



UNIVERSITY OF LAPLAND
LAPIN YLIOPISTO

SEUT 102 artiklan määrittävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon so-
veltaminen yrityskeskittymiin ja oikeusvarmuusperiaate

Jenna Björn
Pro Gradu
Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Kilpailuoikeus
Kevät 2025

Lapin yliopisto

Tiedekunta: Oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: SEUT 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltaminen
yrityskeskittymiin ja oikeusvarmuusperiaate

Tekijä: Jenna Björn

Koulutusohjelma/oppiaine: Oikeustieteen maisteri

Työn laji: Pro gradu -tutkielma/Maisterintutkielma

Sivumäärä, liitteiden lukumäärä: 77, 0

Vuosi: 2025

Tiivistelmä:

Tutkielman tarkoituksena on arvioida, miten SEUT 102 artikla soveltuu yrityskeskittymien valvontaan. Tutkielmassa vastataan lainopin, oikeusteorian sekä oikeustaloustieteellisen metodin avulla, vaarantuuko osapuolten oikeusvarmuus, kun yrityskeskittymiä tutkitaan SEUT 102 artiklan mukaisesti ja missä tilanteissa yrityskeskittymä voi syyllistyä SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön.

SEUT 102 artiklan rikkomuksia tutkitaan jälkikäteisen kilpailuvalvonnan sääntöjen mukaisesti. Yrityskauppavalvonta eroaa merkittävästi muusta kilpailuvalvonnasta. Jälkikäteisessä kilpailuvalvonnassa ei ole asetettu aikarajaa tutkimiselle, eikä viranomaisen tutkimusoikeutta ole sidottu tarkkoihin raja-arvoihin, kuten yrityskauppavalvonnassa. Keskittymien jälkikäteinen tutkinta näyttäytyy sen vuoksi haastavasti ennakoitavana, osapuolten oikeusvarmuutta vaarantavana. Lisäksi keskittymien jälkikäteiseen tutkimiseen liittyy riski keskittymien päällekkäisestä/kaksinkertaisesta tutkimisesta, mikä vaarantaa oikeusvarmuutta.

Yrityskaupan voidaan katsoa olevan SEUT 102 artiklan mukaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos yrityskaupan osapuoli on yrityskaupalla vahvistanut määräävää markkina-asemaansa ja yritysoston myötä kilpailu estyy markkinoilla olennaisesti. Kilpailun voidaan katsoa estyvän olennaisesti, jos yrityskaupan myötä markkinoille jäävät toimijat ovat riippuvaisia tästä uudesta yrityskeskittymästä. Tällainen riippuvuustilanne voi olla kyseessä, jos yrityskaupalla käytännössä eliminoidaan kilpailu kokonaan eli markkinoille syntyy monopoli. Riippuvuustilanne voi syntyä myös silloin, jos markkinoille jää yrityskaupan jälkeen vain sellaisia pieniä, heikkoja toimijoita, joilla ei ole neuvotteluvoimaa uutta yrityskeskittymää vastaan. Lisäksi, jos yrityskaupalla pyritään rajoittamaan tai estämään kilpailijan markkinoille tuloa, voidaan kaupan katsoa olevan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

SEUT 102 artikla soveltuu vain horisontaalisiin keskittymiin, joten sen soveltamisala on kapea. Lisäksi artikla näyttäytyy raskaana sekä hitaana instrumenttina puuttua haitalliseen yrityskeskittymään. Artikla voi tästä huolimatta olla toimiva työkalu kansalliselle kilpailuviranomaiselle puuttua tappohankintoihin tai muihin haitallisiin yrityskauppoihin, jotka eivät muutoin tulisi kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. SEUT 102 artiklan ei kuitenkaan voida katsoa ratkaisevan kokonaan yrityskauppojen valvonnassa havaittua aukkoa, joten markkinoiden keskittymisen estämiseksi tarvitaan muita keinoja, kuten otto-oikeutta.

Avainsanat: Yrityskauppavalvonta, SEUT 102 artikla, määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, oikeusvarmuusperiaate, Towercast -tuomio

x Tutkielma ei sisällä muita kuin tekijän/tekijöiden omia henkilötietoja

Sisällysluettelo

Lähteet	V
Lyhenneluettelo	XV
1. Johdanto	1
1.1 Aiheen tausta ja lähtökohdat.....	1
1.1.1 Kilpailuoikeuden yhteiskunnallinen tehtävä.....	1
1.1.2 Yrityskauppavalvonta.....	3
1.1.3 Yrityskauppavalvonnan haasteet.....	5
1.1.4 Towercast -tuomio.....	7
1.2 Tutkielman aiheen rajausta ja tutkimuskysymykset.....	9
1.3 Tutkielman menetelmät ja aineisto.....	11
1.4 Tutkielman rakenne.....	13
2. Yrityskauppavalvonta ja SEUT 102 artikla	15
2.1 Yrityskauppavalvonnan ulottumattomiin jää kilpailulle haitallisia yrityskauppoja.....	15
2.1.1 Yrityskauppavalvonnan liikevaihtorajojen asettamisen haastavuus.....	15
2.1.2 Hiipivä keskittyminen, sarjahankinnat (serial acquisitions).....	18
2.1.3 Tappohankinnat (killer acquisition).....	19
2.2 Sulautuma-asetus yrityskeskittymien valvonnassa.....	22
2.2.1 Yrityskeskittymien valvonta ennen sulautuma-asetusta.....	22
2.2.2 Sulautuma-asetuksen ensisijaisuus yrityskeskittymien valvonnassa.....	23
2.3 SEUT 102 artiklan soveltuminen yrityskeskittymiin.....	25
2.3.1 SEUT 102 artiklan mukainen määräävä markkina-aseman väärinkäytön kieltäminen.....	25
2.3.2 EU-oikeuden normihierarkia ja SEUT 102 artiklan välitön oikeusvaikutus.....	26
3. Yrityskeskittymien tutkiminen SEUT 102 artiklan nojalla ja oikeusvarmuuden turvaaminen	30
3.1 Oikeusvarmuusperiaate kilpailuoikeudessa.....	30
3.1.1 Oikeusvarmuusperiaate osana oikeusturvaa.....	30
3.1.2 Kilpailuviranomaisen velvollisuus turvata oikeusvarmuus.....	31
3.2 Yrityskeskittymien tutkimusprosessi.....	34
3.2.1 Yrityskauppavalvonnan ja jälkikäteisen kilpailuvalvonnan eroavaisuudet.....	34
3.2.2 Kilpailuviranomaisen keinot puuttua haitallisiin yrityskeskittymiin.....	36
3.3 Oikeusvarmuuden toteutuminen yrityskeskittymien jälkikäteisessä valvonnassa.....	39
3.3.1 Yhden toimivaltaisen viranomaisen periaatteen vaarantuminen.....	39
3.3.2 Kilpailuviranomaisen tutkimusprosessin kesto.....	40

3.3.3	Kilpailuviranomaisen tutkimisen ennakoitavuus	42
3.3.4	Kilpailuviranomaisen neuvontavelvollisuuden merkitys.....	44
3.3.5	Kilpailuviranomaisen tutkimiseen varautuminen kilpailuvaikutusanalyysin ja sopimusoikeudellisesti.....	45
4.	EUT:n asettamat SEUT 102 artiklan soveltamiskriteerit ja toimivalta artiklan soveltamiseen	48
4.1	Kansallisen kilpailuviranomaisen oikeus tutkia yrityskeskittymä SEUT 102 artiklan nojalla	48
4.2	Kyseessä ei ole yhteisönlaajuinen keskittymä.....	49
4.3	Kilpailuviranomainen ei ole tutkinut keskittymää yrityskauppalvonnan säännöksiä perusteella	51
4.4	Yrityskauppaa ei ole siirretty komission tutkittavaksi EUMR 22 artiklan nojalla	52
4.4.1	EUMR 22 artiklan siirto-oikeuden tavoitteet ja tarkoitus	52
4.4.2	Yrityskeskittymät, joihin voidaan soveltaa 22 artiklan siirto-oikeutta	53
5.	Yrityskauppa on SEUT 102 artiklan mukaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä	56
5.1	SEUT 102 artiklan mukainen määräävän aseman väärinkäyttö	56
5.2	Yrityskaupan osapuolen määräävän markkina-aseman arviointi.....	58
5.2.1	Kilpailulain 4 §:n mukainen määräävä markkina-asema	58
5.2.2	Relevanttien markkinoiden määrittely.....	60
5.2.3	Yrityksen markkinaosuus.....	62
5.2.4	Potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tulo.....	63
5.3	Tehokkaan kilpailun olennaisen estymisen arviointi	65
5.3.1	Yrityskaupalla ostetaan kilpailija tai eliminoidaan kilpailu markkinoilta	65
5.3.2	Markkinatoimijoilla ei ole neuvotteluvoimaa markkinoilla	67
5.3.3	Yrityskauppa estää kilpailijan markkinoille tulon.....	69
6.	Johtopäätökset.....	72
6.1	Johtopäätökset oikeusvarmuuden toteutumisesta yrityskauppojen jälkikäteisessä tutkinnassa	72
6.2	Johtopäätökset SEUT 102 artiklan aineellisesta soveltamisesta.....	74

Lähteet

Kirjallisuus ja artikkelit

Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on? Tammi 1978.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Werner Söderström Osakeyhtiö. Helsinki 1989.

Aarnio, Aulis: Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Ashgate/Dartmouth, Aldershot 1997.

Aine, Antti: Yrityskeskittymien jälkikäteinen valvonta ja SEUT 102 artikla. Liikejuridiikka 2/2023 10–33.

Buri, Riku – Jankari, Aino: Yleisille liikevaihtorajoille vaihtoehtoiset tavat rajata yrityskauppavalvonnan soveltamisalaa: Esimerkkejä ja kokemuksia muista maista. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2022 s.260–284, Asiantuntija-artikkeli.

Buri, Riku – Heinonen, Miika – Pietola, Matias: THE ONES THAT GOT AWAY? Stealth Consolidation in the Finnish Private Healthcare Market. Working Papers 1/2024.

Cunningham, Colleen – Ederer, Florian – Song, Ma: Killer Acquisitions. Journal of Political Economy 2021, Vol 129, no.3.

Cunningham, Colleen: Killer Acquisitions. Journal of Political Economy, Vol 129, No. 3, s. 649-702. 2019.

Davey, A.: Business and Mergers Law in Australia: Never the Twain Shall Meet”, Journal of Economic and Social Policy, Vol. 8/1. 2023.

Doan, Minh – Sercu, Piet: Merging One’s Way to the Top: AB Inbev versus Heineken. Journal of Wine Economics, Vol. 16/1, s. 32–55. 2021.

Fenwick, Mark – Siems, Mathias – Wrzka, Stefan: The State of Art and Shifting meaning of Legal Certainty, teoksessa Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transitional Law. Hart Publishing. Oxford 2017 s.2017, s. 1-26.

Fox, Eleanor: Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide. 98(2) Nebraska Law Review 297. 2019.

Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs: Juridiska Föreningens i Finland Publikationsserie N:o 52, 1989.

Glick, Mark – Ruetschlin, Catherine – Bush, Darren: Big Tech’s Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law. 72 Hastings Law Journal 465. 2021.

Gueron, Yves: Killer acquisitions. Seoul Journal of Economics, Vol. 37, Iss.1, 2024. s. 55-73.

Gustafsson, Håkan: Rättens polyvalens: En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rätts-säkerhet. Lund 2002.

Hirvonen, Ari: Mitkä Metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsinki 2011.

Holström, Mats - Padilla, Jorge – Stitzing, Robin – Sääskilahti, Pekka: 1.1.2 Killer Aquisitions? The debate on merger control for digital markets. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2018 s. 35–54.

Justine Haekens: Mergers as an abuse of dominance: Insights from the Towercast judgement. European Competition Law Review 2023 44(11), s. 513–518.

Kuoppamäki, Petri: Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa. Lakimies 7–8/2008 s.1077–1105.

Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Helsingin Yliopisto. Helsinki 2003.

Kuoppamäki, Petri: Uusi Kilpailuoikeus. Alma Talent Helsinki 2018.

Levy, N., Rimsa, A., Buzatu, B: The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance, teoksessa *Kokkoris, I. ja Levy, N., Research Handbook on Global Merger Control*. Edward Elgar Publishing, 2023.

Lindberg, Leena: Yrityskauppatesti vaihtuu – Mitä eroa testeissä on ja mikä arvioinnissa muuttuu? Defensor Legis N:o 6/2011. s. 757–767.

Mulder, Jotte – Sauter, Wolf: A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/Grail and Towercast Judgements. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023.

Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Alma Talent. Helsinki 2011.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2023.

Määttä, Kalle: Oikeustaloustieteen perusteet. Edita Publishing Oy Keuruu 2016.

Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 2004, s.1267–1291.

Ogus, Anthony: What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics? *Chicago-Kent Law Review* 2004 s. 383-401.

Oinonen, Mika: EU:n ja Suomen kilpailuvalvonta. Talentum Pro Helsinki 2016.

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita 3., uudistettu laitos. Edita Publishing 2016.

Peczenik, Alexander: On Law and Reason. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989.

Penttinen, Sirja-Leena – Talus, Kim: Avaimet EU-oikeuteen. Edita Publishing Keuruu 2017.

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum, cop. Helsinki 2013.

Raitio, Juha: Oikeusvaltioperiaate, oikeusvarmuus ja koherenssi Euroopan unionin kilpailuoikeudessa. *Defensor Legis* 1/2019, s.58–68.

Raitio, Juha: Oikeusvarmuus ja oikeusvoima Eurooppaoikeudessa. *Defensor Legis* 4/2012 s. 403–418.

Raitio, Juha: The Principle of Legal Certainty in EC Law, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2003.

Tuori, Kaarlo: Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat), *Tidskrift för Rättsvetenskapen* 3/2003.

Vickers, John: Abuse of Market Power. *The Economic Journal*, F244-F261.

Waksman, Alexander M.: Editorial. European Competition Law Review 2022. Issue 12, 43(12).

Wickberg, Olli: Johdatus kilpailuoikeuteen. Talentum, Helsinki 2011.

Wish, Richard – Bailey, David: Competition Law. 10. painos, Oxford University Press 2021.

Viranomaisjulkaisut

Euroopan komissio: Concentration of Enterprises in the Common Market: Memorandum of the Commission of the European Economic Community to the Government of the Member States. Issue 26, Part 1 of Common Market Reports. Commerce Clearing House, Inc. Julkaistu 1966. (**Concentration Memorandum**)

European Commission for Democracy Through Law (**Venice Commission**), Report on the Rule of Law, Adopted the Venice Commission at its 86th plenary session, Venice 25-26 March, Strasbourg, Study No. 512/2009. CDL-AD (2011)003rev. Julkaistu 4.4.2011.

Euroopan Komissio 2019, Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Competition Enforcement in the Pharmaceutical Sector 2009-2017. Saatavissa: [Competition enforcement in the pharmaceutical sector \(2009-2017\) - Publications Office of the EU](#) (käyty 10.02.2025).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston ohje 5. yrityskauppojen arvioinnista 2022. Saatavissa <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/yrityskauppavalvonta/lainsaadanto-ja-ohjeet/> (käyty 10.02.2025).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston Policy brief 1/2024, Markkinoiden haitallisen torjuntaan tarvitaan tehokkaampia työkaluja. Saatavissa: <https://www.kkv.fi/tutkimus-ja-vaikuttaminen/julkaisut/policy-brief-sarja/markkinoiden-haitallisen-keskittymisen-torjuntaan-tarvitaan-tehokkaampia-tyokaluja-policy-brief-1-2024/> (5.2.2025).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvitys eläinlääkäripalveluiden kilpailutilanteesta ja markkinoiden keskittymisen vaikutuksista. Kilpailuviranomaisen katsauksia 6/2004. Saatavissa: <https://www.kkv.fi/tutkimus-ja-vaikuttaminen/julkaisut/katsaukset/selvitys-pienelainlaakaripalveluiden-kilpailutilanteesta-ja-markkinoiden-keskittymisen-vaikutuksista-katsauksia-6-2024/> (5.2.2025).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 7/2021. Saatavissa: <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2021/11/2021-kkv-selvityksia-7-2021-selvitys-yrityskauppavalvonnan-ilmoitusvelvollisuuden-muutostarpeista.pdf> (Käyty 5.2.2025).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston tiedote 29.05.2024 Terveysmarkkinoiden keskittymisestä. Saatavissa: [Terveysmarkkinoiden keskittyminen johtanut hintojen nousuun – KKV tarvitsee tehokkaamman työkalun haitallisen keskittymisen estämiseksi - Kilpailu- ja kuluttajavirasto](#) (käyty 5.2.2025).

Kilpailuviraston suuntaviivat yrityskauppavalvonnasta 2011. Saatavissa: <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/yrityskauppavalvonta/lainsaadanto-ja-ohjeet/> (käyty 10.02.2025).

OECD 2023. Serial Acquisitions and Industry Roll-ups, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Saatavissa: https://www.oecd.org/en/publications/serial-acquisitions-and-industry-roll-ups_0b4362f8-en.html (käyty 10.02.2025).

Yhdysvaltojen oikeusministeriön ja liittovaltion kauppakomission julkaisu: Horizontal Merger Guidelines 2010. (U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission.) Saatavissa: <https://www.justice.gov/atr/file/810276/dl?inline> Julkaistu 19.08.2010. (käyty 10.02.2025)

Virallislähteet

Euroopan unioni

Euroopan komission konsolidoitu tiedonanto toimivaltakysymyksistä 2008/c 95/01, Annettu yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 mukaisesti. Julkaistu 16.04.2008.

Komission tiedonanto 2004/C 101/07, EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaa kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista. Julkaistu 27.04.2004.

Komission tiedonanto Neuvostolle ja Euroopan parlamentille sulautuma-asetuksen tarkistamisesta. KOM(96) 313 lopullinen. Julkaistu 22.10.1996.

Komission tiedonanto 2021/C 113/01, Ohjeet sulautuma-asetuksen 22 artiklassa säädetyn siirtomekanismin soveltamisesta tietäntyyppisissä asioissa. C/2021/1959.

Komission tiedonanto EYVL 1997 C 327/3, Relevanttien markkinoiden määrittelystä. Julkaistu 9.12.1997.

Komission suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnassa. EUVL 2004 C 31. Julkaistu 5.2.2004.

Suomi

HE 172/2022, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailulain uudistamisesta.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin (EUT)

Tuomio 6.7.1971. Asia 59/70, Alankomaiden kuningaskunta (**Alankomaat**) v. Euroopan yhteisöjen **komissio**. ECLI:EU:C:1971:77.

Tuomio 7.09.2017. Asia C-248/16, **Austria Asphalt** GmbH & Co OG v. Bundeskartellamt. ECLI:EU:C:2017:643.

Tuomio 17.11.1987. Yhdistetyt asiat 142/84 ja 156/84, British-American Tobacco Company Ltd (**BAT**) ja R. J. Reynolds Industries v. Euroopan yhteisöjen komissio. ECLI:EU:C:1987:490.

Tuomio 12.10.1978. Asia 10/78, Tayeb **Belbouab** v Bundesknappschaft. ECLI:EU:C:1978:164.

Tuomio 14.04.2005. Asia C-110/03, **Belgian** kuningaskunta v. **komissio**. ECLI:EU:C:2005:223.

Tuomio 12.03.1974. Asia 127/73, **BRT** ja Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers. ECLI:EU:C:1974:25.

Tuomio 4.10.2012. Asia C-249/11, Hristo **Byankov** v Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti. ECLI:EU:C:2012:608.

Tuomio 21.02.1973. Asia 6/72, Europemballage ja **Continental Can** v. Komissio. ECLI:EU:C:1973:22.

Tuomio 20.09.2001. Asia C-453/99, Courage Ltd v. Bernard **Crehan** ja Bernad Crehan v. **Courage** Ltd ym. ECLI:EU:C:2001:465.

Tuomio 15.07.1964. Asia 6/64, Flaminio Costa v **ENEL**. ECLI:EU:C:1964:66.

Tuomio 31.05.2018. Asia C-633/16, Ernst & Young P/S (**EY**) v. Konkurrencerådet. EC-LI:EU:C:2018:371.

Tuomio 19.02.1975. Asia 66/74. Alfonso **Farrauto** v. Bau-Berufsgenossenschaft. ECLI:EU:C:1975:18.

Tuomio 15.12.1994. Asia C-250/92, **Gøttrup-Klim** ym. Grovvareforeninger vastaan Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA. ECLI:EU:C:1994:413.

Tuomio 13.02.1979. Asia 85/76, **Hoffmann-La Roche** & Co. AG v. Komissio. ECLI:EU:C:1979:36.

Tuomio 4.9.2024. Asia C-611/22, **Illumina**, Inc v Komissio. EU:C:2024:677.

Tuomio 3.6.2008. Asia C-308/06, International Association of Independent Tanker Owners (**Inter-tanko**) ym. v Secretary of State for Transport. ECLI:EU:C:2008:321.

Tuomio 10.7.2014. Asia C-213/13, **Impresa Pizzarotti** & C. SpA v Comune di Bari and Others. ECLI:EU:C:2014:2067.

Tuomio 16.3.2006. Asia C-234/04, Rosmarie **Kapferer** v Schlank & Schick GmbH. ECLI:EU:C:2006:178.

Tuomio 12.02.2008. Asia C-2/06, K Willy **Kempter** KG v Hauptzollamt Hamburg-Jonas. ECLI:EU:C:2008:78.

Tuomio 29.01.1969. Asia 23–68, Johannes Gerhardus **Klomp** v Inspektie der Belastingen. ECLI:EU:C:1969:2.

Tuomio 5.6.2014. Asia C-557/12, **Kone** AG ym. v. ÖBB-Infrastruktur AG. ECLI:EU:C:2014:1317.

Tuomio 13.01.2004. Asia C-453/00, **Kühne & Heitz** NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren. ECLI:EU:C:2004:17.

Tuomio 13.07.2006. Yhdistetyt asiat C-295/04 ja C-298/04, Vincenzo **Manfredi** v. Llyod Adriatico Assicurazioni SpA ja Pasqualina Murgolo v. Assitalia SpA. ECLI:EU:C:2006:461.

Tuomio 22.6.2004. Asia C-42/01, **Portugalin** tasavalta v. **komissio**. ECLI:EU:C:2004:379.

Tuomio 15.01.1979. Asia 98/78, A. **Racke** v Hauptzollamt Mainz. ECLI:EU:C:1979:14.

Tuomio 11.04.1989. Asia C-66/86, Ahmed **Saeed Flugreisen** ja Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. ECLI:EU:C:1989:140.

Tuomio 12.10.1981. Yhdistetyt asiat 212–217/80, Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale Industria **Salumi** ym. ECLI:EU:C:1981:270.

Tuomio 12.5.2022. Asia C-377/20, **Servizio Elettrico** Nazionale SPA ym. v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ym. ECLI:EU:C:2022:379.

Tuomio 14.3.2019. Asia C-724/17, **Skanska** Industrial Solutions ym. v. Vantaan kaupunki. ECLI:EU:C:2019:204.

Tuomio 11.12.2007. Asia C-161/06, **Skoma-Lux** sro v Celní ředitelství Olomouc. ECLI:EU:C:2007:773.

Tuomio 16.12.1975. Yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114–73, Coöperatieve Vereniging "**Suiker Unie**" UA ym. v Euroopan yhteisöjen komissio. ECLI:EU:C:1975:174.

Tuomio 21.12.2023. Asia C-333/21, European **Superleague** Company, SL v Fédération internationale de football association (FIFA) and Union of European Football Associations (UEFA). ECLI:EU:C:2023:1011.

Tuomio 13.7.2023. Asia C-376/20 P, Komissio v. CK **Telecoms** UK Investments. EU:C:2023:561.

Tuomio 16.03.2023. Asia C-449/21. **Towercast** v. Autorité de la concurrence ja Ministère de l'Économie, EU:C:2023:207.

Tuomio 3.5.1978. Asia 112/77, August **Töpfer** & Co. GmbH v Euroopan yhteisöjen komissio. EUCLI:EU:C:1978:94.

Tuomio 6.10.2015. Asia C-69/14, Dragoș Constantin **Târșia** v Statul român and Serviciul Public Comunitar Regim Permisi de Conducere și Inmatriculare a Autovehiculelor. ECLI:EU:C:2015:662.

Tuomio 19.1.2023. Asia C-680/20, **Unilever Italia** Mkt Operations Srl v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. ECLI:EU:C:2023:33.

Tuomio 14.02.1978. Asia 27/76, **United Brands** Co v. Euroopan yhteisöjen komissio. ECLI:EU:C:1978:22.

Euroopan yleinen tuomiosituin (EUYT)

Tuomio 13.07.2022. Asia T-227/21, **Illumina** Inc. Grail LLC v komissio ym. ECLI:EU:T:2022:477.

Tuomio 12.12.1991. Asia T-30/89, **Hilti** AG v Euroopan yhteisöjen komissio. ECLI:EU:T:1991:70.

Tuomio 10.07.1990. Asia T-51/89, **Tetra Pak** Rausing SA v Komissio. ECLI:EU:T:1992:98.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamies J. Kokottin ratkaisuehdotus asiassa C-202/06 P, **Cementbouw Handel & Industrie** v. Euroopan yhteisöjen komissio. EUCLI:EU:C:2007:255.

Julkisasiamies N. Emilioun ratkaisuehdotus asiassa **Illumina**, Inc vastaan Euroopan komissio (C-611/22 P) ja Grail LLC vastaan Illumina, Inc. Ja Euroopan komissio C-625/22 P. ECLI:EU:C:2024:264.

Julkisasiamies J. Kokottin ratkaisuehdotus asiassa C-449/21, **Towercast** vastaan Autorité de la concurrence ja Ministère de l'Économie. ECLI:EU:C:2022:777.

Euroopan komissio

Komission päätös 30.04.2003, COMP/M.2903 - Daimler/Chrysler /Deutsche Telekom/ JV.

Komission päätös 11.02.2002, COMP/M.2632 - Deutsche Bahn ym. JV.

Komission päätös 20.07.2005, COMP/M.3858 - Lehman Brothers/Starwood / Le Meridien.

Komission päätös 30.07.1998, COMP, IV/M.1245 - Valeo/ ITT Industries.

Muiden jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten päätökset

Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17 21. kesäkuuta 2023 artiklan IV.73 CDE:n soveltumisesta asiaan CONC-PRP-23/0002. Saatavissa: <https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/ABC-2023-RPR-17%20PUB.pdf> (käyty 10.02.2025).

Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-38-AUB 6. lokakuuta 2023 koskien asiaa CONC-RPR-23/0001- Proximus/EDPnet. Saatavissa: <https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/ABC-2023-RPR-38-AUD%20PUB.pdf> (käyty 10.02.2025).

Ranskan kilpailuviranomaisen, Autorité de la concurrence, Päätös n° 24-D-05. 26.05.2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage. Saatavissa: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2024-05/24d05.pdf (käyty 17.11.2024).

Lyhenneluettelo

ABC	Belgian kilpailuviranomainen
FCA	Ranskan kilpailuviranomainen
EU	Euroopan unioni
EUMR	EY sulautuma-asetus
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUYT	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
EYT	Euroopan yhteisön tuomioistuin
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
Kilp.L.	Kilpailulaki
Komissio	Euroopan komissio
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SIEC	Significant impediment to effective competition

1. Johdanto

1.1 Aiheen tausta ja lähtökohdat

1.1.1 Kilpailuoikeuden yhteiskunnallinen tehtävä

Markkinatalous rakentuu pääosin sopimusvapauden ja yksityiseen omistusoikeuteen perustuvan yritystoiminnan ja kilpailun varaan. Vapaa kilpailu johtaa resurssien tehokkaaseen allokoitumiseen, mutta toisaalta vapaa kilpailu edellyttää, että yritykset todella kilpailevat keskenään eivätkä pyri keskinäisillä järjestelyillään estämään kilpailumekanismin toimimista. Kilpailuoikeudella voidaankin rajoittaa sopimusvapautta silloin, kun yritykset pyrkivät sellaisiin päämääriin, jotka ovat ristiriidassa sopimusvapauden suojelemien arvojen kanssa.¹

Kilpailuoikeuden perustehtävänä voidaan pitää markkinavoimien kontrolloimista sekä haitallisiin markkinavoiimiin puuttumista, joko ennakollisesti tai jälkikäteen.² Markkinavoi-malla tarkoitetaan yrityksen kykyä hinnoitella yli kilpailullisen hintatason tai muutoin vaikuttaa markkinoilla vallitseviin kilpailuolosuhteisiin kilpailua rajoittavasti. Markkinavoi-maa ei itsessään voida pitää hyvänä tai pahana, mutta se on oikeudellista sääntelyä vaativa ilmiö. Kilpailulainsäädäntöä tarvitaan, jotta markkinatalous voi toimia ja täyttää sille talouden ohjausmekanismina asetetut tehtävät. Jos yritysten välinen kilpailu jollakin toimialalla laskee alle kriittisen pisteen, markkinatalouden itseohjautuvuus häiriintyy, paine innovatiivisuuteen vähenee ja yritykset voivat periä kauppakumppaneiltaan monopolivoit-toja. Toimiva kilpailu on siten välttämätön osa markkinataloutta. Kilpailulakia (948/2011) voidaan pitää markkinatalouden perustuslakina, sillä siinä säädellään sallituista ja kielletyistä kilpailukeinoista markkinoilla.³

Kilpailuoikeudella tarkoitetaan yleensä kilpailunrajoituksia koskevaa lainsäädäntöä. Kilpailulain 1 §:n mukaisesti lain tarkoituksena on terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Terveen ja toimivan kilpailun turvaami-

¹ Kuoppamäki 2003 s. 1050.

² Ks. Wickberg 2011, s. 71.

³ Kuoppamäki 2008, s. 1080–1082.

seen kuuluu olennaisesti kilpailuvalvonta, jonka nojalla pyritään luomaan otolliset kilpailuolosuhteet markkinoille. Kilpailuvalvonnassa pyritään puuttumaan yritysten kilpailua rajoittavaan toimintaan sekä markkinoiden haitalliseen keskittymiseen. Kilpailuvalvonta jakaantuu yrityskauppavalvontaan (*ex ante*) sekä jälkikäteiseen (*ex post*) kilpailuvalvontaan. *Ex post* -kilpailuvalvonnassa puututaan yritysten kilpailua rajoittavaan toimintaan markkinoilla, kuten kartelleihin sekä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Kieltäytystä yhteistoiminnasta (kartelleista) on säädetty SEUT 101 artiklassa ja määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä SEUT 102 artiklassa.⁴ Yrityskauppavalvonta on yksi kilpailuoikeuden keino turvata markkinoiden toimivuus ja tehokas kilpailu ylläpitämällä kilpailullista markkinarakennetta.⁵ Yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on puuttua sellaiseen markkinoiden keskittymiseen, jonka arvellaan estävän toimivan kilpailun ylläpitämistä markkinoilla. Yrityskauppavalvonnassa tarkastelussa on siten markkinoiden rakenne, ei niinkään yritysten käyttäytyminen, kuten esimerkiksi jälkikäteiseen kilpailuvalvontaan kuuluvassa kartellivalvonnassa.⁶

Kilpailuoikeuden keskeinen tehtävä on suojella kilpailua prosessina ja instituutiona.⁷ Kilpailu itsessään ei ole itseisarvo, vaan sen suojelu perustuu kilpailun tuomiin hyötyihin. Kilpailuoikeudella pyritäänkin puuttumaan menettelytapoihin, jotka vähentävät talouden tehokkuutta ja perusteettomasti estävät tai haittaavat muiden elinkeinonharjoittajien toimintaa.⁸ Toimivan kilpailuprosessin katsotaan kannustavan yrityksiä kilpailemaan asiakkaistaan tarjoamalla edullisempia ja laadukkaampia tuotteita, innovoimaan sekä kehittämään kustannustehokkaita tuotantomenetelmiä. Kilpailuoikeuden tavoitteena onkin viime kädessä tuottaa hyötyä kuluttajille sekä yrityksille.⁹

⁴ Kartelli- ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellot on implementoitu kansallisiin oikeusjärjestelmiin. Suomessa SEUT 101 ja 102 artiklaa vastaa kilpailulain 5 ja 7 §:t.

⁵ Kuoppamäki 2008, s. 1081.

⁶ Oinonen 2016, s. 198.

⁷ Kuoppamäki 2008, s. 1081.

⁸ Kuoppamäki 2018, s. 1.

⁹ Oinonen 2016, s. 11.

1.1.2 Yrityskauppavalvonta

Kilpailuvalvonnalla pyritään turvaamaan tehokas kilpailu markkinoilla puuttumalla yritysten kilpailua rajoittavaan käytökseen sekä yritysjärjestelyihin. Yrityskauppavalvonta on osa kilpailuvalvontaa ja sen tarkoituksena on estää kilpailun vääristyminen ja puuttua markkinoiden liialliseen keskittymiseen.¹⁰ Kilpailulain 25 §:n mukaisesti markkinaoikeus voi kieltää yrityskaupan kilpailu- ja kuluttajaviraston (KKV) esityksestä, mikäli kauppa synnyttää tai vahvistaa määräävää markkina-asemaa tai kilpailu estyy markkinoilla muulla tavoin kaupan vuoksi.

Markkinoiden liiallinen keskittyminen heikentää kilpailua, sillä se mahdollistaa yritysten kartellisoitumista sekä määräävän markkina-aseman syntymistä tai vahvistumista. Kartelleihin ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön puututaan jälkikäteisessä kilpailuvalvonnassa, mutta yrityskauppavalvonta on edelleen ainut keino estää markkinoiden liiallinen keskittyminen.¹³ Yrityskaupan kilpailuvaikutukset voivat olla niin voimakkaita, ettei jälkikäteinen kilpailuvalvonta ole riittävää niiden poistamiseen. Lisäksi yrityskaupasta aiheutunut hintojen nousu ei useinkaan ole tehokkaasti kontrolloitavissa vain määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla.¹⁴ Yrityskauppavalvonta täydentää siten muuta kilpailuvalvontaa, sillä muutoin yritykset voisivat yritysjärjestelyin pyrkiä rajoittamaan kilpailua. Esimerkiksi äärimmilleen vietynä yritysjärjestelyä voidaan käyttää kartellin korvikkeena.¹⁵

Suomessa toimivalta kilpailuvalvontaan on annettu kilpailu- ja kuluttajavirastosta annetun lain (661/2012) 2 §:n mukaisesti Kilpailu- ja kuluttajavirastolle. Yrityskauppavalvonta perustuu yrityskauppoja suunnittelevien osapuolten ilmoitusvelvollisuuteen ja ilmoitusvelvollisuus määräytyy laissa määriteltujen liikevaihtorajojen mukaisesti. Jos kaupan osapuolten liikevaihtorajat täyttyvät, on ostajan ilmoitettava kaupasta kilpailuviranomaiselle. Liikevaihtorajojen avulla valvontamenettely onkin tarkoitettu kohdentaa sellaisiin merkittäviin yrityskauppoihin, joiden lähtökohtaisesti voidaan olettaa vaarantavan toimivaa kilpai-

¹⁰ Ks. Kuoppamäki 2018, s.11.

¹³ Ks. Ibid., s. 359.

¹⁴ Kuoppamäki 2018, s. 359.

¹⁵ Kuoppamäki 2003, s. 1051.

lua.¹⁷ Perinteisesti liikevaihtorajojen on ajateltu olevan paras keino arvioida, mikä on yrityksen merkitys markkinoilla ja siten indikoida, olisiko yrityskauppa haitallinen kilpailulle.

Yrityskauppoja valvotaan sekä unionin tasolla että kansallisesti. Toimivalta keskittymien tutkimiseen on jaettu komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten välillä liikevaihtorajojen perusteella Neuvoston yrityskeskittymien valvonnasta annetussa asetuksessa eli sulautuma-asetuksessa (139/2004). Tavoitteena on, että yrityskeskittymän tutkisi se viranomainen, jolla on siihen parhaat edellytykset. Pääasiassa kansallisiin markkinoihin vaikuttavia yrityskeskittymiä on mielekästä tutkia kansallisella tasolla ja yhteismarkkinoihin vaikuttavia keskittymiä komission toimesta.¹⁸ Sulautuma-asetuksessa on annettu komissiolle toimivalta tutkia yhteisönlajuiset keskittymät. Yhteisönlajuisen keskittymän käsite on määritelty liikevaihtorajojen perusteella, joita käsitellään tarkemmin neljännessä luvussa. Muut kuin yhteisönlajuiset keskittymät jäävät siten lähtökohtaisesti kansallisten kilpailuviranomaisten tutkittavaksi kansallisten yrityskauppavalvonnan säädösten mukaisesti.

Suomen kansallisista liikevaihtorajoista on säädetty kilpailulain 22 §:ssä. Säännöksen mukaisesti yrityskaupasta on ilmoitettava kilpailu- ja kuluttajavirastolle, mikäli kaupan osapuolten yhteenlaskettu Suomesta kertynyt liikevaihto ylittää 100 miljoonaa euroa ja jossa vähintään kahden osapuolen Suomesta kertynyt liikevaihto ylittää kummankin osalta 10 miljoonaa euroa. Kilpailulain 22 §:n kolmannen momentin mukaisesti yllä mainittuja liikevaihtorajoja ei sovelleta, jos yrityskauppa kuuluu sulautuma-asetuksen soveltamisalaan, paitsi jos Euroopan komissio siirtää yrityskeskittymän Kilpailu- ja kuluttajaviraston käsiteltäväksi sulautuma-asetuksen 4 artiklan 4 kohdan tai 9 artiklan nojalla.

Kilpailulain 21 §:ssä on määritelty, millaiset yritysostot ovat kilpailulain tarkoittamia yrityskauppoja, ja jotka liikevaihtorajat ylittäessään tulee ilmoittaa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle tutkittavaksi. 21 §:n mukaisesti yrityskaupalla tarkoitetaan kirjanpitolain (1336/1997) 1 luvun 5 §:ssä tarkoitettua määräysvallan tai vastaavan tosiasiallisen määräysvallan hankkimista, elinkeinonharjoittajan koko liiketoiminnan tai sen osan hankkimista, sulautumista, tai sellaisen yhteisyrityksen perustamista, joka huolehtii pysyvästi kaikista itsenäiselle yritykselle kuuluvista tehtävistä. Määräysvallan hankkimisella tarkoitetaan tosiasiallista mah-

¹⁷ Ibid., s. 1061.

¹⁸ Ks. komission tiedonanto 2021, kohta 5.

dollisuutta vaikuttaa hankinnan kohteena olevan yhteisön toimintaan ja kilpailukäyttäytymiseen, mutta määräysvalta ei kuitenkaan ole sidoksissa järjestelyn oikeudelliseen toteutamuotoon.¹⁹ Yrityskaupoissa, joissa hankitaan liiketoiminta tai sen osa, on lähtökohtaisesti kyse liikeomaisuuteen kohdistuvan määräysvallan hankkimisesta, mikä edellyttää, että hankitulla omaisuudella voidaan harjoittaa liiketoimintaa ja siihen voidaan kohdistaa liikevaihtoa.²⁰ Yritysjärjestelyn täytyy myös olla pysyvä, jotta sitä voidaan pitää lain tarkoittamana yrityskauppana.²¹

1.1.3 Yrityskauppavalvonnan haasteet

Kilpailuoikeuden vaikeimpia asioita on erottaa toisistaan markkinavoiman positiiviset ja negatiiviset vaikutukset.²² Yrityskaupat ovat yksi niistä keinoista, joiden avulla yritykset ja talouden eri sektorit sopeutuvat muuttuviin markkinaolosuhteisiin. Keskittymien avulla tehottomat yritykset karsiutuvat pois markkinoilta ja samalla yritys voi saavuttaa tehokkaamman yritys-koon. Yrityskeskittymä voi lisätä elinkeinotoiminnan tehokkuutta sekä kansainvälistä kilpailukykyä.²³ Toisaalta yrityskauppojen avulla yritys voi myös estää tehokasta kilpailua esimerkiksi vahvistamalla määräävää markkina-asemaansa markkinoilla.

Yrityskaupoilla on siis usein kilpailua edistäviä sekä kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Sen vuoksi yrityskauppojen kilpailuvaikutuksia arvioitaessa on lähtökohtaisesti punnittava yrityskaupan hyötyjä ja haittoja. Yrityskauppa voi aiheuttaa merkittävää haittaa toimivalle kilpailulle, minkä seurauksena hinnat nousevat ja valikoima supistuu. Toisaalta kaupasta voi aiheutua myös merkittäviä tehokkuusetuja, esimerkiksi yritysten tuotannollinen tai dynaaminen tehokkuus paranee, mikä puolestaan alentaa kuluttajahintoja tai tukee uusien ja

¹⁹ Oinonen 2016, s. 201.

²⁰ Ibid., s. 202. Ks. myös määräysvallan hankkimisesta Komission konsolidoitu tiedonanto toimivaltakysymyksistä 2008, kohdat 11–35.

²¹ Pysyvyydelle ei ole täsmällistä määritelmää, mutta perusajatuksena on ollut, että ainoastaan yritysostot, jotka aiheuttavat pysyvän muutoksen yritysten määräysvallassa ja markkinoiden rakenteessa, ovat lain tarkoittamia yrityskauppoja. Pitkän määräaikaisen sopimuksen teko voidaan rinnastaa yrityskauppaan, mikäli sopimuksen voidaan katsoa olevan voimassa riittävän kauan. Komissio on tapauskäytännössään pitänyt 8–10 vuoden ajanjaksoa riittävän pitkänä ajanjaksona, mutta taas kolmen vuoden ajanjaksoa selvästi riittämättömänä. Komission yrityskauppavalvontaa koskeva toimivaltatiedonanto kohta 28 ja ks. myös Komission päätös Daimler ym. (2003), Komission päätös Deutsche Bahn ym. JV (2002) ja Komission päätös Lehman Brothers ym. (2005).

²² Kuoppamäki 2008, s. 1081.

²³ Kuoppamäki 2003, s. 1050.

parempien tuotteiden kehitystä.²⁴ Yrityskauppavalvonnassa onkin perusteltua hyväksyä sellaiset yrityskaupat, joista aiheutuvat synergiahyödyt ovat merkittävämmät kuin kaupasta aiheutuva kilpailun väheneminen.²⁵

Yhteiskunnan kehityksen vuoksi markkinat ovat kuitenkin muuttuneet ja yrityskauppavalvonnassa on kohdattu uusia haasteita viime vuosina. EY sulautuma-asetus, jonka nojalla yrityskauppavalvonnasta säädellään unionin alueella, on säädetty 21 vuotta sitten. Sen vuoksi ei ole ihme, että yrityskeskittymien tutkimusvelvollisuuden perustaminen liikevaihtorajoihin ei enää vastaa nykyisen yhteiskunnan ja markkinoiden tarpeita. Nykyään ei ole enää epätavallista, että yrityksen liikevaihto ei kerro yrityksen todellisesti kilpailuasemasta. Liikevaihtorajojen alle on jäänyt useita kilpailua rajoittavia yrityskauppoja, jotka ovat jääneet kilpailuviranomaisen ulottumattomiin.²⁶

Yrityskauppavalvonnan säännöksiä on muutettu niin kansallisesti kuin unionin tasolla tarkoituksena antaa kilpailuviranomaiselle keinoja puuttua liikevaihtorajojen alle jääviin haitallisiin yrityskauppoihin. Esimerkiksi 1.1.2023 Suomessa laskettiin kansallisia liikevaihtorajoja, jotta ne vastaisivat paremmin markkinoiden vaatimuksia.²⁷ Useiden jäsenvaltioiden kansallisissa yrityskauppavalvontajärjestelmissä on myös annettu kilpailuviranomaiselle otto-oikeus, eli mahdollisuus ottaa tapauskohtaisesti käsiteltäväksi markkinoiden toimintaedellytyksiä vaarantavan, mutta liikevaihtorajat alittavan järjestelyn.²⁸

Viimeaikaisissa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on arvioitu yrityskeskittymien valvonnan rajoja. *Illumina v komissio* -tuomioissa arvioitiin, millä edellytyksillä yrityskeskittymiä voidaan siirtää komission tutkittavaksi sulautuma-asetuksen 22 artiklan nojalla. Lisäksi EUT vahvisti *Towercast* -tuomiossa, että yrityskauppoja voidaan myös tutkia markkinakäyttäytymisen valvontaan kuuluvan Euroopan unionin toiminnasta annetun so-

²⁴ Oinonen 2016 s. 213.

²⁵ Gueron 2024 s. 71.

²⁶ Suomen markkinoilla tällaisia kauppoja on ollut erityisesti terveysalalla. Ks. Esim. HE 172/2022 vp, s. 8.

²⁷ Ks. Ibid., s. 7–8 ja 11.

²⁸ Otto-oikeus on käytössä kaikissa muissa pohjoismaissa paitsi Suomessa. Otto-oikeutta suositeltiin myös Suomessa KKV:n tekemässä selvityksessä 2021, mutta ehdotusta ei hyväksytty. Ks. myös KKV:n selvitys pieneläinlääkäri palveluiden kilpailutilanteesta ja markkinoiden keskittymisen vaikutuksista s.39 ja KKV:n selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 2021 s.62.

pimuksen (2007/C 306/01) eli SEUT 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon perusteella.

1.1.4 Towercast -tuomio

Euroopan Unionin tuomioistuim (EUT) tarjosi *Towercast* -tuomiossa kilpailuviranomaisille mahdollisuuden laajentaa työkalupakkiaan ja puuttua tiettyihin liikevaihtorajojen alle jääviin haitallisiin yrityskauppoihin SEUT 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon nojalla. SEUT 102 artikla on perinteisesti ollut jälkikäteisen kilpailuvalvonnan säädös, jolla on valvottu yrityksen käyttäytymistä. Tuomio tuli osalle yllätyksenä, sillä oikeusyhteisössä oli ollut epäselvyyttä sulautuma-asetuksen ja SEUT 102 artiklan välisestä suhteesta. Osa katsoi, ettei yrityskeskittymiä voinut tutkia muiden EU-normien perusteella, sillä sulautuma-asetuksen mukaisesti kyseinen asetus on ensisijainen säädös, jonka nojalla yrityskeskittymiä valvotaan EU:n yhteismarkkinoilla.

Towercast valitti Ranskan kilpailuviranomaiselle (Autorité de la concurrence) TFD:n ja Itasin yrityskaupasta ja vetosi SEUT 102 artiklaan. Itasin ja TDF:n välinen kauppa oli alle liikevaihtorajojen, joten Ranskan kilpailuviranomainen eikä komissio ollut tutkinut kauppaa. Towercast kuitenkin katsoi, että TFD oli syylistynyt SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön ostamalla kilpailijansa Itasin. Itas toimi samoilla markkinoilla kuin TDF tarjoten Ranskassa maanpäällisiä digitaalisen televisiolähetystoiminnan palveluja, ja kaupan jälkeen markkinoilla toimi Towercastin lisäksi vain TDF. Tästä johtuen Towercast katsoi, että TDF vahvisti määräävää markkina-asemaansa kaupan avulla. Lisäksi kaupan seurauksena kilpailu rajoittui maanpäällisen digitaalisen televisiolähetystoiminnan tukku-markkinoilla tuotantoketjun alku- ja loppupäässä. Towercastin mukaisesti TDF oli käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa, joka sillä oli maanpäällisen digitaalisen televisiolähetystoiminnan tukku-markkinoilla tuotantoketjun loppupäässä.²⁹

Ranskan kilpailuviranomainen päätyi tutkintansa jälkeen kuitenkin siihen, ettei TDF:än katsottu käyttäneen väärin määräävää markkina-asemaansa. Ranskan kilpailuviranomainen katsoi, että sulautuma-asetuksen antamisella oli tehty selvä ero yrityskeskittymien valvon-

²⁹ Towercast tuomio (2023), kohta 20.

nan ja kilpailunvastaisen menettelytapojen valvonnan välillä. Lisäksi kilpailuviranomaisen käsityksen mukaisesti sulautuma-asetusta sovelletaan yksinomaisesti keskittymiin, sellaisina kuin ne oli määritelty sulautuma-asetuksen 3 artiklassa, joten kilpailuviranomaisen mukaan keskittymä ei voi yrityskaupalla syyllistyä SEUT 102 artiklan väärinkäyttöön.³⁰

Towercast ei kuitenkaan ollut tyytyväinen Ranskan kilpailuviranomaisen päätökseen, joten se nosti kanteen TFD:ää vastaan Ranskan tuomioistuimessa. Towercastilla ja Ranskan kilpailuviranomaisella oli edelleen vastakkaiset näkemykset 102 artiklan soveltamisalasta, joten Ranskan kansallinen tuomioistuin esitti EUT:lle ennakkoratkaisukysymyksen. Ennakkokysymys koski sulautumien *ex ante* -valvontaa koskevia sääntöjä sekä SEUT 102 artiklan mukaisen väärinkäytön valvonnan (*ex post*) välistä suhdetta. Ranskan tuomioistuin tiedusteli EUT:ltä, onko kansallisen kilpailuviranomaisen mahdollista tutkia keskittymä, jonka toteuttaneella yrityksellä on määräävä markkina-asema, jälkikäteen SEUT 102 artiklan perusteella, jos kyseinen keskittymä ei ylitä sulautuma-asetuksen liikevaihtorajoja, eikä vastaavaa kansallista *ex ante* -tutkimusta ole tehty.³¹

Towercast -tuomion oikeudellinen kysymys koski siten nimenomaisesti sulautuma-asetuksen ja SEUT 102 artiklan välistä suhdetta. Unionin tuomioistuin arvioi tuomiossa, rajoittaako sulautuma-asetuksen 21 artikla sitä, että SEUT 102 artiklan nojalla voidaan arvioida sellaista yrityskeskittymää, joka ei ole yhteisönlaajuinen. EUT vastasi ennakkoratkaisukysymykseen ja antoi kansallisille kilpailuviranomaisille sekä tuomioistuimille oikeuden soveltaa SEUT 102 artiklaa yrityskeskittymiin. EUT totesi, ettei sulautuma-asetus ei voi olla esteenä sille, että *Towercast* -tapauksen kaltainen, muu kuin yhteisönlaajuinen keskittymä, voi olla kansallisten kilpailuviranomaisten ja kansallisten tuomioistuinten harjoittaman valvonnan kohteena SEUT 102 artiklan välittömän oikeusvaikutuksen nojalla ja niiden soveltaessa omia menettelysääntöjään.³² Toisin sanoen tuomiossa mahdollistettiin alle liikevaihtorajojen jäävien yrityskauppojen tutkiminen tietyissä tilanteissa.

³⁰ Tuomio *Towercast* (2023), kohta 20–21.

³¹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Towercast v Autorité de la concurrence* ym. kohta 1.

³² Tuomio *Towercast* (2023), kohta 50.

1.2 Tutkielman aiheen rajausta ja tutkimuskysymykset

Yrityskauppavalvonnassa on sekä kansallisesti että unionin tasolla pyritty löytämään keinoja, joiden avulla markkinoiden kannalta haitalliset yrityskeskittymät tulisivat tutkittavaksi. Kilpailuvalvonnassa onkin arvioitu viime vuosina alle liikevaihtorajojen alle jäävien yrityskauppojen tutkimista esimerkiksi *Towercast-* ja *Illumina/Grail* -tuomioissa sekä otto-oikeuden käyttöönoton lisääntymisen myötä. Yrityskauppavalvontaa on haluttu tehdä dynaamisemmaksi, eikä valvontaa ole haluttu sitoa enää niin tiukasti liikevaihtorajoihin kuin ennen.

Kilpailuviranomaisen oikeus tutkia alle liikevaihtorajojen jääviä yrityskauppoja on aiheuttanut huolta oikeusvarmuuden toteutumisesta. Liikevaihtorajat tarjoavat selkeän indikaation kauppaa suunnitteleville tahoille siitä, onko kilpailuviranomaisella intressiä tutkia kauppaa. Otto-oikeuden käyttö ja muut säännökset, joissa tutkimisvelvollisuutta ei ole sidottu liikevaihtorajoihin, ovatkin yrityskauppoja suunnitteleville osapuolille haastavia ennakoita. Erityisesti komissio ja EUT ovat korostaneet tehokkaan kilpailun suojelua yrityskauppavalvonnan päätarkoituksena. Onkin kritisoitu, että komissio ja EUT ovat valmiita uhraamaan muita tärkeitä arvoja, kuten osapuolten oikeusvarmuuden toteutumista tarkoituksenaan löytää keinoja puuttua haitallisiin liikevaihtorajojen alle jääviin yrityskauppoihin.³⁴ Oikeudellista tutkimusta tarvitaankin selkeyttämään vallitsevaa oikeustilaa yrityskeskittymien valvonnasta sekä arvioimaan sitä osapuolten oikeusvarmuuden toteutumisen kannalta.

Yrityskauppojen etukäteistä valvontaa on pidetty parempana keinona puuttua haitallisiin yrityskauppoihin kuin jälkikäteistä valvontaa.³⁵ Yrityskauppojen jälkikäteiseen tutkimiseen on suhtauduttu oikeuskirjallisuudessa varautuneesti, sillä esimerkiksi kilpailuviranomaisen tutkimusprosessin ennakointi näyttäytyy haastavana, oikeusvarmuutta vaarantavana. Tutkielmassa arvioidaan kilpailuviranomaisen tutkimusprosessia sen tutkiessa yrityskauppaa jälkikäteen 102 artiklan nojalla ja vastataan tutkimuskysymykseen, *vaarantaako yrityskauppojen jälkikäteinen tutkinta SEUT 102 artiklan perusteella osapuolten oikeusvarmuuden toteutumista*.

³⁴ Ks. myös Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Illumina Inc. v komissio* ym. kohdat 189–193 ja 206.

³⁵ Buri – Jankari 2022, s. 23–24.

SEUT 102 artiklan aineellinen sisältö on jäänyt avoimeksi *Towercast* -tuomiossa, minkä vuoksi on tutkittava tarkemmin, missä tilanteissa yrityskaupalla voisi syyllistyä SEUT 102 artiklan mukaiseen määräävän aseman väärinkäyttöön. Tuomioistuimen mukaisesti SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön voi syyllistyä, jos yrityskaupan seurauksena kilpailu on estynyt niin olennaisesti, että markkinoille jää ainoastaan sellaiset yritykset, jotka ovat käyttäytymisensä suhteen riippuvaisia tästä määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.³⁶ Tuomiossa ei kuitenkaan ole määritelty, miten tätä riippuvuutta tulisi arvioida. Epäselvää on, milloin voidaan katsoa muiden markkinatoimijoiden olevan riippuvaisia kaupan myötä syntyneestä yrityskeskittymästä. Sen vuoksi tutkielman toisena tutkimuskysymyksenä on, *missä tilanteissa yritys on yrityskaupalla rajoittanut kilpailua niin olennaisesti, että voidaan katsoa markkinoille jäävien yritysten olevan riippuvaisia tästä uudesta yrityskeskittymästä.*

Tutkielmassa ei käsitellä yrityskauppavalvonnan tutkimusprosessia sen tarkemmin kuin mitä tutkimuskysymysten vastaamisen kannalta on oleellista. Tarkoituksena ei ole myöskään luoda kattavaa kuvaa nykyisestä kilpailuvalvonnan tutkimusprosessista, vaan keskittyä tarkastelemaan yrityskauppavalvonnan ja jälkikäteisen kilpailuvalvonnan välistä suhdetta. Tutkielmassa ei käsitellä tarkemmin sanktioiden määräämistä taikka kilpailuoikeuden julkisoikeudellisten seuraamusten soveltumista yrityskauppoihin. Tähän liittyvää problematiikkaa kuitenkin sivutaan hieman käsiteltäessä jälkikäteisen kilpailuvalvonnan soveltumista yrityskeskittymiin. Tutkimuksessa ei myöskään käsitellä oikeusvarmuutta sen koko laajuudessaan, vaan keskitytään arvioimaan, mitä edellytyksiä kyseinen periaate asettaa yrityskauppojen tutkimiseen sekä viranomaisen toimintaan.

Tutkielmassa käytetään termejä ”yrityskeskittymä” ja ”yrityskauppa” toistensa synonyymeina. Myös termejä ”määräävässä markkina-asemassa” ja ”dominantti toimija” käytetään synonyymeina. Tutkielmassa kilpailuviranomaisella tarkoitetaan jäsenvaltioiden kansallisia kilpailuviranomaisia sekä Euroopan komissiota. Lisäksi käsitteitä ”jälkikäteinen kilpailuvalvonta” sekä ”käyttäytymisenvalvonta” käytetään toistensa synonyymeinä, samoin ”ennakkovalvontaa” ja ”yrityskauppavalvontaa”.

³⁶ Tuomio *Towercast* (2023), kohta 52.

1.3 Tutkielman metodit ja aineisto

Tutkielmalla pyritään tuottamaan tietoa voimassa olevasta oikeudesta, joten tutkielmassa analysoidaan voimassa olevia normeja, tuomioistuinratkaisuja ja oikeuskirjallisuutta. Tutkielman lähteinä on siten voimassa oleva EU-oikeus sekä kansallinen kilpailulainsäädäntö valmistelutöineen. Lisäksi tutkielmassa on käytetty lähteenä unionin oikeuskäytäntöä, oikeuskirjallisuutta, KKV:n julkaisuja sekä muiden maiden kilpailuviranomaisten yritys-kauppapäätöksiä. Tutkielman keskiössä on unionin tuomioistuinten oikeuskäytäntö koskien SEUT 102 artiklan soveltumista yrityskeskittymiin sekä aihetta käsittelevä oikeuskirjallisuus.

Tutkielman metodeina on käytetty oikeusdogmatiikkaa eli lainoppia, oikeusteoriaa sekä oikeustaloustiedettä. Kilpailuoikeudessa taloustiede on kietoutunut yhteen juridisen arvioinnin kanssa, joten metodeja käytetään kiinteästi vierekkäin. Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa on perinteisesti hyödynnetty taloustiedettä.³⁷ Erityisesti yrityskeskittymien kilpailuvaikutusten arvioinnissa on tarpeen hyödyntää taloustieteellistä arviointia.

Tutkielman päämetodina on käytetty lainoppia. Lainoppi on oikeusnormien systematisointia ja tulkintaa. Lainopin tutkimuskohteena ovat oikeusnormit ja lainopin avulla selvitetään voimassa olevien oikeusnormien sisältöä sekä tuotetaan tieteellistä tietoa oikeusnormeista. Lainoppi voidaan jakaa käytännölliseen sekä teoreettiseen lainoppiin sen mukaisesti, tulkitanko vai systematisoidaanko oikeusnormeja. Teoreettisen lainopin systematisointityössä on keskeistä jäsentää oikeudenalojen käsitteitä, oikeusperiaatteita sekä teoreettisia rakennelmia.³⁸ Oikeudenalojen yhteisillä opeilla voidaan katsoa olevan yhteys oikeuden olennaisiin arvoihin, kuten ennakoitavuuteen ja yhdenvertaisuuteen.³⁹ Teoreettisen lainopin avulla tutkielmassa systematisoidaan vallitsevaa yrityskeskittymiä koskevaa kilpailulainsäädäntöä ja luodaan kuvaa siitä, miten SEUT 102 artikla istuu osaksi yrityskeskittymien valvontaa. Käytännöllisen lainopin avulla tulkitaan SEUT 102 artiklan ja kilpailulain 7 §:n tarkempaa aineellista sisältöä. Lainopin avulla tutkielmassa siis systematisoidaan yrityskeskittymien valvontaa koskevaa sääntelyä sekä selvitetään, millaisen sisällön SEUT 102 artikla saa, kun sitä sovelletaan yrityskauppaan.

³⁷ Raitio 2019, s. 60.

³⁸ Hirvonen 2011, s. 22 ja 25.

³⁹ Nuotio 2004, s. 1275–1276.

Oikeusteorian avulla tutkielmassa arvioidaan oikeusvarmuusperiaatetta sekä mitä edellytyksiä kyseinen periaate asettaa yrityskauppojen tutkimiseen. Oikeusteorian tutkimuskohteenä ovat oikeuden ja oikeustieteen yleiset kysymykset. Metodi käsittelee kaikille oikeudenaloille yhteisiä käsitteitä ja oikeusperiaatteita sekä voimassa olevaa oikeutta kokonaisuudessaan.⁴⁰ Oikeusteoria työskentelee sekä lainopin että voimassa olevan oikeuden tai määrätyn oikeustyyppin taustalla, lainopin tietenteorian ja oikeutta systematisoivana, jäsentävänä, rakentava ja purkavana teoriana oikeudesta.⁴¹ Oikeusteoria antaa lisätietoa lainopin avulla tulkittavan normin, SEUT 102 artiklan sisällöstä, ja etenkin siitä, miten määrävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltaminen vaikuttaa yrityskaupan osapuoliin sekä heidän oikeusvarmuuden toteutumiseen.

Tutkielmassa hyödynnetään myös oikeustaloustieteellistä metodologiaa. Oikeustaloustieteellisen metodin mukaisesti oikeutta arvioidaan taloudellisten mittareiden avulla. Oikeustaloustieteessä tutkitaan oikeuden sisällön vaikutusta talouden toimintaan sekä oikeusnormien taloudellista tehokkuutta.⁴² Oikeustaloustiede jaetaan yleisesti positiiviseen eli deskriptiiviseen ja normatiiviseen oikeustaloustieteeseen. Positiivisessa oikeustaloustieteessä tutkitaan, mitä vaikutuksia lainsäädännöllä on käyttäytymiseen sekä, onko oikeustila sopu-soinnussa taloustieteellisten näkökohtien kanssa, eli toisin sanoen edistääkö sääntely yhteiskunnan resurssien tehokasta allokaatiota.⁴³ Normatiivisessa oikeustaloustieteessä taas analysoidaan sitä, minkälainen oikeustilan pitäisi olla, jotta edistettäisiin tehokkuuspäämääriä.⁴⁴

Oikeustaloustiedettä hyödynnetään arvioitaessa SEUT 102 artiklan aineellista sisältöä. Määrävän markkina-aseman määrittelyssä hyödynnetään taloustieteen luomia malleja markkinoiden toiminnasta. Oikeustaloustieteellisiä argumentteja hyödynnetään erityisesti arvioitaessa, miten markkinatoimijoiden riippuvuutta dominantista yrityskeskittymästä arvioidaan ja mitkä tekijät indikoivat tällaisen riippuvuuden olemassaolosta.

⁴⁰ Hirvonen 2012, s. 27.

⁴¹ Ibid., s. 54.

⁴² Ibid., s. 29.

⁴³ Ks. Positiivisen oikeustaloustieteen määrittelyn problemaattisuudesta esimerkiksi Ogus 2004.

⁴⁴ Määttä 2016, s. 31.

1.4 Tutkielman rakenne

Tutkielman toisessa luvussa käsitellään ensin, mitä haasteita yrityskauppavalvonnassa on kohdattu viime vuosina sekä mitä haasteita yrityskauppojen tutkimusvelvollisuuden perustana olevien liikevaihtorajojen asettamisen liittyy. Luvussa käydään läpi tappohankintojen eli killer acquisitioneiden ja sarjahankintojen määritelmät sekä mitä vaikutuksia niillä on ollut markkinoiden keskittymiseen. Toisessa luvun keskiössä on SEUT 102 artikla sekä erityisesti sulautuma-asetuksen ja SEUT 102 artiklan välinen suhteen arviointi.

Kolmannessa luvussa käydään läpi oikeusvarmuusperiaatetta sekä kilpailuviranomaisen tutkimusprosessia. Aluksi käydään läpi oikeusvarmuuden periaate sekä mitä edellytyksiä se asettaa viranomaisen toiminnalle. Luvussa käydään läpi, miten yrityskauppavalvonta ja yritysten jälkikäteinen kilpailuvalvonta eroavat toisistaan sekä mitä keinoja viranomaisella on puuttua haitalliseen yrityskauppaan. Luvussa keskitytään arvioimaan yrityskauppojen jälkikäteistä tutkimista osapuolten oikeusvarmuuden kannalta sekä millä keinoin osapuolet voivat ennakoida kilpailuviranomaisen tutkimusintressiä.

Neljännessä luvussa käydään läpi EUT:n *Towercast* -tuomiossa asettamat SEUT 102 artiklan soveltamisedellytykset sekä viranomaisen toimivaltakysymystä. Asetettujen soveltamisedellytyksien on täyttyttävä, ennen kuin voidaan arvioida yrityskaupasta aiheutuvaa kilpailun estymistä ja täyttääkö se määräävän markkina-aseman väärinkäytön kriteerit. Luvussa käydään läpi yhteisönlaajuisen keskittymän määritelmä sekä pohditaan, miten soveltamisedellytyksillä tuetaan oikeusvarmuuden toteutumista. Lopussa käsitellään vielä sulautuma-asetuksen 22 artiklan siirto-oikeuden sisältöä sekä sen tulkintaan liittyvää oikeuskäytäntöä *Illumina/Grail* -tuomioihin liittyen.

Viidennessä luvussa käsitellään, SEUT 102 artiklan aineellista sisältöä ja pohditaan, missä tilanteissa yrityskauppa voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Luvussa käsitellään, mitä SEUT 102 artiklassa asetettujen kriteerien tähtyminen edellyttää yrityskauppoissa. Aluksi käydään läpi, miten yrityksen määräävä markkina-asema määritellään ja sen jälkeen miten olennaisen kilpailun estymistä arvioidaan. Luvun lopussa pohditaan vielä tarkemmin markkinatoimijoiden riippuvuutta uudesta yrityskeskittymästä, kuten miten riippuvuus ilmenee sekä millaisten tekijöiden vallitessa voidaan katsoa, että markkinoille jäävät toimijat ovat riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityskeskittymästä.

Lopuksi käydään läpi johtopäätökset, vastataan tutkimuskysymyksiin sekä pohditaan jatkotutkimuksen tarvetta sekä aiheita.

2. Yrityskauppavalvonta ja SEUT 102 artikla

2.1 Yrityskauppavalvonnan ulottumattomiin jää kilpailulle haitallisia yrityskauppoja

2.1.1 Yrityskauppavalvonnan liikevaihtorajojen asettamisen haastavuus

Yrityskauppavalvonnalla pyritään puuttumaan kilpailulle haitallisiin yrityskauppoihin. Perinteisesti kilpailulle haitallisena on pidetty yrityskauppoja, joiden avulla yritykselle syntyy määräävä markkina-asema tai olemassa oleva määräävä asema vahvistuu. Kilpailulain 25 §:n mukaisesti markkinaoikeus voi kilpailu- ja kuluttajaviraston esityksestä kieltää tai määrätä purettavaksi yrityskaupan, tai asettaa kaupan toteuttamiselle ehtoja, jos yrityskauppa olennaisesti estää tehokasta kilpailua Suomen markkinoilla tai niiden olennaisella osalla erityisesti siitä syystä, että sillä luodaan määräävä markkina-asema tai vahvistetaan sitä. Yrityskauppavalvonnalla pyritään estämään sellaiset yrityskaupat, jotka lisäävät yhden tai useamman yrityksen markkinavoimaa ja antaisi siten mahdollisuuden tälle vahvistuvalle yritykselle korottaa hintojaan vapaasti.⁴⁷

Markkinoiden tehokkaan toiminnan näkökulmasta yrityskauppojen ilmoitusvelvollisuus tulisi määritellä siten, että se kattaa kaikki kansantalouden kannalta merkittävät yritysjärjestelyt, jotka voivat johtaa markkinoiden haitalliseen keskittymiseen.⁴⁸ Liikevaihtorajojen asettaminen optimaaliselle tasolle on kuitenkin haastavaa, sillä liian korkeat että liian matalat liikevaihtorajat ovat ongelmallisia. Jos rajat ovat liian korkealla, voivat markkinat keskittyä kilpailua rajoittavasti, ilman että kilpailuviranomainen voi tähän puuttua. Liian matalat liikevaihtorajat taas kasvattavat yrityskauppojen osapuolten hallinnollisia kustannuksia, joita aiheutuu yrityskauppojen ilmoittamisesta.⁴⁹

Liikevaihtorajojen määrittelyyn vaikuttaa myös kilpailuviranomaisen rajalliset resurssit tutkia haitallisia yrityskauppoja, joten liian matalat liikevaihtorajat aiheuttaisivat ongelmia

⁴⁷ Ks. komission suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnassa 2004, kohta 8.

⁴⁸ KKV:n Selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 2021, s. 38.

⁴⁹ Holmström – Padilla – Stitzing – Sääskilahti 2018, s. 47.

viranomaisen toiminnalle.⁵⁰ Jo sulautuma-asetusta säädettäessä on tunnistettu, että tietyt yhteismarkkinoihin mahdollisesti vaikuttavat keskittyvät jäävät joka tapauksessa komission ennakkovalvonnan alapuolelle riippumatta valituista raja-arvoista. Tämän on kuitenkin katsottu olevan väistämätöntä, jotta voidaan pitää komission työmäärä kohtuullisena, taata osapuolille oikeusvarmuus sekä jakaa komission ja kansallisten viranomaisten toimivalta tasaisesti ja selkeästi.⁵¹

Liikevaihtorajojen asettaminen optimaaliselle tasolle on hyvin haastavaa nykyisillä markkinoilla. Liikevaihtokriteereihin perustuvan tutkimuskynnyksen ongelmallisuus liittyy erityisesti siihen, ettei liikevaihtokriteerit ota huomioon toimialojen koossa olevia eroja, erilaisia yritysjärjestelyjä tai yleisimminkään yrityskaupasta aiheutuvia kilpailuvaikutuksia.⁵² Liikevaihtorajat eivät tunnista myöskään sellaisia kansantalouden kannalta merkityksellisiä ja potentiaalisesti haitallisia järjestelyjä, joissa kaupan kohteen arvo ja merkitys markkinoilla ei perustu sen liikevaihtoon.⁵³ Lisäksi liikevaihtorajat toimivat tehokkaasti vain vaikiintuneilla ja kypsillä markkinoilla.⁵⁴

Nykyisin ei enää ole poikkeuksellista, että yrityskeskittymät voivat saavuttaa merkittävää kilpailuasemaa markkinoilla, vaikka niiden liikevaihto on keskittymän ajankohtana vähäinen tai olematon. Kilpailuvalvonnan kannalta tämä aiheuttaa haasteita, sillä liikevaihtorajoihin perustuva sulautumien ilmoitusvelvollisuus ei kata kaikkia ongelmallisia yhteenliittymiä ja mahdollista niiden tutkimista. Yrityskauppavalvonnassa on todettu olevan aukko, sillä on havaittu, että tietynlaiset sulautumat ovat välttyneet sekä komission että jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisen suorittamalta tutkinnalta.⁵⁵ Myös EU:n julkisasiamies huomannut markkinoiden muutoksen ja todennut, että nykyisessä maailmassa sulautuma-asetuksen

⁵⁰ Holmström – Padilla – Stitzing – Sääskilahti 2018, s. 47.

⁵¹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Illumina Inc. v komissio* ym. kohta 101, Ks. myös komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille sulautuma-asetuksen tarkistamisesta, KOM(96) 313 lopullinen, s. 5 ja Ks. myös Levy-Rimsa-Buzatu 2023, s. 219: ”No workable system of merger control can capture every transaction capable of affecting competition in a given jurisdiction”.

⁵² Kuoppamäki 2003, s. 1061.

⁵³ KKV:n Selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 2021, s. 38.

⁵⁴ Holmström – Padilla – Stitzing – Sääskilahti 2019, s. 47.

⁵⁵ Komission antama tiedonanto 2021, kohta 10.

liikevaihtorajojen muuttaminen voi olla toivottavaa ja ehkä jopa välttämätöntä tehokkaana kilpailun turvaamiseksi.⁵⁶

Viime vuosina markkinoiden kehitys on myös johtanut tällaisten keskittymien asteittaiseen lisääntymiseen, joissa yrityksillä on tai joille saattaa kehittyä merkittävää kilpailuasemaa markkinoilla myöhemmin, vaikka niiden liikevaihto on ollut yrityskeskittymän syntymisen aikana vähäistä tai olematonta. Tämän on havaittu olevan ongelma erityisesti digitaalitaloudessa, lääkealalla sekä muilla sellaisilla aloilla, joilla innovointi on tärkeä kilpailuparametri. Kyseisillä aloilla on toteutettu yritysjärjestelyjä, joihin on osallistunut innovatiivisia tutkimus- ja kehityshankkeita toteuttavia yrityksiä. Näiden yritysten kilpailupotentiaali on vahva, vaikka nämä yritykset, eivät olisi vielä saaneet innovaatiokehitystä päätökseen.⁶¹ Tällaisilla markkinoilla on mahdollista, että ostettavasta yrityksestä maksettava kauppahinta voi olla kymmenenkertainen yrityksen liikevaihtoon nähden, eikä liikevaihto siten kerro yrityksen todellisesta merkityksestä markkinoilla.⁶²

Tehokkaana kilpailun turvaamiseksi tulisi yrityskauppavalvonnassa voida puuttua myös sellaisiin haitallisiin yrityskauppoihin, jotka eivät liikevaihdon puolesta tulisi kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. Liikevaihtorajoihin perustuva valvontasysteemi kaipaakin siten joustavuutta, jotta se voisi vastata nykyisten markkinatoimijoiden vaatimuksia. Monissa oikeusjärjestelmissä on sen vuoksi liikevaihtoon perustuvaan päänsääntöön liittyviä poikkeuksia, joilla pyritään varmistamaan ilmoitusvelvollisuuden ulottaminen kaikkiin kansantalouden kannalta haitallisimpiin järjestelyihin. Tyypillisesti tällainen poikkeus on niin sanotusti otto-oikeus, jonka mukaisesti kilpailuviranomaisella on oikeus vaatia myös rajojen alle jäävä yrityskauppa ilmoitettavaksi. Otto-oikeuden lisäksi kaupan kohteen arvoon voidaan asettaa erilliset kynnysarvot, joiden perusteella kauppa täytyy ilmoittaa viranomaiselle.⁶³ Ilmoitusvelvollisuutta voidaan myös laajentaa asettamalla sektorikohtaisia erityisehtoja yrityskauppojen ilmoitusvelvollisuudesta tai yleistä velvollisuutta ilmoittaa suunnitelluista tai toteutuneista yrityskaupoista kilpailuviranomaiselle.⁶⁴

⁵⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Illumina Inc. v. komissio ym. kohta 220.

⁶¹ Komission tiedonanto 2021, kohta 9.

⁶² KKV:n selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 2021, s. 38.

⁶³ Ibid., s. 38.

⁶⁴ Buri – Jankari 2022, s. 24.

2.1.2 Hiipivä keskittyminen, sarjahankinnat (serial acquisitions)

Terveyspalveluissa 2000-luvulla tapahtunut keskittyminen on oiva esimerkki siitä, ettei kilpailuviranomainen ole pystynyt puuttumaan markkinoiden haitalliseen keskittymiseen nykyisillä yrityskauppavalvonnan liikevaihtorajoilla.⁶⁵ Suomen kansalliset liikevaihtorajat ovat olleet korkeat verrattuna muihin samankokoisiin talouksiin, joten kansallisia liikevaihtorajoja päädyttiin laskemaan vuoden 2023 alussa. Liikevaihtorajat ovat laskusta huolimatta edelleen liian korkeat ja liikevaihtorajojen alle jää edelleen kilpailulle haitallisia yrityskauppoja. Nykyinen kilpailuoikeuslainsäädäntömme mahdollistaa siten yhä paikallisten markkinoiden keskittymisen, sillä paikallisten yritysten liikevaihdot ovat tyypillisesti alle kilpailulain liikevaihtorajojen.⁶⁶ Etenkin, kun Suomen kokoisilla, pienillä markkinoilla, jo yhdellä yrityskaupalla voi olla merkittävä vaikutus markkinarakenteeseen ja sitä kautta kilpailuun.⁶⁷

Paikallisten markkinoiden keskittyminen on tyypillisesti osa laajempaa markkinoiden keskittymistä. Viime vuosina etenkin Suomen markkinoilla on yleistyneet niin sanotut hiipivät keskittymiset tai sarjahankinnat. Sarjahankinnoissa suuret, tyypillisesti pääomasijoittajaomisteiset, toimijat hankkivat yksitellen omistukseensa pienempiä kilpailijoitaan. Yrityksen tavoitteena on keskittää markkinoita, hyödyntää lisääntyntä markkinavoimaansa ja mahdollistaa skaala- ja synergiaetuja sekä kasvattaa osakkeiden arvoa. Lopulta arvoaan kasvattanut suurempi yritys myydään uudelle omistajalle tai listataan pörssiin.⁶⁸

Sarjahankinnat ovat tyypillisiä Suomen kaltaisissa pienissä kansantalouksissa, joissa markkinoilla on välttämätöntä olla vain yksi tai muutama iso toimija. Sarjahankinnoilla pyritään maksimoimaan alan tehokkuus, keskittämällä ala ja siten mahdollistamaan muutamalle toimijalle skaalaedut, mikä ei muutoin olisi mahdollista.⁶⁹ Tiedyt alat ovat myös tyypillisesti alttiimpia sarjahankinnoille. Tällaisia aloja on havaittu olevan esimerkiksi terveystalouksien, eläinlääkäripalvelut, ruokakaupat, hammashoitopalvelut, apteekit sekä hoivakodit.⁷⁰ Suomessa sarjahankintoja onkin tapahtunut esimerkiksi yksityisissä terveystalouksissa ja

⁶⁵ Ks. lisää KKV:n tiedote 29.05.2024 ja ks. myös Buri-Heinonen-Pietola 2024, s. 41.

⁶⁶ KKV:n Policy Brief 1/2004 s. 2.

⁶⁷ Kuoppamäki 2018, s. 354.

⁶⁸ Ks. myös KKV:n selvitys pieneläinlääkärimarkkinoista 2024, s.12 ja OECD 2023 s. 8.

⁶⁹ OECD 2023, s. 10 ja Davey 2003.

⁷⁰ OECD 2023 s. 8, Doan – Sercu 2021 ja Smith - Moraitis 2010.

eläinlääkäriasemissa. Lisäksi vastaavaa keskittymistä tapahtuu tällä hetkellä esimerkiksi terapia- ja hoivapalveluissa.⁷¹

Sarjahankintojen kilpailuoikeudellinen haitta liittyy siihen, että liikevaihtorajat eivät sarjahankinnoissa tyypillisesti täyty. Sen vuoksi markkinat voivat sarjahankintojen myötä keskittyä yhden tai muutaman toimijan haltuun kilpailuvalvonnan ulkopuolella vapaasti. Sarjahankinnoilla yritys voi hankkia markkinavoimaa eliminoimalla kilpailijan, minkä johdosta hinnat voivat nousta, kuten on käynyt esimerkiksi eläinlääkäripalveluissa.⁷² Yrityssostot erittäin keskittyneillä markkinoilla johtavat helposti oligopoleihin ja jäljelle jäävien markkinatoimijoiden yhdenmukaistaviin toimiin. Pahimmillaan sarjahankintojen avulla yritys voi saavuttaa monopoliaseman markkinoilla.

2.1.3 Tappohankinnat (killer acquisition)

Erityisesti viime vuosina kilpailuoikeudessa huomiota on saaneet niin sanotut killer acquisitions eli tappohankinnat. Termillä on viitattu yrityskauppoihin, joissa iso yritys ostaa kilpailevan startupyrityksen tai muutoin pienen kilpailijansa. Tällaisella yrityskaupalla ei tavoitella niinkään perinteisiä synergiaetuja, vaan ostavan yrityksen tavoitteena on lopettaa kilpailevan yrityksen toiminta, jolloin kilpailu markkinoilla vähenee. Ostava yritys hyötyy tästä toisen yrityksen eliminoinnista kilpailupaineen vähenemisenä. Tappohankintojen haitallisuus onkin siinä, että niillä pyritään innovaation tukahduttamiseen ja kilpailun rajoittamiseen.

Yrityskaupat ovat pääasiallinen keino startup-yritysten markkinoilta poistumiseen (*startup exit*) ja yrityskaupoista on tullut yhä suositumpi poistumisstrategia useille eri aloille. Trendiä voidaan selittää markkinoilla asemansa vakiinnuttaneiden yritysten pyrkimyksellä integroida ja edistää innovaatioita, taikka tappohankinnoilla, joilla yritykset potentiaalisesti vahingoittavat innovaatiota ja kilpailua.⁷⁵ Tappohankintaa voidaan pitää yrityskaupan mo-

⁷¹ KKV:n selvitys pieneläinlääkärimarkkinoista 2024, s.12 ja Ks. lisää. Buri-Heinone-Pietola 2024, s. 1 ja 12–13.

⁷² KKV:n selvitys pieneläinlääkärimarkkinoista 2024, s.3.

⁷⁵ Cuning – Florian – Song 2021, s. 696.

tiivina, jos yrityskaupan tavoitteena on ostaa innovatiivinen yritys ja eliminoida niiden innovatiiviset projektit tarkoituksenaan ehkäistä kilpailua tulevaisuudessa.

Lähtökohtaisesti taloustieteilijät eivät pidä ongelmallisina yrityskauppoja, joissa kaupan kohteena on innovatiivinen startup-yritys. Yrityskaupan avulla innovatiiviset startup yritykset saavat synergiahyötyjä ja mahdollisuuden kehittää innovaatioitaan vielä pidemmälle, mikä itsessään tehostaa innovaatiota ja sitä kautta yleisesti hyvinvointia.⁷⁶ Kuitenkin, jos yrityskaupan motiivina innovatiivisen yrityksen ostamiselle on yrityksen innovaatiokehityksen tukahduttaminen ja siten tarkoituksena poistaa kilpailua markkinoilta, ei yritysostoon voida suhtautua yhtä positiivisesti. Tällainen yrityskauppa on kilpailun kannalta haitallinen, sillä sen avulla pyritään eliminoimaan potentiaalinen tuleva kilpailija sekä innovaatio.⁷⁷

Tappohankinnat ovat tyypillisiä erityisesti teknologialalla, jossa suuret teknologiayritykset ovat kasvaneet ja hankkineet innovaatioita ostamalla startupyrittäjiä. ”Big tech” yritykset, kuten Google, Facebook ja Microsoft ovat tehneet suuren määrän yrityskauppoja, joista yli 60 prosentissa ostetuiden yritysten toiminta on lopetettu. Erityisesti teknologialalla kehitys on hyvin nopeaa ja innovaatioilla on suuri rooli, joten ei ole ihme, että yritykset katsovat, että on helpompi ostaa startupyrittäjä kuin kilpailla sen kanssa.⁷⁹ Samanlaista toimintaa on havaittu myös farmasian alalla, jossa yritykset ostavat pienempiä yrityksiä, joilla on vastaava lääkkeen kehitysprojekti käynnissä. Ostava yritys haluaa näin suojella sen nykyistä markkina-asemaansa.⁸⁰

Tappohankintojen kilpailuoikeudessa saama huomio keskittyy erityisesti siihen, että ne eivät yleensä päädy kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. Tappohankintoihin liitettävien haitallisten kilpailuongelmien tunnistamisen myötä on havaittu, että yrityskauppavalvonnassa on aukko.⁸² Tappohankinnassa kohdeyrityksen liikevaihto on yleensä pieni, eivätkä nämä kaupat siten täytä yrityskaupan ilmoitusvelvollisuuden liikevaihtorajoja, minkä vuoksi ne

⁷⁶ Ibid., s. 649–650.

⁷⁷ Erityisesti farmasian alalla tappohankinnat laskevat lääkekehityksen astetta sekä aiheuttaa hintakilpailun puutetta, jolla voi olla negatiivisia vaikutuksia kuluttajahyötyihin. Holström-Padilla-Stitzing-Sääskilähti 2018, s.43.

⁷⁹ Gueron 2024, s. 55.

⁸⁰ Ks. Cunningham 2019 ja Cuning – Florian – Song 2021, s. 696.

⁸² Hackens 2023, Part I: Background, The EU Merger Regulation.

eivät tule tutkittavaksi yrityskauppavalvonnassa etukäteisesti. Tappohankinnat ovat kilpailulle haitallisia, sillä ne usein rajoittavat kilpailua ja estävät ostettavaa yritystä nousemasta potentiaalisesti kilpailijaksi tulevaisuudessa.

Startupyritykset ovat vasta kehityksensä alkuvaiheessa, eikä niillä ole vielä elinkelpoista tuotetta tai mikäli on, on yrityksen markkinaosuus olematon. Sen vuoksi yrityskauppavalvonnassa käytettävät kilpailuvaikutusten arviointityökalut eivät välttämättä anna oikeaa kuvaa yrityskeskittymän kilpailuvaikutuksista. Lisäksi startup yrityskauppoihin tyypillisesti liittyvä merkittävä riski ja epävarmuus tekevät kontrafaktuaalista ja yrityskaupan kilpailuvaikutusten arvioinnista haastavampaa.⁸³ Lisäksi startup-yritysten liikevaihto ei välttämättä kerro yrityksen todellisesta markkina-asetuksesta ja kilpailuvaikutuksista.

Kilpailuvalvonnasta on puuttunut keino puuttua haitallisiin yrityskauppoihin, kuten tappo-⁸⁴ ja sarjahankintoihin. Komissio ja kansalliset viranomaiset ovatkin etsineet keinoja puuttua tällaisiin haitallisiin kauppoihin, jotka eivät tule liikevaihtorajojen vuoksi viranomaisen tutkittavaksi. Komissio laajensi vuonna 2021 EUMR 22 artiklan mukaista jäsenvaltioiden siirto-oikeuden soveltamisedellytyksiä silmällä pitäen tappohankintoihin puuttumista.⁸⁵ Lisäksi kansalliset kilpailuviranomaiset ovat muuttaneet yrityskauppavalvonnan säädöksiään, niin että kilpailuviranomaisen tutkittavaksi tulisi myös tappohankintojen kaltaiset yrityskaupat, joilla on todennäköisesti haitallisia kilpailuvaikutuksia. Esimerkiksi Saksa ja Itävalta ovat ottaneet käyttöön liikevaihtorajoja täydentävän yrityskaupan kauppahintaan perustuvan ilmoitusrajan.⁸⁶

SEUT 102 artiklan niin sanottu uudelleenkeksiminen yrityskeskittymien valvontaan voidaan nähdä pyrkimyksenä etsiä keinoja puuttua tällaisiin liikevaihtorajojen alle jääviin

⁸³ Gueron 2024, s. 59.

⁸⁴ Julkisasiamiehen näkemyksen mukaisesti sulautuma-asetuksen 22 artiklan mukainen jäsenvaltion siirto-oikeus ei ole tehokas turvaamaan kilpailun tehokkuutta ja estämään killer acquisitioneita. Ks. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Towercast kohta 30.

⁸⁵ EUT kuitenkin kumosi EYT:n vahvistaman komission esittämän 22 artiklan laajan tulkinnan syyskuussa 2024 antamassaan tuomiossa. Tuomion mukaisesti 22 artiklan mukainen siirto-oikeus soveltuu vain, jos kilpailuviranomaisella on ollut toimivalta tutkia kauppa kansallisten säännösten nojalla. Tuomio Illumina Inc v komissio 2024, kohta 222.

⁸⁶ Tappohankinnoissa yrityksen kauppahinta on usein korkea, joka johtuu ostavan yrityksen halusta säilyttää määräävä markkina-asema ja eliminoida tärkeä kilpailija. Tosin on huomioitava, että korkea kauppahinta voi johtua synergiaeduista, toisiaan täydentävistä tuotteista, varallisuudesta, henkisestä pääomasta tai immateriaalioikeuksista, eikä korkea kauppahinta sen vuoksi indikoi suoraan, että kyseessä olisi tappohankinta. Holmström – Padilla – Stitzing – Sääskilahti 2018, s. 47 ja 50.

haitallisiin yrityskauppoihin. SEUT 102 artiklan mukainen yrityskeskittymien jälkikäteinen tutkiminen voisi toimia niin sanotusti turvaverkkona kilpailuviranomaisille antaen niille mahdollisuuden puuttua sellaisiin haitallisiin yrityskauppoihin, jotka eivät muutoin tulisi kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. SEUT 102 artikla voisi mahdollisesti ratkaista havaitun aukon yrityskauppojen valvonnassa ja tarjota keinon puuttua tappo- ja sarjahankintoihin.

2.2 Sulautuma-asetus yrityskeskittymien valvonnassa

2.2.1 Yrityskeskittymien valvonta ennen sulautuma-asetusta

Alun perin Euroopan unionin kilpailuvalvonta on koostunut SEUT 101 artiklan eli yritysten kielletyn yhteensovitetun toiminnan sekä SEUT 102 artiklan eli määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön puuttumisesta. Toisin sanoen jälkikäteisestä (*ex post*) kilpailuvalvonnasta, jossa puututaan yritysten kilpailua rajoittavaan toimintaan. Unionin omat yrityskauppa- ja valvontaa koskevat säädökset tulivat voimaan vasta 1989, kun ensimmäinen sulautuma-asetus säädettiin.

Ennen sulautuma-asetuksen olemassaoloa oli selvää, että SEUT 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto soveltuu myös yrityskeskittymiin. Komissio lisäsi vuonna 1966 yritysjärjestelyn mahdolliseen määräävän markkinan väärinkäyttömuotoja koskevaan listaukseen sekä vahvisti yrityskeskittymiä koskevassa muistiossaan, että 102 artikla voisi soveltua myös yrityskeskittymiin.⁸⁷ EYT totesi, että yrityskauppa voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä *Continental Can* -tuomiossa vuonna 1971. Tuomiossa dominantissa asemassa oleva Continental Can osti kilpailijansa Europemballage. Tuomioistuimien katsoi, että tehokkaan kilpailun suojeleminen edellyttää, että yrityskauppaa, joka poistaa kilpailua markkinoilta tulee voida pitää 102 artiklan mukaisena määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.⁸⁸

60-luvulla komissio ei nähnyt yrityskauppoja todellisina kilpailunrajoituksina ja sen vuoksi se katsoi, että 102 artikla soveltuisi vain harvinaisiin ja poikkeuksellisiin yrityskauppoihin.

⁸⁷ Concentration Memorandum, s.6.

⁸⁸ Hackens 2023, Part I: Background, The application of article 102 to TFEU to mergers and acquisitions.

Komission tiukka linja vastasi komission sen aikaista positiivista suhtautumista yrityskeskittymiä kohtaan; komissio ei pitänyt yrityskauppoja kilpailulle haitallisina, muutoin kuin poikkeuksellisissa tilanteissa.⁸⁹ Unionissa havaittiin kuitenkin *Continental Can* -tuomion antamisen aikoihin, 70-luvun alussa, että tehokkaan kilpailun suojele edellyttää myös haitallisiin yrityskauppoihin puuttumista unionin tasolla.⁹⁰ SEUT 101 ja 102 artiklaa ei voitu pitää enää riittävinä keinoina valvoa kaikkea sellaista toimintaa, joka voi olla perustamissopimuksen vastaista kilpailun vääristymistä.⁹¹ Sen vuoksi vuonna 1989 unioni sai omat yrityskauppavalvonta säädöksensä, kun ensimmäinen sulautuma-asetus säädettiin. Sulautuma-asetuksen säätämällä haluttiin varmistua, että tehokasta kilpailua suojellaan ja täytäntöönpanon aukkoja on poistettu.⁹² Sulautuma-asetuksen säätämisen jälkeen yrityskeskittymiä onkin tutkittu vain sulautuma-asetuksen säännösten mukaisesti.

2.2.2 Sulautuma-asetuksen ensisijaisuus yrityskeskittymien valvonnassa

Selvää on ollut Sulautuma-asetuksen säätämisestä lähtien, että sulautuma-asetuksen 1 artiklassa on annettu komissiolle yksinomainen toimivalta valvoa EU:n laajuisia yrityskeskittymiä. Asetuksen 21 artiklan 1 kohdan mukaisesti, vain sulautuma-asetusta sovelletaan 3 artiklassa tarkoitettuihin yhteisönlaajuisiin keskittymiin, joihin ei lähtökohtaisesti sovelleta asetusta n:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa (nykyisin 101 ja 102 artikloissa) vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta. Lainsäätäjän tarkoitus sulautuma-asetuksen säätämällä on ollut, että lähtökohtaisesti vain kyseistä asetusta sovelletaan kaikkiin sellaisiin yritysjärjestelyihin, joilla käytetään väärin määräävää markkina-asemaa tai, jotka antavat niihin osallistuville yrityksille mahdollisuuden estää tehokasta kilpailua unionin sisämarkkinoilla.⁹³

Lainsäätäjän tarkoituksena on ensimmäisen sulautuma-asetuksen (4046/89) 22 artiklan (nykyisin 21 artiklan) säätämällä on ollut täsmentää, että muita asetuksia, joilla kilpailuoikeutta pannaan täytäntöön, lakataan soveltamasta kaikkiin yrityskeskittymiin. Tämä on

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Wish-Bailey 2021 s. 872.

⁹¹ Tuomio Towercast (2023), kohta 38.

⁹² Haekens 2023, Part I: Background, The Merger Regulation.

⁹³ Tuomio Towercast (2023), kohta 35.

tarkoittanut keskittymiä, jotka ovat olleet määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä sekä keskittymiä, jotka antavat niihin osallistuville yrityksille mahdollisuuden estää tehokasta kilpailua sisämarkkinoilla.⁹⁴

Nykyisen sulautuma-asetuksen (139/2004) tavoitteena on ja sen rakenteen avulla pyritään takaamaan, että yritysten uudelleenjärjestelyt, erityisesti keskittymien muodossa, eivät aiheuta pysyvää vahinkoa kilpailulle. Unionin lainsäätäjän tarkoituksena on tässä yhteydessä ollut täsmentää, että sulautuma-asetus on ainut menettelyllinen väline, jota sovelletaan yrityskeskittymien ennakoon toteutettavaan ja keskitettyyn tutkimiseen. Sulautuma-asetuksen avulla voidaan tehokkaasti valvoa kaikkia keskittymiä ja niiden rakenteesta aiheutuvia kilpailuvaikutuksia.⁹⁵

Sulautuma-asetus on annettu EY 83 artiklan (nykyisin SEUT 103 artiklan) perusteella, jonka mukaisesti voidaan antaa asetuksia ja direktiivejä SEUT 101 ja SEUT 102 artiklassa tarkoitettujen periaatteiden soveltamiseksi. Sulautuma-asetuksen tarkoituksena on olla osa lainsäädäntökokonaisuutta, jonka tarkoituksena on panna täytäntöön SEUT 101 ja 102 artikla sekä luoda valvontajärjestelmä, jolla varmistetaan, ettei kilpailu vääristy sisämarkkinoilla.⁹⁶ Sulautuma-asetus on siten tarkoitettu täydentämään SEUT 101 ja 102 artiklan mukaista kilpailuvalvontaa.

Epäselvyys sulautuma-asetuksen soveltamisesta liittyi *Towercast* -tuomiossa siihen, koskeeko sulautuma-asetuksen ensisijaisuus kaikkia unionin alueen yrityskeskittymiä vai ainoastaan yhteisönlaajuisia keskittymiä. Sulautuma-asetuksien säätämisellä ei *Towercastin* mukaan ollut vaikutusta SEUT 102 artiklan soveltumiseen sellaisiin yrityskeskittymiin, jotka eivät ole yhteisönlaajuisia. *Towercast* katsoi, että sulautuma-asetus olisi ensisijainen asetus vain sen soveltamisalaan kuuluvien yhteisönlaajuisten keskittymien osalta.⁹⁷ Kun taas Ranskan kilpailuviranomaisen mielestä sulautuma-asetus estää lähtökohtaisesti yrityskeskittymien jälkikäteisen tutkimisen. Ranskan kilpailuviranomainen katsoi, että sulautuma-asetuksessa tarkoitettut keskittymät määritellään aineellisella kriteerillä ilman, että niihin sovellettaisiin asetuksessa mainittuja raja-arvoja, eli asetus olisi ensisijainen säädös

⁹⁴ Ibid., kohta 35.

⁹⁵ Ks. vastaavasti tuomio *Austria Asphalt* (2017), kohta 21 ja tuomio EY (2018) kohta 41.

⁹⁶ Tuomio *Austria Asphalt* (2017), kohta 31 ja tuomio EY (2018), kohta 55.

⁹⁷ Tuomio *Towercast* (2023), kohta 23.

kaikkien yrityskeskittymien valvontaan. Sen vuoksi Ranskan kilpailuviranomainen katsoi, että 102 artiklaa ei voitu lainkaan soveltaa yrityskeskittymiin.⁹⁸

On totta, että sulautuma-asetuksen 3 artiklassa on määriteltä yhteisönlaajuisen keskittymän aineellinen määritelmä viittaamatta asetuksessa mainittuihin liikevaihdon raja-arvoihin. Sulautuma-asetusta on kuitenkin luettava sen asiayhteyden ja erityisesti sen 1 artiklan sekä seitsemännen ja yhdeksännen perustelukappaleen valossa. Näin ollen voidaan todeta ensinnäkin, että kyseistä asetusta sovelletaan ainoastaan yhteisönlaajuisiin keskittymiin sekä toiseksi se, että tietyt keskittymät voivat samanaikaisesti jäädä ennakovalvonnan ulkopuolelle ja olla jälkikäteisen valvonnan kohteena.⁹⁹ Sulautuma-asetus on siten ensisijainen säännös, jota sovelletaan yhteisönlaajuisen yrityskeskittymien valvontaan.

2.3 SEUT 102 artiklan soveltuminen yrityskeskittymiin

2.3.1 SEUT 102 artiklan mukainen määräävä markkina-aseman väärinkäytön kieltö

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellosta säännellään Euroopan Unionin toiminnasta annetussa sopimuksessa. Euroopan unionin sisämarkkinoiden kilpailun toimivuuden kannalta määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on fundamentaalinen säännös, josta on säädelty unionin perustamisesta lähtien. Määräävän aseman luominen tai vahvistaminen on merkittävin tehokasta kilpailua rajoittava kilpailunrajoitus.¹⁰⁷

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön liittyvät säännökset ovat osa kansallisten ja eurooppalaisten markkinoiden valvontajärjestelmää. Nykyisin määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon säännös löytyy SEUT 102 artiklasta ja kilpailulain 7 §:stä, jotka vastaavat sisällöllisesti toisiaan. SEUT 102 artiklan mukaisesti sisämarkkinoille soveltumaton ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikutta-

⁹⁸ Ibid., kohta 24.

⁹⁹ Ibid., kohta 41.

¹⁰⁷ Komission suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, kohta 2.

maan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Artiklan mukaisesti tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen, tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajan vahingoksi tai erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasetelmaan asettavalla tavalla. Artiklan listaus ei ole tyhjentävä luettelo, vaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla monenlainen toiminta.

SEUT 102 artikla ei estä yritystä hankkimasta määräävää markkina-asemaa, vaan kiellettyä on sen väärinkäyttö. Artiklan mukaiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön syyllistyminen edellyttää, että voidaan katsoa yrityksen olevan määräävässä asemassa markkinoilla väärinkäytön hetkellä ja että, yritys on väärinkäyttänyt tätä asemaansa, niin että kilpailu on estynyt markkinoilla. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on kuitenkin oikeus kilpailla ansioillaan, sillä määräävä asema markkinoilla voi syntyä innovaation tai yrityksen muun tehokkaan toiminnan seurauksena, mikä itsessään ei ole rankaistavaa.¹⁰⁸ Mikäli määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii hyödyntämään omaa markkinavoimaansa ja rajoittamaan kilpailua markkinoilla, on toiminta määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.¹⁰⁹ SEUT 102 artiklassa ei siten ole rajattu tarkemmin, millaiset väärinkäytön muodot ovat määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Sen vuoksi kiellettyä voi olla yritysosto, jos yritys on yritysostolla vahvistanut asemaansa markkinoilla ja estänyt kilpailua.

2.3.2 EU-oikeuden normihierarkia ja SEUT 102 artiklan välitön oikeusvaikutus

SEUT 102 artiklan soveltuminen yrityskeskittymiin sulautuma-asetuksen voimassaollessa perustuu EU-oikeuden normihierarkiaan sekä lainvalinta periaatteeseen, *lex superior derogat legi inferiori* (ylempi normi syrjäyttää alemman normin). *Towercast* -tuomiossa EUT:n ja julkisasiamies Kokotin argumentointi on perustunut keskeisesti 102 artiklan välittömään

¹⁰⁸ Kuoppamaa 2018 s. 252.

¹⁰⁹ Ibid., s. 250.

oikeusvaikutukseen ja normihierarkiaan.¹²⁴ SEUT 102 artikla on EU:n primaarioikeuden normi, jonka välittömän sovellettavuuden EUT on tunnustanut jo pitkään.¹²⁵

EU-oikeuden erityispiirteet, johtuvat siitä, että toisin kuin tavanomaisilla kansainvälisillä sopimuksilla, EY:n perustamissopimuksilla on luotu oma oikeusjärjestelmä, joka on ensisijainen jäsenvaltioiden oikeuteen nähden.¹²⁶ EU:n oikeusjärjestelmään kuuluvia oikeuslähteitä voidaan ryhmitellä eri tavoin, mutta tyypillisin tapa on jaotella ne primäärioikeuteen sekä sekundääri- eli johdettuun oikeuteen.¹²⁷

EU-oikeuden normihierarkian mukaisesti primäärioikeus on ylemmän asteista suhteessa johdettuun eli sekundäärioikeuteen nähden. Primäärioikeus asettaa perustuslailliset puitteet sekundäärioikeudelle, joten sitä on tulkittava yhteensopivasti primäärioikeuden kanssa.¹²⁸ Sekundäärisäädös ei voi siten rajoittaa primäärioikeuden soveltamista.¹²⁹ EU:n primäärioikeuteen kuuluu EU:n perustamissopimukset eli SEUT, jossa säädetään kielletyistä kilpailunrajoituksista, kuten määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellosta. Sulautuma-asetus on sekundäärioikeutta, joten sitä tulkittaessa on otettava huomioon primäärioikeuden, eli SEUT 102 artikla. Normihierarkian mukaisesti sulautuma-asetus ei voi koskaan rajoittaa perustussopimuksen, SEUT:n soveltamista.¹³⁰

Normihierarkian lisäksi SEUT 102 artiklan soveltuvuutta yrityskeskittymiin voidaan perustella SEUT 102 artiklan välittömällä oikeusvaikutuksella. SEUT 102 artiklan mukaisesti kiellettyä ja sisämarkkinoille soveltumatonta on yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti artiklalla on välitön oikeusvaikutus, eikä sen soveltaminen edellytä erillisen asetuksen sää-

¹²⁴ Tuomio Towercast (2023), kohdat 50–51.

¹²⁵ Ks. tuomio BRT ym. (1974), 15–16 kohta, tuomio Kone ym. (2014), kohta 20 ja tuomio Skanska ym. (2019), kohta 24.

¹²⁶ Ks. myös tuomio Costal v Enel (1964), 177 artiklan soveltaminen, tulkinnan tarpeettomuus.

¹²⁷ Penttinen-Talus 2017, s. 14.

¹²⁸ Ojanen 2016, s. 39.

¹²⁹ Ks. Tuomio Towercast (2023) kohdat 34 ja 42–43 sekä Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Towercast, kohta 30.

¹³⁰ Haekens tarjoaa kuitenkin eriävän mielipiteen ja katsoo että sekundäärioikeus rajoittaa SEUT 101 ja 102 artikloiden soveltamista jatkuvasti. Haekensin mukaan normihierarkian käyttäminen primääri ja sekundäärioikeuden soveltamisohjeena vaikuttaa pragmaattiselta keinolta mahdollistaa yrityskauppojen arvioiminen jälkikäteen (ex post). Vrt. Haekens 2023 Part V: Reflection.

tämistä. 102 artiklassa perustetaan yksityiselle oikeuksia, joita kansallisten tuomioistuinten on suojeltava.¹³¹ Artiklan välittömän oikeusvaikutuksen vuoksi yksityiset voivat vedota kyseiseen artiklaan sellaisenaan kansallisissa viranomaisissa ja tuomioistuimissa.

SEUT 102 artiklan kielto on riittävän selkeä, täsmällinen ja ehdoton, joten EU-oikeuden mukaisesti kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet voivat soveltaa normia sellaisenaan.¹³² Määräävän markkina-aseman väärinkäytön osalta ei myöskään voida luoda minäänlaista poikkeusta, sillä tällainen väärinkäyttö on yksinkertaisesti kiellettyä perustussopimuksessa. Viranomaisten on sen vuoksi aina ryhdyttävä tarpeellisiin toimiin, jos se havaitsee, että 102 artiklaa on rikottu.¹³³ Sulautuma-asetuksen kaltaisella johdetulla oikeudella ei siten voi olla 102 artiklan soveltamista estävä vaikutus.

SEUT 102 artiklan välittömän oikeusvaikutuksen ja normihierarkian vuoksi sulautuma-asetusta ei voi tulkita siten, että se rajoittaisi jäsenvaltioiden oikeutta puuttua kilpailua estäviin menettelyihin SEUT:sta perusteella.¹³⁴ Se, että sulautuma-asetus on säädetty perustussopimusten jälkeen tai että se on säädetty olevan ensisijainen säännös yhteisönlaajuisten keskittymien valvomiseen, ei rajoita 102 artiklan välitöntä oikeusvaikutusta ja soveltumista yrityskauppoihin.¹³⁵

Towercast -tuomio on linjassa yrityskauppavalvonnan viimeaikaisen kehityksen kanssa mahdollistaessaan alle liikevaihtorajojen alle jäävien kauppojen tutkimisen. Tuomio ei kuitenkaan sinällään merkitse kokonaan uuden arviointikulman avautumista haitallisiin yrityskauppoihin puuttumiseen, sillä kuten todettua, jo ennen sulautuma-asetusta ja yrityskauppavalvontaa koskevaa sääntelyä, unionin tuomioistuin on todennut, että tietyissä tilanteissa yritys voi syyllistyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön yrityskaupalla. *Towercast* -tuomiossa onkin kyse ennen kaikkea voimassa olevan yrityskeskittymien val-

¹³¹ Ks. tuomio *Skanska* (2019), kohta 24, tuomio *Kone ym.* (2014), kohta 20, tuomio *BRT* (1974), kohta 16, tuomio *Courage v Crehan* (2001), kohta 23 ja tuomio *Manfredi ym.* (2006), kohta 39.

¹³² Ks. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Towercast*, kohta 31.

¹³³ Tuomio *Saeed Flugreisen* (1989), kohta 32.

¹³⁴ Tuomio *Towercast* (2023), kohta 51.

¹³⁵ *Haekens* 2023, Part IV: Judgement. Ks. myös *Haekens* 2023, Part V: Reflection; *Haekens* katsoo myös, ettei sulautuma-asetus voi koskaan rajoittaa 102 artiklan soveltamista, ei vaikka kyseinen yrityskauppa olisi täyttänyt etukäteiseen kilpailuvalvonnan liikevaihtorajat.

vontaa koskevien säädännön potentiaalin toteamisesta ja osin uudelleen hyödyntämisestä.¹³⁶

¹³⁶ Aine 2023, s. 32.

3. Yrityskeskittymien tutkiminen SEUT 102 artiklan nojalla ja oikeusvarmuuden turvaaminen

3.1 Oikeusvarmuusperiaate kilpailuoikeudessa

3.1.1 Oikeusvarmuusperiaate osana oikeusturvaa

Kuten aiemmin on todettu, yrityskeskittymien 102 artiklan mukaiseen tutkimiseen liittyy omia haasteitaan ja siihen on perinteisesti suhtauduttu hyvin varautuneesti. Yrityskeskittymien valvonta on erotettu muusta kilpailuvalvonnasta yrityskaupan osapuolten intressien suojelemisen sekä oikeusvarmuuden turvaamisen vuoksi. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty huolia erityisesti oikeusvarmuuden toteutumisesta yrityskeskittymien jälkikäteisessä valvonnassa.¹⁴⁹

Oikeusvarmuuden periaatetta ei ole määritelty kansallisessa lainsäädännössä eikä EU-oikeudellisissa oikeuslähteissä.¹⁵² Yleensä oikeusvarmuudella tarkoitetaan oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuuden vaatimusta osana laajempaa oikeusturvan käsitettä. Oikeusvarmuuden periaate onkin nähty ennen kaikkea oikeudellisen ratkaisutoiminnan ennakoitavuutta edellyttävänä yleisenä oikeusperiaatteena.¹⁵³

Oikeusvarmuuden katsotaan usein edellyttävän muutakin kuin ratkaisutoiminnan ennakoitavuutta, mutta kiistanalaista on se, voidaanko oikeusvarmuudella katsoa olevan aineellista ulottuvuutta.¹⁵⁴ Oikeusvertailevassa tutkimuksessa oikeusvarmuus on saanut lähinnä lainkäytön ennakoitavuutta korostavan merkityksen¹⁵⁵, kun taas Aarnion ja Peczenikin mukaisen analyttisessä oikeustieteessä oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että oikeusvaikutusten omaavien päätösten tulee olla sekä ennakoitavia että hyväksyttäviä.¹⁵⁶ Ennakoitavuudella Aarniolaisessa käsityksessä viitataan muodolliseen oikeusvarmuuteen ja hyväk-

¹⁴⁹ Ks. Hawkens 2023, Part III AG's Opinion, Previous CJEU case law ja Mulder-Sauter 2023 s.545.

¹⁵² Raitio 2013 s. 319.

¹⁵³ Ks. Frände 1989, s. 164.

¹⁵⁴ Etenkin Tuori on kritisoinut Aarniolaista oikeusvarmuuden jaottelua hyväksyttävyyteen ja ennakoitavuuteen. Vrt. Tuori 2003, s. 360–263.

¹⁵⁵ Ks. Tutkimus eri tavoista ymmärtää oikeusvarmuuden periaate, Fenwick – Siems – Wrba 2017, s. 1–26.

¹⁵⁶ Ks. Aarnio 1978, s. 3, Aarnio 1989, s. 186–189, Aarnio: 1997, s. 191 ja Peczenik 1989, s. 32.

syttävyydellä aineelliseen oikeusvarmuuteen eli oikeusturvaan.¹⁵⁷ Oikeusvarmuuden ja oikeusturvan käsitteiden merkittävin ero on siinä, että oikeusturvan mukainen ratkaisu on ennakoitavuuden lisäksi sisällöllisesti oikein ja perusteltu. Ennakoitavuuden vaatimus ei itsessään edellytä, että ratkaisu olisi sisällöllisesti oikein ja hyväksyttävä. Edellä mainitun kahtiajaon sijaan käsitys oikeusvarmuudesta eräänlaisena liukumana ennakoitavuuden ja hyväksyttävyyden välillä on saanut kannatusta oikeuskirjallisuudessa.¹⁵⁸

Aarnion mukaisesti oikeusvarmuuteen liittyvä oikeusturvaodotus (aineellinen oikeusvarmuus) voidaan liittää mielivallan ja ennakoimattoman lainkäytön kieltoon sekä siihen, että päätöksen tulee vastata kyseessä olevan oikeuskulttuurin vakiintuneita arvoja ja tietoja todellisuudesta.¹⁵⁹ Oikeusvarmuuden periaate on tulkittu yhdeksi oikeusvaltioperiaatteen osatekijäksi, sillä oikeusvarmuus on keskeinen oikeusjärjestelmän luotettavuuden näkökulmasta.¹⁶⁰ Luotettavuuden saavuttamiseksi lainsäädännön on oltava mahdollisimman selkeää, täsmällistä, helposti saatavissa olevaa ja täytäntöönpantavissa.¹⁶¹ Näin oikeussubjekti voi ilman epätietoisuutta saada tiedon oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan sekä ryhtyä asianmukaisiin toimenpiteisiin.¹⁶² Yksilön kannalta oikeusvarmuuden keskeinen sisältö on lainmukaisuuteen kohdistuvan luottamuksen suojaaminen ja oikeusjärjestykseen perustuvien oikeutettujen odotusten huomioon ottaminen.¹⁶³

3.1.2 Kilpailuviranomaisen velvollisuus turvata oikeusvarmuus

Oikeusvarmuusperiaatteen mukaisesti lainkäytön tulee olla ennakoitavaa. Sama pätee viranomaisen toimintaan sen hoitaessaan lakiin perustuvia tehtäviään. Kilpailu- ja kuluttajavirastosta annetussa laissa ja kilpailulaissa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle on annettu toimi-

¹⁵⁷ Oikeusvarmuuden jakaminen muodolliseen ja aineelliseen merkitykseen on kuitenkin jossain määrin kiistanalainen. Tuorin mukaisesti oikeusvarmuudella ei ole aineellista ulottuvuutta, kun taas Raution mukaisesti oikeusvarmuudella on myös aineellinen ulottuvuus. Vrt. Tuori, 2003, s. 360–362 ja Raitio 2003.

¹⁵⁸ Esim. Gustafsson on tarkentanut hyväksyttävyyttä -käsitettä esittämällä idean sosiaalisesta hyväksyttävyydestä ja moraalista hyväksyttävyydestä aineellisen oikeusvarmuuden yhteydessä. Ks. Gustafsson 2002, s. 1 alkaen.

¹⁵⁹ Ks. Aarnio 1978, s. 158–229, erityisesti s. 188–193 rationaalisesta hyväksyttävyydestä sekä L-rationaalisuudesta ja D-rationaalisuudesta.

¹⁶⁰ Venice Commission, Report on the Rule of Law, s. 10-11 kohdat 44-51.

¹⁶¹ Raitio 2019, s. 63.

¹⁶² Ks. Tuomio Intertanko (2008), kohta 69 ja vastaavasti Tuomio Belgia v. komissio (2005), kohta 30.

¹⁶³ Mäenpää 2023, s. 177.

valta kilpailuvalvonnan hoitamiseen. Kilpailuviranomaisen menettely on hallintomenettelyä, joten siihen sovelletaan hallintolakia (404/2003) ja kilpailuviranomaisen on noudatettava toiminnassaan hyvän hallinnon oikeusperiaatteita.¹⁶⁴ Hallintolain 6 §:n mukaisti hyvän hallinnon oikeusperiaatteita ovat yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuuden-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja luottamuksensuojan periaate. Oikeusvarmuudenperiaatteella on liitynnää erityisesti luottamuksensuojanperiaatteeseen, sillä oikeusvarmuus on yksi luottamuksensuojan osatekijä.¹⁶⁵

EU-oikeudessa oikeusvarmuuden periaate on jaettu taannehtivien oikeusvaikutusten kiellon¹⁶⁶, oikeutettujen odotusten suojan¹⁶⁷, saavutettujen oikeuksien suojan¹⁶⁸, määräaikojen laskemisen¹⁶⁹ ja ymmärrettävän kielen vaatimuksen¹⁷⁰ osatekijöihin. Oikeuskäytännön perusteella voidaan katsoa, että oikeutettujen odotusten suoja ja taannehtivuuskielto ovat keskeisimpiä oikeusvarmuuden osatekijöitä.¹⁷¹ Oikeutettujen odotusten suoja ja hallintolaissa mainittu luottamuksensuojan periaate ovat osin päällekkäisiä, eikä niitä ole mahdollista selvästi erottaa toisistaan.¹⁷² Luottamuksensuojan mukaisesti viranomaisen tulee toiminnassa ottaa huomioon yksityisen oikeutetut odotukset ja turvata ne. Tällainen odotus voi perustua esimerkiksi viranomaisen myönteiseen päätökseen, kehotukseen tai nimenomaiseen neuvoon toimia tietyllä tavalla. Periaate tarkoittaa, että yksityisellä henkilöllä, yrityksellä tai muulla oikeussubjektilla tulee perustelluin edellytyksin olla oikeus luottaa viranomaisen toimintaan. Sen vuoksi viranomaisen toiminta ei voi olla yllättävää tai ainakaan muuttua takautuvasti, siltä osin kuin se vaikuttaa yksityisen oikeuteen tai etuun rajoitavasti tai muuten negatiivisesti.¹⁷³

Hallinto-oikeuden valossa oikeusvarmuuteen liittyvistä yleisistä oikeusperiaatteista keskeisimpiä on *patere legem quam ipse fecisti*, jonka mukaisesti viranomaisen on noudatettava

¹⁶⁴ Wickberg 2011, 6. Kilpailuoikeudellinen menettely: 6.1. Menettely Suomessa.

¹⁶⁵ Raitio 2013, II Osa: 4. EU-oikeuden normijärjestelmä ja oikeusperiaatteet: 4.3 Sisämarkkinoiden kannalta keskeisiä yleisiä oikeusperiaatteita ja perusoikeuksia: 4.3.4 Oikeusvarmuuden periaate: 4.3.4.2 Taannehtivien oikeusvaikutusten kiello.

¹⁶⁶ Ks. Tuomio Racke (1979), kohta 15 ja Tuomio Salumi (1981), kohdat 9–10.

¹⁶⁷ Ks. Tuomio Töpfer (1978), kohdat 18 ja 19 ja Tuomio Salumi (1981), kohta 10.

¹⁶⁸ Tuomio Klomp (1969), erityisesti s. 50 ja Tuomio Belbouab (1978), erityisesti s. 1924–1925.

¹⁶⁹ Ks. esim. Tuomio Alankomaat v. komissio (1971), kohdat 15–19.

¹⁷⁰ Ks. esim. Tuomio Farrauto (1975), kohta 6 ja uudemmassa oikeuskäytännössä Tuomio Skoma-Lux (2007).

¹⁷¹ Ks. Raitio 2003, s. 187–263.

¹⁷² Mäenpää 2011, s. 278–279.

¹⁷³ Mäenpää 2023, s. 172.

heitä sitovia säännöksiä ja vakiintuneita käytänteitä. Periaatteella on yhtymäkohta myös hallinnon lainalaisuuden periaatteeseen, jonka mukaisesti viranomaisen on toiminnassaan noudatettava voimassa olevia oikeusnormeja.¹⁷⁴ Oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että viranomaisen toimivaltuuksien soveltamisen tulee olla ennustettavaa sekä oikeudellisesti kontrolloitua. Yksityistentoimijoiden pitää voida ennakoida viranomaisen toimintaa, joten sitä koskevien säädösten tulee olla yksiselitteisiä.¹⁷⁵

Oikeusvarmuus edellyttää ennakoitavan päätöksen teon lisäksi lainvoimaisten päätösten pysyvyyttä eli oikeusvoimaa (*res judicata*).¹⁷⁶ Viranomaisen toiminnan kannalta tämä tarkoittaa, että viranomainen ei voi muuttaa lopullista päätöstään, ellei sillä ole siihen lakiin perustuvaa toimivaltaa.¹⁷⁷ Päätöksiä ei voida pitää ennakoitavina eikä oikeutettuja odotuksia suojaavina, jos niiden pysyvyydestä ei ole varmuutta. Oikeussubjektien on voitava luottaa lainvoimaisten tuomioiden pysyvyyteen ja EUT onkin ollut erityisen varovainen puuttuessaan tuomioiden oikeusvoimaan.¹⁷⁸ Lainkäytön ennakoitavuutta edellyttää myös *ne bis in idem* -periaate, jonka mukaisesti samasta teosta ei saa rankaista kahdesti. Periaate on omiaan turvaamaan ennakoitavan lainkäytön vaatimusta ja oikeusvarmuutta.¹⁷⁹ Lähtökohteisesti viranomaisen antamat päätökset ovat siten pysyviä, eikä viranomainen voi tutkia samaa asiaa kahdesti.

Oikeusvarmuuden periaate on hyvin monitulkintainen ja periaatteen sisältöön vaikuttavat tutkijoiden omat tutkimussuuntaukset. EU:n oikeuskäytännössä oikeusvarmuuden periaatetta on pidetty erityisesti vaatimuksena lainkäytön ja hallintotoiminnan ennakoitavuudesta.¹⁸⁰ Sen vuoksi tutkielmassa on mielekästä arvioida oikeusvarmuuden toteutumista nimienomaan viranomaisen toiminnan ennakoitavuuden kannalta sekä annettujen päätösten pysyvyyden ja tutkimusprosessin keston perusteella.

¹⁷⁴ Mäenpää 2004, s. 34.

¹⁷⁵ Aine 2023, s. 13.

¹⁷⁶ Ks. Esim. Raitio 2012, s. 403–418.

¹⁷⁷ Mäenpää 2023, s. 177.

¹⁷⁸ Ks. esim. Tuomio Târsia (2015), kohdat 39 ja 42, jossa EU-tuomioistuin tyypilliseen tapaan kytkee kansallisen tuomion oikeusvoiman tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteen tulkintaan. Asiassa katsottiin, ettei vastaavuusperiaate edellyttänyt purkumahdollisuutta Romanian siviiliprosessiin sen vuoksi, että tuomion purkumahdollisuus sisältyi kansalliseen hallintoprosessiin.

¹⁷⁹ Raitio 2012, s. 411.

¹⁸⁰ Ks. Tetra Pak (1990). Oikeusvarmuuden periaatteen voidaan katsoa korostavan yksityisille asetettavien velvoitteiden riittävän selvää, täsmällistä ja ennakoitavaa normatiivista ja konkreettista määrittelyä.

3.2 Yrityskeskittymien tutkimusprosessi

3.2.1 Yrityskauppavalvonnan ja jälkikäteisen kilpailuvalvonnan eroavaisuudet

Yrityskauppoja on tutkittu pääasiallisesti vain yrityskauppavalvonnan säännösten mukaisesti etukäteen, mutta *Towercast* -tuomion myötä kilpailuviranomainen voi puuttua yrityskauppaan myös jälkikäteen (*ex post*) kilpailuvalvonnessa. Kansallisen viranomaisen tulee tällöin soveltaa omaa kansallista kilpailuvalvonnan prosessilainsäädäntöään yrityskaupan tutkimiseen.¹⁹² Yrityskauppavalvonnan ja jälkikäteisen kilpailuvalvonnan prosessit ovat kuitenkin hyvin erilaiset. Yrityskauppavalvonnessa pyritään etukäteisesti puuttumaan markkinoiden haitalliseen keskittymiseen, kun muu kilpailuvalvonta keskittyy yritysten toiminnan jälkikäteiseen tutkimiseen ja haitalliseen menettelyyn puuttumiseen.¹⁹³ Jälkikäteisestä valvonnasta puhutaankin välillä myös kilpailunrajoitusten valvontana.

Yrityskauppavalvonnessa yrityskaupasta tulee ilmoittaa kilpailuviranomaiselle, jos kauppa täyttää tietyt kriteerit. Kilpailulain 23 §:n mukaisesti lain 22 §:ssä tarkoitettu yrityskauppa on ilmoitettava KKV:lle julkisen ostotarjouksen jälkeen, mutta ennen kaupan täytäntöönpanoa. Vastaava velvollisuus on asetettu sulautuma-asetuksen 4 artiklassa¹⁹⁵. Yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuteen liittyy täytäntöönpanon kieltö, eli yrityskaupan osapuolet eivät saa panna yrityskauppaa täytäntöön ennen kuin kilpailuvirasto on hyväksynyt kaupan.

Jälkikäteisessä kilpailuvalvonnessa kilpailuviranomainen aloittaa usein kilpailunrajoituksen tutkinnan ulkopuolisen tahon tekemän toimenpidepyynnön tai antaman vihjeen perusteella. Kilpailuviranomainen voi myös aloittaa tutkimuksen oma-aloitteisesti, esimerkiksi viraston tekemän toimialaselvityksen perusteella.¹⁹⁶ KKV voi Kilp.L:n 31 §:n mukaisesti ryhtyä toimenpiteisiin kilpailunrajoituksen tai sen vahingollisten vaikutusten poistamiseksi,

¹⁹² Towercast tuomio (2023) kohta 50.

¹⁹³ Oinonen 2016 s.198.

¹⁹⁵ Sulautuma-asetuksen 4 artiklan mukaisesti komissiolle on ilmoitettava yhteisön laajuisista keskittymistä ennen niiden toteuttamista ja sopimuksen tekemisen, julkisen osto- tai vaihtotarjouksen julkistamisen tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimisen jälkeen. Kyseisen artiklan mukaisesti ilmoitus voidaan tehdä myös, jos keskittymään osallistuvat yritykset osoittavat komissiolle vilpittömän aikomuksen tehdä sopimus tai ne ovat ilmoittaneet julkisesti aikovansa tehdä julkisen osto- tai vaihtotarjouksen.

¹⁹⁶ Oinonen 2016, s. 318.

jos se katsoo elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän rajoittavan kilpailua Kilp.L:n 7 §:ssä (SEUT 102) taikka 8 §:ssä (SEUT 101) tarkoitetulla tavalla ja toimenpiteisiin ryhtyminen on tarpeen terveen ja toimivan kilpailun turvaamiseksi markkinoilla.

Merkittävä ero yrityskauppavalvonnassa ja kilpailurajoitusten valvonnassa on tutkimiselle asetetut aikarajat. Yrityskauppavalvonnassa on säädetty erittäin tiukat aikarajat, joiden puitteissa kilpailuviranomaisen on tutkittava yrityskaupan soveltuvuus markkinoille.¹⁹⁷ Kilpailulain 26 §:n mukaan KKV tutkii yrityskauppaa koskevan ilmoituksen välittömästi ja ratkaisee, onko asiassa ryhdyttävä jatkoselvitykseen. Ensi vaiheessa virastolla on 23 työpäivää aikaa tutkia yrityskauppa ja joko hyväksyä kauppa tai siirtää asia jatkokäsittelyyn. Toisessa vaiheessa virastolla on 69 työpäivää aikaa jatkaa kaupan tutkimista ja hyväksyä kauppa sellaisenaan tai asettaa kaupan toteutumiselle ehtoja. Kilpailurajoitusten selvittämistä taas ei ole sidottu tiettyihin aikarajoihin, joten yksittäisen kilpailurajoituksen tutkiminen kestää tyypillisesti pitkään, usein vuosia.

Oikeuskirjallisuudessa on ristiriitaisia mielipiteitä yrityskauppojen jälkikäteisestä tutkimisesta. Lähtökohtaisesti etukäteistä valvontaa pidetään jälkikäteisistä puuttumista tehokkaampana keinona ehkäistä kansantaloudelle haitallisten yrityskauppojen toteutuminen.¹⁹⁸ Toisaalta määrävän markkina-aseman väärinkäytön kieltä nähdään raskasliikkeisenä instrumenttina yrityskeskittymien valvomiseen. Haastavana pidetään artiklan edellyttämän kilpailun estymisen arvioimista, erityisesti ostajan aseman suhtauttamista muihin markkinoiden dynamiikan lähteisiin.¹⁹⁹ Toisaalta voidaan kuitenkin argumentoida, ettei yrityskaupan jälkikäteinen tutkiminen ja rikkomuksen toteaminen vaadi kohtuuttoman pitkää tai monimutkaista tutkintaa, sillä yrityskauppojen jälkikäteiseen tutkintaan liittyy myös tiettyjä hyötyjä. Esimerkiksi viranomaisen ei jälkikäteisessä tutkinnassa tarvitse ennustaa, miten yritykset tulevat toimimaan tulevaisuudessa. Viranomainen voi keskittyä tutkimaan keskittymän toteuttamista edeltävän näytön sekä keskittymän jälkeisen näytön, joka osoittaa mitä markkinoilla on tosiasiallisesti tapahtunut yritystoston jälkeen.²⁰⁰ Rikkomuksen ja kaupan

¹⁹⁷ Ks. Oinonen 2006, s. 318.

¹⁹⁸ Buri – Jankari 2022, s. 23–24.

¹⁹⁹ Ks. Aine 2023, s.16.

²⁰⁰ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Illumina Inc v. komissio, kohta 231.

välinen syy-yhteys voi olla jopa helpompi osoittaa jälkikäteisessä tutkinnassa kuin etukäteisesti.

Yrityskauppavalvonta ja yritysten markkinakäyttäytymisen valvonta täydentävät kuitenkin toisiaan tärkeällä tavalla. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn päämäärien kannalta ratkaisevaa on saavutettu lopputulos, eli tehokas kilpailu markkinoilla eikä pelkästään se, kuinka vaikuttavasti yrityskauppavalvontaa tai markkinakäyttäytymisen valvontaa voidaan yksinään soveltaa.²⁰¹

3.2.2 Kilpailuviranomaisen keinot puuttua haitallisiin yrityskeskittymiin

Yrityskaupasta aiheutuva kilpailun rajoittaminen voidaan tehokkaasti estää vain etukäteen kieltämällä haitallinen yrityskauppa, sillä kaupan täytäntöönpanon jälkeen on haastavaa purkaa järjestelyä ja saattaa markkinaa ennen kauppaa vastaavaan tilaan.²⁰⁴ Sen vuoksi yrityskauppavalvonnassa tarkoituksena on puuttua todennäköisiin kilpailuongelmiin etukäteen, ennen kuin ne ehtivät syntyä. Kilpailunrajoitusten, kuten SEUT 102 artiklan, osalta yrityksen menettelyyn puututaan jälkikäteen eli vasta, kun yritys on syyllistynyt kilpailun rajoittamiseen.

Kilpailulain 25 §:n mukaisesti yrityskauppavalvonnassa markkinaoikeus voi kilpailuviranomaisen esityksestä kieltää yrityskaupan, joka on markkinoille soveltumaton. Markkinaoikeus voi myös määrätä yrityskaupan purettavaksi, mikäli se on toteutettu kilpailuviranomaisen päätöksen vastaisesti tai keskittymä on laiminlyönyt ilmoitusvelvollisuuden. Modernissa yrityskauppavalvonnassa kieltopäätöksiä annetaan kuitenkin suhteellisen harvoin, sillä useimmissa tapauksissa kilpailun turvaamisen kannalta on riittävää, että kaupalle asetetaan ehdot, joiden avulla poistetaan kaupan haitalliset kilpailuvaikutukset. Kaupat kielletään lähinnä vain niissä tapauksissa, joissa haitallisia kilpailuvaikutuksia ei voida poistaa ehtojen avulla.²⁰⁵

²⁰¹ Aine 2023, s. 32.

²⁰⁴ Ks. Kuoppamäki 2018, s. 359.

²⁰⁵ Kuoppamäki 2018, s.362.

Jälkikäteisessä kilpailuvalvonnassa käytetyt seuraamukset voidaan jakaa julkisoikeudellisiin- ja yksityisoikeudellisiin seuraamuksiin. Julkisoikeudellisia seuraamuksia ovat seuraamusmaksu ja uhkasakko, kun taas yksityisoikeudellisia seuraamuksia ovat sopimusten siviilioikeudellinen pätemättömyys sekä velvollisuus korvata vahinkoa kärsineelle elinkeinonharjoittajalle aiheutunut vahinko (kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus).²⁰⁶ Kilpailuviranomaisen käytössä olevista seuraamuksista on säädetty Kilp.L. 8-12 §:ssä ja Euroopan parlamentin ja neuvoston jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisen täytäntöönpanovalmiuden parantamiseksi ja sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan varmistamiseksi antamassa direktiivissä (2019/1), eli ECN+ direktiivin 10 sekä 12–16 artiklassa. Edellä mainitut ECN+ direktiivin ja kilpailulain säännökset vastaavat toisiaan. Kilp.L 9 §:n mukaisesti KKV voi määrätä elinkeinonharjoittajan lopettamaan esimerkiksi määräävän markkina-aseman mukaisen väärinkäytön²⁰⁷ tai määrätä elinkeinonharjoittajalle sitoumuksia²⁰⁸. KKV voi myös Kilp.L. 12 §:n mukaisesti asettaa kieltopäätösten tai toimitusvelvoitetta koskevien ratkaisujen tehosteeksi uhkasakon, jonka tuomitsee maksettavaksi markkinaoikeus.²⁰⁹

Kansalliset kilpailuviranomaiset voivat myös määrätä oma-aloitteisesti ECN+ direktiivin 11 artiklan perusteella yrityksille välitoimia, ainakin sellaisissa kiireellisissä tilanteissa, joissa on vaarana aiheuttaa kilpailulle vakavaa ja peruuttamatonta haittaa, jos ensinäkemältä (*prima facie*) on todettavissa, että kyse on SEUT 102 (tai 101) artiklan rikkomisesta. Belgian kilpailuviranomainen, eli ABC, määräsi Proximukselle väliaikaistoimia todetessaan, että sen ostaessa EDPnetin, Proximus oli, *prima facie*, syylistynyt määräävän mark-

²⁰⁶ Ibid., s.83.

²⁰⁷ Erityisen vakavissa tapauksissa määräyksiin voi sisältyä sulautuneen yksikön (toisin sanoen yrityksen) purkaminen osittain tai kokonaan. Ks. julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Towercast, kohta 63.

²⁰⁸ Sitoumuksia voidaan määrätä elinkeinonharjoittajaa velvoittavaksi, jos niillä voidaan poistaa kyseisen toiminnan kilpailua rajoittava luonne. Sitoumuksilla voidaan myös velvoittaa elinkeinonharjoittaja toimittamaan hyödykkeitä toiselle elinkeinonharjoittajalle vastaavilla ehdoilla, joilla niitä tarjotaan muille elinkeinonharjoittajille. Oinonen 2016, s.320.

²⁰⁹ Seuraamusmaksu voidaan määrätä Kilp.L 12 §:n mukaisesti elinkeinonharjoittajalle tai elinkeinonharjoittajan yhteenliittymälle, joka rikkoo lain 5 tai 7 §:ää, jos menettelyä ei ole pidettävä vähäisenä tai seuraamusmaksun määräämistä kilpailun turvaamisen kannalta muutoin perusteettomana. Seuraamusmaksun määrää markkinaoikeus KKV:n esityksestä. Seuraamusmaksu voi olla enintään kymmenen prosenttia kilpailunrajoitukseen osallistuvan elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän maailmanlaajuisesta kokonaisliikevaihdesta.

kina-aseman väärinkäyttöön. ABC edellytti esimerkiksi, että Proximuksen piti pitää sen ja EDPnetin toiminnot erillään.²¹⁰

Julkisoikeudellisten seuraamusmaksujen ja sakkojen käyttöä ei kuitenkaan voida perustella yrityskauppojen osalta samoin kuin puhtaiden kilpailunrajoitusten kohdalla. Yrityskauppoja ei ole pidetty kiellettyinä kilpailunrajoituksina, toisin kuin kartelleja ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, sillä yrityskaupoilla voi olla myös kilpailua edistäviä vaikutuksia. Sen vuoksi yrityskauppoja on pidetty tavallisina liiketaloudellisina järjestelyinä, vaikka niihin voidaan ryhtyä myös kilpailunrajoitus tarkoituksessa. Yrityskauppoihin ei ole sen vuoksi liitetty paljaille kilpailurajoituksille ominaista teon moitittavuutta, eikä sen perusteella voida määrätä seuraamusmaksua, kuten kilpailunrajoituksien uhkaksi on määrätty.²¹²

Lisäksi seuraamusmaksujen määrääminen haitallisen yrityskaupan myötä syntyneelle yritykselle olisi vastoin perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta annetun asetuksen (1/2003) 7 artiklaa. 7 artiklan soveltaminen edellyttää, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on lopetettu, mikä tarkoittaisi yrityskaupan osalta sitä, että yritysjärjestely purettaisiin ja markkinat saatettaisiin ennen yrityskauppaa vastaavaan tilaan. Seuraamusmaksujen määräämisen ei siten voida katsoa tasapainottavan väärinkäyttö tilannetta ja päättävän rikkomusta.²¹³ Epäselvää on olisiko kilpailuviranomaisella edes intressiä vaatia seuraamusmaksua 102 artiklan vastaisesti toteutetun yritysjärjestelyn vuoksi ja millaiseksi seuraamusmaksujen taso voisi perustellusti muodostua.²¹⁴

²¹⁰ Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohdat 196–197.

²¹² Kuoppamäki 2018, s. 354.

²¹³ Haekens 2023, Part V: Reflection.

²¹⁴ Aine 2023, s. 27.

3.3 Oikeusvarmuuden toteutuminen yrityskeskittymien jälkikäteisessä valvonnassa

3.3.1 Yhden toimivaltaisen viranomaisen periaatteen vaarantuminen

Yhden toimivaltaisen viranomaisen, eli yhden luukun -periaate, on ollut keskeinen osa EU:n yrityskauppavalvontaa. Kilpailulain 22 §:n 23 momentti perustuu yhden luukun periaatteeseen (*one stop shop*), jonka mukaisesti yrityskeskittymät kuuluvat joko EU-asetuksen tai vaihtoehtoisesti jäsenvaltioiden kansallisten säännösten soveltamisalaan. Komissiolla on yksinomainen toimivalta tutkia EU:n liikevaihtorajat ylittävä yrityskauppa, ellei se käytä sulautuma-asetuksen 4 artiklan²²³ tai 9 artiklan²²⁴ mukaista siirto-oikeutta ja siirrä asiaa kansallisen kilpailuviranomaisen tutkittavaksi.²²⁵ Siirto-oikeus säännöksen tarkoituksena on, että kaupan tutkisi se viranomainen, jolla on parhaat edellytykset siihen.

SEUT 102 artiklan soveltaminen yrityskeskittymiin hajauttaa merkittävästi yrityskeskittymien tutkimista, sillä 102 artiklan nojalla useampi taho voi tutkia yrityskeskittymän, toisin kuin liikevaihtorajojen perusteella. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty huolia yrityskeskittymien jälkikäteiseen tutkimiseen liittyvästä kahdesti tutkimisen riskistä.²²⁶ On mahdollista, että yrityskauppa olisi tutkittu etukäteen yrityskauppavalvonnan säännösten mukaisesti sekä jälkikäteisesti 102 artiklan nojalla. Lisäksi 102 artikla mahdollistaa myös usean viranomaisen samanaikaisen tutkimisen.

SEUT 102 artiklan välitön oikeusvaikutus avaa rinnakkaisille kilpailuviranomaisille ja tuomioistuimille mahdollisuuden tutkia keskittymää määrävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon kannalta ja nämä viranomaiset/tuomioistuimet voivat sijaita eri jäsenvaltioissa. Menettelyä voi olla haastava koordinoita, sillä jokainen jäsenvaltio soveltaa 102 artiklaa omien menettelysääntöjensä mukaisesti. Lisäksi artiklan välitön oikeusvaikutus koskee myös yksityisiä toimijoita. Sen vuoksi on mahdollista, että yritysjärjestelyn osapuol-

²²³ EUMR 4 artiklan 5 kohdan mukaisesti, kun on kyse 3 artiklassa määritellystä keskittymästä, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisönlajuisen keskittymä ja jota voidaan tarkastella vähintään kolmen jäsenvaltion kansallisen kilpailulainsäädännön perusteella, kaupan osapuolet voivat ennen toimivaltaisille viranomaisille ilmoittamista ilmoittaa komissiolle perustellulla lausunnolla, että komission olisi tutkittava keskittymä.

²²⁴ EUMR 9 artiklan mukaisesti komissio voi tietyn edellytyksin siirtää ilmoitettua keskittymää koskevan asian asianomaisen jäsenvaltion toimivaltaisten viranomaisten käsiteltäväksi.

²²⁵ Kuoppamäki 2018, s. 375.

²²⁶ Ks. Hawkens 2023, Part III AG's Opinion, Previous CJEU case law ja Mulder-Sauter 2023 s. 545.

let tai kaupan markkinavaikutuksen piirissä olevat vetoavat omaksi suojakseen 102 artiklaan.²²⁷ SEUT 102 artiklaan perustuvaa oikeutta onkin mahdotonta rajata niin, että vain yhdellä toimijalla olisi oikeus tutkia yrityskeskittymää, joten artiklan nojalla suoritettavassa tutkinnassa on riskinä yrityskeskittymän kaksinkertainen tai päällekkäinen tutkinta.

Keskittymien päällekkäinen tai kaksinkertainen tutkimista arvioitaessa on myös otettava huomioon oikeusvoiman periaate. Periaatteella on merkitystä, kun arvioidaan, millä edellytyksin kansallisia hallintopäätöksiä tai tuomioistuinten ratkaisuja voidaan käsitellä uudelleen, mikäli niiden havaitaan olevan EU-oikeuden vastaisia.²²⁸ Kilpailuviranomainen ei siten lähtökohtaisesti voi ottaa sellaisia asioita tutkittavaksi, jotka ovat saaneet lainvoiman. Yrityskauppavalvonnan osalta tämä tarkoittaa, että jos kilpailuviranomainen on todennut yrityskaupan olevan markkinoille soveltuva, ei komissio tai muu kilpailuviranomainen voi myöhemmin enää ottaa kauppaa tutkittavakseen. SEUT 102 artiklan mahdollistamaa yrityskauppojen kahdesti tutkimista ei sen vuoksi voida pitää hyväksyttävänä oikeusvoiman ja oikeusvarmuuden toteutumisen kannalta.

Tosin EUT on huomionut jälkikäteiseen tutkimiseen liittyvän kahdesti tutkimisen riskin ja pyrkinyt välttämään sen asettamalla SEUT 102 artiklalle tiukat soveltamiskriteerit. Kahdesti tutkimisen riskiä voidaan pitää vähäisenä, jos 102 artiklan soveltamisessa noudatetaan näitä soveltamisedellytyksiä, joita käsitellään tarkemmin seuraavassa luvussa.

3.3.2 Kilpailuviranomaisen tutkimusprosessin kesto

Sulautuma-asetuksen etusija yrityskeskittymien valvonnassa on perusteltua oikeusvarmuuteen liittyvistä syistä, mutta tämä ei poissulje sitä, että kilpailuviranomainen voi tietyissä tilanteissa tarkastella keskittymää SEUT 102 artiklan nojalla jälkikäteen.²²⁹ Kuten tutkielmassa on aiemmin todettu, yrityskauppavalvonta eroaa merkittävästi jälkikäteisestä kilpailuvalvonnasta. Yrityskauppavalvonta prosessi on rakennettu silmällä pitäen osapuolten oikeusvarmuutta sekä yrityskauppojen ominaispiirteitä. Kilpailuviranomaisen tutkinnan ei

²²⁷ Aine 2023, s. 23.

²²⁸ Ks. Tuomio Kühne & Heitz (2004), Tuomio Kapferer (2006), Tuomio Kempter (2008), Tuomio Byankov (2012), Tuomio Impresa Pizzarotti (2014) ja Tuomio Tárzia.

²²⁹ Towercast tuomio (2023), kohta 40.

tule vaarantaa markkinoille soveltuvien yrityskauppojen toteutumista, eikä kilpailuviranomaisen intressissä ole tutkia tarkemmin ongelmattomia yrityskauppoja. Yrityskauppavalvonnan tiukoilla määräajoilla on pyritty minimoimaan kilpailuviranomaisen tutkinnasta aiheutuvaa haittaa yrityskauppojen osapuolille.

Yrityskaupat merkitsevät suuria organisatorisia muutoksia, joiden taloudelliset vaikutukset ovat usein huomattavia, joten osapuolten kannalta on keskeistä minimoida kaikki merkittävät epävarmuustekijät. Lisäksi yrityskauppa pyritään usein toteuttamaan tiiviillä aikataululla liiketaloudellisten intressien suojelemiseksi.²³⁰ Yritysten intressissä on siten saada tieto kilpailuviranomaisen hyväksynnästä mahdollisimman nopeasti.

EUT on todennut, että sulatuma-asetukseen sisältyy säännöksiä, joiden tarkoituksena on oikeusvarmuuteen liittyvistä syistä ja kaupan osapuolten edun nimissä rajoittaa komissiolle kuuluvien yrityskeskittymien tutkimusmenettelyn kestoa. Tarkoituksena on ollut varmistaa, että yrityskeskittymien valvontaa suoritetaan määräajoissa, jotka ovat sekä hyvän hallinnon sekä liike-elämän vaatimusten mukaisia.²³¹ Komissio on korostanut nopeuden merkitystä esimerkiksi hiljattain antamassaan *CK Telecom* tuomiossa. Komissio totesi, että sulautuma-asetuksen järjestelmälle luonteenomainen nopean ratkaisutoiminnan tarve on niin merkittävä, että jopa haitallista keskittymää voidaan pitää hyväksyttävänä, jollei komissio tee päätöstä määräajassa.²³² Nopeus onkin keskeinen osa oikeusvarmuuden toteutumista.

Myös muualla maailmassa yrityskeskittymien valvontajärjestelmissä on pyritty tasapainoon kilpailun tehokkaan valvonnan ja tarpeettomien kustannusten sekä viivytysten välttämisen välillä. Oikeusvarmuudella ja ennakoitavuudella on suuri merkitys erityisesti sulautuville osapuolille. Sen vuoksi yritysten, joihin mahdollisesti sovelletaan ilmoittamis- ja lykkäämisvelvoitteita, on tiedettävä suhteellisen varmasti, joutuuko niiden ilmoittama yrityskauppa kilpailuviranomaisten tutkinnan kohteeksi, mitkä viranomaiset tutkivat kaupan ja milloin viranomaisilta voidaan odottaa lopullista vastausta. Oikeusvarmuuden toteuttaminen on erityisen keskeistä unionin alueella tutkittavien kauppojen osalta, koska unionis-

²³⁰ Aine 2023, s. 17.

²³¹ Tuomio *Portugali v. komissio* (2004), 51 ja 53 kohta. Ks. myös julkisasiamies Kokotin ratkaisuehdotus *Cementbouw Handel*, kohta 44.

²³² Tuomio *Telecoms* (2023), kohta 72 oikeuskäytäntöviittauksineen.

sa on useita rinnakkaisia valvontaviranomaisia. Lisäksi sulautuma-asetuksessa määritellään osapuolille maailmanlaajuinen toteuttamiskielto. Tämä kielto tarkoittaa, että osapuolten on lykättävä kaupan tekoa kokonaisuudessaan, kunnes komissio on antanut asiasta lopullisen päätöksen. Yrityskeskittymän osapuolille aiheutuvat kustannukset ja riskit ovat näin ollen vieläkin huomattavammat, joten yrityksillä on intressissä ryhtyä tarvittaviin varotoimiin kilpailuviranomaisen tutkimista ennakoidakseen.²³³

3.3.3 Kilpailuviranomaisen tutkimisen ennakoitavuus

Yrityskauppavalvonnan perustuminen yrityksen ennakkoilmoitukseen ja yhden luukun periaate poistavat epävarmuutta kilpailuviranomaisen toiminnasta. Yritykset saavat tietoonsa ennen kaupan toteuttamista, pitääkö kilpailuviranomainen kauppaa markkinoiden kannalta haitallisina ja aikooko se puuttua kaupan toteuttamiseen. Lisäksi liikevaihtorajoihin perustuva kilpailuviranomaisen toimivalta on yritysten näkökulmasta hyvin ennakoitavissa, sillä liikevaihtorajat ovat selkeä indikaattori siitä, tuleeko yrityskauppa viranomaisen tutkittavaksi vai ei.²³⁶

Yrityskaupat, joihin ei sovellu yrityskauppavalvonnan säännökset, tuovat oman haasteensa siinä, ettei kilpailuviranomainen voi etukäteisesti antaa sitovaa hyväksyntää, ettei viranomainen aio tutkia kauppaa SEUT 102 artiklan nojalla. Jälkikäteiseen kilpailuvalvontaan ei sisälly sellaista mahdollisuutta hyväksyä kauppa etukäteisesti kuten yrityskauppavalvontaan. Tämä tarkoittaa, että jos osapuolet eivät ryhdy aktiivisiin toimiin ilmoittaakseen keskittymästä, näillä osapuolilla ei ole mitään varmuutta siitä, tutkitaanko keskittymää ja jos tutkitaan, niin minkä ajan kuluessa.²³⁷

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltuminen yritysjärjestelyyn näytetty sen vuoksi yrityksille vaikeasti ennakoitavalta. Etenkin, kun 102 artiklan soveltamisedellytykset voivat nousta esiin lähtökohtaisesti eri vaiheissa yrityskauppaprosessia.

²³³ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa Illumina Inc. v. komissio, kohdat 194–195.

²³⁶ KKV selvitys yrityskauppavalvonnan ilmoitusvelvollisuuden muutostarpeista 2021, s. 38.

²³⁷ Julkisasiamiehen lausunto asiassa Illumina v komissio ym., kohdat 207–208.

Kilpailuviranomaisen tutkiminen voi aktualisoitua kilpailuviranomaisen omasta tai yksittäisen 102 artiklaan vetoavan tahon toimesta periaatteessa milloin tahansa.²³⁸

Mahdollisuus soveltaa SEUT 102 artiklaa yrityskauppoihin nostaa kauppaan jo muutoinkin liittyviä huomattavia taloudellisia riskejä.²³⁹ Yrityskaupan osapuolten kannalta on oleellista, miten osapuolten keskinäinen asema järjestyy silloin, kun yritysjärjestelyyn puututaan 102 artiklan nojalla. Osapuolten etujen mukaista on usein etukäteen kartoittaa ja vähentää yritysjärjestelyn toteuttamiseen liittyviä kilpailuoikeudellisia riskejä.²⁴⁰ SEUT 102 artiklan soveltamista koskeva tutkinta voi kestää kauan ottaen huomioon kaupan liiketaloudelliset intressit. Sen vuoksi voi olla tarpeen määrittää osapuolten keskinäiseen suhteeseen vaikuttavia tekijöitä tutkimisen varalle.²⁴¹

SEUT 102 artiklan soveltaminen voi näyttäytyä mielivaltaiselta yrityksille, kun tutkimusoikeutta ei ole sidottu liikevaihtorajoihin tai muihin indikaattoreihin, kuten kauppahintaan. Julkisasiamies on katsonut, että alle liikevaihtorajojen jäävien yrityskauppojen tutkimista ei voida pitää perusteltuna, sillä se luo ennustettavuuteen, oikeusvarmuuden toteutumiseen ja menettelyn kestoon liittyviä ongelmia.²⁴² Oikeusvarmuuden turvaaminen on keskeinen osa viranomaisen toimintaa, joten ei ole ihme, että julkisasiamies on painottanut sen turvaamisen merkitystä yrityskeskittymien tutkimisessa.

Yrityskeskittymien jälkikäteisessä valvonnan arvioinnissa on pitkälti kyse viranomaisten toimivaltuuksien joustavan käyttämisen ja yksittäisten toimijoiden perustavien oikeusturvaodotusten välisestä ristiriidasta.²⁴³ Määräävän markkina-aseman väärinkäytön soveltamisella yrityskauppoihin on vääjäämättä vaikutuksia yksittäisten toimijoiden asemiin markkinoilla. Yrityskauppoihin puuttuminen *ex post*, haastaa erityisesti oikeusvarmuutta sekä yhden luukun periaatteen, jotka ovat olleet EU:n yrityskauppavalvonnan tunnuspiirteitä.²⁴⁵

²³⁸ Aine 2023, s. 24.

²³⁹ Waksman 2022, s. 531–523.

²⁴⁰ Aine 2023, s. 30.

²⁴¹ Ibid., s. 31.

²⁴² Osa kansallisista kilpailuviranomaisista on kyseenalaistanut, voisiko edes sellaista säännöstä olla, jonka nojalla jäsenvaltio, jolla ei ole toimivaltaa siirtää keskittymän komission tutkittavaksi. Julkisasiamiehen lausunto asiassa Illumina v komissio ym, kohta 95.

²⁴³ Aine 2023, s.32.

²⁴⁵ Mulder - Sauter 2023, s. 544.

Yrityksille on kuitenkin olemassa keinoja, joilla ne voivat ennakoida tai varautua viranomaisen tutkimusintressiin.

3.3.4 Kilpailuviranomaisen neuvontavelvollisuuden merkitys

Kilpailuviranomaisen tulee noudattaa toiminnassaan hyvän hallinnon periaatteita, kuten neuvontavelvollisuutta. Neuvontavelvollisuudesta on säädetty hallintolain 8 §:ssä, jonka mukaisesti viranomaisen on toimivaltansa rajoissa annettava asiakkailleen tarpeen mukaan hallintoasian hoitamiseen liittyvää neuvontaa sekä vastattava asiointia koskeviin kysymyksiin ja tiedusteluihin. Kilpailuviranomaisen osalta neuvontavelvollisuus tarkoittaa esimerkiksi neuvontaa kilpailuvalvontaan liittyvistä asioista, kuten ilmoitusvelvollisuudesta ja liikevaihtorajoista.

Yritykset voivat hyödyntää viranomaisen neuvontavelvollisuutta jo yrityskaupan suunnitteluvaiheessa ja käydä ennakkoneuvotteluja viraston²⁴⁶ kanssa. Ennakkoneuvotteluilla tarkoitetaan yleensä viraston ja kaupan osapuolten välisiä keskusteluja, joita käydään ennen virallista yrityskaupan ilmoittamista.²⁴⁷ Ennakkoneuvotteluissa yrityskauppaa suunnittelevat yritykset voivat esittää tarkemmin suunnittelemaansa yrityskauppaa, sekä heidän näkemystään kaupan kilpailuvaikutuksista. Ennakkoneuvotteluissa pyritään myös selvittämään kilpailuviranomaisen alustavaa kantaa suunnitteilla olevaan yrityskeskittymän mahdollisiin kilpailuvaikutuksiin sekä vaadittavan yrityskauppailmoituksen laajuutta.²⁴⁸ Ennakkoneuvottelut ovat nykyisin hyvin tavallisia yrityskauppavalvonnan prosessissa myös yksinkertaisissa kaupoissa, sillä niiden avulla kilpailuvirasto pystyy käsittelemään yrityskauppailmoituksen ripeästi. Ennakkoneuvottelut eivät kuitenkaan ole pakollisia, mutta niiden käyminen hyödyttää usein virastoa sekä yrityskaupan osapuolia.

Ennakkoneuvotteluissa on kuitenkin huomioitava, että viranomaisen kanta perustuu sille toimitettuihin tietoihin. Tietojen toimittajalla, eli kaupan osapuolella, säilyy aina lopullinen

²⁴⁶ Ennakkoneuvotteluja voi käydä myös komission kanssa, jos yrityskauppa olisi tulossa komission tutkittavaksi. Oinonen 2016 s. 324–325.

²⁴⁷ Ibid., s. 325.

²⁴⁸ KKV:n suuntaviivat 2011 s. 9.

vastuu toimittamiensa tietojen riittävydestä ja oikeellisuudesta.²⁵⁰ Viranomainen voi siten ennakkoneuvotteluissa antamansa kannan vastaisesti tutkia yrityskaupan, mikäli yrityskaupan osapuoli on toimittanut puutteellisia tietoja, joiden takia viranomainen on arvioinut kaupan kilpailuvaikutuksia väärin. Ennakkoneuvottelujen hyödyllisyyteen vaikuttaa siten ratkaisevasti, myös millaisten tietojen pohjalta virasto tekee kilpailuoikeudellisen arviointinsa.

Ennakkoneuvottelujen avulla voidaan siten parantaa kilpailuvalvonnan ennakoitavuutta, kun yritykset saavat tiedon kilpailuviranomaisen alustavasta kannasta yrityskeskittymän soveltumisesta markkinoille. Ennakkoneuvottelujen avulla ei kuitenkaan täysin poisteta huolta viranomaisen tutkimisen ennakoimattomuudesta. Aloite ennakkoneuvotteluihin sekä neuvontaan tulee yrityskaupan osapuolilta, joten neuvontavelvollisuuden ja ennakkoneuvottelujen hyödyntäminen edellyttää, että yritykset osaavat arvioida yrityskaupan kilpailuvaikutuksia sekä tunnistaa mahdollisesti haitallisen yrityskaupan, jonka tutkimiseen kilpailuviranomaisella voisi olla intressiä.

3.3.5 Kilpailuviranomaisen tutkimiseen varautuminen kilpailuvaikutusanalyysin ja sopimusoikeudellisesti

Kilpailuoikeus on varsin teoreettinen oikeudenala, jossa taloustieteellisillä analyyseilla on suuri merkitys. Erityisesti kilpailuvaikutusten selvityksessä taloustieteelliset analyysit ovat keskeisessä asemassa. Nykyisin ei ole mitenkään epätavallista, että komissiolle sulautumasetuksen nojalla ilmoitettavissa haastavissa yrityskaupoissa tapausta hoitavaa juristitiimiä tukee taloustieteellisen koulutuksen saaneiden ekonomistien tiimi. Myös kilpailuviranomaisilla on nykyisin omat ekonomistitiiminsä, jotka tukevat virastojen työtä.²⁵² Taloudellisten analyysien hyödyntäminen yrityskauppojen kilpailuvaikutusarvioinnissa on korostunut SIEC-testin käyttöönottamisen myötä. SIEC-testissä painottuvat nimenomaan yrityskaupasta aiheutuvat kilpailunvastaiset vaikutukset, mikä osaltaan lisää taloudellisen lähestymistavan merkitystä yrityskauppojen arvioinnissa. SIEC-testi onkin käytännössä lisännyt

²⁵⁰ Oinonen 2016, s. 326.

²⁵² Kuoppamäki 2008, s. 1077.

painetta aiempaa enemmän ja syvällisemmin hyödyntämään taloustieteellisiä menetelmiä yrityskauppojen arvioinnissa.²⁵³

Yrityskaupan osapuolet eivät kuitenkaan ole nähneet kilpailuvaikutusten selvittämistä niin tärkeänä, sillä taloudellisten analyysien hankkimisen vuoksi koko yrityskaupan kustannukset nousevat. Kustannusten nousu on yksi suurimpia syitä, miksi taloustieteellisten asiantuntijapalveluiden käyttäminen kilpailuasioissa ei ole yhtä yleistä Suomessa kuin kansainvälisissä isoissa tapauksissa. Kun juttujen intressi on suurempi, yrityksillä on varaa ja halua panostaa asianajajien lisäksi ekonomisteihin.²⁵⁴

Kaikesta huolimatta kilpailuvalvonnan viimeaikainen kehityssuunta, jonka mukaisesti viranomaiset voivat tutkia myös alle liikevaihtorajojen jääviä yrityskauppoja, on lisännyt taloudellisen analyysien merkitystä yrityskauppavalvonnassa. Yritykset eivät voi enää luottaa sokeasti siihen, että koska suunniteltu kauppa ei täytä liikevaihtorajoja, kilpailuviranomaisella ei ole intressiä tutkia yrityskauppaa. Sen vuoksi yrityskauppaa suunniteltaessa on arvioitava kaupan mahdollisia kilpailuvaikutuksia riippumatta siitä, onko kauppa kilpailuviranomaisen ennakkoilmoituksen piirissä vai ei. Selvittämällä kaupan mahdollisia kilpailuvaikutuksia, voivat yritykset ennakoida sitä, onko kilpailuviranomaisella intressiä tutkia järjestelyä vai ei.

Yrityskaupan kilpailuvaikutusten analysoinnin lisäksi kaupan osapuolet voivat pyrkiä enakoimaan kilpailuviranomaisen tutkimista sopimusoikeudellisesti. Osapuolet voivat säännellä keskinäisistä suhteistaan yrityskauppasopimuksessa ja asettaa esimerkiksi kaupan toteutumisen riippuvaiseksi 102 artiklan soveltamisedellytysten olemassaolosta. Sopimusehdon myötä osapuolet voisivat päästä irtaantumaan yrityskauppasopimuksesta, jos 102 artiklan soveltamiselle esitetään relevanteja perusteita. Tosin tällainen ehto ei poista osapuolten vastuuta 102 artiklan vastaisesta menettelystä.²⁵⁷ Lisäksi, vaikka taloustieteellisillä analyysillä ja sopimusoikeudellisella varautumisella voidaan ennakoida viranomaisen tutkimusta, ei näillä voida katsoa olevan sellaista merkittävää oikeusvarmuutta turvaavaa

²⁵³ Oinonen 2016, s. 216.

²⁵⁴ Kuoppamäki 2008, s. 1077.

²⁵⁷ Aine 2023, s. 31.

vaikutusta. Viranomaisella on kuitenkin vastuu toiminnassaan turvata oikeusvarmuuden toteutuminen, eikä tätä vastuuta voida edes osittain vierittää yksityisille toimijoille.

4. EUT:n asettamat SEUT 102 artiklan soveltamiskriteerit ja toimivalta artiklan soveltamiseen

4.1 Kansallisen kilpailuviranomaisen oikeus tutkia yrityskeskittymä SEUT 102 artiklan nojalla

EUT määritteli *Towercast* tuomiossa SEUT 102 artiklalle tarkat soveltamiskriteerit, joiden vallitessa yrityskeskittymää voidaan tutkia määräävän markkina-aseman väärinkäytön nojalla. Tarkkojen soveltamiskriteerien luominen on tärkeää erityisesti oikeusvarmuuden kannalta. Yrityksille tulisi olla selvää, millaisissa tilanteissa yrityskeskittymä voi syyllistyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Lisäksi selkeiden soveltamiskriteerien avulla yritykset voivat ennakoida kilpailuviranomaisen tutkimusintressiä paremmin, jolloin tutkimusprosessin oikeusvarmuus paranee. Tässä luvussa käydään läpi tuomioistuimen asettamia soveltamiskriteerejä ja seuraavassa luvussa perehdytään tarkemmin SEUT 102 artiklan aineellisen sisällön arvioimiseen. Ensin käydään kuitenkin läpi, millä viranomaisella on toimivalta tutkia yrityskeskittymiä 102 artiklan nojalla.

Euroopan unionin tuomioistuin totesi *Towercast* -tuomiossa, ettei sulautuma-asetus ole esteenä sille, että jäsenvaltion kilpailuviranomainen arvioi yrityskeskittymän, joka ei ole kyseisen asetuksen 1 artiklassa tarkoitetulla tavalla yhteisönlaajuinen, joka jää kansallisesa oikeudessa säädettyjen pakollisten ennakkovalvonnan raja-arvojen alapuolelle ja jota ei ole siirretty komission käsiteltäväksi kyseisen asetuksen 22 artiklan mukaisesti.²⁵⁹ Tuomiossa vahvistettiin, että kansallisella kilpailuviranomaisella on oikeus tutkia yrityskeskittymä SEUT 102 artiklan nojalla sen soveltaessa kansallisia menettelysääntöjään.

Tuomiossa ei suoranaisesti kielletä, etteikö komissio voisi soveltaa yrityskeskittymiin määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa, mutta se olisi vastoin tuomiossa asetettuja soveltamisedellytyksiä. Sulautuma-asetuksen mukaisesti komissiolla on yksinomainen toimivalta tutkia yhteisönlaajuisia keskittymiä ja muita keskittymiä, joilla on vaikutusta unionin yhteismarkkinoihin. Jos yrityskeskittymällä ei ole liityntää EU:n yhteismarkkinoihin, ei komission tekemää tutkimista voida pitää perusteltuna. Koska EUT on tarkoittanut

²⁵⁹ Tuomio *Towercast* (2023), kohta 53.

102 artiklan soveltuvan vain sellaisiin yrityskeskittymiin, joita ei voida pitää yhteisönlaajuisina, on loogista, että vain kansalliset kilpailuviranomaiset tutkisivat kauppaja SEUT 102 artiklan nojalla.

Toisaalta, jos otetaan huomioon SEUT 102 artiklan luonne ja välitön oikeusvaikutus, ei EUT voisi edes rajoittaa komission oikeutta puuttua yrityskeskittymään 102 artiklan nojalla. Kuten aiemmin toisessa luvussa on todettu, SEUT 102 artiklan osalta ei myöskään voida luoda minkäänlaista poikkeusta, sillä tällainen väärinkäyttö on yksinkertaisesti kiellettyä perustussopimuksessa. Viranomaisen, kuten komission, on sen vuoksi aina ryhdyttävä tarpeellisiin toimiin, jos se havaitsee, että 102 artiklaa on rikottu.²⁶⁰ Tämän vuoksi ei voida katsoa, ettei komissiolla olisi toimivaltaa tutkia yrityskeskittymää SEUT 102 artiklan nojalla, vaikka EUT ei näin toteakaan.

4.2 Kyseessä ei ole yhteisönlaajuinen keskittymä

Kuten edellä todettu EUT on asettanut SEUT 102 artiklan soveltamisen edellytykseksi, että yrityskauppa ei ole sulautuma-asetuksessa tarkoitetulla tavalla yhteisönlaajuinen, yrityskeskittymää ei ole siirretty komission tutkittavaksi sulautuma-asetuksen 22 artiklan nojalla, eikä kyseessä ole ylipäättään kilpailuviranomaiselle ilmoitettava yrityskauppa.²⁶¹ SEUT 102 artiklaa ei siten voida soveltaa sulautuma-asetuksessa tarkoitettuun yhteisönlaajuiseen keskittymään, jonka tutkimiseen komissiolla on yksinomainen toimivalta.

Sulautuma-asetuksessa yhteisönlaajuisen yrityskeskittymän käsite on määritelty asetuksessa määriteltyjen liikevaihtoon perustuvien raja-arvojen avulla. Nämä raja-arvot määrittävät liiketoimet, joiden markkinavaikutusten katsotaan ulottuvan yksittäisen jäsenvaltion rajojen ulkopuolelle ja joita on sen vuoksi paras käsitellä EU-tasolla. Sulautuma-asetuksen 1 artiklan mukaisesti yhteisönlaajuisia keskittymiä ovat keskittymät, joissa kaikkien siihen osallistuvien yritysten yhteenlaskettu, koko maailmasta kertynyt kokonaisliikevaihto on yli 5 miljardia euroa ja ainakin kahden siihen osallistuvan yrityksen yhteisön alueelta kertynyt kokonaisliikevaihto on erikseen yli 250 miljoonaa euroa, ellei jokaisen keskittymään osal-

²⁶⁰ Tuomio Saeed Flugreisen (1989), kohta 32.

²⁶¹ Haekens 2023, Part IV: Judgement.

listuvan yrityksen omasta yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta.

Kyseessä voi olla sulautuma-asetuksen mukainen yleisönlaajuinen keskittymä vaikkei 2 kohdassa mainitut kokonaisliikevaihtorajat täytyisikään. Asetuksen 1 artiklan 3 kohdan mukaisesti keskittymä on kuitenkin yhteisönlaajuinen keskittymä, jos kaikkien siihen osallistuvien yritysten yhteenlaskettu koko maailmasta kertynyt kokonaisliikevaihto on yli 2,5 miljardia euroa ja kaikkien siihen osallistuvien yritysten vähintään kolmesta jäsenvaltiosta kertynyt yhteenlaskettu kokonaisliikevaihto on jokaisessa jäsenvaltiossa suurempi kuin 100 miljoonaa euroa, ja jos näistä vähintään kolmesta jäsenvaltiosta ainakin kahdelle keskittymään osallistuvista yrityksistä erikseen kertynyt liikevaihto on jokaisessa jäsenvaltiossa yli 25 miljoonaa euroa, ja jollei jokaisen keskittymään osallistuvan yrityksen omasta yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta.

Sulautuma-asetuksen mukaisella yhteisönlaajuisella yrityskeskittymällä on siis vaikutusta unionin yhteismarkkinoihin laajemminkin, eikä keskittymällä ole vaikutusta vain jäsenvaltion kansallisiin markkinoihin. Sulautuma-asetuksen mukaiset raja-arvot on asetettu niin, että voidaan olettaa, että rajat alittavalla kaupalla ei yleensä ole riittävää vaikutusta yhteismarkkinoihin, jotta niiden tutkinta EU:n tasolla olisi perusteltua.²⁶² Yhteisönlaajuisen yrityskeskittymän käsitteellä on pyritty siten varmistamaan, että yrityskeskittymillä on riittävä yhteys unioniin ja niiden saattaminen komission tutkittavaksi on perusteltua.

Muu kuin yhteisönlaajuinen keskittymä ei täytä sulautuma-asetuksen liikevaihtorajoja, eikä yrityskeskittymällä voida katsoa olevan vaikutusta muihin kuin yksittäisen jäsenvaltion kansallisiin markkinoihin. Tällaiseen muuhun kuin yhteisönlaajuiseen keskittymään ei siten sovelleta sulautuma-asetusta, eikä komissiolla ole lähtökohtaisesti toimivaltaa tutkia sitä. Muu kuin yhteisönlaajuinen keskittymä kuuluu siten jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisen toimivallan piiriin.

²⁶² Neuvosto ja komissio ovat katsonet, että voidaan ”kohtuudella olettaa”, että sulautuma-asetuksen mukaiset raja-arvot alittavilla keskittymillä ei yleensä ole riittävää vaikutusta kauppaan, jotta niiden tutkinta EU:n tasolla olisi perusteltua. Ks. tarkemmin Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Illumina Inc. v. komissio*, kohta 101.

4.3 Kilpailuviranomainen ei ole tutkinut keskittymää yrityskauppavalvonnan säännöksiä perusteella

EUT on halunnut SEUT 102 artiklan soveltuvan vain poikkeuksellisesti, niin sanottuna viimeisenä turvaverkkona ja vain sellaisiin yrityskauppoihin, joiden seurauksena kilpailu merkittävästi estyy. SEUT 102 artikla onkin tarkoitettu kilpailuviranomaisen toimivaltaa täydentäväksi säännökseksi ja se soveltuu vain, mikäli kansallisella kilpailuviranomaisella ei muuten olisi toimivaltaa tutkia haitallista yrityskauppaa.

Sen vuoksi EUT on asettanut 102 artiklan toiseksi soveltamiskriteeriksi, ettei yrityskauppaa ole komissio tai kansallinen kilpailuviranomainen tutkinut yrityskauppavalvonnan säännöksiä nojalla *ex ante*.²⁶⁴ Tämä tarkoittaa, että artiklaa voitaisiin soveltaa sellaisiin yrityskeskittymiin, jotka eivät täytä jäsenvaltioiden kansallisia yrityskauppavalvonnan liikevaihtorajoja tai muuta raja-arvoa, jonka nojalla kilpailuviranomainen voi tutkia yrityskaupan. Ehdon täyttyminen tarkoittaa myös, ettei yrityskauppaa ole siirretty komission tutkittavaksi sulautuma-asetuksen siirto-oikeuden nojalla.

Soveltamiskriteerin mukaisesti SEUT 102 artikla soveltuisi vain sellaiseen keskittymään, jolla ei ole vaikutusta unionin yhteismarkkinoihin eikä sillä katsottaisi kansallisten yrityskauppavalvonnan säästöjen perusteella olevan vaikutusta kansallisiin markkinoihin. Tämä tarkoittaisi, että yrityskeskittymän toisella osapuolella ei olisi merkittävää liikevaihtoa, eikä sitä pidettäisi kansallisen kilpailuvalvonnan mittareilla merkittävänä toimijana. Kaupan voidaan kuitenkin tästä huolimatta katsoa rajoittavan kilpailua olennaisesti markkinoilla. Käytännössä tällainen tilanne voisi olla kyseessä tappohankinnan tyylisessä yrityskaupassa, jossa osapuolena on startup -yritys tai muu sellainen yritys, jonka liikevaihto ei kerro yrityksen todellisesta markkina-asemasta tai kilpailukykyvystä.

EUT on pyrkinyt rajoittamaan niitä tahoja, joilla voisi olla oikeus tutkia yrityskeskittymää 102 artiklan nojalla. Soveltamiskriteerien avulla EUT on pyrkinyt välttämään yrityskeskittymien kahdesti tutkimisen riskiä sekä turvaamaan oikeusvarmuuden ja oikeusvoiman toteutumista.

²⁶⁴ Tuomio Towercast (2023), kohta 53.

4.4 Yrityskauppaa ei ole siirretty komission tutkittavaksi EUMR 22 artiklan nojalla

4.4.1 EUMR 22 artiklan siirto-oikeuden tavoitteet ja tarkoitus

Kolmas SEUT 102 artiklan soveltamiskriteeri on, että yrityskauppaa ei ole siirretty sulautuma-asetuksen eli EUMR:n 22 artiklan mukaisesti komission käsiteltäväksi. Sulautuma-asetuksen 22 artikla on osa sulautuma-asetuksen niin sanottua korjausmekanismia, jolla on pyritty allokoimaan yrityskeskittymä sen kilpailuviranomaisen käsiteltäväksi, jolla on parhaat edellytykset kaupan tutkimiseen. EUMR 22 artiklan mukaisesti yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota tutkimaan yrityskeskittymän, joka ei ole asetuksessa tarkoitettu yhteisönlaajuinen keskittymä, mutta sillä on vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja keskittymä uhkaa vaikuttaa merkittävästi kilpailuun pyynnön esittävän jäsenvaltion/pyynnön esittävien jäsenvaltioiden alueella.

Sulautuma-asetuksen 22 artikla on säädetty alun perin silmällä pitäen niitä jäsenvaltioita, joilla ei ole omaa yrityskauppavalvontaa harjoittavaa viranomaista, sillä artiklalla oli tarkoitus turvata yhteismarkkinoiden toimivuus ja antaa komissiolle toimivalta puuttua sellaisiin haitallisiin yrityskauppoihin, joilla olisi vaikutusta jäsenvaltioiden välisen kauppaan, vaikka ne eivät täyttäisi sulautuma-asetuksen liikevaihtorajoja.²⁶⁶ Nykyään kaikilla jäsenvaltioilla on omat yrityskauppavalvonnan säädökset, joten artiklan tarkoituksena on lähinnä antaa jäsenvaltioille mahdollisuus siirtää sellainen yrityskeskittymä komission tutkittavaksi, jos se katsoo komissiolla olevan paremmat edellytykset kaupan tutkimiseen. Siirtomekanismin tavoitteita on ajan kuluessa laajennettu, jotta jäsenvaltioilla olisi mahdollisuus esittää yhteisiä siirtopyyntöjä, joilla vältettäisiin moninkertaiset kansalliset ilmoitukset, luopumatta kuitenkaan mekanismin alkuperäisistä tavoitteista.

²⁶⁶ 22 artiklan mukainen siirtomekanismia kutsutaan myös alankomaiden lausekkeeksi, sillä alankomaiden kuningaskunta, jolla ei ollut tuolloin yrityskeskittymien valvontajärjestelmää toivoi, että komissio tutkisi keskittymiä, joilla on kielteisiä vaikutuksia sen alueella, jos nämä keskittymät vaikuttavat myös jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Ks. tuomio Illumina v komissio (2022), kohta 97.

4.4.2 Yrityskeskittymät, joihin voidaan soveltaa 22 artiklan siirto-oikeutta

4.4.2.1 Yrityskeskittymällä estetään kilpailua yhteismarkkinoilla

Sulautuma-asetuksen 22 artiklan nojalla komission tutkittavaksi voidaan siirtää sellaisia yrityskauppoja, joilla on rajat ylittäviä vaikutuksia, mutta jotka eivät ole sulautuma-asetuksessa tarkoitettuja yhteisönlajuisia keskittymiä.²⁶⁷ Asetuksen 22 artikla edellyttää kuitenkin, että yrityskeskittymällä on riittävä yhteys EU:hun sekä siirtämistä pyytäneeseen jäsenvaltioon/jäsenvaltioihin. Riittävän EU-tasoisien yhteyden varmistamiseksi yrityskaupan on täytettävä kaksi kriteeriä, yrityskeskittymällä tulee olla vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja lisäksi on oltava todellinen riski, että keskittymällä on merkittävä haitallinen vaikutus kilpailuun. Yrityskaupan voidaan katsoa vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jos yrityskaupalla vaikutetaan mihin tahansa rajat ylittävään taloudelliseen toimintaan mukaan lukien tapaukset, joissa liiketoimi vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen.²⁶⁸ Keskeistä on, että yrityskeskittymällä on riittävä vaikutus yhteismarkkinoihin, muutoin ei voida pitää perusteltuna, että keskittymä on siirretty komission tutkittavaksi.

Komissio voi tutkia kauppvoja myös jälkikäteen, joten se voi siirtopyynnön perusteella tutkia yrityskauppvoja, jotka ovat jo toteutuneet.²⁶⁹ Siirto-oikeuden perusteella voidaan tutkia sekä suunnitteilla olevia kauppvoja että jo toteutuneita kauppvoja. Yrityskaupan toteutumisesta kulunut aika on kuitenkin tekijä, jonka komissio voi ottaa huomioon päättäessään hyväksyykö se siirtopyynnön. Kyseessä on aina tapauskohtainen harkinta, mutta yleisesti siirtoa ei ole pidetty asianmukaisena, mikäli kaupan toteuttamisesta on kulunut yli kuusi kuukautta. Poikkeuksellisesti voi olla tarkoituksenmukaista siirtää kauppa komission käsiteltäväksi paljon myöhemminkin. Esimerkiksi silloin, jos kaupalla olisi suuria kilpailuongelmia tai siitä kohdistuisi huomattavia haitallisia vaikutuksia kuluttajiin.

²⁶⁷ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Illumina Inc. v. komissio*, kohta 82.

²⁶⁸ Komission tiedonanto 2021, kohdat 14–17.

²⁶⁹ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, *Competition Enforcement in the Pharmaceutical Sector* (2019) s. 4, 10–12, 30–31. Kirjallisuudessa on myös esitetty huolia koskien farmasia-alan yrityskauppvoja. Ks. myös Fox 2019, Glick - Ruetschlin – Bush 2021 ja Cunningham 2019.

4.4.2.1.1 Kansallisella kilpailuviranomaisella on toimivalta tutkia kauppa

Epäselvää on ollut, miten sulautuma-asetuksen 22 artiklan 1 kohdan englanninkielisen kieliversion ilmaisu ”any concentration/mikä tahansa keskittymä”²⁷⁰ tulisi tulkita. Etenkin komissio on kannattanut 22 artiklan siirtomekanismin laajempaa käyttöä ratkaisuna tappohankintoihin²⁷¹, kun taas julkisasiamies ja unionin tuomioistuin on katsonut artiklan suppean tulkinnan olevan perustellumpaa tehokkuuden, ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden kannalta.²⁷² Laajan tulkinnan mukaisesti ”mikä tahansa keskittymä” tarkoittaa sanamuodon mukaisesti kaikkia keskittymiä, riippumatta siitä, soveltuuko niihin kansalliset yrityskauppapalvelonnan säädökset vai ei. Julkisasiamiehen mukaan keskittymää tulee tulkita suppeasti, jolloin sillä viitataan vain sellaisiin keskittymiin, jotka kuuluvat sulautuma-asetuksen sekä sulautuma-asetuksen 22 artiklan soveltamisalaan.²⁷³

Kaikki alkoi, kun komissio laajensi tappohankinnat mielessään 22 artiklan soveltamista ja uudisti suuntaviivat artiklan soveltamisesta vuonna 2021. Uudistuksen myötä *Illumina/Grail* -yrityskauppa siirrettiin komission tutkittavaksi 22 artiklan nojalla, vaikka jäsenvaltioilla ei ollut toimivaltaa tutkia kauppaa omien yrityskauppapalvelonnan sääntöjensä mukaisesti.²⁷⁵ Illumina valitti tästä unionin yleiseen tuomioistuimeen, mutta EUYT vahvisti tämän komission mukaisen laajemman tulkinnan 22 artiklan 1 kohdasta todetessaan, että kansalliset kilpailuviranomaiset voivat siirtää kansallisten oikeussääntöjensä soveltamisalasta riippumatta komissiolle käsiteltäväksi ne keskittymät, jotka eivät saavuta EUMR-asetuksen liikevaihtorajoja, mutta yrityskeskittymällä on merkittävä rajat ylittäviä vaikutuksia.²⁷⁶

Julkisasiamies kuitenkin katsoi, että EUYT oli tehnyt oikeudellisen virheen vahvistaessaan 22 artiklan laajan tulkinnan ja julkisasiamies vaati tuomion kumoamista.²⁷⁷ Syyskuussa 2024 EUT kumosi yleisen tuomioistuimen antaman *Illumina v komissio* tuomion (T-

²⁷⁰ EUMR 22 artiklan 1 kohdan englanninkielinen versio: “One or more Member States may request the Commission to examine any concentration as defined in Article 3 that does not have a community dimension within the meaning of Article 1 but affects trade between Member States and threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request.”

²⁷¹ Tuomio *Illumina v komissio* (2024), kohdat 98, 102–103 ja 109.

²⁷² Ks. *Ibid.*, kohdat 205–206.

²⁷³ Julkisasiamiehen lausunto asiassa *Illumina Inc. v komissio*, kohta 61.

²⁷⁵ Tuomio *Illumina v komissio* (2022), kohdat 11 ja 19.

²⁷⁶ *Ibid.*, kohdat 20 ja 96–117.

²⁷⁷ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa *Illumina Inc. v. komissio*, kohta 234.

227/21). Tuomiossa EUT katsoi, että EUYT oli tehnyt oikeudellisen virheen, kun se tulkit-
si, että jäsenvaltiot voivat siirtää yrityskeskittymän ennakkovalvontaa koskevien kansallis-
ten oikeussääntöjen soveltamisalasta riippumatta komission tutkittavaksi.²⁷⁸ EUT:n mu-
kaan siirto-oikeuden perusteella voidaan siirtää vain sellaisia keskittymiä, jotka voidaan
tutkia myös kansallisten yrityskauppavalvonnan säännösten perusteella. Komissiolla ei
siten ollut toimivaltaa tutkia *Illumina/Grail* -yrityskauppaa sulautuma-asetuksen 22 artik-
lan nojalla.

EUT:n mukaisesti sulautuma-asetuksen 22 artiklaa ei siten ole tarkoitettu korjaamaan lii-
kevaihutorajoihin perustuvan järjestelmän puutteita, eikä komissiolla ole toimivaltaa laajen-
taa sulautuma-asetuksen soveltamisalaa, niin kuin se oli tehnyt.²⁷⁹ Tuomioistuimen mu-
kaan 22 artiklan laaja tulkinta on ristiriidassa sulautuma-asetuksen tavoitteiden, kuten yh-
den luukun periaatteen ja oikeusvarmuuden kanssa.²⁸⁰

Sulautuma-asetuksen 22 artiklan nojalla jäsenvaltiot voivat siis siirtää vain sellaisen yh-
teismarkkinoihin vaikuttavan yrityskeskittymän komission tutkittavaksi, jonka tutkimiseen
jäsenvaltiolla on ollut toimivalta yrityskeskittymien valvontasäännösten mukaisesti. Jos
yrityskeskittymä jää alle kansallisten yrityskauppavalvonnan säännöksiin, voi kauppaan
puuttua ainoastaan kansallinen kilpailuviranomainen (tai tuomioistuin) SEUT 102 artiklan
nojalla.²⁸¹

²⁷⁸ Tuomio *Illumina Inc v komissio* (2024), kohta 218.

²⁷⁹ Ks. *Ibid.*, kohdat 200, 211 ja 215.

²⁸⁰ *Ibid.*, kohdat 203 ja 206.

²⁸¹ *Ibid.*, kohta 214.

5. Yrityskauppa on SEUT 102 artiklan mukaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä

5.1 SEUT 102 artiklan mukainen määräävän aseman väärinkäyttö

Jos yrityskauppa täyttää edellisessä luvussa käsitellyt soveltamisedellytykset, voidaan seuraavaksi arvioida, missä olosuhteissa yrityskaupalla voisi syyllistyä SEUT 102 artiklan määräävän aseman väärinkäyttöön. Lähtökohtaisesti yrityskauppa voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos yrityskaupan perusteella kilpailu estyy markkinoilla. EUT on todennut tarkemmin *Towercast* -tuomiossa, että yrityskaupan seurauksena kilpailun pitää olennaisesti estyä markkinoilla, jotta voidaan katsoa, että yritys olisi yritysostolla syyllistynyt 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön. Tuomioistuimien viittasi *Towercast* -tuomiossa *Continental Can* -tuomioon, jossa määräävän markkina-aseman soveltuvuutta yrityskeskittymiin on arvioitu ensimmäisen kerran.

EYT on *BAT*- tuomiossa arvioinut, että yrityksellä tulee olla mahdollisuus käyttää tosiasiallista määräysvaltaa toisessa yrityksessä tai vähintään mahdollisuus vaikuttaa toisen yrityksen toimintaperiaatteisiin, jotta voidaan katsoa, että kyseessä oleva yrityskauppa olisi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.³⁰⁴ Yritysostolla tulee siten käytännössä hankkia tosiasiallinen määräysasema ostettavassa yrityksessä. Pelkkä kilpailevan yrityksen osakkeiden hankkiminen ei kuitenkaan sinällään ole kilpailuoikeuden vastaista. Kiellettyä kilpailun rajoittamista on se, että osakkeiden hankinnalla voitaisiin tosiasiallisesti vaikuttaa yrityksen toimintaan kilpailua estävästi. Kilpailuoikeudellisesti ratkaisevaa on, millainen tosiasiallinen vaikutus kilpailijan markkinakäyttäytymiseen osakkeiden hankinnasta/yritysostosta seuraa.³⁰⁵

EUT on todennut *Towercast* tuomiossa, että yrityskeskittymä on syyllistynyt 102 artiklan mukaiseen väärinkäytön kieltoon, jos ostaja, jolla on määräävä asema tietyillä markkinoilla ja joka on hankkinut määräysvallan toisessa yrityksessä kyseisillä markkinoilla, on tällä menettelyllä olennaisesti estänyt kilpailua mainituilla markkinoilla. Tältä osin pelkkä to-

³⁰⁴ Tuomio BAT (1987), kohta 65.

³⁰⁵ Ks. Aine 2023, s. 15.

teamus yrityksen aseman vahvistumisesta ei riitä siihen, että toiminnan voitaisiin katsoa olevan väärinkäyttöä, koska on osoitettava, että näin saavutettu määräävän aseman aste estää olennaisesti kilpailua, toisin sanoen jättää jäljelle ainoastaan sellaiset yritykset, jotka ovat käyttäytymisensä suhteen riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.³⁰⁶

Tuomioistuimen näkemys SEUT 102 artiklan soveltumisesta yrityskeskittymiin on linjassa *Continental Can* -tuomion kanssa. Tuomioistuin on lähtenyt *Continental Can* -tuomiossa siitä, että yrityskauppa voi olla määräävän markkina-aseman mukaista väärinkäyttöä, jos sen seurauksena markkinarakenne muuttuu niin, että kilpailu rajoittuu merkittävästi yhteismarkkinoiden olennaisella osalla.³⁰⁷ Kilpailun voidaan katsoa rajoittuvan olennaisesti markkinoilla, jos yrityskaupalla saavutettu määräävä asema vähentää kilpailua, esimerkiksi niin, että markkinoille jää vain sellaisia yrityksiä, jotka ovat riippuvaisia tästä dominantista yrityksestä.³⁰⁸ Mikäli yritykset ovat riippuvaisia tästä uudesta dominantista yrityskeskittymästä, voidaan sitä mahdollisesti pitää näyttönä ostajayrityksen määräävästä markkina-asemasta.³⁰⁹

Olennaisen kilpailun estymistä voidaan arvioida niin sanotulla olennaisuustestillä³¹⁰. Testin mukaisesti yrityskauppa voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos määräävän aseman vahvistuminen estää olennaisesti kilpailua niin, että markkinoille jäävät toimijat ovat riippuvaisia tästä uudesta keskittymästä.³¹¹ Olennaisuustesti eroaa merkittävästi sulautuma-asetuksen mukaisesta yrityskaupan nykyisestä kilpailuhaitan arviointitestistä, SIEC:stä.³¹² Olennaisuustesti on lähellä dominanssitestiä, jonka mukaisesti tutkittiin yrityskauppoja ennen SIEC-testiin siirtymistä. Dominanssitestillä arvioitiin, syntyykö/vahvistuuko kaupan perusteella määräävä markkina-asema, kun taas SIEC-testissä arvi-

³⁰⁶ Tuomio Toweracast (2023), kohta 52.

³⁰⁷ Tuomio Continental Can (1973), kohta 20.

³⁰⁸ Ibid., kohta 26.

³⁰⁹ Tuomio BAT (1987), kohta 65.

³¹⁰ Haekens käyttää termiä "Substantive test". Haekens 2023.

³¹¹ Haekens 2023, Part I: Background: The EU Merger Regulation ja Part IV: Judgement.

³¹² SIEC-testi koostuu sanoista Significant impediment in effective competition eli merkittävän kilpailun estyminen. Testi sisältyy tällä hetkellä kilpailulain 25 §:ään ja testin mukaisesti arvioidaan, vaarantaako yrityskaupasta aiheutuvat markkinarakenteen muutos merkittävästi tehokasta kilpailua markkinoilla. Testin mukaisesti määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen on vain yksi esimerkki kilpailun merkittävästä estymisestä. Testi ottaakin paremmin huomioon markkinoiden kilpailutilanteen ja kaupan kokonaisvaikutuksen markkinoihin, joten sen avulla voidaan tunnistaa myös sellaisiin haitallisiin kauppoihin, joilla ei luoda määräävää -tai monopoliasemaa markkinoille. Ks. Lindberg 2011, s. 760 ja Kuoppamäki 2018, s. 37.

oidaan, rajoittuuko tehokas kilpailu kaupan perusteella. Olennaisuustestin kriteerien täyttyminen onkin asetettu poikkeuksellisen korkealle, sillä se edellyttää, dominanssitestin mukaista määräävän aseman vahvistumista sekä olennaista kilpailun estymistä.

Kansallisen oikeuskäytännön ja EU:n lainsäädännön tarkoittamaan väärinkäyttöön voi yritys syyllistyä vain sellaisena ajanjaksona, kun yritys on todella ollut määräävässä asemassa markkinoilla.³¹³ Lisäksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön on nimenomaisesti aiheutettava haittaa toimivalle ja tehokkaalle kilpailulle. Väärinkäyttöä arvioidaan objektiivisesti, mikä tarkoittaa, ettei väärinkäytön tunnusmerkistö edellytä, että yritys olisi taroituksen mukaisesti käyttänyt asemaansa väärin.³¹⁴ Käytännössä riittää, että voidaan näyttää toteen, että yrityksen käyttäytymisestä on aiheutunut tosiasiallista kilpailun rajoittumista markkinoilla, ei niinkään se, että väärinkäytön tunnusmerkistö on täyttynyt.

Yrityskauppojen osalta väärinkäyttöön syyllistyminen tarkoittaa, että on arvioitava erikseen sitä, onko yritys ollut määräävässä markkina-asemassa markkinoilla sekä onko se väärinkäyttänyt tätä asemaansa ostamalla toisen yrityksen. Käytännössä on siis tarkasteltava ensin, oliko ostava yritys jo ennen kauppaa määräävässä markkina-asemassa relevantilla markkinoilla ja vahvistuiko yrityksen markkina-asema yrityskeskittymän myötä. Sen jälkeen voidaan arvioida, onko yritys väärinkäyttänyt asemaansa tällä yrityskaupalla, eli onko kilpailu rajoittunut olennaisesti markkinoilla tämän yritysoston vuoksi.

5.2 Yrityskaupan osapuolen määräävän markkina-aseman arviointi

5.2.1 Kilpailulain 4 §:n mukainen määräävä markkina-asema

Ennen kuin voidaan arvioida, yrityksen mahdollista väärinkäyttö menettelyä, on ensin arvioitava, onko ostajayritys ollut määräävässä markkina-asemassa ennen yrityskauppaa ja vahvistuiko tämä asema kaupan myötä. Kilpailulain 4 §:n mukaisesti määräävä markkina-asema on yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien

³¹³ ks. Tuomio Suiker Unie (1975), kohta 450.

³¹⁴ ks. Tuomio Hoffmann-La Roche (1979), kohta 91.

yhteenliittymällä olevaa koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määräävää asemaa tietyillä hyödykemarkkinoilla, joka merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla. EU:n tuomioistuin on määritellyt määräävän markkina-aseman sellaiseksi taloudelliseksi valta-asemaksi, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viimekädessä kuluttajista riippumattomana.³²¹

Kilpailulain mukainen mahdollisuus vaikuttaa hintatasoon tarkoittaa, että määräävässä asemassa oleva yritys ohjaa hintojen tai niihin vaikuttavien tekijöiden kehitystä muiden yritysten joutuessa seuraamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen päätöksiä. Määräävässä asemassa olevan yrityksen kauppakumppaneille määräävä markkina-asema näyttyy riippuvuutena, eivätkä muut markkinoilla toimivat kilpailijat pysty vaikuttamaan kauppahintaan taikka kauppaehtoihin. Määräävässä markkina-asemassa on tavanomaista, että asiakkaat ovat riippuvaisia tästä määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, sillä sen tarjoamalle hyödykkeelle ei ole riittävässä määrin saatavilla korvaavaa vaihtoehtoa kilpailukyisin ehdoin.³²²

Mahdollisuus vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla tarkoittaa, että yritys voi sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle; joko ajamalla heidät kokonaan pois markkinoilta tai merkittävästi vaikuttaa kilpailijoiden toimintaedellytyksiin. Määräävässä asemassa oleva yritys voi käyttää huomattavaa markkinavoimaansa kilpailua rajoittaviin tarkoituksiin. Yrityksen mahdollisuus vaikuttaa hintoihin tai muihin toimitusehtoihin sekä yrityksen mahdollisuus estää kilpailua, täydentävät toisiaan, sillä mahdollisuus estää kilpailua vaikuttaa lopulta myös hintatasoon, jos tehokas vaihtoehto ei pääse markkinoille.³²³

Monopoliasema on itseasiassa äärimmilleen viety määräävän markkina-aseman muoto, jolloin markkinoilla ei ole kilpailua. Kilpailun puute ei kuitenkaan ole ainoa indikaattori

³²¹ Esim. Tuomio United Brands (1987) s. 207, Tuomio Unilever Italia (2023), kohta 37 ja Tuomio Servizio Elettrico ym. (2022), kohta 73.

³²² Kuoppamäki 2018 s. 253–254.

³²³ Ibid., s. 254.

määräävästä markkina-asemasta. Yrityksellä voi olla määräävä markkina-asema myös sellaisilla markkinoilla, joilla on kilpailua, mikäli yritys voi toimia markkinoilla vallitsevasta kilpailupaineesta vapaasti.³²⁴

Yleensä määräävä markkina-asema ei perustu oikeudelliseen tai luonnolliseen monopoliin,³²⁵ vaan markkinoiden tosiasialliseen hallintaan. Hallinta voi johtua teknologisesta - tai taloudellisesta ylivoimaisuudesta kanssakilpailijoihin verrattuna.³²⁶ Määräävän markkina-aseman toteaminen edellyttää siten relevanttien markkinoiden määrittelyä, markkinaosuuksien tarkastelua, muiden mahdollisten määräävän markkina-aseman olemassaolon puolesta puhuvien, markkinavoimaa selittävien tekijöiden, kuten immateriaalioikeuksien tarkastelua sekä mahdollisen määräävän markkina-aseman olemassaoloa vastaan puhuvien eli markkinavoimaa tasapainottavien tekijöiden tarkastelua. Lähtökohtana on kokonaisharkinta, eikä yksittäinen seikka ole yksinään ratkaiseva.³²⁷ Määräävä asema todetaan yleensä yllä mainittujen tekijöiden yhteisvaikutuksena, jossa on punnittu määräävän aseman olemassaoloa puoltavia ja vastaan puhuvia seikkoja.³²⁸

5.2.2 Relevanttien markkinoiden määrittely

Relevanttien markkinoiden määritteleminen on keskeistä määräävän markkina-aseman arvioimisessa. Tuomioistuimien on antanut paljon painoarvoa kattavalle markkinoiden määrittelylle ja esimerkiksi *Continental Can* tapauksessa, se katsoi, että komissio ei ollut näyttänyt toteen määräävän markkina-aseman olemassaoloa, joten yritys ei ole voinut käyttää väärin asemaansa.³³¹

³²⁴ Tuomio Hoffman-La Roche (1979), kohta 70.

³²⁵ Luonnollisella monopolilla tarkoitetaan tilannetta, että tuotteen yksikkökustannukset laskevat tuotannon kasvaessa, eli mitä enemmän yritys tuottaa hyödykettä, sitä alhaisemmat sen tuottamisesta aiheutuvat kustannukset ovat. Luonnollisen monopolin olosuhteissa edullisinta on tuottaa tuotetta vain yhden yrityksen toimesta. Määttä 2016, s. 47.

³²⁶ Kuoppamäki 2018, s. 255–256.

³²⁷ Lain sanamuoto mahdollistaa myös sen, että määräävää markkina-asemaa voidaan arvioida myös yrityksen toiminnan perusteella. Ronald H. Coase (1972) on kuitenkin varoittanut, ettei niin kannata kuitenkaan tehdä. Yritysten toimintaa vaikuttaa moninaiset tekijät, joten pelkkä yrityksen käytöksen arviointi ei anna luotettavaa kuvaa siitä, onko yrityksellä todella määräävä markkina-asema markkinoilla. Ks. lisää Määttä 2016, s. 95 sekä Vickers 2005.

³²⁸ ks. Tuomio Hoffmann-La Roche (1979), kohta 29.

³³¹ Tuomio Continental Can (1973), kohdat 34–36.

Määräävän markkina-aseman arvioinnissa tarkastellaan yrityksen tai usean yrityksen yhteistä markkinavoimaa kyseisen tapauksen kannalta relevanteilla markkinoilla. Jotta yritysten markkinaosuutta voidaan arvioida, on ensin määriteltävä tuotemarkkinat sekä relevantit maantieteelliset markkinat.³³⁴ Relevanttien markkinoiden määrittelyn avulla selvitetään, voiko yritys vaikuttaa alansa kilpailuolosuhteisiin ja toimia riippumattomasti kilpailijoistaan sekä asiakkaistaan. Lisäksi relevanttien markkinoiden määrittelyn avulla on mahdollista selvittää, mitkä muiden yritysten hyödykkeet kilpailevat samoilla markkinoilla määräävässä asemassa olevan yrityksen kanssa.³³⁵

Relevanttien markkinoiden määrittelemiseksi tutkitaan, mitkä hyödykkeet kilpailevat tai voivat kilpailla kohteena olevien hyödykkeiden kanssa kyseisellä maantieteellisellä alueella. Määriteltäessä kilpailevia hyödykkeitä, arvioidaan mitkä hyödykkeet ovat asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Arvioinnissa kiinnitetään huomiota ennen kaikkea kysynnän korvattavuuteen sekä siihen, missä määrin asiakas tai kuluttaja voi korvata tietyn valmistajan hyödykkeen jonkun toisen valmistajan hyödykkeellä. Komission mukaisesti relevantteille hyödykemarkkinoille kuuluvat kaikki tuotteet/palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina, niiden ominaisuuksien, hinnan ja käyttötaroituksen vuoksi.³³⁶ Relevantteja markkinoita arvioitaessa huomiota kiinnitetään myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijoukseen sekä markkinoiden erityispiirteisiin. Yksittäisten kriteerien painoarvo vaihtelee tapauskohtaisesti, sillä myös asiakkaan ostopäätökset vaihtelevat sen mukaan, minkä tyyppisestä hyödykkeestä on kysymys.³³⁷

Relevantit maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla yritykset kilpailevat keskenään ja jolla kilpailuolosuhteet ovat objektiivisesti samat kaikille myyjille. Markkinat voivat olla globaalit, kansalliset, paikalliset tai alueelliset. Komission mukaisesti relevantit maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluita, ja jolla kilpailunedellytykset ovat riittävän yhtenäiset. Lisäksi tämä alue voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista eri-

³³⁴ Vastaava edellytys ilmenee myös kilpailulain 4 §:n 2 kohdassa.

³³⁵ Kuoppamäki 2018, s. 264.

³³⁶ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittelystä, kohta 7.

³³⁷ Kuoppamäki 2018, s. 266.

tyisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden vuoksi.³³⁸ Tiettyjä hyödykkeitä voidaan myydä jopa globaalisti, kun taas toisien tuotteiden myyntialue rajoittuu kustannuksellista, teknisistä tai oikeudellisista syistä suppeammalle alueelle.³³⁹

Relevantteja markkinoita määriteltäessä huomiota kiinnitetään ostajien sekä myyjien mahdollisuuksiin. Tarkoituksena on määritellä se yhtenäinen alue, jossa kilpailu toimii samalla logiikalla, toisin sanoen samoilla markkinoilla toimivien yritysten toimenpiteet ovat suoraan sidoksissa ja vaikuttavat täysimääräisesti toisiinsa.³⁴⁰

5.2.3 Yrityksen markkinaosuus

Määrävän markkina-aseman tutkimisessa lähdetään yleensä yrityksen markkinaosuuden tarkastelusta relevantteilla markkinoilla.³⁴¹ Kun relevantit tuotemarkkinat on määritetty, voidaan ottaa tarkasteluun yrityksen markkinaosuus. Markkinaosuus voidaan määritellä esimerkiksi myynnin määrän tai arvon perusteella. Myynnin määrää voidaan käyttää mittarina, silloin kun tavarantoimittajat tuottavat samanlaisia ja samanhintaisia hyödykkeitä ja myynnin arvoa taas päinvastaisessa tilanteessa, jossa tuotetaan erilaisia tuotteita.³⁴² Markkinaosuuksia tarkastellessa kiinnitetään yleensä huomiota, onko markkinaosuus erityisen korkea tai matala, onko markkinaosuus pysynyt samana tietyllä aikavälillä sekä minkälainen yrityksen markkinaosuus on suhteessa muihin kilpailijoihin. Oikeuskäytännössä erittäin korkeita markkinaosuuksia on pidetty vahvana viitteenä määrävästä markkina-asemasta.³⁴³

Taloustieteessä on määritetty peukalosäännöt markkinaosuuksille, joiden perusteella voidaan arvioida tarkemmin, onko yrityksellä määrävää markkina-asemaa markkinoilla. On arvioitu, että mikäli yrityksen markkinaosuus jää alle 40 prosenttiin, ei yrityksellä ole katsottu olevan määrävää markkina-asemaa. Jos taas yrityksen markkinaosuus on yli 60 pro-

³³⁸ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittelystä, kohta 9.

³³⁹ Kuoppamäki 2018, s. 273.

³⁴⁰ Ibid., s. 274.

³⁴¹ Oinonen 2016, s. 155.

³⁴² KKV:n ohje 5. Yrityskauppojen arvioinnista, s. 12.

³⁴³ Ks. Tuomio United Brands (1978), kohdat 65–66, Tuomio Gøttrup-Klim (1994), kohta 47 ja Tuomio Hilti (1991), kohta 90.

senttia, on katsottu, että yrityksellä on määräävä markkina-asema. Mikäli markkinaosuus on 40–60 prosentin välillä, on markkinaosuus niin sanotulla harmaalla alueella, jossa määräävää markkina-asemaa ei voida päätellä pelkästään markkinaosuuden perusteella. Tällöin yrityksen määräävää asemaa arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota yritysten uponneisiin kustannuksiin, alalla mahdollisesti vallitseviin mittakaavaetuihin sekä potentiaalisten kilpailijoiden alalle tulon haastavuuteen/helppouteen.³⁴⁴

Kuten edellä todettiin, jos yrityksellä on korkea markkinaosuus, on yrityksellä todennäköisesti myös määräävä markkina-asema. Korkeakaan markkinaosuus ei kuitenkaan automaattisesti johda määräävän aseman toteamiseen, jos alalle pääsyn esteet ovat alhaiset. Korkea markkinaosuus voi olla myös seurausta suppeasta markkinanmäärittelystä. Ei siis voida tarkastella pelkästään yrityksen markkinaosuutta, vaan huomiota on kiinnitettävä myös yrityksen asemaa vahvistaviin kilpailuetuihin ja toisaalta kilpailijoiden asemaan ja mahdollisuuksiin.³⁴⁵ SEUT 102 artiklan ja kilpailulain 7 §:n soveltuminen edellyttää, että yrityksellä on selkeä rakenteellinen hallinta markkinoilla. Toisin sanoen, määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee olla selvästi suurempi kuin kilpailijansa ja tämän tulee näkyä selvästi markkinoilla.³⁴⁶

5.2.4 Potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tulo

Määräävän markkina-aseman määrittelyssä on kiinnitettävä huomiota myös siihen, onko markkinoille tulossa yrityksiä, jotka voivat tulevaisuudessa tulla potentiaalisiksi kilpailijaksi määräävässä asemassa olevalle yritykselle. Keskeistä on huomioida erityisesti potentiaalisten kilpailijoiden aiheuttama kilpailupaine, eli millaisia mahdollisuuksia muilla, kun markkinoilla jo toimivilla yrityksillä on kohtuullisen lyhyellä aikavälillä ryhtyä kilpailemaan keskittymän kanssa muuttamalla tuotantoaan tai laajentamalla maantieteellistä toiminta-aluettaan.³⁴⁷ Potentiaaliseen kilpailun arviointiin liitetään yleensä markkinoille tulon

³⁴⁴ Määttä 2016, s. 97.

³⁴⁵ Kuoppamäki 2018, s. 257.

³⁴⁶ Ibid., s. 263.

³⁴⁷ Sinällään myös markkinoilla jo toimivilla kilpailijoilla voi olla merkitystä keskittymän kohtaamaa ns. potentiaalista kilpailupainetta ajatellen, jos kilpailijalla on esim. merkittävästi vapaata kapasiteettia ja sen johdosta mahdollisuus lisätä omaa tuotantoaan vastapainona yrityskeskittymän tuotannon supistuksista aiheutumiin hinnankorotuksiin. Ks. myös KKV:n ohje 5. yrityskaupan arvioinnista, s. 28 ja s. 14–16.

edellytyksiä, minkä vuoksi keskeistä on arvioida voidaanko markkinoille tuloa pitää siinä määrin todennäköisenä, että markkinoille tulo tai sen uhka on riittävä poistamaan yrityksen mahdollisen määräävän markkina-aseman.³⁴⁸

Tuomioistuin on antanut *Continental Can* -tuomiossa painoarvoa määräävän markkina-aseman määrittelyssä sille, että Continentalin kanssa samoille markkinoille oli mahdollista tulla uusia toimijoita. Tuomioistuin katsoi, että yksi purkkeja itse valmistava iso ostajayritys voisi tulla Continentalin kilpailijaksi metallipurkkien markkinoille. Sen vuoksi tuomioistuin arvioi, että Continentalin ei voida katsoa olevan määräävässä markkina-asemassa niin pitkään, kun ei voida todistaa, että markkinoille ei voi tulla uusia kilpailijoita läheisiltä markkinoilta, jotka voisivat pienellä muuntautumisella tulla tehokkaaksi vastavoimaksi uudelle yrityskeskittymälle.³⁴⁹

Markkinoille tulon todennäköisyyttä arvioitaessa kiinnitetään yleensä huomiota siihen, miten taloudellisesti järkevänä markkinoille tuloa voidaan pitää ja minkälaisia riskejä siihen liittyy. Pääsääntöisesti markkinoille tulo on sitä epätodennäköisempää, mitä suurempia riskejä kannattavuuteen liittyy ja mitä merkittävämpiä ovat epäonnistuneen markkinoille tulon kustannukset. Markkinoille tulon esteiden merkitys vaihtelee erilaisten markkinoiden ja niiden kehitysasteiden mukaisesti. Joskus markkinoilla yksikin este, esimerkiksi jakelukanavan, raaka-aineen, teknologian tai vahvan tuotemerkin puuttuminen, voi olla ratkaisevaa markkinoille pääsyn kannalta. Esteiden merkitystä arvioitaessa kiinnitetään huomiota myös siihen, miten merkittävän aseman markkinoille tulleet kilpailijat ovat saaneet.³⁵⁰

Lähtökohtaisesti pelkästään se fakta, että markkinoille voi tulla uusi kilpailija, ei ole riittävä näyttö siitä, ettei yrityksellä ole määräävää asemaa markkinoilla. Markkinoille tulon arvioiminen on aina tapauskohtaista harkintaa. Se, mitä voidaan pitää riittävän mittavana ja oikea-aikaisena markkinoille tulona estäen yrityksen markkinavoiman hyväksikäytön, riip-

³⁴⁸ KKV:n ohje 5. Yrityskauppojen arvioinnista, s. 28.

³⁴⁹ Ks. Tuomio *Continental Can* (1973), kohta 33 ja 36.

³⁵⁰ KKV:n ohje 5. Yrityskauppojen arvioinnista, s. 29.

puu useista seikoista, kuten markkinoiden erityispiirteistä, niiden dynamiikasta sekä markkinoille tulevien yritysten taloudellisista resursseista.³⁵¹

5.3 Tehokkaan kilpailun olennaisen estymisen arviointi

5.3.1 Yrityskaupalla ostetaan kilpailija tai eliminoidaan kilpailu markkinoilta

Towercast -tapauksessa tuomioistuin totesi, että tehokkaan kilpailun voidaan katsoa estyvän, jos yrityskaupan seurauksena muut markkinatoimijat ovat riippuvaisia tästä uudesta yrityskeskittymästä. Seuraavaksi tarkastellaan tarkemmin, miten tätä riippuvuutta tulisi arvioida ja missä tilanteissa markkinatoimijoiden voidaan katsoa olevan riippuvaisia kaupan myötä syntyneestä yrityskeskittymästä.

Ensinnäkin SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön syylistyminen edellyttää linkkiä dominantin aseman ja väärinkäytön välille. Tämä tarkoittaa, että yritys voi syylistyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, jos väärinkäyttö on tapahtunut samoilla markkinoilla, joilla yritys on dominantti.³⁶⁹ Myös olennaisuustestin täytyminen edellyttää, että kilpailuvaikutukset ilmenevät samoilla markkinoilla, kuin missä yrityskaupan myötä syntynyt keskittymä on dominantti.³⁷⁰ SEUT 102 artikla soveltuu siten vain horisontaalisiin yrityskauppoihin, eli kauppoihin, joissa yritys ostaa samoilla markkinoilla toimivan kilpailijansa. ABC totesi Proximuksen syylistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön ostaessaan kilpailijansa EDPnetin, sillä molemmat yritykset toimivat Belgian televisioviestintäsektorilla ja niillä oli useita päällekkäisiä liiketoiminta-alueita.³⁷¹

Komission mukaisesti yrityskauppa olisi SEUT 102 artiklan mukaista määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos ostajayritys on dominantissa asemassa markkinoilla ja yritysoston myötä yritys saavuttaa monopoliaseman taikka kaupan myötä kilpailu poistuu markkinoilta kokonaan.³⁷² ABC vahvisti tätä komission näkemystä todetessaan, että Proximus

³⁵¹ Ibid.

³⁶⁹ Tuomio *Continental Can* (1973), s. 227.

³⁷⁰ Haekens 2023, Part V: Reflection.

³⁷¹ Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohdat 34–37.

³⁷² Concentration memorandum, kappale 6.

käytti väärin määräävää markkina-asemaansa 102 artiklan mukaisesti hankkiessaan ED-Pnetin.³⁷³ Kaupalla Proximus osti ainoan kilpailijansa ja ainoan vaihtoehtoisen operaattorin vähittäismyynnin tarjoajan Belgiassa,³⁷⁴ joten yrityskauppa teki tukkukaupan ostajista riippuvaisia Proximuksen toiminnasta kupari-/kuituverkkojen tukkumarkkinoilla.³⁷⁵

Kuluttajan valinnanvapaus vaarantuu monopolimarkkinoilla, sillä kuluttaja on pakotettu hankkimaan tämän ainoan hyödykkeen, joka on markkinoilla. Markkinatoimijat ovat siis riippuvaisia tästä monopoliasemassa olevasta toimijasta. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä voidaankin pitää, jos yritys on yrityskaupan myötä niin dominantissa asemassa, että perustamissopimuksen tavoitteet on kierretty muuttamalla markkinoiden tarjonnan rakennetta niin, että kuluttajien valinnanvapaus vaarantuu.³⁷⁶ Selvää on, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä voidaan pitää ainakin tällaisia yrityskauppoja, joilla saavutetaan monopoliasema markkinoilla tai muutoin eliminoidaan kilpailu.

Tuomioistuin kuitenkin painottaa, että SEUT 102 artiklan soveltuminen ei edellytä, että yrityskaupan seurauksena markkinoilta olisi aina eliminoitu kaikki kilpailu.³⁷⁷ Jos markkinoille jää kilpailijoita, riittävää ei ole pelkästään sen toteen näyttäminen, että kilpailu on käytännössä eliminoitu merkittävilta osin yhteismarkkinoita, vaan lisäksi on voitava näyttää toteen, että yrityskaupan seurauksena jäljelle jäävät kilpailijat eivät voi tehokkaasti olla vastapainona dominantille yritykselle.³⁷⁸ Yleensä tällainen tilanne on keskittyneillä markkinoilla, kun markkinoille jää vain muutama pieni toimija kaupan jälkeen.

³⁷³ EDPnet oli Proximuksen suurin ostaja kupari-/kuituverkkojen tukkukaupassa ja se osti Proximukselta kiinteän verkon laajakaistayhteyksiä. EDP tarjosi myös itse muita tukkupalveluja kilpaillen Proximuksen kanssa samalla markkinalla. Lisäksi sekä EDPnet ja Proximus tarjosivat kiinteän verkon laajakaistayhteyksiä kuluttaja-asiakkaille. Ks. Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohdat 34 ja 38.

³⁷⁴ Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohta 31.

³⁷⁵ Ibid., kohdat 165 ja 169.

³⁷⁶ Vastaavasti ABC tunnisti Proximus/EDP kaupassa, että kauppa vähentäisi vähittäiskaupan osalta kuluttajien valinnanvaraa ja lisäisi riskiä hintojen nousuun. Yrityskauppa johtaisi ostajien neuvotteluaseman heikentymiseen sekä mahdollisesti korkeampiin hintoihin tai heikentyneisiin palveluihin. Ks. Tarkemmin Ibid., kohta 165.

³⁷⁷ Tuomio Continental Can (1973), kohta 29.

³⁷⁸ Komissio katsoi Continental Can tapauksessa, että Continental oli väärinkäyttänyt määräävää asemaansa eliminoimalla yrityskaupalla käytännössä TDV:n ja SLW:n välisen tai vähintään potentiaalisen kilpailun kyseisten yritysten välillä merkittävässä osassa yhteismarkkinoita. Tuomioistuin kuitenkin totesi, ettei komissio ollut näyttänyt riittäviä todisteita Continentalin määräävästä markkina-asemasta. Jotta komission väite kaiken kilpailun eliminoinnista olisi menestynyt, olisi komission tullut näyttää toteen, että yrityskaupan seu-

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltumisala jää siten hyvin kapeaksi, sillä se voi soveltua vain horisontaalisiin yrityskauppoihin keskittyneillä markkinoilla. Kilpailulain yrityskauppavalvonnan ja sulautuma-asetuksen säännösten perusteella voidaan puuttua kaikkiin sellaisiin yrityskeskittymiin, joiden perusteella rajoitetaan tehokasta kilpailua markkinoilla. Yrityskauppavalvonnan säännösten mukaisesti merkitystä ei ole, onko kyseessä horisontaalinen vai vertikaalinen/monialayrityskauppa. Tosin on huomioitava, että horisontaalisilla yrityskaupoilla toimiva kilpailu estyy yleensä todennäköisemmin kuin ei-horisontaalisien yrityskauppojen seurauksena. Horisontaalisissa yrityskaupoissa kaupan osapuolten tuottamat palvelut ovat asiakkaan kannalta ainakin tietyiltä osin toisiaan korvaavia, joten yrityskauppa vähentää aina suoraan markkinoilla toimivien kilpailijoiden määrää. Horisontaalinen yrityskauppa voi todennäköisemmin olennaisesti haitata toimivaa kilpailua vaikuttamalla yrityskaupan osapuolten kohtaamaan kilpailupaineeseen kuin vertikaalinen- tai monialayrityskauppa.³⁷⁹

On toki hyvä muistaa, että vaikka ei voida todeta, että yritysostolla olisi syyllistytty 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, voidaan yrityskaupalla määräävän markkina-aseman saavuttaneen yrityskeskittymän käyttäytymistä valvoa ja tarvittaessa puuttua jälkikäteisen kilpailuvalvonnan perusteella.³⁸⁰ Toisin sanoen, jos yritysoston jälkeen yrityskeskittymä syyllistyy määräävän asemansa väärinkäyttöön rajoittamalla kilpailua markkinoilla, esimerkiksi polkemalla hinnat mataliksi, syyllistyy yritys saalishinnoitteluun. Kilpailuvalvonnessa voidaan samalla tavalla puuttua yrityskeskittymän saalistushinnoitteluun kuin muuhunkin yritysten kilpailua rajoittavaan menettelyyn.

5.3.2 Markkinatoimijoilla ei ole neuvotteluvoimaa markkinoilla

Continental Can -tuomiossa todettiin, että olennaisen kilpailun estyminen tarkoittaa, että yrityskaupan myötä markkinoille jäävät yritykset eivät pysty toimimaan enää tehokkaana vastavoimana uudelle yrityskeskittymälle.³⁸¹ Määräävä markkina-asema näyttäytyy yrityk-

rauksena kilpailuun on vaikutettu niin perusteellisesti, että jäljelle jäävät kilpailijat eivät voi enää tehokkaasti olla vastapainona dominantille yritykselle. Ks. *Ibid.*, s. 277 ja kohta 29.

³⁷⁹ Oinonen 2016, s. 212. Oikeuskirjallisuudessa on myös pohdittu sitä mahdollisuutta, että otto-oikeus koskisi vain horisontaalisia yrityskauppoja, niiden kilpailua rajoittavan luonteen vuoksi. Ks. Lisää Buri-Jankari 2022 s. 24.

³⁸⁰ Kuoppamäki 2018, s. 359.

³⁸¹ Tuomio *Continental Can* (1973), kohta 29.

sen kauppakumppaneille riippuvuutena, eivätkä muut markkinoilla toimivat kilpailijat pysty vaikuttamaan kauppahintaan taikka kauppaehtoihin. Esimerkiksi asiakkaat ovat pakotettuja hankkimaan tuotteen määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, sillä sen tarjoamalle hyödykkeelle, ei ole riittävässä määrin saatavilla korvaavaa vaihtoehtoa.³⁸²

Markkinoille jäävien yritysten neuvotteluvoimaa arvioitaessa, kysymys on siitä, onko asiakkailla tai tavarantoimittajilla niin vahva asema suhteessa yrityskeskittymään, että ne voivat vaikuttaa kauppasuhteissa käytettäviin ehtoihin. Toisin sanoen, arvioidaan kohtaako keskittymä yrityskaupan jälkeen riittävää kilpailupainetta asiakkaiden tai tavarantoimittajien taholta.³⁸³

Tavarantoimittajalla voi olla merkittävää neuvotteluvoimaa, jos sillä on hallussaan jokin merkittävä tuotemerkki, jota on mahdoton jättää pois valikoimista. Asiakkaalla voidaan katsoa olevan neuvotteluvoimaa, jos se pystyy uskottavasti siirtymään vaihtoehtoisiin toimituslähteisiin, mikäli keskittymä korottaa hintojaan tai heikentää muutoin kauppasuhteissa käytettäviä ehtoja. Tämä edellyttää, että markkinoilla on sopivia vaihtoehtoisia toimittajia, joihin asiakas voi kohtuullisen ajan kuluessa vaihtaa, tai asiakkaalla on esimerkiksi kyky integroitua tuotantoportaan ylä- tai alapäässä toimivan toimittajan kanssa tai tukea uusien toimittajien markkinoille tuloa. Neuvotteluvoima voi ilmetä myös kykynä kieltäytyä ostamasta toimittajan muita tuotteita tai viivästyttää ostojaan kyseiseltä toimijalta.³⁸⁴

On todennäköisempää, että merkittävää, tasapainottavaa neuvotteluvoimaa on yleisemmin suurilla, esimerkiksi huomattavaa tietotaitoa omaavilla kuin pienillä hajanaisella toimialla toimivilla yrityksillä. Tosin merkittävää neuvotteluvoimaa ei voida todeta pelkästään asiakkaan tai tavarantoimittajan suuren koon perusteella, sillä suurenkin asiakkaan neuvotteluvoima heikkenee, jos yrityskeskittymä pystyy tarvittaessa hoitamaan itse asiakkaan tehtävät jalostus- tai jakeluketjussa. Lisäksi asiakkaiden ja tavarantoimittajien halu tai tarve

³⁸² Kuoppamäki 2018, s. 254.

³⁸³ KKV:n ohje 5. Yrityskauppojen arvioinnista, s. 27.

³⁸⁴ Ibid.

vastustaa yrityskeskittymän asettamia kauppaehtoja vaikuttaa oleellisesti siihen, kuinka tehokas vastapaino heidän neuvotteluvoimansa on yrityskeskittymän markkinavoimalle.³⁸⁵

Markkinatoimijoiden riippuvuuden arvioimisessa on siten hyvin pitkälle kyse markkinarakenteen sekä markkinavoiman eli sen arvioimisesta, onko jäljelle jääneillä markkinatoimijoilla kykyä vaikuttaa markkinoilla käytävään kilpailuun. Jos uusi yrityskeskittymä voi kaupan jälkeen yksipuolisesti vaikuttaa kauppahintoihin ja sopimusehtoihin, voidaan heidän katsoa olevan riippuvaisia uudesta yrityskeskittymästä. Yrityskeskittymä voi tällöin olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos ostajayritys oli dominantissa asemassa markkinoilla jo ennen yritysostoa.

5.3.3 Yrityskauppa estää kilpailijan markkinoille tulon

Komissio on todennut, että jäsenvaltioiden väliseen kauppaan voi vaikuttaa myös perusteettomat markkinoille tulon esteet, jotka vaikuttavat jäsenvaltion sisäisten markkinoiden rakenteeseen, esimerkiksi kilpailijan eliminoinnilla tai sen uhkaamisella.³⁸⁶ Jos määräävässä asemassa oleva yritys asettaa kilpailijan markkinoille tulolle esteitä, on mahdollista, että yritys on siten estänyt kilpailua yhteismarkkinoilla ja syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön.

EUT totesi *Superleague* -tuomiossaan, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä voidaan pitää sellaista menettelyä, jonka seurauksena estetään kilpailijan markkinoille tulo. Tuomioistuimen mukaisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä voidaan pitää myös toimintaa, jonka joko tosiallisena tai mahdollisena seurauksena tai jopa tarkoituksena osoitetaan olevan, että markkinoille pääsyn esteitä asettamalla, muita suojaustoimenpiteitä tai muita kuin ansioihin perustuvaa kilpailua ohjaavia keinoja käyttämällä, aikaisessa vaiheessa, estetään potentiaalisesti kilpailevia yrityksiä edes pääsemästä kyseessä oleville markkinoille. Tällaisella toiminnalla estetään kilpailun kehittymistä kyseisillä markkinoilla kuluttajien vahingoksi rajoittamalla tuotantoa, vaihtoehtoisten tavaroiden tai palveluiden

³⁸⁵ Ibid., s. 27–28.

³⁸⁶ Belgian viranomaisen päätös ABC-2023-PRP-38-AUD, kohta 55.

kehittämistä tai innovointia.³⁸⁷ Yrityskauppa voi siten olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jos sillä tietoisesti pyritään sulkemaan kilpailijoita markkinoilta.

Vastaavan päätelmän oli tehnyt Belgian kilpailuviranomainen todetessaan, että *Proxius/EDPnet* yrityskaupassa Proximus oli syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön estämällä potentiaalisen kilpailijansa markkinoille tulon. Yrityskauppa olisi toteutuessaan vaikeuttanut uuden tulokkaan, *Citymesh/Digin* pääsyä markkinoille ja kaupan myötä *Citymesh/Digi* oli riippuvainen uudesta yrityskeskittymästä.³⁸⁸ Markkinatoimi- ja voi siten tulla riippuvaiseksi dominantista yrityksestä myös kilpailijan markkinoille tulon estämisen myötä.

Citymesh oli kiinnostunut tulemaan kiinteän verkon markkinoille ja se oli tehnyt tarjouksen EDPnetistä sen yrityssaneerausmenettelyn aikana.³⁸⁹ EDPnetin osaaminen ja asiakas-kunta olisivat olleet arvokkaita Citymeshille ja nopeuttanut sen markkinoille tuloa. Proximuksen ostaessa EDPnetin Citymesh ei saanut EDPnetin resursseja käyttöönsä. Citymeshin olisi pitänyt rakentaa oma asiakaskuntansa ja osaaminen tyhjästä, joten sen markkinoille tulo hidastui.³⁹⁰ Ilman yrityskauppaa Citymesh olisi voinut tulla tehokkaaksi Proximuksen kilpailijaksi markkinoille, mikä olisi hyödyttänyt loppukäyttäjäasiakkaita sekä poistanut kilpailuviranomaisen huolet kilpailun estymisestä.³⁹¹ Proximuksen tarkoituksena voidaankin katsoa olevan *Citymesh/Digin* aseman heikentäminen ja sen markkinoille tulon hidastaminen ostamalla EDPnetin.³⁹²

Julkisasiamies on katsonut, että killer acquisitioneita eli tappohankintoja voidaan pitää kuvaavana esimerkkinä tarkoitukseen perustuvasta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä.³⁹³ Tappohankinta voidaankin nähdä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä,

³⁸⁷ Tuomio Superleague (2023), kohta 131.

³⁸⁸ Citymesh/Digi ei omistanut omaa verkkoa, joten se on riippuvainen tukkuyhteyksistä, joita Proximus/EDPnet yrityskeskittymä hallitsi kaupan jälkeen. Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohta 169.

³⁸⁹ Belgian viranomaisen päätös ABC-2023-PRP-38-AUD, kohta 27.

³⁹⁰ Ibid., kohta 83.

³⁹¹ ABC hyödynsi kilpailuoikeudellisessa analyysissään kontrafaktuaalina tilannetta, jossa Citymesh olisi ostanut EDPnetin. Kilpailuviranomainen arvioi, että kyseisessä kontrafaktuaalissa Citymeshin kehitys markkinoilla olisi ollut nopeampaa ja tehokkaampaa. Ibid., kohdat 84 ja 163.

³⁹² Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohta 157.

³⁹³ Julkisasiamiehen lausunto asiassa Illumina Inc. v komissio, kohta 230. Lisäksi ks. Soveltuvien osin Yhdysvaltain oikeusministeriön ja liittovaltion kauppakomission julkaisu 2010, kohta 6.4.

jossa määrävssä asemassa oleva yritys rajoittaa kilpailua ostamalla kilpailijansa tai muutoin yrityskaupalla estää potentiaalisen kilpailijan markkinoille tuloa. *Proximus/EDPnet* kauppaa voidaankin pitää tappohankintana, sillä Proximus oli kaupalla tietoisesti halunnut rajoittaa Citymeshin mahdollisuuksia kehittyä sen potentiaalisesti kilpailijaksi.³⁹⁴ Yrityskaupan toteuduttua, Citymeshin markkinoille tulo olisi viivästynyt useilla vuosilla ja näiden vuosien ajan Proximus olisi hyötynyt siitä, ettei sillä olisi potentiaalisia kilpailijoita markkinoilla. SEUT 102 artiklan määrävän markkina-aseman väärinkäyttö voisi siten tarjota mahdollisuuden puuttua tappohankintoihin.

³⁹⁴ Belgian kilpailuviranomaisen päätös ABC-2023-PRP-17, kohta 157.

6. Johtopäätökset

6.1 Johtopäätökset oikeusvarmuuden toteutumisesta yrityskauppojen jälkikäteisessä tutkinnassa

Markkinoiden kehityksen myötä kilpailuvalvonnassa on kohdattu uusia haasteita, etenkin yrityskauppojen valvonnan osalta. Pelkästään liikevaihtorajoihin perustuva ilmoitusvelvollisuus ei mahdollista kilpailuviranomaisen puuttumista kaikkiin sellaisiin yrityskauppoihin, joilla on vaikutusta tehokkaaseen kilpailuun markkinoilla. Viime vuosina erityisesti tappohankinnat sekä muut yrityskauppavalvonnan liikevaihtorajojen alle jäävät haitalliset yrityskaupat ovat kiinnittäneet kilpailuviranomaisten huomion. Kansallisesti huolta taas on aiheuttanut eläinlääkäri- ja yksityisten terveydenhuollon markkinoiden keskittyminen yrityskauppavalvonnan ulottumattomissa⁴²³. Kilpailuviranomaiset ovat kaivanneet uusia keinoja puuttua kilpailua rajoittaviin yrityskeskittymiin ja *Towercast* -tuomiossa EUT uudelleen esitteli SEUT 102 artiklan soveltumisen yrityskeskittymien valvontaan.

Towercast -tuomio vahvisti yrityskauppavalvonnan kehitystä dynaamisemman valvonnan suuntaan. Yrityskeskittymien ilmoitusrajoja on kansallisella tasolla asetettu liikevaihdon sijasta esimerkiksi kauppahintaan ja myös otto-oikeudesta on säädetty useissa jäsenvaltioissa. Yrityskaupan kilpailuvaikutusten arvioinnin merkitys on keskeisempää kuin koskaan aiemmin. Enää ei siis voida vain seurata liikevaihtorajojen täyttymistä, sillä myös liikevaihtorajojen alle jäävä kauppa voi tulla kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. Yrityskauppojen valvonnan vapautumisen myötä, huoleksi on noussut erityisesti oikeusvarmuuden toteutuminen kilpailuviranomaisen tutkimusprosessissa.

SEUT 102 artikla on jälkikäteisen kilpailuvalvonnan säännös, mikä tarkoittaa, että 102 artiklan perusteella yrityskauppoja arvioidaan jälkikäteen, eli kaupan toteuttamisen jälkeen. Yrityskauppavalvonta on luotu muusta kilpailuvalvonnasta erilliseksi prosessiksi silmällä pitäen yrityskauppojen erityispiirteitä, kuten nopeaa käsittelyaikaa ja selkeitä viranomaisen toimivaltarajoja. Jälkikäteinen valvonta eroaakin merkittävästi yrityskauppavalvonnasta. Kilpailuvalvontaa ei esimerkiksi ole sidottu määräaikoihin, minkä vuoksi kilpailuviran-

⁴²³ Ks. myös KKV:n tiedote 29.05.2024 ja KKV:n selvitys pieneläinlääkärimarkkinoista 6/2024.

omaisen tutkimusprosessi voi kestää pahimmillaan vuosia. Lisäksi jälkikäteisessä kilpailuvalvonnassa kilpailuviranomaisen tutkimusvaltaa ei ole sidottu tarkkoihin indikaattoreihin, jolloin kilpailuviranomaisen tutkimusta on haastavampaa ennakoida kuin yrityskauppavalvonnassa, jossa valvonta perustuu liikevaihtorajojen ylittämiseen. Toki kilpailuviranomainen ja kaupan osapuolet voivat omalla toiminnallaan parantaa viranomaisen tutkimisen ennakoitavuutta esimerkiksi viranomaisen kanssa käytävillä ennakkoneuvotteluilla sekä yrityskaupan kilpailuvaikutusanalyysillä. Osapuolet voivat myös sopimusoikeudellisesti varautua kilpailuviranomaisen tutkimukseen. Kaupan osapuolten toimilla ei toki ole suoraa vaikutusta viranomaisen velvollisuuteen toimia ennakoitavasti ja siten oikeusvarmuuden turvaamiseen.

Ensimmäisenä tutkimuskysymyksenä oli, vaarantaako yrityskauppojen jälkikäteinen tutkiminen SEUT 102 artiklan perusteella osapuolten oikeusvarmuuden toteutumista. Yrityskauppojen jälkikäteisen tutkimisen ennakoiminen on haastavaa ja tutkimusprosessin kestoa on mahdotonta arvioida etukäteen. Lisäksi vaikka SEUT 102 artiklalle on asetettu soveltamisedellytykset, on artiklan välittömän oikeusvaikutuksen vuoksi aina olemassa riski päällekkäisistä tutkimusprosesseista. Keskittymien päällekkäinen tutkiminen vaarantaisi myös oikeusvarmuutta. Näin ollen vastaus ensimmäiseen tutkimuskysymykseen on, että yrityskauppojen jälkikäteisen tutkimisen voidaan katsoa vaarantavan osapuolten oikeusvarmuutta.

Lainsäädäntö mahdollistaa yrityskauppoihin puuttumisen 102 artiklan perusteella, mutta sen soveltaminen ei oikeusvarmuuden vaarantumisen vuoksi ole tavoiteltavaa. SEUT 102 artiklaa tulisi soveltaa vain poikkeuksellisiin tilanteisiin ja niin sanottuna viimesijaisena keinona puuttua haitalliseen yrityskauppaan. Sulautuma-asetus ja kansalliset yrityskauppavalvonnan säädökset ovat edelleen ensisijaisia keinoja tutkia kilpailua rajoittava yrityskauppa, sillä näillä säädöksillä voidaan turvata osapuolten oikeusvarmuus tehokkaammin. Osapuolten oikeusvarmuuden turvaaminen on keskeistä kilpailuvalvonnassa sekä erityisesti kilpailuviranomaisen toiminnassa.

Jatkotutkimuksena voisi olla mielenkiintoista tutkia seuraamusmaksujen määräämistä tai sakkojen soveltamista yrityskeskittymiin. Yrityskauppojen osalta seuraamusmaksuihin sekä sakkoihin on suhtauduttu varautuneesti, mutta mielenkiintoista voisi olla pohtia, voi-

daanko yrityskauppoja pitää joissain tilanteissa yhtä moitittavina, kun tyypillisiä kilpailunrajoituksia, minkä vuoksi seuraamusmaksujen ja sakkojen määräämistä voitaisiin pitää perusteltuna. Kiinnostavaa olisi arvioida erityisesti tappohankintoja tai muita vastaavia kauppoja, joissa kaupan tarkoituksena on ollut rajoittaa kilpailua markkinoilla tai haluttu estää potentiaalisen kilpailijan markkinoille tulo. Omana jatkotutkimusaiheena voisi myös olla miten vahingonkorvausoikeudelliset seuraamukset soveltuisivat yrityskauppoihin, joissa on syyllistytty määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön.

6.2 Johtopäätökset SEUT 102 artiklan aineellisesta soveltamisesta

Toinen tutkimuskysymys liittyi SEUT 102 artiklan aineelliseen soveltamisen arviointiin. EUT vahvisti *Towercast* -tuomiossa, että kansalliset kilpailuviranomaiset voivat tutkia yrityskeskittymän 102 artiklan nojalla, jos kauppa täyttää tietyt soveltamisedellytykset. EUT:n mukaisesti SEUT 102 artikla voi soveltua yrityskeskittymään, jos kyseessä ei ole yhteisönlajajuinen keskittymä, eikä kaupalla ole riittävää liityntää EU:n yhteismarkkinoihin. Artikla soveltuu siis sellaiseen yrityskauppaan, joka vaikuttaa vain kansallisiin markkinoihin ja yrityskeskittymän liikevaihdon tulee olla niin pientä, ettei yrityskauppaa tule ilmoittaa kansalliselle kilpailuviranomaiselle. Yrityskauppa jää siten alle kaikkien liikevaihtorajojen, eikä komissiolla taikka kansallisilla kilpailuviranomaisilla ole toimivaltaa tutkia kauppaa yrityskauppavalvonnan säännösten perusteella. SEUT 102 artikla onkin tarkoitettu kansallisille kilpailuviranomaisille annetuksi viimesijaiseksi keinoksi puuttua haitalliseen yrityskauppaan, joka ei muuten tulisi viranomaisen tutkittavaksi.

Jos yrityskauppa täyttää edellä mainitut soveltamiskriteerit, voidaan arvioida tarkemmin SEUT 102 artiklan aineellista soveltuvuutta. 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön voi syyllistyä yrityskaupalla silloin, kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on käyttänyt asemaansa väärin ostamalla toisen yrityksen. Artiklan soveltumisen kannalta ei ole riittävää, että yritys vain vahvistaa asemaansa markkinoilla, vaan kilpailun tulee myös olennaisesti estyä kaupan seurauksena. Tarkemmin sanottuna, kilpailun on estytävä kaupan myötä olennaisesti niin, että markkinoille jäävät yritykset ovat käyttäytymisensä suh-

teen riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.⁴²⁴ Riittävää ei ole, että voidaan näyttää kilpailun estyneen markkinoilla, vaan markkinoille jäävien yritysten on myös oltava kaupan jälkeen riippuvaisia tästä uudesta yrityskeskittymästä.

Toisena tutkimuskysymyksenä oli, missä tilanteissa yritys on yrityskaupalla rajoittanut kilpailua niin olennaisesti, että voidaan katsoa markkinoille jäävien yritysten olevan riippuvaisia tästä uudesta yrityskeskittymästä. Tällainen tilanne on ainakin silloin, jos yrityskaupalla syntyy monopoliasema tai käytännössä muutoin eliminoidaan kilpailu kokonaan markkinoilta. Lisäksi määräävän markkina-aseman mukainen väärinkäyttöön voi syyllistyä myös sellaisilla markkinoilla, joille jää kilpailua, mutta yrityskaupan seurauksena markkinoille jää vain yksi kilpailija tai muutama heikko toimija, joilla ei ole neuvotteluvoimaa suhteessa dominanttiin yrityskeskittymään. SEUT 102 artiklan mukaiseen väärinkäyttöön voi käytännössä syyllistyä vain horisontaalisilla yrityskaupoilla sekä hyvin keskittyneillä markkinoilla, joissa on vain muutama toimija ennen yrityskauppaa.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön voi syyllistyä myös sellaisella yrityskaupalla, jos kaupalla estetään tai kaupan tarkoituksena on kilpailijan markkinoille tulon estäminen tai muuten rajoittaa potentiaalisen kilpailijan mahdollisuuksia kehittyä potentiaalisesti kilpailijaksi markkinoilla. Sulkemalla kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle, voi dominantti yritys tehdä muista markkinatoimijoista riippuvaisia omasta toiminnastaan. Tappohankinnoilla pyritään usein estämään kilpailijan markkinoille tulo rajoittamalla kilpailijan tuotekehitystä tai innovointia, joten tappohankintoja voidaan tietyissä tilanteissa pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Kilpailuviranomaisilla voi siten olla mahdollisuus puuttua tappohankintoihin SEUT 102 artiklan perusteella.

SEUT 102 artikla voi olla käyttökelpoinen työkalu kilpailuviranomaisen työkalupakissa. ABC sovelsi SEUT 102 artiklaa onnistuneesti *Proximus/EDPnet* kaupassa, jossa kyseinen kauppa lopulta purettiin ja Proximus myi EDPnetin Citymesh Operationille. *Proximus/EDPnetin* purkautumisen myötä kilpailu säilyi Belgian telemarkkinoilla ja kilpailuviranomainen lopetti asian tutkimisen. SEUT 102 artikla onkin käytännössä ainut keino

⁴²⁴ Towercast tuomio (2023), kohta 52.

puuttua liikevaihtorajojen alle jääviin haitallisiin yrityskeskittymiin, mikäli kansalliselle kilpailuviranomaiselle ei ole annettu otto-oikeutta.

SEUT 102 artiklan ei voida katsoa ratkaisevan täysin Suomen markkinoiden haitallista keskittymistä. Suomen markkinat ovat lähtökohtaisesti melko keskittyneet, eikä markkinoilla yleensä ole useita toimijoita. Sinällään määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltamisedellytykset voisivat täyttyä Suomen markkinoilla melko helposti, mutta kilpailun olennaisen estymisen edellyttämä riippuvuus -kriteeri rajoittaa artiklan soveltamista merkittävästi. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöllä voidaan puuttua yrityskauppoihin vasta sarjahankintojen loppuvaiheessa, kun yritys on ostanut käytännössä kaikki kilpailevat yritykset ja on saavuttamassa monopoli- tai duopoliasemaa markkinoilla. Tämä on yrityskauppavalvonnan tarkoituksen, markkinoiden keskittymisen ja hintojen nousun estämisen kannalta aivan liian myöhään, sillä markkinat ovat päässeet jo keskittymään haitallisesti ja hinnat nousseet. Jotta yrityskeskittymien valvonta olisi tehokasta, tarvitaan etukäteiseen yrityskauppavalvontaan muita keinoja, kuten otto-oikeutta tai tietyille sektoreille asetettuja erityisehtoja yrityskaupan ilmoittamisvelvollisuudesta.⁴²⁶ KKV onkin katsonut yrityskauppavalvonnan tarvitsevan otto-oikeuden, jotta markkinoiden haitalliseen keskittymiseen voidaan puuttua.⁴²⁷

Towercast -tuomiossa tunnistettu EU:n perustussopimuksen säännösten soveltuvuus yrityskeskittymiin avasi kilpailuoikeudellisesti uuden aluevaltauksen. Ranskan kilpailuviranomainen (FCA) tunnisti, että siinä missä SEUT 102 artikla voi soveltua yrityskauppaan, voisi myös 101 artikla soveltua yrityskeskittymiin.⁴²⁸ Mielenkiintoista jatkotutkimusta voisi olla jatkaa FCA:n aloittamaa polkua ja pohtia, voisiko yrityskeskittymä joissain tilanteissa olla sellaista kiellettyä yhteistoimintaa, että yrityskaupalla voitaisiin katsoa syyllistyvän SEUT 101 artiklan mukaiseen kieltoon.

⁴²⁶ Ks. Tarkemmin Buri – Jankari 2022.

⁴²⁷ Ks. KKV:n Policy brief 1/2024 s. 6, KKV:n selvitys pieneläinmarkkinoista 6/2024, s.38. ja KKV:n tiedote 29.05.2024.

⁴²⁸ FCA:n mukaisesti se voi arvioida yrityskeskittymiä, jotka jäävät alle sulautuma-asetuksen ja kansallisten liikevaihtorajojen, määräävän markkina-aseman väärinkäytön, SEUT 102 artiklan sekä kilpailua rajoittavien sopimusten kiellon, SEUT 101 artiklan kannalta. Ranskan kilpailuviranomaisen päätös n° 24-D-05, kohdat 139–142.

Kaiken kaikkiaan määrävän markkina-aseman väärinkäyttö voi tukea markkinoiden toimivuutta ja parantaa myös kuluttajien asemaa markkinoilla. SEUT 102 artiklan soveltaminen voi myös antaa suojaa kilpailurajoitusten vaikutuspiiriin sijoittuville toimijoille, mutta toisaalta, artiklan soveltaminen on omiaan lisäämään yrityskeskittymien toteuttamiseen liittyvää epävarmuutta. SEUT 102 artikla on kaikesta huolimatta melko raskas ja hidas instrumentti puuttua haitallisiin yrityskeskittymiin.⁴²⁹ Nähtäväksi jää, millaisen aseman SEUT 102 artiklan määrävän markkina-aseman väärinkäytön kieltä saa yrityskauppojen arvioinnissa ja tuleeko artiklalle enemmänkin käyttöä kansallisessa yrityskauppavalvonnassa. Mielenkiinnolla jäädään myös seuraamaan, tuleeko Suomi seuraamaan Ruotsin ja monen muun Euroopan kansallisen yrityskauppavalvonnan mallia ottamalla käyttöön otto-oikeuden.

⁴²⁹ Aine 2023 s. 32–33.