

Krogerus

29.2.2012

TELETOIMINNAN TEKNISEN YHTEISSÄÄNTELYN TAI ITSESÄÄNTELYN KILPAILUOIKEUDELLISET EDELLYTYKSET

Asianajotoimisto Attorneys Advokatbyrå

Asianajotoimisto Krogerus Oy, PL 533 (Unioninkatu 22), 00101 Helsinki
Puh. 029 000 6200 Faksi 029 000 6201 www.krogerus.com
Kotipaikka: Helsinki Y-tunnus: 0919666-0

SISÄLLYS

1	TOIMEKSIANNON SISÄLTÖ	4
2	KESKEISET JOHTOPÄÄTÖKSET	4
3	KESKEISET OIKEUSLÄHTEET.....	6
3.1	KILPILUOIKEUDEN KESKEISET OIKEUSLÄHTEET	6
3.2	VIESTINTÄMARKKINAOIKEUDEN KESKEISET OIKEUSLÄHTEET	7
4	ITSE- JA YHTEISSÄÄNTELYN TOTEUTTAMISMALLEJA.....	8
4.1	ITSESÄÄNTELY KÄYTÄNNÖSSÄ.....	8
4.2	YHTEISSÄÄNTELY KÄYTÄNNÖSSÄ.....	8
4.3	HYVÄN ITSE- JA YHTEISSÄÄNTELYN TUNNUSMERKKEJÄ	9
4.4	TELETOIMINNAN TEKNISEN YHTEIS- TAI ITSESÄÄNTELYN MAHDOLLINEN TOTEUTTAMINEN SUOMESSA11	
4.4.1	Nykyinen telealan yhteis- ja itsesääntely Suomessa ja Euroopassa	11
4.4.2	Lainsäädännön asettamat reunaehdot yhteis- tai itsesääntelylle	12
4.4.3	Teletoiminnan teknisen yhteis- tai itsesääntelyn toteuttamisvaihtoehtoja	14
5	MARKKINAVOIMA JA KILPILUOIKEUDELLINEN MARKKINOIDEN MÄÄRITTELY	15
5.1	MARKKINAVOIMA	15
5.2	MARKKINOIDEN MÄÄRITTELY	16
6	KILPILIJOIDEN VÄLINEN YHTEISTYÖ.....	18
6.1	MILLOIN KILPILIJOIDEN VÄLINEN YHTEISTYÖ RAJOITTA KILPILUA.....	18
6.2	KIELLETYT KARTELLIT	19
6.3	TIETOJENVAIHTO JA TOIMIALAJÄRJESTÖT	19
6.4	HYÖDYLLISTEN SOPIMUSTEN SALLIMINEN.....	21
6.4.1	Yksilöllinen tehokkuusarviointi hyödyllisyyden mittarina.....	21
6.4.2	Tehokkuuden parantuminen	22
6.4.3	Hyödyn siirtyminen kuluttajalle.....	22
6.4.4	Rajoitusten välttämättömyys.....	23
6.4.5	Kilpailun säilyminen	23
6.4.6	Kilpailuviraston päätökset aiemmassa käytännössä	24
6.5	LIITÄNNÄISRAJOITUSTEN ARVIOINTI.....	24
6.6	RYHMÄPOIKKEUSASETUKSET JA SUUNTAIVIIVAT	25
6.6.1	Tutkimus- ja kehitysyhteistyö kilpailijoiden kanssa	25
6.6.2	Standardointisopimukset.....	26
6.6.3	Muut ryhmäpoikkeusasetusten ja suuntaviivojen kattamat sopimustyytit.....	28
6.7	YHTEENVETO: TIETTYJEN VIESTINTÄVIRASTON TEKNISTEN MÄÄRÄYSTEN ALAAN KUULUVIEN VAATIMUSTEN YHTEIS- TAI ITSESÄÄNTELYN ARVIOINTI KILPILIJOIDEN VÄLISEN YHTEISTYÖN NÄKÖKULMASTA	28
7	MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ.....	29
7.1	MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA	29
7.2	YHTEINEN MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA.....	30
7.3	MIKÄ ON KIELLETTYÄ MÄÄRÄÄVÄSSÄ MARKKINA-ASEMASSA?.....	31
7.3.1	Yleistä väärinkäytön muodoista	31
7.3.2	Hinnoitteluun liittyvä väärinkäyttö.....	32
7.3.3	Liikesuhteesta kieltäytyminen ja teknologinen sidonta	32
7.4	YHTEENVETO: TIETTYJEN VIESTINTÄVIRASTON TEKNISTEN MÄÄRÄYSTEN ALAAN KUULUVIEN VAATIMUSTEN YHTEIS- TAI ITSESÄÄNTELYN ARVIOINTI MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTÖN NÄKÖKULMASTA	34
8	VERTIKAALISET SOPIMUKSET	36

9	VIESTINTÄVIRASTON YKSILÖIMIEN TAPAUSTEN KILPAILUOIKEUDELLINEN ARVIOINTI	
	YHTEIS- TAI ITSESÄÄNTELYN KANNALTA	37
9.1	TUOTANTOYHTEISTYÖHÖN LIITTYVÄ SELVITYSKOHDE (FICIX RY)	37
9.2	TEOREETTINEN MAHDOLLISUUS LAATIA TIETYT VIESTINTÄVIRASTON TEKNISISSÄ MÄÄRÄYKSISSÄ OLEVAT VAATIMUKSET YHTEISSÄNTELYNÄ	39
9.2.1	Viestintäpalveluiden yhteentoimivuuteen liittyvä selvityskohde.....	39
9.2.2	Viestintäpalvelun laadunvalvontaan liittyvä selvityskohde.....	41
9.2.3	Käyttäjätiedotukseen liittyvä selvityskohde.....	42
9.3	PALVELUPROSESSIIN LIITTYVÄ SELVITYSKOHDE (FICOM RY:N MENETTELYOHJE TALOYHTIÖN OPERAATTORIVAIHDOKSISSA).....	43

1 TOIMEKSIANNON SISÄLTÖ

Viestintävirasto on tilannut Asianajotoimisto Krogerus Oy:ltä kilpailuoikeudellisen selvityksen teletoiminnan teknisen yhteis- tai itsesääntelyn edellytyksistä. Selvityksen on pyydetty sisältävän

1. yleispiirteisen kuvauksen aihepiirin kannalta relevantista kilpailuoikeudellisesta säädösraamista;
2. tarkemman kuvauksen keskeisestä säädösraamista Viestintäviraston teknisen määräysten alaan kuuluvien yhteentoimivuutta ja viestintäpalvelun ominaisuuksia ja käyttäjälle tiedottamista koskevien vaatimusten yhteis- tai itsesääntelyssä;
3. erillisen kilpailuoikeudellisen analyysin luvussa 9 yksilöidystä viidestä esimerkkitapauksesta (ns. *case study*); sekä
4. arvion siitä, minkä suuntaiset lainsäädännölliset yhteissääntelyratkaisut olisivat kilpailun edistämisen näkökulmasta hyviä eli millainen linkitys itsesääntelyllä tulisi olla lainsäädäntöön.

Selvityksen tavoitteena on pystyä arvioimaan, missä määrin, minkä tyyppisissä asioissa ja millä edellytyksillä Viestintäviraston antamia teknisiä määräyksiä olisi kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta mahdollista korvata toimialan omalla sääntelyllä. Teknisillä määräyksillä asetetaan viestintäverkoille ja -palveluille teknisiä laatuvaatimuksia, joista ei muun muassa alan jatkuvan kehityksen takia ole perusteltua säätää lakitasolla. Määräykset liittyvät pääasiassa verkkojen ja palveluiden rakenteeseen ja toimivuuteen eri tilanteissa. Niiden tyypillisiä aihepiirejä ovat verkkojen ja palveluiden yhteentoimivuus, yhteiskunnan kriittisen infrastruktuurin toimivuuden varmistaminen, viestintäpalvelujen laatu ja vähimmäisvaatimukset sekä palvelun ominaisuudet ja käyttäjälle tiedottaminen.

Selvityksen lähdeaineistona on käytetty kansallista ja Euroopan Unionin lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä ja soveltamisohjeita. Selvitystä varten on haastateltu seuraavia henkilöitä:

- lakimies Mika Enäjärvi, FiCom ry
- toimitusjohtaja Reijo Svento, FiCom ry
- tuotantojohtaja Antti Jokinen, DNA Oy
- keskuspäällikkö Anders Järvenpää, Länsilinkki Oy

Selvitystä ovat laatimisvaiheessa kommentoineet myös TeliaSonera Finland Oyj:n sekä Kilpailuviraston edustajat.

Selvityksen ovat laatineet Asianajotoimisto Krogerus Oy:n puolesta Katri Joenpolvi, Mikko Pirttilä ja Simo Autio.

2 KESKEISET JOHTOPÄÄTÖKSET

Suomen tai EU:n lainsäädännöstä ei seuraa esteitä teletoiminnan teknisen yhteis- tai itsesääntelyn toteuttamiselle. Kilpailuoikeus asettaa tällaiselle sääntely-yhteistyölle kuitenkin tiettyjä reunaehtoja, jotka on otettava huomioon sekä mahdollista yhteis- tai itsesääntelyjärjestelyä suunniteltaessa että sitä myöhemmin sovellettaessa. Kilpailuoikeuden

lisäksi sääntely-yhteistyön laajuuden ja muodon kannalta merkitystä on myös esimerkiksi EU:n viestintämarkkinaoikeudella, joka asettaa jäsenvaltioille ja niiden viestintäviranomaisille eräitä velvoitteita, sekä kansallisella valtiosääntöoikeudella, joka sisältää norveja julkisten tehtävien delegoinnista yksityisille. Tässä selvityksessä keskitytään kuitenkin nimenomaan kilpailuoikeuden merkitykseen sekä yleisesti hyvin itse- tai yhteissääntelyratkaisuihin.

Kilpailuoikeudellisesti keskeistä on, millaisia vaikutuksia sääntely-yhteistyöstä seuraisi. Yhteistyön potentiaalisia kilpailuoikeudellisia ongelmakohtia voisivat olla a) kilpailijayhteistyön kautta syntyvät *koordinaatiovaikutukset* sekä b) kilpailijayhteistyön, sääntelyyn osallistuvien yhteisen määräävän markkina-aseman tai sääntelyorganin määräävän markkina-aseman kautta syntyvät *poissuljentavaikutukset*. Koordinaatiovaikutuksista olisi kyse, jos yhteistyön puitteissa osapuolten toimintatavat syystä tai toisesta muuttuisivat siinä määrin yhdenmukaisiksi, että kilpailu tosiasiasa rajoittuisi. Tällainen tilanne voisi syntyä esimerkiksi yhteistyöhön liittyvän tietojenvaihdon seurauksena. Poissuljentavaikutuksista taas olisi kyse, jos yhteistyössä annettujen teknisten määräysten sisältö olisi sellainen, että esimerkiksi uusien tai pienten toimijoiden pääsy markkinoille vaikeutuisi tai estyisi merkittävästi. Näin voisi käydä, jos sääntely edellyttäisi teleyritykseltä kohtuuttomia investointeja tai evättävissä olevaa pääsyä toisen toimijan hallussa olevaan tekniseen pullonkaularatkaisuun. Myös tarpeettoman jäykät laatuvaatimukset voivat johtaa poissuljennan kaltaisiin seurauksiin ja siten kilpailullisuuden vähenemiseen. Viime kädessä olisi väistämättä sääntely-yhteistyöhön osallistuvien yritysten omasta toiminnasta kiinni, rajoittuuko kilpailu.

Sääntely-yhteistyö olisi todennäköisimmin mahdollista toteuttaa ilman edellä kuvattujen kilpailunrajoitusten syntymistä. Mikäli yhteistyöstä kuitenkin seuraisi kilpailunrajoituksia, jotka pitäisi muutoin tulkita kielletyksi elinkeinonharjoittajien väliseksi yhteistyöksi, ne olisi mahdollista oikeuttaa niin sanotulla tehokkuusarvioinnilla. Oikeuttaminen edellyttäisi, että rajoitus parantaa jollain tavalla tehokkuutta, siirtää tästä saatavan hyödyn riittävässä määrin kuluttajalle, on välttämätön eikä poista kilpailua. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi tulkittavissa tilanteissa eli esimerkiksi tosiasiallisen liikesuhteesta kieläytymisen kohdalla tällaista oikeuttamismahdollisuutta ei olisi.

Telealalla käytetään EU:ssa yhteis- ja itsesääntelyä jonkin verran melko vaihtelevin tavoin. Yhteis- tai itsesääntelyllä on nähty useita hyötyjä verrattuna perinteiseen viranomaissääntelyyn. Nämä liittyvät muun muassa sääntelyn joustavuuteen, käytössä olevaan asiantuntemukseen sekä tarkoituksenmukaiseen resurssienjakoon. Toisaalta sääntely-yhteistyön onnistuminen ei ole itsestään selvää. Yhteistyön katsotaan usein voivan onnistua erityisesti, kun alan toimijoilla on intressi sääntelykysymyksen selvittämiseen, nämä pystyvät määrittelemään sääntelyjärjestelyille selkeän päämäärän ja ratkaisu todennäköisesti vastaa kuluttajien legitimejä tarpeita. Jos toimijoilla on kannustimia olla osallistumatta yhteistyöhön, epäonnistuminen on varsin mahdollista.

Viestintäviraston teknisten määräysten alasta sellaiset määräykset, joilla ei ole yhteyttä teleyritysten liiketaloudelliseen toimintaan, eivät näytä järin otollisilta sääntelykohteilta. Näihin kuuluvat esimerkiksi yhteiskunnan kriittisen infrastruktuurin toimivuuden varmistamiseen ja hätäpuheluihin liittyvät määräykset. Erityisen vahvasti kansainvälisiin ohjeistuksiin ja standardeihin pohjautuvissa määräyksissä sääntely-yhteistyön hyödyt eivät välttämättä pääse tehokkaasti esiin, vaikka yhteistyö sinänsä mahdollista olisikin. Yhteistyö sopisi etenkin sellaisille aihealueille, joilla esimerkiksi raskaiden riitojen välttäminen tai alan julkisuuskuvaan kohottaminen muodostaa yrityksille vahvan taloudellisen kannustimen osallistua yhteistyöhön ja etsiä kuluttajille myönteisiä ratkaisuja. Näilläkin alueilla saattaa kuitenkin olla tarpeen säilyttää viranomaisella rooli toiminnan ohjaajana, välittäjänä ja tilanteen vaatiessa puuttujana.

Yhteis- tai itsesääntelyn toteuttamiseen on tarjolla useita vaihtoehtoja. Sekä tarkoituksenmukaisuussyistä että kilpailu- ja viestintämarkkinaoikeuteen perustuvista syistä

yhteissääntely vaikuttaa puhdasta itsesääntelyä paremmalta ratkaisulta, jos teknisiin määräyksiin liittyvää työtä halutaan siirtää yksityiselle. Yhteissääntelyssä tärkeäksi muodostuu, kuinka avoin toimintaraami ja tehtävänanto yksityiselle toimijalle asetetaan. Samat syyt, jotka puoltavat yhteissääntelyn käyttöä itsesääntelyn sijaan, saattavat puoltaa melko rajattua raamia.

Mahdollisia olisivat myös kevyemmät ratkaisut, joissa määräysten valmistelyä siirrettäisiin nykyistä enemmän yksityiselle taholle, mutta määräysten antaminen, valvonta ja sanktiointi säilyisivät Viestintävirastolla. Tällainen ei lähtökohtaisesti vaatisi muutoksia lainsäädäntöön.

Viestintäviraston yksilöimistä kolmesta teknisten määräysten alaan liittyvästä erityisestä selvityskohteesta – yhteentoimivuuteen, laadunvarmistukseen ja käyttäjätiedotukseen liittyvät kohteet – mikään ei vaikuta kilpailuoikeudellisesti erityisen riskialttiilta. Jos yhteistyön toteuttamisessa pidetään keskeisinä tavoitteina sen syrjimättömyyttä, objektiivisuutta, markkinoiden avoimuutta ja kuluttajan etua, ei ongelmia pitäisi nousta esiin. Myös teknisistä määräyksistä irralliset kaksi selvityskohdetta – IP-yhdysliikenneyhteistyö FICIX ry:n puitteissa sekä FiCom ry:ssä laadittu menettelyohje taloyhtiön operaattorivaihdoksissa – näyttävät tällä hetkellä kilpailuoikeudellisesti varsin turvallisina.

3 KESKEISET OIKEUSLÄHTEET

3.1 Kilpailuoikeuden keskeiset oikeuslähteet

Tämän selvityksen pääasiallisena lähteenä on Suomen ja EU:n kilpailuoikeudellinen sääntely. Kilpailuoikeudellinen sääntely on elinkeinonharjoittajien välisiin suhteisiin sovellettavaa lainsäädäntöä, jolla on sekä kansallinen että Euroopan unionin tasoinen ulottuvuus. Mikäli mahdollisella kilpailunrajoituksella on vaikutusta EU:n jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, sovelletaan EU:n kilpailuoikeutta, muutoin kansallista.

Jos telealan yrityksille syntyisi mahdollisen yhteis- tai itsesääntelyn kautta mahdollisuus rajoittaa kilpailua ja ne käyttäisivät sitä hyväkseen, viimekätinen vastuu olisi yrityksillä itsellään. Kilpailuongelmien välttäminen on kuitenkin lukuisista syistä myös hypoteettisen sääntely-yhteistyön valmistelijoiden intressissä.

Tutkimuksen kannalta kauppakriteerin ylittymisellä ei ole merkitystä, sillä itse- ja yhteissääntelyn kannalta keskeiset säännökset Suomen ja EU:n kilpailuoikeudessa on täysin harmonisoitu siten, että voimassaolevien kilpailusääntöjen soveltaminen johtaa molemmilla tasoilla lähes poikkeuksetta samaan lopputulokseen. Esimerkiksi Suomen kilpailulain 5 § vastaa SEUT 101 artiklan kilpailua rajoittavien sopimusten kieltä, kilpailulain 6 § vastaa 101 artiklan 3 kohdan tehokkuuspoikkeussäännöstä ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltävä 7 § vastaa 102 artiklaa.

Kilpailuoikeutta soveltavia toimivaltaisia viranomaisia ovat kansallisella tasolla Kilpailuvirasto, markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus, EU:n tasolla taas Euroopan komissio, yleinen tuomioistuin (entinen ensimmäisen asteen tuomioistuin) ja Euroopan unionin tuomioistuin (entinen Euroopan yhteisöjen tuomioistuin).

Teleyritysten yhteistoiminnan sallittavuuden arvioinnissa keskeisinä kilpailusääntöinä voi pitää seuraavia:

1) Suomen kilpailulaki (948/2011);

2) Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT) ja erityisesti sen artiklat 34–36 vapaasta liikkuvuudesta, artiklat 101 ja 102 kielletyistä kilpailunrajoituksista sekä artiklat 170–172 tietoverkkotoiminnasta (aiemmin Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 28–30, 81 ja 82 sekä 154–156 artiklat);

3) Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta sekä komission asetus (EY) N:o 773/2004 EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan mukaisten komission menettelyjen kulusta;

4) EU:n komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01), suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08) ja EU:n komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (2010/C 130/01) sekä erilaisia sopimustyyppisiä koskevat ns. ryhmäpoikkeusasetukset (772/2004, 330/2010, 1217/2010 ja 1218/2010);

5) EU:n komission tiedonannot merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03), vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (2001/C 368/07), EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaa kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista (2004/C 101/07) sekä komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02);

6) Euroopan unionin tuomioistuimen ja komission sekä Suomen markkinaoikeuden, korkeimman hallinto-oikeuden ja Kilpailuviraston ratkaisut; ja

7) EU:n kilpailuoikeutta koskevat tehokkaan ja yhdenmukaisen soveltamisen periaatteet sekä yleiset eurooppaoikeudelliset vastavuoroisen tunnustamisen, yhdenvertaisen kohtelun, suhteellisuuden ja EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatteet.

3.2

Viestintämarkkinaoikeuden keskeiset oikeuslähteet

Viestintämarkkinaoikeudellisilla oikeuslähteillä on selvityksen kannalta merkitystä erityisesti yhteis- tai itsesääntelyn toteuttamistapoja, sääntelyn teoreettista laajuutta ja vastuukysymyksiä arvioitaessa. Lisäksi luonteeltaan ennakkoinen viestintämarkkinaoikeudellinen sääntely luo esimerkiksi varautumisvelvollisuuteen ja hätäpuheluiden toteuttamiseen liittyviä velvoitteita, jotka eivät ole alisteisia jälkikäteiselle kilpailusääntelylle. Lainsäädäntö jättää näiden sääntelytyyppien välisen suhteen osin hämäräksi, mutta aiheesta on jonkin verran eurooppaoikeudellista käytäntöä.¹ Teleyritysten yhteistoiminnan sallittavuuden arvioinnissa keskeisinä viestintämarkkinaoikeussääntöinä voi pitää seuraavia:

1) Suomen viestintämarkkinalaki (393/2003);

2) ns. sähköisen viestinnän direktiivit, joista useimmat on uudistettu vuonna 2009 direktiiveillä 2009/136/EY ja 2009/140/EY (sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista ja yhteenliittämisestä annettu direktiivi, 2002/19/EY; sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista annettu direktiivi, 2002/20/EY; sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annettu direktiivi, 2002/21/EY; yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla, 2002/22/EY; henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annettu direktiivi, 2002/58/EY); ja

3) kilpailu- ja viestintämarkkinaoikeuden rajapintaa käsittelevät komission tiedonanto sähköisen viestinnän sisämarkkinoiden vakiinnuttamisesta (SEK(2006)86), ohjeistus markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (2002/C165/03),

¹ Esim. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. komissio*.

tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopimuksiin (98/C265/02) sekä suuntaviivat ETY:n kilpailusääntöjen soveltamisesta tietoliikennesektorille (91/C233/02).

4 ITSE- JA YHTEISSÄÄNTELYN TOTEUTTAMISMALLEJA

4.1 Itsesääntely käytännössä

Itsesääntelyssä toimijaryhmä laatii omaa toimintaansa varten säännöt, joiden noudattamista seurataan ja valvotaan tietyllä mekanismilla ja tuetaan jonkin tyyppisillä sanktioilla. Lisäksi kiista- ja tulkintatilanteiden ratkaisemiseksi laaditaan menettelyohjeet ja annetaan päätösvaltaa jollekin toimielimelle.² Täysimittainen itsesääntelyjärjestelmä sisältää nämä kaikki osat, mutta käytännössä esiintyy myös ainoastaan jotkin elementit sisältäviä tai ainakin niitä vahvasti painottavia itsesääntelymalleja.

Itsesääntelyn etuna perinteiseen lakisääntelyyn nähden on pidetty esimerkiksi sen nopeutta ja joustavuutta, alan toimijoiden asiantuntemuksen hyödyntämistä ja näiden sitoutumista sääntelyyn sekä julkiselle taholle koituvia kustannussäästöjä.³

Suomessa vakiintuneesti itsesääntelyä hyödyntäviin toimialoihin kuuluvat muun muassa journalismi (Journalistin ohjeet, Julkisen sanan neuvosto), lääkemarkkinointi (lääketeollisuuden eettiset ohjeet, Lääketeollisuus ry:n ylläpitämä Lääkemarkkinoinnin valvontakunta), kuluttajille suunnattu mainonta (Mainonnan eettinen neuvosto) sekä urheilu (Urheilun oikeusturvalautakunta, useiden lajiliittojen ohjeistukset ja muutoksenhakuelimet). Myös elinkeinoelämän organisaatioiden keskuudessa laaditut *corporate governance* -ohjeistukset, joita mm. pörssin toimielimet valvovat, edustavat itsesääntelyä.

Niin sanottu ”puhdas” tai ”aito” itsesääntely edellyttää, että siihen osallistuminen on kullekin toimijalle lähtökohtaisesti vapaaehtoista ja että julkinen valta ei osallistu sääntelyn luomiseen tai toteuttamiseen lainsäädäntö- tai hallintovallan käyttäjänä.⁴

4.2 Yhteissääntely käytännössä

Yhteissääntely on yhdistelmä tavanomaista lainsäädäntöä ja yksityistä, tyyppisesti itsesääntelymuotoista, sääntelyä. Yhteissääntely toteutetaan yleensä siten, että julkinen valta asettaa yksityiselle taholle tiettyjä tavoitteita ja tehtäviä sekä tukee ja seuraa yksityisen tahon toimintaa, kun taas yksityinen taho toteuttaa varsinaisen sääntelyn ja sen valvonnan sekä rikkomuksista seuraavan sanktioinnin.

Tämän periaatteen sisällä on mahdollista erottaa toisistaan *tavoitepainotteinen yhteissääntely*, jossa sääntelyviranomainen asettaa tavoitteet mutta delegoi sääntelyn täytäntöönpanoon liittyvät yksityiskohdat sääntelyn kohteille, sekä *menettelypainotteinen yhteissääntely*, jossa sääntelyviranomainen määrittelee menettelynormit mutta jättää tavoitteiden asettamisen yksityisille toimijoille.⁵ Yhteissääntelyn kannalta erittäin olennainen

² Tala: ”Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana” (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 325.

³ Tala: ”Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana” (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 329–330.

⁴ Tala: ”Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana” (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 325–326.

⁵ Sorsa: *Itsesääntely ja yhteissääntely arvoketjussa. Toimialakohtaista tarkastelua* (Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 100, 2009), s. 88–89.

on linkki, joka kytkee yksityisen ja julkisen tahon toisiinsa.⁶ Tämä linkki voi olla lain säännös tai osapuolten välinen sopimus.

Yhteissääntelyn vahvuutena on parhaimmillaan nähty yllä kuvattujen itsesääntelyn etujen yhdistyminen julkisen toimijan ohjausmahdollisuuteen sekä yksityisen ja julkisen tahon väliseen jatkuvaan yhteistoimintaan ja vuoropuheluun, joka järjestelystä seuraa.⁷

Suomen vakiintuneimpana ja selväpiirteisimpänä yhteissääntelyjärjestelmänä on pidetty asianajajien tapaohjeistusta ja valvontaa, jonka toteuttaa asianajajista annetun lain (496/1958) mukaisesti Suomen Asianajajaliitto ry.⁸ Tilintarkastuslaissa (459/2007) on annettu Keskuskauppakamarin alaiselle tilintarkastuslautakunnalle samantapaisia tehtäviä tilintarkastajien valvonnassa ja ohjauksessa, ja arvopaperimarkkinalakiin (495/1989) tehtyjen melko tuoreiden muutosten (392/2008) perusteella pörssiyritysten informaatiovelvoitteen valvonta on käytännössä pitkälti pörssin kurinpitolautakunnan käsissä. Kulutustavaroiden ja kuluttajapalvelusten turvallisuudesta annetun lain (75/2004) 7 §:ssä määritellään yhdeksi tuotteen lainmukaisuuden arviointiperusteeksi kansainväliset tai kansalliset standardit, joiden laadinta on yksityisten vastuulla. Myös urheilun dopingin vastaista toiminta on nähty yhteissääntelynä, vaikka siinä julkisen tahon rooli rajoittuu jäsenyyteen Suomen Antidopingtoimikunta ry:ssä ja toiminnan rahoittamiseen.⁹

Mikäli selvityksen aiheena olevasta teknisten määräysten antamismenettelystä halutaan edelleen jollain tapaa säätää laki- tai asetustasolla, yhteissääntely on luontevin ja käsitteellisesti käytännössä ainoa vaihtoehto uuden sääntely toteuttamiseksi.

4.3

Hyvän yhteis- ja itsesääntelyn tunnusmerkkejä

Onnistuneen sääntelyn arviointikriteereinä pidetään – sääntelyn muodosta riippumatta – sen vaikuttavuutta, tehokkuutta, joustavuutta, neutraalisuutta ja iteratiivisuutta eli kykyä itsensä korjaamiseen.¹⁰ Näiden omaisuuksien mahdollisimman hyvä täyttäminen on myös itse- ja yhteissääntelyä toteutettaessa lähtökohta ja olennaisin tavoite.

Eryteisesti itsesääntelyyn soveltuviksi onnistumiskriteereiksi on nimetty edustuksellisuus, vastuullisuus (joka koostuu läpinäkyvyydestä, osallisuudesta, toiminnan jatkuvasta evaluoinnista ja ongelmien ratkaisusta) sekä tiedottaminen.¹¹ Kuten yllä on kuvattu, yhteissääntely on tavanomaisesti muodoltaan itsesääntelyä, jossa sääntelyn tavoitteet ja tehtävät ovat julkisen tahon määrittämiä. Itsesääntelymuotoista yhteissääntelyä voi monessa suhteessa laadullisesti arvioida kuten itsesääntelyä.

Näitä kaikkia tarkasteltaessa empiirinen käytännön toimivuuden näkökulma on luonnollisesti kaikkein tärkein. Merkittäviä käytännön edellytyksiä itsesääntelyn onnistumiselle ovat alan yritysten aito yhteinen intressi, toimiva kilpailu alan yritysten välillä sekä toimivat ja tehokkaat viranomaisinstituutiot.¹² Yhteisellä intressillä viitataan yritysten tosiasiallisiin kannustimiin

⁶ Tala: "Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana" (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 327.

⁷ Tala: "Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana" (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 331–332.

⁸ Tala – Pakarinen – Kyttä: *Asianajajien valvonta yhteissääntelynä* (Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 96, 2009) s. 85.

⁹ Tala: *Selvitys vaihtoehtojen hyödyntämisestä erityisesti yrityksiin vaikuttavan lainsäädännön valmistelussa* (raportti kauppa- ja teollisuusministeriölle 2007, Dnro 6/685/2007), s. 11.

¹⁰ Ahonen (toim.): *Kilpailukatsaus 2: Viisas sääntely – toimivat markkinat* (Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011), s. 31–37.

¹¹ Sorsa: *Itsesääntely ja yhteiskuntavastuu* (Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu, Kilpailukyky, 45/2010), s. 99.

¹² Ahonen (toim.): *Kilpailukatsaus 2: Viisas sääntely – toimivat markkinat* (Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011), s. 43.

osallistua sääntelyyn ja tehokkailla viranomaisinstituutioilla ennen kaikkea julkisen tahon mahdollisuuksiin puuttua asiaan siinä tapauksessa, että sääntely sattuisi epäonnistumaan. Yleisesti sääntelyprosessin sisällön ja rakenteiden selkeys sekä erimielisyys- ja epäselvyytilanteiden on sääntelyn onnistumisen kannalta tärkeää riippumatta siitä, millainen yhteis- tai itsesääntelymalli tarkalleen valitaan.

Itsesääntelyn merkittävinä potentiaalisina ongelmakohtina on pidetty

- sääntelyjärjestelyn puutteellista kattavuutta alan toimijoiden joukossa, jolloin seurauksena saattaa olla aukkoja sääntelyn toteuttamisessa tai kilpailuasetelmaa vääristävä ns. vapaamatkustajaongelma;
- alan omien intressien korostumista sääntelyssä julkisten tai yleisten intressien kustannuksella;
- valvonnan tai sanktioinnin tehotonta organisointia, jolloin sääntelyllä saattaa olla lähinnä symbolinen rooli; ja
- itsesääntelyyn liittyvästä yhteistoiminnasta tai alan vahvojen toimijoiden aseman korostumisesta sääntelyssä seuraavia kilpailuhäiriöitä.¹³

Yhteissääntelyllä voidaan tietyissä rajoissa luoda sopivia kannustimia silloin, kun ne eivät muuten riitä itsesääntelyn toteuttamiseen. Toisinaan pelkkä sääntelytehtävän antaminen riittää ohjaamaan yksityisen tahon toimintaa tarkoituksenmukaisemmaksi, mutta mitä selvempi kannustin on, sitä selvempinä voinee hyötyjäkin pitää.¹⁴ Siten yhteissääntelyllä on mahdollista ratkaista tai karsia itsesääntelyn ongelmia. Toisaalta yhteissääntelyn omina merkittävinä potentiaalisina ongelmakohtina on pidetty

- yhteissääntelyn osapuolten vastuusuhteiden jäämistä epäselviksi;
- resursseiltaan ja muilta ominaisuuksiltaan soveliaiden yksityisten tahojen löytämistä sääntelykumppaneiksi; ja
- päämies–agentti -teoriassa kuvattua pulmallista asetelmaa, jonka mukaan julkinen taho (päämies) ei saa yksityiseltä (agentti) riittävästi tietoa.¹⁵

Itsesääntelyn onnistumisen on niin telealalla kuin muuallakin arvioitu olevan todennäköisintä, kun 1) alan toimijoilla on intressi sääntelykysymyksen selvittämiseen; 2) alan toimijat pystyvät määrittelemään sääntelyjärjestelyille selkeän päämäärän; ja 3) alan toimijoiden todennäköisesti synnyttämä ratkaisu vastaa kuluttajien legitiimejä tarpeita. Itsesääntelyn onnistumisen todennäköisyys laskee, jos yksittäisillä yrityksillä on selkeitä kannustimia jättää osallistumatta siihen tai rikkoa siinä annettuja sääntöjä.¹⁶

Perinteiseen viranomaissääntelyyn pohjautuvia ratkaisuja on pidetty erityisen toimivina tilanteissa, joissa 1) yhdellä suurella toimijalla on huomattavasti markkinavoimaa ja itsesääntelyä ei olisi tehokasta; 2) sääntelyn kohteena oleva kysymys ei juuri vaikuta yritysten kaupalliseen menestymiseen tai niiden maineeseen; tai 3) toimialan rakenne ei

¹³ Tala: "Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana" (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 330–331.

¹⁴ Coglianese – Mendelson: "Meta-Regulation and Self-Regulation" (teoksessa Lodge – Cave – Baldwin (toim.): *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010), s. 161–162.

¹⁵ Tala: "Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana" (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 332.

¹⁶ *Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation* (Office of Communicationsin julkaisu, 2008), s. 2-3.

mahdollista koordinoitua yhteistä kantaa (esimerkiksi jos alalla on suuri joukko hyvin erilaisia toimijoita, joiden intressit poikkeavat suuresti toisistaan tai ovat jopa keskenään selvästi ristiriitaisia).¹⁷ Viranomaissääntelyn tyypillisinä ongelmakohtina on nähty joustamattomuus, hitaus sekä toisinaan alan kokemuksen tuoman asiantuntemuksen vähäisyys ja säänneltäville yrityksille muodostuvat korkeat kustannukset.

Telealan teknisiä määräyksiä koskevan itse- tai yhteissääntelyn olisi syytä huomioida nämä riskitekijät ja pyrkiä torjumaan ne ennalta. Alaa käsittelevässä kirjallisuudessa on mainittu esimerkiksi kuluttajatahojen vaikutusmahdollisuuksien turvaaminen varmistamalla näiden läsnäolo sääntelyn valmistelu- ja valvontaelimissä keinona suojella julkisia ja yleisiä intressejä.¹⁸ Hyvän itsesääntelyjärjestelmän ominaispiirteenä on mainittu myös, että alan toimijat voivat neuvoa toisiaan yksittäistapauksissa etukäteen ei-sitovasti ja luottamuksellisesti, minkä voi katsoa olevan omiaan lisäämään sääntelyn kattavuutta ja tehokkuutta.¹⁹ Tässä on kuitenkin syytä huomioida tietojenvaihtoon liittyvät kilpailuoikeudelliset vaarat.

4.4 **Teletoininnan teknisen yhteis- tai itsesääntelyn mahdollinen toteuttaminen Suomessa**

4.4.1 **Nykyinen telealan yhteis- ja itsesääntely Suomessa ja Euroopassa**

Useissa EU:n jäsenvaltioissa yhteis- ja itsesääntelyä sovelletaan telealalla muun muassa alaikäisten suojeluun ja kuluttajamarkkinointiin liittyvissä kysymyksissä sekä muutamissa esimerkiksi numeronsiirtoon liittyvissä teknisissä kysymyksissä.²⁰ Sekä Suomessa että muissa EU-maissa tehdään yksityisten toimesta myös standardointityötä, jonka tuloksia hyödynnetään viranomaisten antamissa suosituksissa ja määräyksissä. Suomessa olennaisin esimerkki telealan itsesääntelystä on Maksullisten puhelinpalveluiden eettinen lautakunta MAPEL, jonka tavoitteena on valvoa kuluttajan etua ja ylläpitää hyvää puhelinpalvelutapaa. Toimialajärjestö TeleForum ry:n alaisuudessa toimiva MAPEL on melko tyypillinen itsesääntelyelin, johon osallistumisen kannustimet liittyvät alan profiilin korottamiseen kuluttajien silmissä. Muualla Euroopassa vastaavia järjestelyitä on toteutettu myös yhteissääntelynomaisesti siten, että paikallinen viestintäviranomaisen hyväksyy sääntelyorganin toimintaa linjaavia ohjesääntöjä ja valvoo asiakasvalitusten käsittelyä.²¹

EU-maista esimerkiksi juuri Yhdistyneessä kuningaskunnassa on lainsäädännöllä rohkaistu ja kehoitettu yhteis- ja itsesääntelyyn. Edellä kuvatun kaltaisten lastensuojeluun ja maksullisiin puhelinpalveluihin liittyvien itsesääntelyratkaisujen lisäksi valtiossa on käytössä muun muassa yhteissääntelypohjainen vaihtoehtoinen menettely kuluttajariitojen ja -valitusten käsittelyyn sekä paikallisen viestintäviranomaisen ylläpitämä vapaaehtoinen palveluntarjoajille tarkoitettu sitoumus, joka koskee laajakaistanopeuksia ja niistä asiakkaille annettavia tietoja.²²

¹⁷ *Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation* (Office of Communicationsin julkaisu, 2008), s. 11.

¹⁸ Tala: "Itsesääntely ja yhteissääntely lainsäädännön tukena tai korvaajana" (teoksessa Lasola (toim.): *Oikeusolot 2009*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 244, 2009), s. 344.

¹⁹ Tala – Pakarinen – Kyttä: *Asianajajien valvonta yhteissääntelynä* (Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 96, 2009), s. 16–17.

²⁰ Alaikäisten suojelun osalta yhtenä esimerkkipäiväkirjana voi mainita Irlannin ja numeronsiirron osalta Tanskan.

²¹ Esim. Yhdistyneen kuningaskunnan Office of Communications (Ofcom) toimii näin.

²² Teksti on saatavilla osoitteessa <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/telecoms/cop/bb/cop.pdf>. Suomessa Viestintävirasto on hiljattain kiinnittänyt samaan aihepiiriin useita kertoja huomiota, esim. 17.1.2012 julkaistu lehdistötiedote http://www.viestintavirasto.fi/index/asiointi-info/ajankohtaista/lehdistotiedotteet/2012/T_4.html.

Vaikka telealan yhteis- ja itsesääntelyn käyttöala on EU:ssa paikoin melko laeva, juuri suunnitellun kaltaista palvelun laatuominaisuuksia tai yhteentoimivuutta koskevaa yhteis- tai sääntelyä ei ilmeisesti ole missään jäsenvaltioissa käytössä. Ylipäänsä johdonmukaiset ja kattavat sääntely-yhteistyöratkaisut alalla ovat EU:ssa suhteellisen harvinaisia. Osaltaan yhteis- ja itsesääntelyn suhteellisen rajallinen käyttö liittyy siihen, että useissa EU-valtioissa markkinoita on selkeästi hallinnut yksi suuri kansallinen telepalvelujen tarjoaja. Tällainen tilanne ei ole erityisen otollinen itsesääntelylle.

4.4.2 Lainsäädännön asettamat reunaehdot yhteis- tai itsesääntelylle

Tämä selvitys käsittelee kokonaisuudessaan kilpailulainsäädännön asettamia reunaehtoja teletoiminnan tekniselle yhteis- tai itsesääntelylle. Tässä yhteydessä käydään lisäksi tiiviisti läpi kolme muuta aihepiiriä, joilla on sääntely-yhteistyön toteuttamisvaihtoehtojen kannalta merkitystä: mahdollisuudet oikeutetusti olla soveltamatta kilpailusääntelyä, viestintämarkkinasääntelyn ja yleisen EU-oikeuden tuomat reunaehdot sekä kansallisen valtiosääntöoikeuden merkitys. Tarkastelu painottuu näiden osalta teknisten määräysten antamiseen liittyvään suunniteltuun yhteistyöhön, ei niinkään olemassa oleviin yhteistyöratkaisuihin FICIX ry:n tai FiCom ry:n puitteissa. Näiden Viestintävirastosta pitkälti riippumattomien yhteistyömuotojen kohdalla merkitystä on lähinnä luvuissa 5–9 käsitellyllä kilpailuoikeudellisella sääntelyllä.

(a) Mahdollisuudet poiketa kilpailusääntelystä

Kansallisen sääntelyn tasolla on katsottu, että alakohtainen tai muu erityissääntely saattaa syrjäyttää kilpailulain säännökset.²³ Sellaisessakin tilanteessa, että kilpailulaista katsottaisiin voitavan kansallisen erityissääntelyn pohjalta poiketa, EU:n kilpailusäännöt kiistatta soveltuvat aina EU-oikeuden etusijaperiaatteen nojalla. Kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten tulee ottaa ratkaisuissaan kansalaisille subjektiivisia oikeuksia luovat EU-normit suoraan huomioon. Koska EU:n ja Suomen kilpailusääntely on luvussa 3.1 kuvatulla tavalla harmonisoitu, on mahdollisuus kilpailusääntelyn väistämisestä erityissääntelyn nojalla käytännössä hyvin marginaalinen.

Elinkeinonharjoittaja voi syyllistyä EU:n perussopimusten rikkomiseen, vaikka toimisi kansallisen erityissääntelyn suoman harkintavallan puitteissa tai kansallisen sääntelyviranomaisen sallimalla tai jopa rohkaisemalla tavalla.²⁴ Jos kansallinen sääntely jättää yritykselle lainkaan omaa harkinnanvaraa kilpailuoikeudellisesti kielletyn toiminnan harjoittamisen suhteen, yrityksen voidaan katsoa rikkovan kilpailuoikeutta tällä toiminnalla.²⁵ Jos taas kansallinen laki tai viranomaismääräys on EU:n kilpailusääntelyn vastainen, jäsenvaltion voidaan katsoa syyllistyneen sopimusvelvoitteidensa rikkomiseen.²⁶ Kansallisten kilpailuviranomaisten tehtäviin kuuluu lisäksi todeta EU:n kilpailusääntelyn kanssa ristiriidassa olevat kansalliset säännökset unionioikeuden vastaisiksi ja jätettävä

²³ Ks. Kilpailulainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintö KM 1991:15, s. 85-86.

²⁴ Ks. telealaan liittyen Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. komissio*, ja komission 7.4.2007 *Telefónica*-asiassa antama päätös (COMP/38.784). Itsesääntelyn rajoitettua liikkumavaraa suhteessa EU:n kilpailuoikeuteen on lisäksi käsitelty mm. ratkaisussa C-303/99, *J.C.J Wouters ym. v. Algemeane Raad van de Nederlandse Orde van Advocaaten*.

²⁵ Suuren teleyrityksen hinnoitteluväärinkäytöksiin liittynyt Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. komissio*, kohta 81.

²⁶ Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. komissio*, kohta 47.

soveltamatta niitä.²⁷ Jos jokin yritys tällaisen päätöksen tultua lainvoimaiseksi soveltaa enää kyseisiä säännöksiä, se rikkoo kilpailuoikeutta.²⁸

Mahdollinen itse- tai yhteissääntely on siis rakennettava huomioiden kilpailuoikeus painokkaasti kautta linjan. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn relevantteja sisältöjä käydään läpi tämän selvityksen luvuissa 5–8.

(b) *Euroopan unionin viestintämarkkinasääntely ja muu EU-oikeus*

EU:n telealan sääntelystä on pantava merkille, että siinä asetetaan lukuisia veloitteita ja tehtäviä paitsi yleisesti jäsenvaltioille, myös erityisesti niiden sääntelyviranomaisille. Tässä suhteessa merkittäviä ovat muun muassa

- sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun direktiivin (2002/21/EY, ns. puitedirektiivi) 8 artikla ja erityisesti sen 4 ja 5 kohdat, jossa kansallisen viranomaisen tehtäväksi asetetaan esimerkiksi varmistaa kuluttajien pääsy osapuolista riippumattomaan riidanratkaisumenettelyyn heidän asioidessaan palveluntarjoajien kanssa, huolehtia yleisen viestinnän verkkojen eheydestä ja turvallisuudesta sekä varmistaa teleyritysten kohtelun syrjimättömyys ja niiden sääntelyn johdonmukaisuus;
- puitedirektiivin 13 a ja b artiklat, joissa jäsenvaltion tehtäväksi annetaan muun muassa varmistaa, että yleisiä viestintäverkkoja tarjoavat yritykset toteuttavat kaikki tarvittavat toimenpiteet taatakseen verkkojensa eheyden ja niiden kautta tarjottavien palvelujen jatkuvuuden sekä huolehtimaan siitä, että kansallisilla viranomaisilla on näiden tavoitteiden saavuttamiseksi valtuudet antaa sitovia ohjeita ja määräyksiä; ja
- sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista annetun direktiivin (2002/20/EY, ns. valtuutusdirektiivi) 6 artikla, jossa säädetään yleisvaltuutukseen liitettävistä, muun muassa yhteentoimivuutta koskevista ehdoista.

Viestintävirastolla on siis suuri, ylikansallisesti asetettu viimekätinen vastuu monien sellaista tavoitteiden toteutumisesta, joita teknisillä määräyksillä tällä hetkellä ohjataan. Myös jäsenvaltioille asetetaan sähköisen viestinnän direktiiveissä esimerkiksi yleispalvelun puolueetonta, avointa, syrjimätöntä ja oikeasuhtaista toteuttamista sekä saatavuutta (yleispalveluista ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY 3 ja 23 artiklat) koskevia vaatimuksia, jotka synnyttävät reunaehtoja suunnitellun sääntely-yhteistyön vapaudelle.

Muista olennaisista EU-säännöksistä tärkeitä reunaehtoja asettavat tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskeva SEUT 34 artikla, liikkeenperustamisoikeutta koskeva SEUT 49 artikla ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskeva SEUT 56 artikla. Toisin kuin varsinaista kilpailusääntelyä, näitä artikloja sovelletaan myös viranomaisten toimintaan. Mahdollisen sääntely-yhteistyön rakentamisessa on lähdettävä siitä, että Viestintäviraston ratkaisut ovat jäsenvaltioiden välisen vapaan liikkuvuuden kannalta myönteisiä.

(c) *Kansallinen valtiosääntöoikeus*

Tarkasteltaessa mahdollisuutta toteuttaa tietyt Viestintäviraston teknisissä määräyksissä annetut vaatimukset yhteis- tai itsesääntelynä on myös kiinnitettävä huomiota perustuslain (731/1999) 2 luvussa tarkoitettuihin perusoikeuksiin, oikeusturvaan ja hyvän hallinnon

²⁷ Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato*, kohta 50.

²⁸ Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato*, kohta 55.

vaatimuksiin sekä lainalaisuusperiaatetta, julkisen vallan käyttöä ja julkista hallintotehtävää koskeviin perustuslain 2, 80 ja 124 §:iin.

Julkisella hallintotehtävällä viitataan laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä. Mikäli yhteissääntelyn kautta annettavia vaatimuksia ei olisi tarkoitettu vapaaehtoisiksi vaan yleisesti velvoittaviksi ja yksityisellä toimijalla olisi myös käytössään valvonta- ja sanktiointimenettely, kyse voisi mahdollisesti 124 §:ssä tarkoitettusta julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle.

Perustuslain 124 §:n soveltumisen ei kuitenkaan voi katsoa merkitsevän, että koko sääntely-yhteistyö jäisi automaattisesti luonteeltaan ei-taloudellisena kilpailusääntelyn soveltamisalan ulkopuolelle.²⁹ Kyse olisi elinkeinonharjoittajien yhteistyöstä, jolla olisi selvä yhteys osallistujien elinkeinotoimintaan. Hallintotehtävän hoitamisen ohessa tai muutoin samassa yhteistyöorganisaatiossa tapahtuviin kilpailijakontakteihin ja muuhun kanssakäymiseen kilpailusääntely soveltuisi joka tapauksessa. Lisäksi mikäli sääntely-yhteistyössä syntyisi edempänä luvuissa 6 ja 7 kuvatun kaltaisia syrjiviä koordinaatio- tai poissuljentavaikutuksia, yhteistyön voitaisiin katsoa rikkovan esimerkiksi SEUT 49 artiklan mukaista sijoittautumisvapautta tai muita EU:n vapaan liikkuvuuden periaatteita, vaikka sitä tarkasteltaisiin yksinomaan julkisena hallintotehtävän toteuttamisena. Asiaan liittyvien epävarmuuksien vuoksi yhteistyötä on turvallisinta tarkastella kokonaisuudessaan kilpailusääntöjen mukaan.

124 §:n soveltuessa toimivaltaluovutus edellyttäisi pykälän ja sen esitöiden mukaan lailla säätämistä, luovutuksen tarkoituksenmukaisuutta ja perusoikeuksien suojan sekä oikeusturvan varmistamisen ja hyvän hallinnon toteutumisen kriteerien täyttymistä. Jälkimmäisiä on määritelty tarkemmin perustuslain 2 luvussa ja sen esitöissä. Velvoittavaakaan yhteissääntelyä tuskin voisi pitää 124 §:n viimeisessä lauseessa tarkoitettuna merkittävänä julkisen vallan käytönä, jonka luovuttaminen yksityiselle ei ole mahdollista. Ehdotonta estettä toimivallan luovutukselle ei siis oletettavasti olisi.

4.4.3 Teletoinnin teknisen yhteis- tai itsesääntelyn toteuttamisvaihtoehto

Mikäli alustavasti suunniteltu tekninen yhteis- tai itsesääntely toteutettaisiin aiemmin tässä luvussa kuvattujen yhteis- ja itsesääntelymallien mukaan ”täydellisenä” siten, että se koostuisi teknisiä määräyksiä vastaavien vaatimusten laatimisesta, niiden noudattamisen valvonnasta ja rikkomusten sanktioinnista, se rakennettaisiin todennäköisimmin jonkin kiinteän toimielimen varaan. Sääntely voitaisiin toteuttaa esimerkiksi toimialajärjestö FiCom ry:n puitteissa tai sitä varten voitaisiin muodostaa uusi itsesääntelyelin.

Kun kyse ei ole sellaisista tehtävistä, jotka esimerkiksi sähköisen viestinnän direktiiveissä on asetettu kansallisten sääntelyviranomaisten vastuulle, sääntely-yhteistyö olisi mahdollista toteuttaa luvussa 4.1 kuvattuna *puhtaana itsesääntelynä*. Tällöin Viestintävirastolla ei olisi sääntelyssä mitään roolia mahdollista epävirallista aloitteentekijää lukuun ottamatta. Sääntelytyöhön osallistuminen ja sen tulosten noudattaminen olisi täysin vapaaehtoista. Tämän vaihtoehdon toteuttaminen edellyttäisi alan toimijoiden aitoa intressiä osallistua sääntelyn valmisteluun sekä noudattaa ja kehittää. Tähän vaadittaisiin osallistujilta sekä riittävää tahtoa että riittäviä resursseja. Toimintamalli edellyttäisi markkinatoimijoille yhtäältä selkeitä kannustimia osallistua itsesääntelyyn ja toisaalta vähäisiä kannustimia jättää osallistumatta siihen. Tällainen ei kiistoille alttiilla telealalla ole itsestään selvää. Perusteellinen harkinta sääntely-yhteistyön kohdeaihepiirien valinnassa todennäköisesti ainakin helpottaisi mahdollisia ongelmia.

²⁹ Julkisiin kilpailunrajoituksiin ei lähtökohtaisesti sovelleta kilpailulakia, koska julkisen vallan käyttäminen ei ole elinkeinonharjoittamista.

Teknisten määräysten antaminen on tällä hetkellä asetettu muun muassa viestintämarkkinalain 128 ja 129 §:ssä Viestintäviraston tehtäväksi. Mikäli teknisten määräysten antamisesta halutaan vastaisuudessa säätää laissa tai mikäli EU:n viestintämarkkinasääntelyn katsotaan jopa velvoittavan siihen, ”puhdas” itsesääntely ei niiltä osin voi tulla kyseeseen.

Jos teknisten määräysten antaminen toteutettaisiin *yhteissäntelyinä*, jossa yhteistyöhön osallistujat saisivat sääntelytehtävän ja sen edellyttämän toimivallan viranomaisen määräyksellä, Viestintävirasto saisi mahdollisuuden kontrolloida sääntelyä enemmän ja luoda sille kannustimiltaan onnistuneen toimintaraamin. Sääntely voisi periaatteessa olla myös velvoittavampaa. Kun päämääränä olisi siirtää teknisiä määräyksiä vastaavien vaatimusten antaminen yksityisille, luvussa 4.2 mainittu tavoitepainotteinen sääntely olisi todennäköisesti luonteva lähestymistapa. Jo yksin EU:n viestintämarkkinaoikeudellisesta sääntelystä seuraa, että Viestintävirastolla olisi tällaisessa mallissa oltava hyvin merkittävä rooli asioiden sujumisen varmistamisessa sekä teleyritysten välisten riita- ja epäselvyytilanteiden ratkaisussa.

Yhteissäntelyn toteuttamisessa olisi kiinnitettävä huomiota myös siihen, millaisella tavalla ja yksityiskohtatasolla sääntelytehtävä yksityiselle taholle annetaan. Vaikka nykyiset Viestintäviraston antamat tekniset määräykset perustuvat sinänsä viestintämarkkinalaissa ja sähköisen viestinnän tietosuojalaissa (516/2004) annettuun raamiin määräysten alasta, mainittu raami on varsin yleisluontoinen ja sääntely-yhteistyön toteuttamisessa voisi harkita tilanteesta riippuen selvästikin tiukemman raamin tai tehtävänannon antamista.

”Täydellisten” itse- ja yhteissäntelymuotojen lisäksi olisi mahdollista soveltaa myös *kevyempiä ratkaisuja*, joissa esimerkiksi alan toimijoille annettaisiin nykyistä suurempi rooli teknisten määräysten valmistelussa tai ongelmatilanteiden ratkaisujen etsimisessä, mutta niille ei säilyttäisi valvonta- ja sanktiointitehtäviä. Tällaisessa mallissa määräysten antaminen itsessään säilyisi Viestintäviraston tehtävänä eikä se edellyttäisi lainsäädännön muuttamista. Kyse ei kuitenkaan tuolloin olisi tiukan määritelmän mukaisesta itse- tai yhteissäntelystä.

Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta kaikki esitellyt vaihtoehdot olisivat lähtökohtaisesti mahdollisia. Mitä kiinteämmin elinkeinonharjoittajat osallistuisivat sääntely-yhteistyöhön ja mitä keskeisempiä päätöksiä alan kannalta puitteissa tehtäisiin, sitä enemmän olisi kiinnitettävä huomiota koordinaatio- ja poissuljentavaikutusten ehkäisemiseen. Näitä käsitellään tarkemmin seuraavissa luvuissa.

Sääntelymalleja valittaessa on suositeltavaa soveltuvin osin perehtyä luvussa 4.3 lueteltuihin hyvän itse- ja yhteissäntelyn kriteereihin ja luvussa mainittujen potentiaalisten ongelmien torjumiseen jo ennen sääntelyn käyttöönottoa. Eräät ratkaisut, kuten teleyrityksiin nähden ulkopuolisten teknisten asiantuntijoiden hyödyntäminen mahdollisimman kattavasti sääntely-yhteistyössä tai ylipäänsä sääntelyn valmistelussa, voivat olla hyödyllisiä sekä kielteisten kilpailuvaikutusten torjumisen että sääntelyn muunlaisen onnistumisen näkökulmasta. Puolueettomalle koordinaattorille on alan toimijakentässä nähty tarvetta erityisesti sääntelytyön koordinoinnissa ja erimielisyystilanteiden ratkaisussa.

5 MARKKINAVOIMA JA KILPAILUOIKEUDELLINEN MARKKINOIDEN MÄÄRITTELY

5.1 Markkinavoima

Markkinavoima tarkoittaa yrityksen mahdollisuutta kannattavasti säännellä tuotteidensa hintoja, tuotantomääriä ja laatua kilpailijoista riippumatta. Markkinavoiman kautta yritys voi vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin muun muassa hinnoitteleamalla yli kustannusten tai sulkemalla

toisia yrityksiä markkinoilta. Markkinavoima tuo kilpailuun tehokkuutta, mutta se voi myös vahingoittaa kilpailua. Yrityksen markkinavoiman suuruutta ja sen tehokkuutta tai haitallisuutta arvioidaan usein taloustieteen keinoin, jolloin tarkastellaan esimerkiksi yrityksen mahdollisuuksia vaikuttaa kysyntään ja tarjontaan sekä tulonsiirtoja kuluttajilta yrityksille.

Kilpailuoikeuden keskeinen tehtävä on torjua markkinavoiman haitallista käyttöä puuttamalla kilpailijoiden väliseen kiellettyyn yhteistyöhön tai määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön.

5.2 Markkinoiden määrittely

Markkinoiden määrittely on kaikkien kilpailuarviointien lähtökohta. Euroopan komissio on julkaissut monia ohjeita markkinoiden määrittelystä yleisesti ja markkinoiden määrittelystä telealalla. Itsesääntelyn kannalta muun muassa määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle tai yritysten yhteenliittymälle kilpailulainsäädännössä asetetut velvoitteet ovat tärkeitä.

Kaikkien kilpailunrajoitusten arviointi edellyttää vaikutuksenalaisten hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden määrittelyä. Relevanteille hyödykemarkkinoille kuuluvat pääsääntöisesti kaikki ne hyödykkeet, joita asiakkaat ja kuluttajat pitävät keskenään hyvin *vaihdettavissa tai korvattavissa* olevina *niiden ominaisuuksien, hinnan ja käyttötarkoituksen vuoksi*. Hyödykkeet, jotka vain rajoitetusti korvaavat tosiaan, eivät kuulu samoille relevanteille hyödykemarkkinoille. Relevantit maantieteelliset markkinat taas muodostuvat alueesta, jolla *asianomaiset yritykset tarjoavat hyödykkeitä ja jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset*. Viestintämarkkinoilla myös tietty verkko voi muodostaa maantieteellisen markkinan.

Kaavaillon sääntely-yhteistyön kannalta on keskeistä tunnistaa kaikki markkinat, joihin sääntelyllä saattaa olla vaikutusta. Tiettyjen telealan hyödykemarkkinoiden, joilla sääntely tapahtuu, lisäksi vaikutuksenalaiset markkinat saattavat käsittää muun muassa *hankintamarkkinat* eli ne markkinat, joilla sääntelyyn osallistuvat yritykset ovat ostajina, sekä erilliset *lisensoitavan teknologian markkinat*.

Markkinoiden määrittelemisen perustuu Euroopan komission ohjeistuksen mukaan sekä kysynnän että tarjonnan korvattavuuden arviointiin sekä tarkempien markkinaolosuhteiden (esimerkiksi markkinoille pääsyn esteet ja kuluttajien tottumukset) tutkimiseen.³⁰ Vaikka määrittelyperusteissa on samankaltaisuutta, kilpailuviranomaiset eivät ole sidoksissa viestintäviranomaisten huomattavan markkinavoiman arvioinneissaan käyttämiin markkinamäärittelyihin. Vastaavalla tavalla viestintäviranomaiset eivät ole sidottuja kilpailuviranomaisten määrittelyihin.

Komissio on käsitellyt tietoliikennealan markkinoiden kilpailuoikeudellista luonnetta ja niiden määrittelytapoja tarkemmin alaa koskevissa soveltamisohjeissaan.³¹ Niissä on muun muassa todettu, että televiestinnän alalla on tarkasteltava erillisinä markkinoina loppukäyttäjille tarjottua palvelua ja liittymistä tämän palvelun tarjoamiseksi välttämättömiin toimintoihin (esim. asiakastiedot ja fyysinen verkko).³² Lisäksi komissio on ohjeissaan korostanut vahvasti teknologiseen kehitykseen nojaavien telealan markkinoiden dynaamista ja alati muuttuvaa luonnetta³³ sekä maantieteellisten markkinoiden osalta yritysten mahdollisuutta

³⁰ Esim. komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03).

³¹ Komission tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittämäsopimuksiin (98/C 265/02) ja suuntaviivat ETY:n kilpailusääntöjen soveltamisesta tietoliikennesektorille (91/C 233/02).

³² Tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittämäsopimuksiin (98/C 265/02), kohta 45.

³³ Suuntaviivat ETY:n kilpailusääntöjen soveltamisesta tietoliikennesektorille (91/C 233/02), kohta 25.

saavuttaa loppukäyttäjä vastaavin ja taloudellisesti kannattavin edellytyksin koko asianomaisella alueella³⁴. Suomessa Kilpailuvirasto on soveltamis- ja tulkintakäytännössään noudatellut komission linjauksia.³⁵ Korkein hallinto-oikeus on todennut, että myös luonteeltaan ensisijaisesti viestintämarkkinaoikeudellisissa komission asiakirjoissa annettuja markkinoiden määrittelyä koskevia tulkintaohjeita voi soveltaa kilpailuoikeudellisessa asiayhteydessä.³⁶

Kilpailuoikeudessa markkinamäärittely on aina dynaamista ja tapauskohtaista. Jokaisen tapauksen kohdalla markkinamäärittely tulee aina elinkeinoelämän dynaamisuudesta johtuen tehdä uudestaan, vaikka markkinat olisi joskus aikaisemmin historiassa määritelty. Markkinat voivat sekä eriytyä että konvergoitua eli yhtyä toisiinsa. Esimerkiksi kaapelitelevisio- ja laajakaistayhteyksien enenevä siirtyminen samojen fyysisten kaapelien varaan ja telepalveluiden tarjoaminen erilaisina kokonaispaketteina ("bundlaaminen") sekä toisaalta palvelukilpailun eriytyminen verkkokilpailusta vaikuttavat huomattavasti markkinoiden määrittelyyn. Esimerkiksi Internet-laajakaistayhteyksien ja perinteisten modeemiyhteyksien markkinoiden on 2000-luvun alkuvuosina katsottu eriytyneen toisistaan.³⁷ Hyödykkeen luonteesta riippuen markkinamäärittelyt saattavat myös poiketa toisistaan erittäin olennaisesti – esimerkiksi laajakaistayhteyksien maantieteelliset markkinat saattavat olla huomattavasti matkapuhelinyhteyksien maantieteellisiä markkinoita suppeammat.

Markkinoiden määrittely on sääntely-yhteistyön kannalta merkityksellistä, jotta tiedetään mukana olevien yhtiöiden yhteinen markkinavoima, sääntelyn vaikutukset markkinoilla ja ryhmäpoikkeusasetusten ja suuntaviivojen mahdollinen soveltuminen yhteistyöhön. Mikäli maantieteellisten markkinoiden katsotaan rajautuvan Suomeen, yhteissääntelyssä mukana olevien yhtiöiden markkinavoima ja vaikutukset kilpailuun ovat todennäköisesti merkittäviä. Maantieteellisten markkinoiden ollessa Suomea laajemmat ei yhteistyöllä taas välttämättä ole merkittäviä vaikutuksia kilpailuun telemarkkinoilla.

Mikäli katsotaan, että tietyt yritykset toimivat eri markkinoilla eivätkä voi lähitulevaisuudessa kohtuullisin investoinnein laajentua samoille markkinoille, niitä ei voi pitää toistensa tosiasiallisina tai potentiaalisina kilpailijoina. Kilpailuvirasto on vanhassa puuttumattomuustodistuskäytännössään katsonut muun muassa, etteivät matkaviestinverkon rakentamiseen liittynyt yhteistyö rajoittanut kilpailua, koska osapuolet eivät olleet relevanteilla markkinoilla tosiasiallisia kilpailijoita.³⁸ Tuolloin erillisinä markkinoina tarkasteltiin valtakunnallisia ja alueellisia matkaviestinverkkoja ja runkoverkkoja. Tässäkin päätöksikäytännössä on tuotu esiin viestintätekniiikan kehityksen markkinamäärittelyille synnyttämiä haasteita sekä määrittelyjen muuttuvaa luonnetta.³⁹ Mikäli

³⁴ Tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittämäsopimuksiin (98/C 265/02), kohta 55.

³⁵ Esim. lausunto liikenne- ja viestintäministeriölle markkinavoimaltaan huomattavien teleyritysten määrittelystä, 7.5.2001, Dnro 404/72/2001, sekä Sonera Oyj:n epäiltyä määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeva päätös, 26.6.2008, Dnro 1012/61/2001.

³⁶ Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisu KHO:2011:40, 14.4.2011, ratkaisun perustelujen osio 2.1, "Merkityksellisten markkinoiden määrittely". Mainittuja viestintämarkkinaoikeudellisia asiakirjoja ovat mm. komission ohjeet markkina-analyyseja ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (2002/C 165/03) sekä komission suositus sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/21/EY mukaisesti ennakkosääntely alaisiksi tulevista merkityksellisistä tuote- ja palvelumarkkinoista sähköisen viestinnän alalla (K (2003) 497 lopullinen).

³⁷ Ks. KHO:2011:40, ratkaisun perustelujen osio 2.1, "Merkityksellisten markkinoiden määrittely" ja vastaava otsikko tuomioon sisältyvässä markkinaoikeuden ratkaisun referaatissa.

³⁸ Ks. esim. Kilpailuviraston ratkaisu asiassa *Suomen 2G Oy* (Dnro 602/67/2000, 15.12.2000).

³⁹ Esim. Kilpailuviraston ratkaisu mobiilimaksamisyhteistyötä käsitelleessä asiassa *Nordea Pankki Suomi Oyj / Sampo Pankki Oyj* (Dnro 1126/67/2002, 26.6.2003).

markkinatarkastelussa ei voida havaita kilpailuvaikutuksia, samoilla markkinoilla toimiminen ei luonnollisesti muodosta estettä yhteistyölle.⁴⁰

6 KILPAILIJOIDEN VÄLINEN YHTEISTYÖ

6.1 Milloin kilpailijoiden välinen yhteistyö rajoittaa kilpailua

Kilpailusäännöistä ilmenevä kilpailijan määritelmä on laaja. Se kattaa sekä tosiasialliset että potentiaaliset kilpailijat eli samalla jakelu- tai tuotantoportaalla toimivat elinkeinonharjoittajat. Teletoiminnan yhteis- tai itsesääntelytoimissa olisi mukana telemarkkinoilla keskenään kilpailevia tahoja. Kilpailijoiden yhteistoiminnan arviointia käsittelevä lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja Euroopan komission tulkintaohjeet ovat siis tärkeitä sääntely-yhteistyön kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta.

Yllä luvussa 5 kuvatulla markkinoiden määrittelyllä on kilpailijoiden välisen yhteistyön arvioinnissa erityistä merkitystä, sillä ilman markkinamäärittelyä on käytännössä mahdotonta päätellä ovatko elinkeinonharjoittajat toistensa kilpailijoita. Markkinoiden ja markkinavoiman arvioinnilla on lisäksi merkitystä arvioitaessa kilpailuvaikutuksia. Kilpailijoiden väliset vähämerkitykselliset sopimukset (*de minimis* -sopimukset) eivät ole kiellettyjä. Kilpailijoiden väliseksi vähämerkitykselliseksi sopimukseksi katsotaan sopimus, jonka osapuolten yhteenlaskettu markkina-osuus ei ylitä merkityksellisillä markkinoilla 10 prosenttia.⁴¹ Myös vähämerkityksellinen sopimus on kielletty, jos se siinä vahvistetaan hintoja myytäessä tuotteita kolmansille, rajoitetaan tuotantoa tai myyntiä taikka jaetaan markkinoita tai asiakkaita. Näitä pidetään kaikkein vakavimpina kilpailijayhteistyön muotoina. Suunnitellussa sääntely-yhteistyössä olisivat mukana todennäköisesti alan kaikki keskeiset toimijat, joten 10 % markkinaosuusraja ylittyisi ja itse- tai yhteissääntelyn arviointi edellyttäisi tarkempaa arviointia.

Kilpailijoiden välisenä yhteistyönä ovat kilpailulain 5 §:n mukaan kiellettyjä sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy. Kielletyiltä menettelyltä ei edellytetä oikeudellista sitovuutta, vaan myös esimerkiksi suositukset ja "herrasmies-sopimukset" voivat rajoittaa kilpailua. Kilpailu saattaa rajoittua muun muassa toiminnan, kustannusten tai hinnoittelun yhdenmukaistumisen taikka yhteistyöhön osallistumattomien kilpailijoiden markkinoilta sulkemisen myötä. Toiminnan yhdenmukaistumisen kilpailuriskeihin lienee syytä kiinnittää erityisesti huomiota pohdittaessa tuotteiden ominaisuuksien määrittelyä sääntely-yhteistyössä.

Kun yhteistyömenettelyllä on todettu olevan kilpailunvastainen tarkoitus, ei ole tarpeen arvioida sen todellisia tai mahdollisia vaikutuksia markkinoilla. Arvioitaessa, onko menettelyllä kilpailunvastainen tarkoitus, on otettava huomioon menettelyn sisältö, tavoitteet sekä taloudellinen ja oikeudellinen yhteys, jonka osa se on.

Kilpailijoiden välinen yhteistyö ei yleensä ole kielletty, jos kilpailijat eivät osapuolten heikkojen teknisten valmiuksien tai vastaavien objektiivisten seikkojen perusteella pystyisi itsenäisesti suorittamaan yhteistyön kattamaa hanketta tai toimintaa eivätkä osapuolet olisi pystyneet toteuttamaan hanketta vähäisemmällä rajoituksilla ("välttämätön yhteistyö").⁴² Välttämättömän yhteistyön sallimisessa olennaista ei ole osapuolten halu ja intressi

⁴⁰ Esim. Kilpailuviraston ratkaisu asiassa *FICIX ry* (Dnro 1004/67/2001, 19.6.2002).

⁴¹ Komission tiedonanto vähämerkityksellisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (2001/C 368/07), kohta 7.

⁴² Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01), kohta 30.

tietynsisältöisen sopimuksen tekemiseen, vaan ainoastaan se, eivätkö samassa tilanteessa olevat yritykset olisi voineet toteuttaa vähemmän rajoittavaa yhteistyöjärjestelyä, kun asianomaisten yritysten taloudellinen ja oikeudellinen toimintaympäristö, yhteistyön piiriin kuuluvat palvelut sekä relevanttien markkinoiden rakenne ja niiden tosiasialliset toimintaedellytykset otetaan huomioon.⁴³ Välttämättömän yhteistyön arvioinnissa ei lähtökohtaisesti suoriteta kilpailulain 6 §:n mukaista tehokkuusarviointia. Tietyn välttämättömyyden ylittävät elementit saattavat kuitenkin edellyttää tehokkuusarviointia, eikä välttämättömyyden raja ole aina selvä.

Eurooppalaisessa oikeuskäytännössä on katsottu muun muassa, että infrastruktuurin yhteiskäyttöä ja kansallisia verkkovierailuja 3G-matkaviestinnässä koskeneen operaattorien välisen puitesopimuksen kilpailuoikeudellista hyväksyttävyyttä arvioitaessa oli näiltä osin kiinnitettävä huomiota ainakin hallitsevan operaattorin läsnäoloon, markkinarakenteen keskittymiseen ja markkinoille pääsyn esteisiin.⁴⁴ Vastaavatyypisissä markkina-asetelmissä koskevin perusteluin on katsottu aiemmin, että teknologian lisensointisopimukseen liittynyt yksinoikeusehto oli välttämätön ja hyväksyttävä.⁴⁵

Välttämättömän yhteistyön kriteerien täyttyminen ei yhteis- tai itsesääntelyn kohdalla vaikuta yksiselitteisen varmalta tai edes todennäköiseltä. Vaikka lainsäädännössä asetetun tehtävän täyttämistä voitaisiin sinänsä mahdollisesti pitää perusteena yhteistyön tekemisen välttämättömyydelle, yhteistyössä syntyvät kilpailunrajoitukset (esimerkiksi yksittäiset kilpailua rajoittavat tekniset määräykset tai ongelmallinen tietojenvaihtojärjestely) tuskin välttämättömyydeksi täyttäisivät.

Sääntely-yhteistyötä suunniteltaessa on joka tapauksessa erittäin tärkeää kartoittaa markkinoiden kilpailutilanne, sääntelyn vaikutukset tosiasiallisten ja potentiaalisten kilpailijoiden mahdollisuuksiin toimia ja päästä markkinoille sekä sääntelystä seuraavien rajoitusten välttämättömyys. Suunnitellun sääntelyn mukainen kilpailijayhteistyö sisältää riskin sekä poissuljenta- että koordinaatiovaikutuksista.

6.2 Kielletyt kartellit

Suunnitellun itse- tai yhteissääntelyn kannalta on hyvin keskeistä, ettei sääntelyssä katsottaisi miltään osin olevan kyse kartellista, joka on kaikkein vakavin kilpailijoiden välisen kielletyn yhteistyön muoto. Kilpailuviranomaiset suhtautuvat kartelleihin erittäin kielteisesti.

Kartelleilla tarkoitetaan virallisia tai epävirallisia sopimuksia tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja, joilla kilpailijat sopivat hinnoista, jakavat markkinoita tai asiakkaita, rajoittavat tuotantoa määrällisesti tai paljastavat toisilleen kaupallisesti arkaluonteisia tietoja. Kaavailtu sääntely ei vaikuta saatavilla olevien tietojen perusteella olevan järin alts hinnoitteluyhteistyölle, tuotannon rajoittamiselle tai hankintalähteiden tai markkinoiden jakamiselle. Sääntelyn suunnittelussa ja toteutuksessa olisi kuitenkin kiinnitettävä huomiota siihen, että mitään näihin viittaavaa ei esiinny.

6.3 Tietojenvaihto ja toimialajärjestöt

Sääntely-yhteistyö toteutettaisiin mahdollisesti toimialayhdistyksen tai vastaavan toimielimen kautta ja edellyttäisi todennäköisesti joka tapauksessa säännöllistä yhteydenpitoa

⁴³ Komission suuntaviivat perustamis sopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08), kohta 18, sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, kohta 8, ja T-374, 375 ja 388/94, *European Night Services Ltd ym. v. komissio*, kohta 136.

⁴⁴ Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v. komissio*, kohdat 69–72.

⁴⁵ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 258/78, *Nungesser ja Eisele v. komissio*, kohdat 76–77.

kilpailijoiden välillä. Toimialan yhteisten yhdistysten (mm. FICIX ry ja FiCom ry) puitteissa tehdään telealalla joka tapauksessa runsaasti yhteistyötä, joten toimialajärjestöjä ja tietojenvaihtoa käsittelevät kysymykset ovat alan yleisen kilpailuoikeudellisen tarkastelun kannalta merkityksellisiä.

Yhdistyksissä syntyvät kilpailijakontaktit saattavat johtaa *kiellettyyn tietojenvaihtoon*, jota pidetään yhtenä kartellitoiminnan muotona.⁴⁶ Kilpailijoiden välisissä kokouksissa on noudatettava erityistä huolellisuutta, jotta niissä ei syyllistytä kiellettyyn tietojenvaihtoon tai muuhun kartelliin ylläpitämiseen. Tietojenvaihtoa voi tapahtua sekä muodollisissa että epämuodollisissa kokoontumisissa ja muissa tilanteissa. Kaikenlainen, yksipuolinenkin, tiedon tarjoaminen ja välittäminen voidaan katsoa kielletyksi tietojenvaihdoksi, jos se johtaa vastaavaan toimintaan kilpailijoiden taholta tai muuten rajoittaa kilpailua.

Tietojenvaihto on kiellettyä, kun se kohdistuu kaupallisesti arkaluontoiseen tietoon. Arkaluontoista tietoa ei lähtökohtaisesti saa luovuttaa edes tilastointitarkoituksiin. Kaupallisesti arkaluontoisella tiedolla tarkoitetaan kaikkea yksityiskohtaisia, ei-julkista tietoa, joka on joko luokiteltu liikesalaisuudeksi tai mahdollistaa markkinakäyttäytymisen koordinoimisen yhdessä kilpailijan kanssa. Tällaisia ovat erityisesti hinta-, myynti- ja kustannustiedot. Strategisten tietojen, toisin sanoen tietojen, jotka pienentävät strategista epävarmuutta markkinoilla, vaihtamista pidetään kiellettynä kilpailijayhteistyönä todennäköisemmin kuin muunlaisten tietojen vaihtamista. Kaikkein strategisimpina ja siten arkaluontoisimpina pidetään hintoja ja tuotantomääriä koskevia tietoja ja niiden jälkeen kustannuksia ja kysyntää koskevia tietoja.⁴⁷ Myös asiakkaita, tuotantomääriä, teknologiaa, tutkimus- ja kehitystyötä sekä liiketoimintaan liittyviä suunnitelmia koskevat tiedot saattavat tilannekohtaisesti olla kaupallisesti arkaluontoisia.

Tietojen arkaluontoisuus ja siis kilpailuoikeudellinen ongelmallisuus on sitä suurempi, mitä yksilöidympiä, uudempia ja markkinapeitoltaan kattavampia ne ovat sekä mitä tiheämpään niitä vaihdetaan.⁴⁸ Jos vaihdetut tiedot ovat yksinomaan historiallisia, julkisia ja vähäisin kustannuksin kaikkien kiinnostuneiden saatavilla eikä niiden perusteella voi yksilöidä yritystason tietoja, tietojenvaihto on todennäköisimmin sallittua.

Kilpailuoikeudellisesti ongelmallinen tietojenvaihdon tiheys sekä tietojen ikä ja kattavuus ovat tapauskohtaisia, mutta esimerkiksi alle vuoden ikäisiä yksilöityjä tietoja on usein pidetty arkaluontoisina.⁴⁹ Telealan markkinoiden dynaaminen ja muuttuva luonne voitaisiin periaatteessa huomioida arvioitaessa hyväksyttävää tietojenvaihdon tiheyttä, mutta selkeää oikeuskäytäntöä ei aiheesta ole.⁵⁰ Nykyistä ja mennyttä aikaa koskevien tietojen vaihtamista pidetään todennäköisemmin tehokkuusetiiniin johtavana ja siten sallittuna kuin tulevia aikomuksia koskevien tietojen vaihtamista.⁵¹ Aidosti yhteenkoottujen ei-yrityskohtaisten markkinatietojen kokoaminen voi olla sallittua ja hyödyllistä, mutta tiukassa oligopolissa eli vain muutaman yrityksen hallitessa markkinaa yhteenkoottujenkin tietojen käyttöä voidaan

⁴⁶ Ks. esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut 41, 43- 48, 50, 111 ja 114/73, *Coöperative Vereniging Suiker Unie UA ym. v. komissio* ja C-7/95, *John Deere Ltd v. komissio* sekä suomalaista ns. asfalttikartellia koskeva korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisu KHO:2009:83.

⁴⁷ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohta 86.

⁴⁸ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohdat 86–91.

⁴⁹ Esim. komission päätökset asioissa *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* (IV/31.370, 13.3.1992), johdanto-osan kohta 50, sekä *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (IV/36.069, 26.11.1997), kohta 17.

⁵⁰ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohta 91.

⁵¹ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohta 100.

pitää pulmallisena.⁵² Aidosti julkisten eli yhtäläisin kustannuksin kaikkien saatavilla olevien tietojen vaihtamista ei useimmiten pidetä kiellettyinä kilpailijayhteistyönä.⁵³

Yleisluontoisista, kilpailunäkökulmasta neutraaleista aiheista keskustelu on toimialajärjestöissä sallittua. Näihin kuuluvat muun muassa lainsäädäntöön ja sen muuttamiseen liittyvät kysymykset sekä turvallisuus-, terveys- ja koulutuskysymykset. Kokouksissa käytävät keskustelut on pyrittävä pitämään kokouksen esityslistan mukaisina. Kaikista toimialajärjestöjen kokouksista on pidettävä pöytäkirjaa tai laadittava muistiinpanot.

Toimialajärjestöissä on todettu syyllistytyn myös muun muassa järjestöön kuulumattomien toimijoiden sulkemiseen markkinoilta ja kotimaisten markkinoiden kilpailuoikeudellisesti perusteettomaan ”suojeluun” ulkomaisilta yrityksiltä syrjivillä sertifiointijärjestelyillä.⁵⁴ Suunnitellussa sääntely-yhteistyössä teknisten määräysten pitäminen sisällöltään objektiivisina ja syrjimättöminä on erittäin tärkeää. Sekä toimialajärjestöä että sen jäseniä voidaan rangaista järjestön toiminnan yhteydessä tapahtuneista kilpailurikkomuksista. Mikäli järjestö ei ole maksukykyinen, sille langetettu seuraamusmaksu voidaan vaatia sen jäseniltä.⁵⁵ Tällaisessakin tilanteessa jäsenille voidaan määrätä lisäksi erillinen seuraamusmaksu.⁵⁶

6.4 Hyödyllisten sopimusten salliminen

6.4.1 Yksilöllinen tehokkuusarviointi hyödyllisyyden mittarina

Kilpailulain 6 §:n ja SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaan kilpailijoiden väliseen yhteistyöhön liittyvät kilpailunrajoitukset eivät ole lainvastaisia, jos niiden kilpailua edistävät vaikutukset ovat suuremmat kuin niiden kilpailua rajoittavat vaikutukset. Potentiaalisen kilpailunrajoituksen hyväksyttävyyden kannalta on siis erittäin olennaista, ylittävätkö siitä saatavat hyödyt sen haitat.

Elinkeinonharjoittajien on tullut 1.5.2004 voimaan tulleen kilpailunrajoituslain muutoksen jälkeen arvioida itsenäisesti yhteistoimintansa sallittavuus. Euroopan komissio on julkaissut kilpailusääntöjen täytäntöönpanoasetuksen yhteydessä 7.4.2004 suuntaviivat tehokkuusperustelujen yksilöllisestä arvioinnista.⁵⁷ Hyötyjen ja haittojen välistä arviointia varten on kehitetty tehokkuusarviointimalli, jossa jokaisen seuraavasta neljästä edellytyksestä tulee täytyä, jotta kilpailijoiden välistä sopimusta voitaisiin pitää sallittuna:

1. yhteistyöjärjestelyn tulee tehostaa tuotantoa tai hyödykkeiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä;
2. kuluttajien tai asiakkaiden tulee saada kohtuullinen osuus kilpailua rajoittavan sopimuksen tuottamista tehokkuuseduista;

⁵² Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohta 89.

⁵³ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohdat 92-93.

⁵⁴ Esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut 96/82, *IAZ International Belgium NV v. komissio*, ja 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v. komissio*.

⁵⁵ Ks. neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, 23 (4) artikla.

⁵⁶ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu C-101 ja 110/07, *Coop de France détail et viande ym. v. komissio*, kohdat 127-130.

⁵⁷ Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta sekä komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08). Tehokkuusarvioinnin kuvailu alla perustuu suurelta osin komission suuntaviivoihin.

3. sopimuksessa ei saa määrätä rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä sopimuksen luomien tehokkuusetujen saavuttamiseksi;
4. sopimus ei saa antaa yritykselle mahdollisuutta poistaa merkittävästi kilpailua.

6.4.2 Tehokkuuden parantuminen

Tehokkuuden parantumista koskeva kriteeri merkitsee ensinnäkin, että kilpailua rajoittavan sopimuksen ja tehokkuusetujen välillä on oltava riittävä ja useimmiten suora syy-yhteys. Tehokkuus voi parantua sekä horisontaalisen että vertikaalisen yhteistyön seurauksena.

Tuotannon tai hyödykkeiden jakelun tehostuminen tapahtuu usein kustannusetujen kautta. Kustannusetuja voi syntyä esimerkiksi uusien tuotantotekniikoiden ja -menetelmien myötä tai varojen yhdistämisestä johtuvien synergiaetujen vuoksi. Myös alenevista yksikkökustannuksista johtuvat mittakaavaedut ja tuotevariointi eli eri hyödykkeiden tuottaminen samoista tuotannontekijöistä voivat tuoda kustannusetuja. Laadullisia tehokkuusetuja voidaan taas saavuttaa tuottamalla laadukkaampia tai uusia ominaisuuksia omaavia hyödykkeitä. Esimerkiksi tietoliikennealalla yhteistyösopimuksista on katsottu olleen hyötyä, kun niiden myötä on voitu tuottaa uusia maailmanlaajuisia palveluja.

Teknisessä tai taloudellisessa kehityksessä voi olla kyse innovaatioiden edistämisestä, teknologian siirrosta taikka uuden tai parannetun hyödykkeen markkinoille saattamisesta. Esimerkiksi lääkkeiden rinnakkaistuonnin estävän sopimuksen on katsottu tuovan tehokkuusetuja, koska se kannusti voimakkaasti säännellyllä toimialalla tutkimus- ja kehitystyöhön, jonka kalleus ja riskialttius ei muutoin tehnyt siitä houkuttelevaa.⁵⁸ Keskeistä on kuitenkin, että teknistä tai taloudellista kehitystä edistää itse sopimus, ei vain jokin suurempi järjestely, johon sopimus kytkeytyy.⁵⁹

SEUT:n ja kilpailulain sanamuotojen perusteella tehokkuusetujen on oltava luonteeltaan taloudellisia, eivätkä ne voi perustua yksinomaan markkinavoiman käytöstä syntyviin osapuolten subjektiivisiin kustannusetuihin, jollaisia vaikkapa hinnoista sopiminen tai markkinoiden jakaminen voivat tuottaa. Kustannusetuja on arvioitava objektiivisesti.

6.4.3 Hyödyn siirtyminen kuluttajalle

Hyödyn siirtymistä kuluttajalle koskeva kriteeri kattaa kaikenlaiset asiakasryhmät, jotka hyödyntävät sopimuksen tarkoittamia tuotteita. Kohtuullisella osuudella tarkoitetaan käytännössä, että yhteistyön hyötyjen on oltava haittoja suuremmat. Ratkaisevana tekijänä ovat kokonaisvaikutukset kuluttajiin markkinoilla, eivät minkään kuluttajaryhmän yksittäisten jäsenten edut. Mitä suurempi on kilpailunrajoitus, sitä suurempi on oltava myös tehokkuusetujen ja kuluttajalle koituvan hyödyn.

Ehdon voi täyttää periaatteessa mikä tahansa tehokkuusetu, joka siirtyy eteenpäin siten, että siirtynyt hyöty on suurempi kuin kilpailunrajoituksen tuottama haitta. Kustannusetujen välittymistä tarkastellaan osin taloustieteeseen nojaavassa kehikossa, jossa otetaan huomioon markkinoiden ominaispiirteet ja rakenne, etujen luonne ja suuruus, kysynnän joustavuus ja kilpailunrajoituksen voimakkuus. Laadullisten etujen välittymisen arviointi perustuu pitkälti tapauskohtaiseen arvoarvostelmaan. Muun muassa uuden hyödykkeen päättymistä kuluttajien saataville nopeammin ja mahdollisesti laadukkaampana kuin ilman rajoitusta on pidetty hyväksyttävänä hyödyn siirtymisenä.⁶⁰

⁵⁸ Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. komissio*.

⁵⁹ Komission päätös asiassa *Visa International* (COMP/D1/29.373, 24.7.2002), kohta 81.

⁶⁰ Esim. komission päätös asiassa *Beecham/Parke, Davis* (IV/28.796, 17.1.1979), kohta 38.

Kuluttajahintojen nousu kilpailunrajoituksen seurauksena merkitsee hyvin usein, että riittävä osuus hyödystä ei siirry kuluttajalle. Joissakin tapauksissa on kuitenkin katsottu, että hyödyn siirtymistä koskeva kriteeri täyttyy, jos hintojen nousua voidaan pitää tilapäisenä ja pitkän aikavälin seurauksena on alan muuttuminen kilpailullisemmaksi.⁶¹ Jos tuotteiden ominaisuudet merkittävästi yhdenmukaistuvat esimerkiksi tuotteen ominaisuuksien sääntely-yhteistyön myötä ja seurauksena on tuotevarianssin väheneminen, lopputulosta voi vastaavaan tapaan pitää ongelmallisena ja kuluttajien valinnanvaraa heikentävänä ainakin, jos tämä ei kompensoidu selvänä hinnanalennuksena tai muun kuluttajan etuna.

6.4.4 Rajoitusten välttämättömyys

Rajoitusten välttämättömyyttä koskeva kriteeri jakautuu kahtia siten, että ensinnäkin kilpailua rajoittavan sopimuksen itsessään ja toiseksi sopimuksesta seuraavien yksittäisten kilpailunrajoitusten on oltava kohtuudella tarpeellisia tehokkuusetujen saavuttamiseksi. Olennaista on, saadaanko sopimuksella tai rajoituksella enemmän tehokkuusetuja kuin ilman sopimusta tai rajoitusta. Jos sopimuksesta tai rajoituksista saatavat hyödyt ovat kohtuudella saavutettavissa myös vähemmän rajoittavalla menettelyllä, välttämättömyyseto ei täyty. Rajoitus on välttämätön, jos sen puuttuminen poistaisi sopimuksesta seuraavat tehokkuusedut, vähentäisi niitä merkittävästi tai tekisi niiden toteutumisesta huomattavasti epätodennäköisempää.

Välttämättömyysarvioinnissa otetaan huomioon markkinoiden rakenne, sopimukseen liittyvät taloudelliset riskit ja osapuolten kannustimet. On mahdollista, että välttämättömyys kestää ainoastaan tietyn ajan.

Komissio on muun muassa katsonut, ettei lauttareitin toteuttaminen yhteistyössä yhteisyrityksen kautta rajoittanut kilpailua, koska vähemmän kilpailua rajoittavilla keinoilla, esimerkiksi aikataulu-yhteistyön kautta, ei olisi voitu saavuttaa vastaavia kustannus- ja vuoroaikatauluja.⁶² Laajaa pankkialan verkostoyhteistyötä arvioitaessa on katsottu, että monenvälisen toimituspalkkioiden käyttö oli välttämätöntä, koska esimerkiksi kahdenvälisillä sopimuksilla ei vastaavaan, kuluttajien kannalta edulliseen, joustavaan ja kattavaan lopputulokseen olisi mitään todennäköisimmin päästy.⁶³

6.4.5 Kilpailun säilyminen

Kilpailun säilymistä koskevan kriteerin osalta on tarkasteltava sopimuksen yleisiä laadullisia ja määrällisiä vaikutuksia markkinoihin ja todellisten sekä potentiaalisten kilpailijoiden asemaan niillä. Ehdon täytyminen riippuu siis markkinoilla ennen sopimusta vallinneesta kilpailuasteesta ja kilpailua rajoittavan sopimuksen vaikutuksesta kilpailuun. Erityisen merkittävänä pidetään tosiasiallista hinta-, innovaatio- ja uusien tuotteiden kehittämiseen liittyvää kilpailua.

Esimerkiksi kovin korkean minimilaatutason määrittäminen tietylle tuotteelle teknisillä määräyksillä voisi olla vahingollista kilpailun säilymisen näkökulmasta siinäkin tapauksessa, että se muuten olisi perusteltavissa.

Rajoitukseen osallisten tahojen markkinaosuudella on kriteerin täyttymisen arvioinnissa luonnollisesti tärkeä rooli, mutta se ei ole ainoa tekijä. Tarkastelu kohdistuu myös muun muassa markkinoille tulon kustannuksiin, ostajien asemaan ja pienimpään tehokkaaseen mittakaavaan eli siihen tuotannon tasoon, jolla keskimääräiset kustannukset voidaan

⁶¹ Esim. komission päätös asiassa *Synthetic Fibres* (OJ L207/17, 4.7.1984), kohdat 39–41.

⁶² Komission päätös asiassa *P&O Stena Line* (IV/36.253, 26.1.1999).

⁶³ Komission päätös asiassa *Visa International* (COMP/D1/29.373, 24.7.2002), kohta 101.

toimialalla minimoida. Arvioinnissa ei käytetä ennalta asetettuja markkinaosuusrajoja vaan tapauskohtaista kokonaistarkastelua.

6.4.6 Kilpailuviraston päätökset aiemmassa käytännössä

Elinkeinonharjoittajien oli ennen vuotta 2004 mahdollista hakea Kilpailuvirastolta tai Euroopan komissiolta kantaa yhteistoimintansa kilpailulainsäädännön mukaisuudesta. Viranomaiselta oli mahdollista saada poikkeuslupa, jos tehokkuutta ja hyötyjen siirtymistä koskevat kriteerit täyttyivät. Kilpailuvirasto myönsi telealalle hyötyjen ja haittojen välisiin tehokkuusarviointeihin pohjautuen monia poikkeuslupia. Tuolloista kansallista käytäntöä voi pitää jonkin verran sallivampana kuin myöhempää ja unionitason käytäntöä, eivätkä poikkeusluparatkaisuista ilmenevät linjanvedot sido Kilpailuvirastoa sen tulevissa päätöksissä. Päätöksistä voi kuitenkin hyvin havaita, millaisiin asioihin on kiinnitetty huomiota.

Ratkaisuissa on tehokkuusetujen arvioinnissa annettu painoarvoa muun muassa kustannussäästöille, tutkimustyön päällekkäisyyksien karsimiselle ja yhteistyön myötä syntyvälle mahdollisuudelle kilpailla suurempien markkinatoimijoiden kanssa sekä hyötyjen kuluttajalle siirtymisessä muun muassa hintojen laskulle, uudenlaisten tai parempien tuotteiden tuomiselle markkinoille ja yleiseen kilpailupaineen lisääntymiselle.⁶⁴

Tehokkuusetujen säilyttämisen osalta on pidetty tärkeänä, että yhteistyöhön mukaan pääsemisen ehdot ovat kustannusvastaavia, syrjimättömiä ja läpinäkyviä.⁶⁵ Vastaavasti yhteistyön puitteissa hankittujen tietojen, aineistojen ja oikeuksien täytyy olla alan toimijoiden saatavilla yhtäläisin ehdoin.⁶⁶

6.5 Liitännäisrajoitusten arviointi

Käytännön toiminnan kannalta liitännäisrajoitusten hyväksyttävyyden arvionnilla on päärajoituksen hyväksyttävyyden arvionnin rinnalla suuri merkitys. Liitännäisrajoituksia ovat kilpailunrajoitukset, jotka liittyvät suoraan pääasiallisen toimenpiteen täytäntöönpanoon. Kun pääasiallinen toimenpide ei rajoita kilpailua, liitännäisrajoituksena on mahdollista hyväksyä kaikki kilpailunrajoitukset, jotka ovat täytäntöönpanon kannalta tarpeellisia ja oikeasuhtaisia.

Rajoitus liittyy suoraan pääasialliseen toimenpiteeseen, jos se on riippuvainen kyseisen toimenpiteen täytäntöönpanosta ja erottamattomasti kytketty siihen. Rajoitus katsotaan objektiivisesti tarpeelliseksi ja oikeasuhtaiseksi, jos toimenpide olisi ilman rajoitusta vaikea tai mahdoton panna täytäntöön.⁶⁷ Kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäväkin yhteistyöhanke voidaan siis katsoa liitännäisrajoitustensa osalta kilpailua rajoittavaksi ja kielletyksi, jos liitännäisrajoitukset ylittävät yhteistyön kannalta käytännössä välttämättömän tason.⁶⁸

⁶⁴ Esimerkiksi Kilpailuviraston myöntämät poikkeusluvut *DNA Finland Oy:lle* (Dnro 109/67/2001, 21.1.2002), *Finnet Internationalille* (Dnro 582/67/2002, 18.8.2003), *Finnet-ryhmään* kuuluville paikallisille puhelin-yhtiöille (*KV9:n* lupa, Dnro 313/67/2002, 6.5.2003), *Nettiportille* (Dnro 1147/61/2001, 3.4.2003) ja *Suomen 2G Oy:lle* (Dnro 602/67/2000, 15.12.2000).

⁶⁵ Kilpailuviraston poikkeuslupa *Finnet-yhtiöiden* ja *Sonera Oy:n* alueelliseen puhelinluettelo-yhteistyöhön sisältyvälle hintayhteistyölle (Dnro 466/67/97, 23.9.1998).

⁶⁶ Kilpailuviraston TV:n katsojamittauksissa toteutettavalle yhteistoiminnalle (*Mittaritoimikunta*-asia, Dnro 811/67/2000, 3.4.2003).

⁶⁷ Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08), kohdat 29 ja 31.

⁶⁸ Ks. esim. ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-112/99, *Métropole télévision (M6) ym. v. komissio*, kohdat 103–117, sekä yrityskauppojen yhteydessä ilmeneviä vastaavia liitännäisrajoituksia käsittelevä komission tiedonanto (2005/C 56/03).

Euroopan komissio on ilmaissut pitävänsä hintoja, määriä ja alueita koskevia liitännäisrajoituksia erityisen ongelmallisina.⁶⁹

Komissio on julkaissut yrityskauppojen yhteydessä esiintyvistä liitännäisrajoituksista tiedonannon, joka soveltuu lähtökohtaisesti myös kilpailijayhteistyöhön kytkeytyviin liitännäisrajoituksiin.⁷⁰ Tiedonanto sisältää erityisiä ohjeita kilpailukieltolausekkeiden, käyttöluvasopimusten sekä osto- ja toimitusvelvoitteiden käytöstä. Tämän tyyppiset sopimusehdot eivät todennäköisesti muodostu tarpeellisiksi suunnitellussa sääntely-yhteistyössä.

6.6 Ryhmäpoikkeusasetukset ja suuntaviivat

Sopimus on lähes aina kilpailuoikeuden vastainen, mikäli siinä vahvistetaan sopimuspuolten välillä noudatettavat toimitushinnat, rajoitetaan tuotantoa tai jaetaan markkinoita tai asiakasryhmiä. Kilpailuoikeuden perussääntö on, että yritysten välinen yhteistyö ei saa rajoittaa kilpailua. Kuten edellä on kuvattu, kilpailua rajoittava yhteistyö voidaan kuitenkin sallia, jos sillä on niin paljon kilpailun kannalta edistäviä tehokkuusvaikutuksia, että ne ylittävät kilpailun kannalta haitalliset vaikutukset.

Euroopan komission asetuksissa ja suuntaviivoissa selvennetään, millä edellytyksillä tietyt sopimukset voivat saada poikkeuskohtelua perustuen yleiseen oletukseen niiden hyvistä vaikutuksista. Myös Kilpailuviraston on otettava näiden asiakirjojen sisältö tekemissään kansallisissa arvioinneissa. Asetuksilla ja suuntaviivoilla on pyritty siihen, että jokaista sopimusta varten ei tarvitsisi tehdä erillistä tehokkuusarviointia, vaan ne voidaan hyväksyä siitä huolimatta, että niillä voi jossain tapauksissa olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Tässä tarkoituksessa komissio on julkaissut muun muassa luvussa 3.1 mainitut eri sopimustyyppejä koskevat ryhmäpoikkeusasetukset sekä eri sopimustyyppien kilpailuoikeudellisesta kohtelusta ja tehokkuusperusteiden soveltamista valottavat suuntaviivat:

Kaavaillun itse- tai yhteissääntelyn arvioinnin kannalta on tarkasteltava, miltä osin järjestelyyn soveltuisi jokin voimassa olevista kilpailijoiden välistä yhteistoimintaa käsittelevistä ryhmäpoikkeuksista tai suuntaviivoista. Suunnitellun yhteistyön kannalta erityisen olennaisia yhteistyön muotoja ovat tutkimus- ja kehitysyhteistyö sekä standardointiyhteistyö.

6.6.1 Tutkimus- ja kehitysyhteistyö kilpailijoiden kanssa

Kilpailevat yritykset tekevät usein yhteistyötä tutkimuksen ja kehityksen (T&K) alalla. T&K-sopimukset ovat muodoltaan ja laajuudeltaan hyvin erilaisia. T&K-yhteistyö voi olla kuluttajien kannalta hyödyllistä, sillä se usein tuo markkinoille uusia tai ominaisuuksiltaan parempia hyödykkeitä. T&K-sopimukset saattavat kuitenkin johtaa kilpailuongelmiin, kuten hintoja, tuotantoa, innovointia, tuotevalikoimaa tai laatua rajoittaviin vaikutuksiin, jos sopimukseen sisällytetään kilpailua tosiasiallisesti vähentäviä ehtoja. Koska sääntely-yhteistyössä olisi joka tapauksessa kyse rajojen asettamisesta osapuolten toiminnalle, mahdollisiin kilpailunrajoituksiin on kiinnitettävä huomiota tältäkin osin.

T&K-sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen mukaan kilpailijoiden välinen T&K-yhteistyö on yleisesti sallittua, jos osapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus jää alle 25 % ja sopimus ei sisällä vakavia kilpailunrajoituksia. Tämä koskee myös sopimuksia, joissa yritys tilaa toiselta yritykseltä tai tutkimuslaitokselta T&K-palveluita osallistuen itse työhön

⁶⁹ Komission päätös asiassa *Elopak / Metal Box – Odin* (IV/32.009, 13.7.1990), kohta 31.

⁷⁰ Komission tiedonanto keskittyviin liittyvistä ja niiden kannalta välttämättömistä rajoituksista (2005/C 56/03). Soveltumisesta ks. ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-112/99, *Métropole télévision (M6) ym. v. komissio*, kohdat 104–106.

ainoastaan rahallisesti. Yhteistyön osapuolet voivat melko vapaasti jakaa keskenään alueita tai asiakasryhmiä, jolle ne voivat myydä yhdessä kehitettyä teknologiaa hyödyntäviä tuotteita.⁷¹

Vakavia kilpailunrajoituksia ovat ehdot, jotka: 1) rajoittavat osapuolten oikeutta harjoittaa T&K-toimintaa muilla aloilla tai sopimuksen päättymisen jälkeen samalla alalla; 2) rajoittavat tuotantoa tai myyntiä eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta; 3) vahvistavat kolmansilta osapuolilta perittävät hinnat eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta; tai 4) kieltävät passiivisen myynnin tai tietyissä oloissa muunkinlaisen myyntitoiminnan.⁷²

Koska sääntely-yhteistyöhön osallistuviksi on kaavailtu merkittävää osuutta alan markkinatoimijoista, 25 prosentin markkinaosuusraja todennäköisesti ylittyy, jolloin ryhmäpoikkeusasetus ei sovellu ja yhteistyön tarkempi tarkastelu on välttämätöntä selvityksen luvussa 6.4 kuvatulla tavalla. Tässä myös komission tutkimus- ja kehityssopimuksia koskevilla suuntaviivoilla on merkitystä.

Nämä suuntaviivat sisältävät ohjeita markkinoiden määrittelystä sekä kilpailua rajoittavan kilpailijoiden välisen yhteistyön tulkinnasta T&K-toiminnassa.⁷³ Markkinoiden määrittelyn kannalta on huomattava, että hyödykkeen ja siinä käytetyn lisensoitavan teknologian markkinoita on kohdeltava erillisinä, ja että toiminnan vaikutukset innovointikilpailuun eivät välttämättä näy kokonaisuudessaan nykyisillä tuote- ja teknologiamarkkinoilla, vaan myös tulevia markkinoita saattaa olla tarpeen tarkastella erikseen. Yhteistyön yleisessä tarkastelussa on otettava huomioon muun muassa osapuolten markkinavoima sekä tutkimus- ja kehitystoiminnan usein edellyttämät suuret investointikustannukset.

6.6.2 Standardointisopimukset

Yhteissääntelyssä tai itsesääntelyssä todennäköisesti määritettäisiin teknisiä standardeja. Sääntely-yhteistyö sisältäisi yhteentoimivuutta koskevien määräysten osalta valintoja siitä, mitä standardeja käytetään ja mitä ratkaisuja tiettyjen standardien sisällä tehdään, joten standardointia koskevalla osuudella suuntaviivoissa on yhteistyön kannalta merkitystä. Standardointisopimusten ensisijaisena tarkoituksena on määritellä tekniset tai laadulliset vaatimukset, joita tulevien tuotteiden tai menetelmien on vastattava. Tuotteen standardimuoto on olennaista esimerkiksi silloin, kun tuotteen tulee olla yhteensopivia ja -käytettäviä muiden tuotteiden kanssa. Lentoturvallisuuteen liittyvän yksinomaisen teknisen standardoinnin, joka oli julkisen vallan päätöksellä annettu yksityisen tehtäväksi, on katsottu jäävän kilpailuoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle, koska se ei ollut luonteeltaan taloudellista.⁷⁴ Koska suunnitellussa sääntely-yhteistyössä on kyse myös muunlaisesta toiminnasta ja yhteys taloudelliseen toimintaan on melko selkeä, ei ole syytä jättää yhteistyöhön sisältyvää standardointityyppistä toimintaa kilpailuoikeudellisen tarkastelun ulkopuolelle.

Lähtökohtaisesti standardointiin suhtaudutaan myönteisesti, mutta tietyissä olosuhteissa standardointisopimuksilla voi olla kilpailun kannalta haitallisia vaikutuksia esimerkiksi, jos standardin neuvottelemisen aikana tapahtuu tietojenvaihtoa, mistä taas seuraa hintakilpailun vähenemistä. Tiettyjen teknisten eritelmien vahvistaminen voi myös johtaa innovatiivisten

⁷¹ Komission asetus (EU) N:o 1217/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten tiettyihin ryhmiin, 3 artikla.

⁷² Komission asetus (EU) N:o 1217/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten tiettyihin ryhmiin, 5 artikla.

⁷³ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C11/01), kohdat 111–147.

⁷⁴ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA v. komissio*, kohdat 70–72, 76–77, 79, 92, 96, 102 ja 114.

teknologioiden sulkemiseen markkinoilta, ja mikäli joiltakin yrityksiltä estetään standardin käyttö, ne voivat jäädä markkinoiden ulkopuolelle.

Standardointisopimusten vaikutukset voivat näkyä neljällä markkinalla eli standardien kohteena olevilla tuote- tai palvelumarkkinoilla, merkityksellisillä teknologiamarkkinoilla, standardoinnin omilla markkinoilla sekä vielä erillisillä testauksen ja varmentamisen markkinoilla.⁷⁵ Standardoinnissa kilpailijoiden yhteenlaskettu markkinaosuus ei ole kaikkein tärkein arviointikriteeri, mutta osapuolten markkinavoimalla on runsaasti merkitystä arvioinnissa.

Jos standardin sopimiseen osallistuvilla osapuolilla ei ole markkinavoimaa, sopimukseen ei yleensä liity kilpailunrajoituksia. Jos markkinavoimaa on, standardisopimus ei ole kilpailunrajoitus sen täyttäessä seuraavat edellytykset:

1. osallistuminen standardin laatimiseen on vapaaehtoista;
2. standardin hyväksymismenettely on läpinäkyvä;
3. standardia ei ole velvollisuutta noudattaa; ja
4. standardien tulee olla käytettävissä oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.

Jos nämä edellytykset eivät täyty, tapauskohtaisen arvioinnin perusteella standardisopimus voi kuitenkin olla sallittu. Arviointi tapahtuu edellä luvussa 6.4 kuvatulla tavalla. Eurooppalaisessa oikeuskäytännössä on katsottu muun muassa, että kun kaikkien halukkaiden pääsystä laatimaan tiettyä standardia olisi todistetusti käytännössä seurannut standardointiyhteistyön epäonnistuminen, niin yhteistyöhön osallistumisen rajoittaminen oli objektiivisesti tarpeellista ja näin kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävää.⁷⁶

Standardien laadinnassa on lähtökohtaisesti sovellettava ns. FRAND-periaatetta (*fair, reasonable and non-discriminatory*). Sen puitteissa standardiin osallistujat sitoutuvat lisensoimaan olennaiset teollis- ja tekijänoikeutensa kaikille kolmansille osapuolille oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.⁷⁷ Esimerkiksi huomattavan korkeiden hintojen tai muuten perusteettoman ankarien sopimusehtojen käyttö on siis kiellettyä. Kilpailuvirasto on soveltanut vastaavanlaisia periaatteita arvioidessaan kilpailijoiden välistä yhteistyötä toiminteen hallinnoinnissa sen ollessa merkityksellinen muiden markkinoilla toimivien kannalta.⁷⁸

Standardointisopimusten hyväksyttävyyden kannalta on olennaista, että standardointiyhteistyöhön osallistuvat voivat vapaasti kehittää vaihtoehtoisia standardeja ja tuotteita, ja toisaalta, että standardi on kaikkien markkinatoimijoiden käytettävissä objektiivisin ja syrjimättömin ehdoin. Myös standardointiin osallistumisen on syytä olla avointa, ellei muunlaiseen menettelyyn ole perusteltua syytä. Kilpailuvirasto on katsonut yksityisten toimijoiden toteuttaman standardoinnin edellyttävän vahvoja ja kilpailuoikeudellisesti kestäviä perusteluja tilanteessa, jossa yhdellä toimijalla oli alalla

⁷⁵ Komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01), kohta 261.

⁷⁶ Komission ratkaisu asiassa *X / Open Group* (IV/31.458, 15.12.1986).

⁷⁷ Neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 27 artiklan 4 kohdan mukainen tiedonanto asiassa *COMP/C-3/38636 – Rambus* (2009/C133/13) ja komission suuntaviivat SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01), kohdat 287–291.

⁷⁸ Kilpailuviraston ratkaisu asiassa *Mittaritoimikunta* (Dnro 811/67/2000, 3.4.2003).

poikkeuksellisen vahva markkina-asema ja virasto epäili tämän aseman vahvistuvan standardoinnin myötä entisestään.⁷⁹

6.6.3 Muut ryhmäpoikkeusasetusten ja suuntaviivojen kattamat sopimustyytit

Ryhmäpoikkeusasetusten piirissä ovat lisäksi erikoistumissopimukset, tuotantosopimukset, ostosopimukset, markkinoille saattamista koskevat sopimukset, ympäristösopimukset ja teknologiansiirtosopimukset. Myös suuntaviivoissa käsitellään tuotanto-, osto- ja markkinoillesaattamissopimuksia. Näistä useimmissa sovelletaan sopimustyyppikohtaisia markkinaosuusrajoja, joiden alittuessa sopimuksen ei lähtökohtaisesti katsota sisältävän kilpailuongelmia. Mikään sopimustyyppi ei kuitenkaan ole vapaa kielletyn kilpailunrajoituksen mahdollisuudesta.

Nämä sopimustyytit eivät vaikuta olevan kaavaillun sääntely-yhteistyön kannalta erityisen merkittäviä.

6.7 Yhteenveto: Tiettyjen Viestintäviraston teknisten määräysten alaan kuuluvien vaatimusten yhteis- tai itsesääntelyn arviointi kilpailijoiden välisen yhteistyön näkökulmasta

Sääntely-yhteistyössä on mahdollista, että syntyisi SEUT 101 artiklan ja kilpailulain 5 §:n mukainen kielletystä elinkeinonharjoittajien välinen sopimus tai yhdenmukaistettu menettelytapa, joka merkittävästi estäisi, rajoittaisi tai vääristäisi kilpailua. Tällaisesta sopimuksesta tai menettelystä voisi seurata sekä yhteistyön ulkopuolisten toimijoiden markkina-aseman heikentämistä eli poissuljentavaikutuksia että osallistujien markkinakäyttäytymisen yhdenmukaistamista eli koordinaatiovaikutuksia.

Sääntely toteutettaisiin luultavimmin *toimialajärjestön* tai vastaavan yhteenliittymän kautta, jolloin kilpailijat kommunikoisivat toistensa kanssa erilaisista alaan liittyvistä kysymyksistä. Tämän vuoksi erityisesti kilpailuoikeudellisesti kyseenalaisen *tietojenvaihtoyhteistyön* uhka on olemassa. Toimintamallin valinta edellyttäneen paljon keskusteluja erilaisista vaihtoehdoista ja toimijoiden eri ratkaisuja koskevista kokemuksista, mikä voi helposti sisältää myös kilpailuoikeudellisesti herkkää tietoa esimerkiksi vaihtoehtojen kustannuksista ja vaikutuksista tarjottavien palvelujen sisältöön. Aihepiirin merkittävyttä lisää vielä se, että telealalla tapahtuu runsaasti sallittua tiedonvaihtoa yhteentoimivuuden takaamiseksi.

Kielletyn ja sallitun tietojenvaihdon eroja sekä toimialajärjestöjen alttiutta kielletylle tietojenvaihdon on kuvattu luvussa 6.3. Tietojenvaihdon luonne ja vaikutus ratkaisevat, onko se kilpailulle haitallista ja siten kiellettyä. Sillä, missä vaiheessa sääntelyprosessia tietojenvaihto tapahtuu tai millä tavoin se tarkalleen on toteutettu, ei ole niinkään merkitystä. Viestintämarkkinaoikeudellisesti sääntelemättömien tuotteiden kohdalla haitalliseksi katsottava tietojenvaihto saattaa olla todennäköisempää kuin säänneltyjen tuotteiden, sillä säänneltyihin tuotteisiin liittyvät tiedot ovat yleistasolla joiltakin osin jo valmiiksi julkisia eikä tietojenvaihto-ongelmia näin välttämättä synny. Esimerkiksi tukkutason HMV-tuotteita koskeva tietojenvaihto voisi joissakin rajoissa pitää turvallisempana kuin sääntelemätöntä IP-yhteenliittämistä koskevaa tietojenvaihtoa.

Kilpailua rajoittavakin yhteistyö voidaan SEUT 101 artiklan 3 kohdan ja kilpailulain 6 §:n nojalla katsoa sallituksi, jos se on *kokonaisvaikutuksiltaan hyödyllinen ja kilpailutilanteelle edullinen*. Tämä hyödyllisyysarviointi yhteistyön osapuolten olisi lähtökohtaisesti tehtävä itse. Esimerkiksi suhteellisen vähäinen teknologian kehitystyötä koskeva tietojenvaihto, joka

⁷⁹ Kilpailuviraston lausunto Rakennustuoteteollisuus RTT ry:lle lukkojen ja helojen murtoturvallisuuteen liittyvistä standardiehdotuksista rtt-2009008 ja rtt-2009009 (Dnro 105/14.00.20/2009, 31.3.2009)

tuottaa kuluttajille siirtyviä kustannussäästöjä tai aiemman hintaisia, mutta uudenlaisia ja laadukkaampia palveluita, olisi todennäköisesti oikeutettavissa.

Hyödyllisyysarviointia on käsitelty laajasti luvussa 6.4 ja sen suorittamisen kannalta tärkeä ohje on komission suuntaviiva-asiakirja perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08).

Sääntely-yhteistyö sisältäisi yhteentoimivuutta koskevien määräysten osalta valintoja siitä, mitä standardeja käytetään ja mitä ratkaisuja tiettyjen standardien sisällä tehdään. Lisäksi sekä yhteentoimivuutta että palvelun ominaisuuksia ja käyttäjälle tiedottamista koskevat tekniset määräykset saattaisivat itsessään sisältää käytännössä standardointia vastaavia elementtejä. Tämän takia *standardointisopimuksia* koskevalla sääntelyllä on merkitystä sääntely-yhteistyötä arvioitaessa. Sääntelyprosessin on lähtökohtaisesti oltava mahdollisimman avoin ja siinä annettujen vaatimusten on oltava sisällöltään syrjimättömiä. Mikäli prosessissa päädyttäisiin hyödyntämään jollekin sääntelyosapuolelle kuuluvia teollistai tekijänoikeuksia, ne olisi luovutettava kolmansille oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.

Standardointia käsitellään tarkemmin luvussa 6.6.2 ja olennaisin siihen liittyvä ohje on standardointia koskeva luku komission suuntaviiva-asiakirja SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01, luku 7).

Sääntely-yhteistyössä saattaa olla myös *tutkimus- ja kehitysyhteistyön* piirteitä. Tätä aihepiiriä käsitellään yleisen säädösrakenteen luvussa 6.6.1 ja olennaisin siihen liittyvä ohje on tutkimus- ja kehityssopimuksia koskeva luku komission suuntaviiva-asiakirja SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01, luku 3).

Erityisesti palvelun ominaisuuksia koskevien teknisten määräysten itsesääntely voi muodostua ongelmalliseksi, koska sääntely-yhteistyöhön osallistuvat teleyritykset saavat yhteisen päätöksentekoa asemansa turvin periaatteessa mahdollisuuden suosia tiettyjä omia teknologisia ratkaisujaan tai sisältöjään. Tällainen suosiminen on lähtökohtaisesti kilpailuoikeudellisesti kiellettyä, ellei sitä voida perustella yllä mainituilla tehokkuusargumenteilla. Kilpailun säilyttämiseksi on lisäksi tärkeää, että asetetut vaatimukset ovat vain vähimmäistasoisia ja että tätä vähimmäistasoa ei aseteta liian ylös – esimerkiksi joiltakin teknisiltä ominaisuuksiltaan perustasoisen mutta edullisen telepalvelun mahdollistaminen voi olla kilpailuoikeudellisesti aiheellista.

Kilpailuoikeudellisesti soveliaan vähimmäistason saavuttamista edesauttavat todennäköisesti useat luvussa 4 kuvatut hyvän itsesääntelyn piirteet, kuten sääntelyn laajapohjaisuus ja avoimuus sekä sen lopputulosten saama julkisuus, Ennakolta selkein keino hyväksyttävän vaatimustason varmistamiseksi lienee sääntely-yhteistyössä käytössä olevan liikkumavaran rajaaminen, joka kuitenkin saattaa olla vuorostaan ongelmallista yhteistyön potentiaalisten hyötyjen saavuttamisen kannalta.

7 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ

7.1 Määräävä markkina-asema

Määräävä markkina-asema katsotaan olevan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, jolla *koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se*

*merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.*⁸⁰

Käytännössä yrityksellä tai yritysten yhteenliittymällä on huomattavaa markkinavoimaa silloin, kun se voi toimia markkinoilla riippumattomana kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja tavarantoimittajistaan. Määräävän markkina-aseman arvioinnissa sovelletaan useita arviointiperusteita, joista yksi keskeinen on *markkinaosuus*. Perussääntönä voidaan pitää sitä, että 40 % ylittävä markkinaosuus viittaa usein määräävään markkina-asemaan. Määräävä markkina-asema todetaan kuitenkin eri tapauksissa eri tavoin ja siinä otetaan markkinaosuuden lisäksi huomioon monia muita tekijöitä, jotka vahvistavat yrityksen markkinavoimaa ja näin sen asemaa markkinoilla. Näitä tekijöitä muun muassa ovat yrityksen rahoituksellinen ja taloudellinen vahvuus, sen vertikaalinen integroituminen, tuotevalikoiman laajuus, käytettävissä oleva vapaa kapasiteetti ja muut synergiaedut.

7.2 Yhteinen määräävä markkina-asema

Suunnitellun yhteis- tai itsesääntelyn kannalta huomionarvoinen on yhteisen määräävän markkina-aseman käsite. Vaikka yksikään yritys ei olisi yksinään määräävässä markkina-asemassa, yritysten yhteenliittymällä voi olla yhteinen määräävä markkina-asema, jos *yritysten välillä on niin voimakas taloudellinen side ja riippuvuus, että ne yhteensovittavat kilpailukäyttäytymistään markkinoilla.*⁸¹ Taloudelliset siteet ja riippuvuus johtuvat erityisesti markkinarakenteesta, toimintatapojen läpinäkyvyydestä ja siitä, että tarjoajien tuotteet ovat samanlaisia.

Telealalla yhteisen määräävän markkina-aseman voivat saavuttaa esimerkiksi verkko-operaattorit, jotka toimivat samalla maantieteellisellä alueella.⁸² Suomessa markkinaoikeuden edeltäjä kilpailuneuvosto on 2000-luvun alussa katsonut, että silloisien matkaviestinalan markkinajohtajien Sonera Oyj:n ja Radiolinja Oy:n välillä oli havaittavissa useita yhteiseen määräävään markkina-asemaan viittaavia rakenteellisia piirteitä, kuten yhtiöiden lähes identtinen palvelutarjonta ja niiden erittäin vahva asema GSM-verkkoon pääsyn markkinoilla.⁸³

On mahdollista, että sääntely-yhteistyön katsottaisiin jollain telealan sektorilla johtavan yhteisen määräävän markkina-aseman syntyyn sellaisessakin tapauksessa, jossa yhteistä määräävää asemaa ei muuten olisi. Yhteisen määräävän aseman synty voisi tässä tapauksessa johtua yhteistyöhön liittyvistä rakenteellisista yhteyksistä ja yhteistoiminnasta, jonka myötä alan yritysten toiminta tai kannustimet yhdenmukaistuisivat tai yhteistyön ulkopuoliset tulisivat riippuvaisiksi siihen osallistujista.

Oikeuskäytännössä määräävän markkina-aseman velvoitteiden on katsottu soveltuvan *toimiala- ja muihin yhdistyksiin* niiden ohjatessa tietyn alan elinkeinotoimintaa.⁸⁴ EU:n oikeuskäytännön mukaan kilpailuoikeutta voidaan soveltaa toimiala- tai vastaavan yhdistyksen taloudelliseen toimintaan, muttei itsesääntelyn tyyppiseen normatiiviseen tai kurinpitoluontoiseen toimintaan silloin, kun tällainen toiminta on ammattitoiminnan

⁸⁰ Ks. mm. kilpailulain 4 §:n 2 momentti, SEUT 102 artikla soveltamisohjeineen sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio*.

⁸¹ Esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut asioissa T-68, 77–78/89, *Italian Flat Glass*, ja C-395–396/96, *Compagnie Maritime Belge*, sekä silloisen kilpailuneuvoston ratkaisu 29.6.2000 asiassa *Alfons Håkans / Finntugs* (Dnro 23/359/98).

⁸² Komission tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopimuksiin (98/C265/02), kohta 78.

⁸³ Kilpailuneuvoston ratkaisu 11.12.2001 asiassa *Telia / Sonera / Radiolinja* (Dnro 22/690/2000).

⁸⁴ Esim. silloisen kilpailuneuvoston ratkaisu 9.2.1998 asiassa *Suomen Koripalloliitto ry* (Dnro 7/359/96) sekä Gramex ry:n ja Teosto ry:n asemaa niiden hallinnoimien tekijänoikeuksien markkinoilla käsittelevät markkinaoikeuden ratkaisut MAO:213/05 ja MAO:214/05.

asianmukaisen järjestämisen tai muun hyväksyttävän tavoitteen kannalta välttämätöntä.⁸⁵ Viestintämarkkinaoikeudellisen sääntelyn ja sitä kautta myös suunnitellun sääntely-yhteistyön päämäärät koskevat viestintäpalvelujen kattavuutta, edullisuutta, kilpailullisuutta ja hyvää laatua.⁸⁶ Näitä EU:n omaan sääntelyyn perustuvia tavoitteita voinee kiistatta pitää hyväksyttävänä, mutta sääntely-yhteistyön saaman täsmällisen muodon ja päätöksentekotapojen välttämättömyys tavoitteiden kannalta ei ole lainkaan yksiselitteinen. Periaatetta on lisäksi tulkittava suppeasti ja sitä on toistaiseksi koeteltu vain aloilla, joilla itsesääntelyllä on epätavallisen vankat perinteet.⁸⁷ Mahdollisessa itse- tai yhteissääntelyhankkeessa on lähdettävä siitä, että määräävän markkina-aseman velvoitteet koskevat myös toimialayhdistyksen kautta toteutettua sääntelyä.

Yhteissääntelyratkaisu, jossa yksityinen yhdistys tai muu taho saa tehtävän julkisen tahon määräyksellä, ei muuta tätä asetelmaa.⁸⁸ Kilpailusääntöjä sovelletaan lähtökohtaisesti aina, kun kyse on yksityisestä toimijasta ja sen taloudellisesta toiminnasta. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että mitä enemmän harkintavaltaa yksityisellä toimijalla tällaisessa tilanteessa on, sitä todennäköisempää on kilpailuoikeudellisen tarkastelun kohteeksi joutuminen.⁸⁹ Yhdistykseen tai muuhun yksityiseen toimijaan soveltuu näiltä osin määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan SEUT 102 artiklan lisäksi myös kiellettyä kilpailijoiden välistä yhteistyötä koskeva SEUT 101 artikla.

7.3 Mikä on kiellettyä määräävässä markkina-asemassa?

7.3.1 Yleistä väärinkäytön muodoista

Määräävä markkina-asema itsessään ei ole kilpailusäännöissä kielletty. Suoritekilpailu on aina sallittua. Suoritekilpailulla tarkoitetaan kilpailukeinoja, jotka perustuvat yhtiön tarjoaman hyödykkeen paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin. Kilpailusäännöt kuitenkin asettavat määräävässä markkina-asemassa oleville yrityksille velvollisuuden käyttää markkinavoimaansa kohtuullisesti.

Määräävässä markkina-asemassa olevilta yrityksiltä tai yritysten yhteenliittymiltä on kielletty tietyt toimintatavat, jotka olisivat niille sallittuja, jos niillä ei olisi määräävää markkina-asemaa. Väärinkäytön toteaminen ei edellytä tarkoituksellista väärinkäyttöpyrkimystä tai menettelyn moraalista tuomittavuutta. Euroopan komissio korostaa väärinkäyttöarvioinnissaan asianomaisten yritysten toiminnan todennäköisiä vaikutuksia kilpailuprosessiin kokonaisuutena sekä kuluttajien asemaan. Arvioinnissa huomioidaan muun muassa todellisista ja potentiaalisista kilpailijoista sekä asiakkaiden neuvotteluvoimasta aiheutuva kilpailupaine, määräävässä asemassa olevan yrityksen tai

⁸⁵ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut asioissa C-309/99, *J.C.J. Wouters ym. v. Algemeene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaaten*, kohta 110, ja C-519/04, *Meca-Medina ja Majcen v. komissio*, kohta 42. Ensimmäinen tapaus koski asianajotoiminnan ja jälkimmäinen urheilun itsesääntelyä.

⁸⁶ Ks. esim. viestintämarkkinalain 1 §.

⁸⁷ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-519/04, *Meca-Medina ja Majcen v. komissio*, kohdat 45–48.

⁸⁸ Esim. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 267/86, *Pascal Van Eecke v. ASPA-osakeyhtiö*, kohta 16, ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen määräys asiassa C-250/03, *Mauri v. Ministero della Giustizia ja Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano*, kohdat 29–30. Esimerkiksi Ruotsissa kilpailuviranomainen on lisäksi ottanut tarkasteluunsa paikallisten toimialajärjestöjen ja kuluttaja-asiamiehen väliin eräitä kuluttajastandardeja koskeviin sopimuksiin, ks. tapaukset *Sveriges Trähusfabrikers Riksförbund* (Dnro 1788/93) ja *Sparbankerna* (Dnro 1837/93).

⁸⁹ Fabrizio Cafaggi: "Self-Regulation in European Contract Law" (*European Journal of Legal Studies* 1/2005), s. 37.

yritysten toiminnan tarkka luonne ja mainitun toiminnan mahdollinen objektiivinen välttämättömyys ja siitä saatavat tehokkuusedut.⁹⁰

Itse- tai yhteissääntelyssä katsottaisiin mahdollisesti olevan kyse järjestelyssä mukana olevien yhteisestä määräävästä markkina-asemasta, joten määräävän markkina-aseman väärinkäyttökielto on sääntelyn kannalta hyvin oleellinen. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee yleensä käytännössä joko 1) kohtuuttomien tai syrjivien ehtojen asettamisena asiakkaille tai 2) pyrkimyksenä sulkea kilpailija markkinoiden ulkopuolelle tai vaikeuttaa tämän toimintaa.

Yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määräävän markkina-aseman kiellettyä väärinkäyttöä voi kilpailulain 7 §:n mukaan olla erityisesti 1) kohtuuttoman korkeiden tai alhaisten hintojen asettaminen; 2) tietynlaisten alennus- tai hyvityskäytäntöjen soveltaminen; 3) kohtuuttomien sopimusehtojen käyttäminen; 4) tuotteiden sitominen ja 5) toimituksista kieltäytyminen. Lista ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi.

7.3.2 Hinnoitteluun liittyvä väärinkäyttö

Merkittävä osa telealaa ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä käsittelevästä oikeuskäytännöstä liittyy hinnoittelua koskeviin väärinkäytöksiin. Näitä väärinkäyttömuotoja ovat muun muassa *hintaruuvi* eli usealla tuotantoportaalla toimivan yrityksen pyrkimys heikentää kilpailijan asemaa lopputuotteen markkinoilla perimällä tältä ylihintaa väli- tai liitännäisyhdykkeestä⁹¹, *saalistushinnoittelu* eli määräävässä asemassa olevan yrityksen tarkoituksellinen tappiolla myyminen tai voitoista luopuminen lyhyellä aikavälillä kilpailijoiden ajamiseksi pois markkinoilta⁹² sekä *hintasyrjintä* ja sitä muistuttavat *alennusjärjestelmät*, joissa asiakkaita kohdellaan eri tavoin ilman kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävää syytä⁹³.

Kaavailtu sääntely-yhteistyö ei kytkeydy suoraan hintoihin, joten hinnoitteluväärinkäytöksillä ei ole suurta roolia yhteistyön kilpailuoikeudellisen ulottuvuuden kannalta. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tai yritysten yhteenliittymän hinnoittelulle asetetut rajoitukset on itse- tai yhteissääntelyä suunniteltaessa pidettävä kuitenkin mielessä.

7.3.3 Liikesuhteesta kieltäytyminen ja teknologinen sidonta

Suurempaa merkitystä on markkinoilta sulkemiseen liittyvillä väärinkäyttömuodoilla. Itse- tai yhteissääntelyn toimenpiteillä voitaisiin sulkea kilpailijoita ulos markkinoilta tai vaikeuttaa kilpailijoiden toimintaa. Kilpailijoiden toiminnan vaikeutumista tai markkinoilta sulkemista voisi aiheuttaa esimerkiksi rakenteellinen liikesuhteesta kieltäytyminen tai teknologinen sidonta. Itse- tai yhteissääntelyssä annettavien teknisten määräysten suorien ja epäsuorien kilpailuvaikutusten huomiointi on tästä syystä erittäin tärkeää.

⁹⁰ Komission ohjeistus ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02), esim. kohdat 12, 20 ja 28–31.

⁹¹ Esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut C-280/08, *Deutsche Telekom v. komissio* ja C-52/09, *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB* sekä kilpailuneuvoston ratkaisu 18.5.2001 asiassa *Elisa Communications* (Dnro 150/690/1999). Mainituissa viimeaikaisissa EUT:n tapauksissa korostuu, että väli- tai liitännäisyhdykkeen välttämättömyys kilpailijan kannalta on vain yksi väärinkäyttöarviointiin vaikuttava tekijä eikä väärinkäytön edellytys, mikä erottaa hintaruuviarvioinnin liikesuhteesta kieltäytymisen arvioinnista.

⁹² Esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-202/07, *France Télécom SA v. komissio*, ja Kilpailuviraston ratkaisu 5.6.1997 asiassa *Maksuverkot Oy ja Telecom Finland Oy* (Dnro 558/61/94).

⁹³ Esim. markkinaoikeuden Aina Group Oyj:tä koskeva ratkaisu MAO:313/10, Kymen Puhelin Oy:tä koskeva ratkaisu MAO:314/10 ja TeliaSonera Finland Oyj:tä koskeva ratkaisu MAO:315/10. Kiellettyjä sitovia alennuksia on käsitelty telealaan liittyen kilpailuneuvoston *Digital Equipment Corporation* -tapauksessa (Dnro 4/359/92, 13.10.1993), jossa hinnat olivat edullisempia ostettaessa ohjelmat ja huoltopalvelut nipussa.

Esimerkiksi uusien tuotteiden ollessa kyseessä korostuu teknisten määräysten todellisten vaikutusten arviointi ja kuinka helposti toimijoiden on mahdollista sopeuttaa omat spesifikaationsa määräyksiin.⁹⁴ Tärkeitä arviointitekijöitä ovat lisäksi tehokkuusnäkökohdat, menettelyn vaikutus tekniikan kehitykseen alalla ja innovointikannustimiin sekä markkinoilla toimivien todelliset mahdollisuudet siirtyä uusiin ja tehokkaampiin teknologioihin.⁹⁵ Arvioinnissa huomioidaan myös teknisestä kehityksestä seuraava markkinoiden muuttuminen, joka voi olla nopeaakin.⁹⁶

Rakenteellisesta liikesuhteesta kieltäytymisestä voisi olla kyse, jos yhteis- tai itsesääntelyssä määritettäisiin esimerkiksi teknisillä määräyksillä tai alkuinvestointivaatimuksilla kohtuuttomia ehtoja markkinoilla toimimiseksi tai yhteistyöhön mukaan pääsemiseksi.⁹⁷ Liikesuhteesta kieltäytymisen kohtelu määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä edellyttää, että 1) kieltäytyminen saattaa poistaa kaiken kilpailun relevanteilta markkinoilta hyödykettä tai pääsyä järjestelmään pyytäneen yrityksen suunnalta; 2) kieltäytymiselle ei ole objektiivisia, kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäviä perusteita ja 3) kyseinen hyödyke tai järjestelmä on sillä tavoin välttämätön, ettei sitä käytännössä voi korvata toisella hyödykkeellä tai järjestelmällä.⁹⁸ Suomessa on katsottu, että niin kauan kuin korvaavalle järjestelmälle ei ole tosiasiallista lainsäädännöllistä tai teknistä estettä, pelkkä liiketoiminnallisten kannustimien pienuus sellaisen rakentamiselle ei itsessään kerro kilpailijan hallitseman järjestelmän olevan välttämätön.⁹⁹

Liikesuhteesta kieltäytymistä on EU:n oikeuskäytännössä käsitelty myös immateriaalioikeuksien hallinnan ja lisensoinnin näkökulmasta.¹⁰⁰ Yleisesti on katsottu, että liikesuhteesta kieltäytyminen on määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä, kun 1) kyseisten immateriaalioikeuksien avulla toteutettavalle uudelle hyödykkeelle ei ole kyllin hyviä korvaavia hyödykkeitä; 2) kieltäytymiselle ei ole objektiivisia, kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäviä perusteita; ja 3) kieltäytyminen johtaa siihen, että uutta, potentiaalisesti tarpeellista hyödykettä ei synny.¹⁰¹ Suomessa on katsottu muun muassa, että määrävässä asemassa tilaajatietojen tukkumarkkinoilla ollut yritys ei voinut asettaa rekisteröitymistä ja vastikkeen maksamista koskevia ehtoja siltä tietoja ostaneen yrityksen palvelun

⁹⁴ Esim. ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-5/97, *Industrie des Poudres Sphériques v. komissio*, kohdat 121–127 sekä KHO:2011:40, KHO:n perustelujen otsikot 3.3.1, "Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö", ja 3.3.2, "Tosiseikat ja oikeudellinen arviointi". Telealan markkinoita käsitelleessä ns. Lännen Puhelin -ratkaisussa KHO:2011:40 oli kyse epäilystä liikesuhteesta kieltäytymisestä DSL-tukkutuotteiden markkinoilla. Ks. myös Katri Havu: "KHO 2011:40 – Liikesuhteesta kieltäytyminen, tuotteen ominaisuudet ja hinnoittelu määrävän markkina-aseman kiellon näkökulmasta" (*Lakimies* 6/2011), s. 1239.

⁹⁵ Esim. komission tiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittämösojimuksiin (98/C265/02), kohdat 93–96 sekä ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-201/04, *Microsoft v. komissio*, kohdat 693–708.

⁹⁶ KHO:2011:40, KHO:n perustelujen otsikko 3.3.2, "Tosiseikat ja oikeudellinen arviointi".

⁹⁷ Ks. esim. komission *Deutsche Post AG* -päätös (OJ L 331/40, 25.7.2001).

⁹⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH ym.*, kohta 41.

⁹⁹ KHO:2011:40, KHO:n perustelujen otsikko 3.3.2, "Tosiseikat ja oikeudellinen arviointi". Tapauksessa KHO totesi, että DSL-tukkutuotteen rooli avaimena laajakaistaisten internet-yhteyksien vähittäismarkkinoille ei täytä EU:n oikeuskäytännön kriteerejä kielletylle liikesuhteesta kieltäytymiselle. Toisaalta komissio on tuoreessa *Telekomunikacja Polska* -päätöksessään (COMP/39.525, 22.6.2011) katsonut hieman eri tilanteessa, että laajakaistatukkutuotteiden toimituksista kieltäytymisessä oli kyse määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Tapauksien perusteella voi todeta, että korvaavan järjestelmän toteuttamisen kustannusten perusteellisella tarkastelulla ja määrävässä asemassa olevan toimijan markkinakäyttäytymisellä kokonaisuutena on väärinkäyttöarvioinnin kannalta merkitystä.

¹⁰⁰ Esim. yhteentoimivuuteen liittynyt ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-201/04, *Microsoft v. komissio*, kohdat 664, 708–712.

¹⁰¹ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut C-241–242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP) v. komissio* (ns. *Magill*-tapaus), kohdat 54–56. sekä C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, kohdat 40–52.

toteuttamiselle.¹⁰² Jos sääntely-yhteistyössä päädyttäisiin tilanteeseen, jossa jollakin markkinatoimijalla tai toimijaryhmällä olisi hallussaan kuvatus kaltainen ”pullonkaulavyödyke”, selkeästi rajoittavien ehtojen käyttöön teknisissä määräyksissä olisi syytä suhtautua tälläkin perusteella hyvin pidättyvästi.

Yhteentoimivuuskysymyksissä, joita suunniteltu itse- tai yhteissäätely koskee, on aina huomioitava mahdollisuus kiellettyyn *teknologiseen sidontaan* eli hyödykkeiden yksinomaiseen kytkemiseen toisiinsa keinotekoisella ja kilpailua rajoittavalla tavalla. Teknologinen sidonta voisi esimerkiksi tulla kysymykseen itsesääntelyssä, jossa kehoitetaan tai veloitetaan tiettyjen teknisten ratkaisujen käyttöönottoon. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi katsottu sidonta edellyttää, että 1) toisiinsa sidotut hyödykkeet ovat selvästi erillisiä tuotteita; 2) sidontaa harjoittavalla yrityksellä on määräävä asema toisen hyödykkeen markkinoilla; 3) asiakkailta ei ole mahdollista hankkia toista hyödykettä ilman toista; ja 4) sidonta estää kilpailun. *Microsoft*-ratkaisussa ja *Microsoftiin* liittyvässä Euroopan komission tapauksikäytännössä on katsottu tietyn ohjelman sisällyttämisen siitä erilliseen käyttöjärjestelmään olleen sidontaa.¹⁰³ Vastaavasti komission aiemmassa *IBM*-tapauksessa teknologisenä sidontana pidettiin sitä, että määräävässä asemassa ollut tietokonelaitteiden valmistaja sisällytti koneisiin omia ohjelmistojaan.¹⁰⁴

Teknologista sidontaa arvioitaessa vastakkain ovat usein yhtäältä määräävässä asemassa olevan yrityksen immateriaalioikeudet, joiden suojaamasta teknologiasta se ei välttämättä halua informoida muita markkinatoimijoita, ja toisaalta pienempien yritysten mahdollisuus päästä markkinoille. Sidonnan arviointi on erityisen haastavaa uuden teknologian markkinoilla, joilla sidonnan dynaamisia vaikutuksia ja teknologian kehittymistä on vaikeaa ennustaa. Huomiota on kiinnitettävä muun muassa siihen, millaista tietojen luovuttamista alalla pidetään yleisesti normaalina ja kuinka pitkä yksittäisten teknologiaratkaisujen elinkaari on. Jos esimerkiksi tuotekehittelykausi ja myyntiaika ovat molemmat vain muutaman vuoden mittaiset, vahvan suojan antaminen määräävässä asemassa olevalle yritykselle voi johtaa kilpailijoiden sulkemiseen markkinoilta kokonaan.

Suunniteltuun yhteistyöhön osallistuvien yritysten mahdollinen yhteinen ja esimerkiksi toimialajärjestölle tuleva määräävä markkina-asema on otettava huomioon teknisiä määräyksiä annettaessa huolehtimalla, että määräykset ovat objektiivisia, syrjimättömiä ja kilpailuoikeudellisesti perustelujia. Mikäli itsesääntelyyn osallistuvien yritysten on määrä tehdä standardoinnin kaltaista yhteistyötä, tämä ei välttämättä riitä, vaan toimintaan sovelletaan vielä tiukempia ehtoja. Näitä on käsitelty luvussa 6.6.2.

7.4

Yhteenveto: Tiettyjen Viestintäviraston teknisten määräysten alaan kuuluvien vaatimusten yhteis- tai itsesääntelyn arviointi määräävän markkina-aseman väärinkäytön näkökulmasta

Jos alan toimijat antaisivat teknisiä määräyksiä yhteistyössä itse- tai yhteissäätelyn kautta, keskeisimpiä syntyviä uhkia on, että yhteistyö johtaa joidenkin nykyisten tai tulevien toimijoiden aseman heikkenemiseen markkinoilla tai suoranaisesti markkinoilta sulkemiseen. Tämä poissuljentavaikutuksen mahdollisuus koskee sekä yhteentoimivuuteen että palvelun ominaisuuksiin liittyviä määräyksiä. On hyvin mahdollista, että suunniteltuun sääntelyyn osallistujilla katsottaisiin olevan yhteinen määräävä markkina-asema tai että sääntelyn toteuttavalla toimielimellä (esimerkiksi toimialajärjestö) katsottaisiin olevan alan elinkeinotoiminnan ohjaajana määräävä markkina-asema. Esimerkiksi kilpailuneuvosto arvioi

¹⁰² Markkinaoikeuden Suomen Numeropalvelu Oy:tä koskeva ratkaisu MAO:178–179/09, kohta 306.

¹⁰³ Ks. esim. ratkaisu T-201/04, *Microsoft v. komissio*, kohdat 1034–1094, sekä komission *Microsoft* -jatkopäätös (COMP/C-3/39.530, 16.12.2009).

¹⁰⁴ Tapaus sovittiin kesken komission tutkimuksen ja sen lopputuloksia on nykyään syytä tarkastella hyvin kriittisesti tietokonealan muututtua merkittävästi.

Sonera Oyj:tä ja Radiolinja Oy:tä käsitelleessä päätöksessään, että yhteinen määräävä markkina-asema jäi yritysten palvelutarjonnan samankaltaisuudesta ja vahvasta markkina-asemasta huolimatta puuttumaan juuri siksi, että yhtiöillä ei ollut suunnitelmallista ja tietoista yhteistoimintaa tai merkityksellisiä rakenteellisia siteitä eikä ollut olemassa verkkoon pääsyä käsittelevää yhteistyöelintä, jonka toiminnan piirissä ne olisivat voineet vaihtaa kaupallisesti olennaista tietoa.¹⁰⁵

Näin yhteistyöhön kohdistuisivat määräävän markkina-aseman velvoitteet, jotka on asetettu SEUT 102 artiklassa ja kilpailulain 7 §:ssä. Määräävässä markkina-asemassa oleva toimija ei muun muassa saa pyrkiä sulkemaan kilpailijaa markkinoiden ulkopuolelle tai vaikeuttamaan tämän toimintaa.

On erittäin tärkeää, että yhteistyö ei johda markkinakäyttäytymiseen, jota voitaisiin pitää rakenteellisenä liikesuhteesta kieltäytymisenä tai teknologisenä sidontana. Näitä väärinkäyttömuotoja on kuvattu tarkemmin luvussa 7.3.3.

Rakenteellisesta liikesuhteesta kieltäytymisestä voisi sääntely-yhteistyössä olla kyse, jos annettujen määräysten noudattaminen käytännössä edellyttäisi esimerkiksi perusteettoman korkean hinnan maksamista yhteistyöhön osallistujille immateriaalioikeuden tai infrastruktuurin käytöstä. Tämä pätee myös muihin kohtuuttomina pidettäviin sopimusehtoihin. Vastaavasti jos sääntely-yhteistyöhön osallistuminen itsessään on alalla toimimisen kannalta tarpeellista ja siihen mukaan pääsemiseen vaaditaan kohtuuttomia investointeja, kyse on todennäköisesti rakenteellisesta liikesuhteesta kieltäytymisestä. On siis syytä kiinnittää huomiota mahdollisen sääntely-yhteistyön kustannusten jakautumiseen ja yleiseen kulurakenteeseen, joka ei saisi muodostua kovin raskaaksi esimerkiksi pienten markkinatoimijoiden kannalta.

Luonnollisesti myös *yleinen liikesuhteesta kieltäytyminen* on kiellettyä. Siitä voisi olla kyse, jos yhteistyöhön osallistuja esimerkiksi kieltäytyisi teknisen määräyksen noudattamisen kannalta kriittisen immateriaalioikeuden luovuttamisesta.

Teknologisesta sidonnasta taas voisi sääntely-yhteistyössä olla kyse, jos joko lopputuotteen ostava kuluttaja tai markkinoille pyrkivä kilpailija joutuisi teknisen määräyksen noudattamisen myötä hankkimaan yhteistyöhön osallistujalta liitännäisen hyödykkeen, joka olisi selvästi erillinen määräyksen mukaisesta hyödykkeestä. Esimerkiksi huoltopalvelun tai irrallisen ohjelmiston hankinnan kytkeminen tiettyyn tekniseen ratkaisuun saattaisi olla teknologista sidontaa.

Sekä rakenteellisen liikesuhteesta kieltäytymisen että teknologisen sidonnan kohdalla hyvin tärkeä rooli on määräävässä asemassa olevan yrityksen hallitsemilla *immateriaalioikeuksilla*. Immateriaalioikeuksien lisensointia ja siitä kieltäytymistä on käsitelty määräävän markkina-aseman näkökulmasta erikseen luvussa 7.3.3.

Telealalla, jossa tekninen kehitys on nopeaa ja markkinat erittäin dynaamisia, määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi on usein vaikeaa. Kuluttajien ja pienten tai uusien markkinatoimijoiden etujen lisäksi siinä on huomioitava muun muassa määräävän markkina-aseman haltijan innovaatiokannustimet. Viranomaisten kokonaisarviot tehdään ennen kaikkea markkinoiden objektiivisen toimivuuden ja teknisen kehityksen varmistamista ajatellen. Epävarmoissa tilanteissa olisi sääntelyä toteutettaessa kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta turvallisinta aina valita avoimin ja muiden kuin määräävän markkina-aseman haltijan kannalta suosiollisin ratkaisu.

Markkinoilta sulkemisen kaltaisten väärinkäytösmahdollisuuksien poistamiseksi sekä ylipäänsä erikokoisten tosiasiallisten ja potentiaalisten toimijoiden tasapuolisen kohtelun

¹⁰⁵ Kilpailuneuvoston ratkaisu 11.12.2001 asiassa *Telia / Sonera / Radiolinja* (Dnro 22/690/2000).

takaamiseksi sääntely-yhteistyön tulisi olla *mahdollisimman avointa, objektiivista ja syrjimätöntä*. Se ei saisi olla vaikeasti saavutettavaa tai liian raskasta alan pienille tai uusille toimijoille.

Näiden tavoitteiden saavuttamiseksi olennaisia keinoja voisivat olla mahdollisimman kattava pientenkin yritysten kuuleminen ja osallistaminen sekä neutraalien ulkopuolisten asiantuntijoiden käyttö määräyksiä laadittaessa. Kilpailuoikeudellisesti vähänkin arveluttavissa tilanteissa olisi perusteltua pyytää lausuntoa Kilpailuvirastolta.

8 VERTIKAALISET SOPIMUKSET

Kilpailijoiden välisten sopimusten arviointiin sovelletaan pääsääntöisesti edellä käsitellyjä kilpailijoiden välisestä yhteistyöstä annettuja ryhmäpoikkeusasetuksia ja suuntaviivoja. Suunniteltuun itse- tai yhteissääntelyyn sovellettaisiin kuitenkin tehokkuusarviointia koskevaa ns. vertikaalista ryhmäpoikkeusasetusta siltä osin kuin sääntelyssä olisi joltain osin kyse tuotanto- ja jakeluketjun eri portailla toimivien tahojen välisistä sopimuksista.¹⁰⁶ Niitä ovat esimerkiksi erilaiset myynti- ja toimitussopimukset, yksinomaiset toimitus- ja jakelusopimukset, valikoivat jakelusopimukset sekä franchising-sopimukset.

Vertikaalisiin sopimuksiin liittyvillä näkökohdilla on merkitystä aina, kun itsesääntelyyn tai muuhun sopimiseen osallistuu keskenään toimitussuhteessa tai muussa vastaavassa vuorovaikutuksessa olevia tahoja. Ennen kaikkea loppukäyttäjälle tarjottu palvelu ja sen toteuttamiseksi välttämättömät edellytykset, kuten fyysinen verkko, ovat vertikaalisessa suhteessa toisiinsa. On täysin mahdollista, että sääntelyyn osallistuisi telepalvelujen eri portailla toimivia yrityksiä, jotka ovat keskenään asiakas- ja toimittajasuhteessa.

Suunnitellun sääntelyn kannalta tulee ensinnäkin huomioida, että vertikaaliset sopimukset ovat yleisesti ottaen kilpailusääntöjen mukaisia, mikäli kummankaan osapuolen markkinaosuus ei ylitä 30 %, eivätkä sopimukset sisällä vakavia kilpailunrajoituksia. Osapuolten markkinaosuuksista riippumatta kiellettyä on 1) määrätä suoraan tai epäsuorasti jälleenmyyntihinnoista tai jälleenmyyntihinnan tasosta; 2) rajoittaa niitä alueita, joille ostaja saa tuotteita myydä; ja 3) rajoittaa niitä asiakkaita, joille ostaja saa tuotteita myydä.

Jälleenmyyntihintoihin tai jakelijakohtaisiin alue- tai asiakasrajoituksiin liittyvillä sopimusehdoilla ei vaikuta olevan merkittävästi yhtymäkohtia suunnitellun sääntelyn alaan, mutta sääntelyn toteuttamistilanteessa on kuitenkin huolehdittava, ettei tällaisia veloitteita langeteta. Tämä ei kuitenkaan välttämättä vielä riitä. Koska sääntely-yhteistyöllä tavoitellaan hyvin kattavaa pohjaa, 30 prosentin markkinaosuusrajan ylittyminen saattaa olla todennäköistä. Tällöin osapuolten on suoritettava tarkempi tehokkuusarviointi, jonka avuksi komission on julkaissut erilliset vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevat suuntaviivat.¹⁰⁷

Arviointi tapahtuu pääosin edellä luvuissa 6.4 kuvatulla tavalla vertaillen markkinoiden tosiasiallista kokonaistilannetta ilman vertikaalista rajoitusta ja rajoituksen kanssa. Keskeisimpiä kilpailuriskejä vertikaalisten rajoitusten kohdalla ovat markkinoille pääsyn ja yleisesti sisämarkkinoiden yhdentymisen estyminen sekä tuotemerkkien välisen tai tuotemerkkien sisäisen kilpailun vähentyminen markkinatoimijoiden välillä.¹⁰⁸ Vertikaalisilla rajoituksilla on usein myös toimittajan, jakelijan ja kilpailutilanteen kannalta myönteisiä vaikutuksia, jolloin kokonaisarviointi on keskeistä. Suuntaviivat sisältävät ohjeita muun muassa siitä, missä oloissa yksinmyynnin, selektiivisen jakelun ja yhden tuotemerkin

¹⁰⁶ Komission asetus (EU) N:o 330/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin.

¹⁰⁷ Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (2010/C 130/01).

¹⁰⁸ Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (2010/C 130/01), kohta 18.

määräämisen kaltaiset rajoitukset voidaan hyväksyä. Nämäkään rajoitukset eivät liene erityisen merkityksellisiä suunnitellun sääntelyn kannalta.

Vertikaalisista kilpailunrajoituksista *kilpailukielloilla* saattaa olla eniten merkitystä suunnitellun sääntelyn kannalta. Kilpailukieltoja ovat kaikki velvoitteet tai kannustimet, joiden avulla toimittaja painostaa tai suostuttelee ostajia pidättäytymään toimittajan tuotteiden kanssa kilpailevien tuotteiden tuottamisesta tai jakamisesta. Kilpailukiellon enimmäisvoimassaoloaika on tavanomaisissa oloissa, ilman sopimussuhdekohtaisia investointeja, enintään viisi vuotta. Kielto ei kuitenkaan saa ylittää koko sopimuksen voimassaoloaikaa. Sopimuksen voimassaolon jälkeisiä kilpailukieltoja ei normaalisti voida käyttää.

Vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin on perinteisesti suhtauduttu vähemmän tiukasti kuin horisontaalisiin, ja näiden kahden kilpailunrajoitustyyppin välisestä rajankäynnistä on kertynyt jonkin verran oikeuskäytäntöä. Sen perusteella vaikuttaa hyvin todennäköiseltä, että vaikka suunniteltuun sääntely-yhteistyöhön liittyisi vertikaalisia kilpailunrajoituksia, yhteistyötä ei voi tarkastella puhtaasti vertikaalisena, jos siinä on myös horisontaalisia elementtejä.¹⁰⁹

9 VIESTINTÄVIRASTON YKSILÖIMIEN TAPAUSTEN KILPAILUOIKEUDELLINEN ARVIOINTI YHTEIS- TAI ITSESÄÄNTELYN KANNALTA

9.1 Tuotantoyhteistyöhön liittyvä selvityskohde (FICIX ry)

FICIX (Finnish Communication and Internet Exchange) ry on teleyritysten yhdistys, joka hallitsee kansallista IP-verkkojen yhteenliittämispistettä. FICIX ry:n jäsenenä olevat operaattorit vaihtavat IP-liikennettä internetin verkkojen välillä yhdistyksen tarjoaman palvelun kautta. Yhdistys toimii antamiensa tietojen mukaan omakustannusperiaatteella ja sen jäsenenä on 28 teleyritystä, joihin kuuluu merkittävä osa suomalaisista internet-palveluntarjoajista sekä useita muita Suomessa toimivia merkittäviä telealan yrityksiä. FICIX ry:n kautta toteutettu yhdysliikenne ei ole viestintämarkkinaoikeudellisen huomattavan markkinavoiman sääntelyn piirissä.

FICIX ry:n kaltainen laajan kilpailijajoukon tuotantoyhteistyö voi sisältää kilpailuoikeudellisia ongelmia. Yhteistyössä ei voi ohittaa mahdollisuutta kilpailijoiden välisestä koordinaatiosta, joka vaikuttaisi kuluttajille lopputuotteina tarjottavien internet-palvelujen hintaan, laatuun tai saatavuuteen kielteisesti, eikä poissulkemisesta, jossa esimerkiksi estettäisiin jotakin nykyistä tai potentiaalista markkinatoimijaa pääsemästä yhteistyön piiriin. Viimeksi mainittu on erityisen huomionarvoinen sikäli, että IP-yhdysliikenteeseen osallistuminen on internet-palveluntarjoajan liiketoiminnalle tärkeää eikä FICIX ry:llä ole merkittävästi kilpailijoita yhdysliikenneyhteistyön väylänä. Kilpailutilanne on tosin näiltä osin parantunut hieman 2000-luvun mittaan TREX (Tampere Region Exchange) Oy:n alettua ylläpitää yhteenliittämispistettä Suomessa. Yhteistyön ulkopuolelle sulkeminen kuitenkin vaikeuttaisi olennaisesti Internet-operaattorin toimintaa. Yhdistyksen jäsenten ulkopuolisiin tai jopa toisiinsa kohdistama syrjintä rajoittaisi tuotantoa, jos syrjinnän seurauksena näiden liiketoimintaolosuhteet heikkenisivät.

Kilpailuvirasto on vuonna 2002 antamassaan puuttumattomuustodistuspäätöksessä ottanut kantaa FICIX ry:n IP-yhdysliikennejärjestelyihin.¹¹⁰ Tuolloin FICIX ry:n toiminta oli pitkälti samanmuotoista kuin tällä hetkellä ja Kilpailuvirasto tarkasteli sitä selkeänä kilpailijoiden

¹⁰⁹ Esimerkiksi toimialajärjestöjä käsittelevä kilpailuneuvoston ratkaisu *Vateva ry ja Tekstiili kauppiaiden liitto ry* (Dnro 5/359/96, 16.6.1997) ja osakeyhtiön itsenäisinä osakkaina toimineita elinkeinonharjoittajia käsittelevä kilpailuneuvoston ratkaisu *Valio I* (Dnro 6/359/93, 29.10.1993).

¹¹⁰ Kilpailuviraston päätös puuttumattomuustodistuksen antamisesta FICIX ry:lle internetin yhdysliikennepisteiden ylläpitoon (Dnro 1004/67/2001, 19.6.2002).

välisenä yhteistyönä. Virasto katsoi päätöksessään kuitenkin, ettei yhteistyö muodostanut haitallista kilpailunrajoitusta yhdistyksen toiminnan pysyessä avoimena ja syrjimättömänä.

Kilpailuvirastolle vuosina 2001 ja 2002 toimitettujen tietojen perusteella FICIX ry:n toiminta oli teknistä yhteistyötä, joka oli välttämätöntä Internetin toimivuuden edellyttämän infrastruktuurin ylläpitämiseksi. Jäsenyys yhdistyksessä ei:

1. rajoittanut jäsenten mahdollisuuksia kilpailuun;
2. vaikuttanut Internet-palvelujen hinnanmuodostukseen; eikä
3. jakanut markkinoita taikka rajoittanut tuotantoa.

Yhteistyöllä ei Kilpailuviraston mukaan ollut itsessään vaikutuksia kilpailuun relevanteilla markkinoilla. Kilpailuvirasto katsoikin, ettei toimintayhteistyö vaarantanut kilpailuolosuhteita. Se korosti kuitenkin, että yhteistyöllä voisi olla lopullisiin tuotemarkkinoihin kohdistuvia suoria haittavaikutuksia, ja että näiden haittavaikutusten välttäminen oli ehdoton edellytys yhteistyön jatkamiselle. Tällaisia potentiaalisia suoria haittavaikutuksia olisivat olleet esimerkiksi jäsenten syrjintä tai uusien kilpailijoiden sulkeminen jäsenyyden ulkopuolelle. Kilpailuvirasto katsoi, että jäsenyyttä yhdistyksessä oli pidettävä lähes välttämättömänä liiketoimintaedellytyksenä, koska FICIX ry:n jäsenyyden ulkopuolelle jäänyt Internet-operaattori joutuisi sopimaan tiedon välityksestä erikseen kaikkien operaattorien kanssa tai kierrättämään tiedon ulkomaalaisten verkkojen kautta.

Kilpailuvirasto linjasi, että FICIX ry:n piirissä harjoitetun yhteistoiminnan oli oltava avointa ja syrjimätöntä erityisesti uusien jäsenten hakiessa yhdistyksen jäsenyyttä. FICIX ry:n tuli hyväksyä jäseniksi kaikki sellaiset hakijat, jotka täyttävät yhdistyksen säännöissä määritellyt jäsenyyden ehdot. FICIX ry ilmoitti Kilpailuvirastolle vuonna 2002, ettei jäsenyyttä evättäisi hakijoilta, jotka täyttävät jäsenehdot. Jäsenehdoilla FICIX ry pyrki varmistumaan liitettävien verkkojen yhdysliikennekelpoisuudesta, turvaamaan verkkojen operatiivisen toiminnan ja kohtelemaan kaikkia jäseniä tasapuolisesti.

FICIX ry:n jäsenehdot ovat melko yleisluontoiset eikä niistä ole ilmeisesti herännyt Kilpailuviraston päätöstä seuranneina vuosina erimielisyyksiä.¹¹¹ Yhdistyksen jäsenmaksut perustuvat kiinteisiin porttimaksuihin eli käytettyyn kapasiteettiin, mikä on varsin syrjimätön toimintamalli.¹¹²

Kilpailuviraston päätöksen jälkeen IP-yhdysliikennetekniikka on kehittynyt merkittävästi ja FICIX ry on laajentanut toimintaansa muun muassa perustamalla vuonna 2009 uuden yhdysliikennepisteen. Yhdysliikenneyhteistyön periaatteet ovat kuitenkin ennallaan eikä IP-liikenteen sääntelyssä ole tapahtunut olennaisia muutoksia. Kansallisessa ja EU:n oikeuskäytännössä aihepiiriä ei juuri ole käsitelty kilpailuoikeuden näkökulmasta, ja viestintämarkkinaoikeudellisessa tarkastelussaan komissio on suhtautunut epäilevästi siihen, voidaanko kaksisuuntaisen IP-yhdysliikenteen (*peering*) ja yksisuuntaisen, tyypillisesti maksullisen IP-liikenteen (*transit*) markkinoita pitää erillisinä.¹¹³ Näin olisi periaatteessa mahdollista kyseenalaistaa jopa Kilpailuviraston aiempi näkemys FICIX ry:n jäsenyyden välttämättömyydestä internet-palveluntarjoajan liiketoiminnassa. Pitkälle menevien johtopäätösten tekeminen on kuitenkin vaikeaa jo siksi, että Kilpailuviraston ja komission markkinamääritykset ovat heikosti yhteismittalliset. Kilpailuvirasto mainitsi alkuperäisessä päätöksessään relevanteiksi markkinoiksi ainoastaan internet-palvelujen tarjoamisen markkinat.

¹¹¹ FICIX ry:n verkkosivut, <http://www.ficix.fi/jaseneksi.php>

¹¹² FICIX ry:n verkkosivut, <http://www.ficix.fi/hinnasto.php>

¹¹³ Komission viestintämarkkinaoikeudellinen *Telekomunikacja Polska SA* -ratkaisu (PL/2009/1019 ja PL/2009/1020, 3.3.2010).

Komission kannasta ja TREX Oy:n tuomasta kilpailunlisäyksestä huolimatta FICIX ry:n puitteissa tapahtuvaan yhteistyöhön on syytä suhtautua varovaisesti. Kilpailuviraston aiempi päätös tarjoaa lopulta melko hyvän pohjan tarkastelulle. Yhdistyksen kautta toteutetun yhdysliikenneyhteistyön kaltainen järjestely ei lähtökohtaisesti ole omiaan vaarantamaan kilpailua, mutta IP-markkinoiden kehittyessä on kiinnitettävä huomiota tuotteiden tarkoituksenmukaisuuteen ja hyväksyttävään kulujen kohdistumiseen. Esimerkiksi poissulkemisiongelmiin syntyminen suurten palveluntarjoajien neuvotteluvoiman kasvaessa voisi olla mahdollista. Pienten yritysten ja ulkopuolisten teknisten asiantuntijoiden näkemysten huomioiminen yhdistyksen toiminnan merkittävässä linjauksissa ehkäisisi tällaisia uhkia. Tässä on huomioitava sekä FICIX ry:n ehdot että sen yksittäisten jäsenten ehdot.

Toisaalta sisältöpalvelujen tarjoajien laajeneva rooli liikenteen toteuttajina (ns. *Content Delivery Network* -arkkitehtuurikonaisuudet) voi merkitä alalla muutoksia, joissa kustannukset alkavat siirtyä internet-palvelun tarjoajilta sisältöpalvelun tarjoajille, jolloin niitä voitaisiin vyöryttää kuluttajille eri tavoin kuin nyt. Yhteistyömuotojen muuttuessa FICIX ry:n puitteissa tapahtuva toiminta voisi antaa tietyille toimijaryhmälle yliotteen toisista tai mahdollista kustannusten vyöryttämisen kuluttajalle tavalla, joka olisi kilpailulle vahingollinen. Tällöin voisi olla tarpeen avata avata yhdistyksen toimintaa uusille tahoille tai muuten suunnata sitä uudelleen.

Nykytilassaan FICIX ry:n kautta tehtävässä yhdysliikenneyhteistyössä ei ole havaittavissa mainittavia kilpailuongelmia. Niiden välttämiseksi on turvallisinta, että yhdistyksen jäsenyysehdot ja muu yhteistyöhön osallistuminen toteutetaan jatkossakin objektiivisesti ja syrjimättömästi. Internet-toimintakentän jatkuva muutos antaa lisäksi aiheita seurata yhteistyön mahdollista laajenemista ja sen vaikutuksia erilaisilla markkinoilla.

9.2 **Teoreettinen mahdollisuus laatia tietyt Viestintäviraston teknisissä määräyksissä olevat vaatimukset yhteissäntelynä**

9.2.1 **Viestintäpalveluiden yhteentoimivuuteen liittyvä selvityskohde**

Viestintävirasto on valinnut selvityskohdeksi viestintäverkkojen ja -palveluiden yhteentoimivuudesta annetun Viestintäviraston määräyksen 28 H/2010 M (M28) 5.1 §:n ja 6.1 §:n. Seuraavassa arvioidaan, mitä kilpailuoikeudellisia seurauksia olisi näitä säännöksiä ja niiden soveltamisohjeita vastaavien vaatimusten ja niiden noudattamisen valvonnan toteuttamiselle teleyritysten välisenä itse- tai yhteissäntelynä.

M28:n 5.1 § *Merkinanto* käsittelee puhelinliikenteen teknistä välittämistä teleyritysten välillä ja kuuluu seuraavasti:

"Teleyritysten välinen yhdysliikenne on järjestettävä siten, että säädöksissä pakolliseksi määrättyjen toimintojen edellyttämä informaatio siirtyy liitännärajojen yli."

M28:n 6.1 § *Aikavalvonnat* käsittelee puhelunmuodostuksen hallintaa merkinannon avulla ja kuuluu seuraavasti:

"Teleyrityksen on toteutettava puhelunmuodostuksen kannalta tarpeelliset aikavalvonnat tarkoituksenmukaisella tavalla."

Lisäksi Viestintäviraston perustelu- ja soveltamismuistiossa MPS28 on annettu ohjeita määräysten käytännön soveltamisesta ja muun muassa niihin liittyvistä standardi- ja protokollaratkaisuksista.

Tekniset yhteentoimivuuskysymykset ovat kilpailuoikeudellisesti olennaisia eritoten markkinoilta sulkemisen näkökulmasta. Niitä on sivuttu kansallisessa ja EU:n

oikeuskäytännössä yleisen säädösraamikkuvauksen luvusta 7.3.3 ilmenevällä tavalla. Yhteentoimivuudesta annetut määräykset eivät saisi johtaa siihen, että jonkin teleyrityksen toiminta vaikeutuu tai estyy ilman kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävää syytä. Sääntely-yhteistyön kautta annettavat määräykset tai ohjeet voisivat määrittää yhteentoimivuuden toteutuksen esimerkiksi sellaiseksi, että se vaatisi yritykseltä kohtuuttomia investointeja tai tietyn yhteenliittämiskäytön käyttöä, jonka suuri operaattori tai operaattoreiden yhteenliittymä voisi vapaasti estää. Sääntelyprosessin on lähtökohtaisesti oltava mahdollisimman avoin ja annettujen vaatimusten on oltava sisällöltään syrjimättömiä.

Kaikenlaiset kilpailijayhteistyössä syntyneet yhteentoimivuusehdot, jotka tosiasiallisesti kaventaisivat telepalvelujen tarjoajien liikkumavaraa markkinoilla ja siten kuluttajien valinnanmahdollisuuksia, olisi kyettävä perustelemaan luvussa 6.4 kuvatulla tavalla tehokkuuden parantumisen, kuluttajille siirtyvän hyödyn, rajoituksen välttämättömyyden ja kilpailun säilymisen kautta. Yhteentoimivuuden paranemisen voinee usein katsoa johtavan lisääntyvään tehokkuuteen ja kuluttajien etuun esimerkiksi palvelun käytön helpottumisen myötä, mutta rajoituksen välttämättömyyteen ja kilpailun säilymiseen olisi kilpailunrajoittumistilanteessa ehdottomasti kiinnitettävä paljon huomiota. Määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi tulkittaviin, poissuljentaan johtaviin kilpailunrajoituksiin on suhtauduttava erityisellä varovaisuudella, koska niitä ei voi oikeuttaa tehokkuusperusteluin.

Riittävää yhteentoimivuuden tasoa voidaan pitää markkinoiden avoimuuden ja kuluttajien aitojen valintamahdollisuuksien kannalta jopa välttämättömänä. Sääntely-yhteistyön ja sen tulosten kilpailuoikeudellisen hyväksyttävyyden säilyttämiseksi on kiinnitettävä huomiota myös siihen, että määräyksillä saavutettu tosiasiallinen yhteentoimivuuden taso on riittävä ja sääntely siis tältä osin sisällöllisesti onnistunutta.

Yhteentoimivuusmääräyksiä siirtäminen suunnitellun yhteis- tai itsesääntelyn piiriin vaikuttaa useista syistä otolliselta. Teleyritysten välisellä sopimisella on jo nyt yhteentoimivuskysymyksissä suuri rooli, koska yritykset tekevät päätökset merkinantoprotokollavalinnoista keskenään kahden- tai monenvälisesti.¹¹⁴ Suunnitellun sääntelymallin käyttöönoton vaikutus käytännön tilanteeseen alalla jäisi siis todennäköisesti melko vähäiseksi. Onnistunut yhteentoimivuuksien toteutus on myös teleyrityksille hyvin tärkeää, koska ilman sitä puheluliikenteessä ilmenee vakavia ongelmia. Siten teleyrityksillä on selkeä kannustin täysipainoiselle sääntelyyn osallistumiselle.

Selvityskohteeksi valittu merkinanto- ja aikavalvontasääntely perustuu suurelta osin kansainvälisten standardien valintaan ja Yhdistyneiden Kansakuntien alaisen International Telecommunication Unionin (ITU) ohjeiden noudattamiseen. Sääntely-yhteistyön osallistujille käytännössä tarjoutuvat vaihtoehdot yhteentoimivuuden toteuttamiseksi ovat siis melko rajalliset. Tämän sääntely-yhteistyön valinnanvaran pienuuden voi katsoa vähentävän yhteistyön potentiaalisia kilpailuoikeudellisia ongelmakohtia. Valinnanvaran pienuus saattaa toisaalta vähentää vastaavasti yhteistyön potentiaalisia hyötyjä. Tämä on kuitenkin tarkoituksenmukaisuus-, ei kilpailuoikeuskysymys.

Mikäli itse- tai yhteissääntelyyn merkinanto- ja aikavalvontamääräysten osalta ryhdytään, sääntelyn toteuttamisessa on ohjenuorana syytä pyrkiä siihen, että mitään poissuljenta- tai koordinaatiovaikutuksia ei esiinny. Sääntely-yhteistyön puitteissa tehtävät ratkaisut eivät saa perusteettomasti syrjiä tai suosia mitään tahoja ja sääntely on toteutettava kaikin puolin objektiivisesti ja oikeasuhtaisesti. Samoin teknisten tietojen vaihtamisen yhteydessä on huolehdittava siitä, että liiketoiminnan kannalta arkaluontoista tietoa ei vaihdeta.

Mikäli sääntelyn sisältö vastaisi suunnilleen nykyistä Viestintäviraston teknistä määräystä, kilpailuoikeudellisia ongelmia ei todennäköisesti esiintyisi. Tämä pätee myös yleisesti ITU:n

¹¹⁴ Esim. MPS28, 5.1 §:n soveltamisohjeet, s. 17.

suositusten mukaiseen toimintaan ja laajasti käytössä olevien kansainvälisten standardien välillä tapahtuviin valintoihin.

9.2.2 Viestintäpalvelun laadunvalvontaan liittyvä selvityskohde

Viestintävirasto on valinnut selvityskohteeksi viestintäverkkojen ja -palveluiden laadusta ja yleispalvelusta annetun Viestintäviraston määräyksen 58/2009 M (M58) 5 §:n. Seuraavassa arvioidaan, mitä kilpailuoikeudellisia seurauksia olisi tätä säännöstä ja sen soveltamisohjeita vastaavien vaatimusten ja niiden noudattamisen valvonnan toteuttamiselle teleyritysten välisenä itse- tai yhteissääntelynä.

M58:n 5 § *Internet-yhteyspalveluja koskevat erityisvaatimukset* kuuluu seuraavasti:

”Teleyrityksellä on oltava valmiudet mitata tarvittaessa asiakkaalle tarjoamansa Internet-yhteyspalvelun yhteysnopeutta.

Teleyrityksen on seurattava ja ylläpidettävä verkkonsa suorituskykyä täyttääkseen sen, mitä asiakkaan kanssa on sovittu Internet-yhteyspalvelun laadusta ja ominaisuuksista.”

Teleyrityksen on mitattava tarjoamiensa resolverinimi-, pääsynhallinta- ja DHCP-palvelujen vastausaikaa. Teleyrityksellä on oltava valmius tilastoida suorittamansa mittaukset.”

Lisäksi Viestintäviraston perustelu- ja soveltamismuistiossa MPS58 on annettu ohjeita määräyksen käytännön soveltamisesta ja siihen liittyvistä suosituksista.

Puhtaan laadunvarmistuksen on usein katsottu soveltuvan hyvin itse- ja yhteissääntelyyn päämääräksi.¹¹⁵ Alan julkisuuskuvan ylläpito ja profiilin kohottaminen ovat usein riittäviä insentiivejä aidolle pyrkimiselle yhteiseen laatutavoitteeseen. Lisäksi nykyistä M58:n mukaista laadunvarmistusohjetta on pidetty alalla toisinaan tulkinnanvaraisena ja epäselvänä, jolloin sääntely-yhteistyö antaisi mahdollisuuden toimijoiden kannalta tarkoituksenmukaisempiin muotoiluihin.

Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta laatutekijöihin liittyvien määräysten antaminen alan sisäisen yhteistyön kautta voi yleisesti ottaen olla ongelmallista, sillä liian rajoittavat laatumääräykset heikentävät erottautumisen mahdollisuuksia. Tämä vähentää kilpailullisuutta ja kuluttajien valintamahdollisuuksia. Sääntely-yhteistyössä olisi ehdottomasti huolehdittava siitä, että laadunvalvontamääräyksissä määritellään vain vähimmäistaso, jonka ylittävän laadun tuottaminen on mahdollista. Tärkeää on myös, etteivät laadun vähimmäisvaatimukset ole perusteettoman korkeita, jolloin edullisten tuotteiden tarjoaminen matalaan palvelutasoon tyytyväisille kuluttajille voisi muodostua mahdottomaksi.

Selvityskohteeksi valittu Internet-yhteyspalvelun erityisvaatimuksia koskeva pykälä ei ole tässä suhteessa nykyisellään ongelmallinen, koska sen sisältämät vaatimukset liittyvät lähinnä operaattorin kykyyn selvittää yhteyden laatuun vaikuttavia verkon kapasiteettitekijöitä. Varsinainen laatusisältö perustuu yrityksen itse tai yhdessä asiakkaansa kanssa määrittämään tasoon. Sääntely-yhteistyön toteuttamistavasta riippuen vastaava tekninen määräys voisi kuitenkin sisältää yksityiskohtaisempia vaatimuksia, joilla esimerkiksi tehtäisiin tietyn teknisen ratkaisun käytöstä käytännössä pakollista tai asetettaisiin jollekin palvelulle tietty kiinteä laatutaso siten, että alan toiminta yhdenmukaistuisi kilpailua rajoittavasti. Kun nykyisen Viestintäviraston määräyksen otsikko ja asiayhteys ovat itsessään melko avoimia erityyppisille tulkinnoille ja erilaisille vaatimuksille, olisi mahdollisessa yhteissääntelyssä kiinnitettävä erityistä huomiota yksityisille toimijoille laadunvalvonnan osalta annettavan sääntelytehtävän tarkkaan muotoiluun ja reunaehtoihin. Jos sääntely-

¹¹⁵ Esim. Sorsa: *Itsesääntely ja yhteissääntely arvoketjussa. Toimialakohtaista tarkastelua* (Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 100, 2009), s. 5 ja 37.

yhteistyössä voitaisiin vapain käsin antaa minkä tahansa sisältöisiä erityisvaatimuksia Internet-yhteyspalveluihin liittyen, kielletyn kilpailunrajoituksen toteutuminen tai toteutumatta jääminen riippuisi pitkälti vain yritysten omasta tahdosta noudattaa kilpailuoikeutta.

Kilpailuoikeudellisesti turvallisinta olisi laadunvalvonnankin yhteydessä huolehtia sääntely-yhteistyön selkeällä ohjaamisella siitä, ettei esimerkiksi pieniin tai uusiin markkinatoimijoihin kohdistuvia poissuljenta- tai koordinaatiovaikutuksia esiinny. Mitä yleistasoisempia ja suositusluontoisempia laadunvalvontamääräykset ovat, sitä pulmattomampina ne näyttäytyvät kilpailuoikeuden kannalta. Toisaalta vähäinen sitovuus ja ohjaavuus heikentävät määräysten tehokkuutta niiden tavoitteiden kannalta. Mikäli vaatimuksissa päädyttäisiin käytännössä rajoittamaan kilpailua, tämä olisi oikeutettava luvussa 6.4 kuvatulla tehokkuusarvioinnilla tehokkuuden parantumisen, kuluttajille siirtyvän hyödyn, rajoituksen välttämättömyyden ja kilpailun säilymisen kautta. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi tulkittavia poissuljenta vaikutuksia olisi mahdotonta oikeuttaa tällä tavoin.

Jos suunnitellun sääntelyn sisältö ja yksityiskohtaisuus vastaisivat suunnilleen Viestintäviraston nykyistä määräystä, kilpailuoikeudellisia ongelmia ei todennäköisesti esiintyisi laadunvalvontaan liittyvän selvityskohteen kohdalla. Selvityskohteenä olevan määräyksen perusluonteen tietyn epämääräisyyden takia sääntely-yhteistyön käytännön toteuttamiseen ja tehtävänantoon olisi kuitenkin kiinnitettävä erityistä huomiota. Vaikka nykyiset Viestintäviraston antamat tekniset määräykset perustuvat viestintämarkkina- ja sähköisen viestinnän tietosuojalaissa annettuun raamiin määräysten alasta, tämä raami on varsin yleisluontoinen ja sääntely-yhteistyön toteuttamisessa voisi harkita tilanteesta riippuen tiukemman raamin tai tehtävänannon antamista.

9.2.3 Käyttäjätiedotukseen liittyvä selvityskohde

Viestintävirasto on valinnut selvityskohteeksi Internet-yhteyspalvelujen tietoturva annetun Viestintäviraston määräyksen 13 B/2011 M (M13) 4 §:n. Seuraavassa arvioidaan, mitä kilpailuoikeudellisia seurauksia olisi tätä säännöstä ja sen soveltamisohjeita vastaavien vaatimusten ja niiden noudattamisen valvonnan toteuttamiselle teleyritysten välisenä itse- tai yhteissääntelynä.

M13:n 4 § *Tiedottaminen* kuuluu seuraavasti:

”Teleyrityksen on tiedotettava asiakkaalle viimeistään asiakasliittymää käyttöönotettaessa liittymän käyttämiseen liittyvistä yleisistä ja liittymätyyppikohtaisista tietoturvariskeistä sekä asiakkaan käytettävissä olevista toimenpiteistä tietoturvasta huolehtimiseksi.

Teleyrityksen on määriteltävä sekä kuvattava asiakkaalle keskeiset asiakasliittymän käyttöön vaikuttavat pysyväisluonteiset tekniset rajoitukset. Nämä voivat koskea käytettäviä tietoliikenneportteja, -protokollia tai liikennemäärää. Kuvauksesta on myös käytävä ilmi periaatteet, joilla puututaan viestintäpalvelujen tietoturvaa vaarantavaan liittymän tai palvelujen käyttöön.”

Lisäksi Viestintäviraston perustelu- ja soveltamismuistiossa MPS13 on annettu ohjeita määräysten käytännön soveltamisesta.

Palvelun ominaisuuksiin liittyvistä vaatimuksista päättäminen sääntely-yhteistyön kautta on lähtökohtaisesti kyseenalaista kilpailuoikeuden kannalta. Vaihtelu markkinatoimijoiden kuluttajille tarjoamien hyödykkeiden välillä eli tuotedifferentointi on keskeinen osa kilpailua markkinoilla. Alan toimijoiden keskenään tekemät päätökset palvelun ominaisuuksista voivat olla omiaan vähentämään tätä differentointia. Jos tuotteiden ominaisuuksista päätetään merkittävässä määrin alan yhteistyössä, niiden yhdenmukaistuminen kilpailun kannalta vahingollisella tavalla on erittäin mahdollinen seuraus. Myös teknisten tietojen vaihtaminen

voisi johtaa tällaisiin seurauksiin, jos niissä olisi tosiasiaa kyse jollain tapaa kaupallisesti arkaluontoisesta, liikesalaisuuden kaltaisesta informaatiosta.

Käyttäjätiedottaminen on kuitenkin palvelun ominaisuuksiin liittyvistä seikoista kilpailuoikeudellisesti selvästi ongelmattomimpia. Tiedotuskysymyksiä on yleisesti pidetty itsesääntelymalleissa keskeisinä ja tiedotus soveltuisi näin melko luontevasti toteuttavaksi osana laajempaa itsesääntelyä.¹¹⁶ Telealan maine ei nimenomaan kuluttajatiedotuksen osalta ole erityisen hyvä, ja maineen parantaminen saattaa tuottaa alan toimijoille toimivan kannustimen olla täysipainoisesti mukana sääntely-yhteistyössä ja etsiä kuluttajien luottamusta parantavia toimintamalleja. Puhtaasti tiedottamisen tapoihin ja sisältöihin liittyvä sääntely ei myöskään ole kilpailun rajoittamisen kannalta järin riskialtista verrattuna monien muiden tuoteominaisuuksien sääntelyyn.

Telealan toimialajärjestö FiCom ry:n kautta tehty palvelulupausten täyttämiseen ja parantamiseen tähtäävä yhteistyö, jonka toteuttamisessa on konsultoitu myös Kilpailuvirastoa, liittyy osin samaan aihepiiriin kuin tiedottamiseen liittyvä sääntely. Palvelulupauksiin liittyvän yhteistyön ja M13 4 §:n voi nähdä yhtymäkohtia ja synergiaetujakin.

Näistä seikoista huolimatta myös käyttäjätiedotukseen liittyvässä itse- tai yhteissääntelyssä on yleisesti kiinnitettävä huomiota poissulkemis- ja koordinoitvaikutuksiin ja pyrittävä välttämään niitä. Esimerkiksi ajallisesti erittäin tiheä ja siten palveluntarjoajan kannalta kuormittava tiedotusvaatimus, jonka ankaruus ei olisi perusteltavissa kuluttajan saaman hyödyn ja tiheän tiedotuksen tarpeellisuuden kautta, olisi kilpailuoikeudellisesti ongelmallinen. Kilpailuoikeuden kannalta turvallisinta olisi pitäytyä yhteistyön sisällä päätöksissä, jotka eivät kilpailua rajoittavasti puuttuisi palvelun ominaisuuksiin. Näiltä osin sääntely-yhteistyön tarkalla toteuttamistavalla ja sääntelytehtävän muotoilulla on suuri merkitys.

Mikäli tiedottamista koskeva sääntely-yhteistyö olisi niin yksityiskohtaista tai rajoittavaa, että se johtaisi kilpailun vähenemiseen, edellytettäisiin luvussa 6.4 kuvattua tehokkuusarviointia ja rajoituksen oikeuttamista tehokkuuden parantumisen, kuluttajille siirtyvän hyödyn, rajoituksen välttämättömyyden ja kilpailun säilymisen kautta. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi tulkittavia poissuljentavaikutuksia ei voisi oikeuttaa edes näin. Tuotteilla tapahtuvan erottautumisen mahdollisuus on lisäksi kilpailun säilymisen kannalta niin tärkeä, että ohjenuorana on joka tapauksessa syytä pitää sen säilyttämistä.

Jos suunnitellun sääntelyn sisältö vastaisi yksityiskohtaisuutensa ja velvoittavuutensa puolesta suunnitellun Viestintäviraston nykyistä määräystä, kilpailuoikeudellisia ongelmia ei käyttäjätiedotuksenkaan kohdalla todennäköisesti esiintyisi.

9.3 **Palveluprosessiin liittyvä selvityskohde (FiCom ry:n menettelyohje taloyhtiön operaattorivaihdoksissa)**

Taloyhtiöiden omalla päätöksellään ja sopimuksellaan hankkimia kaapelitelevisiopalveluita ja asukkaan omalla päätöksellään ja sopimuksellaan hankkimia kaapelilaajakaistapalveluita tarjotaan teknisesti samoja kaapeleita pitkin. Käytännössä teleyritykset eivät pysty tällä hetkellä tarjoamaan rinnakkain kaapelitelevisiopalveluita saman kiinteistön sisäisen yhteisantenniverkon kautta. Yhden teleyrityksen on siis palveluja tarjotakseen kytkettävä kiinteistö irti toisen verkosta, mistä käytännössä seuraa toisen yrityksen kaapelilaajakaistaliittymien toiminnan lakkaaminen. Tilanne on palveluntarjoajan

¹¹⁶ Sorsa: *Itsesääntely ja yhteiskuntavastuu* (Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen verkkokatsauksia 14/2010), s. 99.

vaihtotilanteissa johtanut teleyritysten välisiin riitoihin ja ennakoimattomiin palvelujen katkeamisiin.¹¹⁷

Mainittu asetelma on kuluttajan kannalta epätydyttävä ja hankala. Ongelman ratkaiseminen muodossa tai toisessa on siten kuluttajansuojan perspektiivistä hyvin toivottavaa. Mikäli tilanne pystytään ratkaisemaan yhtäältä taloyhtiöiden ja laajakaista-asiakkaiden sekä toisaalta teleyritysten kannalta joustavasti ja tehokkaasti, tuloksena on kilpailun vahvistuminen ja yhteisöasiakkaiden valinnanvaran lisääntyminen parhaimmillaan sekä kaapelilaajakaista- että kaapelitelevisiopalveluiden markkinoilla. Kiinteistöistä käytävän kilpailun lisääntymisen voi olettaa hyödyttävän myös kuluttajien ainakin hintojen laskun muodossa. Siten myös kilpailunäkökulmasta ratkaisun löytäminen olisi selkeästi myönteinen asia.

Operaattorivaihdostilanteiden yhteisten menettelytapojen kehittämällä telealan toimialajärjestö FiCom ry:n työryhmässä alan toimijoiden kesken voi nähdä useita etuja. Teleyrityksillä on runsaasti teknistä asiantuntemusta ja oma panos menettelytapojen luomiseen luo kannustimen niiden noudattamiselle. Lisäksi koska teleyritysten roolit vaihdostilanteissa vaihtelevat tapauskohtaisesti, kaikkien yritysten on perusteltua pyrkiä kohti tasapuolisiin ratkaisuihin, joissa huomioidaan sekä taloyhtiön uuden että vanhan palveluntarjoajan asema. Yhteisten menettelytapojen sopiminen riitatilanteen varalle ja palveluntarjoajan vaihtamisen helpottamiseksi ei lähtökohtaisesti ole kilpailuoikeudellisesti kiellettyä tai kyseenalaista.

Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta yhteisistä menettelytavoista sopimisessa on keskeistä, ettei yhteistyö rajoita kilpailua ainakaan enempää kuin on välttämätöntä. Niin kauan kuin kyse on palveluntarjoajan vaihtamisen helpottamiseen tähtäävästä menettelystä, kilpailuoikeudellisia ongelmia ei mitä todennäköisimmin esiinny. Toisaalta jos sovittu menettely muodostuu taloyhtiöille tai muille asiakkaille esimerkiksi irtisanomisaikojen, maksujen tai määräaikaisten sopimusten kohtelun osalta raskaaksi tai muuten hankalaksi, kilpailuvaikutukset saattavat muodostua kielteisiksi ja muistuttaa jopa markkinoiden jakamista, joka on ehdottoman kielletty kilpailijoiden välisen yhteistyön muoto.

Menettelytapoja noudatettaessa lienee perusteltua, että yhteistyöstä saatu hyöty siirtyy kuluttajalle operaattorinvaihdosongelmien merkittävänä vähenemisenä ilman kuluttajan aseman muuta heikkenemistä esimerkiksi ylipitkien sopimuskausien, sidonnaksi tulkittavien sopimusehtojen tai pienten palveluntarjoajien toimintakyvyn rajoittumisen johdosta.

Menettelytapoja luotaessa on huomioitava myös yleisen kilpailijayhteistyön ja erityisesti toimialajärjestöyhteistyön kilpailuoikeudelliset riskit, joita on käsitelty luvussa 6.3. Olennaista on etenkin huolehtia, että kaupallisesti arkaluontoista tietoa ei välity yritysten välillä eikä minkäänlaista hintojen tai markkinakäyttäytymisen yhdenmukaistamista tapahdu. Huolta on pidettävä myös siitä, etteivät menettelytavat tavalla tai toisella perusteettomasti vaikeuta pienten tai uusien markkinatoimijoiden asemaa. Tällaista riskiä vähentää, mikäli ohjeet ovat suositusluonteiset eikä niiden noudattaminen ole operaattoreille minkään järjestelyn puitteissa pakollista.

Menettely on sitä turvallisempi, mitä selvemmin siinä vältetään luvuissa 6 ja 7 käsitellyt koordinaatio- ja poissuljentavaikutukset. Kilpailun tehokkaan toiminnan kannalta keskeistä on markkinoiden rakenteen toimivuus. Jos kilpailu yhteistyön myötä rajoittuisi, tämä olisi perusteltava tehokkuuden, hyödyn kuluttajille siirtymisen, kilpailun säilymisen ja välttämättömyyden kautta.

¹¹⁷ Asian teknistä ulottuvuutta ja kahden teleyrityksen välistä riitaa on käsitelty perusteellisesti Viestintäviraston korjauskehotuksessa ja suosituksessa teleyritysten yhteistoiminnasta kiinteistön kaapelitelevisio- tai laajakaistaoperaattorin vaihdostilanteessa (Dnro 1876/6011/2010, 6.6.2011).

Teleyritysten yhteisten menettelytapojen sopiminen operaattorivaihdostilanteissa ei ole itsessään omiaan aiheuttamaan kilpailun vääristymistä. Menettelytapojen tarkka sisältö kuitenkin ratkaisee sen, onko kilpailuongelmien syntyminen mahdollista. Ongelmien esiintyminen on epätodennäköistä, jos menettelyn tavoitteena on asiakaslähtöinen, joustava ja nopea mahdollisuus operaattorin vaihtamiseen.

VIITATTUJA SÄÄNNÖKSIÄ

Kilpailulaki (948/2011)

Viestintämarkkinalaki (393/2003)

Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT); erityisesti artiklat 34–36 vapaasta liikkuvuudesta, artiklat 101 ja 102 kielletyistä kilpailunrajoituksista sekä artiklat 170–172 tietoverkkotoiminnasta (aiemmin Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 28–30, 81 ja 82 sekä 154–156 artiklat)

Sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista ja yhteenliittämisestä annettu direktiivi (2002/19/EY) muutossäädöksineen

Sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista annettu direktiivi (2002/20/EY) muutossäädöksineen

Sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä annettu direktiivi (2002/21/EY) muutossäädöksineen

Yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla, (2002/22/EY) muutossäädöksineen

Henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annettu direktiivi (2002/58/EY) muutossäädöksineen

Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta

Komission asetus N:o 772/2004 perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta teknologiansiirtosopimusten ryhmiin

Komission asetus (EY) N:o 773/2004 EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan mukaisten komission menettelyjen kulusta

Komission asetus N:o 330/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin

Komission asetus N:o 1217/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten tiettyihin ryhmiin

Komission asetus N:o 1218/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta erikoistumissopimusten tiettyihin ryhmiin

Komission suuntaviivatiedonanto ETY:n kilpailusääntöjen soveltamisesta tietoliikennesektorille (91/C233/02)

Komission suuntaviivatiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03)

Komission suuntaviivatiedonanto kilpailusääntöjen soveltamisesta telealan liittymäsopimuksiin (98/C265/02)

Komission suuntaviivatiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (2001/C 368/07)

Komission suuntaviivatiedonanto markkina-analyysiä ja huomattavan markkinavoiman arvioimista varten sähköisen viestinnän verkkoja ja palveluja koskevassa yhteisön sääntelyjärjestelmässä (2002/C165/03)

Komission suuntaviivatiedonanto EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaa kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista (2004/C 101/07)

Komission suuntaviivatiedonanto perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta (2004/C 101/08)

Komission suuntaviivatiedonanto sähköisen viestinnän sisämarkkinoiden vakiinnuttamisesta (SEK(2006)86)

Komission suuntaviivatiedonanto komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02)
Komission suuntaviivatiedonanto vertikaalisista rajoituksista (2010/C 130/01)
Komission suuntaviivatiedonanto SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2011/C 11/01)