

JULKINEN VIESTINTÄ KILPAILUNRAJOITUKSENA

Eero Vähä-Vahe
OTM-tutkielma
Kilpailuoikeus ja taloustiede
Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Helmikuu 2017

TIIVISTELMÄ

Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta

VÄHÄ-VAHE, EERO: Julkinen viestintä kilpailunrajoituksena
OTM-tutkielma, XI + 90 sivua
Kilpailuoikeus ja taloustiede
Helmikuu 2017

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän tutkielman alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck -järjestelmällä.

Tässä tutkielmassa tarkastelen kysymyksiä siitä, milloin taloudellisten toimijoiden julkinen viestintä muodostuu kilpailun kannalta niin ongelmalliseksi, että viestintään olisi syytä puuttua, ja toisaalta mikä on kilpailuvalvojan keinovalikoima puuttumiseen. Tutkimus on lainopillinen: pyrin tapauskäytännön, tuoreiden potentiaalisesti ongelmallisten ilmiöiden sekä oikeus- ja taloustieteelliseen kirjallisuuden avulla selkiyttämään, milloin puuttuminen jopa seuraamusmaksuin on perusteltua ja toisaalta kuinka ennakoitavaa mahdollinen puuttuminen on yritysten näkökulmasta. Tutkimuksen perusteella näyttäisi siltä, että ilmiön haitallisuus tunnistetaan laajasti. Kun keskittyneillä markkinoilla toimiva yritys antaa ennakoivia ilmoituksia esimerkiksi tulevista hinnoista, joihin se ei itse ole vielä lopullisesti sitoutunut, puuttuminen on perusteltua. Kysymys kulminoituu viestinnän todellisen vastaanottajakunnan arviointiin: onko näennäisesti asiakkaille tai sijoittajille suunnatussa viestissä todellisuudessa mitään asiakkaita tai sijoittajia hyödyttävää informaatiota, vai onko viesti suunnattu ennen kaikkea lähimmille kilpailijoille.

Haitallisuudesta huolimatta ilmiöön ei vaikuttaisi kilpailuvalvojan näkökulmasta olevan täysin kivutonta puuttua juridisesti ainakaan seuraamusmaksujen kautta, kun viestijöinä on yrityksiä. Sen sijaan yritysten yhteenliittymien osalta kaksi tuoretta kotimaista tapausta osoittavat, että julkisiin hintasuosituksiin todella puututaan. Usean yrityksen harjoittaessa vastaavaa viestintää peräkkäin ei ongelmaa puuttumisvälineiden suhteen juurikaan pitäisi olla: yritysten välinen kommunikaatio muodostaa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan tarkoittaman yhdenmukaistetun menettelytavan, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, kun kommunikointi koskee yritysten tulevia aikeita. Tilanne on haastavampi, kun ongelmalliseksi koettuun viestintään syyllistyy vain yksi yritys. Joka tapauksessa taloustieteellinen tutkimus osoittaa, ettei hinnoilla signaalointi ole yhtä tehokas koordinoinnin väline kuin täysimittainen kartellisopimus. Näin ensisijaisen toimenpiteen tulisikin olla signaaloinnin taustalla olevan mahdollisen kartellin tai muun yhteistyön paljastaminen.

Asiasanat: kartellit, kilpailuoikeus, kilpailunrajoitus, kilpailuvalvonta, kolluusio, oligopoli, sananvapaus, signaalointi, taloustiede, tietojenvaihto, yhteinen määräävä markkina-asema

Sisällys

LÄHTEET.....	V
LYHENTEET	XI
1. JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen tausta	1
1.2 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaus	4
1.3 Tutkielman rakenne ja lähteet	5
1.4 Metodi	7
2. YRITYSTEN JULKINEN VIESTINTÄ KILPAILUOIKEUDELLISENA ONGELMANA	8
2.1. Tietojenvaihdon käsittely virallisissa julkaisuissa	8
2.1.1 Tietojenvaihto komission horisontaalisissa suuntaviivoissa.....	8
2.1.2 OECD:n julkaisu yksipuolisten ilmoitusten kilpailuhaitoista.....	10
2.2 Julkinen viestintä tapauskäytännössä kansainvälisesti	11
2.2.1 Ennakoiva hintojen julkaisu toimialan kauppatapana: sellutapaus.....	11
2.2.2 Yhdysvaltojen Ethyl-tapaus	13
2.2.3 Kutsu osallistua kolluusioon: tapaus Valassis	15
2.2.4 Alankomaiden teleoperaattorit	17
2.2.5 Hintasignalointi komission tapauskäytännössä tänään – konttikuljetusten linjaliikenne.....	18
2.3 Kotimaiset tapaukset: toimialajärjestöjen viestintä.....	20
3. HINTASIGNALOINTI TALOUSTIETEEN NAKÖKULMASTA.....	23
3.1 Kolluusio mikrotaloustieteen ilmiönä ja kolluusion pysyvyyteen vaikuttavat tekijät.....	23
3.1.1 Kolluusion määritelmä taloustieteessä.....	23
3.1.2 Markkinarakenteeseen ja -olosuhteisiin liittyvät kolluusiota edistävät tekijät	24
3.1.3 Hintojen läpinäkyvyys, tietojen vaihto ja hinnoittelukäytännöt	27
3.2 Tulevia aikeita koskeva viestintä taloustieteessä	29

3.2.1 Ennakoivien ilmoitusten kannattavuus yritysten näkökulmasta ja ilmoitusten hyvinvointivaikutukset.....	29
3.2.2 Tiettyyn tasapainotilaan päätyminen oligopolimarkkinoilla ja hintajohtajuus	32
3.2.3 Hintailmoitusten merkitys kartellissa – vitamiinikartellin kesto empiirisen aineiston perusteella	35
3.2.4 Signaointi peliteoreettisissa laboratorionkokeissa	40
3.3 Tuoreet signaointitapaukset taloustieteen valossa	44
3.4 Milloin hintoja koskevaan viestintään on syytä puuttua?	46
4. JULKINEN VIESTINTÄ SEUT 101 ARTIKLAN MUKAISESSA ARVIOINNISSA	49
4.1 Sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa..	49
4.1.1 Sopimus.....	49
4.1.2 Yritysten yhteenliittymän päätös.....	51
4.1.3 Yritysten yhdenmukaistettu menettelytapa	52
4.2 Tarkoituksena tai seurauksena kilpailun rajoittuminen.....	59
4.2.1 Kilpailijoiden välinen tietojenvaihto ja kilpailua rajoittava tarkoitus.....	59
4.2.2 Kilpailijoiden välinen tietojenvaihto ja seurauksena kilpailun rajoittuminen	62
4.3 Julkinen viestintä ja SEUT 101(3) artiklan tehokkuuspuolustus	64
4.4 Yhteinen määräävä markkina-asema – SEUT 102 artikla vaihtoehtoisena instrumenttina.....	67
4.4.1 Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite ja olemassaolo.....	67
4.4.2 Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja sovellustilanteiden arviointia	69
4.5 Yhteenveto	73
5. JULKISEEN VIESTINTÄÄN PUUTTUMINEN YRITYSTEN NÄKÖKULMASTA	75
5.1 Kilpailuoikeus sananvapauden rajoituksena	75
5.2 Yritysten tiedottamista koskevat velvollisuudet	80

5.2.1 Tiedottamista koskevat määräykset arvopaperimarkkinanormistossa	80
5.2.2 Yritysten taloudellinen raportointi käytännössä kilpailuoikeuden näkökulmasta.....	83
5.3 Oikeusturvanäkökohdat.....	87
6. YHTEENVETO	88

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. WSOY, Juva 1989.

Aine, Antti: Kilpailu ja sopimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2011.

Baker, Jonathan B.: Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory. *The Antitrust Bulletin* 1993 38(1), s. 143–219.

Bishop, Simon – Walker, Mike: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement.* 3rd edition. Sweet & Maxwell 2010.

Blair, Roger D. – Romano, Richard E.: Advance price announcements and antitrust policy. *International Review of Law and Economics* 21 (2002), s. 435–452.

Borenstein, Severin: Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994). Teoksessa John E. Kwoka – Lawrence J. White (edited): *The Antitrust Revolution.* 4th edition. Oxford University Press 2004, s. 233–251.

Calvani, Terry: The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81. Reviewed by Terry Calvani. *The Antitrust Bulletin* 2006 51(4), s. 1023–1032.

Cason, Timothy N.: Cheap talk price signaling in laboratory markets. *Information Economics and Policy* 7 (1995), s. 183–204.

Cason, Timothy N. – Davis, Douglas D.: Price Communications in a Multi-Market Context: An Experimental Investigation. *Review of Industrial Organization* 10 (1995), s. 769–787.

Cooper, Russell – DeJong Douglas V. – Forsythe, Roberts – Ross, Thomas W.: Communication in the battle of sexes game: some experimental results. *The RAND Journal of Economics* 1989 20(4), s. 568–586.

Cooper, Russell – DeJong Douglas V. – Forsythe, Roberts – Ross, Thomas W.: Communication in Coordination Games. *The Quarterly Journal of Economics* 1992 107(2), s. 739–771.

Doyle, Maura P. – Snyder, Christopher M.: Information Sharing and Competition in the Motor Vehicle Industry. *Journal of Political Economy* 1999 107(6), s. 1326–1364.

Farrell, Joseph: Cheap Talk, Coordination, and Entry. *The RAND Journal of Economics* 1987 18(1), s. 34–39.

Haltiwanger, John – Harrington, Joseph E., Jr.: The impact of cyclical demand movements on collusive behavior. *The RAND Journal of Economics* 1991 22(1), s. 89–106.

Harding, Christopher – Joshua, Julian: *Regulating Cartels in Europe.* 2nd edition. Oxford University Press 2010.

Hay, George A.: Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984). Teoksessa John E. Kwoka – Lawrence J. White (edited): *The Antitrust Revolution.* 3rd edition. Oxford University Press 1999, s. 182–201.

- Holt, Charles A. – Davis, Douglas:* The effects of non-binding price announcements on posted-offer markets. *Economic Letter* 34 (1990) 307–310.
- Ishibashi, Ikuo:* Collusive price leadership with capacity constraints. *International Journal of Industrial Organization* 26 (2008), s. 704–715.
- Kühn, Kai-Uwe:* Fighting collusion by regulating communication between firms. *Economics Policy*, Vol. 16, No. 32 (2001), s. 169–204.
- Kuoppamäki, Petri:* Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003. (Kuoppamäki 2003)
- Kuoppamäki, Petri:* Uusi kilpailuoikeus. 2. painos. Talentum, Helsinki 2012. (Kuoppamäki 2012)
- Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko:* EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2012.
- Liu, Hongyan:* Liner Conferences in Competition Law: A Comparative Analysis of European and Chinese Law. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010.
- MacLeod, W. Bentley:* A Theory of Conscious Parallelism. *European Economic Review* 27 (1985), s. 24–44.
- Markham, Jesse W.:* The nature and significance of price leadership. *American Economic Review* 41 (1951), s. 891–905.
- Marshall, Robert C. – Marx, Leslie M.:* The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings. MIT Press 2012.
- Marshall, Robert C. – Marx, Leslie M. – Raiff, Matthew E.:* Cartel price announcements: The vitamins industry. *International Journal of Industrial Organization* 26 (2008), s. 762–802.
- Mezzanotte, Félix E.:* Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error. *World Competition* 33, no. 1 (2010): 77–102. (Mezzanotte 2010a)
- Mezzanotte, Félix E.:* Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU. *European Business Law Review* (2010) 21(4), s. 519–537. (Mezzanotte 2010b)
- Monti, Giorgio:* The Scope of Collective Dominance under Articles 82 EC. (2001) 38 *Common Market Law Review*, Issue 1, s. 131–157.
- Motta, Massimo:* Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press 2004.
- Mouraviev, Igor – Rey, Patrick:* Collusion and leadership. *International Journal of Industrial Organization* 29 (2011), s. 705–717.
- Møllgaard, Peter – Overgaard, Per Baltzer:* Transparency and competition policy. Julkaisussa *The Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority 2006, s. 101–130.
- Odudu, Okeoghene:* The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81. Oxford University Press 2006.

Odudu, Okeoghene: Hub and Spoke Collusion. Teoksessa Lianos, Ioannis – Geradin, Damien (edited): Handbook on European Competition Law Substantive Aspects. Edward Elgar 2013.

Parkkonen, Jarmo – Knuts, Mårten: Arvopaperimarkkinlaki. 5. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2014.

Scherer, Frederic M. – Ross, David: Industrial Market Structure and Economic Performance. 3rd edition. Houghton Mifflin Company 1990.

Timonen, Pekka: Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 1998.

Virtanen, Martti: Market Dominance-Related Competition Policy. An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution. Turun Kauppakorkeakoulun julkaisuja Sarja A-1:1998, Turku 1998.

Wessely, Thomas W.: Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, [1999] ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, [1999] ECR I-4539; judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases). (2001) 38 Common Market Law Review, Issue 3, s. 739–765.

Whish, Richard: Information agreements. Julkaisussa The Pros and Cons of Information Sharing, Swedish Competition Authority 2006, s. 19–42.

Whish, Richard – Bailey, David: Competition Law. Eight edition. Oxford University Press 2015.

Virallislähteet

Euroopan komission tiedonanto, Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. EUVL C 101 27.4.2004.

Euroopan komission tiedonanto, Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin. EUVL C 11, 14.1.2011.

Finanssivalvonnan Määräykset ja ohjeet 7/2013 Liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuus.

OECD: Competition Policy Roundtables: Oligopoly. 1999. DAF/CLP(99)25. (OECD 1999)

OECD: Competition Policy in Liner Shipping: Final Report. 2002. DSTI/DOT 2002(2). (OECD 2002)

OECD: Competition Policy Roundtables: Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects. 2012. DAF/COMP(2012)17. (OECD 2012)

OECD: The State of the Banking Sector in Europe. Economics Department Working Papers No. 1102. 2014. ECO/WKP(2013)94. (OECD 2014)

Oikeustapaukset

Euroopan unionin tuomioistuim

Asia 56/65 *Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235

Asia 48/69 *ICI v. komissio* [1972] ECR 619 sekä julkisasiamies Mayrasin ratkaisuehdotus.

Yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73 *Suiker Unie ym. v. komissio* [1975] ECR 1663

Yhdistetyt asiat 29 ja 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA ja Rhein zinc GmbH v komissio* [1984] ECR 1679

Asia 45/85 *Verband der Sachversicherer e.V. v. komissio* [1987] ECR 405

Yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85 *Ahlström osakeyhtiö ym. v. komissio* [1993] I-ECR 1307 sekä julkisasiamies Darmonin ratkaisuehdotus I-ECR 1445

Asia C-49/92 *Komissio v. Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125

Yhdistetyt asiat C-395/96 ja C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA ym. v. komissio* [2000] ECR I-1365

Asia C-403/04 *Sumitomo Metal Industries Ltd v. komissio* [2007] ECR I-729

Yhdistetyt asiat C-101/07 P ja C-110/07 P *Coop de France bétail et viande v. komissio* [2008] ECR I-10193

Asia C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd* [2008] ECR I 8637

Asia C-8/08 *T-Mobile Netherlands v. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* [2009] ECR I-4529 sekä julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus

Asia C-286/13 *Dole Food Company v komissio* EU:C:2015:184

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin

Asia T-1/89 *Rhône-Poulenc SA v. komissio* [1991] ECR II-1034 sekä tuomari Vesterdorfin ratkaisuehdotus ECR II-869

Asia T-41/96 *Bayer AG v. komissio* [2000] ECR II-3383

Asia T-193/02 *Piau v. komissio* [2005] ECR II-209

Asia T-83/08 *Denki Kagaku Kogyo v komissio* EU:T:2012:48

Asia T-368/10 *Rubinetteria Cisal v. komissio* EU:T:2013:450

Euroopan komissio

Komission päätös 85/202/EEC (IV/29.725 – Wood pulp), 19.12.1984

Komission päätös 86/396/EEC (Polypropylene), 23.4.1986

Komission päätös asiassa COMP/E-1/37.512 – Vitamiinit, 21.11.2001

Komission päätös asiassa COMP/39.188 – Banaanit, 15.10.2008

Komission päätös asiassa AT.39850 – Konttiliikenne, 7.7.2016

Kilpailuvirasto/KKV

Seuraamusmaksuesitys dnro 502/61/06 (Suomen Hiusyrittäjät ry)

Seuraamusmaksuesitys dnro 831/14.00.00/2010 (Suomen Leipuriliitto ry)

Korkein hallinto-oikeus

KHO 14.6.2013 t. 1993

Markkinaoikeus

MAO 658/09 *Kilpailuvirasto / Suomen Hiusyrittäjät ry*

MAO 121/16 *Kilpailu- ja kuluttajavirasto / Suomen Leipuriliitto ry*

Muut ratkaisut ja päätökset

E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. Federal Trade Commission, 729 F.2d 128 (1984)

In the Matter of Valassis Communications, Inc., Federal Trade Commission C-4160 (2006)

The Netherlands Authority for Consumers & Market: Commitment decision regarding mobile operators. Case number 13.0612.53 (2014). Saatavilla englanniksi verkko-osoitteesta <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12311/Investigation-into-mobile-operators-concluded/> (vierailtu 8.12.2015).

Muut lähteet

A.P. Møller-Maersk A/S: Group Annual Report 2011. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2011> (vierailtu 16.11.2016).

A.P. Møller-Maersk A/S: Annual Report 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2012> (vierailtu 16.11.2016).

A.P. Møller-Maersk A/S: Interim Report Q2 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2012> (vierailtu 16.11.2016).

A.P. Møller-Maersk A/S: Presentation Q1 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2012> (vierailtu 16.11.2016).

CMA CGM Groupin verkkosivut: CMA CGM Group 2011 Financial Results. <https://www.cma-cgm.com/news/47/cma-cgm-group-2011-financial-results?cat=finance> (vierailtu 16.11.2016).

Euroopan komission lehdistötiedote: Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the container liner shipping sector. Saatavilla verkko-osoitteesta [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-11-307_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-307_en.htm?locale=en) (vierailtu 21.10.2016).

Euroopan komission lehdistötiedote: Antitrust: Commission opens proceedings against container liner shipping companies. Saatavilla verkko-osoitteesta [http://europa.eu/rapid/press-release IP-13-1144_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1144_en.htm) (vierailtu 21.10.2016).

Federal Trade Commissionin verkkosivut: FTC Consent Order Protects Competition in the Market for Free-Standing Newspaper Inserts.

<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0510008/valassis-communications-inc-matter> (vierailtu 8.12.2015).

Hanjin Shipping: 2011 Business Report. Saatavilla verkko-osoitteesta http://www.hanjin.com/hanjin/CUP_HOM_1783.do (vierailtu 17.11.2016).

Hapag-Lloyd AG: Interim Report Q1 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <https://www.hapag-lloyd.com/en/ir/publications/financial-report.html> (vierailtu 16.11.2016).

Hapag-Lloyd AG: Interim Report H1 2012. . Saatavilla verkko-osoitteesta <https://www.hapag-lloyd.com/en/ir/publications/financial-report.html> (vierailtu 16.11.2016).

Hapag-Lloyd AG: Interim Report 9M 2012. . Saatavilla verkko-osoitteesta <https://www.hapag-lloyd.com/en/ir/publications/financial-report.html> (vierailtu 16.11.2016).

Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: Hyvästä isännöinnistä kannattaa maksaa. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/32881.aspx> (vierailtu 21.11.2016).

Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: Laadukkaasta isännöintipalvelusta maksettava enemmän. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/33027.aspx> (vierailtu 21.11.2016).

Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintipalvelujen hinnoissa suuria korotuspaineita. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/34462.aspx> (vierailtu 21.11.2016).

Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: isännöinnin palkkioita remonteissa on korotettava. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/39610.aspx> (vierailtu 21.11.2016).

Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: isännöinnin työmäärä kasvaa – edessä hinnoitteluremontti. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/42395.aspx> (vierailtu 21.11.2016).

Kalevan verkkosivut: Fazer: Leivän hinta nousussa. <http://www.kaleva.fi/uutiset/oulu/fazer-leivan-hinta-nousussa/173119/> (vierailtu 10.12.2015).

Kauppalehti 26.10.2015, s. 6–7: Nordea: Asuntolainat kallistuvat ensi keväänä.

Kauppalehti 29.10.2015, s. 11: Kilpailuviranomainen sulki OP:n suun.

Kauppalehti 2.11.2015, s. 9: Minne menee asuntolainan hinta?

Kauppalehti 3.11.2015: Mikä huolestuttaa asuntolainojen hintaennusteissa?

Kauppalehti 4.11.2015, s. 2: Kuluttaja häviää asuntolainafarssin.

Kauppalehti 14.1.2016, s. 6–7: Asiantuntijat ennustavat hyvää vuotta asuntokaupoissa.

Kauppalehti 8.2.2016, s. 6: Negatiivisista euriboreista korotuspaineita marginaaleihin.

Nasdaq Helsinki Oy: Pörssin säännöt, 1.3.2016. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://business.nasdaq.com/list/Rules-and-Regulations/European-rules/nasdaq-helsinki/index.html> (vierailtu 16.11.2016).

NYK Group Annual Report 2011. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://www.nyk.com/english/ir/library/nyk/> (vierailtu 17.11.2016).

NYK Group Annual Report 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://www.nyk.com/english/ir/library/nyk/> (vierailtu 17.11.2016).

Päivittäistavara-kauppa ry.:n verkkosivut: Tupakan valvontamaksujen korotus kohtuuton – rankaisee erityisesti pieniä kauppia sekä kuluttajia.

<http://www.pty.fi/ajankohtaista/tiedotteet/uutinen/article/tupakan-valvontamaksujen-korotus-kohtuuton-rankaisee-erityisesti-pienia-kauppia-seka-kuluttaj/> (vierailtu 18.11.2016).

Suomen Pankin verkkosivut: Marginaalin merkitys kasvanut asuntolainojen hinnoittelussa. http://www.suomenpankki.fi/fi/tilastot/tase_ja_korko/Pages/index_30_7_16.aspx (vierailtu 20.10.2016).

Talouselämä 29/2014, s. 24–26: Pankkikilpailu on nihkeää.

Talouselämän verkkosivut: Elisa: Hinnoissa on 25 € korotuspaineet - "Suomen edulliset hinnat ovat vaarassa". <http://www.talouselama.fi/uutiset/elisa-hinnoissa-on-25-korotuspaineet-suomen-edulliset-hinnat-ovat-vaarassa-6560033> (vierailtu 18.11.2016).

LYHENTEET

ACM	Autoriteit Consument & Markt (Alankomaiden kuluttaja- ja markkinaviranomainen)
AML	Arvopaperimarkkinalaki (14.12.2012/746)
EUTI	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
FTC	Federal Trade Commission
GE	General Electric
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
VM	valtiovarainministeriö

1. JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen tausta

Syksyllä 2015 käytiin Kauppalehden palstoilla kilpailuoikeuden näkökulmasta kiinnostava keskustelu koskien Suomen pankkisektoria. Uusien asuntolainojen korkomarginaalit nousevat ehkä jo keväällä, arveli keskustelun avannut Nordean liiketoimintajohtaja Jussi Mekkonen Kauppalehden artikkelissa 26. lokakuuta 2015 otsikolla ”Nordea: Asuntolainat kallistuvat ensi keväänä”. Syyksi marginaalien tulevalle korotukselle mainittiin pankin itsensä hankkiman rahan kallistuminen, erityisesti pitkäaikaisen rahoituksen hinta. ”Asuntolaina rahoitetaan sen elinaikana monta kertaa uudestaan. Kun tänään tehdään sopimus, se pitää hinnoitella oikein, että se ei ole tulevaisuudessa tappiollinen. Pitkäaikaisen rahoituksen hintatason nousu johtaa siihen, että asuntolainamarginaalilla ei ole enää laskun varaa. Päinvastoin, jossain kohtaa jälleenrahoituksen hinnan nousu kääntyy siihen, että asuntolainamarginaalit lähtevät nousuun.”, arvioi Mekkonen tilannetta tuolloin.

Marginaalien nousun ajankohdasta Mekkonen ei osannut tarkasti sanoa: ”On todella vaikea sanoa, missä kohtaa se vaikuttaa päivän hintaan. Ei se varmaan tänään vaikuta, eikä varmaan ensi kuussakaan. Mutta jos trendi jatkuu näin, niin kun mennään ensi kevääseen, asuntolainamarginaalin pitäisi olla nousussa.” Muutoin artikkelissa todettiin asuntolainojen keskikoron laskeneen vuoden aikana. Mekkosen mukaan marginaalit olivat pankkien kovan kilpailun seurauksena painuneet prosentin alapuolelle parhaiden asiakkaiden osalta leventäen näin marginaalien haarukkaa.¹

Muutaman päivän kuluttua aihe sai jatkoa otsikolla ”Kilpailuviranomainen sulki OP:n suun”. OP-ryhmän pääjohtaja Reijo Karhinen kertoi ryhmän osavuosisraportin esittelyn yhteydessä OP:n kääntyneen Kilpailu- ja kuluttajaviraston puoleen Nordean lausuntojen seurauksena ja tiedustelleen, mitä pankki voi asiasta lausua. Viraston vastaus kuului: ”Kun yksi merkittävä yritys on ennustanut alan hintatason kohoavan, kilpailijan vastaavanlainen ulostulo voitaisiin tulkita kilpailulain kieltämäksi hintayhteistyöksi.” Karhi-

¹ Kauppalehti 26.10.2015, s. 6–7.

nen pidättäytyi näin ottamasta aiheeseen enempää kantaa pitäen kuitenkin epäoikeudenmukaisena, että OP:n oli markkinajohtajan asemassa oltava hiljaa.²

Aiheeseen palattiin Kauppalehdessä marraskuussa. Pääjohtaja Reijo Karhisen haastattelussa otsikolla ”Minne menee asuntolainan hinta?” Kauppalehti tiedusteli OP-ryhmältä tarkempaa kantaa tilanteeseen. Karhinen totesi muun muassa:

”Tämä ei ole mikään uusi juttu. Olemme tätä keskustelua käyneet vuosia kilpailuviranomaisien kanssa. Enemmän olen ihmetellyt sitä, että kuinka rohkeasti muut ovat olleet valmiita ottamaan kantaa tähän.”

”Kysymys on siitä, että viranomainen kokee, että jos joku merkittävä toimija lausuu tulevasta hintakehityksestä jotain ja toinen merkittävä toimija sanoo julkisuudessa olevansa yhtä mieltä, viranomainen tulkitsee, että on syntynyt sopimus. Eli kaksi keskeistä toimijaa on julkisuudessa sopinut hintojen kehittyvän tietyllä tavalla.”

”Kyse on hintasignaloinnista, joka on viranomaisten mielestä kiellettyä.”

”Me kysyimme muutama päivä sitten viranomaisen kantaa ja saimme erittäin selvän vastauksen. Mikäli aiomme lausua varsinkin jotain sen suuntaista, että hinnat ovat nousemassa, niin sanktiot ovat tiedossa.”³

Lehden seuraavassa numerossa haastateltiin KKV:n pääjohtaja Juhani Jokista viraston näkemyksen selvittämiseksi. Jokinen totesi muun muassa: ”Jos yritykset viestittelevät aikomuksiaan hinnoittelun suhteen, syntyy erikoinen kilpailutilanne. Kuluttaja ja media voivat hyvin ottaa selville, mitkä marginaalit ovat. Kyse on siitä, mitä ne tulevaisuudessa ovat. Silloin ollaan jo hyvin hankalilla vesillä, kun yritykset viestittelevät näitä bisnesstrategioita toisilleen.” ja ”Jos [pankit] kertovat tämänhetkisistä marginaaleista, siinä ei pitäisi olla ongelmia. Siihen ei saa ottaa kantaa, mikä marginaali voisi olla kuukauden kuluttua. Sama koskee muitakin toimialoja, kuten vaikkapa puun hintaa.” Kysymykseen siitä, onko eroa lausujan ollessa OP-ryhmän pääjohtaja tai pienen paikallispankin toimitusjohtaja, Jokinen totesi: ”Voi olla. Kyse on siitä, ketkä hintatasoa ohjaavat. Mitä suurempi yritys sitä helpommin tullaan tilanteeseen, jolloin muutkin lähtevät seuraamaan hinnoittelua. Kovin pieni yritys ei ehkä voi asettaa hintatasoa.”⁴

Kauppalehti otti vielä lopuksi itse kantaa aiheeseen seuraavana päivänä pääkirjoitussivulla otsikolla ”Kuluttaja häviää asuntolainafarssin”. Kauppalehden toimituspäällikkö Jari Saario kirjoitti muun muassa:

”Rahan myyjälle tilanne on herkullinen. Julkisuudessa ei tarvitse repiä leukojaan lainarahan hinnasta, eikä altistua näkyvälle kilpailulle. Riski vähenee, kun ei tarvitse pelätä, että joku lupaa rahaa halvemmalla. Jos kilpailija ennustaa marginaalien laskua, ja itse viestit margi-

² Kauppalehti 29.10.2015, s. 11.

³ Kauppalehti 2.11.2015, s. 9.

⁴ Kauppalehti 3.11.2015, ilmeiset kirjoitusvirheet korjattu tässä.

naalien noususta – voi lainatiskillä käydä kato. Kun suut ovat kiinni, ei tällaista vahinkoa pääse tapahtumaan.”

”Tavallisen asuntolaina-asiakkaan kannalta kuvio on mätä. Vaikka lainamarginaalien nykytilanteesta ei saa tietoa, ei kukaan puhahda sanaakaan siitä, ovatko lainamarginaalit jatkossa nousussa vai laskussa. Lainanotosta tulee lottoa.”

”Julkisen informaation puute sataa pankkien laariin. Kuluttaja häviää. Aika nurinkurista.”⁵

Kevättalvella 2016 asuntolainateema oli uudestaan esillä hieman eri näkökulmasta. Kiinteistövälitysalan toimijat ennustivat asuntokaupan vauhdittuvan vuonna 2016 ja kasvun alkaneen jo joulukuussa 2015. Asuntorahoittaja Hypon toimitusjohtaja Jussi Pauna vahvisti tämän uusien asuntoluottojen määrän osalta ja totesi asuntokaupan saavan vauhtia laskeneista koroista. ”Pankkien kilpailu takaa sen, että asuntolainojen marginaalit laskevat lisää vuonna 2016. Hyvät, maksukykyiset asiakkaat pääsevät valitsemaan pankkia”, Pauna sanoi. Paunan mukaan Helsingin ”prime-asiakkaiden” marginaali oli nyt 0,75 prosenttia ja marginaali laskisi vuonna 2016 kohti 0,50 prosentin tasoa. Paunan näkemys kuului: ”Nyt kannattaa vaihtaa asuntoa. Myös vanhan asuntolainan marginaali kannattaa kilpailuttaa.”⁶

Helmikuussa aiheeseen vielä palattiin pankkien näkökulmasta otsikolla ”Negatiivisista euriboreista korotuspaineita marginaaleihin” artikkelissa, jossa enimmäkseen käsiteltiin korkotason kehitystä. Hinnoitteluun liittyen Danske Bankin henkilöasiakkaista vastaava johtaja Kenneth Kaarnimo esitti negatiivisten korkojen tuovan hinnankorotuspaineita myös muihin tuotteisiin. Myös tiettyjen sääntelyhankkeiden, kuten asunnon arvoon sitotun lainakaton voimaantulon, ennakoitiin kiristävän asuntolainamarkkinaa. ”Marginaaleja pitäisi ehdottomasti leventää”, sanoi Nordean varatoimitusjohtaja Jussi Mekkonen. Lopuksi artikkelissa todettiin marginaalien olleen viimeiset pari vuotta hienoisessa laskussa asuntokaupan käydessä verkkaisesti ja pankkien kilpaillessa asiakkaista.⁷

Julkinen keskustelu asuntolainojen nousevista hinnoista ei kuitenkaan ollut ainoa tutkimusaiheen valinnassa minua inspiroinut seikka. Jo hieman aiemmin olin ehtinyt perehtyä konttikuljetusten linjaliikenteen markkinoita koskevaan komission vireillä olevaan tutkintaan, jossa päähuomio oli lopulta kiinnittynyt kartellitutkinnan sijasta yritysten käytäntöön ilmoittaa ennakoivasti hinnankorotuksista verkkosivuillaan, sekä lisäksi markkinaoikeuteen edenneeseen tapaukseen, jossa KKV totesi Leipuriliiton eräiden viestimiskäytäntöjen rajoittaneen kilpailua ja esitti seuraamusmaksun määräämistä.

⁵ Kauppalehti 4.11.2015, s. 2.

⁶ Kauppalehti 14.1.2016, s. 6–7.

⁷ Kauppalehti 8.2.2016, s. 6.

Tutkimukseni aikataulun venyessä erinäisistä syistä näissä kahdessa tapauksessa on ehditty saada ratkaisuja, joihin palataan luvussa 2. jäljempänä.

1.2 Tutkimuskysymykset ja aiheen raja

Häviääkö kuluttaja todella ”asuntolainafarssin” vai onko tällaisesta hintoja koskevasta viestinnästä ja hintojen ennustamisesta syytä huolestua? Nämä kysymykset tuovat tutkimukseni teoriasta osaksi todellista yhteiskuntaa. Tutkimuskysymyksiksi muotoiltuna tarkoitukseni on selvittää, milloin yritysten julkinen viestintä muodostuu niin ongelmalliseksi tehokkaan kilpailun kannalta, että kyse on kilpailunrajoituksesta, mikä on kilpailuvalvojen keinovalikoima puuttua mahdollisesti haitallisiin ilmiöihin ja onko joitain selkeitä suuntaviivoja sallitun ja kielletyn toiminnan rajaamiseksi mahdollista asettaa. Lisäksi pyrin tarkastelemaan aihetta paitsi kilpailuvalvojan myös yritysten näkökulmasta: kuinka hyvin julkisesta viestinnästä äärimmillään seuraavat sanktiot ovat yritysten näkökulmasta ennakoitavissa, voiko yritys syyllistyä rikkomuksiin vahingossa ja miten kilpailuoikeudesta mahdollisesti tulevat rajoitukset sopivat yhteen erityisesti listayhtiöiden tiedottamista koskevien velvoitteiden kanssa.

Tutkimuksen kannalta relevanttina normina on ennen kaikkea Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 101 artikla, mutta yhtäläillä myös kilpailulain (12.8.2011/948) 5 ja 6 §, vaikken jälkimmäisiä nimenomaisesti mainitsekaan tutkielmassa jäljempänä. Tähän on syynä luonnollisesti se seikka, että kyseisten normien olisi ainakin suotavaa johtaa samaan lopputulokseen, jolloin soveltamiserona on lähinnä kysymys siitä, onko kyseessä olevalla kilpailunrajoituksella vaikutusta unionin jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Siten esimerkiksi merkittävässä kotimaisissa tapauksissa sovelletaan usein molempia rinnakkain.

Yritysten välinen tietojenvaihto on kilpailuoikeudellisesti erittäin laaja aihealue. Tässä tutkimuksessa olen rajannut tarkastelun koskemaan yritysten ja yritysten yhteenliittymien julkista viestintää, jossa käsitellään tulevaisuuden aikeita, suunnitelmia tai markkinaolosuhteita – puhtaana tyypiesimerkkinä juuri edellä esittelemäni keskustelu asuntolainojen marginaaleista. Näiden määritelmien vastakohtiin – yksityiseen yritysten väliseen viestintään ja historiatietojen vaihtoon – viitataan vain siltä osin kuin tämä palvelee tutkimuskysymysten sijoittamista käsiteltyä laajempaan kilpailuoikeudelliseen kontekstiin,

tai kun näitä aiheita koskevista lähteistä ja erityisesti oikeuskäytännöstä on saatavissa tukea ja perspektiiviä varsinaisen tutkimusaiheen käsittelyyn.

1.3 Tutkielman rakenne ja lähteet

Tutkielman aluksi luvussa 2. pyrin asettamaan kattauksen käsiteltävään aiheeseen tarkastelemalla yleistason julkaisuja – komission suuntaviivoja sekä OECD:n julkaisua – yritysten välistä tietojenvaihtoa koskien sekä erityisesti esittelemällä muutamia kiinnostavia tapauksia, joissa julkinen viestintä on nähty kilpailuoikeudellisena ongelmana. Varsinkin kansainvälisen tapauskäytännön määrä on siinä määrin runsasta, että olen joutunut tekemään valintoja pyrkimyksenä tuoda esiin hieman erilaisia tilanteita, joita käytännössä on havaittu. Valitsemiani tapauksia on joko käsitelty runsaasti talous- ja oikeustieteellisessä kirjallisuudessa tai sitten kyse on vain muutoin poikkeuksellisesta ja erityistä kiinnostusta herättävistä tapauksista. Kuten jo edellä tutkimuksen taustan osalta totesin, uusimmat tapaukset ovat toimineet inspiraation lähteenä tutkimusaihetta valitessani. Käsiteltäviä tapauksia ei tässä kohdassa tutkielmaa suinkaan käsitellä tyhjentävästi, vaan relevantteihin seikkoihin palataan myöhemmin tutkimuksen syventyessä uudelleen.

Luvussa 3. lähestyn tutkimusaihetta taloustieteellisestä näkökulmasta tavoitteenani käsitellä yritysten julkisen viestinnän vaikutuksia hyvinvointiin ja kilpailun toimivuuteen. Taloustiede antaa kilpailuoikeudelle vastauksia ennen kaikkea kysymykseen siitä, millaiseen toimintaan olisi syytä puuttua. Koska oma taustani on puhtaasti juridiikassa, tässä luvussa ei ole mahdollisuutta pureutua aiheeseen aivan niin syvälle kuin ideaalitalanteessa olisi toivottavaa, mutta toisaalta myöskään taloustieteen sivuuttaminen kokonaan ei kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa tule kysymykseen. Pyrin luomaan tiiviin katsauksen ensin kollusion taloustieteeseen aiheen taustoittamiseksi ja tämän jälkeen esittelen signaalointia ja hintajohtajuutta koskevaa teoreettista tutkimusta, joitakin relevantteja tapauskommentareja sekä empiiriseen aineistoon pohjautuvaa tutkimusta signaaloinnin suhteesta kartellitoimintaan. Päälähteitani ovat Mottan perusteos *Competition Policy: Theory and Practice*, Kühnin artikkeli *Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms* kommunikaation merkityksestä kolluusiossa sekä Marshallin, Marxin ja Raiffin mielestäni oivallinen tutkimus *Cartel Price Announcements: The*

Vitamins Industry, jossa julkinen hintoja koskeva viestintä saa uuden merkityksen osana kartellia.

Luvussa 4. vaihdan juridiseen tulokulmaan. Tärkeimpänä kysymyksenä on tarkastella, miten erityisesti yhden yksittäisen yrityksen harjoittama potentiaalisesti haitallinen viestintä asettuu eurooppalaisen kilpailuoikeusnormiston muodostamiin puitteisiin. Luontevana lähtökohtana on tarkastella tilannetta SEUT 101 artiklan kannalta, mutta kenties hieman yllättäen mielenkiintoisia kysymyksiä liittyy myös SEUT 102 artiklan mahdolliseen soveltuvuuteen. Tutkin luvussa kattavasti unionin oikeuskäytäntöä, jossa kaikki tapaukset eivät suinkaan liity hintasignalointiin vaan joihinkin määrättyihin 101 ja 102 artiklojen soveltamiskysymyksiin. Kirjallisuuden osalta niin sopivien tapausten löytämisessä kuin yleisemminkin päälähteinä käytän tuoreinta painosta Whishin ja Baileyn teoksesta Competition Law sekä Suomen kilpailuoikeudesta perusteosta Leivo, Leivo, Huimala, Huimala: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. Syväällisemmin aiheeseen perehtyvistä lähteistä on syytä mainita Odudun The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, jossa nykyisen SEUT 101 artiklan soveltuminen yritysten yhdenmukaiseen menettelytapaan esitetään kiinnostavassa valossa, sekä nykyisen SEUT 102 artiklan osalta Montin The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC.

Luvussa 5. tarkastelen tutkimusaihetta käytännönläheisemmästä näkökulmasta erityisesti yritysten kannalta. Edellä esitetyn Kauppalehden sivuilla käydyn dialogin tavoin olen pyrkinyt löytämään käytännössä ilmenevää viestintää ja arvioimaan tällaisen viestinnän hyväksyttävyyttä. Tarkastelun teemoina on erityisesti mahdollisen kielletyn kilpailunrajoituksen suhde sananvapauteen sekä myös muuhun yrityksiä velvoittavaan lainsäädäntöön, erityisesti listayhtiöiden taloudellista raportointia koskevaan normistoon. Mielenkiintoisia löytöjä onnistuin tekemään erityisesti Isännöintiliiton tiedottamisesta sekä komission tutkimuksen kohteina olleiden varustamoiden raportoinnista. Lopuksi luvussa 6. teen yhteenvedon ja pyrin vastaamaan tutkimuskysymyksiin.

1.4 Metodi

Tutkimukseni metodi on lainopillinen⁸. Pysin luomaan toimintaohjeita niin kilpailuvalvojille kuin yrityksillekin vastauksina tutkimuskysymyksiin. Pysin myös löytämään historiallisesta ratkaisukäytännöstä suuntaviivoja aiheen nykyisiin ongelmiin. Päädyin kirjoittamaan tutkimukseni suomeksi, koska ensisijainen mielenkiintoni kohdistuu kansainvälisestä toimintaympäristöstä huolimatta suomalaisen kilpailuvalvonnan suuntaamiseen.

Hyödynnän tutkimuksessa kohtuullisen runsaasti myös taloustieteellistä tutkimusta. Tämän lainauksen ensisijainen painopiste ja motiivi on kuitenkin historiallisen, vallitsevan ja hieman tulevankin oikeustilan ymmärtämisessä ja perustelemissa. Taloustieteen käsittelyssä en pitäydy tiukasti missään yksittäisessä taloudellisessa teoriassa, vaan pyrin valitsemaan kulloiseenkin soveltamistilanteeseen parhaiten soveltuvat lähestymistavat ja arviointikriteerit. Tätä eklektistä tutkimusmetodia on kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa hyödyntänyt ja kehittänyt Suomessa erityisesti Virtanen, kuten myös Aine ja Kuoppamäki.⁹ Taloustieteen osalta olen pyrkinyt valitsemaan edustavan ja kattavan otoksen tutkimuksia erityisesti hintajohtajuudesta, signaloinnista sekä hintoja koskevasta viestinnästä osana kartellia.

Koska kilpailuoikeuden soveltamistilanteissa pelikenttä voi kooltaan olla mitä tahansa Hakaniemen torin marjakauppiaiden hintayhteistyön ja globaalien teollisuusjättien kartellin väliltä, ei ole perusteltua noudattaa tutkimuksessa tarkkoja lainkäyttöalueiden rajoja. Siksi olen useaan otteeseen perehtynyt myös yhdysvaltalaiseen kirjallisuuteen ja tapauskäytäntöön tekemättä kuitenkaan varsinaista oikeusvertailua, josta varmasti saisi oman tutkimuksensa aikaiseksi. Perusteluna ajoittain jopa dominoivalle yhdysvaltalaiselle lähdeaineistolle on muutamien Yhdysvalloissa ilmenneiden tapauksen erityisen kiehtovat ominaispiirteet sekä varsinkin taloustieteen osalta saatavilla olevan lähdeaineiston runsaus eurooppalaiseen tutkimukseen verrattuna. Kilpailuoikeudellisen normiston osalta Yhdysvaltain lainsäädännön tarkastelu tuo mielestäni erittäin hyödyllisen lisäelementin tutkimukseen erojen ollessa juuri käsiteltävän aiheen kohdalla kenties yllättävänkin suuria.

⁸ Lainopilla tarkoitetaan voimassa olevan oikeusjärjestyksen sääntötutkimusta, jossa tulkitaan ja systematisoidaan oikeusnormeja. Ks. *Aarnio* 1989, s. 48–49 ja *Timonen* 1998, s. 12.

⁹ Ks. tästä *Virtanen* 1998, s. 309–311, *Aine* 2011, s. 136–146 ja *Kuoppamäki* 2003, s. 242–245.

2. YRITYSTEN JULKINEN VIESTINTÄ KILPAILUOIKEUDELLISENA ONGELMANA

2.1. Tietojenvaihdon käsittely virallisissa julkaisuissa

2.1.1 Tietojenvaihto komission horisontaalisissa suuntaviivoissa

Euroopan komission julkaisemat suuntaviivat tarjoavat EUTI:n oikeuskäytäntöä kokoavana sekä unionin oikeutta jäsenetelevänä instrumenttina luontevan lähtökohdan tutkimuskysymysten tarkasteluun. Euroopan komission tiedonannon Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimukseen¹⁰ toinen kappale käsittelee tietojenvaihdon kilpailuvaiikutusten arviointia. Uusissa horisontaalisissa suuntaviivoissa tietojenvaihtoa käsitellään sekä osana muuta horisontaalista yhteistyötä liittyen esimerkiksi tuotanto- tai ostosopimukseen että mahdollisena itsenäisenä kilpailunrajoituksena. Lisäksi kappaleessa käsitellään rajanvetoa kilpailijoiden välisen yksityisen tietojenvaihdon ja toisaalta julkisen tietojenvaihdon välillä.

Tietojenvaihdon arviointi merkitsee suuntaviivojen mukaan hyötyjen ja haittojen punnitsemista tapauskohtaisesti, ellei kyse ole menettelystä, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua. Horisontaalisissa suuntaviivoissa nimetään tietojenvaihdon mahdollisiksi tehokkuuseduiksi informaation epäsymmetrisyyden vähentäminen, yritysten mahdollisuus verrata tehokkuuttaan toimialan parhaisiin käytäntöihin sekä pienemmistä varastoista ja nopeammista toimituksista aiheutuvat kustannussäästöt, kun yritys pystyy vastaamaan kysyntään paremmin. Kuluttajat puolestaan voivat hyötyä tietojenvaihdosta alhaisempina tiedonhakukustannuksina sekä parempana valinnanvarana. Toisaalta tietojenvaihto voi johtaa myös kilpailun rajoittumiseen erityisesti määrätynlaisissa markkinaolosuhteissa. Vaihdetujen tietojen avulla yritykset saattavat pystyä selvittämään toistensa markkinastrategiat.¹¹ Tällöin ollaan herkästi tilanteessa, jossa yritykset eivät tee markkinoilla keskeisiä, esimerkiksi hinnoitteluun ja tuotannon määrään liittyviä päätöksiään itsenäisesti.

¹⁰ EUVL C 11, 14.1.2011, jatkossa horisontaaliset suuntaviivat.

¹¹ Horisontaaliset suuntaviivat, kohdat 57–58.

Tässä tutkimuksessa keskityn tarkastelemaan sellaisia erityistapauksia, joissa yritysten julkinen tietojenvaihto saattaa muodostaa itsenäisen kilpailunrajoituksen. Tietojenvaihdon arviointi itsenäisenä SEUT 101 artiklan vastaisena kilpailunrajoituksena edellyttää, että tietojenvaihdolla luodaan sopimus, yhdenmukaistettu menettelytapa tai yritysten yhteenliittymän päätös. Horisontaalisten suuntaviivojen mukaan yrityksen antama yksipuolinen aidosti julkinen ilmoitus ei yleensä merkitse SEUT 101 artiklan tarkoittamaa yhdenmukaistettua menettelytapaa. Tähän oletetaan mainitaan kuitenkin esimerkiksi kahdesta poikkeusta: mikäli ilmoituksessa kehoitetaan yhteistyöhön tai kun ilmoituksen jälkeen kilpailijat vastaavat omilla julkisilla ilmoituksillaan samasta aiheesta, ei yhdenmukaistetun menettelytavan toteutamisesta voida sulkea pois.¹²

Aidosti julkisella tietojenvaihdolla tarkoitetaan esimerkiksi sanomalehdessä tehtävää ilmoitusta, jonka seurauksena tiedot ovat aiheutuvien kustannusten suhteen samalla tavoin kaikkien kilpailijoiden ja asiakkaiden saatavilla. Keskeinen ero muuhun tietojenvaihtoon on siten se, että myös asiakkaat saavat vaihdetut tiedot hyödynnettäväkseen. Horisontaalisissa suuntaviivoissa tunnustetaan, että julkinen tietojenvaihto voi markkinaolosuhteista riippuen myös pienentää kilpailunvastaisen lopputuloksen todennäköisyyttä. Kyse on siten pitkälti tapauskohtaisesta harkinnasta, jossa on arvioitava, palveleeko tietojenvaihdolla luotu markkinoiden korkeampi läpinäkyvyyden aste enemmän asiakkaita vai kilpailijoita. Myös SEUT 101(3) artiklan vaatimus hyötyjen siirtymisestä kuluttajille luo oletettaman, että julkinen tietojenvaihto voitaisiin sallia herkemmin kuin ei-julkinen.

Suuntaviivojen mukaan ”ei kuitenkaan ole täysin mahdotonta, että jopa aidosti julkinen tietojenvaihto saattaa helpottaa kilpailunvastaiseen lopputulokseen pääsemistä markkinoilla.”¹³ Muotoilu vaikuttaisi joka tapauksessa viittaavaan poikkeukselliseen tilanteeseen, ja pääpaino horisontaalisten suuntaviivojen tietojenvaihtoarviointissa onkin asetettu muulle kuin aidosti julkiselle tietojenvaihdolle.

¹² Ibid, kohdat 60 ja 63.

¹³ Ibid, kohta 94.

2.1.2 OECD:n julkaisu yksipuolisten ilmoitusten kilpailuhaitoista

Uusimpien horisontaalisten suuntaviivojen jälkeen OECD:n kilpailukomitea on julkaissut kilpailupolitiikan parhaiden toimintatapojen sarjassa julkaisun yksipuolisten ilmoitusten kilpailunvastaisista vaikutuksista.¹⁴ Julkaisun lähtökohdat ovat samoja kuin suuntaviivoissa: suurempi läpinäkyvyys markkinoilla luo usein tehokkuusetuja pienentämällä kuluttajien hintavertailukustannuksia ja antamalla yrityksille mahdollisuuden mitata omaa suorituskykyään alan muihin toimijoihin. Jopa tulevasta hinnankorotuksista on kuluttajille hyötynä mahdollisuus sovittaa oma ostokäyttäytyminen korotusten mukaan. Myös sijoittajille yrityksen strategiaan liittyvä läpinäkyvyys on edullista. Samalla läpinäkyvyys voi kuitenkin helpottaa ylläpitämään kolluusiota sekä antaa yrityksille mahdollisuuden luoda mekanismeja, joilla valvoa toistensa toimintaa ja erityisesti tulevia aikeita. OECD:n julkaisun mukaan hyödyt liittyvät juuri julkisiin ilmoituksiin, puhtaasti yksityiseen kilpailijoiden väliseen tiedonvaihtoon ei liity samoja tehokkuusetuja.

OECD:n julkaisussa todetaan haitallisuuden arviointi pitkälti tapauskohtaiseksi. Joitakin tyypillisesti kilpailun rajoittumiseen johtavia seikkoja voidaan kuitenkin tunnistaa. Näistä seikoista yksi tärkeimmistä, joka kilpailuviranomaisen punninnassaan tulisi huomioida, on tulevia aikeita koskevien ilmoitusten sitovuus. Mikäli julkaistu tieto on yrityksen näkökulmasta peruuttamaton – ainakin ilman luotettavuuden menetystä asiakkaiden silmissä – kyseessä ei todennäköisesti ole kilpailua rajoittava menettely, vaan aivan tavallinen liiketaloudellinen tiedote. Tärkeää siten on, ettei ilmoituksen tekevä yritys kykene muuttamaan strategiaansa tarkkailtuaan kilpailijoiden reaktioita.

Myös suuntaviivoissa mainittua kutsua kolluusioon olisi pidettävä OECD:n julkaisun mukaan selkeästi kiellettyinä. Tähän liittyen kilpailuvalvojen onkin seurattava, kenelle julkiset ilmoitukset on tosiasiallisesti suunnattu, ja keskityttävä puuttumaan viestintään, joka todellisuudessa on osoitettu asiakkaiden tai sijoittajien sijaan kilpailijoille. Varsinkin tiettyjen kilpailijoiden mainitseminen nimeltä tai muulla suoralla viittauksella voi usein suoraan viitata pyrkimykseen tavoittaa viestillä asiakkaiden sijaan alan kilpailijat, tai kun ilmoitetaan nimenomaisesti toimenpiteiden toteuttamisen riippuvan kilpailijoiden reaktiosta. Lisäksi on arvioitava viestin sisältöä: onko viestissä annettu enemmän

¹⁴ OECD 2012.

tietoa kuin olisi viestin tarkoituksesta riippuen tarpeen. Kolluusioon kutsumisen tavoin on pidettävä ongelmallisena myös viestissä esitettyä uhkausta esimerkiksi hintasodasta.

OECD:n julkaisussa tunnustetaan, että asian luonteen vuoksi jonkinlaisten soveltamisohjeiden tai turva-alueen osoittaminen yrityksille olisi tarpeen. Asiaa mutkistavat myös yritykselle muualta asetettavat velvollisuudet, kuten esimerkiksi listayhtiöitä koskeva tiedottamisnormisto. Toisaalta tapauskohtainen hyöty–haitta-punninta vaikeuttaa täsmällisten, kaikille markkinoille ja kaikkiin markkinaolosuhteisiin soveltuvien suuntaviivojen laatimista.¹⁵

2.2 Julkinen viestintä tapauskäytännössä kansainvälisesti

2.2.1 Ennakoiva hintojen julkaisu toimialan kauppatapana: sellutapaus

Niin kutsuttu sellutapaus on yksi merkittävimmistä julkista tietojenvaihtoa sisältävistä horisontaalisista kilpailunrajoitustapauksista. Euroopan komissio katsoi kaikkiaan 36 toimijan syyllistyneen SEUT 101 artiklan¹⁶ rikkomukseen valkaistun sulfaattisellun markkinoilla, mukaan lukien 11 suomalaista tuottajaa sekä silloinen toimialajärjestö Finncell.¹⁷ Osaksi komissiolla oli pitävää näyttöä kartelleista ja yksityiskohtaisten tietojen vaihtamisesta sekä yhdysvaltalaisen vientijärjestön KEA:n¹⁸ (Kraft Export Association) että Euroopan sellu- ja paperiteollisuuden tutkimus- ja tiedotuskeskuksen hallinnosta vastanneen Fidesin¹⁹ piirissä.

Komissio kuitenkin ulotti päätöksensä laajemmalle koskemaan myös tuottajia, jotka eivät osallistuneet mainittuihin kartelleihin, mutta joiden hinnoittelukäytännöt ja erityisesti ilmoitukset hinnoista muodostivat komission näkemyksen mukaan 101 artiklassa kielletyn yhdenmukaistetun menettelytavan. Tuottajat olivat ilmoittaneet hinnoista neljännesvuosittain sekä suoraan asiakkaille että myös julkisesti, esimerkiksi alan erikoislehdistön välityksellä. Hinnat julkaistiin lähes samanaikaisesti, ne olivat jatkuvasti sa-

¹⁵ OECD 2012, s. 11–14.

¹⁶ Päätöksen ajankohtana perustamissopimuksen 85 artikla, myöhemmin myös EY-sopimuksen 81 artikla. Selkeyden vuoksi käytän tässä tutkimuksessa pelkästään nykyistä Lissabonin sopimuksella omaksuttua muotoa SEUT 101 artikla oikeuskäytännön ratkaisujankohdasta riippumatta.

¹⁷ Komission päätös 85/202/EEC (Wood pulp).

¹⁸ Päätöksen kohdat 28–35.

¹⁹ Ibid, kohdat 43–60.

mansuuruisia ja kaikki tuottajat ilmoittivat hintansa pääasiassa Yhdysvaltain dollareissa. Komissio katsoi hintojen ilmoitusjärjestelmän itsessään rikkovan 101 artiklaa sekä olevan lisäksi osoitus laajemman yhteistoiminnan harjoittamisesta, sillä muuta järkevää selitystä yritysten käyttäytymiselle ei ollut.²⁰

Tuomioistuin kuitenkin kumosi komission päätöksen yritysten yhdenmukaista käyttäytymistä koskevilta osilta ja prosessuaalisilla perusteilla pitkälti muitakin osin. Tuomioistuimen mukaan yritysten hintailmoitukset olivat itsessään ”markkinakäyttäytymistä, joka ei ole omiaan vähentämään kunkin yrityksen epävarmuutta kilpailijoiden tulevista toimista.” Yrityksillä ei siten ollut tuomioistuimen mukaan takeita siitä, miten kilpailijat reagoivat ilmoitettuihin hintoihin.²¹ Pelkän hintojen ilmoitusjärjestelmän riittävyydelle todisteeksi yhteistoiminnasta tuomioistuin asetti kynnykseksi sen, että yhteistoiminta on *ainoa todennäköinen selitys* käyttäytymiselle.²² Tuomioistuimen tilaamien ja pitkälti myös tuomion pohjaksi hyväksymien asiantuntijaselvitysten perusteella näin ei ollut, vaan itse asiassa hintojen ilmoittaminen neljännesvuosittain oli lähtöisin asiakkaiden tarpeista, ja lisäksi lukuisat muutkin markkinoiden erityispiirteet vesittivät komission käsityksen ainoasta todennäköisestä selityksestä.²³ Yritysten toiminnalle jäi siten muu varteenotettava vaihtoehtoinen selitys, jolloin komission ei voitu katsoa täyttäneen todistustaakkaansa.

Harding ja Joshua katsovat ratkaisun merkittäväksi myös kartellitapausten näytön arvioinnin ja kartellirikkomusten muotoilun kannalta, erityisesti niin kutsutun kartelli kokonaisuutena -opin osalta.²⁴ Tuomioistuin totesi komission esittämän näytön ja oikeudellisen punninnan riittämättömäksi koskien kysymyksiä siitä, mikä riittää todisteeksi ja kenen osalta ja kuinka monen kilpailijan omaksuma käytäntö voi muodostaa horisontaalisen rajoituksen itsessään. Onkin katsottavissa komission yrittäneen päätöksessään haukata liian suurta palaa; sillä olisi ollut mahdollisuus pitäytyä useaa toimijaa koskevissa vahvassa näytössä kartelleista, mutta sen sijaan vedoten taloustieteelliseen näyttöön komissio laajensi päätöstään toimijoihin, joiden suoraa ja konkreettista osallisuutta kartelliin se ei edes perustellut.

²⁰ Päätöksen kohdat 17, 22–23, 82 ja 107–110 sekä yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85 *Ahlström osakeyhtiö ym. v. komissio* [1993] I-ECR 1307, kohdat 14, 59–61 ja 66–67.

²¹ Tuomion kohta 64.

²² Kohta 71, korostus tässä.

²³ Kohta 126.

²⁴ *Harding – Joshua* 2010, s. 134, 160–167.

Näin ollen tarkasteltaessa tapauksen hintasignalointia koskevaa osuutta komissio näyttäisi päätöksellään asettaneen myös puhtaasti hintaseuraajat syyllisiksi samoihin rikkomuksiin, samalla menettäen mahdollisuuden saada päärikkojat tuomituiksi vahvemman näytön osalta. Harding ja Joshua näkevätkin tapauksen perusteella hintailmoitukset pelkästään mahdollisina kartellin ylläpitoa edistävinä tekijöinä, joiden olemassaolo ei yksistään ole riittävää kartellitapauksen todisteena, vaan lisäksi vaadittaisiin muuta näyttöä esimerkiksi kokoontumisista tai yhteydenpidosta.²⁵

2.2.2 Yhdysvaltojen Ethyl-tapaus

Hintasignalointia oli käsitelty Yhdysvalloissa jo hieman ennen sellutapausta, minkä myös julkisasiamies Darmon toi esiin ratkaisuehdotuksessaan.²⁶ Ethyl-tapaus²⁷ koski lyijypohjaisten moottoribensiinin lisäaineiden markkinoita, joilla vallitsi tapahtum aikaan myös taloustieteellisestä näkökulmasta mielenkiintoinen tilanne. Yhdysvaltain markkinoilla oli vain neljän toimijaa, joista kaksi suurinta – Ethyl Corporation ja DuPont – hallitsivat yhdessä yli 70 prosentin markkinaosuutta. Alaa kohtasi shokki 70-luvun puolivälissä: katalysaattorit määrättiin pakollisiksi uusiin autoihin, eivätkä lyijypohjaiset lisäaineet sopineet käytettäväksi katalysaattorien kanssa. Näin vuodesta 1975 lähtien valmistetuissa uusissa autoissa piti käyttää toisenlaista moottoribensiiniä, ja kysyntä putosikin vuoteen 1980 mennessä alle puoleen vuoden 1974 tasosta. Kysynnän romahdus johti luonnollisesti suureen ylikapasiteettiin, jolloin tyypillisesti myös hinnan voisi olettaa laskevan.

Kuitenkin Yhdysvaltojen kilpailuviranomainen FTC havaitsi tutkimuksissaan tuottajien onnistuneen kokonaan välttämään hintakilpailun ja pitäneen hinnat keskenään samalla, kilpailullisen tason ylittävällä tasolla koko tutkinnan ajanjakson. FTC ei kuitenkaan syyttänyt toimijoita nimenomaisesta kartellisopimuksesta, vaan katsoi tuottajien välttäneen hintakilpailun erilaisten muiden toimintatapojen avulla, joista yksi oli ennakoivat

²⁵ Ibid, s. 166–167.

²⁶ Yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85 *Ahlström osakeyhtiö ym. v. komissio* [1993], julkisasiamies Darmonin ratkaisuehdotus I-ECR 1445, kohta 179.

²⁷ Tapahtumankuvaus perustuu oikeustapauskommenttiin *Hay* 1999.

julkiset ilmoitukset hinnoista ja jotka FTC:n näkemyksen mukaan oli kiellettävä kilpailunrajoituksina.²⁸

Tutkinnan ajankohtana tuottajien käytäntönä oli ilmoittaa hinnankorotuksista vähintään 30 päivän ennakolla. Näin tuottajat pystyivät FTC:n näkemyksen mukaan valvomaan, reagoivatko muut tuottajat korotuksella, sekä mahdollisesti peruuttamaan oman korotuksensa ennen voimaansaattamista. Vaikka tuottajat saivat toistensa hinnankorotuksia tietoonsa myös asiakkailta, usein tapana oli ilmoittaa korotuksista lehdissä, kunnes tämä menettely lopetettiin puolustusasianajajien neuvosta. FTC katsoi, että juuri lehti-ilmoitusten kautta tuottajat saivat luotettavimman ja nopeimman tiedon muiden suunnittelemissa korotuksista. Ilmoitusten lisäksi FTC piti kilpailua rajoittavina käytäntöinä hintojen ilmoittamista yhtenäisillä toimitushinnoilla mihin tahansa Yhdysvalloissa sekä niin sanottuja suosituimmuuslausekkeita (”Most-Favoured-Customer” tai ”Most-Favoured-Nation”), jotka poistavat tuottajien kannustimet myöntää alennuksia ja alan omaksumana yleisenä käytäntönä helpottavat kilpailijoiden hintojen valvontaa.

Johtaan kenties osaltaan myöhemmin sellutapauksessa julkisasiamies Darmonin nihkeään suhtautumiseen puuttua vastaavaan hintasignaalointiin muutoksenhakutuomioistuimen päätöksen.²⁹ Tuomioistuimen mukaan FTC:n esittämä näyttö ei ollut riittävää, jotta kynnys katsoa tavallisesti hyväksyttävät liiketaloudelliset toimintatavat vilpillisiksi ylittyisi: tuomioistuimen mukaan vaarana olisi muutoin mielivaltainen puuttuminen. Tuomioistuin katsoi, että hiljaisenkin yhteisymmärryksen puuttuessa ja yritysten toimiessa itsenäisesti puuttuminen toimintatapoihin oligopolistisilla markkinoilla vaatisi vähintään jonkinlaista näyttöä epärehellisestä menettelystä, esimerkiksi joko todisteita kilpailunvastaisista aikeista ja päämääristä tai ettei toiminnan taustalla olisi havaittavissa itsenäistä legitimiä liiketaloudellista perustetta. Tässä tapauksessa tuottajilla oli tuomioistuimen arvioinnin perusteella itsenäinen hyväksyttävä syy toimilleen. Näin ollen pelkkä kilpailun heikkeneminen tuottajien keskenään samanlaisen käyttäy-

²⁸ FTC perusti ratkaisun Federal Trade Commission Act § 5:een, joka kieltää *vilpilliset kilpailutoimet* (”unfair methods of competition”), mutta jonka nojalla ei voi määrätä sakkoja tai vaatia yksityisoikeudellista vahingonkorvausta. Ks. tarkemmin mm. *Hay* 1999, s. 190 ja tuomion kritiikistä *Baker* 1993, s. 210–218, joka kannattaa FTC:n toimialakohtaisen sääntelyvallan hyödyntämistä, kun oligopolimarkkinoilla luodaan kolluusiota edistäviä käytäntöjä yksipuolisesti, mukaan lukien etukäteen annetut ilmoitukset hinnankorotuksista.

²⁹ *E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (1984).

tymisen myötä ei riittänyt oikeuttamaan puuttumista, vaikka kaikki tuottajat toimisivat markkinoilla tietoisena keskinäisestä riippuvuudesta ja muiden samanlaisista toimista.³⁰

Tuomioistuimen huoli mahdollisesti mielivaltaisista puuttumisista liiketaloudellisiin toimintatapoihin oli varmasti perusteltu. On haastavaa määrittää selkeät kriteerit, joiden vallitessa tavanomaiset liiketaloudelliset toimintatavat kuten ennakkolliset hinnankorotusilmoitukset tai varsinkaan etäisyydestä riippumattomat kuljetushinnat muuttuvat saltiluista kielletyiksi. Silti voidaan kysyä, asettiko tuomioistuin kynnyksen liian korkealle erityisesti ottaen huomioon, että kyse oli pelkästään tiettyjen toimintatapojen kieltämisestä, ei kilpailunrajoitussanktioista tai mahdollisuudesta vahingonkorvaukseen. Varsinkin taustalta puuttuvan itsenäisen legitiimin liiketaloudellisen intressin hyväksyminen tai jopa vaatiminen todisteeksi vaikuttaa erikoiselta. Juuri siitä syystä FTC tapaukseen alun perin puuttui, ettei millään alan toimijoista ollut kannustimia muuttaa käytäntöjään kilpailua kiristävään suuntaan. Joka tapauksessa vaikuttaisi siltä, että kielletyn kilpailua rajoittavan sopimuksen ja oligopolistisilla markkinoilla sallitun kilpailuun vastaamisen välinen alue, jossa kilpailuviranomaiset voisivat mahdollisesti puuttua pelkien toimintatapojen vuoksi juuri kyseisten markkinoiden toimintaan, jäi ratkaisun myötä kovin kapeaksi. Ratkaisu tukee myös puuttumisvälineenä kieltopäätöksen sijaan sitoumuksia, kuten seuraavista tapauksista on nähtävissä.

2.2.3 Kutsu osallistua kollusioon: tapaus Valassis

Tuoreemmassa yhdysvaltalaisessa tapauksessa oli kyse yllä horisontaalisissa suuntaviivoissa nimenomaisesti kiellettäväksi katsotusta, joskin luultavasti harvinaisesta menettelystä: julkisesti kilpailijalle osoitetusta kehotuksesta kollusioon. FTC:n tutkinnan kohteena oli Valassis Communications, joka oli johtava yritys sanomalehtien mukana jaettavien mainoslehtisten markkinoilla Yhdysvalloissa yhdessä News American kanssa.³¹ Kutsu esitettiin sijoittajille järjestetyssä telekonferenssissa, joita yritys säännöllisesti järjesti ja joka oli internetin välityksellä kuunneltavissa suorana lähetyksenä. Puheessaan Valassisin toimitusjohtaja vetosi suoraan nimeltä News American ilmoittaessaan Valassisin uudesta strategiasta esittää tarjouksia News American nykyisille asiak-

³⁰ Tuomion perusteluista ks. myös julkisasiamies Darmonin ratkaisuehdotus, alaviite 92.

³¹ FTC:n verkkosivut: FTC Consent Order Protects Competition in the Market for Free-Standing Newspaper Inserts. Saatavilla verkko-osoitteessa <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0510008/valassis-communications-inc-matter>, vierailtu 8.12.2015.

kaille alittamatta tiettyjä hintasotaa edeltäneitä hintoja ja samalla pitää kaikin keinoin kiinni omista nykyisistä asiakkaistaan ja nykyisestä markkinaosuudestaan. Lopuksi toimitusjohtaja vielä totesi, ettei oleta joutuvansa ennustamaan teeledistä, vaan sen sijaan odottaa näkevänsä News American konkreettiset aiomukset markkinakäyttäytymisessä nopealla tahdilla.³²

Tapaus ratkesi Valassisin hyväksymillä sitoumuksilla, joilla se sitoutui pidättäytymään vastaavista yhteydenotoista sekä julkisesti että yksityisesti ja raportoimaan FTC:lle sitoumusten noudattamisesta.³³ Ethyl-tapauksen tavoin nytkin oli kyse FTC Act § 5:n rikkomisesta eli vain kieltopäätös olisi tullut kyseeseen. Näin ollen sitoumukset ajavat tosiasiallisesti saman asian, kun lisäksi sitoumusten rikkomisesta saattaa seurata sanktioita. Toisin sanoen Yhdysvaltojen järjestelmässä sitoumusratkaisu kieltopäätöksen sijaan on viranomaisten näkökulmasta houkutteleva, koska pelkän FTC Act § 5:n perusteella sanktioita ei voi muutenkaan määrätä.

Toisaalta sitoumuksia voidaan tässä tapauksessa kritisoida sisällöllisesti. Sitoumus pidättäytyä kielletystä kilpailunrajoituksesta jatkossa on seuraamuksena lähes merkityksetön: kielletyistä kilpailunrajoituksista olisi jo lain nojalla muutenkin pidättäydyttävä. Kuitenkin on hyvin mahdollista, että hintataso asettuu ainakin hetkellisesti Valassisin esittämän tason lähelle, markkinaosuudet vakautuvat ja, kun otetaan huomioon kyseisten markkinoiden olleen kahden toimijan jakama, lisäksi myös yhteisestä hintatasosta poikkeaminen on nopeasti havaittavissa menetettyinä asiakkuuksina. Näin ollen olisi ajateltavissa, että vahinko kilpailulle ehti jo tapahtua eikä sitoumuksilla pelasteta paljoakaan. Ethyl-tapauksen kriteereillä arvioituna nyt oli kyseessä selkeästi helpommin tunnistettava ja tuomittava toiminta; kilpailua rajoittava aiomus ja päämäärä ovat selvästi käsillä. Voisi ajatella, että EU:n kilpailuoikeudessa jopa sanktiot olisivat mahdollisia vastaavasta toiminnasta.

³² Complaint *In the Matter of Valassis Communications, Inc.*, FTC C-4160 (2006), s. 3–4, saatavilla yllä mainitusta verkko-osoitteesta.

³³ Decision and Order *In the Matter of Valassis Communications, Inc.*, FTC C-4160 (2006). Saatavilla yllä mainitusta verkko-osoitteesta.

2.2.4 Alankomaiden teleoperaattorit

Alankomaiden kuluttaja- ja markkinaviranomainen (Autoriteit Consument & Markt, jäljempänä ACM) havaitsi kansallisia telemarkkinoita koskeneen tutkinnan yhteydessä maan kolmen hallitsevan teleoperaattorin – T-Mobile, Vodafone ja KPN – käytäntöjä ilmoittaa julkisesti esimerkiksi lehdissä tai alan konferensseissa etukäteen uusista toimenpiteistä, jotka jokin yritys aikoo ottaa käyttöön ja jotka saattoivat olla epäedullisia kuluttajille.³⁴ Ongelmallisinta ACM:n näkemyksen mukaan oli, etteivät ilmoitukset usein olleet yritystä sitovia jättäen näin mahdollisuuden tarkkailla kilpailijoiden vastauksia aiottuun toimeen.

Esimerkiksi liittymismaksu otettiin alalla uudelleen käyttöön tällaisen julkisuudessa käydyn dialogin jälkeen, ja tämän tapahduttua onnistuneesti alkoi keskustelu hintojen korottamisesta markkinajohtaja KPN:n johdolla. ACM:llä oli myös todisteita yritysten sisäisistä keskusteluista, joista ilmeni, että yritykset todella seurasivat tarkasti toistensa toimia signaloinnin jälkeen ja olivat valmiita ottamaan liittymismaksun käyttöön, kunhan muut tekevät samoin. Lisäksi KPN:n johtajan lehtihaastattelussa vedottiin melko suoraan kilpailijoihin puhumalla alan tilanteen tervehdyttämisestä ja jatkuvan markkinaosuuskamppailun ongelmista. Haastattelussa T-Mobile ja Vodafone mainittiin nimeltä viitaten KPN:n seuraamiseen liittymismaksun käyttöönotossa.³⁵

Myös tämä tapaus ratkesi sitoumuksilla. Operaattorit sitoutuivat pidättäytymään julkisista ilmoituksista, jotka käsittelevät tulevia hintoja ja muita kaupallisia ehtoja, joilla heikennetään kuluttajien asemaa. Hinnat ja muut ehdot olivat julkaistavissa vasta, kun niistä oli olemassa lopullinen kirjallinen päätös yhtiön sisällä, eli kun yhtiöllä ei enää ollut mahdollisuutta perua suunniteltuja toimia ennen niiden käyttöönottoa. Toisaalta on syytä huomata, että sijoittajille suunnatuissa tilaisuuksissa annetut ilmoitukset yhtiön tulevasta strategiasta jätettiin kiellon ulkopuolelle.³⁶

Valassis-tapauksen tavoin samat sitoumusratkaisun ongelmat näkyvät myös ACM:n sitoumuksissa. Tässä tapauksessa markkinoilla on sentään kahden sijaan kolme toimijaa, jolloin sitoumusten asettamisen jälkeen on hieman paremmat edellytykset ja kan-

³⁴ Commitment decision regarding mobile operators, Case number 13.0612.53. Saatavilla englanniksi verkko-osoitteesta <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12311/Investigation-into-mobile-operators-concluded/>, vierailtu 8.12.2015.

³⁵ Sitoumuspäätöksen kappale 5.3.

³⁶ Ibid, kappale 6.

nustimet aiempaa terveemmän kilpailun alkamiselle. Toisaalta saatavilla olevan materiaalin perusteella erityisesti markkinajohtaja KPN:n menettelyyn voisi kohdistaa ankarimpiakin moitteita. Asiakkaille palveluntarjoajan vaihtamiseen lisäkustannuksia aiheuttavan liittymismaksun onnistunut yhteinen käyttöönotto osoittaa konkreettisesti, miten vetoamus kilpailun rauhoittamisesta voi olla selvästi vahingollinen kuluttajien kannalta. Mikäli tapaukset aina ratkeaisivat sitoumuksilla, joissa luvataan jatkossa olla toimimatta vastaavalla tavalla, muodostuu oligopolimarkkinoille julkisesta signaloinnista käyttökelpoinen väline puhaltaa ainakin hetkellinen aikalisä ankarimman hintakilpailun vallitessa ilman pelkoa tuntuista kilpailuoikeudellisista sanktioista. Toisaalta sitoumuspäätös tarkoittaa, että viranomainen valvoo markkinoita tarkalla silmällä ainakin jonkin aikaa jatkossa. Päätöksen olemassaolo tuokin huomattavaa helpotusta sanktioiden määräämiseen, mikäli samat toimijat toistavat menettelynsä.

2.2.5 Hintasignalointi komission tapauskäytännössä tänään – konttikuljetusten linjaliikenne

Heinäkuussa 2016 komissio julkaisi ratkaisunsa konttikuljetusten linjaliikenteen markkinoita koskeneessa asiassa, jossa tutkinnan kohteena olivat 14 konttien merikuljetuksiin osallistuvaa yritystä eripuolilta maailmaa mukaan lukien eurooppalaiset jätit Hapag-Lloyd ja Maersk enemmistön kotipaikan sijaitessa kuitenkin Aasiassa. Konttikuljetusten linjaliikenteellä tarkoitetaan liikennettä, jossa konttirahtia kuljetetaan meriteitse kiinteillä säännöllisillä aikatauluilla määrättyjen satamien välillä erona esimerkiksi tilausrahtiin, meriliikenteen erikoiskuljetuksiin tai pakkaamattoman rahdin kuljetuksiin, jotka muodostavat kukin omat markkinansa.³⁷ Tutkinta alkoi keväällä 2011 komission suorittamilla yllätystarkastuksilla, mikä käytännössä tarkoittaa, että alun perin komissiossa epäiltiin kartellia toiminnan taustalla. Toisaalta tarkastuksia koskevan muistion perusteella myös SEUT 102 artiklan tarkoittamaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä pidettiin varteenotettavana vaihtoehtona kartellin ohella tai sijaan.³⁸

Tarkastukset eivät johtaneet lopulta kartellitutkimukseen, mutta loppuvuodesta 2013 komissio käynnisti muodollisen menettelyn yrityksiä vastaan yritysten yhdenmukaiste-

³⁷ Komission päätös asiassa AT.39850 – Konttiliikenne, kohdat 22 ja 24.

³⁸ Euroopan komission lehdistötiedote: Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the container liner shipping sector. Saatavilla verkko-osoitteesta http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-307_en.htm?locale=en, vierailtu 21.10.2016.

tun menettelytavan osalta. Perusteluna avaukselle komissio esitti yritysten vuodesta 2009 jatkuneen menettelyn ilmoittaa julkisesti verkkosivuillaan ja toimialalehdistössä hinnankorotusaikeistaan. Ilmoituksia tehtiin useita kertoja vuodessa ja niihin sisältyi suunniteltu hinnankorotuksen määrä – ei siis uutta voimaan astuvaa hintaa – sekä korotuksen voimaantulopäivämäärä, joka usein oli samansuuntainen yritysten kesken. Ilmoitukset tehtiin useimmiten muutamia viikkoja ennen korotusten voimaantuloa ja toisiinsa niitä tarkistettiin alkuperäisen ilmoituksen ja voimaantulon välisenä ajanjaksona. Vaikka hinnat säännöllisesti myös laskivat ja olivat yleisesti ottaen alhaisella tasolla kyseisellä ajanjaksolla, alennuksia hintoihin ei tutkinnan kohteena olleella ajanjaksolla julkaistu.³⁹

Komissio esitti alustavina huolenaiheinaan yritysten ilmoituskäytännön mahdollistavan yritysten keskinäisen tulevia hintoja koskevan tiedonvaihdon ja siten helpottavan käyttäytymisen koordinoimista. Yritykset saattoivat komission epäilyjen perusteella kokeilla ehdotettujen korotusten läpimenoa menettämättä asiakkaita – erityisesti, koska ilmoitetut korotukset eivät tulleet heti voimaan – vähentäen siten strategista epävarmuutta ja heikentäen kannustimia kilpailla. Edelleen komission alustavien huolenaiheiden mukaan osapuolet saattoivat toisten ilmoituksiin vastaamalla yhdenmukaistaa korotusten tason ja voimaantulon ajankohdan sekä lopulta päätyä yhteiseen korkeampaan hintatasoon ilman riskiä markkinaosuuksien menetyksistä tai hintasodista.⁴⁰

Osapuolten mukaan tutkinnan kohteena olleet julkiset ilmoitukset olivat tehokas keino tavoittaa asiakkaat ja viestiä näille tulevista korotuksista. Mielenkiintoista kyllä osapuolet vetosivat erityisesti uusien asiakkaiden tavoittamiseen; tämän väitteen osalta komissio varsin perustellusti totesi, ettei pelkkä määrällinen tai prosentuaalinen korotus ole riittävän informatiivinen ilmoitus uuden asiakkaan kannalta, eikä nimenomaan korotusten säännöllinen julkaisu ole kovin uskottavasti uusien asiakkaiden hankintaa verrattuna ilmoituksiin hintojen alentamisesta. Lisäksi asiakkaille ilmoituksista koituvaa hyötyä vähensi se seikka, etteivät ilmoitukset sisältäneet sitoutumista. Kaiken kaikkiaan komission alustavan kannan mukaan ilmoituksista oli vähän hyötyä asiakkaille.⁴¹

³⁹ Päätöksen kohdat 26–29 sekä Euroopan komission lehdistötiedote: Antitrust: Commission opens proceedings against container liner shipping companies. Saatavilla verkko-osoitteessa http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1144_en.htm, vierailtu 21.10.2016.

⁴⁰ Komission päätös, kohdat 37–39.

⁴¹ Ibid, kohdat 40–44.

Horisontaalisiin suuntaviivoihin viitaten komissio totesi ratkaisussaan, että yksipuoliset aidosti julkiset ilmoitukset eivät yleensä muodosta yhdenmukaistettua menettelytapaa. Kuitenkin tässä tapauksessa ilmoitukseen vastaaminen mahdollisti komission näkemyksen mukaan koordinoinnin ehtoja koskevan yhteisymmärryksen muodostumisen. Osapuolten kyetessä päätöksiä tehdessään ottamaan huomioon kilpailijoiden ilmoittamat aikomukset kyse oli siten alustavan kannan perusteella SEUT 101 artiklan tarkoittamasta yhdenmukaistetusta menettelytavasta. Lisäksi komission alustavan kannan mukaan kyse oli menettelystä, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, kun kilpailijoiden tulevia aikomuksia koskeva strateginen epävarmuus pienenee nyt käsillä olleella tavalla.⁴²

Tapaus ratkesi sitoumuksilla, joissa yritykset sitoutuivat muuttamaan hintoja koskevia julkaisukäytäntöjään. Sitoumusten nojalla yritykset julkaisevat jatkossa korotusten suuruuden sijaan varsinaisia hintoja asiakkaiden suorittaman vertailun helpottamiseksi, mikäli ylipäänsä haluavat ilmoituksia tehdä. Ilmoitettu hinta muodostaa kulloinkin ilmoitetulle voimassaolojaksolle sitovan enimmäishinnan, josta saa toki tarjota alennuksia. Lisäksi ilmoituksia tehdään aikaisintaan 31 päivää ennen voimaantuloa, koska tätä pidemmällä ajanjaksolla asiakkaat eivät tee tilauksia ilmoitetulle hinnoittelukaudelle, jolloin pidempi väli ilmoituksesta voimaantuloon hyödyttäisi lähinnä kilpailijoita muiden toimien tarkkailussa.⁴³

2.3 Kotimaiset tapaukset: toimialajärjestöjen viestintä

Suomesta voidaan ottaa käsittelyyn kaksi julkista viestintää koskevaa tapausta, jotka poikkeavat yllä esitellyistä tapauksista siten, että toimijana on yritysten sijaan yritysten yhteenliittymä. Vanhemmassa tapauksessa oli kyse Suomen Hiusyrittäjät ry:stä ja tuoreemmassa, helmikuussa 2016 markkinaoikeuden ratkaisemassa tapauksessa, Leipuri-liitto ry:stä. Tapauksissa on runsaasti yhtäläisiä piirteitä. Kummassakin oli kyse toimialajärjestön jäsenyrityksilleen antamista hintasuosituksista, joita annettiin systemaattisesti usean vuoden ajan eri viestintäkanavia hyödyntäen.

Hiusyrittäjät julkaisi vuosina 2000–2006 vuosittaisia korotusohjeita jäsenilleen pääasiassa perustuen alan kulloiseenkin palkkaratkaisuun, joka muodosti vähimmäistason suo-

⁴² Ibid, kohdat 45–51.

⁴³ Ibid, kohdat 63–68.

sitelluille korotuksille. Monissa julkaisuissa myös muiden kustannusten kohoaminen kehoitettiin huomioimaan ja siirtämään hintoihin. Lehdistötiedotteissa puhuttiin parturikampaamoiden nousevien hintojen *ennustamisesta*, toisaalta jäsenkirjeet olivat suoraan kehotuksen muodossa ja yleisesti muutenkin sanamuodoltaan jyrkempiä. Korotusten tekemistä kehoitettiin nimenomaisesti myös yksityisyrittäjille, joita palkkaratkaisu ei koskenut, jotta ”ansiotaso ei jää jälkeen alan yleisestä kehityksestä”. Lisäksi painotettiin, ettei korotustarve vaihtelee alueellisesti.⁴⁴

Vastauksessaan Kilpailuviraston seuraamusmaksuesitykseen Suomen Hiusyrittäjät ry katsoi toteuttavansa työmarkkinaosapuolena tiedotusvelvollisuuttaan alan työehtosopimusratkaisusta ja lisäksi alan yrittäjien ikä- ja koulutusrakenteen vaativan jäsenistölle suunnattua yksityiskohtaista ja käytännönläheistä neuvontaa. Korotusten tarve puolestaan johtui pääasiassa yrityksiä sitovista työehtosopimuksista, joiden mukaisten korotusten siirtäminen hintoihin ei ole kiellettyä kilpailun rajoittamista. Lopuksi liitto vetosi alan kilpailun paikalliseen luonteeseen, alhaisiin alalle tulon esteisiin sekä siihen, etteivät jäsenyritykset voineet olla varmoja kilpailijoiden hinnoitteluratkaisusta, seikkoina, jotka tosiasiallisesti estivät hintasuositusten kilpailua rajoittavat vaikutukset.⁴⁵ KHO tuomitsi Hiusyrittäjät markkinaoikeuden tavoin kilpailunrajoituslain rikkomisesta, mutta alensi seuraamusmaksun 33 000 eurosta 15 000 euroon asian pitkittyneen keston vuoksi, ja koska Kilpailuvirasto ei ollut esittänyt näyttöä hintasuositusten tosiasiallisesta vaikutuksesta kilpailulle eikä suositusten noudattamisesta.⁴⁶

Leipuriliiton toiminta vuosina 2007–2011 vastaa pitkälti Hiusyrittäjien menettelyä – liiton toimitusjohtajan pääkirjoituksissa Leipurilehdessä ja liiton jäsenkirjeissä onkin seurattu Hiusyrittäjien tapauksen käsittelyn etenemistä eri oikeusasteissa. Eroavaisuutena nyt myös joidenkin jäsenyritysten toimintaa liiton taustalla tutkittiin, mutta seuraamusmaksuesitys kohdistui lopulta vain liittoon. Jäsenlehdissä ja liiton vuosikokouksissa esitettiin yksityiskohtaisia prosentuaalisia hinnankorotusohjeita kustannusten perusteella, kun taas vuosikokouksen alla julkaistut lehdistötiedotteet olivat esimerkiksi muodossa ”Leivän hinta nousee!”⁴⁷ Toisaalta myös alan johtavat yritykset ottivat roolia tiedotuksen suhteen. Esimerkiksi tutkinnan kohteena olleen Fazer Leipomoiden toimitusjoh-

⁴⁴ Kilpailuviraston seuraamusmaksuesitys dnro 502/61/06, kappale 5.4, sekä seuraamusmaksuesityksen kohdat 91 ja 92.

⁴⁵ MAO 658/09, Suomen Hiusyrittäjät ry:n vastaus.

⁴⁶ KHO:n päätös 14.6.2013 t. 1993, s. 49–52.

⁴⁷ KKV:n seuraamusmaksuesitys dnro 831/14.00.00/2010, kappaleet 4 ja 7.

taja esitti lehtihaastattelussa arvelevansa leivän hinnan kallistuvan 2–5 prosenttia ensi vuonna.⁴⁸

Puolustuksenaan liitto vetosi tarpeeseen tiedottaa jäsenistölle alan kustannuskehityksestä tasapuolisten kilpailuolosuhteiden luomiseksi. Liiton tarkoituksena ei väitetysti ollut hintatason yhdenmukaistaminen, vaan pyrkimys välttää tilanne, jossa jäsenistö myy tuotteitaan tappiolla, sekä laajemman julkisen keskustelun herättely alan olosuhteista. Siten tiedottaminen olisi liiton mukaan alan monimuotoisuuden paremman säilymisen vuoksi lopulta hyödyttänyt myös kuluttajia.⁴⁹ Markkinaoikeus totesi kuitenkin Leipuri-liiton antaneen kustannustietojen julkaisun ohella selkeitä hintasuosituksia pitkälti KKV:n esittämien tavoin ja määräsi Leipuriliitolle 15 000 euron seuraamusmaksun. Tuomiosta on valitettu KHO:een.⁵⁰

Viimeistään näiden kahden ratkaisun jälkeen voidaan todeta, että toimialajärjestön sallittu kustannus seuranta ja kielletty hintasuositelu on sekä mahdollista että aiheellista erottaa toisistaan. Kustannus seuranta tuo tehokkuusetuja, kun yritykset pystyvät vertaamaan omaa kehitystään alan yleiseen tilanteeseen, mutta markkinoilla jokaisen yrityksen on silti päätettävä hinnoittelustaan itsenäisesti, jotta nämä tehokkuushyödyt koi-
tuvat muidenkin kuin alan tuottajien hyödyksi. Mikäli toimialajärjestö julkaisee missä tahansa kanavassa ”ennusteita” tai kehotuksia, joissa puhutaan alan hyödykkeiden tai palveluiden hintatason prosentuaalisista korotuksista tulevaisuudessa, viranomaisten puuttuminen on todennäköistä. Tällöin puolustuksena on hyödytöntä vedota alan heikkoon kannattavuuteen tai jäsenyritysten kyvyttömyyteen tehdä kohoavista kustannuksista oikeansuuntaisia johtopäätöksiä itsenäisesti. Aidosti kustannuskehityksestä yhteen koottujen tilastojen perusteella voinee sen sijaan edelleen tiedottaa huolta.

Myös EUTI on ratkaissut tapauksia, joissa toimialajärjestön suosituksilla rajoitetaan kilpailua.⁵¹ Kilpailun kannalta ongelmalliseen julkiseen viestintään näyttäisi olevan helppompaa puuttua, kun toimijana on yritysten yhteenliittymä yksittäisten yritysten sijaan. Toiminnan moitittavuus on selkeämmin hahmotettavissa yhteenliittymän suunnatessa viestintää jäsenistölleen, vaikka toisaalta haitallisuuden osalta yksittäisen johtavan yrityksen viestintä duopolimarkkinoilla todennäköisesti ylittää tilanteen, jossa yhteenliit-

⁴⁸ Kalevan verkkosivut: Fazer: Leivän hinta nousussa. <http://www.kaleva.fi/uutiset/oulu/fazer-leivan-hinta-nousussa/173119/>, vierailtu 10.12.2015.

⁴⁹ MAO 121/16, Suomen Leipuri-liitto ry:n vastaus

⁵⁰ MAO 121/16, kohdat 42–55, 112.

⁵¹ Ks. esim. asia 45/85 *Verband der Sachversicherer e.V. v. komissio* [1987] ECR 405.

tymän jäsenistö muodostuu lukuisista pienistä toimijoista, kuten Hiusyrittäjien tapauksessa. Leipuriliiton tapauksessa nousee esiin myös kysymys yhteenliittymän hyödyntämisestä tiettyjen jäsenyritysten tarkoitusten toteuttamisessa. Suomen kilpailulainsäädännössä tähän vaikuttaa myös se seikka, että toimialajärjestöjen kohdalla sanktiot jäävät käytännössä minimaalisiksi: 15 000 euron seuraamusmaksua tuskin voi pitää yleis- tai erityisestävänä minkään taloudellisen toimijan näkökulmasta, toisin kuin markkina-oikeus on Leipuriliittoa koskevassa tuomiossaan nimenomaisesti todennut.

3. HINTASIGNALOINTI TALOUSTIETEEN NÄKÖKULMASTA

3.1 Kolluusio mikrotaloustieteen ilmiönä ja kolluusion pysyvyyteen vaikuttavat tekijät

3.1.1 Kolluusion määritelmä taloustieteessä

Taloustieteessä kolluusiolla tarkoitetaan markkinoilla vallitsevaa lopputulosta, jossa hinnat asettuvat jollekin kilpailullisen tason ylittävälle tasolle tai vastaavasti tuotantomäärät kilpailullisen tason alapuolelle. Juristeilla puolestaan saattaa ilmetä taipumusta ymmärtää kolluusio kilpailijoiden välisenä yhteistyönä, toisin sanoen *välineenä* jonkin kilpailunvastaisen lopputuloksen saavuttamisessa.⁵² Puhtaasti juridisesta näkökulmasta kolluusio saa tällöin terminä negatiivisen sävyn ja olisi itsessään kielletty. Tässä tutkimuksessa käytän taloustieteessä omaksuttua neutraalia, lopputulosta kuvaavaa näkökulmaa: markkinoilla vallitseva kolluusio ei merkitse kielletyn kilpailunrajoituksen olemassaoloa, vaan kolluusio on jaettava nimenomaiseen ja hiljaiseen kolluusioon, joista karkeasti määritellen kilpailulainsäädäntö kieltää ainoastaan ensin mainitun. Tutkimukseni kannalta mielenkiintoinen kysymys on näin jaottelu nimenomaisen ja hiljaisen kolluusion välillä.

Kolluusion muodostumiseen ja säilymiseen vaaditaan kaksi kriittistä elementtiä: yhteisestä hintatasosta tai tuotantomäärästä poikkeamisen on oltava riittävän nopeasti havaittavissa ja tästä poikkeamisesta on seurattava uskottava ja tehokas rangaistus poikennutta yritystä kohtaan. Rangaistus käsittää tässä yhteydessä lähinnä hintasodan aloittamisen tai muut vastaavat aggressiiviset toimenpiteet markkinoilla, ja rangaistuksen tehokkuu-

⁵² Motta 2004, s. 138 ja Kühn 2001, s. 172–173.

della tarkoitetaan erityisesti ajallista välittömyyttä suhteessa poikkeamiseen sekä taloudellista suuruutta poikkeavan yrityksen näkökulmasta. Nämä elementit muodostavat mekanismin, jonka on oltava riittävän voimakas, jotta kolluusio kestää. Muutoin kolluusiosta poikkeaminen on yrityksille kannattava strategia ja kolluusion voidaan olettaa ennemmin tai myöhemmin murtuvan. Toisaalta nämä kaksi elementtiä riittävät kolluusion säilyttämiseen: esimerkiksi mitään yritysten välistä yhteydenpitoa – eli nimenomaista kolluusiota – ei vaadita, kunhan yritykset tiedostavat keskinäisen riippuvuussuhteen markkinoilla ja tunnistavat poikkeamisten havaitsemisen edellyttämän riittävän läpinäkyvyyden sekä muiden yritysten kyvyn rangaista poikkeamisesta tehokkaasti.⁵³

Viime kädessä kolluusiota edistävien ja vaikeuttavien tekijöiden arviointi tiivistyy taloustieteessä kysymyksiin, miten jokin tekijä vaikuttaa kolluusiosta poikkeamisen houkuttelevuuteen ja toisaalta miten kyseinen tekijä vaikuttaa poikkeamisesta uhkaavan rangaistuksen tehokkuuteen. Toisaalta myös käytännönläheisillä ja sosiaalisilla kilpailijoiden suhteisiin vaikuttavilla seikoilla on oma merkityksensä kolluusion syntymisessä ja säilymisessä. Alla käsittelen seuraavaksi niitä markkinoiden olosuhteisiin ja toimintaan liittyviä seikkoja, joiden perusteella voidaan arvioida, millä markkinoilla kolluusion voidaan todennäköisimmin odottaa ilmenevän. Vaikka käytännössä yritykset saattavat toki pyrkiä kartellisopimuksiin ja muuhun koordinointiin myös epärationaalisesti, käsiteltävillä seikoilla on tärkeä merkitys jo esimerkiksi kilpailuvalvonnan niukkoja resursseja kohdennettaessa. Lisäksi joillain markkinoilla on syytä puuttua toimintatapoihin, jotka toisilla markkinoilla olisivat täysin harmittomia.

3.1.2 Markkinarakenteeseen ja -olosuhteisiin liittyvät kolluusiota edistävät tekijät

Taloustieteessä todettuja kolluusiota edistäviä markkinarakenteeseen liittyviä tekijöitä ovat markkinoiden keskittyminen, markkinoille tulon esteet, kilpailijoiden väliset yhteydet kuten ristiinomistukset tai yhteisyritykset, alan tilausten säännöllisyys, tiheys ja koko, alhainen ostajavoima eli markkinavoiman puuttuminen alamarkkinoilla, kysynnän positiivinen kehitys sekä kilpailijoiden symmetrisyys. Lisäksi on tekijöitä, joiden vaikutus kolluusion pysyvyyteen tai heikkouteen tietyillä markkinoilla on epäselvä kahden-

⁵³ Motta 2004, s. 139–140.

suuntaisten vaikutusten vuoksi. Esimerkiksi tuotteiden homogeenisyys ja suuret varastot sekä ylikapasiteetti ovat tällaisia tekijöitä.

Markkinoiden keskittyminen on yksi selkeimmistä kolluusiota edistävästä tekijöistä. Mitä enemmän kilpailijoita markkinoilla on, sitä houkuttelevampaa on poiketa kolluusion hintatasosta, koska poikkeamisella saavuttaa suuremman markkinaosuuden kasvun kuin keskittyneillä markkinoilla saavuttaisi. Lisäksi markkinoiden keskittyminen vaikuttaa kolluusion myös toisella, käytännönläheisemmällä tavalla: pienempi määrä kilpailijoita helpottaa käyttäytymisen koordinoitua – joko nimenomaisella sopimuksella tai ilman.⁵⁴

Keskittyminen on läheisessä yhteydessä markkinoille tulon esteisiin, sillä alhaiset markkinoille tulon esteet luonnollisesti tarkoittavat, ettei markkina välttämättä säily keskittyneenä pitkään. Markkinoille tulon esteitä ovat esimerkiksi alaan liittyvä viranomaistoiminta, teknologiset vaatimukset mukaan lukien aineettomat oikeudet sekä alalle tuloon liittyvät uponneet kustannukset. Alhaiset markkinoille tulon esteet heikentävät kolluusion säilymistä, koska kollusiivinen, kilpailullista tasoa korkeampi hintataso houkuttelee markkinoille uusia yrityksiä, jotka voivat joko asettaa hintansa kollusiivisen tason alapuolelle tai vaihtoehtoisesti liittyä kolluusioon alentaen samalla alan keskittyneisyyden astetta.⁵⁵

Kilpailijoiden väliset linkit edistävät kolluusion säilymistä paitsi käytännönläheisellä tavalla – käyttäytymisen koordinoitua sekä kilpailijan valvominen helpottuvat – myös vaikuttamalla yritysten kannustimiin. Esimerkiksi vähemmistöomistus kilpailijassa tarkoittaa, että yhteisestä hintatasosta poikkeaminen tulee vähemmän houkuttelevammaksi, koska omistuksessa olevan yrityksen voitot pienenevät. Toisaalta kilpailijan kanssa perustettu yhteisyritys, kuten tutkimushanke tai markkinointiyritys, vahvistaa kilpailijoiden keskinäisiä siteitä ja keskinäistä riippuvuutta kannustaen pysymään kolluusiossa. Poikkeamisesta rangaistuksena seuraava hintasota voisi paitsi laskea kaikkien yritysten voittoja myös vaarantaa yhteisyritysten tulevaisuuden.⁵⁶

Markkinoiden tilauskäytännöillä on merkitystä kolluusion säilymistä kannalta monella eri tavalla. Ensinnäkin tilausten tiheys vaikuttaa kannustimiin poiketa tai pysyä yhteisessä hintatasossa. Mikäli uusia tilauksia tai sopimusten kilpailutusta tehdään harvoin, poik-

⁵⁴ Ibid, s. 142–143.

⁵⁵ Ibid, s. 143–144.

⁵⁶ Ibid, s. 144.

keaminen käy houkuttelevaksi, koska rangaistus seuraa vasta pitkän ajan kuluttua, jolloin sen taloudellinen merkitys poikkeamisen hetkellä pienenee. Toiseksi myös tilausten koko ja erityisesti tilauskoon vaihtelu vaikuttavat kannustimiin. Epätavallisen suuri tilaus luo suuren kannustimen poiketa kollusiivisesta hintatasosta, kun taas jatkuvat pienehköt tilaukset helpottamat tilausten jakamista kilpailijoiden välillä. Tilausta voidaan arvioida suhteessa yrityksen kokoon, jolloin pienemmillä yrityksillä kannustimet poiketa yhteisestä hintatasosta kasvavat herkemmin tavallista suuremman tilauksen tullessa tarjolle. Luonnollisesti tilausten toteuttamisessa ostajamarkkinoiden olosuhteet saavat suuren merkityksen. Markkinavoimaa omaava suurikokoinen ostaja pystyy säätelemään tilauksiaan siten, että kolluusiosta poikkeaminen käy houkuttelevammaksi. Äärimmillään vahva ostaja voi jopa uhata aloittavansa ylämarkkinoiden tuotannon itse. Vastavasti pienet ostajat ovat enemmän myyjien armoilla.⁵⁷

Tilausten muodon ja tiheyden ohella myös kysynnän kehityksellä on vastaavanlaisia vaikutuksia kannustimiin poiketa kolluusiosta. Kolluusion säilyminen on todennäköisintä kysynnän kasvaessa, sillä tällöin kolluusiolla saavutettavat suuremmat voitot tulevaisuudessa ylittävät herkemmin poikkeamisesta saatavat hetkelliset voitot. Kääntäen poikkeaminen muuttuu kannattavammaksi kysynnän laskiessa, koska hintatasosta poikkeavalle yritykselle on luvassa suhteessa suuremmat voitot verrattuna tuleviin voittoihin kolluusiosta. Edellytyksenä on tietenkin se, että yritykset tunnistavat kysynnän kehityksen oikein.⁵⁸

Kilpailijoiden epäsymmetrisyys vaikuttaa kolluusion pysyvyyteen erilaisilla mekanismeilla riippuen siitä, millä muuttujilla (kapasiteetti, markkinaosuudet, kulut, tuotantovalikoima jne.) epäsymmetrisyyttä tarkastellaan. Lopputulos vaikuttaisi kuitenkin olevan kaikilta osin sama: epäsymmetristen yritysten on vaikeampi päästä yhteisymmärrykseen kolluusion ”ehdoista”, jolloin aina jollakin yrityksellä on suurempi kannustin poiketa. Erityisesti näin voisi kuvitella olevan hiljaisen kolluusion osalta: intressien vaihdellessa yritysten välillä tuntuvasti on liki mahdotonta poiketa kilpailullisesta tasosta kestäväällä tavalla ilman nimenomaista sopimista. Kuten Motta esittää, tämän seurauksena markkinoiden keskittymistä mittaava Herfindahl–Hirschman-indeksi ei ole käyttökelpoinen

⁵⁷ Ibid, s. 145 ja Scherer – Ross 1990, s. 306–307.

⁵⁸ Motta 2004, s. 145–146 ja Haltiwanger – Harrington 1991, s. 102.

työkalu kolluusion todennäköisyyden arvioinnissa, sillä indeksiluku nousee tarkasteltavan markkinan epäsymmetrisyyden myötä.⁵⁹

Tuotteiden homogeenisyys puolestaan vaikuttaa kolluusion pysyvyyteen kahdella eri suuntiin vetävällä tavalla. Yhtäältä tuotteiden eroavuus heikentää uhkaavan rangaistuksen tehoa, sillä tuntuvakin hintojen pudottaminen jättää rangaistuksen kohteena olevalle yritykselle kysyntää, jolloin kolluusion ylläpito käy haastavammaksi. Toisaalta samaan aikaan poikkeaminen on vähemmän kannattavaa erilaistetuilla tuotteilla, sillä poikkeava yritys ei onnistu keräämään itselleen kaikkea kilpailijoihin kohdistuvaa kysyntää. Jos yritykset kuitenkin myyvät laajaa valikoimaa varioituja tuotteita, kolluusion säilyttäminen saattaa vaikeutua, sillä ”ehtojen” yhteensovittaminen käy hankalammaksi ja ehdoista poikkeamisen nopea havaitseminen vaikeutuu. Myös esimerkiksi alan ylikapasiteetti tai ylisuuret varastot vaikuttavat kahteen suuntaan jättäen lopputuloksen epävarmaksi: käyttämätön kapasiteetti houkuttelee poikkeamaan kolluusiosta, mutta toisaalta kilpailijoilla on mahdollisuus tuntuvampaan rankaisuun, mikäli ylikapasiteettia on useammalla yrityksellä.⁶⁰

3.1.3 Hintojen läpinäkyvyys, tietojen vaihto ja hinnoittelukäytännöt

Markkinarakenteellisten ja markkinoiden olosuhteisiin liittyvien seikkojen lisäksi kolluusion muodostumisen ja säilymisen todennäköisyyteen vaikuttavat erilaiset markkinoilla omaksutut käytännöt. Kuten edellä jo totesin, poikkeamisten nopea havaitseminen on kriittinen tekijä rangaistusuhan taustalla, ja siten luonnollisesti hintojen läpinäkyvyys helpottaa kolluusion säilymistä. Mikäli hinnat ovat täydellisesti kilpailijoiden havaittavissa, hintasotia ei synny. Tämä edellyttää paitsi mahdollisuutta havaita hinnat välittömästi myös kyvyttömyyttä antaa salaisia alennuksia asiakkaille.⁶¹ Näin ollen erilaiset hinnoittelun läpinäkyvyyteen ja hintojen sitovuuteen vaikuttavat toimet markkinoilla, kuten hintalistojen yhdenmukaistaminen, kuljetuksen sisällyttäminen hintaan määränpäästä riippumatta tai jälleenmyyntihinnan määrääminen, kuuluvat kolluusiota edistävien tekijöiden listalle.

⁵⁹ Motta 2004, s. 143, 147.

⁶⁰ Ibid, s. 146–149.

⁶¹ Ibid, s. 150–151.

Hintoja ja tuotantomääriä koskevan menneen tiedon vaihtaminen helpottaa kolluusion säilymistä, jopa silloin kun tietoja vaihdetaan alalla yhteen koottuna esimerkiksi toimialajärjestön välityksellä, koska tällöin yritykset voivat havaita, johtuvatko oman kysynnän muutokset alan kokonaiskysynnän laskusta vai kolluusiosta poikkeamisesta. Luonnollisesti kuitenkin yksilöidyt, yrityskohtaiset tiedot helpottavat valvontaa, koska tällöin hintatasosta poikkeava yritys on helpommin havaittavissa. Myös kuluja ja kysyntää koskevan tiedon vaihtamisella saattaa olla kolluusiota tukevia vaikutuksia tietyissä olosuhteissa. Markkinoita koskevalla tietojen vaihdolla on kuitenkin useissa tilanteissa tuntuvia tehokkuushyötyjä, joiden ansiosta kokonaisvaikutus hyvinvoinnille saattaa jäädä positiiviseksi.⁶²

Kolluusiossa pysymisen valvontaa voidaan helpottaa tietyillä sopimuskäytännöillä. Edellä mainitun jälleenmyyntihinnan määrittämisen lisäksi tällaisia käytäntöjä tai sopimusehtoja ovat ennen kaikkea suosituimmuuslausekkeet ("Most-Favoured Customer") sekä sitoutuminen vastaamaan kilpailuun ("Meeting-Competition Clause"). Suosituimmuuslausekkeella myyjä sitoutuu antamaan ostajalle saman alennuksen – mahdollisesti jopa takautuvasti – kuin jokin toinen ostaja on saanut. Sopimuskäytäntönä suosituimmuuslausekkeen vaikutus kolluusion pysyvyyteen on epäselvä: yhtäältä kollusiivisesta hintatasosta poikkeaminen käy vähemmän houkuttelevaksi, kun alennus on annettava kaikille asiakkaille, toisaalta poikkeamisesta rankaisemisesta tulee samasta syystä kalliimpaa. Sen sijaan sitoutuminen kilpailuun vastaamiseen voi asiakkaalle näennäisestä edullisuudesta huolimatta olla merkittävä väline kolluusion säilyttämisessä. Ensinnäkin lauseke muodostaa keinon tehokkaaseen tietojen vaihtoon: ostajalla on kannustin raportoida myyjälle aina, kun jokin kilpailijoista tarjoaa parempia myyntiehtoja. Toiseksi, mikäli lauseke omaksutaan alalla laajasti käyttöön, myyjien ei ylipäänsä kannata lähestyä kilpailijoiden asiakkaita edullisilla tarjouksilla.⁶³

⁶² Kühn 2001, s. 187–190.

⁶³ Motta 2004, s. 156–158.

3.2 Tulevia aikeita koskeva viestintä taloustieteessä

3.2.1 Ennakoivien ilmoitusten kannattavuus yritysten näkökulmasta ja ilmoitusten hyvinvointivaikutukset

Edellä olen jo tutkimusaiheen esittelyn yhteydessä viitannut tapauksiin, joissa kilpailuvalvojien huomio on kiinnittynyt toimialan käytäntöön ilmoittaa hinnoista julkisesti ennakkoon ennen muutoksen astumista voimaan. Tässä kappaleessa on tarkoitus perehtyä tarkemmin aihetta käsittelevään taloustieteelliseen tutkimukseen ja hakea vastausta kysymykseen, milloin yritysten viestintään on syytä puuttua taloustieteen näkökulmasta. Jäljempänä luvussa 4. lähestyn kysymystä juridisesta näkökulmasta tarkastelemalla eurooppalaisen ja suomalaisen kilpailuvalvonnan keinovalikoimaa.

Ennakoiviin hintailmoituksiin liittyen on keskeistä erottaa yksityiset, pelkästään kilpailijoiden väliset ilmoitukset julkisista ilmoituksista. Sekä taloustieteilijän että juristin näkökulmasta näitä tilanteita koskeva arviointi poikkeaa huomattavasti toisistaan. Julkinen myös asiakkaille suunnattu viestintä tuo mukanaan sellaisia tehokkuushyötyjä, jotka yksityisessä viestinnässä jäävät saavuttamatta. Siksi suhtautuminen julkiseen viestintään on huomattavasti haastavampi kysymys, kun taas yksityinen viestintä voidaan usein todeta ongelmalliseksi suoralta kädeltä. Toisaalta kriittistä on tällöin arvioida sitä, mikä on näennäisesti julkisen viestinnän todellinen tavoiteltu vastaanottajakunta.

Kirjallisuudessa Kühn on korostaessaan kommunikointiin puuttumisen merkitystä kilpailuvalvonnan painopistealueena pyrkinyt kehittämään selkeitä nyrkkisääntöjä, joiden avulla kommunikoinnin hyötyjä ja haittoja voidaan tarkastella. Lähtökohtana sääntöjen muotoilun taustalla kiellettäväksi todettavan kommunikaation on täytettävä kaksi ehtoa: kyseisellä kommunikoinnin muodolla on oltava selvästi kolluusiota edistävä potentiaali ja toisaalta kommunikoinnin kieltäminen ei saa aiheuttaa tehokkuustappioita. Lisäksi arvioinnin kohteena olevien markkinoiden on oltava riittävän keskittyneitä, jotta puuttuminen on ylipäänsä mielekästä. Kühn listaa kolme tunnettua potentiaalista tehokkuuspuolustusta, jotka voivat tulla kommunikoinnin osalta kyseeseen: kommunikaatio sisältää hyödyllistä tietoa asiakkaille, kommunikaatio merkitsee asiakkaiden näkökulmasta

sitoutumista tai kommunikaatio on uskottavalla tavalla markkinadataa koskevaa tietojen vaihtoa.⁶⁴

Näistä kolmesta tehokkuuspuolustuksesta on jo määritelmän puolesta ilmeistä, ettei yksityiseen kommunikointiin voida soveltaa kahta ensimmäistä. Lisäksi, kun kyse on menneisyyden sijaan tulevista aikeista, myös hyödyllistä markkinadataa koskeva puolustus sulkeutuu Kühnin mukaan pois. Tulevaisuutta koskevat tiedot eivät ole kommunikoinnin hetkellä vahvistettavissa, jolloin kyse ei ole luotettavasta markkinadatasta, koska yrityksillä ei normaalioloissa ole kannustimia paljastaa yksityisiä tietojaan totuudenmukaisesti. Näin ollen kommunikoinnin motiiviksi olisi katsottava lähinnä keskinäisen käyttäytymisen koordinointi.⁶⁵

Ennakoiviin ilmoituksiin liittyen Kühn tukeutuu myös Doynen ja Snyderin tutkimukseen tuotantosuunnitelmien julkaisukäytännöistä Yhdysvaltojen autonvalmistajien markkinoilla. Tutkimuksessa on seurattu vuodesta 1965 vuoteen 1995 autonvalmistajien ennakoivia ei-sitovia ilmoituksia tuotantosuunnitelmista, tarkistettujen suunnitelmien ilmoittamista sekä ilmoitusten vaikutusta alan toteutuneeseen tuotantoon. Doynen ja Snyderin tulokset osoittivat, että valmistajien ilmoitukset sisälsivät tietoa, jota kilpailijat hyödynsivät ja jolla oli vaikutusta kilpailijoiden strategioihin. Keskimääräistä suurempiin suunniteltuihin tuotantomääriin reagoitiin ilmoittamalla oman tuotannon kasvattamisesta. Tällöin alkuperäistä ilmoitusta usein tarkistettiin laskemalla ilmoitettua tuotantomäärää. Toisin sanoen yrityksillä ei ollut kannustinta liioitella omaa tuotantomäärää etukäteen, kuten voisi ajatella, sillä tällöin myös muut tuottajat olisivat ainakin ilmoitusten perusteella nostaneet tuotantomääriään. Silti oli Doynen ja Snyderin mukaan mahdotonta todeta, oliko ilmoitusten motiivi viaton, lähinnä epäsymmetrisen kysyntäinformaation kierrätyksen muodossa, vai kolluusion ylläpitäminen.⁶⁶

Doynen ja Snyderin mukaan tuotantosuunnitelmien julkaisu ennakoilta oli tehokas tapa vaihtaa yrityskohtaisia tietoja alan kysynnän tilasta. Kühn kuitenkin kritisoi tätä väitettä. Hänen mukaansa yrityksillä ei ole kannustimia ilmoittaa totuudenmukaista tietoa ennakoista kysynnästä, jolloin mihinkään ilmoitukseen tulevasta tuotannosta ei voisi luottaa, kun näihin ilmoituksiin ei sisälly sitoutumista. Vain kahdessa tilanteessa ilmoituksilla olisi Kühnin mukaan arvoa: kun nimenomaisena tarkoituksena on koordinoida

⁶⁴ Kühn 2001, s. 171–172, 183.

⁶⁵ Ibid, s. 183–184.

⁶⁶ Doyle – Snyder 1999, s. 1358–1360.

käyttäytyminen tai kun valheellisista ilmoituksista seuraa rangaistus tulevaisuudessa. Jälkimmäinen vaihtoehto puolestaan edellyttää tuekseen juuri sellaisia kolluusiota ylläpitäviä mekanismeja, joihin kilpailuvalvonnassa on pyrittävä puuttumaan. Kun on vielä jokseenkin itsestään selvää, etteivät valmistajien ennakoivat ei-sitovat tuotantosuunnitelmat hyödytä autonostajia, ilmoituskäytännössä ei ole kuluttajille koituvia tehokkuushyötyjä havaittavissa ja kiellon potentiaaliset tehokkuustappiot olisivat epätodennäköisiä.⁶⁷

Toinen Kühnin hyödyntämä tapausesimerkki on Yhdysvaltain lentomarkkinoilla toiminut yhteisyritys Airline Tariff Publishing Company (ATP), jonka välityksellä lentoyhtiöt vaihtoivat kapasiteettia ja lipunhintoja koskevia tietoja. Yksi järjestelmän ominaispiirteistä oli mahdollisuus asettaa lipuille määrätyllä tulevaisuuden päivämäärällä voimaan astuvia hintoja siten, että ilmoitetun hinnan saattoi ilman yhtiölle koituvia kuluja peruuttaa ennen kuin potentiaalinen asiakas oli saanut lainkaan tietää ehdotetuista hinnoista. Tapaus ratkesi sitoumusratkaisuun, jossa mahdollisuus ennakoivien ei-sitovien hintojen ilmoittamiseen kiellettiin, mutta yhteisyritys muutoin sallittiin. Kühnin mukaan ennakoivat hinnat lentolipuille on oiva esimerkki kommunikaatiosta, joka ei sisällä lainkaan tehokkuushyötyjä kuluttajan kannalta, vaan kyse on pikemmin välineestä neuvotella hintoja yhtiöiden kesken. Ennakoivien hintojen kieltäminen ei poista kokonaan mahdollisuutta järjestelmän käyttämiseen hintojen koordinoinnin välineenä, mutta sitoumusten jälkeen käsillä on myös selkeitä tehokkuushyötyjä markkinoiden kapasiteetin tehokkaamman käytön myötä.⁶⁸

Yhdysvaltain viranomaiset saivat tutkinnan yhteydessä haltuunsa lentoyhtiöiden sisäistä kommunikointia koskevaa materiaalia, josta kävi selkeästi ilmi, kuinka järjestelmää hyödynnettiin toisten yhtiöiden tarkkailuun ja kuinka muiden reaktiot ilmoitettuihin korotuksiin vaikuttivat lopullisiin hinnoitteluratkaisuihin. Lisäksi järjestelmä sisälsi mahdollisuuden nimetä tarjolla olevia lipputuotteita sekä voimaantulopäiviä koskevia alaviitemerkintöjä; viranomaisten mukaan näitä mahdollisuuksia hyödynnettiin yhtiöiden välisen kommunikoinnin välineenä. Näin yhtiöt saivat viestinsä varmemmin ymmärretyksi, kun pyrkimyksenä oli saada jokin kilpailijoista tarkistamaan omaa hinnoitteluaan.⁶⁹

⁶⁷ Kühn 2001, s. 184.

⁶⁸ Ibid, s. 184–185.

⁶⁹ Borenstein 1999, s. 238–239.

Blair ja Romano ovat puolestaan tutkineet ennakkoivien hintailmoitusten vaikutusta kokonaisyhyvinvointiin mielenkiintoisin lopputuloksin. Kun homogeenisiä tuotteita valmistavilla duopolisteilla on vain yritys kohtaista tietoa tulevasta kysynnästä, tietojen viestittäminen kilpailijalle hintailmoitusten avulla auttaa maksimoimaan tuottajaylijäämän laskien kuitenkin kuluttajaylijäämää suhteellisesti enemmän, jolloin vaikutus kokonaisyhyvinvointiin on negatiivinen. Näin on siitäkin huolimatta, että alhaisen kysynnän jaksoina hinnat laskevat alemmas kuin missä ne olisivat ilman tietojenvaihdon tapahtumista. Blairin ja Romanon mallin voi laajentaa myös useamman tuottajan markkinoille, mutta tuottajien määrän kasvaessa kasvaa myös houkutus poiketa kolluusiosta, kuten jo aiemmin kolluusiota edistävien tekijöiden yhteydessä totesin. Myös tuotteiden jonkinasteinen erilaistaminen ja sen myötä aiheutuvat eriävät intressit tuottajien välillä ovat mallin soveltuvuuden puitteissa mahdollisia.⁷⁰

Kun tuottajien osittainen epävarmuus koskee kysynnän sijaan tulevaa kulukehitystä ja tätä epävarmuutta korjataan ennakkoivilla hintailmoituksilla optimaalisen, alan tuottajien voitot maksimoivan hinnan selvittämiseksi, kuluttajaylijäämän voi kuitenkin odottaa Blairin ja Romanon tutkimuksen perusteella kasvavan. Tämän tutkimuksen lopputuloksen perusteella voitaisiin suhtautua torjuvasti ennakkoivien hintailmoitusten ehdottoman kiellon asettamiseen: vaikutukset kokonaisyhyvinvointiin eivät ole yksiselitteisiä. Blair ja Romano esittävätkin, että olisi mahdollisuuksien mukaan tutkittava tarkasteltavina olevien markkinoiden olosuhteita siltä kannalta, painottuuko vaihtelu enemmän kuluihin vai kysyntään. Lisäksi on tosin huomioitava, että ennakkoivia hintailmoituksia voidaan hyödyntää myös monopolihinnan tai kartellin ylläpitämisessä. Joka tapauksessa hintailmoitusten arviointi ei näyttäisi tarjoavan täysin yleispäteviä suuntaviivoja kilpailuvalvonnan suuntaamisen ja yritysten oikeusvarmuuden luomiseen, vaan tapauskohtaiset olosuhteet vaikuttavat suuresti.⁷¹

3.2.2 Tiettyyn tasapainotilaan päätyminen oligopolimarkkinoilla ja hintajohtajuus

Kirjallisuudessa hintasignaaloinnille tarjotaan myös hieman toisenlaista motiivia erityisesti peliteoreettisista lähtökohdista: ennakkoiva viestintä on käyttökelpoinen keino saavuttaa lukuisista potentiaalisista tasapainotiloista jokin määrätty lopputulos, kun yrityk-

⁷⁰ Blair – Romano 2002, s. 439–442.

⁷¹ Ibid, s. 443–445.

sillä ei ole tietoa kilpailijoidensa voittokuvaajista. Näin ymmärrettynä tulevaa käyttäytymistä koskeva viestintä näyttäytyy aivan kriittisenä tekijänä kolluusion säilyttämisessä. Taustalla on ajatus siitä, että yritysten kohdatessa jatkuvasti markkinoilla mikä tahansa hinta marginaalikustannusten ja täyden monopolihinnan välillä voi säilyä. Myös mikäli täydellinen kolluusio ei ole käytännössä mahdollinen poikkeamisen käydessä liian houkuttelevaksi, yritykset voivat asettaa hintatason johonkin täydellisen kilpailun ja monopolihinnan väliin, tasolle, jossa poikkeaminen ei ole enää liian houkuttelevaa.⁷² Määrättyyn hintaan päätyemisessä erilaiset kiintopisteet, kuten historiallinen hintataso tai sääntelyviranomaisen asettama enimmäishinta, nousevat merkittävään rooliin.⁷³ Eräs kiinnostava teoria aiheeseen liittyen on hintajohtajuus. Puhtaaseen kartelliin verrattuna signaloinnin ero on se, ettei pelkästään toivotusta tasapainotilasta julkisesti viestimällä ole mahdollista käydä täyttä kartelliin sisältyvää neuvotteluprosessia.⁷⁴

MacLeod on selvittänyt teoreettisesti hintailmoitusten merkitystä oligopolimarkkinoiden hiljaisen kolluusion säilyttämisessä ja tiettyyn hintatasoon päätyemisessä. Mallissa tuotteet ovat erilaistettuja, mutta kuitenkin toistensa substituuotteja siten, ettei yksipuolinen hinnankorotus ole kannattava. Yritykset havaitsevat toistensa hinnat menneisyydessä, mutta eivät ole selvillä kilpailijoiden tuotoista. MacLeodin mallissa oligopolimarkkinoiden tiedostettu samankaltainen käyttäytyminen eli tässä tapauksessa hintailmoitukseen reagoiminen toimii sosiaalisena ”sopimuksena”; yritykset tiedostavat sopimuksen kannattavuuden ja siitä poikkeamisen seuraukset ja varmistuvat näin kilpailijoiden aikeista. MacLeod kuitenkin toteaa, ettei mallin avulla välttämättä voi tehdä eroa kilpailullisen tilan ja hiljaisen koordinoinnin välillä, koska toimialan kohdatessa ulkoisen shokin, esimerkiksi äkillisen muutoksen kysynnässä, kaikki yritykset toimivat itsenäisesti rationaalisella tavalla tismalleen samalla tavoin kuin hiljaisessa kolluusiossa toimittaisiin signaloinnin avulla, kun kyse on läheisistä substituuotteista.⁷⁵

Toimialan taloustiedettä koskevassa kirjallisuudessa erotellaan perinteisesti kolme hintajohtajuuden muotoa: määräävän yrityksen hintajohtajuus, kollusiivinen hintajohtajuus sekä barometrinen hintajohtajuus.⁷⁶ Näistä kollusiivinen hintajohtajuus on tämän tutkimuksen kannalta kaikkein kiinnostavin malli. Alun perin Markhamin muotoileman teesin mukaan kollusiivinen hintajohtajuus ilmenee todennäköisimmillään viiden edelly-

⁷² Møllgaard – Overgaard 2006, s. 108.

⁷³ Motta 2004, s. 152.

⁷⁴ MacLeod 1985, s. 26.

⁷⁵ Ibid, s. 25–41.

⁷⁶ Esim. Scherer – Ross 1990, s. 248.

tyksen ollessa käsillä: markkina on tiukka oligopoli, tuotteet ovat läheisiä substituutteja, kustannuskäyrät ovat samanlaisia, alalle tulolle on esteitä ja kysyntä on riittävän epäelastista – toisin sanoen kun yleiset kolluusiota tukevat seikat toteutuvat.⁷⁷ Käytännössä haasteena on tosin usein erottaa kollusiivinen hintajohtajuus barometrisesta hintajohtajuudesta, jossa hintajohtaja ei käytä itsenäistä markkinavoimaa vaan lähinnä vahvistaa hintatason, joka muutenkin ilmenisi kilpailullisen prosessin seurauksena.⁷⁸

Mouraviev ja Rey ovat tutkineet hintajohtajuuden merkitystä kolluusion säilyttämisessä. Keskeisenä havaintona he toteavat, että peräkkäin tapahtuva hintojen julkaisu – eli yhden yrityksen hintajohtajuus – samanaikaisesti tapahtuvan hinnoittelun korvaajana helpottaa kolluusion säilyttämistä, kun tarkastellaan kahden yrityksen välistä Bertrand-kilpailua eli kilpailua tuotantomäärän sijaan hinnalla. Sinänsä kyse on ainoastaan perinteisestä oligopolimallista poikkeavasta tarkasteluasetelmasta; aikaväli hintajohtajan ja seuraajan hintailmoitusten välillä voi olla mielivaltaisen lyhyt, kunhan seuraaja kykenee havainnoimaan johtajan liikkeen ennen omaa liikettään. Selittäväenä tekijänä on kolluusiosta poikkeamisen kannustimien poistuminen hintajohtajan osalta. Hintajohtajan on kuitenkin toimissaan huomioitava, että seuraajalle jää riittävä osuus markkinoista. Koska johtaja ja seuraaja eivät välttämättä saa yhtä suurta markkinaosuutta, saattaa olla vakauden kannalta edullista vaihdella johtajana toimivaa yritystä eri alamarkkinoilla, kuten maantieteellisillä alueilla, tai eri ajanjaksoina. Malli on laajennettavissa useamman kuin yhden seuraajan tilanteisiin, mutta luonnollisesti seuraajien määrän kasvaessa kolluusion säilyttäminen kaikkien näkökulmasta kannattavana muuttuu haastavammaksi. Lisäksi myös poikkeavien kustannusten ja erilaistettujen tuotteiden tilanteissa hintajohtajuus laajentaa kolluusion säilyttämisen mahdollisuuksia, mutta kiinnostavana havaintona kolluusion säilyttäminen vaatii kirjoittajien mukaan vähemmän tehokkaan yrityksen toimivan johtajana.⁷⁹

Ishibashi on jo aiemmin johtanut samansuuntaiset lopputulokset tutkimalla kollusiivista hintajohtajuutta homogeenisten tuotteiden markkinoilla, kun yritykset ovat kapasiteetin osalta rajoittuneita. Hänen keskeisinä havaintoinaan todetaan, että hintajohtajuudella voidaan saavuttaa kolluusiossa lopputulemia, jotka eivät olisi kestäviä yritysten hinnoittelussa samanaikaisesti. Silti mikään yritys ei ensisijaisesti haluaisi olla hintajohtaja, vaan mieluummin seuraaja. Yhteisten voittojen kannalta on kannattavinta, että suurin

⁷⁷ Markham 1951, s. 901–903.

⁷⁸ Scherer – Ross 1990, s. 249–250.

⁷⁹ Mouraviev – Rey 2011, s. 706–710.

yritys toimii johtajana. Tällöin suurin yritys johtamalla osoittaa seuraajille sitoutuvansa kolluusiossa pysymiseen.⁸⁰

Cournot-kilpailussa, eli kun hinnan sijaan kilpaillaan tuotantomäärällä, Mouravievin ja Reyn tulokset eivät sen sijaan ole samansuuntaisia: tuotantomäärien ilmoittaminen peräkkäin ei ainakaan merkittävästi helpota kolluusiota verrattuna siihen, mikä samanaikaisesti ilmoitettaessa olisi saavutettavissa. Voittojen jakautuminen epäsymmetrisesti ”tuotantomääräjohtajuudessa” tarkoittaa, ettei kolluusion säilyttäminen ole molempien yritysten näkökulmasta edullista. Kirjoittajien mukaan myös empiirinen aineisto tukee edellä esitettyä: komission kartelliratkaisuista kerätyssä otannassa missään ei ollut kyse tuotantomäärillä johtamisesta, kun taas hintajohtajuutta ilmeni yli kolmasosassa niistä tapauksista, joissa kilpailu oli luonteeltaan hintakilpailua.⁸¹ On syytä huomata, että kyse on nimenomaan sitovien tuotantomäärien julkistamisesta toisin kuin edellä mainitussa tutkimuksessa Yhdysvaltain autoteollisuudesta. Tyypillisesti hintajohtajuutta onkin tutkittu asetelmassa, jossa hintajohtaja operoi julkistamalla sitovia hintoja. Tästä ilmiöstä pitää siksi erottaa signalointi ehdotetuilla hinnoilla tai tuotantomäärillä, jolloin viestintä muistuttaa prosessina pikemminkin neuvottelua kuin suoranaista johtamista.

3.2.3 Hintailmoitusten merkitys kartellissa – vitamiinikartellin kesto empiirisen aineiston perusteella

Marshall, Marx ja Raiff ovat tutkineet hintailmoituksia aivan erityisestä kulmasta tarkastellessaan maailmanlaajuiseen vitamiinikartelliin liittyvää aineistoa. Kartellin jäsenet tunnustivat kartellin olemassaolon vitamiinilajista riippuen vuosilta 1989–1991 alkaen, mutta tutkimuksessaan Marshall, Marx ja Raiff pyrkivät ennen kaikkea hintojen julkiseen ilmoittamiseen liittyviä käytäntöjä tarkastelemalla osoittamaan, että kartellin alku todellisuudessa ulottui vuoteen 1985 saakka. Tutkijoiden aineisto on kerätty Yhdysvalloista, mutta tuottajien ollessa maailmanlaajuisia toimijoita ja suurimpien nimenomaisesti eurooppalaisia johtopäätökset soveltuvat nähdäkseni sellaisinaan myös EU-alueelle. Komissio näyttäisi päätöksessään hyväksyneen kartellin jäsenten itse ilmoittamat alkamishetket kunkin vitamiinin osalta eikä ole esittänyt arviointia tätä ajankohtaa

⁸⁰ *Ishibashi* 2008, s. 704–709.

⁸¹ *Mouraviev – Rey* 2011, s. 710–712.

aiemmista olosuhteista.⁸² Toisaalta, ja etenkin kun kartellin paljastuminen lähti liikkeelle Yhdysvalloista, komissio ei ainakaan ratkaisun perusteella ole tehnyt tarkastuksia kartelliyrityksissä.

Vitamiinimarkkinoiden tunnusmerkkejä ovat tutkimuksen perusteella korkea keskittymisaste, korkeat alalle tulon esteet lähinnä suurten pääomasijoitusten ja tuotannon edellyttämän kokemuksen muodossa, homogeeniset tuotteet eri valmistajien välillä – tuotteet ovat kemiallisesti identtisiä – sekä joustamaton kysyntä. Lisäksi teollisilla ostajilla, joita ovat erityisesti eläin- ja ihmisravinnon valmistajat, vitamiinit muodostavat hyvin vähäisen osan tuotannon kokonaiskustannuksista. Ominaispiirteet ovat siten erityisiä siinä mielessä, ettei markkinaolosuhteita voi verrata mihin tahansa markkinoihin, mutta toisaalta eivät millään muotoa ainutlaatuisia esimerkiksi tarkasteltaessa kemianteollisuutta laajemmin. Saaduilla tuloksilla voisi siten olla laajempaakin käytännön hyötyä, kun kyse on teollisille ostajille suuntautuvista markkinoista.⁸³

Kartellin perustana oli markkinaosuuksien jäädyttäminen sovitulle tasolle sekä siihen välttämättömästi liittyvä tiivis tuotantomäärien valvonta, jotta sovitusta ei ole mahdollista poiketa salaisesti. Tämä tapa kartellin organisoinnissa on Marshallin, Marxin ja Raiffin tutkimuksen kannalta keskeinen: kun yritykset sopivat markkinaosuuksien jäädyttämisestä, vaaditaan joko jonkinlainen mekanismi tapahtuneiden markkinaosuusvaihteluiden korjaamiseksi jälkikäteen tai vaihtoehtoisesti on huolehdittava, ettei vaihtelua osuuksissa tapahdu. Jälkikäteen tapahtuva korjailu on tutkijoiden mukaan usein kallista, haastavaa toteuttaa käytännössä ja altista paljastumiselle valvontaviranomaisten taholta. Näin ollen on järkevämpää huolehtia, etteivät markkinaosuudet pääse muuttumaan. Tällöin yksi vaihtoehto olisi kokonaan pidättyä tekemästä tarjouksia kilpailijan asiakkaille, mutta koska kyseinen menettely on omiaan herättämään epäluuloja, ennakkoivat hintailmoitukset toimivat parempana mekanismina vakauden säilyttämisessä.⁸⁴

Tutkijoiden selitys hintoja koskeville ilmoituksille poikkeaa perinteisestä teoreettisesta taloustieteen lähestymistavasta. Julkiset ilmoitukset nähdään keinona hakea asiakkaiden hyväksyntää hinnankorotuksille. Mikäli korotus herättää vastustusta, korotuksesta voidaan perääntyä asiakassiirtymien välttämiseksi. Koska yksityinen asiakkaalle suunnattu ilmoitus herättää todennäköisemmin vastustusta asiakkaan epäillessä muiden saavan

⁸² Komission päätös COMP/E-1/37.512 Vitamiinit.

⁸³ *Marshall – Marx – Raiff* 2008, s. 764–765.

⁸⁴ *Ibid*, s. 765, 774.

edullisempia tarjouksia, julkinen ilmoitus on käytännössä kannattavampi ratkaisu.⁸⁵ Tässä mielessä julkinen ilmoitus muistuttaa läheisesti suosituimmuuslausekkeen kaltaista sitoumusta, jolla saadaan ostajat luottamaan hintatason edullisuuteen suhteessa muihin ostajiin.

Toisaalta teollisen asiakkaan hankintaorganisaation tehtävänä on hankkia tarvittu raaka-aineet mahdollisimman edullisesti, ja tähän tehtävään sisältyy velvollisuus raportoida esimiehille toimenpiteistä, joilla raaka-aineiden hinnankorotuksia on vastustettu tai hyväksytty. Koska hankintaorganisaatiot toimivat rajallisilla resursseilla, kaikkia korotuksia ei ole mahdollista vastustaa. Näin ollen kartellin jäsenet pyrkivät löytämään kulloinkin suurimmat mahdolliset korotukset, jotka asiakkaat ovat valmiita hyväksymään ilman vastustusta. Osana tutkimuksen teoreettista mallia on siksi käytetty ostajan reaktiota ilmoitettuun korotukseen ottamalla mukaan todennäköisyys, jolla asiakas vaihtaa toiseen tuottajaan ja heilauttaa samalla tuottajien välisiä markkinaosuuksia.⁸⁶

Tutkimuksessa on mallinnettu julkisten hintailmoitusten kannattavuutta markkinoilla ilman kolluusiota vertailukohdan muodostamiseksi. Tiivistäen tutkimuksen johtopäätöksinä todettiin, että kilpailullisilla markkinoilla ei joko nähdä julkisia ilmoituksia lainkaan tai vaihtoehtoisesti voidaan havaita yksin johtavan yrityksen ilmoittamia korotuksia taikka johtavan yrityksen ilmoituksia, joihin kilpailijat vastaavat. Lisäksi pitäisi ilmetä pitkiä ajanjaksoja, jonka kuluessa korotuksia ei ilmoiteta lainkaan, korotusten ollessa usein tiivistä kytkeytyneitä reaalitalouden olosuhdemuutoksiin. Tämän vuoksi kilpailullisilla markkinoilla ilmoitetut korotukset myös tulevat voimaan välittömästi tai korkeintaan lyhyen läpimenoajan jälkeen, ennakoivia korotuksia on vaikeampi perustella todellisilla kuluihin liittyvillä muutoksilla.⁸⁷

Kilpailullisilla markkinoilla ei ainakaan pitäisi havaita tilanteita, joissa korotuksista ilmoittava yritys vaihtelee. Markkinajohtajaa pienemmän yrityksen vetämät hinnankorotukset eivät tutkijoiden mukaan muodosta tasapainotilaa ei-kollusiivisilla markkinoilla. Useimmiten oligopolimarkkinoilla pienemmällä yrityksellä on mahdollisuus leikata hieman johtavan yrityksen hintatason alle, ja puolestaan mikäli tätä mahdollisuutta ei kannattavalla tavalla ole, ainakaan pienempi yritys ei halua tästä kyvyttömyydestään

⁸⁵ Ibid, s. 774.

⁸⁶ Ibid, s. 766.

⁸⁷ Ibid, s. 766–774.

julkisesti ilmoittaa.⁸⁸ Lisäksi, kun tarkastellaan ennakoivia eli peruttavissa olevia korotusilmoituksia, ilman koordinoitua ei tutkijoiden mukaan pitäisi olla mahdollista nostaa kestäväällä tavalla hintoja yli sen tason, joka on kilpailullisella hankintaprosessilla saavutettu, sillä kannustimet leikata kilpailijan esittämän tason alle säilyvät voimakkaina.⁸⁹ Tässä yhteydessä on syytä huomata, ettei teoriassa oteta kantaa siihen, millä tavalla yhteisymmärrykseen päästään. Kuten aiemmin totesin käsitteen määritelmänä, kolluusio ei tarkoita nimenomaista kartellisopimusta.

Tutkimuksen aineisto osoittaa jopa hätkähdyttävän selkeästi viisi keskeistä muutosta alan hintailmoituskäytännöissä juuri vuodesta 1985 alkaen: ilmoituksia alettiin tehdä huomattavasti enemmän, ilmoitukset olivat enimmäkseen yhteisiä eli kilpailijat vastasivat ilmoituksiin 90 päivän sisällä vastaavilla ilmoituksilla, myös muutkin yritykset kuin markkinajohtaja alkoivat johtaa yhteisiä ilmoituksia, yhteisillä ilmoituksilla alkoi ilmetä pitkiä läpimenoaikoja ennen voimaantuloa ja ilmoitusvälit olivat kasvavissa määrin säännönmukaisia ja korotukset vähittäisiä heijastellen mahdollisesti kartellikokousten säännöllisiä ajankohtia. Vastaavasti puolestaan 1980-luvun jälkipuoliskon ja kartellin myönnetyn alkamishetken välillä ei näyttäisi muutoksia tapahtuneen, poikkeuksena se seikka, että hintataso on monen vitamiinilajin osalta äkillisesti romahtanut 80-luvun lopulla.⁹⁰ Tähän seikkaan ei ole tutkimuksessa kiinnitetty erityisemmin huomiota, mutta komission ratkaisussa kartellin jäsenet tarjoavat itse uskottavan selityksen asialle: A- ja E-vitamiinien markkinoilla tapahtui aggressiivista hinnoittelua, mikä toimi sysäyksenä koko (tunnustetun) kartellin muodostamiselle.⁹¹

Vitamiinimarkkinoiden ominaispiirteet huomioiden markkinoiden toimintaa ajanjaksolla vuodesta 1985 vuoteen 1989 on hyvin vaikea sijoittaa kilpailullisten markkinoiden hintajohtajuutta koskeviin malleihin, kun taas ennen vuotta 1985 teoreettiset mallit vastaavat todellisuudessa havaittua joksikin tarkasti. Aineisto synnyttää voimakkaan epäilyksen kartellin ilmoitettua varhaisemmasta alkamisesta ainakin joidenkin suurten tuottajien osalta.⁹² Vaihtoehtoisena selityksenä voisi toimia lähinnä tuottajien onnistuminen hiljaisen kolluusion kannattavuuden tunnistamisessa: suurimmat tuottajat olisivat tällöin tavalla tai toisella havainneet ja ymmärtäneet keskinäisen riippuvuussuhteen merkityksen hintatasoon ja onnistuneet sisäisen kurin säilyttämisessä suhteellisen pit-

⁸⁸ *Marshall – Marx* 2012, 113–114.

⁸⁹ *Marshall – Marx – Raiff* 2008, s. 766–774.

⁹⁰ *Ibid*, s. 763, 780–786.

⁹¹ Komission päätös, kohta 160.

⁹² *Marshall – Marx – Raiff* 2008, s. 762–764.

kään, kunnes rintamasta on vuonna 1989 muutaman yrityksen taholta poikettu. Epäonnistumisesta viisastuneina suurimmat tuottajat olisivat tällöin ymmärtäneet tiukemman sitoutumisen tarpeelliseksi, jolloin myönnetyt kartellit alkoivat. Nähdäkseni vaihtoehdoisen selityksen uskottavuus on kuitenkin monelta osin koetuksella. Esimerkiksi, vaikka edellisessä kappaleessa todettiin Mouravievin ja Reyn tutkimuksen osalta kiertävän hintajohtajuuden olevan joissain tapauksissa kannattavaa kolluusion vakauden säilyttämiseksi, on kokonaan toinen kysymys miten tällaiseen järjestelyyn voitaisiin päästä ilman nimenomaista sopimista.

Marshallin, Marxin ja Raiffin tutkimus avaa kiinnostavia näkökulmia julkisten hintailmoitusten merkitykseen taloustieteen mallien ulkopuolisilla todellisilla markkinoilla. Samalla tutkimus tarjoaa oivan esimerkin siitä, miten taloustiedettä voidaan hyödyntää markkinoiden toiminnan tarkastelussa verrattuna esimerkiksi joskus esitettyyn väitteeseen kolluusion havaitsemisesta pelkän hintatason tai hintakehityksen perusteella.⁹³ Selkeinä kilpailupolitiikan suosituksina voidaan esittää, että markkinoita, joissa julkisia hintailmoituksia erityisesti muiden kuin markkinajohtajan antamina esiintyy ja mahdollisesti jopa kiertävillä vuoroilla, on syytä tutkia erityisen tarkasti. Vaikkei taustalla havaittaisikaan nimenomaista kartellia, markkinaolosuhteista riippuen ainakin ennakoivien ilmoitusten käytön kieltoa voi olla syytä harkita. Lisäksi, kuten kirjoittajatkkin esittävät, potentiaalisilla ongelmamarkkinoilla voidaan puuttua hinnankorotusilmoitusten läpimenoaikojen kasvamiseen.⁹⁴

Toinen kiinnostava havainto liittyy sellutapaukseen, jonka perusteluissa todettiin ennakoivien ilmoitusten hyödyttävän ennen kaikkea asiakkaita. Vitamiinikartelli – ja tutkijoiden mukaan yleistettynä moni muukin kartelli – käytti kyseistä menetelmää *juuri siitä syystä*, että näin asiakkaat pidetään tyytyväisinä ja sitä kautta markkinaosuudet vakaina, vaikka hintoja aletaan kartellisopimuksen solmimisen jälkeen vähittäin korottaa. Onkin tärkeä huomata, ettei kartellisopimuksen syntyminen aiheuta mitään äkillistä hintaloikkaa kuten useissa taloustieteen malleissa, vaan kartellihintojen implementointi tapahtuu todellisuudessa vähitellen hivuttaen. Tällöin asiakkaiden toiveet ja hyväksyntä ilmoituskäytännön sallittavuuden puolustuksena asettautuu kyseenalaiseen valoon. Lisäksi on mielenkiintoista huomata kartellin sisäinen tietoisuus toimintansa selittämises-

⁹³ Ks. samansuuntaisesti esim. Kühn 2001, s. 174–179

⁹⁴ Marshall – Marx – Raiff 2008, s. 764.

tä: komission ratkaisun perusteella osalliset olivat itse valmiita perustelemaan toimintaansa asiakkaille hintajohtajuutena oligopolimarkkinoilla.⁹⁵

3.2.4 Signaointi peliteoreettisissa laboratoriokeissa

Cooper et al. ovat tarkastelleet laboratoriokeena peliä edeltävän ei-sitovan kommunikoinnin vaikutusta koordinoinnin onnistumiseen. Kokeessa oli kyse sukupuolten taistelupelistä, jonka eri vaiheissa ei joko saanut kommunikoida lainkaan, vain toinen sai halutessaan tehdä ilmoituksen aiotusta pelistä tai molemmat saivat halutessaan tehdä yhtäaikaisesti ilmoituksen aikeistaan. Pelaajilla oli tieto toisen pelaajan potentiaalisista lopputulemista. Hypoteesin mukaisesti yksipuolinen kommunikointi oli tehokkain tapa poistaa koordinoitongelma, ja myös molemminpuolinen kommunikointi paransi lopputulemia, vaikkakaan ei yhtä tehokkaasti kuin yksipuolinen. Lopuksi kokeeseen vielä lisättiin mahdollisuus useampaan kierrokseen molemminpuolista kommunikointia, jolloin lopputulemat paranivat hieman. Myös hypoteesi, jonka mukaan hiljaisuus merkitsee valmiutta koordinointiin, piti tulosten perusteella paikkansa, ja tällä tavoin ilmoituksen tehnyt pelaaja vastapuolen hiljaisuuden myös tulkitsi.⁹⁶

Tulokset tukevat jo aiemmin esimerkiksi Farrellin esittämää teoriaa ei-sitovasta kommunikoinnista, joka hyväksytään uskottavaksi, mikäli esitetty strategia muodostaa Nash-tasapainon.⁹⁷ Kriittisenä edellytyksenä viestin kuulijan pitää toisin sanoen tietää, että ehdotettu strategia on ehdottajalle itselleen kannattava. Muussa tapauksessa kuulija ei voi varmistua ilmoituksen noudattamisesta eikä pidä signaalia uskottavana, jolloin toimitaan kuin mitään signaalia ei olisi annettu. Cooper et al. käyttivät tulosten käytännön sovelluksena esimerkkinä standardin valitsemisen ongelmaa. Toisaalta, kuten Kühn huomauttaa, strategisen epävarmuuden poistaminen ei välttämättä vielä merkitse kollusiivista lopputulosta.⁹⁸

Cooper et al. toteuttivat myöhemmin vastaavan kokeen myös koordinoitipelissä, joka muistutti asetelmaltaan vangin dilemma -peliä. Tulokset olivat siinä mielessä päinvas-
taisia, että nyt molemminpuolinen signaointi vähensi koordinoinnin epäonnistumista

⁹⁵ Komission päätös, kohdat 203–204.

⁹⁶ Cooper et al. 1989, s. 568–580.

⁹⁷ Farrell 1987, s. 35.

⁹⁸ Kühn 2001, s. 181–183.

huomattavasti yksipuolista signalointia tehokkaammin. Yksipuolinen ei-sitova kommunikointi jätti strategisen epävarmuuden voimaan, vaikka paransikin koordinoinnin onnistumista kokonaan ilman kommunikointia pelattuihin kierroksiin verrattuna.⁹⁹ Koordinoitipelissä jonkinlaisella neuvottelulla näyttäisi siten olevan tuntuvaa merkitystä, aivan kuten odottaa sopii.

Ei-sitova signalointi ei siten näyttäydy tutkimustulosten perusteella täydellisenä ratkaisuna koordinoitongelmaan. Yksi mielenkiintoinen signalointia tukeva ratkaisu vingin dilemma -tyyppiseen asetelmaan on kajoaminen pelin voittomatriisiin, ennen kaikkea omien mahdollisten lopputulemien heikentäminen, kuten Scherer ja Ross esittävät Yhdysvalloissa tapahtuneen turbogeneraattorikartellin jälkipyykin yhteydessä. General Electric ilmoitti kartellituomion jälkeen ottavansa käyttöön ”hintasuojeluohjelman”, jossa se takasi kaikki antamansa alennukset muille asiakkailleen retroaktiivisesti – toisin sanoen kyse oli suosituimmuuslausekkeesta. Näin tekemällä yhtiö alensi tuntuvasti alennusten antamisen kannattavuutta omasta näkökulmastaan, eli alhaisen hinnan strategian tuottamia lopputulemia voittomatriisissa. Pääkilpailija Westinghouse olisi toki voinut edelleen kannattavasti leikata GE:n hinnan alle, mutta tästä olisi varsin suurella todennäköisyydellä seurannut GE:n hintasuojeluohjelman hylkääminen ja mahdollinen hintasota. Siksi myös Westinghouse ilmoitti vastaavasta ohjelmasta ja kyseiset menetelmät säilyivät käytössä yli kymmenen vuotta kunnes viranomaiset määräisivät ne lopetettaviksi.¹⁰⁰

Cason on johtanut Farrellin tulokset suoraan koordinoititilanteeseen muistuttaen kuitenkin, että ei-sitovien ilmoitusten sivuuttaminen kokonaan ilmoitusten epäuskottavuuden vuoksi muodostaa yhden mahdollisen tasapainotilan. Farrellin tutkimuksessa oli kyse päätöksestä tulla luonnollisen monopolin markkinoille, kun hyödykkeet ovat komplementaarisia, jolloin molemmat markkinan potentiaalisesti täyttävistä yrityksistä hyötyvät siitä, että markkina täytetään. Casonin mukaan sama asetelma voidaan siirtää oligopolimarkkinan hinnoittelupäätöksiin, sillä vaikka mikään tietty hinta ei ole kaikille yrityksille optimaalinen muun muassa erilaisen kulurakenteen vuoksi, useimmiten kuitenkin koordinoitu hintataso on kannattavampi kuin kilpailullinen taso.¹⁰¹

⁹⁹ Cooper et al. 1992, s. 739–752.

¹⁰⁰ Scherer – Ross 1990, s. 212.

¹⁰¹ Cason 1994, s. 186–187.

Casonia aiemmin Holt ja Davis ovat puolestaan tehneet laboratoriokokeen signaloinnin vaikutuksesta toteutuviin hintoihin kolmen yrityksen tarjousmarkkinoilla mallintaakseen julkista viestintää esimerkiksi toimialalehdistössä. Kokeessa kysyntä oli määrän ja enimmäishintojen suhteen yritysten tiedossa ja tuotantomäärät annettuja, myyjien tehtävänä oli ainoastaan asettaa hinta kullekin kierrokselle. Kierroksia toteutettiin ensin ilman signalointia ja sen jälkeen signaloinnin kanssa signaloinnin muodostuessa konstruktiosta, jossa vuorollaan yksi myyjistä ilmoitti ei-sitovalla tavalla ehdotuksensa hinnasta, johon kaksi muuta vastasivat ei-sitovalla tavalla hyväksyvänsä tai hylkäävänsä hinnan ja ehdottamalla jälkimmäisessä tapauksessa joko alempaa tai korkeampaa hintaa. Koe toistettiin kahdella erilaisella kysyntäasetelmalla, joista ensimmäisessä kaikki myyjät saivat varmuudella ainakin yhden yksikön myydyksi, kun taas jälkimmäisessä yksi myyjistä jäi kokonaan ilman myyntiä, jolloin kaikista kilpailullisen tason ylittävistä hintatasoista oli kannattavaa poiketa alaspäin.

Lopputuloksissa vertailtiin kierroksittain lopullisten sitovien hintojen mediaaneja. Signalointikierroksilla selkeänä kaavana näyttäisi olleen aloittaminen korkealla, lähellä kollusiivista tasoa olevalla hintasignaalilla, joka kuitenkin alitetaan sitovissa hinnoissa. Tästä syntyy kierre, joka laskee hintoja kierros kierrokselta. Tutkimusraportissa ei paljasteta signaloitujen hintojen kehitystä, mutta Holt ja Davis esittävät, että kierrosten edetessä signalointi menettää merkityksensä, koska signaalien todenmukaisuuteen ei enää uskota. Johtopäätöksenä he toteavat, että vaikka signaloinnilla saavutetaan korkeampi hintataso kuin ilman signalointia, signaloinnin vaikutus on vain tilapäinen ja pysyvemmän ratkaisun aikaansaamiseksi vaadittaisiin suoraa kommunikointia ei-sitovien aikomusten viestittämisen sijaan.¹⁰²

Joka tapauksessa hintataso kuitenkin pysytteli kokeessa ilman signalointia saavutetun tason yläpuolella. Kun myös ilman signalointia hintataso on laskeva, erityisen mielenkiintoinen on nähdäkseni se tuntuva loikka, joka saavutetaan signalointikierrosten alkaessa. Vaikka myyjät tietävät, että muilla on kannustin poiketa yhteisestä hintatasosta alaspäin, signaloitu hinta muodostaa eräänlaisen kiintopisteen, jonka alle todelliset hinnat asetetaan. Tästä voisi johtaa päätelmän, että signalointi on erityisen käyttökelpoinen toimenpide ankaran hintasodan ”aselevoksi”, joskaan ei pysyväksi rauhaksi. Myyjien näkökulmasta pysyvämpi ratkaisu edellyttäisi pelkän signaloinnin lisäksi muitakin toi-

¹⁰² Holt – Davis 1990, s. 307–310.

mia, joilla saadaan aikaan luottamusta signaloitujen hintojen noudattamiseen, tai olosuhteita, joissa poikkeaminen käy vähemmän houkuttelevaksi.

Cason ja Davis ovat sen sijaan tutkineet signalointia laboratoriokokeella tilanteessa, jossa myyjät kohtaavat useilla erillisillä markkinoilla. Pyrkimyksenä on ollut mallintaa edellä mainittua ATP-tapausta: lentoyhtiöiden välisessä kilpailussa on ominaispiirteensä, että eri lentoreitit muodostavat omat merkitykselliset markkinansa, sen sijaan että tarkastelun voisi pysyttää esimerkiksi Yhdysvaltain tai Euroopan laajuisena. Kolluusiota ajatellen tästä on intuitiivisesti se merkittävä etu, että rangaistustoimet on helppo kohdentaa vain siihen yritykseen, joka on poikennut kolluusiosta. Lisäksi näin kohdentamalla muille kilpailijoille ei synny vaikutelmaa, että rankaisutoimiin ryhtyvä yritys olisi itse pyrkimässä poikkeamaan.¹⁰³

Casonin ja Davisin kokeen asetelma muistutti Holtin ja Davisin vastaavaa sillä lisäyksellä, että myös tarjottua määrää saattoi muuttaa ja että eri markkinoita oli yritysten lukumäärän mukaisesti kolme, joista kullakin yrityksellä oli oma vahva markkinansa, jolla kyseisellä yrityksellä oli kilpailijoita alhaisemmat kustannukset. Tällä mallinnettiin lentoliikenteen markkinoiden ominaispiirrettä, jossa määrättyihin kotilentoasemiin liittyvät reitit ovat kustannuksiltaan edullisempia verrattuna paitsi kilpailijoihin myös saman yhtiön muihin lentoreitteihin. Signalointivaihe konstruointiin siten, että myyjillä oli kaksi minuuttia aikaa vaihtaa hintoja ja tarjontamääriä koskevia ilmoituksia, minkä jälkeen viimeinen ilmoitettu hinta ja tarjottu kapasiteetti jäivät sitoviksi. Jälleen vertailusarjana koe toteutettiin myös ilman signalointimahdollisuutta.¹⁰⁴

Johtopäätöksenä todettiin kommunikoinnin vaikuttavan transaktiohintoihin erityisesti siten, että hintasota oli vähemmän todennäköistä signaloinnin ollessa mahdollista. Kuitenkin myös signalointiversiossa hinnoilla oli laskeva trendi: kuten Cason ja Davis itse esittävät, mahdollisesti signaloinnin tarjoamiin koordinoitumahdollisuuksiin suhtauduttiin optimistisesti, mutta loppujen lopuksi tarjouskierrosten toistaminen ei anna mahdollisuutta oppia koordinoimaan käyttäytymistä tehokkaasti pelkkien ilmoitusten avulla. Tähän liittyen Cason ja Davis toteavat, ettei kommunikoinnin tuottamassa keskimäärin hieman korkeammassa hintatasossa ollut niinkään kyse tehokkaasta koordinoinnista, vaan pikemminkin yhden myyjän valmiudesta sietää muiden poikkeamia laskematta omaa hintatasoaan, ikään kuin uhrautumisesta muiden hyväksi. Signalointi ei ollut siten

¹⁰³ Cason – Davis 1995, s. 772–773.

¹⁰⁴ Ibid, s. 773–775.

tehokas menetelmä yhteisen ”kielen” saavuttamiseksi, kun muuhun täydentävään kommunikointiin ei ollut mahdollisuutta. Lopuksi – kokeen johtopäätösten merkitystä laimentaen – on todettava, että tutkijoiden mukaan osallistujien aiemmalla kokemuksella vastaavista kokeista tai kokeessa käytetyistä mekanismeista saattaa olla jopa signalointia suurempi merkitys lopputulokseen.¹⁰⁵

Useampien markkinoiden tutkimusta on hankala verrata sellaisenaan yhden markkinan käsittäviin tutkimuksiin, koska asetelmat kokeissa eivät olleet täysin vastaavia. Kaikissa laboratoriokokeissa hintojen kehityssuunta vaikuttaisi kuitenkin laskevalta osoittaen signalointiin liittyviä haasteita hintoja koordinoitaessa. Siten pelkkä signalointi ei olisi kestävä ratkaisu nimenomaisen kolluusion säilyttämisessä, vaan tueksi tarvittaisiin muitakin mekanismeja tai toimia. Toisaalta laboratorio-olosuhteet toisilleen tuntemattomilla koehenkilöillä poikkeavat monessa mielessä aidosta toimintaympäristöstä. Voisi ajatella, että monet eri tekijät saattavat vaikuttaa kilpailijoiden väliseen luottamukseen joko rakentavasti tai rapauttavasti. Esimerkiksi vaikkapa sosiaaliset linkit yritysjohdon välillä tai pitkä yhteinen historia alalla voisivat olla sellaisia seikkoja, jotka yksistään riittävät synnyttämään vaadittavaa luottamusta muuttaen luonteeltaan epäluotettavan signaloinnin uskottavaksi kommunikoinnin muodoksi. Lisäksi on todettava, että satunnaisesta päättymisajankohdasta huolimatta mikään laboratoriokoe ei jatku tuntemattomaan tulevaisuuteen kuten yritysten kohtaaminen todellisilla markkinoilla. Tällä seikalla on vaikutusta kannustimiin poiketa signaloinnilla ilmoitettavan tason alle.

3.3 Tuoreet signalointitapaukset taloustieteen valossa

Edellä käsiteltyä taloustieteellistä tutkimusta voidaan hyödyntää aiemmin esitetyjen tuoreiden tapausten arvioinnissa. Pitäisikö asuntolainamarkkinoilla ilmenevästä hintasignaloinnista huolestua? Ainakin on helppo todeta, että Suomessa kyse on varsin keskittyneestä markkinasta. Asuntolainoja tarjoavat toki ainakin pienemmässä mittakaavassa muutkin toimijat kuin perinteiset pankit, mutta joka tapauksessa Suomessa on jopa Euroopan keskittynein pankkisektori¹⁰⁶ eikä tähän liene muutosta tulevan uusien toimijoiden muodossa, vaikka teknologian kehitys ja kasvava sääntelytaakka onkin johtanut tietynlaiseen perinteisten pankkipalveluiden murrokseen. Asuntolainoissa on kyse

¹⁰⁵ Ibid, s. 775–784.

¹⁰⁶ OECD 2014, s. 28

homogeenisistä tuotteista, joskin vaihtelua tuotteissa saattaa esiintyä, kun finanssikonsernit paketoivat eri palveluita kokonaisuuksiksi.

Asuntolainamarkkinoilta on myös saatavissa jatkuvaa tilastotietoa alan kehityksestä: Suomen Pankki kerää kuukausittain yhteen tilastot myönnettyistä lainoista ja niissä käytetyistä koroista – ainakin toisinaan marginaalit erikseen eriteltyinä.¹⁰⁷ Toisaalta jokainen asuntoluottopäätös on yksilökohtainen ja marginaali vaihtelee lainanottajan ominaisuuksien perusteella, joita eri pankit saattavat arvottaa toisistaan poikkeavin tavoin. Lisäksi jatkuvasta kokonaistilastoinnista huolimatta, toisin kuin julkisesti nähtävillä olevien palvelumaksujen osalta, yksittäisten luotonantojen marginaaleja on haastavaa valvoa poikkeamisen havaitsemisen näkökulmasta. Yhteenkootut tilastot eivät tarjoa riittävää tarkkuutta valvontaan. Toisaalta kuluttajien suorittama lainan kilpailutus, joka nykyisin onnistuu nopeasti verkossa, saattaa jonkin verran helpottaa valvontaa. Kilpailutuksessa hävinneet pankit saavat ainakin tietoonsa, minkälaisen ehtojen ja ennen kaikkea marginaalin alle jokin lainanantaja on leikannut. Kilpailutuksen selkeä positiivinen vaikutus on toisaalta se, että nihkeä suhtautuminen pankin vaihtamiseen ja vaihdosta mahdollisesti aiheutuvat kustannukset ovat omiaan mahdollistamaan lainamarginaalien noston.¹⁰⁸ Tätä jähmeyttä kilpailutus estää tehokkaasti.

Poikkeamisen valvonta on nähdäkseni merkittävä tekijä, joka vaikeuttaa pelkällä signaaloinnilla luotavaa kestäväää koordinoitua asuntolainamarkkinoilla. Pankit voivat kukin tahoillaan ”ennustaa” marginaalien nousua, mutta tämä ei poista kannustinta leikata yksittäisessä lainanantotilanteessa ennustetun marginaalitason alapuolelle. Koordinointi olisi helpompaa esimerkiksi yksityisasiakkaiden palvelumaksujen osalta, koska näiden suhteen ei oletettavasti salaisia alennuksia yhtä laajasti ilmene. Siten lainamarginaaleilla signaalointia huolestuttavampaa olisi julkinen keskustelu uuden palvelumaksutyypin ehdollisesta käyttöönotosta tulevaisuudessa tai entisten maksujen korotuksista – kuten Alankomaiden teleoperaattoreiden edellä todettiin tehneen. Pankkien kohdalla tällaiset ennakoitujen korotukset on jokseenkin helppo paketoita julkisessa keskustelussa kasvavan sääntelytaakan ja vakavaraisuussäännösten väistämättömiksi seurauksiksi. Kun tällaisessa viestinnässä mennään aiotuissa toimenpiteissä pitkälle yksityiskohtiin, kilpailuvalvojan on syytä harkita puuttumista.

¹⁰⁷ Suomen Pankin verkkosivut: Marginaalin merkitys kasvanut asuntolainojen hinnoittelussa. http://www.suomenpankki.fi/fi/tilastot/tase_ ja_korko/Pages/index_30_7_16.aspx, vierailtu 20.10.2016.

¹⁰⁸ Näin myös kilpailuasiainneuvos Tom Björkroth Talouselämä-lehden haastattelussa, Talouselämä 29/2014, s. 25–26.

Konttien linjaliikenteessä on nähdäkseni markkinoina kiinnostavalla tavalla samoja piirteitä kuin lentoliikenteen markkinoilla, joita edellä käsittelin ATP-tapauksen osalta. Myös merikuljetuksissa voidaan nähdä omia lähtöpisteisiin ja määränpäihin perustuvia alamarkkinoita. Aivan kuten ATP-tapauksessa myös linjaliikenteen markkinoilla voisi ajatella olevan jokseenkin helppoa kohdistaa rankaisutoimet tiettyyn hintatasosta poikkeavaan yritykseen ja tämän hallitsemille reiteille jättäen samalla muiden reittien hinnat ennallaan. Esimerkiksi mikäli jokin varustamo ei seuraa yhteistä hinnankorotusta, voitaisiin tämän varustamon hallitsemille reiteille kohdistaa tuntuvia alennuksia. Tällaisen mekanismi on omiaan vahvistamaan kolluusiossa pysymisen kannattavuutta ja siten kolluusion säilymistä.

Lisäksi linjaliikenteen markkinat ovat markkinoina omalaatuiset. Kun kyse on alasta, jolle on historiallisesti ollut ominaista keskittyneisyys, keskinäiset allianssit ja muu laaja yhteistyö ja joka niinkin pitkälle kuin vuoteen 2008 asti nautti merkittävältä osin suojalta unionin kilpailuoikeuden soveltumista vastaan,¹⁰⁹ kilpailuoikeudelliset huolenaiheet johtavien yritysten menettelytavoista ovat erityisen perusteltuja. Tässä yhteydessä on syytä viitata myös OECD:n vuoden 2002 raporttiin, jossa todettiin allianssien säilyttäminen perustelluksi, mutta vastaavasti kaikenlainen hintayhteistyö haitalliseksi. Erityisesti raportin toimenpidesuosituksena esitettiin, että sääntelyn tulisi pyrkiä ohjaamaan kahdenvälisiin sopimusneuvotteluihin rahdinlähettäjien ja kuljetusyritysten välillä sekä suojaamaan näiden sopimusten luottamuksellisuutta erityisesti hintojen suhteen. Luottamuksellisuudella raportin mukaan torjutaan nimenomaisesti mahdollisuus signaloida markkinoiden muille toimijoille omia hintoja.¹¹⁰ Näin ollen, kun markkinaolosuhteet ovat jo valmiiksi alttiita kolluusiolle, julkiseen viestintään puuttuminen on erityisen perusteltua. Linjaliikenteen markkinoihin palaan vielä jäljempänä kappaleessa 5.2.

3.4 Milloin hintoja koskevaan viestintään on syytä puuttua?

Kühn on esittänyt kommunikaatiota koskevissa politiikkasuosituksissaan täyskieltoa tulevia aikeita koskevalle yksityiselle kommunikaatiolle, koska tällaisen kommunikaation tehokkuushyödyt ovat hyvin kyseenalaisia. Sen sijaan kun kommunikaatio on julkista ja siihen sisältyy jonkinlainen sitoumus asiakkaita kohtaan, tehokkuushyödyt ovat

¹⁰⁹ Liu 2010, s. 1–2, 10, 19–22.

¹¹⁰ OECD 2002, kohdat 201–215.

mahdollisia ja kommunikoinnin kieltä suoralta kädeltä ei tule kyseeseen.¹¹¹ Nähdäkseni molempien elementtien – julkinen ja sitoutuminen – olisi syytä olla aidosti käsillä, jotta tehokkuushyödyistä voidaan todellisuudessa puhua. Tulevia aikomuksia koskevat keskustelut, jotka eivät sisällä minkäänlaista hyödyllistä tietoa asiakkailta, eivät muutu sen suotavammiksi, vaikka ne siirtyisivät hämyisistä kartellikokouksista avoimesti julkisuu-teen esimerkiksi toimialalehdistön palstoille. Julkisessa viestinnässä on siten kriittisesti arvioitava ilmoituksen tai muun kommunikoinnin todellista kohdeyleisöä. Joitakin esi-merkkeitä mainitakseni uusien hintojen raportointi varmasti kiinnostaa asiakkaita enemmän kuin aiotut muutokset tuotantomäärissä. Vastaavasti absoluuttiset hinnat ovat vaihtoehtoisia myyjä vertailevien asiakkaiden näkökulmasta hyödyllisempää tietoa kuin pelkät prosentuaaliset hinnankorotukset ilman tietoa vanhasta hinnasta.

Toisaalta myöskään kaikki sitoutuminen asiakkaiden suuntaan ei ole hyväksi, vaan saat-taa edistää kolluusion säilymistä voimakkaasti. Sitouttamalla itsensä julkisesti tai esi-merkiksi suosituimmuuslausekkeilla johonkin tiettyyn menettelyyn yritys pystyy samal-la osoittamaan kilpailijoilleen sitoutuvansa omaan ehdotukseensa poistaen näin luon-taista epäluottamusta koordinoitua yrittävien kilpailijoiden välillä. Näin ollen on syytä suhtautua kriittisesti ja markkinakontekstin muodostamaa kokonaisuutta arvioiden puo-lustukseen, jonka mukaan tarkastelun kohteena oleva menettely on lähtöisin asiakkaiden toiveista. Myös asiakkaiden taholta kriittisyys olisi suotavaa: pitää muistaa, että sään-nöllisiä julkisia hinnankorotuksia edullisempaa olisi, ettei korotuksia tehtäisi lainkaan.

Myös Motta painottaa kommunikoinnin kriittisyyttä. Hänen mukaansa, kun on havaitta-vissa kommunikointia tulevasta hinnoista tai tuotantomääristä missä tahansa muodossa ja on saatavilla todisteita, etteivät yritykset ole toimineet yksipuolisesti, yritykset voi-daan todeta syyllisiksi hintayhteistyöstä. Yksipuolisen kolluusiota edistävän toiminnan tapauksissa, kun käsillä ei ole tehokkuushyötyjä, Mottan mukaan olisi puolestaan syytä määrätä haitalliset toimintatavat lopetettaviksi ilman sakkorangaistusta. Mottan mukaan nämä säännöt luovat selkeyttä, ainakin verrattuna siihen, että hintayhteistyön olemassa-olo pyritään johtamaan esimerkiksi yhdenmukaisista hinnoista, samanaikaisista hinnan-korotuksista tai muista vastaavista toimista ilman näyttöä kommunikoinnista. Tämä lin-jaus ei olisi liian salliva yrityksiä kohtaan, sillä jo historiallinen tapauskäytäntö osoittaa, että hiljaisessa kolluusiassa kiusaus kommunikoida kilpailijan kanssa jossain muodossa kasvaa suureksi. Näin ollen ainakin tulevaa hinnoittelu- tai tuotantokäyttäytymistä kos-

¹¹¹ Kühn 2001, s. 196.

keva tietojenvaihto, joka ei sisällä hyötyjä ostajille, voitaisiin julistaa aina kielletyksi ”mustan listan” käytännöksi.¹¹²

Taloustieteellisen tutkimuksen perusteella signaloinnin merkitystä ei kuitenkaan pidä liioitella: kyse ei ole kartellisopimuksen veroisesta keinosta yhteisten voittojen maksimoimiseksi. Havaittaessa signalointia erityisesti useamman eri yrityksen taholta ensimmäisen reaktion tulisi olla kyseisten markkinoiden huolellinen läpivalaisu mahdollisesti yllätystarkastuksia hyödyntäen. Signalointi voi hyvin olla vain jäävuoren huippu, salaisen kartellin julkisuuteen näkyvä osa, ja kilpailuvalvonnan ensisijaisen painopisteen on syytä olla tämän kartellin paljastamisessa. Vaikka kartellin olemassaoloa ei voida suoraan päätellä signaloinnin ilmenemisestä, havaitut signalointikäytännöt ovat kuitenkin hyödyllistä aineistoa tarkasteltaessa esimerkiksi kartellin kestoa, potentiaalisia kartellitapaamisten ajankohtia ja osallisia yrityksiä, aivan kuten Marshall, Marx ja Raiff ovat tutkimuksessaan tehneet.

Vaikka nimenomaista kartellia ei ilmenisi signaloinnin taustalla, signalointitilanteissa olisi kiinnitettävä huomiota myös muihin olosuhteisiin. Tutkinnan kohteena tulisi olla markkinoiden yleiset olosuhteet, kuten keskittyneisyys, mahdolliset kilpailijoiden väliset linkit, toimialan sopimuskäytännöt sekä mahdollisuus tai vaikeus valvoa kilpailijoiden toimia. Mikäli markkinat ovat jo valmiiksi ongelmalliset toimivan kilpailun näkökulmasta, signalointiin tulisi puuttua nopeasti. Esimerkiksi duopolitilanteissa tai kolmen suuren yrityksen hallitsemilla markkinoilla on jokseenkin selvää, että julkinen ilmoitus ehdollisesta hinnankorotuksesta tai markkinaosuuksien jäädyttämisestä on haitaksi. Vastaavasti hajanaisilla markkinoilla, joilla läpinäkyvyys on vähäistä, mahdolliset yksittäiset julkiset ehdotukset hintojen nostamisesta voidaan kuitata lievemmillä keinoilla.

¹¹² *Motta* 2004, s.189–191.

4. JULKINEN VIESTINTÄ SEUT 101 ARTIKLAN MUKAISESSA ARVIOINNISSA

4.1 Sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa

4.1.1 Sopimus

SEUT 101 artiklan 1 kohta kieltää yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy. Kilpailunrajoituksen taustalla olevan toiminnan on siten täytettävä jokin kolmesta määritelmästä sopimus, päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa. Tässä luvussa tarkastelen, miten yritysten julkinen viestintä sopii yhteen artiklan termien kanssa ja milloin kilpailun rajoittaminen on toiminnan tarkoituksena tai seurauksena. Artiklan 1 kohdan elementeistä yrityksen käsite sekä vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan rajautuvat tutkimuksen ulkopuolelle, sillä tältä osin julkista viestintää koskeva arviointi ei erityisemmin poikkea muista 101 artiklan kieltämistä menettelyistä.

Vakiintuneen doktriinin mukaan 101 artiklan 1 kohdan sopimuksen käsite ei vastaa kansallisten oikeusjärjestelmien sopimuskäsitettä, vaan merkitystä on haettava EU-oikeuden soveltamiskäytännöstä. Tämän tutkimuksen kannalta huomionarvoista on, että 101 artiklan tarkoittama sopimus edellyttää koko artiklan tavoin vähintään kaksi yritystä osapuoliksi; 101 artiklaa ei 102 artiklasta poiketen sovelleta yhden yrityksen yksipuoliseen toimintaan.¹¹³ Tätä jyrkkää lähtökohtaa lieventää se seikka, että varsinkin horisontaalisissa suhteissa sopimuksen olemassaolon kynnys on matala. Sopimuksen muodolla ei ole merkitystä, kunhan vähintään kahden osapuolen yhteinen tahto on havaittavissa.¹¹⁴ Sopimuksen ei myöskään tarvitse olla osapuolia juridisesti sitova, sopimusoikeudellisesti pätevä, eikä kilpailuoikeudessa hyväksytty puolustukseksi väitettä siitä, ettei yrityksellä ole aikomusta noudattaa sopimusta.¹¹⁵

¹¹³ *Leivo ym.* 2012, s. 126 ja asia T-41/96 *Bayer AG v. komissio* [2000] ECR II-3383, kohta 66, jossa yleinen tuomioistuin tiivistää oikeuskäytäntöä aiheeseen liittyen.

¹¹⁴ Asia T-41/96 *Bayer AG v. komissio*, kohta 69.

¹¹⁵ *Leivo ym.* 2012, s. 126–127.

Odudu hahmottelee 101 artiklan sopimuksen käsitettä tavalla, jossa käsite on purettavissa kahteen sopimusoikeuden tyypilliseen elementtiin: sopimuksen olemassaolo edellyttää kommunikaatiota eli tarjousta ja sitoutumista eli tarjouksen hyväksymistä. Yksipuolinen toiminta ei merkitse sopimusta, mutta toisaalta se on kyettävä erottamaan *yksipuoliselta vaikuttavasta* toiminnasta, kuten *Bayer*-tapauksessa yleinen tuomioistuin asiaa tarkasteli. Kyse on aidosti yksipuolisesta toiminnasta, kun toiminnan päämäärät on saavutettavissa ilman toisen yrityksen nimenomaista tai hiljaista osallistumista.¹¹⁶ Sopimusoikeuden termein tällöin minkäänlaista tarjousta ei ole olemassa. Esimerkkinä ainoastaan yksipuoliselta vaikuttavasta toiminnasta Odudu mainitsee niin kutsutun cheap talk -ilmiön, jossa yritys julkaisee strategiansa kilpailijoilleen ennen sen täytäntöönpanoa. Mikäli julkaistu strategia ei ole vielä tässä vaiheessa yritystä sitova, kyse on kilpailijoille esitetystä ”tarjouksesta”, johon strategian julkaissut yritys odottaa vastausta. Vastaus on tällöin pääteltävissä käyttäytymisestä, ja Odudun mukaan hyväksyvä vastaus ilmenee kahdesta seikasta: mikäli käyttäytyminen on esitetyn tarjouksen mukaista eikä käyttäytymiselle jää muuta varteenotettavaa selitystä kuin vastaus tarjoukseen, tarjous on hyväksytty.¹¹⁷

Vaikka alun perin komissio on tehnyt eron sopimuksen ja yhdenmukaistetun menettelytavan välillä, samalla on tunnustettu, ettei tällä erottelulla ole ratkaisevaa merkitystä.¹¹⁸ Kyseessä on pikemminkin lingvistinen keino erotella erilaiset 101 artiklan kattamat yhteistoiminnan muodot. Nykyisin komissio käyttääkin erityisesti monimutkaisemmissa tapauksissa ilmausta sopimus ja/tai yhdenmukaistettu menettelytapa. Yritysten välinen tietojenvaihto voi perustua nimenomaiseen sopimukseen tai ilmetä osana muuta kiellettyä järjestelyä, mutta itsenäisenä rikkomuksena yhdenmukaistetun menettelytavan käsite vaikuttaisi terminä sopivammalta.¹¹⁹ Toisaalta sopimukseen voidaan Odudun esittämällä tavoin sitoutua pelkällä käytöksellä, jolloin suurta ongelmaa sopimuksen toteamisessa ei ilmene. Joka tapauksessa edellä mainittu lähtökohta, että 101 artiklan rikkomus vaatii vähintään kaksi osapuolta, vaikuttaisi olevan merkityksellinen ennen kaikkea vertikaalisten suhteiden arvioinnissa. Artiklan soveltumisen kannalta kiinnostavampi rajanveto käydään yhdenmukaistetun menettelytavan ja sallitun yritysten samanlaisen käyttäytymisen välillä.

¹¹⁶ *Odudu* 2006, s. 62–66 ja Asia T-41/96 *Bayer AG v. komissio*, kohta 71.

¹¹⁷ *Odudu* 2006, s. 66–69.

¹¹⁸ Komission päätös 23.4.1986 86/396/EEC (Polypropylene), kohdat 86–87 sekä asia C-49/92 *Komissio v. Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125, kohta 112.

¹¹⁹ *Whish – Bailey* 2015, s. 106–107.

4.1.2 Yritysten yhteenliittymän päätös

Kuten edellä käsitellystä¹²⁰ oikeuskäytännöstäkin ilmenee, 101 artiklan viittaus yritysten yhteenliittymien päätöksiin kattaa myös ei-sitovat suositukset. Tällöin on kuitenkin syytä arvioida suosituksen luonnetta, potentiaalisia vaikutuksia markkinoilla sekä kyseisen yhteenliittymän jäsenten aiempaa taipumusta noudattaa suosituksia. Myös yhteenliittymän perustaminen on katsottavissa päätökseksi.¹²¹

Merkittävä ero kansallisen kilpailulain ja EU-oikeuden välillä ilmenee seuraamusmaksuissa: unionin tasolla seuraamusmaksun ylärajana voidaan huomioda myös jäsenyritysten liikevaihto, kun kilpailusääntöjen rikkominen yhteenliittymän taholta koskee jäsenyritysten toimintaa ja yhteenliittymä toteuttaa kilpailunvastaisen toiminnan jäsentensä hyväksi ja yhteistyössä niiden kanssa.¹²² Varsinkin kotimaisessa Leipuriliiton tapauksessa on havaittavissa tämän seuraamusmaksumäärittelyn edut. Toimialajärjestön hintasuositukset ja muu viestintä koituvat juuri jäsenyritysten eduksi ja luultavasti perustuvat usein jäsenten myötävaikutukseen esimerkiksi liiton hallituspaikkojen kautta. Kuten unionin tuomioistuimien on osuvasti todennut, yhteenliittymällä ei ole objektiivisia ja sen jäsenten eduista riippumattomia intressejä.¹²³ Tämä on nähtävissä myös Leipuriliiton tapauksessa, jossa liiton viestinnän intressit linkittyvät vahvasti alan muutaman suuren yrityksen intresseihin ja kielletty toiminta saa konkreettista tukea ja kannustusta määrättyiltä jäsenyrityksiltä. Siksi seuraamusmaksujen keinotekoisesta välttämisen ehkäisemiseksi sekä yleisestä tukemiseksi tämä liikevaihdon ylärajan laskutapa olisi suotavaa myös Suomessa. Vähimmillään olisi nähdäkseni suotavaa, että yhteenliittymän hallituksessa tai muussa johto-organissa edustetuille elinkeinonharjoittajille voisi määrätä seuraamuksia nykyistä herkemmin. Yhteenliittymän hallituksessa istuvan jäsenyrityksen edustajan intressit kytkeytyvät juuri edustamaansa yritykseen.

Kahden melko tuoreen ja julkisuutta saaneen tapauksen myötä ratkaisulinja näyttää Suomessa siinä määrin vakiintuneelta, ettei kilpailuvalvojan puuttuminen kärjekkäisiin julkisiin hintasuosituksiin pitäisi tulla toimialajärjestöille yllätyksenä. Samalla vaikuttaisi kääntäen siltä, että yhteenliittymän viestintään puuttuminen tuottaa kilpailuvalvo-

¹²⁰ Ks. 2.3 Kotimaiset tapaukset: toimialajärjestöjen viestintä yllä.

¹²¹ *Whish – Bailey* 2015, s. 116–117.

¹²² Yhdistetyt asiat C-101/07 P ja C-110/07 P *Coop de France bétail et viande v. komissio* [2008] ECR I-10193, kohta 97.

¹²³ *Ibid.*

jalle huomattavasti vähemmän juridisia ongelmia kuin yksittäisten yritysten viestinnän rajoittaminen. Osittain tämä on nähdäkseni perusteltua, sillä yritysten yhteenliittymä on jo luonteensa puolesta kilpailijoiden välisenä yhteistyöorganisaationa omiaan herättämään epäluuloja, mikä varmasti osaltaan alentaa puuttumiskynnystä. Toisaalta puhtaasti haitallisuutta arvioiden esimerkiksi pirstaleisilla parturikampaamomarkkinoilla eisitovien hintasuositusten on vaikea kuvitella saavuttavan samaa menestystä kuin tiukassa oligopolissa tapahtuva johtavien yritysten signaalointi. Nykyisellä yhteenliittymien seuraamusmaksutasolla toimintaan puuttuminen ja prosessin jatkuminen aina KHO:een saakka vaikuttaa jossain määrin resurssien hukkaamiselta. Mikäli yhteenliittymän strategiavalintaa puolestaan ajatellaan rationaalisena odotusarvolaskelmana, joidenkin kymmenientuhansien eurojen uhkaava seurausmaksu kaukana tulevaisuudessa saattaa muodostaa hintasuositusstrategian houkuttelevaksi taustalla vaikuttavien merkittävimpien jäsenyritysten näkökulmasta.

4.1.3 Yritysten yhdenmukaistettu menettelytapa

Yritysten yhdenmukaistetun menettelytavan käsite on sekä juridisesti epäselvempi kuin sopimuksen tai yhteenliittymän päätöksen käsitteet että myös käytännössä merkittävämpi horisontaalisten rajoitusten tapauksissa, sillä siinä missä sopimuksen kohdalla monesti kyse on ennen kaikkea näytön arvioinnista, yhdenmukaistettu menettelytapa tarkoittaa usein rajanvetoa kielletyn ja sallitun yhteistoiminnan välillä. Yhdenmukaistettu menettelytapa toimii ikään kuin verkkona, jolla puututaan toimintaan, jota ei voida pitää sopimuksena tai yhteenliittymän päätöksenä. Samalla, kuten Whish ja Bailey huomauttavat, yhdenmukaistetun menettelytavan soveltaminen edellyttää kilpailuviranomaisilta varovaisuutta. Vaarana on, että käsitteen laveuden avulla puututaan yritysten toimintaan liian laajasti ilman näyttöä yhteisestä tahdosta pelkän markkinoilla ilmenevän samankaltaisen käyttäytymisen perusteella, kun kyse on tosiasiaissa yritysten rationaalisista vastauksista kilpailijoiden toimiin.¹²⁴

Tästä lähtökohdasta ei ole yllätys, että yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen sisältö on tarjonnut runsaasti oikeuskäytäntöä vuosien kuluessa. Varhaisessa tapauskäytännössä EUTI määritteli käsitteen seuraavasti:

¹²⁴ Whish – Bailey 2015, s. 117.

”-- yritysten välisen yhteistoiminnan muoto, jolla korvataan tietoisesti kilpailun riskit yritysten välisellä käytännön yhteistyöllä ilman, että jouduttaisiin tekemään varsinaista sopimusta.”¹²⁵

Toinen merkittävä tapaus oli niin kutsuttu sokerikartelli, jossa tuomioistuin totesi, ettei yhdenmukaistettu menettelytapa vaadi minkään todellisen suunnitelman olemassaoloa. Kielletyksi yhteistoiminnaksi riittää mikä tahansa suora tai epäsuora toimijoiden välinen yhteydenpito, jonka tarkoituksena tai seurauksena on joko vaikuttaa kilpailijan markkinakäyttäytymiseen tai julkistaa kilpailijalle omaa toimintaa koskevat päätökset ja aikomukset. Tutkimuksen aiheen kannalta erityisen merkityksellinen oli myös tuomioistuimen tiivistävä toteamus, jonka mukaan unionin kilpailusäännöt edellyttävät, että jokaisen taloudellisen toimijan on päätettävä yhteismarkkinoilla suunnittelemistaan menettelytavoista itsenäisesti, vaikka kilpailijan nykyisiin ja odotettavissa oleviin toimiin reagoiminen onkin täysin sallittua.¹²⁶

Jatkona edellä esitellylle sopimuskäsitteelle Odudun muotoilema sisältö yhdenmukaistetulle menettelytavalle korostaa tietojenvaihdon merkitystä. Odudu tarkastelee yhdenmukaistettua menettelytapaa kahdesta eri lähtökohdasta: vaihtoehtoisena tapana todeta sopimuksenkin edellyttämä yhteinen tarkoitus tai keinona vähentää markkinoilla ilmevä epävarmuutta. Ensin mainitussa tapauksessa yhdenmukaistetun menettelytavan käyttö terminä sopimuksen sijaan merkitsee lähinnä yhteistä tahtoa koskevan näytön vahvuuden arviointia: suoran näytön puuttuminen sopimuksen olemassaolosta sivuutetaan nimeämällä toiminta yhdenmukaistetuksi menettelytavaksi. Yhdenmukaistetun menettelytavan kohdalla yhteisen tarkoituksen olemassaolo johdetaan usein yritysten käyttäytymisestä, sillä kirjallisten ja suullisten todisteiden olemassaolo viittaisi pikemminkin sopimukseen. Tällöin edellytetään kolmen tekijän havaitsemista käytöksessä: kommunikaatio, käytös kommunikaation jälkeen sekä käytöksen taustalla havaittava yhteisymmärrys. Kommunikaatio voi tapahtua missä muodossa tahansa, usein pelkkä yksikin kilpailijoiden välinen tapaaminen riittää. Käytös kommunikaation jälkeen merkitsee yhdenmukaistetun menettelytavan laittamista täytäntöön. Yhteisymmärryksellä tarkoitetaan tässä yhteydessä, että on nähtävissä kommunikaation johtaneen konsensusseen, joka on *ainoa* pätevä selitys seuranneelle käyttäytymiselle.¹²⁷

¹²⁵ Asia 48/69 *ICI v. komissio* [1972] ECR 619, kohta 64.

¹²⁶ Yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73 *Suiker Unie ym. v. komissio* [1975] ECR 1663, kohdat 173–174.

¹²⁷ *Odudu* 2006, s. 71–78.

Odudu katsoo kuitenkin perustellusti SEUT 101 artiklan tehokkaan tulkinnan edellyttävän, ettei yhdenmukaistetun menettelytavan sisältö tyhjene yritysten yhteiseen tarkoitukseen. Muutoin käsitteen merkitys jäisi käytännössä olemattomaksi, sillä sopimuksen voidaan 101 artiklan mukaisessa arvioinnissa ymmärtää laajasti kattavan kaikenlaisen sitovan ja ei-sitovan yhteisymmärryksen yritysten välillä.¹²⁸ Lisäksi Odudu huomauttaa, ettei yritysten välinen yhteisymmärrys ole mikään liukuva asteikko vahvasta (sopimus) heikkoon (yhdenmukaistettu menettelytapa); näyttö yhteisymmärryksestä voi olla vahvaa tai heikkoa, mutta yhteisymmärrys joko on tai ei ole olemassa. Näin ollen käsitettä pitää lähestyä vaihtoehtoisella tavalla – yritysten keinona vähentää tulevaisuuden epävarmuutta.¹²⁹

Lähtökohtana tarkastelussa ei ole mitä sopimuksella ja yhdenmukaistetulla menettelytavalla tarkoitetaan, vaan *miksi* yritykset solmivat sopimuksia tai ryhtyvät yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin. Riskienhallinta ja tulevaisuuden epävarmuustekijöiden minimointi ovat perustavanlaatuisia syitä yrityksille solmia sopimuksia – ottamatta kantaa sopimusten kilpailuoikeudelliseen hyväksyttävyyteen. Sama motiivi voidaan nähdä yhteisenä tekijänä sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen välillä edellä käsitellyn yritysten yhteisen tarkoituksen sijaan.¹³⁰ Vapaan kilpailun luoma epävarmuus oli keskeisessä roolissa myös edellä käsitellyissä *ICI*-tapauksessa ja sokerikartellissa, jossa tuomioistuin katsoi yritysten välisten yhteydenottojen tähden nimenomaisesti epävarmuuden poistamiseen.¹³¹ Johtopäätöksenä aiemmin mainituista yhdenmukaistetun menettelytavan toteamisen kolmesta edellytyksestä kaksi jälkimmäistä voidaan pudottaa pois; yhdenmukaistettu menettelytapa edellyttää ainoastaan yritysten välistä suoraa tai epäsuoraa kommunikaatiota, joka tähtää tulevaisuuden epävarmuuden vähentämiseen.

Kun jo pelkkä kommunikaatio yritysten välillä on omiaan vähentämään tulevaisuuden epävarmuutta sekä vaikuttamaan käyttäytymiseen, jää Odudun näkemyksen mukaan varsinaisen käytöksen arviointi tarpeettomaksi yhdenmukaistetun menettelytavan käsilläolon kannalta. Pelkkä tietojenvaihto synnyttää *olettaman*, että vastaanotetut tiedot kilpailijan aikomuksista vaikuttavat markkinakäyttäytymiseen tavalla tai toisella.¹³² Vaikka olettaja on kumottavissa, se on käytännössä yritykselle hyvin vaikea tehtävä. Näin

¹²⁸ Tarpeeseen tehdä ero käsitteiden välillä on viitattu jo julkisasiamies Mayrasin ratkaisuehdotuksessa *ICI*-tapaukseen, asia 48/69 *ICI v. komissio* [1972] ECR 619, ratkaisuehdotuksen s. 671.

¹²⁹ *Odudu* 2006, s. 81–82.

¹³⁰ *Ibid.*, s. 83–84.

¹³¹ Yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73 *Suiker Unie ym. v. komissio*, kohta 175.

¹³² *Odudu* 2006, s. 84–85. Näin totesi myös EUTI asiassa C-49/92 *Komissio v. Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125, kohta 121.

ollen, vaikka tuomioistuin *Anic*-tapauksessa edellytti myös yhteydenpitoa seuraavan käytöksen olemassaoloa yhdenmukaistetun menettelytavan toteamiseksi, tosiasiaa pelkkä tietojenvaihdon havaitseminen on katsottavissa riittäväksi.¹³³ Olettama on ratkaisukäytännön sekä horisontaalisten suuntaviivojen perusteella voimassa myös tilanteissa, joissa tietojenvaihto on ollut yksipuolista ja yritys vetoaa puolustuksessaan omaan passiivisuuteensa tietojen vastaanottajana,¹³⁴ ja olettaman syntymiseen riittää yksikin kilpailijoiden välinen kokoontuminen.¹³⁵ Kun yritys on osallistunut kilpailijoiden väliseen kokoukseen, sen on julkisesti irtisanouduttava kilpailunvastaisista toimista ja tehtävä tämä muille kokouksen osapuolille selväksi.¹³⁶ Saman periaatteen voi laajentaa myös muunlaiseen kilpailunvastaiseen tietojenvaihtoon.

On kuitenkin huomattava, että yllä käsitellyissä tilanteissa tietojenvaihto on pääasiassa tapahtunut julkisuudelta piilossa ja suoraan kilpailijoiden välillä. Erityisesti tiedon vastaanottajan kannalta tilanne luonnollisesti muuttuu kokonaan toiseksi, kun strategisia tietoja ilmoitetaan esimerkiksi mediassa tai yrityksen verkkosivuilla. Myös sellutapauksessa tietojensaannin lähteet vaikuttivat asian lopputulokseen; kommunikaatio ei muodostanut yhdenmukaistettua menettelytapaa, kun tietoja hankittiin ja jaettiin yhteisten asiakkaiden, agenttien ja toimialalehdistön kautta.¹³⁷ Tietyt kommunikaation muodot eivät voi siten kuulua yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen alle; luonnollisesti- kaan esimerkiksi vertikaalisessa suhteessa tuottajan ja ostajan välistä viestintää hinnoista ei voida pitää kilpailunrajoituksena.¹³⁸

Lopuksi on tärkeää huomata, ettei Odudun esittämä sisältö yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteelle vielä merkitse automaattista 101 artiklan rikkomusta. Kilpailijoiden välisellä kommunikaatiolla pitää lisäksi olla kilpailua rajoittava tarkoitus, tai sen seurauksena kilpailun pitää rajoittua, ja tämänkin jälkeen 101(3) artiklan tehokkuuspuolustus on vielä avoinna. Odudun mukaan pitäisi erottaa kolluusion olemassaolo kilpailun rajoittumisesta; kommunikaatio kilpailijoiden välillä osoittaa (nimenomaisen) kolluusion

¹³³ *Wessely* 2001, s. 752–753.

¹³⁴ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 62 ja asia T-368/10 *Rubinetteria Cisol v. komissio* EU:T:2013:450, kohta 42.

¹³⁵ Asia C-8/08 *T-Mobile Netherlands v. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* [2009] ECR I-4529, kohta 62.

¹³⁶ Asia T-83/08 *Denki Kagaku Kogyo v komissio* EU:T:2012:48, kohta 53.

¹³⁷ Yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85 *Ahlström osakeyhtiö ym. v. komissio* [1993] I-ECR 1307, kohdat 80–88. Vrt. toisaalta esim. *Odudu* 2013, s. 242–258: tietyissä tilanteissa voidaan katsoa, että eri tuotantoportaalla olevan osapuolen kautta epäsuorasti tapahtuva tietojenvaihto muodostaa horisontaalisen kilpailunrajoituksen.

¹³⁸ *Odudu* 2006, s. 89–91.

olevan käsillä, mutta ei vielä vastaa kysymykseen, onko kilpailu rajoittunut tai vaarassa rajoittua. Vaaditaan kausaliiteetti yhdenmukaistetun menettelytavan havaitsemisen ja toteutuneen tai edes potentiaalisen kilpailuhaitan välillä. Asian hahmottamista tällä tavoin helpottaisi, mikäli yhdenmukaistettu menettelytapa ei saisi automaattisesti negatiivisesti sävyttynyttä merkitystä. Kuten Odudu osuvasti toteaa, myöskään sopimus ei lakkaa olematta sopimus, vaikka se ei aiheuttaisi minkäänlaista kilpailuhaittaa.¹³⁹

Odudun kanta yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen sisällöstä ei saa varauksetonta tukea kirjallisuudesta¹⁴⁰ ja oikeuskäytännöstä. Edeltävästä tapauskäytännöstä ratkaisuehdotus polypropeenikartelliin liittyneessä asiassa *Rhône-Poulenc*¹⁴¹ tarjoaa perusteellisen käsittelyn aiheesta siihenastisen kehityksen perusteella. Julkisasiamiehenä poikkeuksellisesti toiminut tuomari Vesterdorf toteaa suorasanaisesti, ettei pelkkä tietojenvaihto ilman sitä seurannutta markkinakäyttäytymistä riitä muodostamaan yhdenmukaistettua menettelytapaa.¹⁴² Tästä jyrkästä lähtökohdasta Vesterdorf kuitenkin päätyy johtopäätöksiin, että kommunikaatiosta seuraa vaikutus markkinakäyttäytymiseen lähes automaationa. Välitetty tieto on todennäköisesti otettu huomioon tavalla tai toisella, vaikkei kilpailijoiden käyttäytyminen olisikaan täysin yhdenmukaista. Näin ollen, kun on havaittavissa keskinäisen kommunikoinnin muodostama keskittymä, jonka tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen, päädytään *Anic*-tapauksessa tuomioistuimen muotoilemaan oletamaan¹⁴³, jolloin komissiolta ei vaadita näyttöä kommunikaatiota seuranneesta yhdenmukaisesta markkinakäyttäytymisestä.¹⁴⁴ Toisin sanoen pelkkä kommunikaatio ei voisi itsenäisenä tarkoittaa yhdenmukaistettua menettelytapaa, mutta sen haitallisuus on kuitenkin monesti niin ilmeistä, että kilpailua rajoittava menettelytapa seuraa automaattisesti.

Tuoreemmasta oikeuskäytännöstä pelkän kommunikaation arviointia voidaan tarkastella *T-Mobile Netherlands* -tapauksen pohjalta. Liittyen sokerikartellitapauksessa todettuun vaatimukseen markkinatoimijoiden itsenäisesti valituista menettelytavoista tuomioistuin lausui:

¹³⁹ Ibid, s. 86–91.

¹⁴⁰ Ks. esim. *Calvani* 2006, s. 1026–1030.

¹⁴¹ Asia T-1/89 *Rhône-Poulenc SA v. komissio* [1991] ECR II-867, julkisasiamiehenä toimineen tuomari Vesterdorfin ratkaisuehdotus.

¹⁴² Ratkaisuehdotus, s. 939–941. Englanniksi 101 artiklan sanamuoto sopii keskustelun pohjaksi kenties paremmin, voidaan puhua ilmiöstä ”concertation without practice”.

¹⁴³ Ks. alaviite 132 yllä.

¹⁴⁴ Ratkaisuehdotus, s. 941–943.

”Vaikka tämä itsenäisyysvaatimus ei suljakaan pois talouden toimijoiden oikeutta sopeutua järkevästi kilpailijoidensa todettuun tai odotettuun markkinakäyttäytymiseen, sen kanssa on kuitenkin ehdottomasti ristiriidassa se, että tällaiset toimijat olisivat keskenään minkäänlaisessa suorassa tai epäsuorassa yhteydessä, mikä voi joko vaikuttaa jonkin tosiasiallisen tai mahdollisen kilpailijan markkinakäyttäytymiseen tai paljastaa tällaiselle kilpailijalle sen, kuinka itse on päättänyt käyttäytyä tai aikoo käyttäytyä markkinoilla, kun yhteydenpidon tarkoituksena tai vaikutuksena on sellaisten kilpailuolosuhteiden muodostuminen, jotka eivät vastaisi tavanomaisia olosuhteita kyseisillä markkinoilla, kun otetaan huomioon tarjottujen tavaroiden tai palveluiden luonne, yritysten merkittävyys ja lukumäärä sekä kyseisten markkinoiden laajuus.”¹⁴⁵

Katkelman, jonka suomenkielinen käännös voisi olla selkeämpikin, voi nähdäkseni katsoa tukevan Odudun kantaa. Markkinoiden epävarmuutta vähentävä suora tai epäsuora keskinäinen yhteydenpito on yhdenmukaistettu menettelytapa, joka ei kuitenkaan vielä tarkoita samaa kuin 101 artiklan rikkomus ilman mahdollista tai todellista kilpailuhaittaa. Tämän jälkeen kuitenkin tuomioistuin vielä totesi, että ”yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen suhteen edellytetään -- paitsi kyseisten yritysten välistä yhdenmukaistamista, myös tätä yhdenmukaistamista seuraavaa markkinakäyttäytymistä ja näiden kahden seikan välistä syy-yhteyttä.”¹⁴⁶ Tässäkin tapauksessa oletama siitä, että yhteydenpito vaikuttaa markkinakäyttäytymiseen tavalla tai toisella, on erittäin hankala kumota. Ongelmaksi nousee lähinnä teoreettinen kysymys siitä, voisiko kommunikointiin puuttua heti sen tapahduttua, niin varhaisessa vaiheessa, ettei mitään vaikutusta markkinakäyttäytymiseen ole edes voinut vielä tapahtua. Kyse olisi ikään kuin yhdenmukaistetun menettelytavan yrityksestä.

Jälleen kyse oli kuitenkin kilpailijoiden keskinäisestä tapaamisesta, joka on aina omiaan herättämään epäilyksiä kilpailuoikeudelliselta kannalta. Kilpailua vahingoittava kommunikaatio voi aivan yhtä hyvin tapahtua myös julkisesti, mutta esimerkiksi puuttumiskynnyksen ja osallispiirin arviointi muuttuu tällöin huomattavasti. Luontevinta näyttäisi kuitenkin olevan lähestyä asiaa siten, että pelkkä kommunikaatio kohdistettuna kilpailijoille – yksityisesti tai julkisesti – riittää yhdenmukaistetun menettelytavan olemassaolon toteamiseen. Tämän jälkeen on selvittettävä, onko kyseisellä kommunikoinnilla todellisia tai potentiaalisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia ja lopuksi vielä tarjottava mahdollisuus 101(3) artiklan tehokkuuspuolustuksen esittämiseen. Kommunikoinnin tapahtuminen julkisesti aiheuttaisi merkittävimmän eron yksityiseen viestintään verrattuna juuri näiden jälkimmäisten kysymysten kohdalla.

¹⁴⁵ Asia C-8/08 *T-Mobile Netherlands* [2009] ECR I-4529, kohta 33.

¹⁴⁶ Kohta 51.

Yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen rajojen ulkopuolelle jää niin sanottu hiljainen kolluusio, jota ei voida itsessään pitää 101 artiklan rikkomuksena. Ilmiötä voidaan kutsua myös hiljaiseksi koordinoinniksi tai tiedostetuksi samankaltaiseksi käytökseksi.¹⁴⁷ Itse pidän perusteltuna taloustieteen omaksumaa termiä hiljainen kolluusio, jolloin kolluusio ei tarkoita automaattisesti 101 artiklan rikkomusta. Hiljainen kolluusio vallitsee, kun yritykset tietoisina keskinäisestä riippuvuussuhteesta, usein keskittyneillä markkinoilla, päätyvät tavalla tai toisella keskenään samanlaisiin toimiin liittyen esimerkiksi hintoihin tai tuotantomääriin tekemällä kuitenkin liiketoimia koskevat ratkaisunsa ainakin näennäisen itsenäisesti. Selkeimmillään kyse on samanaikaisista ja samansuuruisista hinnankorotuksista tai tuotannonrajoituksista, ilman että taustalla on havaittavissa minkäänlaista sopimista tai yhteydenpitoa.

Puuttuminen hiljaiseen kolluusioon on haastavaa, sillä kuten yllä on todettu, markkina-toimijoilla on kilpailuvalvonnan alaisinkin täysi oikeus vastata rationaalisesti kilpailijoiden toimiin. Perinteisesti ajatellaan, että helpoiten puuttuminen haitalliseen hiljaiseen kolluusioon tapahtuu markkinarakenteen kautta.¹⁴⁸ Tämä toteutuukin ennen kaikkea yrityskauppavalvonnan avulla, jolla tosin ei luonnollisestikaan kyetä puuttumaan muilla tavoin syntyviin potentiaalisesti ongelmallisiin markkinarakenteisiin. Kuitenkin keskittyneillä markkinoilla ilmenevän samanlaisen käyttäytymisen havaitseminen tarjoaa kilpailuvalvonnalle mahdollisuuksia myös muunlaisiin toimenpiteisiin. Esimerkiksi erityisesti Yhdistyneessä Kuningaskunnassa yleiset markkinatutkimukset mahdollistavat kyseisen ongelmamarkkinan huolellisen läpivalaisun ja jatkuvan seurannan sekä sitä kautta puuttumisen esimerkiksi kaikkiin keinotekoisesti markkinoiden läpinäkyvyyttä lisääviin toimintatapoihin 101 artiklan nojalla.¹⁴⁹

Odudu näkee 101 artiklan jättämän aukon jäävän tosiasiaassa pieneksi. Hiljainen kolluusio muodostuu, kun (1) vastavuoroisesti kannattava strategia on tunnistettavissa, (2) poikkeaminen tästä strategiasta täsmällisesti havaittavissa ja (3) uhka rankaisusta painostaa pysymään yhteisessä strategiassa. Koska Odudun mukaan yhdenmukaistetun menettelytavan toteamiseen riittää pelkkä kommunikaatio, tästä loogisesti seuraa, että yritysten on saavutettava nämä kolme edellytystä ilman minkäänlaisia jälkiä sopimuksesta tai edes keskinäisestä yhteydenpidosta, muutoin 101 artikla oikeuttaa puuttumisen. Näin ollen 101 artiklan ulkopuolelle jää ainoastaan tilanteet, joissa markkinoiden luon-

¹⁴⁷ Esim. *Whish – Bailey* 2015, s. 595–597.

¹⁴⁸ Esim. *OECD* 1999, s. 17–18 ja *Bishop and Walker* 2010, s. 166.

¹⁴⁹ Ks. tästä *Whish – Bailey* 2015, s. 602.

tainen läpinäkyvyys riittää – ja säilyy riittävänä – kaikkien kolmen edellytyksen täytymiseen.¹⁵⁰ Näissä tilanteissa puolestaan kyseisten markkinoiden vertikaalisten sopimuskäytäntöjen huomiointi voisi tulla kyseeseen.

Arvioitavaksi jää kuitenkin vielä kommunikaation muoto, kuten sellutapaus hyvin ilmentää. Tietojen siirtyminen tuottajalta toiselle yhteisten asiakkaiden tai agenttien välityksellä ei merkitse kiellettyä kommunikaatiota. Vastaavasti aidosti julkinen ilmoitus hinnoista on usein täysin sallittua. Tällöin kuitenkin on arvioitava viestin todellinen kohde ja sisältö: onko viestinnässä piirteitä, jotka palvelevat pikemminkin kilpailevien toimijoiden kuin asiakkaiden etuja. Kun pelkkä kommunikaatio riittää yhdenmukaistetun menettelytavan toteamiseen, jo kommunikaation havaitseminen missä muodossa tahansa mahdollistaa tilanteen perusteellisen arvioinnin riippumatta kommunikoinnin julkisuudesta.

4.2 Tarkoituksena tai seurauksena kilpailun rajoittuminen

4.2.1 Kilpailijoiden välinen tietojenvaihto ja kilpailua rajoittava tarkoitus

SEUT 101(1) artikla kieltää sekä sellaiset sopimukset, yhteenliittymien päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden *tarkoituksena* on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua, että sellaiset, joista *seuraa*, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy.¹⁵¹ Kyse on niin kutsutusta kilpailukriteeristä. Jo artiklan soveltamisen alkuajoista lähtien on ollut selvää, että kyseiset kriteerit ovat vaihtoehtoisia; kun sopimuksen tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, komission ei tarvitse näyttää sopimuksella olevan mitään konkreettisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia.¹⁵² Sopimuksen tarkoitus on siten katsottava ensisijaiseksi arviointikriteeriksi. Jako tarkoitukseen ja seuraukseen, tarkoitus- ja seurauslaatikoihin kuten *Whish* ja *Bailey* asiaa havainnollistavat,¹⁵³ on tuottanut sittemmin runsaasti relevanttia oikeuskäytäntöä, jossa tätä jakolinjaa hahmotellaan. Jaon taustalla on ennen kaikkea ajatus siitä, että tietyt sopimustyytit ja -ehdot ovat niin ilmiselvästi hai-

¹⁵⁰ *Odudu* 2006, s. 92–94.

¹⁵¹ Kuten *T-Mobile Netherlands* -ratkaisussa (kohta 24.) todetaan, arviointiperusteet eivät riipu siitä, onko kyseessä sopimus, yhdenmukaistettu menettelytapa vai yhteenliittymän päätös. Esitysteknisistä syistä puhun pelkästä *sopimuksesta, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua*, tarkoittaen kaikkia rikkomuksen muotoja sekä myös kilpailun estämistä ja vääristämistä.

¹⁵² *Asia 56/65 Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235.

¹⁵³ *Whish – Bailey* 2015, s. 123.

tallisia kilpailulle, ettei niiden vaikutuksia ole tarpeen arvioida jokaisessa soveltamistilanteessa uudestaan. Haitallisimpien sopimusten kategorinen kieltö edistää oikeusvarmuutta, helpottaa yritysten käyttäytymisen suunnittelua ja säästää kilpailuviranomaisten resursseja tehostaen siten 101 artiklan soveltamista.¹⁵⁴

Komission suuntaviivoissa 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta¹⁵⁵ tiivistetään kriteerit, joiden avulla arvioidaan, milloin sopimuksen tarkoituksena on rajoittaa kilpailua. Näitä kriteereitä ovat ennen kaikkea sopimuksen sisältö ja sen objektiiviset tavoitteet. Lisäksi voi olla tarpeen tarkastella yhteyttä, jossa sopimusta sovelletaan, ja osapuolten tosiasiallista toimintaa markkinoilla. Näyttö osapuolten subjektiivisista pyrkimyksistä rajoittaa kilpailua voi olla merkittävä tekijä punninnassa, muttei ole välttämätön edellytys.¹⁵⁶ Soveltamisyhteydellä tarkoitetaan sitä taloudellista ja oikeudellista ympäristöä, jossa kyseistä sopimusta sovelletaan.¹⁵⁷ Lisäksi on hyvä huomata, ettei merkitystä ole sillä, onko sopimus kaikkien osapuolten taloudellisten intressien mukainen¹⁵⁸ tai onko sopimuksella kilpailua rajoittavan tarkoituksen ohella muita laillisia tarkoituksia¹⁵⁹.

Horisontaalisissa suuntaviivoissa puolestaan todetaan, että ”kilpailijoiden välinen tietojenvaihto, jonka kohteena ovat suunniteltuja tulevia hintoja tai määriä koskevat yksilöidyt tiedot, olisi katsottava sopimukseksi, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua.” Yksityisesti kilpailijoiden kesken tällainen tiedonvaihto on suuntaviivojen mukaan rinnastettavissa kartelliin. Suuri merkitys on toisaalta myös sillä, ovatko yritykset sitoutuneet noudattamaan ilmoittamia hintoja tai muita aikeita. Lisäksi suunniteltujen hintojen ilmoittaminen julkisesti saattaa johtaa tehokkuusetiihin, jolloin tietojenvaihdon osapuolet voivat vedota 101(3) artiklaan.¹⁶⁰

Tuoreessa niin kutsutussa banaanikartellissa on tuomioistuimien käsitellyt tietojenvaihtoa tarkoituksena rajoittaa kilpailua. Kyseisessä tapauksessa kolme merkittävää banaanintuottajaa olivat jatkuvasti kommunikoineet puhelimitse kahdenvälisesti hintoihin liittyvistä tekijöistä – ei siis suoraan hinnoista – esimerkiksi säästä, markkinaolosuhteista,

¹⁵⁴ Asia C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus, kohta 43 sekä *Bailey* 2012, s. 559–568.

¹⁵⁵ Euroopan komission tiedonanto, Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. EUVL C 101 27.4.2004.

¹⁵⁶ Kohta 22.

¹⁵⁷ Yhdistetyt asiat 29 ja 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA ja Rheinzinc GmbH v komissio* [1984] ECR 1679, kohta 26.

¹⁵⁸ Asia C-403/04 *Sumitomo Metal Industries Ltd v komissio* [2007] ECR I-729, kohdat 45–46.

¹⁵⁹ Esim. asia C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd* [2008] ECR I-8637, kohta 21.

¹⁶⁰ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 74 alaviitteineen.

hinnoittelutrendeistä ja varastojen koosta.¹⁶¹ Koska nämä keskustelut vähensivät yritysten keskinäistä epävarmuutta toistensa käyttäytymisestä poistamatta sitä kuitenkaan kokonaan, kyseessä oli tarkoitukseen perustuva kilpailunrajoitus.¹⁶²

Näin ollen, kun tietojenvaihdolla – myös julkisella – tähdätään kilpailijoiden välisen tulevaisuuden epävarmuuden vähentämiseen, on katsottavissa, että yritysten tarkoituksena on rajoittaa kilpailua.¹⁶³ Julkisen viestin on tällöin sisällöllisesti oltava suunnattu nimenomaan kilpailijoille. Verrattuna yksityiseen tiedonvaihtoon kilpailijoiden välillä julkinen tietojenvaihto poikkeaa lähinnä siinä, että 101(3) artiklan tehokkuuspuolustuksella on mahdollisuus menestyä. Ei-julkisessa tulevia aikeita koskevassa tietojenvaihdossa tämä mahdollisuus toteutuu jokseenkin harvoin. Muita kuin tulevia aikeita koskeva tietojenvaihto vaatii sen sijaan pääsääntöisesti täyttä vaikutusarviointia.¹⁶⁴

Aiemmin luvussa 2.2 käsitelty Alankomaiden teleoperaattoritapaus nähdäkseni ilmentää yritysten tarkoitusta rajoittaa kilpailua.¹⁶⁵ Liittymismaksun käyttöönotto olisi ollut haastavaa ja liiketaloudellisesti riskialtista selvittämättä ensin, miten lähimmät kilpailijat suhtautuvat tähän muutokseen. Kilpailuviranomainen ei toki ottanut kantaa kysymyksen tarkoituksesta rajoittaa kilpailua, koska asia ratkesi sitoumuksilla, mutta toisaalta voidaan kyseenalaistaa sitoumusratkaisun mielekkyys tilanteissa, joissa taustalla on tarkoitus rajoittaa kilpailua ja tämän lisäksi on jo suoraan havaittavissa konkreettisia vaikutuksia markkinoilla. Vastaavasti kotimaisten toimialajärjestöjen hintasuositustapauksissa Kilpailu- ja kuluttajavirasto perustellusti katsoi järjestöjen menettelyn tarkoituksena olleen kilpailun rajoittaminen.¹⁶⁶ Molemmissa tapauksissa jo järjestöjen subjektiivisista tavoitteista ilmenee määrätietoinen pyrkimys rauhoittaa vallitsevaa kilpailutilannetta. Onkin mielestäni katsottavissa, että julkisen viestinnän tilanteissa viestin sisällön ilmentämät subjektiiviset pyrkimykset saavat mahdollisen kilpailua rajoittavan tarkoituksen arvioinnissa suuremman painoarvon kuin muissa toimintatavoissa, esimerkiksi

¹⁶¹ Komission päätös asiassa COMP/39.188 – Banaanit, s. 44–55.

¹⁶² Asia C-286/13 *Dole Food Company v komissio* EU:C:2015:184, kohta 134.

¹⁶³ *Whish – Bailey* 2015, s. 129–130.

¹⁶⁴ *Whish* 2006, s. 37–38.

¹⁶⁵ Ks. yllä kappale 2.2.4. Tapauksessa sovellettiin pelkästään Alankomaiden kilpailulakia SEUT 101 ja 102 artiklojen sijaan, mutta sisällöllisesti esimerkiksi lain vaatimus tarkoituksesta rajoittaa kilpailua tai kilpailua rajoittavista seurauksista on lähestulkoon identtinen. Alankomaiden kilpailulain 6 artikla nähtävillä verkko-osoitteessa http://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/2014-08-01/0/#Hoofdstuk3_Paragraaf1_Artikel6, englanniksi käännettynä esim. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/competitionact.htm>.

¹⁶⁶ Ks. kappale 2.3 Kotimaiset tapaukset: toimialajärjestöjen viestintä yllä.

monimutkaisissa yhteistoimintajärjestelyissä, joihin sisältyy tietojenvaihtoa kilpailijoiden kesken.

4.2.2 Kilpailijoiden välinen tietojenvaihto ja seurauksena kilpailun rajoittuminen

Ilman kilpailua rajoittavan tarkoituksen tunnistamista sopimuksen, yhdenmukaistetun menettelytavan tai yritysten yhteenliittymän päätöksen julistaminen SEUT 101 artiklan vastaiseksi vaatii täyttä vaikutusarviointia menettelyn todellisista tai potentiaalisista kilpailua rajoittavista seurauksista. Tässä kappaleessa käsittelen tutkimuksen rajausten vuoksi vain itsenäisen tietojenvaihdon vaikutusarviointia, siten tietojenvaihto osana muuta yritysten välistä järjestelyä jää ulkopuolelle. Jälkimmäisissä tapauksissa arvioinnin on nimittäin koskettava kyseessä olevaa sopimusta tai yhdenmukaistettua menettelytapaa kokonaisuutena.

Horisontaalisissa suuntaviivoissa esitetään kriteerit, joiden perusteella tietojenvaihdon mahdollisia kilpailua rajoittavia seurauksia on arvioitava. Tietojenvaihdon todennäköisten vaikutusten arviointi edellyttää aina vertailua niihin kilpailuolosuhteisiin, jotka valitsisivat ilman kyseistä tietojenvaihtoa. Kyse on aina tapauskohtaisesta arvioinnista, mutta joitakin yleisiä linjoja punninnassa huomioon otettavista seikoista on mahdollista esittää. Suuntaviivoissa jaetaan arvioinnissa merkitykselliset tekijät relevanttien markkinoiden olosuhteita sekä vaihdettujen tietojen luonnetta koskeviin seikkoihin.

Markkinoiden ominaispiirteitä koskevia seikkoja tarkasteltaessa keskeistä on arvioida, kuinka herkästi yritykset saavuttavat kilpailun vastaisen lopputuloksen tai kuinka helppoa yritysten on pitää yllä kilpailun vastaista lopputulosta kyseisillä markkinoilla. Pitkälti edellä 3. luvussa taloustieteellisen kolluusiokäsitteen ja kolluusion säilymiseen vaikuttavien tekijöiden yhteydessä esitetyn mukaisesti kilpailun vastaista lopputulosta helpottavina olosuhteina suuntaviivoissa luetellaan markkinoiden läpinäkyvyys, keskittyneisyys, yksinkertaisuus, vakaus ja symmetrisyys. Yksinkertaisuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, kuinka paljon erilaistettuja tuotteita markkinoilla myydään. On esimerkiksi helpompaa saavuttaa kilpailun vastainen lopputulos yhden homogeenisen tuotteen hinnasta kuin useista hinnoista markkinoilla, joilla tuotteet ovat erilaistettuja. Markkinoiden olosuhteita koskeville merkityksellisille tekijöille on yhteistä, että ne helpottavat yritysten yhteisymmärrystä yhteensovittamisen ehdoista ja samalla helpottavat

yhteensovitetun käyttäytymisen valvontaa.¹⁶⁷ Siten, mikäli tietojenvaihdolla luodaan yllä mainittuja olosuhteita markkinoilla tai mikäli useampi niistä on jo käsillä markkinoilla, joilla tietoja vaihdetaan, puuttuminen tietojenvaihtoon on perusteltua.

Julkisella tietojenvaihdolla vaikutetaan luonnollisesti useimmiten juuri markkinoiden läpinäkyvyyteen. Läpinäkyvyyttä lisäävä tietojenvaihto vähentää markkinoilla toimivien yritysten epävarmuutta kilpailijoiden aikeista, ja siksi nimenomaan läpinäkyvyytason muutos on seikka, johon arvioinnissa on keskityttävä. Suuntaviivoissa todetaan läpinäkyvyytason riippuvan muun muassa markkinatoimijoiden lukumäärästä ja liiketoimien luonteesta kyseisillä markkinoilla; liiketoimet voivat vaihdella julkisista kauppoista luottamuksellisiin kahdenvälisiin neuvotteluihin ostajien ja myyjien välillä. Kun arvioidaan läpinäkyvyytason muutosta markkinoilla, ratkaisevana tekijänä on määrittää, missä määrin yritykset voivat käyttää saatavilla olevia tietoja kilpailijoidensa toimien selvittämiseksi. Tämä onnistuu ennen kaikkea tiukoissa oligopoleissa.¹⁶⁸

Merkityksellisinä vaihdettujen tietojen ominaispiirteinä suuntaviivoissa luetellaan tietojen strategisuus, yksilöinti, ikä ja julkisuus, markkinapeitto sekä tietojenvaihdon tiheys. Strategiset tiedot ovat laaja käsite, joka myös osaltaan riippuu markkinoiden tilanteesta ja kehityksen asteesta. Esimerkiksi jatkuvia tuotekehityspanostuksia vaativilla markkinoilla yrityksen teknologiaan liittyvät tiedot ovat strategisesti keskeisempiä kuin markkinoilla, joilla valmistetaan homogeenistä massatuotetta. Lähtökohtana on jälleen, että vaihdettavat tiedot eivät saa pienentää yrityksen päätösten itsenäisyyttä omaa strategiaa valittaessa. Markkinapeitto puolestaan tarkoittaa sitä, kuinka suuri osuus markkinoilla toimivista yrityksistä osallistuu tietojenvaihtoon.

Yhteenkoottujen tietojen vaihtaminen on hyväksyttävämpää kuin yksilöitävien, tiettyyn yritykseen yhdistettävien tietojen, koska koottuina vaihdetuista tiedoista ei yhtä helposti paljastu yksittäisen yrityksen strategia ja käyttäytyminen. Lähinnä tiukoissa oligopoleissa myös yhteenkoottujen tietojen vaihtaminen saattaa johtaa kilpailun vastaiseen lopputulokseen, sillä oligopolin jäsenet voivat yhteenkoottuista tiedoistakin havaita mahdolliset poikkeamiset yhdenmukaistetusta tasosta. Historiatietojen vaihtamiseen voidaan suhtautua myönteisemmin kuin nykyistä tai varsinkaan tulevaa toimintaa koskeviin tietoihin. Tietoja voidaan pitää riittävän vanhoina, kun niiden vaihtaminen ei enää mahdollista tehokkaita vastatoimia esimerkiksi yleisestä hintatasosta poikkeavaa yritystä vas-

¹⁶⁷ Horisontaaliset suuntaviivat, kohdat 75–85.

¹⁶⁸ Ibid, kohta 77.

taan. Toimialan yleiset käytännöt esimerkiksi sopimusten pituudesta vaikuttavat hyväksyttävyyden arvioinnissa, kuten myös arvioitaessa tietojenvaihdon tiheyttä. Mitä useammin tietoja vaihdetaan, sitä helpompi on saavuttaa yhdenmukainen käyttäytyminen. Tietojenvaihdon tiheys liittyy kiinteästi markkinoiden vakauteen: epävakailta markkinoilla kilpailun vastainen lopputulos vaatii tiheämpää tietojenvaihtoa. Lopuksi aidosti julkisten tietojen vaihtamisella harvoin luodaan kilpailunvastaista lopputulosta. Kyse on aidosti julkisista tiedoista, kun tiedot ovat aiheutuvien kustannusten suhteen yhtäläisesti saatavilla sekä tietoja vaihtaville yrityksille että asiakkaille ja kilpailijoille.¹⁶⁹

Tietojen vaihtaminen myös asiakkaiden kesken muodostaa yleiseen tietojenvaihtoa koskevaan arviointiin uuden ulottuvuuden, jonka myötä tarkastellaan samanaikaisesti sekä ylä- että alaportaan markkinaolosuhteita. Arvioinnissa vaikuttavia tekijöitä ovat muun muassa markkinoille tulon esteet, asiakkaiden neuvotteluvoima sekä tietojenvaihtoon osallistumattomien kilpailijoiden lukumäärä ja markkinavoima. On siten arvioitava tapauskohtaisesti, palveleeko tietojenvaihdolla luotu avoimuus enemmän asiakkaita vai kilpailijoita. Tältä osin arviointi menee osittain limittäin 101(3) artiklan mukaisen arvioinnin kanssa.

4.3 Julkinen viestintä ja SEUT 101(3) artiklan tehokkuuspuolustus

SEUT 101 artiklan 3 kohta tarjoaa yrityksille mahdollisuuden poiketa 1 kohdan kiellostä. Poikkeuksen soveltumiseksi sopimuksen, yhdenmukaistetun menettelytavan tai yritysten yhteenliittymän päätöksen on täytettävä kaikkiaan neljä kumulatiivista kriteeriä: sopimuksen on (1) tehostettava tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistettävä teknistä tai taloudellista kehitystä ja (2) jätettävä kuluttajille kohtuullinen osuus näin saatavasta hyödystä, eikä sopimus saa (3) asettaa asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi tai (4) antaa näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita. Näyttötaakka poikkeuksen soveltumiseen on asetuksen 1/2003 2 artiklan nojalla järjestelyyn osallisilla yrityksillä.

SEUT 101(3) artiklan tarkoittamassa tehokkuuspuolustuksessa ainakin pitäisi olla pitkälti kyse taloustieteellisen argumentoinnin hyödyntämisestä ratkaisupunninnassa, joten

¹⁶⁹ Ibid, kohdat 86–93.

argumentoinnissa voidaan tukeutua pitkälti edellä 3. luvussa esitettyyn koskien kysymyksiä siitä, minkälainen viestintä on haitallista ja millä markkinoilla. Artiklan 3 kohdan kriteereistä ensimmäinen liittyykin suoraan taloudellisen – tarkemmin sanottuna tuotannollisen – tehokkuuden edistämiseen. Tietojenvaihdon osalta kyseeseen tulee horisontaalisten suuntaviivojen perusteella ennen kaikkea mahdollisuus tietojenvaihdon avulla suunnata tuotantoa suuren kysynnän markkinoille, kun vaihdettavat tiedot koskevat kysyntää, tai halpayhtiöille, kun vaihdettavat tiedot koskevat kustannuksia. Komissio tunnustaa edellä luvussa 3. todetun seikan, että tietojenvaihdosta syntyvät tehokkuushyödyt saattavat riippua muun muassa siitä, kilpailevatko yritykset hinnoilla vai tuotantomäärillä.¹⁷⁰

Toisena kriteerinä on arvioitava tarkasteltavan kilpailunrajoituksen välttämättömyyttä, sillä ilman välttämättömyyskriteerin täyttymistä kuluttajille koituvan hyödyn arviointi on turhaa.¹⁷¹ Horisontaalisissa suuntaviivoissa todetaan tältä osin lyhyesti olevan epätodennäköistä, että tulevia aikomuksia koskevien yksilöityjen tietojen jakaminen olisi välttämätöntä, erityisesti jos tiedot koskevat hintoja ja tuotantomääriä.¹⁷² Tähän arvioon on nähdäkseni syytä päätyä myös julkisen tietojenvaihdon osalta, kun muistetaan, että tehokkuuspuolustuksen yhteydessä arvioinnin kohteena on toiminta, jonka on jo katsottu rajoittavan kilpailua joko tarkoitukseltaan tai seurauksiltaan. Lähinnä esimerkiksi yrityksiä koskevan pakottava lainsäädännön asettamat vaatimukset voisivat tehdä viestinnästä välttämätöntä. Tällöinkin päädyttäisiin arvioimaan sitä, miltä osin viestintä on välttämätöntä ja miltä osin puolestaan tietoja julkaiseva yritys menee viestinnässään tarpeettoman pitkälle esimerkiksi tulevia hintoja koskeviin yksityiskohtaisiin tietoihin.

SEUT 101(3) artiklan kuluttajilla tarkoitetaan ennen kaikkea asiakkaita.¹⁷³ Kuluttajien saamien hyötyjen osalta horisontaalisissa suuntaviivoissa todetaan, että aidosti julkinen tietojenvaihto voi hyödyttää kuluttajia auttamalla tekemään tietoihin perustuvia valintoja ja pienentämällä kuluttajien tiedonhakukustannuksia. Kuluttajat saavat tällaista hyötyä todennäköisimmin nykyisten tietojen julkisesta vaihtamisesta, sillä nykyiset tiedot vaikuttavat eniten kuluttajien ostopäätöksiin. Sen sijaan suoraa hyötyä kuluttajille syntyy epätodennäköisemmin, kun tietojenvaihdossa on kyse tulevista hinnoittelusuunnitelmista, joita yritykset saattavat tarkistaa ennen kuin kuluttajat todella ostavat näiden

¹⁷⁰ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 96.

¹⁷¹ *Whish – Bailey* 2015, s. 171.

¹⁷² Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 101.

¹⁷³ *Whish – Bailey* 2015, s. 172.

tietojen perusteella. Kuluttajat eivät yleensä voi luottaa yritysten tuleviin aikomuksiin suunnitellessaan kulutustaan. Yrityksiin voi kuitenkin kohdistua painetta olla muuttamatta ilmoittamiaan tulevia hintoja ennen niiden toteuttamista, esimerkiksi kun ne ovat toistuvasti vuorovaikutuksessa kuluttajien kanssa ja kuluttajien on tiedettävä hinnat etukäteen, tai kun kuluttajat voivat tehdä ennakkotilauksia.¹⁷⁴ Tiivistäen tulevia hintoja koskevien ilmoitusten sitovuus on aivan keskeinen tekijä kuluttajille koituvien konkreettisten tehokkuushyötyjen saavuttamiseksi. Toisaalta ei-sitovia hintoja koskevien ilmoitusten on vaikea läpäistä edes välttämättömyydestiä.

Viimeinen kriteeri kilpailun poistamista koskien voisi julkisen viestinnän osalta tarkoittaa ennen kaikkea tarkastelun kohteen olevan käytännön yleisyyttä markkinoilla ja markkinapeittoa, toisin sanoen kuinka moni relevanttien markkinoiden toimijoista on menettelytavassa osallisena. Jos kilpailu on jo valmiiksi heikkoa tarkasteltavilla markkinoilla, potentiaalinen markkinoiden ulkopuolelta tuleva kilpailupaine mukaan lukien, kilpailua rajoittavan menettelyn hyväksyminen ei todennäköisesti tule kyseeseen 101(3) artiklan nojalla.¹⁷⁵

Tiivistettynä voidaan todeta, että välttämättömyyskriteeri muodostunee usein suurimmaksi esteeksi yritysten pyrkiessä esittämään näyttöä julkisen viestinnän tehokkuuspuolustuksen tueksi. Lisäksi ei-sitovien hintojen ja tuotantomäärien osalta vaatimus kuluttajille siirtyvistä hyödyistä ei todennäköisesti toteudu, vaikka yritykset pystyisivät osoittamaan kykenevänsä tehostamaan omaa tuotantoaan tietojen perusteella. Tässäkin yhteydessä on syytä palata arvioimaan viestin todellista vastaanottajakuntaa: kun viesti tosiasiallisesti on suunnattu kuluttajien sijaan kilpailijoille, on vaikea hyväksyä näyttöä kuluttajille koituvasta hyödystä. Kuten aiemmin luvussa 3. totesin Kühnin esittäneen tunnetuista tietojenvaihdon tehokkuuspuolustuksista, kommunikation olisi sisällettävä hyödyllistä tietoa asiakkaille, merkittävä asiakkaiden näkökulmasta sitoutumista tai oltava uskottavalla tavalla markkinadataa koskevaa tietojen vaihtoa.¹⁷⁶ Kun kyse on esimerkiksi tulevasta hinnasta, jonka perusteella asiakkaat eivät kuitenkaan vielä pysty tekemään tilauksia, kaikki kolme käytännön vaihtoehtoa on jokseenkin helppo sulkea pois.

¹⁷⁴ Horizontaaliset suuntaviivat, kohta 99.

¹⁷⁵ *Whish – Bailey* 2015, s. 174.

¹⁷⁶ Ks. alaviite 64 yllä.

4.4 Yhteinen määräävä markkina-asema – SEUT 102 artikla vaihtoehtoisena instrumenttina

4.4.1 Yhteisen määräävän markkina-aseman käsite ja olemassaolo

Oligopolimarkkinoilla yritysten kilpailunvastaisia toimia voidaan arvioida SEUT 101 artiklan lisäksi myös vaihtoehtoisen normin pohjalta – mahdollisena SEUT 102 artiklan rikkomuksena yhteisen määräävän markkina-aseman kautta. Tämä mahdollisuus on todettavissa niin 102 artiklan kuin kilpailulain 7 §:n sanamuodoista: yhden tai *useamman* yrityksen (kilpailulaissa elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän) määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Oikeuskäytännön kehitystä alun perin nihkeästä suhtautumisesta yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön kohti tämän mahdollisuuden hyväksymistä ei ole tarpeen käsitellä tässä, riittää, että nykyisin 102 artiklan soveltamisen mahdollisuus on tosiasia.¹⁷⁷

Merenkulun linjakonferensseja koskenut EUTI:n ratkaisu *Cewal*-tapauksessa on merkittävä yhteisen määräävän markkina-aseman käsitteen hahmottamisessa. Yhteisessä määräävässä markkina-asemassa yritykset toimivat tai esiintyvät tietyillä markkinoilla kollektiivisena toimijana suhteessa kilpailijoihin ja asiakkaisiin.¹⁷⁸ Mitään konkreettisia rakenteellisia tai sopimukseen perustuvia yhteyksiä näiden yritysten välillä ei edellytetä, vaan pelkkä markkinarakenteen voi riippuvuussuhteen myötä synnyttää yhteisen määräävän aseman.¹⁷⁹ Kyseisessä tapauksessa tosin yhteinen asema perustui linjakonferenssisopimukseen. Tuomion perustelujen nojalla näyttäisi siltä, että 102 artiklan yhteisen määräävän markkina-aseman käsite on yhtenevä unionin yrityskeskittymien valvonnan koordinoitujen vaikutuksien arvioinnin kanssa.¹⁸⁰

Myöhemmässä ratkaisussa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien asetti yhteisen määräävän markkina-aseman toteamiselle kolme kumulatiivista kriteeriä, kun kyse on oikeudellisesti toisistaan riippumattomista yrityksistä ja yhteinen asema todetaan pelkästä markkinarakenteesta:

¹⁷⁷ Ks. sanamuodon kahden tulkintavaihtoehdon kehityksestä *Whish – Bailey* 2015, s. 608–615.

¹⁷⁸ Yhdistetyt asiat C-395/96 ja C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA ym. v. komissio* [2000] ECR I-1365, kohta 36.

¹⁷⁹ Kohta 45.

¹⁸⁰ *Whish – Bailey* 2015, s. 613–614.

”[E]nsinnäkin kunkin määräävässä asemassa olevan oligopolin jäsenistä on voitava saada tieto muiden jäsenten käyttäytymisestä, jotta voitaisiin tarkistaa, noudattavatko ne samaa toimintalinjaa vai eivät; toiseksi hiljaisen yhteistoiminnan on oltava pitkäkestoista eli on oltava yllykkeitä olla poikkeamatta yhteisestä toimintalinjasta markkinoilla; kolmanneksi nykyisten ja potentiaalisten kilpailijoiden sekä kuluttajien ennakoitavissa oleva reaktio ei vaaranna yhteisestä toimintalinjasta odotettavia tuloksia.”¹⁸¹

Kyseisessä kohdassa tuomioistuin viittasi kahteen yrityskeskittymien valvontaa koskeeseen tapaukseen; ennen kaikkea tämä niin sanottu *Airtours*-kriteeristö muodostaa pohjan nyt esitetyille testille. Yhteisen määräävän markkina-aseman oikeuskäytäntö onkin kehittynyt EU:n yrityskeskittymien valvonnan kautta erityisesti aiemman yrityskauppatestin aikana, jolloin tutkinnan painopiste oli määräävän markkina-aseman muodostumisessa tai vahvistumisessa kilpailun rajoittumisen sijaan. Nähdäkseni tämä seikka jossain määrin pienentää yrityskeskittymien valvontaan liittyvän aiemman oikeuskäytännön merkitystä yhteisen määräävän markkina-aseman käsitettä määriteltäessä: asetusta 139/2004 edeltävissä ratkaisuissa piti sääntelykontekstin vuoksi puuttumisen edellytyksenä johtaa yhteisen määräävän markkina-aseman olemassaolo, jos yrityskeskittymä nähtiin kilpailun kannalta ongelmallisena. Tästä on mahdollisesti seurannut kynnyksen asettuminen keinotekoisesti tarpeettoman matalalle SEUT 102 artiklan soveltamisen näkökulmasta.

Kilpailuvalvonnassa yhteinen määräävä markkina-asema voi laajasti tulkittuna käsitteenä johtaa herkästi päällekkäisyyteen 101 artiklan soveltamisalan kanssa. Monti on kuitenkin artikkelissaan laajan määrittelyn kannalla ja katsoo tämän mahdollistavan puuttumisen tiettyihin 101 artiklan katvealueisiin, joita yhdenmukaistetun menettelytavan käsite ei onnistu tavoittamaan. Tärkeänä huomiona tämän ajatuksen taustalla on se, että yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön voi syyllistyä usean yrityksen lisäksi myös yksittäinen yritys. Tämä on merkittävä ero 101 artiklaan, joka ei sovellu puhtaasti yksipuoliseen käyttäytymiseen.¹⁸²

Monti lähtee yhteisen määräävän markkina-aseman määrittelyssä oikeuskäytäntöön ja erityisesti *Cewal*-tapauksen julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotukseen tukeutuen vaikutusperusteisesta tarkastelusta, jossa päähuomio ei ole siinä, mikä tai mitkä nimenomaiset tekijät yrityksiä markkinoilla yhdistää. Näin yhteinen määräävä markkina-asema on todettavissa, kun jokin yhdistävä tekijä saa yritykset joko esiintymään tai toimimaan tietyillä markkinoilla yhtenä yksikkönä. Tämä määritelmä johtaa 102 artiklan

¹⁸¹ Asia T-193/02 *Piau v. komissio* [2005] ECR II-209, kohta 111.

¹⁸² *Monti* 2001, s. 131.

soveltumiseen tiukkoihin oligopoleihin ilman sopimuksellisia tai rakenteellisia linkkejä yritysten välillä: markkinarakenne on yhdistävä tekijä, joka saa yritykset toimimaan keskenään yhdenmukaisesti ja siten esiintymään markkinoilla kollektiivina. Yhteinen määräävä markkina-asema ei kuitenkaan tarkoita Montin mukaan kaiken kilpailun poistumista kyseisten yritysten välillä, erityisesti koska yritykset voivat hyvin kilpailla muilla tekijöillä tilanteissa, joissa hinnat ovat yhdenmukaisia.¹⁸³

Kun yhteinen määräävä markkina-asema todetaan oligopolistisen riippuvuussuhteen perusteella, Montin mukaan on huomattava kaksi eroa verrattuna tyypilliseen 102 artiklan mukaisen määräävän aseman toteamiseen. Ensinnäkin markkinaosuuksien merkitys on oligopolimarkkinoilla pienempi, koska on runsaasti muita seikkoja, jotka määräävät sen, pystyvätkö oligopolistit toimimaan yhdessä kilpailijoista ja asiakkaista riippumattomalla tavalla. Esimerkiksi ilman markkinoiden riittävää läpinäkyvyyttä suurikaan yhteinen markkinaosuus ei mahdollista markkinavoiman hyväksikäyttöä. Toiseksi yhteisen määräävän markkina-aseman toteamisessa tulisi antaa suurempi painoarvo potentiaalisen kilpailun arvioinnille yhden yrityksen määräävään asemaan verrattuna.¹⁸⁴ Tosin tältä osin 102 artiklan mukaisessa arvioinnissa on jo selkeä muutos tapahtunut riippumatta siitä, onko kyseessä yhden vai useamman yrityksen määräävä markkina-asema.¹⁸⁵

4.4.2 Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja sovellustilanteiden arviointia

Nähdäkseni selkein yhteisen määräävän markkina-aseman käyttöala ilmenee *Cewal*-tapauksesta: yritysten yhteinen määräävä asema perustuu sinänsä – joko SEUT 101 artiklan 3 kohdan tai ryhmäpoikkeuksen nojalla – hyväksyttävään sopimukseen, mutta tietty yhden tai useamman järjestelyyn osallisen yrityksen omaksuma toimintatapa on sopimusosapuolten ulkopuolisen kilpailun kannalta vahingollista. Mikäli ei ole väärinkäytön ilmenemisen jälkeenkään katsottava tarpeelliseksi puuttua yhteisen aseman perustavaan sopimukseen tai yhdenmukaistettuun menettelytapaan, 102 artikla tarjoaa luontevan puuttumiskeinon tosiasialliseen ongelmaan. Samalla tavoin voitaisiin yhä 102 artiklan nojalla puuttua esimerkiksi linjaliikenteen allianssien mahdollisiin haitallisiin

¹⁸³ Ibid, s. 132–137.

¹⁸⁴ Ibid, s. 136–138.

¹⁸⁵ Ks. esim. *Whish – Bailey* 2015, 194–197.

toimintatapoihin puuttumatta varsinaisiin allianssisopimuksiin. *Cewal*-tapauksessa oli lisäksi kyse markkinoita sulkevasta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, joka on nähtävissä huomattavasti selkeämmin hahmotettavaksi yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön muodoksi verrattuna markkinavoimaa hyväksikäyttävään väärinkäyttöön, koska ensin mainitussa on kyse saavutetun, kilpailua vähentävän aseman puolustamisesta, jolloin hyvinvointitappioita syntyy herkästi.¹⁸⁶

Yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kauppakumppaneiden hyväksikäytön muodossa puolestaan saattaa äkkiseltään vaikuttaa menettelyltä, jonka tunnistamisen kautta puuttuminen oligopolimarkkinoiden tehokkuusongelmiin onnistuu 101 artiklaa tehokkaammin. Tällainen 102 artiklan hyödyntäminen vaatii kuitenkin huomattavaa pidättyväisyyttä. Markkinavoimaa hyväksikäyttävää väärinkäyttöä olisi esimerkiksi tiukan oligopolin yhdenmukainen, kilpailullisen tason ylittävä hintataso tai samanaikaiset yhtäläiset hinnankorotukset. Lähtökohdan pitää kuitenkin olla yhteisen määräävän markkina-aseman kohdalla sama kuin 101 artiklan osalta on edellä todettu: yrityksillä on kilpailusääntelyn puitteissa täysi oikeus vastata rationaalisesti kilpailijoiden toimiin. Kilpailuvalvojan päätös, jolla kielletään yritystä seuraamasta kilpailijoiden hinnankorotuksia, olisi absurdi missä tahansa markkinaolosuhteissa.

Vastaavasti pelkkään oligopolimarkkinoiden hintatasoon puuttuminen muuttaisi kilpailuvalvojan hintaregulaattoriksi – rooliin, jota on äärimmäisen harvoin pidettävä suotavana ainakaan luonnollisten monopolien ulkopuolella. Lisäksi kilpailuoikeuden selkeä lähtökohta on, ettei määräävä markkina-asema itsessään ole kielletty. Mikäli oligopolimarkkinoihin puututtaisiin jo pelkän hintatason tai yhdenmukaisten hinnankorotusten vuoksi, oltaisiin lähellä tilannetta, jossa yritysten yhteinen määräävä markkina-asema itsessään aiheuttaa puuttumisen.¹⁸⁷

Kun kuitenkin yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön voi syyllistyä yksikin yritys, joka yksinään ei ole määräävässä markkina-asemassa, 102 artiklan käyttöala laajenee tutkimuksen kannalta kiinnostavalla tavalla. Monti ulottaa yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön oligopolimarkkinoiden kilpailunvastaista lopputulosta helpottaviin toimintatapoihin, kuten hintasignaalointiin. Kuten edellä totesin, hintajohtajan seuraaminen ei ole kiellettyä oligopolimarkkinoillakaan, mutta sen sijaan on mahdollista puuttua hintajohtajan antamiin julkisiin signaaleihin. Puuttumiskynnys on

¹⁸⁶ Ks. erottelusta *Whish – Bailey* 2015 s. 615–617.

¹⁸⁷ *Whish – Bailey* 2015, s. 616.

tarkoituksenmukaista asettaa samalla tasolle kuin 101 artiklan kohdalla: haitallisimpia ovat ennakoivat, ei-sitovat hinnankorotukset, jotka jättävät ilmoittaneelle yritykselle mahdollisuuden tarkkailla kilpailijoiden vastauksia ennen voimaantuloa. Mikäli ilmoitukset kilpailijoille eivät ole julkisia, toiminta kuuluu luonnollisesti pikemminkin 101 artiklan soveltamisalaan. Hintasignaloinnin kieltämisessä merkittävä ero pelkkään sallitun hintaseurantaan on siinä, että ensin mainitun kohdalla on mahdollista laatia pätevä kieltopäätös, jolla haitallinen toiminta määrätään lopetettavaksi ja jonka noudattamista on mahdollista valvoa.¹⁸⁸

Tiivistettynä Monti esittää 102 artiklan soveltamista oligopolimarkkinoilla, kun neljä edellytystä täyttyy. Ensinnäkin, kyseisellä markkinalla on oltava riittävän tiukka oligopoli, jotta voidaan todeta yritysten yhteinen määräävä markkina-asema. Toiseksi, yhden tai useamman oligopolistin toiminta tähtää selkeästi yhdenmukaisen käyttäytymisen helpottamiseen ja ylläpitämiseen. Kolmanneksi, yritys tai yritykset eivät kykene tarjoamaan toiminnalleen objektiivisesti hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Tällainen oikeuttamisperuste voisi olla esimerkiksi sellutapauksen tavoin asiakkaista lähtevä tarve markkinoiden korostetulle läpinäkyvyydelle. Neljänneksi, kilpailuvalvojalla pitää olla tehokas keino lopettaa rikkomus kieltopäätöksen muotoilulla. Esimerkiksi kieltä ilmoittaa hinnankorotuksista julkisesti ennakolta on tällainen keino, kun taas kieltä seurata lähimpien kilpailijoiden hinnankorotuksia ei ole.¹⁸⁹

Toisaalta, mikäli 101 artiklan ymmärretään mahdollistavan laajasti puuttumisen kaikkien kommunikointiin yritysten välillä missä tahansa muodossa, voidaan kysyä kuinka tarpeellinen tällainen 102 artiklan laajennus on. Lisäksi, kuten Mezzanotte esittää, 102 artiklan liian innokas soveltaminen keskinäisen riippuvuussuhteiden tilanteissa saattaa olla paitsi turhaa, myös haitallista. Riskinä on ensinnäkin, että taustalla olevan kartellin tai löyhemmän kilpailijoiden välisen yhteistyön paljastamisen sijaan keskitytään toissijaiseen ongelmaan, eli kartellin markkinoita hyväksikäyttävään toimintaan. Hiljainen kolluusio puolestaan edellyttäisi, että itsenäiset yritykset kykenisivät yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön kommunikoimatta lainkaan keskenään, mitä voidaan useimmiten pitää jokseenkin epäuskottavana ainakaan pitkällä aikavälillä. Kun lisäksi on mahdotonta pätevästi erottaa tiedostettu hiljainen kolluusio yritysten tiedostamattomasta samankaltaisesta käyttäytymisestä, riski viattomille yrityksille määrättä-

¹⁸⁸ Monti 2001, s. 146–147.

¹⁸⁹ Ibid, s. 149–152.

vistä seuraamuksista on Mezzanotten mukaan liian suuri.¹⁹⁰ Näin ollen ensisijaisen painopisteen potentiaalisten ongelmamarkkinoiden tutkimuksessa pitäisi olla kommunikoinnin paikantamisessa.

Pidän siten 102 artiklaa sopivana työkaluna potentiaalisesti haitalliseen signalointiin vain hyvin rajallisissa tapauksissa. Yhdenmukaistetun menettelytavan käsite voidaan ymmärtää siinä määrin laajasti, että tarvetta lähestyä horisontaalisia kilpailunrajoituksia yhteisen määräävän markkina-aseman kautta on vain rajallisesti. Selkeimmin tällainen tarve on olemassa, kun taustalla olevat linkit kilpailijoiden välillä ovat sinänsä hyväksyttäviä. Myös Kuoppamäki katsoo vastaavasti, että käytännössä yhteisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön olisi syytä puuttua nimenomaan 102 artiklan keinoin, kun määräävässä asemassa olevien yritysten keskinäinen kilpailu on tuntuvasti rajoitettua joidenkin konkreettisten yhteyksien vuoksi, pelkkien markkinaolosuhteiden sijaan.¹⁹¹

Tarkasteltaessa esimerkiksi Suomen asuntolainamarkkinoita on mielestäni kyseenalaista, voidaanko pankkien katsoa olevan siinä määrin linkittyneitä, että niiden voisi todeta tuomioistuimen lausumia kriteereitä mukailleen toimivan tai esiintyvän kollektiivisena toimijana suhteessa kilpailijoihin ja asiakkaisiin – markkinoiden kiistattomasta keskittyneisyydestä huolimatta. Näin esimerkiksi hypoteettisesti tarkasteltaessa Nordean taolta annettavia julkisia signaaleja on jokseenkin kyseenalaista, minkä eri pankkien katsottaisiin tällöin muodostavan yhteinen määräävä markkina-asema ja missä mielessä nämä pankit toimivat kollektiivina suhteessa asiakkaisiin, mikäli taustalla ei ole mitään nimenomaista yhteistyötä. Lisäksi julkisen signaloinnin vaikutus lopullisiin hintoihin jää usein niin epävarmaksi, että menettelyn katsominen kauppakumppaneita hyväksikäyttäväksi väärinkäytöksi on usein kaukaa haettava.

Toisaalta on samassa yhteydessä todettava, että merenkulun linjaliikenteen markkinoilla tällaisen kollektiivisuuden toteaminen voisi hyvinkin olla mahdollista historiallisen yhteistyön sekä nykyisten allianssien vuoksi. Samoin vaikkapa kolmen kilpailevan teleoperaattorin voitaisiin ainakin herkemmin kuin pankkien katsoa muodostavan yhden kollektiivin suhteessa asiakkaisiin, kun olemassa olevan verkkoinfrastruktuurin takia alalle ei ole uusia toimijoita näköpiirissä, vaan kyse on pakollisista kauppakumppaneista. Siitä huolimatta ensisijaisesti tarkastelun tulee kohdistua siihen, onko toiminnan

¹⁹⁰ *Mezzanotte* 2010a, s. 99 ja *Mezzanotte* 2010b, s. 520.

¹⁹¹ *Kuoppamäki* 2012, s. 230–237.

taustalla kartelliyhteistyötä. Muutoin on riskinä päätyä tilanteeseen, jossa piiloon jäävä kartelli tuomitaan hintasignaloinnista.

4.5 Yhteenveto

Kirjallisuudessa on päädytty jokseenkin selvästi yksimielisyyteen siitä, että tulevia ai-
komuksia, kuten hinnoittelua, koskevan julkisen viestinnän ilman sitoutumista asiakkai-
den suuntaan pitäisi olla kiellettyä SEUT 101 artiklan nojalla. Kansainvälisen ratkaisu-
käytännön perusteella puuttuminen ei kuitenkaan vaikuta yhtä selkeältä, jolloin kilpai-
lunvalvojat herkästi päätyvät sitoumusratkaisuihin. Sen sijaan kun viestinnän lähteenä on
yrityksen sijaan yritysten yhteenliittymä, seuraamusten määrääminen näyttäisi olevan
juridisesti mutkattomampaa. Toisaalta haitallisuutensa puolesta oligopolimarkkinoilla
tapahtuva yritysten välinen signalointi ylittää herkästi yhteenliittymän viestinnän, mikäli
yhteenliittymän viestintä koostuu suosituksista ilman keinoja varmistaa ehdotusten to-
dellinen läpimeno. Tämä puoltaisi sitoumuksia järeämpiä puuttumiskeinoja myös yritys-
ten viestintään.

Kun yhdenmukaistetun menettelytavan ymmärretään laajasti kattavan kaiken yritysten
välisen kommunikaation, ongelmalliseksi koettavaan julkiseen viestintään on mahdol-
lista puuttua 101 artiklan nojalla. Tällöin päädytään arvioimaan julkisesti annetun vies-
tin todellista vastaanottajakuntaa. Jos viesti ei lähemmän tarkastelun perusteella sisällä
lainkaan asiakkaille hyödyllistä tietoa, on hylättävä väitteet viestin kohdistumisesta asi-
akkaille, vaikka näennäisesti viesti olisikin laitettu esimerkiksi kuluttajahintoja koske-
van ennustuksen muotoon. Yritysten omien hintojen julkisiin ennustuksiin on suhtau-
duttava suurella varauksella.

Nähdäkseni tätä lähestymistapaa ei voida pitää yllättävänä ongelmalliseen julkiseen
viestintään ryhtyvän yrityksen näkökulmasta, eikä myöskään erityisiä vaikeuksia 101
artiklan täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden suhteen synny. Pohjimmiltaan artiklan kiel-
tämässä horisontaalisissa kilpailunrajoituksissa on kyse juuri epävarmuutta vähentävästä
viestinnästä kilpailijoiden kesken. Vaikka kiellon ydinaluetta ovatkin salaiset kartelli-
kokoukset ja -sopimukset kilpailijoiden kesken, ei 101 artiklan soveltumisen näkökul-
masta lopulta ole merkitystä, missä ja miten strategisia tietoja sisältävä yhteydenpito
toteutetaan. Näin ollen kun julkisuuteen annetaan viestintää, jolla pyritään tavoittamaan
kilpailevien yritysten johtoa tai muuta strategisista päätöksistä vastaavia tahoja, yrityk-

sen on syytä varautua toiminnan arviointiin 101 artiklan nojalla. ”Pelkkä” viestintä ei sisälly 101 artiklan sanamuotoihin aivan kivuttomasti, mutta runsas kilpailijoiden välistä kommunikointia koskeva oikeuskäytäntö osoittaa, että käytännössä yhdenmukaistettu menettelytapa kattaa pelkän kommunikoinnin ilman kommunikoinnista seuraavaa yhdenmukaistettua käyttäytymistä. Jää yrityksen tehtäväksi osoittaa, ettei kommunikaatiolla ole ollut vaikutusta käyttäytymiseen markkinoilla.

Kun tulevia aikomuksia koskevan viestin vastaanottajiksi on todettu asiakkaiden sijaan kilpailijat, kyse on toiminnasta, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, jolloin kilpailuvalvojan ei tarvitse osoittaa konkreettisia tai edes potentiaalisia vaikutuksia markkinoilla. Yritykselle jää vielä mahdollisuus vedota 101(3) artiklan tehokkuuspuolustukseen, mutta ottaen huomioon että kyse on viestistä, jota ei ole suunnattu asiakkaille alun perinkään, välttämättömyyskriteeri ja hyötyjen koituminen kuluttajille eivät todennäköisesti toteudu.

Siten, kun useampi yritys markkinoilla esimerkiksi ennustaa omia hintojaan, puuttuminen tähän yhdenmukaistettuun menettelytapaan on jokseenkin ongelmattonta. Julkisen viestinnän tilanteissa ongelmallisimmaksi jää viestin kuulijoiden eli mahdollisten hintaseuraajien rooli. Siinä missä salaisesti tapahtuvan viestinnän osalta pelkkä passiivinen osallistuminen kokoukseen riittää syyllisyyden toteamiseksi, julkisen viestinnän tilanteissa tämä olisi nähdäkseni vastoin yleistä oikeusturvakäsitystä: viestinnän vastaanottajilla ei ole minkäänlaista toisintoimimismahdollisuutta. Vaikka seuraajayritys noudattaisi julkisesti esitettyä hinnoittelua, kieltopäätöstä ei ole mahdollista muotoilla pätevästi siten, että kiellettäisiin kilpailijoiden hintojen seuraaminen ja niihin vastaaminen. Näin ollen erityisesti kun viestintää harjoittaa vain yksi yritys markkinoilla, ongelmaksi muodostuu, mitkä yritykset voivat kuulua kieltopäätöksen piiriin. Voitaisiko 101 artiklan mukaista kieltopäätöstä ulottaa vain yhteen yritykseen? Tällöin – useimmiten hypoteettisissa tilanteissa – sitoumusratkaisuille ja kilpailuvalvojan muulle opastukselle saattaisi olla paikkansa.

Esitettyssä ongelmatilanteessa tulee ensisijaisesti nähdäkseni tehdä kaikki voitava, jotta havaittaisiin, ovatko muut kilpailijat käyneet minkäänlaista suoraa tai epäsuoraa kommunikointia viestintää harjoittavan yrityksen kanssa. Mikä tahansa toteamus esitetyn ”tarjouksen” hyväksymisestä olisi riittävä, kun toiminnalle ei olisi hyväksyttävää liiketaloudellista perustetta ja kun kieltopäätös voidaan kohdistaa johonkin konkreettiseen toimintaan. Sen sijaan pelkkä hintojen asettaminen tietylle tasolle ei olisi riittävää, vaan

kyse on tavallisesta rationaalisesta liiketoiminnasta. Toisaalta, kun kyse ei ole puhtaasti hintatasosta vaan esimerkiksi Alankomaiden teleoperaattoreiden tavoin liittymismaksusta tai muusta vastaavasta erityisestä hinnoittelun elementistä, pelkkä tällaisen maksuperusteen käyttöönotto voisi mielestäni olla osoitus tarjouksen hyväksymisestä. Usein lisäksi yrityksen sisäinen dokumentaatio osoittaa, että kilpailijan ehdotus on noteerattu. Tällöin yhdenmukaistettu menettelytapa olisi käsillä paitsi liittymismaksua ehdottaneen yrityksen kohdalla myös maksun käyttöönotaneiden yritysten osalta.

Monti esittää SEUT 102 artiklan houkuttelevana vaihtoehtona tilanteisiin, joissa 101 artikla on riittämätön erityisesti oligopolimarkkinoiden tehottomuuteen puuttumiseksi. Etuna tässä yhteisen määräävän markkina-aseman tarjoamassa työkalussa on se, että tarvittaessa voidaan puuttua vain yhden yrityksen, esimerkiksi hintasignalointia harjoittavan hintajohtajan, toimintaan. Ilmoitettujen hinnankorotusten noudattamista ei ole pidettävä kiellettyinä, vaan yrityksen toimintavapauteen kuuluvana käytöksenä. Samalla on kuitenkin muistettava 102 artiklan käyttöalaa huomattavasti rajaavana seikkana vaatimus yhteisestä määräävästä markkina-asemasta. Puuttuminen minkä tahansa markkinoiden signalointiin ei tule kyseeseen, vaan edellytetään tiukkaa oligopolia, jossa kilpailijat ovat sillä tavoin riippuvuussuhteessa keskenään, että ne näyttäytyvät tavarantoimittajille, asiakkaille ja muille kilpailijoille yhtenä yksikkönä. Kun ensisijaisen puuttumiskeinon on kuitenkin myös jatkossa syytä olla 101 artikla ja kun pelkkä kommunikointi kilpailijoiden välillä voidaan katsoa vähintäänkin yhdenmukaistetuksi menettelytavaksi, 102 artiklan käyttöala jää nähdäkseni tässä yhteydessä huomattavan rajalliseksi.

5. JULKISEEN VIESTINTÄÄN PUUTTUMINEN YRITYSTEN NÄKÖKULMASTA

5.1 Kilpailuoikeus sananvapauden rajoituksena

Kun puhutaan yritysten tai yritysten yhteenliittymien julkisesta viestinnästä, kohdeyleisön rooliin voidaan ajatella tyypillisesti ainakin asiakkaat, rahoittajat, poliittiset vaikuttajat sekä lakien valmistellun osallistuva viranomaiskoneisto. Edellä olen jo käsitellyt viestintää asiakkaille, jotka ovatkin luonnollisesti tyypillisin hintoja koskevan viestinnän kohde. Tässä luvussa on tarkoitus laajentaa näkökulmaa muihin mahdollisiin vies-

tintätilanteisiin, näihin viestintämuotoihin liittyviin potentiaalsiin ongelmiin sekä yrityksille avoimiin oikeuttamisperusteisiin.

Yksi kiinnostava viestinnän muoto käsittää yritysten julkisen vaikuttamisen. Julkinen ilmoitus on tällöin esimerkiksi muotoa ”jos sääntelyesitys toteutetaan ehdotetussa muodossa, alan kuluttajahinnat tulevat nousemaan viidestä kymmeneen prosenttia.” Viime aikoina tällaista viestintää on esiintynyt ainakin teleoperaattoreiden suunnalta EU:n piirissä suunniteltuihin lakipaketteihin liittyen. Esimerkiksi Elisa otti kesällä 2016 *Talouselämä*-lehden haastattelussa kantaa kaavailtuihin muutoksiin artikkelissa, joka oli otsikoitu: Elisa: Hinnoissa on 25 € korotuspaineet - ”Suomen edulliset hinnat ovat vaarassa”.¹⁹² Asiassa oli kyse komission ehdotuksesta poistaa operaattoreiden mahdollisuus periä roaming-maksuja asiakkailtaan datan käytöstä toisessa jäsenvaltiossa. Itse tekstissä aihetta käsiteltiin melko neutraalisti. Elisan henkilöasiakkaiden liiketoimintajohtaja esitti pääteesisinään, että teleoperaattoreiden välisten verkkovierailutukumaksujen enimmäishinnat on laskettava nyt komission ehdottamaa tasoa alemmas, jottei uudistus näkyisi kuluttajahinnoissa korotuksina. Tarkkaa tulevaa hinnankorotusta ei esitetty, mutta 25 euron lisäkustannus operaattorille arvioitiin keskivertosuomalaisen datankäyttötottumusten perusteella.

Usein vastaava viestintä toteutetaan toimialajärjestön kautta suuremman yhteiskunnallisen painoarvon saavuttamiseksi. On havaittavissa viitteitä siitä, että tällöin myös kohdeyleisö saattaa mennä päällekkäin; viesti kohdistuu paitsi lainsäätäjiin myös jäsenyrityksille ikään kuin ohjeena, miten näiden tulisi toimia sääntelyn astuessa voimaan. Ei ole myöskään sattumaa, että juuri toimialajärjestöt ovat olleet viranomaisten maalitauluna julkisen viestinnän kieltämisessä: käytäntö vaikuttaa käsiteltyjä tapauksia laajemmalla. Esimerkiksi nyt syksyllä Päivittäistavarakauppa ry. otti kantaa uudistuvaan tupakkalakiin, jonka mukaisiin valvontamaksuihin on esitetty tuntuvia korotuksia. Yhdistyksen mukaan ”ylimitoitetuista valvontamaksuista johtuva kustannuspaine siirtyy ruoan hintaan”, sillä tupakan hinnan määräytyessä käytännössä maahantuonnin yhteydessä ei valvontamaksua voi kohdistaa suoraan tupakkatuotteisiin. Päivittäistavarakaupan tiedot-

¹⁹² Talouselämän verkkosivut: Elisa: Hinnoissa on 25 € korotuspaineet - ”Suomen edulliset hinnat ovat vaarassa”. <http://www.talouselama.fi/uutiset/elisa-hinnoissa-on-25-korotuspaineet-suomen-edulliset-hinnat-ovat-vaarassa-6560033>, vierailtu 18.11.2016.

teessa käsiteltiin lisäksi euromääräisinä laskelmina, millaisia lisäkustannuksia uudet valvontamaksut käytännössä tarkoittaisivat erisuuruisille kaupan yksiköille.¹⁹³

Toisena esimerkkinä verkkosivuilla tapahtuvasta tiedottamisesta on hakukoneella löydettävissä Isännöintiliiton viestintä alkaen ainakin maaliskuulta 2014. Tiedottamisessa on samoja piirteitä kuin Leipuriliiton ja Hiusyrittäjien vastaavassa. Viisi erillistä tiedotetta on otsikoitu ”Hyvästä isännöinnistä kannattaa maksaa”¹⁹⁴, ”Laadukkaasta isännöintipalvelusta maksettava enemmän”¹⁹⁵, ”Isännöintipalvelujen hinnoissa suuria korotuspaineita”¹⁹⁶, ”Isännöinnin palkkioita remonteissa on korotettava”¹⁹⁷ ja ”Isännöinnin työmäärä kasvaa – edessä hinnoitteluremontti”¹⁹⁸.

Vanhimmassa, 12.3.2014 päivätyssä tiedotteessa ei sisällöllisesti anneta kovinkaan selkeitä hinnoittelusuosituksia. Liiton toimitusjohtaja suuntaakin viestinsä myös asiakkaina oleville taloyhtiöille. Toimitusjohtajan mukaan isännöinnin peruspalkkio ei ole noussut kolmessa vuodessa juuri lainkaan, mikä näkyy palvelun laadussa. Asiakkaiden kannattaisi siten maksaa enemmän saadakseen parempaa palvelua. Edelleen toimitusjohtajan mukaan ”[v]enyvien ja vanuvien isännöintisopimusten takia isännöintiyritykset ovat joutuneet ottamaan lisääntyneet vaatimukset yrityksen piikkiin. -- tilanne ei voi jatkua samaan malliin.”

Seuraavassa, 15.4.2014 päivätyssä tiedotteessa liitto ottaa kantaa Helsingin Sanomien artikkeliin, jossa oli esitetty taloyhtiöiden kokemia puutteita isännöintipalvelussa. Liiton toimitusjohtajan vastaus kuului muun muassa: ”Tuomitsen yleistämisen, sillä valtaosa isännöintiyrityksistä hoitaa hommansa asiallisesti. Isännöintiyritysten on kuitenkin nostettava suoritustasoaan ja sitä kautta myös isännöinnin hintaa, jotta palvelu pysyy laadukkaana.” Lisäksi toimitusjohtaja edellytti isännöintiyritysten huomioivan alan uusien vaatimusten ja haasteiden tuoman lisätyömäärän hinnoittelussaan.

¹⁹³ Päivittäistavarakauppa ry.:n verkkosivut: Tupakan valvontamaksujen korotus kohtuuton – rankaisee erityisesti pieniä kauppia ja kuluttajia.

<http://www.ptv.fi/ajankohtaista/tiedotteet/uutinen/article/tupakan-valvontamaksujen-korotus-kohtuuton-rankaisee-erityisesti-pienia-kauppia-ja-kuluttajia/>, vierailtu 18.11.2016.

¹⁹⁴ Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: Hyvästä isännöinnistä kannattaa maksaa.

<http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/32881.aspx>, vierailtu 21.11.2016.

¹⁹⁵ Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: Laadukkaasta isännöintipalvelusta maksettava enemmän.

<http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/33027.aspx>, vierailtu 21.11.2016.

¹⁹⁶ Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintipalvelujen hinnoissa suuria korotuspaineita.

<http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/34462.aspx>, vierailtu 21.11.2016.

¹⁹⁷ Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: isännöinnin palkkioita remonteissa on korotettava.

<http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/39610.aspx>, vierailtu 21.11.2016.

¹⁹⁸ Isännöintiliiton verkkosivut: Isännöintiliitto: isännöinnin työmäärä kasvaa – edessä hinnoitteluremontti. <http://www.isannointiliitto.fi/jasenyydet/uutiset/42395.aspx>, vierailtu 21.11.2016.

Joulukuun 2014 tiedote sisältää kaikkein suurimpia hintasuosituksia. Tiedote alkaa toteamuksella ”Isännöinnin hinta on paikoitellen kestävämmän alhaalla. Samaan aikaan kun työmäärä ja tehdyt työtunnit ovat lisääntyneet, isännöintipalvelusta peritty hinta on pysynyt lähes samana vuodesta toiseen.” Tämän jälkeen liiton toimitusjohtaja esittää: ”Tällainen kehitys on kestävämmä. Jotta asiakaspalvelua voidaan kehittää, isännöintiyritysten kannattavuuden on parannettava. Se edellyttää hintojen nostamista ja kaiken tehdyn työn laskuttamista.” Nyt liiton tiedotteessa toimitusjohtaja ilmoittaa kantansa myös hinnankorotusten suuruuteen toteamalla ” Isännöinnin hinnassa on korotuspainetta vähintään 10–20 prosenttia”. Toinen liiton johtaja puolestaan sanoo useiden isännöintiyritysten olleen turhan arkoja nostamaan hintoja vaikka tarvetta olisi ollut. Hänen mukaansa isännöintipalkkiot ovat nousseet kolmen viime vuoden aikana yhteensä noin viisi prosenttia, vaikka kiinteistöjen muut ylläpitokustannukset ovat nousseet lähes kolminkertaisesti eli noin 15 prosenttia samana aikana.

Syyskuun 2015 tiedote ei sisällä aivan yhtä suoraa hinnankorotussuositusta kuin otsikko antaa olettaa. Tiedotteessa todetaan alan kannattavuuskehityksen taittuneen ja 11 prosentin alan yrityksistä tehneen nollatuloksen Isännöintiliiton Talousbarometrin mukaan. Tulevien hintojen osalta tiedotteessa esitetään, että ”Korjaushankkeiden hinnoissa onkin nousupaineita isännöinnin osalta.” ja että ”Yhä useampi taloyhtiö tulee korjausikänsä. Se tarkoittaa, että isännöinnillä on enemmän työtä ja taloyhtiön kustannukset kasvavat.”

Viimeinen, joulukuun 2015 tiedote jatkaa jokseenkin samalla linjalla. Tiedotteen mukaan ”Isännöinnin hinta on edelleen kestävämmän alhainen. Alan yritysten kannattavuus on laskenut samalla kun työmäärä ja vastuut kasvavat. Vuonna 2014 laskimme, että työmäärä isännöintiyrityksissä on lisääntynyt jopa 20 prosenttia, mutta hinnat nousivat keskimäärin vain kaksi prosenttia.” Lisäksi liiton toimitusjohtaja toteaa seuraavasti: ”Erityisen huolestuttavaa on, että 77 % isännöitsijöistä ei pysty laskuttamaan kaikista tekemästään työstä. Alalla onkin selvä tarve hinnoitteluremontille ja uudelleenlaajalle sopimiselle. Työmäärään perustuvan laskutuksen osuus kasvaa väistämättä”.

Ensimmäisenä huomiona Isännöintiliiton tiedotteita tarkastellessa on syytä todeta, että julkisen tiedottamisen ollessa tämän sisältöistä olisi erittäin mielenkiintoista nähdä otteita yksityisestä, vain jäsenyrityksille suunnatusta viestinnästä sekä mahdollisesti myös alan suurimpien yritysten viestinnästä paitsi liiton suuntaan myös keskenään. Vastavassa julkisessa viestinnässä on merkkejä asiakkaiden ”pehmittämisestä”, ikään kuin

valmistelemisesta tuleviin hinnankorotuksiin, joiden toteutuessa myyjätaho voi todeta, että tästähän me jo aiemmin varoittelimme ja olimme oikeassa. Osaltaan kyse on todellisten kilpailua rajoittavien pyrkimysten sijaan ja ohella heikosta kilpailukulttuurista.¹⁹⁹

Mielestäni yllä käsitellyn viestinnän suhteen on mahdollista tehdä linjauksia, joiden perusteella Elisan ja Päivittäistavarakaupan viestintä on hyväksyttävää, kun taas vastavasti Isännöintiliiton tiedottaminen on vähintäänkin kyseenalaista ja ansaitsee syvempää tutkintaa. Elisan ja Päivittäistavarakaupan viesti kohdistuu tiettyyn konkreettiseen, vielä valmisteluvaiheessa olevaan sääntelyyn, joka aivan kiistatta lisää sääntelyn kohteena olevien toimijoiden kustannuksia. On nähdäkseni taloudellisen tehokkuuden kannalta hyödyksi, että tällaisissa tilanteissa sääntelyn koskettamat tahot tuovat omat kululaskelmansa julkiseen keskusteluun. Keskustelu saa olla kärjekästäkin, kunhan se pohjautuu perusteltuihin tosiseikkoihin ja läpinäkyviin, todennettavissa oleviin laskelmiin, eikä kilpailijayrityksille tai toimialajärjestön jäsenille esitetä tarpeettoman yksityiskohtaisia toimintasuosituksia. Esimerkkinä tällaisesta tarpeettomasta toimintasuosituksesta voisi olla vaikkapa – Alankomaiden teleoperaattoritapausta hyödyntäen – mikäli sääntely menee läpi tällaisena, aiomme ottaa käyttöön liittymismaksun, jonka suuruus olisi noin x euroa. Esimerkin tilanteessa kohdeyleisöksi vaihtuu jälleen kerran ennen kaikkea kilpailijat lainsäätäjän tilalle. Kotimaisissa toimialajärjestöjen tapauksissa lausuttu oikeusohje on yksinkertainen, mutta pätevä: kustannuskehityksestä saa tiedottaa vapaasti, mutta jokaisen toimijan on syytä päättää itsenäisesti omista toimenpiteistään nousevien kustannusten seurauksena.

Toisesta kulmasta katsottuna tällaisen yhteiskunnalliseen vaikuttamiseen, tai ”lobbaamiseen”, pyrkivän julkisen keskustelun rajoittaminen olisi tarpeettoman pitkälle menevä sananvapauden rajoitus. Yhteiskunnallisessa vaikuttamisessa ollaan siinä määrin sananvapauden ydinalueella, että puuttumisen kynnyksen on oltava korkealla; tältä osin voidaan nojautua myös perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin. Samaan suuntaan vetää myös rajoitusedellytyksiin kuuluva suhteellisuusvaatimus, jolla käytännössä tarkoitetaan intressipunnintaa rajoittamisen ja sallimisen välillä.²⁰⁰ Yhteiskunnallinen vaikuttaminen sääntelyn kehittämiseen osallistumalla on nähdäkseni julkisilta intresseiltään taloudellisten toimijoiden sananvapauden painavinta osa-alueita.

¹⁹⁹ Mainitut näkemykset minulle esitteli kilpailuasiainneuvos Tom Björkroth hänen syventävien opintojen luennon yhteydessä käymässämme keskustelussa.

²⁰⁰ Perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä kilpailuoikeudessa tarkemmin *Aine* 2011, s. 101–123.

Edellä mainitut hyödylliset elementit suurelta osin puuttuvat Isännöintiliiton viestinnästä. Viittaukset esimerkiksi sääntelyyn kustannuksia nostavana tekijänä ovat melko epämääräisiä eivätkä yksilöi tarkemmin, mistä sääntelystä on kyse ja millaisia kustannuksia juuri tämä sääntely aiheuttaa alan toimijoille. Lisäksi liitto tekee kustannuksista suoria johtopäätöksiä tuleviin hintoihin; asia, joka jokaisen yrityksen on syytä ratkaista itsenäisesti omasta toimintaympäristöstään lähtien. Vaikkei ole realistista ajatella, että varsinkin kireän kilpailutilanteen vallitessa suositellut hinnankorotukset siirtyisivät kaikkien yritysten tai edes enemmistön hintoihin sellaisinaan, tällainen viestintä on omiaan luomaan ilmapiiriä, jossa nähdään yhdenmukaisia hinnankorotuksia riippumatta yritysten omasta taloudellisesta asemasta. Toimialajärjestöjen hyväksyttävä tehtävä on jatkossakin tiedottaa muun ohella alan kustannuskehityksestä, mutta tätä pidemmälle valmiisiin toimintasuosituksiin ei ole syytä mennä, vaikka toimiala kohtaisi taloudellisia haasteita.

5.2 Yritysten tiedottamista koskevat velvollisuudet

5.2.1 Tiedottamista koskevat määräykset arvopaperimarkkinanormistossa

Yritysten julkisen viestinnän potentiaalisista kohdeyleisöistä rahoittajat ovat sikäli mielenkiintoinen erityistapaus, että pörssiyritysten osalta viestintä on yksityiskohtaisesti normitettua arvopaperimarkkinasääntelyn myötä. Yritysten toteutuneesta tuloksesta ja toiminnasta raportoinnin lisäksi arvopaperimarkkinasääntely sisältää säädöksiä koskien tiedottamista markkinaolosuhteista, tulevaisuudennäkymistä ja ennusteista, joihin tässä kappaleessa on erityisesti tarkoitus syventyä. Tiedonantovelvollisuuden tarkoituksena on hallita arvopapereiden liikkeeseenlaskijan ja sijoittajien välistä informaatioasymmetriaa ja luoda siten osaltaan puitteet tehokkaasti toimiville pääomamarkkinoille. Laadullisesti tiedonantovelvollisuus tarkoittaa ennen kaikkea olennaisten, hyödyllisten ja oikeiden tietojen antamista, vastaavasti käännettynä kieltoa antaa totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa tietoa. Tavoitteena on luoda liikkeeseenlaskijasta *läpinäkyvä* kuva.²⁰¹

Suomalaisia listayhtiöitä koskeva arvopaperimarkkinanormisto pohjautuu ennen kaikkea arvopaperimarkkinalakiin (14.12.2012/746). Lisäksi tiedottamista ja raportointia koskevia normeja sisältyy muun muassa kirjanpitolakiin (30.12.1997/1336), EU:n

²⁰¹ Parkkonen – Knuts 2014, s. 142–143.

markkinoiden väärinkäyttöasetukseen²⁰², valtiovarainministeriön asetukseen arvopaperin liikkeeseenlaskijan säännöllisestä tiedonantovelvollisuudesta (1020/2012, muutettuna asetuksella 1328/2015)²⁰³ sekä Helsingin pörssin sääntöihin²⁰⁴. Tiedottamista koskevia normeja on hiljattain uusittu, kun esimerkiksi osavuosikatsausten laatimisvelvollisuudesta luovuttiin. Markkinoiden väärinkäyttöasetuksen johdannossa todetaan nimenomaisesti, etteivät asetus tai sen mukaisesti hyväksytyt delegoidut säädökset, täytäntöönpanosäädökset, standardit ja suuntaviivat rajoita unionin kilpailusääntöjen soveltamista.²⁰⁵ Kansallisessa normistossa tai ohjeistuksessa tätä suhdetta ei ole tietääkseni sen tarkemmin käsitelty, eikä tiedossani ole oikeuskäytännön tapauksia, jossa näiden välinen ristiriita olisi aiheuttanut mainittavia jännitteitä.

Tärkeimmät sijoittajia koskevat säännöllisen tiedottamisen instrumentit ovat yhtiön toimintakertomus ja puolivuositarkastus. Kirjanpitolain 3 luvun 1a §:n mukaan toimintakertomuksessa pitää muun ohella kuvata kirjanpitovelvollisen merkittävimpiä riskejä ja epävarmuustekijöitä sekä esittää arvio todennäköisestä tulevasta kehityksestä. Riskejä ja epävarmuustekijöitä koskevan kuvauksen on oltava kirjanpitovelvollisen kokoon ja rakenteeseen nähden tasapuolinen ja kattava. Vastaavasti AML:n 11 §:n mukaan puolivuositarkastuksessa on annettava kuvaus liikkeeseenlaskijan liiketoimintaan liittyvistä merkittävistä lähiajan riskeistä ja epävarmuustekijöistä. Tiedottamista täsmennetään vielä VM:n tiedonantovelvollisuusasetuksessa, jonka 2 §:n mukaan puolivuositarkastuksen selostusosassa on muun ohella esitettävä sellaiset merkittävät tapahtumat ja liiketoimet, jotka koskevat muutoksia liikkeeseenlaskijan liiketoiminnan näkymissä ja markkina-asemassa sekä toimintaympäristössä.

Helsingin pörssin säännöissä ja sääntöjen selostustekstissä todetaan tiedottamisen sisällön suhteen muun ohella, että julkaistavan tiedon on oltava oikeaa, merkityksellistä ja selkeää, eikä se saa olla harhaanjohtavaa tai epätasällista. Yhtiötä koskevia seikkoja ja olosuhteita kuvaavien julkaistujen tietojen on oltava riittävän kattavia siten, että julkistetun tiedon perusteella voidaan arvioida sen vaikutus pörssiin, sen tulokseen ja taloudelliseen asemaan tai sen arvopapereiden arvoon.²⁰⁶

²⁰² Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 596/2014, EUVL L 173/1, 12.6.2014.

²⁰³ Jatkossa lyhennettynä VM:n tiedonantovelvollisuusasetus.

²⁰⁴ Nasdaq Helsinki Oy: Pörssin säännöt.

²⁰⁵ Markkinoiden väärinkäyttöasetuksen johdanto, kohta 80.

²⁰⁶ Pörssin säännöt, kappale 2.3.1.2.

Pörssin säännöissä käsitellään myös nimenomaisesti ennusteita ja muita tulevaisuutta koskevia lausumia sisältävää tiedottamista. Mikäli pörssiyhtiö julkistaa ennusteen, sen on annettava tieto esitetyn ennusteen lähtökohtana olevista taustaoletuksista tai -edellytyksistä. Ennuste tai muu tulevaisuutta koskeva lausuma on esitettävä mahdollisimman yksiselitteisellä ja johdonmukaisella tavalla. Sääntö ei kuitenkaan velvoita yhtiötä julkistamaan ennusteita. Tieto esimerkiksi taustalla vaikuttavista olosuhteista on kuvattava selkeästi, jotta sijoittajat voivat arvioida niitä asianmukaisesti. Ennusteet ja tulevaisuutta koskevat lausumat pitää esimerkiksi puolivuosisikatsauksissa erottaa selkeästi muusta taloudellisesta informaatiosta. Yhtiön pitää myös julkaista mahdolliset poikkeamat aiemmin julkaistuista ennusteista, jos on syytä olettaa poikkeaman olevan arvopaperin arvoon olennaisesti vaikuttava. Tätä olennaisuutta koskevassa arvioinnissa yhtiön tulee pörssin sääntöjen selostusosan mukaan huomioida muun muassa toimintaympäristön muutokset ja toimialaan liittyvät kausivaihtelut. Huomiota voidaan kiinnittää myös esimerkiksi hyödykkeiden hintoja tai erityistä markkinakehitystä koskevaan herkkyyksianalyysiin.²⁰⁷

Tiedottamista koskevan normiston muutosten myötä myös Finanssivalvonta kumosi aiemmat tiedonantovelvollisuutta koskevat ohjeensa kesällä 2016. Aiempiin määräyksiin ja ohjeisiin sisältyi huomattavan yksityiskohtaisia ohjeita ja suosituksia listayhtiöiden tiedottamisen sisällöstä. Nähtäväksi jää, missä määrin yritykset jatkossa luopuvat vanhojen suositusten mukaisesta tiedottamisesta, mutta välttämättä muutokset eivät ole nykyisille listayhtiöille kovin dramaattisia. Tästä syystä jo kumotut Finanssivalvonnan määräykset ja ohjeet ansaitsevat tarkempaa tutkimista.

Kumotuissa määräyksissä ja ohjeissa Finanssivalvonta suositti tulevaisuudennäkömyien antamista tulevan kehityksen yleisluonteisen kuvailun sijaan tulosennusteena, koska tulosennusteen julkistaminen auttaa sijoittajia perustellun arvion tekemisessä arvopaperista ja sen liikkeeseenlaskijasta. Tulosennusteet voidaan esittää numeerisina ennusteina tai verbaalisesti kuvaten.²⁰⁸ Finanssivalvonta ohjeisti vanhoissa määräyksissä ja ohjeissa myös lisäyksiä toimintakertomuksen sisältöön. Ohjeen mukaan toimintakertomuksessa voidaan esittää liiketoimintaa ja ulkoista toimintaympäristöä koskevia yleisiä tietoja, koska tiedot voivat edesauttaa sijoittajaa ymmärtämään liikkeeseenlaskijan liiketoimintaa. Ulkoista toimintaympäristöä koskeva kuvaus voi sisältää esimerkiksi tietoja kilpai-

²⁰⁷ Ibid, kappale 2.3.3.1.

²⁰⁸ Finanssivalvonnan Määräykset ja ohjeet 7/2013 Liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuus, kohta 65.

luasemasta markkinoilla sekä liikkeeseenlaskijan liiketoimintaan vaikuttavien sääntelyn sekä taloudellisten, sosiaalisten ja ympäristötekijöiden pääpiirteet.²⁰⁹ Joka tapauksessa tulevaisuuden näkymiltä on edellytettävä selkeyttä ja yksiselitteisyyttä; tulevaisuuden näkyminä ei tule kuvailla esimerkiksi yrityksen johdon asettamia tavoitteita tai erilaisia mahdollisia skenaarioita, jotka voisivat olla mahdollisia.²¹⁰

Uusittu tiedottamissäännöstö on siten melko yleisluonteista. Vaikka erityisesti tulevaisuutta koskevien lausumien ohjeistuksen voi tulkita monella tapaa, on hyvä muistaa, että kyse on nimenomaan yrityksen tuloksen, taloudellisen aseman ja markkinaolosuhdeiden ennakoimisesta, ei esimerkiksi yrityksen oman toiminnan, kuten hinnoitteluperiaatteiden tai markkinaosuuden kasvattamiseen tai säilyttämiseen tähtäävän strategian, ”ennustamisesta”. Näiden ennustamisen kohteena olevien parametrien välillä on tärkeää nähdä ero tulevaisuutta koskevien lausumien kilpailuoikeudellisen arvioinnin näkökulmasta. Jälkimmäisessä tapauksessa on kyse seikoista, jotka yritys itse määrittää, vaikka pintapuolisesti tarkasteltuna omien hintojen ennustaminen saattaisikin olla muotoiltu pätevän markkinaennusteen muotoon.

Mikään arvopaperimarkkinoiden tiedottamista koskevassa sääntelyssä ei nähdäkseni anna tukea käsitykselle, että yritykselle olisi jonkinlainen velvollisuus ennustaa oman toimintansa kehitystä kuvailemalla esimerkiksi tulevaa hintatasoa. Nähdäkseni ongelmallisin rajatapaus kilpailuoikeudellisen hyväksyttävyyden kannalta on markkinaolosuhteiden tulevaa kehitystä koskeva ennustaminen. Tällaiset ennusteisiin saatetaan sisällyttää informaatiota, jolla pikemminkin pyritään ohjaamaan kilpailijoita haluttuun yhteiseen strategiaan kuin kuvaamaan objektiivisesti ja perustellusti ennakoitavissa olevaa kehitystä.

5.2.2 Yritysten taloudellinen raportointi käytännössä kilpailuoikeuden näkökulmasta

Millaisia tulevaisuutta koskevia ennusteita ja lausumia yritykset sitten raportoinnissaan esittävät? Kiinnostavaa informaatiota löytyy ainakin joidenkin komission tutkinnan kohteina olleiden merenkulkuyhtiöiden julkaisuista. Esimerkiksi Maersk-konsernin

²⁰⁹ Ibid, kohdat 128–129.

²¹⁰ Parkkonen – Knuts 2014, s. 208.

vuoden 2011 toimintakertomuksessa todetaan operatiivisen johdon katsauksessa seuraavasti:

Kilpailu jatkuu kireänä, ei vähiten toimialan ylikapasiteetin ja pirstoutuneisuuden vuoksi. Sopeuttamiselle, kapasiteetin vähennyksille sekä *vakaammille ja kestävämmille hinnoille vallitsee jatkuva tarve*. Jonkin verran toimintojen sopeuttamista nähtiin vuoden 2011 lopulla, mutta Maersk Line katsoo, että alalta vaaditaan enemmän toimenpiteitä kyetäkseen tarjoamaan vakaata tuottoa omistajille. *Maersk Line on tyytyväinen nykyiseen markkinaosuuteensa, joka tarjoaa riittävät skaalaedut mahdollistaen siten optimaalisen tuotetarjonnan asiakkaille, ja aikoo puolustaa tätä markkinaosuutta*. Keskittymällä kannattavuuteen markkinaosuuden kasvattamisen sijaan Maersk Line aikoo tehdä joukon *aloitteita palauttaakseen rahatihinnat ennalleen* nykyisiltä tappiollisilta tasoilta. Erityisesti Maersk Line aikoo optimoida hinnoittelukäytäntöjään ja sopeuttaa kapasiteettinsa parantamaan markkinoiden vakautta.²¹¹

Samassa toimintakertomuksessa jäljempänä todetaan lisäksi eri liiketoiminta-alueiden toimintavuotta käsittelevän kuvauksen alla Aasian ja Euroopan välisten reittien spot-hintojen pudonneen vuoden 2011 viimeisellä neljänneksellä ennennäkemättömälle, alle 500 Yhdysvaltain dollarin tasolle, joka on merkittävästi alle useimpien kuljetusliikkeiden toimintakustannusten tason.²¹² Nähdäkseni suuren konsernin erään yksittäisen markkinan hintatason tarkka numeerinen kuvailu on jokseenkin kummallista. Tällaisesta tiedosta ei liene sijoittajalle mitään iloa, jolloin herää lähinnä kysymys, onko tarkoituksena pyrkiä asettamaan mainitulle markkinalle kiintopisteenä toimiva hinta, johon kilpailijoiden olisi toivottavaa omat tulevat hintansa suhteuttaa.

Ajankohdan kannalta on mielenkiintoista, että hieman yli puoli vuotta aikaisemmin komissio oli suorittanut yllätystarkastuksia yhtiöiden toimitiloissa. Lisäksi Maersk-konsernin vuosien 2009 ja 2010 toimintakertomukset eivät vaikuttaisi sisältävän mitään vastaavaa viestintää, vaikka vuonna 2009 todetaan alan tilanteen olleen maailmantalouden yleisen tilan mukaisesti haastava. Vuonna 2010 kerrotaan puolestaan läpiviedyistä kustannussäästötoimista. Lopullisessa sitoumusratkaisussa komissio katsoi potentiaalisesti ongelmallisen menettelyn alkaneen jo vuonna 2009.

Sen sijaan vuoden 2012 raportoinnissa ainakin ensimmäisen ja toisen vuosineljänneksen osalta kerrotaan kannattavuuden parantamiseen tähtäävien toimenpiteiden sujumisesta. Ensimmäisen neljänneksen jälkeen todetaan Maersk Linen ilmoittaneen Aasian ja Euroopan välisillä reiteillä maaliskuussa voimaan tulevasta yleisestä hinnankorotuksesta, joka hyväksyttiin markkinoilla lähes kokonaan. Jatkoa ajatellen esitetään yhtiön tähtäävän kannattavuuden parantamiseksi muun muassa hankitun markkinaosuuden ylläpitä-

²¹¹ A.P. Møller-Maersk A/S: Group Annual Report 2011, s. 13–14. Käännös omani ja kursiivit lisätty tässä. Saatavilla verkko-osoitteessa <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2011>, vierailtu 16.11.2016.

²¹² Ibid., s. 22.

miseen, hintojen palauttamiseen entiselle tasolle sekä kuluvähennysten jatkamiseen.²¹³ Toisen neljänneksen osavuositarkastuksessa vastaavasti todetaan Maersk Linen säilyttäneen markkinaosuutensa vuoden 2011 lopulta ja olleen ensimmäisten joukossa implementoimassa yleisiä hinnankorotuksia, joilla oli jossain määrin negatiivisia vaikutuksia markkinaosuuteen toisen neljänneksen loppua kohden.²¹⁴ Lopuksi vuoden 2012 toimintakertomuksessa esitetään näistä toimituksista yhteenveto, jonka mukaan Maersk Line julkaisi ja ilmoitti merkittäviä hinnankorotuksia useimmille liiketoimintasektoreille kapasiteettimuutosten tukemana.²¹⁵

Vuosien 2011 ja 2012 raportoinnin piirtämä kuva herättää kysymyksiä. Voidaanko katsoa, että sijoittajille suunnattu taloudellinen raportointi mahdollistaa ja tekee hyväksyttäväksi ilmoitukset aikeista kilpailla jatkossa vähemmän ankarasti ja keskittyä lihottamaan kannattavuutta asiakkaiden kustannuksella? Nähdäkseni näin ei ole. Siinä missä esimerkiksi pelkkä toteamus keskittymisestä kannattavuuden parantamiseen tai yleisluonteinen kuvailu aiotuista kustannussäästöistä alhaisen kannattavuuden kehittämiseksi on sekä hyväksyttävää että taloudellisen tehokkuuden kannalta suotavaa, ei voida katsoa, että sijoittajien oikeus saada oikea kuva yrityksen tulevaisuuden näkymistä kattaa sellaiset kilpailijoiden kannalta merkitykselliset strategiset seikat, joiden avulla kilpailijoiden epävarmuus yrityksen lähitulevaisuuden aikomuksista vähenee näin tuntuvasti. Tällainen vetoisuus toimialan kilpailun rauhoittamiseksi – erityisesti yhdistettynä tuoloin laajasti käytössä olleisiin julkisiin hinnankorotusilmoituksiin – on siten nähdäkseni hyvin ongelmallinen menettelytapa, johon puuttuminen olisi perusteltua.

Merkittävimpien kilpailijoiden vastaavan ajankohdan raportointi ei vaikuttaisi sisältävän yhtä selkeää viestintää hinnankorotusstrategiasta alan haastavasta tilanteesta huolimatta. Esimerkiksi Hapag-Lloyd AG viestii tuntuvista hinnankorotuksista edellytyksenä vuoden 2012 positiiviselle tulokselle²¹⁶ ja yhtiön kolmannen neljänneksen osavuositarkastuksessa todetaan johtavien linjaliikenneyhtiöiden ilmoittaneen ja implementoineen hinnankorotuksia vuoden 2012 alusta alkaen²¹⁷. Jälkimmäinen seikka todetaan myös CMA CGM -konsernin vuoden 2012 näkymiä koskevassa ennusteessa, joka on julkaistu noin

²¹³ A.P. Møller-Maersk A/S: Presentation Q1 2012, s. 6. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://investor.maersk.com/financials.cfm?Year=2012>, vierailtu 16.11.2016.

²¹⁴ A.P. Møller-Maersk A/S: Interim Report Q2 2012, s. 14. Saatavilla yllä mainitusta verkko-osoitteesta.

²¹⁵ A.P. Møller-Maersk A/S: Annual Report 2012, s. 11. Saatavilla yllä mainitusta verkko-osoitteesta.

²¹⁶ Hapag-Lloyd AG: Interim Report Q1 2012, s. 21 ja Interim Report H1 2012, s. 23. Saatavilla verkko-osoitteesta <https://www.hapag-lloyd.com/en/ir/publications/financial-report.html>, vierailtu 16.11.2016.

²¹⁷ Hapag-Lloyd AG: Interim Report 9M 2012, s. 10. Saatavilla yllä mainitusta verkko-osoitteesta.

viikko Maerskin vuosikertomuksen jälkeen,²¹⁸ ja myös Hanjin Shipping raportoi kuljetusyhtiöiden onnistuneista ja yhä jatkuvista hinnankorotuksista²¹⁹.

Edellä kuvatut lausumat eivät yksinään suinkaan ole riittäviä kielletyn menettelyn toteuttamiseksi, sikäli kun niissä pääasiassa todetaan hinnankorotusten tapahtuneen katsantokaudella eli menneessä ajassa. Kun viestit kuitenkin asetetaan markkinoiden kontekstiin erityisesti Maersk Linen viestintä ajallisesti ensimmäisenä, tarkasteltava kuva muuttuu. Ottaen huomioon yritysten taipumuksen mainittuna ajankohtana ilmoittaa hinnankorotuksista julkisesti hyvissä ajoin ennakkoon – menettely, joka taloudellisen raportoinnin sijaan nimenomaisesti oli komission tutkinnan kohteena – näyttäytyy yhtiöiden raportointi asetelmana, jossa yksi esittää vetoituksen ja muut vastaavat. Toisaalta moni komission tutkinnan kohteena olleista yrityksistä ei ole lähtenyt tälle linjalle taloudellisessa raportoinnissaan. Ääripään poikkeuksena on syytä nostaa esiin japanilainen NYK-konserni, jonka raportoinnin teemana kyseisinä vuosina vaikuttaisi olevan keskitetty kilpailuun erilaisilla lisäarvopalveluilla²²⁰.

Sijoittajille yhtiön lähitulevaisuuden kannattavuusnäkymät ovat toki äärimmäisen relevantti tieto. Kysymykseksi muodostuu näin ollen se, kuinka tarkkoihin yksityiskohtiin yrityksellä on lupa mennä kuvaillessaan aikomiansa toimenpiteitä kannattavuuden kehittämiseksi. Nähdäkseni hintojen osalta tässä on syytä noudattaa pidättyväisyyttä. Muutenkaan ei ole katsottavissa, että sijoittajalla olisi tarve saada yksityiskohtainen kuva yrityksen suunnitelmista nostaa hintoja juuri esimerkiksi Aasista lähtevillä reiteillä, yleisluonteisempi raportointi suunnitelluista toimenpiteistä voidaan nähdä riittäväksi. Lisäksi lausumaan omaan markkinaosuuteen tyytymisestä ja tämän puolustamisesta on syytä suhtautua erityisen kriittisesti. Kyseessä on herkästi kilpailijoille esitetty vetoitus keskinäisten kilpailutoimien rauhoittamisesta.

Linjaliikenteen markkinoiden historiallisten ja nykyisten ominaispiirteiden osalta on syytä viitata edellä kappaleessa 3.3 esitettyyn. Komission tuoreen tutkinnan valossa näyttäisi siltä, että ainakin kuljetusyritysten taholla on OECD:n raporttiin perehdytty toimintaohjeena alan sääntelyn murroksen hetkillä. Toiminnassa on havaittavissa viitteitä siitä, että vanha sallittu hintayhteistyö on pyritty korvaamaan uusilla käytännöillä,

²¹⁸ CMA CGM Gropin verkkosivut: CMA CGM Group 2011 Financial Results. <https://www.cma-cgm.com/news/47/cma-cgm-group-2011-financial-results?cat=finance>, vierailtu 16.11.2016.

²¹⁹ Hanjin Shipping: 2011 Business Report, s. 5. Saatavilla verkko-osoitteessa http://www.hanjin.com/hanjin/CUP_HOM_1783.do, vierailtu 17.11.2016.

²²⁰ NYK Group Annual Report 2011 ja Annual Report 2012. Saatavilla verkko-osoitteesta <http://www.nyk.com/english/ir/library/nyk/>, vierailtu 17.11.2016.

joiden avulla epätietoisuus kilpailijoiden toimista jää vähäiseksi. Lisäksi pohjalla vaikuttaa perinteinen yhteistyön kulttuuri. Tällaisessa ympäristössä vetoamus markkinaosuuksien jäädyttämisestä on omiaan luomaan yhteisymmärrystä yhteisesti kannattavasta strategiasta. Nämä seikat osaltaan puhuvat sitoumusratkaisua järeämpien puuttumistoimenpiteiden käytöstä.

5.3 Oikeusturvanäkökohdat

Kahden suhteellisen tuoreen ja vähintään markkinaoikeuteen asti edenneen tapauksen jälkeen voidaan todeta, että toimialajärjestöille julkisten hintasuositusten kieltö ei pitäisi tulla enää yllätyksenä. Yritysten julkisen viestinnän osalta näin ei kuitenkaan ole: esimerkiksi julkinen ennustus tulevista hinnankorotuksista tunnustetaan kyllä ongelmalliseksi, mutta tämänhetkisen tapauskäytännön valossa odotettavissa olisi ankarimmillaan sitoumusratkaisu, jossa asianomaiset yritykset lupaavat pidättäytyä vastaavista toimista jatkossa. Yhtenä selityksenä tähän on oletettavasti oikeusturvaseikat seuraamusmaksupäätöksen ulottuvuuden osalta: kun julkisesti esitettyyn ”tarjoukseen” annetaan julkisesti myöntävä ”vastaus” mahdollisesti vielä sijoittajainformaation muotoon puettuna, kielletyn ja sallitun välinen raja on häilyvä.

Julkista signalointia johtavan yrityksen kohdalla tilanne on selkeämpi, mutta tällöin ongelmaksi nousee SEUT 101 artiklan muotoilu: kieltöä ei ole tavattu soveltaa yhden yrityksen harjoittamaan yhdenmukaistetun menettelytavan yritykseen. Kilpailijoiden selkeät vastaukset kuitenkin muuttavat asetelmaa. Oikeusohjeena yritysten suuntaan voidaan siten muotoilla, että pyrkimällä kommunikoidaan kilpailijoiden kanssa tulevista aikeista – yksityisesti tai julkisesti – riskeeraa altistumisen kilpailuvalvojen puuttumiselle.

Julkisen viestinnän erityisen luonteen vuoksi relevantti kysymys kuuluu, kuinka herkästi viaton yritys saattaisi altistaa itsensä kilpailuvalvojan toimenpiteiden kohteeksi. Riittäisikö muutama huolimattomasti muotoiltu ja liian pitkälle omaan tulevaan strategiaan menevä lause johtamaan pahimmillaan jopa liikevaihdon perusteella laskettavaan seuraamusmaksuun? Tässä suhteessa kilpailuvalvojan olisi nähdäkseen suotavaa käyttää pidättyväisyyttä sekä laajaa keinovalikoimaa opastuksesta sitoumuspäätöksiin ennen varsinaisten seuraamusmaksujen määräämistä. Lisäksi on hyvä huomata mahdollisuus yllätystarkastuksiin tällaistenkin rikkomusten yhteydessä. Mikäli yrityksen suunnitel-

mana todella on kommunikoida kilpailijoiden kanssa, hyvin todennäköisesti tästä strategiakeskustelusta jää yrityksen sisällä jonkinlaisia jälkiä.

Lopuksi on todettava, ettei julkisen signaloinnin asetelmassa välttämättä ole tarkoituksenmukaista tarkastella markkinatoimijoita yhtenä kokonaisuutena, kuten komissiolla tuntuu olevan taipumusta – äärimmäisenä esimerkkinä 80-luvun sellutapaus, jossa komissio suhtautui hyvin ylimalkaisesti kunkin yksittäisen yrityksen nimenomaisen rikkomuksen osoittamiseen. Kun kyse on julkisesta viestinnästä missä tahansa muodossa, olisi mielestäni perusteltua lähteä vahvasta syyttömyysolettamasta ja keskittää tarkastelu ennen kaikkea niihin yrityksiin, jotka pyrkivät potentiaalisesti ongelmallisia menettelyjä aktiivisesti luomaan pelkän passiivisen seuraamisen sijaan. Näin ollen, mikäli on havaittavissa voimakkaasti yhdenmukaiseen käyttäytymiseen kannustavaa viestintää, suurimmat moitteet olisi perusteltua kohdistaa näihin yrityksiin ja käyttää niin sanottujen seuraajien kohdalla suurempaa harkintaa.

6. YHTEENVETO

Signalointi ei ole taloustieteellisen tutkimuksen perusteella kestävydeltään ja hintavaikutuksiltaan yhtä tehokas kilpailunrajoitus kuin puhdas kartelli. Siksi, mikäli signalointikäytäntöjä jollain markkinoilla havaitaan, ensimmäisenä toimenpiteenä kilpailuvalvojien on syytä tutkia tarkemmin, onko pinnan alla havaittavissa kilpailijoiden välistä nimenomaista yhteistyötä. Mikäli merkkejä taustalla olevasta kartellista ei löydy, on perusteltua suunnata tarkastelu kyseisten markkinoiden olosuhteisiin ja ominaispiirteisiin. Konttien linjaliikenteen markkinat muodostavat äärimmäisen esimerkin markkinoista, joissa olosuhteet ovat sekä rakenteeltaan että historiallisilta toimintatavoiltaan jo valmiiksi sellaiset, että huolestuminen tulevien hinnankorotusten läpinäkyvyydestä on perusteltua. Tällaisissa erityistapauksissa voimakas puuttuminen pelkkään julkiseen viestintään on perusteltua.

Künnin tavoin on mielestäni perusteltua tarkastella potentiaalisesti ongelmallista viestintää kahden ehdon tuella: kommunikaatiolla on oltava selkeästi kolluusiota edistävä potentiaali ja kommunikaation kieltäminen ei saa johtaa tehokkuustappioihin. Lisäksi markkinoiden on oltava riittävän keskittyneitä, jotta puuttuminen on ylipäänsä mielekästä. Merkittäväksi nousee myös yrityksen motiivin arviointi: miksi jonkin yrityksen on kannattavaa paljastaa tuleva strategiansa kilpailijoilleen. Keskeisenä tekijänä viestin hyväksyttävyydessä on yrityksen peruuttamaton sitoutuminen julkistettuun strategiaan

tai hintatasoon. Muussa tapauksessa kyse ei välttämättä ole asiakkaille suunnatusta viestistä.

Sellutapaus on muodostunut merkittäväksi virstanpylvääksi eurooppalaisessa kilpailuvalvonnassa julkisten hintailmoitusten osalta. Jossain määrin mainittu tapaus saattaa jopa edelleen hillitä puuttumista julkiseen viestintään muun muassa näyttöä koskevien tuomioistuimen muotoilujen vuoksi. Toisaalta tapaus voitaisiin nähdä pikemminkin hatarilla perusteilla ajettuna tutkintana, jossa ulotettiin seuraamusmaksut yrityksiin, joiden konkreettisesta osallistumisesta ei esitetty selvää kuvaa. Kymmenien yritysten tuomitseminen signaloinnista samalla kertaa olisi varmasti edelleenkin haastavaa, suuremmat menestysmahdollisuudet kilpailuvalvojilla olisi tiukoilla 2–5 yrityksen oligopolimarkkinoilla. Lisäksi sellutapauksessa keskeisessä asemassa oli havainto siitä, että julkiset ennakoivat hinnankorotukset lähtivät nimenomaan asiakkaiden tarpeista. Tähän puolustukseen on kuitenkin suhtauduttava varauksella: kuten vitamiinikartelli selkeästi osoittaa, toimittajat ovat saattaneet omaksua käytännön juuri hinnankorotusten pienemmän vastustuksen vuoksi. Merenkulun linjaliikenteen markkinoilla on havaittavissa samoja piirteitä kuin vitamiinikartellia koskevassa tutkimuksessa. Asiakkaiden kannalta, myös asuntolainan ottamista harkitsevan kuluttajan tapauksessa, ennakkoon ilmoitettuja korotuksia parempi olisi tilanne, jossa korotuksia tehdään harvakseltaan ja lähinnä tuottajien kustannusten muutoksia vastaavasti.

Ennustelevia hinnankorotuksia kriittisemmin olisi syytä suhtautua Valassis-tapauksessa nähtyyn suoraan tarjoukseen olla tavoittelematta kilpailijan nykyisiä asiakkaita, tai tätä vastaavaan vetoomukseen Alankomaiden teleoperaattoreiden ja Maersk Linen taholta tyytyä nykyiseen markkinaosuuteen. Tällainen viesti saatetaan pukea sijoittajainformaation muotoon, mutta minkäänlaista haittaa ei sijoittajille nähdäkseni koidu, mikäli tämä toiminta kielletään. Viestin todellisena vastaanottajana ovat joka tapauksessa tällöin jokseenkin selvästi sijoittajien sijaan lähimmät kilpailijat. Tällöin olisi syytä harkita sitoumuspäätöstä järeämpiä toimia: vetoomuksen aiheuttama vahinko on jo ehtinyt tapahtua, eikä sitä sitoumuksilla häivytetä.

SEUT 101 artikla soveltuu laajasti ymmärretyyn yhdenmukaistetun menettelytavan käsitteen kautta yritysten väliseen kommunikointiin jokseenkin kivuttomasti. Aikoinaan sokerikartellin yhteydessä lausutuin tavoin kielletyksi yhteistoiminnaksi riittää mikä tahansa suora tai epäsuora toimijoiden välinen yhteydenpito, jonka tarkoituksena tai seurauksena on joko vaikuttaa kilpailijan markkinakäyttäytymiseen tai julkistaa kilpailijalle

omaa toimintaa koskevat päätökset ja aikomukset. Näin päädytään julkisen viestinnän osalta arvioimaan viestin todellista vastaanottajakuntaa. Näennäisesti asiakkaille tai sijoittajille osoitettu viesti voi tarkemmin arvioituna olla hyödyllinen lähinnä kilpailijoille, jolloin kyse on kilpailijoiden välisestä kommunikaatiosta. Kaikki kommunikaatio ei silti suinkaan merkitse suoraan kiellettyä menettelyä.

Julkisen viestinnän kohdalla ongelmaksi muodostuu lähinnä päätöksen ulottaminen passiivisiin seuraajiin. Kun kartelleissa ja yksityisessä viestinnässä ylipäänsä riittää pelkkä osallistuminen, julkisessa viestinnässä näin ei voi olla. Kieltopäätös on kyettävä kohdistamaan johonkin toimintaan, joka on ylipäänsä järkevää kieltää, ja kilpailijoiden hinnankorotusten tarkkailu ja niihin vastaaminen ei tällaista toimintaa ole. Toisaalta menneissä tapauksissa niillä markkinoilla, joilla signaalointi on nähtävissä kaikkein ongelmallisimpana, useimmiten seuraajien antama vastaus esitettyyn tarjoukseen on ollut käytöksen osalta kohtuullisen ilmeinen. Kysymys puuttumisesta pelkkään yksittäiseen hinnankorotusehdotukseen onkin enemmän akateeminen – toisaalta EU:n kilpailuvallan keinovalikoimasta ei välttämättä löydy optimaalista työkalua puuttua tällaiseen yhdenmukaistetun menettelytavan yritykseen.