, että kilpailun piiriin kuuluva osuus pienenee huomattavasti, on etenkin pienempien ja uusien yritysten hankala toimia markkinoilla.<sup>214</sup>

Jotta uskollisuusalennuksilla voisi olla negatiivisia vaikutuksia kilpailun kannalta, tulee määrävässä asemassa olevalla yrityksellä olla varma osuus asiakkaan tarpeesta, eli kilpailun ulkopuolelle kuuluva osuus (assured base of sales).<sup>215</sup> Vaikka varman osuuden tarkka määrittely voi olla käytännössä erittäin hankalaa, antaa se kuitenkin hyvän perustan mahdollisten negatiivisten vaikutusten tutkimiselle.<sup>216</sup> Ilman tämän varman osuuden olemassaoloa yrityksen tarjoama alennusjärjestelmä olisi hyödytön, sillä tällöin toiset yritykset kykenisivät kilpailemaan asiakkaan kaikista ostoista muun muassa tarjoamalla omia uskollisuusalennuksia tai ainakin vähentämään asiakkaan ostoja määrävässä asemassa olevalta yritykseltä, jolloin asiakkaan kannustin pyrkiä saavuttamaan asetettu kynnyksäraja heikentyisi.<sup>217</sup>

Yrityksen varma osuus myynnistä voi perustua useaan eri seikkaan. Varma osuus voi olla ensinnäkin seurausta siitä, että asiakas kokisi huomattavia kustannuksia, mikäli se päättäisi vaihtaa myyjää.<sup>218</sup> Kilpaileva tuote saattaa esimerkiksi poiketa ominaisuuksiltaan, jolloin jälleenmyyjän tulisi kouluttaa henkilökuntansa kyseisen tuotteen myynnin mahdollistamiseksi. Varma osuus saattaa johtua myös siitä, että myyjän tuote on lähes pakollinen asiakkaan kannalta.<sup>219</sup> Tuotteen brändi saattaa olla esimerkiksi niin haluttu, että jälleenmyyjän täytyy pitää sitä myymälöissään, jotta liikkeet ylipäättään

---

<sup>213</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 469.

<sup>214</sup> Ibid.

<sup>215</sup> OECD 2003, s. 173.

<sup>216</sup> Bishop – Walker 2010, s. 274.

<sup>217</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 469.

<sup>218</sup> OFT 2005, s. 117.

<sup>219</sup> OECD 2003, s. 173.

näyttäisivät vakuuttavilta.<sup>220</sup> On hyvä pitää kuitenkin mielessä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä saattaa olla tietty varma osuus myynnistä yksinkertaisesti sen vuoksi, että sen toiminta on kilpailevia yrityksiä tehokkaampaa.<sup>221</sup>

Näyttöä kilpailun ulkopuolelle kuuluvan osuuden suuruudesta voi saada esimerkiksi tarkastelemalla asiakkaan aikaisempien vuosien ostomääriä tai haastatteluiden pohjalta.<sup>222</sup> Mikäli asiakas on esimerkiksi edellisten viiden vuoden aikana ostanut 50 % tarpeistaan myyjän tarjoaman listahinnan mukaan, voi myyjä perustellusti olettaa, että tulevana vuonna ostaja käyttäytyy vastaavalla tavalla. Mitä korkeampi on myyjän varma osuus myynnistä, sitä todennäköisempää on kilpailevien yritysten poissulkeutuminen markkinoilta, mikäli myyjä tarjoaa asiakkailleen uskollisuusalennuksia.<sup>223</sup> Poissulkeutuminen ei kuitenkaan ole todennäköistä, jos uskollisuusalennusten jälkeen tuotteen myyntihinta ylittää keskimääräiset vältettävissä olevat kustannukset.<sup>224</sup> Aiheeseen palataan vielä käsiteltäessä yhtä tehokkaan kilpailijan testiä.

#### 3.4.4 Keskeisiä tapauksia

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on ollut kymmeniä alennuksia käsitteleviä oikeustapauksia, joista on mielekästä nostaa esille muutama. Luultavasti tunnetuin uskollisuusalennuksia koskeva tapaus on *Hoffmann-La Roche* (1979), jonka vaikutukset näkyvät vieläkin unionin oikeuskäytännössä. Hoffmann-La Roche oli tapauksen ajankohtana monien vitamiinien valmistajana markkinajohtaja maailmanlaajuisesti, markkinaosuuden vaihdellessa valmistettavien vitamiinien välillä 50 %:sta aina 95 %:iin.<sup>225</sup> Tapauksen kannalta keskeinen seikka liittyi siihen, että Hoffman-La Roche oli solminut suurten vitamiinien ostajien kanssa sopimuksia, joissa ostajat sitoutuivat hankkimaan kaiken tai suuren osan vitamiinitarpeistaan Rochelta, joka myönsi vastapalvelukseksi uskollisuusalennuksia joko vuosittain tai joidenkin ostajien kohdalla puolen vuoden välein.<sup>226</sup> Kyseiset alennukset vaihtelivat 1 – 5 %:n välillä lukuun

---

<sup>220</sup> OFT 2005, s. 117.

<sup>221</sup> OECD 2003, s. 173.

<sup>222</sup> OFT 2005, s. 119.

<sup>223</sup> Bishop – Walker 2010, s. 275.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> Asia IV/29.020 — Vitamins, kohta 5.

<sup>226</sup> Ibid. kohta 11.

ottamatta erästä asiakasta, jolle myönnettiin huomattavasti korkeammat alennusprosentit.<sup>227</sup>

Unionin tuomioistuin perusteli Hoffmann-La Rochen myöntämien uskollisuusalennusten kilpailunvastaisuutta seuraavasti:

”Yksinoikeussopimukset ja uskollisuusalennukset ovat perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä, koska ne toisaalta vääristävät tuottajien välistä kilpailua viemällä määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkailta hankintalähteitä koskevan valinnanmahdollisuuden kokonaan, ja koska toisaalla niiden seurauksena kauppakumppaneihin sovelletaan samojen palvelujen osalta erilaisia ehtoja, jolloin ne joutuvat epäedulliseen tilanteeseen kilpailussa.”<sup>228</sup>

Tuomioistuin ei hyväksynyt Rochen näkemystä siitä, että kyseiset alennukset olivat paljousalennuksia eikä uskollisuusalennuksia. Tuomioistuin perusteli kantaansa lausumalla:

”Alennukset eivät riipu objektiivisesti määritetyistä määristä, eikä niitä sovelleta kaikkiin mahdollisiin ostajiin, vaan ne riippuvat arvioista, jotka määritetään kussakin tapauksessa kunkin asiakkaan oletetun hankkimiskyvyn mukaan, jolloin tavoitteena ei ole mahdollisimman suuren määrän ostaminen vaan se, että myyjä kattaa mahdollisimman suuren osan ostajan tarpeista.”<sup>229</sup>

Unionin oikeuskäytännössä noudatetun kielteisen suhtautumisen uskollisuusalennuksia, varsinkin yksinostosopimukseen verrattavissa olevia alennusjärjestelmiä kohtaan voidaan katsoa saaneen alkunsa kyseistä tapauksesta.<sup>230</sup> Käytännössä Hoffman-La Rochen mahdollisuus puolustautua esitettyjä syytöksiä kohtaan oli erittäin heikko, sillä uskollisuusalennusten suuruus ei läheskään aina ole suoraan verrannollinen lisämyynneistä saatujen kustannussäästöjen suuruuteen, joka olisi ollut komission ja tuomioistuimen mukaan sallittu peruste alennusten myöntämiselle.<sup>231</sup>

Toinen tapaus unionin oikeuskäytännössä, josta näkyy selvästi kielteinen suhtautuminen määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämiä uskollisuusalennuksia kohtaan, on *British Airways*. Tapauksessa oli kyse siitä, että British Airways, joka oli Yhdistyneiden kansakuntien suurin lentoyhtiö, solmi matkatoimistojen kanssa markkinointisopimuksia, jotka Virgin Atlantic Airways Limitedin mielestä olivat kilpailunvastaisia.<sup>232</sup> Kyseiset

---

<sup>227</sup> Asia IV/29.020 — Vitamins, kohta 11.

<sup>228</sup> Asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio, Kok. 461 (1979), kohta 80.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Bishop – Walker 2010, s. 261.

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> Asia IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways, kohdat 1 – 5.

markkinointisopimukset sisälsivät matkatoimistoille kohdistetun palkkiojärjestelmän, jonka mukaan matkatoimistoilla oli mahdollisuus saada 7 – 9 %:n perusprovision lisäksi 0.1 – 3 %:n lisäprovisiota tiettyjen myyntimäärien täytyessä.<sup>233</sup> Käytännössä kyse oli yksilöidyistä määrälennuksista.

Komission mukaan palkkiojärjestelmiä yhdisti se piirre, että lisäpalkkiot maksettiin kynnysrajan ylittyessä takautuvasti kaikista myydyistä lipuista, joka loi huomattavan kannustimen asiakkaalle tavoitella alennusta, varsinkin mitä lähemmäksi kynnysrajaa päästiin.<sup>234</sup> British Airways perusteli alennusjärjestelmiään muun muassa kustannussäästöillä ja tehokkuuseduilla. Komission näkemyksen mukaan kyseiset alennusjärjestelmät eivät liittyneet toiminnan tehostumiseen vaan asiakasuskollisuuteen.<sup>235</sup>

Komission perusteluista löytyy vähintäänkin mielenkiintoinen kohta liittyen alennusjärjestelmien kilpailunvastaisiin vaikutuksiin:

Provisiojärjestelmien poissulkeva vaikutus koskee kaikkia BA:n kilpailijoita ja mahdollisia markkinoille tulijoita. Tästä syystä ne haittaavat paitsi niitä kilpailijoita, jotka eivät voi kilpailla BA:n kanssa omilla palveluillaan, myös kilpailua yleisesti ja näin ollen myös kuluttajia. Poissulkevista provisiojärjestelmistä huolimatta BA:n kilpailijat ovat onnistuneet saamaan markkinaosuuksia BA:lta Yhdistyneen kuningaskunnan lentoliikenteen markkinoiden vapautumisen jälkeen. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, ettei järjestelmillä olisi mitään vaikutuksia. Voidaan vain olettaa, että kilpailijat olisivat menestyneet paremmin, jos tällaisia väärinkäyttöön perustuvia provisiojärjestelmiä ei olisi ollut.

Alennusjärjestelmien kilpailunvastaiset vaikutukset perustuvat siihen, että niiden avulla pystytään sulkemaan kilpailijoilta markkinoita. Tämä tapaus ei ole poikkeus sen suhteen, että määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuskäytäntöjen katsotaan rikkoneen kilpailuoikeuden sääntöjä, vaikka kilpailevien yritysten markkinaosuudet ovat tutkittavan olleen ajanjakson aikana kasvaneet. Lähtökohtaisesti vaikuttaa järjettömältä, että yrityksen tarjoaman alennuksen katsotaan sulkevan kilpailijoita markkinoilta, vaikka kilpailevien yritysten tilanne on ainoastaan parantunut ajanjakson aikana. Esimerkiksi Simon Bishop on esittänyt näkemyksen, että mikäli kilpailevien yritysten markkinaosuudet ovat kasvaneet ja määräävässä asemassa olevan yrityksen pienentyneet

---

<sup>233</sup> Asia IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways, kohta 6.

<sup>234</sup> Ibid. kohdat 29 – 30.

<sup>235</sup> Ibid. kohta 102.

alennusjärjestelmästä huolimatta, loisi se kumottavissa olevan olettamuksen alennusjärjestelmän hyväksyttävyydestä.<sup>236</sup>

Valituksessaan unionin tuomioistuimeen British Airways kyseenalaisti sen, ettei komissio näyttänyt toteen, että alennusjärjestelmillä olisi poissulkeva vaikutus.<sup>237</sup> Tuomioistuimen vastaus kuvastaa osuvasti sitä, miten unionin oikeuskäytännössä on perusteltu uskollisuusalennusten kilpailunvastaisuutta:

EY 82 artiklan rikkomisen toteennäyttämiseksi ei näet ensinnäkään edellytetä sen osoittamista, että kyseisellä väärinkäytöllä on ollut konkreettisia vaikutuksia asianomaisiin markkinoihin. Siinä yhteydessä riittää sen osoittaminen, että sillä, että määräävässä asemassa oleva yritys on käyttänyt asemaansa väärin, on pyritty rajoittamaan kilpailua tai toisin sanoen, että menettelytapa on omiaan vaikuttamaan tällä tavoin.<sup>238</sup>

Käytännössä tilanne on se, että mikäli määräävässä asemassa oleva yritys tarjoaa alennuksia, jotka luokitellaan uskollisuusalennusten kategoriaan, tuomitaan yritys lähes poikkeuksetta asemansa väärinkäytöstä.<sup>239</sup> Tässäkin tapauksessa komission ja tuomioistuimen perustelut alennusten kilpailunvastaisuudesta pohjautuivat käytännössä siihen olettamukseen, että alennukset, jotka luovat asiakkaille kannustimen hankkia suuremman määrän tuotteita määräävässä asemassa olevalta yritykseltä haittaavat kilpailua.<sup>240</sup> Perustavanalaatuinen kysymys kilpailuoikeudessa on pitkään ollut se, keitä viranomaisten toimenpiteillä lopulta suojataan. Tilanteessa, jossa yritystä rankaistaan alennusten myöntämisestä, vaikka kilpailevien yritysten markkinaosuudet ovat ajanjakson aikana kasvaneet, voidaan esittää väite, että toimenpiteillä suojataankin vähemmän tehokkaita kilpailijoita eikä kilpailua.<sup>241</sup>

Viime vuosien yksi eniten keskustelua herättäneistä alennuksia käsittelevistä tapauksista on ehdottomasti *Intel*.<sup>242</sup> Yksi syy tähän on luultavasti se, että kyseinen tapaus oli ensimmäinen alennuksia käsittelevä tapaus komission vuoden 2009 antaman määräävää asemaa koskevan tiedonannon jälkeen ja, jossa komissio käytti alennusten arvioinnissa, ainakin muodollisesti, yhtä tehokkaan kilpailijan testiä. Tapaus myös osoittaa osuvasti,

---

<sup>236</sup> Bishop – Walker 2010, s. 262.

<sup>237</sup> T-219/99 British Airways. Kok 2003 II-05917, kohta 293.

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 480.

<sup>240</sup> Bishop – Walker 2010, s. 262.

<sup>241</sup> Ibid.

<sup>242</sup> Ks. esim. Geradin 2015, Sher 2015, Venit 2014, Venit 2017, Whish 2015, Petit 2015, Özkan 2015, Marinova 2017, Kanakari 2016, Wils 2014, Geradin 2009, Colomo 2014 sekä Colomo 2016.

miten muodollinen ja taloudellinen arviointitapa vaikuttavat tapauksen lopputulokseen.<sup>243</sup>

Komissio antoi 13.5.2009 tapausta koskevan päätöksen, jossa se katsoi, että Intel oli käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa x-86 prosessorien markkinoilla ja määräsi Intelille maksettavaksi 1.06 miljardin seuraamusmaksun, joka oli korkein siihen mennessä määrätty seuraamusmaksu SEUT 102 artiklan rikkomisesta.<sup>244</sup> Komission näkemyksen mukaan Intel oli rikkonut määräävää asemaansa myöntämällä neljälle merkittävimmälle alkuperäistä laitetta valmistavalle (OEM-valmistaja) yritykselle ehdollisia alennuksia, joiden tarkoituksena oli saada Intelin suurin kilpailija Advanced Micro Devices (AMD) pois markkinoilta.<sup>245</sup>

Komission mukaan alennusten saaminen edellytti, että OEM-valmistajat hankkivat kaiken tai lähes kaiken tarpeistaan Inteliltä, minkä on jo useampaan otteeseen vanhemmassa oikeuskäytännössä katsottu tarkoittavan määräävän aseman väärinkäyttöä.<sup>246</sup> Kyseisten alennusten lisäksi Intel suoritti maksuja Media Saturn Holdingille (MSH), joiden ehdot ja vaikutukset vastasivat pitkälti OEM-valmistajille myönnettäviä alennuksia. Komission näkemyksen mukaan OEM-valmistajille myönnettyjen ehdollisten alennusten ja MSH:lle suoritettavien maksujen yhteisvaikutuksesta seuraa, ettei muut yritykset pysty kilpailemaan Intelin kanssa tavanomaisen suorituskilpailun kautta, joka johtaa pitkällä tähtäimellä kilpailun heikkenemiseen markkinoilla ja lopulta vaikuttaa kuluttajien taloudelliseen hyvinvointiin.<sup>247</sup> Komissio katsoi Intelin käyttäneen määräävää asemaansa edellä lausuttujen seikkojen lisäksi ns. peittelemättömien rajoitusten<sup>248</sup> avulla, joihin ei kuitenkaan tarkemmin tässä työssä perehdytä.

---

<sup>243</sup> Vertaa yleisen tuomioistuimen ja unionin tuomioistuinten ratkaisun perustelut.

<sup>244</sup> Venit 2017, s. 175.

<sup>245</sup> CJEU 2017, s. 1.

<sup>246</sup> Ibid.

<sup>247</sup> CJEU 2017, s. 1.

<sup>248</sup> Peittelemättömillä rajoituksilla tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että Intel suoritti OEM-valmistajille maksuja, jotta ne lykkäsivät, peruuttivat tai rajoittivat AMD-pohjaisten tuotteiden tuotteita ja jakelua. Ks. Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, s. 472. Komission vuonna 2009 antamassa määräävää asemaa koskevassa tiedonannossa on todettu, ettei sen tarvitse suorittaa yksityiskohtaista arviointia tapauksen kilpailunvastaisten vaikutusten arvioinnissa, mikäli ”määräävässä asemassa oleva yritys estää asiakkaitaan kokeilemasta kilpailijoiden tuotteita tai tarjoaa taloudellisia kannustimia asiakkailleen sillä ehdolla, että ne eivät kokeile kyseisiä tuotteita, tai maksaa jakelijalle tai asiakkaalle kilpailijan tuotteen markkinoille tulon viivyttämisestä.” Tämän perusteella komissio katsoi, että Intelin suorittamat maksut OEM-valmistajille olivat määräävän aseman väärinkäyttöä.

Intel valitti komission päätöksestä Euroopan unionin yleiseen tuomioistuimeen ja vaati sitä kumoamaan komission päätöksen tai ainakin alentamaan merkittävästi seuraamusmaksujen määrää.<sup>249</sup> Intelin näkemyksen mukaan komission päätös oli virheellinen muun muassa sen vuoksi, ettei komissio ollut näyttänyt alennusten mahdollisia tai todellisia negatiivisia vaikutuksia kilpailun kannalta, alennuksiin ei liittynyt muodollisia tai pakottavia yksinostovelvoitteita, alennukset koskivat vain pientä osaa markkinoista ja alennusten määrä oli vähäinen. Tämän lisäksi Intelin mukaan yhtä tehokkaan kilpailijan testi on keskeisessä roolissa arvioitaessa kilpailijan syrjäytymisen todennäköisyyttä markkinoilta. Intelin mukaan komissio oli tehnyt virheitä kyseistä testiä suorittaessaan, joten se ei ollut osoittanut, ettei yhtä tehokas kilpailija olisi pystynyt toimimaan markkinoilla.<sup>250</sup>

Unionin yleinen tuomioistuin antoi ratkaisunsa asiassa 12.6.2014. Tuomioistuin hylkäsi kantajan väitteet kokonaisuudessaan. Monet pitivät yleisen tuomioistuimen päätöstä merkittävänä takaiskuna unionin 2000-luvun alusta alkaneen SEUT 102 artiklan reformaation kannalta, sillä yleisen tuomioistuimen päätös nojasi vahvasti aiempaan oikeuskäytäntöön, jossa ehdollisten alennusten ja etenkin uskollisuusalennusten arviointi on ollut hyvinkin muodollisjuridista. Muodollisjuridisessa arvioinnissa ei ole annettu painoarvoa esimerkiksi kustannustesteille, joiden avulla pystytään arvioimaan kilpailijoiden mahdollisuutta toimia markkinoilla alennuksista huolimatta.<sup>251</sup> Yleinen tuomioistuin lausui AEC-testin merkityksellisyydestä muun muassa seuraavasti:

AEC-testin tekeminen ei ole välttämätöntä edes niissä tapauksissa, joissa kyse on kolmanteen ryhmään kuuluvista alennuksista, joiden kohdalla käsiteltävän asian olosuhteiden tarkastelu on tarpeen. Kilpailuvastaisten vaikutusten toteaminen ei edellytä sitä, että alennusjärjestelmä pakottaa yhtä tehokkaan kilpailijan laskuttamaan ”negatiivisia hintoja” eli omakustannushintoja alempia hintoja. Mahdollisen kilpailuvastaisen vaikutuksen osoittamiseksi riittää, että uskollisuusjärjestelmän olemassaolo osoitetaan. AEC-testillä on mahdollista todentaa vain oletamus siitä, että kilpailijoiden pääsy markkinoille on tehty mahdottomaksi, mutta ei torjua oletamusta siitä, että pääsyä kyseisille markkinoille on vaikeutettu.<sup>252</sup>

On kiistatonta, että unionin SEUT 102 artiklaa koskevan reformaation kannalta yleisen tuomioistuimen päätös ei ollut toivotunlainen, sillä yhtä tehokkaan kilpailijan testi oli

---

<sup>249</sup> T-286/09 – Intel v. komissio, kohta 50.

<sup>250</sup> Ibid, kohdat 95 – 140.

<sup>251</sup> Ks. esim. Venit 2014, s. 206.

<sup>252</sup> T-286/09 – Intel v. komissio, kohdat 144 – 150.

keskeisessä roolissa komission määräävää asemaa koskevassa tiedonannossa ehdollisten alennusten kilpailunvastaisten vaikutusten arvioinnissa. Mikäli suhtautumista SEUT 102 artiklan menettelytapoihin halutaan todellisuudessa muuttaa tilanne ei voi jatkua siten, että toisinaan EU:n tuomioistuimet pitävät AEC-testiä keskeisessä asemassa tapausten arvioinnissa ja toisinaan kieltävät sen merkityksen täysin. Unionin tuomioistuinten epä johdonmukaisuus tapausten arvioinnissa on saanut osan alan asiantuntijoista jopa lausumaan, että tapauksen lopputulos riippuu pitkälti siitä, minkälainen kokoonpano tuomioistuimessa sattuu olemaan.<sup>253</sup> Tämä on kiistatta erittäin heikko tilanne niin määräävässä asemassa olevan yrityksen kuin yleisestikin oikeusvarmuuden kannalta.

Mikäli yritykselle määrätään yli miljardin seuraamusmaksu, tulisi se kirjoittajan mielestä perustua vähintäänkin siihen, että tapausta tutkiva toimielin pystyy edes jollakin varmuudella osoittamaan yrityksen menettelytapojen haitallisuuden kuluttajien hyvinvoinnin kannalta. Pelkkä tuomioistuimen toteamus siitä, että kyseisillä toimenpiteillä voi olla negatiivisia vaikutuksia kilpailuun ei ole riittävää. Tällöin voitaisiin kyseenalaistaa, miksi dominantin yrityksen tulee puolustukseensa osoittaa menettelynsä konkreettiset hyödyt, jos menettelyn haittoja ei tarvitse osoittaa edes varsin todennäköisiksi. SEUT 102 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä onkin ollut epäselvyyksiä sen suhteen, millä varmuudella kilpailunvastaiset vaikutukset tulee osoittaa.<sup>254</sup> Toisinaan tuomioistuimet ovat pitäneet potentiaalista uhkaa kilpailunvastaisista vaikutuksista riittävänä, toisinaan rajana on ollut todellinen uhka.<sup>255</sup> On myös epäselvää, mikä kyseisten termien todellinen ero on.

Intel valitti yleisen tuomioistuimen päätöksestä unionin tuomioistuimeen ja vaati muun muassa valituksenalaisen tuomion kokonaista tai osittaista kumoamista. Valitus oli jaettu kuuteen valitusperusteeseen, joista kolme ensimmäistä on tämän tutkielman kannalta mielenkiintoisia. Ensimmäinen valitusperuste liittyi siihen, että Intelin näkemyksen mukaan yleinen tuomioistuin toimi virheellisesti lausuessaan, että Intelin tarjoamat ehdolliset alennukset olisivat luonnostaan kilpailua rajoittavia, minkä johdosta tapauksen arvioinnissa ei tarvitse huomioida kaikkia siihen liittyviä olosuhteita.<sup>256</sup> Samaan

---

<sup>253</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 89.

<sup>254</sup> Petit 2017, s. 9.

<sup>255</sup> Ibid. s. 262.

<sup>256</sup> Euroopan unionin virallinen lehti: 2014/C 395/31, s. 25.

valitusperusteeseen kuului Intelin näkemys siitä, että tapausta tulisi arvioida vähintäänkin todennäköisten vaikutusten perusteella, eikä tukeutua abstrakteihin seikkoihin, kuten yleinen tuomioistuin oli tehnyt.<sup>257</sup>

Toisen valitusperusteen mukaan Intelin toiminta koski kahtena viimeisen vuotena maksimissaan 3,5 % relevanteista markkinoista, joten yleisen tuomioistuimen näkemys toiminnan kilpailuvastaisuudesta oli virheellinen. Toisen Intelin valitusperusteen taustalla oli käytännössä kyse siitä, että niin komissio kuin yleinen tuomioistuinkin oli pitänyt Intelin menettelytapoja yhtenä kokonaisuutena pidettävänä rikkomuksena vuosina 2002 – 2007. Tästä johtuen Intelin menettelyä vuosina 2006 ja 2007 pidettiin määräävän aseman rikkomuksena, vaikka se koski ainoastaan pientä osaa markkinoista.<sup>258</sup> Yleinen tuomioistuin perusteli näkemystään lausumalla:

Silloin kun kyse on yhtenä kokonaisuutena pidettävästä jatketusta rikkomisesta, ei voida edellyttää, että kyseisellä toiminnalla olisi ollut vaikutuksia markkinoiden olennaiseen osaan koko kyseisen ajanjakson aikana. Tältä osin riittää, että tehdään yleinen arvio suljettujen markkinoiden keskimääräisestä osasta.<sup>259</sup>

Kolmas valitusperuste liittyi puolestaan Intelin ja HP:n sekä Intelin ja Lenovon välisiin alennuksiin. Intelin näkemyksen mukaan kyseisiä alennuksia ei voitu luokitella yksinostoalennuksiksi unionin oikeuskäytännön tarkoittamalla tavalla, sillä ne koskivat ainoastaan 28 ja 42 tai alle %:a asiakkaan tarpeesta.<sup>260</sup> Intelin näkemys on täysin ymmärrettävä, mikäli tapausta verrataan esimerkiksi Hoffmann-La Rocheen, jossa alennusten saaminen edellytti tiettyjen asiakkaiden kohdalla 75 – 80 %:n hankkimista kokonaistarpeesta.<sup>261</sup> Myöskin kilpailijan mahdollisen sulkeutumisen kannalta sillä on kiistatta merkitystä, sitooko dominantin yrityksen alennus esimerkiksi 25 vai 80 % asiakkaan tarpeesta.

Julkisasiamies Nils Wahl antoi tapausta koskevan ratkaisuehdotuksensa 20.10.2016. Vaikka julkisasiamiesten ratkaisuehdotukset eivät sido tuomioistuimia, on niillä usein kiistaton vaikutus tapausten lopputulokseen. Wahl otti ratkaisuehdotuksessaan kantaa jokaiseen Intelin valitusperusteeseen, joista tässä käsitellään kolmea ensimmäistä.

---

<sup>257</sup> Euroopan unionin virallinen lehti: 2014/C 395/31, s. 25.

<sup>258</sup> T-286/09 – Intel v. komissio, kohdat 1560 – 1564.

<sup>259</sup> Ibid, kohta 193. Tapauksessa yleinen arvio suljettujen markkinoiden keskimääräisestä osasta oli 14 %, kohta 194.

<sup>260</sup> Euroopan unionin virallinen lehti: 2014/C 395/31, s. 25.

<sup>261</sup> Asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio, Kok. 461 (1979), kohta 83.

Julkisasiamies esitti kattavat perustelut ensimmäisen valitusperusteen kohdalla ja esitti lopuksi näkemyksensä, jonka mukaan kyseinen valitusperuste on hyväksyttävä.

Julkisasiamiehen mukaan yleinen tuomioistuin oli tehnyt oikeudellisen virheen: ”kun se katsoi, että yksinostoalennukset ovat erillinen ja erityisluonteinen alennusryhmä, jonka tapauksessa asian olosuhteita ei tarvitse arvioida kokonaisuudessaan sen osoittamiseksi, että kyseessä on SEUT 102 artiklan vastainen määrävän markkina-aseman väärinkäyttö. Toiseksi se teki oikeudellisen virheen kilpailun rajoittamiskyvystä esittämässään vaihtoehtoisessa arvioinnissa, koska se ei kaikkien asian olosuhteiden perusteella näyttänyt toteen, että valittajan tarjoamilla alennuksilla ja maksuilla oli hyvin todennäköisesti kilpailunvastainen syrjäyttämisaikutus.”<sup>262</sup>

Julkisasiamiehen suhtautuminen ensimmäisen valitusperusteen oikeudelliseen kysymykseen eroaa vahvasti yleisen tuomioistuimen ja käytännössä vanhemman oikeuskäytännön linjauksista. Kirjoittajan mielestä tämä on pelkästään positiivinen seikka, sillä julkisasiamiehen näkemykset edustavat vahvasti SEUT 102 artiklan reformaation tavoitteita. Vaikka kyse onkin julkisasiamiehen näkemyksestä eikä tuomioistuimen päätöksestä, muutos aiottuun suuntaan tapahtuu varmasti nopeammin, mikäli korkeassa asemassa olevat virkamiehet edesauttavat sitä lausunnoillaan.

Julkisasiamies Wahlin mukaan myös toinen Intelin valitusperusteista tulisi hyväksyä. Wahlin näkemyksen mukaan määrävässä asemassa olevan yrityksen toiminnan tulee jokaisena tarkastelunkohteena olevan vuoden aikana rikkoa kilpailusääntöjä, jotta kyseiset vuodet voitaisiin ottaa mukaan muun muassa sakkojen määrän arviointiin.<sup>263</sup> Käytännössä muuten tilanne voi johtaa siihen, että arvioimalla menettelyä yhtenä kokonaisuutena ottamatta tarkemmin huomioon jokaisen vuoden mahdollisia negatiivisia vaikutuksia kilpailun kannalta perussopimusten asettama kielto ulotetaan tarkoitettua laajemmalle alueelle.<sup>264</sup> Julkisasiamiehen näkemykset toisen valitusperusteen hyväksymiselle liittyivät siis siihen, että yleinen tuomioistuin oli tehnyt oikeudellisen virheen: ” koska se ei ottanut huomioon, ettei 14 prosentin sidotulla markkinaosuudella

---

<sup>262</sup> Opinion of AG Wahl, kohta 173.

<sup>263</sup> Ibid. kohta 193.

<sup>264</sup> Ibid. kohta 184.

voida osoittaa oikeudellisesti riittävällä tavalla, että moititulla menettelytavalla pystytään rajoittamaan kilpailua.”<sup>265</sup>

Myös kolmannen valitusperusteen kohdalla julkisasiamies oli sitä mieltä, että unionin tuomioistuimen tulisi se hyväksyä. Käytännössä kyseisen perusteen kohdalla tuli arvioitavaksi se, voidaanko yksinostoalennusten kohdalla unionin oikeuskäytännössä usein lausuttua ”koko määrää tai huomattavaa osaa siitä ” ulottaa johonkin pienempään osaan relevanteista tuotemerkkinoista, kuten komissio ja yleinen tuomioistuin olivat tehneet.<sup>266</sup> Esimerkiksi HP:lle tarjottujen alennusten kohdalla komissio ja yleinen tuomioistuin päättelivät, että kyseessä on yksinostoalennus, kun alennuksen saaminen edellytti ostomäärän hankkimista, joka vastasi 95 % yrityksille tarjottavien pöytä tietokoneiden x86-prosessorien tarpeesta.<sup>267</sup>

Mielenkiintoista tässä asiassa on kuitenkin se, että HP:n x86-prosessorien kokonaistarpeesta kyseinen määrä kattoi ainoastaan 28 %. Yleisen tuomioistuimen mielestä tällä seikalla ei ollut merkitystä, sillä Intelin tarjoamat alennukset joka tapauksessa rajoittivat HP:n valinnanvapautta yrityksille tarjottavien pöytä tietokoneiden x86-prosessorien kohdalla.<sup>268</sup> Wahlin näkemys asiasta puolestaan keskittyy tarkemmin tapauksen perimmäiseen aiheeseen, eli siihen oliko Intelin menettelytavoilla AMD:n markkinoilta sulkeva vaikutus. Wahlin mukaan:

”Tässä on kyse valittajan kilpailijan ADM:n syrjäyttämiseen tähtäävästä menettelytavasta eikä valittajan asiakkaiden hyväksikäytöstä. ADM:n kannalta (ja siten sen määrittämiseksi, onko moitittu toiminta SEUT 102 artiklan vastaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä sulkeamalla kilpailijat pois markkinoilta) ratkaisevaa on Intelin alennuksilla ja maksuilla sidotun kysynnän kokonaisuus. Valituksenalaisessa tuomiossa noudatettu lähestymistapa johtaisi hyvin vaikeasti perusteltavaan lopputulokseen: jopa merkityksellisten markkinoiden yksittäisellä segmentillä sovellettava yksinostoalennus, joka kattaa ainoastaan vähäpätöisen osan (sanotaan nyt vaikka 3 prosenttia) asiakkaan kokonaistarpeesta, voitaisiin automaattisesti kieltää.”<sup>269</sup>

Wahlin näkemys vaikuttaa perustellulta, sillä mikäli AMD:llä on mahdollisuus kilpailla Intelin alennuksista huolimatta 72 %:sta HP:n kokonaistarpeesta x86-prosessorien kohdalla, ei AMD:n markkinoilta sulkeutumista voida pitää ainakaan niin varmana, ettei

---

<sup>265</sup> Opinion of AG Wahl, kohta 177.

<sup>266</sup> Ibid. 204.

<sup>267</sup> T-286/09 – Intel v. komissio, kohdat 129 – 130.

<sup>268</sup> Ibid. kohta 131.

<sup>269</sup> Opinion of AG Wahl, kohdat 209 ja 212.

sen osoittamiseksi tarvitsisi esittää konkreettista näyttöä. Wahl käytti samaa perustelua lausueissaan, etteivät Lenovolle tarjotut alennukset täyttäneet oikeuskäytännössä edellytettyä yksinostoalennusten laajuutta.<sup>270</sup>

Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus sai sekä positiivista että negatiivista palautetta alan asiantuntijoilta.<sup>271</sup> Esimerkiksi Sheryl Khoon näkemyksen mukaan Wahlin ratkaisuehdotuksen keskeisimmät kohdat olivat virheellisiä, sillä ne perustuivat aikaisemman oikeuskäytännön virheelliseen tulkintaan.<sup>272</sup> Khoon mielestä yleisen tuomioistuimen päätös oli hyvin perusteltu ja linjassa oikeuskäytännön kanssa.<sup>273</sup> Damien Geradin puolestaan piti Wahlin ratkaisuehdotusta vakuuttavana yrityksenä johdonmukaistaa oikeuskäytännön suhtautumista hinnoitteluun liittyviin väärinkäytönmuotoihin.<sup>274</sup>

Unionin tuomioistuin antoi 6.9.2017 asiaa koskevan päätöksensä ja palautti tapauksen takaisin unionin yleiseen tuomioistuimeen. Unionin kilpailuoikeuden ja etenkin ehdollisten alennusten arvioinnin kannalta kyseinen päätös oli suuri. Unionin tuomioistuin noudatti kyllä *Hoffmann-La Roche* -tapauksen periaatteita ja lausui, että mikäli määräävässä asemassa oleva yritys tarjoaa ehdollisia alennuksia, jotka velvoittavat asiakasta hankkimaan kaiken tai lähes kaiken tarpeestaan siltä, syyllistyy se SEUT 102 tarkoittamaan rikkomukseen.<sup>275</sup> Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan ollut yleisen tuomioistuimen kanssa samaa mieltä siitä, että ehdollisten alennusten kilpailunvastaisuus voidaan vain olettaa, vaikka vastapuoli olisi esittänyt perusteluita toimenpiteidensä hyväksyttävyydestä. Unionin tuomioistuin lausui:

Oikeuskäytäntöä on kuitenkin syytä täsmentää silloin, kun kyseessä oleva yritys väittää hallinnollisessa menettelyssä, ettei sen toiminta saattanut rajoittaa kilpailua ja että toiminnasta ei erityisesti seurannut moitittuja markkinoilta syrjäyttämiseen johtaneita vaikutuksia, ja kun yritys esittää näyttöä tämän väitteen tueksi.<sup>276</sup>

Unionin tuomioistuimen mukaan tällaisessa tilanteessa tulee tehdä kokonaisvaltainen analyysi siitä, voiko tutkittavana olevat alennukset syrjäyttää yhtä tehokkaan kilpailijan

---

<sup>270</sup> Opinion of AG Wahl, kohta 211.

<sup>271</sup> Ks. esim. Petit 2017, Khoo 2018, Geradin 2016 sekä Clarke 2017.

<sup>272</sup> Khoo 2018.

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> Geradin 2016, s. 10.

<sup>275</sup> Asia C-413/14 P - Intel v. komissio, kohta 137.

<sup>276</sup> Ibid. kohta 138.

markkinoilta. Unionin tuomioistuimen antaman päätöksen kannalta keskeinen kohta perusteluissa kuului seuraavasti:

Jos komissio tekee tällaisen analyysin päätöksessä, jossa alennusjärjestelmä todetaan väärinkäytöksi, unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä on tutkia kaikki kantajan perustelut, joilla pyritään kyseenalaistamaan se, onko komissio todennut perustellusti, että kyseisellä alennusjärjestelmällä saattaa olla syrjäyttävä vaikutus.<sup>277</sup>

Vaikka komissio lausui päätöksessään, ettei AEC-testillä ollut merkitystä tapauksen kannalta, oli se kuitenkin tehnyt edellä mainitun analyysin käyttämällä kyseistä testiä ja päätynt sen perusteella siihen, että Intelin menettelyllä saatetaan sulkea AMD pois markkinoilta.<sup>278</sup> Unionin tuomioistuin päätyi palauttamaan tapauksen yleiseen tuomioistuimeen juuri sen vuoksi, ettei yleinen tuomioistuin ollut tutkinut Intelin väitteitä siitä, ettei sen tarjoamilla alennusjärjestelmillä ollut AMD:tä syrjäyttävää vaikutusta ja, että komissio oli tehnyt virheitä AEC-testin yhteydessä.<sup>279</sup>

Unionin tuomioistuimen päätös oli merkittävä ennen kaikkea sen vuoksi, että siinä annettiin todellista painoarvoa harjoitettujen alennuskäytäntöjen vaikutuksille, johon on ainakin teoreettisella tasolla pyritty viemään SEUT 102 artiklan ja etenkin markkinoita sulkevien menettelytapojen arviointia 2000-luvun alusta alkaen. Yleisen tuomioistuimen antaman ratkaisun jälkeen keskusteltiin jopa siitä, että johtaako se vaikutusten arvioinnin merkityksen katoamiseen sekä komission vuoden 2009 antaman määräävää asemaa koskevan tiedonannon muuttamiseen.<sup>280</sup>

On hankala ennustaa, mikä tapauksen lopullinen päätös tulee olemaan, sillä unionin tuomioistuin jätti ratkaisussaan vastaamatta moneen keskeiseen kysymykseen, sekä muun muassa Intelin toiseen ja kolmanteen valitusperusteeseen. Etenkin AEC-testin ympärillä on useita kysymyksiä, joihin ei annettu vastauksia. Esimerkiksi tällä hetkellä on epäselvää, voiko kustannukset kattava alennuskäytäntö olla kilpailunvastaista tai mikä on kokonaisvaltaisen analyysin ja AEC-testin suhde toisiinsa, eli voiko kokonaisvaltaisella analyysillä korvata AEC-testin käytön, kun arvioidaan menettelyn mahdollisuutta sulkea kilpailijat pois markkinoilta.<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> Asia C-413/14 P - Intel v. komissio, kohta 141

<sup>278</sup> Ibid. kohta 142.

<sup>279</sup> Ibid. kohta 147.

<sup>280</sup> Ks. esim. Marinova 2017 sekä Nihoul 2014.

<sup>281</sup> Jourdan et al. 2017, s. 4.

James Venitin mukaan ainakin seuraavat kolme lopputulosta ovat mahdollisia:

- 1) yleinen tuomioistuin tulee siihen johtopäätökseen, että komissio teki perustavanlaatuisia virheitä AEC-testin soveltamisessa, minkä vuoksi komission päätös tulee kumota
- 2) yleinen tuomioistuin tulee siihen johtopäätökseen, että komissio sovelsi AEC-testiä oikein kaikissa tai joissain kohdissa ja rikkomuspäätös säilyy niiden kohdalla, jossa AEC-testiä sovellettiin oikein
- 3) yleinen tuomioistuin ottaa AEC-testissä huomioon Itelin väitteet ja mikäli Intelin toiminta ei siltikään läpäise AEC-testiä yleinen tuomioistuin toteaa Intelin syyllistyneen määräävän aseman rikkomiseen.<sup>282</sup>

Päätyypä yleinen tuomioistuin ratkaisussaan mihin lopputulokseen tahansa, on unionin tuomioistuimen päätös kuitenkin selkeä askel kohti taloustieteellisempää arviointia uskollisuusalennusten kohdalla.

### 3.5 Uskollisuutta luovat alennukset

Ehdolliset alennukset ovat unionin oikeuskäytännössä tyypillisesti jaettu siis kolmeen ryhmään, eli paljousalennuksiin, uskollisuusalennuksiin ja uskollisuutta luoviin alennuksiin. Määräävässä asemassa oleva yritys voi luoda asiakasuskollisuuteen houkuttavan alennusjärjestelmän myös muuten kuin suoranaisesti edellyttämällä asiakkaan hankkimaan kaiken tai lähes kaiken tarpeistaan siltä.<sup>283</sup> Tyypillinen ja yleisesti käytössä oleva keino on asettaa asiakkaalle tietty ostoraja, jonka jälkeen asiakkaalle myönnetään alennus joko ainoastaan rajan ylittävistä tai myös rajaa edeltävistä ostoista.<sup>284</sup> Tilanne voi hyvinkin olla samanlainen kuin uskollisuusalennusten kohdalla, alennusten kynnyksrajaa korkeus saattaa olla ainoa erottava tekijä.

Unionin yleinen tuomioistuin lausui uskollisuutta luovista alennuksista (kolmannen ryhmän alennukset) *Intel*-tapauksessa seuraavasti:

Kolmanneksi on muitakin alennusjärjestelmiä, joissa taloudellisen kannustimen myöntämiseen ei liity suoraan ehto siitä, että hankinnat tehdään yksinomaan tai lähes yksinomaan määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, mutta joissa alennuksen myöntämismekanismeilla voi olla myös uskollisuutta edistävä vaikutus (jäljempänä kolmanteen ryhmään kuuluva alennus). Tähän alennusryhmään

---

<sup>282</sup> Venit 2017, s. 194. Vapaa käännös.

<sup>283</sup> Whish – Bailey 2015, s. 774.

<sup>284</sup> Ibid.

kuuluvat muun muassa järjestelmät, joissa alennukset ovat riippuvaisia myyntitavoitteiden toteutumisesta yksittäistapauksissa ja joissa kyse ei ole yksinostoalennuksista, koska niihin ei liity mitään yksinoikeussitoutumusta tai sitoumusta kattaa tarpeet tietyiltä osin määräävässä asemassa olevalta yritykseltä.<sup>285</sup>

Mielenkiintoista alennusten luokittelussa on se, että etenkin uskollisuusalennusten ja uskollisuutta luovien alennusten rajanveto ei ole selkeä eikä ongelmaton, mutta niihin suhtaudutaan lähtökohtaisesti, ainakin vanhemman oikeuskäytännön mukaan, selvästi eri lailla. Kuten aiemmin on jo todettu, uskollisuusalennusten kohdalla tuomioistuimien on lähestulkoon todennut, että ne ovat kiellettyjä unionin kilpailuoikeuden kannalta sen tarkemmin tutkimatta alennusten vaikutuksia. Oikeuskäytännössä uskollisuutta luovien alennusten kohdalla moitittavuuden arvioinnissa on puolestaan edellytetty kokonaisvaltaista arviointia. Oikeuskäytännössä uskollisuutta luovien alennusten arvioinnista on lausuttu muun muassa seuraavaa:

Kun tutkitaan sitä, onko tällaisen alennuksen soveltaminen määräävän aseman väärinkäyttöä, on arvioitava olosuhteita, erityisesti alennuksen myöntämisperusteita ja -tapaa, kokonaisuudessaan ja tutkittava, pyritäänkö tällä alennuksella mihinkään sen hyväksyttäväksi tekevään taloudelliseen suoritukseen perustumattomana etuna poistamaan ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittamaan tätä mahdollisuutta, estämään kilpailijoilta markkinoille pääsy taikka vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla.<sup>286</sup>

Käytännössä kokonaisvaltaisella arvioinnilla tarkoitetaan saman tyyppistä arviointia, kuin mitä komission vuoden 2009 tiedonannossa esitetään ehdollisten alennusten kohdalla. Kokonaisvaltaisessa arvioinnissa yhtä keskeisessä roolissa ei kuitenkaan ole tiedonannon mukainen AEC-testi, vaan se toimii mahdollisesti yhtenä osana arviointia. AEC-testin avulla voidaan saada osviittaa yhtä tehokkaan kilpailijan kyvystä toimia kannattavasti markkinoilla. Kokonaisvaltaisessa arviointitavassa annetaan painoarvoa muun muassa alennusten yksilöllisyyteen, takautuvuuteen, viitejakson pituuteen, alennusten mahdolliseen saalistavuuteen, yleisiin markkinarakenteisiin sekä muihin määrällisiin ja laadullisiin todisteisiin.<sup>287</sup> Kokonaisvaltaisessa arviointitavassa annetaan lisäksi painoarvoa määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämille perusteluille alennusjärjestelmien synnyttämistä tehokkuuseduista.

---

<sup>285</sup> T-286/09 – Intel v. komissio, kohta 78.

<sup>286</sup> Ibid. Katso myös esim. C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, kohta 29 ja C-549/10 P, Tomra Systems ym. v. komissio, kohta 79.

<sup>287</sup> Ks. Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, kohdat 20 – 45.

Määrävässä asemassa olevan yrityksen kannalta olisi tärkeää, että uskollisuusalennusten ja uskollisuutta luovien alennusten välinen rajanveto olisi selkeä, jotta sillä olisi mahdollisuus ennakoida paremmin sen harjoittamien alennuskäytäntöjen mahdollinen kilpailunvastaisuus tai ainakin tuomioistuimen suhtautuminen niihin. Toisaalta unionin tuomioistuimen *Intel*-tapauksessa antaman päätöksen jälkeen on epäselvää, mikä ero kyseisten alennuskategorioiden arvioinnissa todellisuudessa on, jos myös uskollisuusalennusten kohdalla tulisi tehdä kokonaisvaltainen arvio alennusten kilpailunvastaisuudesta, mikäli vastapuoli esittää perusteltuja näkemyksiään siitä, ettei sen tarjoamilla alennuksilla voi olla kilpailunvastaisia vaikutuksia.

Kuten julkisasiamies Wahl esitti *Intel*-tapauksen ratkaisuehdotuksessaan, myös monet muut tutkijat ovat sitä mieltä, että ehdollisten alennusten kategorisointi tulisi poistaa tai ainakin toisen ja kolmannen kategorian alennuksia tulisi arvioida saman viitekehyksen sisällä.<sup>288</sup> Tämä johtuu lähinnä siitä, että alennuksilla voi olla sekä kilpailulle haitallisia että hyödyllisiä vaikutuksia kuuluipa se mihin tahansa ryhmään, joten tapauskohtainen kokonaisvaltainen arviointi olisi jokaiseen kategoriaan kuuluvan alennuksen kohdalla perusteltu vaihtoehto.<sup>289</sup>

Tässä pääluvussa on pyritty esittämään keskeiset asiat ehdollisiin alennuksiin liittyen. Seuraavassa pääluvussa keskitytään tarkemmin ehdollisten alennusten arviointiin, joka on pitkään ollut keskustelun aiheena SEUT 102 artiklan kohdalla. Pääluvun tarkoituksena on selvittää etenkin muodollisen ja taloudellisen arviointitavan hyvät ja huonot puolet ja esittää näkemys siitä, kumpaa arviointitapaa tulisi käyttää alennusten kohdalla.

---

<sup>288</sup> Ks. esim. Geradin 2015, s. 22. Myöskään komission määrävää asemaa koskevassa tiedonannossa ei ehdollisia alennuksia ole luokiteltu eri ryhmiin.

<sup>289</sup> Geradin 2015, s. 22.

## 4 EHDOLLISTEN ALENNUSTEN ARVIOINTI

### 4.1 Muodollinen arviointi

#### 4.1.1 Määrittely ja taustaa

Määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamia alennuksia ja niiden arviointia koskeva keskustelu on jatkunut asiantuntijoiden keskuudessa jo useamman vuosikymmenen. Oikeuskäytännössä noudatettu uskollisuusalennusten muodollinen arviointitapa on saanut osakseen runsaasti kritiikkiä. Alennusten arviointia koskeva kritiikki on liittynyt ennen kaikkea siihen, että tuomioistuinten arviointitapa on ollut hyvin muodollisjuridista, jossa tiettyjä alennustyyppisiä, etenkin uskollisuusalennuksia, pidetään SEUT 102 artiklan vastaisena ilman, että alennusten todellisia vaikutuksia tutkitaan.<sup>290</sup> Unionin SEUT 102 artiklaa koskevasta oikeuskäytännöstä on lausuttu, että siinä keskitytään enemmän markkinoiden rakenteiden turvaamiseen kuin kuluttajien hyvinvoinnin ja taloudellisen tehokkuuden edistämiseen.<sup>291</sup> Markkinoiden rakenteiden turvaaminen on lähtenyt Euroopan yhteisön perustamisajankohdan markkinoiden rakenteista, jolloin sisämarkkinat olivat hyvin keskittyneet ja kyseinen suhtautumistapa määräävässä asemassa olevien yritysten toimintoihin nähtiin keinona rajoittaa taloudellisen vallan liiallista keskittymistä yksittäisten yritysten haltuun.<sup>292</sup>

Muodollisen arviointitavan on sanottu saaneen vaikutteita ordoliberaaalilta koulukunnalta, joka oli maailmansotien aikana vahvassa asemassa Länsi-Saksassa ja myöhemmin muuallakin Euroopassa.<sup>293</sup> Koulukunta näki kuluttajia alistavat valtakeskittymät ongelmallisina ja pyrki estämään niiden syntymisen ja laajenemisen kilpailujärjestyksen avulla.<sup>294</sup> Ordoliberaalin koulukunnan mukaan keskeisessä asemassa oli muun muassa ”reiluus” ja näkemys siitä, että pienten ja keskisuurten yritysten turvaaminen kilpailuoikeudellisilta rikkomuksilta vaikuttaa kuluttajien hyvinvointiin positiivisesti.<sup>295</sup>

---

<sup>290</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 267.

<sup>291</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 347.

<sup>292</sup> Ibid.

<sup>293</sup> Ahlborn – Grave 2006, s. 206.

<sup>294</sup> Virtanen 2015, s. 84.

<sup>295</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 56.

Kyseisen koulukunnan mukaan tietyt määräävässä asemassa olevat toimintatavat, kuten uskollisuusalennukset ovat per se kiellettyjä, joten niillä ei voi olla muita kuin kilpailulle haitallisia vaikutuksia.<sup>296</sup>

SEUT 102 mukaisen muodollisen arviointitavan on katsottu oikeuskirjallisuudessa vastaavan pitkälti SEUT 101 artiklan arviointia tapauksissa, joissa yritysten välisen menettelyn tarkoituksena pidetään kilpailun rajoittamista.<sup>297</sup> SEUT 101 artiklan mukaista jaottelua tavoitteiltaan tai vaikutuksiltaan kilpailua rajoittaviin menettelytapoihin ei kuitenkaan suoranaisesti sisälly SEUT 102 artiklaan. Vaikutusten arvioinnista tapauksissa, joissa tarkoituksena katsotaan olevan kilpailun rajoittaminen, tuomioistuin on lausunut esimerkiksi tapauksessa *Consten ja Grundig v komissio*, että: ”Sopimuksen konkreettisia seurauksia ei tarvitse ottaa huomioon 85 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa, jos ilmenee, että sopimuksen tarkoituksena on rajoittaa, estää tai vääristää kilpailua.”<sup>298</sup>

Uskollisuusalennuksia koskevissa tapauksissa on usein käytetty vastaavanlaisia perusteluja alennusten vaikutusten arvioinnista, joten oikeuskirjallisuudessa esitetty näkemys vaikuttaa lähtökohtaisesti perustellulta. Unionin tuomioistuin lausui kuitenkin tapauksessa *Michelin II*, että:

Toisin kuin EY 81 artiklan 1 kohtaan, EY 82 artiklaan ei sisälly mitään viittausta kyseisen menettelytavan kilpailunvastaiseen tarkoitukseen tai kilpailunvastaisiin vaikutuksiin. Kun otetaan huomioon EY 82 artiklaan liittyvä asiayhteys, menettelytapaa on kuitenkin pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä vain siinä tapauksessa, että se on omiaan rajoittamaan kilpailua.<sup>299</sup>

Vaikka SEUT 102 artiklan kohdalla ei virallisesti ole vastaavaa luokittelua kuin SEUT 101 artiklan kohdalla, on kuitenkin selvää, että molempien artikloiden viitekehykseen mahtuu menettelytapoja, jotka luokitellaan lähtökohtaisesti muotonsa perusteella sallittuihin ja kiellettyihin. Kielteinen suhtautuminen esimerkiksi yritysten välisiin sopimuksiin hinnoista on ymmärrettävää, sillä niillä ei voida edes välillisesti parantaa markkinoiden toimivuutta ja lopulta kuluttajien hyvinvointia. Uskollisuusalennusten kohdalla tilanne ei kuitenkaan ole yhtä riidaton.

---

<sup>296</sup> Ahlborn – Grave 2006, s. 208. Muodollisesta arvioinnista oikeuskäytännössä katso esim. T-203/01 *Michelin II*, Kok. 2003 II-04071 ja T-219/99 *British Airways*. Kok. 2003 II-05917.

<sup>297</sup> Ks. esim. Geradin 2015, s. 21 ja Colomo 2014, s. 1.

<sup>298</sup> Asiat 56 ja 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L.* ja *Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio*, kohta 7.

<sup>299</sup> T-203/01 *Michelin II*, kohta 237.

Unionin oikeuskäytännössäkin on useissa tapauksissa ollut käsillä tilanne, jossa kilpailevien yritysten markkinaosuudet ovat pysyneet samoina tai jopa kasvaneet määräävässä asemassa olevan yrityksen alennuskäytäntöjen voimassaoloaikana, joten on vaikea ymmärtää, miten kyseisten menettelytapojen kohdalla on perustelua olettaa niiden olevan kilpailunvastaisia. Tällaisten tapausten kohdalla perusteluissa on todettu, että kilpailevat yritykset olisivat luultavasti menestyneet vielä paremmin, mikäli dominantti yritys ei olisi myöntänyt uskollisuusalennuksia.<sup>300</sup> Käytännössä kyseisen toteaman avulla voidaan katsoa lähes kaikkien dominantin yrityksen liiketoimien rikkovan SEUT 102 artiklaa. Toteaman selittävänä tekijänä toimii dominantin yrityksen erityinen velvollisuus olla rajoittamatta toimivaa kilpailua markkinoilla, johon tuomioistuimet ovat usein nojanneet perustellessaan alennusten kilpailunvastaisuutta muodollisen arviointitavan kohdalla. Erityisen velvollisuuden ongelma on kuitenkin siinä, ettei sen sisältöä ole tarkemmin avattu oikeuskäytännössä tai tiedonannoissa, mikä helpottaisi dominanttia yritystä arvioimaan ennakolta kielletyn ja sallitun toiminnan rajoja.

#### 4.1.2 Muodollisen arviointitavan hyödyt

Uskollisuusalennusten kohdalla käytetyn muodollisen arviointitavan hyödyiksi on oikeuskirjallisuudessa esitetty muun muassa ennakoitavuutta, selvittämiseen käytettyjen kulujen vähyyttä sekä ennalta estävyyttä.<sup>301</sup> Unionin oikeuskäytännössä syntyneen alennusten luokittelun on katsottu olevan positiivinen seikka sekä määräävässä asemassa olevan yrityksen että sen asiakkaiden kannalta juuri ennakoitavuuden takia.<sup>302</sup> Tämä kuitenkin edellyttää, että alennusten kategoriat ovat taloudellisesti ja oikeudellisesti perusteltuja.<sup>303</sup>

Muodollisen arviointitavan edustajat ovat lausuneet, että kyseiseen arviointitapaan esitetään virheellisesti kritiikkiä, jonka mukaan muodollinen arviointitapa kieltää uskollisuusalennukset per se -tyyppisesti.<sup>304</sup> Kyse ei ole per se -tyyppisestä ehdottomasta kiellosta, sillä oikeuskäytännössä on aina annettu määräävässä asemassa olevalla

---

<sup>300</sup> Ks. esim. Asia IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways, kohta 107.

<sup>301</sup> Kuoppamäki 2003, s. 931.

<sup>302</sup> Wils 2014, s. 21.

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> Whish 2015, s. 2.

yritykselle mahdollisuus esittää perustelut toiminnalleen, minkä jälkeen tapausta tutkiva taho arvioi perusteluiden uskottavuuden.<sup>305</sup> Toisaalta per se -kritiikki on liittynyt usein nimenomaan siihen, että oikeuskäytännössä uskollisuusalennusten kohdalla määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämiä perusteluja toiminnalleen ei lähes milloinkaan hyväksytä.

Muodollisen arviointitavan hyödyksi on lisäksi lausuttu, että sen avulla pystytään paremmin varmistamaan SEUT:in liitteenä olevan pöytäkirjan numero 27:n sisältämä määritelmä unionin kilpailuoikeudelle tavoitteesta, joka on vääristymättömän kilpailun turvaaminen.<sup>306</sup> Kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi on välttämätöntä suojella kilpailuprosessia, eikä ainoastaan yhtä tehokkaita kilpailijoita.<sup>307</sup> Kilpailuprosessin turvaamisella on lopulta yhtäläillä positiivisia vaikutuksia kuluttajien hyvinvointiin ja tehokkuuteen kuin taloustieteellisellä arviointitavalla.<sup>308</sup> Muodollisen arviointitavan on lisäksi katsottu olevan linjassa EU:n perusoikeuskirjan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältämän laillisuusperiaatteen kanssa, sillä kyseisen arviointitavan avulla yritykset pystyvät ennakoitavasti arvioimaan rikkooko heidän menettelynsä SEUT 102 artiklaa.<sup>309</sup>

#### 4.1.3 Muodollisen arviointitavan haitat

Unionin yleisen tuomioistuimen antama päätös *Intel*-tapauksessa ja sen voimakas kritisointi kuvastaa hyvin monien alan asiantuntijoiden suhtautumista uskollisuusalennusten muodolliseen arviointitapaan. Yksi keskeisimmistä haitoista, joita uskollisuusalennusten muodolliseen arviointiin on kohdistettu liittyy siihen, että tapauksen olosuhteista riippuen uskollisuusalennuksilla voi yhtä hyvin olla kilpailun toimivuuteen positiivisia kuin negatiivisiakin vaikutuksia.<sup>310</sup> Taloustieteilijät ovatkin kritisoineet alennusten luokittelua vahvasti, koska jaottelulle ei löydy taloustieteellisiä perusteluita; alennuksen muodosta ei voida päätellä sen tapauskohtaisia vaikutuksia.<sup>311</sup>

---

<sup>305</sup> Whish 2015, s. 2.

<sup>306</sup> Wils 2014, s. 16. Ks. lisäksi Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) pöytäkirja (N:o 27).

<sup>307</sup> Wils 2014, s. 16

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> Ibid. s. 18

<sup>310</sup> Spector 2005, s. 1.

<sup>311</sup> Geradin 2015, s. 22.

Tätä tosiseikkaa ei poista se, että uskollisuusalennuksen myöntää määräävässä asemassa oleva yritys.

Muodollinen arviointitapa voi helposti johtaa siihen, että dominanttia yritystä kielletään harjoittamasta alennuskäytäntöä, jolla on lopulta ainoastaan positiivisia kilpailuvaikutuksia.<sup>312</sup> Muodollisen arviointitavan puutteena on pidetty juuri sitä, että se sivuuttaa markkinoiden todellisen tilanteen ja perustuu ainoastaan olettamuksille tietyn toimenpiteen moitittavuudesta.<sup>313</sup> Tarpeettomalla puuttumisella yrityksen alennuskäytäntöihin rajoitetaan dominanttia yritystä harjoittamasta haluamaansa hinnoittelupolitiikka, mikä johtaa ainoastaan tehottomien kilpailijoita suojelemiseen. Tehottomien kilpailijoiden suojelemisesta kärsii dominantin yrityksen lisäksi kuluttajat sekä talous ylipäättänsä, sillä se estää tuotannon tekijöiden tehokkaan allokoitumisen.<sup>314</sup>

Muodollista arviointitapaa on kritisoitu myös siitä, että sen avulla uskollisuusalennuksiin suhtaudutaan lähtökohtaisesti eri lailla kuin muihin hinnoitteluun liittyviin väärinkäytön muotoihin, kuten saalistushinnoitteluun, hintaruuviin sekä hintasyrjintään, joiden kohdalla menettelyn vaikutuksille annetaan tosiasiallista painoarvoa.<sup>315</sup> Kriitikoiden mielestä uskollisuusalennusten erottamiselle muista hinnoitteluun liittyvistä väärinkäytön muodoista ei löydy konkreettisia perusteluita, minkä vuoksi niitä tulisi arvioida saman viitekehyksen sisällä.<sup>316</sup> Kyseisen arviointitavan on lisäksi katsottu estävän unionin oikeuskäytännön kehittymisen suuntaan, joka pystyisi parhaiten vastaamaan monimutkaisten markkinoiden vaatimuksiin.<sup>317</sup>

Alennusten arviointia käsittelevissä kirjoissa ja artikkeleissa vahva enemmistö, ainakin kirjoittajan näkemyksen mukaan, on taloustieteellisen arviointitavan puolella. Wouter Wils on antanut oman näkemyksensä siitä, miksi taloustieteellistä arviointitapaa puolustetaan ja muodollista arviointitapaa kritisoidaan. Hänen mukaansa muodolliseen arviointitapaan kohdistuneen kritiikin taustalla saattaa pikemminkin olla kirjoittajien henkilökohtaiset intressit ajaa taloustieteellisen arviointitavan yleistymistä uskollisuusalennusten kohdalla, kuin se, että muodollinen arviointitapa olisi

---

<sup>312</sup> Colomo 2014, s. 2.

<sup>313</sup> Vitzilaiou 2016, s. 4.

<sup>314</sup> Peepkorn 2015, s. 62.

<sup>315</sup> Vitzilaiou 2016, 3.

<sup>316</sup> Ibid.

<sup>317</sup> Ibid. s. 4.

todellisuudessa huonompi vaihtoehto.<sup>318</sup> Taloustieteellisen arviointitavan yleistyminen hyödyttäisi etenkin kilpailuoikeuden parissa työskenteleviä taloustietelijoita, sillä pelkästään AEC-testin suorittaminen vaatii huomattavan määrän työtä.<sup>319</sup> Tämän lisäksi dominanteilla yrityksillä voi olla voimakkaat intressit pyrkiä saamaan uskollisuuslennukset pois per se -tyyppisen rajoituksen piiristä.<sup>320</sup>

## 4.2 Taloustieteellinen arviointi

### 4.2.1 Määrittely ja taustaa

Kuten jo aiemmin tässä tutkielmassa on todettu, unionin SEUT 102 artiklaa koskevassa kilpailupolitiikassa on 2000-luvun alusta alkaen otettu selkeitä askeleita kohti taloustieteellisempää arviointitapaa. Keskeisenä syynä tähän oli muodolliseen arviointitapaan kohdistettu kritiikki, johon liittyi muun muassa se, että kyseinen arviointitapa keskittyy lähinnä markkinoiden rakenteiden suojelemiseen, kuluttajien hyvinvoinnin ja taloudellisen tehokkuuden sijasta.<sup>321</sup> Käytännössä muodollisella arviointitavalla saatetaan ennemminkin suojella kilpailijoita eikä kilpailua. Kun puhutaan siirtymisestä taloustieteellisempään arviointitapaan, voidaan myös puhua siirtymisestä kohti vaikutusperusteista arviointitapaa.<sup>322</sup>

Taloudellisessa arviointitavassa väärinkäytön muoto ei ole ratkaiseva tekijä, vaan jokaisen tapauksen ratkaisu perustuu taloudellisten todisteiden ja faktojen arviointiin, minkä lisäksi otetaan huomioon, miten markkinoiden kilpailu ylipäätään toimii.<sup>323</sup> Vain tällä tavalla voidaan saada luotettavaa tietoa siitä, miten tutkittavana oleva menettelytapa vaikuttaa kuluttajien hyvinvointiin. Taloudellisessa arviointitavassa keskeisessä asemassa onkin juuri kuluttajan hyvinvointi; määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytavat ovat kiellettyjä, mikäli ne suoraan tai epäsuorasti aiheuttavat vahinkoa

---

<sup>318</sup> Wils 2014, s. 32.

<sup>319</sup> Ibid.

<sup>320</sup> Ibid.

<sup>321</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 347.

<sup>322</sup> Bishop – Walker 2010, s. 10.

<sup>323</sup> Gual 2005, s. 2.

kuluttajille.<sup>324</sup> Keskeinen ero muodolliseen arviointitapaan on se, että taloudellisessa arviointitavassa kuluttajille aiheutuva vahinko tulee pystyä osoittamaan, pelkkä oletamus tietyn toimintatavan vahingollisuudesta ei riitä.<sup>325</sup>

Mielenkiintoinen kysymys ja keskustelunaihe asiantuntijoiden keskuudessa on ollut se, millä todennäköisyydellä aiheutunut vahinko tulee osoittaa.<sup>326</sup> Oikeuskäytännössä kyseisestä aiheesta on lausuttu esimerkiksi seuraavasti:

”Jotta tällaisen käytännön voidaan osoittaa olevan väärinkäyttöä, sillä on oltava kilpailua rajoittava vaikutus markkinoihin mutta kyseisen vaikutuksen ei välttämättä tarvitse olla konkreettinen, vaan on riittävää osoittaa sellainen mahdollinen kilpailua rajoittava vaikutus, joka on omiaan syrjäyttämään markkinoilta määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa vähintäänkin yhtä tehokkaat kilpailijat.”<sup>327</sup>

Lisäksi tulee pystyä määrittelemään konkreettisesti, minkälaista vahinkoa kuluttajille yrityksen toimintatavoista aiheutuu.<sup>328</sup> Suoraan kuluttajien hyvinvointiin vaikuttavat esimerkiksi keskeisen kilpailijan poistumisesta aiheutuva tuotteiden hinnan nousu tai vaihtoehtoisten tuotteiden väheneminen.<sup>329</sup>

Kuluttajien hyvinvointia suojeleva kilpailupolitiikka juontaa juurensa Chicagon koulukunnan oppeihin, joiden keskiössä on taloudellinen tehokkuus, etenkin allokaatiivinen tehokkuus.<sup>330</sup> Kyseisen koulukunnan mukaan alhaisiin hintoihin ja tuotteiden kehitykseen tulee kannustaa; mikäli vähemmän tehokkaat yritykset sulkeutuvat markkinoilta, se on ainoastaan positiivinen asia.<sup>331</sup> Kilpailijoiden suojelemista ei pidetä Chicagon koulukunnassa hyväksyttävänä lähtökohtana kilpailuoikeudelliselle sääntelylle, vaan yrityksen menettelytapoihin tulee puuttua ainoastaan, mikäli ne vähentävät tehokkuutta ja aiheuttavat vahinkoa kuluttajille.<sup>332</sup> Koulukunnan mukaan kuluttajille aiheutuva vahinko tulee pystyä osoittamaan taloudellisten ja empiiristen todisteiden avulla.<sup>333</sup> Kuluttajien ollessa koko

---

<sup>324</sup> Gual 2005, s. 2.

<sup>325</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 347.

<sup>326</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 445.

<sup>327</sup> Asia C-52/09, Konkursverket v TeliaSonera Sverige AB, Kok. I-527, kohta 64.

<sup>328</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 347.

<sup>329</sup> Ibid.

<sup>330</sup> Kyseisellä termillä tarkoitetaan yksinkertaistettuna sitä, että resurssit allokoidaan optimaalisimmalla tavalla. Termin määrittelystä ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 166. Dorsey – Jacobson 2015, s. 110.

<sup>331</sup> Dorsey – Jacobson 2015, s. 110.

<sup>332</sup> Ibid.

<sup>333</sup> Ibid. s. 111.

kilpailupolitiikan keskiössä on johtanut siihen, että koulukunnan edustamaa aatetta on kutsuttu kuluttajien hyvinvointimalliksi.<sup>334</sup>

Chicagon koulukunnan ideologia ei kuitenkaan vastaa täysin taloudellista arviointitapaa. Erona on esimerkiksi se, että kyseisessä koulukunnassa oli vahvasti esillä *laissez-faire*<sup>335</sup>-tyyppinen suhtautuminen markkinoita sulkeviin toimenpiteisiin.<sup>336</sup> Taloudellinen arviointitapa onkin lähempänä Yhdysvaltaista *rule of reason*<sup>337</sup>-tyyppistä arviointitapaa, jota muun muassa post-Chicagon koulukunnan edustajat suosivat.<sup>338</sup> Yhteinen piirre kyseisten koulukuntien ideologioissa sekä taloudellisessa arvioinnissa on joka tapauksessa kuluttajien hyvinvoinnin merkitys kilpailuoikeudellisessa päätöksenteossa.

#### 4.2.2 AEC-testi

Komission vuonna 2009 antaman tiedonannon mukaan ehdollisten alennusten arvioinnissa keskeisessä asemassa on yhtä tehokkaan kilpailijan testi. AEC-testi on ensimmäinen vaihe alennusten kilpailunvastaisuuden arvioinnissa. Se ei kuitenkaan ole välttämätön osa arviointia, vaan testiä sovelletaan, mikäli on käytössä tarpeeksi totuudenmukaista dataa.<sup>339</sup> Kyseisen testin perimmäisenä ajatuksena on tutkia sitä, pystyisikö hypoteettinen yhtä tehokas yritys kuin määräävässä asemassa oleva toimimaan markkinoilla, sillä myyntihinnalla, jota määräävässä asemassa oleva yritys veloittaa asiakkailtaan.<sup>340</sup> Hypoteettinen yritys on ”kopio” määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, joten sen poissulkeutuminen markkinoilta voi tarkoittaa sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys hinnoittelee tuotteensa alle kustannusten.<sup>341</sup>

---

<sup>334</sup> Kuoppamäki 2003, s. 167

<sup>335</sup> Termillä tarkoitetaan käytännössä sitä, että markkinat korjaavat itse itsensä, eli kyseisiin menettelytapoihin ei tarvitse puuttua kilpailuoikeudellisin keinoin. Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 419.

<sup>336</sup> Etro – Kokkoris 2010, s. 9.

<sup>337</sup> Termillä tarkoitetaan kokonaisvaltaista arviointitapaa, jossa huomioidaan menettelytavan negatiiviset ja positiiviset vaikutukset, minkä pohjalta tehdään ratkaisu. Ks. esim. OECD 1993, s. 77.

<sup>338</sup> Gual 2005, s. 3.

<sup>339</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 22.

<sup>340</sup> European Economic & Marketing Consultants: More Economics Based Approach In Article 102 Tefu: New Test Procedures, s. 3.

<sup>341</sup> Ibid.

Testin suorittaminen vaatii huomattavan määrän luotettavaa dataa muun muassa tuotteen valmistuskustannuksista ja myyntihinnoista.<sup>342</sup> Koska kyseessä on hypoteettinen kopio määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, komissio ottaa lähtökohdaksi dominantin yrityksen omat kustannukset ja myyntihinnat, mikäli ne ovat saatavilla. Mikäli käytettävissä ei ole luotettavaa tietoa määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksista, komissio käyttää kilpailevien yritysten kustannuksia testin suorittamiseen.<sup>343</sup> Muiden kuin dominantin yrityksen kustannusten käyttäminen AEC-testin suorittamiseen on sinänsä ongelmallista, koska testin lopputulos ei välttämättä anna totuudenmukaista kuvaa hinnoittelun kannattavuudesta dominantin yrityksen kohdalla. Dominantti yrityksen hinnoittelupolitiikka perustuu sen omiin kustannuksiin, eikä sen pitäisikään tietää kilpailevan yrityksen kustannuksia.<sup>344</sup>

Pelkästään tiedot määräävässä asemassa olevan yrityksen kustannuksista ja hinnoista eivät riitä testin suorittamiseksi. AEC-testin soveltaminen käytännön tapauksiin vaatii ensinnäkin kilpailun piiriin kuuluvan osuuden selvittämistä, joka voi yksinkertaisimpia tapauksia lukuun ottamatta olla erittäin hankalaa.<sup>345</sup> Kyseisellä osuudella tarkoitetaan siis sitä määrää asiakkaan ostoista, joista kilpailevilla yrityksillä on todellisuudessa mahdollista kilpailla määräävässä asemassa olevan yrityksen kanssa.<sup>346</sup> Kilpailun piiriin kuuluva osuus voi käytännössä olla mitä tahansa 0 – 100 %:n väliltä, eikä se kulje käsikädessä markkinaosuuksien kanssa, vaan se tulee ratkaista tapauskohtaisen arvioinnilla.<sup>347</sup>

Kilpailun piiriin kuuluvan osuuden yhteydessä on esimerkiksi *Intel*-tapauksessa käsitelty välttämättömän kauppakumppanin käsitettä. Komission mukaan OEM:ien toiminnan kannalta oli välttämätöntä hankkia tietty määrä Intelin valmistamia prosessoreita.<sup>348</sup> Komission mukaan Intelin on tällöin mahdollista ”vyöryttää” markkinavoimaansa

---

<sup>342</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 11.

<sup>343</sup> Ibid.

<sup>344</sup> Peeperkorn 2018, s. 3.

<sup>345</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 494. Komission määräävää asemaa koskevassa tiedonannossa lisäalennusten kohdalla puhutaan ”asianomaisen hankintaosuuden” selvittämisestä, kun taas jälkikäteen myönnettävien alennusten kohdalla selvitetään ”kilpailun piiriin kuuluva osuus”. Lisäalennusten kohdalla asianomainen hankintaosuus on alennukseen oikeuttavan rajan ylittävät ostot. Myös komissio on kyseisessä tiedonannossa lausunut asianomaisen hankintaosuuden selvittämisen vaikeudesta, ks. tiedonannon alaviite 29.

<sup>346</sup> Ks. esim. Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, s. 303.

<sup>347</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 494 – 495.

<sup>348</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, kohta 870.

kilpailun ulkopuoliselta alueelta kilpailun piiriin kuuluvalla alueella myöntämällä alennuksia.<sup>349</sup> Käytännössä siis alennuksilla voidaan vaikuttaa kysynnän joustavuuteen kilpailun piiriin kuuluvalla alueella.<sup>350</sup> *Intel*-tapauksessa komissio käytti kilpailun piiriin kuuluvan osuuden arviointiin muun muassa OEM:ien omia arvioita kyseisestä osuudesta, mikä ei lähtökohtaisesti vaikuta kovin luotettavalta lähtökohdalta. Komissio jopa arvioi kilpailun piiriin kuuluvan osuuden AMD:n ja Dell:in väliltä pienemmäksi kuin mitä AMD itse oli sisäisissä asiakirjoissaan arvioinut.<sup>351</sup>

AEC-testin lopputuloksen kannalta kilpailun piiriin kuuluvan osuuden tarkka selvittäminen on erittäin tärkeää. Komission entisen kilpailun pääosaston pääekonomistin Damien Nevenin mukaan se on AEC-testin kannalta jopa tärkeämpää kuin marginaalikustannusten virheetön selvittäminen.<sup>352</sup> Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että mitä pienempi kilpailun piiriin kuuluva osuus on, sitä todennäköisempää on kilpailijoiden sulkeutuminen pois markkinoilta, ja luonnollisesti kilpailun piiriin kuuluvan osuuden ollessa suuri, on vaikutus vastakkainen.<sup>353</sup> Tämän lisäksi kilpailun piiriin kuuluvan osuuden tarkka määrittäminen on keskeistä, sillä arvioitaessa hintaa, jonka kilpaileva yritys joutuu tarjoamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaalle, lasketaan kilpailun piiriin kuuluvalla alueella ja siitä vähennetään alennus, jonka asiakas menettäisi vaihtaessaan tavarantoimittajaa.<sup>354</sup>

Kun kilpailun piiriin kuuluva osuus on saatu selvitettyä, seuraava vaihe on päättää oikea aikahorisontti, jonka aikana asiakkaat tyypillisesti tekevät päätöksen vaihtavatko he tavarantoimittajaa vai eivät.<sup>355</sup> Aikahorisontti ja kilpailtu osuus liittyvät vahvasti toisiinsa. Tämä johtuu siitä, että kilpaillun osuuden määrä riippuu aikahorisontin pituudesta; lyhyen ajanjakson sisällä yrityksillä on lähtökohtaisesti enemmän esteitä vaihtaa tavarantoimittajaa kuin pidemmällä ajanjaksolla.<sup>356</sup> Mitä enemmän yrityksellä on esteitä vaihtaa toimittajaa määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, sitä pienempi on

---

<sup>349</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, kohta 1005.

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> Ibid, kohta 1239.

<sup>352</sup> Neven 2010. s. 22.

<sup>353</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 500.

<sup>354</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 11.

<sup>355</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 497.

<sup>356</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, kohta 1013.

kilpailtu osuus. Tavarantoimittajan vaihdon esteenä voi usein olla esimerkiksi voimassa oleva sopimus nykyisen toimittajan kanssa, jota ei saa puretuksi ilman korvauksia.

Aikahorisontin pituus tulee arvioida tapauksen tosiseikaston perusteella. *Intel*-tapauksessa painoarvoa annettiin muun muassa sille, että Intelin ja OEM:ien kanssa tehdyt sopimukset ja alennuskäytännöt olivat usein määritelty vuoden tai alle vuoden mittaisiksi.<sup>357</sup> Tämän lisäksi siihen, että tapauksessa aikahorisontti määriteltiin vuoden mittaiseksi vaikutti vahvasti niin x86-prosessoihin kuin ylipäätään tietotekniikkaan liittyvä nopea kehitystahti.<sup>358</sup> Käytännössä siis kyseisillä markkinoilla operoivien yritysten ei ole houkuttelevaa sitoutua pitkiin sopimuksiin tiettyjen tuotteiden kohdalla, sillä on oletettavaa, että lyhyen ajanjakson sisällä tulee kehittyneempiä korvaavia tuotteita markkinoille. Mielenkiintoinen kysymys tässä on se, miksei komissio päätenyt vastakkaiseen lopputulokseen kyseisen perustelun pohjalta, eli todennut, että x86-prosessoreiden nopean kehitystahdin johdosta kilpailun piiriin kuuluva osuus on laaja.<sup>359</sup> Mikäli tuotteet jatkuvasti kehittyvät, pitäisi yhtä tehokkailla kilpailijoilla lähtökohtaisesti olla samat mahdollisuudet tehdä sopimuksia asiakkaiden kanssa uuden tuotteen kohdalla.

Kun aikahorisontti ja kilpailun piiriin kuuluva osuus on selvitetty, seuraavaksi tulee vertailla määräävässä asemassa olevan yritysten kustannuksia ja hintoja. Mikäli yhtä tehokas kilpailija sulkeutuu pois markkinoilta, on määräävässä asemassa olevan yrityksen lähtökohtaisesti tarjottava tuotteitaan alle valmistuskustannusten. Komissio on vuoden 2009 määräävää asemaa koskevassa tiedonannossaan todennut, että se todennäköisesti käyttää kustannusten vertailuarvoina keskimääräisiä vältettävissä olevia kustannuksia ja pitkän aikavälin keskimääräisiä lisäkustannuksia (long-run average incremental cost, LRAIC).<sup>360</sup>

Keskimääräisillä vältettävissä olevilla kustannuksilla tarkoitetaan nimensä mukaisesti niitä kustannuksia, jotka yritys välttäisi, mikäli se luopuisi kyseisen tuotteen valmistamisesta.<sup>361</sup> Käytännössä siis tutkitaan sitä, tuottaako tuotteen myynti enemmän

---

<sup>357</sup> Asia COMP/C-3/37.990 – Intel, kohta 115.

<sup>358</sup> Ibid. kohta 1018

<sup>359</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 497.

<sup>360</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 11.

<sup>361</sup> Bishop – Walker 2010, s. 303.

kuin mitä yritys säästäisi, mikäli se lopettaisi tuotteen valmistamisen.<sup>362</sup> Kyseisiin kustannuksiin luetaan kaikki kiinteät kustannukset, jotka eivät ole uponneita kustannuksia sekä muuttuvat kustannukset, jotka aiheutuvat markkinoilla pysymisestä.<sup>363</sup> Aikahorisontin pituus vaikuttaa myös vältettävissä oleviin kustannuksiin, sillä mitä pidempi tutkittava ajanjakso on, sitä useampi yrityksen kustannuksista voidaan katsoa olevan vältettävissä. Todella lyhyen ajanjakson aikana puolestaan todella harva kustannus on vältettävissä.

Mikäli yritys hinnoittelee tuotteensa alle keskimääräisten vältettävissä olevien kustannusten, se ei minimoi ainakaan lyhyen ajanjakson tappioitaan, jonka on yleisesti katsottu tarkoittavan kilpailijan poissulkeutumisen tavoittelua ja indikoivan määrävään aseman väärinkäyttöä.<sup>364</sup> Toisaalta oikeuskäytännössä on myös todettu, että poikkeustilanteissa yrityksillä saattaa olla syitä hinnoitella tuotteensa kyseisen rajan alapuolelle.<sup>365</sup> Taloustieteilijät ovat puolestaan esittäneet useita perusteluja sille, että yritys hinnoittelee tuotteensa alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten.<sup>366</sup> Perusteluina on esitetty muun muassa kilpailuun vastaamista, uuden tuotteen myynninedistämistarjouksia sekä vapaan kapasiteetin käyttöä taloudellisen taantuman aikana.<sup>367</sup>

Pitkän aikavälin keskimääräisiin lisäkustannuksiin kuuluvat käytännössä kaikki ne kustannukset, jotka tarvitaan markkinoille tulon ja kyseessä olevan tuotteen valmistamiseen.<sup>368</sup> Pitkän aikavälin keskimääräiset lisäkustannukset ovat siis lähtökohtaisesti korkeammat kuin keskimääräiset vältettävissä olevat kustannukset, koska ne sisältävät markkinoille tulon liittyvät kiinteät, uponneet kustannukset.<sup>369</sup> Komission vuoden 2009 tiedonannon perusteella, pitkän aikavälin keskimääräisten lisäkustannusten alittavan hinnoittelun ei katsota yhtä varmasti ajan kilpailijoita pois markkinoilta kuin vältettävissä olevien kustannusten alittavan hinnoittelun.<sup>370</sup>

---

<sup>362</sup> Bishop – Walker 2010, s. 303.

<sup>363</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 297.

<sup>364</sup> Discussion on predatory foreclosure 2004, s. 5.

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> Bishop – Walker 2010, s. 315.

<sup>367</sup> Ibid. s. 304. On kuitenkin syytä mainita, että kyseisiä perusteluja on käytetty saalistushinnoitteluun liittyvien tapausten kohdalla. Tämä ei kuitenkaan sulje pois sitä, että samoja perusteluja voitaisiin käyttää alennuksia käsittelevien tapausten kohdalla.

<sup>368</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 298

<sup>369</sup> Komission määrävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 11.

<sup>370</sup> Ibid.

Käytännössä tilanne on kyseisen tiedonannon perusteella seuraavanlainen:

-  $H$  (=hinta) > pitkän aikavälin keskimääräiset lisäkustannukset = alennus ei voi sulkea markkinoilta yhtä tehokasta kilpailijaa

- keskimääräiset vältettävissä olevat kustannukset <  $H$  < pitkän aikavälin keskimääräiset lisäkustannukset = komissio ottaa huomioon muut tekijät ja päättelee kokonaisuuden perusteella, voiko alennuksilla estää yhtä tehokkaan kilpailijan laajentumisen tai markkinoille tulon, sekä arvioi kilpailijoiden käytössä olevia vastastrategioita

-  $H$  < keskimääräiset vältettävissä olevat kustannukset = alennuksella pystytään todennäköisesti sulkemaan yhtä tehokas kilpailija markkinoilta.<sup>371</sup>

Vaikka AEC-testin perusteella näyttäisi siltä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamalla hinnalla voidaan sulkea yhtä tehokas kilpailija markkinoilta, ottaa komissio kuitenkin myös muut laadulliset ja määrälliset seikat huomioon arvioidessaan tapausta.<sup>372</sup> Tämän lisäksi määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on ainakin teoriassa mahdollisuus esittää toiminnalleen puolustuksia.<sup>373</sup> Komission 2009 vuoden tiedonannossa perustelut on jaettu objektiiviseen välttämättömyyteen ja tehokkuusetiin.<sup>374</sup>

Kyseisen tiedonannon mukaan objektiivinen välttämättömyys riippuu määräävässä asemassa olevan yrityksen ulkoisista seikoista. Esimerkiksi tähän kategoriaan liittyvästä puolustuksesta komissio on maininnut tuotteeseen liittyvät terveys- ja turvallisuussyyt.<sup>375</sup> Unionin oikeuskäytännössä terveys- ja turvallisuussyihin vetoaminen ei useinkaan ole osoittautunut tehokkaaksi puolustuskeinoksi. Tunnettuja tapauksia tähän liittyen on muun muassa *Hilti* ja *Tetra Pak II*.<sup>376</sup>

---

<sup>371</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 17 sekä European Economic & Marketing Consultants: Modernisation of Article 102 TFEU: Use of Economic Analysis for Conditional Rebates, s. 3.

<sup>372</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 12.

<sup>373</sup> Teoriassa sen takia, että käytännössä SEUT 102 artiklaa koskevien tapausten kohdalla ei löydy lähes ainuttakaan tilannetta, jossa määräävässä asemassa olevan yrityksen esittämät perustelut toiminnalleen olisi hyväksytty. Tutkijat eivät ole löytäneet selkeää syytä sille, miksi SEUT 102 artiklan alla yritysten menettelyä on niin hankala perustella. Syiksi on epäilty muun muassa, että kilpailulle negatiivisten ja positiivisten vaikutusten balansointi on hankalaa sekä sitä, että komissio tutkii tapaukset, joissa on selkeä negatiivinen vaikutus kilpailulle. O'Donoghue – Padilla 2013, s. 289.

<sup>374</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 12.

<sup>375</sup> Ibid.

<sup>376</sup> Ks. T-30/89, *Hilti v Commission* [1991] Kok. II-1439 ja T-83/91 *Tetra Pak International SA v komissio*, annettu 6.10.1994.

Tiedonannon mukainen tehokkuuspuolustus sisältää samankaltaiset kumulatiiviset kohdat, jotka tulee täyttää, kuin SEUT 101 (3) artikla.<sup>377</sup> Määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee riittävällä todennäköisyydellä osoittaa, että:

- 1) sen toimenpiteistä on seurannut tai todennäköisesti seuraa teknistä tai taloudellista tehokkuutta,
- 2) toimintapata on välttämätön kyseisten tehokkuusetujen aikaansaamiseksi,
- 3) tehokkuusedut ylittävät mahdolliset negatiiviset vaikutukset kilpailuun ja kuluttajiin sekä
- 4) menettely ei poista kilpailua olennaisilta osin kyseessä olevien tuotteiden kohdalta.<sup>378</sup>

On täysin ymmärrettävää, että SEUT 101 ja 102 artikloiden tehokkuuspuolustukseen liittyvät kohdat ovat lähdes identtisiä, sillä kyseisiä artikloita voidaan soveltaa tapaukseen yhtäaikaaisesti. SEUT 102 artiklan kohdalla määräävä markkina-asema tuo kuitenkin mukanaan erityispiirteitä arviointiin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen kannalta edellä mainitun listan etenkin viimeinen kohta on hankala osoittaa, sillä kyseinen asemahan tarkoittaa, että yrityksellä on mahdollisuus toimia kilpailupaineista vapaana<sup>379</sup>, joka jo sinällään osoittaa, että kilpailu on jo joltain osin poistunut.<sup>380</sup> Tähän kun lisätään komission AEC-testin perusteella saadut johtopäätökset siitä, että yrityksen menettelyillä voidaan todennäköisesti ajaa yhtä tehokas kilpailija pois markkinoilta, on määräävässä asemassa olevan yrityksen lähtökohtaisesti erittäin hankala osoittaa, ettei kilpailu poistu olennaisilta osin. Vaikka komissio ei ole tarkemmin määritellyt, mitä ”olennaisilta osin” tarkoittaa ja onko esimerkiksi yrityksen markkinaosuuden suuruudella merkitystä kyseisen seikan kohdalta, voitaneen kuitenkin päätellä, että mitä korkeammat yrityksen markkinaosuudet ovat, sitä varmemmin kilpailu on jo olennaisilta osin poistunut.

#### 4.2.3 Taloudellisen arviointitavan hyödyt

Taloudellisen arviointitavan yksi keskeisimmistä hyödyistä on se, että tapauksen yksityiskohtaisella arvioinnilla voidaan erottaa toisistaan kilpailulle hyödylliset ja

---

<sup>377</sup> Bellamy – Child 2013, s. 790.

<sup>378</sup> Komission määräävää asemaa koskeva tiedonanto, s. 13.

<sup>379</sup> Ks. esim United Brands, kohta 65.

<sup>380</sup> O’Donoghue – Padilla 2013, s. 288.

haitalliset menettelytavat.<sup>381</sup> Tapauskohtaisella, kuluttajien hyvinvointiin keskittyvällä arvioinnilla voidaan varmistaa, ettei kilpailuviranomaiset puutu turhaan kilpailulle positiivisiin menettelytapoihin ja täten itse rajoita tehokasta kilpailua markkinoilla.<sup>382</sup>

Kuten edellä muodollisen arviointitavan haittoja käsiteltäessä on lausuttu, määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoama uskollisuusalennus voi yhtä hyvin olla kilpailun kannalta positiivinen tai negatiivinen tekijä.<sup>383</sup> Menettelytavan muodosta ei voida tehdä johtopäätöksiä sen haitallisuudesta; joissain tapauksissa tietty menettelytapa saattaa vääristää kilpailua ja toisessa tapauksessa puolestaan kyseinen menettelytapa luo tehokkuusetuja ja lisää innovointia.<sup>384</sup>

Yritykset voivat myös muotoilla alennuskäytäntönsä siten, että se esimerkiksi muistuttaa paljousalennusta, johon suhtaudutaan oikeuskäytännössä lähtökohtaisesti sallivasti, mutta todellisuudessa se voi olla yhtä haitallinen kilpailulle kuin suoranainen uskollisuusalennus.<sup>385</sup> Tästä johtuen esimerkiksi alennusten luokittelun poistaminen olisi perusteltua ja siirtyä siihen, että kaikkia alennustyyppisiä tutkitaan saman kaavan mukaisesti.

Taloustieteellisen arviointitavan käyttöä puoltaa myös se, että Euroopan unionissa noudatetaan kyseistä lähestymistapaa jo yrityskauppavalvonnassa ja SEUT 101 artiklaa koskevien tapausten kohdalla.<sup>386</sup> SEUT 102 artiklaa koskeva kilpailupolitiikka on syytä asettaa samalle modernille linjalle yrityskauppavalvonnan ja kartellitapausten kanssa. Unionin oikeuskäytännössä on useampaan otteeseen todettu, että SEUT 101 ja 102 artiklat voivat tulla rinnakkain sovelletuksi tapaukseen, mikäli molempien artikloiden edellyttämät olosuhteet tulevat täytetyksi.<sup>387</sup> Lisäksi kyseisillä artikloilla on sama päämäärä; yhteismarkkinoiden tehokkaan kilpailun säilyttäminen.<sup>388</sup> Artikloiden yhteisen tavoitteen vuoksi myös niiden arviointitavat tulisi olla yhtenäisiä.<sup>389</sup>

---

<sup>381</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 349.

<sup>382</sup> Ibid.

<sup>383</sup> Granslandt 2006, s. 7.

<sup>384</sup> Gual 2005, s. 3.

<sup>385</sup> Geradin 2015, s. 599.

<sup>386</sup> Granslandt 2006, s. 6.

<sup>387</sup> Ks. esim Asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio, kohta 116.

<sup>388</sup> Asia 6/72 Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, kohta 25.

<sup>389</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 34.

Tarpeettoman toiston välttämiseksi taloustieteellisen arviointitavan kaikkia hyötyjä ei ole tässä kappaleessa lausuttu, sillä moni niistä liittyy muodolliseen arviointitapaan kohdistettuun kritiikkiin, jota on käsitelty kappaleessa 4.1.3.

#### 4.2.4 Taloudellisen arviointitavan haitat

Myös taloustieteellisessä arviointitavassa on omat ongelmansa. Kriitikot ovat erityisesti kritisoineet yhtä tehokkaan kilpailijan testiä taloustieteellisen arviointitavan keskiössä.<sup>390</sup> Kyseisen testin yksi isoimmista ongelmista on sen soveltamisen hankaluus käytännön tilanteisiin.<sup>391</sup> Yhtä tehokkaan kilpailijan testin hankaluutta kuvastaa osuvasti se, että *Intel* -tapauksessa komission perusteluista yli 150 sivua liittyvät kyseisen testin soveltamiseen.<sup>392</sup> Kriitikot ovat esittäneet, että monimutkainen, tapauskohtaiseen arviointiin perustuva arviointitapa lisää epävarmuutta ja hallinnollisia kustannuksia.<sup>393</sup> Pelkästään AEC-testin soveltamiseen vaadittavat selvitykset kilpailunpiiriin kuuluvasta osasta voivat aiheuttaa huomattavia hankaluuksia tapausta tutkivalle toimielimelle.<sup>394</sup>

Eryyksen kriittisesti AEC-testiin on suhtautunut Euroopan komission kuultava virkamies Wouter Wils. Hänen mukaansa kyseinen testi ei sovellu määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoamien alennusten arviointiin.<sup>395</sup> Wils perustelee näkemyksensä seuraavien kohtien avulla:

- 1) testi perustuu virheelliselle luokittelulle; saalistushinnoittelu ja ehdolliset alennukset eivät kuulu samaan kategoriaan eikä saman arviointitavan alle,
- 2) testi perustuu olettamukseen, että asiakkaat arvostavat ainoastaan tuotteen hintaa, ei sen laatua ja valikoimaa,
- 3) myös vähemmän tehokkaan yrityksen sulkeutumisella pois markkinoilta voi olla kuluttajien hyvinvoinnin kannalta negatiivisia vaikutuksia,
- 4) markkinoiden kilpailutilanne voi vahingoittua ilmankin, että kilpailijoiden tulee myydä tuotteitaan tappiolla,
- 5) testin suorittaminen vaatii huomattavan määrän resursseja sekä,

---

<sup>390</sup> Jones 2015, s. 147.

<sup>391</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 349.

<sup>392</sup> O'Donoghue – Padilla 2013, s. 499.

<sup>393</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 349.

<sup>394</sup> Jones 2015, s. 147.

<sup>395</sup> Wils 2014, s. 27.

6) testi on ristiriidassa SEUT 102 artiklan tavoitteiden ja yleisesti Euroopan unionin perussopimusten taustalla olevan filosofian kanssa.<sup>396</sup>

Taloustieteellisen arviointitavan haitaksi on myös nähty se, että se saattaa aiheuttaa huomattavia hankaluuksia ja vaihtelevia lähestymistapoja unionin jäsenvaltioiden kansallisten toimielinten soveltaessa kyseistä arviointitapaa. Tämä johtuu siitä, että kaikilla jäsenvaltioilla ei välttämättä ole riittäviä resursseja ja ammattitaitoa monimutkaisten taloustieteellisten arviointien suorittamiseen.<sup>397</sup> Kyseistä arviointitapaa on lisäksi kritisoitu muun muassa siitä, että kuluttajille syntyvän vahingon toteennäyttäminen saattaa tietyissä tilanteissa olla niin vaikeaa, että kilpailulle haitalliset toimenpiteet eivät tule tuomituksi.<sup>398</sup>

Taloustieteellisen arviointitavan kritisointi AEC-testiin keskittyen on kuitenkin hieman virheellistä, sillä kyseinen arviointitapa on laaja kokonaisuus, jossa AEC-testi toimii mahdollisesti yhtenä indikaattorina dominantin yrityksen menettelyn kilpailunvastaisuuden osoittamisessa. Lopulta on kuitenkin kyse siitä, sulkeeko dominantin yrityksen alennuskäytännöt yhtä tehokkaan kilpailijan pois markkinoilta, joka tulee pystyvä osoittamaan tapauskohtaisella arviolla, jossa AEC-testiä voidaan hyödyntää tilanteen sen salliessa.

## 5 JOHTOPÄÄTÖKSET

Ehdolliset alennukset ovat Euroopan unionin oikeuskäytännössä perinteisesti jaettu kolmeen kategoriaan. Tutkielmassa havaittiin, että määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämien ehdollisten alennusten arvioinnissa alennuksen muodolla on merkittävä rooli lopputuloksen kannalta; on sekä lähtökohtaisesti sallittuja että kiellettyjä alennuksia. Ääripäitä edustavat paljous- ja uskollisuusalennukset. Dominantilla yrityksellä on yhtäläinen oikeus myöntää paljousalennuksia kuin muillakin yrityksillä, mikäli alennukset vastaavat lisämyynnistä syntyviä tehokkuusetuja.<sup>399</sup> Poikkeustilanteita lukuun ottamatta paljousalennuksia pidetään siis hyväksyttävinä.

---

<sup>396</sup> Wils 2014, s. 27

<sup>397</sup> Faull – Nikpay 2014, s. 349.

<sup>398</sup> Ibid.

<sup>399</sup> Leivo et al. 2012, s. 783.

Uskollisuusalennuksiin ollaan puolestaan suhtauduttu unionin oikeuskäytännössä hyvin kriittisesti. Raamit kriittiselle suhtautumiselle luotiin jo 1970-luvulla tapauksessa *Hoffman La-Roche*. Uskollisuusalennuksia on pidetty unionin kilpailuoikeuden tavoitteiden vastaisina. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että tuomioistuimien suhtautuminen uskollisuusalennuksiin vastaa SEUT 101 artiklan mukaista by object -rikkomusta, jolloin menettelyn tosiasiallisia vaikutuksia ei tarvitse osoittaa. Alennusten, etenkin uskollisuusalennusten, perinteisteistä muodollista arviointitapaa onkin kritisoitu valtavasti, koska dominantin yrityksen myöntämän alennuksen vaikutuksia ei voida päätellä alennuksen muodon perusteella, vaan vaikutukset riippuvat tapauksen yksityiskohdista. Uskollisuusalennukset eivät vastaa moitittavuudeltaan esimerkiksi hintakartelleja, jotka kuuluvat by object -rikkomusten kategoriaan.

SEUT 102 artiklan 2000-luvun alkupuolelta lähtenyt modernisointi, joka kulmineitui vuonna 2009 komission julkaisemaan tiedonantoon, on viimeistään uusimman *Intel*-tapauksen ratkaisun jälkeen saanut jalansijaa unionin tuomioistuimissa. Vaikka uskollisuusalennuksiin suhtaudutaan edelleen negatiivisesti, ei per se -tyyppiselle kiellolle löydy taloustieteellistä pohjaa. Mikäli dominantti yritys osoittaa, ettei sen menettely vähennä kuluttajien hyvinvointia, tulee tuomioistuimen tutkia yrityksen väitteet ja osoittaa niiden paikkansapitävyys.

Tutkielmassa havaittiin, että molempiin alennusten arviointimenetelmiin liittyy heikkouksia ja vahvuuksia. Muodollinen arviointitapa ei huomioi tapauksen tosiseikastoa, vaan perustuu olettamuksille menettelyn kilpailuvastaisuudesta. Tällöin on vaarana, että viranomaiset perusteettomasti rajoittavat tehokasta kilpailua markkinoilla suojelemalla tehottomia yrityksiä, jotka eivät lisää kuluttajien hyvinvointia. Taloustieteellisen arviointitavan heikkoutena voidaan puolestaan pitää esimerkiksi menettelyn etukäteisarvioinnin hankaluutta sekä vaadittujen resurssien määrää. Monet taloustieteelliseen arviointitapaan yhdistetyt heikkoudet liittyvät AEC-testin suorittamiseen.

Vaikka unionin oikeuskäytännössä on uusimmissa tapauksissa alettu antamaan painoarvoa taloustieteelliselle arviointitavalle ehdollisten alennusten kohdalla, on seuraavan alennuksia käsittelevän tapauksen merkitys valtava, sillä unionin tuomioistuin jätti vastaamatta moniin keskeisiin alennusten arviointiin liittyviin kysymyksiin *Intel*-

tapauksessa. Ennen kuin unionin oikeuskäytännössä aletaan noudattamaan selkeää ja johdonmukaista linjaa alennusten arvioinnissa, on dominanttien yritysten syytä välttää etenkin uskollisuuslennusten kategoriaan kuuluvien alennusten myöntämistä.