

MÄÄRÄHINNOITTELU JA SEUT 101 ARTIKLA:
TALOUDELLISET VAIKUTUKSET MENETTELYN
TARKOITUKSEN MUKAISEMMAN ARVIOINNIN PERUSTANA

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Maisteritutkielma
Saara Mäkelä
Eurooppalainen talousoikeus
Syksy 2021

Lapin yliopisto

Tiedekunta: Oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Määrä hinnoittelu ja SEUT 101 artikla: taloudelliset vaikutukset menettelyn tarkoituksen mukaisemman arvioinnin perustana

Tekijä: Saara Mäkelä

Oppiaine: Eurooppalainen talousoikeus

Työn laji: Maisteritutkielma

Sivumäärä: xix+72 sivua

Vuosi: 2021

Tiivistelmä:

Euroopan unionin kilpailusääntöjen avulla pyritään turvaamaan häiriötön kilpailu sisämarkkinoilla. Toimivilla markkinoilla hyödykkeet siirtyvät esteettä jäsenvaltiosta toiseen. SEUT 101 artiklassa kielletään kilpailua rajoittavina sellaiset yritysten väliset sopimukset ja muut menettelyt, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun rajoittaminen. Tällaiset toimet ovat 101 artiklan 2 kohdan mukaan mitättömiä. SEUT 101 artiklan 3 kohta mahdollistaa kuitenkin yksittäispoikkeuksen 1 kohdan mukaisesta kiellosta, kun kaikki lainkohdassa asetetut poikkeamisedellytykset täyttyvät. Kilpailuviranomaisten huomio on perinteisesti kiinnittynyt erityisesti horisontaalisiin, keskenään kilpailevien toimijoiden välisiin, kilpailunrajoituksiin. Viime aikoina erityisesti Euroopan komission mielenkiinto on kuitenkin herännyt myös vertikaalisia, eri tuotanto- tai jakeluportaita toimivien yritysten välisissä suhteissa ilmeneviä, kilpailunrajoituksia kohtaan.

Määrä hinnoittelulla tarkoitetaan vertikaalista menettelyä, jolla yläportaan toimija edellyttää alemman portaan yritykseltä tietyn hyödykkeen myymistä määrättyyn kiinteään hintaan, tai vaatii, että tuotteen myyntihinta ei saa alittaa asetettua vähittäismyyntihintaa. Vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus vapauttaa tietyt vertikaalisopimusten ryhmät SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisten poikkeusedellytysten yksilökohtaisen arvioinnin tarpeesta. Ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan vakavimpiin kilpailunrajoituksiin lukeutuvat menettelyt, määrä hinnoittelu muiden ohella, jäävät kuitenkin ryhmäpoikkeuksen ulkopuolelle. Määrä hinnoittelu on kiellettyä sitä käyttävän toimijan markkinaosuudesta riippumatta.

Menettelyn arviointia on vakiintuneesti pidetty tarpeettoman torjuvana, ja eurooppalaista lähestymistapaa on verrattu jopa Yhdysvaltain absoluuttiseen *per se* -laittomuuteen. Komissio

on pitkään pyrkinyt määrähinnoittelun kokonaisvaltaisempaan, taloudelliset vaikutukset huomioivaan arviointiin. Nykykäytäntö näyttäytyy kuitenkin edelleen hyvin joustamattomana. Aihe on jälleen erityisen ajankohtainen nyt, kun nykyisen ryhmäpoikkeusasetuksen voimassaolo on päättymässä, ja uuden, vuonna 2022 voimaantulevan asetuksen valmistelu on käynnissä. Tutkielmassa tarkastellaan lainopillista tutkimusmetodia hyödyntäen niitä mahdollisia muutostarpeita, joita määrähinnoittelun nykyiseen sääntely- ja tulkintakäytäntöön liittyy, kiinnittäen huomiota erityisesti menettelyn tosiasiallisiin taloudellisiin vaikutuksiin. Edelleen tutkielmassa hahmotellaan niitä keinoja, joilla määrähinnoittelun joustavampaa lähestymistapaa käytännössä voitaisiin toteuttaa.

Avainsanat: kilpailuoikeus, SEUT 101 artikla, vertikaaliset kilpailunrajoitukset, määrähinnoittelu, vertikaalinen ryhmäpoikkeusasetus

x Tutkielma ei sisällä muita kuin tekijän/tekijöiden omia henkilötietoja

SISÄLLYS

LÄHTEET	vi
LYHENTEET	xix
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen tausta	1
1.2 Tutkimuskysymys ja tutkimuksen tavoite	4
1.3 Tutkimusmetodi ja tutkimusaineisto	5
1.4 Tutkielman rakenne	6
2 MÄÄRÄHINNOITTELUN OIKEUDELLINEN VIITEKEHYS	8
2.1 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artikla	8
2.1.1 Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavat sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelyt....	9
2.1.2 Vaikutuksiltaan kilpailua rajoittavat sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelyt....	11
2.1.3 Kilpailunrajoituksen tuntuuuden vaatimus ja de minimis -tiedonanto	12
2.2 Vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus	13
2.3 Määrä hinnoittelu tarkoitukseltaan kilpailua vakavasti rajoittavana menettelynä.....	14
3 MÄÄRÄHINNOITTELUN ARVIOINTI NYKYISESSÄ EUROOPPALAISISSA OIKEUS- JA RATKAISUKÄYTÄNNÖSSÄ	18
3.1 Vertailukohtana Yhdysvallat – määrä hinnoittelua koskevan oikeuskäytännön kehitys	18
3.2 Euroopan komission määrä hinnoittelua koskeva päätöskäytäntö	22
3.2.1 Hennessy-Henkell	23
3.2.2 Nathan-Bricolux	23
3.2.3 JCB	24
3.2.4 Volkswagen	25
3.2.5 Yamaha	26
3.2.6 Asus, Denon & Marantz, Philips ja Pioneer	28
3.2.7 Guess	29
3.3 Määrä hinnoittelu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä	30
3.4 Havaintoja Euroopan unionin käytännössä lausutuista seikoista	31
4 MÄÄRÄHINNOITTELUUN LIITETYT VAIKUTUKSET KÄYTÄNNÖSSÄ – KRIITTINEN KESKUSTELU JA JULKAISTU EMPIIRINEN TUTKIMUS	35
4.1 Jälleenmyyntihinnan määrittämisen kilpailua rajoittavat vaikutukset	35
4.1.1 Hintojen nousu jälleenmyyntihinnan määrittämisen välittömänä vaikutuksena	36
4.1.2 Määrä hinnoittelu helpottaa kolluusiota ja heikentää tuotemerkkien sisäistä kilpailua eri tuotanto- ja jakeluportilla	39

4.1.2.1	<i>Valmistajaportaan kolluusio – saksalainen kahvikartelli haittateorian tukena ...</i>	40
4.1.2.2.	<i>Gallandin laki alemman portaan kolluusion tehostajana – interlocking relationships</i>	42
4.1.3	<i>Valmistajan sitoutumisongelman tilanne</i>	45
4.1.4	<i>Valmistajien pääsy markkinoille vaikeutuu tai estyy kokonaan</i>	46
4.2	Määrä hinnoittelun kilpailua tehostavat vaikutukset	49
4.2.1	<i>Uusien hyödykkeiden myynnin edistäminen</i>	49
4.2.2	<i>Määrä hinnoittelu ratkaisuna vapaamatkustajaongelmaan.....</i>	52
4.2.3	<i>Verkkokaupan kasvun erityiset vaikutukset: määrä hinnoittelu keinona suojata valmistajan jakeluverkostoa</i>	55
5	UNIONIN TUOMIOISTUIMEN UUEMPI OIKEUSKÄYTÄNTÖ VAIKUTUSPERUSTEISEMMAN LÄHESTYMISTAVAN TUKENA.....	57
5.1	Vaikutuksiin liittyvä epävarmuus tarkoituksenmukaisen lähestymisen määrittäjänä	57
5.1.1	<i>Allianz Hungária</i>	60
5.1.2	<i>Groupement des cartes bancaires</i>	62
5.1.3	<i>Generics (UK)</i>	65
5.1.4	<i>Budapest Bank.....</i>	66
5.2	Yhteenvedo uuden oikeuskäytännön merkityksestä määrä hinnoittelun arvioinnille	68
6	LOPUKSI	70

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

Bennett, Matthew – Fletcher, Amelia – Giovannetti, Emanuele – Stallibrass, David: Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33 Issue 4, s. 1278–1299. 2011. (*Bennett ym.* 2011)

Biscourp, Pierre – Boutin, Xavier – Vergé, Thibaud: The Effects of Retail Regulations on Prices: Evidence from the Loi Galland. *The Economic Journal*, 123 (573), s. 1279-1312. 2013. (*Biscourp – Boutin – Vergé* 2013)

Blair, Roger D. – Wang, Wenche: Resale Price Maintenance: An Economic Analysis of its Anticompetitive Potential. Springer Science+Business Media New York, 2016, s. 153–168. (*Blair – Wang* 2016)

Botteman, Yves – Kuilwijk, Kees Jan: (Minimum) Resale Price Maintenance Under the New Guidelines: A Critique and A Suggestion, *Antitrust Chronicle, Competition Policy International*, vol 6. 2010. (*Botteman – Kuilwijk* 2010)

Bowman, Ward S.: The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance, *University of Chicago Law Review*, Vol. 22, Issue 4, Article 3, s. 825–873. 1955. (*Bowman* 1955)

Briceño Moraia, Linda: Resale Price Maintenance and Free Riding. New insights in the U.S.A Compared to the European Approach. *Giurisprudenza Commerciale*, Milan, Giuffrè, Vol. 37. No. 1,172, 2010. 2009. (*Briceño Moraia* 2009)

Buttigieg, Eugène: Lingering Uncertainty over the Antitrust Approach to Resale Price Maintenance, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, Issue 5, s. 397–404. 2010. (*Buttigieg* 2010)

Comanor, William S.: Vertical Price-fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, *Harvard Law Review*, Vol. 98, No. 5, s. 983–1002. 1985. (*Comanor* 1985)

Deneckere, Raymond – Marvel, Howard P. – Peck, James: Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 111, No. 3, s. 885–913. 1996 (Deneckere – Marvel – Peck 1996)

Doty, Ashley: Leegin v. PSKS: New Standard, New Challenges, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 23, No. 1, s. 655–684. 2008. (Doty 2008)

Dufwenberg, Martin – Gneezy, Uri – Goeree, Jacob K. – Nagel, Rosemarie: Price floors and competition, Economic Theory 33, s. 211–224. 2007. (Dufwenberg ym. 2007)

*Gippini-Fournier, Eric: Resale Price Maintenance in the EU: *in statu quo ante bellum?* International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. 2009. (Gippini-Fournier 2009)*

Giovannetti, Emanuele – Stallibrass, David: Three Cases in Search of a Theory: Resale Price Maintenance in the UK, European Competition Journal, 5:3, s. 641–654. 2009. (Giovannetti – Stallibrass 2009)

Graham, Cosmo: Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária, European Law Review, s. 542–551. 2013. (Graham 2013)

Gundlach, Gregory T. – Cannon, Joseph P. – Manning Kenneth C.: Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice, The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2/2010, s. 381–422. (Gundlach – Cannon – Manning 2010)

Harper, Peter: Groupement des Cartes Bancaires Judgment – Rolling Back on the Expansion of by Object Infringements, Competition Law Journal 13, no. 4, s. 321–328. 2014. (Harper 2014)

Hart, Oliver – Tirole, Jean: Vertical Integration and Market Foreclosure, Brookings Papers on Economic Activity, Vol. 1, Issue 1990 Microeconomics, s. 205–286. 1990. (Hart–Tirole 1990)

Haziroglu, Elif Cemre – Gökatalay, Semih: Minimum resale price maintenance in EU in the aftermath of the US Leegin decision, European Journal of Law and Economics, 42(1), 2016, s. 45–71. 2015. (Haziroglu – Gökatalay 2015)

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsinki 2011. (*Hirvonen* 2011)

Holler, Emanuel – Rickert, Dennis: Upstream Collusion and Resale Price Maintenance: An Anatomy of the German Coffee Cartel. 2019. (*Holler – Rickert* 2019)

Hovenkamp, Herbert: Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice. West Group. 2011. (*Hovenkamp* 2011)

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Helsinki 2008. (*Husa – Mutanen – Pohjolainen* 2008)

Jedlicková, Barbora: Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA 2016. (*Jedlicková* 2016)

Ioannidou, Maria – Nowag, Julian: Can two wrongs make a right? Reconsidering minimum resale price maintenance in the light of Allianz Hungária, *European Competition Journal* 11 (2), s. 1–27. 2015. (*Ioannidou – Nowag* 2015)

Jones, Alison: Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101 (1), *European Competition Journal*, 6:3, s. 649–676. 2010. (*Jones* 2010)

Jones, Alison – Kovacic, William E: Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. TLI Think! Paper 57/2017. (*Jones – Kovacic* 2017)

Jones, Alison – Sufrin, Brenda – Dunne, Niamh: Jones & Sufrin's Eu Competition Law: Text, Cases, And Materials. Oxford 2019. (*Jones – Sufrin – Dunne* 2019)

Jullien, Bruno – Rey, Patrick: Resale price maintenance and collusion, *The RAND Journal of Economics* Vol. 38, No. 4, s. 983–1001. 2007. (*Jullien – Rey* 2007)

King, Saskia: The Object Box: Law, Policy or Myth? *European Competition Journal* 7:2, s. 269–296. 2011. (*King* 2011)

Klein, Benjamin: Resale Price Maintenance of Online Retailing. Teoksessa *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Vol 2. Toimittanut *Blair, Roger D. – Sokol, Daniel D.* s. 277–304. 2014. (*Klein* 2014)

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. Helsinki 2018. (*Kuoppamäki* 2018)

Lambert, Thomas A.: Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, *William & Mary Law Review*, Vol. 50, Issue 6, s. 1937–2005. 2009. (*Lambert* 2009)

Lao, Marina: Leegin and Resale Price Maintenance – A Model for Emulation or for Caution for the World? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 39, No. 3/2008, s. 253–380. 2008. (*Lao* 2008)

Marvel, Howard P. – McCafferty, Stephen: Resale Price Maintenance and Quality Certification, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 15, No. 3, s. 346–359. 1984. (*Marvel – McCafferty* 1984)

Mathewson, Frank – Winter, Ralph: The Law and Economics of Resale Price Maintenance, *Review of Industrial Organization* 13: s. 57–84. 1998. (*Mathewson – Winter* 1998)

Motta, Massimo – Rey, Patrick – Verboven, Frank – Vettas, Nikos: Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view, Vertical Restraints subgroup in Opinions of the Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), European Commission, s. 1–6. 2009. (*Motta ym.* 2009)

O'Brien, Daniel P. – Shaffer, Greg: Vertical Control with Bilateral Contracts, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 23, No. 3, s. 299–308. 1992. (*O'Brien – Shaffer* 1992)

Overvest, Bastiaan M.: A note on collusion and resale price maintenance, *European Journal of Law and Economics* 30 (1), s. 1–5. 2010. (*Overvest* 2010)

Paldor, Ittai: Rethinking RPM: Did the Courts Have It Right All Along? s. 1–314. 2007. (*Paldor* 2007)

Peeperkorn, Luc: Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies, *European Competition Journal*, 4:1, s. 201–212. 2008. (*Peeperkorn 2008*)

Pitofsky, Robert: Why Dr. Miles Was Right, *Regulation* 8, s. 27–30. 1984. (*Pitofsky 1984*)

Raitio, Juha: Euroopan unionin oikeus. Helsinki 2016. (*Raitio 2016*)

Reindl, Andreas P.: Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, Issue 4. 2011. (*Reindl 2011*)

Rey, Patrick – Vergé Thibaud: Bilateral control with vertical contracts, *The RAND Journal of Economics*, Vol 35. No. 4, s. 728–746. 2004. (*Rey – Vergé 2004*)

Rey, Patrick – Vergé Thibaud: Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 58, Issue 4, s. 928–961. 2010. (*Rey – Vergé 2010*)

Shaffer, Greg: Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 22, Issue 1, s. 120–135. 1991. (*Shaffer 1991*)

Simon, Stephan: Vertical Restraints: New BER and Guidelines Adopted, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1, No. 4. (*Simon 2010*)

Telser, Lester G.: Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3/1960, s. 86–105. 1960. (*Telser 1960*)

van Baal, Sebastian – Dach, Christian: Free riding and customer retention across retailers' channels, *Journal of Interactive Marketing*, Vol. 19, Issue 2, s. 75–85. 2005. (*van Baal – Dach 2005*)

Van Cleynenbreugel, Pieter: Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting legal form to the realities of modernization? *Common Market Law Review* 51, s. 1381–1436. 2014. (*Van Cleynenbreugel 2014*)

van Doorn, Frederik: Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The Need for A Standardised Approach, Social Science Research Network, s. 1–28. 2009. (van Doorn 2009)

Virallislähteet

Neuvoston asetus N:o 19/65/ETY, annettu 2 päivänä maaliskuuta 1965, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin, EYVL 36, 6.3.1965, s. 533–535.

Vihreä kirja Euroopan yhteisön kilpailupolitiikan vertikaalisista rajoituksista, 1997. (*Vihreä kirja 1997*)

Komission asetus (EY) N:o 2790/1999, annettu 22 päivänä joulukuuta 1999, EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL L 336, 29.12.1999, s. 21–25.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EYVL C 291, 13.10.2000, s. 1–44.

Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EUVL C 101, 27.4.2004, s. 97–118. (*Suuntaviivat SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta*)

Komission asetus (EU) N:o 330/2010, annettu 20 päivänä huhtikuuta 2010, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EUVL L 102, 23.4.2010, s. 1–7.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti), EUVL C 130, 19.5.2010, s. 1–46.

Sopimus Euroopan unionin toiminnasta. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto. EUVL, N:o C 326, 26.10.2012, s. 47–390. (*SEUT*)

Komission tiedonanto – Tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (de minimis -tiedonanto), EUVL C 291, 30.8.2014, s. 1–4.

Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Brussels 10.5.2017.

Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD (2020) 173 final, Brussels 8.9.2020.

Oikeuskäytäntö

Unionin yleinen tuomioistuin (vuoteen 2009 asti Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin)

Asia T-17/93 Matra Hachette SA v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 15.7.1994, ECLI:EU:T:1994:89. (*Matra Hachette*)

Asia T-142/89 Boël SA v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 6.4.1995, ECLI:EU:T:195:63. (*Boël*)

Yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94 European Night Services Ltd v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 15.9.1998, ECLI:EU:T:1998:198. (*European Night Services*)

Asia T-62/98 Volkswagen AG v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 6.7.2000, ECLI:EU:T:2000:180. (*Volkswagen v komissio I*)

Asia T-208/01 Volkswagen v komissio, tuomio 3.12.2003, ECLI:EU:T:2003:326. (*Volkswagen v komissio II*)

Asia T-67/01 JCB Service v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 13.1.2004, ECLI:EU:T:2004:3. (*JCB Service*)

Euroopan unionin tuomioistuin (vuoteen 2009 asti Euroopan yhteisöjen tuomioistuin)

Asia C-56/65 – Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm, tuomio 30.6.1966, ECLI:EU:C:1966:38. (*Société Technique Minière*)

Asia C-56/64 Établissements Consten SARL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v Euroopan talousyhteisön komissio, tuomio 13.7.1966, ECLI:EU:C:1966:41. (*Consten ja Grundig*)

Asia 26-27 Metro SB Großmärkte GmbH & Co. KG v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 25.10.1977, ECLI:EU:C:1977:167. (*Metro*)

Asia C-19/77 Miller International Schallplatten GmbH v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 1.2.1978, ECLI:EU:C:1978:19. (*Miller*)

Asia C-243/83 SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse, tuomio 3.7.1985, ECLI:EU:C:1985:284. (*SA Binon*)

Asia C-161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, tuomio 28.1.1986, ECLI:EU:C:1986:41. (*Pronuptia*)

Asia C-45/85 Verband der Sachversicherer e.V. v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 27.1.1987, ECLI:EU:C:1987:34. (*Verband der Sachversicherer*)

Asia C-234/89 Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG, tuomio 28.2.1991, ECLI:EU:C:1991:91. (*Delimitis*)

Asia C-306/96 Javico International ja Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP), tuomio 28.4.1998, ECLI:EU:C:1998:173. (*Javico*)

Asia C-551/03 P General Motors BV v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 6.4.2006, ECLI:EU:C:2006:229. (*General Motors*)

Asia C-74/04 P Euroopan yhteisöjen komissio v Volkswagen AG, tuomio 13.7.2006, ECLI:EU:C:2006:460. (*komissio v Volkswagen*)

Asia C-167/04 P JCB Service v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 21.9.2006, ECLI:EU:C:2006:594. (*JCB Service v komissio*)

Asia C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, tuomio 4.6.2009, ECLI:EU:C:2009:343. (*T-Mobile Netherlands*)

Asia C-501/06 GlaxoSmithKline Services Unlimited, aiemmin Glaxo Wellcome plc v Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 6.10.2009, ECLI:EU:C:2009:610. (*GlaxoSmithKline*)

Yhdistetyt asiat C-403/08 ja C-429/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA ja Multichoice Hellas SA v QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton ja Derek Owen sekä Karen Murphy v Media Protection Services Ltd, tuomio 4.10.2011, ECLI:EU:C:2011:631. (*Murphy*)

Asia C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence ym., tuomio 13.12.2012, ECLI:EU:C:2012:795. (*Expedia*)

Asia C-32/11 Allianz Hungária Biztosító Zrt., Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft ja Paragon-Alkusz Zrt. v Gazdasági Versenyhivatal, tuomio 14.3.2013, ECLI:EU:C:2013:160. (*Allianz Hungária*)

Asia C-382/12 P MasterCard Inc., MasterCard International Inc., MasterCard Europe SPRL v Euroopan komissio, tuomio 11.9.2014, ECLI:EU:C:2014:2201. (*MasterCard*)

Asia C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v Euroopan komissio, tuomio 11.9.2014, ECLI:EU:C:2014:2204. (*Groupement des cartes bancaires*)

Asia C-345/12 SIA “Maxima Latvija” v Konkurences padome, tuomio 26.11.2015, ECLI:EU:C:2015:784. (*Maxima Latvija*)

Asia C-307/18 Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma LLC, Actavis UK Ltd ja Merck KgaA v Competition and Markets Authority, tuomio 30.1.2020, ECLI:EU:C:2020:52. (*Generics (UK)*)

Asia C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt., ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe, OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., ERSTE Bank Hungary Zrt., Visa Europe Ltd ja MasterCard Europe SA, tuomio 2.4.2020, ECLI:EU:C:2020:265. (*Budapest Bank*)

Julkisiasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisiasiamies Pedro Cruz Villalónin ratkaisuehdotus 25.10.2012 asiassa C-32/11 Allianz Hungária ym. v Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2012:663.

Julkisiasiamies Nils Wahlin ratkaisuehdotus 27.3.2014 asiassa C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v Euroopan komissio, ECLI:EU:C:2014:1958.

Julkisiasiamies Michal Bobekin ratkaisuehdotus 5.9.2019 asiassa C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt ym., ECLI:EU:C:2019:678.

Julkisiasiamies Juliane Kokottin ratkaisuehdotus 22.1.2020 asiassa C-307/18 Generics (UK) Ltd ym. v Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:28.

Komission päätökset

Asia COMP IV/26.912 – Hennessy-Henkell, komission päätös 11.12.1980, EYVL L 383, 31.12.1980, s. 11–18. (*Hennessy-Henkell*)

Asia COMP.F.1.36.516 – Nathan-Bricolux, komission päätös 5.7.2000, EYVL L 54, 23.2.2001, s. 1–18. (*Nathan-Bricolux*)

Asia COMP.F.1/35.918 – JCB, komission päätös 21.12.2000, EYVL L 69/1, 12.3.2002, s. 1–49. (*JCB*)

Asia COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, komission päätös 29.6.2001, EYVL L 262, 2.10.2001, s. 14–37. (*Volkswagen*)

Asia IV/C-3/37.709 B&W Loudspeakers Ltd, komission päätös 24.6.2002.

Asia COMP/37.975 PO/Yamaha, komission päätös 16.7.2003. (*Yamaha*)

Asia AT.40465 – Asus, komission päätös 24.7.2018, C/2018/4773. (*Asus*)

Asia AT.40469 – Denon & Marantz, komission päätös 24.7.2018, C/2018/4774. (*Denon & Marantz*)

Asia AT.40181 – Philips, komission päätös 24.7.2018, C/2018/4797. (*Philips*)

Asia AT.40182 – Pioneer, komission päätös 24.7.2018, C/2018/4790. (*Pioneer*)

Asia AT.40428 – Guess, komission päätös 17.12.2018, C/2018/8455. (*Guess*)

Saksa

Asia V-4 Kart 5/11 (OWi), Düsseldorfin ylioikeuden tuomio 10.2.2014.

Asia B 10–041/14 – *Ritter*, tiivistelmä Saksan liittovaltion kartelliviranomaisen päätöksestä, 18.6.2015.

Asia B 10–040/14 – *Haribo*, tiivistelmä Saksan liittovaltion kartelliviranomaisen päätöksestä, 14.12.2016.

Asia B10-20/15 – *Anheuser Busch*, tiivistelmä Saksan liittovaltion kartelliviranomaisen päätöksestä, 14.12.2016.

Asia 18 O 91/15, Hannoverin alioikeuden tuomio 25.8.2015.

Asia 13 U 124/15 [Kart], Cellen ylioikeuden tuomio 07.4.2016.

Asia KZR 59/16, liittovaltion korkeimman oikeuden tuomio 17.10.2017.

Yhdysvaltain korkein oikeus

Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911). (*Dr. Miles*)

United States v Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919). (*Colgate*)

Northern Pacific Railway Co. v United States, 356 U.S. 1 (1958). (*Northern Pacific Railway*)

State Oil v Khan, 522 U.S. 3 (1997).

Leegin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc. 551 U.S. 877 (2007). (*Leegin*)

Verkkolähteet

Bundeskartellamt: Guidance note on the prohibition of vertical price fixing in the brick-and-mortar food retail sector, 2017. Saatavilla verkossa:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/Guidance_note_prohibition_vertical_price_fixing_LEH.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (viitattu 21.7.2021)

Euroopan komissio: Alexander Italianer: Competitor Agreements under EU Competition Law, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. 2013. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf (viitattu 30.7.2021). (*Italianer* 2013)

Euroopan komissio: Support Studies for the Evaluation of the VBER – Support Study and Study on Consumer Purchasing Behaviour in Europe, Final Report. 2020. Saatavilla verkossa: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0420219enn.pdf> (viitattu 31.7.2021). (*Evaluation Support Study* 2020)

Euroopan komissio: Vertikaalisten suuntaviivojen tarkistaminen – alustava vaikutustenarviointi, 23.10.2020. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12751-EUn-kilpailusaannot-vertikaalisten-suuntaviivojen-tarkistaminen_fi (viitattu 15.6.2021).

Euroopan komissio: Vertikaalisten suuntaviivojen tarkistaminen – alustava vaikutustenarviointi – sidosryhmien palautteet: *Association Française d’Etude de la Concurrence*, 20.11.2020. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-EUn-kilpailusaannot-vertikaalisen-ryhmapoikkeusasetuksen-tarkistaminen/F1283173_fi (viitattu 15.6.2021).

Euroopan komissio: Vertikaalisten suuntaviivojen tarkistaminen – alustava vaikutustenarviointi – sidosryhmien palautteet: *EuroCommerce*, 20.11.2020. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12751-EUn-kilpailusaannot-vertikaalisten-suuntaviivojen-tarkistaminen/F1291491_fi (viitattu 15.6.2021).

Euroopan komissio: Vertikaalisten suuntaviivojen tarkistaminen – alustava vaikutustenarviointi – sidosryhmien palautteet: *Linklaters*, 20.11.2020. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12751-EUn-kilpailusaannot-vertikaalisten-suuntaviivojen-tarkistaminen/F1283167_fi (viitattu 15.6.2021).

Euroopan komissio: Vertikaalisten suuntaviivojen tarkistaminen – alustava vaikutustenarviointi – sidosryhmien palautteet: *Cornerstone Research*, 20.11.2020. Saatavilla verkossa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-EUn-kilpailusaannot-vertikaalisen-ryhmapoikkeusasetuksen-tarkistaminen/F1283143_fi (viitattu 15.6.2021).

OECD: Policy Roundtables: Resale Price Maintenance 2008, 10.9.2009. Saatavilla verkossa: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf> (viitattu 16.6.2021). (*Roundtable on Resale Price Maintenance 2008*)

OECD: Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements, 25.11.2019. Saatavilla verkossa: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf) (viitattu 19.7.2021). (*Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements 2019*)

Office of Fair Trading: An Evaluation of the Impact upon Productivity of Ending Resale Price Maintenance on Books, 2008. Saatavilla verkossa: https://publications.aston.ac.uk/id/eprint/18472/1/Evaluation_of_the_impact_upon_productivity_of_ending_resale_price_maintenance_on_books.pdf (viitattu 22.7.2021).

LYHENTEET

ETA	Euroopan talousalue
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
EUYT	Unionin yleinen tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö, Euroopan yhteisöt
OECD	Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen tausta

Euroopan unionin kilpailupolitiikan yleisenä tavoitteena on luoda markkinoilla toimiville yrityksille sellainen toimintaympäristö, jossa nämä kaupalliset toimijat voivat kilpailla keskenään toimivilla ja terveillä markkinoilla. Pelkkä teoreettinen ja oikeudellinen mahdollisuus kilpailuun ei kuitenkaan riitä, vaan on huolehdittava siitä, että yritykset myös tosiasiallisesti kykenevät tehokkaasti kilpailemaan toistensa kanssa.¹ Sanottua päämäärää toteutetaan suojaamalla toimivaa kilpailua unionin kilpailusääntöjen avulla. Sääntelyn avulla pyritään edistämään integraatiota ja luomaan niin sanottu yhtenäinen sisämarkkina, jolla hyödykkeet siirtyvät esteettä jäsenvaltiosta toiseen ja kilpailu yhteismarkkinoilla on vääristymätöntä ja rajoittamatonta. Häiriöttömän, toimivan kilpailun on tarkoitus niin ikään koitua lopulta kuluttajien eduksi.²

Edellä kuvattuja tavoitteita vasten on ymmärrettävää, että Euroopan unionissa suhtaudutaan torjuvasti kaikkiin sellaisiin toimiin, jotka ovat omiaan haittaamaan toimivaa kilpailua ja siten estämään edellä esitettyjen kilpailupoliittisten päämäärien saavuttamisen. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 101 artiklan 1 kohdassa kielletään sellaiset yritysten väliset sopimukset ja muut menettelyt, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristyminen. Tällaiset toimet ovat 101 artiklan 2 kohdan nojalla mitättömiä. SEUT 101 artiklan 3 kohta mahdollistaa kuitenkin poikkeamisen 1 kohdan kiellosta, mikäli sanotut menettelyt muun muassa osaltaan tehostavat tuotantoa ja täyttävät muut lainkohdassa poikkeamiselle säädetyt edellytykset.

Tällaiset tehokasta kilpailua haittaavat toimet jaetaan yleisesti horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin ja vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin, joista ensin mainitut ilmenevät samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten välillä, ja jälkimmäiset taas eri tuotanto- tai jakeluportaalla operoivien toimijoiden välisissä suhteissa.³ Euroopan unionissa kilpailuviranomaisten pääasiallinen huomio on perinteisesti kiinnittynyt horisontaalitasolla ilmeneviin kilpailua rajoittaviin menettelyihin, sillä niiden on vakiintuneesti katsottu aiheuttavan enemmän häiriötä

¹ *Kuoppamäki* 2018, s. 42.

² *Kuoppamäki* 2018, s. 43–44.

³ Horisontaaliset rajoitukset ilmenevät esimerkiksi keskenään kilpailevien valmistajien välillä, ks. horisontaalisista rajoituksista esimerkiksi *Kuoppamäki* 2018, s. 161–213. Vertikaalitason rajoitukset taas ovat rajoituksia, joita esimerkiksi valmistaja kohdistaa alemman portaalla toimijoihin, kuten tuotteiden tai palvelujen jakelijoihin, vähittäiskauppiaisiin tai muihin jälleenmyyjiin.

kilpailulle, edellyttäen siten voimakkaampaa puuttumista.⁴ Viime aikoina erityisesti Euroopan komission mielenkiinto on kuitenkin herännyt myös vertikaalisia kilpailunrajoituksia ja niiden mahdollisia kilpailuvaikutuksia kohtaan.⁵ Määrä hinnoittelu eli jälleenmyyntihinnan määrääminen on yksi vertikaalisten kilpailunrajoitusten ryhmään kuuluvista menettelyistä. Kyse on käytännöstä, jolla hyödykkeen valmistaja tai toimittaja ja siihen vertikaalisuhteessa olevat toimijat, esimerkiksi jakelijat ja vähittäiskauppiat, sopivat, että tavaraa tai palvelua saa myydä ainoastaan tiettyyn kiinteään hintaan, tai että tuotteen myyntihinta ei saa alittaa määrättyä vähittäismyyntihintaa.⁶

Useimmista vertikaalisista kilpailunrajoituksista poiketen määrä hinnoittelua pidetään menettelynä vakiintuneesti niin vahingollisena, että siihen kohdistuu voimakas lähtökohtainen laitotomusolettama. Sen oletetaan lähestulkoon automaattisesti olevan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisesti kilpailua rajoittavaa ja siten laitonta, sillä sitä pidetään sellaisenaan – luonteensa perusteella – kilpailua rajoittavana. Tietyt SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvat vertikaalisten sopimusten ja menettelyjen ryhmät kuuluvat kuitenkin vertikaalisia sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisalaan: niihin katsotaan liittyvän sellaisia tehokkuusetuja, ettei SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltumista ole tarpeen arvioida jokaisen sopimuksen kohdalla erikseen. Määrä hinnoittelulla ei kuitenkaan katsota olevan tällaisia kilpailulle ja kuluttajille suotuisia vaikutuksia. Siihen sovelletaan vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklaa, joka koskee vakavimmiksi katsottavia kilpailunrajoituksia ja poistaa ryhmään luettavien menettelyjen mahdollisuuden asetuksen suomaan ryhmäpoikkeusetuun. Edelleen määrä hinnoittelun katsotaan olevan siinä määrin kilpailulle vahingollista, ettei se liioin voi nauttia SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisesta yksittäispoikkeamisen mahdollisuudesta.

Jälleenmyyntihinnan määräämistä koskeva sääntely ja sen tulkinta Euroopan unionissa ovat saaneet osakseen voimakasta kritiikkiä jo vuosikymmenten ajan. Nykyisen sääntelyn on katsottu olevan turhan muodollista ja erityisesti Euroopan komission linjan on katsottu olevan turhan jäykkä, vaikka komissio on jo vuoden 2000 vertikaalista ryhmäpoikkeusasetusta (2790/1999) säätäessään pyrkinyt korjaamaan epäkohtia ja omaksumaan taloudellisemman,

⁴ Ks. esimerkiksi *Jedlicková* 2016, s. 28.

⁵ Vuonna 2018 Euroopan komissio määräsi ensimmäistä kertaa liki kahteenkymmeneen vuoteen neljälle elektroonikkavalmistajalle sakot vertikaalisen määrä hinnoittelumenettelyn käyttämisestä. Ks. luku 3.2.

⁶ Käytän tässä tutkimuksessa määrä hinnoittelun käsitettä rinnakkain jälleenmyyntihinnan määräämisen käsitteen kanssa. Näillä termeillä viitataan sekä kiinteiden jälleenmyyntihintojen määräämiseen että vähimmäisjälleenmyyntihintojen asettamiseen.

menettelyn tosiasiallista toimintaympäristöä ja sen markkinavaikutuksia korostavan, lähestymistavan SEUT 101 artiklan soveltamiseen ja sen kattamien sopimusten ja menettelyjen tulkintaan.

Nykyisen vertikaalisia sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (330/2010) voimassaolo päättyy 31. toukokuuta 2022. Euroopan komissio käynnisti vuonna 2018 ryhmäpoikkeusasetusta koskevan uudistusprosessin, jonka tavoitteena on tarkastella nykyistä vertikaalista ryhmäpoikkeusasetusta ja sitä täydentäviä vertikaalisia suuntaviivoja⁷ ottamalla huomioon asetuksen voimaantumisen jälkeen tapahtuneet muutokset oikeuskäytännössä ja yritysten toimintaympäristössä. Sanotun uudistusprosessin on nähty tarjoavan komissiolle jälleen mahdollisuuden korjata kritiikkiä kirvoittaneita sääntely- ja tulkintalinjoja.

Vuonna 2020 julkistetussa *vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen arviointiraportissa* on tarkasteltu kattavasti nykyistä vertikaalista ryhmäpoikkeusasetusta sen sisältämien säännösten toimivuuden, tehokkuuden, relevanssin ja johdonmukaisuuden valossa sekä analysoitu sitä lisäarvoa, jonka ryhmäpoikkeusasetus tuo vertikaalisopimusten ja SEUT 101 artiklan yhteensopivuuden arviointiin.⁸ Arvioinnissa havaittiin, että eräs kiistanalaisimmista kysymyksistä vertikaaliseen ryhmäpoikkeusasetukseen liittyen on edelleen määrähinnoittelu ja sen asianmukainen kohtelu Euroopan unionissa. Arvioinnin mukaan osa ongelmista kiteytyy muun muassa niihin keskinäisiin eroavaisuuksiin, joita eri jäsenvaltioiden kansallisten kilpailuviranomaisten määrähinnoittelukäytännössä esiintyy, sekä niihin edellytyksiin, joiden täytyessä jälleennyntihinnan määrittämisen voidaan katsoa nauttivan SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisesta poikkeuksesta.⁹ Edelleen keskeiseksi kiistakysymykseksi on katsottu määrähinnoittelun luokittelu osaksi vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan vakavimpia kilpailunrajoituksia.

Vuonna 2020 julkaistun *alustavan vaikutustenarvioinnin* pohjalta kerätyt sidosryhmäpalautteet heijastavat niin ikään määrähinnoittelun kohteluun voimakkaasti liitettyä uudistustarvetta: valtaosa sidosryhmistä katsoo nykyisten määrähinnoittelusäännösten olevan riittämättömiä, epäselviä ja vanhentuneita.¹⁰ Lisäksi menettelyn pitämistä osana vakavimpien kilpailunrajoitusten

⁷ Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 2010.

⁸ Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation 2020, s. 20–21.

⁹ Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation 2020, s. 169–170.

¹⁰ Alustava vaikutustenarviointi 2020. Palautetta antaneisiin sidosryhmiin kuuluu Euroopan unionissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimivien eri kokoisten yritysten ohella muun muassa yritysten etujärjestöjä, viranomaisia sekä kansalais- ja kuluttajajärjestöjä.

katgoriaa ei katsota perustelluksi, vaan sidosryhmät kannustavat komissiota löytämään uusia, toimivampia ratkaisuja määrähinnoittelun sopivan arvioinnin ja kohtelun tueksi. Nykyistä oletamaa määrähinnoittelun automaattisesta laittomuudesta ja edelleen kuluttajien hyvinvointia heikentävästä vaikutuksesta pidetään markkinatodellisuuden soveltumattomana.¹¹ Lisäksi esimerkiksi nykyisen verkkokauppaympäristön merkitys määrähinnoittelun kilpailuvaikutusten arvioinnissa tulisi ottaa nykyistä paremmin huomioon uudessa vertikaalisessa ryhmäpoikkeusasetuksessa ja vertikaalisissa suuntaviivoissa.¹² Osa sidosryhmistä on kuitenkin sitä mieltä, että nykyinen määrähinnoittelusääntely ja erityisesti jälleenmyyntihinnan määräämisen kohtelu vakavana kilpailunrajoituksena on perusteltu, ja siten sen asema uudessa ryhmäpoikkeusasetuksessa on pidettävä ennallaan.¹³ Sidoryhmien palautteet heijastavat osaltaan sitä jo pitkään oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa ja muussa kilpailuoikeudellisessa keskustelussa käytyä väittelyä, jossa keskeisimmät erimielisyydet kulminoituvat juuri määrähinnoittelun asianmukaista kohtelua koskevaan kysymykseen.

1.2 Tutkimuskysymys ja tutkimuksen tavoite

Edellä esitetyllä tavalla kysymys määrähinnoittelun kohtelusta muodostaa muiden huomioon otettavien seikkojen ohella keskeisen kiistakysymyksen uuden vertikaaliryhmäpoikkeusasetuksen valmisteluprosessissa, ja on siten erittäin ajankohtainen. Jälleenmyyntihinnan määräämiseen kilpailuoikeudellisena ilmiönä liittyy perustavanlaatuisia ongelmia jo siitä syystä, että se menettelynä voi ottaa lukuisia erilaisia muotoja. Näitä ovat suositeltujen hintojen asettaminen alemmille jakeluportaille, enimmäishintojen määrääminen, vähimmäishintavaatimusten kohdistaminen jakelijoihin sekä kiinteiden jälleenmyyntihintojen määrääminen. Näiden määrähinnoittelun eri ilmenemismuotojen keskinäistä suhdetta voidaan havainnollistaa käyttämällä apuna kuviteltua janaa. Vakiintuneesti kaksi ensin mainittua hinnoittelun muotoa asetetaan janan siihen päähän, jossa menettelyn oletetaan olevan harmitonta ja näin ollen laillista. Janan toiseen päähän taas sijoitetaan hinnoittelumenettelyn vahingollisemmiksi ja oletetusti laittomiksi katsotut muodot, vähimmäisjälleenmyyntihintojen ja kiinteiden hintojen määrääminen.¹⁴

¹¹ Uudistusta, sääntelyn selkeyttä ja tulkinnan johdonmukaisuutta peräänkuuluttaa muun muassa ranskalainen *Association Française d'Etude de la Concurrence*.

¹² Määrähinnoittelun poistamista vakavimpien kilpailunrajoitusten joukosta puoltaa palautteessaan myös muun muassa *Linklaters* sekä *Cornerstone Research*, jotka ovat suuria, yli 250 henkilön yrityksiä, joiden kotipaikka on Yhdistynyt kuningaskunta.

¹³ Määrähinnoittelun nykyistä lainsäädännöllistä kohtelua vakavana kilpailunrajoituksena kannattaa muun muassa belgialainen *EuroCommerce*.

¹⁴ Ks. esimerkiksi *Jones* 2010, s. 660.

Jälleenmyyntihinnan määrittämiseen liittyvät monitahoiset olosuhteet ja menettelyn eri muodot heijastuvat muun muassa kysymyksenä siitä, milloin on kyse puhtaista hinnoittelua koskevista suosituksista ja millä edellytyksin taas lähtökohtaisesti sallittu suositus hinnoittelumenettely näyttää tosiasiallisesti kiellettyinä määrähinnoitteluna. Tässä tutkimuksessa en kuitenkaan syvenny näiden eri menettelymuotojen välisiin rajanveto-ongelmiin, vaan keskityn tarkastelemaan minimihinnoittelua ja kiinteää hinnoittelua koskevaa menettelyä.¹⁵

Tutkimuksessani vastaan kahteen tutkimuskysymykseen. Ensin tarkastelen, *onko siirtyminen nykyistä joustavampaan määrähinnoittelun sääntelyyn ja arviointiin perusteltua*. Lähestyn tätä kysymystä tarkastelemalla määrähinnoittelun nykyistä asemaa eurooppalaisessa oikeus- ja ratkaisukäytännössä sekä syventymällä oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa ja julkaisuissa empiirisissä tutkimuksissa esitettyyn näyttöön määrähinnoittelun tosiasiallisista vaikutuksista. Näiden keinojen kautta selvitän ennen kaikkea, kuuluuko määrähinnoittelu edelleen perustellusti ryhmäpoikkeusasetuksen vakavimpien kilpailunrajoitusten ryhmään lukeutuviin menettelyihin. Jatkokysymyksenä tutkin, *minkälaisin muutoksin määrähinnoittelun tarkoituksenmukaista arviointia voitaisiin mahdollisesti toteuttaa*. Tämän, tulevaisuuteen suuntautuvan, kysymyksen arvioinnissa hyödynnän Euroopan unionin tuomioistuimen viimeaikaista, tarkoitukseen perustuvia kilpailunrajoituksia koskevaa oikeuskäytäntöä, jonka pohjalta hahmottelen edelleen määrähinnoitteluun mahdollisesti soveltuvia kehityssuuntia.

1.3 Tutkimusmetodi ja tutkimusaineisto

Tutkimukseni metodi on lainopillinen. Lainoppi eli oikeusdogmatiikka keskittyy voimassa olevan oikeuden tarkasteluun ja sen tehtävänä on sekä tulkita että systematisoida oikeussääntöjä eli oikeusnormeja ja sen myötä selvittää, miten tietyssä konkreettisesti tilanteessa tulisi voimassa olevan oikeuden mukaan toimia.¹⁶ Lainoppi siis tutkii yhtäältä sitä, mikä on voimassa olevaa oikeutta ja toisaalta sitä, mikä merkitys on lainsäädännöstä ja muista oikeuslähteistä – esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä – löytyvällä aineistolla.¹⁷

Tässä tutkimuksessa lainopilliseen metodiin kuuluva voimassa olevan oikeuden tarkastelu ja siihen lukeutuvien normien systematisointi ja tulkinta palvelevat erityisesti tavoitetta vastata

¹⁵ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 226–230. Jälleenmyyntihinnan määrittämisen kiellettyjen ja sallittujen muotojen välisestä rajanvedosta ks. esimerkiksi *van Doorn* 2009.

¹⁶ *Hirvonen* 2011, s. 22 ja *Husa – Mutanen – Pohjolainen* 2008, s. 20.

¹⁷ *Hirvonen* 2011, s. 23.

ensimmäiseen tutkimuskysymykseen, sillä nykyisen sääntelyn ja oikeuskäytännön arvioinnilla on nähdäkseni keskeinen rooli määrähinnoittelun tarkoituksenmukaisen kohtelun tarkastelussa. Edelleen vastatessani toiseen tutkimuskysymykseen esitän niin ikään *de lege ferenda* -hengessä kannanoton määrähinnoittelun perustellusta asemasta uudistuvassa, tulevaisuuden vertikaalisääntelyssä.

Tutkimusaineistona tutkimuksessani hyödynnän Euroopan unionin primääri- ja sekundäärioikeuteen kuuluvia oikeuslähteitä sekä niitä tulkitsevaa oikeuskäytäntöä, ensisijaisesti Euroopan unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisuja sekä Euroopan komission päätöksiä. Tämän tutkimusaineiston tarkastelun ja tulkinnan tukena nojaudun relevanttiin oikeustieteelliseen kirjallisuuteen sekä erilaisiin Euroopan unionin toiminnan puitteissa julkaistuihin lausuntoihin, tiedonantoihin ja toimialaselvityksiin. Oikeuskirjallisuuden ohella käytän tutkimuksessani taloustieteellistä kirjallisuutta ja tutkimusta, jotka nähdäkseni palvelevat erityisesti tavoitetta vastata ensimmäiseen tutkimuskysymykseen. Katson taloustieteellisen aineiston hyödyntämisen olevan ensiarvoisen tärkeää etupäässä määrähinnoitteluun liittyvien vaikutusten arvioinnin kannalta. Edelleen tutkimusaineistoon kuuluvien monitahoisten, sekä oikeus- että taloustieteen kenttää leikkaavien, tosiasiallisten olosuhteiden jäsentely ja tarkastelu edellyttävät oikeus- ja taloustieteen välisen dialogin hyödyntämistä.

1.4 Tutkielman rakenne

Tämä tutkielma jakautuu kuuteen päälukuun. Johdantoluvun jälkeisessä toisessa luvussa esittelen sen oikeudellisen taustan ja viitekehyksen, johon jälleenmyyntihinnan määräämistä koskeva keskeinen sääntely kuuluu. Ensisijaisina tarkastelukohteina ovat yleisemmin kilpailua rajoittavia sopimuksia määrittävä ja sääntelevä SEUT 101 artikla sekä nimenomaisesti määrähinnoittelun osalta keskeisenä asiakirjana vertikaalisopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus ja sen soveltamista ja tulkintaa varten laaditut vertikaaliset suuntaviivat. Osana määrähinnoittelun oikeudellisen kehyksen tarkastelua hahmottelen vakiintunutta, SEUT 101 artiklan soveltamisen kannalta merkityksellistä tarkoitukseltaan ja vaikutuksiltaan kilpailua rajoittavien sopimusten välistä rajanvetoa. Edelleen esittelen tiiviisti näihin kilpailunrajoitusten eri ryhmiin lukeutuvien kilpailunrajoitusten identifioinnin ja tulkinnan kannalta keskeisen oikeuskäytännön. SEUT 101 artiklan keskeisimpiä kohtia on jo edellä yleisesti selostettu, mutta toisessa pääluvussa syvennytään tarkemmin artiklan kolmiportaiseen rakenteeseen ja lainkohdan merkitykseen osana laajempaa määrähinnoittelun sääntelyn kokonaisuutta.

Tutkielman kolmas ja neljäs pääluke tarjoavat vastauksen tämän tutkimuksen ensimmäiseen tutkimuskysymykseen. Kolmannessa luvussa esittelen tutkimuskysymyksen kannalta keskeiset Euroopan komission ja Euroopan unionin tuomioistuimen määrähinnoittelua koskevat ratkaisut. Arvioin niin ikään näiden ratkaisujen heijastamia yleisempiä määrähinnoittelun tarkastelun suuntaviivoja ottaen erityisesti huomioon komission julkilausumat pyrkimykset vertikaalisopimusten vaikutusperusteisempaan, taloudellisempaan arviointiin. Osana tätä tarkastelua katson perustelluksi luoda katsauksen Yhdysvaltain korkeimman oikeuden määrähinnoittelua koskeviin ratkaisuihin ja määrähinnoittelun arvioinnissa tapahtuneisiin käännteisiin. Yhdysvalloissa omaksuttu suunnanmuutos on osaltaan kiihdyttänyt keskustelua myös Atlantin tällä puolella, Euroopan unionin kilpailuoikeudellisessa kontekstissa. Katson sanotun vertailevan esityksen yhtäältä olevan oivallinen esimerkki vuosisataisen, määrähinnoitteluun vakiintuneesti kohdistuneen laittomuusolehtaman murtamisesta ja toisaalta pohjustavan tässä tutkimuksessa esitettyä näkemystä määrähinnoittelun eurooppalaisen nykyarvioinnin ongelmallisuudesta.

Neljännessä luvussa tutkin niitä kilpailuvaikutuksia, joita määrähinnoitteluun liittyy. Menettelyyn liittyvät mahdolliset kilpailua tehostavat ja sitä rajoittavat vaikutukset katsotaan yleisesti hyväksytyiksi, ja esittelenkin ne tässä tutkimuksessa hyvin tiiviisti. Laajempaa argumentaatiota liittyy kuitenkin sanottujen vaikutusten esiintymisen todennäköisyyteen ja määrähinnoittelun ja siihen liittyvien erilaisten haittojen ja hyötyjen väliseen suhteeseen. Jälleenmyyntihinnan määräämistä koskeva empiirinen tutkimus on vakiintuneesti ollut suhteellisen vähäistä, mikä on osaltaan vaikeuttanut sopivan lähestymistavan löytämistä. Koska Euroopan unionissa koko unioninlaajuinen määrähinnoittelua koskeva tutkimus on edelleen vähäistä, hyödynnän ennen kaikkea unionin jäsenvaltioissa sekä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Sveitsissä tehtyjä tutkimuksia sekä näihin tutkimuksiin liittyviä, oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa esitettyjä perusteltuja näkemyksiä. Katsonkin neljännen luvun toimivan tärkeänä jakajana kolmannessa luvussa kuvatun määrähinnoittelun arvioinnin nykytilan ja viidennessä luvussa esittämieni, menettelyn tulevaisuuteen kohdistuvien suuntaviivojen välillä.

Viidennessä pääluvussa esitän näkemykseni kolmannessa ja neljännessä pääluvussa tarkasteluni seikkojen vaikutuksesta toisen tutkimuskysymyksen arviointiin. Esittelen niin ikään unionin tuomioistuimen uudempaa, tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia menettelyjä koskevaa oikeuskäytäntöä ja arvioin sen mahdollista merkitystä määrähinnoittelun tarkoituksenmukaisen arvioinnin kehittämisessä. Kuudennessa, tutkimukseni päättävässä luvussa kokoan yhteen tutkimuskysymyksen kannalta merkitykselliset huomiot ja esitän tutkimuksen johtopäätökset sekä mahdollisen jatkotutkimuksen tarpeen.

2 MÄÄRÄHINNOITTELUN OIKEUDELLINEN VIITEKEHYS

Edellä on pohjustettu määrähinnoittelun sääntelyyn ja arviointiin liittyviä kiistakysymyksiä. Ongelman syvällisemmäksi ymmärtämiseksi on nähdäkseni tarpeen luoda katsaus määrähinnoittelua koskevaan merkitykselliseen sääntelyyn. Tässä luvussa esittelen sen oikeudellisen viitekehysten, jonka puitteissa määrähinnoittelua säännellään ja arvioidaan. Katson eri instrumenttien muodostaman kokonaisuuden havainnollistavan hyvin sitä torjuvaa, kielteistä suhtautumista, joka määrähinnoitteluun nykyisessä kilpailuoikeudellisessa kontekstissa kohdistuu.

2.1 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artikla

SEUT 101 artikla sisältää keskeisimmät kilpailunrajoituksia koskevat säännökset. Säännöksen tavoitteena on varmistaa, että yritykset eivät ryhdy sellaisiin menettelyihin, jotka rajoittavat kilpailua vaikuttaen haitallisesti kuluttajien etuihin ja laajemmin häiriten sisämarkkinoiden yhdenmisen ja moitteettoman toiminnan tavoitetta.¹⁸

SEUT 101 artikla on kolmiportainen säännös, jonka 1 kohta kieltää sisämarkkinoille soveltumattomina sellaiset yritysten väliset sopimukset, päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden *tarkoituksena* on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua markkinoilla tai joiden *seurauksena* kilpailu sisämarkkinoilla estyy, rajoittuu tai vääristyy. 101 artiklan 2 kohdan mukaan tällaiset sopimukset ja päätökset ovat mitättömiä.

Edelleen 1 kohdan mukaan kilpailua rajoittaviksi sopimuksiksi, päätöksiksi ja menettelytavoina katsotaan muun muassa sellainen toiminta, jolla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä tai investointeja (1 kohdan b alakohta) taikka jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä (1 kohdan c alakohta). Määrähinnoittelun kannalta merkityksellinen on 101 artiklan 1 kohdan a alakohta, joka kieltää menettelyt, joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja.

101 artiklan 3 kohta mahdollistaa kuitenkin poikkeuksen myöntämisen 1 kohdan mukaisesta kiellostä, sillä edellytyksellä, että 1 kohdan mukaisesti kielletty menettely osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen

¹⁸ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 7.

kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä. Edelleen kuitenkin vaaditaan, ettei asianomaisille yrityksille saa menettelystä koitua sellaisia rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi ja ettei poikkeuksen myöntämisellä näille yrityksille anneta mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kyseessä olevia tuotteita.

Rajoitusten tarkastelu SEUT 101 artiklan nojalla perustuu siis kaksivaiheiseen arviointiin: 101 artiklan 1 kohdan avulla tunnistetaan menettelyn kilpailua rajoittava tarkoitus tai kilpailua rajoittavat vaikutukset ja 101 artiklan 3 kohdan nojalla pyritään tunnistamaan ne mahdolliset kilpailua edistävät vaikutukset, jotka sitten tasapainotetaan kilpailua rajoittavien vaikutusten kanssa. Mikäli menettelyn kokonaisvaikutukset tässä erisuuntaisten vaikutusten punninnassa osoittavat menettelyn olevan pikemmin kilpailun tehokkuutta edistävää kuin kilpailua rajoittavaa, katsotaan toiminta SEUT 101 artiklan valossa lailliseksi.¹⁹

2.1.1 Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavat sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelyt

Kuuluakseen SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, on sopimuksen tai muun yhdenmukaistetun menettelyn tarkoituksena oltava kilpailun rajoittaminen, estäminen tai vääristäminen taikka siitä on seurattava tällainen rajoittuminen, estyminen tai vääristyminen. Euroopan unionin tuomioistuin, silloinen yhteisöjen tuomioistuin, on jo 1960-luvulla ottanut kantaa tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitteeseen ratkaisussaan *Société Technique Minière*, jossa tuomioistuin lausui, että SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisen edellytykseksi asetettu menettelyn kilpailua rajoittava tarkoitus ja vaikutus ovat toisilleen vaihtoehtoisia – eivät siis kumulatiivisia – soveltamisperusteita.²⁰

Myöhemmässä käytännössään tuomioistuin on todennut, että mikäli kilpailua rajoittava tarkoitus on ilmeinen, katsotaan koko sopimus tai vähintään siihen sisältyvä kilpailua rajoittava määrä sellaisenaan kilpailua rajoittavaksi ja siten SEUT 101 artiklan 1 kohdan perusteella laitto-maksi.²¹ Tällaisten luonteensa puolesta kilpailua vahingoittavien menettelyjen tosiasiallisten vaikutusten tapauskohtainen arviointi ei näin ollen ole tarpeen. Tietyn tyyppinen yritysten toiminnan yhteensovittaminen siis ilmentää siinä määrin riittävää vahingollisuutta kilpailulle, että

¹⁹ Jones – Kovacic 2017, s. 30.

²⁰ Asia 56/65 *Société Technique Minière*, s. 249. Sittenmin vakiintunut linja on heijastunut myös muun muassa asioissa C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, kohta 28 ja T-67/01 *JCB Service*, kohta 117.

²¹ Asia C-306/96 *Javico* ja asia C-19/77 *Miller*.

menettelyn tosiasiallisten vaikutusten arvioinnin voidaan katsoa olevan tarpeetonta; riittää, että sopimuksesta tai päätöksestä ilmenee, että sen tavoitteena on rajoittaa kilpailua.²²

Vaikka tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavat menettelyt katsotaan luonteensa perusteella siinä määrin haitallisiksi, että ne voidaan ilman syvällisempää analyysiä tuomita laittomiksi, ei mikä tahansa menettelyn kilpailua rajoittava potentiaali riitä laittomuuden toteutukseksi. Sen määrittämiseksi, kuuluuko sopimus tarkoituksensa perusteella SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisen kiellon alaan, on tarkasteltava sopimuslausekkeiden sisältöä ja sen objektiivisia tavoitteita sekä sitä taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä, johon sopimus kuuluu.²³ Niistä seikoista, joita tällaisen asiayhteyden huomioimisessa on tarkasteltava, ei kuitenkaan juuri ole annettu arviointia selventäviä lausuntoja. Unionin oikeuskäytännöstä on muutenkin saatavissa suhteellisen vähän johtoa sanottujen arviointikriteerien tarkastelemiselle käytännössä, mutta tiettyjä tarkentavia suuntaviivoja on mahdollista hahmottaa. Sopimuksen sisältöä määritettäessä voidaan määräysten muodollisen tarkastelun ohella arvioida osapuolten toimintaa, eli sitä tapaa, jolla sopimus tosiasiallisesti pannaan täytäntöön. Tämän voidaan katsoa ilmentävän sopimuksen kiellettyä, kilpailua rajoittavaa tarkoitusta silloinkin, vaikka nimenomaiset sopimusehdot eivät ilmentäisi tällaista kiellettyä luonnetta.²⁴

Sopimuslausekkeiden sisältöä tarkasteltaessa niiden sanamuoto ja sanamuodon osoittamat sopimuksen objektiiviset tavoitteet menevät kuitenkin osapuolten tavoittelemien subjektiivisten pyrkimysten edelle. Subjektiivisetkin tavoitteet voidaan ottaa huomioon, mutta oikeuskäytännössä on katsottu, ettei esimerkiksi sillä, että osapuolten tarkoituksena ei ole millään tavalla ollut sopimuksellaan rajoittaa kilpailua, ole merkitystä SEUT 101 artiklan kieltoääräyksen soveltamisen kannalta. Sopimusta voidaan siis pitää tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana, vaikka sillä olisi kilpailua rajoittavan päämääränsä ohella myös muita, hyväksyttäviä tavoitteita.²⁵ Jos sopimuksen sisällön ja sen soveltamisympäristön tarkastelun katsotaan paljastavan sen kilpailua rajoittavan tarkoituksen, osapuolet eivät voi enää pyrkiä kumoamaan menettelyn todettua laittomuutta vedoten siihen, ettei sopimuksella todellisuudessa ole kilpailua haittaavia vaikutuksia.²⁶ Näin ollen niiden ainoaksi mahdollisuudeksi jää siis vedota SEUT 101 artiklan 3 kohtaan ja pyrkiä esittämään sopimukseen tai menettelyyn liittyviä tehokkuusetuja.

²² Ks. Muun muassa asia T-142/89 *Boël*, kohta 89 ja asia C-56/64 *Consten ja Grundig*, s. 342 sekä asia C-45/85 *Verband der Sachversicherer*, kohdat 37 ja 39.

²³ Asia C-501/06 P *GlaxoSmithKline*, kohta 58.

²⁴ Suuntaviivat SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, kohta 22.

²⁵ Asia C-551/03 P *General Motors*, kohta 64.

²⁶ *T-Mobile Netherlands*, kohta 31.

Vasta jos menettelyllä ei voida katsoa olevan kilpailua rajoittavaa tarkoitusta, on tarpeen siirtyä analysoimaan sen tosiasiallisia kilpailuvaikutuksia.²⁷ Voidaan siis katsoa, että vaikutusarviointi on toissijainen suhteessa sopimuksen tai menettelyn tarkoituksen todentamiseen, ja että tietyt menettelyt ovat jo pelkästään muodollisen luonteensa perusteella sellaisia, että ne häiritsevät kilpailun normaalia toimintaa. Ne sopimukset, joiden ei katsota sopivan tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen ryhmään, kuuluvat niin sanottuihin vaikutuksiltaan kilpailua rajoittaviin sopimuksiin.

2.1.2 Vaikutuksiltaan kilpailua rajoittavat sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelyt

Vaikutusten arvioiminen on siis vasta toissijaisessa asemassa, kun tarkastellaan kilpailua rajoittavien sopimusten asemaa suhteessa SEUT 101 artiklan 1 kohtaan: ensin on arvioitava, rajoittaako menettely tarkoitukseltaan kilpailua. Mikäli vastaus on kieltävä, on vasta tällöin tarpeen tarkastella sopimuksen tosiasiallisia vaikutuksia. Jos sopimuksen ei luonteensa puolesta katsota rajoittavan kilpailua, on sen tosiasialliset tai potentiaaliset kilpailu- ja kauppavaikutukset arvioitava yksilöllisesti.²⁸ Vaikutusarvioinnin tarkoituksena on siis osoittaa, voiko sopimus, joka ei tavoitteidensa ja tarkoituksensa puolesta ole kilpailua rajoittava, kuitenkin vaikuttaa kilpailuun markkinoilla. Kantajan velvollisuutena on osoittaa sopimuksen tai käytännön kilpailua rajoittava vaikutus. Näyttötaakka on siis päinvastainen kuin tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten osalta – tällöinhän kanteen kohteena olevan tahon on pyrittävä näyttämään menettelynsä laillisuus. Sopimuksen kilpailuvaikutusten on luvussa 2.2 esitettävällä tavalla oltava tuntuvia. Vaikutusarvioinnissa huomioitavien seikkojen on osoitettava kilpailun tosiasiallista vääristymistä, rajoittumista tai estymistä.²⁹

Sopimuksen vaikutuksia analysoitaessa kilpailu on otettava huomioon sellaisena, kuin se ilman riidan kohteena olevaa sopimusta olisi.³⁰ Huomioon on otettava se taloudellinen ja oikeudellinen konteksti, johon sopimus sijoittuu, ja jossa sen vaikutukset kilpailuun yhdessä muiden sopimusten kanssa voivat niin ikään olla kumulatiivisia.³¹ Kun tarkastellaan, onko sopimuksella kilpailua rajoittavia ja jäsenvaltioiden väliseen kauppaan kohdistuvia vaikutuksia, on siis analysoitava syvällisesti ja monisyisesti koko se oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, jonka

²⁷ Asia C-234/89 *Delimitis*, kohta 13.

²⁸ Suuntaviivat SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, kohta 24.

²⁹ Asia C-345/12 *Maxima Latvija*, kohta 17.

³⁰ *Société Technique Minière*, kohta 8.

³¹ Asia C-234/89 *Delimitis*, kohta 14.

puitteissa sopimus Arvioinnissa huomioon otettavia seikkoja on yksilöity SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamista koskevissa suuntaviivoissa.³² Sopimuksen tosiasiallisten vaikutusten toteutukseksi on määriteltävä merkitykselliset markkinat.³³ Sen jälkeen on huomiota kiinnitettävä näillä merkityksellisillä markkinoilla vallitseviin kilpailuolosuhteisiin.³⁴ Lisäksi on tarkasteltava kyseessä olevien tuotteiden luonnetta sekä osapuolten, kilpailijoiden ja ostajien markkina-asemaa samoin kuin potentiaalisten kilpailijoiden olemassaoloa ja markkinoille pääsyn esteitä.³⁵

2.1.3 Kilpailunrajoituksen tuntuvuuden vaatimus ja *de minimis* -tiedonanto

Jotta sopimus tai menettely olisi SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaan kilpailua rajoittava, vääristävä tai estävä, ei sen rajoittava vaikutus yksin riitä. Tällaisen sopimuksen tai käytännön tarkoituksena on oltava kilpailun *tuntuva* rajoittaminen tai menettelyn vaikutuksena on oltava kilpailun *huomattava* rajoittuminen sisämarkkinoilla.³⁶ Sanottu tuntuvuuden vaatimus rajaa SEUT 101 artiklan 1 kohdan ulkopuolelle tietyt merkitykseltään vähäisiksi katsottavat sopimukset, jotka on määriteltä Euroopan komission niin sanotussa *de minimis* -tiedonannossa (2014/C 291/01).³⁷ Tiedonannon mukaan kilpailua rajoittavat yritysten väliset sopimukset eivät täytä tuntuvuuden kriteeriä eikä niihin siten sovelleta SEUT 101 artiklan 1 kohtaa, jos yhdenkään sopimuspuolen markkinaosuus ei ylitä viittätoista prosenttia millään sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla.³⁸

Vähämerkityksisiä sopimuksia koskevaa tiedonantoa ei kuitenkaan sovelleta sopimukseen, joiden *tarkoituksena* on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla eikä niin ikään

³² Suuntaviivat SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, kohta 27.

³³ *Maxima Latvija*, kohta 26. Havainnollistava esimerkki merkityksellisten markkinoiden määrittämisestä sopimuksen vaikutusten arvioinnissa unionin oikeuskäytännössä on oluen toimitussopimusten vaikutuksia koskeva ratkaisu *Delimitis*, jossa tuomioistuin totesi relevanttien markkinoiden määrittämisessä olevan keskeistä sekä kyseessä olevan taloudellisen toiminnan ominaispiirteiden yksilöiminen että markkinoiden rajaaminen maantieteellisesti. *Delimitis*, kohdat 16–18.

³⁴ Tähän liittyen keskeistä on tuntee markkinoilla toimivien yritysten määrä ja koko sekä markkinoiden keskittymisen aste. Myös kuluttajien kulutustottumuksilla on sopimusten vaikutusten määrittämisessä keskeinen rooli. *Maxima Latvija*, kohta 28.

³⁵ Muun muassa ratkaisussa *Maxima Latvija* oikeus katsoi, että markkinoille pääsyn esteitä arvioitaessa on otettava huomioon kaikki ne seikat, jotka määrittävät markkinoille pääsyä. Näin voidaan arvioida edelleen, onko kilpailijalla tosiasiallisesti mahdollisuuksia tulla markkinoille. Huomioon on otettava muun muassa tarkasteltavassa tapauksessa relevanteilla vaikutusalueilla sijaitsevien liikekiinteistöjen saatavuus ja saavutettavuus sekä kaikki sellaiset seikat, jotka estävät uusien kilpailijoiden pääsyn sanotuille alueille. Esteet voivat olla niin taloudellisia, hallinnollisia kuin sääntelyyn liittyviä. *Maxima Latvija*, kohta 27.

³⁶ *Asia C-226/11 Expedia*, kohta 17.

³⁷ Tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua.

³⁸ *De minimis* -tiedonanto, kohta 8 b. Sanottu markkinaosuusraja koskee vertikaalisuhteessa toisiinsa olevien, eli keskenään kilpailemattomien, yritysten välisiä sopimuksia.

sopimuksia, joihin sisältyy vertikaalisessa ryhmäpoikkeusasetuksessa osaksi vakavimpia kilpailunrajoituksia ryhmiteltyjä rajoituksia, sillä komission mukaan tällaisten rajoitusten tarkoituksena on yleensä kilpailun rajoittaminen.³⁹ Näin ollen yrityksen sisällyttäessä sopimuksiinsa esimerkiksi juuri vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan a alakohdan mukaisia määrähinnoittelua koskevia määräyksiä, ei sopimus nauti *de minimis* -tiedonannon mahdollistamasta poikkeuksesta, määräyksen tosiasiallisista vaikutuksista riippumatta, vaikka sanotun yrityksen markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla olisi käytännössä hyvinkin olematon.

2.2 Vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus

Vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 2 artikla mahdollistaa poikkeuksen myöntämisen tietyille vertikaalisia rajoituksia sisältävien sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmille, joiden on katsottu täyttävän SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytykset ja siten jäävän SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle. Tällainen ryhmäpoikkeamisen mahdollisuus helpottaa vertikaalisopimusten tapauskohtaista arviointia, kun jokaista SEUT 101 artiklan 1 kohdan edellytykset täyttävää menettelyä ei tarvitse arvioida yksilöllisesti SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytysten valossa.

Asetuksen johdanto-osan 5 kohdan mukaan poikkeamismahdollisuus rajoittuu kuitenkin vain sellaisiin sopimuksiin, joiden voidaan riittävällä varmuudella olettaa täyttävän SEUT 101 artiklan 3 kohdan asettamat vaatimukset. Useimpien vertikaalirajoitusten katsotaan kuitenkin olevan taipuvaisia aiheuttamaan ongelmia vain, mikäli kilpailu yhdellä tai useammalla kaupan portaalla voidaan katsoa riittämättömäksi, eli jos näillä tuotanto- tai jakeluportaita toimivilla yrityksillä on jonkin verran markkinavoimaa.⁴⁰ Ryhmäpoikkeusasetuksen soveltaminen onkin sidottu markkinaosuudelle asetuksen 3 artiklassa säädettyyn kynnysarvoon: jos kunkin sopimuksen osapuolena olevan yrityksen markkinaosuus merkityksellisistä markkinoista on enintään 30 prosenttia, voidaan vakiintuneesti olettaa, että vertikaaliset sopimukset johtavat yleensä parannuksiin tuotannossa tai jakelussa ja mahdollistavat kuluttajille kohtuullisen osuuden saavutetusta hyödystä. Kun 30 prosentin markkinaosuusraja ylittyy, ei tätä vastoin voida olettaa, että SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvat vertikaalisopimukset tuottaisivat sellaisia etuja, että ne voisivat tasapainottaa menettelystä kilpailulle aiheutuvat haitat.⁴¹ Tällaisia sopimuksia ja menettelyjä tulee siten arvioida yksilöllisesti SEUT 101 artiklan 3 kohdan poikkeuksen nojalla.

³⁹ *De minimis* -tiedonanto, kohta 2 ja kohta 13.

⁴⁰ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 23.

⁴¹ Vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen johdanto-osa, kohdat 8 ja 9.

Sanottu 30 prosentin kynnsarvo soveltuu kuitenkin ainoastaan sellaisiin vertikaalisiin sopimuksiin, jotka eivät sisällä vakavimpiin kilpailunrajoituksiin luokiteltavia rajoituksia. Ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklassa määritellään ne kilpailunrajoitukset, jotka kuuluvat vakavimpiin rajoituksiin ja joiden sisällyttäminen sopimukseen siten poistaa asetuksen mahdollistaman ryhmäpoikkeusedun. Tällöin koko sopimus – ei pelkästään kielletty kilpailunrajoitusehto – jää ryhmäpoikkeusasetuksen ulkopuolelle, toimijoiden markkinaosuudesta riippumatta. Määrä hinnoittelun kannalta keskeinen on 4 artiklan a alakohta, jonka nojalla asetuksen suoma poikkeus ei sovellu sellaisiin vertikaalisiin sopimuksiin, joiden tarkoituksena on rajoittaa ostajan mahdollisuutta määrittää myyntihintansa.⁴²

Menettely voi ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan mukaan toteutua suoraan tai välillisesti, yksin taikka yhdistettyinä muihin osapuolten määräysvallassa oleviin tekijöihin. Suorana rajoituksena voidaan pitää esimerkiksi menettelyä, jossa valmistajan ja jakelijan välinen jakelusopimus sisältää jälleenmyyntihintaa koskevia sopimusmääräyksiä. Välillisestä jälleenmyyntihinnan määrittämisestä taas on kyse esimerkiksi tilanteessa, jossa sopimus sisältää määräyksen jakelukatteesta taikka enimmäisalennuksesta, jonka jakelija saa etukäteen määrätystä hintatasosta myöntää. Jälleenmyyntihintaa koskevia määräyksiä voidaan edelleen tehostaa uhkauksia, pelottelua ja sopimussakkoja käyttäen sekä hyödyntämällä esimerkiksi hintaseurantajärjestelmiä tai velvoittamalla vähittäiskauppiat ilmoittamaan, mikäli jakeluverkoston muut jäsenet eivät noudata annettua hintatasoa.⁴³

2.3 Määrä hinnoittelu tarkoitukseltaan kilpailua vakavasti rajoittavana menettelynä

Määrä hinnoittelun on unionin oikeuskäytännössä vakiintuneesti katsottu kuuluvan niihin menettelyihin, joiden tarkoituksena voi yksinomaan olla kilpailun rajoittaminen.⁴⁴ Määräykset, joilla vahvistetaan kolmansien osapuolten kanssa tehtävissä sopimuksissa noudatettavat hinnat, ovat itsessään – luonteensa perusteella – kilpailunrajoituksia 101 artiklan 1 kohdan tarkoittamalla tavalla.⁴⁵ Näin ollen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on vain hyvin

⁴² On huomattava, että asetuksen kohta kieltää nimenomaan kiinteiden jälleenmyyntihintojen ja vähimmäisjälleenmyyntihintojen määrittämisen, eli määrä hinnoittelun tämän tutkimuksen mukaisessa merkityksessä. 4 artiklan a alakohdan mukaan enimmäismyyntihintojen ja suositushintojen esittäminen on sallittua, kunhan nämä eivät johda tosiasiallisesti kiinteän jälleenmyyntihinnan tai vähimmäishinnan määrittämiseen.

⁴³ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 48.

⁴⁴ Yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94, T-384/94 ja T-388/94 *European Night Services*, kohta 136. Muun muassa asiassa C-161/84 *Pronuptia* on vahvistettu, että hinnoittelun vapautta heikentävät sopimusehdot ovat tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittavia. Myös esimerkiksi *vihreässä kirjassa* vuodelta 1997 on määrä hinnoittelua luonnehdittu menettelyksi, jolla voi luonteensa puolesta olla ainoastaan kilpailua vääristävä vaikutus, kohta 21.

⁴⁵ Asia C-243/83 *SA Binon*, kohta 44.

poikkeuksellisissa olosuhteissa hyväksyty se mahdollisuus, että tapauksen asiayhteys tukisi sitä näkemystä, että sopimuksen kilpailua rajoittavan tarkoituksen sijasta sillä olisikin tehokkuutta lisäävä vaikutus, joka koituisi osapuolten ja loppukuluttajien hyödyksi.⁴⁶ SEUT 101 artiklan 1 kohdan näkökulmasta määrähinnoittelu muodostaa siis lähes poikkeuksetta tarkoituksetaan kilpailua rajoittavan menettelyn, jonka tosiasiallisten vaikutusten tarkastelemiselle ei ole tarvetta, riippumatta esimerkiksi siitä markkinaosuudesta, joka menettelyä hyödyntävällä yrityksellä on merkityksellisillä markkinoilla.

Komissio on julkaissut vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen tulkintaa tukemaan ja täydentämään laaditut, niin sanotut vertikaaliset suuntaviivat, joiden tarkoituksena on täsmentää ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamista vahvistamalla ne periaatteet, joiden nojalla vertikaalisopimuksia arvioidaan SEUT 101 artiklan mukaisesti. Suuntaviivojen avulla pyritään myös keventämään yritysten taakkaa, kun nämä arvioivat suunnittelemiensa ja toteuttamiensa vertikaalisten sopimusten yhteensopivuutta unionin kilpailusääntöjen kanssa.⁴⁷ Myös vertikaaliset suuntaviivat ilmentävät torjuvaa suhtautumista jälleenmyyntihinnan määräämiseen mahdollisesti liittyviin kilpailua edistäviin vaikutuksiin: suuntaviivojen mukaan on perusteltua olettaa, että vakavimpia kilpailunrajoituksia sisältävät sopimukset kuuluvat SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan ja ne katsotaan kilpailua rajoittaviksi ja täten laittomiksi.⁴⁸

Vertikaalisten suuntaviivojen 224 kohdassa on esitetty ne määrähinnoitteluun vakiintuneesti liitetyt seuraukset, jotka voivat vaikuttaa kilpailuun sitä rajoittaen.⁴⁹ Ensinnäkin määrähinnoittelun välittömäksi seuraukseksi katsotaan sen hintoja nostava vaikutus. Tietyn tuotemerkin tuotteiden hinnat nousevat, kun jakelijoita kielletään alentamasta sanotun tuotemerkin myyntihintoja. Toiseksi jälleenmyyntihinnan määräämisen katsotaan helpottavan kolluusion, eli kielletyn yhteistoiminnan, toteuttamista niin ylätasolla valmistajien tai toimittajien välillä kuin alemmalla jakeluportaalla esimerkiksi vähittäiskauppiaiden kesken. Tämä määrähinnoittelun kielteinen vaikutus liittyy sen tuotemerkkien sisäistä kilpailua vähentävään vaikutukseen, jonka katsotaan olevan omiaan kannustamaan toimijoita kilpailunvastaiseen yhteistyöhön.

⁴⁶ Ks. esimerkiksi yhdistetyt asiat C-403/08 ja C-429/08 *Murphy*.

⁴⁷ Vertikaaliset suuntaviivat, johdanto-osan kohdat 1 ja 3.

⁴⁸ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 47.

⁴⁹ Määrähinnoitteluun liitetyt myönteiset ja kielteiset kilpailuvaikutukset on tässä luvussa esitetty yksinomaan maininnanomaisesti. Luvussa 4 syvennytään tarkemmin näihin vaikutuksiin sekä niiden tosiasialliseen esiintyvyyteen ja todennäköisiin esiintymisolosuhteisiin.

Kolmanneksi määrähinnoittelun katsotaan suuntaviivoissa heikentävän valmistajan voittomarginaaliin kohdistuvaa painetta erityisesti niin sanotussa valmistajan sitoutumisongelman tilanteessa, eli tilanteessa, jossa valmistajan kannattaa alentaa myöhemmiltä jakelijoilta veloitettava hintaa. Neljänneksi määrähinnoittelun kilpailua rajoittavaksi vaikutukseksi tunnustetaan sen mahdollistama markkinoille pääsyn estyminen vertikaalisen tuotanto- ja jakeluketjun ylätasolla, kun valmistaja pyrkii määrähinnoittelun avulla sulkemaan pienemmät kilpailijat markkinoilta. Lopulta menettelyn katsotaan vaikuttavan markkinoille pääsyyn jakeluketjun alatasolla, estäen sen tai ainakin huomattavasti vaikeuttaen sitä. Niin ikään alemman jakeluportaan hintakilpailun poistumisen myötä määrähinnoittelu vaikuttaa innovointeihin ja dynaamisuu-teen niitä heikentäen.

Vaikka määrähinnoitteluun kohdistuva oletama sen SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisesta laittomuudesta on siis voimakas ja menettelyyn liitetään runsaasti negatiivisia kilpailuvaikutuksia, on yrityksille jätetty mahdollisuus vedota SEUT 101 artiklan 3 kohdan mahdollistamaan yksittäispoikkeukseen.⁵⁰ Vertikaalisten suuntaviivojen 225 kohdassa on esitetty kolme vaihtoehtoista olosuhdetta, joiden vallitessa määrähinnoittelu voi synnyttää kilpailun kannalta myönteisiä vaikutuksia. Suuntaviivojen mukaan jälleenmyyntihinnan määrääminen voi olla hyödyllistä ensinnäkin silloin, kun valmistaja pyrkii lisäämään markkinoille tuodun, uuden hyödykkeen kysyntää.

Toinen suuntaviivoissa tunnistettu määrähinnoitteluun mahdollisesti liittyvä tehokkuusargumentti liittyy koordinoituihin, lyhytaikaisiin alennushintakampanjoihin niin sanotussa franchising- tai muussa vastaavassa jakelujärjestelmässä. Kolmantena määrähinnoittelu voi suuntaviivojen mukaan auttaa niin kutsutun vapaamatkustajaongelman ehkäisemisessä. Vapaamatkustajaongelma liittyy tilanteeseen, jossa muut jälleenmyyjät hyötyvät yhden jälleenmyyjän suorittamien myynnin edistämiseen tähtäävien toimenpiteiden kustannuksella esimerkiksi silloin, kun sanottu jälleenmyyjä tarjoaa myyntiä edistäviä lisäpalveluja. Tällöin asiakkaat saavat hyödyntää palveluja, mutta päätyvätkin sitten ostamaan tuotteen myyjältä, joka tarjoaa sen alhaisempaan hintaan.⁵¹

⁵⁰ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 225.

⁵¹ On huomattava, että vertikaaliset suuntaviivat asettavat kynnyksen tähän tehokkuuspuolustukseen vetoamiseksi suhteellisen korkealle toteamalla, että osapuolten on osoitettava SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytysten täytymisen lisäksi vakuuttavasti, että määrähinnoittelusopimus sisältää sekä keinot että kannustimen sanotun vapaamatkustajaongelman lopettamiseen. Edelleen tällaisten myyntiä edistävien palvelujen on kokonaisuutena tarkastellen vaikutettava kuluttajien hyvinvointiin sitä edistäen. Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 225.

Pyrkiessään kumoamaan määrähinnoitteluun kohdistuvan laittomuusolettaman, osapuolten on siis osoitettava, että kaikki SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytykset täyttyvät ja että määrähinnoittelua koskevan määräyksen sisällyttäminen sopimukseen täten synnyttää kilpailulle myönteisiä tehokkuusetuja. Tämän jälkeen komission tehtäväksi jää arvioida *kilpailuun todennäköisesti kohdistuvat kielteiset vaikutukset* ennen kuin se päättää siitä, täytyvätkö 101 artiklan 3 kohdan poikkeamisedellytykset.⁵²

⁵² Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 47. Nähdäkseni muun muassa tähän suuntaviivojen kohtaan valittu (kursivoitu) sanamuoto heijastaa komission torjuvaa suhtautumista määrähinnoitteluun ja siten vahvistaa menettelyyn vakiintuneesti liitettyä olettamaa sen laittomasta, kilpailua rajoittavasta luonteesta.

3 MÄÄRÄHINNOITTELUN ARVIOINTI NYKYISESSÄ EUROOPPALAISISSA OIKEUS- JA RATKAISUKÄYTÄNNÖSSÄ

Määrä hinnoitteluun kohdistuu siis jo edellä luvussa 2 esitetyllä tavalla voimakas oletama yhtäältä sen SEUT 101 artiklan 1 kohdan nojalla laittomasta luonteesta ja toisaalta sen likimain olemattomasta kyvystä saada aikaan SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisia, kilpailun kannalta myönteisiä – tehokkuutta ja kuluttajien hyvinvointia edistäviä – vaikutuksia. Edellä kuvatulla tavalla määrä hinnoittelukin voisi tietyissä olosuhteissa poikkeuksellisesti jäädä SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisen laittomuusolettaman ulkopuolelle, tai vähintäänkin hyötyä SEUT 101 artiklan 3 kohdan tarjoamasta yksittäispoikkeuksen mahdollisuudesta.

Tässä pääluvussa keskityn Euroopan komission ja unionin tuomioistuimen määrä hinnoittelua koskevaan oikeus- ja päätöskäytäntöön hahmotellakseni niitä ratkaisulinjoja ja perusteluja, joihin nojaten jälleenmyyntihinnan määräämistä koskevissa tapauksissa menettelyn eri muotoja, sen mahdollisia kilpailua tehostavia vaikutuksia ja muita olosuhteita on arvioitu. Ennen yksittäisten tapausten tarkastelua katson perustelluksi luoda tiiviin katsauksen Yhdysvalloissa määrä hinnoittelun arvioinnissa tapahtuneisiin muutoksiin ja muutosten merkitykseen eurooppalaisen kilpailuoikeudellisen keskustelun ja nykyisen ryhmäpoikkeusasetuksen taustalla. Tällaisen tiiviin vertailevan katsauksen kautta on helppo yhtäältä havaita Yhdysvaltain ja Euroopan määrä hinnoittelukäytäntöä yhdistäviä piirteitä ja toisaalta se luo konkreettisen esimerkin oikeuskäytännöstä, jonka muuttaminen on lähes sadan vuoden ajan vallinneesta, vakiintuneesta lähestymistavasta huolimatta ollut mahdollista ja perusteltua.

3.1 Vertailukohtana Yhdysvallat – määrä hinnoittelua koskevan oikeuskäytännön kehitys

Vuonna 1911 Yhdysvaltain korkein oikeus linjasi kuuluisassa *Dr. Miles*-ratkaisussaan⁵³, että määrä hinnoittelua on pidettävä itsessään, *per se*, laittomana. Tapauksessa oli pohjimmiltaan kyse sopimusriidasta osapuolten välillä. Dr. Miles, joka teki lääkkeiden tukkukauppa- ja jakelusopimuksia jakelijoidensa kanssa, sisällytti sopimukseen alkuperäisvalmisteiden vähimmäisjälleenmyyntihintoja koskevia määräyksiä, jotka velvoittivat koko jakeluketjua. Tukku kauppiaat saivat myydä tuotteitaan ainoastaan sellaisille muille tukku kauppiaille ja jakelijoille, jotka olivat suostuneet näihin sopimuksiin, ja jotka Dr. Miles oli täten hyväksynyt osaksi jakelujärjestelmäänsä.

⁵³ *Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

Korkeimman oikeuden tarkasteltavana olevassa tapauksessa muutosta hakeneen Dr. Milesin vastapuolena ollut John D. Park & Sons kieltäytyi sitoutumasta sanottuun sopimukseen ja osti Dr. Milesin lääkkeitä muilta jakelijoilta, houkutellen Dr. Milesin valtuutetut jakelijat rikkomaan tekemänsä sopimukset.⁵⁴ John D. Park & Sons myi sitten ostamansa lääkkeet alennettuun hintaan. Korkein oikeus keskittyi ratkaisussaan ennen kaikkea tulkitsemaan kysymystä rajoitavien sopimusten pätevyydestä, ja painotti yleisen edun tärkeyttä sekä yksittäisen jakelijan vaihdannan vapauden merkitystä yleisen edun edistämässä.⁵⁵

Katsoen vaihdannan vapauden kuuluvan osaksi yleistä etua, korkein oikeus linjasi, että kaikenlainen puuttuminen yksilön vapauteen harjoittaa esteetöntä vaihdantaa sekä kaikenlaiset vapaaseen kauppaan kohdistuvat rajoitukset ovat vastoin yleistä etua ja siten mitättömiä.⁵⁶ Oikeus siis katsoi hinnoittelun vapauden ja kuluttajien hyvinvoinnin kulkevan käsi kädessä: kun tukkukauppiaille ja jakelijoilla on täysi vapaus määrätä hinnoistaan, kuluttajien kokonaisyhyvinvointi lisääntyy. Nojautuen edellä esitettyihin näkemyksiin, korkein oikeus totesi *Dr. Miles*-ratkaisunsa perusteluissa, että sellaiset jakelijoiden väliset sopimukset, joiden ainoana tarkoituksena on tuhota toimivaa kilpailua ja määrätä hinnoista, ovat yleiselle edulle haitallisina mitättömiä. Edelleen oikeus katsoi, ettei tätä oletettavaa voida kumota millään tehokkuusvaikutuksilla, joita osapuolet saattavat katsoa nousseista kuluttajahinnoista seuraavan.⁵⁷

Ratkaisussa julkilausuttu määrähinnoitteluun kohdistuva voimakas – lähes poikkeukseton – laittomuusolettama kirvoitti pian kritiikkiä taloustieteilijöiden keskuudessa, sillä tuomio ei perustunut menettelyyn sisältyvien vertikaalirajoitusten taloudelliselle analyysille. Sen sijaan korkein oikeus perusti ratkaisunsa siihen oletamaan, että vertikaaliset rajoitukset ja horisontaaliset jakelijakartellit ovat yhtä haitallisia, eikä kiinnittänyt huomiota vertikaalirajoituksiin mahdollisesti liittyviin kilpailua tehostaviin vaikutuksiin, saati tällaisten vaikutusten arvioinnin tarpeeseen.⁵⁸ Kenties tämä puutteelliseksi katsottu taloudellinen arviointi johti oikeustilaan, jossa jäykän muodollinen *sopimuksen* käsitteen arviointi ratkaisi määrähinnoittelun kohtelun: mikäli katsottiin, että sopimus oli olemassa, oli määrähinnoittelu sellaisenaan laitonta, kun taas jos sopimuksen olemassaoloa ei voitu näyttää, ei myöskään kilpailuoikeuden rikkomista katsottu tapahtuneen.⁵⁹

⁵⁴ *Dr. Miles*, kohta 352.

⁵⁵ *Dr. Miles*, kohta 395.

⁵⁶ *Dr. Miles*, kohta 406.

⁵⁷ *Dr. Miles*, kohta 408.

⁵⁸ *Blair – Wang* 2016, s. 155.

⁵⁹ *Blair – Wang* 2016, s. 155.

Sopimuksen olemassaolo määrähinnoittelun arviointiin liittyvänä keskeisenä kriteerinä hahmottui edelleen korkeimman oikeuden vuoden 1919 ratkaisussa *Colgate*.⁶⁰ Kyseisessä tapauksessa tarkasteltiin valmistajan asettamia määrähinnoitteluvaatimuksia, joiden noudattamatta jättäminen johti jakelujärjestelmästä erottamiseen. Erona edellä kuvattuun *Dr. Miles*-tapaukseen oli se, että valmistajan asettamat jälleenmyyntihinnan määräämistä koskevat vaatimukset eivät perustuneet tosiasialliseen sopimukseen, vaan järjestely vaikutti täysin yksipuoliselta. Korkein oikeus katsoi, että määrähinnoittelumenettely on hyväksyttävä, jos järjestely ei ole seurausta vertikaalisesta sopimuksesta. Näin ollen, jos valmistaja vain yksipuolisesti ilmoitti käyttävänsä määrähinnoittelua ja sitten irtisanoi ne jakelijat, jotka eivät menettelyyn mukautuneet, ei menettelyä katsottu kielleyksi.⁶¹

Kului lähes sata vuotta, ennen kuin määrähinnoittelua koskeva oikeustila Yhdysvalloissa muuttui. Oikeus antoi vuosien aikana tuomioita, joissa se pyrki muun muassa valottamaan sitä, miksi tietyt menettelyt katsotaan sellaisinaan laittomiksi ja lopulta myös vapautti tiettyihin hinnoittelumenettelyihin liittyviä vahvoja laittomuusolehtamia,⁶² mutta taloudellisesta näkökulmasta ratkaisut eivät muuttaneet sitä jo *Dr. Miles*-tuomion synnyttämää ongelmaa, että oikeuden perustelut perustuivat kaavamaiseen sopimuskäsitteen arviointiin, eikä sijaa menettelyyn tosiasiasa liittyvien taloudellisten vaikutusten arvioinnille ollut.⁶³ Vuonna 2007 korkeimman oikeuden antama *Leegin*-ratkaisu⁶⁴ merkitsi kuitenkin täyskäännöstä määrähinnoittelun arvioinnille Yhdysvalloissa.

Tapauksessa naisten asusteita valmistanut yhtiö *Leegin Creative Leather Products* hyödynsi tuotteidensa jakelussa niin sanottuja suositettuja vähittäishintoja. Mikäli jakelija ei noudattanut näitä hintapolitiikkoja, *Leegin* lakkautti tuotteidensa toimittamisen kyseiselle jakelijalle. Kun

⁶⁰ *United States v Colgate*, 250 U.S. 300 (1919).

⁶¹ *Blair – Wang* 2016, s. 157.

⁶² Ks. esimerkiksi Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisu *Northern Pacific Railway*. Oikeus totesi, että tietyt sopimukset ja menettelyt ovat sellaisia, että niihin liittyvien haitallisten kilpailuvaikutusten ja puuttuvien tehokkuus-etuisten vuoksi ne on oletettava kohtuuttomiksi ja siksi laittomiksi, eikä niihin liittyvien seurausten tutkiminen ole tarpeen. Tämä muistuttaa nykyistä määrähinnoittelun arviointia eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa. Vuoden 1997 ratkaisussa *State Oil v Khan* korkein oikeus kumosi laittomuusolehtaman maksimijälleenmyyntihintojen määräämisen osalta sallimalla valmistajien tehdä jälleenmyyntiensä kanssa sopimuksia niistä maksimihinnoista, joita nämä voivat asiakkailtaan veloittaa. Oikeus perusteli uutta linjaustaan merkkien välisen kilpailun merkityksellä, ja näin ollen *per se* -laittomuus jäi vertikaalitasolla vaikuttamaan enää ainoastaan kiinteiden hintojen ja minimijälleenmyyntihintojen määräämisen osalta.

⁶³ Muun muassa *Blair ja Wang (Blair – Wang)* 2016, s. 156) ovat katsoneet, että säännökset, joilla jokin menettely tuomitaan sellaisenaan laittomaksi, ovat erittäin ongelmallisia, sillä ne on vaikea kumota. Kun tietty taloudellinen toiminta tuomitaan laittomaksi, oletama sen haitallisista vaikutuksista muodostuu hyvin voimakkaaksi. Tämä vahva laittomuusolehtama taas johtaa siihen, etteivät tuomioistuimet katso tarpeelliseksi pyrkiä syvällisempään vaikutusten arviointiin tai menettelyn oikeuttamisperusteiden etsimiseen.

⁶⁴ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007).

Leeginin jakelijoihin kuulunut Kay's Kloset nosti kanteen Leeginiä vastaan käräjäoikeudessa, Leegin toi oikeudenkäyntiin taloustieteilijän, jonka tarkoituksena oli osoittaa yhtiön käyttämään hinnoittelumenettelyyn liittyvät taloudelliset hyötyvaikutukset. Käräjäoikeus kuitenkin torjui Leeginin pyynnön tällaisen asiantuntijan käyttämisestä tarpeettomana, ja katsoi, että koska menettely on vakiintuneesti katsottu kielletyksi, on sitä pidettävä laittomana jatkossakin.

Lopulta asian käsittely korkeimmassa oikeudessa johti siihen, että tuomioistuimen tarkasteltua määrähinnoittelumenettelyn positiivisia ja negatiivisia vaikutuksia se päätyi siihen, että koska menettelyyn mahdollisesti liittyvät vaikutukset ovat monen suuntaisia, ei täyttä varmuutta voida katsoa olevan siitä, että menettely olisi aina – tai edes lähes aina – kilpailua rajoittavaa ja haitallista. Tuomioistuin kumosi *Dr. Miles*-tuomiossa linjaamansa näkemyksen määrähinnoittelun absoluuttisesta laittomuudesta ja katsoi, että menettelyä tulisivin tiukan *per se* -laittomuuden sijasta jatkossa arvioida niin sanotun *rule of reason* -periaatteen valossa ottaen huomioon sopimuksen olemassaolon ja muodon sijasta menettelyyn tosiasiallisesti liittyvät tosiseikat ja olosuhteet ja arvioiden tapauskohtaisesti, rajoittaako toiminta kilpailua.⁶⁵

Yhdysvaltain käänteentekevä *Leegin*-ratkaisu kirvoitti luonnollisesti kriittistä keskustelua taloustieteilijöiden ja oikeustieteilijöiden keskuudessa myös Atlantin tällä puolen. Euroopan unionissa jälleenmyyntihinnan määräämistä koskeva ajatustenvaihto oli kiihtynyt jo viime vuosikymmenen lopulla, kun Euroopan komissio käynnisti vuonna 1996 kilpailusääntöjen uudistushankkeen⁶⁶ pyrkimyksenään vastata siihen kritiikkiin, jonka mukaan SEUT 101 artiklan tulkinta oli turhan jäykkää ja muodollista.⁶⁷ Jo tuolloin sidosryhmät toivoivat siirtymistä taloudellisempaan lähestymistapaan, jossa otettaisiin huomioon vertikaalisopimuksen markkinaympäristö ja arvioitaisiin sopimuksia niiden markkinavaikutusten perusteella.⁶⁸

⁶⁵ Enemmistö *Leeginissä* siis tuki tämän tarkoituksenmukaisuusperiaatteen käyttöön ottamista juuri sillä perusteella, ettei lähtökohtainen oletama menettelyn laittomuudesta voi tulla kyseeseen silloin, kun näyttö tietyn taloudellisen toiminnan todellisista vaikutuksista on ristiriitaista. Eri mieltä olleeseen vähemmistöön kuului kuitenkin muun muassa tuomari Breyer, joka ei nähnyt perusteita *rule of reason* -arvioinnille vakiintuneen laittomuusolehtaman syrjäyttäjänä.

⁶⁶ Uudistukseen liittyen komissio antoi vuonna 1996 muun muassa *vihreän kirjan* Euroopan yhteisön kilpailupolitiikan vertikaalisista rajoituksista. Jo tuolloin komissio tunnusti, että vertikaalirajoituksia koskevassa keskustelussa on löytymässä yhteisymmärrys, eikä näiden menettelyjen enää katsota sellaisenaan olevan epäilyksiä herättäviä tai vastaavasti kilpailun kannalta hyödyllisiä (kohta 10). Menettelyn luonteeseen ja vaikutuksiin liittyvien yleistysten katsottiin siis olevan epäasianmukaisia. Toisaalta komissio katsoi myös, että määrähinnoittelu kuuluu niihin menettelyihin, jotka luonteensa vuoksi ainoastaan vääristävät kilpailua, ja jotka sen takia automaattisesti johtavat SEUT 101 artiklan 1 kohdan – silloisen EY:n perustamissopimuksen 83 artiklan 1 kohdan – soveltamiseen (kohta 22).

⁶⁷ Jones 2010, s. 650–651.

⁶⁸ Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation 2020, s. 10.

Osana tätä modernisaatioprosessia tuli 1.1.2000 voimaan vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus, jonka yhteydessä otettiin ensimmäistä kertaa käyttöön myös vertikaalisia rajoituksia koskevat suuntaviivat.⁶⁹ Yhdessä asetus ja suuntaviivat edustivat niin sanottua uuden sukupolven ryhmäpoikkeussääntelyä, jossa pyrittiin aiempaa voimakkaammin korostamaan sopimusten muodon sijasta niiden kokonaisvaltaisia vaikutuksia – määrähinnoittelun osalta komissio pyrki kiinnittämään huomiota aiempaa taloudellisempaan ja elastisempaan lähestymistapaan.⁷⁰

Vuoden 2000 ryhmäpoikkeusasetuksen voimassaolon päätyttyä vuonna 2010 komissio katsoi, että asetuksen soveltamisesta saatu kokemus oli pitkälti myönteistä, ja se päätti korvata vanhan ryhmäpoikkeussääntelyn uudella, kirjoitushetkellä voimassa olevalla ryhmäpoikkeusasetuksella ja sitä täydentävillä suuntaviivoilla. Niin ikään vuoden 2010 asetus ja suuntaviivat jatkoivat aiemman ryhmäpoikkeussääntelyn viitoittamalla tiellä, ja taloudellisempi, vaikutusperusteisempi kilpailunrajoitusten arviointi säilyi komission julkilausuttuna tavoitteena: markkinoiden tosiasialliset olosuhteet on otettava huomioon vertikaalisopimusten vaikutusten asianmukaiseksi arvioimiseksi.⁷¹

3.2 Euroopan komission määrähinnoittelua koskeva päätöskäytäntö

Euroopan komissio valvoo unionin jäsenvaltioiden eurooppaoikeudellisten velvoitteiden noudattamista, ja voi viedä jäsenvaltion Euroopan unionin tuomioistuimeen SEUT 258 artiklan mukaisesti, mikäli valtio rikkoo jäsenvelvoitteitaan.⁷² Tässä luvussa tarkastelen Euroopan komission määrähinnoittelua koskevia ratkaisuja.⁷³ Näistä varhaisin on annettu vuonna 1980 silloisen vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen (19/65/ETY) voimassaolon aikana. Neljä seuraavaa päätöstä on annettu nykyistä edeltävän, vuoden 2000 ryhmäpoikkeusasetuksen voimassa ollessa, ja myöhemmät viisi ratkaisua vuonna 2018, nykyisen ryhmäpoikkeusasetuksen

⁶⁹ Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 2000.

⁷⁰ Tätä lähestymistä ilmentävät muun muassa vuoden 2000 ryhmäpoikkeusasetuksen johdanto-osan kohdat 7–9.

⁷¹ Ks. enemmän vertikaalisen ryhmäpoikkeussääntelyn uudistuksesta, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation 2020, s. 10–18.

⁷² Ks. komission hallinto-, täytäntöönpano- ja valvontatehtävistä tarkemmin esimerkiksi *Raitio* 2016, s. 82–88.

⁷³ Tarkastelen tässä luvussa komission ratkaisuja, asiat IV/26.912 – *Hennessy-Henkell*; COMP.F.1/35.918 – *JCB*; COMP.F.1 36.516 – *Nathan-Bricolux*; COMP/F-2/36.693 – *Volkswagen*; COMP/37.975 PO/*Yamaha*; AT.40465 – *Asus*; AT.40469 – *Denon & Marantz*; AT.40181 – *Philips*; AT.40182 – *Pioneer* sekä AT.40428 – *Guess*. Komissio teki lisäksi 24.6.2002 asiassa IV/C-3/37.709 – *B&W Loudspeakers Ltd* ratkaisun, jonka mukaan B&W Loudspeakersin soveltamiin sopimuksiin sisältyvät määräykset olivat kiellettyjä, vakavimmiksi katsottavia, kilpailunrajoituksia. B&W Loudspeakers käytti sopimuksissaan muun muassa määrähinnoittelua, joka oli naamioitu syöttihinnoiksi (englanniksi *bait pricing*). Syöttihinnoilla pyritään houkuttamaan asiakkaita myyntipisteisiin tarjoamalla tuotteita hyvin houkuttelevaan hintaan. Sittemmin B&W kuitenkin poisti sopimuksistaan nämä määräykset, ja komissio päätti lopettaa yhtiötä vastaan aloitetut menettelyt.

soveltamisen aikana. Esittelen tiiviisti kunkin tapauksen taustan sekä komission asiassa antaman ratkaisun oikeudellisine arviointeineen ja perusteluineen.

3.2.1 Hennessy-Henkell

Joulukuussa 1980 annetun komission päätöksen taustalla oli kahden alkoholituottajan, Hennessyn ja Henkellin välillä tehty sopimus, jolla yritykset sopivat Hennessyn konjakkien jakelusta Saksan alueella. Sopimukseen sisältyi muun ohella määräys siitä, että Henkell asettaa tuotteille kiinteät hinnat Saksan kansallisilla markkinoilla.⁷⁴ Hennessy ei käyttänyt muiden jakelijoidensa kanssa vastaavaa hinnoittelua rajoittavaa ehtoa, mutta perusteli tällaisen sopimusmääräyksen käyttämistä Henkellin kanssa tavoitteella suojata jakelijaa rinnakkaistuonnilta ja markkinoille tunkeutumiselta.⁷⁵ Komissio katsoi sopimuksen olevan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisesti kilpailua rajoittava, sillä hinnoittelun vapauden rajoittaminen estää todellisiin markkinaolosuhteisiin perustuvan hinnoittelun ja hintojen vaihtelusta luontaisesti heijastuvat kysynnän muutokset, ja siten häiritsee jäsenvaltioiden välistä kauppaa.⁷⁶

Hennessy kuitenkin esitti komissiolle, kenties ensi kertaa määrähinnoittelua koskevassa käytännössä, että määrähinnoittelulle on olemassa kilpailun tehokkuutta edistävä peruste. Hennessy katsoi, että menettely on välttämätöntä ylellisen tuotekuvan suojaamiseksi.⁷⁷ Komissio ei kuitenkaan nähnyt määrähinnoittelumenettelyn olevan välttämätöntä Hennessyn esittämien tavoitteiden saavuttamiseksi. Se vetosi siihen, että Hennessyn kilpailijatkaan eivät käyttäneet tällaisia hinnoittelumääräyksiä ja katsoi, ettei missään olosuhteissa ole hyväksyttävää oikeutta tällaisia kilpailunrajoituksia, markkinoiden koosta ja sopimuksen ajallisesta kestosta riippumatta.⁷⁸

3.2.2 Nathan-Bricolux

Vuonna 2000 komissio antoi ratkaisunsa ranskalaista Editions Nathania vastaan nostetussa kanteessa, jossa oli kyse oppimateriaalin jakelusta Ranskassa ja menettelyyn sisältyvistä kilpailuvastaisista sopimuksista. Sopimukset oli tehty Editions Nathanin ja sen yksinmyyjien välillä Belgiassa (Bricolux SA), Ruotsissa (Smartkids) ja Italiassa (Borgione Centro

⁷⁴ *Hennessy-Henkell*, kohta 5.

⁷⁵ *Hennessy-Henkell*, kohta 8.

⁷⁶ *Hennessy-Henkell*, kohdat 20–21.

⁷⁷ *Hennessy-Henkell*, kohta 33.

⁷⁸ *Hennessy-Henkell*, kohdat 33 ja 34.

Didattico).⁷⁹ Editions Nathan rajoitti Borgionen ja Smartkidsin vapautta päättää myönnettävistä alennuksista ja hyvityksistä, ja perusteli tätä Nathan -tavaramerkin suojaamisella.⁸⁰ Sitä tasoa, jolla tarjous tai alennus voi vahingoittaa tavaramerkin imagoa, ei ollut yksiselitteisesti määritelty, mutta Borgionen ja Smartkidsin vapaus alennusten myöntämiseen oli selkeästi rajoitetumpi kuin tilanteessa, jossa niillä olisi ollut täysi vapaus määrätä hintansa ja siitä vähennettävät tarjoukset, alennukset ja hyvitykset.⁸¹

Komissio katsoi Editions Nathanin menettelyn vääristävän tai rajoittavan hintakilpailua.⁸² Komissio teki menettelyn hintakilpailua rajoittavasta vaikutuksesta sen johtopäätöksen, että jälleennyntihintatason vahvistamisen tavoitteena on kilpailun rajoittaminen.⁸³ Arvioidessaan Editions Nathanin ja sen jakelijoiden välisten sopimusten vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, komissio totesi, että huomioon on otettava osapuolten asema ja markkinaosuudet tapauksen kannalta merkityksellisillä, tässä tapauksessa siis oppimateriaalien, markkinoilla. Editions Nathanin tapauksessa toimittajan markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla oli 5–15 prosenttia.⁸⁴

Komissio määräsi Editions Nathanille 60 000 euron sakon ja Bricoluxille 1000 euron sakon perustellen päätöstään hintatason vahvistamiseen vakiintuneesti liitettävällä vakavalla rikkomusluonteella ja viittasi yleispiirteisesti laajaan päätös- ja oikeuskäytäntöön tätä lausumaansa vahvistavana seikkana.⁸⁵ Vastaavasti komissio hylkäsi vaatimuksen SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta menettelyyn katsoen, etteivät artiklan asettamat poikkeamisedellytykset täytyneet. Editions Nathan vetosi Hennessyn lailla tuotekuvan suojaamiseen määrähinnoittelun perusteena. Komission mukaan Editions Nathanin huoli merkki-imagon suojelemisesta määrähinnoittelun perusteena on ymmärrettävä, mutta vastaavasti se katsoi sanotun tavoitteen saavuttamiseksi olevan olemassa osapuolten toimintaa vähemmän rajoittavia keinoja.⁸⁶

3.2.3 JCB

Maanrakennus- ja maansiirtokoneita sekä niiden varaosia myyvän JCB-konsernin jakeluverkosto oli kansallisesti järjestetty siten, että JCB:llä on kussakin valtiossa yksi tytäryhtiö tai

⁷⁹ *Nathan-Bricolux*, kohdat 1–3.

⁸⁰ *Nathan-Bricolux*, kohta 86.

⁸¹ *Nathan-Bricolux*, johdanto-osan kappaleet 44 ja 50.

⁸² *Nathan-Bricolux*, kohta 86.

⁸³ *Nathan-Bricolux*, kohta 87.

⁸⁴ *Nathan-Bricolux*, kohdat 29–38 ja kohta 93.

⁸⁵ *Nathan-Bricolux*, kohta 131.

⁸⁶ *Nathan-Bricolux*, kohta 111.

yksinoikeudella toimiva maahantuojia. Vuonna 1975 kaksi JCB-konserniin kuuluvaa yhtiötä teki komissiolle ilmoituksen kahdeksasta JCB-tuotteiden jakelua koskeneesta vakiosopimuksesta, joiden komissio sittemmin katsoi sisältävän lukuisia SEUT 101 artiklan, silloisen EY-sopimuksen 81 artiklan, vastaisia määräyksiä. JCB muutti sopimuksiaan perustamissopimuksen kanssa paremmin yhteensopiviksi. Myöhemmin, vuonna 1996 JCB:n ranskalainen jakelija Central Parts SA kanteli jälleen komissiolle JCB:n tytäryhtiön soveltamista menettelyistä.

Komissio katsoi 21.12.2000 tekemässään päätöksessä, että JCB ja sen tytäryhtiöt olivat rikkoneet SEUT 101 artiklaa muun muassa määräämällä jälleenmyyntialennuksista ja jälleenmyyntihinnoista Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Ranskassa.⁸⁷ Komissio katsoi Yhdistyneessä kuningaskunnassa tehdyn sopimuksen ja Ranskassa sovellettujen menettelyjen tavoitteen olevan kilpailua rajoittava, sillä sen tarkoituksena oli vahvistaa jälleenmyyntihintoja ja yhdenmuukaistaa esimerkiksi eri alueiden myyntihintoja. Komission mukaan tällainen toiminta vääristää tai rajoittaa hintakilpailua, sillä hintataso olisi ilman sanottuja toimenpiteitä ollut erilainen, riippumatta siitä, kuinka tiukasti sopimusta noudatettiin.⁸⁸

3.2.4 Volkswagen

Vuonna 1997 komissio otti käsittelyynsä kantelun, jonka liitteenä oli Volkswagen AG:n laatima kiertokirje. Kirjeessä edellytettiin Volkswagenin jälleenmyyjiltä ja korjaamoilta, että nämä eivät myy uutta Volkswagen Passat Variant -mallin henkilöautoa alle ohjevähittäishinnan. Lisäksi näiltä alemman portaan toimijoilta edellytettiin johdonmukaisen hintakurin noudattamista.⁸⁹

Komissio otti ratkaisussaan erityisesti kantaa sopimuskäsitteen tulkintaan ja merkitykseen. Volkswagen AG katsoi komissiolle antamassaan vastauksessa, että sen harjoittamassa

⁸⁷ Ranskassa JCB rajoitti jakelijoidensa vapautta vahvistaa jälleenmyyntihintansa ja käytti tehosteena muun muassa varoituksia niille jakelijoille, joiden soveltamat hinnat olivat liian alhaisia tai alittivat tietyn viiterajan. *JCB*, kohta 170. Esimerkiksi Yhdistyneen kuningaskunnan JCB-jakelijoiden yhdistyksen jälleenmyyjäkokouksen pöytäkirjassa perusteltiin jälleenmyyntialennusten määräämistä epäselvyyksien ja riitojen välttämiseksi. *JCB*, kohta 128. Ranskassa puolestaan JCB varoitti yhtä jakelijoistaan alhaisten hintojen soveltamisesta. JCB:n toimitusjohtaja muistutti jakelijaa siitä, että koska kilpailijoita ei kyseisessä koneluokassa ole, ei koneiden myynti alle 177 800 Ranskan frangin hintaan tule kyseeseen. *JCB*, kohta 133.

⁸⁸ *JCB*, kohta 173.

⁸⁹ *Volkswagen*, kohta 32. Volkswagen Saksan myyntijohtaja toivoi kirjeissään, että jälleenmyyjät toimittavat hänelle kaikki sellaiset Volkswagen-yhteistyökumppanien ilmoitukset, joissa vaadittua hintakuria ei noudateta, jotta voisi julkaista ne ”aiheellisella tavalla”. Myyntijohtaja vetosi jälleenmyyjien omiin etuihin toteamalla, että jälleenmyyjäyritysten tuottonäkymien parantamisen kannalta ei ole ymmärrettävää, miksi Passat-mallin hinta laskeutettaisiin alle ohjevähittäishinnan.

menettelyssä ei ole kyse SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuista kilpailua rajoittavista sopimuksesta, sillä sen toimenpiteet ovat olleet yksipuolisia toimia, eivät sopimuksia, joten sanottua säännöstä ei voida soveltaa.⁹⁰ Komissio ei kuitenkaan hyväksynyt Volkswagenin näkemystä, vaan viittasi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa on linjattu, että autonvalmistajien jälleenmyyjilleen osoittamat vaatimukset ovat sopimuksia silloin, jos niillä pyritään vaikuttamaan siihen tapaan, jolla jälleenmyyjä valmistajan tai maahan-tuojan kanssa tekemänsä sopimuksen täyttää.⁹¹ Merkitystä ei siis ole sillä, sisältääkö sopimus-puolten välinen sopimus nimenomaisen lausekkeen, joka liittyy Volkswagenin edellä esitettyihin vaatimuksiin.

Volkswagen itse myönsi kiertokirjeidensä ja niiden sisältämien vaatimusten noudattamista tehostavien toimenpiteiden tarkoituksena olleen kaikkien saksalaisten Volkswagen-jälleenmyyjien suostuttelu siihen, etteivät nämä poikkea suositelluista listahinnoista.⁹² Toimenpiteillä pyrittiin siis määräämään myyntihinnat tuotemerkkien sisäistä hintakilpailua rajoittaen. Toimenpiteiden vaikutusten osalta Volkswagen vetosi siihen, että kiertokirjeet eivät muuttaneet jälleenmyyjien käyttäytymistä, vaan nämä olivat edelleen myöntäneet alennuksia suositelluista jälleenmyyntihinnoista.⁹³ Komissio kuitenkin katsoi, että lienee mahdotonta selvittää, millä tavalla jälleenmyyjät todella käyttäytyivät ja siten oli riittävää 101 artiklan 1 kohdan soveltamista koskevaan vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön nojautuen katsoa, että sanotun toimenpiteen tavoitteena on kilpailunrajoitus, eikä tarpeellista siten ole osoittaa sen tosiasiallista rajoittavaa vaikutusta.⁹⁴ Komissio ei myöntänyt kantelun kohteena oleville menettelyille SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaista poikkeusta.⁹⁵

3.2.5 Yamaha

Vuonna 2000 komissio käynnisti menettelyt koskien Yamaha-konsernin soveltamia sopimuksia ja menettelyjä valmistamiensa ja myymiensä musiikki-instrumenttien jakelussa. Komission selvityksessä kävi ilmi, että Yamahan jakelijoiden vapautta määrätä jälleenmyyntihintansa rajoitettiin Alankomaissa, Italiassa ja Itävallassa.⁹⁶ Alankomaissa Yamaha velvoitti jakelijansa noudattamaan niin sanottuja liikkeiden sisäisiä suuntaviivoja, joissa todettiin muun muassa,

⁹⁰ *Volkswagen*, kohta 60.

⁹¹ Asia T-62/98, *Volkswagen v komissio I*, kohta 236.

⁹² *Volkswagen*, kohta 71. Toimenpiteiden päämäärä vahvistettiin jälleenmyyjien komitean kokouksissa.

⁹³ *Volkswagen*, kohta 73.

⁹⁴ *Volkswagen*, kohta 74.

⁹⁵ *Volkswagen*, kohdat 94–96.

⁹⁶ *Yamaha*, kohta 66.

että jakelijan tulee noudattaa suositeltuja jälleenmyyntihintoja, jotka ilmoitetaan Yamaha Music Beneluxin⁹⁷ julkaisemassa hintalistassa. Yamaha Music Nederland hyödynsi myös kierto-
kirjeitä, joissa se totesi sulkevansa pois tietyt instrumentit, mikäli jakelija sallii alennukset,
jotka ylittävät 15 % listahinnoista.⁹⁸ Italiassa Yamaha käytti hintalistojen noudattamisen var-
mistamiseksi vakiosopimuksia, joissa määrättiin, että jakelijat eivät saa käyttää muita hintalis-
toja.⁹⁹ Itävallassa kolmen jakelijan kanssa tehty sopimus sisälsi suoraa määrähinnoittelua: so-
pimusmääräyksessä yksilöitiin kaava, jolla instrumenttien myyntihinta laskettiin, kun sanottuja
soittimia myytiin tietyille jakelijoille.¹⁰⁰

Komissio tyytyi asian oikeudellisessa arvioinnissa jälleen viittaamaan vakiintuneeseen oikeus-
käytäntöön, jonka mukaan tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen tosiasiallisten
vaikutusten arviointi yksittäistapauksessa on tarpeetonta. Tarkastellessaan jälleenmyyntihinto-
jen määräämiseen liittyvää menettelyä, komissio keskittyi ennen kaikkea tarkastelemaan sopi-
muksiin sisältyviä määräyksiä ja niiden sanamuotoja.¹⁰¹ Euroopan tytäryhtiöiden ja Yamahan
virallisten jakelijoiden välisten sopimusten ja niistä seuraavien menettelyjen katsottiin olevan
tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia,¹⁰² ja vahingoittavan hintakilpailua, sillä hinnat olisivat
muutoin olleet erilaiset, riippumatta siitä, kuinka laajasti sopimusta todella noudatettiin.¹⁰³ Ko-
mission mukaan määräykset, joilla rajoitetaan hinnoittelun vapautta riistävät jakelijoilta mer-
kittävän kilpailukeinon, sillä hintakilpailun tarkoituksenahan on pitää hinnat mahdollisimman
alhaalla ja rohkaista kauppaa jäsenvaltioiden välillä, tehden mahdolliseksi optimaalisen resurs-
sien jakautumisen ja hyödyttären siten loppukuluttajia.¹⁰⁴

Komissio otti arvioinnissaan huomioon myös Yamahan markkinaosuuden, jonka se katsoi ole-
van keskimäärin 10 ja 20 %:n välillä. Tiettyjen tuotteiden osalta sen markkinaosuus Euroo-
passa on kuitenkin huomattavasti suurempi, jopa 40 %. Kansallisella tasolla sen

⁹⁷ Yamaha Benelux toimi Yamahan tuotteiden jakelijana Belgiassa, Luxemburgissa ja Alankomaissa.

⁹⁸ *Yamaha*, kohdat 68–70. Tällaista menettelyä voidaan pitää määrähinnoittelun epäsuorana muotona, kun suu-
rimman mahdollisen alennusprosentin määräämistä hyödyntären osoitetaan käänteisesti alhaisin sallittu myynti-
hinta.

⁹⁹ *Yamaha*, kohdat 72–76. Sittemmin Yamaha tosin sisällytti jakelusopimukseensa ehdon, jonka mukaan valtuu-
tetut jakelijat saavat itse määrätä vähittäiskaupassa veloittamansa hinnat. Tämän myönnytyksen tosiasiallinen
merkitys oli kuitenkin käytännössä olematon, sillä samassa sopimuksessa määrättiin, että ostaja sitoutuu olemaan
tuottamatta ilman Yamaha Musica Italian lupaa sellaista markkinointimateriaalia ja hintalistoja, jotka eroavat
vastaavista alkuperäisistä materiaaleista ja listoista. Edelleen Yamaha Musica Italia pidätti itsellään oikeuden ryh-
tyä kaikkiin tarvittaviin toimiin omien etujensa suojelemiseksi, ja näin ollen jakelijoiden uskottiin noudattavan
hintoja raskaiden sanktioiden uhalla.

¹⁰⁰ *Yamaha*, kohta 81.

¹⁰¹ Ks. esimerkiksi *Yamaha*, kohta 124, kohta 133 ja kohta 146.

¹⁰² *Yamaha*, kohta 88 ja kohta 135.

¹⁰³ *Yamaha*, kohdat 126–127.

¹⁰⁴ *Yamaha*, kohta 151.

markkinaosuudet kohoavat tätäkin korkeammalle, esimerkiksi Italiassa sähköurkujen osalta markkinaosuus on 70–80 % ja sähköpianojen markkinoilla Ranskassa 50–60 %.¹⁰⁵ Perustuen näihin suhteellisen merkittäviin markkinaosuuksiin komissio katsoi, että menettelyjen kilpailua rajoittava vaikutus oli huomattava.¹⁰⁶ Komission mukaan kyseessä olevien menettelyjen vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan oli niin ikään huomattava, ottaen huomioon sanotun markkina-aseman sekä sopimusten sisältämät vakavimpiin kilpailunrajoituksiin lukeutuvat menettelyt.¹⁰⁷ Mitä tulee SEUT 101 artiklan 3 kohdan poikkeussäännöksen soveltamiseen, komissio totesi, että koska edellä kuvatut määrähinnoittelumenettelyt ovat vakavimpiin kilpailunrajoituksiin vertikaalisessa ryhmäpoikkeusasetuksessa ryhmiteltyjä toimia, ei 101 artiklan 3 kohdan mukaista poikkeamaa sovelleta.¹⁰⁸

3.2.6 *Asus, Denon & Marantz, Philips ja Pioneer*

Vasta vajaan kahdenkymmenen vuoden kuluttua edellisistä määrähinnoittelua koskevista ratkaisuksista komissio antoi seuraavat ratkaisunsa vuonna 2018.¹⁰⁹ Kyse oli neljän ratkaisun kokonaisuudesta, jossa tehtyjen päätösten kohteina olivat elektroniikkavalmistajat Asus, Denon & Marantz, Philips ja Pioneer. Näiden valmistajien verkkokauppajälleenmyyjien tiloihin suoritettiin vuosien 2013 ja 2015 välillä ennalta ilmoittamatta tarkastukset, joissa ilmeni tosiseikastoiltaan varsin yhteneväisiä rikkomusmenettelyjä. Näihin toimintoihin kohdistunut komission oikeudellinen arviointi ja ratkaisujen lopputulokset ovat niin ikään lähes identtiset, ja siksi käsitellenkin kaikki neljä tapausta saman luvun puitteissa.

Edellä mainittujen elektroniikkavalmistajien tytäryhtiöt eri puolilla Eurooppaa määräsivät tuotteidensa jälleenmyyntihinnat esimerkiksi hintalistoja hyödyntäen ja suorittivat säännöllisiä toimia jakelijoidensa asettamien jälleenmyyntihintojen valvomiseksi ja sen varmistamiseksi, että jälleenmyyjät sopimuksen mukaan nostavat hintojaan.¹¹⁰ Tällainen mukautuminen

¹⁰⁵ *Yamaha*, kohta 152

¹⁰⁶ *Yamaha*, kohta 154.

¹⁰⁷ *Yamaha*, kohta 164.

¹⁰⁸ *Yamaha*, kohta 174.

¹⁰⁹ Tämän on yleisesti katsottu ilmentävän komission lisääntyntä kiinnostusta vertikaalitason sopimuksiin ja niiden sisältämien rajoitusten arviointiin.

¹¹⁰ Kaikissa tapauksissa käytettiin apuna hintojen automaattista monitorointia, joilla hintatason noudattamista verkkokaupassa on helppo valvoa. Hintojen valvominen erilaisia ohjelmistoja apuna käyttäen on yksi nykyiselle verkkokauppaympäristölle luonteenomaisista piirteistä, joka tuo uudenlaisia aspekteja myös jälleenmyyntihinnan määrittämisen arviointikenttään. Esimerkiksi vuonna 2017 julkaistun verkkokauppaa koskevan toimialaselvityksen loppuraportin mukaan noin 18 % vastanneista jälleenmyyjistä ilmoitti valmistajien valvovan näiden jälleenmyyntihintoja, ja 30 % valmistajista kertoi järjestelmällisesti tarkkailevansa tuotteidensa myyntihintoja. Valvontaa toteutetaan toki fyysisessäkin kaupassa, mutta yhä enenevässä määrin hyödyntäen tietokoneohjelmia, joiden

saavutettiin kohdistamalla kaupallista painetta niihin jälleenmyyjiin, jotka hinnoittelivat matalimmin. Joissakin tapauksessa niihin myyjiin, jotka eivät mukautuneet asetettuihin hintatasoihin, kohdistettiin negatiivisia vastatoimia.¹¹¹ Komissio katsoi kaikissa tapauksissa menettelyn välittömänä tarkoituksena olleen hintatason asettaminen tai nostaminen korkeammaksi, kuin mitä se olisi, jos jälleenmyyjät olisivat itsenäisesti saaneet päättää myyntihintansa.¹¹² Hintakilpailun vahingoittamiseen vedoten se katsoi menettelyn laittomaksi SEUT 101 artiklan 1 kohdan nojalla ja totesi, etteivät SEUT 101 artiklan 3 kohdan poikkeamisedellytykset eivät täytyneet näissäkään tapauksissa.¹¹³

3.2.7 *Guess*

Vuonna 2018 komissio antoi ratkaisun, jossa tarkastelun kohteena muun ohella oli vaatteita suunnittelevan, markkinoivan ja jakelevan Guess-konsernin jakelijoidensa kanssa tekemät sopimukset, joihin sisältyi myös määrähinnoittelua koskevia määräyksiä.¹¹⁴ Kuten aikaisemminkin, komissio totesi määrähinnoittelun olevan osa niin vakavia, tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia menettelyjä, ettei sen vaikutuksia tarvitse arvioida.¹¹⁵ Komissio ei liioin pitänyt Guessin vetoamista tuotteidensa tuotekuvan suojaamiseen menettelyn perusteena uskottavana, vaan totesi, ettei määrähinnoittelu tässäkään tapauksessa ollut välttämätöntä tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseksi ja katsoi, etteivät SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytykset täyty.¹¹⁶

avulla poikkeamat hintatasossa voidaan havaita sekunneissa. *Final report on the E-commerce Sector Inquiry* 2017, kohdat 575–576.

¹¹¹ Esimerkiksi Pioneerin tapauksessa puuttuminen jälleenmyyjien hinnoittelutoimintaan toteutettiin ensinnäkin käyttämällä valitusjärjestelmää, jossa jälleenmyyjät ilmoittivat ne myyjät, jotka eivät noudattaneet määräyksiä, ja toiseksi kohdistamalla näihin ennakkollista valvontaa hyödyntämällä sarjanumeroihin perustuvaa seurantaa, joka mahdollisti matalammin hinnoittelevan jälleenmyyjän tunnistamisen. *Pioneer*, kohta xx. Kostotoimenpiteenä hintapolitiikkoja vastustavia jälleenmyyjä kohtaan Asus uhkasi evätä näiltä valtuuden käyttää Asuksen logoa verkkomyynnissään. *Asus*, kohta 51. *Denon & Marantz* taas palkitsi rahallisilla eduilla ne jälleenmyyjät, jotka mukautuivat minimihintatasoihin. *Denon & Marantz*, kohta 52.

¹¹² Ks. esimerkiksi *Denon & Marantz*, kohta 87.

¹¹³ Ks. esimerkiksi *Philips*, kohta 72 ja *Pioneer*, kohta 165. Komissio perusteli SEUT 101 artiklan 3 kohdan soveltumattomuutta sillä, ettei se katsonut menettelyn olleen välttämätöntä vapaamatkustamisen aiheuttamien vaikutusten välttämiseksi.

¹¹⁴ *Guess*, kohdat 84–88. Koko ETA-alueen laajuisesti sovelletuissa yleisissä myyntiehdoissa Guess Europan edellytettiin hyödyntävän ”suositeltujen hintojen listaa” myyntihintojen asettamiseksi tuotteilleen. Tätä perusteltiin tuotemerkin yhtenäistämisen tavoitteella. Guess Europe valvoi hintojen noudattamista ja pyrki vaikuttamaan niihin jakelijoihin, jotka eivät mukauttaneet hintojaan, jotta nämä korjaisivat hintatasonsa taulukoiden mukaiseksi.

¹¹⁵ *Guess*, kohta 110 ja kohdat 136–137.

¹¹⁶ *Guess*, kohta 164.

3.3 Määrä hinnoittelu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä

Euroopan unionin tuomioistuimen määrä hinnoittelua koskeva oikeuskäytäntö on suhteellisen vähäistä. Jo edellä luvussa 2.3 esitetyllä tavalla unionin tuomioistuin on sivunnut eräissä tuomioissaan myös määrä hinnoittelua koskevia sopimusmääräyksiä todeten, että ne ovat luonteeltaan kilpailua rajoittavia ja siten kiellettyjä ilman tarvetta syvällisempään vaikutusten tarkasteluun.¹¹⁷ Euroopan komissio ja unionin tuomioistuin ovat määrä hinnoittelun osalta pitäneet yhtenäistä linjaa, ja komission edellä kuvatut määrä hinnoittelua koskevat päätökset ovatkin saaneet unionin tuomioistuimen tuen, lukuun ottamatta *JCB*- ja *Volkswagen*-ratkaisuja, joiden osalta tuomioistuin kumosi komission päätökset katsoen, ettei se ollut esittänyt riittävää näyttöä määrä hinnoittelusopimuksen olemassaolosta.

JCB nosti komission ratkaisun jälkeen kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, ja vaati asiassa tehdyn päätöksen kumoamista vedoten muun muassa siihen, ettei oman näkemyksensä mukaan ollut syyllistynyt jälleenmyyntihintojen vahvistamiseen.¹¹⁸ Tuomioistuin antoi tuomionsa asiassa 13.1.2004 keskittyen arvioinnissaan tarkastelemaan sopimusasiakirjojen muotoa ja sisältöä, ja totesi, etteivät ne sellaisenaan riittäneet osoittamaan, että vähittäismyyntihinnat olisi vahvistettu.¹¹⁹ Tuomioistuimen mukaan asiakirjat eivät ilmentäneet ankaran sääntöjärjestelmän soveltamista vähittäismyyntihintoihin. Ranskalaisten jälleenmyyjien osalta oikeus niin ikään katsoi, etteivät todisteiksi hyväksytyt hintojen yhdenmukaistamista koskevat faksit oikeuttaneet katsomaan, että vähittäismyyntihinnat olisi järjestelmällisesti määrätty.¹²⁰ Yhteisöjen tuomioistuin piti ensimmäisen asteen tuomioistuimen tuomion määrä hinnoittelua koskevilta osilta ennallaan, ja kumosi siten komission näkemyksen *JCB*:n hyödyntämien sopimusmääräysten määrä hinnoitteluluonteesta.¹²¹

Volkswagen-ratkaisun osalta yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi komission asiassa antaman ratkaisun.¹²² Oikeus lausui 3.12.2003 antamassaan tuomiossa muun muassa, että komissio on tulkinnut väärin oikeuskäytäntöä, johon nojautuen se väittää, ettei ole tarpeen tarkastella jakelijoiden valmistajien kehotuksia koskevaa hyväksyntää.¹²³ Tilanne, jossa yritys yksipuolisia toimenpiteitä toteuttaen, ilman toisen yrityksen nimenomaista tai

¹¹⁷ Ks. *Pronuptia*, kohta 25 ja *SA Binon*, kohta 44.

¹¹⁸ Asia T-67/01 *JCB Service*.

¹¹⁹ *JCB Service*, kohta 126 ja kohta 128.

¹²⁰ *JCB Service*, kohta 129.

¹²¹ Asia C-167/04 P *JCB Service v komissio*.

¹²² Asia T-208/01 *Volkswagen v komissio II*.

¹²³ *Volkswagen v komissio II*, kohta 35.

hiljaista osallistumista, ei kuulu SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, toisin kuin sellaiset tilanteet, jotka ainoastaan *vaikuttavat* yksipuolisilta. Nämä yksipuolisilta vaikuttavat toimenpiteet katsotaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisiksi sopimuksiksi, ja siten perussopimuksen kohta soveltuu niihin. Komission ensisijaisena perusteena kyseessä olevan sopimuksen kilpailua rajoittavalle luonteelle oli se, että jälleenmyyjät hyväksyivät hiljaisesti riidanalaisen jakelupolitiikan jälleenmyyntisopimuksen allekirjoituksin.¹²⁴ Tuomioistuin katsoi kuitenkin, ettei komissio ollut esittänyt riittävää näyttöä niin sanotusta yhteisestä tahdosta kantajana olevan valmistajan ja sen jälleenmyyjien välillä. Näin ollen oikeus kumosi komission asiassa antaman ratkaisun.¹²⁵

3.4 Havaintoja Euroopan unionin käytännössä lausutuista seikoista

Edellä esitetyt Euroopan komission päätökset ja unionin tuomioistuinten päätökset ovat ratkaisuja jopa kolmen eri vertikaalisopimusten ryhmäpoikkeuksen ajalta. Vaikka kunkin tapauksen tausta ja tosiseikasto muodostuvat erilaisista elementeistä, katson ratkaisujen ja erityisesti päätösten perustelujen olevan keskenään hyvin samankaltaisia. Komissio ei ole näissä ratkaisuissa eikä liioin koko määrähinnoittelua koskevassa ratkaisukäytännössään kertaakaan katsonut määrähinnoittelun olevan sallittua.¹²⁶ Edellä esiin tuodut komission ratkaisut heijastavat selkeästi ja johdonmukaisesti unionin oikeuskäytännössä todettua kantaa määrähinnoittelusta luonteensa perusteella, tarkoitukseltaan, haitallisena ja kilpailua rajoittavana menettelyinä, jonka tosiasiallisia vaikutuksia ei ole tarpeen tarkastella.

Nähdäkseni ongelmallista erityisesti edellä luvussa 3.1 esitettyjä komission julkilausumia tavoitteita vasten on, etteivät edellä esitettyjen ratkaisujen perustelut ilmennä sellaista taloudellisen tosiseikaston tarkastelua, jossa huomioon otettaisiin se markkinaympäristö ja ne olosuhteet, joissa rikkomukset ovat tapahtuneet. Osassa ratkaisuja on esitetty tietoa kyseessä olevien yritysten markkinaosuuksista, mutta yhdessäkään tapauksessa ratkaisun perusteluissa ei ole otettu kantaa sanotun markkinaosuuden vaikutukseen lopputuloksen arvioinnissa, vaan lausumat ovat jääneet merkitykseltään lähinnä maininnan asteelle.

¹²⁴ *Volkswagen v komissio II*, kohta 39.

¹²⁵ *Volkswagen v komissio II*, kohta 68. Unionin tuomioistuin piti ensimmäisen asteen tuomioistuimen ennallaan, ks. asia C-74/04 P *komissio v Volkswagen*.

¹²⁶ *Buttigieg* 2010, s. 402.

On huomattava, että tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten arviointi eroaa vaikutukseen perustuvien rajoitusten arvioinnista. Se koostuu edellä esitetyllä tavalla melko kaavamaisesti kolmesta eri osatekijästä: sopimuksen sisällön, sen tarkoituksen ja sen soveltamiseen liittyvän oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden huomioon ottamisesta. Tätä vasten on ymmärrettävää, että komissio ja unionin tuomioistuin ovat arvioinnissaan keskittyneet ennen kaikkea käsillä olevien sopimusten muodolliseen arviointiin. Katson edellä kuvattujen ratkaisujen olevan kuitenkin korostetun suoraviivaisia ja keskittyvän sopimusten ja menettelytapojen pinta-alueeseen tarkasteluun. Niissä nojaututaan menettelyn vakiintuneeseen asemaan osana kilpailua tarkoitukseltaan rajoittavien menettelyjen ryhmää, eikä mahdollisten tehokkuusetujen arvioinnille tai liioin markkinaympäristön tarkastelulle vaikuta olevan sijaa. Käytäntö näyttäytyy ristiriitaisena ottaen huomioon komission tavoitteet pyrkiä taloudellisempaan, tosiasiallisiin vaikutuksiin perustuvaan vertikaalisopimusten arviointiin.

Kiintoisan elementin tapausten tarkasteluun tuo myös se muutos markkinaympäristössä, jonka verkkokaupan eksponentiaalinen kasvu on saanut aikaan. Nykyisessä ryhmäpoikkeusasetuksessa tunnustetaan uutena merkittävänä ilmiönä verkkokaupan räjähdysmäisen kasvun vaikutukset vertikaalirajoitusten käyttöön ja arviointiin, mutta katson edellä esitetyistä ratkaisuksista heijastuvan käytännön vaikutuksen olevan vain vähäinen.¹²⁷ Vaikka komission elektroniikkavalmistajia koskevat ratkaisut olivat ensimmäiset laatuaan sitten 2000-luvun alun ja vaikka menettely sijoittui verkkokauppaympäristöön, jonka merkittävin kasvu ja kehitys on saanut pääasiassa sijaa vasta 2010-luvulla, ratkaisu ja sen oikeudelliset perustelut eivät juuri eroa esimerkiksi vuoden 2003 *Yamaha*-ratkaisusta.

Nähdäkseni elektroniikkavalmistajia koskevat ratkaisut edustavatkin esimerkiksi *Yamaha*-päättökseen verrattuna peräti kapeampaa perustelulinjaa: komissio ei esimerkiksi ottanut kantaa yritysten markkinaosuuksiin tai muutoinkaan toimijoiden asemaan merkityksellisillä markkinoilla. Uutena huomiona komissio katsoi hintojen valvontaan ja mukauttamiseen käytettävien ohjelmistojen moninkertaistavan hintoihin vaikuttamisen,¹²⁸ mutta muutoin se päätyi nojautumaan jo edellä esitettyihin perusteluihin toteamalla, että määrähinnoittelua sisältävä menettely kuuluu niihin käytäntöihin, jotka jo luonteensa puolesta paljastavat niin riittävän kilpailuhaitan asteen, että toiminnan todellisten vaikutusten arviointi on tarpeetonta.¹²⁹

¹²⁷ Ks. esimerkiksi *Simon* 2010, s. 311.

¹²⁸ Ks. esimerkiksi *Philips*, kohta 64.

¹²⁹ *Asus*, kohta 106; *Denon & Marantz*, kohta 91; *Philips*, kohta 63 ja *Pioneer*, kohta 154.

Niin ikään SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisen yksittäispoikkeuksen mahdollisuus on suljettu pois kussakin ratkaisussa. Sekä Hennessy että Editions Nathan pyrkivät puolustamaan menettelyään tuotemerkkiin liittyvän tuotekuvan suojaamisella ja elektroniikkavalmistajat vetosivat määrähinnoittelun käyttämiseen vapaamatkustajuuden estämisessä. Niin vapaamatkustajuuden estäminen kuin tuotekuvan suojaaminen mainitaan mahdollisina tehokkuuspuoluksina vertikaalisten rajoitusten käyttämiselle,¹³⁰ mutta edellä kuvatuissa ratkaisuisa nämä tehokkuusedut on katsottu voitavan saavuttaa osapuolten vapautta ja kuluttajien hyvinvointia vähemmän rajoittavin keinoin. Vaikka komissio on vertikaalisissa suuntaviivoissa hyväksynyt, että määrähinnoitteluun voi liittyä kilpailun kannalta myönteisiä vaikutuksia, ei se käytännössä vaikuta olevan halukas luopumaan vakiintuneesta, muodollisen jäykästä linjastaan.

Edellä esitetyn valossa katson, etteivät komission ryhmäpoikkeussääntelyn uudistamisen yhteydessä julkilausumat sitkeät pyrkimykset menettelyjen joustavampaan arviointiin ole toteutuneet käytännössä, ja että *Leegin*-ratkaisun synnyttämän keskustelun tosiasiallinen vaikutus nyt voimassa olevaan ryhmäpoikkeussääntelyyn ja erityisesti määrähinnoittelumenettelyn arviointiin oli siis lopulta – monien pettymykseksi¹³¹ – hyvin vähäinen.

Yhtäältä pitäytymistä nykyisenkaltaisessa tiukassa määrähinnoittelun sääntelyssä on perusteltu vedoten eroihin Yhdysvaltain *per se* -laittomuuden ja Euroopan unionin tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen luonteissa. Vaikka määrähinnoittelun arviointi meilläkin näyttäytyy edellä kuvatulla tavalla muodollisena ja varsin joustamattomana, ei kyse ole Yhdysvaltain kaltaisesta absoluuttisesta laittomuusolettamasta, sillä SEUT 101 artiklan 3 kohta mahdollistaa jo edellä esitetyllä tavalla aina vetoamisen menettelyn tehokkuusetiin. Tämän eroavaisuuden on kuitenkin katsottu todellisuudessa olevan lähinnä näennäinen.¹³² Edellä esitetyt tapaukset konkretisoivat katsoakseni tehokkaasti sitä näkemystä, että nykysääntelyn ja määrähinnoittelua koskevan vakiintuneen käytännön nojalla menettelyn tehokkuutta luoviin vaikutuksiin vetoaminen SEUT 101 artiklan 3 kohdan nojalla vaikuttaa olevan tosiasiasa mahdollisuutena vain teoreettinen.¹³³

Toisaalta on katsottu, että Yhdysvalloissa tapahtunut oikeuskäytännön kehitys ei ylipäänsä sovellu Euroopan unionin kilpailuoikeudelliseen järjestelmään, ja että komissio teki oikein

¹³⁰ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 107.

¹³¹ Ks. esimerkiksi *Simon* 2010, s. 312 ja *Reindl* 2011, s. 1331.

¹³² Ks. esimerkiksi *Jones* 2010, s. 783–817.

¹³³ *Jones – Sufirin – Dunne* 2019 s. 216.

jättäessään nykyisen vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen sääntelyn yhteydessä arvioimatta mahdollisuuden siirtää määrä hinnoittelu pois vakavimpien kilpailunrajoitusten ryhmästä.¹³⁴ Tätä on perusteltu esimerkiksi vedoten siihen seikkaan, että unionin oikeuskäytännössä ei ole tapauksia, joissa määrä hinnoitteluun liittyviä positiivisia kilpailuvaikutuksia olisi tunnistettu.

Näkemyks herättää kuitenkin mielestäni kiinnostavan kysymyksen syiden ja seurausten välisestä suhteesta: olisiko tapausten kirjo erilainen, jos ensinnäkin menettelyyn kohdistuvaa laittomuusolettamaa hellitettäisiin ja yritykset siten uskaltaisivat toteuttaa harmittomiksi katsomiin määrä hinnoittelujärjestelyjä, ja toisaalta, jos sääntelyn tulkinta tosiasiasa olisi komission tavoitteiden mukaisesti vaikutusperusteisempaa ja ottaisi tosiasiallisesti huomioon tapauskohtaiset oikeudelliset ja taloudelliset olosuhteet. Käytännössä horjuttamattomalta vaikuttava oletama menettelyn SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisesta laittomuudesta ja vastaavasti sen heikoista mahdollisuuksista nauttia SEUT 101 artiklan 3 kohdan suomasta poikkeuksesta tekee määrä hinnoitteluun ryhtymisestä varsin riskialtista, sakonuhkaista kamppailua menettelyyn torjuvaa suhtautumista ilmentävää sääntelyä ja oikeuskäytäntöä vastaan. Edelleen määrä hinnoittelun mahdollisiin vaikutuksiin liittyvä epä tietoisuus on nähdäkseni omiaan pitämään oikeustilan muuttumattomana.

¹³⁴ *Simon* 2010, s. 312.

4 MÄÄRÄHINNOITTELUUN LIITETYT VAIKUTUKSET KÄYTÄNNÖSSÄ – KRIITTINEN KESKUSTELU JA JULKAISTU EMPIIRINEN TUTKIMUS

Määrä hinnoittelun sääntely ja arviointi Euroopan unionin kilpailuoikeudellisessa järjestelmässä on nykytilassaan edellä esitetyllä tavalla verrattain joustamatonta. Erityisesti komissio vaikuttaa olevan taipuvainen melko yksiulotteisesti nojautumaan vakiintuneeseen määrä hinnoittelua koskevaan laittomuusolettamaan, ja edelleen sen ratkaisukäytäntö ilmentää torjuvaa suhtautumista määrä hinnoittelun puolustukseksi esitettyihin tehokkuusselityksiin. Nykyinen oikeustila onkin herättänyt vastustusta muun muassa niissä toimijoissa, jotka eivät katso päätöskäytännön riittävällä tavalla ilmentävän jo edellä kuvattuja komission pyrkimyksiä kohti vertikaalisopimusten käytännönläheisempää arviointia.

Edellä esitettyjen huomioiden valossa katson välttämättömäksi tarkastella syvällisemmin niitä vaikutuksia, niin kilpailua rajoittavia kuin sitä edistäviä, joita määrä hinnoitteluun vakiintuneesti on katsottu liittyvän. Erilaisia määrä hinnoitteluun mahdollisesti liittyviä vaikutuksia on esitetty kirjallisuudessa jo vuosikymmenten ajan, mutta nähdäkseni määrä hinnoittelun nykytilaisen arvioinnin ja menettelyn vaikutusten välisen suhteen sekä siitä mahdollisesti seuraavien muutostarpeiden hahmottaminen edellyttää erisuuntaisten vaikutusten kokoamista yhteen, järjestelmällisesti muodostettuun tarkasteluun. Euroopan unionissa tehtyjen haastattelututkimusten mukaan määrä hinnoittelua käyttävien toimijoiden määrä vähenee jatkuvasti¹³⁵, mikä vaikuttaa osaltaan myös empiiriseen tutkimukseen. Se on aihetta koskien edelleen vähäistä, joskin nähdäkseni tehokkaasti menettelyn kokonaisvaikutuksia havainnollistavaa.

4.1 Jälleenmyyntihinnan määräämisen kilpailua rajoittavat vaikutukset

Vertikaalisissa suuntaviivoissa yksilöidään ne määrä hinnoitteluun mahdollisesti liittyvät seuraukset, jotka voivat vaikuttaa kilpailuun sitä rajoittaen. Suuntaviivojen 224 kohdassa esitetään seitsemän mahdollista kilpailunrajoitusvaikutusta.¹³⁶ Tarkastelen seuraavassa näitä vaikutuksia ja niihin liittyvää tutkimusta sekä sitä mahdollista empiiristä näyttöä, jota vaikutusten täsmällisemmistä ilmenemismuodoista ja -olosuhteista on esitetty.

¹³⁵ *Evaluation Support Study* 2020, s. 87.

¹³⁶ Vertikaalisissa suuntaviivoissa esitetyt kilpailunrajoitusvaikutukset on esitetty tiiviisti edellä tämän tutkimuksen luvussa 2.3.

4.1.1 Hintojen nousu jälleenmyyntihinnan määräämisen välittömänä vaikutuksena

Määrä hinnoittelun kenties selkeimpänä, välittömänä vaikutuksena katsotaan olevan sen hintoja korottava vaikutus: menettelyn seurauksena tietyn tuotemerkin tuotteiden hinnat nousevat, kun jakelijoita kielletään alentamasta kyseisen tuotemerkin myyntihintoja. Tämän määrä hinnoitteluun suoraan kytkeytyvän vaikutuksen voidaankin katsoa olevan luonnollinen ja välttämätön seuraus onnistuneesta määrä hinnoitteluehdon täytäntöönpanosta. Ilman hintoja korottavaa vaikutustahan menettely ei saavuttaisi tavoitettaan ja jäisi siten tehottomaksi.

Tietyn valmistajan hyödyntämän määrä hinnoittelun hintoja nostava vaikutus sanotun toimijan tuotteiden hintoihin ei kuitenkaan itsessään välttämättä osoita määrä hinnoittelun haitallisuutta – keskeisempiä ovat menettelyn vaikutukset yleisemmin hintoihin sanottujen tuotteiden olennaisilla markkinoilla.¹³⁷ Jos tuotteita, joiden hinnat nousevat, jakelee yritys, jolla ei ole mainittavaa markkinaosuutta, ei tällä ole katsottu juurikaan olevan vaikutusta markkinoiden kokonaishintoihin ja tällöin kuluttajat voivat hyödyntää markkinoilla olevia vaihtoehtoisia tuotteita.¹³⁸ Näin ollen tietyn tuotemerkin tuotteiden hintojen nousun ei pitäisi merkittävästi vaikuttaa kuluttajien kokonaishyvinvointiin, sillä he pystyvät edelleen turvautumaan kallista tuotetta vastaavaan, hinnaltaan edullisempaan tuotteeseen.

Osa asiantuntijoista katsoo, ettei hintojen nousu välttämättä merkitse kuluttajien hyvinvoinnin laskua, sillä hintojen nousu voi vastaavasti parantaa tuotteen arvoa ja siten tarjota kuluttajille muunlaista kuin alhaisiin hintoihin perustuvaa etua.¹³⁹ Edellä luvussa 3 esitetty komission ratkaisukäytäntö näyttää tukeutuvan ennen kaikkea määrä hinnoittelun hintakilpailua vahingoittavaan vaikutukseen perusteena menettelyn laittomaksi tuomitsemiselle. Tämä komission näkökanta on katsoakseni ymmärrettävä ottaen huomioon hintakilpailulle Euroopan unionissa vakiintuneesti asetetun painoarvon. Toisaalta unionin oikeuskäytännössä on tunnustettu se seikka, ettei hintakilpailu kaikissa olosuhteissa ole ehdottoman ensisijainen kilpailun muoto.¹⁴⁰ Edelleen on kuitenkin kysyttävä, miten arvioitaisiin määrä hinnoittelua sellaisessa tulkintaympäristössä, jossa hintakilpailun asema ei ole vastaavalla tavalla ylivoimainen kuin nykykontekstissa.

¹³⁷ Tarkemmin tätä seikkaa ovat analysoineet esimerkiksi *Botteman – Kuilwijk* 2010. He katsovat, ettei yksittäisen tuotemerkin hintojen nousu riitä osoittamaan haitallisia kuluttajavaikutuksia.

¹³⁸ *Haziroglu – Gökatalay* 2015, s. 4–5.

¹³⁹ *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, Yhdysvaltojen lausunto, s. 214–216.

¹⁴⁰ *Asia 26-27 Metro*, kohta 21, jossa lausuttiin, että hintakilpailua ei kaikissa olosuhteissa tule pitää ehdottoman ensisijaisena, sillä se ei ole ainoa toimivan kilpailun muoto, vaikka se vakiintuneesti onkin niin tärkeä kilpailun osa-alue, ettei sitä kokonaan voida poistaa.

Taloustieteessä määrähinnoittelun yhteydessä esitetty niin sanottu *palveluargumentti* ottaa kantaa myös määrähinnoittelun hintavaikutuksiin.¹⁴¹ Palveluteoria perustuu siihen lähtökohtaan, että tuotteiden kysyntään vaikuttavat hinnan lisäksi muutkin tekijät, esimerkiksi tuotteiden myyntipisteiden sijainti, asiakkaille tarjottava informaatio ja vähittäismyyjien asiantuntemus sekä toimet myynnin edistämiseksi. Kun hintoja nostetaan, se vaikuttaa usein nostavasti myös muihin kysynnän tekijöihin.¹⁴² Tässä mallissa myytyjen tuotteiden määrän katsotaan määräytyvän käänteisesti myyntihintojen suhteessa ja suoraan myytyjen palvelujen suhteessa.¹⁴³

Korkeamman vähittäismyyntikatteen suojaaminen nostaa kunkin vähittäiskauppiaan saamaa marginaalihyötyä, jonka nämä ansaitsevat houkuttelemalla uusia asiakkaita tarjoamalla palveluita, ja siten lisää kunkin jälleenmyyjän tarjoamien palvelujen määrää.¹⁴⁴ Tämän selityksen kattamat palvelut ovat kuitenkin tiettyyn tuotteeseen erityisesti liittyviä palveluja, eivätkä siis liity jakelijoiden yleiseen liiketoimintaan, kuten siihen, tarjoavatko he asiakkailleen mukavan ilmapiirin tai esimerkiksi tuotteiden kotiinkuljetuksen. Tällaiseen yleiseen liiketoimintaan liittyen ei jälleenmyyntihinnan ylläpitämistä ole tarpeen suojata myymällä tuotteet yhdessä palvelujen kanssa.¹⁴⁵

Palveluteoriaan on kuitenkin katsottu liittyvän tiettyjä seikkoja, jotka rajaavat sen käytön mahdollisuuksia. Jotta hintojen nousua voitaisiin pitää muilla kysynnän tekijöillä, kuten juuri tarjottavilla palveluilla, kompensoitavana, ei jälleenmyyjien tarjoaman informaation ja palvelujen merkitys kuluttajille saa olla ainoastaan vähäinen.¹⁴⁶ Tällainen palvelujen tuottama lisäarvo liittyy ennen kaikkea monimutkaisiin tuotteisiin ja tuotteisiin, jotka eivät kata valtaosaa myyjän myynneistä. Näin ollen hintojen nousun positiivinen vaikutus kuluttajien hyvinvointiin voisi liittyä ainoastaan esimerkiksi tiettyihin ylellisyustuotteisiin.¹⁴⁷ Vastaavasti niiden tuotteiden

¹⁴¹ Taloustieteilijä Lester Telser esitti palveluteorian määrähinnoitteluun liittyen jo vuonna 1960. Ks. *Telser* 1960, s. 89–96.

¹⁴² *Mathewson – Winter* 1998, s. 67.

¹⁴³ *Telser*, s. 90. Hypoteesi siis esittää, että kysyntä on K_0 , kun jakelijoiden tarjoamien palvelujen määrä on P_0 . Vastaavasti palvelujen tarjonnan kasvaessa ($P_1 > P_0$) siirtyy myös kysyntä käyrällä oikealle, K_1 .

¹⁴⁴ *Mathewson – Winter* 1998, s. 67. Tarjottavien palvelujen määrä lisääntyy, koska palvelujen tarjoamisesta saatava marginaalihyöty nousee, ei siis sen takia, että jälleenmyyjillä on lisää tuottoja käytettäväksi palveluihin.

¹⁴⁵ *Telser*, s. 89. Palveluteoria liittyy niin ikään kiinteästi jäljempänä luvussa 4.2.2 käsiteltävään vapaamatkustajaongelmaan, jonka mahdollisena ratkaisuna määrähinnoittelun käyttämistä perinteisesti pidetään.

¹⁴⁶ *Lao* 2008, s. 253–258.

¹⁴⁷ *Haziroglu – Gökatalay* 2015, s. 4. Tällöin kuluttajien nauttima hyötyvaikutus kasvaa lisääntyneiden palvelujen seurauksena.

osalta, joiden kysynnän hintajousto on suhteellisen matala, on tällainen korkeampia hintoja kompensoiva vaikutus epätodennäköisempi.¹⁴⁸

Edelleen palveluteorian pitävyyttä hintojen nousun oikeuttajana voidaan tarkastella erilaisten kuluttajien näkökulmasta. Tietyt kuluttajat ovat valmiita maksamaan tuotteesta korkeamman hinnan kuin toiset. Tällainen taloudellisesti tarkempi kuluttaja ei osta tuotteita enää, kun hinta nousee riittävän korkealle, kun taas toinen kuluttajatyyppejä arvostaa tuotteen muita ominaisuuksia sen hintaa enemmän, eikä hintojen nousu siksi vaikuta tähän kuluttajaan vastaavalla tavalla. Ongelmallista tässä tilanteessa palveluteorian kannalta on, että sanottu kuluttaja kantaa kustannukset niistä lisäpalveluista, jotka tässä mallissa kompensoivat kohonneita hintoja, vaikka ei itse edes näitä palveluja haluaisi hyödyntää.¹⁴⁹ Tätä näkemystä vasten on epävarmaa, aiheuttaako hintojen nousu ylipäänsä palvelujen tason parantumista, kun palvelut käytännössä jäävät tarpeettomiksi.

Kokoavasti katson, että hintojen nousu on yleisesti oikeus- ja taloustietelijöiden keskuudessa hyväksytty määrähinnoittelun välittömäksi vaikutukseksi.¹⁵⁰ Epäselvyyttä ei liene siitä, että jälleenmyyntihinnat nousevat määrähinnoittelun seurauksena korkeammalle, kuin silloin, jos toimijat saavat vapaasti määritellä hintatasonsa. Se, kuinka laajasti hintojen nousu on kuluttajien etuja haittaavaa, on kuitenkin kiistanalainen kysymys. Yleisesti voidaan katsoa, että se, miten merkittävästi hintojen nousu vaikuttaa kuluttajien hyvinvointiin, riippuu yhtäältä tuotetta myyvän yrityksen asemasta merkityksellisillä markkinoilla ja toisaalta kyseessä olevan tuotteen tarkemmasta luonteesta. Määrähinnoittelun aiheuttaman hintojen nousun tosiasiallisten vaikutusten arviointi on näin ollen sidoksissa tapauskohtaisiin olosuhteisiin, ja on mahdotonta yksiselitteisesti todeta vaikutusten olevan joko yksinomaan haitallisia tai hyödyllisiä.

¹⁴⁸ Kysynnän hintajoustolla tarkoitetaan tuotteen kysynnän suhteellista, prosentuaalista muutosta sen suhteellisen hinnan muuttuessa. Matala kysynnän hintajousto siis merkitsee sitä, että tuotteen hinnan nousun suhteellinen vaikutus tuotteen kysyntään on vähäinen.

¹⁴⁹ Muun muassa professori William S. Comanor on esittänyt tämän kuluttajien välillä esiintyvän eroavaisuuden pyrkiessään osoittamaan jälleenmyyntihinnan määrittämisen hintoja nostavan vaikutuksen haitallisuuden. *Comanor* 1985, s. 991–992.

¹⁵⁰ Ks. esimerkiksi *Gippini-Fournier* 2009, s. 5 ja *Briceño Moraia* 2010, s. 3. Vaikka määrähinnoittelun hintoja nostavaa vaikutusta pidetään yleisesti riidattomana, on esimerkiksi Andreas P. Reindl todennut, ettei jälleenmyyntihinnan määrääminen välttämättä nosta hintoja. *Reindl* 2011, s. 1319. Ks. myös *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, jossa kansalliset kilpailuasiantuntijat ovat jakaneet näkemyksiään muun muassa jälleenmyyntihinnan määräämiseen liittyvistä vaikutuksista. Yhdysvaltain edustajan esittämien näkemysten mukaan määrähinnoittelun hintoja nostava vaikutus voidaan estää tukkuhintoja alentamalla: toimittaja, joka hyödyntää määrähinnoittelua, pyrkii suojaamaan jakelijoidensa katteita – se voi saavuttaa tämän tavoitteen alentamalla tukkuhintojaan, kun sen tuotteisiin jakelijatasolla kohdistuu voimakas kilpailu. *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, s. 267.

4.1.2 Määrä hinnoittelu helpottaa kolluusiota ja heikentää tuotemerkkien sisäistä kilpailua eri tuotanto- ja jakeluportilla

Edelleen määrä hinnoittelun katsotaan voivan mahdollistaa erilaisia kilpailunvastaisen yhteistyön eli kolluusion muotoja niin alemmalla kuin ylemmällä liiketoiminnan portaalla. Ensinnäkin suuntaviivojen mukaan määrä hinnoittelu helpottaa toimittajien välistä kilpailunvastaista yhteistyötä lisäämällä hintojen läpinäkyvyyttä markkinoilla ja siten helpottaa sen havaitsemista, jos joku toimittajista poikkeaa tästä yhteistyöstä alentamalla hintojaan.¹⁵¹ Toiseksi määrä hinnoittelun kiellettyä yhteistoimintaa helpottava vaikutus näkyy suuntaviivojen mukaan jakeluportaan alemmalla tasolla, vähittäiskauppiaiden keskuudessa, sillä menettely poistaa tuotemerkin sisäistä hintakilpailua, mikä taas on omiaan helpottamaan kilpailunvastaista yhteistyötä jakeluportaalla.¹⁵² Jälleenmyyntihinnan määrääminen voi johtaa myös valmistajien ja/tai vähittäiskauppiaiden välisen kilpailun heikentymiseen. Suuntaviivojen mukaan vaikutus on todennäköinen erityisesti silloin, kun valmistajat käyttävät hyödykkeidensä jakeluun samaa jakelijaa ja kaikki tai monet valmistajat kohdistavat jakelijoihinsa määrä hinnoittelua.

Määrä hinnoittelun on ensinnäkin osoitettu helpottavan kolluusiota niin sanotussa epätäydellisen informaation tilanteessa. Kun valmistajat haluavat toimia keskenään, mutta eivät pysty suoraan valvomaan toistensa käytöstä, on niiden luotettava epäsuoraan näyttöön mahdollisiin poikkeamiin puuttumiseksi. Hinnat ovat yksi epäsuoran näytön muoto, mutta usein tämä informaatio on epätäydellistä. Vähittäismyyjien asettamiin hintoihin vaikuttavat paitsi valmistajien tukkuhintaluettelot myös muut tekijät, kuten paikalliset kysyntäsokit. Määrä hinnoittelu antaa valmistajille mahdollisuuden suurempaan vähittäismyyntihintojen kontrollointiin ja siten helpottaa poikkeamien havaitsemista. Asettamalla täysin kiinteät hinnat, valmistajat voivat täydellä varmuudella havaita poikkeamat niistä. Hyödyntäen hieman elastisempia hintarajoituksia, kuten vähimmäishintoja, voidaan rajoittaa hintojen joustavuutta ja sallia valmistajien ylläpitää korkeammat hinnat. *Jullien ja Rey* katsovat, että määrä hinnoittelu helpottaa kolluusiota erityisesti tällaisessa edellä kuvatussa tilanteessa, jossa kilpailijoiden hintojen epätäydellinen

¹⁵¹ Kun tällaiset ylätasen toimijat, valmistajat, hankkijat tai toimittajat, haluavat ryhtyä kiellettyyn, salaiseen yhteistoimintaan, voi tällaisia sopimuksia olla vaikea valvoa, sillä ne tehdään yksityisesti tukkukauppiaiden tai vähittäiskauppiaiden kanssa. Tällöin kilpailevia hintoja ei voida valvoa ja panna toimeen. Määrä hinnoittelun kiellettyä yhteistoimintaa eli kolluusiota helpottavan vaikutuksen on katsottu ilmenevän tällaisissa tilanteissa siten, että ylätasen yritykset voivat käyttää määrä hinnoittelua salaisen yhteistyön helpottajana, sillä menettelyn avulla saadaan näiden toimijoiden kontrolliin hintojen julkisesti havaittavissa olevat elementit. *Giovannetti – Stallibrass* 2009, s. 644.

¹⁵² Määrä hinnoittelun rooli alemman portaan kolluusiotilanteita helpottavana menettelynä perustuu argumenttiin, jonka mukaan, kun joukko vähittäiskauppiaita haluaa ryhtyä kiellettyyn yhteistoimintaan, nämä voivat suostutella valmistajan kohdistamaan määrä hinnoittelua helpottaakseen kartelliaan.

havaittavuus muodostaa pääasiallisen esteen poikkeamien havaitsemiselle.¹⁵³ Toisaalta määrähinnoittelun on osoitettu tässä tilanteessa olevan kolluusiota helpottavaa vain, jos kiinteät hinnat helpottavat huijaamisen tai poikkeamien havaitsemista, ja jos kolluusiosta odotettavissa olevat hyödyt syrjäyttävät kiinteiden hintojen aiheuttaman tehottomuuden.¹⁵⁴

4.1.2.1 Valmistajaportaan kolluusio – saksalainen kahvikartelli haittateorian tukena

Tarkasteltaessa määrähinnoittelun tehostavaa vaikutusta kielletyn yhteistoiminnan toteuttamisessa voidaan arvioinnin apuna hyödyntää muutamia tutkimuksia, jotka aiheesta on viime vuosina tehty. Koska Euroopan unionin oikeuskäytäntö vaikenee edellä esitetyn tavoin niistä tosiasiallisista vaikutuksista, joita määrähinnoittelu tapauskohtaisesti voi saada aikaan, voidaan johtoa hakea unionin jäsenvaltioissa annetuista jälleenmyyntihintojen määräämistä koskevista tuomioista ja menettelyn vaikutuksiin liittyvistä tutkimuksista.

Mielenkiintoisessa ja suhteellisen tuoreessa, vuonna 2019 julkaistussa, tutkimuksessa on tarkasteltu Saksan horisontaalisesti järjestäytyneiden kahvituottajien vertikaalisesti jakelijoidensa kanssa käyttämiä määrähinnoittelu- ja suodatinkahvien markkinoilla. Tutkimus osoittaa, että yläportaan käyttämä määrähinnoittelu helpotti sanottujen kahvituottajien välisen kollusivisen menettelyn onnistumista. Saksalainen kotiin ostettavien kahvituotteiden markkina on maailman toiseksi suurin, ja tutkimuksessa tarkastelu kohdistettiin neljään merkittävimpään suodatinkahvien päätuottajaan, joita ovat Tchibo, Melitta, Dallmayr ja Kraft. Näiden toimijoiden markkinaosuudet olivat keskimäärin 23 %, 11 %, 15 % ja 24 %.¹⁵⁵ Nämä tuottajat ryhtyivät keskenään yhteistoimintaan tehden sopimuksia, joilla pyrittiin nostamaan sekä tukkuhintoja että alempien jakeluportaiden noudattamia tuotteiden vähittäismyynnissä sovellettavia hylly- ja tarjoushintoja. Sanotun horisontaalisen kartellin jäsenten kesken vallitsi yksimielisyys siitä, että tukkuhintojen nousu on tärkeää vyöryttää niin ikään vähittäismyyntitasolle.

¹⁵³ *Jullien – Rey* 2007, s. 985. On kuitenkin huomattava, että Jullien ja Rey rajaavat näyttönsä määrähinnoittelun kolluusiota helpottavasta vaikutuksesta vain näihin esitettyihin olosuhteisiin. Muunlaisissa olosuhteissa määrähinnoittelu voi tätä vastoin vaikeuttaa kolluusion toteuttamista. Esimerkiksi vähittäismyynninä toimivien yritysten näkökulmasta hinnoittelumääräysten käyttäminen estää näitä hyödyntämästä paikallisia olosuhteita koskevaa informaatiota, mikä johtaisi monopolivoittojen epätasaiseen jakautumiseen. Tämä taas lisää kannustimia kolluusiosta poikkeamiselle. Ks. *Jullien – Rey* 2007, s. 992.

¹⁵⁴ Ks. *Jullien – Rey* 2007, s. 985. Heidän mukaansa siis markkinoilla, jotka ovat kartellien muodostumiselle otollisia, määrähinnoittelu aiheuttaa haittoja, koska siihen turvaudutaan vain, jos siitä seuraava hintojen nousu on riittävän suurta kompensoimaan valmistajia hintajoustavuuden vähenemisestä. On kuitenkin muistettava, että kaikki markkinaolosuhteet eivät tue kartellien muodostumista, ja tällaisilla markkinoilla määrähinnoittelullakaan ei katsota olevan sanottavaa vaikutusta kolluusion ylläpitämiselle. *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, s. 30.

¹⁵⁵ *Holler – Rickert* 2019, s. 7.

Horisontaalitason menettelyn lisäksi kukin kahvituottaja siis hyödynsi vertikaalitason sopimuksia vähittäiskauppioidensa kanssa.¹⁵⁶

Menettelyn alkuvaiheessa määrähinnoittelua toteutettiin ilman nimenomaisen sopimusmääräyksen hyödyntämistä, pyrkien ainoastaan epäsuorasti sovittamaan yhteen vähittäismyyntihintoja. Kun kartellin jäsenet sittemmin ottivat jälleenmyyntihinnan määräämisen uudelleen keinovalikoimaansa ja käyttivät menettelyn toimeenpanemiseen nimenomaisia sopimusehtoja, alkoivat hinnat vastaavasti nousta voimakkaammin.¹⁵⁷ Kahvituottajat käyttivät määrähinnoittelun toteuttamisessa ja valvomisessa verrattain perinteisiä keinoja. Kun ne olivat onnistuneet houkuttelemaan vähittäiskauppiansa noudattamaan asetettuja jälleenmyyntihintoja, valvottiin hintatasojen noudattamista järjestelmällisesti. Esimerkiksi Melitta tarkasti viikoittain, ettei yksikään sen myyjistä poikennut sovitetuista hinnoista enempää kuin 10–15 senttiä. Mikäli tällainen poikkeama katosi muutaman päivän kuluessa, ei asiaan puututtu, mutta jos puuttuminen tuli ajankohtaiseksi, Melitta käytti kaksivaiheista menettelyä. Ensin pyrittiin saavuttamaan yritysten välillä kollusiivista strategiaa koskeva yhteisymmärrys kuvaamalla ne vakavat seuraukset, jotka tulitaisiin kohdistamaan siihen alatasen yritykseen, joka ei mukaudu asetettuihin hintoihin.¹⁵⁸ Toisessa vaiheessa hyödynnettiin monimutkaista rahallisten kannustimien järjestelmää, joka sisälsi bonuksia oikean hinnan noudattamisesta ja vastaavasti mainosavustusten peruuttamista väriin hintojen soveltamisesta.¹⁵⁹

Kahvikartellia koskevan tutkimuksen mukaan keskimääräinen kartellin aikaansaama yliveloitustas suodatinkahvisegmentillä oli 8.33 %. Kun vertikaalisia rajoituksia alettiin edellä esitetyllä tavalla panna täytäntöön, nousi sanottu yliveloitus 15 %:iin.¹⁶⁰ Erityisesti ruuan markkinoilla Saksan liittovaltion kartelliviranomainen *Bundeskartellamt* on todennut, että tarkastellessaan, edellyttääkö vertikaalisia hinnanrajoituksia koskevat menettelyt toimenpiteitä on ruokasektorilla huomiota kiinnitettävä ennen kaikkea kyseessä olevien markkinoiden rakenteisiin, kuten valmistajan ja vähittäismyyjien asemaan markkinoilla sekä kyseessä olevan tuotteen ominaisuuksiin.¹⁶¹ Kahvituottajienkin tapauksessa keskeistä on kiinnittää huomiota suodatinkahvi-markkinoiden markkinarakenteeseen, jota voidaan luonnehtia oligopolistiseksi: verrattain

¹⁵⁶ Holler – Rickert 2019, s. 12.

¹⁵⁷ Holler – Rickert 2019, s. 11.

¹⁵⁸ Tottelemattomille yrityksille annettiin ensivaiheessa mahdollisuus kirjoittaa muille vähittäismyyjille kirje, jossa selitetään, että poikkeama oli joko kirjoitusvirhe tai ainoastaan virheellinen havainto. Holler – Rickert 2019, s. 12.

¹⁵⁹ Holler – Rickert 2019, s. 12–13.

¹⁶⁰ Holler – Rickert 2019, s. 4.

¹⁶¹ Guidance note on the prohibition of vertical price fixing in the brick-and-mortar food retail sector 2017, s. 31.

harvat yritykset ovat onnistuneet vakiinnuttamaan asemansa markkinalla. Nämä muutamat yritykset tuntevat toisensa ja kommunikoivat jatkuvasti keskenään erilaisissa tapaamisissa ja konferensseissa.¹⁶² Niin ikään kahviin tuotteena liittyy erityispiirteitä sen herkkyyden hinnanvaihteluille; pienikin hinnannousu voi johtaa kahvimerkkien markkinaosuuksien muuttumiseen viidellä tai jopa kymmenellä prosenttiyksiköllä.¹⁶³ Kysynnän hintajoustoa ei siis voi tämän tuotteen osalta kuvata erityisen matalaksi.

Edellä esitetty tutkimus määrähinnoittelun kartellitoimintaa tehostavasta vaikutuksesta ei ole ainoa laatuaan. Viime vuosina jälleenmyyntihinnan kolluusiota helpottavasta vaikutuksesta on raportoitu niin ikään muun muassa makeist tuotteiden, oluen ja suklaan markkinoilla.¹⁶⁴ Esimerkiksi juuri Saksan kansallinen kilpailuviranomainen on todennut kiinnostavansa erityistä huomiota menettelyihin, joissa hintoja asetetaan jakelijoiden ja vähittäiskauppiain välillä, kun tarkoituksena on jakelijoiden tai vähittäismyyjien välisen menettelyn yhtenäistäminen tai sen helpottaminen.¹⁶⁵ Edelleen esimerkiksi Puolassa vertikaalitasolla implementoitujen määrähinnoittelumääräysten on katsottu helpottaneen maalivalmistajien kolluusiota ja poistaneen vähittäismyyjätasolla kilpailun kokonaan.¹⁶⁶

4.1.2.2. Gallandin laki alemman portaan kolluusion tehostajana – *interlocking relationships*

Määrähinnoittelun vaikutuksista alemman jakeluportaan kiellettyä yhteistoimintaa helpottavana menettelynä on esitetty kiintoisaa empiiristä näyttöä Ranskassa vuonna 1997 voimaan tulleen, niin sanotun Gallandin lain (ranskaksi *la loi Galland*) vaikutuksista. Katson Gallandin lain vaikutuksia koskevan tutkimuksen olevan kiintoisa esitys määrähinnoittelun tosiasiallisista vaikutuksista sellaisissa tilanteissa, joissa valmistajat myyvät tuotteitaan samojen, keskenään kilpailevien jälleenmyyjien kautta (englanniksi *interlocking relationships*). Määrähinnoittelun on tällaisessa asetelmassa katsottu olevan erityisen vahingollista.¹⁶⁷ Tavallisesti, kun valmistajat toimivat useiden yhteisten vähittäismyyjien kautta, on toimivalla tuotemerkkien sisäisellä kilpailulla voittoja hajauttava vaikutus, jolla estetään valmistajia ylläpitämästä

¹⁶² Tutkimuksessa onkin katsottu tällä tavoin rakentuneen markkinan synnyttävän jo ennalta laittomuuksille suotuisat olosuhteet. *Holler – Rickert* 2019, s. 9.

¹⁶³ Düsseldorfin alueellisen ylioikeuden tuomio OLG Düsseldorf V-4 Kart 5/11 (OWi), kohta 52.

¹⁶⁴ Ks. Saksan liittovaltion kartelliviranomaisen ratkaisutiivistelmät koskien Haribon makeisia B 10-040/14; Anheuser Buschin oluttuotteita B 10-20/15 ja Ritterin suklaita B 10-041/14.

¹⁶⁵ Guidance note on the prohibition of vertical price fixing in the brick-and-mortar food retail sector 2017, s. 32.

¹⁶⁶ *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements* 2019, s. 12.

¹⁶⁷ Ks. esimerkiksi *Motta ym.* 2009.

monopolihintoja. Kun tässä tilanteessa hyödynnetään määrähinnoittelua, tuotemerkkien sisäinen kilpailu poistuu mahdollistaen monopolihintojen ja -voittojen elvyttämisen.¹⁶⁸

Gallandin lain avulla pyrittiin suojaamaan päivittäistavarakaupan markkinoilla pieniä vähittäiskauppiaita siltä paineelta, joita nopeasti kehittyvät suuret ketjuliikkeet kohdistavat vähittäismyyntihintoihin.¹⁶⁹ Tukkusopimukset tehdään tyypillisesti kerran vuodessa ja valmistaja ilmoittaa jokaisen tuotteen osalta yleiset myyntiehdot ennen kuin neuvottelee kunkin vähittäiskauppiaan kanssa erikseen yksilöllisistä hyvityksistä tai kaupallisia palveluja koskevista sopimuksista. Yleisissä myyntiehdoissa määrätään yleensä kahdenlaisista hyvityksistä: ehdottomista ja ehdollisista hyvityksistä. Ensin mainitut myönnetään tuotteiden toimitushetkellä, ja näitä ovat esimerkiksi erilaiset myymälämuodon perusteella määräytyvät hyvitykset. Viimeksi mainittu hyvitysten muoto taas riippuu vähittäiskauppiailta vuosittain ostettavasta tuotteiden määrästä, ja niitä ei siis sisällytetä toimitushetken laskuun.¹⁷⁰

Gallandin lailla kiellettiin vähittäiskauppiaita myymästä tuotteita toimitushetken laskulla ilmenevää hintaa alempaan hintaan. Näin jälleenmyyjille mahdollistettiin suurempi voittomarginaali, kun valmistajien mahdollistamat ehdolliset hyvitykset eivät enää koituneetkaan kuluttajien hyväksi. Menettelyä pidettiin täysin laillisena vähimmäishintatason asettamisena, mutta sen todellisen luonteen ja vaikutusten on katsottu vastaavan kiellettyä, koko teollisuudenalan laajuista, määrähinnoittelua, kun valmistajilla oli valta suoraan kontrolloida vähittäismyyntihintoja.

Menettelyä koskeva tutkimus on paljastanut, että ennen Gallandin lakia hinnat olivat huomattavasti alhaisemmat ja määräytyivät luonnollisesti paikallisilla markkinoilla vallinneiden kysyntä- ja kilpailuolosuhteiden mukaan.¹⁷¹ Gallandin lain käyttämisen on tutkimuksessa katsottu heikentäneen markkinoiden keskittymisen ja hintojen välistä luontaista korrelaatiota, minkä on katsottu todistavan lain huomattavasti vähentäneen tuotemerkkien sisäistä kilpailua, mikä edelleen johtaa siihen, että hinnat eivät luontaisesti vaihtele kilpailutilanteen mukaan, vaan pysyvät korkealla.¹⁷² Tutkimuksen mukaan hintojen ja kilpailun välisen yhteyden heikentyminen oli voimakkaampaa merkkituotteiden kuin liikkeen sisäisten tuotemerkkien osalta. Vastaavasti

¹⁶⁸ *Rey – Vergé* 2010 s. 952.

¹⁶⁹ *Biscourp – Boutin – Vergé* 2013, s. 1279.

¹⁷⁰ *Biscourp – Boutin – Vergé* 2013, s. 1282.

¹⁷¹ *Biscourp – Boutin – Vergé* 2013, s. 1286.

¹⁷² *Biscourp – Boutin – Vergé* 2013, s. 1284.

menettelyn vaikutukset vaihtelivat liikkeen tyypin mukaan: suuret hypermarketit kärsivät menettelyn vaikutuksista enemmän kuin pienemmät liikkeet.¹⁷³

Vaikka määrähinnoittelun ja kolluusion välistä suhdetta koskeva kirjallisuus ja tutkimus näyttävät siis viittaavan siihen, että kolluusiota koskeva haittateoria on suhteellisen pitävä, osoittaa tutkimus myös täysin päinvastaiseen suuntaan esittäen, että määrähinnoittelulla voi olla myös kolluusiota pidättelevä vaikutus.¹⁷⁴ Sen mukaan määrähinnoittelulla voidaan estää alemman jakeluportaan kolluusiota, sillä yläportaan toimija voi vähimmäismyyntihinnat asettamalla lisätä niitä voittoja, joita jälleenmyyjät voivat saavuttaa, kun eivät osallistu kiellettyyn yhteistointintaan.¹⁷⁵

Edellä esitetyn empiirisen tutkimuksen ja kirjallisuudessa esitettyjen arvioiden valossa teoria määrähinnoittelun kolluusiota helpottavasta roolista niin valmistaja- kuin vähittäismyyjäportaalla vaikuttaa pitävältä. Se näyttää kuitenkin pätevän vain tietyissä olosuhteissa: kokemusperäinen näyttö liittyy keskenään hyvin samankaltaisiin markkinoihin, joilla myydään tiettyjä tuotteita, edellä esitetyn valossa ensisijaisesti elintarvikkeita. Lisäksi määrähinnoittelu näyttää olevan kolluusiota edistävää erityisesti silloin, kun kyse on koko alan laajuisesta menettelyn hyödyntämisestä, ja kun menettelyyn turvautuva yritys nauttii vähäistä suurempaa markkina-voimaa.¹⁷⁶

Edelleen on huomattava, että vaikka määrähinnoittelu – ainakin tietyissä olosuhteissa – esimerkiksi vähentää tuotemerkkien sisäistä kilpailua, ei ole yksiselitteistä, vaikuttaako tämä kuluttajien hyvinvointiin heikentävästi. Käytän esimerkkinä sanotuista monitulkintaisista kuluttajavaikutuksista useissa maissa kirjasektorilla hyödynnettyä määrähinnoittelua. Isossa-Britanniassa kirjasektori oli yksi viimeisistä aloista, jolla vielä vuonna 1997 sallittiin

¹⁷³ *Biscourp – Boutin – Vergé* 2013, s. 1290–1293. Hypermarketit kilpailevat muiden suurten kauppojen lisäksi myös pienempien myymälöiden kanssa. Näihin eri myymälämuotoihin kohdistuva kysyntä ei kuitenkaan ole identtistä. Kaupungin keskustassa sijaitsevan pienen liikkeen kysynnän jousto on todennäköisesti pienempää. Kaupungissa asuvien kuluttajien on valittava, kävelevätkö paikalliseen pikkukauppaan vai ajavatko kaupungin laidalle supermarketiin. He luultavasti valitsevat ensimmäisen, sillä katsovat kaupan helpomman saavutettavuuden kompensoivan korkeammat hinnat. Vastaavasti suureen kauppaan meneminen vie aikaa, jonka taas voi kompensoida tarjoamalla tuotteet pientä liikettä huomattavasti alempaan hintaan. Näin ollen hypermarketit tarjoavat tuotteita todennäköisesti alhaisimmin hinnoin ja siten vähimmäishintatasojen määrääminen vaikuttaa niihin voimakkaimmin.

¹⁷⁴ *Overvest* 2010. *Overvest* katsoo teoriansa olevan yhdenmukainen asiassa esitetyn kokemusperäisen näytön (*Dufwenberg ym.* 2007) kanssa.

¹⁷⁵ *Overvest* 2010, s. 236.

¹⁷⁶ Näkemykseni yhtyvät muun muassa *Giovannetti ja Stallibrass*, joiden mukaan määrähinnoitteluun ei näytä liittyvän merkittäviä ongelmia silloin, kun sitä käytetään yksittäistapauksissa ja kun sitä toteuttaa yritys, jolla ei ole mainittavaa markkinaosuutta merkityksellisillä markkinoilla. *Giovannetti – Stallibrass* (2009), s. 652–654.

määrä hinnoittelu.¹⁷⁷ Tätä perusteltiin kirjoihin liittyvillä, kulttuurista ja sosiaalista hyvinvointia lisäävillä, erityispiirteillä. Kirjasektoreita koskevien määrä hinnoittelusopimusten purkamisen jälkeen tehdyt tutkimukset osoittavat, että hinnoittelun vapautuminen on odotetusti johtanut yhtäältä hintojen laskuun ja toisaalta julkaistujen teosten lukumäärän ja vähittäiskaupan monimuotoisuuden kasvuun.¹⁷⁸ Sitä vastoin on kuitenkin näytetty, että sanottujen sopimusten purkamisen vaikutukset kuluttajien hyvinvointiin eivät olleet yhtä suoraviivaiset.¹⁷⁹

4.1.3 Valmistajan sitoutumisongelman tilanne

Edelleen määrä hinnoittelun katsotaan mahdollisesti heikentävän valmistajan voittomarginaaliin kohdistuvaa painetta erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa valmistajalla on sitoutumisongelma, eli kun sen kannattaa alentaa myöhemmiltä jakelijoilta veloittavaa hintaa.

Teoria määrä hinnoittelun roolista valmistajan sitoutumisongelman ratkaisijana on esitetty kirjallisuudessa ensi kerran virallisesti jo vuonna 1990.¹⁸⁰ Monopoliasemassa oleva tai muutoin markkinavoimaltaan huomattava yläportaan toimija, esimerkiksi tuotteen valmistaja, haluaa maksimoida voittonsa myöntämällä tuotteidensa jakeluoikeuden ainoastaan yhdelle alemman jakeluportaan jälleenmyyjälle. Myöhemmin tällaiselle valmistajalle saattaa kuitenkin syntyä houkutus rikkoa tehty sopimus ja myydä tuotteitaan muillekin jälleenmyyjille aiempaa sopimusta suotuisammin sopimusehdoin.¹⁸¹ Usein nämä aiemmat sopimuspuolet osaavat kuitenkin odottaa valmistajan toimivan näin, ja siten ne kieltäytyvät alun perinkin valmistajan tarjoamista sopimuksista, ja vaativat hintojen alentamista.

Jotta valmistaja tällaisessa tilanteessa kykenisi sitoutumaan olemaan alentamatta hintojaan myöhemmissä jälleenmyyjien kanssa tehtävissä sopimuksissa, tarvitaan jokin sitoutumista helpottava väline. Määrä hinnoittelun on katsottu toimivan tällaisena välineenä, joka vapauttaa valmistajan opportunistisesta menettelystään: kun jälleenmyyntihinnat asetetaan tietylle tasolle tai määrätään vähimmäisjälleenmyyntihinta, eivät jälleenmyyjien kanssa neuvotellut alemmat tukkuhinnat johdakaan alempiin jälleenmyyntihintoihin ja vastaavasti jälleenmyyjien

¹⁷⁷ *Giovannetti – Stallibrass* 2009, s. 648.

¹⁷⁸ Ks. esimerkiksi Ison-Britannian kirjasektoria koskeva tutkimus Office of Fair Trading: An Evaluation of the Impact upon Productivity of Ending Resale Price Maintenance on Books 2008.

¹⁷⁹ *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, s. 52–58, jossa on arvioitu kirjasektoria koskevan määrä hinnoittelun ja sen päättämisen vaikutuksia Ison-Britannian lisäksi muun muassa Saksassa ja Sveitsissä.

¹⁸⁰ Ks. *Hart – Tirole* 1990.

¹⁸¹ *Giovannetti – Stallibrass*, s. 645.

korkeampiin markkinaosuuksiin.¹⁸² Määrä hinnoittelu poistaa siis kannustimen valmistajan ja jälleenmyyjien välisille uusille hintaneuvotteluille. Sen avulla monopoliasemassa oleva toimija voi sitoutua monopolihintoihin ja pääsee siten vastaavasti nauttimaan täysistä monopolivoitoista.¹⁸³

Vakiintuneesti on katsottu, että määrä hinnoittelun hyödyntäminen edellä esitettyssä sitoutumisongelman tilanteessa vaikuttaa kuluttajien hyvinvointiin negatiivisesti korkeampien hintojen kautta, sillä ilman määrä hinnoitteluun turvautumista monopoliasemassa oleva toimija ei kykenisi sitoutumaan korkeampiin hintoihin.¹⁸⁴ Kokemusperäinen näyttö sitoutumisongelman ja määrä hinnoittelun välisestä tosiasiallisesta suhteesta ja vastaavasti tutkimus tosiasiallisista vaikutuksista on kuitenkin hyvin vähäistä. Lisäksi on huomattava, että tämä määrä hinnoitteluun perinteisesti yhdistetty haittateoria perustuu siihen ennako-olettamaan, että määrä hinnoittelu-sopimus tehdään julkiseksi tai että sitä vähintäänkin sovelletaan kaikkiin valmistajan sopimus-kumppaneina oleviin jälleenmyyjiin.¹⁸⁵ Kyse on tällöin siis alalla hyvin laajamittaisesti hyödynnettävästä menettelystä, josta kaikki jälleenmyyjät ovat tietoisia, ja jota lisäksi harjoittaa monopoliasemassa tai muutoin markkinavoimaltaan merkittävä valmistaja tai muu yläportaan toimija.

4.1.4 Valmistajien pääsy markkinoille vaikeutuu tai estyy kokonaan

Edelleen määrä hinnoittelun kilpailua rajoittavaksi vaikutukseksi tunnustetaan vertikaalisissa suuntaviivoissa määrä hinnoittelumenettelyn mahdollistama markkinoille pääsyn estyminen vertikaalisen tuotanto- ja jakeluketjun ylätasolla, kun markkinavoimaa nauttiva valmistaja pyrkii sulkemaan pienemmät kilpailijat markkinoilta. Tämä määrä hinnoitteluun liitetty haittateoria on niin ikään saanut tukea oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa. Määrä hinnoittelun käyttö markkinoille pääsyn esteenä tunnustettiin niin ikään jo vuoden 2007 *Leegin*-ratkaisussa, jossa jo edellä luvussa 3.1 esitetyllä tavalla päädyttiin kuitenkin menettelyn ehdottoman laittomuuden sijasta soveltamaan vaikutusperusteisempaa *rule of reason* -arviointia.¹⁸⁶

¹⁸² Bennett ym. 2011, s. 1291–1292.

¹⁸³ van Doorn 2009, s. 8.

¹⁸⁴ van Doorn 2009, s. 8–9 ja O'Brien – Shaffer 1992, s. 307 sekä Rey – Vergé 2004, s. 738–740.

¹⁸⁵ Motta ym. 2009, s. 2.

¹⁸⁶ Ks. Yhdysvaltain korkeimman oikeuden lausunto määrä hinnoittelusta markkinoille pääsyn esteenä, kun markkinavoimaa käyttävä valmistaja turvautuu siihen. *Leegin*, s. 14.

Teorian mukaan merkittävää markkinavoimaa nauttiva yritys voi määrähinnoittelua hyödyntämällä estää kilpailijoiden pääsyn markkinoille tai sulkea nämä pois markkinoilta. Selitys perustuu siihen, että vahvassa markkina-asemassa oleva valmistaja voi neuvotella jakelijoidensa kanssa siitä, että määrähinnoittelumääräykset hyväksymällä nämä pääsevät nauttimaan suuremmista vähittäismyyntikatteista, jos nämä vastaavasti sitoutuvat olemaan jakelematta muiden, kilpailevien valmistajien tai uusien markkinatulokkaiden tuotteita.¹⁸⁷ Pienemmät valmistajat voivat tällaisessa tilanteessa kokea mahdottomaksi päästä jakelemaan tuotteitaan tehokkaimmille markkinapaikoille, kun markkinoita dominoiva valmistaja hallinnoi jakelijoita ja jakelukanavien käyttöä.

Nähdäkseni esitetty haittateoria on ainakin teoreettisesti uskottava, mutta on huomattava, että sen vaikutusten aktualisoituminen edellyttää, että sille jakelukanavalle, jolta kilpailija suljetaan pois, ei ole olemassa vaihtoehtoja, yhtä tehokasta jakelukanavaa. Mikäli kilpailija voi jatkaa toimintaansa tehokkaasti muuallakin, ei määrähinnoittelulla liene sanottavaa merkitystä ulos suljetun yrityksen toimintaan. Menettelyn tulisi näin ollen olla suhteellisen laaja-alaista ja edellä kuvatulla tavalla markkinavoimaa nauttivan valmistajan harjoittamaa, jotta kilpailijoille ei jää realistista sijaa toimintansa tehokkaaseen harjoittamiseen. On esitetty, että määrähinnoittelun vaikutus markkinoille pääsyyn voisi kuitenkin olla myös täysin päinvastainen. Uusien tulokkaiden ongelmana on usein se, että heidän myymänsä tuotemerkit eivät ole vakiintuneita ja kuluttajien keskuudessa yhtä tunnettuja, kuin suurempien markkinatoimijoiden tuotemerkit. Määrähinnoittelun on katsottu voivan ratkaista tämän ongelman, kun uusi markkinatulokas hyödyntää sitä. Antamalla jälleenmyyjille suojan hinnanalennuksia vastaan ja siten varman vähittäismyyntikatteen määrähinnoittelu voisi luoda näille kannustimen uusien tuotemerkkien myymiselle. Vastaavasti kuluttajat voisivat hyötyä uusien tuotemerkkien pääsystä markkinoille.¹⁸⁸ Tätä määrähinnoittelun myönteistä vaikutusta käsitellään jäljempänä luvussa 4.2.1.

Kiintoisaa on, että erona edellä esitettyihin teorioihin, tähän malliin usein liitetyt negatiiviset kuluttajavaikutukset eivät kytkeydy hintojen nousun aiheuttamaan haittaan. Tätä vastoin mallissa kuluttajien hyvinvoinnin katsotaan heikentyvän, sillä yritysten markkinoille pääsyn estyminen kaventaa kuluttajien käytettävissä olevaa hyödykevalikoimaa. Mikäli markkinoilta pois suljetun toimijan tarjoamat tuotteet eivät kuluttajien näkökulmasta ole identtisiä jo heidän

¹⁸⁷ Lambert 2009, s. 1949–1950.

¹⁸⁸ Lambert 2009, s. 1958–1959.

saatavillaan olevien tavaroiden tai palvelujen kanssa, kuluttajat eivät saa hankittua haluamiaan hyödykkeitä ja siten heidän hyvinvointinsa katsotaan heikentyvän.¹⁸⁹

4.1.5 Alemman portaan toimijoiden markkinoille pääsyn estyminen ja heikentynyt dynaamisuus

Lopulta määrähinnoittelun katsotaan estävän tai ainakin vaikeuttavan vähittäiskauppioiden pääsyn markkinoille. Se kasvattaa jakelijoiden voittomarginaalia ja siten voi houkuttaa näitä suosimaan tiettyjä tuotemerkkejä kilpailevien merkkien sijasta neuvoessaan asiakkaitaan, vaikka tällaiset puolueelliset neuvot eivät aina ole asiakkaiden etujen mukaisia. Ääritilanteessa jälleenmyyntihinnan määräämisen seurauksena kasvaneista voittomarginaaleista hyötyvä jakelija saattaa luopua kokonaan kilpailevien tuotemerkkien myynnistä. Niin ikään alemman jakeluportaan hintakilpailun poistuminen estää tehokkaampien myyjien pääsyn markkinoille, ja näin vaikuttaa laajemmin innovointeihin ja dynaamisuuteen niitä heikentäen. Myös mataliin hintoihin perustuvien jakelumuotojen pääsy markkinoille ja toiminnan laajeneminen voi estyä tai vaikeutua.

Tämän teorian lähtökohta on, että vähittäiskauppiat saattavat suostutella ylemmän tason toimijan kohdistamaan alemmaan jakeluportaaseen määrähinnoittelumääräyksiä, jotta kilpailu vähittäiskauppioiden välillä heikentyisi. Kun määrähinnoittelua sitten hyödynnetään, eivät markkinoille pyrkivät uudet vähittäiskauppiat saa houkutelua asiakkaita olemassa olevilta myyjiltä itselleen.¹⁹⁰ Vaikutuksen on katsottu olevan mahdollinen erityisesti, kun jälleenmyyjillä on neuvotteluvoimaa suhteessa valmistajaan.¹⁹¹

Kokemusperäinen näyttö tämänkin määrähinnoitteluun liittyvän haittateorian osalta on vähäistä. Määrähinnoittelun merkityksestä alemman portaan markkinoille pääsyyn on kuitenkin saatavissa jonkinlaisia todisteita jo edellä luvussa 4.1.2 esitetystä kirjasektorin määrähinnoittelujärjestelmästä, jota Isossa-Britanniassa hyödynnettiin aina 1990-luvun lopulle saakka. Tutkimus kirja-alan kollektiivisen määrähinnoittelusopimuksen päättämisen vaikutuksista osoittaa, että hinnoittelun vapauttaminen johti jälleenmyynnin monimuotoistumiseen: markkinoille pääsy ei helpottunut ainoastaan perinteisten kirjakauppioiden osalta, vaan erityisesti esimerkiksi verkkokauppiat ja eri medioissa kuluttajille viihdepalveluja tarjoavat vähittäiskauppiat

¹⁸⁹ Haziroglu – Gökatalay 2015, s. 7.

¹⁹⁰ Bennett ym. 2011, s. 1292.

¹⁹¹ Shaffer 1991, s. 130.

ovat saaneet jalansijaa.¹⁹² Tämän on katsottu todistavan, että nimenomaan jälleenmyyntihintojen asettaminen toimi markkinoille pääsyn esteenä, eikä tällaista jälleenmyyjien markkinoille pääsyä ja myyntikanavien monipuolistumista olisi ilman hinnoittelun rajoitusten poistoa olisi tapahtunut.¹⁹³

4.2 Määrähinnoittelun kilpailua tehostavat vaikutukset

Jälleenmyyntihinnan määräämiseen mahdollisesti liittyvien kilpailua rajoittavien vaikutusten lisäksi vertikaalisissa suuntaviivoissa tunnistetaan menettelyn tietyissä olosuhteissa mahdollistamat tehokkuusedut.¹⁹⁴ Näitä tehokkuusetuja tarkastellaan SEUT 101 artiklan 3 kohdan perusteella, arvioiden, voisiko menettely täyttää säännöksen mahdollistaman yksittäispoikkeuksen edellytykset.

4.2.1 Uusien hyödykkeiden myynnin edistäminen

Kun valmistaja tuo markkinoille uuden hyödykkeen, voidaan määrähinnoittelua käyttäen auttaa jakelijoita lisäämään myyntitoimintaansa, ja jos kyseisillä markkinoilla jakelijoihin kohdistuu kilpailupainetta, jälleenmyyntihinnan määrääminen saattaa kannustaa jakelijoita lisäämään hyödykkeen kokonaiskysyntää. Näin jakelijoita voidaan kannustaa alkuvaiheessa huomioimaan myös valmistajan etu eli hyödykkeen myynnin edistäminen.¹⁹⁵

Kuten jo edellä luvussa 4.1.4 on sivuttu, yksi määrähinnoitteluun liitetty mahdollinen tehokkuusvaikutus liittyy sen markkinoille pääsyä helpottavaan vaikutukseen. Kun valmistaja haluaa tuoda markkinoille uusia tuotemerkkejä tai ennestään kuluttajien keskuudessa tuntemattomia hyödykkeitä, se voi pyrkiä varmistamaan ja vauhdittamaan tuotteiden onnistunutta jälleenmyyntiä hyödyntämällä määrähinnoittelua. Tällaisen uuden tuotemerkin tekeminen tunnetuksi edellyttää usein erityisiä investointeja siltä jakelijalta, joka ryhtyy ensimmäisenä myymään tuotetta. Myöhemmin tuotetta jälleenmyyvät yritykset saattavat kuitenkin hyötyä näistä ensimmäisenä tuotetta myyneen jakelijan suorittamista myynninedistämispönnisteluista ja siten vapaamatkustaa tämän tekemillä investoinneilla. Ensimmäinen jälleenmyyjä osaa toki usein ennakoida tällaisen käyttäytymisen, eikä siksi alun perinkään suostu ottamaan uutta,

¹⁹² An evaluation of the impact upon productivity of ending resale price maintenance on books, s. 7–8.

¹⁹³ An evaluation of the impact upon productivity of ending resale price maintenance on books, s. 9–11.

¹⁹⁴ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 225.

¹⁹⁵ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 225.

tuntematonta tuotemerkkiä valikoimiinsa ja näin ollen pyrkimykset uuden tuotemerkin markkinoille tuomiseksi voivat epäonnistua.¹⁹⁶

Määrähinnoittelun avulla on katsottu voitavan estää tällainen hyötyminen ensimmäisen jakelijan kustannuksella. Sen avulla estetään myöhempiä jakelijoita laskemasta hintojaan ja siten mahdollistetaan se, että ensimmäinen jakelija saa takaisin sille tuotemerkin markkinoille saatamisesta aiheutuneet ylimääräiset kustannukset. Vastaavasti määrähinnoittelua hyödyntämällä kannustetaan yleisemmin jälleenmyyjä hankkimaan uutta hyödykettä ja ryhtymään tuotemerkin myyntiä edistäviin toimiin. Näin sen katsotaan tuotemerkkien välistä kilpailua lisäten parantavan niin ikään kuluttajien hyvinvointia.¹⁹⁷

Katson määrähinnoittelun hyödyntämisen edellä esitetystä tarkoituksessa olevan omiaan myös lisäämään innovointeja markkinoilla, kun uudenlaisten tuotteiden, jakelijoiden ja jakelumuo-
tojen pääsy turvataan. Ongelmat tämän teorian kohdalla liittyvät kuitenkin sen oikeasuhtaiseen käyttöön. Tämän hyötyselityksen vastustajat ovat kiinnittäneet huomiota siihen seikkaan, että jälleenmyyntihinnan määrääminen ei kenties olekaan tehokkain keino edellä kuvatun ongelman korjaamiseksi. Parempi ratkaisu saattaisi olla, että valmistaja hyvittäisi ensimmäisen jakelijan suorittamat investoinnit ja ponnistelut kertaluontoisella rahasuorituksella, tai myymällä tuotetta tälle ensimmäiselle jakelijalle väliaikaisesti alempaan hintaan kuin muille jakelijoille, jolloin vältytään määrähinnoittelun hintakilpailua rajoittavalta vaikutukselta.¹⁹⁸

Tätä kritiikkiä tarkasteltaessa on kuitenkin huomattava, että vertikaalisten suuntaviivojen mukaan määrähinnoittelu voisi olla tehokas keino tuotemerkin kysynnän kasvattamiseen *alkuvaiheessa*, mikä nähdäkseni viittaa menettelyn ajallisesti rajattuun käyttöön.¹⁹⁹ Tässä yhteydessä kiinnostavan poikkeaman vakiintuneeseen, edellä esitettyyn määrähinnoittelua koskevaan oikeuskäytäntöön tuo Saksassa, Cellen ylioikeudessa annettu tuomio, jolla oikeus kumosi Hannoverin alioikeuden tuomion. Alioikeus katsoi painonpudotustuotteiden valmistajan hyödyntämisen määrähinnoittelun olevan vakiintuneesti tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaa menettelyä ja siten laitonta SEUT 101 artiklan 1 kohdan perusteella.²⁰⁰ Valmistaja oli tarjonnut jälleenmyyjilleen tuotetta 30 prosentin alennuksella edellyttäen, etteivät myyjät laske tuotteen

¹⁹⁶ Peeperkorn 2008, s. 211 ja Hovenkamp 2011, s. 503.

¹⁹⁷ Lambert 2009, s. 1958–1959.

¹⁹⁸ Peeperkorn 2008, s. 212.

¹⁹⁹ Tällaiseen ajallisesti rajattuun, lyhytaikaiseen määrähinnoittelun käyttöön vetosi myös *Leeginissä* eri mieltä ollut tuomari Breyer katsoessaan, että jälleenmyyntihinnan määrääminen kuvatuissa olosuhteissa voisi muodostaa mahdollisen poikkeuksen menettelyn pääsääntöisestä laittomuusolettamasta.

²⁰⁰ Hannoverin alioikeus, asia 18 O 91/15.

hintaa alle tietyn kiinteän hinnan. Tarjous oli sekä määrällisesti että ajallisesti rajoitettu: yksi jälleenmyyjä sai ostaa vain 90 tuoteyksikköä ajanjaksolla vuoden 2014 helmikuusta sanotun vuoden loppuun. Cellen ylioikeus katsoi, ettei menettely tarjouskampanjan rajoitetun keston takia ollut tarkoitukseltaan kilpailua tuntuvasti rajoittavaa.²⁰¹ Liittovaltion korkein oikeus päätyi kuitenkin alioikeuden kanssa samaan lopputulokseen ja kumosi ylioikeuden päätöksen palauttaen tulkinnan samaan linjaan unionin vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa.²⁰²

Uusien tuotemerkkien markkinoille pääsyn helpottamisen lisäksi määrähinnoittelun katsotaan voivan auttaa markkinoimaan tuotteita, joiden kysyntä on epävarmaa. Tätä määrähinnoittelun potentiaalista tehokkuusvaikutusta ei tunnisteta vertikaalisissa suuntaviivoissa, mutta se on yleisesti oikeus- ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa havaittu.²⁰³ Kysynnältään epävarmoiksi tuotteiksi on katsottu esimerkiksi kirjat, joiden osalta vähittäiskauppias ei välttämättä varmuudella osaa arvioida, kuinka suuri määrä tuotteita sen tulisi tilata myytäväksi.²⁰⁴ Mikäli tuotteen kysyntä on voimakasta, pärjää sanottu vähittäiskauppias hyvin, mutta jos kysyntä laskeekin yllättäen, voi jälleenmyyjälle muodostua ongelma turhan suurien varastojensa kanssa. Päästäkseen eroon tuotteista, sen on turvauduttava suuriin alennuksiin, joita vastaavasti kilpailevat jälleenmyyjät peilaavat alentamalla omia hintojaan. Tämä johtaa siihen, että myyjät eivät enää halua varastoida tuotetta epävarman kysynnän takia, vaan odottavat ja seuraavat, miten tuotteen kysyntä markkinoilla kehittyy. Lopputuloksena voi olla, etteivät korkealaatuiset tuotemerkit pääse myyntipisteisiin, vaikka muissa olosuhteissa ne olisivat voineet menestyä kuluttajien hyvinvointia edistäen.²⁰⁵

Edellä kuvattu kysynnän epävarmuuteen liittyvä ongelma on katsottu voitavan estää jälleenmyyntihinnan määräämisellä. Valmistaja voi menettelyn avulla estää hintojen laskemisen matalamman kysynnän kausilla. Vähentämällä hintoihin kohdistuvaa epävakautta, valmistaja kannustaa jälleenmyyjä ottamaan valikoimiinsa tuntemattomampiakin tuotteita ja tilaamaan suurempia varastoeriä.²⁰⁶ Epävarman kysynnän ja määrähinnoittelun välisen suhteen asianmukaisuus on kuitenkin kyseenalaistettu katsomalla, että määrähinnoittelun käyttämisestä väitetysti aiheutuvat kilpailu- ja kuluttajahyödyt voitaisiin saavuttaa käyttäen muita kuin hinnoitteluun perustuvia keinoja, jotka rajoittavat kilpailua jälleenmyyntihinnan määräämistä vähemmän.²⁰⁷

²⁰¹ Cellen ylioikeus, asia 13 U 124/15.

²⁰² Saksan liittovaltion korkein oikeus, asia KZR 59/16.

²⁰³ Ks. esimerkiksi *Deneckere – Marvel – Peck* 1996 ja *Doty* 2008.

²⁰⁴ *Lambert* 2009, s. 1959.

²⁰⁵ *Lambert* 2009 s. 1959.

²⁰⁶ *Lambert* 2009, s. 1960.

²⁰⁷ *Haziroglu – Gökatalay* 2015, s. 11.

4.2.2 Määrä hinnoittelu ratkaisuna vapaamatkustajaongelmaan

Kolmantena esimerkkinä jälleenmyyntihinnan määrittämisen mahdollistamista eduista on mahdollisuus käyttää määrä hinnoittelumenettelyä niin kutsutun vapaamatkustajaongelman ehkäisemisessä.

Vapaamatkustajaongelmaa voidaan havainnollistaa esimerkinomaisella tilanteella, jossa asiakkaat hyödyntävät yhden vähittäiskauppiaan tarjoamia myyntiä edistäviä, tuotteeseen liittyviä lisäpalveluja hyödykettä hankkiessaan, mutta päättävätkin ostaa tuotteen lopulta sellaiselta vähittäiskauppiaalta, joka tarjoaa sen alempaan hintaan – mutta ei itse tarjoa vastaavia palveluja. Korkean palvelutason kilpailijat saattavat kärsiä tällaisesta menettelystä ja alkaa vähitellen vähentää tai jopa kokonaan luopua myynninedistämispalvelujen tarjoamisesta.

Vapaamatkustajaselitys määrä hinnoittelun mahdollisia tehokkuusetuja puoltavana teoriana on kehitetty jo 1950-luvulla.²⁰⁸ Vapaamatkustamisen on katsottu liittyvän sellaisiin tuotteisiin, joiden myynnin edistäminen edellyttää tiettyjä myyntiä edeltäviä tai sen jälkeisiä palveluja. Palvelujen tarjoaminen kasvattaa jälleenmyyjältä edellytettäviä investointeja, mikä edelleen näkyy tuotteen myyntihinnassa. Palvelujen tarjoamisen on kuitenkin katsottu siinä määrin nostavan tuotteen arvoa kuluttajien silmissä, että niiden tarjoaminen lisää tuotteen kokonaiskysyntää. Kysynnän kasvun mahdollistamat lisätuotot kannustavat jälleenmyyjiä panostamaan palveluihin, mutta kannustin voi poistua, jos palveluja tarjoamattomat jälleenmyyjät hyötyvät palvelua tarjoavien myyjien kustannuksella.²⁰⁹

Määrä hinnoittelun on katsottu edellä kuvatuissa olosuhteissa ratkaisevan tällaisen vapaamatkustajaongelman: kun jälleenmyyjiin kohdistetaan määrä hinnoittelua, eivät nämä voi laskea hintojaan asetetun vähimmäismyyntihinnan alapuolelle ja siten myyjien on kilpailtava keskenään hintojen sijasta palveluilla. Edelleen, kun hintataso yhtenäistetään, ei kuluttaja näe syytä ostaa tuotteita siltä myyjältä, joka ei tarjoa palveluja. Vaikka tuotemerkkien sisäinen kilpailu heikentyy, tuotemerkkien välinen kilpailu vastaavasti voimistuu. Se, mitkä ovat menettelyn kokonaisvaikutukset kuluttajien hyvinvointiin, riippuu siitä, minkälaisiksi kuluttajat katsovat tällaiset eri kilpailumuotojen välisen vaihtokaupan nettovaikutukset.²¹⁰

²⁰⁸ Ks. *Bowman* 1955. Lester Telser teki selityksen yleisemmin tunnetuksi vuonna 1960, ks. *Telser* 1960. Ks. myös edellä luvun 4.1.1 yhteydessä esitetty palveluteoria, joka korostaa muiden tekijöiden kuin hinnan merkitystä kysynnälle.

²⁰⁹ *Gundlach – Cannon – Manning*, s. 385–386.

²¹⁰ *Roundtable on Resale Price Maintenance* 2008, s. 216.

Vapaamatkustajaselitystä on vastustettu argumentilla, jonka mukaan vapaamatkustajaongelma ei ylipäänsä ole merkittävä ilmiö liiketoiminnassa.²¹¹ Sellaisissa liikkeissä, jotka myyvät useiden eri tuotemerkkien tuotteita, kuluttajat valitsevat määrähinnoittelua käyttävän valmistajan tuotteiden sijasta tuotteita, joihin ei välttämättä liity lisäpalveluja, mutta jotka yksinkertaisesti ovat edullisempia. Toisaalta myyntipisteessä, joka myy ainoastaan yhden tuotemerkin tuotteita, määrähinnoittelun käyttäminen vapaamatkustamisen näkökulmasta on tarpeetonta, sillä jälleenmyyjillä ei voida katsoa olevan mitään lisäkannustinta lisätä ainoan myymänsä tuotemerkin tuotteiden myyntiä.²¹² Lisäksi tietyt tekijät rajoittavat vapaamatkustajaselityksen vakuuttavuutta.

Ensinnäkin sen on katsottu soveltuvan ainoastaan tiettyä tuotetta nimenomaisesti koskeviin palveluihin. Jos palvelut liittyvät yleisemmin myyjän liiketoimintatapaan, esimerkiksi liikkeen yleiseen ilmapiiriin, ei valmistajalla ole tarvetta yhdistää tällaisiin yleispalveluihin määrähinnoittelua.²¹³ Jo vuonna 1984 *Pitofsky* kyseenalaisti vapaamatkustajaselityksen osoittamalla, että ne tuotteet, joiden hinnat usein asetetaan kiinteiksi, muun muassa vitamiinit, farkut ja miesten alusvaatteet, eivät edellytä minkäänlaisia erityisiä palveluja, eikä vapaamatkustajaselityksellä siten voida perustella määrähinnoittelun hyödyntämistä.²¹⁴ Tähän liittyen onkin katsottu, että vapaamatkustajateoria voi liittyä käytännössä vain sellaisiin tuotteisiin, jotka ovat hyvin teknisiä tai muutoin niin monimutkaisia, että ne edellyttävät myyntiä edeltäviä tai tuotteeseen nimenomaisesti liittyviä palveluja.²¹⁵

Toiseksi teoria soveltuu ainoastaan myyntiä edeltäviin palveluihin. Se ei siis koske myynnin jälkeisiä palveluja, kuten tuotteen ilmaista paketointia, kuljetusta ja erilaisia takuita. Ainoastaan palvelut, joita saa vain tietyssä tuotteen myyntipisteessä ja jotka yhdistetään sanottuun tuotteeseen, ovat alttiita vapaamatkustamiselle. Tällaiset palvelut voivat olla vain tuotteen myynti edeltäviä palveluja.²¹⁶ Kolmanneksi vapaamatkustajahypoteesin on katsottu soveltuvan näihin myyntiä edeltäviin palveluihin vain, kun niitä ei voida veloittaa erikseen kyseisestä tuotteesta. Jos palvelut voitaisiin ostaa erikseen, ei tarvetta määrähinnoittelulle olisi – tällöinhän kuluttajalta, joka haluaa palveluja, voitaisiin veloittaa palvelun kustannuksia heijastava ylimääräinen maksu.²¹⁷

²¹¹ *Lao* 2008, s. 256.

²¹² *Gippini-Fournier* 2009, s. 10.

²¹³ *Paldor* 2007, s. 148.

²¹⁴ *Pitofsky* 1984, s. 29.

²¹⁵ *Gippini-Fournier* 2009, s. 12.

²¹⁶ *Paldor* 2007, s. 148–149.

²¹⁷ *Bowman* 1955, s. 841–842.

Palvelujen tarjoamiseen käytettyjen investointien suojaamisen lisäksi määrähinnoittelun on katsottu ratkaisevan vapaamatkustajaongelman tilanteessa, jossa jälleenmyyjät hyötyvät yhden, korkealaatuisia tuotteita myyvän vähittäiskauppiaan ponnisteluista tuotemerkin korkean laadun sertifioimiseksi. Tällöin määrähinnoittelua käytetään suojaamaan niitä ponnisteluja, joita jälleenmyyjä on korkean tuotekuvan vakiinnuttamiseksi tehnyt.²¹⁸ Tässä yhteydessä voidaan käyttää esimerkkinä hypoteesia, jonka mukaan korkealaatuisia tuotteita myyvä vähittäiskauppias lisää tuotteen kysyntää myös kaikkien muiden myyjien liikkeissä, sillä tuotteen varastointi toimii sen laadun takaamisen keinona. Tämän teorian mukaisesti ne kuluttajat, jotka päättävät ostaa sanotun tuotteen sitä alempaan hintaan myyvistä liikkeistä, tekevät niin osittain siksi, että he ovat ensin nähneet tuotteen myytävänä sillä jälleenmyyjällä, jolla on maine korkealaatuisten tuotteiden myyjänä. Katson tämän teoriaa horjuttavan argumentin olevan kuitenkin uskottavampi kuin itse teoria. Korkealaatuisten tuotemerkkien kuluttajat tuntevat vakiintuneen brändin tuotteet yleensä jo ennalta, ilman, että he ensin näkisivät tuotteen maineikkaan jälleenmyyjän liikkeessä.²¹⁹

Edellä kuvatut taloustieteilijöiden esittämät vapaamatkustajaselitystä vastustavat argumentit ovat kenties olleet perusteltuja omana aikanaan, vielä muutama vuosikymmen sitten. Verkkokaupan nopea kasvu on kuitenkin nähdäkseni yksi niistä merkittävistä tekijöistä, joka erottaa nykypäivän kilpailuolosuhteet esimerkiksi kahden vuosikymmenen takaisista. Niin ikään se vaikuttaa myös määrähinnoittelun tarkasteluun erityisesti vapaamatkustajaongelman ja jälleenmyyntihinnan määrittämisen välistä suhdetta arvioitaessa. Vapaamatkustajaongelman ja siten taloudellisen kannustimen määrähinnoittelun käyttöön on katsottu olevan erityisen merkittävä, kun kyse on verkkokauppaympäristöstä.²²⁰ Ilmiö, josta käytetään englanninkielistä termiä *showrooming*, on muodostunut matkapuhelinten lukijasovellusten lisääntymisen myötä huomattavaksi: kuluttaja voi fyysisessä kaupassa ottaa kuvan haluamansa tuotteen viivakoodista ja pääsee välittömästi näkemään identtisten tuotteiden hinnat verkkokaupoissa.²²¹ Tämä on herättänyt huolen siitä, että verkkokauppiat vapaamatkustavat kivijalkakauppojen jälleenmyyjien myynninedistämispönnisteluilla.²²²

²¹⁸ *Marvel – McCafferty* 1984.

²¹⁹ *Klein* 2014, s. 280–281.

²²⁰ *Klein* 2014, s. 279–280.

²²¹ *Klein* 2014, s. 280.

²²² *Klein* 2014, s. 277–278. Tässä tutkimuksessa käytän kivijalkakaupan käsitettä sen perinteistä määritelmää laajemmassa merkityksessä: viittaan sillä verkkokaupan vastakohtana kaikkiin sellaisiin fyysisiin myyntipisteisiin, joissa kuluttajat ja asiakaspalvelijat kohtaavat kasvokkain ja joissa asiakas voi muun muassa sovittaa tuotteita.

Tutkimukset osoittavat, että nykyinen monikanavainen jakelu on omiaan lisäämään vapaamatkustamista,²²³ ja siten edellä esitetty argumentti vapaamatkustamisen vähäisyydestä käytännön olosuhteissa ei enää välttämättä ole uskottava. Kenties yllättäen toistensa kustannuksella hyötyvien toimijoiden asetelma on kuitenkin päinvastainen kuin on perinteisesti uskottu: kivijalkakauppiaat hyötyvät verkkokauppatoimijoiden kustannuksella.²²⁴ Määrä hinnoittelun kokonaisvaikutukset ja menettelyn potentiaali torjua vapaamatkustamista nykyisessä monikanavaisen kaupan järjestelmässä ovat kuitenkin yhtä kiistanalaiset kuin jälleenmyyntihinnan määräämisen vaikutukset perinteisen kaupan kontekstissa.²²⁵

4.2.3 Verkkokaupan kasvun erityiset vaikutukset: määrä hinnoittelu keinona suojata valmistajan jakeluverkostoa

Verkkokaupan aikakausi on nostanut esiin määrä hinnoittelunkin osalta sellaisia menettelyn haittoihin ja hyötyihin perustuvia teorioita, joita ei ole otettu huomioon nykyisessä vertikaalisten sopimusten ryhmäpoikkeusasetuksessa ja vertikaalisissa suuntaviivoissa. Yksi tällainen uusi, määrä hinnoittelun käyttöä puoltava selitys liittyy valmistajien pyrkimykseen suojata tehokasta jakeluverkostoaan. Useat valmistajat hyödyntävät fyysisten jälleenmyyjien ohella verkkokaupan jälleenmyyjä. Valmistajat ovat kuitenkin huolissaan siitä, että kontrolloimaton verkkokaupan hintojen alentaminen voi vaikuttaa fyysiseen kauppaan silloinkin, kun kyse ei ole edellä kuvatusta vapaamatkustajaongelmasta.²²⁶

Hintojen alentaminen verkkokaupassa on omiaan häiritsemään valmistajan tehokasta kivijalkamyynnin verkostoa. Hintojen alentamisen katsotaan verkkokaupassa vaikuttavan jälleenmyyjien väliseen kysyntään huomattavasti voimakkaammin kuin hintojen alentamisen perinteisessä, fyysisessä kaupassa.²²⁷ Alempan hintaan tuotteita myyvät verkkokauppiaat hyötyvät siitä, että valmistajat asettavat tukkuhinnat suhteellisen matalalle kompensoidakseen kivijalkakaupan jälleenmyyjä siitä, että ne tarjoavat kalliita myyntiä edistäviä palveluja. Verkkokauppiaat, jotka laskevat hintansa lähelle tätä tukkuhintaa, voivat lisätä myyntejään ja saamiaan tuottoja yksinomaan sillä perusteella, että ne eivät tarjoa vastaavia palveluja kuin fyysisen

²²³ Gundlach – Cannon – Manning 2010, s. 416.

²²⁴ van Baal – Dach 2005, s. 81–82. Markkinatutkimuksen mukaan 30,8 % vastaajista hankki tuotetta koskevaa informaatiota verkkokaupasta ennen kuin osti tuotteen kivijalkakaupasta. Vastaavasti 24,6 % kuluttajista, jotka ostivat tuotteen verkkokaupasta, kävi ensin fyysisessä liikkeessä tutustumassa tuotteen ominaisuuksiin.

²²⁵ Gundlach – Cannon – Manning 2010, s. 417–418.

²²⁶ Klein 2014, s. 289.

²²⁷ Klein 2014, s. 289.

kaupan jälleenmyyjät.²²⁸ Näin ollen rajoittamaton verkkokaupan hintojen lasku voi vaikuttaa siten, että valmistajan tuotteita myyvien kivijalkamyymyjien määrä vähenee huomattavasti.²²⁹

Niin kauan kuin verkkomyynti muodostaa vain suhteellisen pienen osuuden valmistajan kokonaisympäristöstä, on katsottu, että koko jakeluverkoston laajuinen määrä hinnoittelu voisi olla todennäköisesti tehokas tapa, jolla valmistaja voi suojata fyysisen kaupan jakelua. Jos tehokkaan verkkokaupan osuus kuitenkin kasvaa, voi määrä hinnoittelua hyödyllisempää olla soveltaa verkkokauppiaisiin ja kivijalkakauppiaisiin erilaisia sopimusehtoja, jotka sisältävät esimerkiksi maltillisia verkkokaupan alennuksia yhdistettynä verkkokauppiailta perittäviin korkeampiin tukkuhintoihin.²³⁰

On huomattava, että tämä määrä hinnoittelun tehokkuusetuja puoltava teoria on uusi ja käytännössä testaamaton. Sen tosiasiallisesta potentiaalista tarvitaan enemmän tutkimusta. Se toimii kuitenkin yhtenä esimerkkinä niistä määrä hinnoittelunkin arviointiin vaikuttavista uusista aspekteista, joita nykyinen verkkokauppaympäristö on tuonut mukanaan ja joita ei – ainakaan vielä – ole otettu asianmukaisesti huomioon jälleenmyyntihinnan määrittämisessä koskevassa sääntelyssä.

²²⁸ Klein 2014, s. 290.

²²⁹ Klein 2014, s. 291.

²³⁰ Klein 2014, s. 291.

5 UNIONIN TUOMIOISTUIMEN UUEMPI OIKEUSKÄYTÄNTÖ VAIKUTUSPERUSTEISEMMAN LÄHESTYMISTAVAN TUKENA

5.1 Vaikutuksiin liittyvä epävarmuus tarkoituksenmukaisen lähestymisen määrittäjänä

Edellä luvussa 4 on tarkasteltu määrähinnoitteluun vakiintuneesti liitettyjä vaikutuksia sekä näiden vaikutusten todennäköistä voimakkuutta ja niiden ilmenemisen todennäköisyyttä koskevaa, joskin vielä suhteellisen vähäistä, tutkimusta ja kokemuseräistä näyttöä. Ensiksi menettelyn vaikutukset ja vaikutusten luonne ovat katsoakseni kiistatta kaikkea muuta kuin yksiselitteisesti määriteltävissä. Toiseksi katson, että koska menettelyyn todistetusti voi olosuhteista riippuen liittyä myönteisiä kilpailuvaikutuksia, ei nykyisenkaltainen määrähinnoittelun kohtelu kategorisesti kiellettynä, kilpailua poikkeuksetta rajoittavana menettelynä, liene perusteltua; nykyinen lähestymistapa ei heijasta niitä tosiasiallisia taloudellisia vaikutuksia, joita määrähinnoitteluun katsotaan voivan liittyä.

Määrähinnoittelun kilpailua vahingoittava käyttö näyttää todistetusti liittyvän ensisijaisesti kolluusiotilanteisiin olosuhteissa, joissa markkinavoimaa nauttiva (yläportaan) toimija harjoittaa laajamittaista jälleenmyyntihintojen määräämistä tai vähimmäisjälleenmyyntihintojen asettamista. Menettely näyttäytyy sitä haitallisempana, mitä suurempi on sitä hyödyntävän tahon markkinavoima. Vastaavasti alemmalla jakeluportaalla määrähinnoittelun haitalliset vaikutukset liittyvät ennen kaikkea neuvotteluvoimaan, jota jälleenmyyjillä on vertikaalisuhteessa ylempänä toimiviin yrityksiin nähden. Niin ikään tavarain tai palvelun luonne vaikuttaa menettelyn arviointiin.

Näitä havaintoja vasten katson perustelluksi seurata sitä näkemystä, jonka muun muassa *Motta ym.* hahmottelevat: kehitysehdotuksessa määrähinnoittelun lähtökohtainen sallittavuus kytkeään sitä käyttävän yrityksen markkinaosuuteen merkityksellisillä markkinoilla.²³¹ Tähän tukeutuen sellaiset yritykset, joiden markkinavoima jää *de minimis* -tiedonannossa asetetun 15 %:n alle, voisivat määrähinnoittelua käyttäessäänkin hyötyä vähämerkityksisille sopimuksille tiedonannossa turvatusta poikkeusasemasta. Edelleen, kun markkinaosuus saavuttaa nykyisessä vertikaalisessa ryhmäpoikkeusasetuksessa asetetun 30 %:n kynnyksarvon, muodostuu menettelyn tehokkuusetujen osoittaminen yhä tärkeämmäksi, ja vastaavasti vaikeammaksi.

²³¹ *Motta ym.* 2009, s. 5–6.

Nähdäkseni yksin sääntelyn muuttaminen ei kuitenkaan välttämättä riitä vastaamaan niihin ongelmiin, joita määrähinnoittelun arviointia koskeva oikeuskäytäntö ilmentää. Pohjimmiltaan kyse on määrähinnoittelun asemasta menettelynä, jota pidetään tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana ja liki automaattisesti laittomana. Kilpailunrajoitusten erottelun kahteen ryhmään, tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuviin kilpailunrajoituksiin, on perinteisesti katsottu olevan välttämätöntä, sillä karkea jaottelu helpottaa vakiintuneiden sopimusten ja menettelytapojen arviointia. Näin ollen tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen ryhmä voidaan nähdä tärkeänä välineenä koota yhteen ne menettelyt, joilla katsotaan perinteisesti olevan vakava kilpailua rajoittava tarkoitus, ja joihin mahdollisesti liittyvien kilpailua tehostavien vaikutusten todennäköisyyttä pidetään vähäisenä.²³²

Kilpailunrajoitusten perinteisessä jaottelussa määrähinnoittelua on vakiintuneesti pidetty edellä esitetyllä tavalla ehdottomasti tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana käytäntönä, jonka tarkastelussa ei ole sijaa vaikutusarvioinnille.²³³ On kuitenkin välttämätöntä huomata, että sopimus tai menettely, joka ensinäkemältä vaikuttaa selkeästi tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavalta, voikin lähemmässä tarkastelussa paljastua täysin harmittomaksi tai jopa kilpailullista tehokkuutta edistäväksi.²³⁴ Kuten luvussa 4 on esitetty, määrähinnoittelu voi vallitsevasta näkemyksestä poiketen tietyissä olosuhteissa olla kilpailun kannalta ongelmatonta ja tietyin edellytyksin myös tehokkuusetuja luovaa. Kun arvioidaan sitä, minkälainen lähestymistapa määrähinnoitteluun on perusteltu, on aiheellista kiinnittää huomiota niin sanottujen *tyypin I ja tyypin II virheiden* riskiin.

Tyypin I virheillä viitataan väärään positiiviseen johtopäätökseen ja vastaavasti tyypin II virheellä väärään negatiiviseen johtopäätökseen. Kilpailuoikeudellisessa kehyksessä tyypin I virhe viittaa näin ollen ratkaisuun, jolla tosiasiallisesti haitallinen menettely virheellisesti katsotaan sallituksi. Tyypin II virheet taas johtavat todellisuudessa kilpailun kannalta täysin harmittoman menettelyn tuomitsemiseen kilpailua rajoittavaksi.²³⁵ Nähdäkseni nykyisen kaltainen määrähinnoitteluun kohdistuva absoluuttinen kieltä yhdessä oikeus- ja ratkaisukäytännön heijastaman torjuvan suhtautumisen kanssa on, erityisesti edellä esitettyjen menettelyn taloudellisten vaikutusten valossa, omiaan johtamaan sanottuihin tyypin II virheisiin, kun sopimusten arviointi perustuu vakiintuneesti ennen kaikkea muodollisiin seikkoihin, eikä

²³² King 2011, s. 295.

²³³ Ks. tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten arviointia koskevaa aiempaa oikeuskäytäntöä, luku 2.1.1.

²³⁴ Italianer 2013, s. 5.

²³⁵ van Doorn 2009, s. 20.

määrä hinnoitteluun tosiasiallisesti liittyvien myönteisten vaikutusten mahdollisuutta tunnusteta – tai tunnusteta.

Täysimääräisen vaikutusarvioinnin soveltamisen on kuitenkin katsottu määrä hinnoittelun kaltaisen vakavana pidettävän kilpailunrajoituksen kohdalla olevan paitsi turhan vaivalloista, myös kallista.²³⁶ Lisäksi menettelyä koskeva näyttötaakka muuttuisi merkittävästi: kun menettelyä pidettäisiin lähtökohtaisesti laillisena, yksityisen kantajan, komission tai kansallisen kilpailuviranomaisen vastuulle jäisi menettelyn vahingollisten tavoitteiden näyttäminen. Uusien säännösten säätämisestä ja niiden noudattamisen valvomisesta aiheutuvien kustannusten on katsottu yhdessä komissiolle vyörytettävän korkean näyttötaakan kanssa muodostavan kohtuuttoman lähtökohdan erityisesti nykyisessä tilanteessa, jossa määrä hinnoittelun vaikutukset jo todetusti ovat epäselviä.²³⁷ Katson niin ikään täydellisen vaikutusanalyysin olevan menettelyn arvioinnin lähtökohdaksi soveltumaton; koska menettelyn tosiasialliset taloudelliset vaikutukset eivät edusta pelkästään kielteisiä tai myönteisiä seurauksia, ei lähestymistapakaan voi edustaa jompaakumpaa, absoluuttisen laittomuusolettaman tai ehdottoman laillisuusolettaman määrittämää, arvioinnin ääripäätä.

Kokoavasti totean kaiken edellä esitetyn valossa, että lähestymistavan muutos määrä hinnoitteluun ja sen arviointiin on tarpeen. Kovin voimakas irtautuminen nykykäytännöstä ei kuitenkaan katsoakseni ole perusteltu. Tässä yhteydessä unionin tuomioistuimen viimeaikainen tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitettä sekä rajoitusten tunnistamista ja arviointia koskeva oikeuskäytäntö tarjoaa nähdäkseni yhden käyttökelpoisen keinon siirtyä kohti menettelyn joustavampaa, hienovaraisempaa arviointia.²³⁸ Jäljempänä tässä luvussa esitetyt unionin tuomioistuimen ratkaisut ilmentävät nähdäkseni nykyisen jyrkän kahtiajaon sijasta eräänlaisen liukuman omaksumista eri ryhmiin lukeutuvien kilpailunrajoitusten arviointiin. Ratkaisuilla laajennetaan niiden tekijöiden kirjoa, joita tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten tarkastelussa on otettava huomioon, ja osaltaan siten helpottavat eri menettelyjen tosiasiallisen luonteen ja mahdollisten vaikutusten tunnistamista ja arviointia.

²³⁶ *van Doorn* 2009, s. 20.

²³⁷ *Bennett ym.* 2010, s. 1295.

²³⁸ Unionin tuoreemman oikeuskäytännön mahdollista roolia määrä hinnoittelun väljemmän kohtelun viitoittajana on sivunnut myös *Ioannidou – Nowag* 2015. Esitän seuraavassa kuitenkin myös oikeuskäytännössä vuoden 2015 jälkeen linjattuja merkityksellisiä seikkoja. Tarkastelen unionin tuomioistuimen ratkaisuja sekä julkisasia miehen ratkaisuehdotuksia asioissa C-32/11 *Allianz Hungária*, C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, C-307/18 *Generics (UK)* ja C-228/18 *Budapest Bank*.

5.1.1 Allianz Hungária

Vuonna 2013 annetussa tuomiossa *Allianz Hungária* unionin tuomioistuin tarkasteli unkarilaisten vakuutusyhtiöiden ja autokorjaamojen keskenään tekemiä sopimuksia, jotka koskivat korjauspalveluihin sovellettavia ehtoja ja hintoja. Unkarin kansallinen tuomioistuin pyysi unionin tuomioistuimelta kannanottoa kysymykseen, voidaanko SEUT 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuina kiellettyinä, kilpailua haittaavina, sopimuksina pitää sellaisia sopimuksia, joiden mukaan ajoneuvon korjauspalvelun hinta riippuu muun muassa niiden vakuutus sopimusten määrästä, jotka vakuutusyhtiö on vakuutuksenvälittäjänä toimivan korjaamon välityksellä tehnyt sekä siitä, mikä on näiden sopimusten prosentuaalinen osuus kaikista tehdyistä sopimuksista.²³⁹

Ottaessaan kantaa oikeudelle esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen, tuomioistuin linjasi yleisemmin niitä seikkoja, jotka tulee ottaa huomioon, kun arvioidaan sopimuksen ilmentämää kilpailua rajoittavaa tarkoitusta. Tuomioistuin viittasi jo edellä esitettyyn oikeuskäytäntöön, jossa on arviointia edellytetty kohdistettavaksi sopimuksen lausekkeiden sisältöön, sopimuksen tavoitteisiin sekä sen taloudelliseen ja oikeudelliseen asiayhteyteen. Arvioidessaan ensin kyseessä olevien sopimusten sisältöä, unionin tuomioistuin asettui yhtenevään linjaan julkisiasiamies Pedro Cruz Villalónin ratkaisuehdotuksessaan esittämän näkemyksen kanssa. Cruz Villalónin mukaan sopimuksia, joiden perusteella ajoneuvojen korjaamisesta maksettava tuntihinta määräytyy vakuutusyhtiön kyseisen korjauksista vastaavan merkkiliikkeen välityksellä tekemien vakuutus sopimusten prosenttiosuuden perusteella, ei voida katsoa tarkoitukseltaan kilpailua rajoittaviksi.²⁴⁰

Unionin tuomioistuin hyödynsi arvioinnissaan vakiintunutta kolmiportaista tarkastelutapaa. Katsoen ensin, ettei sopimuksen sisältö itsessään osoita sillä olevan kilpailunvastaista tarkoitusta²⁴¹ unionin tuomioistuin siirtyi arvioinnissaan tarkastelemaan vakiintuneen kolmiosaisen kriteeristön toista osatekijää ja keskittyi arvioimaan sopimuksen ilmentämää tarkoitusta. Tuomioistuin katsoi kyseessä olevien sopimusten tarkoituksena olevan niihin sitoutuvien yritysten pyrkimys markkinaosuutensa säilyttämiseen tai lisäämiseen.²⁴² Nojautuen edelleen julkisiasiamies Cruz Villalónin ratkaisuehdotuksessaan esittämään näkemykseen, tuomioistuin

²³⁹ *Allianz Hungária*, kohta 16.

²⁴⁰ Julkisiasiamies Cruz Villalónin ratkaisuehdotus, kohta 68.

²⁴¹ *Allianz Hungária*, kohdat 39–41.

²⁴² *Allianz Hungária*, kohta 44.

totesi niin ikään sopimusten tarkoituksenkin osalta, etteivät sopimukset itsessään riittävällä tavalla osoita kilpailunvastaista tarkoitusta, ja siten asiassa on siirryttävä arvioimaan sitä oikeudellista ja taloudellista asiayhteyttä, johon sopimusten voidaan katsoa kuuluvan.²⁴³

Edellä esitetyt sopimusten ja menettelyjen arviointia ohjaavat kriteerit on edellä luvussa 2.1.1 kuvatulla tavalla jo aiemmassa unionin tuomioistuimen käytännössä vahvistettu; tällainen sopimuksen sisällön, sen tarkoituksen ja sopimukseen liittyvän asiayhteyden muodostama kolmiosainen arviointikehys ei siis suinkaan ole tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia sopimuksia koskevassa oikeuskäytännössä uusi väline. *Allianz Hungária* edustaa kuitenkin tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten näkökulmasta urauurtavaa oikeuskäytäntöä, ja sen onkin katsottu osaltaan häivyttävän sitä selkeää kahtiajakoa, joka kilpailua tarkoitukseltaan ja vaikutukseltaan rajoittavien sopimusten ja menettelyjen välillä on tähän saakka vallinnut.²⁴⁴

Allianz Hungáriassa unionin tuomioistuin näet laajensi perinteistä kolmiportaista kriteeristöään lausumalla, että edellä mainittujen tekijöiden lisäksi tulisi huomiota kiinnittää myös sopimuksen kohteena olevien palveluiden tai tavaroiden luonteeseen sekä tosiasiallisiin markkinoiden toimintaan ja rakenteeseen liittyviin olosuhteisiin.²⁴⁵ Edelleen tuomioistuin katsoi, että tapauksessa käsillä olevien sopimusten oikeudellisen ja taloudellisen kontekstin asianmukainen arviointi edellyttää muun muassa kyseessä olevien markkinoiden rakenteen, vaihtoehtoisten jälleenmyyntikanavien olemassaolon ja niiden vastaavan merkityksen sekä kyseessä olevien yritysten markkinavoiman huomioon ottamista.²⁴⁶

Kokoavasti totean, että ratkaisun asiassa *Allianz Hungária* voidaan katsoa edustavan oikeustilan asteittaista muutosta – tai ainakin pyrkimystä siihen. Tuomion voidaan nähdä ilmentävän unionin tuomioistuimen pyrkimyksiä muotoilla uudelleen ja laajentaa sitä taloudellisen arvioinnin kriteeristöä, jonka huomioon ottamista ensikatsauksella tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen identifiointi ja arviointi edellyttää. Ne tekijät, joita unionin tuomioistuimen mukaan tulee ottaa huomioon sopimuksen oikeudellista ja taloudellista asiayhteyttä arvioitaessa muistuttavat niitä elementtejä, joita edellä luvussa 2.1.2 on vaikutuksiltaan kilpailua rajoittavien sopimusten ja menettelytapojen osalta kuvattu arvioinnissa otettavan huomioon ja siten lähentävät jo edellä todetulla tavalla tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuvien

²⁴³ *Allianz Hungária*, kohta 44 ja julkisasiamies Cruz Villalónin ratkaisuehdotus, kohta 81.

²⁴⁴ Muun muassa Harper on katsonut *Allianz Hungáriassa* esitettyjen lausuntojen merkitsevän näiden kahden rajoituskategorian hienovaraista limittymistä. *Harper* 2014, s. 326–327.

²⁴⁵ *Allianz Hungária*, kohta 36.

²⁴⁶ *Allianz Hungária*, kohta 48

kilpailunrajoitusten arviointia. Edelleen *Allianz Hungárian* osaltaan viitoittaman monitahoisemman tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen arvioinnin voidaan katsoa olevan omiaan estämään edellä kuvattuja, niin sanottuja tyypin II virheitä kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamisessa. Syvällisempi menettelyn vaikutusten tarkastelu voi paljastaa ensinäkemältä luonteeltaan kilpailua rajoittavalta vaikuttavan menettelyn olevan lopulta harmitonta tai peräti tehokkuutta edistävää.

5.1.2 *Groupement des cartes bancaires*

Unionin tuomioistuimen tuomio asiassa *Groupement des cartes bancaires* edustaa niin ikään sellaista tuoreempaan oikeuskäytäntöön lukeutuvaa ratkaisua, jolla tuomioistuin on täsmentänyt tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten arviointia. Se on ensimmäinen tuomio, jolla unionin tuomioistuin on kumonnut tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaa sopimusta koskevan ratkaisun katsoen, että alun perin komission tekemä päätös sopimuksen kilpailua rajoittavasta tarkoituksesta on virheellinen. *Groupement des cartes bancaires* on Ranskan merkittävimpien pankkilaitosten perustama taloudellinen etuyhtymä, jonka tarkoituksena on varmistaa sen jäsenten myöntämällä pankkikorteilla tehdyissä maksu- ja käteisnostotapahtumissa käytettävien järjestelmien yhteensopivuus.²⁴⁷

Riidanalaisen komission päätöksen mukaan hintamekanismi, jolla pyrittiin kannustamaan jäseninä olevia korttien myöntäjiä ja korttitapahtumien vastaanottajia kehittämään korttitapahtumien vastaanottotoimintaansa sisälsivät sellaisia hinnoittelutoimenpiteitä, jotka aiheuttivat jäsenille lisäkustannuksia ja rajoittivat näiden toimintaa sekä estäneet uusien tulokkaiden toimintaa, ja olivat näin ollen tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia.²⁴⁸

Julkisasiamies Nils Wahl on ottanut ratkaisuun liittyen kantaa tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten ja menettelyjen käsitteeseen, puoltaen tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen rajatumpaa soveltamista. Wahl nojautui siihen jo varhaisemmassa oikeuskäytännössä todettuun seikkaan, että kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolon toteaminen edellyttää menettelyn oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden huomioon ottamista.²⁴⁹ Hänen mukaansa kuitenkin vain sellainen menettely, jonka vahingollinen luonne on osoitettu ja helposti havaittavissa saadun kokemuksen tai taloudellisen tutkimuksen perusteella, pitäisi katsoa

²⁴⁷ *Groupement des cartes bancaires*, kohta 3.

²⁴⁸ *Groupement des cartes bancaires*, kohta 8.

²⁴⁹ Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus, kohta 48.

tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaksi. Sen sijaan sopimusten, joiden vaikutukset ovat epäselviä tai kiistanalaisia tai jotka sisältävät sellaisia liitännäisvaikutuksia, jotka kuitenkin ovat välttämättömiä, kun tavoitellaan sopimuksen pääasiallista – kilpailun kannalta laillista ja ongelmattonta – päämäärää, ei voida automaattisesti olettaa lukeutuvan tähän ryhmään.²⁵⁰

Wahl korosti kuitenkin menettelyn kilpailunvastaisen tarkoituksen ja kilpailunvastaisten vaikutusten pitämistä erillään. Hänen mukaansa asiayhteyden huomioon ottaminen tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen arvioinnin yhteydessä voi yksinomaan osaltaan vahvistaa tai kumota oletettaman sopimuksen kilpailua rajoittavasta luonteesta. Kyse ei siis ole vastaavanlaisesta kokonaisvaltaisesta menettelyn vaikutusten arvioinnista kuin vaikutukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen osalta. Toisin sanoen, mikäli sopimuksen sisältö ja tarkoitus viittaavat sen kielteisiin kilpailuvaikutuksiin, voi kontekstuaalinen arviointi ainoastaan vahvistaa tämän huomion, mutta se ei yksinään riitä osoittamaan, että kyse on tarkoitukseen perustuvasta kilpailunrajoituksesta.²⁵¹

Tuomioistuin katsoi, että tapauksessa ei vastoin komission ja unionin yleisen tuomioistuimen näkemyksiä ollut kyse SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaan tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavasta sopimuksesta.²⁵² Ratkaisussa tuomioistuin vahvisti sen jo *Allianz Hungáriassa* esitetyn yksityiskohtaisemman kriteeristön, jota hyödyntämällä sopimuksen tai menettelyn kilpailua rajoittava tarkoitus tulisi pyrkiä tunnistamaan.²⁵³ Lisäksi oikeus katsoi unionin yleisen tuomioistuimen tulkinneen virheellisesti tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä ja totesi, ettei unionin yleinen tuomioistuin ole riittäväällä tavalla perustellut, millä perusteilla käsillä oleva kilpailunrajoitus on ollut niin vahingollinen, että sitä voitaisiin pitää tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana.²⁵⁴

Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten ja menettelyjen arviointia koskevan oikeuskäytännön kannalta erityisen merkityksellinen seikka tuomiossa on unionin tuomioistuimen vahvistama linjaus tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitteen tulkinnasta. Unionin tuomioistuin yhtyi edellä esitettyyn julkisasiamies Wahlin näkemykseen tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen rajoittavasta tulkinnasta, ja vahvisti, että käsitettä on tulkittava ahtaasti; kyseistä käsitettä voidaan soveltaa vain tietyntyyppiseen, kilpailulle riittävän

²⁵⁰ Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus, kohta 56.

²⁵¹ Julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus, kohdat 138–139.

²⁵² *Groupement des cartes bancaires*, kohta 75 ja kohta 96.

²⁵³ *Groupement des cartes bancaires*, kohta 53.

²⁵⁴ *Groupement des cartes bancaires*, kohta 69.

vahingolliseen toimintaan. Mikäli vaatimusta käsitteen supistavasta tulkinnasta ei aseteta, voisi komissio vapautua osoittamasta markkinavaikutukset liittyen niihinkin menettelyihin, joiden kilpailua rajoittavaa luonnetta ei ole näytetty.²⁵⁵

Julkisasiamies Wahlin lausunto sopimuksen laillisen tavoitteen saavuttamista edistävien liitännäisvaikutusten merkityksestä on määrähinnoittelun näkökulmasta mielenkiintoinen. Unionin tuomioistuin on asiassa *MasterCard* antamassaan tuomiossa selventänyt tällaisten liitännäisrajoitusten arviointia.²⁵⁶ Määritettäessä, onko rajoitus sopimuksen tavoitteen saavuttamiseksi välttämätön, on tarkasteltava toimintaa sellaisena kuin se ilman rajoitusta näyttäytyisi. Mikäli kyseessä oleva järjestely ei ilman sanottua rajoitusta olisi mahdollista, on rajoitus katsottava välttämättömäksi pääjärjestelyn liitännäisrajoitukseksi. Sen sijaan se, olisiko sanottu järjestely ilman tällaista rajoitusta hankalasti toteutettavissa tai kannattamatonta, ei ole rajoituksen välttämättömyyden arvioinnissa merkityksellistä.²⁵⁷

Vertikaalisissa suuntaviivoissa katsotaan, että jopa tietyt vakavimpiinkin kuuluvat rajoitukset, esimerkiksi uusien hyödykkeiden myyntiin liittyvät alueelliset rajoitukset, voivat poikkeustapauksissa ja kestoaltaan ajallisesti rajoitettuna jäädä SEUT 101 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle tai täyttää 101 artiklan 3 kohdan poikkeusedellytykset sillä perusteella, että ne ovat objektiivisesti katsoen tarpeellisia kyseessä olevan sopimuksen kannalta.²⁵⁸ Määrähinnoittelun osalta ei tällaista mahdollisuutta ole kuitenkaan julkilausuttu. Vaikka vertikaalisissa suuntaviivoissa on tuotu julki määrähinnoitteluun tietyissä olosuhteissa mahdollisesti liittyviä, rajattuja tehokkuusvaikutuksia, eivät vertikaaliset suuntaviivat sisällä kannanottoja tai käytännön esimerkkejä tilanteesta, jossa jälleenmyyntihinnan määräämistä voitaisiin pitää niin sanottuna liitännäisrajoituksena, jota koskevan sopimusmääräyksen hyödyntäminen on välttämättöntä sopimuksen laillisen tavoitteen saavuttamiseksi. Edelleen komission edellä esitetyn päätöskäytännön valossa mahdollisuudet tällaisen perusteen esittämiselle näyttävät olevan vähäiset.

²⁵⁵ *Groupement des cartes bancaires*, kohta 58.

²⁵⁶ Asia C-382/12 P *MasterCard*.

²⁵⁷ *MasterCard*, kohta 91.

²⁵⁸ Vertikaaliset suuntaviivat, kohdat 60–61.

5.1.3 Generics (UK)

Ratkaisussaan *Generics (UK)* unionin tuomioistuin otti kantaa lääkevalmisteen patentin haltijan ja rinnakkaislääkkeen valmistajan asemaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisena potentiaalisena kilpailijana.²⁵⁹ Ennakkoratkaisukysymykseen vastatessaan tuomioistuin esitti samalla näkemyksensä tulkintalinjoista, joita tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten oikeanlainen arviointi edellyttää. Oikeus vahvisti jo aiemmassa oikeuskäytännössään lausumansa vaatimuksen tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitteen suppeasta tulkinnasta.²⁶⁰ Edelleen tuomioistuin linjasi, etteivät pelkät perustelemattomat väitteet ole riittäviä tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavan sopimuksen olemassaolon toteamiseksi.²⁶¹

Ensi kertaa unionin tuomioistuin totesi tarkoitukseen perustuvia kilpailunrajoituksia koskevassa ratkaisussaan, että menettelyn kilpailua tehostavat vaikutukset on huolellisesti arvioiden otettava huomioon, jos osapuolet tällaisiin vaikutuksiin vetoavat.²⁶² Tämän lausuntonsa tueksi oikeus nojautui ratkaisuun liittyvään julkisasiamies Juliane Kokottin ratkaisuehdotukseen, jossa Kokott katsoi, ettei ole perusteltua luonnehtia enää tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittavaksi sellaista sopimusta, josta aiheutuu esimerkiksi hyötyjä kuluttajalle. Tällaiset hyödyt voivat herättää epäilyksen siitä, että sopimus tai menettely ei kenties olekaan luonteensa perusteella kilpailua haittaava. Tällöin sopimusta tulisikin arvioida siitä koituvat hyödyt huomioon ottaen, ja tarkastella, voidaanko menettely edelleen lukea tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaksi.²⁶³

Kokottin mukaan tällaiset kilpailun kannalta positiiviset vaikutukset ovat kiistatta osa sitä asiayhteyttä, jonka puitteissa sopimus tulee arvioida.²⁶⁴ Positiivisten kilpailuvaikutusten ottaminen huomioon edellyttää kuitenkin, että ne kyetään näyttämään toteen ja että ne ovat merkityksellisiä. Ei siis riitä, että osapuolet yksinomaan vetoavat tällaisten vaikutusten olemassaoloon tai siihen, että tällaisia kilpailun kannalta vaikutuksia on aiheutunut menettelystä. Sen sijaan vaikutusten on osoitettava olevan riittävän merkittäviä kyseessä olevan menettelyn kilpailua vahingoittavan luonteen kyseenalaistamiseksi.²⁶⁵

²⁵⁹ *Generics (UK)*, kohta 21.

²⁶⁰ *Generics (UK)*, kohta 67.

²⁶¹ *Generics (UK)*, kohta 65.

²⁶² *Generics (UK)*, kohta 103.

²⁶³ Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus, kohta 165.

²⁶⁴ Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus, kohta 158.

²⁶⁵ *Generics (UK)*, kohta 107 ja julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus, kohta 166.

5.1.4 Budapest Bank

Tuoreimmassa, vuonna 2020 antamassaan, tarkoitukseen perustuvia kilpailunrajoituksia koskevassa ratkaisussaan *Budapest Bank* unionin tuomioistuimien otti muun ohella kantaa tarkoituksensa perusteella kilpailua rajoittavien sopimusten asianmukaiseen identifiointiin ja arviointiin. Ratkaisu keskittyi arvioimaan monenvälisen siirtohinnan vahvistamisesta tehtyjä sopimuksia, niin sanottuja MIF-sopimuksia.²⁶⁶ Keskeisenä laajennuksena tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen arviointiin tuomioistuimien totesi, että vaikka vakiintuneesti on jo pitkään katsottu luonteeltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen tosiasiallisten vaikutusten tapauskohtaisen tutkimisen olevan tarpeetonta, ei tämä tarkoita, etteivät toimivaltaiset viranomaiset ja tuomioistuimet tällaista tutkimusta voisi suorittaa, mikäli ne tietyssä tapauksessa katsovat sen olevan tarkoituksenmukaista.²⁶⁷

Mitä tulee vakiintuneeseen erotteluun tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuvien kilpailunrajoitusten välillä, julkisasiamies Bobek katsoi, että oikeastaan nämä rajoitukset eivät lopulta ole erilaisia – ne molemmathan rajoittavat kilpailua ja ovat siten kiellettyjä. Bobekin toteamus onkin hyvä muistutus rajoitusten ryhmittelyn tosiasiallisesta funktiosta menettelyllisten seikkojen määrittäjänä: jaottelun avulla pyritään osoittamaan, minkälaista arviointia toimivaltaisilta viranomaisilta kulloinkin edellytetään.²⁶⁸ Tuomioistuimien katsoi SEUT 101 artiklan 1 kohtaa tulkitsevan niin, että sama toiminta voi sekä tarkoitukseltaan että vaikutuksiltaan rajoittaa kilpailua.²⁶⁹

Julkisasiamies Bobek katsoi, että käsillä olevaa menettelyä koskeva eurooppalaisten kilpailuviranomaisten ja tuomioistuimien käytäntö ei välttämättä ole niin yhdenmukainen, että tapauksessa kyseessä olevien menettelyjen voitaisiin katsoa yleisemmällä tasolla haittaavan kilpailua.²⁷⁰ Komissio oli tapauksessa tukeutunut lähinnä viittaamaan unionin tuomioistuimien oikeuskäytäntöön, jonka mukaan tietyn tyyppinen yritysten välinen yhteistoiminta on siinä määrin haitallista kilpailulle, ettei sen vaikutuksia ole tarpeen arvioida.²⁷¹ Bobekin mukaan tämä ei liene riittävä perustelu menettelyn yleisen vahingollisuuden tueksi.

²⁶⁶ Tässä tapauksessa Visan ja MasterCardin perustamiin korttimaksujärjestelmiin liittyneet unkarilaiset pankit olivat määrittäneet MIF-sopimuksella yhtenäisen korkeilla suoritettuja maksuja koskevan siirtohintakulun (englanniksi *multilateral interchange fee*) määrän. *Budapest Bank*, kohta 6.

²⁶⁷ *Budapest Bank*, kohta 40.

²⁶⁸ Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 24.

²⁶⁹ *Budapest Bank*, kohta 44.

²⁷⁰ Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 63.

²⁷¹ *MasterCard*, kohta 184.

Ratkaisuehdotuksessaan Bobek korosti oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden arviointia katsoen, että ensivaiheessa tapahtuva sopimuksen muodollisen sisällön ja sen tavoitteiden tarkastelu on todellisuudesta irrallista, ja että pelkkä tukeutuminen tällaiseen pintapuoliseen sopimuksen tarkasteluun voi johtaa jo siihen edellä kuvattuun tilanteeseen, jossa todellisuudessa kilpailua edistävä sopimus tuomitaan laittomaksi. Pelkästään se seikka, että tietty sopimus kuuluu vakiintuneesti kilpailua rajoittavina pidettävien sopimusten ryhmään, ei ole riittävä peruste sanotun sopimuksen kieltämiselle.²⁷² Bobekin ratkaisuehdotuksessa julkilausutaan kuitenkin viimeaikaisen oikeuskäytännön ilmentämän tarkoitukseen ja vaikutuksiin perustuvien kilpailunrajoitusten arvioinnin lähentymisestä mahdollisesti aiheutuvat tulkintaongelmat. Bobekin mukaan rajoittavan tarkoituksen ja rajoittavan vaikutuksen arvioinnin välille on mahdotonta piirtää selvää rajaa.²⁷³ Mihin päättyy tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavan sopimuksen asiayhteyden arviointi ja mistä vastaavasti alkaa täysimittainen vaikutusarviointi?

Bobek on kuitenkin ratkaisuehdotuksessaan edelleen pyrkinyt hälventämään niitä huolia, joita sanottu rajanveto-ongelma voi mahdollisesti aiheuttaa. Bobek selvensi tarkoitukseen ja vaikutukseen perustuvien rajoitusten arvioinnin välisiä eroja: ensimmäisessä vaiheessa keskitytään tarkastelemaan sopimuksen lausekkeita ja sopimuksen tavoitteita. Mikäli tässä vaiheessa herää epäily joko sopimuksen haitallisesti tai vaihtoehtoisesti myönteisiä vaikutuksia mahdollistavasta luonteesta, on syytä syventyä tarkastelemaan oikeudelliseen ja taloudelliseen asiayhteyteen liittyviä seikkoja. Bobek kuitenkin huomautti, että tämä asiayhteyden arviointi on pidettävä visusti erillään varsinaisesta vaikutusarvioinnista: kyse on Bobekin sanoin *tilanteen peruskartoituksesta*, joka edellyttää sitä, että asiaa tutkiva viranomainen vain melko yleisellä tasolla tarkastelee, onko olemassa sellaisia seikkoja, jotka sulkevat pois sen, että käsillä oleva sopimus tai menettely rajoittaa kilpailua. Edelleen Bobek kuitenkin huomauttaa, että tämän kartoituksen asianmukaiseksi suorittamiseksi ei ole valmista kaavaa eikä liioin muitakaan arvioinnin käytännön toteuttamisen suoraviivaisuutta tai monimutkaisuutta määrittäviä sääntöjä.²⁷⁴

Lopullinen vastuu arvioinnin mitoittamisesta jää näin ollen kussakin tapauksessa tarkastelua suorittavalle viranomaiselle. Nähdäkseni Bobekin havainnollistamat, jokseenkin melko abstraktit, aste-erot eri ryhmiin kuuluvien rajoitusten arvioinnissa ovat kuitenkin hyödyllisiä ja tukevat osaltaan jo edellä esitettyä kehitystä rajoitusten liukuvammasta arviointitavasta, jossa

²⁷² Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 46.

²⁷³ Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 50.

²⁷⁴ Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 49.

siirtyminen täysimääräiseen vaikutusarviointiin tapahtuu tarpeen mukaan vasta, kun yleisemmät, nykykäytännössä yksityiskohtaisemmin määritellyt, olosuhteet viittaavat eri suuntiin.²⁷⁵

5.2 Yhteenveto uuden oikeuskäytännön merkityksestä määrähinnoittelun arvioinnille

Edellä esitetty unionin tuomioistuimen viimeaikainen oikeuskäytäntö selventää nähdäkseni merkittävällä tavalla niitä perusteita, joiden avulla tarkoitukseen perustuvia kilpailunrajoituksia tulee arvioida. Erityisesti ratkaisussa *Allianz Hungária* ja *Groupement des cartes bancaires* julkilausutut seikat ovat omiaan muokkaamaan pitkään vallinnutta oikeustilaa tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien menettelyjen arvioinnissa. Kuten julkisasiamies Wahl on ratkaisuehdotuksessaan katsonut, ainoastaan menettely, jonka vahingollinen luonne on osoitettu ja helposti havaittavissa saadun kokemuksen tai taloudellisen tutkimuksen perusteella, pitäisi katsoa tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaksi. Sen sijaan ne menettelyt, joiden vaikutuksiin tai luonteeseen liittyy tulkinnanvaraisuutta, edellyttävät menettelyn laajemman asiayhteyden arviointia.

Vaatimus tällaisten rajoitusten suppeasta tulkinnasta ja aiempaa monipuolisempien taloudelliseen ja oikeudelliseen asiayhteyteen liittyvien seikkojen huomioon ottamisesta voi parhaimmillaan estää menettelyn tuomitsemisen tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavaksi väärin, tai ainakin turhan muodollisesti tulkituin, perustein. Vaikka edellä esitetystä oikeuskäytännöstä muotoilluissa arviointiperusteissa ei ole kyse tosiasiallisesta vaikutusten arvioinnista, voi sopimuksen tai menettelyn asiayhteyden keskittyvä tarkastelu määrähinnoittelun osalta olla erityisen merkittävä, sillä sopimuksen sisällön ja tavoitteen arviointi ei välttämättä osoita sen mahdollisia kilpailun kannalta myönteisiä vaikutuksia.

Ratkaisu asiassa *Allianz Hungária* on nykyistä oikeustilaa mahdolliseen muutokseen sysäävästä tuomiona luonnollisesti saanut osakseen myös kritiikkiä. Tuomion on katsottu olevan alun perinkin väärille perusteille rakentuva ratkaisu, jolla tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten ryhmää on tarpeettomasti laajennettu ja eri rajoitusten ryhmien välistä rajanvetoa aiheuttomasti häivytetty. Viimeaikaisesta kehityksestä huolestuneet keskustelijat katsovat muutosten voivan johtaa edelleen siihen, että tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia menettelyjä aletaan arvioida samalla hartaudella kuin vaikutuksiin perustuvia kilpailunrajoituksia – aikaa vievää ja kustannuksia lisäävää menettelyä soveltaen.²⁷⁶ Nähdäkseni on kuitenkin huomionarvoista muistaa muun muassa julkisasiamies Bobekin esittämät näkemykset tarkoitukseen ja

²⁷⁵ Julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus, kohta 50.

²⁷⁶ Ks. esimerkiksi *Graham* 2013 ja *Van Cleynenbreugel* 2014.

vaikutukseen perustuvien kilpailunrajoitusten arvioinnin erilaisista luonteista. Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusten asiayhteyden arviointi on vaikutukseen perustuvien rajoitusten arviointia yleisempää ja pintapuolisempaa.

Palaten tämän tutkimuksen luvussa 3 esitettyihin ryhmäpoikkeussäätelyn ja tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten taustalla vaikuttaviin, komission julkilausumiin pyrkimykseen taloudellisemmasta ja vaikutusperusteisemmasta menettelyjen arviointitavasta, katson unionin tuomioistuimen tuoreemman oikeuskäytännön, *Allianz Hungária* kärkijoukoissa, ilmentävän mahdollisuutta juuri tällaisen taloudellisemman lähestymistavan harjoittamiseen. Se, kuinka hyvin edellä esitetty uudemmassa oikeuskäytännössä hahmoteltu kilpailunrajoitusten eri ryhmiä lähentävä ja niiden välisiä jyrkkiä rajoja hälventävä arviointitapa soveltuu määrähinnoittelumenettelyn tarkasteluun, jää nähtäväksi, ja selvinnee lopulta vasta, kun määrähinnoittelua koskeva asia seuraavan kerran tulee komission arvioitavaksi tai tuodaan unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi.

6 LOPUKSI

Nykyisessä Euroopan unionin sääntelykehyksessä määrähinnoittelu luetaan osaksi tarkoituksestaan kilpailua rajoittavia menettelyjä, joita arvioidaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan perusteella. Tarkoituksestaan kilpailua rajoittavien sopimusten ja menettelytapojen katsotaan vakiintuneesti rajoittavan kilpailua sellaisenaan – yksinomaan luonteensa perusteella – eikä niiden tosiasiallisten vaikutusten arviointia pidetä tarpeellisena.

Menettelyt, jotka katsotaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaan kilpailua rajoittaviksi ja siten laittomiksi, voivat kuitenkin hyötyä SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaisesta poikkeuksesta, joka vapauttaa kiellon piiristä sellaiset sopimukset ja menettelyt, jotka kilpailua edistävinä täyttävät sanotun lainkohdan asettamat poikkeamisedellytykset. Tietyt SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaiset menettelyt katsotaan siinä määrin ongelmattomiksi, että ne on vapautettu SEUT 101 artiklan 3 kohdan edellytysten tapauskohtaisesta arvioinnista niin sanotulla vertikaalisella ryhmäpoikkeusasetuksella. Määrähinnoittelu kuuluu kuitenkin vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan mukaiseen vakavimpien kilpailunrajoitusten ryhmään. Tähän ryhmään kuuluvien sopimusten ja menettelyjen katsotaan olevan lähes automaattisesti kilpailun toimivuuden kannalta haitallisia, ja vastaavasti niiden mahdollisuuksia tuottaa kilpailun ja kuluttajien kannalta myönteisiä vaikutuksia pidetään vähäisinä. Niiden mahdollisuus vapautua laittomuusolettamasta jää riippumaan SEUT 101 artiklan 3 kohdan tarjoaman yksittäispoikkeuksen mahdollisuudesta.

Määrähinnoittelun kohtelu on synnyttänyt keskustelua ja kirvoittanut eri suuntaisia mielipiteitä lähes sadan vuoden ajan niin Euroopan unionissa kuin Yhdysvalloissa. Euroopan komissio on jo useamman vuosikymmenen ajan pyrkinyt ryhmäpoikkeussääntelyssään korostamaan tosiasiallisten markkinaolosuhteiden huomioon ottamista vertikaalisopimusten asianmukaiseksi arvioimiseksi. Vertikaalista ryhmäpoikkeusasetusta täydentävissä suuntaviivoissa tunnistetaan tiettyjä menettelyyn mahdollisesti liittyviä tehokkuusvaikutuksia. Lähestymistapa määrähinnoitteluun on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja komission ratkaisukäytännössä kuitenkin säilynyt suoraviivaisen torjuvana: määrähinnoittelun oletetaan olevan laitonta ja vaikutuksiltaan lähes aina haitallista menettelyä, johon mahdollisesti liittyvät tehokkuusedut ovat lähinnä teoreettisia.

Määrähinnoittelua koskeva keskustelu on jälleen kiihtynyt, kun nykyisen vertikaalisia sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen voimassaolo on päättymässä ja uuden, vuonna

2022 voimaantulevan ryhmäpoikkeusasetuksen sääntelyyn liittyvät valmistelutoimenpiteet ovat käynnissä. Määrä hinnoittelulla on edelleen vankka asemansa menettelynä, jonka kohtelu herättää monen suuntaisia näkemyksiä. Muun muassa vaikutustenarvioinnissa annettujen sidosryhmäpalautteiden viesti on kuitenkin melko yhdenmukainen: komission on pyrittävä nykyistä vaikutusperusteisempaan määrä hinnoittelun arviointiin.

Tämän tutkimuksen tavoitteena oli selvittää ensinnäkin, onko siirtyminen määrä hinnoittelun nykyistä joustavampaan arviointiin perusteltua. Taloudellinen tutkimus määrä hinnoitteluun liittyistä vaikutuksista osoittaa, että vaikutusten käytännön esiintyvyys on epävarmaa ja eri vaikutusten ilmenemistodennäköisyys vaihtelee. Seurausten voimakkuus riippuu ennen kaikkea ympäröivistä olosuhteista. Menettelyn haitallisuus näyttää kytkeytyvän ensisijaisesti sitä käyttävän yrityksen markkinavoimaan sekä siihen, kuinka laajalti menettelyä kunkin tapauksen kannalta merkityksellisillä markkinoilla harjoitetaan. Menettely vaikuttaa olevan sitä haitallisempaa, mitä suurempi on sitä käyttävän yrityksen markkinavoima. Menettelyn taloudellisten vaikutusten valossa katson menettelyn sääntelyä ja arviointia koskevan suunnanmuutoksen olevan tarpeen, sillä nykysääntely nostaa riskiä kilpailun kannalta ongelmattoman tai jopa tehokkuutta edistävän menettelyn tuomitsemisesta tarpeettomasti laittomaksi.

Jatkokysymyksenä tässä tutkimuksessa tarkastelin niitä keinoja, joiden avulla määrä hinnoittelun sääntely- ja tulkintakäytäntöä voitaisiin tulevaisuudessa mahdollisesti muuttaa, jotta menettelyn arviointi vastaisi yhtäältä komission tavoitteisiin joustavamman lähestymistavan saavuttamisesta ja toisaalta menettelyn vaikutuksiin liittyvässä tutkimuksessa esitettyihin havaintoihin. Yhtenä sääntelyn suuntaviivana on esitetty, että määrä hinnoittelulle tulisi mahdollistaa *de minimis* -tiedonannon mukainen poikkeusasema, jolloin alle 15 %:n markkinavoimaa nauttivat yritykset voisivat hyödyntää menettelyä ilman, että sen katsottaisiin SEUT 101 artiklan 1 kohdan nojalla olevan kilpailua tuntuvasti rajoittavaa. Nähdäkseni tämä on nykytutkimuksen valossa perusteltu ehdotus, sillä menettelyn käyttämisestä yksittäisenä toimenpiteenä pienten yritysten toimesta ei ole esitetty aiheutuvan haitallisia vaikutuksia. Tämä edellyttää kuitenkin ensin menettelyn vapauttamista vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen mustalta listalta, eli poistamista 4 artiklan vakavimpien kilpailunrajoitusten ryhmästä.

Edelleen katson, että yksinomaan sääntelyä vapauttamalla ei välttämättä kyetä vastaamaan siihen menettelyn korostetun muodolliseen arviointitapaan, joka ilmenee nykyisestä unionin oikeus- ja tapauskäytännöstä ja on omiaan säilyttämään torjuvan suhtautumisen määrä hinnoitteluun liittyen. Viimeaikaiset unionin tuomioistuimen ratkaisut, erityisesti asioissa *Allianz*

Hungária ja *Groupement des cartes bancaires*, ovat merkityksellisellä tavalla täsmentäneet yhtäältä tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten käsitteen supistavan tulkinnan vaatimusta ja toisaalta laajentaneet niitä seikkoja, joita tarkoitukseen perustuvien kilpailunrajoitusten arvioinnissa on otettava huomioon, erityisesti kun tarkastellaan kyseessä olevien sopimusten oikeudellista ja taloudellista asiayhteyttä. Nähdäkseni tällainen joustavampi tulkinta voi olla yksi ratkaisu nykyisen joustamattoman määrähinnoittelun arvioinnin pehmentämiseksi. Se, miten tuoreemmassa oikeuskäytännössä hahmotellut uudistuksen suuntaviivat käytännössä sopivat määrähinnoittelun tarkasteluun, riippuu lopulta kuitenkin siitä, kuinka pitkälle komissio ja unionin tuomioistuimien ovat valmiita vakiintunutta käytäntöään muuttamaan.

Määrähinnoittelun tosiasiallisia vaikutuksia koskeva kokemusperäinen tutkimus on edelleen vähäistä. Erityisesti määrähinnoittelun mahdollistamia myönteisiä kilpailu- ja kuluttajavaikutuksia koskeva jatkotutkimuksen tarve on huomattava. Siirtämällä määrähinnoittelu pois vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan vakavimpien kilpailunrajoitusten ryhmästä voitaisiin kuitenkin katsoakseni luoda mahdollisuudet määrähinnoittelun laajemmalle käytölle, mikä edelleen osaltaan laajentaa sitä empiiristä näyttöä, jota menettelyistä, sen eri muodoista ja vaikutusten tosiasiallisesta ilmenemisestä voidaan saavuttaa.