

Krogerus

**KAUKOLÄMPÖYHTIÖIDEN LÄMMÖN OSTAMINEN JA MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-
ASEMAN ASETTAMAT KILPAILUOIKEUDELLISET REUNAEDOT**

SELVITYS ENERGIATEOLLISUUS RY:LLE

19.12.2018

Asianajotoimisto Krogerus Oy
Unioninkatu 22
00130 Helsinki

Puh. 029 000 6200
Fax 029 000 6201
krogerus.com

Kotipaikka: Helsinki
Y-tunnus: 0919666-0

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	3
2	YHTEENVETO	5
3	ENGLISH SUMMARY	8
4	KAUKOLÄMPÖYHTIÖN MARKKINAVOIMAN ARVIOINNIN PERIAATTEET SUHTEESSA LÄMMÖN MYYJÄÄN.....	11
4.1	Markkinavoiman arviointiin vaikuttavat tekijät	11
4.2	Kaukolämpöyhtiön markkina-aseman arviointi käytännössä suhteessa lämmön myyjiin	13
5	MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VELVOITTEIDEN HUOMIOINTI KÄYTÄNNÖN TILANTEISSA.....	16
5.1	Määräävän markkina-aseman merkitys lämmönostotoiminnalle	16
5.2	Ostohintojen ilmoittaminen lämmön myyjille	17
5.3	Lämmön ostoista kieltäytyminen	17
5.4	Teknisten reunaehtojen käyttö ja rajoitteet.....	20
5.5	Kilpailulainsäädännön asettamat reunaehdot lämmön ostohinnalle.....	21
5.6	Samanlaisten asiakkaiden tasapuolinen kohtelu (syrjintä)	23
5.7	Lämmönostosopimusten kestoaika tai irtisanomisaika	26
5.8	Ostojen ja myyntien yhdistäminen (esimerkiksi urakointipalveluiden tarjoaminen ostojen yhteydessä).....	28
5.9	Kilpailuoikeudelliset oikeuttamisperusteet.....	29
6	OIKEUSSUOJAKEINOT MAHDOLLISTA MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖÄ VASTAAN.....	31

JOHDANTO

Asianajotoimisto Krogerus Oy on Energiateollisuus ry:n toimeksiannosta laatinut selvityksen kaukolämpöyhtiöiden ulkopuolisilta tahoilta tapahtuvan lämmön ostamisen kilpailuoikeudellisista reunaehdoista. Selvityksen tarkoituksena on ollut, että sen avulla alan toimijoiden on mahdollista tunnistaa ongelmatilanteita ja saada käytännönläheisiä ohjeita lämmönostotilanteisiin. Ongelmatilanteiden ja käytännön ohjeistuksen tarpeen selvittämiseksi on toteutettu haastatteluja kaukolämpöyhtiöiden sekä lämpöä myyvien toimijoiden edustajien kanssa.

Selvityksessä on arvioitu tilanteita, joissa kaukolämpöyhtiöt ostavat ulkopuolisilta tahoilta lämpöä, ja laadittu ohjeistusta niitä varten. Kaukolämpöyhtiön on mahdollista ostaa lämpöä

1. asiakkailta, joille yhtiöt samanaikaisesti myyvät kaukolämpöä (kaksisuuntainen lämpökauppa)
2. asiakkailta, jotka haluavat myydä lämpöä, mutta jotka eivät ole kaukolämpöasiakkaita (yhdensuuntainen kaukolämpökauppa).

Selvityksen perusteella kaukolämpöyhtiöt ostavat lämpöä esimerkiksi seuraavanlaisilta lämmön myyjiltä:

- i) teollinen toimija, jonka liiketoiminnan yhteydessä syntyy lämpöä tai joka tuottaa lämpöä, ja joka haluaa myydä sitä kaukolämpöverkkoon - niin sanottu puhdas tuottaja
- ii) datakeskus- tai konesalityyppinen asiakas, jonka toiminnassa syntyy lämpöä
- iii) asunto-osakeyhtiö, joka myy lämpöä
- iv) suuret toimistokiinteistöt tai liikekeskukset, joiden toiminnassa niin ikään syntyy lämpöä

Kilpailulainsäädännön¹ kannalta määräävä markkina-asema ja sen asettamat velvoitteet muodostavat keskeiset rajoitteet ja reunaehdot kaukolämpöyhtiöiden lämmönostotoiminnalle. Tässä selvityksessä tuodaan esille tekijöitä, joiden pohjalta kaukolämpöyhtiön markkina-asemaa suhteessa lämmön ostajiin voidaan arvioida.

Oikeuskäytäntö edellyttää, että määräävä markkina-asema on aina arvioitava toiseikaston perusteella ja taloustieteen keinoin tapauskohtaisesti. Selvityksessä ei ole mahdollista arvioida sitä, millä yksittäisillä kaukolämpöyhtiöillä mahdollisesti olisi tai ei olisi lämmönostotoiminnan osalta määräävä markkina-asema.

Määräävän markkina-aseman velvoitteiden osalta käydään läpi keskeiset oikeudelliset periaatteet ja niiden soveltuminen tilanteeseen, jossa kaukolämpöyrittäjä olisi määräävässä markkina-asemassa suhteessa lämpöä myyvään asiakkaaseen. Tässä suhteessa on tärkeää pitää mielessä, että kaukolämpöyhtiöllä on lähtökohtaisesti mahdollisuus kilpailulla normaalein liiketoiminnallisilla keinoin, mutta määräävä markkina-asema saattaa

¹ Kilpailulaki (948/2011) ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 102 artikla.

siitä huolimatta asettaa tiettyjä velvoitteita ja rajoitteita kaukolämpöyhtiön lämmön osto-toiminnalle.

Kaukolämpöyhtiöiden lämmön ostamisen kannalta selvityksessä läpikäytäviä keskeisiä kysymyksiä kilpailulainsäädännön näkökulmasta ovat yhdessä Energiateollisuuden ja alan toimijoiden kanssa käytyjen keskustelujen perusteella seuraavat:

- kaukolämpöyhtiön markkina-aseman arviointi suhteessa lämmön myyjään;
- määräävän markkina-aseman merkitys käytännön ostotoiminnassa;
- sen määrittäminen, miten ostohinnat ja niiden perusteet tulee ilmoittaa lämmön myyjälle;
- menettely mahdollisen lämmön ostoista kieltäytymisen yhteydessä;
- samanlaisten asiakkaiden tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu;
- sen selvittäminen, millä perusteilla lämmön ostaminen eri toimijoilta on mahdollisuus hinnoitella eri tavoin;
- teknisten reunaehtojen käyttö ja rajoitteet;
- lämmönostosopimusten hyväksyttävä kestoaika ja/tai irtisanomisaika; sekä
- kaukolämmön osto- ja myyntitoiminnan yhdistäminen esimerkiksi tarjoamalla urakointipalveluita lämmön ostojen yhteydessä.

Edellä mainittujen lisäksi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei saa syyllistyä asiakkaiden tai muiden sopimuskumppanien hyväksikäyttöön kohtuuttoman hinnoittelun tai muiden kohtuuttomien sopimusehtojen asettamisen kautta eikä sulkea kilpailijoita markkinoilta. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon keskeinen sisältö on esitelty sekä sen soveltumista kaukolämpöliiketoiminnan kehittämiseen on tarkasteltu aiemmassa Energiateollisuudelle laaditussa selvityksessä.²

Selvityksen laatimista on ohjannut Energiateollisuus ry:n ohjausryhmä.

² Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan kaukolämpöliiketoiminnan kehittämiseksi asettamat reunaehdot. Asianajotoimisto Krogerus Oy, 2014, erityisesti selvityksen luku 5.

https://energia.fi/ajankohtaista_ja_materiaalipankki/materiaalipankki/maaraavan_markkina-aseman_vaarinkayttovalvonnan_kaukolampoliiketoiminnan_kehittamiseksi_asettamet_reunaehdot_tutkimushanke.html

YHTEENVETO

Kaukolämpöyhtiön on suositeltavaa tiedostaa mahdollisuus siihen, että sillä katsotaan olevan määräävä markkina-asema lämmön ostamisessa, ja tällaisen aseman väärinkäytön kieltö (kilpailulain 7 §). Selvityksessä on käyty läpi kaukolämpöalan kannalta keskeisiä määräävään markkina-asemaan ja sen väärinkäyttöön liittyviä kysymyksiä.

Merkityksellisten markkinoiden määritelmällä on usein ratkaiseva vaikutus kilpailuasian arviointiin. Merkityksellisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi. Maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluja, jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.

Määräävän markkina-aseman olemassaolo tulee aina tutkittavaksi tapauskohtaisesti. Kilpailulainsäädännön mukainen määräävä markkina-asema katsotaan olevan elinkeinonharjoittajalla, jolla on koko maassa tai tietyllä alueella yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa tai voi ohjata hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.

Kaukolämpöyhtiö on hyvin todennäköisesti määräävässä markkina-asemassa lämmön myyjään nähden sellaisissa tilanteissa, joissa lämmön myyjä on investoinut huomattavia summia jo tehdyn lämmön toimitussopimuksen veloitteiden täyttämiseen, sillä ei ole realistisia vaihtoehtoja lämmön myynnille kaukolämpöyhtiölle ja se on käytännössä riippuvainen kaukolämpöyhtiöstä. Kaikissa tilanteissa tällaista asemaa ei kuitenkaan välttämättä ole, esimerkiksi jos kaukolämpöyhtiö on riippuvainen lämmön myyjästä.

Muissa tilanteissa, kuten sellaisissa joissa lämmön myyjä vasta suunnittelee tuotantolaitoksensa sijoittamista kaukolämpöyhtiön alueelle tai sen lämmön myynti tapahtuu lähinnä pääliiketoiminnan tai muun toiminnan ohella, kaukolämpöyhtiön mahdollisen määräävän markkina-aseman olemassaolo tulee arvioida tapauskohtaisesti. Kaukolämpöyhtiön kannalta on kuitenkin olemassa riski siitä, että sen menettelytapaoja arvioidaan *tukkulämmön ostamisessa* ainakin tilanteessa, jossa lämmön myyjä on jo liittynyt sen verkkoon. Mikäli markkinat määritellään tällä tavalla ja ne rajautuvat alueellisiksi tai paikallisiksi, paikallinenkin kaukolämpöyhtiö voi olla määräävässä markkina-asemassa tukkulämmön ostamisessa paikallisella/alueellisella markkinalla.

Määräävän markkina-aseman olemassaoloa ei ole kilpailulainsäädännössä kielletty. Määräävässä markkina-asemassa oleva toimija voi kilpailla omilla ansioillaan markkinoilla ja kehittää omaa liiketoimintaansa. Määräävässä markkina-asemassa oleva toimija ei kuitenkaan saa syyllistyä asemansa väärinkäyttöön, joka asettaa tiettyjä rajoitteita toiminnalle.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee yleensä joko

- 1) kohtuuttomien tai syrjivien ehtojen asettamisena asiakkaille tai muille sopimus-kumppaneille; tai

- 2) kilpailijoiden sulkemisena markkinoiden ulkopuolelle tai näiden toiminnan vaikeuttamisena kilpailulle ja siten kuluttajille haitallisin vaikutuksin.

Kilpailuoikeudellinen *läpinäkyvyysperiaate* edellyttää, että määräävässä markkina- asemassa olevan yrityksen asiakas voi perehtymällä hinnoittelun periaatteisiin selvittää, mitkä ovat hänen maksettavakseen koituvat veloitukset ja millä tavoin ne muuttuvat esimerkiksi määrän tai hankintatapojen muuttuessa. Periaate ei kuitenkaan edellytä kaukolämpöyhtiöltä lämmön ostohintojen julkaisemista esimerkiksi julkisen ostohinnaston avulla.

Määräävässä markkina- asemassa oleva yritys ei saa kieltäytyä liikesuhteesta ilman asi- allista syytä (*rajoitettu sopimuksentekovelvollisuus*). Asiallisia syitä voivat olla esimerkik- si asiakkaan maksuvaikeudet, maksukyvyttömyys ja luottamuksen puute kolmanteen osapuoleen velallisena, tuotannon häiriintyminen tai kapasiteettiongelma. Liikesuhteen katkaisemista vanhan asiakkaan kanssa pidetään helpommin väärinkäyttönä kuin kiel- täytymistä liikesuhteesta uuden asiakkaan kanssa. Kaukolämpötoimijalla ei kuitenkaan ole kilpailulainsäädännön perusteella ehdotonta velvollisuutta investoida verkkonsa ka- pasiteettiin ulkopuolisen lämmön ostamiseksi kuin korkeintaan erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa.

Määräävässä markkina- asemassa olevalla elinkeinonharjoittajalla on toiminnassaan *ta- sapuolisuusvelvoite*. Se edellyttää, ettei samanlaisia kauppakumppaneita saa kohdella toisistaan poikkeavalla tavalla ilman kustannusperusteista tai muuta kilpailuoikeudelli- sesti ja objektiivisesti hyväksyttävää syytä.

Olennaista syrjinnän olemassaolon arvioinnissa on tarkastella, ketkä tai mitkä ovat kil- pailuoikeudellisesti samanlaisia kauppakumppaneita. Eri *asiakasryhmille* maksettaville ostohinnoille ja niiden välisille eroille on suositeltavaa olla perustelut. Kaukolämpötoimija voi eriyttää ostohinnoitteluaan eri ulkopuolisten lämmön myyjien välillä mahdollisesta määräävästä markkina- asemasta huolimatta. Tapauskäytännön mukaan hintojen eriyt- tämiselle tulee olla kuitenkin kilpailuoikeudellisesti ja objektiivisesti hyväksyttävä syy. Yleensä tällaisia ovat olleet tekijät, jotka vaikuttavat ostettavan lämmön arvoon, joten ne vaikuttavat olevan kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäviä tekijöitä ostohintojen eriyttämisel- le. Tarvittaessa mahdolliset kustannusvaikutukset tulee pystyä osoittaman käytännön laskelmin.

Mikäli samanlaisille lämmön myyjille maksettaisiin samanlaisesta ja samanarvoisesta lämmöstä eri hintaa, tällä voisi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia lämmön myynnissä ja toisaalta myös lämmön myyjien omien lopputuotteiden ja/tai palvelujen myyntimarkki- noilla. Kyse olisi tällöin siitä, missä määrin lämmön myynnistä saatujen tulojen erolla oli- si vaikutusta lämmön myyjän omien hyödykkeiden tuotannon kustannusrakenteeseen. Se, voidaanko menettely tällöin yksittäistapauksessa katsoa määräävän markkina- aseman väärinkäytöksi, riippuu muun ohella hintaeron suuruudesta ja tulee arvioida ta- pauskohtaisesti.

Kun kaukolämpöyhtiön verkossa on kysyntää lisälämmölle, kaukolämpöyhtiö voi hyö- dyntää ulkopuolisen tahon tuottamaa lämpöä. Kaukolämpöyhtiön kannalta ulkopuolisen tahon lämmön hyödyntäminen edellyttää esimerkiksi tiettyjen teknisten, lämpötila- ja laa- tuvaatimusten täyttymistä, jotta ulkopuolisen tahon tuottamaa lämpöä on mahdollista

hyödyntää kaukolämpöverkossa. Kaukolämpöyhtiön on mahdollista määrittää teknisiä reunaehtoja, jotka ostettavan lämmön tulee täyttää, jotta sitä on mahdollista hyödyntää kaukolämpöjärjestelmässä. Kaukolämpöyhtiöllä ei ole velvollisuutta ostaa sellaista lämpöä, jota ei ole teknisesti lainkaan mahdollista hyödyntää (esimerkiksi alhaisen lämpötilan vuoksi).

Ainoastaan poikkeuksellisissa tilanteissa teknisten vaatimusten tai reunaehtojen käyttäminen on mahdollista arvioida määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Tällaisesta voi olla kyse esimerkiksi silloin, kun ehtojen taustalla on selkeästi halu estää, hidastaa tai muuten haitata kaukolämpöyhtiön omien lämmön tuotantolaitosten kanssa kilpailevien ulkopuolisten lämmön myyjien markkinoille tuloa; taikka kesken sopimuskauden vaaditaan teknisiä parannuksia jotka eivät ole aikaisemmin estäneet ostoja, ja jotka ovat tosiasiallisesti aiheutuneet muusta seikasta kuin tarpeesta teknisille parannuksille.

Määrävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan sopimuskumppanilleen asettamia pitkiä määräaikaisia sopimuksia tai irtisanomisaikoja voidaan joissain tilanteissa pitää määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä niiden markkinoita sulkevien vaikutusten vuoksi. Käytännössä kyse on siitä, voiko pitkäkestoinen sopimus tietyn lämmön myyjän kanssa johtaa siihen, että kaukolämpötoimija ei tee lämmön ostosopimusta jonkun toisen halukkaan lämmön myyjän kanssa sopimuksen kestoaikana. Kaukolämpötoimijan arvioidessa sopimusten kesto- ja irtisanomisaikoja on suositeltavaa arvioida tapauskohtaisesti noin viiden vuoden välein seuraavien seikkojen perusteella, jotta sopimuksista ei aiheudu kilpailua rajoittavia vaikutuksia:

- 1) onko kaukolämpötoimijalla määrävä markkina-asema lämmön toimittajaan nähden;
- 2) investointien takaisinmaksuaika;
- 3) vaikeuttavatko sopimusten pituudet tai irtisanomisajat kilpailijoiden asemaa eli esimerkiksi sitä, johtaako pitkäkestoinen sopimus tietyn lämmön myyjän kanssa siihen, että kaukolämpötoimija ei tee lämmön ostosopimusta jonkun toisen halukkaan lämmön myyjän kanssa; ja
- 4) voidaanko sopimuksen pitkäkestoisuutta perustella kaukolämpöjärjestelmälle ja asiakkaille saavutettavilla eduilla (kuten esimerkiksi lämmön saatavuuden turvaaminen tai investoinnin/hankkeen toteutuminen ylipäättään).

Kaukolämpöyhtiön lämmön ostaminen edellyttää toteutuakseen yleensä lämmön myyjän tiloissa tehtäviä asennuksia, kytkentöjä ja laiteinvestointeja. Kilpailusääntöjen näkökulmasta yksinkertaisin vaihtoehto on tarjota suunnittelu-, huolto-, asennus- ja urakointipalveluja lämmön ostoa täydentävästi sekä erikseen hinnoiteltuna.

Kilpailulainsäädännön nojalla lämmön myyjä voi tehdä tutkintapyyntönsä laajat toimivaltuudet omaavalle Kilpailu- ja kuluttajavirastolle ("KKV"), jos se epäilee kaukolämpöyhtiön syyllistyneen määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Viranomaistutkinnan lisäksi määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä vahinkoa kärsineellä taholla on oikeus vahingonkorvaukseen.

ENGLISH SUMMARY

It is advisable for a district heating operator to consider that its market position in the market for purchasing heat may be considered as a dominant market position, and that the law prohibits the abuse of such a position (Section 7 of the Finnish Competition Act). Essential questions relating to a dominant position in the market for district heating as well as questions relating to an abuse of a dominant position are discussed further in this report.

The definition of the relevant market often has a decisive influence on the assessment of a competition law case. The relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use. The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services and in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those area.

The existence of a dominant position is always assessed case by case. The dominant position referred to in competition law is deemed to be held by an undertaking who, either within the entire country or within a given region, holds an exclusive right or other dominant position in a specified product market so as to significantly control the price level or terms of delivery of that product, or who, in some other corresponding manner, influences the competitive conditions on a given level of production or distribution.

A district heating operator may very likely to hold a dominant position towards a heat seller in circumstances where the seller has made significant investments in order to fulfil a heat supply agreement and is, in practice, dependent on the district heating operator since it has no realistic alternatives for the selling of heat. However, a dominant position does not exist in all abovementioned circumstances. For example, a district heating operator may also be dependent on the seller and, therefore, a dominant position does not necessarily exist.

In other circumstances, the dominant position of a district heating operator must be assessed case by case. For example, in such circumstances, where a heat seller is only planning to locate its production plant to an area covered by the district heating operator in question or where its heat sales are only peripheral activities outside of its main business activities, a case-by-case assessment is needed. However, it is at a district heating operator's risk that its conduct might be scrutinized *in purchasing wholesale heat* at least in a situation where a seller has already joined the network of the district heating operator in question. If such a relevant market is either regional or local in its geographic dimension, even a local district heating operator may hold a dominant market position in the market of wholesale heat in a local/regional market.

A dominant market position is not as such prohibited by competition law. A dominant undertaking is entitled to compete on the merits. A dominant market position does not either hinder normal business development. However, the abuse of a dominant position is prohibited and special obligations are imposed on a dominant undertaking.

The abuse of a dominant position is usually manifested either by:

- 1) setting unfair or discriminatory terms for customers or other contracting parties or
- 2) foreclosing competitors or distorting their business opportunities with detrimental effects to competition and consumers.

The transparency principle in competition law requires that a customer of a dominant undertaking has access to the pricing principles and that they can evaluate the costs and how they may change if the volumes or purchase practices change. The transparency principle does not, however, require a district heating operator to publish its prices publicly.

A dominant undertaking may not refuse to conclude a contract with its potential customers without an objective justification (*limited duty to deal*). Such justifications may be for example customer's payment issues, insolvency, production disturbances as well as capacity problems. A refusal to deal with existing customers has been considered as an abuse of a dominant market position more easily than a refusal to deal with new customers. However, a district heating operator has no unconditional obligation to invest in the capacity of its network in order to purchase heat from an external operator. This kind of obligation could be possible only in very exceptional occasions.

A dominant undertaking must also comply with *the obligation of equality*. This obligation requires that similar customers may not be treated differently, without a cost-based or other objective justification.

To assess discrimination it is essential to assess who or which are similar customers in the sense of competition law. It is recommended to have the grounds available for different prices for *different customer groups* and their differences. A district heating operator may differentiate its purchase pricing regardless of its dominant position. However, there must be acceptable grounds in the sense of competition law for the aforementioned conduct or an objective justification. Usually, such factors which impact the value of the purchased heat can be assessed as objective justifications for different purchase prices. The possible effect on costs must be proved with calculations, if so required.

If similar heat sellers would be paid different prices for similar and equal heat, this could have a restrictive impact on competition in the selling of heat but also on the market of the heat seller's own end products and/or services. In such a case it is relevant to what extent the revenue accrued from heat sales would have an impact to the cost structure of the heat seller's own production of goods. Whether the abovementioned conduct could amount to an abuse of a dominant position in an individual case depends on, among others, the price difference and should be based on a case-by-case assessment.

When there is demand for heat in the district heating operator's network, the operator may utilise heat produced by third parties. Utilizing heat from an external operator requires, for example, the fulfilment of specific technical, temperature and quality requirements in order to use the external heat in the district heating network. A district heating operator may set technical preconditions which the purchased heat must fulfil so that it is suitable for the district heating system. A district heating operator is not obliged to

purchase heat which is not possible to use technically (for example due to a low temperature).

Setting technical preconditions could only exceptionally be considered as a form of abuse of a dominant position. Such situation could be possible, for example, if the purpose of these preconditions would be to restrict, slow down or otherwise hinder the market entry of new competing sellers. Also, if a district heating operator requires technical improvements during a contract period, the improvements may be considered as a form of abuse of a dominant position if they are not factually needed and the lack of improvements has not previously prevented purchases.

In some circumstances, long-term contracts and long terms of notice can be regarded as a form of abuse of a dominant position because of their negative market foreclosure effects. In practice, this is based on an assessment whether a long-term contract with a specific seller may lead to a situation where a district heating operator refuses to conclude a contract with another heat supplier during the long-term contract in question. When assessing the contract periods and terms of notice a district heating operator should assess the following:

- 1) whether it has a dominant market position in relation to the heat supplier;
- 2) investment repayment periods;
- 3) whether the contract length or terms of notice make the operations of competitors more difficult, i.e. for example whether the long-term contract with a certain heat supplier leads to not entering into a heat supply agreement with a certain other supplier; and
- 4) whether the long-term contract may be justified with benefits it creates to the district heating system and customers (for example securing supply of heat or implementation of the investment or the project in the first place).

Installation, connection and equipment investments in the premises of a heat seller are usually required when a district heating operator purchases externally produced heat. The simplest solution from competition law point of view is to provide planning, maintenance and installation as well as any contracting services as complementary services with separate pricing.

A heat supplier can submit a request for investigation to the Finnish Competition and Consumer Authority where it suspects a district heating operator is abusing a dominant position. In addition to authority investigations, a party suffering damages as a result of abuse of dominant position is entitled to compensation of damages.

4 KAUKOLÄMPÖYHTIÖN MARKKINAVOIMAN ARVIOINNIN PERIAATTEET SUHTEESSA LÄMMÖN MYYJÄÄN

4.1 Markkinavoiman arviointiin vaikuttavat tekijät

Määräävä markkina-asema on lain perusteella aina tietyillä merkityksellisillä markkinoilla, joten markkinoiden määrittely on käytännössä välttämätöntä mahdollisissa epäillyissä määräävän markkina-aseman väärinkäyttötapaauksissa.

Merkityksellisten markkinoiden määrittely on väline, jonka avulla tunnistetaan ja määritellään kaukolämpötoimijoiden kohtaaman kilpailun rajat ja jolla luodaan puitteet, joiden rajoissa kilpailusääntöjä voidaan soveltaa ja kaukolämpötoimijoiden menettelytapoja sekä niiden vaikutuksia arvioida. Markkinoiden määrittelyllä saadaan selville asianosaisten yritysten sellaiset todelliset kilpailijat, jotka voivat rajoittaa yritysten käyttäytymistä ja estää niitä käyttäytymästä todellisista kilpailupaineista riippumattomasti.³

Merkityksellisten markkinoiden määritelmällä on sekä tuotteen että maantieteellisen ulottuvuutensa suhteen usein ratkaiseva vaikutus kilpailuasian arviointiin. Merkityksellisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi. Maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluja, jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.⁴

Esimerkki: Kaukolämmön myynti

Kaukolämmön *myyntiä* koskevissa ratkaisuihin on aiemmin katsottu, että kaukolämpöpalvelut muodostavat oman relevantin tuotemarkkinansa. Maantieteellinen markkina on rajautunut kaukolämpöverkoston ja siihen liitettyjen kuluttajien kiinteistöjen mukaan. Kaupunkien energiayhtiöillä todettiin tapauksissa olevan määräävä markkina-asema suhteessa kaukolämpövaihtoehdon valinneisiin asiakkaisiin.⁵

Euroopan unionin lainsäädännössä määräävä markkina-asema on määritelty yrityksellä olevana taloudellisena vahvuutena, jonka ansioista se pystyy estämään tehokkaan kilpailun säilymisen merkityksellisillä markkinoilla, koska se voi käyttäytyä merkittävässä määrin kilpailijoista, kuluttajista ja asiakkaista riippumattomasti. Riippumattomuus liittyy yritykseen kohdistuvan kilpailupaineen suuruuteen.⁶

³ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. EYVL C 372, 9.12.1997 s. 5.

⁴ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. EYVL C 372, 9.12.1997 kohdat 4, 7 ja 8.

⁵ Kilpailuneuvoston (nykyinen markkinaoikeus) päätökset dnro 151/690/1999, 18.6.2001, s. 55–56 ja 60 ja dnro 173/690/2000, 18.6.2001, s. 41–42, s. 45–46.

⁶ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohdat 10 ja 11.

Oikeuskäytännön mukaan 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.⁷ Taloudellisemmassa mielessä kyse on siitä, että elinkeinonharjoittaja omaa siinä määrin markkinavoimaa, jotta se voi kannattavasti ylläpitää kilpailullisia hintoja korkeampia hintoja tai kannattavasti rajoittaa tuotantoa tai laatua alle kilpailullisen tason.⁸ Määräävän markkina-aseman arvioinnissa lämmön ostoissa otetaan huomioon markkinoiden kilpailurakenne ja erityisesti seuraavat tekijät:

- kilpailupaine, jota aiheuttavat lämmön myynnit todellisille kaukolämpöyhtiön kanssa kilpaileville lämmön ostajille ja näiden markkina-asema (eli onko lämmön myyjällä ylipäätään vaihtoehtoja);
- kilpailupaine, jota aiheuttaa todellisten kilpailevien lämmön ostajien toiminnan laajentumisen tai mahdollisten kilpailijoiden markkinoille tulon uskottava uhka (eli voisiko lämmön myyjä myydä suuremman määrän lämpöä tai koko tuotantonsa kaukolämpöyhtiön kanssa kilpaileville lämmön ostajille tai voisiko kaukolämpöyhtiön kilpailijaksi lämmön ostamiseen tulla muita tahoja melko lyhyessä ajassa ja miten todennäköistä tämä on);
- asiakkaiden neuvotteluvoima (eli missä määrin lämmön myyjä omaa mahdollisesti markkinavoimaa suhteessa kaukolämpöyhtiöön ja onko riippuvuusasetelma mahdollisesti molemminpuolinen).⁹

Arvioimalla kukin tilanne tapauskohtaisesti voidaan tunnistaa, kohtaako kaukolämpöyhtiö lämmön ostoissaan missä määrin kilpailupainetta joka se tulee huomioida hinnoittelussaan tai onko lämmön myyjillä tasapainottavaa neuvotteluvoimaa, vai kykeneekö kaukolämpöyhtiö määrittelemään hinnat ja kauppaehdot käytännössä yksipuoleisesti.

Kaukolämpöverkkoon liittyneiden asiakkaiden osalta kaukolämpötoimijoiden menettelyä on arvioitu aikaisemmin määräävän markkina-aseman näkökulmasta. Aikaisempi kilpailuviranomaisen tapauskäytäntö ja oikeuskäytäntö kaukolämpöyhtiöihin liittyen on pääsääntöisesti koskenut kaukolämmön myyntiä loppuasiakkaille.¹⁰ Kilpailuviraston (nykyi-

⁷ Kilpailulain (948/2011) 4 §:n 2 momentti, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 102 artikla sekä esim. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio* ja KHO 2016:221.

⁸ Esim. <https://www.kkv.fi/Tietoa-ja-ohjeita/kilpailuasias/kilpailunrajoitukset/maaraavan-markkina-aseman-vaarinkaytto/>.

⁹ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 12.

¹⁰ Ks. esim. Kilpailuviraston Lehdistötiedote 2 / 16.1.2012, Kilpailuvirasto lopetti tällä erää kaukolämpöalaa koskevat selvityksensä. <https://www.kkv.fi/ajankohtaista/Tiedotteet/kilpailuvirasto/2012/kilpailuvirasto-lopetti-talla-eraa-kaukolampoalaa-koskevat-selvityksensa/> Kilpailuviraston kaukolämpöselvityksen tulokset ja arviointiperiaatteet. <https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/julkaisut/arkisto/raportit/kilpailuviraston-kaukolamposelvityksen-tulokset-ja-arviointiperiaatteet/>. Kilpailuneuvoston (nykyinen markkinaoikeus) päätökset dnro 151/690/1999, 18.6.2001, s. 60 ja dnro 173/690/2000, 18.6.2001, s. 45-46.

nen Kilpailu- ja kuluttajavirasto, "KKV") kaukolämmön myyntiin liittyneissä selvityksissä ja tapauskäytännössä¹¹ on arvioitu, että

1. ennen lämmitysmuodon valintavaihetta eri lämmitysvaihtoehdot kilpailevat keskenään; ja
2. lämmitysmuodon valinnan jälkeen kaukolämpöverkkoon liittyneet kiinteistöt eivät voi lämmön vastaanottamista ja käyttöä varten tekemiensä investointien vuoksi kohtuullisin kustannuksin muuttaa lämmitysratkaisuaan.¹²

4.2 Kaukolämpöyhtiön markkina-aseman arviointi käytännössä suhteessa lämmön myyjiin

Kaukolämpöyhtiön lämmön ostamisen osalta Kilpailuvirasto on vuonna 1995 antamassaan päätöksessä arvioinut vastaavatyypisesti kaukolämpöyhtiön markkinavoimaa ja menettelytapoja suhteessa lämmön myyjään, jonka kanssa kaukolämpöyhtiöllä oli voimassa ollut lämmön ostosopimus.¹³ Kilpailuvirasto arvioi tapauksessa kaukolämpöyhtiöllä olleen alueellinen määräävä markkina-asema oman verkostonsa alueella suhteessa tukkulämmön myyjään, jonka kanssa sillä oli voimassa oleva lämmön toimitussopimus. Kilpailuvirasto perusteli ratkaisuaan seuraavilla seikoilla:

1. lämpöenergiaa tuottanut lämmön myyjä oli täysin riippuvainen kaukolämpöyhtiöstä, sillä pääosa sen liiketoiminnasta ja liikevaihdosta muodostui lämmön myynnistä kaukolämpöyhtiölle; ja
2. lämmön myyjä oli tehnyt lämmön toimitussitoumuksen täyttääkseen liikevaihtonsa nähden huomattavan investoinnin lämpölaitokseen eikä sen tuottamalle lämpöenergialle ollut muita teknisesti ja taloudellisesti kilpailukykyisiä ostajia.

Kaukolämpöyhtiö on hyvin todennäköisesti määräävässä markkina-asemassa lämmön myyjään nähden sellaisissa tilanteissa, joissa lämmön myyjä on investoinut huomattavia summia jo tehdyn lämmön toimitussopimuksen veloitteiden täyttämiseen, sillä ei ole realistisia vaihtoehtoja lämmön myynnille kaukolämpöyhtiölle ja se on käytännössä riippuvainen kaukolämpöyhtiöstä. Poikkeuksellisissa tilanteissa tällaista asemaa ei kuitenkaan välttämättä ole, esimerkiksi jos kaukolämpöyhtiö on riippuvainen lämmön myyjästä.

Huomionarvoista on, että Kilpailuvirasto ei määritellyt tapauksessa suoraan erillisiä merkityksellisiä markkinoita lämmön ostamiselle. Kilpailuvirasto arvioi kuitenkin kaukolämpöyhtiön markkina-asemaa *tukkulämmön ostajana*. Kilpailuviraston tapauksessa määräävän markkina-aseman olemassaolo vaikuttaa perustetun lähinnä lämmön myyjän edellä kuvattuun riippuvaiseen asemaan kaukolämpöyhtiöstä ja siihen, että kaukolämpöyhtiöllä oli tapauksessa määräävä markkina-asema alueellisilla kaukolämpömarkkinoilla (kaukolämmön myynti loppuasiakkaille). Arviointitapa ei täysin vastaa nykyistä

¹¹ Kilpailuviraston Lehdistötiedote 2 / 16.1.2012, Kilpailuviraston päätös Dnro 928/14.00.00/2011, 4.6.2012.

¹² Ks. tarkemmin Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan kaukolämpöliiketoiminnan kehittämiseksi asettamat reunaehdot. Asianajotoimisto Krogerus Oy, 2014, kohta 4 (s. 8-11).

¹³ Kilpailuviraston päätös dnro 199/61/94, 10.3.1995.

käytäntöä, joka edellyttää merkityksellisten markkinoiden määrittelyä sellaisessa tilanteessa, jossa kilpailuviranomainen toteaa menettelyn lainvastaiseksi.

Kyseisen tapauksen ja jäljempänä kohdassa 5.5 viitatus Kilpailuviraston ratkaisun ohella tiedossa ei ole muita kotimaisia tapauksia, joissa kaukolämpöyhtiöiden lämmön ostotoiminnan merkityksellisiä markkinoita ja kaukolämpöyhtiön markkina-asemaa olisi arvioitu.

Esimerkki ulkomailta: AS Tallinna Küte -tapaus (Viro, 2015)¹⁴

Viron kilpailuviranomainen on käsitellyt tapauksen, jossa oli kyse kaukolämpötoimijan ulkopuoliseen lämmön myyjään ja sen omiin tuotantolaitoksiin soveltamista kaupallisista ehdoista. Tapauksessa kaukolämpötoimijan arvioitiin alustavasti olleen määräävässä markkina-asemassa lämmön jakelussa Tallinnan tietyissä osissa.

Viranomaisen mukaan kaukolämpötoimija oli ainoa taho, joka siirsi kaukolämpöä verkon läpi kyseisellä alueella, jonka lisäksi kilpailevan rinnakkaisen kaukolämpöverkon rakentaminen ei ollut taloudellisesti järkevää. Asiaan sovellettava kansallinen lainsäädäntö ei myöskään mahdollistanut loppuasiakkaalle kaukolämmön ostosopimuksen tekemistä suoraan lämpölaitoksen kanssa, joten lämmön myyjän (lämpölaitoksen) oli tehtävä sopimus kaukolämpöyhtiön kanssa sen lämmön ostosta.

Tapauksessa kaukolämpötoimija sitoutui muuttamaan tiettyjä sen omien tuotantolaitosten ja ulkopuolisen tuotantolaitosten välillä alustavasti syrjiviksi ja läpinäkymättömiksi katsottuja menettelytapoja. Viranomainen määräsi nämä sitoumukset noudatettaviksi.

Tapaus ei ole suoraan sovellettavissa Suomen olosuhteissa. Huomionarvoista on, että Suomessa lämmön myyjän ja loppuasiakkaan välistä sopimusjärjestelyä ei ole sinänsä laissa kielletty. Lisäksi Viron kansallisessa kilpailulainsäädännössä säädetään erikseen pääsystä ns. olennaiseen toimintaedellytykseen, jollaisena kyseessä ollut kaukolämpöverkkoa alustavasti pidettiin. Virossa on myös säädetty erillinen kaukolämpöalaa koskeva laki¹⁵.

Kilpailuviraston edellä kuvattu vuoden 1995 tapaus on vieläkin merkityksellinen arvioitaessa kaukolämpöyhtiön määräävää markkina-asemaa suhteessa lämmön myyjiin. Kaukolämpöyhtiö on todennäköisesti määräävässä markkina-asemassa tilanteissa, joissa lämmön myyjä on lämmön toimitussopimuksen velvoitteet täyttääkseen tehnyt huomattavan investoinnin, lämmön myyjä on riippuvainen kaukolämpöyhtiöstä ja lämmön myyjän tuottamalle energialle ei ole teknisesti ja taloudellisesti kilpailukykyisiä ostajia. Näissä tilanteissa kaukolämpöyhtiö on pakollinen kauppakumppani lämmön myyjälle. Sen sijaan pakollisen kauppakumppanin asemaa ei todennäköisesti ole tilanteissa, joissa lämmön myynti kaukolämpöyhtiölle on asiakkaalle lähinnä liiketaloudellinen valinta ja jossa tämä voisi hyödyntää lämmön joko itse tai myydä sen esimerkiksi jollekin toiselle toimijalle suoraan liittymättä alueen kaukolämpöyhtiön kaukolämpöverkkoon. Tällaisesta tilanteesta

¹⁴ <http://www.konkurentsiamet.ee/index.php?id=26314;>

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2015\)2&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2015)2&docLanguage=En), s. 7-8.

¹⁵ Kaugkütteseadus (District Heating Act). <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/520062017016/consolide>.

ta voi olla kysymys esimerkiksi teollisuusalueilla, mutta myös muunlaisessa ympäristössä.

Kaukolämpöyhtiön määräävän markkina-aseman arvioinnissa maantieteellisten markkinoiden määrittely on erityisen tärkeä, sillä maantieteelliset markkinat saattavat olla alueellista laajemmat ennen lämmön tuottajan investointipäätöstä, jolloin 1) lämmön myynnille on teknistaloudellisia vaihtoehtoja ja 2) lämmön tuottajayhtiön on mahdollista kilpailuttaa eri alueiden kaukolämpöyhtiöitä. Tällaisissa tilanteissa lämmön myyjä ei ole edellä kuvattuun verrattavasti riippuvainen tietystä lämmön ostajasta ja lämmön myyjällä saattaa olla esimerkiksi mahdollisuus kilpailuttaa eri alueiden kaukolämpöyhtiöitä päättäessään tuotantolaitoksensa sijaintipaikasta, jolloin maantieteelliset markkinat saattavat olla alueellista laajemmat. Tällöin kaukolämpöyhtiö ei välttämättä ole määräävässä markkina-asemassa. Kaukolämpöyhtiön kannalta on kuitenkin olemassa riski siitä, että sen menettelytapoja arvioidaan tukkulämmön ostamisessa ainakin tilanteessa, jossa lämmön myyjä on jo liittynyt sen verkkoon. Mikäli markkinat tällöin rajautuvat alueellisiksi tai paikallisiksi, paikallinenkin kaukolämpöyhtiö voi olla kilpailulainsäädännön tarkoittamassa määräävässä markkina-asemassa.

Määräävän markkina-aseman olemassaolo on taloudelliseen tietoon perustuva tosiasiakysymys, jonka selvittäminen edellyttää asianomaisten markkinoiden rakenteen ja toiminnan analysointia. Tämän analyysin tulee perustua kulloisenkin tarkastelun kohteena olevan ajankohdan olosuhteisiin. Määräävän markkina-aseman olemassaoloa ei voida tulevaisuuteen nähden sitovasti ratkaista tietyssä tapauksessa.¹⁶

Yhteenveto

Kaukolämpöyhtiö on hyvin todennäköisesti määräävässä markkina-asemassa lämmön myyjään nähden sellaisissa tilanteissa, joissa lämmön myyjä on investoinut huomattavia summia jo tehdyn lämmön toimitussopimuksen velvoitteiden täyttämiseen. Tällaisessa tilanteessa lämmön myyjällä ei ole realistisia vaihtoehtoja lämmön myynnille ja se on käytännössä riippuvainen kaukolämpöyhtiöstä. Poikkeuksellisissa tilanteissa tällaista asemaa ei kuitenkaan välttämättä ole, esimerkiksi jos kaukolämpöyhtiö on riippuvainen lämmön myyjästä.

Muissa tilanteissa, kuten sellaisissa joissa lämmön myyjä vasta suunnittelee tuotantolaitoksensa sijoittamista kaukolämpöyhtiön alueelle tai sen lämmön myynti tapahtuu lähinnä pääliiketoiminnan tai muun toiminnan ohella, kaukolämpöyhtiön mahdollisen määräävän markkina-aseman olemassaolo tulee arvioida tapauskohtaisesti. Tämä edellyttää merkityksellisten markkinoiden määrittelyä, joka on aina tapauskohtaista.

Kaukolämpöyhtiön kannalta on kuitenkin olemassa riski siitä, että sen menettelytapoja arvioidaan *tukkulämmön ostamisen markkinoilla* ainakin tilanteessa, jossa lämmön myyjä on jo liittynyt sen verkkoon. Mikäli nämä markkinat rajautuvat alueellisiksi tai paikallisiksi joilla kaukolämpöyhtiön kanssa kilpailevia lämmön ostajia ei ole tai nämä eivät tosiasiasa aiheuta sille kilpailupainetta, paikallinenkin kaukolämpöyhtiö voi olla kilpailulainsäädännön tarkoittamassa määräävässä markkina-asemassa tällaisilla markkinoilla.

¹⁶ Markkinaoikeuden päätös MAO:127/II/02 ja esimerkiksi unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisu T-125/97, *Coca-Cola v. komissio*, kohta 82.

5 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VELVOITTEIDEN HUOMIOINTI KÄYTÄNNÖN TILANTEISSA

5.1 Määräävän markkina-aseman merkitys lämmönostotoiminnalle

Kaukolämpöyhtiön on suositeltavaa lämmön ostoissaan tiedostaa mahdollisuus määräävään markkina-asemaan ja sen väärinkäyttökielto.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellosta säädetään kilpailulain 7 §:ssä. Määräävä markkina-asema itsessään ei ole kilpailulainsäädännössä kielletty. Määräävässä markkina-asemassa oleva toimija voi kilpailla omilla ansioillaan markkinoilla ja kehittää omaa liiketoimintaansa. Määräävässä markkina-asemassa oleva toimija ei kuitenkaan saa syyllistyä asemansa väärinkäyttöön. Tämä kielto asettaa tiettyjä rajoitteita määräävän markkina-aseman toimijalle. Määräävässä markkina-asemassa olevien toimijoiden keskeiset, sallitut kilpailukeinot liittyvät yleensä suoritekilpailuun, joita ovat esimerkiksi tuotteiden laatu ja palveluiden monipuolisuus.¹⁷

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön valvonnan ensisijaisena tavoitteena on suojella tehokasta kilpailuprosessia. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua markkinoilla. Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan tulee käyttää markkinavoimaansa kohtuullisesti.¹⁸ Tällaiset toimijat eivät välttämättä pysty käyttämään kaikkia samoja toimintatapoja, joita esimerkiksi kilpailijat ilman vastaavaa markkina-asemaa käyttävät samoilla markkinoilla.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee yleensä joko

- 1) kohtuuttomien tai syrjivien ehtojen asettamisena asiakkaille tai muille sopimus-kumppaneille (eli näiden tahojen hyväksikäyttönä) tai
- 2) kilpailijoiden sulkemisena markkinoiden ulkopuolelle tai näiden toiminnan vaikeuttamisena kilpailulle ja siten kuluttajille haitallisin vaikutuksin (kilpailunvastainen markkinoiden sulkeminen eli poissuljentavaikutukset ja tätä kautta haitalliset vaikutukset kuluttajille).

Kaukolämpöyhtiöiden lämmön ostamisen kannalta selvityksessä läpikäytäviä keskeisiä asioita ovat määräävän markkina-aseman väärinkäyttökielon näkökulmasta seuraavat asiat:

- miten ostohinnoista tulee ilmoittaa myyjälle
- lämmön ostoista kieltäytyminen joko vanhalta tai uudelta asiakkaalta
- samanlaisten asiakkaiden tasapuolinen kohtelu

¹⁷ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 1.

¹⁸ Asia C-209/10, *Post Danmark A/S vastaan Konkurrençerådet*, kohdat 23–24.

- millä perusteilla lämmön osto eri toimijoilta on mahdollisuus hinnoitella toisistaan poikkeavasti
- teknisten reunaehtojen käyttö ja rajoitteet
- lämmönostosopimusten kesto aika tai irtisanomisaika
- ostojen ja myyntien yhdistäminen (esimerkiksi urakointipalveluiden tarjoaminen ostojen yhteydessä).

Väärinkäyttöarvioinnissa korostetaan asianomaisten yritysten toiminnan todennäköisiä vaikutuksia kilpailuprosessiin kokonaisuutena sekä kuluttajien asemaan. Väärinkäyttönä pidetään erityisesti sellaista käyttäytymistä, joka kuluttajien tai muiden asiakkaiden vahingoksi estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymistä tai tämän kilpailun kehittymistä, koska määräävässä asemassa oleva elinkeinonharjoittaja käyttää muita kuin normaalissa kilpailussa käytettäviä keinoja.¹⁹

Oikeuskäytäntö ja viranomaisten käytäntö korostavat siten menettelytavan taloudellisiin vaikutuksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia. Lisäksi väärinkäytön arvioinnissa voidaan kiinnittää huomiota toimenpiteen tai menettelyn keinotekoisuuteen ja siihen, mitkä ovat toimenpiteen taustalla vaikuttavat motiivit ja tarkoitukset.

5.2 Ostohintojen ilmoittaminen lämmön myyjille

Läpinäkyvyyssperiaate edellyttää, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asiakas voi perehtymällä hinnoittelun periaatteisiin selvittää, mitkä ovat hänen maksettavakseen koituvat veloitukset ja millä tavoin ne muuttuvat esimerkiksi määrän tai hankintatapojen muuttuessa.²⁰

Kilpailuviranomaiset ovat käyttäneet läpinäkyvyyttä syrjimättömyyden arvioinnissa sovellettavana aputekijänä. Tietyissä tilanteissa julkiset ostohinnat lisäävät toiminnan avoimuutta ja läpinäkyvyyttä, ja saattavat vähentää ristiriitatilanteita lämmön myyjien kanssa.

Kaukolämpöyhtiön on suositeltavaa ilmoittaa lämmön myyjilleen lämmön ostosopimuksissa ostohinnat ja millä tavoin ne muuttuvat esimerkiksi määrän tai hankintatapojen muuttuessa. Käytännössä lämmön myyjien tulee tietää miten heidän omat hintansa muodostuvat ja miten ne muuttuvat erilaisissa tilanteissa.

Kilpailulainsäädännön läpinäkyvyyssperiaate ei edellytä kaukolämpöyhtiöltä lämmön ostohintojen julkaisemista esimerkiksi julkisen ostohinnaston avulla. Toisaalta julkiset ostohinnat lisäävät toiminnan avoimuutta ja läpinäkyvyyttä, ja saattavat vähentää riskiä ristiriitatilanteiden syntymiseen lämmön myyjien kanssa.

5.3 Lämmön ostoista kieltäytyminen

Kilpailuviranomaiset lähtevät liikkeelle siitä, että yleisesti ottaen jokaisella yrityksellä, olipa se määräävässä markkina-asemassa tai ei, olisi oltava oikeus valita kauppakump-

¹⁹ Asia C-209/10 P, *Post Danmark*, kohta 24.

²⁰ Esim. KKV:n päätös dnro 471/V1.6.61/2007, 25.6.2014, s. 41-42.

paninsa ja käyttää omaisuuttaan vapaasti. Asioihin puuttuminen kilpailulainsäädännön keinoin vaatii huolellista harkintaa, koska se saattaa vähentää investointeja tai mahdollistaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen investointien hyödyntämisen sen sijaan, että yritykset investoisivat itse. Kumpikaan ei ole pitkällä aikavälillä kuluttajien edun mukaista.²¹

Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan tulee noudattaa tehtyihin sopimuksiin perustuvia velvoitteitaan. Mahdollisuus irtisanoa lämmön ostosopimus riippuu sopimuksen sisällöstä, tarkoituksesta ja sanamuodoista. Pääsääntöisesti määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ei ole mahdollista irtisanoa sopimusta kesken sopimuskauden, ellei osapuolten kesken ole muuta sovittu, tai vastapuoli syöllistyy sopimusrikkomukseen, eikä muuta menettelyään. Lämmön ostotoiminnan päättämistilanteita ja vaikutuksia on suositeltavaa aina arvioida tapauskohtaisesti.

Liikesuhteesta kieltäytyminen kattaa laajasti eri käytäntöjä, kuten esimerkiksi 1) tuotteiden myynnistä kieltäytymisen olemassa olevilta tai uusilta asiakkailta tai 2) olennaiseen toimintoon tai verkostoon pääsyn epäämisen. Kielletyn liikesuhteesta kieltäytymisen edellytyksenä ei ole, että sillä olisi pitänyt käydä kauppaa. Riittävää on, että mahdollisten ostajien taholta on kysyntää ja tuotantopanoksille voidaan yksilöidä mahdolliset markkinat. Liikesuhteesta pidättäytyminen voi lisäksi ilmetä *tulkinnallisena* kieltäytymisenä. Tulkinnallinen kieltäytyminen voi ilmetä esimerkiksi 1) tuotteen toimittamisen viivyttämisenä tai haittaamisena tai 2) kohtuuttomana hinnoitteluna tai sopimusehtoina, joiden osalta tiedetään, ettei vastapuoli voi niihin suostua.²²

Määräävässä asemassa olevalla elinkeinonharjoittajalla on rajoitettu sopimuksetekovelvollisuus ja se ei saa kieltäytyä liikesuhteesta ilman asiallista syytä. Asiallisiksi syiksi kieltäytyä liikesuhteesta on mainittu aiemman lain esitöissä ja oikeuskäytännössä esimerkiksi asiakkaan maksuvaikeudet ja kapasiteettiongelmat. Toimitusten lopettamista vanhalle asiakkaalle pidetään helpommin väärinkäyttönä kuin kieltäytymistä liikesuhteesta uuden asiakkaan kanssa. Edelleen oikeus kieltäytyä liikesuhteesta uudenkin asiakkaan kanssa on yleensä suppeampi, jos yritys myy samaa hyödykettä muille vastaavassa asemassa oleville toimijoille.

Arvioitaessa liikesuhteesta kieltäytymisen vaikutuksia markkinoiden sulkemisen kannalta käytetään seuraavia edellytyksiä arvioinnissa²³

1. onko kyse tuotteesta tai palvelusta, joka on objektiivisesti välttämätön, jotta on mahdollista kilpailla tuotantoketjun loppupään markkinoilla

²¹ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 75.

²² Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohdat 78 ja 79.

²³ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 81.

2. johtaako liikesuhteesta kieltäytyminen tehokkaan kilpailun loppumiseen tuotantoketjun loppupään markkinoilla; ja
3. aiheuttaako liikesuhteesta kieltäytyminen todennäköisesti haittaa kilpailulle.

Arviointia ei ole tarpeen tehdä edellä mainituilla kriteereillä, kun kilpailunvastaisten markkinoiden sulkeminen on todennäköistä. Näin voi olla esimerkiksi, kun määräävä markkina-asema tuotantoketjun alkupäässä on syntynyt erityis- tai yksinoikeuksien suojassa tai sitä on rahoitettu julkisin varoin.²⁴

Arvioitaessa liikesuhteesta kieltäytymisen hyväksyttävyyttä on otettava lisäksi huomioon, että viranomaisten tehtävänä on tietyissä tilanteissa määrittää ja panna täytäntöön esimerkiksi turvallisuutta koskevia vaatimuksia. Näissä tilanteissa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tehtävänä ei ole ryhtyä oma-aloitteisesti sulkemaan markkinoilta tuotteita, jotka sen mielestä ovat vaarallisia tai sen omia tuotteita huonompia.²⁵ Kaukolämpötoimija voi kuitenkin edellyttää lämpöä myyvältä asiakkaaltaan jäljempänä kohdassa 5.4 käsiteltävien teknisten reunaehtojen täyttämistä lämmön ostamisen edellytyksenä, kunhan reunaehdoilla on olemassa objektiiviset perusteet eikä niillä vain pyritä kieltäytymään lämmön ostoista keinotekoisesti.

Liikesuhteesta on mahdollista kieltäytyä lisäksi esimerkiksi, jos lämmön ostajan sopimusehdot ja hinnoittelu vastaavat kilpailulainsäädännön vaatimuksia ja asiakas haluaisi erilaista kohtelua verrattuna muihin samanlaisiin asiakkaisiin. Tällaisessa tilanteessa asiakas vaatisi kaukolämpöyhtiötä syyllistymään kiellettyyn hintasyrjintään.

Arvioinnissa on eroa riippuen siitä, onko kyseessä toimitusten katkaiseminen suhteessa olemassa olevaan lämmön myyjään tai lämmön myyjäksi haluavaan uuteen tahoon. Kilpailuviraston edellä (ks. kohta 4.2) käsitellyssä vuoden 1995 tapauksessa²⁶ yhtenä elementtinä oli liikesuhteesta kieltäytyminen, kun lämmön ostaja kieltäytyi ostamasta sopimuksen mukaisia määriä perustellen kieltäytymistään lämmön myyjän talouteen, lämmön toimitusten laatuun, toimitusvarmuuteen ja hintaan sekä luotettavuuteen liittyvillä seikoilla.

Kilpailuvirasto arvioi ratkaisussaan, etteivät esitetyt perusteet olleet hyväksyttäviä syitä katkaista lämpötoimitukset ja neuvottelut kesken sopimuskauden. Kilpailuviraston arvion mukaan pääasiallisina syinä olivat tosiasiaissa olleet erimielisyydet sopimuksen sisällöstä ja hinnoittelusta. Lisäksi väitetyt tekniset puutteet eivät olleet aikaisemmin estäneet lämmön ostoja.

²⁴ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 82.

²⁵ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohta 29.

²⁶ Kilpailuviraston päätös 10.3.1995, dnro 199/61/94.

Yhteenveto

Kaukolämpötoimija voi kieltäytyä lämmön ostoista, mikäli sille on olemassa kilpailu- oikeudellisesti ja objektiivisesti hyväksyttävä syy. Tällaisia voivat tapauskohtaisen arvioi- nin perusteella olla mahdollisesti esimerkiksi kaukolämpöverkon kapasiteettirajoitteet, palveluntuottajan kaukolämpöyhtiön kaukolämpöjärjestelmän toimivuuden teknisesti vaarantavat toimitukset, tai muut vastaavat seikat.

Erimielisyyksien välttämiseksi kaukolämpötoimijan on suositeltavaa selvittää asiakkaalle

- 1) millaisin investoinnein lämmön myynti voidaan järjestää,
- 2) voidaanko lämmön myyjä liittää verkkoon jossain toisessa kohtaa, mikäli haluttu kohta ei ole mahdollinen ja
- 3) millaista hintaa lämmöstä voidaan maksaa
- 4) millaiseksi liittymismaksu mahdolliselle uudelle liittyjälle muodostuu.

Kaukolämpötoimijalla ei kuitenkaan ole kilpailulainsäädännön perusteella ehdotonta vel- vollisuutta investoida verkkonsa kapasiteettiin ulkopuolisen lämmön ostamiseksi kuin korkeintaan erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa.

5.4

Teknisten reunaehtojen käyttö ja rajoitteet

Kaukolämpöyhtiön kannalta ulkopuolisen tahon lämmön hyödyntäminen edellyttää esi- merkiksi tiettyjen teknisten, lämpötila- ja laatuvaatimusten täyttymistä, jotta ulkopuolisen lämpöä on mahdollista hyödyntää kaukolämpöverkossa. Energiategollisuus ry on antanut suosituksen teknisiksi ohjeiksi hukkalämpöjen hyödyntämiseen kaukolämpöjärjestel- mässä.²⁷

Liikesuhteesta kieltäytymiseen rinnastettavana menettelytapana voidaan pitää sellaista tuotteen tai palvelun teknisten ominaisuuksien määrittelyä siten, että määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakas tai kilpailija ei pysty sitä hyödyntämään. Oikeuskäy- tännössä on todettu kuitenkin, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä ei voi- da pitää määräävässä asemassa olevan yrityksen siirtymistä uuteen teknologiaan tai si- tä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tarjoama tuote ei ole teknisesti yh- teensopiva tai soveltuva kilpailijan käyttöön.²⁸

Mikäli siirtymisen edistysellisempään tekniikkaan tai tuotteen ominaisuuksien tai käytön reunaehtojen tietynlaisen määrittelyn taustalla on selkeästi halu estää, hidastaa tai muu- ten haitata kilpailijoiden markkinoille tuloa, voidaan tilannetta arvioida määräävän mark- kina-aseman väärinkäyttönä. Kilpailijoiden tulee kuitenkin sopeutua ja sietää kohtuuden mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen ratkaisuja ja niistä mahdollisesti koi-

²⁷ Saatavilla

https://energia.fi/ajankohtaista_ja_materiaalipankki/materiaalipankki/hukkalampojen_hyodyntaminen_kaukolampojarjeste_lmassa_tekniset_ohjeet.html#material-view

²⁸ KHO 2011:40.

tuvaa vaivaa siinä, missä määrävissä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus kiinnittää huomiota toimintansa seurauksiin kilpailijoiden kannalta.

Tietyissä tilanteissa teknisten reunaehtojen muuttaminen saatetaan katsoa määrävien markkina-aseman väärinkäytöksi. Kilpailuvirasto on edellä käsitellyssä vuoden 1995 ratkaisussaan käsitellyt kaukolämpöyhtiön teknisten reunaehtojen ja ostomäärän muuttamista suhteessa sopimussuhteessa olevaan lämmön toimittajaan. Ratkaisussaan Kilpailuvirasto katsoi, että kaukolämpötoimijalla oli paikallisesti määrävä markkina-asema lämpöä sen verkostoon tukkumyyjänä tarjoavaan ulkopuoliseen tuottajaan nähden. Lämmön toimittaja oli täysin riippuvainen lämmön ostajasta. Osapuolten välillä synnyttyä riitaa lämmön toimitussopimuksen hinnasta alkoi lämmön ostaja vähentää sopimuksen mukaisia lämpöostoja ja vaatia teknisiä parannuksia.

Kaukolämpötoimija oli tapauksessa viraston arvion mukaan käyttänyt väärin määrävää markkina-asemaansa, sillä äkilliset kesken sopimuskauden tapahtuneet ostojen vähentäminen ja vaaditut tekniset parannukset aiheutuivat osapuolten välisestä hintariidasta eivätkä aikaisemmin olleet estäneet lämpöostoja. Tapauksen käsittelyn aikana asianosaiset pääsivät molempia osapuolia tyydyttävään ratkaisuun, minkä seurauksena Kilpailuvirasto poisti asian käsittelystä.

Yhteenveto

Kaukolämpöyhtiön on mahdollista määrittää teknisiä reunaehtoja, jotka ostettavan lämmön tulee täyttää, jotta sitä on mahdollista hyödyntää kaukolämpöjärjestelmässä. Kaukolämpöyhtiöllä ei ole velvollisuutta ostaa sellaista lämpöä, jota ei ole teknisesti lainkaan mahdollista hyödyntää (esimerkiksi alhaisen lämpötilan vuoksi).

Ainoastaan poikkeuksellisissa tilanteissa teknisten vaatimusten tai reunaehtojen käyttäminen on mahdollista arvioida määrävien markkina-aseman väärinkäytöksi. Tällaisesta voi olla kyse esimerkiksi silloin, teknisten vaatimusten tai reunaehtojen taustalla on selkeästi halu estää, hidastaa tai muuten haitata kaukolämpöyhtiön omien lämmön tuotantolaitosten kanssa kilpailevien ulkopuolisten lämmön myyjien markkinoille tuloa; taikka kesken sopimuskauden vaaditaan teknisiä parannuksia jotka eivät ole aikaisemmin estäneet ostoja, ja jotka ovat tosiasiallisesti aiheutuneet muusta seikasta kuin tarpeesta teknisille parannuksille.

5.5

Kilpailulainsäädännön asettamat reunaehdot lämmön ostohinnalle

Kilpailulain 7 §:n mukaan määrävien markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrittäminen. Oikeuskäytännön mukaan väärinkäyttö käsittäisi sellaisen liiallisen hinnan asettamisen, joka ei olisi kohtuullisessa suhteessa toimitetun tuotteen *taloudelliseen arvoon*. Kohtuuttomuus voi ilmetä ostotilanteissa myös kohtuuttoman alhaisina hintoina.

Kohtuullista suhdetta taloudelliseen arvoon voidaan määritellä seuraavalla kaksivaiheisella testillä: 1) vertaamalla kyseisen tuotteen ostohintaa sen omakustannushintaan ja siihen, onko tosiasiallisten kustannusten ja tosiasiallisesti sovelletun hinnan välillä kohtuuton epäsuhta, ja 2) jos näin on, tutkimalla, onko hinta asetettu kohtuuttomaksi joko *absoluuttisella tasolla* tai *suhteessa kilpaileviin tuotteisiin*. Arviointitapa ei ole tyhjenteävä,

ja kohtuuttomuutta voidaan arvioida myös muilla tavoin.²⁹ Kotimaisen käytännön mukaan kilpailusääntöjen soveltuminen kohtuuttomaan hinnoitteluun rajoittuu poikkeuksellisiin tapauksiin, joissa hinnoittelussa olisi havaittavissa *selkeitä ylilyöntejä*.³⁰

Lämmön ostamisen hinnoittelussa olisi siten suositeltavaa arvioida ensi vaiheessa sitä, onko ostetun lämmön ja siitä maksetun hinnan välillä edellä tarkoitettu kohtuuton epäsuhta. Käytännössä on kuitenkin vaikea arvioida "kohtuullista" epäsuhtaa tai hintaa. Oikeuskäytännössä on katsottu, että *"ei ole olemassa vähimmäiskynnystä, josta lähtien hinta olisi luokiteltava huomattavasti korkeammaksi, koska kunkin tapauksen erityiset olosuhteet ovat tämän kannalta ratkaisevia. Maksujen välinen ero voidaan siis luokitella huomattavaksi, jos se tosiseikat huomioiden on merkittävä ja pysyvä muun muassa asianomaisilla markkinoilla."* Tämän *"eron on oltava suhteellisen suuri, jotta asianomaiset hinnat voidaan luokitella väärinkäytöksi. Kyseisen eron on myös oltava olemassa tietyn ajan, eikä se saa olla tilapäinen tai ajoittainen."*³¹

Kilpailuviraston ratkaisu lämmön oston hinnoitteluperiaatteista

Kilpailuvirasto on antanut ratkaisun asiassa, jossa kaukolämpöyhtiöstä ulkopuolinen lämmön myyjä oli halunnut myydä lämpöä kaukolämpöyhtiölle sen kaukolämmön tuottamisen *öljyllä* kustannuksia vastaavalla hinnalla.³² Kaukolämpöyhtiö oli ilmeisesti tarjonnut ostolämmöstä hintaa, joka perustui sen omiin lämmöntuotantokustannuksiin normaaleilla polttoaineilla ja olisi johtanut alhaisempaan hintaan ulkopuoliselle lämmön myyjälle kuin öljypolttoaineen kustannuksiin perustuva hinta. Kilpailuvirasto ei puuttunut kaukolämpöyhtiön menettelyyn, vaan poisti asian käsittelystä.³³

Lämmön ostamisessa eriäviä näkemyksiä voi olla esimerkiksi siitä syystä, että ulkopuolinen lämmön tuottaja saa parempaa hintaa tuottamalleen lämmölle, jota se myy esimerkiksi toisesta tuotantolaitoksestaan toiselle kaukolämpöyhtiölle. Näin suoraviivainen vertailu ei kuitenkaan vaikuta olevan oikea tapa arvioida lämmön ostohintojen kohtuullisuutta, vaan lämmön ostohinnoittelu voi erota eri kaukolämpöverkkojen ja -toimijoiden välillä johtuen erilaisista kustannusrakenteista samoilla perusteilla kuin kaukolämmön myyntihinnat loppuasiakkaille.³⁴

²⁹ Asia 27/76, United Brands, kohdat 250-253; komission päätös AT.39816, *Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe (Gazprom)*, 24.5.2018, kohdat 64-65.

³⁰ KKV:n tiedote 2 / 16.1.2012. Ks. esim. KKV:n päätös dnro 533/14.00.00/2010, 8.4.2013, kohdat 109-111; Kilpailuneuvoston (nykyinen markkinaoikeus) päätökset dnro 151/690/1999, 18.6.2001, ja dnro 173/690/2000.

³¹ Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisu asiassa C-177/16, 14.7.2017, kohdat 55-56.

³² *"Enligt vad Konkurrensverket erfar har Eltete Oy erbjudit Borgå Energi Ab fjärrvärmeleveranser till ett pris som inte baserar sig på företagens egna produktionskostnader för fjärrvärmes, utan på produktionskostnaderna för alternativ oljefjärrvärme av Borgå Energi."*

³³ Kilpailuviraston ratkaisu dnro 1201/61/01, 14.10.2003.

³⁴ Ks. tarkemmin: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan kaukolämpöliiketoiminnan kehittämiseksi asetettavat reunaehdot. Asianajotoimisto Krogerus Oy, 2014, s. 31-32.

Yhteenveto

Edellä esitetyn perusteella ulkopuolisen lämmön ostohintoja olisi hyvin todennäköisesti sallittua perustella kaukolämpöyhtiön kunkin kaukolämpöverkon ja alueen oman lämmöntuotannon kustannuksilla. Ostettavan lämmön taloudellinen arvo voi erota erilaisista lämmöntuotanto- ja kustannusrakenteista johtuen. Tällä perusteella voidaan myös perustella lämmön ostohintojen eroamista saman kaukolämpöyhtiön eri kustannukset omaavien kaukolämpöverkkojen ja alueiden välillä ja toisaalta eri kaukolämpöyhtiöiden välillä.

Lämmön ostoissa yksiselitteistä rajaa lain kieltämälle kohtuuttomuudelle on käytännössä kuitenkin mahdoton asettaa ennalta.

5.6

Samanlaisten asiakkaiden tasapuolinen kohtelu (syrjintä)

Määräävässä markkina-asemassa olevalla elinkeinonharjoittajalla on toiminnassaan tasapuolisuusvelvoite. Syrjinnästä saattaa olla kyse, jos samasta palvelusta tai tuotteesta³⁵ peritään keskenään samanlaisilta asiakkailta eri hintaa tai vaihtoehtoisesti mikäli erilaisilta asiakkailta peritään samaa hintaa kyseisestä palvelusta tai tuotteesta. Tasapuolisuusvelvoite edellyttää, ettei samanlaisia kauppakumppaneita saa kohdella toisistaan poikkeavalla tavalla ilman kustannusperusteista tai muuta kilpailuoikeudellisesti ja objektiivisesti hyväksyttävää syytä.³⁶ Muut syyt voivat liittyä esimerkiksi tuotteiden ominaisuuksiin tai toiminnallisuuteen sekä kaupallisiin olosuhteisiin tai asiayhteyteen.³⁷

Nykyisin määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa korostetaan asianomaisten yritysten toiminnan todennäköisiä *vaikutuksia* kilpailuprosessiin kokonaisuutena sekä kuluttajien asemaan. Oikeuskäytännön mukaan kun määritetään sitä, onko määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttänyt väärin tätä asemaansa soveltaessaan *hinnoittelukäytäntöjään*, on arvioitava olosuhteita kokonaisuudessaan ja tutkittava, pyritäänkö hinnoittelukäytännöllä poistamaan ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittamaan tätä mahdollisuutta, estämään kilpailijoilta markkinoille pääsy, soveltamaan erilaisia ehtoja samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla taikka vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla.³⁸

Viimeaikaisen kansallisen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevan oikeuskäytännön voidaan katsoa vahvistavan menettelyn tapauskohtaisten taloudellisten vaikutusten arvioinnin merkitystä.³⁹ Ei kuitenkaan ole poissuljettua, että hintasyrjintää

³⁵ Samasta tuotteesta tai palvelusta on kyse silloin, kun itse suoritteet ja erityisesti niiden tuotantokustannukset ovat identtiset. Aiheesta esim. Leivo–Leivo–Huimala–Huimala: Suomen ja EU:n kilpailuoikeus, s. 754.

³⁶ C-27/76, *United Brands v. komissio*, kohta 228, asia T-301/04, *Clearstream*.

³⁷ Padilla, Jorge - O'Donoghue, Robert: *Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd ed., Hart Publishing 2013. s. 790-795.

³⁸ Esim. C-209/10 P, *Post Danmark*, kohta 26.

³⁹ KHO:2016:221 ja markkinaoikeuden päätös dnro 458/12/KR ja 36/13/KR, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto > Valio Oy*, 26.6.2014. Tapauksessa oli kyse saalistushinnoittelusta, ei hintasyrjinnästä erillisenä väärinkäyttömuotona. KHO 2016:221, kohta 965.

voitaisiin arvioida myös asiakkaita *hyväksikäyttävänä väärinkäyttönä*, jossa taloudellisten vaikutusten merkitys on vähäisempi.⁴⁰

Markkinoiden toimivuuden kannalta ongelmalliseksi hintasyrjinnän tekee se, että se voi asettaa eriävän hinnoittelun piirissä olevat asiakkaat keskenään epäedulliseen kilpailuasetelmaan. Tällaisella hintasyrjinnäksi kutsutulla menettelyllä voi olla markkinoita sulkeva tarkoitus tai seuraus sekä kilpailua mahdollisesti vääristävä vaikutus niillä markkinoilla, joilla syrjivää hinnoittelua harjoittavan yrityksen asiakkaat harjoittavaa liiketoimintaansa.⁴¹

Lämmön ostamisessa on huomioitava, että kaukolämpötoimijasta ulkopuoliset kolmannet tahot myyvät lämpöä nykymallissa kaukolämpöyhtiölle ja siten kilpailevat tässä toiminnassa keskenään ja toisaalta tyypillisesti kaukolämpötoimijan omien tuotantolaitosten kanssa. Mahdollinen hintasyrjintä voisi siten lähinnä vääristää kilpailua eri lämmön myyjien välillä lämmön myynnissä. Lämmön myynnistä saatavilla tuotoilla voi kuitenkin olla vaikutuksia myös lämmön myyjän kustannusrakenteeseen ja siten myös hinnoitteluun sen omilla, aivan muiden tuotteiden tai palveluiden myyntimarkkinoilla (esimerkiksi datakeskuspalvelujen hinnoittelu näitä hankkiville asiakkaille).

Olennaista syrjinnän olemassaolon arvioinnissa on myös tarkastella, ketkä tai mitkä ovat kilpailuoikeudellisesti samanlaisia kauppakumppaneita. Silloin kun asiakkaiden jaottelu erilaisiin asiakaskategorioihin perustuu toimittajalle aiheutuviin erilaisiin kustannuksiin sekä eri markkinoilla vallitseviin taloudellisiin ja kilpailullisiin olosuhteisiin⁴², jotka näkyvät esimerkiksi erilaisina kustannuksina, segmentointi on pääsääntöisesti hyväksyttävää. Elinkeinonharjoittaja-asiakkailta on yleensä saanut periä erilaista, käytännössä korkeampaa, hintaa kuin kuluttaja-asiakkailta. Sen sijaan asiakkaiden erottelu maantieteellisen toiminta-alueen tai kansallisuuden perusteella on katsottu kielleyksi, jos ne eivät aiheuta kustannuseroa.⁴³

Eri *asiakasryhmille*⁴⁴ maksettavien ostohintojen ja niiden välisten erojen tulee olla perusteltavissa. Hintasyrjinnän kieltäminen ei kuitenkaan tarkoita kustannusvastaavuuden aukotonta selvittämistä kunkin tuotteen, palvelun, asiakkaan tai asiakasryhmän osalta. Kilpailuviranomaisten tehtäviin ei kuulu tietyn hinnoittelujärjestelmän salliminen tai vahvistaminen yrityksen noudatettavaksi, vaan nimenomaan hintasyrjinnän kieltäminen.

⁴⁰ Ks. tarkemmin: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan kaukolämpöliiketoiminnan kehittämiseksi asetettavat reunaehdot. Asianajotoimisto Krogerus Oy, 2014, s. 12–14.

⁴¹ Kilpailu- ja kuluttajaviraston ratkaisu Teosto ry:n epäilty määräävän markkina-aseman väärinkäyttö valtakunnallisilla säveltaiteen tekijänoikeuksien kollektiivisen hallinnoinnin markkinoilla Dnro KKV/899/14.00.00/2015, 22.12.2107 Lisäksi esim. asiat 27/76 United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. komissio, annettu 14.2.1978, kohdat 232–234, ja C-52/07, Kanal 5 ja TV 4 AB v. Föreningen Svenska Tonsättars Internationella Musikbyrå (STIM) upa, annettu 11.12.2008, kohdat 44–46

⁴² Asia C-27/76, *United Brands v. komissio*.

⁴³ Asia T-228/97, *Irish Sugar plc v. komissio*.

⁴⁴ Kilpailuoikeudessa jako erilaisiin asiakasryhmiin voi perustua useaan eri seikkaan toimialasta ja sille tyypillisestä kustannusrakenteesta riippuen. Tällöin tulee kuitenkin pystyä osoittamaan esimerkiksi kustannuksiin perustuvat erot näiden ryhmien välillä.

Krogerus

Tasapuolisuuden osoittavien laskelmien osalta on tapauskäytännössä katsottu määräävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan voivan käyttää keskimääräisiin kustannuksiin perustuvaa hinnoittelua, jossa jotkin asiakaskohtaiset kustannuserot jäävät huomioimatta. Tällainen hinnoittelu on hyväksyttävää, jos tarkkojen asiakaskohtaisten kustannuserojen laskenta vaatisi kyseiseltä elinkeinonharjoittajalta enemmän lisäresursseja kuin olisi säästettävissä asiakaskohtaisten hintojen tarkemman määrittelyn kautta.⁴⁵

Kaukolämpöyhtiöiltä saatujen tietojen ja Ruotsin tilanteeseen tehdyn vertailun perusteella lämmön ostohintaan on saattanut vaikuttaa esimerkiksi seuraavanlaisia tekijöitä:

- 1) milloin asiakas toimittaa lämpöä;
- 2) sopimustyyppi (asiakas saa valita milloin lämpöä toimittaa vs. asiakas toimittaa sovitus määrän);
- 3) ulkolämpötila;
- 4) mihin kohtaan kaukolämpöverkkoa lämpöä toimitetaan;
- 5) kummalle puolelle kaukolämpöverkkoa lämpöä toimitetaan (meno-/paluuvesi);
- 6) ostettavan lämmön lämpötila;
- 7) vuodenaika;
- 8) vuorokaudenaika (huippukulutuksen tunnit vs. aamuyö), ostettavan lämmön määrä;
- 9) mihin kaukolämpöverkkoon asiakas toimittaa lämpöä; ja
- 10) toimitusvarmuus (kykeneekö myyjä tarjoamaan tietyn kapasiteetin käyttöön ja tietyn laadun, vai vaihteleeko myydyin lämmön volyyymi ja/tai laatu merkittävässä määrin).

⁴⁵ Ks. esimerkiksi Kilpailuviraston ratkaisut asioissa dnro 233/61/95, 16.10.1997 ja dnro 307/61/2000, 20.9.2000. Kilpailuneuvosto on päätöksissä Karjalan Kirjapaino Oy (päättös 20.6.1995, Dnro 2/359/94), Valtionrautatiet (päättös 28.2.1997, Dnro 17/359/95), Uudenmaan Asuntokiinteistöyhdistys (päättös 25.6.1998, Dnro 23/359/97) ja Megavoima Oy (päättös 17.12.1998, Dnro 21/359/96) katsonut, ettei kilpailunrajoituslain 7 §:n 4 kohdan hintasyrjinnän kieltö tarkoita kustannusvastaavuuden aukotonta selvittämistä kunkin tuotteen, palvelun, asiakkaan tai asiakasryhmän osalta. Kilpailuviranomaisen tehtäviin ei kuulu tietyn hinnoittelujärjestelmän salliminen tai vahvistaminen yrityksen noudatettavaksi, vaan nimenomaan hintasyrjinnän kieltäminen.

Yhteenveto

Kaukolämpötoimija voi eriyttää lämmön oston hinnoitteluaan eri lämmön toimittajien välillä mahdollisesta määräävästä markkina-asemasta huolimatta. Hintojen eriyttämiselle tulee olla kuitenkin kilpailuoikeudellisesti ja objektiivisesti hyväksyttävä syy, kuten esimerkiksi asiakkaista aiheutuvat erilaiset kustannukset.

Edellä luetellut tekijät 1) – 10) vaikuttavat olevan sellaisia, joilla on kustannusvaikutusta ostettavan lämmön arvoon, joten ne vaikuttavat olevan kilpailuoikeudellisesti hyväksyttäviä tekijöitä ostohintojen eriyttämiselle. Tarvittaessa mahdolliset kustannusvaikutukset tulee pystyä osoittaman käytännön laskelmin.

Mikäli samantyyppisille lämmön myyjille maksettaisiin samantyyppisestä ja samanarvoisesta lämmöstä eri hintaa, tällä voisi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia lämmön myynnissä ja toisaalta myös näiden omien tuotteiden ja/tai palvelujen myyntimarkkinoilla. Se, voidaanko menettely tällöin yksittäistapauksessa katsoa määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi, riippuu muun ohella hintaeron suuruudesta ja tulee arvioida tapauskohtaisesti.

5.7

Lämmönostosopimusten kestoaika tai irtisanomisaika

Määrävässä markkina-asemassa oleva yritys voi pyrkiä vaikeuttamaan kilpailijoiden toimintaa ja sulkemaan niitä pois markkinoilta houkuttelemalla asiakkaat pitkiin määräaikaisiin sopimussuhteisiin tai irtisanomisaikoihin. Ylipitkät sopimukset ovat herättäneet kilpailuviranomaisten mielenkiinnon erityisesti energia-alalla.⁴⁶

Määrävässä markkina-asemassa olevan elinkeinonharjoittajan sopimuskumppanilleen asettamia pitkiä määräaikaisia sopimuksia tai irtisanomisaikoja voidaan joissain tilanteissa pitää määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä niiden markkinoita sulkevien vaikutusten vuoksi. Näin on erityisesti silloin, jos sopimuksella katsotaan olevan sopimuskumppania sitova vaikutus tai jos se estää sopimuskumppania kilpailemasta tehokkaasti markkinoilla esimerkiksi sen sisältämän yksinostoehdon, jälleenmyyntikiellon tai ehdollisen alennuksen johdosta.

Pitkäkestoisilla sopimuksilla voi toisaalta olla myös positiivisia vaikutuksia markkinoiden kehityksen, markkinoillepääsyn ja investointien kannalta. Euroopan komission ratkaisukäytännössä kilpailuoikeuden alalla on esimerkiksi puollettu kaasuntoimitussopimusten pitkäkestoisuutta uusilla infrastruktuuri-investoinneilla sekä markkinoillepääsyn helppouksilla.⁴⁷ Lisäksi pitkäaikaissopimukset takaavat energiantoimitusten jatkuvuutta ja sopimukset voivat tarjota taloudellista hyötyä käyttäjille pitkäkestoisten kustannusarvioiden kautta.⁴⁸

⁴⁶ Esim. Euroopan komission energia-alaa koskevan toimialatutkimuksen 2005-2007 loppuraportti, s. 235 (maakaasua koskeva osa). Saatavilla http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part3.pdf.

⁴⁷ Komission päätökset COMP/E-3/37.732 - Synergen, COMP/37.542—Gas Natural + Endesa. Talus, Kim: Long-term natural gas contracts and antitrust law in the European Union and the United States. Journal of World Energy Law and Business, 2011, Vol. 4, No. 3.

⁴⁸ Rimšaitė, Laura: The Perspective of Long-term Energy Supply Contracts in the Context of European Union Competition Law. Societal studies Vol 5, No 3 (2013), s. 888.

Euroopan komission keskeisiä arviointikriteereitä energia-alan pitkäaikaisten toimitussopimusten osalta ovat olleet: 1) pitkäaikaiseen toimitussopimuksen sidoksissa olevat volyymit, 2) sopimuksen kestoaja, 3) sopimuskokonaisuuden kumulatiiviset vaikutukset, 4) sopimusosapuolten esittämät tehokkuusedut, 5) markkinavoima, 6) vaikutukset asiakkaisiin, ja 7) markkinoille tulon esteet.

Euroopan komission ratkaisukäytännössä on tutkittu pitkäkestoisia toimitussopimuksia esimerkiksi maakaasumarkkinoilla tapauksessa *Distrigaz*.⁴⁹ Tapauksessa katsottiin, että toistaiseksi voimassa olevat sopimukset eivät olleet ongelmallisia. Kilpailuongelman muodostivat sopimukseen sisältyvät irtisanomisajat, joihin liittyi markkinoiden sulkemisvaikutuksia. Kaasuntoimittaja sitoutui enintään viiden vuoden toimitussopimukseen teollisten käyttäjien ja sähköntuottajien kanssa ja kahden vuoden sopimukseen jälleenmyyjien kanssa. Lisäksi yritys sitoutui olemaan käyttämättä automaattisesti sopimuksia uusia ehtoja.

Euroopan komission ratkaisukäytännöstä löytyy myös tapauksia, joissa yli viiden vuoden ajaksi tehdyt sopimukset on hyväksytty.⁵⁰ Euroopan komissio on esimerkiksi ydinenergian osalta hyväksynyt kestoaltaan pidempiäkin sopimuksia ottaen huomioon muun muassa investointien pitkät takaisinmaksuajat.⁵¹ Näissä tapauksissa jopa 15 vuoden toimitussopimukset ovat olleet tarpeellisia merkittävän investoinnin takaisinmaksun varmistamiseksi. Tapauksissa on kuitenkin ollut erityispiirteitä, jotka ovat usein liittyneet markkinoiden avaamiseen kilpailulle, tai EU:n eri jäsenvaltioiden välisten markkinoiden yhdyntymiseen.

⁴⁹ Komission päätös COMP/B-1/37.966 *Distrigaz*, annettu 11.10.2007. Ks. myös maakaasumarkkinoita koskeva komission päätös COMP/39.317 *E.ON Gas*, annettu 15.10.2010 ja Commission Press Release, 'Successful opening of German gas markets allows early termination of E.ON commitments' (IP/16/2646).

⁵⁰ Commission Press Release, 'Commission clears Irish Synergen Venture between ESB and Statoil Following Strict Commitments' (IP/02/792), 31 May 2002. Ks. myös Commission Competition Report 2002, s. 192–193. ESB:n ja Statoilin Synergen-yhteisyrityksen hyväksymisen yhteydessä komissio katsoi, että Synergenin ja Statoilin välinen kaasuntoimitussopimus, joka antoi Statoilille yksinoikeuden toimittaa kaasua Synergenille 15 vuoden ajan, oli perusteltu. Sopimuksella taattiin Statoilille hieman ns. de minimis-kynnyksen ylittävä markkinaosuus Irlannin kaasumarkkinoilla ja varmistettiin yrityksen pitkäaikainen läsnäolo markkinoilla, joita hallitsi silloinen kaasuntoimittaja BGE. Lisäksi komissio kiinnitti huomiota siihen, että Statoil tarjosi sopimuksen kautta kaasulle hinnoittelumallin, jota se ei olisi tarjonnut ilman pitkäaikaista yksinoikeutta.

⁵¹ Komission päätös IV/33.473 *Scottish Nuclear*, annettu 30.4.1991. Komissio hyväksyi eksklusiivisen sopimuksen kestoksi 15 vuotta. Komissio on lisäksi arvioinut sopimusten kestoja tapauskohtaisesti investointien takaisinmaksun, sopimuksen tehokkuusvaikutusten ja mahdollisten markkinoiden sulkemisvaikutusten kautta. Ydinvoimatoimialalta komissio on hyväksynyt ydinvoimalan energiantoimitussopimuksen pituudeksi 15 vuotta, koska 1) ydinvoimalan takaisinmaksuajaksi arvioitiin noin 30 vuotta ja 2) sopimukset koskivat suljettua markkinaa. Ne oli tehty energian tuotantoyhtiön ja monopolistisessa asemassa toimivan ydinvoimayhtiön välillä, joten ne eivät niiden tekohetkellä sulkeneet kilpailijoita markkinoilta. Ks. Rimšaitė, Laura: *The Perspective of Long-term Energy Supply Contracts in the Context of European Union Competition Law*, s. 897. Artikkelissa on viitattu edelleen komission tapauskäytäntöön koskien tapauksia *Electricidade de Portugal/Pego Project*, *REN/Turbogas* ja *ISAB Energy*.

Yhteenveto

Kaukolämpötoimijan arvioidessa sopimusten kesto- ja irtisanomisaikoja on suositeltavaa arvioida seuraavia seikkoja noin viiden vuoden välein, jotta sopimuksista ei aiheudu kilpailua rajoittavia vaikutuksia.

- 1) onko kaukolämpötoimijalla määräävä markkina-asema lämmön toimittajaan;
- 2) investointien takaisinmaksuaika;
- 3) vaikeuttavatko sopimusten pituudet tai irtisanomisajat kilpailijoiden asemaa eli esimerkiksi sitä, johtaako pitkäkestoinen sopimus tietyn lämmön myyjän kanssa siihen, että kaukolämpötoimija ei tee lämmön ostosopimusta jonkun toisen halukkaan lämmön myyjän kanssa; ja
- 4) voidaanko sopimuksen pitkäkestoisuutta perustella kaukolämpöjärjestelmälle ja asiakkaille saavutettavilla eduilla (kuten esimerkiksi lämmön saatavuuden turvaaminen tai investoinnin/hankkeen toteutuminen ylipäätään).

5.8

Ostojen ja myyntien yhdistäminen (esimerkiksi urakointipalveluiden tarjoaminen ostojen yhteydessä)

Kaukolämpöyhtiön lämmön ostaminen edellyttää yleensä lämmön myyjän tiloissa tehtäviä asennuksia, kytkentöjä ja laiteinvestointeja, jotta kaukolämpöyhtiön on mahdollista hyödyntää lämpöä myyvän tahon lämpöä. Esimerkiksi taloyhtiön hukkalämmön lämpötila on tyypillisesti noin 20 astetta, jolloin lämpötila tulee muuttua lämpöpumppujen avulla yhteensopivaksi kaukolämpöverkkoon, jossa veden lämpötilan tulee olla noin 60 - 120 asteen välillä vuodenaikasta riippuen.⁵²

Taloyhtiöllä on lämmön kaukolämpöverkkoon myymisen osalta vaihtoehtona parantaa taloyhtiön omaa energiatehokkuutta, jolloin se pystyy hyödyntämään lämmön itse. Käytännössä tämäkin vaihtoehto edellyttää taloyhtiöltä investointeja ja laiteasennuksia.

Kaukolämpötoimijat tarjoavat tyypillisesti lämmön ostamisen ja kaukolämmön ohella asiakkaille suunnittelu-, asennus- ja huoltopalveluita. Muita palveluja ovat esimerkiksi energiakatselmus, kaukolämpölaitteiden katselmus, sopimushuolto- ja kulutusseuranta, saneeraus- ja käyttö- sekä valvontasopimuspalvelut. Erilaiset energian käytön hallintaan tai mittaustietoon sekä tilaustehon, sopimusvesivirran tai -tehon tarkastamiseen liittyvät palvelut saattavat myös lisääntyä tulevaisuudessa. Kaukolämpöyhtiöt ovat lisäksi tarjonneet lämmön myyjille vaihtoehtoa, jossa kaukolämpöyhtiö tekee lämmön myyntiin tarvittavat investoinnit ja laitehankinnat ja kantaa näin investointiriskin.

Kilpailun kannalta ongelmalliset menettelytavat saattavat liittyä esimerkiksi lämmön ostamisen ja palvelujen myynnin sidontaan ja niputtamiseen, jos menettely johtaisi kaukolämpötoimijan lämmön ostamisessa tai kaukolämmön myynnissä omaaman markkina-

⁵² Ks. esim. Pöyry Management Consulting Oy: Kaksisuuntaisen kaukolämmön liiketoimintamallit. 2016. s. 8.

voiman siirtämiseen kilpaillun tuotteen tai palvelun markkinoille kilpailevia toimijoita näiltä markkinoilta sulkevin vaikutuksin.⁵³

Sidonnalla ja niputtamisella tarkoitetaan sopimuksen tekemisen ehdollistamista sellaisiin vaatimuksiin, joilla ei ole luonnollista yhteyttä sopimuksen kohteeseen. Sidonnan ja niputtamisen arviointitapa perustuu nykyisin ensisijaisesti niiden mahdollisiin markkinoita kilpailijoilta sulkeviin vaikutuksiin.

Sidonnasta on kyse, kun toimittaja esimerkiksi myy määräävän markkina-aseman (sitovan) tuotteen tai palvelun ainoastaan, jos asiakas ostaa myös toisen tuotteen tai palvelun (sidottu tuote tai palvelu), jonka osalta yhtiöllä ei ole määräävää markkina-asemaa. Niputtamisessa tuotteet tai palvelut (esimerkiksi kaukolämpö) voivat olla joko saatavissa ainoastaan yhdessä tai siten, että yksittäin myytävien tuotteiden tai palvelujen yhteenlaskettu hinta on korkeampi kuin niputettuina myytyjen tuotteiden tai palvelujen yhteishinta (pakettialennus). Sidonta ja niputus voidaan toteuttaa varsinaisen sopimusehdon ohella myös sellaisella hinnoittelulla, jolla on tätä vastaava vaikutus, tai teknistä yhteensopivuutta rajoittamalla.

Sidonta ja niputus voivat olla ongelmallisia, mikäli sidotut tai kytketyt tuotteet ovat selvästi erillisiä tuotteita ja asiakas normaaleissa olosuhteissa ostaisi tuotteet erikseen ja tällä menettelyllä olisi muita toimijoita markkinoilta sulkevia vaikutuksia. Yleensä tässä huomioidaan se, onko markkinoilla toimijoita, jotka tarjoavat kyseisiä tuotteita tai palveluita erillisinä muista tuotteista ja palveluista.

Yhteenveto

Tuotteiden ja palveluiden tarjoamisessa on hyvä kiinnittää huomiota siihen, että asiakkaalla on vapaasti valittavanaan useita vaihtoehtoja lämmön toimittamiseksi tarvittaville suunnittelu-, huolto- ja asennuspalveluille ja asiakkaan on mahdollista myydä lämpöä ilman velvollisuuksia hankkia lisäpalveluita tai tuotteita kaukolämpöyhtiöltä.

Hinnoitteluissa yksinkertaisin vaihtoehto kilpailusääntöjen näkökulmasta on tarjota suunnittelu-, huolto-, asennus- ja urakointipalveluja lämmön ostoa täydentävästi sekä erikseen hinnoiteltuna.

Asiakkaille on mahdollista tarjota lämmön ostoa ja huolto-, asennus- ja urakointipalveluja myös pakettialennuksella tapauskohtaisen arvioinnin perusteella, jos niiden tarjoaminen pakettina on mahdollista muillekin toimijoille ja pakettialennukset eivät sulje kilpailijoita pois markkinoilta.

5.9 Kilpailuoikeudelliset oikeuttamisperusteet

Määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi muutoin katsottavan menettelytavan oikeuttamiseksi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi osoittaa, että sen menettelytapa on objektiivisesti tarkasteltuna välttämätön tai menettelytapa luo tehokkuusetuja, jotka ovat kuluttajille mahdollisesti aiheutuvia kilpailunvastaisia vaikutuksia suurem-

⁵³ Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02). Kohdat 52–62.

mat. Tässä yhteydessä arvioidaan onko menettelytapa välttämätön ja oikeassa suhteessa yrityksen väitettyyn tavoitteeseen.⁵⁴

Tehokkuusperustelujen täytyessä määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi oikeuttaa määräävän aseman väärinkäytöksi katsottavan menettelynsä sellaisissa tapauksissa, joissa menettelystä seuraa kuluttajia hyödyttävää taloudellista tehokkuutta, jonka painoarvo on merkittävämpi kuin menettelyn haitallisten vaikutusten. Kilpailuviranomaisten ja Euroopan unionin tuomioistuimen vahvistamien arviointiperiaatteiden mukaan tehokkuuspuolustuksen neljän arviointikriteerin tulee täytyä samanaikaisesti, jotta siihen voidaan tehokkaasti vedota.⁵⁵ Tehokkuusperusteluihin vetoavalla kaukolämpötoimijalla on näyttötaakka näiden neljän edellytyksen täyttymisestä.

Menettelyn objektiivisen välttämättömyyden perusteella väärinkäyttökiellon vastainen menettely voi tietyissä tapauksissa olla oikeutettua. Objektiivisesti välttämätön peruste voi liittyä esimerkiksi terveyssyihin, turvallisuuteen tai muihin vastaaviin tuotteen luonteesta johtuviin syihin. Perusteen objektiivisuus ja oikeasuhtaisuus tulee määrittellä yrityksen ulkopuolisten tekijöiden perusteella; yritys ei voi perustaa määrittelyä vain omiin näkökohtiinsa. Käytännössä objektiivinen välttämättömyys todennäköisesti täyttyy vain harvoissa yksittäistapauksissa.

Yhteenveto

Vaikka tietty menettely voitaisiin katsoa määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi, sen käyttö voidaan perustella ja oikeuttaa kilpailuun vastaamisella, tehokkuusperustelulla tai menettelyn objektiivisella välttämättömyydellä. Näyttötaakka näiden puolustusten täyttymisedellytyksistä on määräävässä asemassa olevalla elinkeinonharjoittajalla.⁵⁶ Käytännössä näiden edellytysten olemassaolo on arvioitava huolellisesti etukäteen.

⁵⁴ Komission tiedonanto-ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) kohdat 28-31.

⁵⁵ C-209/10 P, *Post Danmark A/S vastaan Konkurrenserådet*, kohta 42:

- 1) tehokkuusedut neutralisoivat kilpailulle ja kuluttajien eduille kyseisillä markkinoilla todennäköisesti aiheutuvat haitalliset vaikutukset;
- 2) tehokkuusedut on saavutettu tai voidaan saavuttaa kyseisen toiminnan avulla;
- 3) toiminta on välttämätöntä tehokkuusperustelujen saavuttamiseksi; ja
- 4) toiminnalla ei poisteta toimivaa kilpailua hävittämällä kaikki tosiasialisen tai potentiaalisen kilpailun olemassa olevat lähteet tai suurin osa niistä.

⁵⁶ Esim. KHO 2016:221, kohta 8.9.4 (kappaleet 1002–1004).

OIKEUSSUOJAKEINOT MAHDOLLISTA MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖÄ VASTAAN

Mahdollisessa tilanteessa, jossa lämmön toimittaja epäilisi kaukolämpöyhtiön syllistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, on lämmön myyjän mahdollista tehdä tutkintapyyntö KKV:lle, jonka tehtäviin kuuluu kilpailulain ja EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpano ja kilpailulainsäädännön noudattamisen valvonta.

KKV:lla on laajat tutkintavaltuudet, jotka on määritetty kilpailulain 5 ja 6 luvuissa. KKV:n on mahdollista pyytää elinkeinonharjoittajilta selvityksiä ja tarvittaessa tehdä yllätystarkastuksia elinkeinonharjoittajien liiketiloissa ja jopa muissa tiloissa tuomioistuimen luvalla. KKV:lla on oikeus tutkia elinkeinonharjoittajan liikekirjeenvaihto, kirjanpito, tietojenkäsittelyn tallenteet, muut asiakirjat ja data. Käytännössä tämä tarkoittaa myös yrityksen liiketoimintastrategioita ja -suunnitelmia, hallitustyöskentelyä ym. koskevaa materiaalia. Elinkeinonharjoittajien tulee toimittaa KKV:lle kaikki sen pyytämät tiedot ja väärin tietojen antamisesta säädetään rangaistus rikoslaisissa (39/1889).

KKV:lla on lisäksi hyvin laajat menettelykeinot, jos se havaitsee jonkun toimijan syllistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Seuraamukset määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ovat taloudelliselta arvoltaan merkittäviä, sillä seuraamusmaksu voi olla 10 prosenttia kunkin kilpailunrajoitukseen osallistuvan elinkeinonharjoittajan tai näiden yhteenliittymän liikevaihdosta siltä vuodelta, jona elinkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä viimeksi osallistui rikkomukseen.

Seuraamusmaksun suuruus perustuu kokonaisarviointiin, ja sitä määrättäessä on otettava huomioon rikkomuksen laatu ja laajuus, moitittavuuden aste sekä rikkomuksen kesto-aika. Lähtökohta seuraamusmaksun määräämisessä on, että maksulla tulee olla riittävä erityis- ja yleisestävä vaikutus.⁵⁷ Käytännön tasolla riski seuraamusmaksusta on tekijä, jonka voidaan arvioida korostavan kilpailulainsäädännön noudattamisen tärkeyttä ja saattavan johtaa tietyn varovaisuusperiaatteen noudattamiseen elinkeinonharjoittajien toiminnassa. KKV:lla on lisäksi toimivaltuudet kieltää kilpailua rajoittava menettely, antaa väliaikaismääräyksiä ja hyväksyä elinkeinonharjoittajan antamat sitoumukset esimerkiksi menettelytapojen muuttamisesta (sitoumuspäätös).

Viranomaistutkinnan lisäksi lämmön toimittajan on mahdollista ajaa siviilikannetta käräjäoikeudessa tai välimiesoikeudessa, jos tästä on osapuolten välillä sovittu. Myös yleiset tuomioistuimet (käräjäoikeus, hovioikeus, valitusluvan johdosta korkein oikeus) ja myös välimiesoikeus ovat toimivaltaiset ja velvolliset soveltamaan kilpailulainsäädäntöä.⁵⁸

Mikäli kilpailurikkomuksesta on aiheutunut lämmön toimittajalle vahinkoa, ovat vahinkoa aiheuttaneet tahot vahingonkorvausvastuussa täyden korvauksen periaatteen mukaisesti sekä välillisestä että välittömästä vahingosta. Vahingonkorvaukseen liittyvistä seikoista säädetään erikseen (laki kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista 1077/2016). Vahingonkorvausprosessissa KKV:lta on mahdollista pyytää lausuntoa vahingon määräytymisperusteista. KKV:n tai tuomioistuimen päätös tulee ottaa rikkomuksen perustaksi,

⁵⁷ KHO 2016:221, kohdat 1114-1115, HE 88/2010 vp. s. 5.

⁵⁸ Asia C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV.

Krogerus

jos sellainen on annettu. Suomalaisessa oikeuskäytännössä on määrätty määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä vahinkoa kärsineelle taholle vahingonkorvauksia.⁵⁹

Yhteenveto

Kilpailulainsäädäntö takaa lämpöä myyville tahoille laajat oikeussuojakeinot. Mahdollisessa tilanteessa, jossa lämmön toimittaja epäilisi kaukolämpöyhtiön syyllistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, on lämmön myyjän mahdollista tehdä tutkintapyyntö KKV:lle, jolla on laajat selvitys-, tutkinta- ja toimenpidevaltuudet. Kilpailuasiossa mahdollisesti määrättävä hallinnollinen seuraamusmaksu on tekijä, joka korostaa kilpailulainsäädännön noudattamisen merkitystä.

Viranomaistutkinnan lisäksi lämmön toimittajan on mahdollista nostaa vahingonkorvauskanne yleisessä tuomioistuimessa. Mikäli kilpailurikkomuksesta on aiheutunut lämmön toimittajalle vahinkoa, ovat vahinkoa aiheuttaneet tahot vahingonkorvausvastuussa täyden korvauksen periaatteen mukaisesti sekä välillisestä että välittömästä vahingosta.

⁵⁹ Esim. Helsingin hovioikeuden tuomio 5.7.2017 asiassa S 15/1071, *Visual Data Oy v. Suomen Numeropalvelu Oy ym.*